

**Gutachten zur Unterstellung der Genehmigung des Institutionellen Abkommens zwischen der EU und der Schweiz unter das obligatorische Referendum**

Prof. Dr. Andreas Glaser, Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der  
Universität Zürich/Zentrum für Demokratie Aarau

im Auftrag von

Dr. Andreas Honegger, Prof. Dr. Martin Janssen und Nationalrat Gregor Rutz

Zürich, 3. Mai 2019

# Inhaltsverzeichnis

A. Rechtliche Ausgangslage und Auftrag.....	3
B. Obligatorisches Staatsvertragsreferendum (Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV) .....	3
I. Beitritt zu supranationalen Gemeinschaften .....	3
1. Ursprüngliche Konzeption .....	4
2. Konkretisierung mit Blick auf die EU.....	4
3. „Beitritt“.....	5
II. Präzedenzfälle in der Staatspraxis.....	5
1. Europäischer Wirtschaftsraum (EWR).....	5
2. Assoziierung Schengen/Dublin.....	6
III. Einordnung des InstA.....	7
1. Unabhängige Organe .....	7
2. Nach Mehrheitsregel entscheidende Organe.....	9
3. Direkte Anwendbarkeit und Verbindlichkeit für Individuen und Behörden .....	12
4. Relativ umfassende materielle Befugnisse .....	16
5. Zwischenergebnis .....	18
IV. Zusammenfassung .....	18
C. Obligatorisches Staatsvertragsreferendum sui generis .....	19
I. Anerkennung in der Staatspraxis .....	19
II. Präzedenzfälle .....	19
III. Herausragende Bedeutung des InstA .....	20
1. Supranationale Elemente des InstA.....	20
2. Überlagerung der Bundesverfassung .....	21
3. Zwischenergebnis .....	23
IV. Zusammenfassung .....	23
D. Obligatorisches Staatsvertragsreferendum gemäss Art. 140 Abs. 1 Bst. b <sup>bis</sup> BV (neu) .....	23
I. Verfassungsmässiger Charakter des völkerrechtlichen Vertrags.....	23
II. Verfassungsmässiger Charakter des InstA .....	24
1. Bestand der Grundrechte, Bürgerrechte oder politische Rechte .....	24
2. Verhältnis von Bund und Kantonen .....	25
3. Organisation oder Zuständigkeiten der Bundesbehörden .....	25
III. Zusammenfassung .....	26
E. Zusammenschau zur Unterstellung unter das obligatorische Referendum .....	26
F. Literaturverzeichnis .....	28

## **A. Rechtliche Ausgangslage und Auftrag**

Derzeit befindet sich das „Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt“ – kurz Institutionelles Abkommen (InstA) – in einer breit angelegten politischen Konsultation. Damit das InstA dereinst in Kraft treten könnte, bedürfte es zunächst der Ratifikation durch den Bundesrat (Art. 184 Abs. 2 Satz 1 BV)<sup>1</sup>. Daraufhin müsste der Bundesrat das InstA dem Parlament zur Genehmigung unterbreiten (Art. 184 Abs. 2 Satz 2 BV). In einem nächsten Schritt befände demnach die Bundesversammlung über die Genehmigung des InstA (Art. 166 Abs. 2 BV, Art. 24 Abs. 2 ParlG<sup>2</sup>). Völkerrechtliche Verträge, die dem Referendum unterliegen, genehmigt sie in der Form eines Bundesbeschlusses (Art. 24 Abs. 3 Satz 1 ParlG).

Anlässlich der allfälligen Genehmigung des InstA hätte das Parlament zu entscheiden, ob es den Bundesbeschluss dem obligatorischen oder dem fakultativen Referendum unterstellt. Im Hinblick auf die durch das Parlament vorzunehmende verfassungsrechtliche Beurteilung erfolgte der Auftrag zur Erstellung des vorliegenden Gutachtens. Im Vorfeld der Sitzungen der vorberatenden Kommissionen beider Räte und des Entscheids des Bundesrates über den Fortgang des Ratifikationsverfahrens beziehungsweise der Redaktion der Botschaft zum Genehmigungsbeschluss soll das Gutachten eine umfassende Auslegeordnung über die Anforderungen an die direktdemokratische Legitimation des InstA bieten. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, ob Volk und Stände im Wege des obligatorischen Referendums zu beteiligen sind.

Im Folgenden wird anhand der massgeblichen verfassungsrechtlichen Bestimmung in Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV (dazu B.), der bisherigen Staatspraxis (dazu C.) und möglicher künftiger verfassungsrechtlicher Entwicklungen untersucht (dazu D.), ob der Genehmigungsbeschluss zum InstA dem obligatorischen Referendum – oder wenn dessen Voraussetzungen nicht erfüllt sind – lediglich dem fakultativen Referendum zu unterstellen ist. Die Untersuchung wird durch eine Zusammenschau der Überlegungen abgerundet (dazu E.).

## **B. Obligatorisches Staatsvertragsreferendum (Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV)**

### **I. Beitritt zu supranationalen Gemeinschaften**

Im Wege des obligatorischen Referendums wird Volk und Ständen gemäss Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV der Beitritt zu supranationalen Gemeinschaften unterbreitet.

---

<sup>1</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – SR 101.

<sup>2</sup> Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) – SR 171.10.

## 1. Ursprüngliche Konzeption

Im Hinblick auf die Neuordnung des Staatsvertragsreferendums im Jahr 1977 unternahm der Bundesrat in der Botschaft aus dem Jahr 1974 den Versuch einer Definition der supranationalen Gemeinschaft:<sup>3</sup>

„Supranationale Organisationen“ im Sinne unseres Vorschlages sind Organisationen

- mit Organen aus unabhängigen Personen, die nicht an Instruktionen der Regierung ihres Heimatstaates gebunden sind;
- mit Organen, die ihre Befugnisse durch Mehrheitsbeschluss und nicht nach dem Einstimmigkeitsprinzip ausüben;
- deren Entscheide direkt in Kraft treten und für Einzelpersonen unmittelbar verbindlich sind;
- deren materielle Befugnisse relativ umfassend sind.

Auch die neuere Literatur folgt mit etwas knapperen Worten im Grundsatz diesem Begriffsverständnis. Danach ist eine supranationale Organisation gekennzeichnet durch Organe, die aus unabhängigen Personen zusammengesetzt sind, eine Beschlussfassung grundsätzlich mit Mehrheit, nicht mit Einstimmigkeit, die unmittelbare Verbindlichkeit von Rechtsätzen sowie umfassende materielle Befugnisse der Organe.<sup>4</sup> Funktional wird als entscheidend angesehen, „dass die Bevölkerung in einem relativ breiten Bereich einem neuen Hoheitsgebilde zugeordnet wird“.<sup>5</sup>

## 2. Konkretisierung mit Blick auf die EU

Nach allgemeiner Auffassung erfüllt die Europäische Union als einzige Organisation die Merkmale einer supranationalen Gemeinschaft.<sup>6</sup> Daher lassen sich die Wesenselemente der Supranationalität auch nur mithilfe einer Analyse der EU gewinnen. Diese sind nicht statisch, sondern wurden mit jeder Vertragsrevision fortentwickelt. Gegenwärtig gibt die Vertragsfassung von Lissabon aus dem Jahr 2007 Aufschluss über den Kern einer supranationalen Gemeinschaft.

Kennzeichnend für die supranationale Gemeinschaft EU ist heute, dass sich ihr Aufgabenbereich auf ein breites Spektrum von Tätigkeiten erstreckt, ihre Organe teilweise ohne Bindung an Instruktionen der Mitgliedstaaten entscheiden, instruierte Organe teilweise mit Mehrheit entscheiden, Beschlüsse der Organe nicht nur Mitgliedstaaten verpflichten, sondern unmittelbare Rechtswirkungen für Bürgerinnen und Vorrang vor dem nationalen Recht haben können, sowie eine eigene Gerichtsbarkeit.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> BBI 1974 II 1133 1156. Siehe auch BBI 1992 IV 1 539.

<sup>4</sup> THÜRER/DIGGELMANN, in: SG-Komm., Art. 140 N. 21. Siehe auch HANGARTNER/KLEY, N. 1141.

<sup>5</sup> HANGARTNER/KLEY, N. 1141.

<sup>6</sup> Siehe nur BIAGGINI, Art. 140 N. 7; OESCH, N. 95.

<sup>7</sup> JAAG/HÄNNI, N. 107.

Die Supranationalität des Unionsrechts zeichnet sich somit aus durch dessen unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten, dessen Vorrang vor dem nationalen Recht, die Eignung zur unmittelbaren Berechtigung oder Verpflichtung von Einzelpersonen und Behörden, den Erlass im Wege unabhängiger Beschlussfassung und bei Abhängigkeit von den Mitgliedstaaten nach dem Mehrheitsprinzip sowie die obligatorische Kontrolle durch den EuGH.<sup>8</sup>

Konkrete Ausprägungen der Supranationalität sind das „ordentliche Gesetzgebungsverfahren“ (Art. 289 Abs. 1 AEUV)<sup>9</sup>, Entscheidungen des Rats der Europäischen Union mit qualifizierter Mehrheit (Art. 16 Abs. 3 EUV)<sup>10</sup>, die Konkretisierung der Einzelzuständigkeiten (Art. 2 ff. AEUV) – mit der Regelkompetenz der geteilten Zuständigkeit (Art. 4 Abs. 1 AEUV) sowie der Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Mitgliedstaaten (Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV) – und die umfassende Rechtskontrolle durch den EuGH (Art. 19 Abs. 1 EUV).<sup>11</sup>

### **3. „Beitritt“**

Der Begriff des „Beitritts“ ist nicht eng als Eintritt in eine bestehende Gemeinschaft zu verstehen, sondern erfasst mit Blick auf den Zweck der Vorschrift jede hinreichend intensive Form der Beteiligung.<sup>12</sup> DANIEL THÜRER und OLIVER DIGGELMANN halten in diesem Sinne dafür: „Denkbar wäre etwa, im Fall einer weiteren Integration der Schweiz in den EU-Binnenmarkt eine Unterstellung unter den EuGH als Beitritt zu einer supranationalen Gemeinschaft zu betrachten. Zwar würde es sich formal nicht um einen Beitritt handeln. Die Auswirkungen wären angesichts der umfassenden Zuständigkeiten des EuGH, seiner Unabhängigkeit und seiner allgemeinen Bedeutung für die EU jedoch beitriffsähnlich.“<sup>13</sup>

## **II. Präzedenzfälle in der Staatspraxis**

### **1. Europäischer Wirtschaftsraum (EWR)**

Als erstmaliger Anwendungsfall für das obligatorische Staatsvertragsreferendum unter dem Titel des Beitritts zu einer supranationalen Gemeinschaft wurde der Europäische Wirtschaftsraum (EWR) diskutiert. Verschiedentlich wurde der supranationale Charakter bejaht. Zur Begründung angeführt wurden die automatische Übernahme

---

<sup>8</sup> SCHROEDER, Grundkurs Europarecht, § 5 N. 3.

<sup>9</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008 (ABl. 2008 C 115, S. 47), zuletzt geändert durch Art. 2 ÄndBeschl. 2012/419/EU vom 11.7.2012 (ABl. 2012 L 204, S. 131).

<sup>10</sup> Vertrag über die Europäische Union idF des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007 (ABl. 2007 C 306, S. 1), zuletzt geändert durch Art. 13, 14 Abs. 1 EU-Beitrittsakte 2013 vom 9. 12. 2011 (ABl. 2012 L 112, S. 21).

<sup>11</sup> CALLIESS, in: Calliess/Ruffert, Art. 1 EUV N. 13.

<sup>12</sup> GRISEL, N. 791.

<sup>13</sup> THÜRER/DIGGELMANN, SG-Komm., Art. 140 N. 23.

weiterentwickelten Unionsrechts, die unmittelbare Anwendbarkeit des EWR-Rechts, der Vorrang des EWR-Rechts, der weitreichende materielle Inhalt des Abkommens sowie die Schaffung unabhängiger Organe (EFTA-Gerichtshof und EFTA-Überwachungsbehörde).<sup>14</sup> Nach anderer Auffassung sah das EWR-Abkommen weder die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen und Hoheitsrechten vor, noch hätte es eine eigene, autonome Rechtsordnung geschaffen, wobei der EFTA-Überwachungsbehörde und dem EFTA-Gerichtshof immerhin supranationale Elemente zugeschrieben wurden.<sup>15</sup>

Der Bundesrat schlug einen argumentativen Mittelweg ein. Einerseits wies er auf die im EWR-Abkommen enthaltenen supranationalen Elemente wie die Einrichtung der EFTA-Überwachungsbehörde und den EFTA-Gerichtshof hin.<sup>16</sup> Die Supranationalität des EFTA-Gerichtshofs machte der Bundesrat an dessen Kompetenzen zur Streit-schlichtung und zur nicht verbindlichen Auslegung von Bestimmungen des EWR-Abkommens auf Anfrage staatlicher Gerichte fest. Andererseits seien nicht alle Voraussetzungen für die Annahme einer supranationalen Gemeinschaft erfüllt, weshalb das ordentliche obligatorische Staatsvertragsreferendum nicht zur Anwendung gelange.<sup>17</sup> Hieraus zog der Bundesrat den Schluss, das EWR-Abkommen sei dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum sui generis<sup>18</sup> zu unterwerfen.<sup>19</sup>

## 2. Assoziierung Schengen/Dublin

Auch bezüglich der Assoziierung der Schweiz an Schengen und Dublin stellte der Bundesrat Überlegungen zum supranationalen Charakter des Abkommens an.<sup>20</sup> Gegen die Supranationalität sprach laut Bundesrat zum einen, dass keine Organe vorgesehen sind, in denen Personen Einsitz nehmen, die von der Regierung ihres Herkunftsstaats unabhängig sind, sondern sich die Gemischten Ausschüsse vielmehr aus Vertretern der Vertragsstaaten zusammensetzen. Zum anderen bänden die in Weiterentwicklung des Besitzstandes erlassenen Unionsrechtsakte die Schweiz nicht direkt, sondern diese entscheide im nationalen Genehmigungsverfahren über deren Annahme oder Ablehnung. Schliesslich fehle es an der automatischen Beendigung des Abkommens bei Nichtübernahme. Letztlich lehnte der Bundesrat daher die Supranationalität von Schengen/Dublin ab.<sup>21</sup>

Unter den gegenwärtigen Bedingungen und aus heutiger Sicht wird die Supranationalität von Schengen/Dublin in der Literatur teilweise bejaht. Diese Auffassung wird mit dem Argument begründet, dass die Schweiz verpflichtet sei, Weiterentwicklungen

---

<sup>14</sup> Siehe dazu GRISEL, N. 789 f.; HANGARTNER/KLEY, N. 1143.

<sup>15</sup> BRUNNER, S. 59 f.

<sup>16</sup> BBI 1992 IV 1 540.

<sup>17</sup> BBI 1992 IV 1 541.

<sup>18</sup> Dazu unten C.

<sup>19</sup> BBI 1992 IV 1 541.

<sup>20</sup> Dazu und zum Folgenden BBI 2004 5965 6289.

<sup>21</sup> BBI 2004 5965 6290.

des EU-Rechts in diesen Bereichen kurzfristig zu übernehmen und das Abkommen relativ weitgehende Auswirkungen auf den schweizerischen Föderalismus habe.<sup>22</sup>

### III. Einordnung des InstA

#### 1. Unabhängige Organe

Zunächst müssten im InstA unabhängige Organe vorgesehen sein, deren Mitglieder nicht an Instruktionen von Seiten der Vertragsstaaten gebunden sind. Mit Blick auf die EU als supranationale Organisation müsste das InstA demnach vergleichbare unabhängige Organe wie die Kommission als Überwachungsbehörde und den EuGH als Gericht einsetzen.

##### a) Europäische Kommission

Das InstA regelt die Überwachung der Anwendung und die Beilegung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit den bilateralen Abkommen.<sup>23</sup> Im Ausgangspunkt überwacht die Europäische Kommission die Anwendung der Verträge durch europäische und mitgliedstaatliche Behörden, während Schweizer Behörden die Anwendung in der Schweiz überwachen.<sup>24</sup> Somit ist keine gemeinsame supranationale Überwachungsbehörde vorgesehen. Insoweit bleibt es im Ansatz bei dem von den sektoriellen Verträgen her bekannten „Zwei-Pfeiler-Modell“.<sup>25</sup> Im Interesse einer gemeinsamen Überwachung bestehen sektorielles Gemischte Ausschüsse, die in Fällen angeblich mangelhafter Anwendung der Abkommen von beiden Vertragsparteien in klassisch diplomatischer Weise befasst werden können.<sup>26</sup>

Aufgrund der verfahrensrechtlichen Struktur könnte die Kommission jedoch auch im Rahmen des InstA im Verhältnis zur Schweiz faktisch die Rolle einer Überwachungsbehörde übernehmen. Die Kommission ist das supranationale Organ der EU schlechthin,<sup>27</sup> der unter anderem die Überwachung der Anwendung der Verträge sowie des sekundären Rechts im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens (Art. 258 ff. AEUV) obliegt.

Kommt es im sektoriellen Gemischten Ausschuss zu keiner einvernehmlichen Lösung, kann jede Vertragspartei verlangen, dass ein Schiedsgericht den Streitfall entscheidet.<sup>28</sup> Die Kommission als Vertreterin der Vertragspartei EU kann demnach einseitig und ohne Zustimmung der Schweiz an das Schiedsgericht gelangen. Wirft der Streitfall eine Frage betreffend die Auslegung oder Anwendung einer Bestimmung

---

<sup>22</sup> THÜRER/DIGGELMANN, SG-Komm., Art. 140 N. 26.

<sup>23</sup> Art. 1 Abs. 3 Spstr. 3 und 4.

<sup>24</sup> Art. 6 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 InstA.

<sup>25</sup> Institutionelles Abkommen Schweiz–EU: Das Wichtigste in Kürze, S. 3.

<sup>26</sup> Art. 7 Abs. 2 InstA.

<sup>27</sup> JAAG/HÄNNI, N. 1766, 1776.

<sup>28</sup> Art. 10 Abs. 2 InstA.

auf, die im Unionsrecht vorkommt, und ist deren Auslegung für die Streitbeilegung relevant und für seine Entscheidungsfällung notwendig,<sup>29</sup> so ruft das Schiedsgericht den EuGH an.<sup>30</sup> Das Urteil des EuGH ist für das Schiedsgericht verbindlich.<sup>31</sup> Das Schiedsgericht muss also das Urteil des EuGH übernehmen und eins zu eins in das Urteil gegenüber der Schweiz umsetzen.

Abgesehen von der Thematisierung im Gemischten Ausschuss und der insoweit rein formalen Zwischenschaltung des Schiedsgerichts ähnelt die Ausgestaltung dem Vertragsverletzungsverfahren, das die Kommission im Rahmen der EU zulasten von Mitgliedstaaten anstrengen kann.<sup>32</sup> Hat nach Auffassung der Kommission ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstossen, so gibt sie eine mit Gründen versehene Stellungnahme hierzu ab (Art. 258 Abs. 1 AEUV). Kommt der Staat dieser Stellungnahme innerhalb der von der Kommission gesetzten Frist nicht nach, so kann die Kommission den Gerichtshof der Europäischen Union anrufen (Art. 258 Abs. 2 AEUV).

Sowohl nach dem Vertragsverletzungsverfahren als auch nach dem InstA kann die Kommission eine ihrer Ansicht nach unionsrechtswidrige Verhaltensweise eines EU-Mitgliedstaats beziehungsweise der Schweiz eigenständig einer Entscheidung durch den EuGH zuführen. Somit „ist die Kommission, das supranationale Überwachungsorgan der Gegenpartei, in der Lage, die Sache jederzeit vor ihren eigenen Gerichtshof zu bringen. Sie ist damit die faktische Überwachungsbehörde der Schweiz.“<sup>33</sup>

Die Schweiz könnte zwar faktisch das betreffende Urteil missachten, wie dies auch bei EU-Mitgliedstaaten mitunter der Fall ist. Ähnlich wie bei den EU-Mitgliedstaaten in Form der Verhängung eines Zwangsgeldes (vgl. Art. 260 Abs. 2 Satz 2 AEUV), könnte die EU die Schweiz jedoch mit nicht genau bestimmten „Ausgleichsmassnahmen bis hin zur teilweisen oder vollständigen Suspendierung des betroffenen Abkommens bzw. der betroffenen Abkommen“<sup>34</sup> belegen.

**Zwischenfazit:** Aufgrund der Konstruktion des Streitbeilegungsverfahrens mit einseitiger Anrufungsmöglichkeit durch die Kommission sowie obligatorischer und verbindlicher Entscheidung durch den EuGH wird ein funktionales Äquivalent zum Vertragsverletzungsverfahren geschaffen. Die Kommission würde somit auch in Bezug auf die Schweiz als unabhängige Überwachungsbehörde („Hüterin der Verträge“) fungieren.

---

<sup>29</sup> Siehe zum Vorbild des Schiedsgerichts im Assoziierungsabkommen EU-Ukraine GLASER/DÖRIG, S. 462 f.

<sup>30</sup> Art. 10 Abs. 3 Satz 1 InstA; Art. III.9 Abs. 1 Protokoll über das Schiedsgericht.

<sup>31</sup> Art. 10 Abs. 3 Satz 2 InstA.

<sup>32</sup> Anders EPINEY, Jusletter 17. Dezember 2018, Rz. 45, wonach eine Ähnlichkeit zum Vorabentscheidungsverfahren bestehen soll.

<sup>33</sup> BAUDENBACHER, S. 41.

<sup>34</sup> Art. 10 Abs. 6 InstA.



## b) Schiedsgericht und EuGH

Soweit das Schiedsgericht ohne Einbezug des EuGH entscheidet, es also nicht um die Auslegung oder Anwendung einer Bestimmung geht, die im Unionsrecht vorkommt, fungiert das Gremium selbst als von den Instruktionen der Vertragsparteien unabhängiges Organ. Das Schiedsgericht entscheidet, sofern keine einvernehmliche Entscheidung getroffen werden kann, mit Stimmenmehrheit.<sup>35</sup> Die Schiedssprüche sind endgültig und bindend für alle Parteien.<sup>36</sup> Die Parteien müssen die Entscheidungen unverzüglich umsetzen.<sup>37</sup>

Die Unabhängigkeit soll sich auch in den Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern widerspiegeln. In das Schiedsgericht sind hoch qualifizierte Personen mit oder ohne Verbindungen zu nationalen Verwaltungen zu bestellen, die unabhängig und frei von Interessenkonflikten sind und über ein breites Erfahrungsspektrum verfügen.<sup>38</sup> Wird an eine Person im Zusammenhang mit ihrer möglichen Bestellung in das Schiedsgericht herangetreten, so hat sie alle Umstände offenzulegen, die berechtigte Zweifel an ihrer Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit aufkommen lassen könnten.<sup>39</sup> Jeder Schiedsrichter kann abgelehnt werden, wenn Umstände vorliegen, die Anlass zu berechtigten Zweifeln an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit geben.<sup>40</sup>

Soweit der EuGH in Fällen mit Bezug zum Unionsrecht das für das Schiedsgericht verbindliche Urteil fällt,<sup>41</sup> ist auch der EuGH selbst als unabhängiges Organ anzusehen. Im Rahmen der EU (vgl. Art. 19 EUV) ist die Unabhängigkeit des EuGH als oberstes Rechtsprechungsorgan anerkannt.<sup>42</sup> So sind als Richter und Generalanwälte des Gerichtshofs Persönlichkeiten auszuwählen, die jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten (Art. 19 Abs. 2 UAbs. 3 Satz 1 EUV; Art. 253 Abs. 1 AEUV).

**Zwischenfazit:** Schiedsgericht und EuGH sind weitere von den Instruktionen nationaler Regierungen unabhängige Organe im Rahmen des InstA.

## 2. Nach Mehrheitsregel entscheidende Organe

Soweit es sich um nicht unabhängige, sondern von Instruktionen der Vertragsstaaten abhängige Organe handelt, müssen diese mit Mehrheit entscheiden, damit Supranationalität angenommen werden kann. Typisch hierfür ist das ordentliche Gesetzgebungsverfahren in der EU gemäss Art. 294 AEUV.<sup>43</sup> Dabei entscheidet das Europäische Parlament mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen oder der Abge-

---

<sup>35</sup> Art. IV.1 Satz 2 Protokoll über das Schiedsgericht.

<sup>36</sup> Art. IV.2 Abs. 2 Satz 2 Protokoll über das Schiedsgericht.

<sup>37</sup> Art. IV.2 Abs. 5 Protokoll über das Schiedsgericht.

<sup>38</sup> Art. II.2 Abs. 5 Protokoll über das Schiedsgericht.

<sup>39</sup> Art. II.3 Abs. 1 Satz 1 Protokoll über das Schiedsgericht.

<sup>40</sup> Art. II.3 Abs. 2 Protokoll über das Schiedsgericht.

<sup>41</sup> Art. 10 Abs. 3 Satz 2 InstA.

<sup>42</sup> HUBER, in: Streinz, Art. 19 EUV Rz. 28.

<sup>43</sup> Siehe dazu OESCH, N. 485.

ordneten. Der Rat der Europäischen Union entscheidet mit qualifizierter Mehrheit. Rechtsakte der EU in Form der Verordnung und der Richtlinie können demnach gegen den Willen eines oder mehrerer Mitgliedstaaten verabschiedet werden. Ein EU-Mitgliedstaat besitzt kein Vetorecht.

Es ist fraglich, ob das Verfahren der Rechtsübernahme im InstA supranationalen Charakter wie im Rahmen einer EU-Mitgliedschaft annimmt oder weiterhin das statische Konzept der bisherigen bilateralen Verträge teilt. Weder findet derzeit eine automatische Rechtsübernahme von neuem Unionsrecht durch die Schweiz statt, noch besteht eine Verpflichtung der Schweiz zur dynamischen Übernahme neu erlassener Rechtsakte der EU.<sup>44</sup>

Das InstA sieht ein Verfahren zur Übernahme von Rechtsakten der EU durch die Schweiz auf dem Gebiet der betroffenen Abkommen vor.<sup>45</sup> Die EU und die Schweiz sorgen dafür, dass die Rechtsakte der EU, die in den Bereichen der betroffenen Abkommen erlassen werden, so rasch wie möglich in das entsprechende Abkommen integriert werden.<sup>46</sup> Im Unterschied zur geltenden Rechtslage im Rahmen der bilateralen Verträge wäre die Schweiz demnach neu verpflichtet, der Anpassung der Abkommen zuzustimmen.<sup>47</sup> Die Schweiz hat die Erfüllung der Pflicht zur Rechtsübernahme der EU über den sektoriellen Gemischten Ausschuss unverzüglich zu notifizieren.<sup>48</sup> In den allgemeinen Bestimmungen wird nochmals bekräftigt, dass die Vertragsparteien alle geeigneten Massnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen aus den Abkommen unternehmen.<sup>49</sup> Verweigert die Schweiz die Anpassung eines Abkommens, entsteht dementsprechend ein Streitfall, auf den das Streitbeilegungsverfahren anwendbar ist.<sup>50</sup>

Nachdem die EU einen einschlägigen Rechtsakt verabschiedet hat, ist die Schweiz verpflichtet, im zuständigen sektoriellen Gemischten Ausschuss gemeinsam mit der EU einen Beschluss zu fassen beziehungsweise die Anpassung des Abkommens vorzuschlagen, um den EU-Rechtsakt darin zu integrieren.<sup>51</sup> Beschlüsse des sektoriellen Gemischten Ausschusses zur Integration von EU-Rechtsakten in den bilateralen Rechtsbestand treten sofort, Revisionen am Tag ihrer Unterzeichnung durch die Vertragsparteien in Kraft, aber nicht vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens in der EU.<sup>52</sup> Aufgrund der Übernahmepflicht wenden die Vertragsparteien die Rechtsänderung vorläufig an, ausser die Schweiz beruft sich auf Unmöglichkeit der Erfüllung und begründet diese.<sup>53</sup>

---

<sup>44</sup> OESCH, AJP 2017, S. 638, 639 ff.

<sup>45</sup> Art. 1 Abs. 3 Spstr. 1.

<sup>46</sup> Art. 5 InstA.

<sup>47</sup> EPINEY, Jusletter 17. Dezember 2018, Rz. 21.

<sup>48</sup> Art. 14 Abs. 2 Satz 1 InstA.

<sup>49</sup> Art. 18 Satz 1 InstA.

<sup>50</sup> Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, 2019, S. 7.

<sup>51</sup> Art. 13 Abs. 1 und 2 Satz 1 InstA.

<sup>52</sup> Art. 13 Abs. 2 Satz 2 InstA.

<sup>53</sup> Art. 14 Abs. 2 Satz 2 InstA.

Lediglich wenn die Schweiz hinsichtlich der Rechtsübernahme verfassungsrechtliche Verpflichtungen beachten muss, wird ihr eine Frist zur Erfüllung von zwei Jahren eingeräumt, welche im Fall eines Referendums um ein weiteres Jahr verlängert wird.<sup>54</sup>

Bei diesem Mechanismus handelt es sich nicht um eine automatische Rechtsübernahme, da die Schweiz über jede Anpassung einzeln in dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Verfahren einschliesslich der Wahrung des Referendumsrechts befinden kann.<sup>55</sup> Da die Schweiz indes zur Rechtsübernahme verpflichtet ist, wird von dynamischer Rechtsübernahme gesprochen.

Es stellt sich die Frage, ob die dynamische Rechtsübernahme noch dem klassischen völkerrechtlichen Ansatz verhaftet ist oder schon die supranationalen Züge des EU-Gesetzgebungsverfahrens annimmt. Für letztere Sichtweise sprechen zwei Argumente.

Die dynamische Rechtsübernahme nähme keinen supranationalen Charakter an, wenn eine Pflichtverletzung nicht systematisch und ernsthaft sanktioniert würde. Genau dies ist jedoch im InstA vorgesehen. Eine Ablehnung der Übernahme des Rechtsakts durch das Parlament oder in der Volksabstimmung führt nicht zu einer Entbindung von der Übernahmepflicht, sondern stellt vielmehr deren Verletzung dar. Diese kann im Wege eines Streitbeilegungsverfahrens thematisiert werden<sup>56</sup> oder als Anlass für die Ergreifung von Ausgleichsmassnahmen durch die EU zulasten der Schweiz dienen. Der formale freie Entscheid der Schweiz über die Rechtsübernahme steht somit ständig unter der Drohung möglicher Ausgleichsmassnahmen.

Zum anderen spricht der starke Einbezug der Schweiz bei der Ausarbeitung der Rechtsakte für den supranationalen Charakter der Rechtsübernahme. Die EU informiert die Schweiz, sobald mit der Ausarbeitung eines relevanten Rechtsakts begonnen wird und zieht Sachverständige der Schweiz informell gleichermassen zu Rate wie Sachverständige der Mitgliedstaaten.<sup>57</sup> Es sind laufende Konsultationen im zuständigen sektoriellen Gemischten Ausschuss vorgesehen.<sup>58</sup> Handelt es sich um delegierte Rechtsakte gemäss Art. 290 AEUV, mit denen die Kommission Rechtsakte ohne Gesetzescharakter mit allgemeiner Geltung zur Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften eines Gesetzgebungsakts erlassen darf, gewährt die Kommission der Schweiz die grösstmögliche Teilnahme an der Ausarbeitung ihrer Vorschläge.<sup>59</sup> Vergleichbares gilt bei Durchführungsrechtsakten gemäss Art. 291 AEUV, mit denen die Kommission den einheitlichen Vollzug von Unionsrechtsakten regelt.<sup>60</sup> Die Schweizer Sachverständigen wirken wie diejenigen der EU-

---

<sup>54</sup> Art. 14 Abs. 3 InstA.

<sup>55</sup> Institutionelles Abkommen Schweiz–EU: Das Wichtigste in Kürze, S. 2.

<sup>56</sup> EPINEY, Jusletter 17. Dezember 2018, Rz. 26.

<sup>57</sup> Art. 12 Abs. 1 InstA.

<sup>58</sup> Art. 12 Abs. 2 und 3 InstA.

<sup>59</sup> Art. 12 Abs. 4 InstA.

<sup>60</sup> Art. 12 Abs. 5 Satz 1 InstA.

Mitgliedstaaten im Rahmen der Komitologieausschüsse an der Verabschiedung von Durchführungsrechtsakten mit.<sup>61</sup>

An der Supranationalität des Gesetzgebungsverfahrens ändert auch der Umstand nichts, dass materiell-rechtlich gewichtige Ausnahmen von der grundsätzlichen Übernahmepflicht neuer Rechtsakte vereinbart wurden. So enthält „Protokoll 2 über die Regeln zur Berücksichtigung der Besonderheiten, auf die sich die Vertragsparteien in den Bereichen Personenfreizügigkeit, Verkehr auf Schiene und Strasse und Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen geeinigt haben“ verschiedene Regelungen, die von der Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme ausgenommen sind. Dies betrifft die 40-Tonnen-Limite für Lastwagen, die Nicht-Exportierbarkeit gewisser Sozialleistungen oder das Verbot internationaler Tiertransporte auf der Strasse.<sup>62</sup>

**Zwischenfazit:** Die Pflicht zur dynamischen Übernahme von Rechtsakten der EU durch die Schweiz führt dazu, dass im Anwendungsbereich des InstA das ordentliche Gesetzgebungsverfahren der EU mit Entscheidungen nach Mehrheit zur Anwendung gelangt. Die Schweiz verfügt in dem Verfahren über gewisse Mitsprache-, nicht aber über Mitentscheidungsrechte, geschweige denn über ein Vetorecht im Sinne einer Einstimmigkeitsentscheidung.

### **3. Direkte Anwendbarkeit und Verbindlichkeit für Individuen und Behörden**

#### **a) Typische Erscheinungsformen**

Zudem müssten das InstA oder die von ihm erfassten Rechtsakte direkt anwendbar und unmittelbar verbindlich für Individuen und Behörden sein. Als Inbegriff einer supranationalen Erlassform wird die EU-Verordnung angesehen, da sie mit Inkrafttreten Vorrang vor dem mitgliedstaatlichen Recht besitzt und sich Individuen wie Organe auf eine Verordnung berufen können.<sup>63</sup> Die Verordnung hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat (Art. 288 Abs. 2 AEUV). Direktwirkungen können aber durchaus auch Richtlinien zukommen.

#### **b) Geltung und Anwendungsvorrang des Sekundärrechts**

Mit der Zustimmung zum InstA fände keine Ausdehnung des EU-Rechtsbestandes, wie beispielsweise der Grundfreiheiten, statt.<sup>64</sup> Auch ist nicht vorgesehen, dass das EU-Recht in der schweizerischen Rechtsordnung unmittelbar gilt, jede Übernahme

---

<sup>61</sup> Art. 12 Abs. 5 Satz 2 InstA.

<sup>62</sup> Institutionelles Abkommen Schweiz–EU: Das Wichtigste in Kürze, S. 3; ausführlich Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, 2019, S. 9 f.

<sup>63</sup> JAAG/HÄNNI, N. 2109; OESCH, N. 422.

<sup>64</sup> Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, 2019, S. 5.

von Unionsrecht durch die Schweiz erfordert vielmehr einen selbstständigen Entscheid der Schweiz.<sup>65</sup>

Soweit der Anwendungsbereich des InstA reicht, entfalten allerdings jedenfalls einzelne Bestimmungen der in Bezug genommenen bilateralen Verträge direkte Anwendbarkeit und sind für Behörden wie Individuen verbindlich. Dass die bilateralen Verträge jedenfalls teilweise unmittelbare Verbindlichkeit gegenüber Individuen aufweisen, wird bekräftigt, indem bereits erworbene Rechte und Pflichten von Privatpersonen und Wirtschaftsakteuren auch im Fall der Suspendierung von Abkommen unberührt bleiben.<sup>66</sup>

Aufgrund des in der Schweiz herrschenden monistischen Systems bei der Integration völkerrechtlicher Bestimmungen in die nationale Rechtsordnung können Rechtsakte der EU, die im Wege der bilateralen Verträge übernommen wurden, direkt anwendbar sein sowie unmittelbar Rechte und Pflicht begründen.<sup>67</sup> Dies ist bei zahlreichen Bestimmungen der in Bezug genommenen bilateralen Verträge der Fall. Praktisch am bedeutsamsten dürften die Aufenthaltsansprüche zugunsten von Einzelpersonen nach dem FZA sein.

Das Bundesgericht beschreibt die gegenwärtige und künftige Wirkungsweise treffend folgendermassen:

„[Es] ist davon auszugehen, dass diese europarechtlichen Bestimmungen nach dem Willen der Vertragspartner grundsätzlich auch in der Schweiz direkt angewendet werden sollen: EU-Verordnungen sind im Gegensatz zu den Richtlinien verbindliche, generell-abstrakte, in jedem Mitgliedstaat unmittelbar geltende Regelungen. Es ist regelmässig weder nötig noch zulässig, sie in einem Erlass des innerstaatlichen Rechts umzusetzen (vgl. Art. 288 Abs. 2 und 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union [...]). Die Schweiz als Nicht-EU-Mitglied hat die entsprechenden Verpflichtungen staatsvertraglich übernommen. Die bilateralen Abkommen und die darin als verbindlich erklärten Anhänge werden aufgrund des monistischen Systems mit ihrer Ratifizierung automatisch Teil der schweizerischen Rechtsordnung [...]. [...] [G]leich wie in den EU-Staaten sind alle entsprechenden einschlägigen europäischen Verordnungsvorschriften für die Schweiz verbindlich [...]. Sie bedürfen, falls sie hinreichend konkretisiert sind, um in einem Einzelfall direkt angewendet werden zu können ("self-executing"; [...]), keiner besonderen Umsetzung mehr im nationalen Recht.“<sup>68</sup>

Die direkte Anwendbarkeit wird durch die im InstA vorgesehene Parallelität der Auslegung zusätzlich abgesichert. Ziel ist die einheitliche Auslegung und Anwendung des InstA, der fünf betroffenen bilateralen Verträge und der darin in Bezug genommenen Unionsrechtsakte.<sup>69</sup> Enthalten die relevanten Vertragsbestimmungen unions-

<sup>65</sup> Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, 2019, S. 6.

<sup>66</sup> Art. 10 Abs. 8 InstA.

<sup>67</sup> Siehe dazu bereits GLASER, S. 136.

<sup>68</sup> BGE 138 II 42 E. 3.2 S. 46 f.

<sup>69</sup> Art. 1 Abs. 3 Spstr. 2.

rechtliche Begriffe, müssen diese gemäss der vor oder nach der Unterzeichnung des betreffenden Abkommens ergangenen Rechtsprechung des EuGH ausgelegt und angewandt werden.<sup>70</sup> Auch das Schiedsgericht entscheidet gestützt hierauf.<sup>71</sup>

Das Bundesgericht umschreibt die von ihm bereits heute angewandte parallele Auslegung wie folgt:

„Mit dem Freizügigkeitsabkommen und den weiteren sektoriellen Abkommen ist die Schweiz zwar nicht Teil des gesamten Binnenmarkts geworden, doch beteiligt sie sich, soweit die Abkommen reichen, immerhin sektoriell am gemeinsamen Markt. Eine solche sektorielles Teilhabe am Binnenmarkt ist aber nur möglich und funktionsfähig, wenn die massgebenden Normen, soweit sie Gegenstand des FZA bilden, einheitlich verstanden werden und der EuGH auf der einen [...] und das Bundesgericht auf der anderen Seite nicht ohne sachliche Gründe von einem gemeinsamen Verständnis der verwendeten Begriffe im Rahmen des freizügigkeitsrechtlich übernommenen "Acquis communautaire" abweichen.“<sup>72</sup>

Flankiert wird die für das Unionsrecht typische unmittelbare Anwendbarkeit durch den Vorrang des InstA und der in Bezug genommenen bilateralen Verträge vor dem gesamten nationalen Recht, einschliesslich der Bundesverfassung, wie er vom Bundesgericht vertreten wird:

„Auch im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsabkommen hat das Bundesgericht entschieden, dass diesem gegenüber bewusst abweichendem Gesetzesrecht der Vorrang zukommt. Das Gericht begründete dies damit, dass das Freizügigkeitsabkommen demokratisch (durch Annahme in der Volksabstimmung) legitimiert sei, dieses den unter das Abkommen fallenden Personen gerichtlichen Rechtsschutz garantiere, was totus Buchstabe bliebe, wenn die Gerichte abweichendes nationales Recht anwenden müssten, und schliesslich, dass die Vertragsstaaten der EU ihrerseits verpflichtet seien, dem Abkommen den Vorrang gegenüber ihrem jeweiligen innerstaatlichen Recht zu geben [...] Die vorne erwähnte Ausnahme nach der sogenannten "Schubert-Praxis" gilt im Verhältnis zur Europäischen Union und den von der Schweiz im Freizügigkeitsrecht staatsvertraglich eingegangenen Pflichten nicht, weil es dabei über die Realisierung der teilweise übernommenen Grundfreiheit um eine Angleichung der Rechtsordnung (sektorielle Beteiligung am Binnenmarkt) geht, welche für die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits direkt anwendbar ist (Urteil des EuGH vom 5. Februar 1963 C-26/62 van Gend en Loos, Slg. 1963 S. 3) und für welche kraft Unionsrechts der Vorrang dieser Rechtsordnung ebenfalls Geltung hat (Urteil des EuGH vom 15. Juli 1964 C-6/64 Costa gegen E.N.E.L, Slg. 1964 S. 1141)“.<sup>73</sup>

Die Bezugnahme des Bundesgerichts auf die für die Charakterisierung des Unionsrechts als supranationales Recht konstitutiven EuGH-Urteile und deren Übertragung

---

<sup>70</sup> Art. 4 Abs. 2 InstA.

<sup>71</sup> Art. IV.3 Abs. 2 Protokoll über das Schiedsgericht.

<sup>72</sup> BGE 142 II 35 E. 3.2 S. 39.

<sup>73</sup> BGE 142 II 35 E. 3.2 S. 39 f. Siehe auch GLASER, S. 146.

auf das bilaterale Verhältnis Schweiz-EU belegt, dass es den bilateralen Verträgen bereits heute supranationalen Charakter zuspricht. Dies muss erst recht gelten, wenn die bilateralen Verträge mit einem wirksameren Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismus ausgestattet würden, als dies bislang der Fall ist.<sup>74</sup>

### c) Direkt anwendbare Bestimmungen im InstA

Überdies enthält das InstA selbst direkt anwendbare Bestimmungen. Zwar wird auf der einen Seite argumentiert, bei den beihilfenrechtlichen Bestimmungen handle es sich um nicht direkt anwendbare Grundsätze, welche nicht justiziabel seien.<sup>75</sup> Zugleich wird aber auf der anderen Seite eingeräumt, dass die materiellen Bestimmungen betreffend die Staatsbeihilfen im Bereich des Luftverkehrsabkommens, wo bereits heute eine Beihilfenüberwachung stattfindet, direkt anwendbar sind.<sup>76</sup>

Von besonderer Relevanz ist das Verbot staatlicher Beihilfen.<sup>77</sup> Dieses entspricht dem Regelungsvorbild des Art. 107 AEUV.<sup>78</sup> Insgesamt lehnt sich das Beihilfenregime eng an dasjenige innerhalb der EU an.<sup>79</sup> So dürfen geplante Beihilfenregelungen oder einzelne Beihilfenvorhaben erst umgesetzt werden, wenn die Überwachungsbehörde im Rahmen des einzurichtenden Notifizierungsverfahrens abschliessend entschieden hat.<sup>80</sup> Das in der ganz ähnlich formulierten unionsrechtlichen Bestimmung (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) verankerte, mit unmittelbarer Anwendbarkeit und Vorrang vor dem nationalen Recht ausgestattete Durchführungsverbot wird als Ausprägung maximaler Supranationalität bezeichnet.<sup>81</sup> Zur Effektuierung des Verbots müssen rechtswidrig gewährte Beihilfen zurückgefordert werden.<sup>82</sup>

Die Beschränkung der direkten Anwendbarkeit auf das Luftverkehrsabkommen gilt wohl nur vorläufig, da die EU den Abschluss neuer Marktzugangsabkommen, wie beispielsweise eines Strommarktabkommens, von der Anwendbarkeit einer effektiven Beihilfenüberwachung nach dem Vorbild des Unionsrechts abhängig macht.<sup>83</sup> Neue Marktzugangsabkommen werden daher zwingend das Beihilfenregime nach dem Modell des InstA zum Gegenstand haben.

Zudem enthält der Anhang des InstA einen Beschlussentwurf, wonach die Beihilfenregelung im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens neu auch in Bezug auf das Freihandelsabkommens 1972 zur Anwendung gebracht werden soll.<sup>84</sup> Formell könn-

<sup>74</sup> Zu diesem Gedanken BGE 139 I 16 E. 5.2.3 S. 30 f.

<sup>75</sup> Institutionelles Abkommen Schweiz–EU: Das Wichtigste in Kürze, S. 3.

<sup>76</sup> Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, 2019, S. 4, 10. Siehe ausserdem EPI-NEY, Jusletter 17. Dezember 2018, Rz. 43.

<sup>77</sup> Art. 8A Abs. 2 Bst. a InstA.

<sup>78</sup> Siehe dazu ZURKINDEN, N. 33.

<sup>79</sup> Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, 2019, S. 11.

<sup>80</sup> Art. 8B Abs. 3 InstA.

<sup>81</sup> GÖTZ, in: Dausen/Ludwigs, H. III., Rn. 6 f.

<sup>82</sup> Art. 8B Abs. 4 InstA.

<sup>83</sup> Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, 2019, S. 10.

<sup>84</sup> Vgl. Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, 2019, S. 11.

te die Schweiz die Beschlussfassung im Gemischten Ausschuss zwar aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses verhindern, dies würde jedoch nach Zustimmung zum InstA merkwürdig anmuten, da der Beschluss ja bereits im Anhang des Abkommens integriert ist.<sup>85</sup>

Für die Überwachung des Beihilfenregimes muss zwar eine unabhängige Überwachungsbehörde eingerichtet werden, dies gilt jedoch jeweils gesondert für die Schweiz und die EU.<sup>86</sup> Es bleibt also im Ausgangspunkt beim „Zwei-Pfeiler-Modell“.<sup>87</sup> Die Supranationalität wird dadurch gerade mit Blick auf die prominente Rolle der Kommission auf diesem Gebiet innerhalb der EU relativiert. Das Streitbeilegungsverfahren könnte durch die Kommission aber auch in Bezug auf Staatsbeihilfen zum Zweck der Überwachung einsetzen.<sup>88</sup> Dies gilt allerdings nur in Bezug auf das Luftverkehrsabkommen, beim Freihandelsabkommen ist das Streitbeilegungsverfahren vor einem Schiedsgericht bislang nicht vorgesehen. Möglich wäre nur eine Thematisierung im Gemischten Ausschuss.

**Zwischenfazit:** Die vom InstA erfassten bilateralen Abkommen enthalten direkt anwendbare sowie für Individuen und Behörden unmittelbar verbindliche Bestimmungen. Im Verhältnis zum nationalen Recht geniessen diese Vorschriften laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung Anwendungsvorrang. Im InstA selbst befinden sich bezüglich Staatsbeihilfen im Bereich des Luftverkehrs vereinzelt direkt anwendbare Normen mit unmittelbarer Verbindlichkeit für Individuen und Behörden.

#### 4. Relativ umfassende materielle Befugnisse

Schliesslich setzt die Supranationalität relativ umfassende materielle Befugnisse der Organisation voraus. Das InstA findet Anwendung auf die fünf Abkommen der Bilateralen I aus dem Jahr 1999 und künftige Marktzugangsabkommen.<sup>89</sup> Ein Vergleich mit der EU-Mitgliedschaft ergibt daher, dass die materiellen Befugnisse eher weniger umfangreich sind. So wäre die Schweiz weiterhin weder an der gemeinsamen Währung noch an der Gemeinsamen Sicherheits- und Aussenpolitik beteiligt. Selbst die Beihilfenaufsicht wäre vorderhand nur äusserst begrenzt. Gewisse weitere Bereiche sind von vornherein ausgeklammert.

Nicht explizit ausgenommen ist hingegen die Unionsbürgerrichtlinie 2004/38. Diese könnte einen prominenten künftigen Anwendungsfall für das Streitbeilegungsverfahren in Bezug auf die dynamische Rechtsübernahme bilden.<sup>90</sup> Hier läge wohl das grösste Risiko für materiell-rechtliche Überraschungen.<sup>91</sup> Ähnliches könnte für die

---

<sup>85</sup> Ebenso ZURKINDEN, N 5.

<sup>86</sup> Art. 8B Abs. 2 InstA.

<sup>87</sup> Institutionelles Abkommen Schweiz–EU: Das Wichtigste in Kürze, S. 3.

<sup>88</sup> Siehe dazu oben B. III. 1. a).

<sup>89</sup> Art. 2 InstA.

<sup>90</sup> Siehe auch Institutionelles Abkommen Schweiz–EU: Das Wichtigste in Kürze, S. 4. Ausführlich dazu EPINEY/AFFOLTER, Jusletter 11. März 2019, Rz. 30 ff.

<sup>91</sup> Siehe dazu <https://www.nzz.ch/schweiz/eu-regelung-gefaehrdet-ausschaffungen-id.1454138>.



Revision der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit gelten. In Randbereichen unklar ist auch, inwieweit die Flankierenden Massnahmen gegenüber Rechtsmitteln immunisiert wären. Eine Einordnung anhand von Sachbereichen und Kompetenzen führt in diesem Zusammenhang jedoch nicht weiter. So ist die Kompetenzverteilung in Bundesstaaten je unterschiedlich und auch die Europäische Union verfügt bei weitem nicht über umfassende Kompetenzen.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht führte zu den mit der Beteiligung eines Staates an einer supranationalen Gemeinschaft verbundenen charakteristischen Unwägbarkeiten aus:

„Jede Einfügung in [...] supranationale Organisationen eröffnet die Möglichkeit, dass sich die geschaffenen Einrichtungen, auch und gerade wenn deren Organe auftragsgemäß handeln, selbständig entwickeln und dabei eine Tendenz zu ihrer politischen Selbstverstärkung aufweisen. Ein zur Integration ermächtigendes Gesetz [...] kann daher trotz des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung immer nur ein Programm umreißen, in dessen Grenzen dann eine politische Entwicklung stattfindet, die nicht in jedem Punkt vorherbestimmt sein kann. Wer auf Integration baut, muss mit der eigenständigen Willensbildung der Unionsorgane rechnen. Hinzunehmen ist daher eine Tendenz zur Besitzstandswahrung (*acquis communautaire*) und zur wirksamen Kompetenzauslegung im Sinne der US-amerikanischen *implied powers*-Doktrin [...] oder der *effet utile*-Regel des Völkerrechts [...]“.<sup>92</sup>

Es ist daher gerade Ausdruck von Supranationalität, dass sich – anders als dies noch bei den bilateralen Verträgen I und II der Fall war – die genauen materiellen Befugnisse von Organen der Europäischen Union im Rahmen der Vertragsbeziehungen nicht prognostizieren lassen. Ebenfalls wesentypisch ist, dass die (potenziellen) materiellen Befugnisse der Union durch möglichst hohe Kosten für einen Austritt oder eine Kündigung abgesichert werden (vgl. auch Art. 50 EUV), die Exit-Option also nur im äussersten Notfall in Erwägung gezogen wird. Dies lässt sich derzeit an den Vorgängen rund um den „Brexit“ beobachten.

Die Höhe der Kosten für ein Abweichen von der Supranationalität lässt sich am Instrumentarium von Sanktionsmassnahmen ablesen, dem sich die Schweiz im Rahmen des InstA aussetzen würde. Wenn die Schweiz, sofern sie gemäss Schiedsgericht gegen das InstA oder ein betroffenes Abkommen verstossen hätte, die ergriffenen Massnahmen zur Umsetzung des Schiedsspruchs des Schiedsgerichts nicht innerhalb einer angemessenen Frist mitteilen würde, oder wenn die EU der Meinung wäre, dass die mitgeteilten Massnahmen dem Schiedsspruch des Schiedsgerichts nicht entsprächen, kann die EU Ausgleichsmassnahmen bis hin zur teilweisen oder vollständigen Suspendierung des betroffenen Abkommens bzw. der betroffenen Abkommen ergreifen, um ein mögliches Ungleichgewicht zu kompensieren.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> BVerfGE 123, 267 Rz. 237.

<sup>93</sup> Art. 10 Abs. 6 InstA.

Die Kündigung des InstA durch eine Partei zieht grundsätzlich zugleich das Ausserkrafttreten der in Bezug genommenen sektoriellen Verträge nach sechs Monaten nach sich.<sup>94</sup> Ein Verstoß gegen das InstA könnte daher das Dahinfallen aller übrigen in Bezug genommenen bilateralen Verträge bewirken. Es bestünde lediglich eine Frist von drei Monaten, während derer aus politischen Gründen eine Weiterführung bestimmter Abkommen beschlossen werden könnte. Dies würde naturgemäss die Zustimmung der EU erfordern. Nimmt man die in den bilateralen Verträgen I jeweils enthaltenen „Guillotine-Klauseln“ hinzu, die ebenfalls zum Ausserkrafttreten sämtlicher bilateralen Verträge I führen, zeigt sich, dass die Kosten der Schweiz für eine Verweigerung des supranationalen Weges hoch wären.<sup>95</sup> Allein deshalb hätten die Organe keinerlei Anreiz, ihre materiellen Befugnisse nicht umfangreich wahrzunehmen.

**Zwischenfazit:** Die integrationsoffene Konzeption des InstA eröffnet den Organen der EU weitreichende materielle Befugnisse, die durch einen wirksamen Sanktionsmechanismus abgesichert werden. Die praktische Wahrnehmung hängt letztlich von politischen Erwägungen ab.

## 5. Zwischenergebnis

Das InstA sieht mit der Kommission sowie dem Schiedsgericht und dem EuGH von den Instruktionen der Regierungen unabhängige Institutionen vor. Die rechtsetzenden Organe der EU entscheiden (auch) mit Blick auf die dynamische Rechtsübernahme von Rechtsakten durch die Schweiz nach dem Mehrheitsprinzip. Die vom Anwendungsbereich des InstA erfassten bilateralen Verträge enthalten direkt anwendbare sowie für Behörden und Individuen unmittelbar verbindliche Bestimmungen, im InstA selbst finden sich solche nur ganz vereinzelt in Bezug auf die Staatsbeihilfen nach dem Luftverkehrsabkommen. Die integrationsoffene Ausrichtung des InstA und die Flankierung mit erheblichen Sanktionsmassnahmen eröffnen den Organen nach dem InstA materiell relativ weitreichende Befugnisse. Das InstA trägt somit unter allen relevanten Gesichtspunkten Züge einer supranationalen Gemeinschaft.

## IV. Zusammenfassung

Die Mitwirkung der Schweiz in dem im InstA vorgesehenen institutionellen Rahmen stellt den Beitritt zu einer supranationalen Organisation gemäss Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV dar. Der Genehmigungsbeschluss ist demnach dem obligatorischen Referendum zu unterstellen.

---

<sup>94</sup> Art. 22 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 2 InstA.

<sup>95</sup> Siehe dazu AMBÜHL/SCHERER, Jusletter 4. Februar 2019, Rz. 13.

## C. Obligatorisches Staatsvertragsreferendum sui generis

### I. Anerkennung in der Staatspraxis

Würde der supranationale Charakter der Einbindung der Schweiz durch das InstA verneint, wäre die Frage aufzuwerfen, ob der Genehmigungsbeschluss nicht unter einem anderen Titel dem obligatorischen Referendum zu unterstellen wäre. Vereinzelt wird in der Literatur ein abschliessender Charakter von Art. 140 BV angenommen.<sup>96</sup> Nach dieser Auffassung dürfte ein Genehmigungsbeschluss, der sich nicht unter Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV subsumieren lässt, auch nicht aus anderen Gründen dem obligatorischen Referendum unterstellt werden.

Ein obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter (Referendum sui generis) ist heute indes als ungeschriebenes Verfassungsrecht anerkannt.<sup>97</sup> Der Bundesrat spricht insoweit von einem obligatorischen Staatsvertragsreferendum sui generis.<sup>98</sup> In den einschlägigen Materialien finden sich gewichtige Hinweise, dass die zuvor begründete Praxis auch unter Geltung der neuen BV weiterhin zulässig ist, im Einzelfall weitere Verträge dem obligatorischen Referendum zu unterstellen.<sup>99</sup>

Danach ist ein Staatsvertrag immer dann dem ausserordentlichen Referendum zu unterstellen, wenn er entweder tiefgreifend in die verfassungsrechtliche Ordnung eingreift, eine grundsätzliche Änderung der schweizerischen Aussenpolitik mit sich bringt oder Gründe von grundlegender sachlicher oder politischer Bedeutung dafür sprechen.<sup>100</sup> Es muss sich um einen Vertrag von ausserordentlicher Bedeutung handeln, der den in Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV genannten Kategorien nahe kommt.<sup>101</sup> Der in Frage stehende Staatsvertrag muss von derartiger Bedeutung sein, dass er Verfassungsrang besitzt.<sup>102</sup>

### II. Präzedenzfälle

Bei Staatsverträgen mit Verfassungsrang besteht inzwischen eine Tradition der Unterstellung unter das obligatorische Staatsvertragsreferendum sui generis.<sup>103</sup> So wurden der Beitritt zum Völkerbund (1920), das Freihandelsabkommen Schweiz-EU (1972) und der Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum (1992) dem obligatorischen Referendum unterstellt.

---

<sup>96</sup> EPINEY/DIEZIG, in: BSK-BV, Art. 140 N. 14.

<sup>97</sup> Bundesamt für Justiz, Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter; Umsetzung der Motion 15.3557 Caroni, 2018, S. 5 f.

<sup>98</sup> BBI 2004 5965 6288.

<sup>99</sup> BIAGGINI, Art. 140 N. 9.

<sup>100</sup> BRUNNER, S. 62.

<sup>101</sup> BIAGGINI, Art. 140 N. 9.

<sup>102</sup> BBI 2004 5965 6289.

<sup>103</sup> BRUNNER, S. 61; THÜRER/DIGGELMANN, SG-Komm., Art. 140 N. 24 ff.

Zuletzt sah der Bundesrat die Anforderungen für ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum sui generis mit Blick auf den EWR-Vertrag für gegeben an.<sup>104</sup> So waren mit dem EFTA-Gerichtshof und der EFTA-Überwachungsbehörde bereits supranationale Elemente gegeben.<sup>105</sup> Darüber hinaus ist das EWR-Abkommen ein Staatsvertrag mit materiell umfassendem Anwendungsbereich. Zudem sind zahlreiche EWR-Bestimmungen unmittelbar anwendbar. Schliesslich bedingt der EWR-Vertrag notwendigerweise eine Anpassung des Verfassungsrechts.

Erörtert wurde die Unterstellung unter das obligatorische Staatsvertragsreferendum sui generis auch anlässlich der Assoziierung der Schweiz an Schengen und Dublin.<sup>106</sup> Schengen/Dublin führte indes nach Auffassung des Bundesrates mit Blick auf Gegenstand und Tragweite nicht zu einer tiefgreifenden Änderung des Staatswesens und tangierte damit die verfassungsmässige Ordnung nicht. Insbesondere habe die Umsetzung der Abkommen im Rahmen der bestehenden Kompetenzen von Bund und Kantonen erfolgen können. Deshalb wurde in diesem Fall von der Unterstellung unter das obligatorische Staatsvertragsreferendum sui generis abgesehen.

### **III. Herausragende Bedeutung des InstA**

Um das obligatorische Staatsvertragsreferendum sui generis auszulösen, müsste das InstA tiefgreifend in die verfassungsrechtliche Ordnung eingreifen, eine grundsätzliche Änderung der schweizerischen Aussenpolitik mit sich bringen beziehungsweise grundlegende sachliche oder politische Bedeutung aufweisen. Es müsste sich demnach um einen Vertrag von ausserordentlicher Bedeutung handeln, der den in Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV genannten Kategorien nahe kommt.

#### **1. Supranationale Elemente des InstA**

Das InstA weist einige unverkennbare supranationale Elemente auf. Die Einrichtung eines Streitschlichtungsverfahrens, durch dessen Auslösung die Kommission einseitig eine Entscheidung durch den EuGH herbeiführen kann, ähnelt dem klassischen supranationalen Vertragsverletzungsverfahren im Rahmen der EU.<sup>107</sup> Das von der Schweiz grundsätzlich zu übernehmende Recht wird im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren der EU nach dem Mehrheitsprinzip beschlossen.<sup>108</sup> Zahlreiche Bestimmungen der unter dem Dach des InstA zusammengefassten sektoriellen Abkommen sind in der schweizerischen Rechtsordnung direkt anwendbar und geniessen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Vorrang vor nationalem Recht.<sup>109</sup> Verein-

---

<sup>104</sup> BBI 1992 IV 1 541.

<sup>105</sup> Siehe oben B. II. 1.

<sup>106</sup> BBI 2004 5965 6290.

<sup>107</sup> Siehe oben B. III. 1.

<sup>108</sup> Siehe oben B. III. 2.

<sup>109</sup> Siehe oben B. III. 3.

zelt trifft dies sogar auf Bestimmungen des InstA selbst zu, nämlich auf das für das Luftverkehrsabkommen anwendbare Beihilfenrecht. Die Organe verfügen schliesslich über nicht genau eingrenzbares materielle Befugnisse.<sup>110</sup>

Aufgrund zahlreicher supranationaler Wirkungsweisen im Rahmen des InstA und mit Blick auf den Präzedenzfall des EWR-Abkommens, das ebenfalls einzelne supranationale Komponenten aufwies, muss der Genehmigungsbeschluss jedenfalls dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum sui generis unterstellt werden.

## **2. Überlagerung der Bundesverfassung**

### **a) Verfahren zur Genehmigung völkerrechtlicher Verträge**

Hierfür spricht ausserdem, dass verschiedene verfassungsrechtliche Bestimmungen berührt beziehungsweise sogar teilweise überlagert werden. Betroffen ist zunächst das parlamentarische Verfahren. Bislang steht es dem Parlament frei, aus rein politischen Gründen eine Änderung der bilateralen Verträge zu genehmigen oder abzulehnen. Inskünftig unterläge das Parlament der grundsätzlichen Pflicht zur Genehmigung der Vertragsänderung. Dabei stünde es jeweils unter dem Eindruck möglicherweise drohender Ausgleichsmassnahmen. Am bedeutsamsten ist jedoch die Umsetzungsfrist von zwei Jahren. Die Bestimmungen der BV würden somit durch die Zweijahresfrist zur Annahme des Beschlusses überlagert. Auch die vorläufige Anwendung der Vertragsänderung beeinträchtigt die freie Willensbildung im Parlament. Insgesamt erweist sich die verfassungsrechtliche Einhegung der dynamischen Rechtsübernahme nach gegenwärtiger Rechtslage als äusserst prekär.<sup>111</sup> Die Beteiligung der Bundesversammlung an der Gestaltung der Aussenpolitik (Art. 166 Abs. 1 BV) scheint ohne verfahrensrechtliche Ergänzungen in Form von frühzeitigen Mitwirkungsrechten nicht mehr gesichert.

Der durch die materielle Pflicht zur Rechtsübernahme erzeugte Druck wie auch die – um ein weiteres Jahr auf drei Jahre verlängerte – Genehmigungsfrist beeinträchtigen das fakultative Staatsvertragsreferendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV) und die freie Willensbildung der Stimmberechtigten bei der Volksabstimmung (Art. 34 Abs. 2 BV).<sup>112</sup>

### **b) Stellung und Unabhängigkeit des Bundesgerichts**

Überdies tangiert das Streitbeilegungsverfahren die Stellung des Bundesgerichts als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes (Art. 188 Abs. 1 BV) und dessen Unabhängigkeit (Art. 191 c BV). Dies ist zum einen darauf zurückzuführen, dass die

---

<sup>110</sup> Siehe oben B. III. 4.

<sup>111</sup> Siehe dazu bereits GLASER, S. 140.

<sup>112</sup> Vgl. auch OESCH, AJP 2017, S. 638, 651 f.

Auslegung des europäischen Rechts durch den EuGH in anderen ihm durch die Gerichte der Mitgliedstaaten unterbreiteten Fällen auch für das Bundesgericht verbindlich ist.<sup>113</sup> Zum anderen und vor allem aber können Angehörige von Verwaltungen der Schweiz und der EU im Rahmen des Gemischten Ausschusses darüber befinden, ob sie ein Urteil des Bundesgerichts allenfalls für unbeachtlich erklären oder zumindest der Überprüfung durch ein Schiedsgericht und damit mittelbar dem EuGH zuführen wollen. Im Rahmen der EU-Mitgliedschaft behalten die nationalen Höchstgerichte demgegenüber – unter Vorbehalt der Vorlagepflicht im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 Abs. 3 AEUV) – die Letztentscheidungskompetenz.

Eine Aufhebung nationaler Gerichtsurteile durch den EuGH ist in den Klageverfahren nach dem AEUV nicht vorgesehen. Gegenstand der Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) können nur Akte der EU sein. Daher wäre es im Rahmen der EU allenfalls denkbar, wegen unterlassener Vorlage durch ein nationales Höchstgericht ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten.<sup>114</sup> Die Kommission macht hiervon mit Blick auf die Unabhängigkeit der Gerichte nur sehr zurückhaltend Gebrauch, wenn die Nichtvorlage beispielsweise „auf offensichtlicher Unkenntnis oder einer bewussten Haltung“ des nationalen Gerichts beruht.<sup>115</sup>

### **c) Kompetenzen der Kantone**

In Anbetracht der möglichen Beeinträchtigung der kantonalen Kompetenzen, insbesondere auf dem Gebiet der Staatsbeihilfen, erweisen sich die klassischen Mitwirkungsmöglichkeiten der Kantone auf dem Gebiet der Aussenpolitik als unzureichend. Die Freiräume der Kantone zum Erlass von selektiven Fördermassnahmen zugunsten ausgewählter Unternehmen werden erhebliche Einschränkungen erfahren.<sup>116</sup> Über die in Art. 45 BV vorgesehenen Informations- und Konsultationsansprüche sowie die Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Zuständigkeiten der Kantone und deren Interessenwahrung (Art. 54 Abs. 3 BV) hinaus wären zwingende Beteiligungsverfahren vorzusehen. Dies könnte beispielsweise durch die Vertretung der Schweiz in den Gemischten Ausschüssen durch Angehörige der kantonalen Verwaltung geschehen, wenn substantielle Kompetenzen der Kantone berührt wären, wie etwa im Bereich der direkten Steuern.

---

<sup>113</sup> Dazu und zum Folgenden ZÜND, Das Bundesgericht verliert seine Bedeutung, St. Galler Tagblatt vom 23.3.2019.

<sup>114</sup> BURGI, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, § 6 Rn. 41.

<sup>115</sup> CREMER, in: Calliess/Ruffert, Art. 258 AEUV Rn. 28; WUNDERLICH, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 258 AEUV Rn. 8.

<sup>116</sup> Entsprechend mit Blick auf Beihilfenverbote in einzelnen Marktzugangsabkommen OESCH, AJP 2013, S. 1337, 1347.

### 3. Zwischenergebnis

Das InstA enthält zum einen mehrere supranationale Elemente. Zum anderen überlagern die Verfahren nach dem InstA verschiedene Bestimmungen der Bundesverfassung. Die Kompetenzen der Bundesversammlung und der Stimmberechtigten, frei über die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge zu befinden, werden durch die Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme und die Sanktionsmöglichkeiten im Fall der Verletzung beeinträchtigt. Das Streitbeilegungsverfahren kann zu einer Beeinträchtigung der Stellung und der Unabhängigkeit des Bundesgerichts führen. Die materiellen Vorgaben für Staatsbeihilfen und die Pflicht zur Einrichtung einer zentralen Überwachungsbehörde beschneiden die Kompetenzen der Kantone.

### IV. Zusammenfassung

Selbst wenn der Genehmigungsbeschluss zum InstA nicht dem ordentlichen obligatorischen Staatsvertragsreferendum zu unterstellen wäre, müsste er in Anbetracht der Präzedenzfälle aufgrund der im InstA enthaltenen supranationalen Elemente sowie der tiefgreifenden Einflüsse auf die verfassungsmässige Ordnung dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum sui generis unterstellt werden.

### D. Obligatorisches Staatsvertragsreferendum gemäss Art. 140 Abs. 1 Bst. b<sup>bis</sup> BV (neu)

#### I. Verfassungsmässiger Charakter des völkerrechtlichen Vertrags

In Umsetzung der von beiden Räten gutgeheissenen Motion Caroni hat das Bundesamt für Justiz einen Entwurf zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des obligatorischen Referendums bei Staatsverträgen ausgearbeitet. Es handelt sich dabei um die Übertragung des bislang ungeschriebenen Referendums sui generis in den geschriebenen Verfassungstext.<sup>117</sup> Unabhängig davon, ob zum Zeitpunkt des Genehmigungsbeschlusses des InstA die Neuregelung des Staatsvertragsreferendums schon in Kraft steht, lassen sich aus den vorgenommenen Konkretisierungen bereits heute Rückschlüsse auf die Anwendbarkeit des obligatorischen Referendums sui generis ziehen. Die Bestimmung dient nämlich als Konkretisierungshilfe zur näheren Eingrenzung des bereits heute massgeblichen verfassungsmässigen Charakters eines Staatsvertrages.<sup>118</sup>

Art. 140 Abs. 1 BV (neu) lautet:

---

<sup>117</sup> Bundesamt für Justiz, Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter; Umsetzung der Motion 15.3557 Caroni, 2018, S. 8.

<sup>118</sup> Bundesamt für Justiz, Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter; Umsetzung der Motion 15.3557 Caroni, 2018, S. 10.

<sup>1</sup>Volk und Ständen werden zur Abstimmung unterbreitet: [...]

b<sup>bis</sup>. völkerrechtliche Verträge, deren Umsetzung eine Änderung der Bundesverfassung erfordert oder die Bestimmungen von Verfassungsrang in einem der folgenden Bereiche enthalten:

1. Bestand der Grundrechte, Bürgerrechte oder politische Rechte;
2. Verhältnis von Bund und Kantonen oder Zuständigkeiten des Bundes;
3. Finanzordnung;
4. Organisation oder Zuständigkeiten der Bundesbehörden.

Massgeblich ist danach, ob ein völkerrechtlicher Vertrag Bestimmungen von Verfassungsrang in einem der genannten Bereiche enthält. Die Beurteilung des Verfassungsranges erfolgt anhand eines materiellen Verfassungsverständnisses, wonach zur Verfassung alle Rechtssätze zählen, die als Grundlage der rechtsstaatlichen und demokratischen Staatsordnung in die Verfassung gehören und damit „verfassungswürdig“ sind beziehungsweise „verfassungsmässigen Charakter“ haben.<sup>119</sup> Thematisch fallen jedenfalls folgende Regelungsbereiche unter den materiellen Verfassungsbegriff: Die Garantien der grundsätzlichen Rechtsstellung des Individuums wie die Grundrechte und die politischen Rechte; die Festlegung der Staatsorganisation wie Zuständigkeiten und Verfahren der obersten Staatsorgane; Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen.

## **II. Verfassungsmässiger Charakter des InstA**

Damit das InstA verfassungsmässigen Charakter aufweist, müsste es Bestimmungen von Verfassungsrang in alternativ einem der vier genannten Bereiche enthalten. Sobald ein Tatbestand erfüllt ist, wäre es dem obligatorischen Referendum zu unterstellen.

### **1. Bestand der Grundrechte, Bürgerrechte oder politische Rechte**

Der Mechanismus der dynamischen Rechtsübernahme beeinträchtigt durch die Pflicht zur Genehmigung der von der EU beschlossenen Rechtsakte innert drei Jahren die politischen Rechte.<sup>120</sup> Das Recht zur Ergreifung des fakultativen Referendums (Art. 141 Abs. 1 Bst. d, Art. 136 Abs. 2 BV) und die Abstimmungsfreiheit der

---

<sup>119</sup> Bundesamt für Justiz, Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter; Umsetzung der Motion 15.3557 Caroni, 2018, S. 9.

<sup>120</sup> Siehe dazu oben C. III. 2. a).



Stimmberechtigten (Art. 34 Abs. 2 BV, Art. 136 Abs. 2 BV) bei der Ausübung des Stimmrechts stehen unter dem latenten Druck der im InstA bei der Nichtübernahme eines Rechtsaktes vorgesehenen Ausgleichsmassnahmen. Referendums- und Stimmrecht können nicht mehr auf unbefangene Art und Weise ausgeübt werden. Über Unterschriftensammlung und Urnenentscheid schweben mögliche Sanktionen im Zusammenhang mit den bilateralen Verträgen.

## **2. Verhältnis von Bund und Kantonen**

Erfasst werden durch diesen Tatbestand völkerrechtliche Verträge, die dem Bund direkt Befugnisse einräumen, die von Verfassungen wegen bisher den Kantonen zugestanden wurden.<sup>121</sup> Das InstA sieht für den Bereich der Staatsbeihilfen die Einrichtung einer Überwachungsbehörde in der Schweiz vor. Hierbei müsste es sich zwingend um eine zentralisierte Bundesbehörde handeln, etwa nach dem Vorbild der WEKO.<sup>122</sup> Diese würde indes nicht nur Staatsbeihilfen des Bundes, sondern insbesondere auch solche der Kantone beaufsichtigen.<sup>123</sup> Die bislang autonom von den Kantonen geregelten Bereiche der Staatsgarantie zugunsten der Kantonalkassen, der Unternehmensbesteuerung, der Beteiligung an Elektrizitätswerken, des Gebäudeversicherungsmonopols oder der Tourismusförderung, um nur einige zu nennen,<sup>124</sup> unterlägen neu einer systematischen Notifizierungspflicht und der Überwachung durch eine Bundesbehörde. Die Regelungen des InstA würden somit in verschiedenen Bereichen eine Kompetenzverlagerung auf den Bund bewirken.

## **3. Organisation oder Zuständigkeiten der Bundesbehörden**

Schliesslich tangiert das InstA durch die dynamische Rechtsübernahme und die Einrichtung eines Streitbeilegungsverfahrens die Zuständigkeiten der Bundesversammlung und des Bundesgerichts.

Die Bundesversammlung wäre angesichts der Pflicht zur Übernahme der einschlägigen Unionsrechtsakte nicht mehr frei, auf der Grundlage von Art. 166 Abs. 2 BV die Genehmigung eines völkerrechtlichen Vertrages zu verweigern. Die im Hintergrund drohende Ergreifung rechtmässiger Ausgleichsmassnahmen auf der Grundlage des InstA würde die Bundesversammlung vielmehr in eine faktische Ratifikationslage versetzen.

Zudem würden die Stellung des Bundesgerichts als oberste rechtsprechende Behörde (Art. 188 Abs. 1 BV) und dessen Unabhängigkeit (Art. 191c BV) berührt. Die Ausgestaltung des Streitbeilegungsverfahrens kann dazu führen, dass rechtskräftige Ur-

---

<sup>121</sup> Bundesamt für Justiz, Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter; Umsetzung der Motion 15.3557 Caroni, 2018, S. 11.

<sup>122</sup> Siehe ZURKINDEN, N. 73.

<sup>123</sup> Vgl. auch OESCH, AJP 2013, S. 1337, 1347.

<sup>124</sup> ZURKINDEN, N. 37 f., 42, 48 ff.

teile des Bundesgerichts von der Europäischen Kommission zum Anlass für ein Streitbeilegungsverfahren genommen und damit einer Beurteilung durch den Gemischten Ausschuss und das Schiedsgericht – allenfalls unter Einbezug des EuGH – unterzogen werden könnten. Diese Möglichkeit, gerichtliche Urteile in Frage zu stellen, geht über die Praxis im Vertragsverletzungsverfahren im Rahmen einer EU-Mitgliedschaft hinaus, erlegt sich doch die Kommission mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit besondere Zurückhaltung auf.<sup>125</sup>

### **III. Zusammenfassung**

Das InstA enthält Bestimmungen mit verfassungsmässigem Charakter. So betrifft es die politischen Rechte, die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Kantonen sowie die Zuständigkeiten von Bundesbehörden. Es ist somit gemäss Art. 140 Abs. 1 Bst. b<sup>bis</sup> BV (neu) dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum zu unterstellen. Da es sich hierbei um dessen Kodifikation handelt, bestätigt dies die Unterstellung unter das obligatorische Staatsvertragsreferendum sui generis, falls die Neuregelung noch nicht in Kraft getreten sein sollte.

### **E. Zusammenschau zur Unterstellung unter das obligatorische Referendum**

Nach dem geplanten EWR-Beitritt im Jahr 1992 und dem Beitritt zu Schengen/Dublin im Jahr 2007 stellt sich mit Blick auf das InstA erneut die Frage, ob der betreffende Genehmigungsbeschluss den Beitritt zu einer supranationalen Gemeinschaft gemäss Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV bewirkt und dieser somit dem obligatorischen Referendum zu unterstellen ist. Im Unterschied zur seinerzeitigen Kenntnislage vor dem geplanten Beitritt zum EWR besteht heute ein vertieftes Wissen über die Funktionsweise der bestehenden bilateralen Verträge, sodass die supranationale Qualität des InstA als deren institutionelle Fortentwicklung zuverlässiger eingeordnet werden kann.

Eine umfassende Analyse des InstA ergibt vor diesem Hintergrund, dass – begrenzt auf den Anwendungsbereich von fünf bestimmten bilateralen Verträgen und allfälligen weiteren Marktzugangsabkommen – sämtliche anerkannten Elemente einer supranationalen Gemeinschaft gemäss Art. 141 Abs. 1 Bst. b BV erfüllt sind. Der Genehmigungsbeschluss ist daher dem obligatorischen Referendum zu unterstellen.

Der Beitritt zum EWR war damals von den Bundesbehörden in Bezug auf die Supranationalität im Rückblick zu zurückhaltend beurteilt worden. Immerhin wurde der Beitrittsbeschluss seinerzeit aufgrund des Verfassungsrangs verschiedener Abkommensbestimmungen dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum sui generis unterstellt. Angesichts dieses Präzedenzfalles und der im InstA angelegten Parallelen mit mehreren supranationalen Elementen müsste die Bundesversammlung das InstA

---

<sup>125</sup> Siehe dazu oben C. III. 2. b).

jedenfalls auf der Grundlage des obligatorischen Staatsvertragsreferendums sui generis Volk und Ständen zwingend zur Abstimmung zu unterbreiten.

Möglicherweise wird im Zeitpunkt der Genehmigung durch das Parlament ein weiterer Tatbestand gelten, wonach völkerrechtliche Verträge, die Bestimmungen von Verfassungsrang enthalten, dem obligatorischen Referendum zu unterstellen sind. Verschiedene Bestimmungen des InstA im Zusammenhang mit der dynamischen Rechtsübernahme, dem Streitbeilegungsverfahren und den Staatsbeihilfen weisen Verfassungsrang auf. Selbst wenn die Verfassungsänderung dannzumal noch nicht in Kraft stehen sollte, würde sie als Auslegungshilfe bei der Anwendung des obligatorischen Staatsvertragsreferendums sui generis dienen. Dieses soll nämlich durch die Neuerung kodifiziert werden. Mithilfe von Art. 140 Abs. 1 b<sup>bis</sup> BV liesse sich demnach unter die Voraussetzungen des obligatorischen Staatsvertragsreferendums sui generis subsumieren. Es wäre in diesem Stadium nicht mehr vertretbar, von der kodifizierten Staatspraxis abzuweichen.

## F. Literaturverzeichnis

AMBÜHL MICHAEL/SCHERER DANIELA S., Zum Entwurf des Institutionellen Abkommens, in: Jusletter 4. Februar 2019.

BAUDENBACHER CARL, Rechtsgutachten zur Streitentscheidungsregelung des InstA zu Handen der Kommission des Nationalrates für Wirtschaft und Abgaben WAK, 2019.

BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

BRUNNER BABETTE, Das Staatsvertragsreferendum: Ein Volksrecht im Wandel, Zürich 2014.

Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., München 2016 (zit. BEARBEITER, in:).

Dauses Manfred A./Ludwigs Markus (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Werkstand: 46. EL Januar 2019, München (zit.: BEARBEITER, in:).

Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Band I und Band II, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER, in: SG-Komm.).

EPINEY ASTRID, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU, Jusletter 17. Dezember 2018.

EPINEY ASTRID/AFFOLTER SIAN, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter 11. März 2019.

GLASER ANDREAS, Umsetzung und Durchführung des Rechts der Bilateralen Verträge in der Schweiz, in: Glaser Andreas/Langer Lorenz (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Zürich/St. Gallen 2015, S. 133 ff.

GLASER ANDREAS/DÖRIG HEIDI, Zur Streitbeilegung in den Bilateralen Abkommen Schweiz – EU, in: Epiney Astrid/Hehemann Lena (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, Zürich 2018, S. 451 ff.

GRISEL ETIENNE, Initiative et référendum populaires, 3. Aufl., Bern 2004.

HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000.

JAAG TOBIAS/HÄNNI JULIA, Europarecht, 4. Aufl., Zürich 2015.

OESCH MATTHIAS, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, AJP 2013, S. 1337 ff.

OESCH MATTHIAS, Die bilateralen Abkommen Schweiz – EU und die Übernahme von EU-Recht, AJP 2017, S. 638 ff.

OESCH MATTHIAS, Europarecht, Bern 2015.

Rengeling Hans-Werner/Middeke Andreas/Gellermann Martin (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2014 (zit. BEARBEITER, in:).

SCHROEDER WERNER, Grundkurs Europarecht, 5. Aufl., München 2017.

Streinz Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018 (zit. BEARBEITER, in:).

von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen/Hatje Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (zit. BEARBEITER, in:).

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, 2015 (zitiert: BEARBEITER, in: BSK-BV).

ZURKINDEN PHILIPP, Institutionelles Abkommen – Rechtsgutachten zuhanden der WAK-N; Fragen zu Staatsbeihilfen und zum Freihandelsabkommen CH – EU sowie zu weiteren Fragen, 2019.



Prof. Dr. Andreas Glaser