

Föderalistische Freizügigkeit für EWR-Angehörige in der Schweiz?

von

STEPHAN BREITENMOSER*

Inhaltsübersicht

1. Vertragsabschluss-Kompetenz des Bundes
2. Ausnahmsweise kantonale Kompetenzen
3. Handlungsbedarf in der Aussenpolitik
4. Zuständigkeit für das Ausländerrecht
5. Vetorecht des Bundes
6. Kantonale Vollzugskompetenz
7. Sonderstatus für EWR-Angehörige
8. Europäisch geregelte Freizügigkeit
9. Kompensation für die Grenzkantone
10. Auffächerung der Aussenpolitik

In der Folge des von Volk und Ständen am 6. Dezember 1992 abgelehnten Beitritts der Schweiz zum Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) kommen die bilateralen und sektoriellen Verhandlungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) bzw. der Europäischen Gemeinschaft (EG) nur langsam in Gange¹. In der Schweiz werden vor allem in den Grenzkantonen verschiedene Möglichkeiten diskutiert, wie negative Auswirkungen auf die politischen, rechtlichen und

* Dr. iur., Advokat; Lehrbeauftragter für öffentliches Recht und Europarecht an der Universität Basel; Richter am Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt. — Herrn lic. iur. Markus Prinzen, Birsfelden, danke ich für seine tatkräftige Mitwirkung.

¹ Der Rat der Aussenminister der EG sprach sich am 9. November 1993 unter anderem dafür aus, dass «die Verhandlungen zunächst in den Bereichen Verkehr, Freizügigkeit von Personen, Forschung, Marktzugang für Agrarprodukte und, soweit möglich, auch in bezug auf technische Handelshemmnisse und den Zugang zu öffentlichen Aufträgen rasch aufgenommen werden können» (Bulletin quotidien Europe N° 6104, 10. November 1993, S. 10); vgl. BBl 1994 I 708 ff. — Zur gemäss Art. 210 EGV der EG zuerkannten, der EU gegenwärtig aber noch abgesprochenen Völkerrechtsfähigkeit vgl. etwa LECHELER Helmut, *Die Pflege der auswärtigen Beziehungen in der Europäischen Union*, Archiv des Völkerrechts 1994, S. 1 ff., 16 ff.

wirtschaftlichen Rahmenbedingungen vermieden oder wenigstens gemindert werden könnten. So hat etwa der Basler Grosse Rat eine Resolution für eine vertiefte Zusammenarbeit im «Obersrheinischen Wirtschaftsraum» (OWR) einstimmig gutgeheissen und drei parlamentarische Vorstösse für die Prüfung von Standesinitiativen an die Regierung überwiesen.² Initiativen auch in anderen Kantonen³ und Vorstösse im eidgenössischen Parlament⁴ führen letztlich zur Frage, ob und wie weit die im EWR gewährleisteten Grundfreiheiten⁵ im regionalen und föderalen Rahmen verwirklicht werden könnten.

² Protokolle des Grossen Rates des Kantons Basel-Stadt Nr. 9 vom 9. Dezember 1992, S. 552 f., S. 570 f., und Nr. 10 vom 6. Januar 1993, S. 642 ff., S. 657 (Anzug betreffend Standesinitiative zur Sicherung der schweizerischen Zusammenarbeit mit Europa; Anzug betreffend Standesinitiative zur Ausweitung der kantonalen Kompetenzen im Bereich der Aussenpolitik; Anzug betreffend Standesinitiative zur Verbesserung der regionalen Nachbarschaftspolitik der Kantone).

³ Zugunsten der Kantone Graubünden, Tessin und Wallis hat die Schweiz (Verhandlungsführung durch den Bundesrat) am 24. Februar 1993 mit Italien ein Rahmenabkommen über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der regionalen und lokalen Gebietskörperschaften und Behörden abgeschlossen, das am 26. April 1993 durch Notenwechsel in Kraft getreten ist (SR 0.131.245.4; AS 1993, S. 2072). Gemäss Art. 3 Abs. 1 des Rahmenabkommens sollen unter anderem der Umweltschutz, das Transport- und Kommunikationswesen, das Grenzgängerwesen und die soziale Infrastruktur Gegenstand von zukünftigen Abkommen und Übereinkommen bilden. Dieser «Accordo quadro» ist zeitlich nicht begrenzt und kann von jeder Partei auf sechs Monate gekündigt werden (Art. 6). Mit Bezug auf das öffentliche Beschaffungswesen hat der Kanton Aargau mit Datum vom 3. Januar 1994 – «unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch den Schweizerischen Bundesrat» – eine Gegenrechtserklärung an das Land Baden-Württemberg abgegeben. Diesen Bestrebungen trägt auch das neue baselstädtische Gesetz betreffend die Vergabe von Arbeiten und Lieferungen durch die öffentliche Verwaltung (Submissionsgesetz) vom 20. Oktober 1993 Rechnung, das neu Ausschreibungen im «Wirtschaftsraum Oberrhein» vorsieht (§ 5, SG BS 914.100).

⁴ Vgl. die Zusammenstellung und teilweise Behandlung der verschiedenen parlamentarischen Vorstösse im Bericht des Bundesrates über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit und die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik vom 7. März 1994, BBl 1994 II 620 ff.

⁵ EWR-Abkommen vom 2. Mai 1992 bzw. 17. März 1993 (Anpassungsprotokoll) in den Teilen II (Freier Warenverkehr) und III (Freizügigkeit, Freier Dienstleistungs- und Kapitalverkehr), ABl. EG 1994, Nr. L 1, S. 3 ff.; BBl 1992 IV 668 ff. Vgl. JACOT-GUILLARMOD Olivier (Hrsg.), *EWR-Abkommen*, Zürich/Bern 1992; SENTI Richard, *Der Vertrag über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR)*, in: Riklin Alois/Haug Hans/Probst Raymond (Hrsg.), *Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik*, Bern 1992, S. 555 ff.; ZÄCH Roger/THÜRER Daniel/WEBER Rolf M. (Hrsg.), *Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum*, Zürich 1992; ZELLER Willy, *Der Europäische Wirtschaftsraum (EWR). Charakteristiken des EG-EFTA-Vertrages*, Zürich 1992.

In seinen Stellungnahmen zu diesen Vorstössen lehnte der Bundesrat die Verwirklichung von «Mini-EWRs» in den Grenzregionen zwar kategorisch ab.⁶ Gleichwohl ist aus seinen angeführten rechts- und staatspolitischen Ablehnungsgründen zu schliessen, dass grundsätzlich die Möglichkeit besteht, durch eine Änderung der Bundesgesetzgebung den Kantonen einen grösseren Handlungsspielraum bei der Zulassung der Angehörigen von EWR-Staaten zuzugestehen.⁷ Unter Rücksichtnahme auf den einheitlichen Wirtschaftsraum Schweiz dürfte sich für grenzüberschreitende Regelungen der Kantone von den vier Grundfreiheiten des EWR-Rechts in der Tat allein die Freizügigkeit der Personen als reale Möglichkeit anbieten.⁸ Für die sich daraus ergebenden Fragen, ob einzelne Grenz Kantone selbständig oder durch Vermittlung des Bundes beschränkte Freizügigkeits- oder Gegenrechtsabkommen mit den angrenzenden ausländischen Regionen abschliessen dürfen, oder ob zu diesem Zweck der Bund vorgängig mit den Nachbarstaaten oder der EU bzw. EG Rahmenabkommen über die Freizügigkeit in den Grenzregionen aushandeln müsste, welche die Grenz Kantone in Zusammenarbeit mit den angrenzenden Bundesländern oder Départements konkretisieren könnten,⁹ sind durch

⁶ BBl 1994 II 649; Amtl.Bull. StR 1993, S. 993.

⁷ So wird etwa die Möglichkeit erwähnt, dass Art. 9 und 10 BV auch auf Gesetzstufe eine Konkretisierung erfahren könnten (BBl 1994 II 625). Im Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr sei der Handlungsspielraum der Kantone zwar beschränkt, doch hätten sie «dennoch einen gewissen Spielraum, um zusammen mit ihren ausländischen Nachbarn gewisse Schranken abzubauen» (BBl 1994 II 649). Vgl. ebenfalls die Antwort von Bundesrat Koller zum Postulat von Ständerat Plattner über die kantonale Freizügigkeit für EWR-Angehörige, Amtl.Bull. StR 1993, S. 993. Mit 14 gegen 10 Stimmen lehnte der Ständerat die Überweisung dieses Postulats denn auch nur knapp ab; Amtl.Bull. StR 1993, S. 1107.

⁸ Dies ergibt sich ebenfalls aus den Ausführungen des Bundesrates zu den kantonalen Handlungsspielräumen bei den vier Grundfreiheiten. BBl 1994 II 648 ff. Für die EU kommt dem freien Personenverkehr bei den Verhandlungen mit der Schweiz denn auch Priorität zu; NZZ Nr. 216 (1993) S. 33. Die Position der Europäischen Kommission für die Verhandlungen über den freien Personenverkehr basiert auf dem Prinzip, «dass in diesem Bereich die Schweiz eine Gesetzgebung annehmen werden muss, die der in der EG geltenden entspricht» (Bulletin quotidien Europe N° 6142, 6. Januar 1994, S. 7).

⁹ Der Vorbehalt Frankreichs zu Art. 3 Abs. 2 des Europäischen Rahmenabkommens über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften vom 21. Mai 1981 (SR 0.131.1), wonach die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften beiderseits der Grenzen vom Abschluss eines vorherigen Staatsvertrags abhängig war, wurde am 26. Januar 1994 zurückgezogen. Damit können auch in Frankreich alle öffentlichrechtlichen Körperschaften, auch die Gemeinden, Verträge mit Körperschaften jenseits der Grenzen abschliessen, welche nur noch a posteriori der Gesetzmässigkeitskontrolle unterworfen sind; Referat von Daniel HOEFFEL, Ministre délégué à l'Aménagement du Territoire et aux

Vornahme einer Ausscheidung der Kompetenzen von Bund und Kantonen in den Bereichen der Aussenbeziehungen und des Ausländerrechts zu beantworten.

1. Vertragsabschluss-Kompetenz des Bundes

Im Unterschied zu anderen Bundesstaaten ist in der Schweiz der Bund nicht alleiniger Träger der aussenpolitischen Gewalt. Zwar sollte nach dem Staatenbund, welcher durch Partikularismus und Richtungslosigkeit kantonaler auswärtiger Beziehungen gekennzeichnet war, mit der Bundesverfassung (BV) von 1848 die Aussenpolitik beim Bund konzentriert werden.¹⁰ In Art. 8 BV¹¹ wurde diese Konzentration aber auf die Bereiche der sogenannten grossen Aussenpolitik¹² beschränkt. Danach steht allein dem Bund «das Recht zu, Krieg zu erklären und Frieden zu schliessen, Bündnisse und Staatsverträge, namentlich Zoll- und Handelsverträge mit dem Auslande, einzugehen». Lehre und Praxis schlossen vor allem aus dem Vorrang des völkerrechtlichen Interesses der Schweiz bei internen Kompetenzkonflikten¹³ sowie aus den beiden umfassenden Organkompe-

Collectivités Locales, vor der Generalversammlung der Regio Basiliensis vom 11. April 1994, S. 3 f. (unveröffentlicht); Basler Zeitung Nr. 84 (1994) S. 25; BBl 1994 II 627.

¹⁰ Wie THÜRER unter Berufung auf Alfred Escher (BBl 1849 II 390) ausführt, wurde dieser Paradigmawechsel mit der Formel «Einheit nach aussen – Vielfalt nach innen» zusammengefasst: THÜRER Daniel, *Föderalismus und Regionalismus in der schweizerischen Aussenpolitik: Zum Verhältnis von Bundeskompetenzen und kantonalen Kompetenzen unter veränderten Umständen*, ZBl 1992, S. 54.

¹¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, SR 101.

¹² Darunter fallen namentlich die traditionellen Bereiche der Aussenpolitik, wie die Anerkennung von Staaten, Regierungen usw., diplomatische und konsularische Beziehungen, diplomatischer Schutz der Schweizer im Ausland, Beziehungen zu Auslandschweizern, Vertretung der Schweiz vor internationalen richterlichen Instanzen, Massnahmen der Neutralitätspolitik, insbesondere Leistung Guter Dienste i. w. S. des Wortes (wie Förderung der friedlichen Beilegung internationaler Streitigkeiten, Übernahme von Schutzmandaten, humanitäre Tätigkeiten in Kriegs- und Friedenszeiten); SCHINDLER Dietrich, *Kommentar BV, Art. 8, Rz. 37 ff.*

¹³ BURCKHARDT Walther, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, Bern 1931 (3. Aufl.), S. 84 und S. 89, verdeutlicht, dass die unbeschränkte Kompetenz des Bundes, Verträge einzugehen, dem Bedürfnis des Landes entspreche, auch in denjenigen Gebieten nach aussen als Einheit aufzutreten, in denen die innere Gesetzgebung Sache der Kantone geblieben sei.

tenzen in Art. 85 und 102 BV¹⁴ auf eine weitergehende Vertragsschlusskompetenz in äusseren Angelegenheiten, als sie durch die Enumeration von Art. 8 BV zum Ausdruck kommt.¹⁵ Somit verleiht Art. 8 BV nach heute fast einhelliger Meinung dem Bund die Kompetenz, völkerrechtliche Verträge über alle beliebigen Gegenstände abzuschliessen, d. h. auch über Gegenstände des kantonalen Gesetzgebungsbereichs.¹⁶ Obwohl seine Vertragsschlusskompetenz deshalb hinsichtlich der zu regelnden Gegenstände weiter als seine innerstaatliche Gesetzgebungskompetenz ist, macht der Bund aus föderalistischer Rücksicht nur mit Zurückhaltung von dieser allgemeinen internationalen Zuständigkeit Gebrauch.¹⁷

¹⁴ Obwohl die Begründung der Bundeskompetenzen grundsätzlich im 1. Abschnitt der BV geregelt wird und der 2. Abschnitt eigentlich Zuständigkeit und Verfahren der einzelnen Bundesbehörden normiert, wurde bisher aufgrund dieser Organkompetenzen eine stillschweigende Bundeskompetenz («implied power») zur Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten angenommen. Des weiteren wird die umfassende aussenpolitische Zuständigkeit des Bundes mit der für einen Bundesstaat typisch inhärenten Bundeskompetenz auf dem Gebiet der Aussenbeziehungen begründet. Die Zuständigkeit empfängt der Bund aus dem Ingesamt der die Eidgenossenschaft konstituierenden Strukturprinzipien als umfassende Befugnis und Verpflichtung, die internationalen Beziehungen der Schweiz zu gestalten und zu betreuen. Vgl. SALADIN Peter, *Kommentar BV, Art. 3*, Rz. 122 ff.

¹⁵ Vgl. die Darstellung der Lehrmeinungen und der Praxis bei SCHINDLER, *Art. 8*, a.a.O., Fn. 12, Rz. 15 ff., und WILDHABER Luzius, *Treaty-Making Power and Constitution*, Basel und Stuttgart 1971, S. 310 ff. Der Bereich der Aussenpolitik wird oft als Ausnahme im Gefüge der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung der Schweiz dargestellt. So streichen HÄFELIN Ulrich/HALLER Walter, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1993 (3. Aufl.), Rz. 283 f., die grundsätzliche Unzulässigkeit der Ableitung einer Bundeskompetenz aus Bestimmungen des Zweiten oder Dritten Abschnitts heraus und stellen zwei Fälle als Ausnahme dar, worunter auch die aussenpolitischen Zuständigkeiten zu subsumieren seien. Im gleichen Sinne WILDHABER Luzius, *Aussenpolitische Kompetenzordnung im schweizerischen Bundesstaat*, in: Riklin/Haug/Probst, a.a.O., Fn. 5, S. 122 f. Vereinzelt wird die allgemeine Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten als Gewohnheitsrecht betrachtet; MONNIER Jean, *Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère de la Suisse*, ZSR 1986 II, S. 150.

¹⁶ LEJEUNE Yves, *Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse*, Paris 1984; DI MARZO Luigi, *Component Units of Federal States and International Agreements*, Alphen aan den Rijn/Rockville 1980; SCHINDLER, *Art. 8*, a.a.O., Fn. 12, Rz. 6 ff. (Übersicht in Fussnoten 8 und 9); WILDHABER Luzius, *Switzerland*, in: Michelmann Hans J./Soldatos Panayotis (Hrsg.), *Federalism and International Relations: the Role of Subnational Units*, Oxford 1990, S. 245 ff.

¹⁷ BBl 1994 II 629. In diesem Zusammenhang können sich Probleme ergeben, wenn sich ein Vertrag nicht als unmittelbar anwendbar («self-executing») erweist. Demzufolge fragt sich, ob der Bund oder die Kantone zur Durchführung dieser Verträge des Bundes zuständig sind, die in den Bereich der kantonalen Kompetenzen eingreifen. Die Literatur ist sich nicht einig und die Praxis nicht schlüssig; WILDHABER, *Kompetenzordnung*, a.a.O., Fn. 15, S. 126.

Damit ist jedoch noch nichts darüber ausgesagt, ob und wieweit die Kantone die weiteren, in Art. 8 BV nicht erwähnten vielfältigen aussenpolitischen Aufgaben- und Kompetenzbereiche für eigene Tätigkeiten grenzüberschreitender Art in Anspruch nehmen können. Es gilt daher zunächst die auf ausgewählte Sachbereiche in der Aussenpolitik beschränkte Bestimmung von Art. 8 BV gegenüber den in Art. 9 und 10 BV aufgeführten aussenpolitischen Zuständigkeiten der Kantone abzugrenzen. Dabei ist angesichts des veränderten europäischen Umfelds mit Tendenzen sowohl zu verstärkter Integration auf internationaler Ebene als auch zu intensiverer Kooperation auf interregionaler und damit subsidiärer Ebene der Föderalismus als grundlegendes Verfassungsprinzip¹⁸ eine wichtige Orientierungsmarke.

2. Ausnahmsweise kantonale Kompetenzen

Art. 9 BV statuiert eine «ausnahmsweise» Befugnis der Kantone, «Verträge über Gegenstände der Staatswirtschaft, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei mit dem Auslande abzuschliessen». Als «Ausland» i. S. v. Art. 9 BV sind nicht nur souveräne Staaten zu betrachten, sondern auch andere Subjekte, denen völkerrechtliche Vertragsfähigkeit zusteht. Namentlich Gliedstaaten ausländischer Bundesstaaten können als Vertragspartner auftreten¹⁹. Des weiteren kommen untergeordnete Gebietskörperschaften in Betracht, sofern diese zum Vertragsabschluss ermächtigt sind oder ihre Verträge von den Behörden des Zentralstaates nachträglich genehmigt werden. Auch mit internationalen Organisationen können die Kantone völkerrechtliche Verträge etwa über Steuerbefreiungen abschliessen, obwohl die Abkommen über ihren Status in der Schweiz meist vom Bund im eigenen Namen abgeschlossen werden. Neben dieser verfassungsmässigen Anerkennung der völkerrechtlichen Rechtsfähigkeit der Kantone als partielle Völkerrechtssubjekte²⁰ wird lediglich ihre völker-

¹⁸ Der Föderalismus ist als ein Prinzip und nicht als System zu betrachten; er ist Idee und muss in jeder historischen Konstellation, für jede neue Zukunft neu durchdacht und unter Umständen neu ausgeformt werden. Eine konkrete föderative Ordnung ist nie endgültig; SALADIN, a.a.O., Fn. 14, Rz. 6.

¹⁹ SCHINDLER Dietrich, *Kommentar BV, Art. 9*, Rz. 6.

²⁰ SALADIN, a.a.O., Fn. 14, I Rz. 43 ff., betont, dass die schweizerische Bundesstaatlichkeit durch Zusammenschluss, durch Verbündung «von unten» entstanden sei. Die (historisch) ursprünglichen Staatswesen seien die Kantone, welche auch nach ihrem Zusammenschluss zum Bundesstaat wesentliche Attribute des Staats behielten.

rechtliche Handlungsfähigkeit restriktiver gefasst²¹. So verlangt die in Übereinstimmung mit Art. 102 BV stehende Bestimmung von Art. 10 Abs. 1 BV die Vermittlung des «amtlichen Verkehrs»²² zwischen den Kantonen und den auswärtigen Staatsregierungen durch den Bundesrat, damit die Schweiz nach aussen mit nur einer Stimme spricht. Doch auch dieses Nadelöhr bundesrätlicher Führung²³ ist nur beachtlich, wenn es sich beim Verhandlungspartner um die Zentral- oder Bundesregierung und die Stellvertreter dieses Staates handelt. Sobald es sich aber um Kontakte mit untergeordneten Behörden und Beamten eines auswärtigen Staates²⁴ handelt, können die Kantone gemäss Art. 10 Abs. 2 BV sowohl im Rahmen der in Art. 9 BV aufgeführten Bereiche als auch allgemein innerhalb ihrer Kompetenzen mit ihnen «in unmittelbarem Verkehr treten» und

Sie seien nach wie vor «des puissances publiques originaires». Insofern enthalte Art. 3 BV eine essentiell und eminent politische Aussage und zugleich ein politisches Prinzip: Die Kantone sollen Staaten bleiben. Ausdruck dieses Verständnisses sind nach SALADIN die Bezeichnungen der Kantone in ihren Kantonsverfassungen: Die grosse Mehrzahl der Kantone bezeichne sich als «demokratischen Freistaat», als «Volksstaat», als «souveränen Staat» (Freiburg und Graubünden), als «Repubblica» oder «République». Die ausdrückliche Zuerkennung als Völkerrechtssubjekte würden die Kantone kraft Art. 9 BV und dem darin bestimmten Umfang erhalten.

²¹ BURCKHARDT, a.a.O., Fn. 13, S. 93, behauptete, dass die Kantone zu selbständigem Handeln unfähig seien. Der Bund sei deren verfassungsmässiger Vertreter: «Der fremde Staat, der mit dem Kanton direkt kontrahierte, würde ebensowenig ein gültiges Geschäft abschliessen wie derjenige, der mit einem Handlungsunfähigen selbst anstatt mit einem gesetzlichen Vertreter verhandelte.» Diese Meinung scheint trotz des Genehmigungserfordernisses von Art. 102 Ziff. 7 bzw. Art. 85 Ziff. 5 BV allzu streng, gerade auch in bezug auf Art. 10 Abs. 2 BV.

²² Unter dem Begriff «amtlicher Verkehr» versteht man z. B. die Übermittlung von Mitteilungen oder Verhandlungen, den Rechtshilfeverkehr und den Abschluss von Verträgen.

²³ THÜRER, *Föderalismus*, a.a.O., Fn. 10, S. 56.

²⁴ Als «untergeordnete Behörden» haben nach FLEINER Fritz/GIACOMETTI Zaccaria, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949 (Nachdruck 1965) S. 816, alle Verwaltungsorgane zu gelten, die nicht Staatsregierung sind, sei es im Sinne der Regierung als Behörde oder als einzelnes Ministerium. BEYERLIN Ulrich, *Rechtsprobleme der lokalen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit*, Berlin 1988, S. 283, konkretisiert unter Bezugnahme auf die schweizerische Verfassungsrechtsliteratur näher, dass alle den ausländischen Staatsregierungen nachgeordneten Verwaltungsstellen wie insbesondere die Gemeinden, Gemeindeverbände und Zweckverbände gemeint seien.

selbständig verhandeln.²⁵ Ohnehin kann der Bundesrat die Verhandlungsführung an die Kantone delegieren.²⁶

Für die Bestimmung des Inhalts der Begriffe «Staatwirtschaft», «nachbarlicher Verkehr» und «Polizei» bestehen keine klaren Anhaltspunkte. Aus der Entstehungsgeschichte der einschlägigen Verfassungsartikel ergibt sich, dass die in Art. 9 BV verwendeten Ausdrücke aus einer Zeit stammen, als die Befugnis der Kantone, Verträge mit dem Ausland abzuschliessen, die Regel, die der Bundesbehörde die Ausnahme war.²⁷ Der Verfassungsentwurf von 1833 verwendete anstelle von «Staatwirtschaft» den Begriff «Ökonomie».²⁸ Das Studium der Quellen zeigt, dass 1848 bei der Entstehung der Bestimmung von Art. 9 BV keine klaren Vorstellungen über die kantonalen Kompetenzbereiche bestanden.²⁹ In Lehre und Praxis ist ihnen nie eine wesentliche Bedeutung zugemessen worden.³⁰ Auch BURCKHARDT³¹ verzichtete auf eine genaue Definition, da er von den Prämissen ausging, dass die herrschende Auslegung richtig und die Bestimmung der kantonalen Kompetenzen ohne Verwendung dieser Ausdrücke einfacher sei, und dass sich der Bund in der Praxis entgegen dem

²⁵ Über die inhaltliche Bedeutung der Formel «in unmittelbarem Verkehr treten» besteht in der Lehre nur insoweit Einigkeit, als damit alle ausservertraglichen Aktivitäten der Kantone über die Staatsgrenzen hinweg gemeint sind. Geteilt sind hingegen die Meinungen, ob zum «unmittelbarem Verkehr» der Kantone auch Verträge mit ausländischen lokalen Aufgabenträgern gerechnet werden können. Vgl. die umfassenden Erläuterungen bei BEYERLIN, *Rechtsprobleme*, a.a.O., Fn. 24, S. 283 f. Nach THÜRER, *Föderalismus*, a.a.O., Fn. 10, S. 73, dürfen die Kantone mit untergeordneten Behörden des ausländischen (Gesamt-)Staates unmittelbar in Verkehr treten, jedoch ohne Kompetenz zum Vertragsabschluss. Gemäss SCHINDLER Dietrich, *Kommentar BV, Art. 10*, Rz. 1, ist auch der amtliche Verkehr der Kantone mit Behörden zulässig, die nicht zur Zentralregierung gehören, so mit den Behörden von Gliedstaaten von Bundesstaaten sowie mit regionalen und lokalen Behörden anderer Staaten. Von der Lehre wird die Kompetenz der Kantone zu direktem Vertragsschluss mit untergeordneten Instanzen ausländischer Staaten bezweifelt, von der Praxis aber unter gewissen Voraussetzungen zugelassen. Es ist deshalb THÜRER, *Föderalismus*, a.a.O., Fn. 10, S. 73, zuzustimmen, dass den Kantonen eine umfassende Befugnis zugestanden werden sollte, ihre auswärtigen Angelegenheiten im Rahmen ihrer innerstaatlichen Gesetzgebungskompetenz selbständig zu gestalten. Innerhalb dieses Bereichs und unter der Voraussetzung keiner Beeinträchtigung von naturgemäss durch den Bund wachzunehmender Staatsinteressen können die Kantone grundsätzlich in allen Formen (einschliesslich Vertragsabschluss) mit allen Behörden und über alle Gegenstände auf unterstaatlicher Stufe (einschliesslich Gliedstaaten) in Kontakt treten.

²⁶ WILDHABER, *Treaty-Making*, a.a.O., Fn. 15, S. 316; SCHINDLER, *Art. 10*, a.a.O., Fn. 25, Rz. 9 f.

²⁷ BURCKHARDT, a.a.O., Fn. 13, S. 93.

²⁸ BURCKHARDT, a.a.O., Fn. 13, S. 80.

²⁹ SCHINDLER, *Art. 9*, a.a.O., Fn. 19, Rz. 4.

³⁰ SCHINDLER, *Art. 9*, a.a.O., Fn. 19, Rz. 4.

³¹ BURCKHARDT, a.a.O., Fn. 13, S. 91.

Verfassungswortlaut kompetent ansah, im Bereiche dieser Kategorien Verträge zu schliessen. Klar war einzig, dass die Kantone keine politischen Verträge schliessen und dass ihre Verträge nur Angelegenheiten von untergeordneter Wichtigkeit betreffen sollten.³² Aufgrund ihrer Staatlichkeit verbleiben den Kantonen aber in der Aussenpolitik sowohl im Lichte der allgemeinen Kompetenzenlehre als auch eines traditionell extensiven Verständnisses des Föderalismus ursprüngliche Kompetenzen. Nach heute herrschender Auffassung³³ können die Kantone über alle Gegenstände des kantonalen Kompetenzbereichs, wie zum Beispiel Ausbildungsfragen oder Anerkennung von Diplomen, Verträge schliessen.³⁴ Diese weite Interpretation hat auch der Bundesrat in seiner Botschaft betreffend das Europäische Rahmenübereinkommen über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften oder Behörden vom 20. März 1981³⁵ geteilt. Als absolute Schranke nannte er allgemein das Bundesrecht.³⁶ In seinem Bericht über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit und die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik vom 7. März 1994 räumt der Bundesrat ein, dass das Ausmass der subsidiären kantonalen Kompetenz nicht genauer definiert werde, dass

³² BURCKHARDT, a.a.O., Fn. 13, S. 93.

³³ AUBERT, Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1967 [neubearb. Nachtrag bis 1990 in dt. Fassung, Basel 1991], vol. I, Rz. 676; BURCKHARDT, a.a.O., Fn. 13, S. 94; FLEINER/GIACOMETTI, a.a.O., Fn. 24, 814; HÄFELIN/HALLER, a.a.O., Fn. 15, Rz. 327; HANGARTNER YVO, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, Bd. 1, Zürich 1980, S. 186; MONNIER, a.a.O., Fn. 15, S. 164 f.; SCHINDLER, *Art. 10*, a.a.O., Fn. 25, Rz. 4; WILDHABER, *Kompetenzordnung*, a.a.O., Fn. 15, S. 129; für die Praxis exemplarisch: SJIR 1962, S. 175; VPB 1987, Nr. 20, S. 138 = SJIR 1988, S. 175; SZIER 1992, S. 553.

³⁴ Ein Indiz für die Notwendigkeit von interregionalen und internationalen Kontakten der Kantone ist bereits der Umstand, dass 16 Kantone und Halbkantone eine Grenze zum Ausland haben. «Nombreux sont les problèmes qui ne peuvent être traités que par le biais d'une coopération entre les collectivités régionales et locales relevant de deux ou même trois États: aménagement du territoire, environnement, économie régionale, énergie, voies de communication, trafic, questions sociales, notamment des frontaliers, instruction, recherche, culture, santé» (DUBOIS Bernard, *Les Relations de voisinage*, in: Riklin/Haug/Probst, a.a.O., Fn. 5, S. 1065). LANG Winfried, *Die normative Qualität grenzüberschreitender Regionen. Zum Begriff der «soft institution»*, Archiv des Völkerrechts 1989, S. 253 ff., stellt fest, dass die besten Resultate dann zu erwarten seien, wenn in Analogie zum internationalen Regionalismus auch im transnationalen Regionalismus institutionalisierte Kommunikationsforen und effiziente Verkehrssysteme aufgebaut würden, die natürlich häufig erst von den jeweiligen Zentralregierungen absegnet werden müssten.

³⁵ BBl 1981 II 833. Zur Entstehungsgeschichte des Abkommens (a.a.O., Fn. 9) BEYERLIN, *Rechtsprobleme*, a.a.O., Fn. 24, S. 112 ff.

³⁶ «Ein Kanton ist nicht befugt, über Materien Verträge zu schliessen, die bundesrechtlich geregelt sind» (BBl 1981 II 837).

der Bund die Bestimmung von Art. 9 BV in seiner Praxis jedoch liberal auslege.³⁷

Eingeschränkt werden diese kantonalen Kompetenzbereiche in der Aussenpolitik jedoch durch zahlreiche Bestimmungen der Bundesverfassung, welche dem Bund innerstaatliche Kompetenzen mit aussenpolitischen Auswirkungen übertragen.³⁸ Zudem dürfen auch in den kantonalen Bereichen der Staatswirtschaft, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei kantonale Staatsverträge «nichts dem Bunde oder den Rechten anderer Kantone Zuwiderlaufendes enthalten»³⁹. Die Bundestreue⁴⁰ verlangt somit die Wahrung der Interessen des Bundes und der anderen Kantone als materielle Einschränkung. Dabei wird nicht nur verlangt, dass der Vertrag nicht bundesrechtswidrig ist, sondern auch, dass er nicht der aussenpolitischen Opportunität zuwiderlaufe.⁴¹ Es ist die Aufgabe des Bundesrates zu prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.⁴² Falls er

³⁷ BBl 1994 II 625: «Die Fähigkeit der Kantone, durch Verträge Verbindlichkeiten einzugehen, umfasst alle Gegenstände, die gemäss Bundesverfassung in ihre Zuständigkeit fallen. Die Kantone können sich jedoch nicht mehr auf ihre eigenen Kompetenzen berufen, wenn der Bund selbst einen Vertrag über diese Gegenstände abgeschlossen hat.»

³⁸ So beispielsweise in den Art. 19–20 (Heerwesen), 22^{bis} (Zivilschutz), 24^{quater} (Abgabe von Energie ans Ausland), 28 und 29 (Zollwesen), 31^{bis} Abs. 3 lit. e (Landesvorsorge), 41 (Ein- und Ausfuhr von Wehrmitteln), 45^{bis} (Auslandsschweizer), 69^{ter} (Ein- und Ausreise, Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer), 112 Ziff. 2 (Verbrechen gegen das Völkerrecht); WILDHABER, *Kompetenzordnung*, a.a.O., Fn. 15, S. 122.

³⁹ Art. 9 BV in fine.

⁴⁰ Zum Begriff der Bundestreue, die beidseitig wirken soll, vgl. SALADIN, a.a.O., Fn. 14, Rz. 25 f.

⁴¹ SCHINDLER, *Art. 9*, a.a.O., Fn. 19, Rz. 5. Gemäss BURCKHARDT, a.a.O., Fn. 13, S. 94, kann ein Fall von Inopportunität vorliegen, weil z. B. der von einem Kanton geschlossene Vertrag das spätere Zustandekommen eines Vertrages für die ganze Eidgenossenschaft erschweren würde. Nach Auffassung des EDA soll der Bund jedoch nicht über die Motive, die den Kanton zum Vertragsschluss veranlassten, befinden; SZIER 1992, S. 553 f., 554.

⁴² Art. 102 Ziff. 7 BV. Somit hat der Bund eine verfassungsmässige Kontrolle, die es ihm erlaubt, eventuelle Haftungsforderungen infolge eines vertragswidrigen Verhaltens der Kantone, die gemäss allgemeinem Völkerrecht an den Bund gestellt werden, im voraus zu verhindern. Er nimmt dadurch seinen Verfassungsauftrag i. S. v. Art. 102 Ziff. 8 BV wahr. Die Praxis sieht in bezug auf den Genehmigungszwang jedoch anders aus (WILDHABER, *Kompetenzordnung*, a.a.O., Fn. 15, S. 129), woraus auf eine grosszügige Haltung der Bundesbehörden geschlossen werden kann. Wenn es dem Bund aus politischen Gründen verwehrt ist, gewisse Vereinbarungen mit dem Ausland zu treffen, wird er wohl kaum den Bestrebungen jener Kantone entgegenstehen, die eine effizientere transnationale Zusammenarbeit zur Verbesserung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen vorsehen. In Beantwortung der Motion Spielmann vom 7. Dezember 1992 bestätigte der Bundesrat, dass er bereit sei, den Kantonen

oder ein Kanton Einsprache erheben, entscheidet die Bundesversammlung endgültig.⁴³

3. Handlungsbedarf in der Aussenpolitik

Die politische Landschaft hat sich seit 1848 erheblich gewandelt. Damals, kurz nach dem Sonderbundskrieg, mussten zunächst die innerstaatlichen Wogen geglättet werden. Im europäischen Ausland dauerte die Periode revolutionärer Umtriebe noch an. Damit die Eidgenossenschaft im Innern ihre demokratischen und föderalistischen Strukturen festigen konnte, bedurfte es einer Abschirmung gegen Bedrohung und Verwicklungen nach aussen durch eine Armee und die Diplomatie des Bundes.⁴⁴ Zu diesem Zweck wurden neben den in Art. 9 und 10 BV aufgeführten kantonalen Kompetenzen die für den Fortbestand der Schweiz als Völkerrechtssubjekt wesentlichen aussenpolitischen Befugnisse bei den Bundesorganen zusammengefasst.

In neuerer Zeit wurden vor allem in den nachbarschaftlichen Beziehungen die Nachteile und Schwerfälligkeiten einer solchen Zentralisierung erkannt. Aus diesem Grund verpflichteten etwa § 17a der Kantonsverfassung Basel Stadt und § 3 der Kantonsverfassung Basel-Landschaft die kantonalen Behörden unter anderem zur Fortführung und zum Ausbau der regionalen Zusammenarbeit mit dem benachbarten Ausland. Diese Bestimmungen sind in dem Sinne zu verstehen, dass durch sie «auch die völkergewohnheitsrechtlichen Grundsätze der guten Nachbarschaft sowie der Informations- und Verhandlungspflicht anvisiert und zur rechtlichen Verpflichtung gemacht wurden».⁴⁵ In die Verfassung des Kantons Jura wurde ebenfalls ein Kooperationsartikel eingefügt, der die jurassischen Behörden zu einer ausgedehnten Zusammenarbeit mit den Nachbarn

auch künftig durch eine weite Auslegung von Art. 9 BV eine möglichst autonome Gestaltung ihrer Beziehungen zu den Nachbarn zu ermöglichen; Amtl. Bull. NR 1993, S. 561, S. 738 f. In gleichem Sinne auch der Vortrag von Staatssekretär Jakob KELLENBERGER anlässlich der Generalversammlung des Europainstituts Basel vom 19. August 1993, S. 12 (unveröffentlicht).

⁴³ Art. 85 Ziff. 5 BV.

⁴⁴ THÜRER, *Föderalismus*, a.a.O., Fn. 10, S. 68.

⁴⁵ WILDHABER LUZIUS/BREITENMOSER Stephan, *Aufgabennormen und Grundrechte in der Verfassung des Kantons Basel-Stadt*, in: Eichenberger Kurt/Jenny Kurt/Rhinow René A./Ruch Alexander/Schmid Gerhard/Wildhaber Luzius (Hrsg.), *Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt*, Basel/Frankfurt a. M. 1984, S. 45 ff., 76.

verpflichtet.⁴⁶ Zudem proklamiert die jurassische Kantonsverfassung eine Öffnung zur Welt und eine Kooperation mit solidaritätswilligen Völkern.⁴⁷ Mit ihrem Gewährleistungsbeschluss billigten die eidgenössischen Räte auch diese liberalen Vorstellungen des neuen Kantons.

Eine Neuverteilung oder zumindest differenziertere Gewichtung von Kompetenzen in der Aussenpolitik forderte ebenfalls eine Arbeitsgruppe «Kantone und Aussenpolitik» der Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit, die von Nationalrat Duboule geleitet wurde.⁴⁸ Die Arbeitsgruppe stellte fest, dass sich die Kantone in der Aussenpolitik mit einer passiven Rolle zufrieden gegeben hätten. Sie regte die Kantone an, sich dynamischer zu betätigen und den Beispielen der Grenzkantone zu folgen.⁴⁹ Die Ablehnung des EWR-Beitritts hat wohl ganz in diesem Sinn zu einer von dieser Arbeitsgruppe postulierten «internationalen Revitalisierung der Kantone»⁵⁰ geführt.

Eine konstruktive Mitgestaltung durch die Kantone entspricht schliesslich der Zielbestimmung von Art. 2 BV.⁵¹ Im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses könnten gerade die Kantone durch ihre grenzüber-

⁴⁶ Constitution de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977:

«Coopération Art. 4

¹ La République et Canton du Jura collabore avec les autres cantons de la Confédération suisse.

² Elle s'efforce d'assurer une coopération étroite avec ses voisins.

³ Elle est ouverte au monde et coopère avec les peuples soucieux de solidarité.»

Mit dieser Selbstverpflichtung kommt der Kanton Jura einer Forderung von SALADIN, a.a.O., Fn. 14, Rz. 90, nach, der eine rechtliche Pflicht der Kantone annimmt, unablässig zu prüfen, ob die sozio-ökonomische und die kulturelle Entwicklung sie veranlasse, neue Aufgaben aufzugreifen oder alte preiszugeben oder abzuändern. Die Verpflichtung der Kantone entspringe ihrer Staatlichkeit, genauer: ihrer allgemeinen Mit-Verantwortung für das Wohlergehen ihrer Bewohner.

⁴⁷ AUBERT Jean-François, *Kommentar BV*, Art. 2, Rz. 12, vermisst diese Offenheit und Solidaritätsbereitschaft in der BV. Ihr fehle die internationale Dimension völlig. Dies sei in den Jahren 1848 und 1874 verständlich für einen armen Staat, solle aber die reicher gewordene Schweiz von heute nicht daran hindern, nunmehr den Blick auch über die Landesgrenzen hinaus zu richten. Vgl. auch WILDHABER LUZIUS, *Parliamentary Participation in Treaty-Making. Report on Swiss Law*, in: Riesenfeld Stefan A./Abbott Frederick M. (Hrsg.), *Parliamentary Participation in the Making and Operating of Treaties; A Comparative Study*, Dordrecht/Boston/London 1994, S. 131 ff., S. 131.

⁴⁸ Kantone und Aussenpolitik, Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit, Solothurn 1979.

⁴⁹ Kantone und Aussenpolitik, a.a.O., Fn. 48, S. 36.

⁵⁰ Kantone und Aussenpolitik, a.a.O., Fn. 48, S. 32.

⁵¹ Art. 2 BV sagt nichts aus über die Kompetenzausscheidung zwischen dem Bund (im engen Sinn) und den Kantonen; er weist dem Zentralstaat keine Kompetenzen zu; AUBERT, *Art. 2*, a.a.O., Fn. 47, Rz. 19 und 21 ff.

schreitende Zusammenarbeit Solidarität mit ihren Nachbarn bekunden und damit die Zielsetzung der «Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen aussen» und der Beförderung der gemeinsamen Wohlfahrt unterstützen.⁵² Die Einbindung der Kantone in eine europäische grenzüberschreitende Zusammenarbeit würde zu einer befruchtenden Partnerschaft von Bund und Kantonen in der gesamten auswärtigen Politik führen. Da die meisten internationalen Vereinbarungen der Schweiz nicht nur den Bund, sondern direkt und indirekt auch die Kantone betreffen,⁵³ müsste vermehrt auch die Verantwortung mit den föderalen Gliedern geteilt werden. Soll der Föderalismus bei der zunehmenden Interdependenz der Staaten und der Zunahme internationaler und grenzüberschreitender Kooperation nicht seines Sinngehalts entleert werden, darf die Zuteilung von Kompetenzen an die davon direkt betroffenen Kantone nicht allzu eng gehandhabt werden.⁵⁴

4. Zuständigkeit für das Ausländerrecht

Aufgrund der in Art. 8 bis 10 BV vorgenommenen Aufteilung von Bundes- und Kantonskompetenzen im Bereich auswärtiger Angelegenheiten könnten nun mit Bezug auf das Ausländerrecht⁵⁵ kantonale Freizügig-

⁵² Auf dem Hintergrund schon jetzt bestehender völkerrechtlicher Instrumente der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, der Einbettung der alten Nationalstaaten in sie umgreifende und überdachende Organisationen und angesichts der modernen «Logik» der vielfältigen, problembezogenen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit sollte, wie THÜRER, *Föderalismus*, a.a.O., Fn. 10, S. 72, meint, die zur Solidarität und Kooperation mit den Nachbarstaaten und der übrigen Staatenwelt geöffnete Verfassung so ausgelegt werden, dass eine flexible und konstruktive Zusammenarbeit optimal ermöglicht würde.

⁵³ Es ist SALADIN, a.a.O., Fn. 14, Rz. 209, zuzustimmen, der von einer fast nicht mehr aufzulösenden Verflechtung der Aufgaben von Bund und Kantonen spricht.

⁵⁴ So ebenfalls Kantone und Aussenpolitik, a.a.O., Fn. 48, S. 35. Auch für THÜRER, *Föderalismus*, a.a.O., Fn. 10, S. 72, scheint ein Rückgriff auf die Grundstruktur und die Grundwerte der Verfassung ein grosszügiges Verständnis der kantonalen Aussenkompetenzen zu erfordern. Nachdem die Kantone im Laufe der Verfassungsentwicklung stetig Kompetenz- und Machteinbussen erfahren haben, schein die föderalistische Strukturprinzip eine Gegenbewegung überall dort zu gebieten, wo die Interessen des Bundes einer solchen Entwicklung nicht entgegenstünden.

⁵⁵ Unter Ausländerrecht fassen GUTZWILLER Peter Max/BAUMGARTNER Urs L., *Schweizerisches Ausländerrecht*, Basel 1989, S. XVII f., Rz. 4, die Gesamtheit jener gesetzlichen oder in der Praxis entwickelten Rechtsnormen zusammen, die (positiv) überhaupt oder in ihrer spezifischen Ausgestaltung nur auf Ausländer anwendbar

keitsregelungen für Personen aus dem angrenzenden EWR-Raum zunächst ohne weiteres unter den offenen und damit auslegungsbedürftigen Begriff der «Staatswirtschaft» gemäss Art. 9 BV subsumiert und so den Kantonen zur Ausgestaltung überlassen werden. Ohnehin wären solche kantonalen Freizügigkeitsregelungen zeitlich zu befristen. Als Übergangslösungen würden sie nur solange gelten, als nicht der Bund selbst die Freizügigkeit für EWR-Angehörige durch bi- oder multilaterale Abkommen hergestellt hätte.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Bund erst seit 1925 über die Kompetenz zur Regelung von Ein- und Ausreise, Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer verfügt. Im Vorfeld der Weltwirtschaftskrise wurde das Fehlen einer einheitlichen Ausländerpolitik in der Schweiz somit erst 50 Jahre nach der Totalrevision der BV deutlich.⁵⁶ Bis zur Volksabstimmung vom 25. Oktober 1925 über Art. 69^{ter} BV, der die Bestimmungen über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern vereinheitlichen sollte, war die Fremdenpolizei gänzlich Sache der Kantone. Der Bund vermochte nur auf dem Wege über die Niederlassungsverträge Einfluss auszuüben. Da er jedoch von dieser Kompetenz sehr ausgiebig Gebrauch machte, verblieb den Kantonen in Wirklichkeit kaum noch Raum zur Legiferierung des Fremdenpolizeirechts.⁵⁷ Aufgrund des neuen Verfassungsartikels⁵⁸ beschloss die Bundesversammlung in der Folge das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG).⁵⁹

Was waren die Motive dieser Beschneidung kantonaler Kompetenzen im Bereich des Ausländerrechts? Zunächst sollte dem Überfremdungsproblem zu Leibe gerückt werden. Man befürchtete, dass die «1910 bei 14,7% angelangte Kurve binnen ungefähr 77 Jahren die 50% erreichen

seien, oder die (negativ) überhaupt oder in ihrer spezifischen Ausgestaltung auf Ausländer gerade nicht anwendbar seien; insofern stelle das Ausländerrecht immer auch die Kehrseite des «Inländerrechts» dar. Vgl. auch THÜRER Daniel, *Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz*, in: Frowein Jochen Abr./Stein Torsten (Hrsg.), *Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht des Max-Planck-Instituts für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 94/II, Berlin und Heidelberg 1987, S. 1341 ff.

⁵⁶ Botschaft des Bundesrates über die bundesrechtliche Regelung von Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 2. Juni 1924, BBl 1924 II 493.

⁵⁷ BBl 1924 II 494. Zur Ablehnung der Idee eines Ausbaus der bestehenden Niederlassungsverträge vgl. nun ZELLWEGER Valentin, *Welches integrationspolitische Potential bergen die Niederlassungsverträge?*, AJP 1993, S. 893 ff.

⁵⁸ Art. 69^{ter} BV wurde in der Volksabstimmung vom 25. Oktober 1925 von Volk und Ständen angenommen.

⁵⁹ ANAG vom 26. März 1931, SR 142.20.

musste (also bis ca. 1990)». ⁶⁰ Die Verfassungsänderung bezweckte deshalb die Schaffung der Grundlage für eine koordinierte, unter einheitlicher Leitung stehende Ausländerpolitik. Immerhin wollte der Bund das Fremdenpolizeirecht nicht gänzlich an sich ziehen und überliess dessen Vollzug den Kantonen. Er erkannte, dass die Berücksichtigung der konkreten kantonalen Bedürfnisse unerlässliche Voraussetzung für ein effizientes Tätigwerden der rechtsanwendenden Behörde im Bereich des Ausländerrechts sei, und starre Vorschriften, die von einer Zentralbehörde ohne Rücksicht auf spezifisch lokale und regionale Interessen erlassen würden, zu unbefriedigenden Resultaten im Einzelfall führen könnten. ⁶¹

Im Bewusstsein dieser Erkenntnis wurde das ANAG als Rahmengesetz ausgestaltet, das den zuständigen Behörden erlaubt, eine Ausländerbewilligung weitgehend nach freiem Ermessen zu erteilen ⁶². Dabei sind den Kantonen verschiedene Grenzen gesetzt. Neben den staatsvertraglichen Schranken werden sie durch eine Vielzahl von bundesrätlichen Verordnungen eingeschränkt, die alle auf dem ANAG basieren, namentlich die entsprechende Vollziehungsverordnung (ANAV) ⁶³ und die Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) ⁶⁴.

5. Vetorecht des Bundes

Das in Art. 69^{ter} Abs. 2 BV verankerte «endgültige Entscheidungsrecht» des Bundes darf gegenüber der grundsätzlichen Vollzugskompetenz der Kantone nicht in dem Sinne verstanden werden, dass der Bund von sich aus solche Bewilligungen erteilen dürfte. Vielmehr ist darin ein Vetorecht im Dienste der Überfremdungsabwehr ⁶⁵ zu erblicken, das sich gegen Bewilligungen wendet, die durch den Kanton bereits erteilt wurden. Ursprünglich wurde dieses Plazet dahingehend interpretiert, dass Einzelfälle der zuständigen Bundesbehörde zur Zustimmung vorgelegt werden sollten. Heute hat dieses individuell-konkrete Vorgehen keine

⁶⁰ So die Botschaft des Bundesrates vom 2. Juni 1924, BBl 1924 II 501.

⁶¹ SCHMID Rolf, *Die Rechtsstellung des ausländischen Saisonarbeiters in der Schweiz*, Diss., Zürich 1991, S. 49.

⁶² Art. 4 ANAG.

⁶³ ANAV vom 1. März 1949, SR 142 201.

⁶⁴ BVO vom 6. Oktober 1986, SR 823.21.

⁶⁵ BBl 1924 II 508.

Bedeutung mehr. Es wurde im Gegenteil durch die generell-abstrakte Festlegung kantonaler Höchstzahlen in der BVO abgelöst.⁶⁶

Der BVO gingen viele departementale Verordnungen des EVD und des EJPD voraus. Diese hatten zum Ziel, die ständige Zunahme der Zahl ausländischer Arbeitnehmer, die im Zuge des Konjunkturbooms nach dem 2. Weltkrieg benötigt wurden, zu bremsen. Verschiedene Plafonierungsversuche brachten jedoch nicht den erwünschten Erfolg, besonders weil die verschiedenen Höchstzahlen für bestimmte Branchen, ja sogar für einzelne Betriebe, festgelegt wurden. Nach dem Alarmsignal von zwei in emotionalen Volksabstimmungen abgelehnten Überfremdungsinitiativen ging der Bundesrat mit Beschluss vom 16. März 1970⁶⁷ zu einer Globalplafonierung über. Dieses System, das auch heute noch in der BVO Geltung hat, legt einen für die ganze Schweiz geltenden Schlüssel fest, gemäss welchem jeder Kanton eine Höchstzahl an ausländischen Arbeitskräften zugeteilt erhält. Die interne Verteilung auf die einzelnen Betriebe und Branchen wird jedoch den Kantonen überlassen, da diese mit den Gegebenheiten vor Ort regelmässig besser vertraut sind.⁶⁸ Diese sachliche Zuständigkeit wurde somit nach erfolgter Zentralisierung aus zweckdienlichen Gründen reföderalisiert.

6. Kantonale Vollzugskompetenz

Die Aufgabe des Vollzugs der Ausländerpolitik obliegt den Kantonen. Diese verfügen über weitgehende Durchführungskompetenzen betreffend Zulassung, Aufenthalt und Beschäftigung der Ausländer.⁶⁹ Dabei haben sie sich an die bundesrechtlichen Richtlinien zu halten.⁷⁰ Es sind stets kantonale Behörden, die über Erteilung, Verweigerung oder Fortbestand einer Bewilligung zu entscheiden haben. Verschiedentlich sind aber die Kantone befugt, autonom, d. h. ohne Mitwirkung des Bundes, zu handeln. So ist der eine Bewilligung verweigernde kantonale Entscheid endgültig.⁷¹ «In einer ziemlich grossen Zahl von Fällen, die der Entwurf gegenüber dem jetzigen Zustand noch etwas vermehrt hat,» so die Botschaft zum ANAG vom 17. Juni 1929, «können die Kantone auch Aufenthaltsbewilligungen

⁶⁶ SCHMID, a.a.O., Fn. 61, S. 52.

⁶⁷ AS 1970, S. 305.

⁶⁸ SCHMID, a.a.O., Fn. 61, S. 31.

⁶⁹ BBl 1994 II 649 ff. MALINVERNI Giorgio, *Kommentar BV, Art. 69^{ter}*, Rz. 23.

⁷⁰ Art. 69^{ter} Abs. 2 BV.

⁷¹ Art. 18 Abs. 1 ANAG.

in alleiniger Kompetenz erteilen (Art. 18 Abs. 2)»⁷². Der Bundesrat führte weiter aus, dass damals die Zahl der von den Kantonen allein entschiedenen Fälle schon ungefähr das Fünffache derjenigen betrug, in welchen die eidgenössische Fremdenpolizei mitzuentcheiden hatte.⁷³

In der Revisionsbotschaft zum ANAG vom 8. März 1948⁷⁴ stellte der Bundesrat fest, dass die Zustimmung der eidgenössischen Fremdenpolizei das Bewilligungsverfahren ohne sachliche Notwendigkeit kompliziere. Das in Art. 18 Abs. 3 ANAG manifestierte Zustimmungserfordernis wurde deshalb durch einen neuen Abs. 4 relativiert, der eine Neuordnung der kantonalen Kompetenzen ohne Verfassungsänderung erlaubt. Gemäss Botschaft soll die neue Bestimmung «dem Bundesrat erlauben, die Zuständigkeitsregeln den sich ändernden tatsächlichen Verhältnissen anzupassen»⁷⁵

Unter diesen «tatsächlichen Verhältnissen» ist nicht nur die Zahl der allgemein anwesenden Ausländer zu verstehen, sondern auch der Regulierungsbedarf der am Schweizer Arbeitsmarkt auftretenden ausländischen Arbeitnehmer. Die Ausländerpolitik soll die geistigen und wirtschaftlichen Interessen des Landes, den Grad der Überfremdung und die Lage des Arbeitsmarktes berücksichtigen.⁷⁶ Zu diesem Zweck müssen die Ar-

⁷² BBl 1929 I 920.

⁷³ BBl 1929 I 921.

⁷⁴ BBl 1948 I 1293.

⁷⁵ BBl 1948 I 1300.

⁷⁶ In diesem Zusammenhang ist auf die fehlgeschlagene Politik in bezug auf die automatische Gewährung der Jahresaufenthaltsbewilligung nach vier aufeinanderfolgenden Saisons für einen Saisonner hinzuweisen. Sie führte unter anderem dazu, dass drei Viertel der jährlich einreisenden Ausländer ausserhalb der Kontingentierung der BVO in die Schweiz kamen. Es ist in erster Linie diese Schleusenfunktion des Saisongewerbes, die zu einer politikbedingten sektoralen Fehlallokation der ausländischen Arbeitskräfte führte. Das Ergebnis dieser an Partikularinteressen orientierten Ausländerpolitik ist, dass bedeutende Teile des binnenorientierten Sektors mit gering entlohnten, wenig qualifizierten Arbeitskräften versorgt werden. Die Allokationsverluste des Branchenprotektionismus mittels Saisonnerstatut müssen in der Folge von jenen Branchen mit höherer Innovationskraft, Wertschöpfungsintensität und Effizienz getragen werden, die bei der Verteilung der Kontingente regelmässig zu kurz kommen. Sie können sehr oft ihre Nachfrage nach ausländischen Arbeitskräften nur dadurch zu decken versuchen, indem sie jene Ausländer einstellen, die, nachdem sie vier Jahre in der Schweiz waren, das Recht erhalten, aus den Saisonbranchen abzuwandern. Das erforderliche Qualifikationsprofil dürften diese Arbeitskräfte allerdings nur in den wenigsten Fällen erfüllen; STRAUBHAAR Thomas, *Eckpfeiler einer europafähigen schweizerischen Migrationspolitik*, Aussenwirtschaft 1990, S. 522; HAUSER Heinz, *Freizügigkeit für Arbeitskräfte aus Westeuropa*, Finanz und Wirtschaft 1990, S. 1 und S. 33; im übrigen verweisen die beiden Autoren auf die empirischen Untersuchungen von DHIMA, die diese Behauptungen belegen: DHIMA Giorgio, *Freizügigkeit und schweizerische Ausländerpolitik: Mögliche Folgen des Abbaus von institutionellen*

beitsmarktbehörden eng mit der Fremdenpolizei zusammenarbeiten und ihre Bedürfnisse aufeinander abstimmen.

7. Sonderstatus für EWR-Angehörige

Schon jetzt schreibt Art. 8 BVO Prioritäten bei der Rekrutierung ausländischer Arbeitnehmer vor. In erster Linie soll Angehörigen aus Staaten der EFTA⁷⁷ und der EU eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden.⁷⁸ Lehrlinge dürfen nur aus EU- oder EFTA-, also EWR-Staaten kommen.⁷⁹ Grenzgängerbewilligungen werden in der Regel nur Angehörigen von Grenzstaaten gewährt.⁸⁰ Die Freizügigkeit für Grenzgänger, die schon fünf Jahre im Grenzraum arbeiten, wird künftig gewährt.⁸¹

Das BIGA bestätigte anlässlich seiner Jahrespressekonferenz kurz nach dem Nein zum EWR, dass das Ziel weiter bestehe, die schweizerische Arbeitsmarktpolitik gegenüber Angehörigen aus EFTA- und EU-Staaten zu liberalisieren.⁸² Für eine Liberalisierung der Einreise-, Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung für Angehörige aus EWR-Staaten und für qualifizierte Fachkräfte besteht denn auch ein parteiübergreifender Konsens.⁸³ Die Einräumung eines Sonderstatus für EWR-Angehörige lässt zudem das Drei-Kreise-Modell, das der Bundesrat mit seinem Bericht zur Ausländer- und Flüchtlingspolitik vom 15. Mai 1991 einführt, unberührt.⁸⁴

Hemmnissen, Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik 1990, S. 335 ff.

⁷⁷ HUG Klaus, *Ausländische Arbeitskräfte*, in: Riklin/Haug/Probst, a.a.O., Fn. 5, S. 950, erwähnt insbesondere Art. 16 des Abkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation, welcher in die BVO aufgenommen wurde. Danach muss einer Person die Niederlassung gewährt werden, wenn es sich um leitendes Personal oder um Personen in Handelsunternehmungen handelt, deren spezielle Fähigkeiten für den Betrieb eines Unternehmens wesentlich sind.

⁷⁸ Art. 8 Abs. 1 BVO.

⁷⁹ Art. 8 Abs. 5 BVO.

⁸⁰ Art. 8 Abs. 4 BVO.

⁸¹ Art. 23^{bis} der vom Bundesrat am 21. April 1993 geänderten BVO lautet: «Hat der Grenzgänger seit fünf Jahren ununterbrochen eine Erwerbstätigkeit ausgeübt, so darf die Verlängerung der Bewilligung nur verweigert werden, wenn schwere Störungen des Arbeitsmarktes dies erfordern.» AS 1993, S. 1461. Vgl. auch BBl 1994 II 649 ff.

⁸² NZZ Nr. 5 (1993) S. 15.

⁸³ NZZ Nr. 8 (1993) S. 17 und Nr. 9 (1993) S. 17.

⁸⁴ BBl 1991 III 302. Obwohl dieses Modell keine rassendiskriminierende Ziele verfolgt, sah sich der Bundesrat veranlasst, in seiner Botschaft vom 2. März 1992 über

Die vom Bundesrat per 1. Mai 1993 verfügte ausserordentliche Änderung der BVO,⁸⁵ die vor allem die Zulassung von leitendem und hochqualifiziertem Personal erleichtern will, war damit ein weiterer Schritt in die richtige Richtung. Mit seinem Vernehmlassungsentwurf zur Ausländerregelung 1993/94 bekräftigt der Bundesrat zudem seine Meinung, dass der Europäische Wirtschaftsraum wieder vermehrt zum hauptsächlichen Rekrutierungsgebiet ausländischer Arbeitskräfte werden sollte.⁸⁶ Schliesslich zeigt sich der Bundesrat auch in seinem Bericht zur kantonalen Aussenpolitik «bestrebt, das Bundesrecht den europäischen Normen anzupassen und sowohl im Innern wie auch gegen Aussen eine Liberalisierung herbeizuführen».⁸⁷

Solange die Schweiz jedoch nicht dem EWR-Abkommen beitreten und die Freizügigkeit im Personenverkehr auch nicht durch bilaterale Verhandlungen mit der EU erreichen kann, würde nun die Aufhebung der durch den Bund festgelegten EWR-Ausländerkontingente der Kantone eine wichtige Ersatzlösung bedeuten. Durch eine solche Reföderalisierung der Ausländerpolitik würde den einzelnen Kantonen die Möglichkeit gegeben, ihren Anteil an Ausländerinnen und Ausländern aus EWR-Staaten selbständig zu bestimmen. Der Bundesrat müsste dazu lediglich – mittels der in Art. 18 Abs. 4 ANAG enthaltenen Kompetenz – den Katalog der alleinigen Zuständigkeitsbereiche der Kantone⁸⁸ um einen neuen Absatz

den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung einen Vorbehalt zugunsten der Schweizer Gesetzgebung über die Zulassung von Ausländerinnen und Ausländern zum schweizerischen Arbeitsmarkt anzubringen. Seiner Meinung nach kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die schweizerische Zulassungspolitik in Zukunft dem Vorwurf rassendiskriminierender Auswirkungen aussetzen könnte. BBl 1992 III 269 ff., insb. S. 295–299, 332. Vgl. auch Bericht des Bundesrates über die künftige Ausländerpolitik – insbesondere das Drei-Kreise-Modell – im Lichte des internationalen Übereinkommens von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 20. Oktober 1993, S. 6 f.

⁸⁵ AS 1993, S. 1460.

⁸⁶ NZZ Nr. 124 (1993) S. 22.

⁸⁷ BBl 1994 II 650.

⁸⁸ Art. 18 ANAG:

«¹ Der eine Bewilligung verweigernde kantonale Entscheid ist endgültig; vorbehalten bleibt Artikel 21.

² Die Kantone sind zuständig, von sich aus Aufenthaltsbewilligungen zu erteilen

- a. nicht erwerbstätigen Ausländern bis auf zwei Jahre, sofern nach dem Zwecke des Aufenthaltes und nach den Umständen glaubhaft ist, dass der Ausländer sich nur für beschränkte Zeit in der Schweiz aufhalten werde, Schülern auf die Dauer des Schulbesuches, Studenten bis zum Abschluss der Studien, Kranken in Heilanstalten bis zum Austritt aus der Anstalt;
- b. Hausangestellten und Angestellten in der Landwirtschaft bis auf fünf Jahre;

lit. d erweitern.⁸⁹ Den kantonalen Arbeitsmarktbehörden würde dadurch ein taugliches Instrument in die Hand gegeben, um auf die Bedürfnisse der in ihrem Gebiet angesiedelten Unternehmen zu reagieren. Gleichfalls blieben die regional-spezifischen Besonderheiten für die lokal zu vertretende Ausländerpolitik berücksichtigt. Die Möglichkeiten würden von einer gewährten Freizügigkeit bis zu einem restriktiven Abschotten reichen. Zudem müsste aufgrund der Beschränkung einer Bewilligung auf das Gebiet nur eines Kantons⁹⁰ nicht befürchtet werden, dass die liberale Praxis einiger Kantone zu einer nationalen Überfremdung führen würde.

Es versteht sich von selbst, dass eine kantonal gewährte Freizügigkeit für EWR-Angehörige nur solange aufrecht erhalten bleiben müsste, bis gesamtschweizerisch eine gleichermassen ausgestaltete Freizügigkeit statuiert wäre. Dies könnte sowohl über einen bilateralen Vertrag als auch über einen Beitritt zum EWR oder zur EU geschehen.

Zu erwähnen sind im übrigen die ökonomischen Argumente und Erfahrungen, die die Befürchtungen einer ungehemmten Immigration ausländischer Arbeitskräfte entkräften. So haben Erhebungen in der EU⁹¹ gezeigt, dass die ökonomischen Ursachen der geringen Wanderungen

c. Saisonarbeitern und -angestellten für eine Saison, jedoch höchstens bis auf neun Monate und, soweit das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit für bestimmte Berufe eine Höchstzahl der jährlich zuzulassenden Saisonarbeiter bestimmt, im Rahmen dieser Höchstzahl.

³ Alle anderen Bewilligungen bedürfen der Zustimmung des Bundesamtes für Ausländerfragen. Sofern dieses nichts anderes verfügt, können im Rahmen dieser Zustimmung alle Kantone Bewilligungen erteilen. Die Zustimmung kann für Aufenthalt an Bedingungen und Beschränkungen gebunden werden.

⁴ Der Bundesrat kann nach Anhörung der Kantone deren Zuständigkeit abweichend von den Absätzen 2 und 3 ordnen.

⁵ Auch wenn die Zustimmung des Bundesamtes für Ausländerfragen notwendig ist, können die Kantone, wenn die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch den Ausländer dringend ist, eine provisorische Aufenthaltsbewilligung erteilen; sie haben dies dem Bundesamt für Ausländerfragen sofort zu melden.

⁶ Die Gesuche sind von den Behörden des Bundes und der Kantone mit Beförderung zu erledigen.»

⁸⁹ Ein solcher neuer Absatz könnte etwa wie folgt lauten: «d. erwerbstätigen EWR-Angehörigen; die Kantone können dazu ausführende Bestimmungen erlassen.» Sinngemäss wäre auch Art. 18 ANAV zu erweitern.

⁹⁰ Im bestehenden Sinn von Art. 8 ANAG und Art. 14 ANAV. Zu den räumlichen Beschränkungen THÜRER, *Rechtsstellung*, a.a.O., Fn. 55, S. 1372 f.

⁹¹ Nach den vom Statistischen Amt der EG auf Anfang 1991 erhobenen Zahlen zur Ausländersituation in der Gemeinschaft befanden sich ca. 14,5 Mio. Ausländer in der EG, was einem durchschnittlichen Anteil von 4,2% entsprach. Von dieser Zahl waren nur ein Drittel (1,4% der Gesamtbevölkerung) EG-Bürger aus einem anderen EG-Mitgliedstaat; NZZ Nr. 144 (1993) S. 11.

innerhalb der EU in der grossen Ähnlichkeit der Volkswirtschaften der EU-Staaten in bezug auf Arbeitsproduktivität, sektorale Strukturen, Arbeitslosigkeit und Lohnniveau liegen.⁹² Eine wenig elastische Reaktion der europäischen Arbeitskräfte auf die Liberalisierung der internationalen Migration zeigte sich auf mikroökonomischer Ebene. Der Wegfall von Wanderungshemmnissen genügte nicht, um die individuellen Migrationsbarrieren zu überwinden.⁹³ Auf einer makroökonomischen Ebene war die europäische Wanderungsbewegung abhängig von den Bedürfnissen und der Nachfrage der Einwanderungsländer. Hierbei garantierte die Beseitigung der formalen Mobilitätshemmnisse nicht notwendigerweise eine Übereinstimmung der beruflichen Fähigkeiten der migrationswilligen Arbeitskräfte mit den Ansprüchen und Forderungen der Nachfrager. Solange soziologische und psychologische Hemmnisse auf der Ebene der einzelnen Migranten sowie soziale, kulturelle und sprachliche Unterschiede zwischen Heimat- und Gastland bestehen bleiben, genügt der Abbau von Mobilitätsbeschränkungen alleine nicht, um starke Arbeitskräftewanderungen innerhalb des Integrationsraums auszulösen.⁹⁴ Auch eine anhaltend hohe Arbeitslosigkeit sollte schliesslich die Tatsache nicht verdrängen, dass die Schweizer Wirtschaft auch in Zukunft vor allem auf qualifizierte ausländische Arbeitskräfte zur längerfristigen Sicherung von Arbeitsplätzen in der Schweiz angewiesen ist.⁹⁵

8. Europäisch geregelte Freizügigkeit

Für die Ausgestaltung einer teilweise und zwischenzeitlich an die Kantone zurückgegebene Regelungsbefugnis des Ausländerrechts in bezug auf EWR-Angehörige sind die Freizügigkeitsbestimmungen des EG-Vertrags zu berücksichtigen.

⁹² SCHMID Hans, *Soll die Schweiz mit der EG Freizügigkeit für Arbeitnehmer vereinbaren?*, Aussenwirtschaft 1989, S. 164.

⁹³ STRAUBHAAR, a.a.O., Fn. 76, S. 535.

⁹⁴ STRAUBHAAR, a.a.O., Fn. 76, S. 536. Aufgrund dieser Tatsache verzichtete Österreich bei den EU-Beitrittsverhandlungen auf Schutzklauseln oder Übergangsfristen. In einer gemeinsamen Erklärung wird jedoch Wien das Recht eingeräumt, allfällige Störungen des Arbeitsmarktes durch einen unerwarteten Zustrom von fremden Arbeitskräften mit den EU-Partnern zu erörtern; NZZ Nr. 169 (1993) S. 27.

⁹⁵ Soweit ausländische Spezialisten in weiten Teilen komplementäre und nicht substitutive Funktionen zur Arbeit von schweizerischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ausüben, dürfte für Schweizer Arbeitskräfte durch die Zuwanderung kaum ein Lohndruck gegen unten entstehen; STRAUBHAAR, a.a.O., Fn. 76, S. 540.

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist Teil der Grundfreiheit des freien Personenverkehrs. Neben der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 52 ff. und 59 ff. EGV⁹⁶) der Selbständigen sollen die Bestimmungen in Art. 48 ff. EGV den Arbeitnehmern die freie, d. h. von der Staatsangehörigkeit unabhängige Standortwahl für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ermöglichen.⁹⁷ Allen EU-Bürgerinnen und -Bürgern soll der diskriminierungsfreie Zugang zu den in der gesamten EU verfügbaren Stellen gewährleistet werden. Gemäss dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) ist der freie Zugang zur Beschäftigung sogar «ein Grundrecht, das jedem Arbeitnehmer der Gemeinschaft individuell vom Vertrag verliehen ist»⁹⁸.

Das europäische Gemeinschaftsrecht unterscheidet – wie auch das Schweizer Recht⁹⁹ – zwischen Einreise- und Aufenthaltsrecht. Die Richtlinie 68/360¹⁰⁰ gewährt den Arbeitnehmern unter anderem die Ein- und Ausreisefreiheit. Das Einreise- und Aufenthaltsrecht wird nicht zweckfrei gewährt, sondern dient der Aufnahme und Ausübung einer Arbeitnehmertätigkeit.¹⁰¹ Trotzdem gilt das Verbot einer Kontrolle, wie etwa das Anbringen eines Sichtvermerks oder eine andere Förmlichkeit, mit der die Einreise erlaubt werden soll.¹⁰² Erst bei Ausstellung der Aufenthaltserlaub-

⁹⁶ Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957. Siehe auch GARRONE Pierre, *Les droits du citoyen européen: l'acquis communautaire et l'apport du traité de Maastricht*, SZIER 1993, S. 251 ff. (S. 257 ff.) und GARRONE Pierre, *La libre circulation des personnes*, Zürich 1993.

⁹⁷ OPPERMANN Thomas, *Europarecht*, München 1991, S. 545, Rz. 1406.

⁹⁸ Fall *Unectef/Heylens*, EuGHE 1987, S. 4097 ff., S. 4117, Rz. 14.

⁹⁹ Vgl. THÜRER, *Rechtsstellung*, a.a.O., Fn. 55, S. 1362 ff. (Einreise) und S. 1366 ff. (Aufenthalt), und GUTZWILLER/BAUMGARTNER, a.a.O., Fn. 55, Rz. 3/2 ff. (Einreise), und Rz. 3/10 ff. (Aufenthalt).

¹⁰⁰ Richtlinie vom 25. Oktober 1968 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft, ABl. EG 1968, Nr. L 257, S. 13.

¹⁰¹ Nach wie vor benötigen Staatsangehörige aus Mitgliedstaaten der EU eine Aufenthaltserlaubnis für einen länger als drei Monate dauernden Aufenthalt in einem anderen EU-Staat. Auf diese Aufenthaltserlaubnis besteht jedoch ein Rechtsanspruch, der sich direkt aus Art. 48 EGV und den Freizügigkeitsverordnungen ergibt. Vgl. dazu die Fälle *Royer*, EuGHE 1976, S. 497 ff., und *Antonissen*, EuGHE 1991, S. 745 ff., wobei in letzterem entschieden wurde, dass ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats zur Ausreise gezwungen werden kann, wenn er nicht innerhalb von 6 Monaten eine Arbeitsstelle gefunden hat. Dieser Ausweisung kann er nur entgehen, wenn er weiterhin eine Beschäftigung sucht und für ihn tatsächlich Chancen für eine Einstellung bestehen.

¹⁰² WÖLKER Ulrich, *Kommentar Art. 48 EGV*, in: Groeben Hans von der/Thiesing Jochen/Ehlermann Claus-Dieter (Hrsg.), *Handbuch des Europäischen Rechts*, Baden-Baden 1992, Rz. 19.

nis¹⁰³ dürfen die Behörden einen konkreten Nachweis der Eigenschaft als Arbeitnehmer oder Angehörige solcher Arbeitnehmer verlangen. Einziges formelles Erfordernis der Einreise ist der Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses.¹⁰⁴ In bezug auf die Dauer der Arbeitssuche haben die Mitgliedstaaten bei der Annahme der Verordnung 1612/68¹⁰⁵ und der Richtlinie 68/360 eine Auslegungserklärung abgegeben,¹⁰⁶ nach der Arbeitssuchende sich zu diesem Zweck mindestens drei Monate in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten dürfen. Bei Inanspruchnahme von Sozialhilfe können sie bereits vorher zum Verlassen des Landes aufgefordert werden, ansonsten erst nach Ablauf der drei Monate, sofern die Arbeitssuche erfolglos blieb.¹⁰⁷

Zum Nachweis des Aufenthaltsrechts wird eine Bescheinigung, die sog. Aufenthaltserlaubnis für Angehörige eines Mitgliedstaats der EU, erteilt.¹⁰⁸ Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 68/360 regelt abschliessend die Unterlagen, die für die Erteilung verlangt werden dürfen. Es handelt sich neben einem Reisedokument um die Nachweise der materiellen Berechtigung auf die Freizügigkeit, d. h. der Arbeitnehmereigenschaft¹⁰⁹ oder Familienzugehörigkeit.¹¹⁰ Die Mitgliedstaaten dürfen dafür eine Einstellungserklärung der Arbeitgeber oder eine Arbeitsbescheinigung verlangen. Die Aufenthaltserlaubnis muss für das gesamte Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats gelten und eine Mindestdauer von 5 Jahren mit Verlänge-

¹⁰³ Auch wenn die nach Art. 4 Abs. 2 der RL 68/360 zu erteilende Bescheinigung über die Aufenthaltserlaubnis lediglich eine deklaratorische Wirkung hat, so darf ihre Bedeutung in der Praxis nicht unterschätzt werden.

¹⁰⁴ Vgl. dazu das Europäische Rahmenübereinkommen über die Regelung des Personenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten des Europarates vom 13. Dezember 1957, von der Schweiz am 20. Dezember 1966 ratifiziert und seit dem 1. Januar 1967 in Kraft, SR 0.142.103.

¹⁰⁵ Verordnung des Rates vom 15. Dezember 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. EG 1968, Nr. L 257, S. 2.

¹⁰⁶ Im Fall *Antonissen*, a.a.O., Fn. 101, hat nun aber der EuGH diese Erklärung im Protokoll der Ratssitzung zur Auslegung abgeleiteten Rechts für bedeutungslos erklärt, «wenn der Inhalt der Erklärung wie im vorliegenden Fall in der fraglichen Bestimmung keinen Ausdruck gefunden . . . hat» (S. 778, Rz. 18).

¹⁰⁷ WÖLKER, a.a.O., Fn. 102, Rz. 37; vgl. auch den Fall *Levin*, EuGHE 1982, S. 1043.

¹⁰⁸ Art. 4 Abs. 2 der RL 68/360; vgl. oben Fn. 103.

¹⁰⁹ Vgl. zum Begriff «Arbeitnehmer» die umfangreiche Rechtsprechung des EuGH: *Levin*, a.a.O., Fn. 107, S. 1035; *Saunders*, EuGHE 1979, S. 1129; *Hessische Knappschaft*, EuGHE 1965, S. 1267; *Lair*, EuGHE 1988, S. 3161; *Brown*, EuGHE 1988, S. 3205.

¹¹⁰ Vgl. auch zum Begriff der Familienzugehörigkeit die Rechtsprechung des EuGH: *Lebon*, EuGHE 1987, S. 2811; *Emir Gül*, EuGHE 1986, S. 1573; *Reed*, EuGHE 1986, S. 1283; *Diatta*, EuGHE 1986, S. 567.

rungsmöglichkeit vorsehen.¹¹¹ Die Richtlinie 68/360 sieht sowohl eng begrenzte Ausnahmen für die Einschränkung dieser Gültigkeitsdauer als auch Tätigkeiten vor, für die auf eine Aufenthaltserlaubnis verzichtet werden kann.

Das Verbleiberecht nach Beendigung der Erwerbstätigkeit wird in der Verordnung 1251/70¹¹² geregelt. Bei Arbeitnehmern muss dafür in jedem Fall eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis vorausgehen. Für die Gewährung des Verbleibens werden verschiedene weitere Voraussetzungen festgelegt, die sich jeweils nach dem Grund richten, weshalb die Erwerbstätigkeit nicht mehr ausgeübt wird.¹¹³

Interessant für die Schweiz ist vor allem Art. 9 Abs. 1 der Verordnung 1251/70, wonach die Kommission unter Berücksichtigung der demographischen Lage im Grossherzogtum Luxemburg auf Antrag dieses Staates für die Ausübung des Verbleiberechts im luxemburgischen Hoheitsgebiet andere Bestimmungen erlassen kann.¹¹⁴ Ob die Schweiz bei ihren Annäherungsversuchen an den EWR oder die EU eine ähnliche Klausel aushandeln könnte, ist offen. Jedenfalls dürfte der in der Schweiz bei 18%¹¹⁵ liegende Ausländeranteil einen solchen Vorbehalt nicht von vornherein ausschliessen.

9. Kompensation für die Grenzkantone

Verschiedene Schweizer Kantone sind bereits Mitglieder von interregionalen oder internationalen und damit grenzüberschreitenden Organisationen.¹¹⁶ Als eigentliche Musterfälle transnationaler Zusammenarbeit gelten die Regio Basiliensis, sowie der Raum des Lac Léman und des

¹¹¹ Art. 6 Abs. 1 lit. a und b der RL 68/360.

¹¹² Verordnung der Kommission vom 29. Juni 1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, Abl. EG 1970, Nr. L 142, S. 24.

¹¹³ WÖLKER, a.a.O., Fn. 102, Rz. 76 ff.

¹¹⁴ Der Vorbehalt betreffend Freizügigkeit der Arbeitnehmer wird mit der besonderen demographischen Lage Luxemburgs begründet. Auf einem Territorium von nicht ganz 2600 km² leben rund 365 000 Personen, was einer Bevölkerungsdichte von 144 E/km² entspricht. Der Ausländeranteil beträgt dabei mehr als 27% (alle Angaben beziehen sich auf 1988); SCHMID, a.a.O., Fn. 61, S. 343.

¹¹⁵ Stand per Ende August 1993 gemäss NZZ Nr. 223 (1993) S. 21.

¹¹⁶ Vgl. die umfassende Zusammenstellung in BBl 1994 II 635 ff., 686 ff., und bei WILDHABER, a.a.O., Fn. 15, S. 128.

Bodensees.¹¹⁷ Ein Modell für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Süd-Schweiz mit Oberitalien stellt nun ebenfalls der zwischen der Schweiz und Italien abgeschlossene «Accordo quadro» dar.¹¹⁸ Die Region des Lac Léman kennt sehr weitgehende Vereinbarungen, so die Communauté de travail des régions des alpes occidentales (Cotrao), der die Kantone Genf, Waadt und Wallis angehören.¹¹⁹ Es wäre nun denkbar, dass innerhalb eines solchen Verbunds allgemeine Freizügigkeitsregelungen für die in der betreffenden Region lebenden Menschen abgeschlossen würden.

Bei einer entsprechenden Revision des Art. 18 Abs. 2 ANAG¹²⁰ und seiner Verordnungen und Richtlinien im Sinne einer föderalen Übergangsregelung bis zu einer bi- oder multilateralen Annäherung an den EWR oder die EU würden also Freizügigkeitsregelungen im grenznahen EWR-Bereich sowohl im kantonalen Kompetenzbereich als auch im Rahmen der grenznachbarlichen «Staatswirtschaft» gemäss Art. 9 BV liegen. Da eine solchermassen erteilte Aufenthaltsbewilligung nur auf dem Gebiet des dem Verbund angehörenden Kantons Gültigkeit hätte,¹²¹ würden die Interessen der anderen Kantone nicht wesentlich tangiert. Ebensowenig könnte ein Verstoß gegen einen allgemeinen Sicherheitsvorbehalt für die gesamte Schweiz (ordre public) moniert werden.¹²² Mit solchen übergangszeitlichen Freizügigkeitsregelungen könnten die Grenzkantone vielmehr verhindern, dass sie wirtschaftlich vom grenznahen Ausland abgeschnitten werden.¹²³ Die notwendige Kompensation der Folgen des EWR-Neins

¹¹⁷ LANG, a.a.O., Fn. 34, S. 253. BEYERLIN Ulrich, *Dezentrale grenzüberschreitende Zusammenarbeit als transnationales Rechtsphänomen*, Archiv des Völkerrechts 1989, S. 298, führt an, dass interregionale Vereinbarungen, die unmittelbar rechtsverbindliche Regelungen in öffentlich-rechtlichen Sachbereichen treffen, – soweit ersichtlich – in der grenzüberschreitenden Kooperationspraxis nur zwischen Baden-Württemberg und Schweizer Grenzkantonen geschlossen worden sind.

¹¹⁸ Fn. 3. Da sich Italien bei der Unterzeichnung des Rahmenübereinkommens (Fn. 9) einen Vorbehalt der Letztentscheidung zugunsten der Zentralregierung ausbedungen hatte, wurde dieses Zusatzabkommen notwendig; NZZ Nr. 46 (1993) S. 21.

¹¹⁹ BBl 1994 II 637; NZZ Nr. 296 (1992) S. 21.

¹²⁰ Vgl. Fn. 89.

¹²¹ Vgl. Fn. 90.

¹²² Anderer Meinung ist Staatssekretär Franz Blankart, die er anlässlich der 30. Generalversammlung der Regio Basiliensis vom 21. April 1993 in Blotzheim vertrat; NZZ Nr. 93 (1993) S. 21.

¹²³ Die ausdrückliche Kompetenz für die Kantone in Art. 9 BV, im grenznahen Bereich tätig werden zu dürfen, verhindert das Zurücktreten der Kantone vor dem Gewicht der Bundesaufgabe. Dies im Unterschied zu den bloss aus der subsidiären Zuständigkeit entstandenen Aufgaben; SALADIN, a.a.O., Fn. 14, Rz. 72. Es handelt sich damit um eine vordringliche Aufgabe der Kantone, in ihrem (grenznahen) Bereich für die Prosperität der Kantonsbevölkerung zu sorgen.

würde weder den Bundesstaat insgesamt demontieren noch einen Schritt in Richtung eines Staatenbunds bedeuten.¹²⁴ Ein näher zu bestimmendes Wohnsitzerfordernis von beispielsweise einem Jahr¹²⁵ könnte im übrigen verhindern, dass solche Freizügigkeitsregelungen missbraucht würden.

Auch aus der Sicht der Vertragspartner im EWR dürfte, vor allem in bezug auf das Diskriminierungsverbot, einer solchen Vereinbarung nichts entgegenstehen. Das EG-Recht sieht eine Freizügigkeit nur für das Hoheitsgebiet der Vertragsstaaten vor. Des weiteren gilt die Aufenthaltserlaubnis, die beispielsweise ein deutscher Arbeitnehmer in Spanien erhält, nur für Spanien und nicht automatisch auch für Portugal.¹²⁶ In diesem Sinne bleiben die internationalen und nationalen Grenzen weiterhin zu beachten. Damit wäre die diskriminierungsfreie Freizügigkeit nur auf dem Gebiet desjenigen Kantons gültig, der einem solchen grenzüberschreitenden Verbund angehörte, und nicht auf dem Gebiet der gesamten Eidgenossenschaft. Ein strikt einzuhaltendes Wohnsitzerfordernis könnte lediglich im leicht eingrenzbaeren Bereich des Dienstleistungsverkehrs im Interesse des einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraums durchbrochen werden.

Primär betroffen durch eine Freizügigkeit für Angehörige der Region ist ohnehin die jeweilige Kantonsbevölkerung. Sie hat in einer Volksbefragung ihren Willen für oder gegen eine solche Regelung kundzutun. Ein dahingehender, die Kantone betreffender Vertrag wäre daher die föderale Fortsetzung der vor allem um die letzte Jahrhundertwende vom Bund mit einer Vielzahl von Staaten abgeschlossenen Freundschafts- und Niederlassungsverträge.¹²⁷ Die damaligen Fehler einer undifferenzierten Einwanderungspolitik würden heute wohl kaum mehr wiederholt werden.

¹²⁴ In seinen Schlussbemerkungen gibt KELLENBERGER, a.a.O., Fn. 42, seiner Hoffnung Ausdruck, dass die Möglichkeiten, die sich den Grenzkantonen im Bereich der Mikrointegration bieten, nicht aus einer falschen Angst, der nationale Zusammenhalt könnte unter einer offensiven Politik dieser Kantone leiden, beschnitten werden.

¹²⁵ Dänemark kennt ein solches Wohnsitzerfordernis für den Erwerb von Grundstücken, und Österreich wurde von der EU im Beitrittsvertrag vom 12. April 1994 neben einer entsprechenden fünfjährigen Übergangsfrist in einer Gemeinsamen Erklärung zu Zweitwohnungen zugesichert, dass der Bedarf der ortsansässigen Bevölkerung an Wohnraum zu akzeptablen Preisen vorrangig abgedeckt und die österreichische Landschaft vor Zersiedelung geschützt werden dürfe. Doc. AA-AFNS 1–6 FINAL, sowie «Bericht der Bundesregierung über das Ergebnis der Verhandlungen über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union» (hektographiert, ohne Jahr und Ort), S. 26.

¹²⁶ Vgl. Fn. 100 ff.

¹²⁷ Vgl. z. B. Niederlassungsvertrag vom 23. Februar 1882 zwischen der Schweiz und Frankreich, SR 0.142.113.491. Erst kürzlich befasste sich das Schweizer Bundesgericht mit diesem Niederlassungsvertrag (BGE 119 IV 65 [1993] *M. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich*). Es bestätigte den Vorrang des ANAG gegenüber den alten

Auch entspräche eine solche Regelung dem von der Schweiz ratifizierten Europäischen Rahmenübereinkommen über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften vom 21. Mai 1980.¹²⁸ Danach sollten die Mitgliedstaaten in bezug auf ihre transnationalen Aktivitäten nicht beim status quo verharren, sondern vielmehr konkrete Initiativen zu deren Erleichterung und Förderung ergreifen.¹²⁹

Da der EWR-Beitritt von Volk und Ständen insbesondere wegen der Freizügigkeit im Personenverkehr abgelehnt wurde und die bilateralen Verhandlungen in diesem Bereich deshalb schwierig sein werden, könnten bis zum Erreichen einer gesamtschweizerischen Lösung die bestehenden Möglichkeiten der BV besser genutzt werden. Eine engere Auslegung eines allgemein gehaltenen Begriffs der Aussenbeziehungen würde eine extensive Interpretation der völkerrechtlichen Handlungsfähigkeit der Kantone im Rahmen von Art. 9 BV erlauben. Der dadurch entstehende Spielraum könnte von denjenigen Kantonen genutzt werden, die in Zusammenarbeit mit dem Bund ihren Kompetenzbereich sowohl mit Bezug auf ihre Aussenbeziehungen als auch mit Bezug auf das Ausländerrecht ausschöpfen wollen – zum Wohle ihrer Kantonsbevölkerung und der Schweiz sowie im Interesse einer gesamteuropäischen Freizügigkeit.

Niederlassungsverträgen, indem es auf die völkerrechtliche Zulässigkeit durch das übereinstimmend restriktive Akzeptieren und Handhaben von beiden Staaten hinwies. Die Vertragsklauseln betreffend Freizügigkeit und Gleichbehandlung werden nur noch auf Personen mit Niederlassungsbewilligung angewandt. Für alle anderen Ausländer gelten die alten Staatsverträge nur noch unter dem Vorbehalt entgegenstehenden Landesrechts, so des ANAG. Allgemein zur Bedeutung der Staatsverträge vgl. GUTZWILLER/BAUMGARTNER, a.a.O., Fn. 55, Rz. 3/197 ff. Zur Vorzugsstellung von Ausländern aufgrund von Niederlassungsverträgen vgl. THÜRER, *Rechtsstellung*, a.a.O., Fn. 55, S. 1349 f. Des weiteren ZELLWEGER, a.a.O., Fn. 57, S. 893 ff.

¹²⁸ Fn. 9. Vgl. VPB 1988, Nr. 18, S. 118 = SJIR 1988, S. 177.

¹²⁹ BEYERLIN, *Rechtsphänomen*, a.a.O., Fn. 115, S. 301. Eine interregionale Zusammenarbeit weckt vor allem dann erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, wenn sie die Übertragung von Hoheitsrechten impliziert und es hierfür im jeweiligen nationalen Recht keine gesetzliche Grundlage gibt. Deshalb hat im Juni 1992 der Europarat, im Wissen um das Fehlen einer «dachvertraglichen Ermächtigung» zur grenzüberschreitenden vertrags- und verbandsförmigen Zusammenarbeit im Rahmenübereinkommen vom 21. Mai 1980, einen Expertenentwurf für ein Zusatzprotokoll vorgelegt, das eine klare völkerrechtliche Ermächtigung der nachgeordneten Gebietskörperschaften zum grenzüberschreitenden Handeln in vertrags- und verbandsförmiger Form vorsieht; BEYERLIN Ulrich, *Interregionale Zusammenarbeit in Europa*, in: Thüerer Daniel/Weber Rolf H./Zäch Roger (Hrsg.), Schweiz und Europa, Zürich 1993, S. 131 ff., S. 139. KELLENBERGER, a.a.O., Fn. 38, präziserte, dass die praktische Tragweite des Zusatzprotokolls selbstverständlich von den Kompetenzen abhängt, die die Gebietskörperschaften in den einzelnen Staaten haben.

10. Auffächerung der Aussenpolitik

Eine föderalistische Freizügigkeit für EWR-Angehörige in der Schweiz ist schliesslich am Kriterium der aussenpolitischen Opportunität zu messen. Dabei ist zu fragen, ob es nicht innerhalb des breiten Spektrums grenzüberschreitender Beziehungen eng begrenzte Aktionsfelder gibt, in denen bestimmte dezentrale Akteure grenznachbarliche Aktivitäten entwickeln dürfen, die nicht in die «grosse Aussenpolitik» der Friedenssicherung, der Wahrung der Unabhängigkeit und der Neutralität sowie des multilateralen Vertragsrechts im gesamteuropäischen und universellen Rahmen eingebunden sind, sondern ihrem eigenen «transnationalen» Kooperationssystem zuzurechnen wären.¹³⁰

Aufschlussreich ist hierzu schliesslich die Sichtweise des Europäischen Parlaments, das in seiner Gemeinschaftscharta der Regionalisierung¹³¹ die Wichtigkeit der interregionalen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit betont: «Unter Beachtung der internen Aufteilung der Befugnisse verpflichten sich die Staaten, die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen den regionalen Behörden verschiedener Mitgliedstaaten in den Fragen, die in den Zuständigkeitsbereich dieser Behörden fallen, zu ermöglichen und zu fördern, wobei diese Beziehungen als nachbarliche Beziehungen und nicht als auswärtige Beziehungen zu betrachten sind»¹³².

¹³⁰ BEYERLIN, *Rechtsprobleme*, a.a.O., Fn. 24, S. 147. LANG, a.a.O., Fn. 34, S. 256, unterscheidet zwischen einer Aussenpolitik als «high politics» im Sinne der Wahrung von Sicherheitsinteressen, Prestige, Einflussphären, etc. und einer Aussenpolitik als Dienst am Bürger in einer besonderen transnationalen und internationalen Dimension, die auf unterstaatlicher Ebene auch als Ergänzung der von der jeweiligen Zentralregierung geführten Nachbarschaftspolitik zu verstehen ist. Vgl. Fn. 12.

¹³¹ ABl. EG 1988, Nr. C 326, S. 299.

¹³² Art. 23 Ziff. 3.