

Vertraglicher „Umsetzungsdruck“ und „autonomer Anpassungszwang“ aus Brüssel

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Vertraglicher „Umsetzungsdruck“ und „autonomer Anpassungszwang“ aus Brüssel, LeGes2014, 383-400. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

Zeitdruck und Zugzwang im Gesetzgebungsverfahren kann selbstverständlich verschiedene Ursachen haben. Für ein international stark eingebundenes Land wie die Schweiz spielen dabei die Beziehungen zu anderen Staaten und Internationalen Organisationen selbstverständlich eine bedeutende Rolle, und die jüngere Vergangenheit lieferte hier denn auch reichhaltig Anschauungsmaterial. Von besonderer Bedeutung sind hier – angesichts der geographischen Lage der Schweiz und ihrer wirtschaftlichen und politischen Einbindung – die Beziehungen zur Europäischen Union. Hier ist die Schweiz aus verschiedenen Gründen gelegentlich unter Zeitdruck und Zugzwang, was beachtliche Herausforderungen für den schweizerischen Gesetzgeber mit sich bringt.

Vor diesem Hintergrund besteht die Zielsetzung der nachfolgenden Ausführungen darin, einerseits die Mechanismen der „Europäisierung“ des schweizerischen Rechts zu skizzieren (II.), andererseits die sich daran anschliessenden Herausforderungen für den schweizerischen Gesetzgeber (auf Bundesebene oder auf kantonaler Ebene) zu umreissen, dies jeweils unter Bezugnahme auf ausgewählte Beispiele. Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbetrachtung zur Zukunft des „Bilateralen Weges“ (IV.).

II. Zur „Europäisierung“ des schweizerischen Rechts

Die schweizerische Rechtsordnung kann in verschiedenen Formen „europäisiert“ werden bzw. das EU-Recht kann aufgrund verschiedener Ursachen für die Schweiz in der einen oder anderen Form relevant werden, wobei sich diese Formen bezüglich ihres rechtlichen Charakters und ihrer Auswirkungen unterscheiden:¹

¹ Zur Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung allgemein etwa *Matthias Oesch*, Die Europäisierung des schweizerischen Rechts, in: Thomas Cottier (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Basel, u.a. 2012, 13 ff.; s. auch sehr instruktiv *Rainer J. Schweizer*, Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung

- Zunächst kann sich die Schweiz durch völkerrechtliche Verträge verpflichten, Teile des unionsrechtlichen Besitzstands in der Sache zu übernehmen oder an unionsrechtlichen Regelungswerken teilzunehmen. Hier ist in erster Linie auf die sog. „Bilateralen Abkommen“ hinzuweisen: So hat die Schweiz zwei „Pakete“ solcher Abkommen abgeschlossen; das erste Paket² wurde im Juni 1999 unterzeichnet und ist – da die Abkommen nicht nur politisch, sondern auch rechtlich miteinander verbunden sind – als Ganzes im Juni 2002 in Kraft getreten, das zweite Paket³ wurde im Oktober 2004 unterzeichnet, und die verschiedenen Abkommen sind sukzessive nach der Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen in Kraft getreten.⁴ Hinzu kommt eine Reihe weiterer Abkommen.⁵

Eine „Übernahme“ unionsrechtlicher Bestimmungen in den Bilateralen Abkommen mit der Schweiz erfolgt – soweit der bestehende *Acquis* betroffen ist – in den derzeit bestehenden Abkommen entweder durch einen direkten Verweis auf unionsrechtliche Akte⁶ oder aber durch eine Anlehnung der Formulierung abkommensrechtlicher Bestimmungen an unionsrechtliche Regelungen.⁷

Soweit die Weiterentwicklung des Besitzstands betroffen ist, kennen die derzeit bestehenden Abkommen im Wesentlichen zwei „Übernahmemechanismen“: Erstens kann dem aus Vertretern der Vertragsparteien zusammengesetzten Gemischten Ausschuss die Kompetenz eingeräumt werden, die entsprechenden Anhänge des betreffenden Abkommens zu modifizieren. Da der Ausschuss einstimmig entscheidet, impliziert diese Variante (auf die insbesondere in Abkommen der „Bilateralen I“

fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), *Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“*. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zürich .a. 2006, 23 ff.; zum quantitativen Ausmass der Europäisierung *Sabine Jenni*, *Direkte und indirekte Europäisierung der schweizerischen Bundesgesetzgebung*, LeGes 2013, 489 ff.

² Es umfasst folgende Bereiche: Personenfreizügigkeit, Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Auftragswesen, vgl. den Text aller Abkommen in BBl 1999, 6489 ff., ABl. 2002 L 114, 1 ff.

³ Es umfasst folgende Bereiche: Besteuerung der Ruhegehälter von in der Schweiz ansässigen EU-Beamten, verarbeitete Landwirtschaftsprodukte, Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur, Zusammenarbeit im Bereich der Statistik, Teilnahme an verschiedenen Programmen in den Bereichen Bildung, Berufsbildung und Jugend, „Schengen“ und „Dublin“, Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung, vgl. den Text aller Abkommen in BBl 2004, 5965 ff.

⁴ Mit der bemerkenswerten Ausnahme des Betrugsbekämpfungsabkommens, das noch nicht in Kraft ist, da noch nicht alle EU-Mitgliedstaaten dieses Abkommen ratifiziert haben.

⁵ Vgl. zu diesen Abkommen, m.w.N., *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, *Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz: ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“*, Zürich 2012, 95 ff.; s. auch allgemein zu den rechtlichen Grundlagen der Beziehungen Schweiz EU *Thomas Cottier/Nicolas Diebold/Isabel Kölliker/Rachel Liechti-McKee/Matthias Oesch/Tetyana Payosova/Daniel Wüger*, *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, Bern 2014, passim.

⁶ Indem in Anhängen zu einem Abkommen Sekundärrechtsakte aufgeführt werden, welche die Schweiz im Ergebnis anzuwenden hat („gleichwertige Rechtsetzung“). S. z.B. Anhang II, III Personenfreizügigkeitsabkommen oder Anhang I Landverkehrsabkommen.

⁷ Vgl. z.B. Anhang I Personenfreizügigkeitsabkommen, das teilweise wörtlich unionsrechtliche Bestimmungen übernimmt.

zurückgegriffen wird), dass eine Anpassung der Abkommen an die Weiterentwicklung in der EU auch unterbleiben kann. Zweitens kann eine grundsätzliche Pflicht der Schweiz zur Übernahme auch der Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands verankert werden, wobei es der Schweiz aber unbenommen bleibt, die Weiterentwicklungen unter Durchlaufen der ordentlichen (Gesetzgebungs-) Verfahren „umzusetzen“.⁸ Allerdings greifen diese „Übernahmemechanismen“ von Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands nur in den Fällen, in denen sie in den Abkommen vorgehen sind; weite Teile der Abkommen können daher nur über eine Modifikation der Abkommen selbst geändert werden, so dass auch die Übernahme von Weiterentwicklungen des EU-Rechts eine solche Modifikation impliziert.

- Unter „autonomen Nachvollzug“ versteht man die (mehr oder weniger weit gehende) Anlehnung gesetzgeberischer Erlasse an die entsprechenden Regelungen in der EU. Sein Hintergrund ist häufig das Anliegen, Wettbewerbsnachteile zulasten schweizerischer Unternehmen durch eine „parallele“ Gesetzgebung zu vermeiden, mitunter aber auch grundsätzlich aufgrund der engen Verflechtung der Schweiz mit der EU die in der Schweiz geltende Rechtsordnung möglichst „europafreundlich“ auszugestalten. Dabei geht es beim „echten“ autonomen Nachvollzug um die bewusste und gewollte unionsrechtskonforme Ausgestaltung nationalen Rechts; diese ist grundsätzlich von der punktuellen Inspiration der Gesetzgebung von Entwicklungen in der EU zu unterscheiden. Implikationen hat diese Unterscheidung insbesondere bei der Auslegung des entsprechenden nationalen Rechts.⁹
- Eine Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung bzw. Teile derselben kann auch auf dem Abschluss völkerrechtlicher Verträge zurückgehen, an denen sowohl die Schweiz als auch die EU (und ihre Mitgliedstaaten) beteiligt sind. Eine derartige „Harmonisierung“ auf völkerrechtlicher Ebene führt auch zu einer gewissen, ggf. weitgehenden Angleichung der Rechtsordnung der Vertragsparteien.
- Schliesslich kann das Unionsrecht – wie bereits erwähnt – auch als Inspirationsquelle für das nationale schweizerische Recht fungieren, ebenso wie andere Rechtsordnungen auch.

III. Zu den Herausforderungen für Rechtsetzung und Rechtsanwendung in der Schweiz

⁸ Verankert wurde ein solcher Mechanismus bislang im Wesentlichen in der Schengen-/Dublin-Assoziierung. Hierzu auch noch unten III.1. S. ansonsten im Einzelnen zu diesen Übernahmemechanismen *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 4), 140 ff.

⁹ Zum „autonomen Nachvollzug“ mit zahlreichen weiteren Nachweisen (auch zu den mit diesem einhergehenden Rechtsfragen) *Cottier/Diebold/Kölliker/Liechti-McKee/Oesch/Payosova/Wüger*, Rechtsbeziehungen der Schweiz und der EU (Fn. 4), 131 ff.

Die skizzierten Mechanismen der „Europäisierung“ des schweizerischen Rechts – soweit (worauf sich dieser Beitrag beschränkt) die Anpassung an oder die „Übernahme“ des EU-Recht(s) betroffen ist – bringen für die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung in der Schweiz beachtliche Herausforderungen mit sich. Ob und auf welche Weise diesen begegnet wird bzw. werden kann, ist für die Rechtssicherheit und damit für die Rechtsunterworfenen – seien dies nun Bürgerinnen und Bürger oder Behörden – von überragender Bedeutung. Ohne den Anspruch zu erheben, diese sich aus der – auf welcher Grundlage auch immer beruhenden – Einbindung der Schweiz in die Europäische Union (ohne Mitgliedschaft) ergebenden Herausforderungen erschöpfend berücksichtigen zu wollen, scheinen spezifisch fünf Aspekte hier von besonderer Bedeutung zu sein: Zeitdruck (1.), konzeptionelle Einbettung unionsrechtlicher Konzepte in schweizerisches Recht (2.), Fragen des Föderalismus (3.), Auslegungsprobleme (4.) sowie das Verhältnis Völkerrecht – nationales Recht, und hier insbesondere die Problematik der völkerrechtswidrigen Initiativen (5.).

Zwar beziehen die folgenden Überlegungen grundsätzlich alle obgenannten Konstellationen der „Europäisierung“ der schweizerischen Rechtsordnung in die Betrachtungen ein; jedoch ist der rechtliche (nicht zwingend der politische) Handlungsspielraum der Schweiz jeweils durchaus unterschiedlich ausgestaltet und hängt zudem von dem betroffenen Rechtsgebiet ab. Insofern geht es im Vorfeld immer auch darum, den bestehenden Handlungsspielraum genau zu eruieren und in sinnvoller Weise zu nutzen. Dieser hängt selbstredend auch und gerade davon ab, ob und inwieweit die Schweiz völkerrechtlich verpflichtet ist, EU-Recht auf die eine oder andere Weise zu „übernehmen“, oder ob die Schweiz Vertragspartnerin derselben völkerrechtlichen Abkommen wie die Europäische Union ist.

1. Zeitdruck

Zeitliche Dringlichkeit in Bezug auf Anpassungen des schweizerischen Rechts an (neue) Vorgaben des Unionsrechts ist in erster Linie im Zusammenhang mit der Schengen-/Dublin-Assoziierung zu gewärtigen: Diese sehen eine grundsätzliche Pflicht der Schweiz zur Übernahme des (näherdefinierten) unionsrechtlichen Besitzstands sowie seiner Weiterentwicklungen vor, wobei es der Schweiz aber unbenommen bleibt, die Weiterentwicklungen unter Durchlauf der ordentlichen (Gesetzgebungs-) Verfahren „umzusetzen“. Erfolgt keine Übernahme bestimmter Weiterentwicklungen, wird das Abkommen grundsätzlich – nach Ablauf einer bestimmten Frist – beendet. Damit geht zwar dieses Modell zwar nicht von einer eigentlichen „automatischen“ Übernahmepflicht der einschlägigen Weiterentwicklungen des Unionsrechts aus; im Falle des Scheiterns einer solchen Übernahme jedoch droht mit der Beendigung des Abkommens eine „Sanktion“. Damit lässt dieser Mechanismus der Schweiz im Ergebnis relativ wenig bzw. kaum einen

Spielraum, soweit die Übernahme der entsprechenden Weiterentwicklungen betroffen ist, da im Falle einer Ablehnung das gesamte Abkommen in Frage gestellt wird.

Beispielhaft sei hier auf die entsprechenden Regelungen im Schengen-Assoziierungsabkommen hingewiesen.¹⁰ Dieses Abkommen sieht – ausgehend von einer grundsätzlichen Übernahmepflicht auch des weiterentwickelten Schengen-Besitzstandes (Art. 2 Abs. 3) – in Art. 7 folgenden Übernahmemechanismus (inklusive der Folgen einer Nichtübernahme) vor, wobei grundsätzlich neue Rechtsakte in der EU und der Schweiz gleichzeitig in Kraft treten sollen:¹¹

- In einem ersten Schritt notifiziert der Rat der Schweiz unverzüglich die Annahme neuer, den Schengen-Besitzstand betreffender Rechtsakte (Art. 7 Abs. 2 lit. a) S. 1).
- Innerhalb einer Frist von 30 Tagen legt sich die Schweiz fest, ob und wie sie den jeweiligen Rechtsakt in ihre interne Rechtsordnung übernehmen will und notifiziert dies Rat und Kommission (Art. 7 Abs. 2 lit. a) S. 2, 3).
- In den Fällen, in denen die Umsetzung in nationales Recht besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen muss (womit Bezug auf allfällige Referenden¹² genommen wird), hat die Schweiz Rat und Kommission in der Notifikation entsprechend zu informieren. Wird kein Referendum verlangt (diese Klausel ist damit nur für fakultative Referenden anwendbar), hat die Schweiz Rat und Kommission unmittelbar nach Ablauf der Referendumsfrist die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen zu notifizieren. Wird das Referendum verlangt, hat sie hierfür höchstens zwei Jahre Zeit (Art. 7 Abs. 2 lit. b) Uabs. 1 S. 1-4). Diese Frist dürfte entsprechend auch im Falle obligatorischer Referenden zum Zuge kommen.
- Jedenfalls muss die Schweiz soweit möglich den jeweiligen Rechtsakt zwischen dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens und der Notifizierung der Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen provisorisch anwenden (Art. 7 Abs. 2 lit. b) Uabs. 1 S. 5).
- Lehnt die Schweiz die Übernahme einer Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes ab, so wird der Beendigungsmechanismus in Gang gesetzt (Art. 7 Abs. 4): Es wird ein Fristlauf initiiert (90 Tage, ggf. verlängerbar um weitere 30 Tage); während dieser Frist können die Parteien im Gemischten Ausschuss durch einen ausdrücklichen Beschluss die weitere Anwendung bzw. Geltung des Abkommens beschliessen. Lässt der Gemischte Ausschuss die vorgesehenen Fristen verstreichen, gilt das Abkommen

¹⁰ Die Regelungen im Dublin-Assoziierungsabkommen sind im Wesentlichen parallel ausgestaltet.

¹¹ Ausführlich zu diesem Mechanismus (unter Einschluss der sich im innerstaatlichen Bereich stellenden Fragen) *Reto Gruber*, Die Übernahme und Umsetzung von Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands – ausgewählte institutionelle Aspekte, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Bern 2010, 479 ff.

¹² Da im Text nur allgemein von verfassungsrechtlichen Anforderungen gesprochen wird, bezieht sich dieser „Vorbehalt“ nicht nur auf die obligatorischen und fakultativen Referenden auf Bundesebene, sondern auch auf möglicherweise notwendige kantonale Referenden.

nach Ablauf einer weiteren Frist als beendet (Art. 8 Abs. 4 am Schluss, Art. 10 Abs. 2, 3).

Trotz der Rolle, die dem Gemischten Ausschuss hier zukommt, ist zu betonen, dass die Notenwechsel zur Übernahme neuer Rechtsakte aus schweizerischer Perspektive als Staatsverträge zwischen der Schweiz, der Union und ihren Mitgliedstaaten aufgefasst werden und keine Beschlüsse des Gemischten Ausschusses darstellen.¹³ Eine Vielzahl relevanter Rechtsakte wurde bisher auf diesem Wege übernommen.¹⁴

Zeitdruck bei der Anpassung des schweizerischen Rechts kann aber auch im Rahmen derjenigen Bilateralen Abkommen entstehen, in denen der Gemischte Ausschuss über Modifikationen bestimmter Teile des jeweiligen Abkommens und damit in der Regel über die Bindungswirkung der Modifikationen von EU-Sekundärrecht auch für die Schweiz entscheidet, wie dies z.B. im Freizügigkeitsabkommen oder im Landverkehrsabkommen der Fall ist.¹⁵

Schliesslich kann aber im Gefolge politischen Drucks (ob dieser nun von innen oder von aussen, sprich der EU, kommt) zeitliche Dringlichkeit bei der Vornahme gewisser Anpassungen des schweizerischen Rechts an Entwicklungen des Unionsrechts anzunehmen sein bzw. zumindest dieser Eindruck bestehen.

Zeitdruck dürfte nur selten einer „besseren“ Gesetzgebung Vorschub leisten, so dass sich auch im Anschluss an einen ggf. bestehenden „Anpassungsdruck aus Brüssel“ die Frage stellt, ob und ggf. inwieweit ein solcher vermieden werden kann. Im vorliegenden Zusammenhang dürfte es von zentraler Bedeutung sein, die Entwicklungen auf EU-Ebene aufmerksam zu verfolgen: Denn Modifikationen des EU-Rechts haben häufig eine bedeutende „Vorlaufzeit“, und in vielen Fällen sind die grossen Linien der Entwicklungen durchaus im Vorfeld bekannt, so dass – insbesondere, wenn es um zwingend zu übernehmende Entwicklungen, wie im Rahmen der Schengen/Dublin-Assoziierung geht – es sich aufdrängt, bereits vor dem endgültigen Erlass der entsprechenden unionsrechtlichen Rechtsakte den Anpassungsbedarf in der Schweiz zu eruieren und mögliche Varianten zu prüfen.

¹³ Gruber, SJER 2009/2010 (Fn. 7), 479 (494 und Fn. 79), hält hier fest, dass die EU diese schweizerische Auffassung im Rahmen der Verhandlungen gebilligt hat, jedoch selbst nie die im AEUV vorgesehenen Verfahren zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge bei Weiterentwicklungen des Schengen-*acquis* verwendet hat. Er geht insoweit von einem auf schweizerischer Seite geschaffenen „Vertragssurrogat“ aus, das die Durchführung der verfassungsrechtlich verankerten direktdemokratischen Verfahren in der Schweiz bei Übernahmen neuer Rechtsakte ermöglichen soll.

¹⁴ Für eine Übersicht der zusätzlich zu übernehmenden Rechtsakte seit Unterzeichnung des Abkommens siehe <http://www.admin.ch/ch/d/eur/008.004.000.000.000.000.html>. Gruber, SJER 2009/2010 (Fn. 7), 479 (503 ff.), führt aus, dass zwar in den letzten Jahren quantitativ eine hohe Zahl an Rechtsakten und Massnahmen zu übernehmen war, dass sich aber qualitativ die Grundlagen der Zusammenarbeit kaum verändert hätten.

¹⁵ Vgl. zu diesem Übernahmemechanismus *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 4), 149 ff.

2. *Konzeptionelle Einbettung unionsrechtlicher Konzepte in schweizerisches Recht*

Ist die Schweiz verpflichtet, bestimmte unionsrechtliche Vorgaben (im Ergebnis) im Rahmen ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung umzusetzen bzw. eine „gleichwertige“ Rechtsetzung zu gewährleisten, so wird sich häufig – wie übrigens auch in den EU-Mitgliedstaaten – die Frage stellen, auf welche Weise die betreffenden unionsrechtlichen Konzepte in das (vor-)bestehende schweizerische Recht eingebettet werden können. Diese Frage ist immer dann von besonderer Bedeutung, wenn das Unionsrecht andere grundsätzliche Instrumente, Konzeptionen oder Ansätze als das schweizerische Recht heranzieht. Darüber hinaus stellt sich aber von vornherein immer die Frage, ob und auf welche Weise das Unionsrecht in schweizerisches Recht „übersetzt“ werden kann. So stimmen z.B. die Begriffe in ihrer unionsrechtlichen Bedeutung nicht zwingend mit denjenigen des schweizerischen Rechts überein bzw. haben in der schweizerischen Rechtsordnung gar eine andere Bedeutung. Vor diesem Hintergrund verbietet sich in aller Regel im Falle legislatorischer Anpassungen in der Schweiz eine schlichte (wörtliche) „Übernahme“ der unionsrechtlichen Texte, sondern gefordert ist vielmehr eine eigentliche „Übersetzung“ und eine Einbettung in die bestehenden Instrumente und Konzepte des schweizerischen Rechts.

Illustriert sei dies am Beispiel des Naturschutzrechts: In der EU sind hier insbesondere die RL 92/43 (Habitatrichtlinie)¹⁶ sowie die RL 2009/147 (Vogelschutzrichtlinie)¹⁷ von Bedeutung. Diese Rechtsakte sehen insbesondere vor, dass die Mitgliedstaaten nach bestimmten Kriterien gewisse Schutzgebiete ausweisen müssen, die einem spezifischen Schutzregime zu unterstellen sind. Insbesondere ist ein sog. Verschlechterungsverbot zu verankern und für Vorhaben mit potentiellen Auswirkungen in den Schutzgebieten ist eine sog. Verträglichkeitsprüfung durchzuführen.¹⁸ Sollte das sog. „Stromabkommen“ zwischen der Schweiz und der EU abgeschlossen werden, deutet derzeit Vieles darauf hin, dass die Schweiz auch einige umweltrechtliche Rechtsakte „übernehmen“ müsste, darunter u.a. die genannten naturschutzrechtlichen Regelungen.¹⁹ Diesfalls stellte sich die Frage, auf welche Weise die wohl zusätzlich auszuweisenden Schutzgebiete zu verankern wären und wie das Schutzregime zu gewährleisten wäre. Anbieten könnten sich hier etwa zusätzlich sog. Inventarverordnungen, ein Sachplan „Biodiversität“ oder aber auch neue Instrumente (wie

¹⁶ RL 92/43 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. 1992 L 206, 7.

¹⁷ RL 2009/147 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. 2009 L 20, 7.

¹⁸ Vgl. im Einzelnen zu den Vorgaben dieser beiden Rechtsakte *Astrid Epiney*, *Umweltrecht der Europäischen Union*, 3. Aufl., Baden-Baden 2013, 508 ff.

¹⁹ Vgl. hierzu *Astrid Epiney/David Furger/Jennifer Heuck*, „Umweltplanungsrecht“ in der Europäischen Union und Implikationen für das schweizerische Recht, Zürich 2011, 1 ff.

z.B. eine Planungspflicht für die Kantone oder die Schaffung neuer Schutzgebietskategorien auf Bundesebene).²⁰

3. *Föderalismus*

Eng mit dem soeben erwähnten Aspekt verbunden ist die Frage, wie die unionsrechtlichen Vorgaben in Anbetracht der föderalistischen Struktur der Schweiz umgesetzt werden können: Zahlreiche bestehende Bilaterale Abkommen betreffen Bereiche, für die innerstaatlich die Kantone zumindest teilweise zuständig sind. Beispiele aus den geltenden Abkommen finden sich insbesondere in der Schengen-Assoziierung (die u.a. die polizeiliche Zusammenarbeit betrifft). Aber auch in denjenigen Gebieten, die (schwerpunktmässig) in der (Gesetzgebungs-) Kompetenz des Bundes liegen, ist häufig ein Einbezug der Kantone ebenso sinnvoll wie notwendig, etwa, wenn es um Fragen des Vollzugs geht (für den häufig die Kantone zuständig sind).

Besondere Probleme werfen hier diejenigen unionsrechtlichen Vorgaben auf, die in der einen oder anderen Form „zentralisierte“ Lösungen oder zumindest Koordinierungen auf nationaler oder überregionaler Ebene erfordern, in der Schweiz hingegen (weitgehend oder teilweise) in der Kompetenz der Kantone liegen. Von besonderer Relevanz ist diese Thematik zudem in solchen Bereichen, die auf nationaler Ebene bereits relativ ausdifferenziert geregelt sind. Beispielhaft kann auf die RL 2000/60 (Wasserrahmenrichtlinie)²¹ und die RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie)²² hingewiesen, die für die Schweiz zwar derzeit nicht verbindlich sind, jedoch in der Zukunft möglicherweise Teil neuer Bilateralen Abkommen sein könnten:

- Die RL 2000/60 sieht im Bereich des Gewässerschutzes einen Ansatz vor, der auf die Einzugsgebiete und Flussgebietseinheiten abstellt, die nicht notwendigerweise mit den politischen und administrativen Grenzen übereinstimmen. Sollte die Richtlinie für die Schweiz in der einen oder anderen Form verbindlich werden, müsste insbesondere die Massnahmenplanung zwischen den Kantonen koordiniert werden, wofür geeignete Instrumente zu entwickeln wären.²³
- Die RL 2006/123 soll die Erbringung von Dienstleistungen, aber auch die Niederlassung in anderen EU-Mitgliedstaaten erleichtern. Sie erfordert auch eine Reihe administrativer Erleichterungen, so etwa sog. „einheitliche Ansprechpartner“ für ggf.

²⁰ Vgl. hierzu eingehend *Astrid Epiney/Markus Kern/Stefan Diezig*, Zur Implementierung des Smaragd-Netzwerks in der Schweiz_ Perspektiven der Einbindung der Schweiz in ein europäisches Naturschutzgebietsnetz, Zürich 2013, 87 ff.

²¹ RL 2000/60 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Massnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. 2001 L 331, 1.

²² RL 2006/123 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 L 376, 36.

²³ Vgl. im Einzelnen zu den diesbezüglichen Vorgaben der Richtlinie Epiney, Umweltrecht (Fn. 17), 396, 420 ff., ; zu den Implikationen für das schweizerische Recht Epiney/Furger/Heuck, „Umweltplanungsrecht“ (Fn. 18), 169 ff.

notwendige Anmeldungen oder Genehmigungen. Da die durch die Richtlinie erfassten Tätigkeiten in weiten Teilen durch die Kantone geregelt werden, müssten hier kreative Lösungen gefunden werden.²⁴

Die sich hier stellenden Fragen sind selbstverständlich von Bereich zu Bereich verschieden gelagert. Grundsätzlich wäre es sehr sinnvoll, möglichst bereits bei der Verabschiedung der Rechtsakte auf EU-Ebene die „föderalistische Perspektive“ einzubringen. Dies ist derzeit für die Schweizer Kantone aufgrund des Drittstaatsstatus der Schweiz nicht möglich; allerdings sehen zahlreiche Bilaterale Abkommen einen Einbezug von Schweizer Vertretern bei der Weiterentwicklung des jeweils erfassten Besitzstands vor, und hier besteht die Herausforderung für den Bund und die Kantone darin, im Rahmen der Mitwirkung der Kantone bei der Aussenpolitik die Kantone auf möglichst effiziente und effektive Weise einzubinden.²⁵ Darüber hinaus dürfte ggf. – d.h. falls der Bundesgesetzgeber tätig werden darf und tätig wird – ein Einbezug der Kantone bei der Ausgestaltung der entsprechenden bundesgesetzlichen Regelungen sinnvoll sein.

4. Auslegung

a) Im Rahmen der Bilateralen Abkommen

Zahlreiche Bilaterale Abkommen und insbesondere auch die rechtlich und politisch besonders bedeutendsten greifen in verschiedener Weise auf den unionsrechtlichen Besitzstand zurück.²⁶ Die Frage nach der Reichweite einer solchen „Übernahme“ von Teilen des unionsrechtlichen Besitzstandes in ein (Bilaterales) Abkommen zwischen der Schweiz und der EU ist dabei auf der Grundlage des Gegenstands bzw. des materiellen Anwendungsbereichs eines Abkommens zu sehen: In all denjenigen Fällen, in denen ein Abkommen die „Integration“ der Schweiz in einen Teil des Unionsrechts anstrebt, erfolgt in der Regel eine relativ weitgehende Anlehnung an das bereits bestehende Unionsrecht. Dessen Umfang wird einerseits durch den eigentlichen Regelungszweck bzw. -schwerpunkt des jeweiligen Abkommens, andererseits durch mit diesem in enger Verbindung stehenden Bereichen bestimmt. Eine solche „Übernahme“ unionsrechtlicher Bestimmungen in die Bilateralen Abkommen mit der Schweiz erfolgt –

²⁴ Vgl. im Einzelnen zu den diesbezüglichen Vorgaben der Richtlinie sowie die Umsetzung in Deutschland und Österreich und die denkbaren Ansätze in der Schweiz *Yvonne Schleiss*, Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten. Ausgewählte Aspekte der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinien in Deutschland und Österreich, Zürich 2014, insbesondere 130 ff., 285 ff.

²⁵ Zur Rolle der Kantone im Integrationsprozess, m.w.N., *Cottier/Diebold/Kölliker/Liechti-McKee/Oesch/Payosova/Wüger*, Rechtsbeziehungen der Schweiz und der EU (Fn. 4), 181 ff.

²⁶ Abgesehen von derartigen, sich vom Unionsrecht inspirierenden abkommensrechtlichen Bestimmungen enthalten die Bilateralen Abkommen aber auch mitunter (wobei dies jedenfalls in den politisch und rechtlich bedeutenden Bereichen die Ausnahme darstellt) „autonome“ Bestimmungen, also solche, die sich nicht in irgendeiner Form an den unionsrechtlichen Besitzstand anlehnen.

soweit der bestehende *Acquis* betroffen ist – in den derzeit bestehenden Abkommen entweder durch einen direkten Verweis auf unionsrechtliche Akte oder aber durch eine Anlehnung der Formulierung abkommensrechtlicher Bestimmungen an unionsrechtliche Regelungen.²⁷

Diese Einbindung der Schweiz – über Bilaterale Abkommen – in Teile des unionsrechtlichen Besitzstands wirft die komplexe Frage auf, ob und inwieweit die entsprechenden Abkommensbestimmungen parallel zur Rechtslage im Unionsrecht auszulegen sind. Diese Frage ist (da es sich um völkerrechtliche Verträge handelt) ausgehend von völkerrechtlichen Auslegungsmethoden und jeweils gesondert für die verschiedenen Abkommen zu beantworten.²⁸ Jedenfalls in den Fällen, in denen der Regelungszweck des Abkommens klar erkennen lässt, dass eine parallele Rechtslage angestrebt wird, spricht grundsätzlich Vieles für eine parallele Auslegung. Eine solche parallele Auslegung muss grundsätzlich auch und gerade unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH erfolgen, wie dies auch teilweise ausdrücklich in den Bilateralen Abkommen vorgesehen ist.²⁹

In jedem Fall bleibt der zeitliche Bezugsrahmen dieser „Anlehnung“ an die unionsrechtliche Auslegung zu präzisieren: So erwähnt etwa Art. 16 Abs. 2 FZA lediglich die Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, so dass sich die Frage stellt, ob auch Rechtsprechungs- bzw. Auslegungsentwicklungen nach der Unterzeichnung

²⁷ Vgl. insoweit auch schon oben II.

²⁸ Vgl. ausführlich zur Auslegung der Bilateralen Abkommen schon *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Robert Mosters*, Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht, Expertenberichte im Auftrag der Arbeitsgruppe „Europa – Reformen der Kantone“, Zürich 2006, 77 (185 ff.); s. nunmehr ausführlich *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 4), 154 ff., 191 ff.; allgemein zur Auslegung völkerrechtlicher Abkommen der EU, unter Einschluss solcher, die (teilweise) auf EU-Recht zurückgreifen, *Eckart Klein*, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der Europäischen Gemeinschaft mit Drittstaaten, in: Astrid Epiney/Florence Riviére (Hrsg.), Auslegung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zürich 2006, 1 ff.; *Roland Bieber*, Die Bedeutung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis, Zürich 2011, 1 ff.

²⁹ So insbesondere in Art. 16 Abs. 2 FZA. Aber auch bei der Schengen/Dublin-Assoziierung ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Auslegung der dem Unionsrecht nachgebildeten Abkommensbestimmungen (*in concreto* die Sekundärrechtsakte, auf die das Abkommen Bezug nimmt) in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zu erfolgen hat, vgl. ausführlich *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 4), 175 ff.; i. Erg. wie hier in Bezug auf das Personenfreizügigkeitsabkommen z.B. *Matthias Oesch*, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, SZIER 2011, 583 ff.; *Francesco Maiani*, La „saga Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I, 27 ff.; *Thomas Burri/Benedikt Pirker*, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens, SZIER 2010, 165 ff.; *Carl Baudenbacher*, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 2012 II 419 (574 ff.); auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht von einer grundsätzlichen Massgeblichkeit der unionsrechtlichen Auslegung für diejenige abkommensrechtlicher Bestimmungen, die sich an das EU-Recht anlehnen, aus, vgl. hierzu die regelmässigen (in der Regel zweijährlichen) Überblicke im Jahrbuch für Migrationsrecht, s. zuletzt *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, 223 ff.

der Abkommen einzubeziehen sind. Jedenfalls das Bundesgericht beantwortet diese Frage in Bezug auf das Personenfreizügigkeitsabkommen unter Hinweis auf die Zielsetzungen des Abkommens grundsätzlich positiv;³⁰ aber auch der EuGH verweist in seinen (bislang wenigen) Urteilen zum Freizügigkeitsabkommen auch auf Urteile nach der Unterzeichnung des Abkommens.³¹ Tatsächlich dürften die besseren Gründe für eine grundsätzliche Massgeblichkeit auch der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs sprechen.³²

Jedenfalls – und wie auch immer man mit welchen Nuancen die dogmatisch schwierigen Fragen nach der Auslegung der Bilateralen Abkommen, soweit diese an Unionsrecht anknüpfen, beantwortet – ist die Antwort auf die Frage nach einer parallelen Auslegung in Bezug auf die derzeit bestehenden Abkommen durchaus mit grossen Unsicherheiten und Schwierigkeiten verbunden: Schon das Vorliegen eines Rückgriffs auf unionsrechtliche Begriffe kann streitig sein; weiter ist die Massgeblichkeit der Weiterentwicklung der Auslegung auf EU-Ebene – insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH, aber auch teilweise der Rechtsetzung, kodifiziert diese doch mitunter (nur) die Rechtsprechung des EuGH – trotz der skizzierten Grundsätze häufig mit beachtlichen Unsicherheiten behaftet. Klarheit über umstrittene Fragen dürfte häufig erst über entsprechende (letztinstanzliche) gerichtliche Urteile geschaffen werden können, wobei es angesichts des Fehlens eines für beide Parteien verbindlichen gerichtlichen Streitbeilegungsmechanismus³ nicht ausgeschlossen ist, dass im Einzelfall in der EU einerseits und in der Schweiz andererseits auch unterschiedliche Lösungen gefunden werden.

Diese Fragen sind nicht nur für den Rechtsanwender, sondern auch für den Gesetzgeber von grosser Bedeutung, sind doch völkerrechtliche Abkommen (auch) durch diesen zu beachten (Art. 5 Abs. 4 BV).

Zur Ergänzung sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass Auslegungsfragen auch im Vorfeld der Verbindlichkeit bestimmter Aspekte der Bilateralen Verträge von Bedeutung sein können, was insbesondere in denjenigen Konstellationen relevant wird, in denen modifiziertes bzw. weiterentwickeltes Unionsrecht in Anhänge der Abkommen übernommen werden soll: Hier kann es – wie offenbar z.B. im Rahmen des Landverkehrsabkommens bereits geschehen – vorkommen, dass die Kommission im Vorfeld eines entsprechenden Beschlusses des Gemischten Ausschusses zur Änderung des betreffenden Anhangs ihre Zustimmung davon abhängig macht, dass eine „Umsetzung“ der unionsrechtlichen Vorgaben so erfolgen soll, wie dies die Kommission für den einschlägigen Vorgaben entsprechend erachtet.³³ In vielen Fällen wird sich die Schweiz derartigen Ansinnen

³⁰ Vgl. insbesondere BGE 136 II 5. S. ansonsten zur schweizerischen Rechtsprechung (insbesondere des Bundesgerichts) zum Personenfreizügigkeitsabkommen die regelmässigen (in der Regel zweijährlichen) Überblicke im Jahrbuch für Migrationsrecht, vgl. Fn. 28.

³¹ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-16/09 (Schwemmer), Ur. v. 14.10.2010, Rn. 32 f.

³² Ausführlich *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 4), 169 ff.

³³ Vgl. hierzu für den Bereich des Landverkehrsabkommens *Astrid Epiney*, Die Trennung der Erbringung von Verkehrsdienstleistungen und des Betriebs der Infrastruktur in Bezug auf die Zuteilung von Fahrwegkapazität in der EU, Zürich 2011, 12 f.

nur schwer widersetzen können, dies obwohl auch in der Union nicht die Kommission, sondern der EuGH für die letztverbindliche Auslegung des Unionsrechts zuständig ist.

b) Im Zusammenhang mit sonstigen völkerrechtlichen Abkommen

Bei völkerrechtlichen Abkommen, an denen sowohl die Schweiz als auch die EU (und ggf. ihre Mitgliedstaaten) beteiligt sind, kann sich die Frage stellen, ob und inwieweit die Auslegung eines derartigen Abkommens in der EU – wobei insbesondere die Rechtsprechung des EuGH von Bedeutung sein kann – auch Implikationen für die Schweiz entfaltet. Ausgangspunkt ist hier selbstverständlich, dass die Schweiz als Nicht-EU-Mitgliedstaat grundsätzlich nicht an solche unionsrechtlichen Entwicklungen im Allgemeinen und auch nicht an diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH im Besonderen gebunden ist.

Dies ändert aber nichts daran, dass die Rechtsprechung des EuGH zu solchen völkerrechtlichen Abkommen durchaus relevant sein kann, was von den schweizerischen Behörden (unter Einbezug des Gesetzgebers) zu berücksichtigen ist. Denn jedenfalls Urteile höchster nationaler Gerichte sowie internationaler und supranationaler Gerichte stellen in Bezug auf völkerrechtliche Verträge gewichtige Anhaltspunkte für deren rechtliche Tragweite und Auslegung dar, so dass zumindest eine Auseinandersetzung mit diesen Urteilen erfolgen müsste und sie bei der Auslegung des entsprechenden Vertrages in der Schweiz zu berücksichtigen wären. So erwähnt denn auch Art. 31 der Wiener Vertragsrechtskonvention ausdrücklich u.a. die Übung (der Vertragsparteien) bei der Anwendung eines Vertrages als massgeblichen Anhaltspunkt für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge (Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK), worunter jedenfalls und insbesondere verbindliche Gerichtsurteile, aber auch sonstige Massnahmen (z.B. Gesetzgebungsakte, die die Abkommen konkretisieren), fallen. Diese Erwägungen tragen umso mehr, wenn der EU und ihren Mitgliedstaaten aufgrund der Anzahl von Vertragsparteien besonderes Gewicht zukommt, wie dies etwa in der Regel bei im Rahmen der UNO-ECE oder des Europarates abgeschlossenen Übereinkommen der Fall ist, sind die Vertragsstaaten hier doch in aller Regel europäische Staaten.

Relevant werden diese Überlegungen z.B. im Rahmen der sog. Aarhus-Konvention³⁴, zu der es mittlerweile einige Urteile des EuGH gibt, die teilweise wegweisende Aussagen zur Auslegung einiger Bestimmungen der Konvention enthalten.³⁵ Aber auch die

³⁴ UN/ECE-Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten („Aarhus-Konvention“). Der Text des Abkommens findet sich in ILM 38 (1999), 517 ff. Eine deutsche Fassung findet sich in Sabine Schlacke/Christian Schrader/Thomas Bunge, Informationsrechte, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz im Umweltrecht. Aarhus-Handbuch, Berlin 2010, 484 ff. Zur Aarhus-Konvention, m.w.N., *Epiney*, Umweltrecht (Fn. 17), 261 ff.

³⁵ Vgl. insoweit die Überlegungen bei *Astrid Epiney*, Rechtsprechung des EuGH zur Aarhus-Konvention und Implikationen für die Schweiz. Zugleich ein Beitrag zu den Vorgaben der Aarhus-Konvention in Bezug auf das Verbandsbeschwerderecht, AJP 2011, 1505 ff.

Datenschutzkonvention des Europarates kann hier genannt werden, sollen doch einige Vorgaben der EU-Datenschutzgesetzgebung diese umsetzen, ganz abgesehen davon, dass die Schweiz zumindest teilweise an die EU-Datenschutzgesetzgebung gebunden ist.³⁶

5. *Völkerrecht und Landesrecht*

Schliesslich können legislatorische Herausforderungen darauf zurückgehen, dass im Zuge von Volksinitiativen verfassungsrechtliche Bestimmungen in Kraft treten, die in einem Spannungsfeld mit Völkerrecht im Allgemeinen und den Bilateralen Abkommen im Besonderen stehen. Als Beispiele sei hier insbesondere auf die sog. Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3 ff. BV) und die sog. Masseneinwanderungsinitiative (Art. 121a, 197 Ziff. 9 BV) hingewiesen. Der Gesetzgeber hat in solchen Fällen einerseits die Verfassung, andererseits aber auch das Völkerrecht zu beachten (Art. 5 Abs. 4 BV), und die entsprechenden Verfassungsartikel sind auch unter Berücksichtigung dieses Spannungsfelds sowie des möglichen „Widerspruchs“ neuer Verfassungsbestimmungen mit bestehenden, insbesondere grundlegenden verfassungsrechtlichen Prinzipien auszulegen.

Ausgangspunkt für die Auslegung ist in solchen Konstellationen, dass es hier – soweit verschiedene verfassungsrechtliche Bestimmungen betroffen sind – um gleichrangige Normen geht. Dabei verbietet sich ein schematisches Abstellen auf den *lex posteriori*-Grundsatz: Denn häufig – wenn nicht gar in aller Regel – kann nicht davon ausgegangen werden, dass die später erlassene Bestimmung zwingend allen entgegenstehenden früheren Bestimmungen vorgehen soll, hätten diese doch ansonsten aufgehoben werden müssen. Vor diesem Hintergrund spielt hier der Grundsatz der systematischen Auslegung – wobei das Anliegen der praktischen Konkordanz (wonach die verschiedenen Bestimmungen so auszulegen sind, dass jede von ihnen ihre grösstmögliche Wirksamkeit erlangt)³⁷ wohl letztlich eine spezifische Spielart der systematischen Auslegung darstellen dürfte – eine zentrale Rolle: Die verschiedenen Bestimmungen sind unter Berücksichtigung anderer, ggf. entgegenlaufender gleichrangiger Vorgaben auszulegen, wobei soweit wie möglich Widersprüche durch Auslegung zu vermeiden sind, so dass die verschiedenen (möglicherweise entgegenlaufenden) Bestimmungen jeweils ihre grösstmögliche Wirkung entfalten können. Dabei gilt es auch zu beachten, dass es grundsätzlich keine „klaren“ Normen gibt, sondern jede Rechtsauslegung und -anwendung ist immer ein Prozess der (mehr oder weniger schwierigen) Auslegung. Speziell in Bezug auf die Verfassung ist zu beachten, dass sie zwar juristisch als Einheit anzusehen ist, die jedoch nicht aus „einem Guss“ entstanden, sondern historisch gewachsen ist, so dass die einzelnen Bestimmungen nicht immer aufeinander abgestimmt sind; ein

³⁶ Hierzu *Astrid Epiney*, Neuere Entwicklungen im EU-Datenschutzrecht und Auswirkungen für die Schweiz, AJP 2011, 641 ff.

³⁷ Zu dieser Auslegungsmaxime BGE 139 I 16 E. 4.2.1, m.w.N.

irgendwie geartetes Hierarchieverhältnis der Verfassungsbestimmungen untereinander besteht grundsätzlich nicht.³⁸ Die Verfassungsauslegung im Allgemeinen und insbesondere auch von Bestimmungen, die aufgrund von Volksinitiativen Eingang in die Verfassung gefunden haben, im Besonderen kann vor diesem Hintergrund komplex sein, und jede „einfache“ Lösung verbietet sich grundsätzlich, so dass es den skizzierten Grundsätzen insbesondere nicht Rechnung trüge, die Tragweite einer Verfassungsbestimmung – falls sie durch eine Volksinitiative zustande gekommen ist – ausschliesslich oder auch nur schwergewichtig in Anlehnung an den Willen der Initiantinnen und Initianten zu bestimmen, wenn dieser auch ein Auslegungselement – neben (vielen) anderen – darstellt, das entsprechend den Umständen des Einzelfalls zu gewichten ist.³⁹

Relevant geworden ist dies z.B. und mit besonderer Deutlichkeit im Zusammenhang mit Art. 121 Abs. 3-6 BV, die aufgrund der Annahme der sog. Ausschaffungsinitiative Eingang in die Verfassung gefunden haben: Das Bundesgericht⁴⁰ betonte hier insbesondere, diese Bestimmungen stünden in einem Spannungsverhältnis sowohl mit diversen Grundrechten als auch mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (insbesondere solchen aus der EMRK, aber auch mit solchen aus dem Freizügigkeitsabkommen mit der EU) und damit mit grundlegenden verfassungs- und völkerrechtlich von der Schweiz anerkannten Werten, da sie auf den ersten Blick einen „Ausweisungsautomatismus“ nahelegten. Nach der EMRK und auf der Grundlage der Art. 5 Abs. 2, 36 BV sei in einem demokratischen Rechtsstaat jedoch eine Interessenabwägung und eine Beurteilung der Umstände des Einzelfalls geboten. Vor diesem Hintergrund handle es sich bei Art. 121 Abs. 3 BV „als Ganzes“ um eine wertungsmässig offene Norm, die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum belasse, und ihr Verhältnis zu anderen Verfassungsbestimmungen bedürfe der Klärung, die durch den Gesetzgeber vorzunehmen sei. Dessen Spielraum beziehe sich nicht nur auf die nähere Präzisierung der einzelnen Tatbestände, sondern auch auf die Rechtsfolgen, da beide Aspekte in der Gesamtsystematik der ausländerrechtlichen Konsequenzen strafrechtlich relevanten Verhaltens nicht voneinander getrennt werden könnten. Interessant ist dieser Ansatz insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass im Vorfeld der Abstimmung die ganz herrschende Mehrheit der Literatur sowie Bundesrat und Parlament (worauf das Bundesgericht in seinem Urteil hinweist)⁴¹ davon ausgingen, dass die Initiative eine Art „Ausweisungsmechanismus“ vorsehe, was das Bundesgericht nicht davon abhielt, aus den genannten Gründen einen anderen Ansatz zu vertreten.

³⁸ Vgl. hierzu BGE 139 I 16 E. 4.2.1, mit ausführlicher Bezugnahme auf die Literatur.

³⁹ S. insofern auch die diesbezüglich sehr klare Formulierung von *Yvo Hangartner*, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, AJP 2013, 698 (700), der folgendes festhält: „Dass die Initianten einer Volksinitiative kein Monopol auf die Auslegung des von ihnen initiierten Verfassungstextes haben (...), ist im Übrigen klar. Jeder Rechtstext, von wem er auch ausgeht, ist unter Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungsgesichtspunkte zu interpretieren und wird autoritativ von jenen Instanzen ausgelegt, die das Recht anwenden.“

⁴⁰ Vgl. BGE 139 I 16 E. 4.

⁴¹ BGE 139 I 16 E. 4.1, m.w.N.

Soweit Art. 121a BV betroffen ist, ist Ausgangspunkt für die Auslegung die Erkenntnis, dass sowohl innerhalb dieser Bestimmung (in Verbindung mit der Übergangsbestimmung des Art. 197 Ziff. 9 BV) als auch im Verhältnis zu anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben gewisse Zielkonflikte bestehen dürften bzw. auf miteinander in einem gewissen Spannungsverhältnis stehende Grundsätze Bezug genommen wird. Hinzuweisen ist hier in erster Linie auf die Erwähnung der Kontingente einerseits und die hierbei zu berücksichtigenden gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz andererseits sowie den Umstand, dass die Verfassungsbestimmungen wohl keinesfalls so ausgelegt werden können, dass sie eine Kündigung des Personenfreizügigkeitsabkommens im Falle des Scheiterns von Verhandlungen mit der EU verlangen. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass Art. 121a Abs. 1-3 BV zwingend zur Verankerung jährlicher fixer Kontingente, die die Zahl aller ausländerrechtlicher Bewilligungen rechtlich verbindlich beschränken, verpflichtet.⁴²

Die entscheidende Frage geht vor diesem Hintergrund dahin, ob der politische Wille vorhanden ist, auch tatsächlich eine Umsetzungsvariante zu wählen, die mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar ist. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass das in materieller Hinsicht kaum beschränkte Initiativrecht des Volkes impliziert, dass mitunter in einem gewissen inneren Spannungsverhältnis stehende Bestimmungen, die zudem auch mit anderen Verfassungsbestimmungen (so hier z.B. die in Art. 5 Abs. 4 BV verankerte Pflicht, das Völkerrecht zu beachten) in Konflikt geraten können, in die Verfassung eingefügt werden können. Damit werden im Zusammenhang mit der Ausführungsgesetzgebung mitunter komplexe rechtliche Fragen aufgeworfen, ist doch zu entscheiden, auf welche Weise diese Spannungsfelder und Zielkonflikte im Einzelnen aufzulösen sind. Das derzeit in der Schweiz geltende System geht dabei davon aus, dass es letztlich dem Parlament obliegt, die sich hier als notwendig erweisenden Entscheidungen zu treffen.

IV. Schlussbetrachtung

Insgesamt konnten die vorstehenden Überlegungen aufzeigen, dass der schweizerische Gesetzgeber (auf Bundes- und Kantonsebene) auch im Zuge der Europäisierung des schweizerischen Rechts vor beachtlichen Herausforderungen steht, die in gewissen Aspekten in ihrer Komplexität noch über diejenigen, mit denen sich Gesetzgeber der EU-Mitgliedstaaten konfrontiert sehen, hinausgehen. Dabei spielt ein eigentlicher Zeitdruck wohl insgesamt eine weniger grosse Rolle als der „inhaltliche Zugzwang“, dies mitunter kombiniert

⁴² Vgl. im Einzelnen hierzu *Astrid Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV, Gutachten im Auftrag des Kantons Waadt (bislang unveröffentlicht).

mit Eigenheiten des schweizerischen politischen Systems. Weder im Falle der Fortführung des „Bilateralen Weges“ noch im Falle eines EU-Beitritts wäre jedoch eine grundlegende Modifikation des bestehenden Systems erforderlich; die derzeit wohl am schwierigsten zu bewältigende Frage dürfte im Wesentlichen im Zusammenhang mit der Reichweite des Initiativrechts auf Bundesebene bestehen, was nicht (nur) ein Problem des (übernommenen) EU-Rechts, sondern auch und gerade eines des Verhältnisses der direktdemokratischen Rechte zu grundlegenden verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Prinzipien darstellt.