

**Rechtsgutachten**  
**zur verfassungsrechtlichen Bedeutung**  
**des Abkommenspakets Schweiz-EU**

im Auftrag des

**Instituts für Schweizer Wirtschaftspolitik (IWP)**  
**an der Universität Luzern**

erstattet von

**Prof. em. Dr. iur. Paul Richli**

em. Ordinarius für öffentliches Recht, Agrarrecht und Rechtsetzungslehre  
an der Universität Luzern, a.Rektor der Universität Luzern

9. April 2026

## Inhaltsübersicht

Executive Summary .....	4
A. Einleitung .....	8
I. Fragestellung .....	8
II. Aufbau des Rechtsgutachtens.....	8
1. Dreiteilung.....	8
2. Institutionelle Fragen.....	8
3. Ausgewählte Einzelfragen.....	10
4. Abstimmungsmodus.....	10
5. Zusammenfassung und Folgerungen.....	10
B. Charakteristika der bisherigen bilateralen Abkommen und der neuen institutionellen Abkommen .....	11
I. Freihandelsabkommen von 1972 als Musterbeispiel für bilaterale Abkommen.....	11
1. Inhalt .....	11
2. Verfassungsrechtliche Beurteilung.....	12
II. Bilaterale I von 1999 .....	12
1. MRA .....	12
1.1. Inhalt.....	12
1.2. Verfassungsrechtliche Beurteilung.....	13
2. Agrarabkommen.....	14
2.1. Inhalt.....	14
2.2. Verfassungsrechtliche Beurteilung.....	15
III. Bilaterale II von 2004.....	15
IV. Neues Abkommenspaket – Änderungsprotokolle.....	16
1. MRA - Änderungsprotokoll .....	16
1.1. Inhalt.....	16
1.2. Verfassungsrechtliche Beurteilung.....	17
2. Agrarabkommen - Änderungsprotokoll .....	18
2.1. Inhalt.....	18
2.2. Verfassungsrechtliche Beurteilung.....	18
V. Neues Abkommenspaket - Institutionelle Protokolle.....	19
1. Unterscheidung zwischen Abkommen mit Äquivalenz- und mit Integrationsmethode.....	19
2. Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen des Parlaments auf die EU.....	20
3. Übertragung von Verordnungskompetenzen des Bundesrates auf die EU .....	23
4. Vergleich mit der Kompetenzübertragung in den Mitgliedstaaten der EU.....	24
5. Wegfall des Vernehmlassungsrechts.....	26
6. Beschränkung der Kompetenzen des Bundesgerichts.....	27
7. Streitbeilegung und Schiedsgericht .....	29
8. Massive Einschränkung des Stimmrechts .....	30
9. Vergleichbare Auswirkungen auf die Rechtslage in den Kantonen.....	31
10. Zusammenfassung und verfassungsrechtliche Beurteilung .....	32
VI. Faktische Risiken des neuen Abkommenspakets.....	36
1. Schwache Mitwirkungs- und Einflussmöglichkeiten der Schweiz hinsichtlich der Ausarbeitung von EU-Rechtsakten .....	36
1.1. Massgebende Rechtsnormen in Abkommen und im EU-Recht .....	36
1.2. Mitwirkungsmöglichkeiten der Schweiz an der Ausarbeitung von EU-Rechtsakten .....	37
1.3. Unterscheidung von Gesetzen und Verordnungen in der EU.....	38
1.4. Verfahren zum Erlass von Verordnungen (Gesetzen) des Rates und des Europäischen Parlaments.....	40
1.5. Verfahren zum Erlass von delegierten Verordnungen der Kommission .....	44
1.6. Verfahren zum Erlass von Durchführungsverordnungen der Kommission .....	45
1.7. Analyse der Mitwirkung der Schweiz im Rahmen des Decision Shaping .....	47
1.8. Bewertung der tatsächlichen Einflussmöglichkeiten der Schweiz auf die Entstehung von EU-Rechtsakten .....	51
1.9. Folgerungen.....	53
2. Kein Rechtsanspruch auf neue Ausnahmen nach Abschluss der Abkommen .....	54
3. Ausgleichsmassnahmen der EU in allen Binnenmarktverträgen als mögliches «Schachmattkriterium» gegen jedwedes Veto der Schweiz gegen neue EU-Rechtsakte .....	58
4. Liste von Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern als mögliches Einfallstor für wirtschaftskritische Vertretungen der Schweiz .....	59
5. Rechtssicherheit mit Tendenz zur Einseitigkeit zugunsten der EU .....	60
C. Ausgewählte Einzelfragen.....	62
I. Rechtsstellung von Hochschulen hinsichtlich Zulassungsregelungen und Studiengebühren sowie Zugang zu Programmen .....	62

1.	Zulassungsregelungen und Studiengebühren .....	62
1.1.	Inhalt .....	62
1.2.	Folgerungen .....	64
2.	Teilnahme am Forschungsprogramm Horizon und am Bildungsprogramm Erasmus+ .....	65
2.1.	Inhalt .....	65
2.2.	Folgerungen .....	70
II.	Schutzklausel im FZA 1999, im Änderungsprotokoll FZA und im Vorentwurf Änderung AIG .....	70
1.	Schutzklausel im FZA 1999 .....	70
2.	Schutzklausel im Änderungsprotokoll FZA .....	71
2.1.	Inhalt von Art. 14a .....	71
2.2.	Konkretisierung im Umsetzungserlass .....	72
2.3.	Anhaltspunkte für die Auslegung der Schutzklausel im Vernehmlassungsbericht .....	74
2.4.	Kommentar .....	78
III.	Nachträgliche Bestätigung durch eine zweite Abstimmung über die Abkommen und Etappierung des Abkommensabschlusses .....	80
1.	Zweite Abstimmung nach ein paar Jahren und Verknüpfung der Abkommen .....	80
2.	Etappierung und Verknüpfung der Abkommen .....	81
D.	Abstimmungsmodus für die Abkommen .....	82
I.	Ausgangslage und Haltung des Bundesrates .....	82
II.	Rechtsgutachten des Bundesamtes für Justiz vom 27. Mai 2024 .....	84
III.	Rechtsliteratur .....	87
1.	Vorbemerkung .....	87
2.	Andreas Glaser .....	88
3.	Hansjörg Seiler .....	92
4.	Martin Dumermuth .....	95
IV.	Eigene Rechtsauffassung .....	99
1.	Vorbemerkung .....	99
2.	Zum Gutachten des Bundesamtes für Justiz .....	100
3.	Zu Martin Dumermuth .....	101
4.	Entstehung und Entwicklung des Referendums «sui generis» seit 1999 .....	103
4.	Folgerung .....	106
5.	Verfassungsänderung und Verhältnis des FZA zu Art. 121a BV .....	107
E.	Zusammenfassung und Folgerungen .....	109
I.	Einleitung .....	109
II.	Charakteristika der bisherigen bilateralen Abkommen und der neuen institutionellen Abkommen .....	109
III.	Ausgewählte Einzelfragen .....	114
IV.	Abstimmungsmodus für das Abkommen .....	115
V.	Abschliessende verfassungsrechtliche Beurteilung des Abkommenspakets Schweiz-EU .....	118
	Literaturverzeichnis .....	119
	Materialienverzeichnis .....	121

## Executive Summary

### Auftrag und Zielsetzung

Das Rechtsgutachten untersucht die **verfassungsrechtliche Bedeutung des neuen Abkommenspakets zwischen der Schweiz und der Europäischen Union** im Vergleich zu den bisherigen bilateralen Abkommen. Dazu gehören insbesondere das Freihandelsabkommen von 1972 (FHA) und die sogenannten Bilateralen I. Dabei liegt der Fokus auf dem Agrarabkommen von 1999 und auf dem Abkommen über technische Handelshemmnisse (MRA) von 1999.

Im Zentrum des Interesses hinsichtlich des neuen Abkommenspakets stehen die **Art und Weise der Entstehung der Abkommen und vor allem ihrer Weiterentwicklung** durch die Schweiz und die EU. Zu prüfen sind die Auswirkungen auf die Kompetenzen der Bundesversammlung, des Bundesrates, des Bundesgerichts sowie der Kantone. Geht es um grundlegende Veränderungen der bestehenden Kompetenzen und deren Verteilung, oder handelt es sich lediglich, wie der Bundesrat meint, um eine Konsolidierung des Vorhandenen?

Sehr bedeutungsvoll ist auch die Frage, wie über das Abkommenspaket abgestimmt werden soll, d.h. ob das **gewöhnliche Staatsvertragsreferendum** mit einfachem Volksmehr oder das sogenannte **obligatorische Staatsvertragsreferendum «sui generis»** mit Volks- und Ständemehr zur Anwendung kommen soll. Auch sie soll in diesem Gutachten einer Klärung zugeführt werden.

### Bisherige bilaterale Abkommen

Das **FHA von 1972** sowie **zentrale Abkommen der Bilateralen I** (insbesondere das MRA und das Agrarabkommen von 1999) werden als **klassisch bilateral** qualifiziert. Kennzeichnend hierfür ist, dass:

- die Schweiz ihre Rechtsetzungsautonomie wahrt,
- keine dynamische oder automatische Übernahme von EU-Recht erfolgt,
- Entscheide in gemischten Ausschüssen der Vertragsparteien Schweiz und EU einvernehmlich erfolgen,
- keine fremden Gerichte oder einseitigen Durchsetzungsmechanismen vorgesehen sind.

Diese Abkommen führen nach der Analyse **zu keiner Beschränkung der verfassungsmässigen Kompetenzen** von Bund und Kantonen und berühren die politischen Rechte der Stimmberechtigten somit nicht.

### Änderungsprotokolle und neue Institutionelle Protokolle

Die Änderungsprotokolle im neuen Vertragspaket Schweiz-EU zum MRA und zum Agrarabkommen markieren im Zusammenwirken mit den zugehörigen Institutionellen Protokollen jedoch einen **Bruch mit der bisherigen Bilateralität**.

Insbesondere im Agrarbereich führt die Auslagerung zentraler Regelungen, die in Anhängen des Agrarabkommens verankert sind, in ein neues Lebensmittelsicherheitsabkommen zu einem **Wechsel von einer bilateralen zu einer integrationsrechtlichen Regelung**. Sie ist im Agrarbereich ausgeprägter als im MRA-Bereich, was mit den Unterschieden der Umsetzungsmethode zusammenhängt. Wichtig in diesem Zusammenhang ist die Unterscheidung zwischen der **Integrationsmethode** im Institutionellen Protokoll Lebensmittelsicherheit und der **Äquivalenzmethode** im Institutionellen Protokoll MRA.

- **Integrationsmethode:** EU-Rechtsakte werden durch die Integration ins Abkommen direkt Teil der Schweizer Rechtsordnung und werden in der EUR-Lex publiziert, nicht in den Schweizer Rechtssammlungen. Die

Schweiz verfügt in diesem Modell nur noch über einen marginalen, vor allem fachtechnischen Regelungsspielraum.

- **Äquivalenzmethode:** Die Schweiz muss aufgrund der neuen EU-Rechtsakte eigenes Recht erlassen, das materiell aber das gleiche Ergebnis wie das EU-Recht erzielt. Es gibt daher nur einen sehr beschränkten eigenständigen Regelungsspielraum für die Schweiz.

Zwar greift die Integrationsmethode stärker in die schweizerische Rechtsordnung ein als die Äquivalenzmethode, doch führen beide Methoden nach der Analyse zu einer **grundlegenden Verschiebung in der Rechtsetzung und der Rechtsprechung:**

- Die **Initiative für den Erlass** von Gesetzen und Verordnungen geht ausschliesslich von der EU-Kommission aus.
- Die **Bundesversammlung** verliert im betroffenen Bereich ihre eigenständige Gesetzgebungskompetenz nach Art. 163 BV. Diese geht über auf das Europäische Parlament und den Rat.
- Der **Bundesrat** verliert im Wesentlichen seine eigenständige Verordnungskompetenz nach Art. 182 BV. Seine Verordnungen werden abgelöst durch sogenannte Delegierte Verordnungen und Durchführungsverordnungen der EU-Kommission.
- Ein **Vergleich** zeigt, dass die **Bundesversammlung** und der **Bundesrat** im Geltungsbereich der Binnenmarktabkommen formell und materiell viel mehr Rechtsetzungszuständigkeiten an die EU abgeben müssen, als dies die **Parlamente und Regierungen der EU-Mitgliedstaaten** beim Beitritt zur EWG, zur EG oder zur EU taten. Bei einem Beitritt zur EU müsste die Schweiz demnach weniger Kompetenzen abgeben, als das im Geltungsbereich der Binnenmarktabkommen mit dem Abkommenspaket der Fall ist.
- Das **Vernehmlassungsverfahren** nach Art. 147 BV entfällt im Anwendungsbereich der Abkommen. Die EU-Kommission führt in der Schweiz keine Vernehmlassungen durch. Und der Bundesrat kann zum Inhalt von Abkommensänderungen und -erweiterungen selbst im Fall von Referenden keine Vernehmlassungen durchführen.
- Die **Schweizer Gerichte** sind bei der Anwendung der für die Schweiz aufgrund der neuen Abkommen geltenden EU-Rechtsakte an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gebunden.
- Die in den Abkommen vorgesehenen **Schiedsgerichte** sind für die Streitbeilegung ebenfalls an die Rechtsprechung des EuGH gebunden, soweit es um die Auslegung von EU-Recht und von Begriffen des EU-Rechts geht.

### **Auswirkungen auf die Kantone**

Für die Kantone ergeben sich **vergleichbare Veränderungen** wie für den Bund.

### **Auswirkungen auf das Stimmrecht**

Das Stimmrecht der Stimmberechtigten nach Art. 34 BV wird massiv beschränkt durch die Möglichkeit, dass die EU Ausgleichsmassnahmen treffen kann, wenn die Schweiz einen neuen EU-Rechtsakt nicht übernimmt oder einen bestehenden Rechtsakt verletzt. Die Beschränkung fällt insofern stark ins Gewicht, als die EU Ausgleichsmassnahmen in irgendeinem Binnenmarktabkommen treffen kann. Solche Massnahmen sind daher in ihrer Schwere nicht voraussehbar.

### **Faktische Risiken des Abkommenspakets**

Das Gutachten identifiziert eine Reihe von faktischen Risiken des Abkommenspakets, welche für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Bedeutung sind:

- Eine ausführliche **Analyse der Rechtsetzungsprozesse der EU** führt zum Ergebnis, dass die Schweiz im Unterschied zu den EU-Mitgliedstaaten kaum einen nennenswerten Einfluss auf die Entstehung der für die Schweiz massgebenden EU-Rechtsakte hat.
- Es gibt in den Abkommen keinen Anspruch auf **neue Ausnahmen** von neuen EU-Rechtsakten.
- **Referendumsmöglichkeiten** könnten rein theoretisch bleiben, weil die Möglichkeit von transversalen Ausgleichsmassnahmen in irgendeinem Binnenmarktabkommen zu einem Kartell gegen die Annahme von Referenden führen kann, veranstaltet von allen potentiell von Ausgleichsmassnahmen betroffenen Kreisen.
- Der behauptete Gewinn an **Rechtssicherheit** könnte durch die Ungewissheit der Weiterentwicklung der EU und ihres Rechts in den nächsten Jahrzehnten teilweise oder ganz kompensiert werden.

### Ausgewählte Einzelfragen

Unter dem Titel Einzelfragen werden insbesondere folgende Fragen behandelt:

- Zum **Programme-Abkommen** hinsichtlich des Forschungsprogramms Horizon bis 2027 und des Bildungsprogramms Erasmus+ ergibt sich, dass kein Rechtsanspruch für die Beteiligung der Schweiz an Folgeprogrammen besteht.
- Hinsichtlich der **Schutzklausel im FZA** ergibt sich, dass deren Anwendung wegen unklarer Kriterien äusserst anspruchsvoll sein wird, weshalb deren Funktionstauglichkeit fraglich ist.

### Abstimmungsrechtliche Fragestellung

Vor dem Hintergrund der dargestellten institutionellen Veränderungen behandelt das Gutachten die Frage, welcher **Abstimmungsmodus verfassungsrechtlich geboten** ist. Dazu werden die Entwicklung des sogenannten Referendums «sui generis» aufgezeigt, die Rechtsauffassungen in Literatur und Verwaltung dargestellt und eine eigene verfassungsrechtliche Einordnung vorgenommen. Das Gutachten kommt zum Ergebnis, dass im Anschluss an die «Sui-generis-Praxis» der Bundesversammlung das doppelte Mehr von Volk und Ständen zulässig ist, wobei **aus staatsrechtlicher Sicht mehr Argumente für als gegen das doppelte Mehr** sprechen. Möglich wäre überdies eine **Bestimmung auf Verfassungsstufe betr. Annahme des Abkommenspakets**, welche zugleich zur materiellen Beseitigung des Konflikts mit Art. 121a BV über die Steuerung der Zuwanderung führen würde.

### Ergebnis des Gutachtens

Die Auffassung, mit dem Abschluss des Abkommenspakets Schweiz-EU gehe es lediglich um eine thematische Erweiterung der Bilateralen I und II und damit um eine verfassungsrechtlich wenig einschneidende Konsolidierung des Erreichten unter vollständiger Wahrung der politischen Rechte der Schweizer Bürger und Institutionen, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht haltbar. Die Schweiz tritt im Geltungsbereich der Binnenmarktabkommen mehr Kompetenzen an die EU ab, als sie dies beim Vollbeitritt tun müsste.

Unter diesen Umständen bedeutet die Bezeichnung des Abkommenspakets Schweiz-EU als Bilaterale III eine Verniedlichung der verfassungsrechtlichen Konsequenzen. Stattdessen hat man es mit dem Abschluss von Integrationsabkommen I zu tun. Der Gutachter äussert sich materiell nicht zu Vorteilen oder Nachteilen des

Vertragspakets Schweiz-EU. Doch soll das Gutachten einen Beitrag zu Klärung der Begriffe und Konsequenzen auf die Schweizer Rechtsordnung leisten.

## **A. Einleitung**

### **I. Fragestellung**

- 1 Das Institut für Schweizer Wirtschaftspolitik an der Universität Luzern (IWP) befasst sich im Rahmen seiner Zielsetzung ausser mit Fragen der allgemeinen und der politischen Ökonomie auch mit institutionellen Fragen des politischen Systems der Schweiz. In diesem Kontext ist die verfassungsrechtliche Beurteilung des neuen Abkommenspakets zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, der wichtigsten Abkommen seit Anfang dieses Jahrhunderts, von hohem Interesse. Die Beurteilung dieses Pakets ist kontrovers. Einerseits wird geltend gemacht, es handle sich um eine blosser Weiterführung des Konzepts der Bilateralen I und II. Andererseits wird die Meinung vertreten, es gehe um eine institutionelle Weiterentwicklung von weitreichender staatsrechtlicher Bedeutung.
- 2 Das IWP möchte mit einem Rechtsgutachten zur Klärung dieser Fragen beitragen. Es ersucht den Gutachter daher um eine verfassungsrechtliche Analyse der institutionellen Aspekte der Abkommen im Vergleich mit den Bilateralen I und II sowie um die punktuelle rechtliche Analyse von besonders bedeutenden Bestimmungen in einzelnen Abkommen. Schliesslich ist im Licht der Ergebnisse dieser Analyse die Frage nach dem Abstimmungsmodus zu klären. Es geht darum, ob das blosser fakultative Referendum mit Volksmehr oder das obligatorische Referendum mit Volks- und Ständemehr zum Zug kommen kann und soll.

### **II. Aufbau des Rechtsgutachtens**

#### **1. Dreiteilung**

- 3 Die Fragestellung nach der allgemeinen institutionellen Bedeutung der alten und der neuen Abkommen Schweiz-EU (Teil B), nach der Analyse besonders wichtiger Bestimmungen in einzelnen Abkommen (Teil C) sowie nach dem Abstimmungsmodus (Bst. D) lässt eine Dreiteilung des Gutachtens als sachgerecht erscheinen. Den Schluss bilden eine Zusammenfassung und Folgerungen (Teil E).

#### **2. Institutionelle Fragen**

- 4 Im ersten Teil (Bst. B) muss das Rechtsgutachten zunächst den institutionellen Status quo der echt bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU aufzeigen. Das Rechtsgutachten soll daher mit der Skizzierung des Freihandelsabkommens von 1972 und von ausgewählten Bilateralen I beginnen, weil diese noch rein bilateral (zweiseitig) ausgestaltet sind (Ziff. I. und II). Für die Bilateralität ist massgebend, dass die Vertragspartner in ihrer nationalen Rechtsetzung

zur Erfüllung der Pflichten aus den Abkommen autonom sind und dass die Weiterentwicklung mit neuen materiellen Inhalten einvernehmlich durch Vertragsanpassungen erfolgen.

- 5 Aus Kapazitätsgründen werden allerdings nicht alle Bilateralen I behandelt. Es erfolgt eine Beschränkung auf zwei Abkommen, welche in der Zusammenschau der Methoden der Weiterentwicklung durch Änderungsprotokolle für die Gesamtheit der Abkommen repräsentativ sind. Es geht um das Abkommen über die technischen Handelshemmnisse (MRA) von 1999 und um das Agrarabkommen von 1999. Als wichtige Informationsgrundlage dienen der Erläuternde Bericht vom 13. Juni 2025 des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten,<sup>1</sup> die Botschaft vom 13. März 2026 des Bundesrates über das Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz–EU (Bilaterale III)»<sup>2</sup> sowie die erwähnten Abkommen.
- 6 Während das MRA mit einem Änderungsprotokoll zunächst angepasst und zusätzlich durch ein Institutionelles Protokoll weiterentwickelt wird, geht es beim Agrarabkommen um ein Änderungsprotokoll sowie um eine Abspaltung eines bedeutenden Teils des Agrarabkommens und Überführung bei gleichzeitiger konzeptioneller Änderung in das neue Lebensmittelsicherheitsabkommen.
- 7 Das MRA 1999 wird mit der Äquivalenzmethode weiterentwickelt, während die Weiterentwicklung eines Teils des Agrarabkommens als Lebensmittelsicherheitsabkommen mit der Integrationsmethode erfolgt. Alle anderen Abkommen werden mit einer dieser beiden Methoden weiterentwickelt, weshalb die Auswahl der analysierten Institutionellen Protokolle für alle anderen Protokolle typisch ist.
- 8 Die Bilateralen II von 2004 bringen hinsichtlich der im Rechtsgutachten zu behandelnden Fragen keine neuen Erkenntnisse, weshalb sie nur kurz erwähnt werden (Ziff. III).
- 9 Anschliessend geht es um die Analyse der Änderungen der in Ziff. II behandelten Binnenmarkt- abkommen durch deren Änderungsprotokolle (Ziff. IV).
- 10 Der zweitletzte und wichtigste Schritt in diesem Kapitel besteht im Rahmen der umfangreichsten Ziff. V in der Analyse und staatsrechtlichen Beurteilung der Institutionellen Protokolle zu den in Ziff. II behandelten Binnenmarkt- abkommen und deren Änderungsprotokollen. Hinzu kommt – wie erwähnt – das neue Lebensmittelsicherheitsabkommen.

---

<sup>1</sup> In der Folge zitiert als Vernehmlassungsbericht; siehe den Nachweis im Materialienverzeichnis.

<sup>2</sup> In der Folge zitiert als Botschaft. Siehe den Nachweis im Materialienverzeichnis.

11 Ergänzend zu den verfassungsrechtlichen Aspekten werden zum Schluss vor der Zusammenfassung und Folgerungen (Ziff. VII) noch faktische Risiken, die mit den Änderungsprotokollen und den neuen Abkommen verbunden sind, erörtert (Ziff. VI).

### 3. Ausgewählte Einzelfragen

12 Für den Auftraggeber sind gewisse Einzelfragen von besonderem Interesse. Diese werden im Teil C behandelt.

13 Zunächst geht es um die Frage, wie die Regelung über die Gestaltung der Studiengebühren und die Zulassung von Studierenden aus der EU sowie der Zugang zu künftigen Forschungs- und Bildungsprogrammen in den diesbezüglichen Abkommen ausgestaltet ist und ob sie für die Hochschulen die erhoffte Rechtssicherheit bringt (Ziff. I).

14 Von besonderer Wichtigkeit ist im Hinblick auf die Thematik der Zuwanderung, wie die Schutzklausel konkretisiert wird (Ziff. II).

15 Schliesslich werden noch zwei Fragen behandelt, die erst vor kurzem in der öffentlichen Diskussion aufgeworfen worden sind. Es geht darum, ob (1) nach ein paar Jahren eine zweite Abstimmung über die Abkommen und ob (2) die Etappierung des Abschlusses von Abkommen möglich wäre (Ziff. III).

### 4. Abstimmungsmodus

16 In der öffentlichen Diskussion und in der Rechtswissenschaft ist umstritten, ob das Abkommenpaket dem fakultativen Referendum mit Volksmehr oder dem obligatorischen Referendum mit Volks- und Ständemehr unterstehe (Teil D). Besonders umstritten ist die Relevanz der sogenannten «Sui-generis-Praxis». Der Bundesrat spricht sich im Vernehmlassungsbericht – unter Berufung auf die bisherige Praxis bei den Bilateralen I und II – für das fakultative Referendum aus, hält aber dafür, die Bundesversammlung könne im Anschluss an deren bisherige Praxis auch das obligatorische doppelte Mehr beschliessen. In der Botschaft fehlt dieser Hinweis auf die parlamentarische Kompetenz. Der Gutachter erläutert zunächst die Ausgangslage und die Haltung des Bundesrates (Ziff. I), setzt sich anschliessend mit dem Rechtsgutachten des Bundesamtes für Justiz (Ziff. II) sowie mit der Rechtsliteratur (Ziff. III) auseinander und präsentiert dann die seiner begründeten Ansicht nach zutreffende Rechtsauffassung (Ziff. IV).

### 5. Zusammenfassung und Folgerungen

17 Das Rechtsgutachten schliesst mit einer Zusammenfassung und Folgerungen (Teil E). Es wird für die eilige Leserschaft zudem ein Executive Summary an den Anfang desselben gestellt.

## **B. Charakteristika der bisherigen bilateralen Abkommen und der neuen institutionellen Abkommen**

### **I. Freihandelsabkommen von 1972 als Musterbeispiel für bilaterale Abkommen**

#### **1. Inhalt**

- 18 Zweck des heute noch gültigen Freihandelsabkommens (FHA) von 1972<sup>3</sup> ist gemäss Art. 1 insbesondere die Ausweitung des Warenverkehrs zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (heute der Europäischen Union) und der Schweizerischen Eidgenossenschaft sowie die Förderung der harmonischen Entwicklung der Wirtschaftsbeziehungen (Bst. a). Sodann sollen im Warenverkehr zwischen den Vertragsparteien gerechte Wettbewerbsbedingungen gewährleistet werden (Bst. b). Gemäss Art. 3 werden im Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz keine neuen Einfuhrzölle eingeführt (Abs. 1), und die bisherigen Einfuhrzölle werden schrittweise beseitigt (Abs. 2).
- 19 Nach Art. 22 kann eine Partei geeignete Massnahmen im Verfahren nach Art. 27 treffen, wenn die andere Partei Abkommenspflichten verletzt.
- 20 Von besonderer Bedeutung ist im vorliegenden Zusammenhang Art. 23 Abs. 1. Danach sind mit dem guten Funktionieren dieses Abkommens näher umschriebene wettbewerbsbeschränkende Massnahmen und die missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Position unvereinbar, soweit sie geeignet sind, den Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu beeinträchtigen. Weiter sind auch wettbewerbsverfälschende Beihilfen unvereinbar. Zu dieser Bestimmung gibt es hinsichtlich der Bedeutung der Bestimmung ein sehr aufschlussreiches Urteil des Bundesgerichts. Zentral sind die folgenden Argumente des Gerichts. «Das Freihandelsabkommen ist ein reines Handelsabkommen, das sich ... auf die Regelung des industriellen Freihandels beschränkt (BB1 1972 II 661). Bei seiner Aushandlung wurde nicht nur eine Pflicht zur gegenseitigen Angleichung der gemeinschaftlichen und der schweizerischen Rechtsnormen bewusst ausgeschlossen (BB1 1972 II 730; ...), sondern es wurden ... die bestehenden Rechtsordnungen gegenseitig anerkannt und deren uneingeschränkte autonome Durchsetzung gutgeheissen. (...) Art. 23 FHA schafft ... kein Verhaltensrecht für Private ...; er stellt nur fest, welche Praktiken mit dem guten Funktionieren des Freihandelsabkommens unvereinbar seien, verbietet diese aber nicht.»<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> SR 0.632.401.

<sup>4</sup> BGE 104 IV 175 Erwägung 2.c), S. 179.

21 Neben der Zweckbestimmung und den beispielhaft aufgeführten materiellen Bestimmungen sind namentlich noch die folgenden organisatorischen Bestimmungen erwähnenswert:

22 Art. 29 Abs. 1 sieht einen Gemischten Ausschuss vor, der mit der Durchführung des FHA Abkommens beauftragt ist und für dessen ordnungsgemässe Erfüllung sorgt. Zu diesem Zweck spricht er Empfehlungen aus. In den vorgesehenen Fällen fasst er Beschlüsse. Die Vertragsparteien führen diese Beschlüsse nach ihren eigenen Bestimmungen durch. Nach Art. 30 Abs. 2 äussert sich der Gemischte Ausschuss im gegenseitigen Einvernehmen. Art. 34 bestimmt, dass jede Vertragspartei das Abkommen kündigen kann.

## 2. Verfassungsrechtliche Beurteilung

23 Analysiert man diese Bestimmungen, so lässt sich festhalten: Das FHA 1972 ist ein reines bilaterales Abkommen. Es bezweckte und bezweckt keine Integration in den EWG- beziehungsweise heute den EU-Binnenmarkt. Keine Partei kann für die andere Partei verbindliche Normen erlassen oder Entscheidungen fällen. Es handelt sich um gleichberechtigte Partner, die ihre Autonomie bewahren. Entscheide und Weiterentwicklungen der Abkommen müssen für ihre rechtliche Verbindlichkeit einvernehmlich getroffen werden.

24 Das FHA 1972 beschränkt keine Kompetenzen des Bundes und der Kantone und beschränkt auch das Stimmrecht nicht, weil die EU keine Normen anstelle der Schweiz oder für die Schweiz erlassen kann. Die Umsetzung des FHA 1972 liegt in der autonomen Zuständigkeit der Schweiz. Die allfällige Erweiterung bedarf einer Vertragsergänzung nach dem üblichen landesinternen Verfahren.

## II. Bilaterale I von 1999

### 1. MRA

#### 1.1. Inhalt

25 Das Ziel des Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen vom 21. Juni 1999 (MRA)<sup>5</sup> besteht gemäss Art. 1 Abs. 1 darin, dass die Gemeinschaft und die Schweiz gegenseitig die von den Vertragsstaaten ausgestellten Konformitätserklärungen des Herstellers anerkennen. Diese Erklärungen bescheinigen die Übereinstimmung der Erzeugnisse mit den Anforderungen der anderen Vertragspartei. Abs. 2 bestimmt sodann, dass zur Vermeidung doppelter Verfahren in den Fällen, in denen die schweizerischen Anforderungen mit denen der

---

<sup>5</sup> SR 0.946.526.81.

Gemeinschaft als gleichwertig beurteilt werden, die Gemeinschaft und die Schweiz gegenseitig die ausgestellten Konformitätserklärungen des Herstellers anerkennen.

- 26 Zur Vermeidung doppelter Verfahren in den Fällen, in denen die schweizerischen Anforderungen mit denen der Gemeinschaft als gleichwertig beurteilt werden, anerkennen die Gemeinschaft und die Schweiz nach Art. 1 Abs. 2 gegenseitig die von den anerkannten Konformitätsbewertungsstellen ausgestellten Konformitätserklärungen des Herstellers, mit denen die Übereinstimmung mit ihren jeweiligen Anforderungen in den in Artikel 3 genannten Bereichen bescheinigt wird. In den Berichten, Bescheinigungen, Zulassungen und Konformitätserklärungen des Herstellers wird insbesondere angegeben, dass die betreffenden Produkte mit den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft übereinstimmen.
- 27 Der Ausschuss nach Art. 10 legt gemäss Art. 1 Abs. 3 fest, in welchen Fällen Abs. 2 Anwendung findet.
- 28 Laut Art. 10 Abs. 1 besteht ein aus Vertretern der Vertragsparteien bestehender Ausschuss für gegenseitige Anerkennung der Konformitätsbewertung, der mit der Verwaltung des Abkommens betraut wird und für dessen ordnungsgemässes Funktionieren sorgt. Zu diesem Zweck gibt er Empfehlungen ab und fasst in den im Abkommen vorgesehenen Fällen Beschlüsse. Er beschliesst einvernehmlich. Die Ergänzung des MRA kann nicht im Gemischten Ausschuss beschlossen werden. Dafür bedarf es eines Beschlusses beider Vertragsparteien.

## **1.2. Verfassungsrechtliche Beurteilung**

- 29 Das MRA 1999 ist wie das FHA 1972 ein eindeutig bilateraler Vertrag. Dies ergibt sich aus folgenden Charakteristika:
- 30 In den Fällen von Art. 1 Abs. 1 werden die Bestimmungen der anderen Partei als gleichwertig anerkannt. Keine Partei kann Normen für die andere Partei aufstellen oder für die andere Partei verbindliche Entscheidungen treffen. Wenn im Ausschuss keine Einigung erzielt wird, gibt es auch keine Entscheidung eines Schiedsgerichts.
- 31 In den Fällen von Art. 1 Abs. 2, in denen auf die Rechtsnormen der EU verwiesen wird, werden die massgebenden Bestimmungen der EU nach Art. 1 Abs. 3 jeweils im Gemischten Ausschuss freiwillig und einvernehmlich festgelegt.
- 32 Das MRA 1999 beschränkt demzufolge weder Kompetenzen des Bundes und der Kantone noch das Stimmrecht, weil die EU keine Normen anstelle der Schweiz oder für die Schweiz erlassen

kann. Die Umsetzung des MRA liegt in der autonomen Zuständigkeit der Schweiz. Eine Erweiterung bedarf einer Vertragsergänzung nach dem üblichen landesinternen Verfahren.

## **2. Agrarabkommen**

### **2.1. Inhalt**

- 33 Nach Art. 1 Abs. 1 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen vom 21. Juni 1999<sup>6</sup> (Agrarabkommen) besteht das Ziel des Agrarabkommens darin, die Freihandelsbeziehungen zwischen den Parteien durch Verbesserung des Marktzugangs für landwirtschaftliche Erzeugnisse der jeweils anderen Partei zu stärken.
- 34 Laut Art. 2 über Zollzugeständnisse werden auf die gegenseitigen Zugeständnisse hingewiesen, welche im Anhang 1 seitens der Schweiz der EU und im Anhang 2 seitens der EU der Schweiz eingeräumt werden.
- 35 Art. 5 regelt sodann den Abbau der technischen Handelshemmnisse. In diesem Sinn ist gemäss Abs. 1 in den Anhängen 4–12 des Abkommens festgelegt, wie im Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen die technischen Hemmnisse abzubauen sind. Als Beispiel seien die Grundsätze aus der Regelung im Anhang 4 über den Pflanzenschutz erwähnt: Danach stellen die Parteien insbesondere fest, dass sie vergleichbare Rechtsvorschriften über Massnahmen zum Schutz vor der Einschleppung und Verschleppung von Schaderregern durch Pflanzen, Pflanzenerzeugnisse oder andere Gegenstände haben, die einen gleichwertigen Schutz vor Einschleppung und Verschleppung von Schaderregern der in Anlage 1 aufgeführten Pflanzen und Pflanzenerzeugnisse gemäss Art. 1 bieten.
- 36 Art. 6 fokussiert auf den Gemischten Ausschuss. Nach Abs. 1 besteht dieser aus Vertretern der Parteien. Laut Abs. 2 wird der Ausschuss mit der Verwaltung des Abkommens betraut, und er sorgt für dessen ordnungsgemässe Anwendung. Abs. 5 bestimmt, dass der Ausschuss einvernehmlich entscheidet.
- 37 Nach Art. 10 kann eine Partei bei Bedarf in einem bestimmten Verfahren Schutzmassnahmen treffen, wenn angesichts der besonderen Empfindlichkeit der Agrarmärkte die Einfuhren von Erzeugnissen einer Partei zu einer schwerwiegenden Störung der Märkte der anderen Partei führen.

---

<sup>6</sup> SR 0.916.026.81.

38 Das Agrarabkommen ist demnach wie das MRA 1999 und das FHA 1972 ein eindeutig bilateraler Vertrag. Dieser legt fest, wie Handelshemmnisse abzubauen sind. Keine Partei kann Normen für die andere Partei setzen oder Entscheidungen für die andere Partei treffen. Es gibt auch kein Schiedsgericht. Schutzmassnahmen können nur im Rahmen des geltenden Abkommens getroffen werden. Sie bilden keine Grundlage für Forderungen nach Vertragsergänzungen gegenüber der anderen Partei. Ergänzungen des Agrarabkommens setzen einen Beschluss beider Vertragsparteien voraus, nicht nur einen Beschluss des Gemischten Ausschusses.

## 2.2. Verfassungsrechtliche Beurteilung

39 Das Agrarabkommen 1999 ist wie das FHA 1972 und das MRA 1999 ein eindeutig bilateraler Vertrag. Dies ergibt sich aus den folgenden Charakteristika:

40 Das Agrarabkommen enthält bereits im Abkommenstext mehrere Bestimmungen, die zeigen, dass die Verpflichtungen wechselseitig sind, so die Art. 2 und 3. Weiter verweist Art. 4 auf die bilateralen Bestimmungen in den Anhängen.

41 Das Agrarabkommen 1999 beschränkt demzufolge weder Kompetenzen des Bundes und der Kantone noch das Stimmrecht, weil die EU keine Normen anstelle der Schweiz oder für die Schweiz erlassen kann. Die Umsetzung des Agrarabkommens liegt in der autonomen Zuständigkeit der Schweiz. Eine Ergänzung bedarf einer Vertragsergänzung nach dem üblichen landesinternen Verfahren.

## III. Bilaterale II von 2004

42 Die sogenannten Bilateralen II von 2004 zwischen der Schweiz und der Europäischen Union werden im neuen Abkommenspaket nicht geändert. Sie werden daher hier nicht behandelt, weil keine Dynamisierungen mit den damit verbundenen verfassungsrechtlichen Fragen eingeführt werden. Der Vollständigkeit halber sei lediglich stichwortartig und ohne Quellennachweis erwähnt, dass es sich um die folgenden Abkommen handelt:

43 **Schengen/Dublin-Abkommen:** Dieses Abkommen regelt einerseits die Assoziierung der Schweiz an das Schengen-Abkommen betr. Abschaffung systematischer Personenkontrollen an den Grenzen sowie an das Dublin-System betr. Zuständigkeit für Asylverfahren.

44 **Zinsbesteuerungsabkommen:** Dabei geht es um die Regelung der Besteuerung von Zinserträgen von EU-Bürgern in der Schweiz.

- 45 **Betrugsbekämpfungsabkommen:** Dieses Abkommen regelt die Zusammenarbeit zur Bekämpfung von Betrug, Korruption und Geldwäscherei zum Schutz der finanziellen Interessen der EU und der Schweiz.
- 46 **Statistikabkommen:** Dieses Abkommen betrifft die Beteiligung der Schweiz am europäischen Statistiksistem (Eurostat).
- 47 **Umweltabkommen (Europäische Umweltagentur):** Dieses Abkommen regelt die Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur (EUA) und am europäischen Umweltinformations- und Beobachtungsnetz (EIONET).
- 48 **Media-Abkommen:** Das Media-Abkommen handelt von der Beteiligung der Schweiz am EU-Programm MEDIA zur Förderung der europäischen Film- und Audiovisionsbranche.
- 49 **Rentenabkommen:** Das Rentenabkommen betrifft die Regelung der Koordinierung von Rentenansprüchen ehemaliger EU-Beamter, die in der Schweiz wohnen.
- 50 **Abkommen über die Verarbeitung landwirtschaftlicher Erzeugnisse:** Dieses Abkommen regelt den Abbau von Zöllen und Handelshemmnissen für verarbeitete Landwirtschaftsprodukte (z. B. Schokolade und Käseprodukte).
- 51 **Anhang zur Teilnahme an der Agentur Frontex:** Dieser Anhang betrifft die Teilnahme der Schweiz an der europäischen Grenzschutzagentur im Rahmen von Schengen.

#### IV. Neues Abkommenspaket – Änderungsprotokolle

##### 1. MRA - Änderungsprotokoll

###### 1.1. Inhalt

- 52 Das MRA 1999 wird mit dem Änderungsprotokoll (ÄP-MRA)<sup>7</sup> nur in wenigen Bereichen angepasst. Es geht namentlich um die Änderungen in Art. 1 Abs. 2, Art. 3 und im Anhang 1 Art. 1.
- 53 Art. 1 Abs. 2 wird insofern angepasst, als die Gemeinschaft und die Schweiz zur Vermeidung doppelter Verfahren gegenseitig die von den anerkannten Konformitätsbewertungsstellen ausgestellten Konformitätserklärungen des Herstellers anerkennen, mit denen die Übereinstimmung mit ihren jeweiligen Anforderungen in den in Art. 3 genannten wenigen Bereichen bescheinigt

---

<sup>7</sup> Vorläufiger Nachweis im Materialienverzeichnis.

wird. In den Konformitätserklärungen des Herstellers wird angegeben, dass die betreffenden Produkte mit den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft übereinstimmen.

- 54 Art. 3 über den Geltungsbereich wird in Abs. 1 dahingehend geändert, dass das Abkommen für die Konformitätsbewertungsverfahren gilt, die durch die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Anhang 1 und hinsichtlich der unter Art. 1 Abs. 2 fallenden Bestimmungen durch die entsprechenden nach Art. 5 Abs. 2 des Institutionellen Protokolls erlassenen oder beibehaltenen schweizerischen Bestimmungen verbindlich vorgeschrieben sind.
- 55 Art. 9 Abs. 1 ÄP-MRA bestimmt, dass die Vertragsparteien mit dem Ziel zusammenarbeiten, eine zufriedenstellende Anwendung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Anhang 1 und hinsichtlich der unter Art. 1 Abs. 2 fallenden Bestimmungen der entsprechenden nach Art. 5 Abs. 2 des Institutionellen Protokolls erlassenen oder beibehaltenen schweizerischen Bestimmungen sicherzustellen.
- 56 Anhang 1 wird insbesondere um einen Art. 1 ergänzt. Danach sind, sofern in technischen Anpassungen nichts anderes bestimmt ist, die Rechte und Pflichten, die in den in diesem Anhang integrierten Rechtsakten der Union für die Mitgliedstaaten der Union vorgesehen sind, so zu verstehen, dass sie auch für die Schweiz vorgesehen sind.

## **1.2. Verfassungsrechtliche Beurteilung**

- 57 Entscheidend ist in Art. 1 die Festlegung, dass die Rechte und Pflichten in den EU-Rechtsakten an die Adresse der Mitgliedstaaten gleichermaßen für die Schweiz gelten.
- 58 Diese Bestimmung lässt zusammen mit Art. 1 Abs. 2 und Art. 3 klar einen Paradigmenwechsel hin zur Verabschiedung der Bilateralität des MRA-Abkommens erkennen. Dieser Paradigmenwechsel ist die Folge des Institutionellen Protokolls MRA. Die Schweiz muss die für die Mitgliedstaaten geltenden EU-Rechtsakte gleichermaßen in ihr eigenes Recht übertragen. Sie kann nicht mehr autonom eigenes Recht erlassen, das von der EU als gleichwertig anerkannt oder vom Ausschuss einvernehmlich vereinbart wird. Näheres dazu wird in Ziff. V über die Institutionellen Protokolle ausgeführt.

## 2. Agrarabkommen - Änderungsprotokoll

### 2.1. Inhalt

59 Im Agrarabkommen-Änderungsprotokoll<sup>8</sup> gibt es für die nachfolgende Beurteilung vor allem eine wichtige Änderung: In Art. 17 wird als Abs. 12 Folgendes festgelegt: Die Anhänge 4, 5, 6 und 11 werden am Tag des Inkrafttretens des Protokolls zur Errichtung eines gemeinsamen Lebensmittelsicherheitsraums aufgehoben. Dabei geht es um folgende Anhänge, die ins Lebensmittelsicherheitsabkommen überführt werden: Anhang 4: Pflanzenschutz; Anhang 5: Futtermittel; Anhang 6: Saatgutsektor; Anhang 11: Veterinärhygienische und tierzüchterische Massnahmen im Handel mit lebenden Tieren und tierischen Erzeugnissen.

60 Diese Aufhebung im Agrarabkommen und Verschiebung ins Lebensmittelsicherheitsabkommen ist insofern von grosser Bedeutung, als damit ein teilweiser Paradigmenwechsel von einer bilateralen Regelung zu einer Integrationsregelung verbunden ist. Das wird in der Behandlung des Protokolls Lebensmittelsicherheitsabkommen illustriert.

61 Im Agrarabkommen selber werden mit dem Änderungsprotokoll auch institutionelle Bestimmungen hinsichtlich Schiedsgerichtsbarkeit und Ausgleichsmassnahmen eingeführt. Im Vordergrund stehen hier jedoch die entsprechenden und weitergehenden institutionellen Bestimmungen im Lebensmittelsicherheitsabkommen-Protokoll. Es sei lediglich erwähnt, dass im Agrarabkommen der Gemischte Ausschuss umgestaltet wird, indem im Streitfall neu ein Schiedsgericht angerufen werden kann und Ausgleichsmassnahmen möglich sind. Hingegen hat der EU-Gerichtshof für die Auslegung keine Zuständigkeit. Dieses Schiedsgericht enthält daher die für bilaterale Abkommen typische Regelung, dies im Unterschied zu den Schiedsgerichten in den anderen Abkommen.

### 2.2. Verfassungsrechtliche Beurteilung

62 Die Aufhebung der Anhänge 4, 5, 6 und 11 und deren Überführung in das Lebensmittelsicherheitsabkommen verändert den Rest des Agrarabkommens 1999 nicht. Die bestehenden Teile bleiben bilateral. Durch die Überführung verliert aber ein Teil der Agrarpolitik die Bilateralität. Insofern hat man es mit einem Paradigmenwechsel von einer bilateralen Regelung zu einer Integrationsregelung zu tun. Das wird in der Behandlung des Protokolls Lebensmittelsicherheitsabkommen illustriert.

---

<sup>8</sup> Vorläufiger Nachweis im Materialienverzeichnis.

63 Erwähnt sei hinsichtlich des Agrarabkommens, dass mit dem Änderungsprotokoll zwar nicht dessen Inhalt dynamisiert wird, aber immerhin die Streiterledigung formalisiert und nicht mehr auf eine blosser Einigung im Gemischten Ausschuss verwiesen wird. Das Schiedsgericht und die Möglichkeit von Ausgleichsmassnahmen bedeuten eine Verschärfung der Durchsetzung. Dennoch bleibt der bilaterale Charakter des Agrarabkommens bestehen, weil es nicht einseitig von der EU ergänzt werden kann und das Schiedsgericht autonom entscheidet.

## V. Neues Abkommenspaket - Institutionelle Protokolle

### 1. Unterscheidung zwischen Abkommen mit Äquivalenz- und mit Integrationsmethode

64 Im Abkommenspaket finden sich zwei unterschiedliche Modelle von Abkommen. Es geht einerseits um Abkommen mit Integrationsmethode und andererseits um Abkommen mit Äquivalenzmethode.

65 Bei der Integrationsmethode<sup>9</sup> werden die in die Abkommen integrierten EU-Rechtsakte allein durch ihre Integration in das Abkommen Teil der Schweizer Rechtsordnung, vorbehaltlich der allfälligen vom GA beschlossenen Anpassungen dieser Rechtsakte. Dies entspricht dem monistischen System der Schweiz. Diese Rechtsakte werden von der Schweiz grundsätzlich direkt angewendet, ohne dass sie in das Landesrecht überführt werden müssen, selbst wenn eine solche Überführung theoretisch möglich wäre. Es gibt keine selbständige Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung und in der Systematischen Rechtssammlung des Bundesrechts. Die Veröffentlichung erfolgt in der EUR-Lex. Die Schweiz muss das Landesrecht jedoch anpassen, wenn es den Bestimmungen der integrierten EU-Rechtsakte widerspricht oder wenn eine Präzisierung derselben notwendig ist.

66 Die Integrationsmethode liegt den meisten Institutionellen Protokollen zugrunde, nämlich dem Freizügigkeitsabkommen, dem Lebensmittelsicherheitsabkommen, dem Gesundheitsabkommen, dem Luftverkehrsabkommen und dem Stromabkommen. Da die Institutionellen Protokolle zum grössten Teil gleichlautend sind, wird nachfolgend nur das Institutionelle Protokoll Lebensmittelsicherheit (IP-LSA)<sup>10</sup> analysiert.

67 Bei der Äquivalenzmethode<sup>11</sup> erlässt die Schweiz in ihrer Rechtsordnung Bestimmungen oder behält solche bei, um das Ergebnis zu erreichen, das durch die in das Abkommen integrierten EU-Rechtsakte erzielt werden soll, vorbehaltlich der vom GA beschlossenen Anpassungen dieser

<sup>9</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 74; Botschaft (Fn. 2), S. 96 und 101.

<sup>10</sup> Vorläufiger Nachweis im Materialienverzeichnis.

<sup>11</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 74; Botschaft (Fn. 2), S. 96 und 102.

Rechtsakte. Diese Rechtsakte sind in der Schweiz grundsätzlich nicht direkt anwendbar. Die Schweiz muss jedoch dafür sorgen, dass ihr Recht das gleiche Ergebnis erzielt, das mit den betreffenden EU-Rechtsakten angestrebt wird – und nicht, dass das Landesrecht mit diesen Rechtsakten identisch ist. Diese Methode lässt der Schweiz also einen gewissen Handlungsspielraum. Bei der Übernahme neuen EU-Rechts ist konkret zu prüfen, ob das entsprechende schweizerische Recht nach wie vor äquivalent ist. Ist dies nicht der Fall, ist eine Anpassung des Schweizer Rechts erforderlich.

68 Die Äquivalenzmethode kommt lediglich beim Institutionellen Protokoll zum Abkommen über Technische Handelshemmnisse<sup>12</sup> und beim Institutionellen Protokoll zum Landverkehrsabkommen zur Anwendung. Da der Inhalt dieser Institutionellen Protokolle überwiegend gleichlautend ist, wird die Analyse auf das Institutionelle Protokoll zum Abkommen über Technische Handelshemmnisse (IP-MRA) beschränkt.

## 2. Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen des Parlaments auf die EU

69 Nach Art. 163 Abs. 2 BV erlässt die Bundesversammlung rechtsetzende Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes oder der Verordnung.

70 Mit Bezug auf diese Gesetzgebung bringen das IP-LSA und das IP-MRA einen Paradigmenwechsel für die künftige Rechtsetzung nach Abschluss dieses Abkommens in dessen Geltungsbereich. Sie ist zudem je repräsentativ für Abkommen mit Integrationsmethode beziehungsweise mit Äquivalenzmethode allgemein. Der Paradigmenwechsel ergibt sich im Wesentlichen aus den nachfolgenden Bestimmungen im IP-LSA und im IP-MRA.

71 Nach Art. 12 Abs. 1 IP-LSA beziehungsweise Art. 4 Abs. 1 IP-MRA erarbeitet die EU-Kommission Vorschläge für Rechtsakte der Union im vom IP-LSA beziehungsweise IP-MRA abgedeckten Bereich. Sie informiert diesbezüglich die Schweiz und zieht Sachverständige der Schweiz informell gleichermassen zurate, wie sie die Stellungnahmen der Sachverständigen der Mitgliedstaaten der Union für die Ausarbeitung ihrer Vorschläge einholt. Bei diesen Rechtsakten handelt es sich um Rechtsakte des Europäischen Parlamentes und des Rates, die Verordnungen genannt werden. Sie haben aber nach der schweizerischen Normenhierarchie grundsätzlich die Funktion von Gesetzen. Dabei ist zu beachten, dass die Gesetzesbegriffe der EU und der Schweiz nicht

---

<sup>12</sup> Vorläufiger Nachweis im Materialienverzeichnis.

vollständig deckungsgleich sind,<sup>13</sup> was auch für die Bundesrepublik Deutschland<sup>14</sup> und für EU-Mitgliedstaaten allgemein im Verhältnis zur EU gilt.

- 72 Diese Bestimmung bedeutet, dass in den genannten Bereichen alle Initiativen für neue Gesetze von der EU-Kommission ausgehen. Diese erarbeitet die Vorschläge für Gesetze. Der Bundesrat kann dem Parlament keine nationalen Gesetze mehr beantragen, und das Parlament kann auch keine nationalen Gesetze mehr aufgrund von parlamentarischen Initiativen erlassen, soweit nicht Ausnahmen oder Gestaltungsspielräume an die Adresse der Mitgliedstaaten bestehen, die gleichzeitig für die Schweiz gelten. Dies wird durch weitere Bestimmungen verdeutlicht.
- 73 Zunächst geht es um Art. 13 Abs. 1 IP-LSA beziehungsweise um Art. 5 IP-MRA über die Integration von Rechtsakten der Union. Nach dessen Abs. 1 haben die Schweiz und die EU zur Gewährleistung der Rechtssicherheit und der Homogenität des Rechts im Bereich betreffend den Binnenmarkt, an dem die Schweiz durch dieses Protokoll teilnimmt, dafür zu sorgen, dass die in den Bereich des IP-LSA beziehungsweise IP-MRA fallenden EU-Rechtsakte nach ihrer Verabschiedung so rasch wie möglich in das IP-LSA beziehungsweise IP-MRA integriert werden.
- 74 Nach Art. 13 Abs. 2 IP-LSA werden die EU-Rechtsakte, die gemäss Abs. 4 in das IP-LSA integriert werden, durch ihre Integration Teil der Schweizer Rechtsordnung, gegebenenfalls vorbehaltlich der vom Gemischten Ausschuss für Lebensmittelsicherheit beschlossenen Anpassungen. Der Gemischte Ausschuss für Lebensmittelsicherheit handelt gemäss Abs. 1 und fasst so rasch wie möglich einen Beschluss zur Änderung von Anhang I Abschnitt 2, einschliesslich der erforderlichen Anpassungen. Ab Inkrafttreten des IP-LSA gibt es in dessen Bereich demnach neu kein von der Schweiz erlassenes Recht mehr, ausgenommen in Ausnahmebereichen und in Bereichen, in denen der EU-Rechtsakt den EU-Mitgliedstaaten und damit auch der Schweiz Regelungsspielräume eröffnet.
- 75 Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass es der Schweiz gelungen ist, im IP-LSA noch gewisse Ausnahmen von EU-Rechtsakten zu vereinbaren. So sieht Art. 7 in Abs. 1 vor, dass die Verpflichtung zur Integration von Rechtsakten gemäss Art. 13 sowie die Verpflichtung zur vorübergehenden Anwendung von Rechtsakten, die auf der Grundlage der in Anhang I aufgeführten Rechtsakte erlassen wurden, in den folgenden Bereichen unter etlichen einschränkenden Voraussetzungen nicht gelten: (a) der absichtlichen Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt sowie das Inverkehrbringen von Produkten, die genetisch veränderte Organismen enthalten oder aus ihnen bestehen, und von Lebens- und Futtermitteln, die aus genetisch

---

<sup>13</sup> Dazu und zu den Einflussmöglichkeiten der Schweiz auf die Entstehung der Vorschläge der EU-Kommission Näheres hinten Rz. 144 ff., 128 ff. und 188 ff.

<sup>14</sup> Siehe KOLLMEYER, S. 257.

veränderten Organismen hergestellt wurden; (b) dem Tierwohl, einschliesslich der Mindestnormen für den Schutz landwirtschaftlicher Nutztiere, den Schutz lebender Wirbeltiere beim Transport und damit zusammenhängenden Vorgängen sowie bestimmte Kennzeichnungsvorschriften und (c) der Einfuhr von Rindfleisch, das von Rindern stammt, die möglicherweise mit Wachstumshormonen behandelt wurden.

- 76 Im Anhang I zum IP-LSA mit der Verankerung der massgebenden EU-Verordnungen zu den einzelnen Sachbereichen werden z.B. bei «D. Pflanzengesundheit» gewisse Anpassungen in der Verordnung (EU) 2016/2031 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2016 über Massnahmen zum Schutz vor Pflanzenschädlingen vorgenommen. Danach gelten für die Schweiz z.B. die folgenden Anpassungen : (a) In Art. 45 Abs. 1 kann auf dem Informationsmaterial die Abbildung der Schweizer Flagge oder des Schweizer Wappens zusätzlich zur oder anstelle der Flagge der Union verwendet werden; (b) In Anhang VII kann auf dem Pflanzenpass die Abbildung des Schweizer Wappens anstelle der Flagge der Union verwendet werden.
- 77 Zu betonen ist, dass die Schweiz nach Abschluss des IP-LSA keinen Rechtsanspruch darauf hat, dass ihr neue Ausnahmen beziehungsweise Anpassungen bewilligt werden (siehe dazu Näheres unter Rz. 208 ff.).
- 78 Art. 5 Abs. 2 IP-MRA bestimmt, dass die Schweiz in ihrer Rechtsordnung Bestimmungen erlässt oder beibehält, um das Ergebnis zu erreichen, das durch die gemäss Abs. 4 in das Abkommen integrierten Rechtsakte der Union erzielt werden soll, gegebenenfalls vorbehaltlich der vom Gemischten Ausschuss beschlossenen Anpassungen. Ab Inkrafttreten des Institutionellen Protokolls gibt es demnach neu kein autonom erlassenes Schweizer Recht mehr. Das – auch für die Schweiz erlassene – EU-Recht muss formell und materiell in Schweizer Recht umgesetzt werden, abgesehen von im Gemischten Ausschuss beschlossenen Vorbehalten und Anpassungen.
- 79 Die Umsetzung des auch für die Schweiz wie für die Mitgliedstaaten erlassenen EU-Rechts im Bereich des IP-MRA muss zwar nicht im Wortlaut gleich sein, aber im Ergebnis dasselbe Ziel verwirklichen. Ist die EU der Meinung, dass die Gleichwertigkeit nicht gegeben ist, so kann sie den Gemischten Ausschuss damit befassen und eine Anpassung beantragen. Dies folgt aus Art. 8 Abs. 3 IP-MRA, wonach die Vertragsparteien im Rahmen des Gemischten Ausschusses gemeinsam für die Überwachung der Anwendung des Abkommens sorgen. Stellen die Kommission oder die zuständigen Schweizer Behörden einen Fall einer mangelhaften Anwendung fest, so kann der Fall dem Gemischten Ausschuss vorgelegt werden, um eine annehmbare Lösung zu finden. Sodann überwachen die Kommission und die zuständigen Schweizer Behörden gemäss Abs. 4 jeweils die Anwendung des Abkommens durch die andere Vertragspartei, wobei das in Art. 10 vorgesehene Verfahren anwendbar ist.

80 Mit Bezug auf Art. 163 Abs. 2 BV führt der Abschluss der Abkommen zu einer materiellen Änderung im Geltungsbereich der Binnenmarktverträge. Ehrlicherweise müsste man erwägen, Art. 163 Abs. 2 BV mit einem Vorbehalt für den Erlass von EU-Rechtsakten durch das Europäische Parlament und den Rat im Rahmen von Binnenmarktverträgen zwischen der Schweiz und der EU zu versehen. Dieser Vorbehalt könnte z.B. wie folgt formuliert werden: «Vorbehalten sind rechtsetzende Bestimmungen, welche das Europäische Parlament und der Rat im Bereich der Binnenmarktverträge zwischen der Schweiz und der Union erlassen.»

### 3. Übertragung von Verordnungskompetenzen des Bundesrates auf die EU

81 Nach Art. 182 Abs. 1 BV erlässt der Bundesrat rechtsetzende Bestimmungen in der Form der Verordnung, soweit er durch Verfassung oder Gesetz dazu ermächtigt ist. Er sorgt nach Abs. 2 für den Vollzug der Gesetzgebung, der Beschlüsse der Bundesversammlung und der Urteile richterlicher Behörden des Bundes.

82 Mit Bezug auf den Erlass von Verordnungen bringen das IP-LSA und das IP-MRA einen Paradigmenwechsel für künftige Verordnungen nach Abschluss des IP-LSA und des IP-MRA in deren Geltungsbereich. Sie sind zudem repräsentativ für alle Abkommen mit Integrationsmethode beziehungsweise Äquivalenzmethode. Der Paradigmenwechsel ergibt sich im Wesentlichen aus den nachfolgenden Bestimmungen im IP-LSA und im IP-MRA.

83 Laut Art. 11 Abs. 2 IP-LSA und Art. 4 Abs. 2 IP-MRA erarbeitet die Kommission delegierte Rechtsakte mit Bezug auf die in den Bereich des IP-LSA und des IP-MRA fallenden EU-Basisrechtsakte. Die Kommission gewährt dabei der Schweiz die grösstmögliche Teilnahme an der Ausarbeitung ihrer Vorschläge und zieht Sachverständige der Schweiz gleichermassen zurate, wie sie die Sachverständigen der Mitgliedstaaten der Union zurate zieht.

84 Erarbeitet die Kommission gemäss Art. 11 Abs. 3 IP-LSA und Art. 4 Abs. 3 IP-MRA Durchführungsrechtsakte mit Bezug auf die in den Bereich des IP-LSA und des IP-MRA fallenden EU-Basisrechtsakte, so gewährt sie der Schweiz ebenfalls die grösstmögliche Teilnahme an der Ausarbeitung ihrer Vorschläge, die anschliessend den Ausschüssen zu unterbreiten sind, die die Kommission bei der Ausübung ihrer Durchführungsbefugnisse unterstützen, und zieht Sachverständige der Schweiz gleichermassen wie die Sachverständigen der EU-Mitgliedstaaten zurate.

85 Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte entsprechen grundsätzlich den Verordnungen des Bundesrates. Sie haben aber unterschiedliche Funktionen und werden in

unterschiedlichen Verfahren entwickelt, was in den unterschiedlichen Formulierungen in Art. 11 Abs. 2 und 3 IP-LSA und Art. 4 Abs. 2 und 3 IP-MRA zum Ausdruck kommt.<sup>15</sup>

86 Im Bereich des IP-LSA und des IP-MRA werden damit Verordnungen, die im Fall der nationalen Rechtsetzung durch den Bundesrat zu erlassen sind, durch die EU-Kommission erlassen. Die Schweiz erhält lediglich Mitspracherechte neben den Mitwirkungsrechten der 27 Mitgliedstaaten der EU. Diese Mitsprache bedeutet also nicht, dass die Schweiz mit der EU-Kommission gewissermassen den Inhalt von delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten bilateral aushandeln könnte. Ihr Einfluss ist höchstens so gross wie der Einfluss des Kantons Graubünden auf den Erlass von Verordnungen des Bundesrates, wenn man die Grössenverhältnisse der Schweiz zu den EU-Mitgliedstaaten als Vergleichsgrösse heranzieht.

87 Auch mit Bezug auf Art. 182 Abs. 1 BV führt der Abschluss der Binnenmarktabkommen zu einer materiellen Änderung im Geltungsbereich dieser Abkommen. Ehrlicherweise müsste man erwägen, diese Bestimmung in analoger Weise formell wie Art. 163 Abs. 2 zu ergänzen.

#### **4. Vergleich mit der Kompetenzübertragung in den Mitgliedstaaten der EU**

88 Von Interesse ist an dieser Stelle ein kurzer Vergleich der rechtlichen Tragweite der Übertragung der Rechtsetzungskompetenzen in der Schweiz und in den EU-Mitgliedstaaten auf die EU.

89 Was die Gesetzgebungszuständigkeit der Parlamente der Mitgliedstaaten betrifft, so verbleiben diesen gegenüber der EU-Kommission erheblich mehr Möglichkeiten als der Bundesversammlung, einen Prozess in Gang zu setzen. Sie können der Kommission z.B. ein Gesetzgebungsprojekt über ihre Regierungen im Rat beantragen. Alle Regierungen sitzen im Rat, der gemäss dem Vertrag über die Europäische Union (EUV)<sup>16</sup> gleichberechtigt – und in der Regel erst noch mit qualifizierter Mehrheit – mit dem EU-Parlament für die Gesetzgebung der EU zuständig ist (Art. 14 und 16 EUV).

90 Die Regierungen sind im Vergleich noch viel stärker als die Parlamente der Mitgliedstaaten, weil sie im Rat mit je einer Stimme vertreten sind. Das bedeutet zugleich, dass es keine Unterschiede zwischen kleinen und grossen Mitgliedstaaten gibt. So verfügt Deutschland mit rund 83 Mio. Einwohnern wie Malta mit rund 550'000 Einwohnern je über einen Sitz. Die Bevölkerung von Malta hat insofern eine 160-fache Bedeutung im Vergleich mit Deutschland. Dazu kommt noch die Regel des qualifizierten Mehrs für Entscheidungen im Rat.

---

<sup>15</sup> Nähere Ausführungen dazu und zu den Einflussmöglichkeiten der Schweiz finden sich hinten in Rz. 81 ff. und 128 ff.

<sup>16</sup> ABl C 202 vom 7.6.2016, S. 1.

91 Vergleicht man die Schweiz z.B. mit dem ähnlich grossen Österreich, ergibt sich Folgendes:

Das österreichische Parlament hat einen formellen Zugang zur Gesetzgebung über Mandate an die österreichische Regierung. Es kann auf diese Weise einen Rechtsetzungsprozess in einer bestimmten Weise mitgestalten oder einen Vorstoss bei der EU-Kommission für einen neuen EU-Rechtsakt oder eine Rechtsaktänderung auf den Weg bringen.

Die Regierung von Österreich ist gleichberechtigt mit dem grossen Deutschland am Rechtsetzungsprozess im Rat beteiligt und kann sich, Mandate des Parlaments vorbehalten, mit eigenen Vorstellungen in alle Prozesse einbringen. Hinzu kommt, dass sie mit Sachverständigen an der Vorbereitung aller EU-Rechtsakte, nicht nur an denjenigen auf Gesetzesstufe, beteiligt ist. Zudem kann die Regierung von Österreich über ihre Sachverständigen an der Vorbereitung von Rechtsakten im Rahmen des Decision Shaping teilnehmen.

92 Demgegenüber hat die Bundesversammlung aufgrund der Abkommen keinerlei formale Möglichkeiten der Einflussnahme auf den EU-Rechtsetzungsprozess. Sie hat nur Lobbymöglichkeiten und die Möglichkeit, den Bundesrat zu beauftragen, dafür zu sorgen, dass sich die Sachverständigen der Schweiz im Rahmen des Decision Shaping in den informellen Gremien zu bestimmten Geschäften in einer bestimmten Weise einbringen.

93 Der Bundesrat seinerseits hat aufgrund der Abkommen einzig die Möglichkeit, mit Sachverständigen im Rahmen des Decision Shaping an der Vorbereitung von EU-Rechtsakten teilzunehmen. Alle anderen Einflussmöglichkeiten haben lediglich Lobbycharakter.

94 Das bedeutet per Saldo, dass die Bundesversammlung und der Bundesrat im Geltungsbereich der Binnenmarktabkommen weit mehr Rechtsetzungskompetenzen auf die EU-Organen übertragen müssen, d.h. dass sie weit weniger Einflussmöglichkeiten auf die Entstehung und Änderung von EU-Rechtsakten haben als die Parlamente und die Regierungen der EU-Mitgliedstaaten allgemein und von Österreich im Besonderen. Vor allem verliert die Bundesversammlung jede substantielle Einflussmöglichkeit. Sie wird zum blossen Bittsteller. Daran ändert der Antrag des Bundesrates materiell nichts, das Parlament durch die Einführung eines neuen Art. 152a in das Parlamentsgesetz an der Rechtsetzung im Rahmen der Binnenmarktabkommen zu beteiligen. Bundesversammlung und Bundesrat sind anders als das Parlament und die Regierung Österreichs nicht Rechtsgestalter, sondern Rechtsnehmer. Das bedeutet z.B., dass die grosse Vertretung der Landwirtschaft im Bundesparlament im weiten und politisch hoch aufgeladenen Geltungsbereich des Lebensmittelsicherheitsabkommens sozusagen leerlaufen wird.

95 Dieses Ergebnis wird durch die Skizzierung der EU-Gesetzgebung noch konkretisiert und illustriert (hinten Rz. 153 ff.).

## 5. Wegfall des Vernehmlassungsrechts

- 96 Nach Art. 147 BV werden die Kantone, die politischen Parteien und die interessierten Kreise bei der Vorbereitung wichtiger Erlasse und anderer Vorhaben von grosser Tragweite sowie bei wichtigen völkerrechtlichen Verträgen zur Stellungnahme eingeladen.
- 97 Im Zusammenhang mit dem Vernehmlassungsverfahren ist dem Vernehmlassungsbericht und der Botschaft lediglich zu entnehmen: «Ob und welche administrativen Anpassungen für die politische Praxis sinnvoll sein könnten – wie etwa bei der Planung und Durchführung von Vernehmlassungen –, wird sich noch zeigen müssen.»<sup>17</sup> In der Botschaft wird diese Aussage noch wie folgt konkretisiert: «Der Bundesrat schlägt ausserdem vor, die ständigen Vernehmlassungsadressaten und die weiteren interessierten Kreise, wie sie in Artikel 4 Absatz 2 Buchstaben b bis e des Bundesgesetzes über das Vernehmlassungsverfahren definiert sind, über die Veröffentlichung der entsprechenden Dokumente zu informieren. Diese Benachrichtigung soll sicherstellen, dass die interessierten Kreise die für ihre Tätigkeitsbereiche relevanten Entwicklungen mitverfolgen und gegebenenfalls gegenüber den zuständigen Stellen in der Schweiz und in der EU ihre Interessen vertreten können (s. Ziff. 2.1.6.2).»<sup>18</sup>
- 98 Die EU-Kommission wird in der Schweiz nie eine Vernehmlassung im Modus von Art. 147 BV zu einem neuen EU-Rechtsakt im Bereich der Abkommen durchführen. Und der Bundesrat beziehungsweise die Bundesverwaltung können keine Vernehmlassung durchführen, weil sie keine Möglichkeit haben, diese der EU-Kommission in rechtlich relevanter Weise zu unterbreiten. Selbst wenn Vernehmlassungen nach Brüssel übermittelt würden, hätte dies keine rechtliche Relevanz. Die Kommission der EU zieht einzig Sachverständige aus der Schweiz wie aus den Mitgliedstaaten der EU in die Vorbereitung ein.
- 99 Die vom Bundesrat skizzierten Möglichkeiten sind in keiner Weise auch nur annähernd ein Ersatz für das übliche Vernehmlassungsverfahren gemäss Art. 147 BV. Sie dienen bestenfalls einer einigermaßen verlässlichen Information über die Rechtsetzungsvorgänge in der EU.
- 100 Auch mit Bezug auf Art. 147 BV führt der Abschluss der Abkommen zu einer materiellen Änderung im Geltungsbereich der Binnenmarktabkommen. Ehrlicherweise müsste man erwägen, diese Bestimmung in analoger Weise formell wie Art. 163 Abs. 2 zu ergänzen.

---

<sup>17</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 93; Botschaft, S. 141.

<sup>18</sup> Botschaft, S. 136.

## 6. Beschränkung der Kompetenzen des Bundesgerichts

- 101 Nach Art. 189 Abs. 1 BV beurteilt das Bundesgericht Streitigkeiten wegen Verletzung von a. Bundesrecht; b. von Völkerrecht.
- 102 Aufgrund verschiedener Bestimmungen des IP-LSA stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Rechtsprechung des Schiedsgerichts und des EU-Gerichtshofs. Der Vernehmlassungsbericht und die Botschaft enthalten keine näheren Aussagen und Anhaltspunkte zum Verhältnis der Rechtsprechung dieser Gerichte zueinander. Für die Auslegung von EU-Recht gilt im Rahmen des Abkommenspakets nicht nur die frühere Rechtsprechung des EuGH sondern auch die Rechtsprechung, die nach Abschluss der Abkommen entstehen wird. Was die Abkommen als solche betrifft, mag weiterhin gelten, dass die Rechtsprechung des EuGH zum EU-Recht nicht per se auf die bilateralen Abkommen übertragen werden kann. Dies ergibt sich laut Bundesrat daraus, dass diese Abkommen keine vollständige Integration in den EU-Binnenmarkt vorsehen.<sup>19</sup> Hingegen dürfte es für die Auslegung von EU-Rechtsakten als solche, die aufgrund der Abkommen erlassen oder geändert werden, keinen vergleichbaren Unterschied mehr geben. Die Schweiz ist in den Abkommen diesbezüglich einem EU-Mitgliedstaat gleichgestellt.
- 103 Art. 7 IP-MRA und Art. 17 IP-LSA über den Grundsatz der einheitlichen Auslegung ist zu entnehmen, dass die bilateralen Abkommen nach Abs. 1 zur Verwirklichung der in Art. 1 definierten Ziele und unter Wahrung der Grundsätze des Völkerrechts in den Bereichen betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt, und die Rechtsakte der Union, auf die in diesen Abkommen Bezug genommen wird, in den Bereichen betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt, einheitlich ausgelegt und angewandt werden. Zentral ist die Regelung in Abs. 2, wonach die Rechtsakte der Union, auf die im Abkommen Bezug genommen wird, und die Bestimmungen des Abkommens, soweit ihre Anwendung unionsrechtliche Begriffe impliziert, gemäss der vor oder nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ausgelegt und angewandt werden.
- 104 Obwohl das Bundesgericht in den hier behandelten Abkommen nicht erwähnt wird, gilt für dieses wie für das Schiedsgericht, dass es die Praxis des EuGH übernehmen muss, auch wenn es nicht dazu verpflichtet ist, Streitfragen über die für die Auslegung wichtigen Bestimmungen von EU-Rechtsakten dem Europäischen Gericht vorzulegen. Im Fall des IP-LSA geht es grundsätzlich immer um EU-Recht, das angewendet werden muss, während im Fall des IP-MRA das EU-Recht in das Landesrecht übertragen werden muss. Auch diesfalls ist aber die EuGH-Rechtsprechung

---

<sup>19</sup> Vernehmlassungsbericht, namentlich S. 80; Botschaft, namentlich S. 105 f.

massgebend, soweit es um Begriffe des EU-Rechts geht, und das wird ja der Regelfall sein, weil die Schweiz das EU-Recht materiell inhaltsgleich übernehmen muss. Astrid Epiney ist daher nicht zu folgen, wenn sie die Auffassung vertritt, das Bundesgericht werde in seiner Zuständigkeit nicht eingeschränkt.<sup>20</sup> Es geht hier im Fall des EuGHs nicht um ein Organ in einer echt bilateralen Lösung. Diese würde sich auf ein Schiedsgericht beschränken, in welchem die Schweiz ebenfalls vertreten wäre. Wenn das Bundesgericht und das Schiedsgericht (dazu sogleich) an die Praxis des EuGHs gebunden sind, hat dies mit einer bilateralen Lösung nichts mehr zu tun.

- 105 Was die Rechtsprechung des EuGHs betrifft, so hört man zuweilen, dieser Gerichtshof werde gegenüber der Schweiz schon ein gewisses Verständnis aufbringen. Dies dürfte aber für die Anwendung von EU-Rechtsakten auf die Schweiz eher eine Illusion sein. Der EuGH kann EU-Rechtsakte, die nach einem zustimmenden Beschluss des Gemischten Ausschusses automatisch auch für die Schweiz gelten, für die Schweiz grundsätzlich nicht anders auslegen als für die Mitgliedstaaten, weil diese einen Anspruch auf Gleichbehandlung haben. In der EU gilt das Gleichbehandlungsgebot der Mitgliedstaaten aufgrund von Art. 4 Abs. 2 EUV (siehe dazu auch hinten Rz. 189, 196 und 202). Das Bundesgericht kann zum Vergleich ein Bundesgesetz für den Kanton Bern auch nicht anders auslegen als z.B. für den Kanton Glarus.
- 106 Man mag bezüglich des Vorrangs der Rechtsprechung des EuGH geltend machen, das Bundesgericht könne schon heute vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) korrigiert werden und müsse dessen Rechtsprechung übernehmen. Diese Pflicht ergibt sich aber aufgrund der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), welcher die Schweiz beigetreten ist. Der EGMR ist auf die Auslegung der geltenden EMRK beschränkt. Der EuGH ist demgegenüber nicht nur zuständig für die Auslegung der Abkommen, sondern vor allem auch für die Auslegung der EU-Rechtsakte, auf die im Abkommenspaket verwiesen wird. Das gilt auch für die Auslegung aller nach Inkrafttreten der Abkommen erlassenen, neuen EU-Rechtsakte. Auf die Entstehung und den Inhalt dieser neuen EU-Rechtsakte hat die Schweiz, wenn überhaupt, einen höchstens marginalen Einfluss (siehe dazu hinten Rz. 144 ff.). Das ist ein entscheidender rechtserheblicher Unterschied.
- 107 Das alles bedeutet per Saldo, dass auch die Zuständigkeit des Bundesgerichts zurückgedrängt wird, was zu einer materiellen Änderung von Art. 189 Abs. 1 BV im Bereich der Abkommen führt.

---

<sup>20</sup> EPINEY, S. 142 f.

## 7. Streitbeilegung und Schiedsgericht

- 108 Ausgangsnormen für Fragen der Streitbeilegung sind auch hier wie in der vorangehenden Ziffer 6 die Art. 7 IP-MRA und Art. 17 IP-LSA über den Grundsatz der einheitlichen Auslegung. Für den Inhalt kann auf jene Ausführungen verwiesen werden.
- 109 Laut Art. 9 IP-MRA und Art. 19 IP-LSA verpflichten sich die Vertragsparteien, Streitigkeiten betreffend die Auslegung oder Anwendung des Abkommens und der Rechtsakte der Union, auf die im Abkommen Bezug genommen wird, oder gegebenenfalls betreffend die Vereinbarkeit eines auf dem Abkommen beruhenden Beschlusses der Kommission mit dem Abkommen ausschliesslich den in diesem Protokoll vorgesehenen Streitbeilegungsmethoden zu unterstellen.
- 110 Weiter sind die Art. 10 IP-MRA und Art. 20 IP-LSA zu beachten. Nach deren Abs. 1 beraten sich die Vertragsparteien im Falle von Schwierigkeiten bei der Auslegung oder Anwendung des Abkommens oder eines Rechtsakts der Union, auf den im Abkommen Bezug genommen wird, im Gemischten Ausschuss, um eine für beide Seiten annehmbare Lösung zu finden. Gelingt es dem Gemischten Ausschuss innerhalb einer Frist von drei Monaten ab dem Datum, an dem er mit der Angelegenheit befasst wurde, nicht, eine Lösung für die Schwierigkeiten gemäss Abs. 1 zu finden, so kann gemäss Abs. 2 jede Vertragspartei verlangen, dass ein Schiedsgericht die Streitigkeit nach den in der Anlage festgelegten Regeln entscheidet. Wirft die Streitigkeit eine Frage betreffend die Auslegung oder Anwendung einer Bestimmung gemäss Art. 7 Abs. 2 auf und ist die Auslegung dieser Bestimmung für die Streitbeilegung relevant und für seine Entscheidungsfindung notwendig, so legt das Schiedsgericht diese Frage gemäss Abs. 3 dem Gerichtshof der Europäischen Union vor. Gemäss Abs. 5 Bst. a IP-MRA ist die Entscheidung des Gerichtshofs für das Schiedsgericht bindend.
- 111 Das Vorlageprozedere wird konkretisiert in Art. III.9 Abs. 1 des Schiedsprotokolls IP-MRA und IP-LSA. Danach ruft das Schiedsgericht den Gerichtshof der Europäischen Union in Anwendung von Art. 7 und Art. 10 Abs. 3 des IP-MRA und Art. 17 und 20 Abs. 3 des IP-LSA an. Laut Art. IV.2 Abs. 2 des Schiedsprotokolls sind alle Entscheidungen schriftlich zu erlassen und zu begründen. Sie sind endgültig und für die Parteien bindend. Gemäss Art. IV.3 Abs. 1 des Schiedsprotokolls setzt sich das anwendbare Recht zusammen aus dem Abkommen, den Rechtsakten der Union, auf die darin Bezug genommen wird, sowie aus allen anderen Regeln des Völkerrechts, die für die Anwendung dieser Instrumente relevant sind.
- 112 Die Konsequenz dieser Regelung ist, dass das Schiedsgericht hinsichtlich der Auslegung der anzuwendenden Normen nicht autonom ist, sondern verpflichtet, die Rechtsprechung des EuGH anzuwenden und bei neuen Auslegungsfragen eine Vorlage an dieses Gericht zu machen, dessen

Auslegung gemäss Art. 10 Abs. 4 Bst. a IP-MRA und Art. 20 Abs. 4 Bst. a IP-LSA für das Schiedsgericht verbindlich ist.

- 113 Damit entfällt die Autonomie des Schiedsgerichts in wichtigen materiellen Fragen. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts entfernt sich von derjenigen eines Schiedsgerichts in einem typischen bilateralen Vertrag. Man hat es daher mit einem Paradigmenwechsel zu tun. Schiedsurteile müssen sich an die Auslegung durch den EuGH halten.

## 8. Massive Einschränkung des Stimmrechts

- 114 Art. 34 Abs. 2 BV bestimmt, dass die Garantie der politischen Rechte die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe schützt.

- 115 Der Vernehmlassungsbericht und die Botschaft äussern sich nicht näher zum Stimmrecht. Sie halten lediglich fest, dass die durch die Bundesverfassung garantierten Initiativ- und Referendumsrechte (Art. 136 Abs.2 BV) weiterhin in vollem Umfang gewährleistet seien.<sup>21</sup> Das ist eine rein formale Betrachtungsweise, die in keiner Weise überzeugend ist. Im Gegenteil handelt es sich de facto um gravierende Einschränkungen der politischen Rechte. Dies lässt nicht zuletzt auch der Europarechtler Mathias Oesch erkennen, wenn er schreibt: «Die «dynamische Rechtsübernahme führt dazu, dass die Schweiz in mitgliedstaatsähnlicher Weise in den unionalen Rechtsraum eingebunden wird und zukünftige Rechtsentwicklungen mitträgt. Schon heute besteht zwischen der fortlaufenden Rechtsübernahme und der (direkten) Demokratie ein Spannungsverhältnis; die Substanz der demokratischen Rechte wird ausgehöhlt. Diese Dynamik wird sich mit der Dynamisierung der Beziehungen noch verstärken.»<sup>22</sup> Bemerkenswert ist auch die Aussage des Staatsrechtlers Andreas Glaser, der schreibt: «Verstärkt wird die Drucksituation für die Stimmberechtigten durch das in den Binnenmarktabkommen vorgesehene Recht der EU, im Fall einer Verweigerung der Rechtsübernahme Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen. Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zu faktischen Zwängen politischer, ökonomischer oder sozialer Art dar, denen sich die Stimmberechtigten bei Volksabstimmungen mitunter ausgesetzt sehen.»<sup>23</sup>

- 116 An dieser Stelle ist auf Art. 21 Abs. 1 IP-LSA und Art. 11 Abs. 1 IP-MRA hinzuweisen, welche im Wesentlichen den folgenden Inhalt haben:

- 117 Wenn die Partei, die gemäss Schiedsgericht gegen dieses Protokoll verstossen hat, der anderen Partei nicht innerhalb einer angemessenen Frist mitteilt, welche Massnahmen sie zur Umsetzung des Schiedsspruchs ergriffen hat, oder wenn die andere Partei der Auffassung ist, dass durch die

<sup>21</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 3, 56 und 92; Botschaft, S. 5, 63 f. und 140.

<sup>22</sup> OESCH, Rz. 1047.

<sup>23</sup> GLASER, S. 34.

mitgeteilten Massnahmen dem Schiedsspruch nicht Folge geleistet wird, kann diese andere Partei im Rahmen dieses Protokolls oder eines anderen bilateralen Abkommens in den Bereichen betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt, oder des Abkommens über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen ergreifen, um ein mögliches Ungleichgewicht zu beheben.

118 Das bedeutet, dass die EU Ausgleichsmassnahmen in irgendeinem Binnenmarktabkommen treffen kann, wenn der Verstoß gegen ein Abkommen durch die Schweiz aufgrund eines Referendums, einer Volksinitiative, sofern die Zeit für eine solche überhaupt ausreicht, stattfindet. Die Stimmberechtigten können damit ihr Stimmrecht nie frei ausüben, weil sie mit Ausgleichsmassnahmen in einem nicht bekannten Umfang beziehungsweise einer nicht bekannten Höhe in irgendeinem Binnenmarktabkommen rechnen müssen. Gegen die Ausgleichsmassnahmen wird kein Referendum mehr möglich sein.

119 Dieses Konzept führt zur Verletzung der in Art. 34 Abs. 2 BV geschützten freien Willensbildung, die mindestens in die Nähe einer Kerngehaltsverletzung kommt. Man kann gegen diese Forderung nicht einwenden, die Stimmberechtigten seien auch sonst nicht immer frei in der Entscheidung für oder gegen eine Vorlage, weil politische und wirtschaftliche Gründe für oder gegen eine Annahme einer Vorlage sprechen und die Entscheidung beeinflussen können. Solche faktischen Zwänge können niemals mit einem rechtlichen System verglichen werden, das der anderen Vertragspartei die Möglichkeit einräumt, gegen die Ablehnung der Übernahme eines von dieser gesetzten Rechtsakts ganz generell rechtlich vorgesehene Ausgleichsmassnahmen unbekanntem Inhalts und Ausmasses vorzunehmen.

## **9. Vergleichbare Auswirkungen auf die Rechtslage in den Kantonen**

120 Die Kantone sind nach Art. 3 BV souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind.

121 Auf die Stellung der Kantone braucht nicht im Einzelnen eingegangen zu werden. Für die Übertragung von Kompetenzen von kantonalen Organen auf EU-Organen und für die Verletzung von Verfassungsbestimmungen insbesondere betreffend die freie Willensbildung im Rahmen des kantonalen Stimmrechts gilt dasselbe wie für den Bund, soweit kantonale Regelungsbereiche betroffen sind. Zwar werden die Stimmberechtigten im Bereich des MRA, soweit es dafür kantonales Ausführungsrecht auf Gesetzesstufe geben sollte, Referenden ergreifen können. Im Fall einer Ablehnung der Vorlagen wird die EU aber Ausgleichsmassnahmen in irgendeinem Binnenmarktabkommen verhängen können. Unter diesen Umständen wird die freie Willensbildung im Zusammenhang mit dem kantonalen Stimmrecht erheblich beeinträchtigt.

- 122 Erwähnt sei lediglich, dass den Kantonen ein wesentlicher Teil der Durchführung des Lebensmittelsicherheitsabkommens obliegen würde. Diesbezüglich sei auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen. Die Kantone werden gestützt auf EU-Recht Verfügungen erlassen und für Sanktionen wegen Verletzungen von EU-Recht die genannte EU-Kontrollverordnung anwenden müssen.
- 123 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass auch Art. 3 BV im Geltungsbereich der Binnenmarktabkommen materiell geändert wird. Eine gleiche materielle Änderung und Verletzung von Verfassungsbestimmungen wie im Bund erfolgen mit Bezug auf die kantonalen Verfassungsbestimmungen.
- 124 Grundsätzlich lässt sich demnach sagen, dass auch Art. 3 BV im Geltungsbereich der Abkommen materiell geändert wird. Eine gleiche materielle Änderung und Verletzung von Verfassungsbestimmungen wie im Bund erfolgen mit Bezug auf die kantonalen Verfassungsbestimmungen betreffend Regelungskompetenzen im Bereich der Binnenmarktabkommen.

## **10. Zusammenfassung und verfassungsrechtliche Beurteilung**

- 125 Das Freihandelsabkommen 1972 sowie das MRA 1999 und das Agrarabkommen 1999 sind in der jetzigen Ausgestaltung klare bilaterale Abkommen.
- 126 Mit dem Abkommenspaket unterbreitet der Bundesrat Abkommen, die einen Paradigmenwechsel beinhalten. Es geht nicht mehr um bilaterale Abkommen. Zwar ist der Abschluss des Abkommenspakets noch echt bilateral ausgehandelt worden. Aber die Weiterentwicklung wird inhaltlich allein von den EU-Organen bestimmt. Es gibt grundsätzlich keine Weiterentwicklungsverhandlungen zwischen den Abkommensparteien. Nach dem Abschluss des Abkommenspakets kommt es für die Weiterentwicklung zum Paradigmenwechsel in Richtung Integrationsabkommen, soweit nicht ausnahmsweise nachträglich Vertragsergänzungen für neue Ausnahmen ausgehandelt werden können. Dies gilt nicht nur für die Abkommen gemäss Integrationsmethode, sondern auch für Abkommen gemäss Äquivalenzmethode. Die Bezeichnung als «Bilaterale III» ist daher nicht mehr zutreffend. Es handelt sich vielmehr um «Integrationsabkommen I», die einer faktischen Teilintegration der Schweiz in die EU mindestens nahekommen, zumal Regelungskompetenzen der Bundesversammlung und des Bundesrates im Bereich der Binnenmarktabkommen in wesentlich weitergehendem Ausmass auf EU-Organe übergehen, als das bei den entsprechenden Kompetenzen der Parlamente und Regierungen der Mitgliedstaaten beim Beitritt zur EWG, EG oder EU der Fall war.
- 127 Zu einem vergleichbaren Schluss, wenn auch ohne Vergleich des Ausmasses der Übertragung der Regelungskompetenzen der Schweiz und der Mitgliedstaaten auf die EU, gelangen neustens

auch Andreas Glaser<sup>24</sup> in einer umfassenden Abhandlung sowie auch Hansjörg Seiler<sup>25</sup>, wobei dieser das Schwergewicht auf der Frage nach dem Abstimmungsmodus wegen eines Konflikts des Freizügigkeitsabkommens mit Art. 121a BV legt.

128 Eine abweichende Auffassung vertritt insbesondere Astrid Epiney in einer neusten Abhandlung. Sie stützt mehr oder weniger die Auffassung des Bundesrates, wonach durch die neuen Abkommen keine verfassungswesentlichen Elemente eingeführt werden. Dieser Auffassung muss indessen vehement widersprochen werden. Hervorgehoben werden sollen hier vor allem die folgenden Elemente: Die Rechtsetzung von Bundesparlament und Bundesrat wird entgegen Epiney<sup>26</sup> faktisch auf EU-Organen übertragen. Es bleibt in der Sache nur ein Vetorecht. Das ist eine völlig andere Rechtssituation als unter der Herrschaft der bisherigen Bilateralen. Diese konnten und können nur gemeinsam weiterentwickelt werden. Beim Widerstand der Schweiz gegen die Weiterentwicklung in einem konkreten Fall gibt es keine Ausgleichsmassnahmen. Heute kann die Schweiz sogenannte Nadelstiche mit eigenen Nadelstichen gegen die EU ausgleichen, was im Fall des Abkommenspakets nicht zulässig ist. Die Schweiz darf Ausgleichsmassnahmen nicht mit eigenen Ausgleichsmassnahmen beantworten. Das Stimmrecht wird massiv beschränkt, weil aus rechtlichen Gründen bei Ablehnungen Ausgleichsmassnahmen drohen, die nicht mit Gegenmassnahmen beantwortet werden können. Natürlich gibt es auch heute Situationen, in denen Ablehnungen mit Nachteilen insbesondere auf wirtschaftlicher oder politischer Ebene verbunden sein können. Das ist aber nicht vergleichbar mit kodifizierten Nachteilen. Besonders schwerwiegend ist die Möglichkeit von transversalen Ausgleichsmassnahmen, welche dazu führen können, dass das Referendumsrecht in der Schweiz faktisch ausgehebelt wird (dazu näher hinten Rz. 224 ff.). Es ist auch nicht so, dass Rechtsetzungskompetenzen auf internationale Organe ausgelagert würden. In jenem Fall wäre die Schweiz wie alle anderen Beteiligten in Organen ein gleichberechtigter Vertragspartner. Das Abkommenspaket wird nicht von gleichberechtigten Partnern weiterentwickelt, sondern allein von EU-Organen mit zu vernachlässigenden Einflussmöglichkeiten der Schweiz. Epiney schreibt ja selber von unionsrechtlichen und nicht von vertragsrechtlichen Weiterentwicklungen. Wenn die Schweiz bisher im Gemischten Ausschuss nicht für eine Weiterentwicklung zu gewinnen war, hatte die EU keine rechtliche Möglichkeit von Ausgleichsmassnahmen. Zudem ist nochmals auf die Tatsache hinzuweisen, dass die Schweiz im Geltungsbereich der Binnenmarktverträge erheblich mehr Zuständigkeiten auf die EU überträgt, als die EU-Mitgliedstaaten auf die EU übertragen haben.

---

<sup>24</sup> GLASER, bes. S. 22 ff.

<sup>25</sup> HANSJÖRG SEILER, Obligatorisches Referendum für die «Bilateralen III»? , in: Jusletter 15. September 2025, bes. S. 3 ff. und 10 ff.

<sup>26</sup> EPINEY, S. 134 ff.

- 129 Die zusammenfassende Würdigung von Andreas Glaser deckt sich weitestgehend mit der vorstehend entwickelten Argumentation: «Die Auffassung des Bundesrates, die Schweiz könne ‘weiterhin eigenständig, gemäss ihren bestehenden Rechtsetzungsverfahren und unter Wahrung der direktdemokratischen Rechte über alle Rechtsanpassungen entscheiden’, trifft mit Blick auf die dynamische Rechtsübernahme auf dem Gebiet der Binnenmarktverträge bei funktionaler Betrachtung nicht zu. Sie bringt lediglich den formalen Fortbestand der Rechte von Bundesversammlung und Stimmberechtigten zum Ausdruck, vernachlässigt jedoch die materiellen Auswirkungen. Im Unterschied zu den bestehenden Rechtsetzungsverfahren, insbesondere der Gesetzgebung durch die Bundesversammlung und dem Abschluss rechtsetzender völkerrechtlicher Verträge, tritt eine entscheidende qualitative Änderung ein. Die Schweiz wäre völkerrechtlich verpflichtet, jeden einschlägigen EU-Rechtsakt zu übernehmen. Andernfalls wäre die EU berechtigt, Ausgleichsmassnahmen anzuordnen. Für das Parlament und die Stimmberechtigten stellt dies eine fundamentale Änderung der bestehenden Rechtsetzungsverfahren dar. Eine erhebliche Anzahl von ‘Rechtsanpassungen’ unterstünde einem vom ordentlichen Gesetzgebungsverfahren abweichenden Rechtsrahmen. Diese Änderung müsste zwingend im Verfassungstext abgebildet werden. Ihr kommt somit ‘Verfassungscharakter’ zu.»<sup>27</sup>
- 130 In der Substanz argumentiert Mathias Oesch mindestens ähnlich, wenn er schreibt, dass die «Schweiz in mitgliedstaatsähnlicher Weise in den unionalen Rechtsraum eingebunden wird»<sup>28</sup>, und weiter, dass die Schweiz «die Rechtsetzung in relevanten Bereichen faktisch an die EU delegiert hat».<sup>29</sup>
- 131 Nach Abschluss von Abkommen nach der Integrationsmethode (IP-LSA) wird es in deren Geltungsbereich entgegen Astrid Epiney<sup>30</sup> in Zukunft materiell keine wesentlichen nationalen Rechtsnormen auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe mehr geben, soweit nicht Ausnahmen oder Vorbehalte bestehen. Das für die Schweiz massgebende Recht wird in der EUR-Lex und nicht mehr in der Amtlichen Sammlung und der Systematischen Rechtssammlung des Bundesrechts publiziert werden. Die inländischen Vollzugsbehörden werden Verfügungen direkt gestützt auf das EU-Recht erlassen.<sup>31</sup> Welchem Rechtsschutzsystem Beschwerden unterliegen werden, geht aus dem Vernehmlassungsbericht höchstens ansatzweise hervor. Gemäss Art. 7 der

---

<sup>27</sup> GLASER, S. 50.

<sup>28</sup> OESCH, Rz. 1047.

<sup>29</sup> OESCH, Rz. 1049.

<sup>30</sup> EPINEY, S. 138 ff.

<sup>31</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 696.

Kontrollverordnung EU 2017/625 läuft der Rechtsschutz gegen Sanktionen jedenfalls nach nationalem Recht.<sup>32</sup>

- 132 Nach Abschluss von Abkommen nach der Äquivalenzmethode wird es zwar Sache der Schweiz sein, eigenes Recht zur Umsetzung des EU-Rechts zu erlassen. Das Schweizer Recht muss inhaltlich, soweit keine Ausnahmen oder Vorbehalte bestehen, aber dem EU-Recht entsprechen, weil andernfalls die EU im Rahmen des Prozederes Ausgleichsmassnahmen ergreifen kann.
- 133 Das Abkommenspaket führt per Saldo zu materiellen Änderungen der Bundesverfassung im Geltungsbereich der Binnenmarktabkommen. Betroffen sind vor allem:
- Art. 163 BV: Die Gesetzgebung wird von der Bundesversammlung grundsätzlich auf die EU übertragen. Die Übertragung geht erheblich weiter, als sie für die EU-Mitgliedstaaten beim Beitritt zur heutigen EU eintrat.
  - Art. 182 BV: Die Verordnungsgebung wird vom Bundesrat grundsätzlich auf die EU übertragen. Die Übertragung geht erheblich weiter, als sie für die EU-Mitgliedstaaten beim Beitritt zur heutigen EU eintrat.
  - Art. 147 BV: Das Vernehmlassungsverfahren wird faktisch abgeschafft.
  - Art. 189 BV: Die Kompetenzen des Bundesgerichts werden eingeschränkt.
- 134 Ehrlicherweise müsste man erwägen, diese Bestimmungen, allenfalls mit Ausnahme von Art. 189 BV, wie für Art. 163 Abs. 2 erwähnt, formell zu ergänzen (siehe vorn Rz. 80, 87 und 100).
- 135 Für die kantonalen Verfassungen gelten diese Folgerungen sinngemäss.
- 136 Das Abkommenspaket führt im Weiteren zu Verletzungen der BV, nämlich:
- Art. 34 Abs. 2 BV: Die Garantie der freien Willensbildung bei Abstimmungen wird durch die Möglichkeit von transversalen Ausgleichsmassnahmen seitens der EU in nicht im Voraus bekannten Binnenmarktabkommen und in ungewisser Höhe in gravierender Weise verletzt. Hinzu kommt, dass gegen die Ausgleichsmassnahmen kein Referendum mehr möglich ist.
  - Art. 194 Abs. 2 BV in Verbindung mit Art. 34 Abs. 2 BV: Die Unterstellung einer Vielzahl von Abkommen unter ein einziges Referendum ist im Hinblick auf das Erfordernis der Einheit der Materie mindestens fragwürdig.

---

<sup>32</sup> VERORDNUNG (EU) 2017/625 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 15. März 2017 über amtliche Kontrollen und andere amtliche Tätigkeiten zur Gewährleistung der Anwendung des Lebens- und Futtermittelrechts und der Vorschriften über Tiergesundheit und Tierschutz, ABl. L 95 vom 7.4.2017, S. 1.

## VI. Faktische Risiken des neuen Abkommenspakets

### 1. Schwache Mitwirkungs- und Einflussmöglichkeiten der Schweiz hinsichtlich der Ausarbeitung von EU-Rechtsakten

#### 1.1. Massgebende Rechtsnormen in Abkommen und im EU-Recht

- 137 An dieser Stelle ist auf Art. 4 IP-MRA und Art. 12 IP -LSA zurückzukommen. Danach bestehen unterschiedliche Entwurfsverfahren für die einzelnen Regelungstypen (Rechtsakte, delegierte Rechtsakte, Durchführungsrechtsakte), was die unterschiedlichen Formulierungen in den erwähnten Abkommensbestimmungen erkennen lassen. Der Bundesrat kommentiert die Unterschiede nicht näher.<sup>33</sup> Es ist aber unerlässlich, den unterschiedlichen Formulierungen auf den Grund zu gehen.
- 138 Nachfolgend sollen die zu analysierenden Versionen für die drei Regelungstypen in Art. 4 IP-MRA und Art. 12 IP-LSA wortgetreu wiedergegeben werden:
- 139 Abs. 1 – Rechtsakte: «Erarbeitet die Kommission einen Vorschlag für einen Rechtsakt der Union gemäss dem AEUV im von diesem Protokoll abgedeckten Bereich, so informiert sie die Schweiz und zieht Sachverständige der Schweiz informell gleichermassen zurate, wie sie die Stellungnahmen der Sachverständigen der Mitgliedstaaten der Union für die Ausarbeitung ihrer Vorschläge einholt. / Auf Antrag einer Partei findet im Gemischten Ausschuss für Lebensmittelsicherheit ein erster Meinungsaustausch statt. / Bei den wichtigen Etappen vor der Verabschiedung des Rechtsakts durch die Union beraten sich die Parteien auf Antrag einer Partei erneut im Gemischten Ausschuss für Lebensmittelsicherheit im Rahmen eines ständigen Informations- und Konsultationsprozesses.»
- 140 Abs. 2 – Delegierte Rechtsakte: «Erarbeitet die Kommission delegierte Rechtsakte gemäss dem AEUV mit Bezug auf die in den Bereich dieses Protokolls fallenden Basisrechtsakte der Union, so gewährt die Kommission der Schweiz die grösstmögliche Teilnahme an der Ausarbeitung ihrer Vorschläge und zieht Sachverständige der Schweiz gleichermassen zurate, wie sie die Sachverständigen der Mitgliedstaaten der Union zurate zieht.»
- 141 Abs. 3 – Durchführungsrechtsakte: «Erarbeitet die Kommission Durchführungsrechtsakte gemäss dem AEUV mit Bezug auf die in den Bereich dieses Protokolls fallenden Basisrechtsakte der Union, so gewährt die Kommission der Schweiz die grösstmögliche Teilnahme an der Ausarbeitung ihrer Vorschläge, die anschliessend den Ausschüssen zu unterbreiten sind, die die

---

<sup>33</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 72; Botschaft, S. 93 f.

Kommission bei der Ausübung ihrer Durchführungsbefugnisse unterstützen, und zieht Sachverständige der Schweiz gleichermassen zurate, wie sie die Sachverständigen der Mitgliedstaaten der Union zurate zieht.»

142 Abs. 4 – Weitere Ausschüsse: «Die Sachverständigen der Schweiz werden in die Arbeiten der Ausschüsse einbezogen, die nicht unter die Absätze 2 und 3 fallen, wenn dies zur Gewährleistung des ordnungsgemässen Funktionierens dieses Protokolls erforderlich ist. Eine Liste dieser Ausschüsse und gegebenenfalls anderer Ausschüsse mit ähnlichen Eigenschaften wird vom Gemischten Ausschuss für Lebensmittelsicherheit erstellt und aktualisiert.»

143 Abs. 5 – Ausnahmereiche: «Dieser Artikel gilt nicht für Rechtsakte der Union oder deren Bestimmungen, die in den Anwendungsbereich einer Ausnahme gemäss Artikel 13 Absatz 7 fallen.»

## **1.2. Mitwirkungsmöglichkeiten der Schweiz an der Ausarbeitung von EU-Rechtsakten**

144 Gemäss den Angaben im Vernehmlassungsbericht und in der Botschaft hat die Schweiz die folgenden Mitwirkungsmöglichkeiten an der Ausarbeitung von EU-Rechtsakten, welche Möglichkeiten als Decision Shaping bezeichnet werden:

145 «Die Modalitäten des Decision Shaping sind unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um Rechtsakte (Art. 4 Abs. 1 IP-LuftVA), delegierte Rechtsakte (Art. 4 Abs. 2 IP-LuftVA) oder Durchführungsrechtsakte (Art. 4 Abs. 3 IP-LuftVA) handelt. Grund für die verschiedenen Modalitäten sind die unterschiedlichen Prozesse bei der Ausarbeitung dieser drei Arten von Rechtsakten in der EU. In allen drei Fällen zieht die Europäische Kommission Sachverständige der Schweiz gleichermassen zurate, wie sie die Stellungnahmen der Sachverständigen der EU-Mitgliedstaaten für die Ausarbeitung eines ersten Entwurfs einholt. Darüber hinaus kann bei Rechtsakten ein Meinungsaustausch im GA stattfinden. Bei den wichtigen Etappen vor dem Erlass des Rechtsakts müssen sich die Parteien auf Antrag einer Partei erneut konsultieren. Bei delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten, die in die alleinige Zuständigkeit der Europäischen Kommission fallen, gewährt die Europäische Kommission der Schweiz die grösstmögliche Teilnahme an der Ausarbeitung ihrer Vorschläge (sogenanntes Komitologieverfahren). Über diese Mitwirkung bei der Erarbeitung von EU-Rechtsakten hinaus können Sachverständige der Schweiz an den Arbeiten der Ausschüsse teilnehmen, wenn dies zur Gewährleistung des ordnungsgemässen Funktionierens des Abkommens erforderlich ist (Art. 4 Abs. 4 IP-LuftVA). Eine Liste der betroffenen Ausschüsse wird vom GA erstellt und aktualisiert. Zusätzlich zum Decision Shaping kann die Schweiz ausserdem über Direktkontakte mit einzelnen EU-Mitgliedstaaten oder dem Europäischen Parlament Einfluss auf die Diskussion in der EU nehmen. Dieser Artikel gilt nicht für

Bestimmungen oder Rechtsakte der EU, die in den Anwendungsbereich einer Ausnahme fallen ...»<sup>34</sup>

146 Diese Ausführungen sind nachfolgend aufgrund der einschlägigen EU-Rechtsnormen zu überprüfen, zu konkretisieren und hinsichtlich des möglichen Einflusses der Schweiz auf die EU-Rechtsetzung im Bereich des Abkommenspakets zu bewerten. Schon aufgrund der vorangehenden Ausführungen steht fest, dass die Schweiz viel weniger Mitwirkungsmöglichkeiten hat als die EU-Mitgliedstaaten. Sie hat weitaus mehr Rechtsetzungskompetenzen auf die EU übertragen als die Mitgliedstaaten (vorn Rz. 88 ff.).

### 1.3. Unterscheidung von Gesetzen und Verordnungen in der EU

147 Wie bereits aus Art. 4 IP-MRA und Art. 12 IP-SLA hervorgeht, unterscheidet das EU-Recht terminologisch nicht zwischen Gesetzen und Verordnungen. Hingegen unterscheidet das EU-Recht im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) deutlich zwischen Gesetzen und Verordnungen, indem es festlegt, dass das Parlament und der Rat Rechtsnormen mit Gesetzescharakter erlassen, während die Kommission Verordnungen erlässt. Die einschlägigen Bestimmungen sollen nachfolgend nachgewiesen werden. Deren Kenntnis ist Voraussetzung für das Verstehen der Festlegungen in Art. 4 IP-MRA und Art. 12 IP-SLA.

148 Was die Verordnungen betrifft, unterscheidet der AEUV zwei Arten, nämlich die delegierten Verordnungen (Art. 290) und die Durchführungsverordnungen (Art. 291). Diese im schweizerischen Recht unbekannte Differenzierung enthält eine funktionale Trennung. Im Fall der delegierten Verordnungen geht es darum, dass die EU-Kommission das Gesetzesrecht allgemein in untergeordneten Fragen ergänzt oder ändert. Demgegenüber richten sich die Durchführungsverordnungen an die Mitgliedstaaten und dienen der Vereinheitlichung der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts. Anders formuliert dienen die delegierten Verordnungen nach Art. 290 AEUV der Ergänzung oder Änderung von Gesetzgebungsakten der Union, während Durchführungsrechtsakte nach Art. 291 AEUV die einheitliche Durchführung von Sekundärrecht der Union bezwecken.<sup>35</sup> Bei der Ergänzung geht es vor allem um die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe, bei der Änderung um die Aktualisierung und Anpassung eines Rechtsaktes an neue Entwicklungen.<sup>36</sup>

149 Art. 289 AEUV regelt die Gesetzgebung durch das Europäische Parlament und den Rat wie folgt:

<sup>34</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 72 f.; siehe auch Botschaft, S. 93 f.

<sup>35</sup> So GELLERMANN, Art. 291, N. 2.

<sup>36</sup> Siehe GELLERMANN, Art. 290, N. 6.

«(1) Das ordentliche Gesetzgebungsverfahren besteht in der gemeinsamen Annahme einer Verordnung, einer Richtlinie oder eines Beschlusses durch das Europäische Parlament und den Rat auf Vorschlag der Kommission. Dieses Verfahren ist in Artikel 294 festgelegt.»

150 Für die delegierten Verordnungen der EU-Kommission bestimmt Art. 290 AEUV Folgendes:

«(1) In Gesetzgebungsakten kann der Kommission die Befugnis übertragen werden, Rechtsakte ohne Gesetzescharakter mit allgemeiner Geltung zur Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften des betreffenden Gesetzgebungsaktes zu erlassen.

In den betreffenden Gesetzgebungsakten werden Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung ausdrücklich festgelegt. Die wesentlichen Aspekte eines Bereichs sind dem Gesetzgebungsakt vorbehalten und eine Befugnisübertragung ist für sie deshalb ausgeschlossen.

(2) Die Bedingungen, unter denen die Übertragung erfolgt, werden in Gesetzgebungsakten ausdrücklich festgelegt, wobei folgende Möglichkeiten bestehen:

a) Das Europäische Parlament oder der Rat kann beschließen, die Übertragung zu widerrufen.

b) Der delegierte Rechtsakt kann nur in Kraft treten, wenn das Europäische Parlament oder der Rat innerhalb der im Gesetzgebungsakt festgelegten Frist keine Einwände erhebt.

Für die Zwecke der Buchstaben a und b beschließt das Europäische Parlament mit der Mehrheit seiner Mitglieder und der Rat mit qualifizierter Mehrheit.

(3) In den Titel der delegierten Rechtsakte wird das Wort «delegiert» eingefügt.»

151 Für die Durchführungsverordnungen der EU-Kommission bestimmt Art. 291 EUV Folgendes:

«(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen alle zur Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union erforderlichen Maßnahmen nach innerstaatlichem Recht.

(2) Bedarf es einheitlicher Bedingungen für die Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union, so werden mit diesen Rechtsakten der Kommission oder, in entsprechend begründeten Sonderfällen und in den in den Artikeln 24 und 26 des Vertrags über die Europäische Union vorgesehenen Fällen, dem Rat Durchführungsbefugnisse übertragen.

(3) Für die Zwecke des Absatzes 2 legen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnungen im Voraus allgemeine Regeln und Grundsätze fest, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren.

(4) In den Titel der Durchführungsrechtsakte wird der Wortteil ‘Durchführungs-‘ eingefügt.»

152 Zu den delegierten Rechtsakten und den Durchführungsrechtsakten ist dem Vernehmlassungsbericht und der Botschaft Folgendes zu entnehmen: «Bei delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten, die in die alleinige Zuständigkeit der Europäischen Kommission fallen, gewährt die Europäische Kommission der Schweiz die grösstmögliche Teilnahme an der Ausarbeitung ihrer Vorschläge (sogenanntes Komitologieverfahren).»<sup>37</sup>

#### 1.4. Verfahren zum Erlass von Verordnungen (Gesetzen) des Rates und des Europäischen Parlaments

153 Den Ausführungen über das Verfahren zum Erlass von Verordnungen des Rates und des Europäischen Parlaments der genannten Arten von EU-Rechtsakten muss der Hinweis vorangestellt werden, dass sich die Gesetzesbegriffe nach Schweizer und nach EU-Recht nicht vollständig decken.

154 Für die EU ist Wesensmerkmal der Gesetzesstufe, dass die Regelung politisch bedeutsam ist, wobei die politische Bedeutsamkeit vorwiegend integrationspolitisch zu lesen ist. In neuster Zeit erhält auch der Menschenrechtsschutz ein gewisses Gewicht.<sup>38</sup>

155 Für die Schweiz sind die Charakteristik des Gesetzes (im formellen) Sinn demgegenüber nicht auf Integration (in die EU) gerichtet, sondern auf mehrere Wichtigkeitskriterien wie namentlich: grosse Zahl von Betroffenen; starker Eingriff in die Rechtsstellung der Adressaten, insbesondere in verfassungsmässige Rechte wie namentlich Grundrechte; erhebliche finanzielle Folgen; besondere Bedeutung für die politische Willensbildung, die Behördenorganisation und das Verfahren; Regelung besonders umstrittener Fragen.<sup>39</sup>

156 Der Gesetzesbegriff von Art. 289 AEUV dürfte unter diesen Umständen mindestens tendenziell enger sein als derjenige der Schweiz. Unter diesen Umständen ist an die schweizerische Vertretung im Gemischten Ausschuss die Aufforderung zu richten, jeweils zu prüfen, ob eine Verordnung der EU-Kommission Gesetzescharakter nach Schweizer Recht haben könnte und deshalb dem Referendum zu unterstellen wäre.

157 Grundsätzlich hat die EU-Kommission das Initiativmonopol für die Ausarbeitung von Vorschlägen zuhanden von Rat und Parlament.<sup>40</sup> Dennoch scheint es, dass sie selber nur den kleineren

<sup>37</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 72; Botschaft, S. 93.

<sup>38</sup> Siehe namentlich RUFFERT, Art. 290, N. 15.

<sup>39</sup> Siehe namentlich TSCHANNEN, Art. 164, N 8 ff.; WITTENBACH, Art. 164, N 8 ff.

<sup>40</sup> Siehe etwa CLASSEN/NETTESHEIM, § 3, N. 121.

Teil von Vorschlägen für Verordnungen im Sinne von Gesetzen aus eigener Initiative ausarbeitet. Der Anstoss für Regelungen komme in der überwiegenden Zahl der Fälle von einzelnen Mitgliedstaaten, Unternehmen, Verbänden, nationalen Regierungs- und Verwaltungsstellen, vom EU-Rat oder vom EU-Parlament oder auch aus Rechtspflichten im EUV und AEUV sowie aus internationalen Abkommen.<sup>41</sup>

158 Ungeachtet des Anstosses eines Rechtsetzungsvorhabens auf Gesetzesstufe läuft das Entwurfsverfahren der EU-Kommission in mehreren Phasen ab. Auf eine Phase der Information, die hier nicht näher thematisiert werden muss, folgt eine Phase der Konsultation und dann eine Phase der Entscheidung im Plenum der EU-Kommission.

159 Im vorliegenden Zusammenhang von zentraler Bedeutung ist die Phase der Konsultationen. In dieser Phase arbeitet die Kommission weiter am bereits entwickelten Entwurf des Vorschlags. Diese Arbeit erfolgt meistens in eingehenden Beratungen mit betroffenen Wirtschafts- und Interessenverbänden, Institutionen wie dem Wirtschafts- und Sozialausschuss, dem Ausschuss der Regionen und vor allem mit den zuständigen Fachbeamten der nationalen Regierungen. Dazu kommt die obligatorische Anhörung von Ausschüssen des Parlaments und des Rats, ebenso die Beteiligung der nationalen Parlamente, dies vor allem im Hinblick auf die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips.<sup>42</sup> Im vorliegenden Zusammenhang ist der Wirtschafts- und Sozialausschuss von besonderer Bedeutung, der aus Vertretungen der Mitgliedstaaten besteht. Dieser muss gemäss Art. 43 Abs. 2 AEUV insbesondere für die Gesetzgebung im Bereich des Agrarrechts<sup>43</sup> angehört werden, weiter gemäss Art. 115 AEUV im Bereich von Massnahmen zur Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarkts auswirken. Weitere Anhörungspflichten, die für andere als hier analysierte Abkommen von Bedeutung sind, gelten insbesondere für Themen des FZA, des Verkehrsabkommens, des Gesundheitsabkommens und des Stromabkommens.<sup>44</sup> Der Wirtschafts- und Sozialausschuss ist in den Art. 301–304 AEUV näher geregelt. Weiter können sich zudem weitere Kreise der Zivilgesellschaft im Konsultationsverfahren einbringen, ebenso die von den geplanten Regelungen betroffenen Kreise. Die Kommission ist an externem Sachverstand breit interessiert. Nicht zuletzt im Hinblick auf die Auswirkungen neuer Regelungen wird eine Folgenabschätzung durchgeführt, dies vor allem auch im Hinblick darauf, ob das Subsidiaritätsprinzip eingehalten wird.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> So HÄRTEL, § 17, N. 1, S. 328 f.

<sup>42</sup> Siehe GELLERMANN, Art. 294, N. 13.

<sup>43</sup> Siehe namentlich HÄRTEL, § 17, N. 2 ff., S. 329 f.

<sup>44</sup> Siehe dazu die Ausführungen von SUHR, Art. 304, N. 5; auch BURGI/HÖLBLING, Art. 304, N. 2 f.

<sup>45</sup> Siehe KLUTH, Art. 293, N. 6 ff.; zum Ganzen auch GELLERMANN, Art. 294, N. 11 ff.

- 160 Per Saldo hat die Kommission im Verfahren der Ausarbeitung von Rechtsakten des Rats und des Parlaments eine starke Stellung. Dies zeigt sich im Rahmen des hier besonders relevanten ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens in der Beratung der Kommissionsvorschläge im Rat und im Parlament. Dieses verläuft in maximal drei Lesungen. Generell gilt, dass der Rat Vorschläge der Kommission nur einstimmig ändern kann (Art. 293 Abs. 1 AEUV). Die Kommission ihrerseits kann ihren Vorschlag gemäss Art. 293 Abs. 2 AEUV im Lauf des ganzen Verfahrens ändern. Sie kann damit vor Entscheidungen im Rat oder im Parlament gewissermassen formlos auf Anliegen von Rat und Parlament eingehen. Es gibt in diesem Sinn eine politische Verhandlungskultur. Statt zu ändern kann sie einen Entwurf auch zurückziehen.<sup>46</sup>
- 161 Für die erste Lesung im Rahmen des ordentlichen<sup>47</sup> Gesetzgebungsverfahrens unterbreitet die Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Vorschlag (Art. 294 Abs. 2). Als erstes Organ legt das Europäische Parlament seinen Standpunkt zur Vorlage der EU-Kommission fest (Art. 294 Abs. 3 AEUV).<sup>48</sup> Folgt der Rat dieser Festlegung mit qualifizierter<sup>49</sup> Mehrheit, so ist der Rechtsakt in der Fassung des Parlaments erlassen (Art. 294 Abs. 4 AEUV). Billigt der Rat die Fassung des Parlaments nicht, so legt er seinen Standpunkt in der ersten Lesung fest und übermittelt ihn dem Europäischen Parlament (Art. 294 Abs. 5). Dabei unterrichtet der Rat das Parlament in allen Einzelheiten über die Gründe, aus denen er seinen Standpunkt in der ersten Lesung festgelegt hat. Die Kommission unterrichtet das Parlament ihrerseits in vollem Umfang über ihren Standpunkt (Art. 294 Abs. 6 AEUV).<sup>50</sup>
- 162 Die zweite Lesung erfolgt in der folgenden Weise (Art. 294 Abs. 7): Hat das Parlament binnen drei Monaten nach der Übermittlung (a) den Standpunkt des Rates in der ersten Lesung gebilligt oder sich nicht geäussert, so gilt der Rechtsakt in der Fassung des Rates als erlassen; (b) den Standpunkt des Rates in erster Lesung mit der Mehrheit seiner Mitglieder abgelehnt, so gilt der vorgeschlagene Rechtsakt als nicht erlassen; (c) mit der Mehrheit seiner Mitglieder Abänderungen am Standpunkt des Rates in der ersten Lesung vorgeschlagen, so wird die abgeänderte Fassung dem Rat und der Kommission zugeleitet; die Kommission gibt eine Stellungnahme zu diesen Änderungen ab.

---

<sup>46</sup> Siehe KLUTH, Art. 293, N. 12 f.; GELLERMANN, Art. 293, N. 1 ff., es. N. 11; Art. 294, N. 8 ff.

<sup>47</sup> Siehe zu diesem Verfahren allgemein etwa GELLERMANN, Art. 294, N. 6 ff.

<sup>48</sup> Dies geschieht hier wie in der Regel gemäss Art. 231 AEUV mit dem einfachen Mehr der abgegebenen Stimmen. Siehe zur Mehrheit im Europäischen Parlament allgemein etwa CLAASSEN/NETTESHEIM, § 3, N. 41 f.

<sup>49</sup> Nach Art. 16 Abs. 4 EUV erfordert die qualifizierte Mehrheit im Rat die Zustimmung von einer Mehrheit von mindestens 55 % der Mitglieder des Rates, gebildet aus mindestens 15 Mitgliedern, sofern die von diesen vertretenen Mitgliedstaaten zusammen mindestens 65 % der Bevölkerung der EU ausmachen. Siehe zum Erfordernis der qualifizierten Mehrheit allgemein etwa GELLERMANN, Art. 294, N. 20; CLAASSEN/NETTESHEIM, § 3, N. 77 ff.

<sup>50</sup> Für Ausdifferenzierungen des Verfahrens siehe GELLERMANN, Art. 294, N. 19 ff.

- 163 Hat der Rat im Rahmen der zweiten Lesung gemäss Art. 294 Abs. 8 AEUV binnen drei Monaten nach Eingang der Abänderungen des Europäischen Parlaments mit qualifizierter Mehrheit (a) alle Abänderungen gebilligt, so gilt der Rechtsakt als erlassen; (b) nicht alle Abänderungen gebilligt, so beruft der Präsident des Rates im Einvernehmen mit dem Präsidenten des Europäischen Parlaments den Vermittlungsausschuss ein. Über Abänderungen, zu denen die Kommission eine ablehnende Stellungnahme abgegeben hat, beschliesst der Rat einstimmig (Abs. 9).<sup>51</sup>
- 164 Nach Art. 294 Abs. 10 AEUV hat der Vermittlungsausschuss die Aufgabe, mit der qualifizierten Mehrheit der Mitglieder des Rates und mit der Mehrheit des Europäischen Parlaments der das Europäische Parlaments vertretenden Mitglieder binnen sechs Wochen nach seiner Einberufung eine Einigung auf der Grundlage der Standpunkte des Parlaments und des Rates in zweiter Lesung zu erzielen. Dabei sind noch Anpassungen nicht fundamentaler Art möglich. Die Kommission nimmt gemäss Abs. 11 an den Arbeiten des Vermittlungsausschusses teil und ergreift alle erforderlichen Initiativen, um auf eine Annäherung der divergierenden Standpunkte hinzuwirken. Falls der Vermittlungsausschuss binnen sechs Wochen keinen gemeinsamen Entwurf billigt, so gilt der vorgeschlagene Rechtsakt als nicht erlassen. Im Fall eines gemeinsam gebilligten Entwurfs erfolgt gemäss Art. 294 Abs. 13 und 14 AEUV noch eine dritte Lesung. In dieser Lesung ist noch ein Erlass mit der qualifizierten Mehrheit des Rates und der Mehrheit des Parlaments möglich. Kommen diese Mehrheiten nicht zustande, so gilt der Rechtsakt als nicht erlassen.<sup>52</sup>
- 165 Fasst man diese Lesungen zusammen, so ergibt sich Folgendes:
- 166 In der ersten Lesung kommt der von der Kommission vorgeschlagene Rechtsakt zustande, wenn der Rat mit qualifizierter Mehrheit den Standpunkt des Europäischen Parlaments billigt. Andernfalls kommt es zur zweiten Lesung.
- 167 Wenn sich das Parlament mit einfacher Mehrheit dem Standpunkt des Rates aus der ersten Lesung anschliesst oder sich dazu nicht äussert, so gilt der Rechtsakt in der Fassung des Rates als erlassen. Bei Ablehnung mit einfacher Mehrheit durch das Parlament gilt der Rechtsakt als nicht erlassen. Bei Änderungen des Parlaments am Standpunkt des Rates aus der ersten Lesung, gilt der Rechtsakt als erlassen, wenn der Rat den Änderungen mit qualifizierter Mehrheit zustimmt. Andernfalls kommt es unter Mitwirkung der Kommission zur Vermittlung. Führt die Vermittlung zu keinem gemeinsamen Entwurf, so gilt der Rechtsakt als nicht erlassen.

---

<sup>51</sup> Zur Ausdifferenzierung des Verfahrens in der Zweiten Lesung siehe GELLERMANN, Art. 294, N. 27 ff.

<sup>52</sup> Siehe zum ganzen Verfahren namentlich KLUTH, Art. 294 AEUV, N. 5 ff.; auch GELLERMANN, Art. 294, N. 8 ff.

- 168 In der dritten Lesung kommt es zum Erlass des Rechtsakts, wenn der Entwurf des Vermittlungsausschusses mit der Mehrheit des Parlaments und mit der qualifizierten Mehrheit des Rates genehmigt wird. Andernfalls gilt der Rechtserlass als nicht erlassen.
- 169 Diese Regelung zeigt, dass die EU-Mitgliedstaaten neben der EU-Kommission und dem Europäischen Parlament einen grossen Einfluss auf die Gesetzgebung haben, weil sie über den Rat direkt an der Gesetzgebung beteiligt sind. Alle Regierungen der Mitgliedstaaten sitzen im Rat, und dieser entscheidet in der Regel erst noch mit qualifizierter Mehrheit, wobei z.B. Malta rund die 160-fache Stimmkraft im Vergleich mit Deutschland hat, wenn man die Bevölkerungszahl veranschlagt (siehe vorn Rz. 90).

### 1.5. Verfahren zum Erlass von delegierten Verordnungen der Kommission

- 170 Vorweg sei erwähnt, dass im Anschluss an den Hinweis auf die Unterscheidung zwischen Gesetzen und Verordnungen (siehe vorn Rz. 147 ff.) aus inhaltlicher Sicht vor allem von Interesse ist, was unter dem Begriff der Änderung einer Verordnung in Form eines Gesetzes zu verstehen ist, die nach Art. 290 Abs. 1 AEUV Gegenstand einer delegierten Verordnung sein kann.<sup>53</sup> Ist eine Änderung vorgesehen, könnte aufgrund des Schweizer Rechtsverständnisses ein Gesetz im formellen Sinn vorliegen, sodass am Ende das Referendum möglich sein müsste.
- 171 Was das Verfahren der Ausarbeitung von delegierten Verordnungen betrifft, so enthält der AEUV keine Vorgaben, etwa hinsichtlich des Bezugs von Ausschüssen oder Expertengruppen. Die EU-Kommission hat insofern ziemlich freie Hand. Dennoch ist es nicht ausgeschlossen, dass sie auf den Sachverstand der Mitgliedstaaten und ihrer Behörden zurückgreift. Es können auch Ausschüsse gebildet und bestehende Expertengruppen beigezogen werden, von denen es Hunderte unter verschiedenen Bezeichnungen gibt.<sup>54</sup> Diese haben aber – im Unterschied zu Komiteologieausschüssen – lediglich beratende Funktion.<sup>55</sup> Es wird zudem geltend gemacht, dass das Parlament und der Rat unter Bezugnahme auf die in Art. 290 Abs. 2 verankerten Kompetenzen Einfluss nehmen. Danach können diese Organe die Kompetenzübertragungen widerrufen beziehungsweise kann die Verordnung nur in Kraft treten, wenn diese Organe innert Frist keine Einwände erheben. Es scheint, dass Rat und Parlament aus dieser Bestimmung den Anspruch ableiten, im Voraus über – gesetzlich nicht vorgesehene – verpflichtende Expertenanhörungen Einfluss auf die Ausarbeitung von delegierten Verordnungen zu nehmen.<sup>56</sup> Der Widerruf kann

<sup>53</sup> Die Möglichkeit der Änderung eines Gesetzes in einer delegierten Verordnung wird in der Literatur mindestens zum Teil etwas problematisiert, so z.B. von RUFFERT, Art. 290, N. 2 und 12.

<sup>54</sup> Siehe KOLLMEYER, S. 294 mit Hinweisen und S. 304.

<sup>55</sup> Siehe CLASSEN/NETTESHEIM, § 3, N. 113 ff.

<sup>56</sup> So RUFFERT, Art. 290, N. 24; vgl. auch GELLERMANN, Art. 290, N. 16.

insbesondere Platz greifen, wenn das Parlament oder der Rat der Meinung ist, dass die EU-Kommission die Rechtsetzungsdelegation überschritten hat, aber auch ohne eine solche Überschreitung zur Anpassung einer Regelung an geänderte politische Wertungen.<sup>57</sup>

- 172 Im vorliegenden Zusammenhang ist es wichtig zu ergänzen, dass die Expertengruppen im Unterschied zu Komitologieausschüssen eine heterogene Zusammensetzung haben (können). Als Mitglieder kommen neben Vertretungen der mitgliedstaatlichen Behörden insbesondere ad personam ernannte Mitglieder und Organisationen in Betracht. Als Organisationen werden insbesondere Unternehmen, Verbände, Nicht-Regierungsorganisationen, Gewerkschaften, Hochschulen, Forschungsinstitute, Unionsagenturen, Unionsgremien und internationale Organisationen genannt. Diese Kreise nehmen in unterschiedlicher Weise an der Ausarbeitung von delegierten Verordnungen beziehungsweise von Durchführungsverordnungen sowie bei Koordinationsaufgaben teil.<sup>58</sup> In der Praxis dürfte es zudem zahlreiche personelle Verschränkungen bis Identität von Mitgliedern von Komitologieausschüssen und Expertengruppen geben.<sup>59</sup>
- 173 Vergleicht man die Einflussmöglichkeiten der EU-Mitgliedstaaten wiederum mit jenen der Schweiz, so ist das Ergebnis ähnlich wie schon für die Gesetzgebung: Die EU-Mitgliedstaaten können über ihre Vertretung im Rat einen erheblichen Einfluss ausüben, indem der Rat Rechtssetzungsakte der EU-Kommission ausbremsen kann.

### **1.6. Verfahren zum Erlass von Durchführungsverordnungen der Kommission**

- 174 Das Verfahren zum Erlass von Durchführungsverordnungen ist viel ausführlicher geregelt als das Verfahren zum Erlass von delegierten Verordnungen der Kommission. Das hat damit zu tun, dass diese Regelungen die Mitgliedstaaten unmittelbar betreffen. Zentral ist insofern die VERORDNUNG (EU) Nr. 182/2011 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren (Komitologieverordnung).<sup>60</sup>
- 175 Art. 291 Abs. 1 AEUV weist die Regelungskompetenz für Durchführungsrechtsakte grundsätzlich den Mitgliedstaaten zu. Die Kommission soll nach Art. 291 Abs. 2 AEUV nur in den Fällen tätig werden (können), in denen es für die Durchführung von EU-Gesetzen länderübergreifende, d.h. gemeinschaftsweite Regelungen braucht. Dieses Konzept ist Ausfluss des

---

<sup>57</sup> Siehe GELLERMANN, Art. 290, N. 11.

<sup>58</sup> Siehe KOLLMEYER, S. 306 f.

<sup>59</sup> Siehe KOLLMEYER, S. 311 f.

<sup>60</sup> ABl. L 55/13 vom 28.2.2011.

Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5 AEUV. Die Kommission soll beim Erlass von Durchführungsverordnungen nach Art. 291 Abs. 3 AEUV aber durch die Mitgliedstaaten kontrolliert werden. Im «gesteigerten Ausnahmefall» soll nicht die Kommission, sondern soll der Rat die Durchführungsverordnungen erlassen. Durchführungsverordnungen seien, was die Quantität betrifft, viel häufiger als delegierte Verordnungen.<sup>61</sup>

- 176 Die Komitologieverordnung sieht zwei Verfahren für den Erlass von Durchführungsverordnungen durch die EU-Kommission vor. Es geht um das Beratungsverfahren und um das Prüfverfahren.
- 177 Im Beratungsverfahren sind die Einflussmöglichkeiten der Mitgliedstaaten nicht besonders stark ausgeprägt. Nach Art. 4 Abs. 1 Komitologieverordnung gibt der Ausschuss, erforderlichenfalls auf der Grundlage einer Abstimmung mit einfacher Mehrheit seiner Mitglieder seine Stellungnahme ab. Nach Abs. 2 beschliesst die Kommission über den zu erlassenden Entwurf des Durchführungsrechtsakts, wobei sie soweit wie möglich das Ergebnis der Beratungen im Ausschuss und die abgegebene Stellungnahme berücksichtigt.
- 178 Im Prüfverfahren gemäss Art. 5 Abs. 3 der Komitologieverordnung steht den Mitgliedstaaten eine weitgehende Mitwirkungsmöglichkeit zur Verfügung, indem der Ausschuss ein Vetorecht hat. Dieses Verfahren gilt gemäss Art. 2 Abs. 2 für Durchführungsrechtsakte von allgemeiner Tragweite und für wichtige Sachbereiche wie die Agrar- und Fischereipolitik, die Umweltpolitik, den Gesundheitsschutz und die gemeinsame Handelspolitik. Die Mitwirkung erfolgt nach Art. 5 so, dass ein Ausschuss, der aus Vertretungen der Mitgliedstaaten besteht, eine Stellungnahme mit der Mehrheit nach Artikel 16 Abs. 4 und 5 EUV und gegebenenfalls nach Artikel 238 Abs. 3 AEUV bei Rechtsakten, die auf Vorschlag der Kommission zu erlassen sind, abgibt. Die Stimmen der Vertreter der Mitgliedstaaten im Ausschuss werden gemäss den vorgenannten Artikeln gewichtet. Lehnt der Ausschuss einen Vorschlag der EU-Kommission ab, so kommt Art. 5 Abs. 3 Komitologieverordnung zum Zug. Danach kann der Vorsitz entweder demselben Ausschuss innerhalb von zwei Monaten nach Abgabe der ablehnenden Stellungnahme eine geänderte Fassung des Entwurfs des Durchführungsrechtsakts unterbreiten oder den Entwurf des Durchführungsrechtsakts innerhalb eines Monats nach Abgabe der ablehnenden Stellungnahme dem Berufungsausschuss zur weiteren Beratung vorlegen. Gibt auch der Berufungsausschuss am Ende der Beratungen eine ablehnende Stellungnahme ab, so erlässt die Kommission den Durchführungsrechtsakt nicht, was sich aus Art. 6 Abs. 3 der Komitologieverordnung ergibt.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Siehe RUFFNER, Art. 291, N. 2 ff. und 11; auch GELLERMANN, Art. 291, N. 11 f.

<sup>62</sup> Siehe auch RUFFERT, Art. 291, N. 13 ff.

- 179 Zusätzlich zur Bindung der Kommission an die Entscheidungen im Prüfverfahren haben das Europäische Parlament und der Rat noch die Möglichkeit der Einflussnahme durch ein Kontrollrecht nach Art. 11 Komitologieverordnung. Danach können das Europäische Parlament oder der Rat die Kommission im Zusammenhang mit Basisrechtsakten nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren jederzeit darauf hinweisen, dass der Entwurf eines Durchführungsrechtsakts ihres Erachtens die im Basisrechtsakt vorgesehenen Durchführungsbefugnisse überschreitet. In diesem Fall überprüft die Kommission den Entwurf des Durchführungsrechtsakts unter Berücksichtigung der vorgetragenen Standpunkte und unterrichtet das Europäische Parlament und den Rat darüber, ob sie beabsichtigt, den Entwurf des Durchführungsrechtsakts beizubehalten, abzuändern oder zurückzuziehen.<sup>63</sup>
- 180 Vergleicht man die Einflussmöglichkeiten der EU-Mitgliedstaaten wiederum mit jenen der Schweiz, so lautet das Ergebnis, dass die Einflussmöglichkeiten der EU-Mitgliedstaaten auf den Erlass von Durchführungsverordnungen noch grösser ist als auf den Erlass von delegierten Verordnungen der EU-Kommission. Die EU-Mitgliedstaaten können nicht nur über ihre Vertretung im Rat einen erheblichen Einfluss ausüben, sondern schon früher im Komitologieverfahren.

### 1.7. Analyse der Mitwirkung der Schweiz im Rahmen des Decision Shaping

- 181 Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, dass es für die drei Rechtsetzungsverfahren, d.h. das ordentliche Gesetzgebungsverfahren durch den Rat und das Europäische Parlament, das Verfahren für delegierte Verordnungen und das Verfahren für Durchführungsverordnung je unterschiedliche Regelungen gibt. Die Unterschiede werden auch in den Formulierungen für das Decision Shaping in den Institutionellen Protokollen abgebildet.
- 182 Für die **ordentliche Gesetzgebung** findet sich die Festlegung, dass die Kommission die Schweiz informiert und Sachverständige der Schweiz informell gleichermassen zurate zieht, wie sie die Stellungnahmen der Sachverständigen der Mitgliedstaaten der Union für die Ausarbeitung ihrer Vorschläge einholt (Art. 4 Abs 1 IP-MRA und Art. 12 Abs. 1 IP-LSA). Sodann findet auf Antrag einer Partei im Gemischten Ausschuss für Lebensmittelsicherheit ein erster Meinungsaustausch statt. Und weiter beraten sich die Parteien bei wichtigen Etappen vor der Verabschiedung des Rechtsakts durch die Union auf Antrag einer Partei erneut im Gemischten Ausschuss für Lebensmittelsicherheit im Rahmen eines ständigen Informations- und Konsultationsprozesses.
- 183 Diese Formulierungen reflektieren die grosse Gestaltungsfreiheit, welche die Kommission im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren für die Ausarbeitung von Vorschlägen hat. Was Ausschüsse betrifft, ist dem Vernehmlassungsbericht und der Botschaft zu entnehmen, dass der

---

<sup>63</sup> Siehe dazu GELLERMANN, Art. 291, N. 20.

Gemischte Ausschuss eine Liste erstellen wird. Der Bericht hält sodann fest, dass die Schweiz zusätzlich zum Decision Shaping über Direktkontakte mit einzelnen EU-Mitgliedstaaten oder dem Europäischen Parlament Einfluss auf die Diskussion in der EU nehmen könne.<sup>64</sup> Keine Hinweise finden sich darauf, ob eine Beteiligung auch bei Gremien möglich sein soll, die insbesondere im AEUV vorgesehen sind, so insbesondere im Wirtschafts- und Sozialausschuss, im Ausschuss der Regionen, bei der obligatorischen Anhörung von Ausschüssen des Parlaments und des Rats, ebenso bei der Beteiligung der nationalen Parlamente, die sich vor allem im Hinblick auf die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips äussern (siehe vorn Rz. 159 und 183).

- 184 Der erste Meinungs austausch wird hinsichtlich des Zeitpunkts im Ausarbeitungsverfahren nicht näher konkretisiert, dürfte aber ziemlich für den Anfang gemeint sein. Was die wichtigen Etappen sind, geht es um die einzelnen Lesungen im Rat und im EU-Parlament. Je nach dessen Dauer beziehungsweise je nach Zahl der nötigen Lesungen wird diese Kontaktnahme einmal bis mehrere Male erfolgen. Immer braucht es aber einen Antrag einer Partei. Anzunehmen ist, dass die den Antrag stellende Partei in der Regel die Schweiz sein dürfte.
- 185 Die Möglichkeit der Mitwirkung sagt noch nichts aus über die Einflussmöglichkeiten. Hierauf ist später zurückzukommen (siehe hinten Rz. 195 ff.). Hier sei lediglich vermerkt, dass der Bundesrat nicht erkennen lässt, dass die Wirtschaft und ihre Verbände selber Einfluss nehmen könnten. Es ist einzig im Zusammenhang mit dem MRA davon die Rede, die Schweiz werde im Interesse der Wirtschaft soweit als möglich Einfluss auf die Rechtsetzung der EU nehmen.<sup>65</sup>
- 186 Was die Ausarbeitung von **delegierten Verordnungen und Durchführungsverordnungen** betrifft, so ist im Vernehmlassungsbericht zu lesen, diese würden in die alleinige Zuständigkeit der Europäischen Kommission fallen. Diesbezüglich gewähre die Europäische Kommission der Schweiz die grösstmögliche Teilnahme an der Ausarbeitung ihrer Vorschläge (sogenanntes Komitologieverfahren).<sup>66</sup>
- 187 Im Bereich der **delegierten Verordnung** ist die Kommission in der inhaltlichen Gestaltung zwar grundsätzlich frei. Sie kann vom Rat oder vom Parlament dennoch kontrolliert werden, weil gemäss Art. 290 Abs. 2 AEUV zwei Interventionsmöglichkeiten gegeben sind. Danach werden in Gesetzgebungsakten die Bedingungen, unter denen die Übertragung der Verordnungskompetenz erfolgt, festgelegt, wobei folgende Möglichkeiten bestehen: a) Das Europäische Parlament oder der Rat kann beschliessen, die Übertragung zu widerrufen; b) Der delegierte Rechtsakt kann nur in Kraft treten, wenn das Europäische Parlament oder der Rat innerhalb der im Gesetzgebungsakt

---

<sup>64</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 73, auch S. 95.

<sup>65</sup> Botschaft, S. 485.

<sup>66</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 72.

festgelegten Frist keine Einwände erhebt. Und wie bereits erwähnt wurde, nehmen Parlament und Rat auf die Ausgestaltung der delegierten Verordnungen indirekt doch Einfluss (vgl. vorne Rz. 171).

- 188 Im Bereich der **Durchführungsverordnung** ist der Einfluss der Mitgliedstaaten erheblich, weil dieser Verordnungstypus die Umsetzung der EU-Rechtsakte in den Mitgliedstaaten konkretisiert. Gemäss der Komitologieverordnung ist die Kommission in der Ausarbeitung von Entwürfen zwar ziemlich frei, muss aber damit rechnen, dass sie beim Erlass Schiffbruch erleidet, wenn sie die Interessen der Mitgliedstaaten übergeht. Dies hängt nach Art. 2 Abs. 2 der Komitologieverordnung damit zusammen, dass im hier vor allem relevanten Fall des Prüfverfahrens der Ausschuss ein Vetorecht hat. Dieses Verfahren gilt für Durchführungsrechtsakte von allgemeiner Tragweite und für wichtige Sachbereiche wie die Agrar- und Fischereipolitik, die Umweltpolitik, den Gesundheitsschutz und die gemeinsame Handelspolitik. Der Ausschuss kann gemäss Art. 5 Abs. 3 Komitologieverordnung das Veto mit qualifizierter Mehrheit beschliessen. In diesem Fall kann die Kommission den Entwurf überarbeiten und dem Ausschuss erneut vorlegen. Gibt der Ausschuss eine befürwortende Stellungnahme ab, so erlässt die Kommission gemäss Art. 5 Abs. 2 Komitologieverordnung den im Entwurf vorgesehenen Durchführungsrechtsakt.
- 189 Es kommt hinzu, dass die Kommission bei der Ausarbeitung von Entwürfen für delegierte Verordnungen und Durchführungsverordnungen nicht nur durch die Mitgliedstaaten kontrolliert wird, sondern dass sie zudem aufgrund von Art. 4 Abs. 2 EUV zur Gleichbehandlung beziehungsweise zur Achtung der Gleichheit der Mitgliedstaaten verpflichtet ist.<sup>67</sup> Danach sind alle Personen vor dem Gesetz gleich. Dies setzt der Möglichkeit von Sonderrecht für die Schweiz neben Einwänden der Mitgliedstaaten relativ enge Grenzen.
- 190 Was die Frage betrifft, wer von Seiten der Schweiz an der Ausarbeitung von Rechtakten beteiligt sein sollte, so sind gemäss Vernehmlassungsbericht und Botschaft für die Festlegung der Position der Schweiz und ihre Vertretung die für den Fachbereich des betreffenden Abkommens verantwortlichen Departemente und das EDA zuständig. Das EJPD sei beauftragt, die zuständigen Departemente rechtlich zu begleiten und zu unterstützen, auch im Rahmen des Decision Shaping. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) (Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) soll bei beihilferechtlichen Fragestellungen und für das damit verbundene Decision Shaping von den für die jeweils betroffenen Abkommen zuständigen Ämtern beigezogen werden. Und die Kantone sollen regelmässig informiert und eng einbezogen werden, wenn das Decision Shaping ihre Zuständigkeitsbereiche berühre.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Siehe etwa CALLIESS, Art. 4, N. 11 ff.; STREINZ, Art. 4, N. 12 ff.; CLAASSEN/NETTESHEIM, § 2, N 28 f.

<sup>68</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 79; Botschaft, S. 104 f.

- 191 Zu betonen ist, dass die Sachverständigen der Schweiz im Rahmen des Decision Shaping gemäss dem Vernehmlassungsbericht und der Botschaft keinen Zugang zu den Arbeiten haben, die in den Zuständigkeitsbereich des EU-Rates und des EU-Parlaments fallen. Daher wird der Schweizer Mission bei der Europäischen Union in Brüssel eine Schlüsselrolle zukommen, wenn es darum geht, die Entwicklungen vor Ort mitzuverfolgen und insbesondere bei Vertreterinnen und Vertretern der EU-Mitgliedstaaten und des EU-Parlaments Informationen zu erhalten.<sup>69</sup>
- 192 Der Vernehmlassungsbericht und die Botschaft äussern sich nicht zuletzt zu den Möglichkeiten des Einbezugs des Parlaments bei der Ausarbeitung von EU-Rechtsakten im Hinblick auf deren dynamische Rechtsübernahme. Ausführungen finden sich zur mündlichen und schriftlichen Information, zur ständigen Subkommission für Europafragen, zur eventuellen Entsendung einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters der Parlamentsdienste nach Brüssel, zu Informationsreisen und zur parlamentarischen Zusammenarbeit Schweiz-EU.<sup>70</sup> In der Botschaft konkretisiert der Bundesrat die Darstellung im Vernehmlassungsbericht, dies in Berücksichtigung der Anliegen, die im Vernehmlassungsverfahren vorgetragen wurden, und der damit verbundenen parlamentarischen Vorstösse. Er beantragt dem Parlament eine Ergänzung des Parlamentsgesetzes um einen Art. 152a. Dieser sieht vor, dass: (i) die für die Aussenpolitik zuständigen parlamentarischen Kommissionen und der anderen zuständigen parlamentarischen Kommissionen informiert werden, wenn der betreffende EU-Rechtsakt wichtig sein könnte, (ii) diese Kommissionen konsultiert werden, wenn der betreffende EU-Rechtsakt wesentlich sein könnte, (iii) die Präsidentinnen oder die Präsidenten der Kommissionen in dringlichen Fällen konsultiert werden und (iv) diese Kommissionen verlangen können, in diesem Zusammenhang informiert oder konsultiert zu werden.<sup>71</sup>
- 193 Es fällt auf, dass beim Decision Shaping von der Verwaltung, von den Kantonen, vom Parlament, aber nicht von der Wirtschaft die Rede ist. Dieses Fehlen fällt besonders negativ auf, weil die meisten Regelungen unmittelbar die Wirtschaft betreffen und diese keine förmliche Möglichkeit mehr haben werden, sich im Rahmen einer Vernehmlassung Gehör zu verschaffen, weil diese Möglichkeit im Bereich der Abkommen vollständig entfällt (siehe vorn Rz. 96 ff.).
- 194 Die Möglichkeit der Mitwirkung sagt auch hier noch nichts aus über die Einflussmöglichkeiten der Schweiz im Rahmen des Decision Shaping. Hierauf ist sogleich einzugehen.

---

<sup>69</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 411; Botschaft, S. 485.

<sup>70</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 94 ff.; Botschaft, S. 122 f.

<sup>71</sup> Botschaft, S. 124 f.

## 1.8. Bewertung der tatsächlichen Einflussmöglichkeiten der Schweiz auf die Entstehung von EU-Rechtsakten

- 195 Vorausgeschickt sei, dass die Schweiz strukturell in keiner Weise vergleichbare Einflussmöglichkeiten auf allen Rechtsetzungsebenen der EU-Rechtsetzung hat wie die EU-Mitgliedstaaten, weil diese an der EU-Gesetzgebung direkt über den Rat durch die Regierungen vertreten sind. Der Rat ist gleichberechtigtes Gesetzgebungsorgan wie das Europäische Parlament, wobei der Rat in der Regel sogar mit qualifizierter Mehrheit entscheidet und zugleich nach dem Föderalismusprinzip zusammengesetzt ist: Malta hat mit rund 550'000 Einwohnern einen Sitz wie Deutschland mit rund 83 Mio. Einwohnern, was bedeutet, dass Malta im Rat eine rund 160-fache Stimmkraft im Vergleich mit Deutschland hat (siehe vorn Rz. 90).
- 196 Die Formulierungen in Art. 4 MRA und Art. 12 LSA als Beispiele für das gesamte Abkommenspaket könnten den Eindruck erwecken, dass die Vertretung der Schweiz nach dem Abschluss der Abkommen zusammen mit der Vertretung der EU-Kommission über einen erheblichen Spielraum im Gemischten Ausschuss verfüge. Insbesondere könne sie inskünftig leicht Ausnahmen und Anpassungen bei neuen EU-Rechtsakten vereinbaren. Es gebe im Abkommenspaket ja auch Ausnahmen und Anpassungen zugunsten der Schweiz, die keinen Interventionen der EU mehr unterworfen seien. Diese Ableitung wäre trügerisch. Es ist keineswegs sicher, dass in künftigen EU-Rechtsakten leicht neue Ausnahmen ausgehandelt werden könnten. Die EU-Kommission könnte selber neue Ausnahmen nicht zusichern. Der Rat und das Europäische Parlament können diesbezüglich nicht übergangen werden. Und die Mitgliedstaaten haben gemäss Art. 4 Abs. 2 EUV Anspruch auf Gleichbehandlung, d.h. dass der Schweiz ohne Zustimmung der Mitgliedstaaten keine Sonderstellung eingeräumt werden kann.
- 197 Der vorstehende Nachweis der einschlägigen Rechtsnormen im EU-Recht sowie deren Kommentierung in der Rechtsliteratur dürften die Erwartungen oder Hoffnungen auf erfolgreiche Einflussnahmen auf die Ausgestaltung neuer EU-Rechtsakte daher nachhaltig dämpfen. Vor allem dürften die Vernehmlassungsadressaten nach Art. 147 BV, insbesondere die Kantone und die Wirtschaft, kaum Möglichkeiten haben, sich in relevanter Weise in Vorbereitungsgremien zu beteiligen. In den Ausschüssen sitzen vorwiegend Vertretungen aus den Verwaltungen der Mitgliedstaaten. Die Schweiz wird wohl auch vor allem mit Vertretungen der Verwaltung teilnehmen. Was Expertengruppen betrifft, so haben sie überwiegend beratende Funktion. In wichtigen Gremien wie im Wirtschafts- und Sozialausschuss sitzen hingegen Vertretungen der Mitgliedstaaten. In diese wird die Schweiz wohl keine Vertretungen abordnen können. Es fällt denn auch auf, dass dem Vernehmlassungsbericht und der Botschaft keine Hinweise darauf zu entnehmen sind, wie die Wirtschaft und ihre Verbände auf die Entstehung neuer EU-Rechtsakte einen spürbaren Einfluss nehmen könnten. Nicht ausgeschlossen scheint, dass die Schweizer Wirtschaft in

Bereichen, in denen die schweizerischen Unternehmen in Europa führend sind, mit Vorschlägen über Lobbyarbeit Gehör finden können, weiter auch in mehr technischen Belangen, hingegen kaum in politisch relevanten Themenbereichen.

- 198 Gewisse Unterschiede gibt es zwischen der Ausarbeitung von Vorschlägen für Verordnungen mit Gesetzescharakter einerseits sowie für delegierte Verordnungen und Durchführungsverordnungen anderseits.
- 199 Im Hinblick auf die Ausarbeitung von EU-Gesetzen hat die EU-Kommission zwar mehr oder weniger ein Initiativmonopol und trotz Beachtung normativer Vorgaben für die Beteiligung von betroffenen Kreisen eine erhebliche Gestaltungsfreiheit im Entwurfsverfahren. Am Ende entscheiden aber doch der Rat und das Europäische Parlament im Rahmen der Lesungen, und diese Organe können im Verlauf des Verfahrens die Initiative an sich ziehen oder Entwürfe der Kommission scheitern lassen. Die EU-Kommission wird daher bei Festhalten des Rates oder des Parlamentes an ihren Beschlüssen nachgeben müssen.
- 200 Im Verfahren auf Erlass delegierter Verordnungen hat die EU-Kommission zwar die wenigsten normativen Vorgaben für die Ausarbeitung von Entwürfen. Ausschüsse und dergleichen haben keine Entscheidungsfunktion, sondern lediglich Beratungsfunktion. Dennoch kann die Kommission delegierte Verordnungen, welche der Umsetzung von Verordnungen mit Gesetzescharakter dienen, nicht ohne Rücksichtnahme auf bekannte Vorstellungen des Rates und des Parlaments erlassen. Anders als in der Schweiz können Rat und Parlament auf den Erlass von delegierten Verordnungen nämlich Einfluss nehmen, entweder durch Einwände gegen neue oder durch den Widerruf von erlassenen Verordnungen.
- 201 Vergleichsweise viel Einfluss haben die Mitgliedstaaten im Rahmen des Erlassens von Durchführungsverordnungen. Dies hängt damit zusammen, dass solche Verordnungen Vorschriften für die Umsetzung von EU-Rechtsakten in den Mitgliedstaaten aufstellen. Die zuständigen Ausschüsse können mit qualifizierter Mehrheit den Erlass solcher Verordnungen verhindern beziehungsweise deren Überarbeitung veranlassen.
- 202 Per Saldo ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen und Normnachweisen, dass die Schweiz zwar damit rechnen kann, an der Ausarbeitung von EU-Rechtsakten durch die EU-Kommission mitwirken zu können. Damit ist auch die Mitwirkung in verschiedenen Ausschüssen und Gremien verbunden. Allerdings hat die Kommission selber nur beschränkte Möglichkeiten, Anliegen der Schweiz zu berücksichtigen, weil sie darauf achten muss, die Schweiz gegenüber den Mitgliedstaaten nicht zu privilegieren. Das ergibt sich juristisch allein schon aus dem Anspruch der Mitgliedstaaten auf Gleichbehandlung gemäss Art. 4 Abs. 2 EUV. Aber auch aufgrund der

Zuständigkeiten kann die Kommission die Schweiz, wenn überhaupt, so höchstens punktuell von neuen Rechtsnormen in EU-Rechtsakten ausnehmen, weil das Europäische Parlament und der Rat sonst Korrekturen anbringen können, sei es durch ein Veto oder im Fall der Gesetzgebung – je nach Verfahrensetappe der Beratungen im Parlament und im Rat – durch die Ablehnung eines Rechtsaktes oder durch die Änderung bestimmter Rechtsnormen. Auf erhebliche Regelungsspielräume wird die Schweiz wohl nur hoffen können, wenn neue EU-Rechtsakte für Mitgliedstaaten generell Regelungsspielräume eröffnen. Die Rede ist diesbezüglich u.a. von Renationalisierung. Sie ist vor allem im Agrarrecht seit einiger Zeit vermehrt verbreitet.

## 1.9. Folgerungen

- 203 Rückt man nach diesen Ergebnissen die Risiken für die Schweiz in den Vordergrund, so drängt sich eine Reihe von Folgerungen auf, wobei vor allem die Interessen der Wirtschaft ins Blickfeld gerückt werden sollen:
- 204 Risiken liegen vor allem darin, dass die Bundesverwaltung gemäss Hinweisen im Vernehmlassungsbericht und in der Botschaft die Führungsrolle bei der Vertretung der Interessen der Schweiz haben dürfte. So wird namentlich die Wirtschaft in keiner Weise als möglicher Akteur erwähnt. Ein solcher Einbezug scheint nach den Informationen des Gutachters aus seinem Netzwerk im CEDR (comité européen de droit rural, European Council for Rural Law, Europäische Agrarrechtsgesellschaft für Agrarrecht<sup>72</sup>) aus Deutschland und Österreich allerdings auch für die Wirtschaft der EU-Mitgliedstaaten nicht sehr verbreitet zu sein. Im Übrigen hätten in der EU-Staaten von vergleichbarer Grösse wie die Schweiz ohnehin kaum die Möglichkeit, eigene Anliegen durchzubringen, wenn Deutschland oder Frankreich nicht gleichlaufende Interessen hätten oder sogar dagegen seien. An dieser Stelle kann zum Vergleich darauf hingewiesen werden, dass auch die Einflussmöglichkeiten des EWR auf die EU-Rechtsetzung sehr beschränkt sein sollen.<sup>73</sup>
- 205 Die Wirtschaft muss unter diesen Umständen nach Meinungen aus dem Netzwerk wohl – wie zum grossen Teil auch die Wirtschaft in den EU-Mitgliedstaaten – über ein Lobbying direkt bei der EU-Kommission, dem Europäischen Parlament, dem Rat und Mitgliedstaaten Einfluss zu nehmen versuchen. Angesichts der beschränkten Möglichkeiten der Einflussnahme über Gremien dürfte sich gemäss Netzwerkmitgliedern eine ständige Präsenz der Wirtschaft in Brüssel

---

<sup>72</sup> Beim CEDR handelt es sich um die Dachgesellschaft der nationalen Agrarrechtsgesellschaften der Länder Europas, vor allem der EU-Mitgliedstaaten. Der Autor war zwischen 1993–2013 leitender Funktionär des CEDR, zunächst als stv. Generaldelegierter und dann anschliessend zwölf Jahre Generaldelegierter und als solcher mit der wissenschaftlichen Leitung sowie mit der Konzeption und Durchführung der Europäischen Agrarrechtskongresse beauftragt. Zum Netzwerk gehören leitende Juristen aus nationalen Verwaltungen, der EU-Kommission, von Verbänden, Rechtsanwälte und Professoren.

<sup>73</sup> Siehe z.B. KREUZLER/HERRMANN/NIEDSTEDT/HOLTERHUS, EWR 132a, Rn. 118.

aufdrängen, ebenso die Kontaktaufnahme mit Partnerverbänden in EU-Mitgliedstaaten beziehungsweise deren Dachverbänden zur Abstimmung von Interessen.

- 206 Ein zusätzliches Risiko für die Interessen der Schweiz könnte sich daraus ergeben, dass in der Schweiz für die Ausarbeitung eines neuen EU-Rechtsakts teilweise mehr als ein Bundesamt angesprochen ist, so etwa im Bereich des Lebensmittelsicherheitsabkommens namentlich das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) und das Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (BLV). Diese beiden Ämter haben nicht stets dieselben Interessen und unterstehen auch noch unterschiedlichen Departementen. Es scheint nicht ausgeschlossen zu sein, dass es deswegen zu Abstimmungsproblemen für die Formulierung von Stellungnahmen kommen kann.
- 207 Die genannten Risiken sind vor allem deswegen nicht zu unterschätzen, weil es beim Abschluss des Vertragspakets nicht um eine Integration in den EU-Binnenmarkt von zwei oder drei Jahren geht, sondern wohl um eine nicht umkehrbare Integration auf viele Jahrzehnte.

## **2. Kein Rechtsanspruch auf neue Ausnahmen nach Abschluss der Abkommen**

- 208 Nachdem vorstehend den möglichen Risiken des Abkommenspakets nachgegangen worden ist, stellt sich die zusätzliche Frage, ob und wie weit die Möglichkeit besteht, nach Abschluss der Abkommen im Zusammenhang mit dem Erlass neuer EU-Rechtsakte Ausnahmen und Anpassungen zugunsten der Schweiz zu erreichen. Dazu soll vorweg gefragt werden, ob und welche Aussagen im Vernehmlassungsbericht und in der Botschaft zu neuen Ausnahmen zu finden sind.
- 209 Im Vernehmlassungsbericht ist zunächst zu den Ausnahmen im Abkommenspaket folgendes zu lesen: «Die dynamische Rechtsübernahme beschränkt sich auf den Geltungsbereich und die in den Abkommen definierten Ziele und gewährleistet eine regelmässige Aktualisierung der Binnenmarktabkommen, wodurch die Teilnahme der Schweiz am EU-Binnenmarkt gesichert ist. Für jede Aktualisierung ist weiterhin die Zustimmung der Schweiz und der EU erforderlich (kein Automatismus). Die verfassungsmässigen Verfahren der Schweiz werden eingehalten, insbesondere durch ausreichend lange Fristen. Die wesentlichen Interessen der Schweiz werden durch Ausnahmen gewahrt. Für jedes der Binnenmarktabkommen sind die vitalen Interessen der Schweiz (z. B. Verlagerungspolitik im Bereich Landverkehr, Lohnschutz im Bereich Personenfreizügigkeit, Reservekraftwerke im Bereich Strom) durch entsprechende Ausnahmen abgesichert. Die Rechtsverbindlichkeit dieser Ausnahmen ist klar definiert, ebenso wie jene der Absicherungen und der Prinzipien im Bereich der Personenfreizügigkeit und des Lohnschutzes (s. Ziff. 2.3.6).»<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 59; Botschaft, S. 75 f.

- 210 Diese Aussagen sind zutreffend für Ausnahmen, die in den Änderungsprotokollen zu den bestehenden Abkommen sowie in den neuen Abkommen ausdrücklich verankert werden. Sie sagen aber nichts darüber aus, ob die EU bei der Weiterentwicklung des EU-Rechts der Schweiz neue Ausnahmen zugestehen wird. Es gibt in den Abkommen keine entsprechenden Zusagen oder Rechtsansprüche. Neue Ausnahmen würden, wie die Ausnahmen in den Änderungsprotokollen und in den neuen Abkommen, die Zustimmung nicht nur der Kommission, sondern auch die Zustimmung des Europäischen Parlaments und des Rates voraussetzen. Dies lassen der Vernehmlassungsbericht und die Botschaft immerhin auch erkennen, wenn zu lesen ist: «Die Parteien können später weitere Ausnahmen vereinbaren. In diesem Fall muss die Bestimmung, die die Ausnahmen auflistet, geändert und die neue Ausnahme hinzugefügt werden. Die Parteien – und nicht der GA – sind für die Änderung dieser Bestimmung zuständig.»<sup>75</sup>
- 211 Weiter ist namentlich von Interesse, was insbesondere im Zusammenhang mit dem FZA noch konkretisiert wird: «Das geänderte FZA verpflichtet die Schweiz und die EU auch zur dynamischen Integration künftiger Rechtsakte der EU in die Anhänge des Abkommens, wenn diese in den Geltungsbereich des Abkommens fallen und keine zwischen den Vertragsstaaten vereinbarten Ausnahmen betreffen. Dieser vom GA getroffene Integrationsentscheid hat zur Folge, dass der betreffende Rechtsakt in die schweizerische Rechtsordnung übernommen wird.»<sup>76</sup>
- 212 Zusammengefasst gibt es demnach keine Rechtsansprüche der Schweiz auf künftige Ausnahmen, was bedeutet, dass die Schweiz gegenüber der EU inskünftig nur Wünsche auf neue Ausnahmen anbringen kann. Solche Wünsche dürften es allerdings schwer haben, weil die EU die Schweiz gegenüber den Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht privilegieren kann. Die Mitgliedstaaten haben aus Art. 4 Abs. 2 EUV Anspruch auf Gleichbehandlung. Diese Bindung an das Gleichbehandlungsgebot muss die EU grundsätzlich auch gegenüber der Schweiz als Nicht-Mitgliedstaat beachten. Denn die Schweiz ist in den Abkommen einem Mitgliedstaat gleichgestellt.
- 213 Der Ausnahmefall für die Schweiz gegenüber den Mitgliedstaaten der EU in den vorliegenden Änderungsprotokollen zu bestehenden Abkommen und in den neuen Abkommen soll anhand des IP-LSA nachfolgend illustriert und dokumentiert werden. Vorweg soll aber eine Aussage aus dem Vernehmlassungsbericht problematisiert werden. Speziell zur Lebensmittelsicherheit ist zu lesen: «Ausnahmen, insbesondere in den Bereichen Tierschutz und gentechnisch veränderte Organismen, sind gewährleistet. Damit bleiben Schweizer Standards abgesichert.»<sup>77</sup> Diese Absicherung des nationalen Rechts betrifft nur die besonders aufgeführten Ausnahmebereiche. In allen anderen Bereichen gilt das nicht. Es ist daher irreführend, wenn der Bericht im gleichen

---

<sup>75</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 59; Botschaft, S. 102 f.

<sup>76</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 389; Botschaft, S. 462.

<sup>77</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 53; Botschaft, S. 60.

Abschnitt die Zuversicht verbreitet, die Schweiz bleibe in der Agrarpolitik souverän. Ein stets wachsender Anteil der Agrarpolitik ereignet sich nicht (mehr) im Bereich des Marktzugangs und der finanziellen Unterstützung, insbesondere durch Direktzahlungen, sondern je länger, desto mehr im Bereich der Regelung der Lebensmittelsicherheit gemäss Art. 2 über den Geltungsbereich des IP-LSA, soweit es in Art. 7 IP-LSA keine Ausnahmen gibt.

- 214 Für die Abschätzung der Relevanz der Ausnahmen im Agrarrecht ist dem IP-LSA zu entnehmen, dass dieses einen weiten Geltungsbereich hat. Danach fallen gemäss Art. 2 IP-LSA in den Geltungsbereich alle Stufen der Produktion, der Verarbeitung und des Vertriebs von Lebens- und Futtermitteln sowie tierischen Nebenprodukten; Tiergesundheit und Tierschutz; Pflanzengesundheit und Pflanzenschutzmittel; Pflanzenvermehrungsmaterial; antimikrobielle Resistenzen; Tierzucht; Kontaminanten und Rückstände; Materialien und Gegenstände, die dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Berührung zu kommen; Kennzeichnung; sowie die entsprechenden amtlichen Kontrollen.
- 215 Dieser Geltungsbereich ist ausserordentlich umfassend umschrieben und erfasst die ganze Ernährungskette. Diesen weiten Geltungsbereich verkleinert gemäss Art. 7 IP-LSA nur eine (kleine) Zahl von Ausnahmen. Diesbezüglich bestimmt Art. 7 Abs. 1, dass unter Ausnahmen fallen: (a) absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt sowie das Inverkehrbringen von Produkten, die genetisch veränderte Organismen enthalten oder aus ihnen bestehen, und von Lebens- und Futtermitteln, die aus genetisch veränderten Organismen hergestellt wurden; (b) das Tierwohl, einschliesslich der Mindestnormen für den Schutz landwirtschaftlicher Nutztiere, den Schutz lebender Wirbeltiere beim Transport und damit zusammenhängenden Vorgängen sowie bestimmte Kennzeichnungsvorschriften; (c) die Einfuhr von Rindfleisch, das von Rindern stammt, die möglicherweise mit Wachstumshormonen behandelt wurden. Der Gemischte Ausschuss handelt gemäss Art. 13 Abs. 4 IP-LSA gemäss Abs. 1 und fasst so rasch wie möglich einen Beschluss zur Änderung von Anhang I Abschnitt 2, einschliesslich der erforderlichen Anpassungen.
- 216 Zur Illustration dieser Regelung ist auf die einschlägigen Bestimmungen im Anhang I über die Liste der Rechtsakte im gemeinsamen Lebensmittelsicherheitsraum des IP-LSA einzugehen.
- 217 Abschnitt I über Allgemeine Bestimmungen ist zu entnehmen, dass die Rechtsakte, die nach Art. 13 in das Protokoll integriert werden oder nach Art. 15 vorübergehend anzuwenden sind, unter Vorbehalt der in Art. 7 genannten Ausnahmen gelten und wie folgt zu verstehen sind: Sofern in technischen Anpassungen nichts anderes bestimmt ist, sind die Rechte und Pflichten, die in diesen Rechtsakten für die Mitgliedstaaten der Union vorgesehen sind, so zu verstehen, dass sie für die Schweiz vorgesehen sind; gilt jede sonstige Bezugnahme auf die Mitgliedstaaten der Union

auch als Bezugnahme auf die Schweiz; schliesst Bezugnahmen auf in den Mitgliedstaaten der Union ansässige oder niedergelassene natürliche oder juristische Personen in diesen Rechtsakten auch in der Schweiz ansässige oder niedergelassene natürliche oder juristische Personen ein.

- 218 Abschnitt II enthält dann die Liste der Rechtsakte. Danach gelten die in diesem Abschnitt aufgeführten Rechtsakte einschliesslich der auf ihrer Grundlage erlassenen und durch Beschluss des Gemischten Ausschusses für Lebensmittelsicherheit nach Art. 13 Abs. 4 IP-LSA integrierten Rechtsakte bis zu dem Integrationsdatum, auf das im Eintrag des jeweiligen in diesem Abschnitt aufgeführten Rechtsakts Bezug genommen wird. Das massgebliche Integrationsdatum wird durch den jeweiligen Beschluss des Gemischten Ausschusses für Lebensmittelsicherheit festgelegt.
- 219 Im Sinn eines Beispiels sei aus der Abteilung A. betr. amtliche Kontrollen und Einfuhr unter Ziff. 1. 32017 R 0625 verwiesen auf die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2017 über amtliche Kontrollen und andere amtliche Tätigkeiten zur Gewährleistung der Anwendung des Lebens- und Futtermittelrechts und der Vorschriften über Tiergesundheit und Tierschutz, Pflanzengesundheit und Pflanzenschutzmittel, zur Änderung der Verordnungen ..., die bereits geändert wurde durch folgende Rechtsakte: 1.1. 32021 R 1756: Verordnung (EU) 2021/1756 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 2021 (ABl. L 357 vom 8.10.2021, S. 27), 1.2. 32024 R 3115: Verordnung (EU) 2024/3115 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2024 (ABl. L, 2024/3115, 16.12.2024, S. 1). Zudem wird festgelegt, dass auch noch auf der Grundlage dieser Verordnung erlassene und bis zum 31. Dezember 2024 integrierte Rechtsakte eingeschlossen sind.
- 220 Wichtig ist die Festlegung, dass die Verordnung (EU) 2017/625 für die Zwecke dieses Protokolls mit folgenden Anpassungen gilt: (a) Bezugnahmen auf Zollverfahren sind als Bezugnahmen auf die einschlägigen Schweizer Rechtsvorschriften zu verstehen; (b) in Anhang I wird Folgendes angefügt: «31. Das Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft».
- 221 Aus den Angaben aus dem Anhang I geht hervor, dass die Begriffe «Ausnahme» und «Anpassung» keine identische Bedeutung haben. Während sich Ausnahmen auf inhaltliche, rechtlich relevante Bestimmungen beziehen, geht es bei den Anpassungen um rechtstechnische Anliegen.
- 222 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der in den Abkommen figurierende Begriff der «Anpassung» im Zusammenhang mit Beschlüssen des Gemischten Ausschusses keine materiell-rechtliche Bestimmungen meint, sondern rechtstechnische Anpassungen. Als Beispiel sei hier Art. 13 Abs. 4 IP-LSA angeführt. Danach handelt der Gemischte Ausschuss für

Lebensmittelsicherheit gemäss Abs. 1 und fasst so rasch wie möglich einen Beschluss zur Änderung von Anhang I Abschnitt 2, einschliesslich der erforderlichen Anpassungen.

223 Per Saldo ist demnach festzuhalten, dass das Abkommenspaket grundsätzlich keine Rechtsnorm des Inhalts aufweist, die Schweiz habe einen Rechtsanspruch auf Ausnahmen in EU-Rechtsakten, die nach Inkrafttreten der Abkommen ergehen. Der Gemischte Ausschuss kann lediglich rechtstechnische Anpassungen beschliessen. Neue Ausnahmen müssen in den Abkommen selber verankert werden. Das bedeutet, dass die EU-Kommission Ausnahmen nicht in eigener Kompetenz bewilligen kann. Das Europäische Parlament und der Rat können sich neuen Ausnahmen in künftigen EU-Rechtsakten widersetzen.

### **3. Ausgleichsmassnahmen der EU in allen Binnenmarktverträgen als mögliches «Schachmattkriterium» gegen jedwedes Veto der Schweiz gegen neue EU-Rechtsakte**

224 Von besonderer Wichtigkeit ist Art. 11 Abs. 1 IP-MRA und Art. 21 IP-LSA über Ausgleichsmassnahmen. Danach kann die andere Partei, falls eine Partei nach Feststellung einer Vertragsverletzung keine Massnahmen zur Beseitigung der Verletzung ergreift oder ein Schiedsgerichtsurteil nicht umsetzt, verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen treffen, und zwar in irgendeinem Binnenmarktverträgen, um ein mögliches Ungleichgewicht zu beheben. Allerdings kann der Gemischte Ausschuss nach Art. 11 Abs. 2 IP-MRA und Art. 21 Abs. 2 LSA innerhalb eines Monats nach dem Datum der Notifikation der geplanten Ausgleichsmassnahmen einen Beschluss zur Aussetzung, Änderung oder Aufhebung dieser Massnahmen fassen. Bleibt ein solcher Beschluss aus, so kann jede Vertragspartei die Frage der Verhältnismässigkeit dieser Ausgleichsmassnahmen der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellen.

225 Wenn Ausgleichsmassnahmen in irgendeinem Binnenmarktverträgen getroffen werden können, besteht das Risiko einer kollektiven Gegnerschaft gegen die Ablehnung eines neuen EU-Rechtsakts z.B. im Geltungsbereich des MRA oder LSA, weil niemand das Risiko eingehen will, am Ende von Ausgleichsmassnahmen betroffen zu werden. Dies könnte dazu führen, dass es gar nie zu einer Ablehnung eines neuen EU-Rechtsakts durch die Bundesversammlung, den Bundesrat oder aufgrund eines Referendums kommen wird. Per Saldo könnte sich diese weit gefasste transversale Möglichkeit von Ausgleichsmassnahmen als «Schachmattkriterium» zugunsten der EU erweisen. Der Gutachter hat diese Vermutung bei einem hohen Vertreter eines wichtigen Verbandes getestet und die Frage gestellt, wie sich sein Verband angesichts des erwähnten Risikos im Fall eines Referendums gegen einen EU-Rechtsakt in einem anderen Abkommen als dem seinen Verband betreffenden verhalten würde. Er meinte, dass man gegen die Ablehnung der EU-Regelung, d.h. gegen das Referendum eintreten müsste, um allfällige Ausgleichs-

massnahmen gegenüber seiner Branche zu vermeiden. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang, dass in der Ökonomie ebenfalls die Meinung vertreten wird, die Ausgleichsmassnahmen würden das Referendum faktisch aushebeln.<sup>78</sup>

- 226 Aus verfassungsrechtlicher Sicht kommt hinzu, dass nach Art. 9 BV jede Person Anspruch darauf hat, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Mit Art. 9 BV kommt es zur Kollision, wenn im Fall einer Abkommensverletzung oder der Ablehnung der Übernahme eines neuen EU-Rechtsakts im Rahmen des MRA beziehungsweise des Lebensmittelsicherheitsabkommens oder eines anderen bilateralen Abkommens in den Bereichen betreffend den Binnenmarkt oder des Abkommens über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen ergriffen werden können. Der Grund für die Kollision liegt darin, dass die EU Ausgleichsmassnahmen in einem sachlich völlig anderen Zusammenhang als dem Regelungsbereich des verletzten Abkommen treffen kann. Nationalrechtlich widerspricht dies klar dem Willkürverbot. Dieses verlangt laut der Rechtsprechung einen sachlichen Zusammenhang zwischen verletzten Normen und Sanktionen.<sup>79</sup> Astrid Epiney meint demgegenüber, Art. 9 BV spiele im Rahmen des Abkommenspakets keine Rolle, weil es allein um das Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU und nicht um das Verhältnis zu Privaten gehe.<sup>80</sup> Allerdings widerspricht sie sich, wenn sie andererseits festhält, die Schweiz dürfe keine Staatsverträge abschliessen, welche die Bundesverfassung verletzen.<sup>81</sup> Die hier fragliche Regelung betrifft sehr wohl das Verhältnis des Staates zu Rechtssubjekten. Diese werden Ausgleichsmassnahmen ausgesetzt, die aus landesrechtlicher Sicht willkürlich sein können und damit Art. 9 BV widersprechen würden.
- 227 Konsequenz: Unter diesen Umständen würde es dem Willkürverbot widersprechen, wenn die EU z.B. wegen der Verletzung des LSA aufgrund einer angenommenen Volksinitiative Ausgleichsmassnahmen z.B. im MRA bei Medizinprodukten ergreifen würde.

#### **4. Liste von Schiedsrichtern als mögliches Einfallstor für wirtschaftskritische Vertretungen der Schweiz**

- 228 Ein weiteres Risiko könnte insbesondere für die Wirtschaft in der Zusammensetzung des Schiedsgerichts bestehen. Es soll eine indikative Liste mit Namen möglicher Schiedsrichter erstellt werden. Dies folgt für das MRA aus Art. II.2 Abs. 4 über das Schiedsgericht der Anlage im

---

<sup>78</sup> KARL KÄLIN, Patrons warnen vor Demokratieverlust, Bote der Urschweiz, 11. März 2026, S. 16. Diese Aussage stammt von Prof. Mark Schelker, Universität Fribourg.

<sup>79</sup> Siehe namentlich KÜRSTEINER, S. 257 f. mit Hinweisen.

<sup>80</sup> EPINEY, S. 134.

<sup>81</sup> EPINEY, S. 135.

IP-MRA und ebenfalls aus Art. II.2 Abs. 4 der Anlage im IP-LSA. Zuständig für die Erstellung und Nachführung der Liste ist der Gemischte Ausschuss. Gemäss Angaben im Vernehmlassungsbericht geht es um die «Liste von qualifizierten Personen, die vorab von der Schweiz und der EU im GA vereinbart wurde».<sup>82</sup>

229 Sollte die Vermutung über die Verwaltungslastigkeit des Gemischten Ausschusses und des ganzen Prozederes zutreffen, so ist nicht ausgeschlossen, dass Personen auf die Liste kommen, die eher Verwaltungs- als legitime Wirtschaftsinteressen vertreten.

230 Die Schweiz könnte sich unter diesen Umständen im Hinblick auf die Verfolgung nationaler Wirtschaftsinteressen im Streitfall selber ein Bein stellen, wenn die Interessen der Wirtschaft für die Auswahl der Personen auf der erwähnten Liste nicht genügend beachtet werden.

## 5. Rechtssicherheit mit Tendenz zur Einseitigkeit zugunsten der EU

231 Im Vernehmlassungsbericht wird die Integration in den Binnenmarkt nicht zuletzt mit Argumenten der Rechtssicherheit begründet. Hier sollen ein paar zentrale diesbezügliche Aussagen zitiert werden:

232 «Nach einigen Jahren der Stagnation der Beziehungen mit der EU und der Rechtsunsicherheit, in denen die Stabilisierung und Weiterentwicklung des Verhältnisses zur EU aufgrund nicht gelöster institutioneller Fragen mit der EU auf Eis lagen, legt der Bundesrat mit dem vorliegenden Paket eine solide Grundlage für geregelte Beziehungen mit dem wichtigsten Partner vor. Anpassungen an den bestehenden Abkommen beschränken sich auf das Notwendigste, um das Funktionieren der bestehenden Verträge sicherzustellen. Dies dient der Rechtssicherheit.»<sup>83</sup>

233 «Mit den institutionellen Elementen erhöht die Schweiz die Rechtssicherheit und sichert die Teilnahme am EU-Binnenmarkt in den genannten Bereichen auch für die Zukunft.»<sup>84</sup>

234 «Dynamische Rechtsübernahme: Die Binnenmarktabkommen müssen regelmässig an die relevanten Entwicklungen des EU-Rechts angepasst werden, damit die Teilnahme der Schweiz am EU-Binnenmarkt in den betreffenden Sektoren langfristig gesichert ist. Ohne Aktualisierung würden Rechtsabweichungen entstehen, die zu immer grösseren Hürden bei der Umsetzung der Binnenmarktabkommen, wie sie von den Parteien angestrebt wird, führen könnten. Diese Hürden würden die angestrebte Rechtssicherheit ... und ganz allgemein die in den Abkommen

<sup>82</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 83; Botschaft, S. 110.

<sup>83</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 50; Botschaft, S. 56.

<sup>84</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 57; Botschaft, S. 64.

vorgesehene Beteiligung der Schweiz am EU-Binnenmarkt gefährden, was insbesondere die Schweizer Wirtschaftsakteure benachteiligen würde.»<sup>85</sup>

- 235 Hier vermisst man die Frage, ob die – z.B. auf 50 Jahre extrapolierte Zugehörigkeit zum EU-Binnenmarkt – nicht ebenfalls eine nicht voraussehbare Rechtsunsicherheit mit sich bringt, ob also die beseitigten Rechtsunsicherheiten nicht durch Rechtsunsicherheiten über die Zukunft der EU ganz oder teilweise kompensiert werden könnten. Je nach Entwicklung des EU-Rechts können heute noch nicht absehbare Kollisionen mit dem dazumaligen nationalen Recht entstehen. Es ist keineswegs sicher, dass die Schweiz dazumal unerwünschte neue EU-Rechtsakte ablehnen kann, ohne grössere Probleme für sich zu schaffen.
- 236 Nicht zuletzt ist mit der Regelung über die Ausgleichsmassnahmen ein hoher Unsicherheitsfaktor in die Abkommen eingeführt worden, weil die EU solche Massnahmen in irgendeinem Binnenmarktabkommen treffen kann. Dies kann dazu führen, dass die EU z.B. die Ablehnung einer PFAS-Regelung in einem EU-Rechtsakt durch die Schweiz zu Ausgleichsmassnahmen im IP-MRA im Bereich von Medizinprodukten oder von Baugeräten und Baumaschinen ergreift. Wie erwähnt, könnte sich das transversale Konzept der Ausgleichsmassnahmen als «Schachmattkriterium» für Referenden und Volksinitiativen erweisen.
- 237 Im Übrigen gibt es keine Gewähr dafür, dass die EU ausserhalb der jetzt vorliegenden Abkommen nie mehr Druck auf die Schweiz für die Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen oder für die Durchsetzung weiterer Integrationsschritte ausüben könnte. Zu denken ist z.B. an die Forderung auf Dynamisierung des Freihandelsabkommens 1972. Im Übrigen besteht nicht einmal innerhalb bestehender Abkommen eine völlige Sicherheit auf Einhaltung der Verpflichtungen. So machte etwa Bundespräsident Parmelin zu Recht darauf aufmerksam, dass die EU gegenüber der Schweiz Zölle auf Stahl erheben will. Wörtlich hat er in einem Interview in der NZZ am Sonntag ausgeführt. «Die EU hat bereits hohe Schutzzölle auf Stahl erhoben, die auch Schweizer Exporteure treffen. Ich persönlich habe dieses Thema mit der EU-Kommissions-Präsidentin Ursula von der Leyen und mit dem Kommissar für Handel, Maroš Šefčovič, angesprochen und gesagt: So geht es nicht. Es ist nicht das erste Mal, dass wir so etwas erleben. Das habe ich deutlich gemacht.»<sup>86</sup> Dazu muss man ergänzen, dass solche Zölle Art. 3 Abs. 1 FHA 1972 widersprechen. Die EU müsste mindestens den Gemischten Ausschuss nach Art. 29 FHA 1972 damit befassen.

<sup>85</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 72; Botschaft, S. 91.

<sup>86</sup> Beat Balzli/Simon Marti (Interviewer), Ich habe Frau von der Leyen gesagt: So geht es nicht, NZZ am Sonntag vom 25. Januar 2026, S. 11 f.

## C. Ausgewählte Einzelfragen

### I. Rechtsstellung von Hochschulen hinsichtlich Zulassungsregelungen und Studiengebühren sowie Zugang zu Programmen

#### 1. Zulassungsregelungen und Studiengebühren

##### 1.1. Inhalt

238 Die Autonomie für die Regelung der Zulassung zu Studien an Schweizer Hochschulen sowie die Gestaltung der Studiengebühren ist für Schweizer Hochschulen und auch deren Träger von erheblicher Bedeutung. Die Schweiz verfügt über Hochschulen in der deutschsprachigen, der französischsprachigen und in der italienischsprachigen Schweiz und ist daher für Studierende aus Deutschland, Frankreich und Italien, d.h. den grössten EU-Mitgliedstaaten, die alle Grenzan-schluss haben, ideal erreichbar und wegen ihres Rufes sehr gesucht. Wenn die Schweizer Hoch-schulen unbeschränkt freien Zugang für Studierende aus EU-Mitgliedstaaten gewähren müssten, könnten sie grössere bis unlösbare Kapazitäts- und Finanzprobleme erhalten. Es ist daher wichtig zu wissen, welche Regelungen mit dem Abkommenspaket im Zusammenhang mit dem Zugang von Studierenden aus der EU auf die Schweizer Hochschulen zukommen.

239 Das Änderungsprotokoll-Freizügigkeitsabkommen (ÄP-FZA) sieht im Bereich der Studienge-bühren eine Anpassung gegenüber dem heutigen Rechtszustand vor. Dies geht aus Art. 7b ÄP-FZA über die Studierenden hervor. Danach dürfen EU-Studierende gemäss Art. 2 FZA an Hoch-schulen in der Schweiz und in der EU, die mehrheitlich aus öffentlichen Mitteln finanziert wer-den, hinsichtlich der Gebühren nicht diskriminiert werden (Bst. a). Vorbehaltlich der Erhaltung der Qualität und der Besonderheiten ihrer bestehenden Bildungssysteme, einschliesslich des Zu-lassungssystems und der Organisation der Kompetenzen, dürfen die Vertragsparteien das Ge-samtniveau an Studierenden ihrer unter Buchstabe a genannten Einrichtungen, die Staatsangehö-rige der anderen Vertragsparteien sind und die vor Aufnahme des Studiums nicht zum Aufenthalt in ihrem Hoheitsgebiet berechtigt waren, ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmung nicht verringern. Es gibt keine Verpflichtung der Vertragsstaaten, ihre jeweiligen Zulassungs-systeme zu ändern, das oben erwähnte Niveau an Studierenden zu erhöhen oder eine Mindestzahl von Studienplätzen für Studierende aus den anderen Vertragsparteien vorzusehen (Bst. b). Die Vertragsparteien dürfen bei der Anwendung der Bst. a und b keine Diskriminierung zwischen Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien vornehmen (Bst. c).<sup>87</sup>

<sup>87</sup> Für den Kommentar kann auf den Vernehmlassungsbericht, Änderungsprotokoll, Personen-freizügigkeit (Anhang I FZA), S. 228 verwiesen werden; gleichlautend die Botschaft, S. 286. Die dortigen Ausführungen sind für die hier massgebende Frage-stellung nicht wesentlich.

- 240 Was Programme betrifft, so kann sich die Schweiz gemäss dem Vernehmlassungsbericht und der Botschaft systematischer an den EU-Programmen beteiligen, insbesondere in den Bereichen Bildung, Forschung und Innovation. Die Assoziierung an das Horizon-Paket (bestehend aus Horizon Europe, Euratom Programm, Digital Europe Programme und der Forschungsinfrastruktur ITER) sei rückwirkend ab dem 1. Januar 2025 (mit Ausnahme von ITER ab dem 1. Januar 2026) und für Erasmus+ ab dem 1. Januar 2027 vorgesehen. Institutionen, Unternehmen, Forschende, Bildungsverantwortliche sowie Personen in Ausbildung würden die Möglichkeit erhalten, sich umfassend an den Programmaktivitäten zu beteiligen. Die Schweiz erhalte europaweiten Zugang zu bedeutenden Ressourcen, Kompetenzen und Netzwerken. Dies stärke die Wettbewerbsfähigkeit und Innovationskraft der Schweiz. Ein starker Bildungs-, Forschungs-, und Innovationsstandort fördere mit seinen Aktivitäten das langfristige Wirtschaftswachstum.<sup>88</sup>
- 241 Bemerkenswert für die Ausführungen zu den Anliegen der Hochschulen ist eine Aussage zum Aushandlungsprozess der Schutzklausel. Danach brachte die EU eine neue Forderung im Zusammenhang mit der bestehenden Ausnahmeregelung in Bezug auf die Zulassung zu Universitäten und Hochschulen, die Studiengebühren und die Gewährung von Unterhaltsbeihilfen ein. Während die Schweiz die Ausnahme betreffend den Zugang zu Hochschulen beibehalten konnte, musste sie bei den Studiengebühren in dem Sinne nachgeben, dass sie bei EU-Bürgern künftig den Nichtdiskriminierungsgrundsatz anwenden muss.<sup>89</sup>
- 242 Die neue Regelung würde bei den beiden ETH aufgrund der Nicht-Diskriminierung bei den Studiengebühren zu Ausfällen führen, und zwar aufgrund einer Simulation für 2025/26 im Umfang von 23,3 Mio. CHF pro Jahr. Diese Ausfälle sollen vom Bund als Eigner im Rahmen der Botschaft zur Förderung von Bildung, Forschung und Innovation abgegolten werden. Die Ausfälle der betroffenen Kantone und ihrer Hochschulinstitutionen sollen durch eine auf vier Jahre befristete Bundesunterstützung abgedeckt werden: Der Bund soll 50 Prozent der durch die Nicht-Diskriminierung verursachten Gesamtausfälle (Simulation 2024/25: 21,8 Mio. CHF /Jahr) übernehmen. Dieser Prozentsatz liege deutlich höher als der Bundesanteil am Gesamtbetrag der Referenzkosten an Universitäten und Fachhochschulen (Grundbeiträge gemäss Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz [HFKG]). Der Bund unterstreiche damit sein Engagement, die Hochschulen bei der Anpassung ihrer Strategien, welche aufgrund der Nicht-Diskriminierung bei den Studiengebühren erforderlich werde, zu unterstützen. Der Bundesbeitrag soll Hochschulen mit Einbussen wegen tieferen Gebühreneinnahmen und solche, die die Kosten für EU-Studierende heute schon selbst tragen, entlasten. Dabei soll der Beitrag nach folgendem Verteilschlüssel auf die Hochschulen aufgeteilt werden: im ersten Jahr zu 80 Prozent nach Einbussen und zu 20

---

<sup>88</sup> Vernehmlassungsbericht, Würdigung der Abkommen, Politische Würdigung, S. 53; Botschaft, S. 61.

<sup>89</sup> Vernehmlassungsbericht, Personenfreizügigkeit, Zielsetzung und Verhandlungsverlauf, S. 219; Botschaft, S. 274.

Prozent nach dem Anteil der EU-Studierenden, mit einer schrittweisen Anpassung zugunsten des Anteils der EU-Studierenden in den folgenden drei Jahren, was den Anliegen zahlreicher Kantone Rechnung trage. Die vierjährige Befristung verschaffe den Hochschulen genügend Zeit zur Anpassung ihrer Strategien.<sup>90</sup>

243 Für den vorliegenden Zusammenhang von besonderem Interesse und besonderer Bedeutung ist, dass die Schweiz beim Abschluss der Abkommen keinen Rechtsanspruch auf gleichberechtigte Beteiligung an künftigen EU-Forschungsprogrammen erwirken konnte. Dies geht aus den folgenden Ausführungen im Vernehmlassungsbericht hervor: Nicht Gegenstand der Verhandlungen sei die Teilnahme der Schweiz an zukünftigen EU-Programmen gewesen. Während das EUPA die Grundlage für eine solche darstelle, müsse die Schweiz für jede Programmgeneration die Protokolle mit den spezifischen Bedingungen für die Assoziierung neu verhandeln. Dabei könne sie jeweils auch neu beurteilen, an welchen für Drittstaaten zugänglichen Programmen sie sich assoziieren möchte. Das Parlament könne sich im Rahmen der Finanzierungsbotschaften für die einzelnen Programmteilnahmen zu einer Assoziierung äussern und darüber entscheiden.<sup>91</sup>

## 1.2. Folgerungen

244 Die Regelung im Programme-Abkommen über die Studiengebühren und die Zulassung von Studierenden aus den EU-Mitgliedstaaten an Schweizer Hochschulen wird gegenüber der heutigen Rechtslage in der Schweiz in sehr erheblichem Ausmass verschlechtert, weil die Hochschulen keine höheren Studiengebühren von Studierenden aus der EU mehr verlangen dürfen als von Studierenden aus der Schweiz. Um eine als Fortschritt bezeichnete Regelung der Schutzklausel im FZA zu erhalten, hat die Schweiz der EU dieses Zugeständnis gemacht.<sup>92</sup> Auch im Bereich der Zulassung der Studierenden ist eine Verschlechterung der Rechtslage für die Schweizer Hochschulen zu verzeichnen, und zwar in dem Sinn, dass die Schweiz die Gesamtzahl der Studierenden aus EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht reduzieren darf. Sie darf aber immerhin – was namentlich an der Universität St. Gallen seit Jahrzehnten gehandhabt wird – die Zulassung von Studierenden aus EU-Mitgliedstaaten kontingentieren, insbesondere mit Zulassungsprüfungen. Die Gebührenregelungen wird die Schweizer Hochschulen belasten, weil sie aus den EU-Mitgliedstaaten keine Beiträge für ihre Studierenden erhalten, wie das für die Studierenden aus den Kantonen aufgrund der Interkantonalen Vereinbarung über die Beiträge an die Ausbildungskosten von universitären Hochschulen (Interkantonale Universitätsvereinbarung, IUV) vom 27.

<sup>90</sup> Vernehmlassungsbericht, Würdigung des Pakets Schweiz–EU, Das Verhandlungsmandat erfüllt – inländische Begleitmassnahmen beschlossen, S. 896 f.; Botschaft, S. 1049.

<sup>91</sup> Vernehmlassungsbericht, Zielsetzung und Verhandlungsverlauf, Zielsetzung für EU-Programme im Allgemeinen, S. 499; Botschaft, S. 582.

<sup>92</sup> Botschaft, S. 274 f.

Juni 2019 der Fall ist. Der Bund will den Kantonen die Ausfälle bei den Studiengebühren lediglich zeitlich befristet kompensieren.<sup>93</sup>

245 Es ist fraglich, ob sich das erhebliche Entgegenkommen der Schweiz gegenüber der EU um den Preis von erheblichen Nachteilen für die schweizerischen Hochschulen für eine fragwürdige Konkretisierung der Schutzklausel im FZA (siehe dazu hinten Rz. 265 ff.) lohnt und langfristig lohnen wird.

## **2. Teilnahme am Forschungsprogramm Horizon und am Bildungsprogramm Erasmus+**

### **2.1. Inhalt**

246 Für Forschende an Hochschulen, insbesondere an Universitäten, ist die Möglichkeit der Teilnahme am Forschungsprogramm Horizon der EU von grosser Wichtigkeit, was insbesondere Swissuniversities als Dachorganisation der Hochschulen in der Vernehmlassung vom 18. Juli 2025 zum Vernehmlassungsbericht Abkommenspaket Schweiz-EU bekräftigt.<sup>94</sup> Dasselbe gilt für das Austauschprogramm Erasmus+ für Studierende. Dieses Interesse lassen auch der Vernehmlassungsbericht und die Botschaft erkennen, worin zu lesen ist, dass im Rahmen des Pakets Schweiz-EU auch das Abkommen über die Teilnahme der Schweiz an den Programmen der Union, das EU-Programmabkommen (EUPA) inklusive der Protokolle für die Teilnahme an der aktuellen Programmgeneration 2021–2027 verhandelt wurde. Diese Instrumente betreffen die Teilnahme an den Forschungsprogrammen und -initiativen Horizon Europe, dem Euratom-Programm, dem Versuchsreaktor ITER und dem Programm Digital Europe, zusammengefasst als «Horizon-Paket 2021–2027», sowie am Bildungsprogramm Erasmus+. Insgesamt seien die ausgehandelten Teilnahmebedingungen vergleichbar mit jenen anderer assoziierter Drittstaaten, wie das Vereinigte Königreich, Neuseeland oder Kanada. Für die Teilnahme an Erasmus+ habe man bis Ende 2027 Rabatte aushandeln können. Für das Horizon-Paket sei eine rückwirkende provisorische Assoziierung per 1.1.2025 vorgesehen, mit der Ausnahme von ITER per 1.1.2026. Für Erasmus+ sei eine Assoziierung ab dem 1.1.2027 ausgehandelt worden.<sup>95</sup>

247 Für die Fragestellung dieses Gutachtens ist vor allem von Interesse, wie es um die Dauerhaftigkeit beziehungsweise die Zukunft der Beteiligung an den Programmen Horizon und Erasmus+ stehe. Bringt der Abschluss der Abkommen hinsichtlich der Zukunft einen Zugewinn hinsichtlich

---

<sup>93</sup> Botschaft, S. 1011.

<sup>94</sup> Zugänglich unter: <https://www.swissuniversities.ch/aktuell/paket-schweiz-europaeische-unionstellungnahme> – besucht am 28. Januar 2026.

<sup>95</sup> Vernehmlassungsbericht, Programme, Zusammenfassung, S. 479; Botschaft, S. 587 f.

des Zugangs – so jedenfalls die Erwartungen der Schweizer Hochschulen –, oder gibt es keinen sicheren Zugewinn?

- 248 Das EU-Programmeabkommen (EUPA) regelt in Art. 1 über den Gegenstand, dass das EUPA die Teilnahme der Schweiz an Programmen oder Tätigkeiten der Union oder Teilen davon regelt, die ihr zur Teilnahme offenstehen und die in einem Protokoll zum EUPA aufgelistet sind. Das bedeutet, dass der Zugang zu Programmen im Einzelfall und nicht generell eröffnet wird.
- 249 Art. 3 über die Einrichtung der Teilnahme an Programmen bestimmt sodann, dass die Schweiz sich an Programmen oder Tätigkeiten der Union oder Teilen davon beteiligt oder dazu beiträgt, die unter diese Protokolle fallen und zur Teilnahme offenstehen (Abs. 1). Für jeden neuen mehrjährigen Finanzrahmen erörtert der Gemischte Ausschuss, sofern diese Programme der Union für die Teilnahme von Drittstaaten wie der Schweiz offenstehen, die nahtlose Kontinuität der in diesem Abkommen eingerichteten Kooperation (Abs. 3).
- 250 In den Art. 4 und 5 werden die Teilnahmebedingungen nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung beziehungsweise der Nichtdiskriminierung der Teilnehmenden aus der EU und der Schweiz festgelegt, soweit nicht Ausnahmen von diesem Grundsatz vereinbart werden. Insbesondere wird auch verankert, dass für Personen, die im Rahmen der Durchführung der Programme der Union in die Schweiz gehen und sich innerhalb der Schweiz bewegen beziehungsweise umgekehrt von der Schweiz in die Union gehen, keine ungerechtfertigten administrativen oder finanziellen Belastungen eingeführt werden dürfen.
- 251 Art. 6 über die Teilnahme der Schweiz an der Verwaltung von Programmen oder Tätigkeiten räumt der Schweiz das Recht ein, Vertreter oder Sachverständige der Schweiz oder von der Schweiz benannte Sachverständige als Beobachter an den Ausschüssen, Sitzungen von Expertengruppen oder sonstigen ähnlichen Sitzungen von Sachverständigen der Mitgliedstaaten oder von den Mitgliedstaaten benannten Sachverständige zu beteiligen. Vorbehalten sind Ausnahmen von der Beteiligung. Dabei geht es um Gremien, die von der EU-Kommission für die Durchführung und Verwaltung der Programme oder Tätigkeiten eingerichtet werden. Die Bestimmung regelt auch Einzelheiten der Teilnahme.
- 252 Die Art. 7 und 8 regeln finanzielle Angelegenheiten. Die Art. 9–15 bedürfen mit einer Ausnahme angesichts der Zielsetzung dieses Gutachtens keiner näheren Erwähnung. Es handelt sich zum grossen Teil um finanzielle Fragen sowie um Fragen der Überwachung der Programm-durchführung, Kommunikation und Rechtsschutz. Immerhin ist Art. 11 ins Licht zu rücken. Danach ist die Union berechtigt, gemäss den geltenden Rechtsakten eines oder mehrerer Organe oder einer oder mehrerer Einrichtungen der Union und gemäss den einschlägigen Vereinbarungen und

Verträgen technische, wissenschaftliche, finanzielle oder andere Arten von Überprüfungen und Audits in den Räumlichkeiten jeder natürlichen oder juristischen Person, die in der Schweiz wohnhaft beziehungsweise niedergelassen ist und Unionsmittel erhält, sowie jedes an der Ausführung von Unionsmitteln beteiligten Dritten, der in der Schweiz wohnhaft beziehungsweise niedergelassen ist, durchzuführen. Solche Überprüfungen und Audits können von Bediensteten der Organe und Einrichtungen der Union, insbesondere der Europäischen Kommission und des Europäischen Rechnungshofs, oder von anderen von der Europäischen Kommission beauftragten Personen vorgenommen werden. Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben im Hoheitsgebiet der Schweiz handeln die Bediensteten und die Untersuchungsstellen der Union im Einklang mit dem Schweizer Recht. Die nachfolgenden Absätze von Art. 11 konkretisieren die Kompetenzen der EU-Organen näher.

253 Bemerkenswert im Kontext der Fragestellung dieses Gutachtens ist die Regelung des Gemischten Ausschusses für die Teilnahme an den Programmen der Union in Art. 16. Nach Abs. 1 wird ein Gemischter Ausschuss für die Teilnahme an den Programmen der Union eingesetzt. Dieser stellt das ordnungsgemässe Funktionieren und die wirksame Durchführung dieses Abkommens und seiner Protokolle, einschliesslich der Bewertung, Evaluierung und Überprüfung von deren Umsetzung, sicher (Bst. a); stellt – nur für unter das EUPA fallende Angelegenheiten – in Zusammenarbeit mit dem durch das Gesundheitsabkommen eingesetzten Gemischten Ausschuss das ordnungsgemässe Funktionieren und die wirksame Anwendung des EUPA in Bezug auf die Teilnahme der Schweiz an Aktionsprogrammen der Union im Bereich der Gesundheit sicher (Bst. b). Nach Abs. 2 werden die Beschlüsse des Gemischten Ausschusses einvernehmlich und für beide Seiten verbindlich gefasst. Laut Abs. 3 setzt sich der Gemischte Ausschuss aus Vertretern der Vertragsparteien zusammen. Für die Erledigung von Streitigkeiten gibt es kein Schiedsgericht. Hingegen kann die EU nach Art. 19 über die Aussetzung die Anwendung eines Protokolls zum EUPA in Bezug auf ein Programm oder eine Tätigkeit der Union oder einen Teil aussetzen, wenn die Schweiz ihren Pflichten gemäss Art. 5 Abs. 1 nicht nachkommt und dieses Versäumnis erhebliche Auswirkungen auf die Durchführung dieses Programms oder dieser Tätigkeit der Union oder eines Teils davon hat (Bst. a) oder wenn die Schweiz den zu leistenden Finanzbeitrag zu diesem Programm oder dieser Tätigkeit teilweise oder nicht gezahlt hat (Bst. b).

254 Was die materiellen Bestimmungen des EUPA betrifft, so ist, soweit hier von Interesse, das Protokoll I über die Teilnahme am Programm Horizont Europa und am Programm Erasmus+ massgebend. Art. 1 über die Teilnahme der Schweiz an Programmen nennt insbesondere die Verordnung (EU) 2021/695 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. April 2021 zur Einrichtung von Horizont Europa, dem Rahmenprogramm für Forschung und Innovation und mit zugehörigen Regeln (Bst. a) und die Verordnung (EU) 2021/817 des Europäischen Parlaments

und des Rates vom 20. Mai 2021 zur Errichtung von Erasmus+, dem Programm der Union für allgemeine und berufliche Bildung, Jugend und Sport (Bst. d).

- 255 Nach Art. 2 über die Dauer der Teilnahme der Schweiz nimmt die Schweiz an den Programmen und Tätigkeiten der Union oder Teilen davon teil, die in Art. 1 Abs. 1 Bst. a des Protokolls genannt sind, ab dem 1. Januar 2025 oder einem anderen in einem spezifischen Titel dieses Protokolls festgelegten Tag während der verbleibenden Laufzeit oder, je nachdem welcher Zeitraum kürzer ist, bis zum Ende des MFR 2021–2027 teil (Bst. a); die in Art. 1 Abs. 1 Bst. d des Protokolls genannt sind, ab dem 1. Januar 2027 während der verbleibenden Laufzeit oder, je nachdem welcher Zeitraum kürzer ist, bis zum Ende des MFR 2021–2027 unter den in Art. 14 des Protokolls festgelegten Bedingungen. In diesen Bestimmungen sind noch vereinzelte Vorbehalte gegen Beteiligungen enthalten.
- 256 Art. 3 über die Schlussbestimmungen des Protokolls bestimmt, dass das Protokoll so lange in Kraft bleibt, wie das für den Abschluss sämtlicher im Rahmen der in Art. 1 dieses Protokolls aufgelisteten Programme der Union finanzierten Projekte, Massnahmen, Tätigkeiten oder Teile davon, sämtlicher für den Schutz der finanziellen Interessen der Union erforderlichen Massnahmen und sämtlicher finanziellen Verpflichtungen, die sich aus der Durchführung dieses Protokolls zwischen den Vertragsparteien ergeben, erforderlich ist.
- 257 Art. 14 des Protokolls über spezifische Bedingungen für die Teilnahme am Programm Erasmus+ bestimmt, dass die Teilnahme der Schweiz am Programm Erasmus+ unter der Bedingung erfolgt, dass gemäss den Art. 26–29 der Verordnung (EU) 2021/817 eine nationale Behörde angegeben, eine nationale Agentur errichtet und eine unabhängige Prüfstelle benannt werden. Die Teilnahme der Schweiz am Programm Erasmus+ ist ab dem Tag wirksam, an dem die Europäische Kommission die von der nationalen Behörde vorgelegte Ex-ante- Konformitätsbewertung nach Art. 28 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2021/817 akzeptiert hat.
- 258 Zunächst ist festzuhalten, dass die Assoziierung der Schweiz am «Horizon-Paket 2021–2027» gemäss Vernehmlassungsbericht und Botschaft für die nationale Forschungslandschaft aber auch für die Wirtschaft von hoher Bedeutung ist. In den letzten Jahren habe es mehrere öffentliche Aussprachen und Stellungnahmen von Vertreterinnen und Vertretern der Schweizer Forschungs- und Innovationslandschaft gegeben, die eine Assoziierung der Schweiz an das Horizon-Paket forderten. Darüber hinaus seien zwischen 2021 und 2024 zahlreiche parlamentarische Vorstösse und Standesinitiativen eingereicht worden, die dasselbe Ziel verfolgten.<sup>96</sup> Zu diesem Paket gehören neben Horizon und Erasmus+ auch die hier wegen der Konzentration auf die Hochschulen

---

<sup>96</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 489; Botschaft, S. 572.

nicht näher behandelten Teile Euratom und ITER. Im Falle einer ausbleibenden Assoziierung müsste sowohl für das Horizon-Paket 2021–2027 als auch für Erasmus+ das aktuelle Regime der Übergangsmassnahmen beziehungsweise der «Schweizer Lösung» weitergeführt werden. Ein Verzicht auf eine Assoziierung würde einen eingeschränkten Zugang der Schweizer Akteure zu den jeweiligen Programmen bedeuten. Bei Horizon Europe würde dies in erster Linie die Einzelförderung von exzellenten Schweizer Forschenden oder innovativen Unternehmen betreffen.<sup>97</sup>

259 Hier bedeutungsvoll – und bereits aufgrund der zitierten Bestimmungen aus dem EUPA ersichtlich (Art. 1 und 3) – bedeutet der Abschluss des EUPA gemäss Vernehmlassungsbericht und Botschaft nicht, dass die Schweiz automatisch auch an künftigen Forschungs- und Bildungsprogrammen der EU beteiligt wäre. Dem Bericht ist diesbezüglich zu entnehmen, dass die Teilnahme der Schweiz an zukünftigen EU-Programmen nicht Gegenstand der Verhandlungen war. Während das EUPA die Grundlage für eine solche darstelle, müsse die Schweiz für jede Programmgeneration die Protokolle mit den spezifischen Bedingungen für die Assoziierung neu verhandeln. Dabei könne sie jeweils auch neu beurteilen, an welchen für Drittstaaten zugänglichen Programmen sie sich assoziieren möchte. Das Parlament könne sich im Rahmen der Finanzierungsbotschaften für die einzelnen Programmteilnahmen zu einer Assoziierung äussern und darüber entscheiden.<sup>98</sup> Es sei aber die beidseitige Absicht einer systematischeren schweizerischen Beteiligung verankert.<sup>99</sup>

260 Was Kontrollbestimmungen betrifft, ist Art. 11 hervorzuheben. Danach hat die EU das Recht, auf der Basis bestehender Rechtsgrundlagen, Überprüfungen und Audits in der Schweiz durchzuführen, um die ordnungsgemässe Verwendung von EU-Mitteln im Rahmen der EU-Programme sicherzustellen. Die Schweiz verpflichtet sich zur Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden der EU.<sup>100</sup>

261 Was zukünftige Teilnahmen an EU-Programmen im Bereich von Forschung und Innovation betrifft, ist aus dem Vernehmlassungsbericht und aus der Botschaft noch hervorzuheben, dass eine Assoziierung der Schweiz an den nächsten Programmgenerationen prinzipiell möglich und angedacht sei, vorbehältlich den von Seiten der EU definierten Beteiligungsmöglichkeiten für Drittstaaten. Die finanziellen Auswirkungen dieser zukünftigen Beteiligungen seien jedoch mit grösseren Unsicherheiten behaftet. Einerseits sei die Ausgestaltung der nächsten Programmgeneration noch unklar, andererseits sei EU-seitig der finanzielle Rahmen noch nicht definiert.

<sup>97</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 498; Botschaft, S. 581.

<sup>98</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 499; Botschaft, S. 582.

<sup>99</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 504; Botschaft, S. 588.

<sup>100</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 505; Botschaft, S. 589 f.

Unabhängig davon würden zukünftige Beteiligungen in jedem Fall gesonderten Finanzierungsbeschlüssen der eidgenössischen Räte unterstehen.<sup>101</sup>

## 2.2. Folgerungen

262 Das Programme-Abkommen (EUPA) verschafft den Hochschulen der Schweiz den Zugang einerseits zum Programm Horizon 2021–2027 und zum Bildungsprogramm Erasmus+ bis 2027. Die massgebenden Rechtsgrundlagen der EU sind im Anhang zum EUPA aufgeführt. Zu den kommenden Förderprogrammen gibt es im Anhang keine Rechtsgrundlagen. Und im EUPA selber wird zwar verankert, dass man über die Beteiligung der Schweiz an künftigen EU-Programmen in den genannten Bereichen verhandeln könne und werde. Die Schweiz hat aber keinen Rechtsanspruch auf Beteiligung an neuen Programmen. Die EU kann Beteiligungsgesuche der Schweiz demnach ablehnen. Es ist nicht einmal verankert, dass sie einen Rechtsanspruch auf Gleichbehandlung mit anderen Drittstaaten haben soll. Bemerkenswert ist hinsichtlich der Durchführung der Programme, dass EU-Organe in der Schweiz bei Beitragsempfängern vor Ort Kontrollen über die Verwendung der gesprochenen Beiträge durchführen können, wobei dies immerhin in Absprache mit den Schweizer Behörden geschehen soll. Vergleichbare inländische Kontrollmöglichkeiten fehlen im Forschungsgesetz und im Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz in Verbindung mit dem Subventionsgesetz für die Kontrolle der Verwendung von Beiträgen von Schweizer Förderinstitutionen wie dem SNF.

263 Per Saldo hat es die Schweiz verpasst, die Beteiligung an künftigen Programmen wie vor allem an Horizon-Fortsetzungsprogrammen zu sichern. Sie gibt der EU damit vielleicht sogar einen Hebel in die Hand, den diese benützen kann, um die Schweiz als Gegenleistung für die Zulassung zu neuen EU-Programmen für die Durchsetzung neuer EU-Anliegen unter Druck zu setzen. Die Schweiz riskiert damit, dass die EU sie in Zukunft zur Erreichung von Anliegen ausserhalb der Binnenmarktabkommen unter Druck setzen kann. Dies könnte zu neuen Diskussionen führen, wie sie in den letzten Jahren geführt worden sind.

## II. Schutzklausel im FZA 1999, im Änderungsprotokoll FZA und im Vorentwurf Änderung AIG

### 1. Schutzklausel im FZA 1999

264 Nach der Schutzklausel in Art. 14 Abs. 2 FZA 1999 gilt, dass der Gemischte Ausschuss bei schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen auf Verlangen einer Vertragspartei zusammentritt, um geeignete Abhilfemassnahmen zu prüfen. Der Ausschuss kann innerhalb von

---

<sup>101</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 519; Botschaft, S. 605.

60 Tagen nach dem Antrag über die zu ergreifenden Massnahmen beschliessen. Er kann diese Frist verlängern. Die Massnahmen sind in Umfang und Dauer auf das zur Abhilfe erforderliche Mindestmass zu beschränken. Es sind solche Massnahmen zu wählen, die das Funktionieren dieses Abkommens so wenig wie möglich beeinträchtigen.

## **2. Schutzklausel im Änderungsprotokoll FZA**

### **2.1. Inhalt von Art. 14a**

265 Art. 14a Schutzklausel

«1. Bei schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen, die auf die Anwendung des Abkommens zurückzuführen sind, tritt der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei zusammen, um geeignete Schutzmassnahmen zu prüfen. Der Gemischte Ausschuss kann innerhalb von 60 Tagen nach dem Antrag über die zu ergreifenden Massnahmen beschliessen. Diese Frist kann vom Gemischten Ausschuss verlängert werden.

2. Fasst der Gemischte Ausschuss innerhalb der in Absatz 1 genannten Frist keinen Beschluss über geeignete Schutzmassnahmen oder über die Verlängerung dieser Frist, so kann die Vertragspartei, die den Antrag gestellt hat, bei schwerwiegenden wirtschaftlichen Problemen ein Schiedsgericht anrufen. Das Schiedsgericht fällt seine endgültige Entscheidung innerhalb von sechs Monaten nach seiner Bestellung.

3. Falls das Schiedsgericht entscheidet, dass die vorgebrachten Probleme nachgewiesen auf die Anwendung dieses Abkommens zurückzuführen sind, kann die Vertragspartei, die den Antrag gestellt hat, geeignete Schutzmassnahmen ergreifen, um diese Probleme zu beheben. Schaffen die von einer Vertragspartei in Anwendung dieses Absatzes ergriffenen Massnahmen ein Ungleichgewicht zwischen den jeweiligen Rechten und Pflichten gemäss diesem Abkommen, so kann die andere Vertragspartei angemessene Ausgleichsmassnahmen ergreifen, um dieses Ungleichgewicht innerhalb des Geltungsbereichs dieses Abkommens zu beheben.

4. In dringlichen Ausnahmesituationen, in denen einer Vertragspartei durch die Anwendung dieses Abkommens ein sehr schwerer wirtschaftlicher Schaden droht, kann die betreffende Vertragspartei den Fall vor ein Schiedsgericht gemäss Anlage bringen, falls der Gemischte Ausschuss nicht innerhalb von 30 Tagen nach dem entsprechenden Antrag einen Beschluss fasst. Das Schiedsgericht fällt seine endgültige Entscheidung innerhalb von sechs Monaten nach seiner Bestellung.

5. Entscheidet das Schiedsgericht in den in Absatz 4 genannten Fällen, dass die vorgebrachten Probleme prima facie tatsächlich bestehen, können die Vertragsparteien einstweilige Schutzmassnahmen und gegebenenfalls einstweilige Ausgleichsmassnahmen ergreifen. Artikel III.10 der Anlage mit Ausnahme von Absatz 4 Buchstabe c gilt mutatis mutandis.

6. Die in den Absätzen 2 bis 5 genannten Schutz- und Ausgleichsmassnahmen sind innerhalb des Geltungsbereichs dieses Abkommens zu ergreifen. Deren Geltungsbereich und Dauer sind auf das zur Beseitigung der Probleme oder des Ungleichgewichts erforderliche Mindestmass zu beschränken. Es sind solche Schutz- und Ausgleichsmassnahmen zu wählen, die das Funktionieren des Abkommens so wenig wie möglich beeinträchtigen.

7. Über die getroffenen Schutz- und Ausgleichsmassnahmen finden vom Zeitpunkt ihrer Einführung an alle drei Monate Konsultationen im Gemischten Ausschuss mit dem Ziel statt, diese vor dem Ablauf der vorgesehenen Geltungsdauer aufzuheben oder ihren Geltungsbereich auf das absolut Notwendige zu beschränken. Jede Vertragspartei kann jederzeit beim Gemischten Ausschuss die Überprüfung dieser Schutz- und Ausgleichsmassnahmen beantragen.»

## 2.2 Konkretisierung im Umsetzungserlass

266 Für die Auslegung der Schutzklausel in Art. 14a ÄP-FZA muss die Konkretisierung im Umsetzungserlass, nämlich der Entwurf von Art. 21b im Ausländer- und Integrationsgesetz, berücksichtigt werden. Diese Bestimmung hat den folgenden Inhalt:

267 Art. 21b Schutzmassnahmen und Ausgleichsmassnahmen bei der Anwendung des FZA

«<sup>1</sup> Führt die Anwendung des FZA in der ganzen Schweiz, in einer bestimmten Region oder in einer bestimmten Branche zu schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen, so kann der Bundesrat im Hinblick auf deren Beseitigung einen Antrag an den Gemischten Ausschuss gemäss Artikel 14a Absatz 1 FZA stellen. Er kann Beschlüsse des Gemischten Ausschusses nach Artikel 14a Absatz 1 FZA über Schutzmassnahmen nach den Absätzen 6 und 7 genehmigen und sie umsetzen, soweit sie nicht direkt anwendbar sind.

<sup>2</sup> Trifft der Gemischte Ausschuss keinen Beschluss, so kann der Bundesrat das Schiedsgericht gemäss Artikel 14a Absätze 2 und 4 FZA anrufen. Stellt das Schiedsgericht gemäss Artikel 14a Absätze 3 und 5 FZA fest, dass die Voraussetzungen nach den genannten Bestimmungen erfüllt sind, so kann der Bundesrat Schutzmassnahmen nach den Absätzen 6 und 7 ergreifen.

<sup>3</sup> Ist der Bundesrat entgegen einem Entscheid des Schiedsgerichts gemäss Artikel 14a Absätze 2–4 FZA nach erneuter Prüfung weiterhin der Auffassung, dass die Anwendung des FZA zu

schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen führt und dass daher Schutzmassnahmen zu ergreifen sind, so kann er vorübergehend Schutzmassnahmen nach den Absätzen 6 und 7 ergreifen. Die Verordnung über die Schutzmassnahmen tritt ausser Kraft, wenn:

- a. der Bundesrat nicht binnen zwölf Monaten ab deren Beginn der Bundesversammlung einen Erlassentwurf unterbreitet, der die ergriffenen Schutzmassnahmen im Gesetz regelt;
- b. die Bundesversammlung auf den Entwurf nach Buchstabe a nicht eintritt oder ihn ablehnt; oder
- c. das Gesetz nach Buchstabe a in Kraft tritt.

<sup>4</sup> Ergreift die EU Schutzmassnahmen, die zu einem Ungleichgewicht zwischen den Rechten und den Pflichten der Vertragsparteien nach dem FZA führen, so kann der Bundesrat gemäss Artikel 14a Absatz 3 oder 5 FZA Ausgleichsmassnahmen nach den Absätzen 6 und 7 ergreifen.

<sup>5</sup> Der Bundesrat kann das Vorliegen von schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen nach Absatz 1 in der ganzen Schweiz, in einer bestimmten Region oder in einer bestimmten Branche gestützt auf geeignete Indikatoren, insbesondere in den Bereichen der Zuwanderung, des Arbeitsmarkts, der sozialen Sicherheit, des Wohnungswesens und des Verkehrs, prüfen. Überschreitet die Nettozuwanderung gestützt auf das FZA oder die Zunahme der Beschäftigung von Grenzgängerinnen und Grenzgängern, der Arbeitslosigkeit oder des Sozialhilfebezugs einen vom Bundesrat festgelegten Schwellenwert für die ganze Schweiz, so muss der Bundesrat eine entsprechende Prüfung vornehmen.

<sup>6</sup> Es können die folgenden Schutzmassnahmen oder Ausgleichsmassnahmen ergriffen werden:

- a. die Anwendung bestimmter Zulassungsvoraussetzungen nach den Artikeln 18–29 oder der Abweichungen nach Artikel 30 auch auf Personen, für die das FZA gilt;
- b. bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit der Entzug des Aufenthaltsrechts in Abweichung von Artikel 61a;
- c. die Beschränkung der Aufenthaltsdauer für die Stellensuche;
- d. die Prüfung der Einhaltung der Aufenthaltsvoraussetzungen für einen beabsichtigten Aufenthalt von mehr als drei Monaten bereits zum Zeitpunkt der Einreise.

<sup>7</sup> Die Massnahmen nach Absatz 6 müssen Rechte nach dem FZA betreffen, geeignet sein sowie zeitlich und in ihrem Umfang begrenzt sein. Sie können für die ganze Schweiz, eine bestimmte Region oder eine bestimmte Branche gelten.

<sup>8</sup> Sind andere als die in Absatz 6 vorgesehenen Schutzmassnahmen oder Ausgleichsmassnahmen zur Einschränkung der Rechte nach dem FZA erforderlich, die einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, so unterbreitet der Bundesrat diese der Bundesversammlung.

<sup>9</sup> Der Bundesrat hört die zuständigen parlamentarischen Kommissionen, die Kantone und die Sozialpartner in den folgenden Fällen an:

- a. vor dem Stellen eines Antrags gemäss Absatz 1;
- b. vor dem Ergreifen von Schutzmassnahmen oder Ausgleichsmassnahmen nach den Absätzen 1–4;
- c. wenn er beabsichtigt, auf das Stellen eines Antrags gemäss Absatz 1 trotz Überschreitung eines nach Absatz 5 zweiter Satz festgelegten Schwellenwertes zu verzichten.

<sup>10</sup> Ist ein Kanton angesichts der Indikatoren oder Schwellenwerte nach Absatz 5 der Auffassung, dass die Anwendung des FZA in der ganzen Schweiz, in einer bestimmten Region oder in einer bestimmten Branche zu schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen führt, so kann er dem Bundesrat beantragen, einen Antrag gemäss Absatz 1 zu stellen.»

### **2.3. Anhaltspunkte für die Auslegung der Schutzklausel im Vernehmlassungsbericht**

- 268 Dem Vernehmlassungsbericht und der Botschaft sind an verschiedenen Stellen Hinweise für die Auslegung der Schutzklausel im ÄP-FZA zu entnehmen. Nachfolgend sollen die wichtigsten Elemente daraus in der Reihenfolge ihrer Erwähnung wiedergegeben werden.
- 269 Ein zentraler Mehrwert der konkretisierten Schutzklausel liegt gemäss Vernehmlassungsbericht und Botschaft in ihrem institutionellen Mechanismus unter Einbezug eines Schiedsgerichts. Die Schweiz könne bei Uneinigkeit im Gemischten Ausschuss (GA), ohne Zustimmung der EU, das Schiedsgericht in einem ordentlichen oder einem dringlichen Verfahren anrufen. Die konkretisierte Schutzklausel sei anwendbar auf Sachverhalte im gesamten Geltungsbereich des FZA, auch auf den Lohnschutz. In der innerstaatlichen Gesetzgebung würden die Voraussetzungen für die Auslösung der Schutzklausel mit Indikatoren in den Bereichen Arbeitsmarkt, soziale Sicherheit, Wohnungswesen und Verkehr, sowie Schwellenwerten betreffend die Nettozuwanderung aus der EU, der Zunahme der Beschäftigung von Grenzgängerinnen und Grenzgängern, der Arbeitslosigkeit und des Sozialhilfebezugs definiert. Auch würden die Kompetenzen für die Auslösung der Schutzklausel sowie das Ergreifen allfälliger Schutzmassnahmen festgelegt. Das

Zusammenspiel der vertraglichen Schutzklausel im FZA und deren innerstaatliche Umsetzung ergebe ein wirksames Instrument.<sup>102</sup>

- 270 Neu kann die Schweiz gemäss Vernehmlassungsbericht und Botschaft eigenständig das Verfahren zur Aktivierung der Schutzklausel einleiten, wenn die Anwendung des FZA zu schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Schwierigkeiten führt. Gibt es im Gemischten Ausschuss des Freizügigkeitsabkommens keine Einigung, könne die Schweiz das Schiedsgericht ohne Zustimmung der EU anrufen. Das Schiedsgericht entscheide, ob schwerwiegende wirtschaftliche Probleme vorliegen. Werde dies bejaht, könne die Schweiz eigenständig geeignete Schutzmassnahmen ergreifen. Im Fall eines drohenden Ungleichgewichts könne die EU ihrerseits Ausgleichsmassnahmen innerhalb des FZA ergreifen. Wenn das Schiedsgericht das Vorliegen schwerwiegender wirtschaftlicher Probleme verneine, könne die Schweiz dennoch entscheiden, geeignete Massnahmen zur Beseitigung der festgestellten Probleme zu ergreifen. Sie müsse dann aber in Kauf nehmen, dass die EU ihrerseits ein Streitbeilegungsverfahren wegen Verletzung des FZA initiieren und verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen in einem der Binnenmarktabkommen (ausgenommen den Agrarteil des Landwirtschaftsabkommens) ergreifen könnte.<sup>103</sup>
- 271 Mit der Umsetzungsbestimmung zur Schutzklausel werden gemäss Vernehmlassungsbericht und Botschaft die Kompetenzen des Bundesrates bei der Prüfung von schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen anhand von Indikatoren und Schwellenwerten und bei der Auslösung der Schutzklausel festgelegt. Zudem würden die Schutzmassnahmen und Ausgleichsmassnahmen aufgeführt, die der Bundesrat selbstständig anordnen könne. Vor einem Entscheid seien die parlamentarischen Kommissionen, die Kantone und die Sozialpartner zu konsultieren. Ein Kanton könne die Prüfung der Auslösung der Schutzklausel beantragen, wenn im Kanton schwerwiegende wirtschaftliche oder soziale Probleme vorlägen. Sei ein nationaler Schwellenwert überschritten, so müsse der Bundesrat das Verfahren zur Aktivierung der Schutzklausel prüfen. Ein Kanton könne zudem regionale respektive kantonale Schutzmassnahmen vorschlagen (Art. 21b VE-AIG). Der Bundesrat könne trotz einem negativen Entscheid des Schiedsgerichts selbst vorübergehende geeignete Schutzmassnahmen ergreifen, wenn er zum Schluss komme, die Probleme seien derart gross, dass Massnahmen erforderlich scheinen. Sollten diese Massnahmen länger als 12 Monate dauern, müsse der Bundesrat innerhalb dieser Frist der Bundesversammlung eine entsprechende Vorlage unterbreiten. Die Massnahmen des Bundesrates gälten jedoch über diese Frist hinaus bis zum Entscheid des Parlaments über die Vorlage.<sup>104</sup>

<sup>102</sup> Vernehmlassungsbericht, Kapitel Personenfreizügigkeit, S. 212 f.; Botschaft, S. 267.

<sup>103</sup> Vernehmlassungsbericht, Personenfreizügigkeit (Anhang I FZA), S. 227; Botschaft, S. 285 f.

<sup>104</sup> Vernehmlassungsbericht, Umsetzungsgesetzgebung, Zuwanderung, S. 269; Botschaft, S. 328.

- 272 Die konkretisierte Schutzklausel sowie das im Institutionellen Protokoll festgelegte Streitbeilegungsverfahren mit der Möglichkeit von Ausgleichsmassnahmen stellen gemäss Vernehmlassungsbericht und Botschaft wesentliche Neuerungen im Vergleich zum geltenden FZA dar. Neu sehe das FZA selber einen Mechanismus für den Fall vor, dass eine Vertragspartei vom FZA abweiche. Dieser Mechanismus greife auch, falls die Schweiz trotz negativem Entscheid des Schiedsgerichts befristete Schutzmassnahmen in Anwendung von Art. 21b Abs. 3 VE-AIG ergreife. Es sei davon auszugehen, dass das Bundesgericht diesen neuen Mechanismus berücksichtigen werde, wenn es seine Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen innerstaatlichem Recht und dem FZA im Falle von Normenkonflikten überprüfe.<sup>105</sup>
- 273 Im Bereich des Arbeitsmarkts könnte gemäss Vernehmlassungsbericht und Botschaft eine starke Zunahme der Arbeitslosigkeit, wie sie in der Vergangenheit etwa nach Ausbruch der Finanz- und Wirtschaftskrise im Jahr 2009 oder der Covid-Krise im Jahr 2020 zu beobachten war, als Auslöser festgelegt werden. Konkret könnte die Veränderung der Arbeitslosigkeit auf nationaler Ebene im Vergleich zum Vorjahr herangezogen werden. Gemessen würde hier nicht nur die Veränderung der Arbeitslosigkeit von Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten, sondern der allgemeinen Arbeitslosigkeit in der Schweiz, weil diese ein verlässlicher Krisenindikator sei. Bei der Arbeitslosigkeit dürfte es schwieriger sein, einen direkten Zusammenhang zwischen der Anwendung des FZA und der Zunahme der Arbeitslosigkeit zu belegen. Dies rechtfertige einen höheren Schwellenwert. Der Schwellenwert könnte beispielsweise auf 30 Prozent festgesetzt werden. Falls die Arbeitslosigkeit in einem Jahr um mehr als 30 Prozent zunähme, so müsste die Prüfung der Schutzklausel erfolgen. Es bestehe ein Kostenrisiko für die Kantone und Gemeinden, wenn die Sozialhilfekosten als Folge der Anwendung des FZA zunehmen würden. Der Bundesrat sollte deshalb die Anwendung der Schutzklausel auch dann prüfen, wenn eine starke Zunahme des Sozialhilfebezugs durch Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten beobachtet werde. Hierfür könnte die Zunahme der Anzahl Sozialhilfebeziehenden mit Staatsangehörigkeit der EU-Mitgliedstaaten auf gesamtschweizerischer Ebene herangezogen werden. Der Schwellenwert könnte beispielsweise auf 12 Prozent festgelegt werden. Die Schwellenwerte, welche gemäss den Beispielen oben zu einer Prüfung der Schutzklausel geführt hätten, wären im Zeitraum 2011 bis 2023 insgesamt viermal erreicht worden (2011 und 2022 bei der Grenzgängerbeschäftigung, 2013 bei der Nettozuwanderung und 2020 bei der Arbeitslosigkeit). Gemäss Botschaft wäre die

---

<sup>105</sup> Vernehmlassungsbericht, Erläuterungen zu einzelnen Artikeln des Umsetzungserlasses Zuwanderung, Ausländer- und Integrationsgesetz, Art. 21b Abs. 3 (AIG), S. 293; Botschaft, S. 355.

Überschreitung der Schwellenwerte von 2012–2024 nicht nur viermal, sondern sogar zwölfmal erfolgt.<sup>106</sup>

- 274 Die konkretisierte Schutzklausel bietet der Schweiz gemäss Vernehmlassungsbericht und Botschaft die Möglichkeit, geeignete Schutzmassnahmen zu ergreifen, wenn die Anwendung des FZA zu schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Schwierigkeiten führt. Die Schweiz könne das Verfahren zur Aktivierung der Schutzklausel eigenständig einleiten. Sofern es im GA des FZA keine Einigung über das Vorliegen schwerwiegender Probleme gebe, könne die Schweiz das Schiedsgericht neu ohne Zustimmung der EU anrufen. In bestimmten Situationen, namentlich wenn die Nettozuwanderung gestützt auf das FZA beziehungsweise die Zunahme der Beschäftigung von Grenzgängerinnen und Grenzgängern, der Arbeitslosigkeit oder des Sozialhilfebezugs einen bestimmten Schwellenwert überschreite, müsse der Bundesrat die Anrufung der Schutzklausel immer prüfen. Da die Anrufung der Schutzklausel für die Schweiz je nach Konstellation Vor- und Nachteile habe und je nachdem auch mit Ausgleichsmassnahmen der EU zu rechnen sei, müsse die Schweiz fallweise abwägen, ob eine Abweichung von Bestimmungen des FZA notwendig und geeignet sei, um vorliegende Probleme zu entschärfen. Im Schutzklauselverfahren seien die Vorgaben für allfällige Ausgleichsmassnahmen beider Vertragsparteien definiert. Damit würden für die Schweiz die volkswirtschaftlichen Konsequenzen von allfälligen Massnahmen der EU kalkulierbarer.<sup>107</sup>
- 275 Die ausgehandelte Schutzklausel wird gemäss Vernehmlassungsbericht und Botschaft mit der innenpolitischen Umsetzung in der nationalen Gesetzgebung weiter konkretisiert. Art. 21b des Vorentwurfs zum Ausländer- und Integrationsgesetz (VE-AIG) lege die Kompetenzen des Bundesrates im Zusammenhang mit der Auslösung der vertraglichen Schutzklausel in Artikel 14a des neuen FZA fest und definiere mögliche Schutzmassnahmen. Mit der Nennung von Schwellenwerten und Indikatoren mit Blick auf die Auslösung sowie mit dem Antragsrecht der Kantone werde die Schutzklausel weiter konkretisiert, deren Handhabung klargestellt und deren Anwendung innenpolitisch breit abgestützt. Das Zusammenspiel zwischen der vertraglichen Schutzklausel im FZA und deren innerstaatliche Umsetzung ergebe ein wirksames Instrument. Die genaue Definition der Indikatoren und der Höhe der Schwellenwerte folge auf Verordnungsstufe. Die nationale Umsetzung der Schutzklausel werde mit einem Monitoring ergänzt, das die Indikatoren und Schwellenwerte beziehungsweise deren konkrete Anwendung überwache. Das Monitoring erlaube es in Ergänzung zu bestehenden Instrumenten, die Auswirkungen der Anwendung des FZA zu beobachten, und bilde eine Grundlage für den Entscheid über eine Auslösung

<sup>106</sup> Vernehmlassungsbericht, Erläuterungen zu einzelnen Artikeln des Umsetzungserlasses Zuwanderung, Ausländer- und Integrationsgesetz, Art. 21b Abs. 5 (AIG), S. 295; Botschaft, S. 356 f.

<sup>107</sup> Vernehmlassungsbericht, Auswirkungen auf die Volkswirtschaft, S. 378 f.; Botschaft, S. 451 f.

der Schutzklausel. Art. 96a VE-AIG halte fest, in welchen Situationen Rechte aus dem FZA wegen Rechtsmissbrauchs erlöschen würden.<sup>108</sup>

## 2.4. Kommentar

- 276 An dieser Stelle sollen nur wesentliche kritische Punkte hervorgehoben werden:
- 277 Zunächst fällt auf, dass Art. 21b VE-AIG das anspruchsvollste Kriterium in Art. 14a Abs. 1 ÄP-FZA nicht erwähnt, nämlich das Kriterium der Verursachung der «Probleme, die auf die Anwendung des Abkommens zurückzuführen sind». Genannt werden nur die Kriterien der «schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Probleme». Das anspruchsvollste Kriterium wird auch im Vernehmlassungsbericht und in der Botschaft kaum thematisiert. Der einzige Hinweis auf die Formulierung des Kriteriums der «Probleme, die auf die Anwendung des Abkommens zurückzuführen sind», könnte sich in der Botschaft im Zusammenhang mit der Würdigung der Ergebnisse der Vernehmlassung zur Zuwanderung finden, wo zu lesen ist: «Zudem wurde in den Erläuterungen zu Artikel 21b E-AIG präzisiert, dass das Überschreiten der Schwellenwerte nicht direkt zur Anrufung der Schutzklausel führt, sondern zuerst durch eine umfassende Analyse festgestellt werden muss, ob tatsächlich schwerwiegende wirtschaftliche oder soziale Probleme aufgrund der Anwendung des FZA vorliegen. Für diese Analyse stützt sich der Bundesrat auch auf bestehende Berichte, die regelmässig verfasst werden, wie beispielsweise der jährliche Observatoriumsbericht zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU.» Im letzten Bericht von 2023 ist zu dieser Zuspitzung der alleinigen Zurückführung der Probleme auf das FZA aber jedenfalls nichts zu finden.<sup>109</sup> Man kann unter diesen Umständen einzig vermuten, dass die Erhöhung von Schwellenwerten im Sinne eines schematischen Kriteriums als Antwort auf «Probleme, die auf die Anwendung des Abkommens zurückzuführen sind», angewendet werden soll.
- 278 Indikatoren und Schwellenwerte für die Anrufung der Schutzklausel sollen auf Verordnungsstufe festgelegt werden. Diese Delegation ist allerdings heikel, wenn man bedenkt, dass das die wesentlichen Elemente für die Inanspruchnahme der Schutzklausel sind; unter Aspekten der Wichtigkeit müssten sie auf der Stufe des formellen Gesetzes festgelegt oder mindestens mit Rahmenbedingungen versehen werden. Das Erfordernis der leichten Anpassungsmöglichkeit mag zur Not eine Abweichung zugunsten der Verordnungsstufe rechtfertigen. Man muss sich aber bewusst sein, dass die Gesetzgebung für die Umsetzung von für Art. 14a VE-AIG zwar in der Zuständigkeit der Schweiz liegt. Die Auslegung von Art. 14a ÄP-FZA wird jedoch Sache des Schiedsgerichts sein, in welchem die EU mitentscheiden wird und zusammen mit dem neutralen

<sup>108</sup> Vernehmlassungsbericht, Würdigung des Pakets Schweiz–EU – Das Verhandlungsmandat erfüllt – inländische Begleitmassnahmen beschlossen, S. 896; Botschaft, S. 1048.

<sup>109</sup> Botschaft, S. 280 f.

Präsidium, wenn nicht sogar unter Mithilfe einer EU-freundlichen Schweizer Vertretung darüber belehrt werden kann, die Konkretisierung in der Verordnung verstosse gegen Art. 14a ÄP-FZA.

- 279 Im Übrigen könnte es sein, dass in der EU andere Vorstellungen über die zumutbare Höhe der Arbeitslosigkeit bestehen als in der Schweiz. Darauf deuten jedenfalls gewisse Aussagen von Persönlichkeiten aus den EU-Institutionen in Interviews hin.
- 280 Unter Aspekten des Verhandlungserfolgs kann und muss man sich fragen, ob das Verhandlungsziel, so die Auffassung im Vernehmlassungsbericht und in der Botschaft, tatsächlich erreicht worden sei. Es ist nicht ersichtlich, wie jemals der Nachweis möglich sein soll, schwerwiegende Probleme seien allein wegen des FZA entstanden. Probleme sind kaum je monokausal. Ob so etwas wie eine Simulation möglich sein könnte, indem man lediglich – was möglicherweise der Bundesrat annimmt – eine prozentuale Erhöhung der Arbeitslosigkeit ohne Aufteilung der Gründe für die Erhöhung vornimmt, scheint dem Gutachter eher unwahrscheinlich zu sein.
- 281 Fragwürdig ist die Regelung, wonach die EU auch dann Ausgleichsmassnahmen treffen kann, wenn das Schiedsgericht Schutzmassnahmen für abkommenskonform beurteilt. Nimmt man die Konzeption des Grundrechtsschutzes zum Massstab, so gibt es dort keine Unzulässigkeit und damit auch keine Möglichkeit für Sanktionen, wenn sich eine Grundrechtsbeschränkung als zulässig erweist. Massnahmen zufolge eines rechtmässigen Tuns fallen vollständig aus dem Rahmen abendländischer Rechtskultur.
- 282 Veranschlagt man weiter, dass der Bundesrat aufgrund der bisherigen Regelung im FZA trotz vier- bzw. zwölfmaliger Möglichkeiten die Schutzklausel nie anzurufen wagte, so kann man angesichts des Erfordernisses der ausschliesslichen monokausalen Verursachung der Probleme durch das FZA wenig Hoffnung auf eine leichtere Anrufung der Schutzklausel seitens der Schweiz hegen. Es fällt schwer, in dieser Regelung einen Fortschritt insbesondere hinsichtlich Rechtssicherheit gegenüber der Regelung im geltenden FZA zu erkennen.
- 283 Der Eindruck ist schwer zu überwinden, der Bundesrat habe die Interessen der Schweiz für die Erlangung der Schutzklausel in Art. 14a ÄP-FZA mit den Zugeständnissen an die EU im Bereich der Studiengebühren schlecht wahrgenommen. Per Saldo scheint die Auffassung des Bundesrates wohl von Zweckoptimismus geprägt, wenn er der Meinung ist, Art 14a ÄP-FZA verankere ein wirksames Instrument, das zudem mehr Rechtssicherheit gewährleiste. Er scheint im Übrigen anzunehmen, das Bundesgericht könnte seine Praxis zum Verhältnis des Landesrechts zum EU-Recht,<sup>110</sup> wonach das EU-Recht über dem Landerecht stehe, in einem künftigen Streitfall

---

<sup>110</sup> Siehe den Nachweis bei GLASER, S. 39 ff.

überprüfen und ändern und mindestens teilweise zur sogenannten «Schubert-Praxis»<sup>111</sup> zurückkehren. Danach kann der Gesetzgeber ein Bundesgesetz erlassen, das zu einem bestehenden Staatsvertrag im Widerspruch steht; er muss aber festlegen, dass das neue Gesetz einem älteren Staatsvertrag vorgeht. Der Gutachter kennt Bundesrichter, welche die geltende Rechtsprechung nicht für unumstösslich halten, und er ist zudem der Meinung, der Gesetzgeber könnte das Bundesgericht mit dem Erlass einer entsprechenden gesetzlichen Norm auf die «Schubert-Praxis» zurückbinden (siehe hinten Rz. 283). Es ist von Interesse, dass auch der Bundesrat zu hoffen scheint, das Bundesgericht könnte nach Annahme des Abkommenspakets auf seine jüngere Praxis zurückkommen.<sup>112</sup>

### III. Nachträgliche Bestätigung durch eine zweite Abstimmung über die Abkommen und Etappierung des Abkommensabschlusses

#### 1. Zweite Abstimmung nach ein paar Jahren und Verknüpfung der Abkommen

284 Eine zweite Abstimmung über das Vertragspaket, ein paar Jahre nach der Inkraftsetzung, wie das gewisse Kreise in Erwägung zu ziehen scheinen, wäre nicht möglich beziehungsweise hochriskant, weil dies im Fall eines negativen Ausgangs die Kündigung der abgelehnten Abkommen nach sich ziehen und zu einem vertragslosen Zustand führen würde. Der heutige Rechtszustand der Abkommen von 1999 würde nicht wieder aufleben. Das ergibt sich indirekt auch aus dem Vernehmlassungsbericht und der Botschaft, wo zu lesen ist: «Die institutionellen Bestimmungen umfassen zudem die üblichen Umsetzungs-, Änderungs- und Kündigungsbestimmungen (Art. 18 und 20 IP-LuftVA). Insbesondere können die institutionellen Protokolle zu den bestehenden Binnenmarktverträgen nicht getrennt von den Abkommen selbst gekündigt werden.»<sup>113</sup>

285 Als Beleg für diese Rechtsauffassung sei als Regelungsbeispiel das IP-MRA aufgeführt:

286 Nach Art. 20 IP-MRA, der Änderungen und Kündigung regelt, kann das Protokoll nicht getrennt von den Abkommen selbst gekündigt werden (Abs. 1). Wird das Abkommen gemäss Art. 21 Abs. 3 des Abkommens gekündigt, so tritt das Protokoll an dem in Art. 21 Abs. 4 des Abkommens genannten Datum ausser Kraft.

287 Liest man dazu im MRA 1999 Art. 21 über Inkrafttreten und Geltungsdauer, so ergibt sich, dass die Gemeinschaft oder die Schweiz das Abkommen durch Notifikation gegenüber der anderen Vertragspartei kündigen kann. Im Falle einer solchen Notifikation findet Abs. 4 Anwendung (Abs. 3). Die in Abs. 1 aufgeführten sieben Abkommen treten sechs Monate nach Erhalt der

<sup>111</sup> BGE 99 Ib 39.

<sup>112</sup> Botschaft, S. 220, 312 und 1030 ff.

<sup>113</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 88; Botschaft, S. 119.

Notifikation über die Nichtverlängerung gemäss Abs. 2 oder über die Kündigung gemäss Abs. 3 ausser Kraft (Abs. 4).

288 Was die Verknüpfung von Abkommen betrifft, so präsentiert sich die Rechtslage wie folgt:

289 Die Abkommen des Stabilisierungspakets sind untereinander verknüpft. Sie können nur gemeinsam in Kraft treten. Die neuen Abkommen (Lebensmittelsicherheit, Gesundheit und Strom) sind untereinander nicht verknüpft. Sie treten aber je (nur) in Kraft, wenn sie so abgeschlossen werden, dass sie am ersten Tag des zweiten Monats in Kraft treten können, der auf die letzte Notifikation betreffend die Instrumente des Pakets folgt.

290 Das bedeutet aber, dass die drei neuen Abkommen nicht zwingend abgeschlossen werden müssen. Werden alle oder wenigstens zwei oder eines aber abgeschlossen, so muss dies so erfolgen, dass sie am ersten Tag des zweiten Monats in Kraft treten können, der auf die letzte Notifikation betreffend die Instrumente des Stabilisierungspakets folgt. Das kann bei keinem, bei einem, bei zwei oder bei drei der drei neuen Abkommen erfolgen.

## **2. Etappierung und Verknüpfung der Abkommen**

291 Neben einer allfälligen zweiten Abstimmung über das Abkommenspaket nach ein paar Jahren ist in Medien auch thematisiert worden, den Abschluss der Verträge zu etappieren, weil der Abklärungsbedarf z.B. für das Stromabkommen besonders gross sei.<sup>114</sup> Ein solches Vorgehen würde allerdings auf Probleme stossen, weil das Inkrafttreten der Abkommen aufeinander abgestimmt ist. Eine Etappierung ist nicht vorgesehen. Würde z.B. das Stromabkommen erst später (unverändert) abgeschlossen, so würde es rückwirkend in Kraft treten, was aber unmöglich wäre, weil schon Art. 4 Stromabkommen nicht mehr erfüllt werden könnte. Danach wendet die Schweiz die im Anhang I aufgeführten Rechtsakte betreffend den Strombereich an. Dasselbe gilt auch für die Rechtsakte in allen anderen Anhängen. Auch diese könnten, Übergangsfristen vorbehalten, nicht mehr rückwirkend angewendet werden.

292 Diese Konsequenz lässt sich anhand von Art. 50 des Stromabkommens nachweisen, wobei anzumerken ist, dass sich gleichlautende Bestimmungen im Lebensmittelsicherheitsabkommen und im Gesundheitsabkommen finden: Nach Art. 50 wird das Stromabkommen von den Vertragsparteien gemäss ihren eigenen Verfahren ratifiziert oder genehmigt. Es tritt am ersten Tag des zweiten Monats in Kraft, der auf die letzte Notifikation betreffend aller Abkommen des sogenannten Stabilisierungspakets folgt.

---

<sup>114</sup> Siehe FABIAN SCHÄFER, Der Bundesrat sollte das EU-Paket aufschneiden, NZZ vom 4. November 2025, S. 19.

293 Demzufolge ist eine Etappierung der Abkommen nicht ohne neue Verhandlungen mit der EU und der Anpassung der betroffenen Abkommen möglich.

## **D. Abstimmungsmodus für die Abkommen**

### **I. Ausgangslage und Haltung des Bundesrates**

294 Eine intensive Auseinandersetzung hat sich im Umfeld der Frage entwickelt, welcher Abstimmungsmodus für das Abkommenspaket zur Anwendung kommen müsse oder könne, das obligatorische Referendum von Volk und Ständen oder das fakultative Referendum mit blossem Volksmehr. Statt eines doppelten Mehrs wird alternativ die Schaffung einer Verfassungsgrundlage für den Abschluss des Abkommenspakets erwogen.

295 Ein Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom Sommer 2024 kommt zum Schluss, es müsse das fakultative Referendum angesetzt werden, weil für das obligatorische Referendum keine Verfassungsgrundlage bestehe. Der Bundesrat nahm dieses Gutachten zunächst nur zur Kenntnis, spricht sich im Vernehmlassungsbericht aber für das fakultative Referendum aus. In geradezu salomonischer Weise hält er darin zugleich dafür, das Parlament könne aus politischen Gründen auch das obligatorische Mehr von Volk und Ständen anordnen. Überraschenderweise ist davon in der Botschaft nicht mehr die Rede. Diese Abkehr des Bundesrates in der Botschaft von der vermittelnden Auffassung im Vernehmlassungsbericht ist nachfolgend ins Licht zu rücken.

296 Angesichts der unterschiedlichen Ansätze ist es so oder anders angezeigt, auf die Thematik des Abstimmungsmodus näher einzutreten. Der Gutachter kann dafür auch auf eigene Beiträge in Medien und Vorträgen zurückgreifen. Auf einen umfassenden Nachweis der Literatur wird allerdings verzichtet, nachdem seit kurzem eine grundlegende Abhandlung von Andreas Glaser sowie eine – auf das Verhältnis des Abkommenspakets zu Art. 121a BV über die Begrenzung der Zuwanderung fokussierte – Abhandlung von Hansjörg Seiler vorliegen. Beide Autoren verarbeiten einen grossen Teil der Literatur. Zuletzt erschienen ist eine umfassende Abhandlung von Martin Dumermuth, die ausführlich thematisiert wird. Näher behandelt wird im Folgenden vorweg das Gutachten des Bundesamtes für Justiz. Dieses wird im Vernehmlassungsbericht zwar überhaupt nicht und in der Botschaft lediglich in einer Fussnote zitiert, dies mit folgender Umschreibung und ohne Stellungnahme des Bundesrates: «Der Bundesrat hat am 8. März 2024 das EJPD beauftragt, die Frage des Staatsvertragsreferendums im Zusammenhang mit dem Paket Schweiz–EU (Bilaterale III) zu prüfen. Das Gutachten des Bundesamts für Justiz (Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht: Rechtliche Übersicht und Analyse vom 27. Mai 2024, 4 ff.) kam zum Schluss, dass im Bundesverfassungsrecht eine Rechtsgrundlage für das dargestellte Vorgehen fehle und die sich damals im Verhandlungsprozess befindlichen

Abkommen des nach der geltenden Verfassung aller Voraussicht nach dem fakultativen Referendum unterstünden.»<sup>115</sup> Es wird zu zeigen sein, dass diese Rechtsauffassung nicht zutreffend ist.

297 Was die Haltung des Bundesrates betrifft, so ist im Vernehmlassungsbericht zu lesen: «Mit der Wahl des fakultativen Referendums wahrt der Bundesrat die Kohärenz mit seiner bisherigen Praxis und die Kontinuität der Schweizer Europapolitik. Die grundsätzliche Frage eines obligatorischen Staatsvertragsreferendums sui generis bleibt durch den Entscheid des Bundesrates unberührt.»<sup>116</sup> Weiter wird ausgeführt, die einzig verfassungsrechtlich klare Möglichkeit wäre, eine Verfassungsbestimmung zu schaffen. Begründet wird dies wie folgt: Der einzige Weg, die Verträge «in Abweichung der Artikel 140 und 141 BV einem obligatorischen Referendum zu unterstellen, wäre ... eine Anpassung der BV. Die Revisionsschranken nach Artikel 194 Absatz 2 BV würden es nicht ausschliessen, die BV um eine Übergangsbestimmung zu ergänzen, welche vorsieht, dass die völkerrechtlichen Verträge zur Stabilisierung der bilateralen Beziehungen genehmigt werden und der Bundesrat ermächtigt ist, sie zu ratifizieren. Die Übergangsbestimmung unterstünde einem obligatorischen Referendum nach Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV.» Der Bundesrat zieht diesen Weg im Vernehmlassungsbericht indessen nicht in Betracht.<sup>117</sup>

298 In der Botschaft radikalisiert der Bundesrat seine Ausführungen gegen das doppelte Mehr und erwähnt auch die Möglichkeit einer Übergangsbestimmung in der BV nicht mehr. Diese Abkehr gegenüber dem Vernehmlassungsbericht erfolgt ohne Begründung. Könnte es sein, dass sie auf die relativ breite Zustimmung zum Abkommenspaket in der Vernehmlassung<sup>118</sup> zurückzuführen ist?

299 Hervorzuheben sind aus der Botschaft die folgenden Ausführungen: «Die Abkommen zur Stabilisierung der Beziehungen Schweiz–EU erfüllen nicht die Voraussetzungen eines obligatorischen Staatsvertragsreferendums nach Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV. Sie bringen auch keinen schwerwiegenden Eingriff in die innere Struktur der Schweiz mit sich, tangieren nicht die verfassungsmässige Ordnung und bewirken keine grundlegende Neuorientierung der schweizerischen Aussenpolitik. Die Abkommen zur Stabilisierung der Beziehungen Schweiz–EU erfüllen mit anderen Worten nicht die Voraussetzungen, unter denen nach Auffassung des Bundesrates in Ausnahmefällen ein völkerrechtlicher Vertrag, der nicht unter das obligatorische Staatsvertragsreferendum fällt, einem obligatorischen Referendum (sui generis) unterstellt werden kann. Sie unterstehen deshalb nach der geltenden BV dem fakultativen Staatsvertragsreferendum. Die Genehmigung der Abkommen zur Stabilisierung der Beziehungen Schweiz–EU in einem

---

<sup>115</sup> Botschaft, S. 1036, Fn. 74.

<sup>116</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 888.

<sup>117</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 888.

<sup>118</sup> Siehe dazu Botschaft, S. 66 ff.

obligatorischen Referendum über eine Verfassungsrevision bringt nach der Auffassung des Bundesrates staatspolitische Risiken mit sich. Erstens würde es bedeuten, dass im Einzelfall ohne Zustimmung des Verfassungsgebers vom verfassungsmässigen Verfahren für die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge abgewichen würde. Zuständig wären Volk und Stände anstatt, wie dies die Verfassung vorsieht, das Volk. Damit würde ein zentraler Aspekt des direkt-demokratischen Verfahrens durch den Bundesrat und die Bundesversammlung anstatt durch die Verfassung bestimmt. Zweitens besteht für dieses Vorgehen kein vergleichbarer Präzedenzfall. Der UNO-Beitritt hätte wie dargestellt ohnehin einem obligatorischen Referendum unterstanden (s. Ziff. 4.2.2.1.4). Die Genehmigung auf dem Weg der Verfassungsrevision veränderte die Zuständigkeitsordnung demnach nicht. Unter der alten BV unterstellte die Bundesversammlung drei völkerrechtliche Verträge entgegen der jeweils geltenden Verfassung einem obligatorischen Referendum (s. Ziff. 4.2.2.1.3). Auch diese Beispiele sind nicht mit dem vorliegenden Paket Schweiz–EU (Bilaterale III) vergleichbar: Der Beitritt zum Völkerbund und das Freihandelsabkommen mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft hätten nach der damaligen Rechtslage andernfalls überhaupt keinem Referendum unterstanden. Der Beitritt zum EWR wies supranationale Elemente auf (s. Ziff. 4.2.2.1.2) und erforderte eine Verfassungsänderung, die ohnehin dem obligatorischen Referendum unterstanden hätte. Drittens besteht das Risiko, dass durch die Genehmigung auf dem Weg der Verfassungsrevision ein Präzedenzfall für zukünftige völkerrechtliche Verträge entstehen würde. Der Bundesrat schlägt aus diesen Gründen vor, die Abkommen zur Stabilisierung der Beziehungen Schweiz–EU entsprechend den Vorgaben der geltenden BV einem fakultativen Referendum zu unterstellen.»<sup>119</sup>

300 Die widersprüchliche Haltung des Bundesrates, die sich zwischen Vernehmlassungsentwurf und Botschaft entwickelt hat, ist ein weiterer Hinweis darauf, dass man nicht damit rechnen kann, Bundesrat und Bundesversammlung könnten sich auf einem bestimmten Umgang mit der «Sui-generis-Praxis» einigen. Es ist weiter damit zu rechnen, dass man in heiklen Fällen situationsbezogen und unter Berücksichtigung politischer Mehrheiten eine Lösung suchen wird.

## II. Rechtsgutachten des Bundesamtes für Justiz vom 27. Mai 2024

301 Nachstehend sollen die Hauptargumente des Bundesamtes für Justiz in seinem Gutachten vom 27. Mai 2024 «Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht» ins Licht gerückt werden. Deren Würdigung erfolgt später (hinten Rz. 360 ff.).

---

<sup>119</sup> Botschaft, S. 1039 f.

- 302 Laut BJ untersteht das Abkommenspaket nicht dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum nach Art. 140 Abs.1 Bst. b BV, weil weder der Beitritt zu einer Organisation für kollektive Sicherheit noch zu einer supranationalen Gemeinschaft wie der EU zur Diskussion steht.
- 303 Das BJ wendet sich sodann dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum «sui generis» zu. Dieses Staatsvertragsreferendum stehe ausserhalb der bundesverfassungsrechtlichen Ordnung. In der Vergangenheit habe die Bundesversammlung diesen in der BV nicht vorgesehenen Typus insgesamt drei Mal zur Anwendung gebracht: Ein erstes Mal sei dies 1920 beim Beitritt zum Völkerbund erfolgt, weil es sich dabei nach Ansicht des Bundesrats um eine «Angelegenheit von höchster Bedeutung» gehandelt habe. 1972 sei man für den Abschluss des Freihandelsabkommens gleich vorgegangen, weil der Bundesrat dies aufgrund bedeutender sachlicher und politischer Gründe als notwendig erachtete, um zu verhindern, dass «die Diskrepanz zu den sonst üblichen Mitwirkungsrechten des Volkes ... als zu gross» erschienen wäre. Ein drittes Mal sei dieses Referendum «sui generis» 1992 für den Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) eingesetzt worden, weil dieser Beitritt nach Meinung des Bundesrats «von überragender politischer und wirtschaftlicher Bedeutung» gewesen wäre. Es stelle sich daher die Frage, unter welchen Voraussetzungen trotz des Scheiterns der Vorlage dennoch ein Referendum «sui generis» zulässig sein könnte.
- 304 Das BJ hält anschliessend dafür, die spätere Diskussion und die gescheiterten Versuche der Generalisierung der «Sui-generis-Praxis» durch Änderung der BV würden dafür sprechen, dass die Bundesversammlung diese Praxis aufgeben wollte. Dies sei namentlich aufgrund des Scheiterns einer Vorlage von 2020 als Antwort auf eine Motion Caroni anzunehmen. Aufgrund dieser Vorlage hätten fortan Staatsverträge Volk und Ständen unterbreitet werden müssen, wenn sie «Bestimmungen von Verfassungsrang enthalten» hätten oder ihre «Umsetzung eine Änderung der Bundesverfassung erfordert» hätte. Der Nationalrat sei indessen auf diese Vorlage nicht eingetreten.<sup>120</sup>
- 305 Angesichts dieses Ergebnisses wendet sich das BJ der Frage nach der Rechtsgrundlage für die «Sui-generis-Praxis» zu.<sup>121</sup> Es argumentiert, dass angesichts des Fehlens einer Grundlage im gescheiterten Projekt auf Generalisierung der bisherigen «Sui-generis-Praxis» durch Schaffung einer Verfassungsgrundlage eine gewohnheitsrechtliche Grundlage verfügbar sein müsste. Sonst würde die nach Art. 5 Abs. 1 BV erforderliche Rechtsgrundlage für die Weiterführung der «Sui-generis-Praxis» fehlen. Bei Fehlen einer Grundlage in der BV könnte nur eine gewohnheitsrechtliche Grundlage genügen. Eine solche bestehe indessen nicht, nachdem das Parlament auf die

---

<sup>120</sup> Gutachten BJ, Ziff. 3, S. 4 f.

<sup>121</sup> Gutachten BJ, Ziff. 3, S. 5 ff.

Ergänzung der BV im Jahre 2020/21 nicht eingetreten sei. Zu diesem Schluss des Fehlens von Gewohnheitsrecht gelangt das BJ mithilfe einer Analyse anhand der üblichen Auslegungselemente. Zunächst hält es dafür, aufgrund von Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV liessen sich keine Argumente pro doppeltes Mehr finden. Es sei mehrfach entschieden worden, das obligatorische Staatsvertragsreferendum in (sehr) engen Grenzen zu halten. Es sei namentlich auch darauf hingewiesen worden, man wolle keinen «plebiszitären Charakter» des Referendumsrechts. Das BJ erwähnt aus der Ratsdebatte der Vorlage zur Motion Caroni dann allerdings, es habe die Meinung bestanden, man brauche keine Generalisierung, «weil es der Bundesversammlung faktisch ohnehin freistehe, Staatsverträge mit Verfassungscharakter Volk und Ständen zu unterbreiten».<sup>122</sup> Indessen sei diese Auffassung nicht unwidersprochen geblieben.<sup>123</sup>

- 306 Die Hinweise auf weitere Diskussionen im Zusammenhang mit Staatsverträgen zeigen, dass die Meinungen stets geteilt waren, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Referendum «sui generis» angesetzt werden könne und solle. Es kam aber auch das Argument auf, so beim FHA 1972, dass stark umstrittene Staatsverträge mit grosser politischer beziehungsweise volkswirtschaftlicher Bedeutung dem Referendum von Volk und Ständen unterstellt werden können.<sup>124</sup>
- 307 Betont wird seitens des BJ sodann, auch die Bilateralen I und II seien nicht dem Staatsvertragsreferendum «sui generis» unterstellt worden.<sup>125</sup>
- 308 Was die Bezugnahme des Gutachtens auf die Rechtslehre betrifft, so beschränkt sich das BJ auf die Erwähnung mit Nachweisen, dass die meisten Autorinnen und Autoren skeptisch bis ablehnend seien. Die Stimmen, welche sich für die Zulässigkeit aussprechen würden, vermöchten nicht zu sagen, wo die Rechtsgrundlage für die Zulässigkeitserklärung liege.<sup>126</sup>
- 309 Als Zwischenergebnis hält das BJ fest, dass ein Staatsvertragsreferendum «sui generis» fraglich sei. Es müsste dafür Gewohnheitsrecht in Anspruch genommen werden können. Als Rechtsgrundlage komme unter diesen Umständen «einerseits Verfassungsgewohnheitsrecht und andererseits auf dem Weg der Auslegung der Bundesverfassung gewonnenes ungeschriebenes Bundesverfassungsrecht in Frage».<sup>127</sup>

---

<sup>122</sup> AB N 2021 810 ff.; AB S 2021 956 ff.

<sup>123</sup> Votum BR Keller-Sutter, AB S 2021 958; siehe auch Voten NR Pfister AB N 2021 813; NR Romano AB N 2021 2377; NR Rutz, AB N 2021 808.

<sup>124</sup> Gutachten BJ, Ziff. 3, S. 10 ff.

<sup>125</sup> Gutachten BJ, Ziff. 3, S. 12 f.

<sup>126</sup> Gutachten BJ, Ziff. 3, S. 13 f.

<sup>127</sup> Gutachten BJ, Ziff. 3, S. 14.

- 310 Das BV hält hinsichtlich der Entstehung von Verfassungsgewohnheitsrecht dafür, es fehle an einer ständigen Praxis. Insbesondere das Nichteintreten der Bundesversammlung auf die Vorlage des Bundesrats vom 15. Januar 2020 sei ein Indiz dafür, dass die ungeteilte Rechtsüberzeugung fehle, die notwendig wäre, damit Gewohnheitsrecht entstehen könnte (*opinio juris*). Zudem liege anstelle der erforderlichen dauerhaften und einheitlichen Übung (*longa consuetudo*) bloss eine vereinzelte, aus bloss drei Fällen bestehende, und uneinheitliche Praxis vor.<sup>128</sup>
- 311 Schliesslich lehnt das BJ auch die Möglichkeit ab, dass eine Abstützung der Praxis «*sui generis*» auf ungeschriebenes Verfassungsrecht möglich wäre. Es müsste dafür entweder Anknüpfungsmöglichkeiten an Art. 140 Abs. 1 Bst. a oder Bst. b BV geben, was nicht der Fall sei. Dabei wird nochmals auf die nicht-plebiszitäre Natur des Referendumsrechts verwiesen. Nicht zuletzt wird auch der Widerspruch zur Rechtssicherheit thematisiert.<sup>129</sup> Bemerkenswert ist im Kontext namentlich folgende Passage: «Dass ein Staatsvertrag in Analogie zu Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV einem Staatsvertragsreferendum *sui generis* unterstände, wäre daher, wenn überhaupt, nur denkbar im Fall eines Staatsvertrages, der – vorausgesetzt man nimmt seinen (Anwendungs-)Vorrang vor der Verfassung an (Art. 5 Abs. 4, Art. 190 BV) – selbst bestimmte Grundelemente der Bundesverfassung offenkundig aushebelte. Theoretisch könnte das insbesondere denkbar sein, wenn ein Staatsvertrag die Volk und Ständen allgemein zustehenden politischen Mitbestimmungsrechte in seinem Anwendungsbereich ausschliessen würde, einem überstaatlichen Gericht die Kompetenz einräumen würde, die unmittelbare Anwendbarkeit und den Anwendungsvorrang des Völkervertragsrechts geltend zu machen, oder die bundesverfassungsrechtliche Kompetenzordnung in ihrem Kern modifizieren würde.»<sup>130</sup>
- 312 Die Würdigung des Gutachtens des BJ durch den Gutachter folgt später (siehe hinten Rz. 360 ff.).

### III. Rechtsliteratur

#### 1. Vorbemerkung

- 313 Es kann in diesem Rechtsgutachten darauf verzichtet werden, eine vollständige Übersicht über die gesamte einschlägige Literatur zu bieten. Dafür gibt es zwei Gründe: Erstens liegt seit kurzem eine umfassende Studie zur Thematik vor. Es handelt sich um die Abhandlung von Andreas Glaser unter dem Titel «Die Volksabstimmung über das Paket Schweiz-EU»<sup>131</sup> Glaser setzt sich

---

<sup>128</sup> Gutachten BJ, Ziff. 3, S. 15.

<sup>129</sup> Gutachten BJ, Ziff. 3, S. 15 f.

<sup>130</sup> Gutachten BJ, Ziff. 3, S. 17.

<sup>131</sup> GLASER, S. 1 ff.

nicht nur mit der Frage des doppelten Mehrs auseinander, sondern ebenfalls mit der staatsrechtlichen Relevanz der neuen Abkommen. Er kommt dabei zu Ergebnissen, die mit den vorstehend erarbeiteten weitestgehend übereinstimmen. Dieser Autor referiert auch ausführlich die bestehende Literatur. Der zweite Grund liegt darin, dass neben der «Sui-generis-Praxis» weitere Elemente ins Spiel kommen, welche die Zulässigkeit der Anwendung dieser Praxis stützen beziehungsweise sogar für eine Verfassungsänderung sprechen, nämlich der Konflikt der Personenfreizügigkeit gemäss FZA mit Art. 121a BV sowie die allgemein anerkannte Auffassung, dass so oder anders eine Übergangsbestimmung in die BV aufgenommen werden könnte, um eine Abstimmung von Volk und Ständen auszulösen.

314 Nachfolgend wird daher zunächst vor allem diese umfassende Abhandlung ins Licht gerückt, worin auch die gegeneiligen Auffassungen dargestellt werden. Zusätzlich ist anschliessend auch auf eine Abhandlung von Hansjörg Seiler einzugehen, der in besonderer Weise auf den Zusammenhang mit Art. 121a BV eingeht.

315 Erst ganz kurz vor dem Abschluss dieses Gutachtens ist noch eine weitere, sehr umfassende Abhandlung von Martin Dumermuth erschienen, die es zu berücksichtigen gilt.

## 2. Andreas Glaser

316 Andreas Glaser erwähnt am Anfang seiner Abhandlung, dass der Bundesrat im Vernehmlassungsbericht die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des obligatorischen Referendums «sui generis» für das Abkommenspaket offen lasse. Er argumentiere nicht mit einem angeblich abschliessenden Charakter von Art. 140 BV. Der Vernehmlassungsbericht könne daher nicht als grundsätzliche Stellungnahme gegen die Zulässigkeit des obligatorischen Referendums «sui generis» gelesen werden. Demgegenüber gelange das Bundesamt für Justiz in seinem Gutachten zum gegenteiligen Schluss. Danach regle der Wortlaut von Art. 140 BV die Tatbestände des obligatorischen Referendums abschliessend. Es gebreche auch an gegenteiligem Verfassungsgewohnheitsrecht, weil keine regelmässige und einheitliche Praxis bestehe. Auch laute der Wille des Verfassungsgebers in diesem Sinn, was auch mit der Auffassung einer «nicht-plebiszitären Natur der Referendumsrechte» begründet werde. Es widerspreche dem Anliegen der Rechtssicherheit, dass die Bundesversammlung nach Ermessen entscheide.<sup>132</sup>

317 Glaser resümiert die Rechtsauffassung des BJ anschliessend unter Bezugnahme auf die vom BJ angerufenen Quellen sowie insbesondere auf Voten in den parlamentarischen Beratungen.<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> GLASER, S. 6 f.

<sup>133</sup> GLASER, S. 7 f.

- 318 Anschliessend skizziert der Autor die aktuelle Literatur, nämlich die Aufsätze von Andrea Caroni und Daniela Kühne<sup>134</sup>, Stefan G. Schmid<sup>135</sup>, das Papier von Paul Richli<sup>136</sup> sowie die Darstellungen von Astrid Epiney, Nula Frei und Stefan Diezig im Basler Kommentar<sup>137</sup> und nicht zuletzt den Aufsatz von Hansjörg Seiler.<sup>138</sup>
- 319 Hier seien nur die wichtigsten, von Glaser aufgegriffenen Argumente in den erwähnten Schriften erwähnt:
- 320 Caroni/Kühne: Die Autoren gehen in ihrem, vor dem Gutachten des BJ publizierten Artikel davon aus, dass wohl ein überwiegender Teil der Lehre grundsätzlich die Möglichkeit des ausserordentlichen Referendums bejahe, insbesondere für besonders wichtige völkerrechtliche Verträge. Das Scheitern der Reform im Jahre 2021 führe nicht zu einem anderen Schluss, zumal die allermeisten Votantinnen und Votanten in der Bundesversammlung zum Ausdruck gebracht hätten, dass sie ein solches Recht anerkennen und weiterhin anwenden würden. Im Ergebnis würden sie, Caroni/Kühne, aber dennoch bezweifeln, dass die Bundesversammlung zur weiteren Anwendung der Praxis befugt sei, weil die Bundesversammlung die Verankerung in der BV abgelehnt habe. Die Anwendung von Gewohnheitsrecht würden sie verneinen. Sie seien aber der Meinung, dass die Bundesversammlung und auch der Bundesrat – trotz ihrer gegenteiligen Auffassung – an der «Sui-generis-Praxis» grundsätzlich festhalten würden.<sup>139</sup>
- 321 Schmid: Dieser Autor gelangt im Aufsatz, den er nach dem Gutachten des BJ erstellte, zu ähnlichen, wenn auch weniger eindeutigen Schlüssen wie das BJ. Die Entstehungsgeschichte von Art. 140 Abs. 1 BV lasse aber letztlich «keine klare Antwort» auf die Frage zu, ob bei dessen Erlass ein ungeschriebenes obligatorisches Referendum sui generis mitverabschiedet worden sei.<sup>140</sup>
- 322 Epiney/Frei/Diezig: Diese Autorschaft ist auch der Meinung, Art. 140 BV enthalte eine abschliessende Regelung. Es gebe für die «Sui-generis-Praxis» auch kein Verfassungsgewohnheitsrecht. Auch widerspreche der plebiszitäre Charakter dieser Praxis der BV. Schliesslich gebiete die aus Art. 34 Abs. 2 BV abgeleitete Stimmwertgleichheit» einen möglichst engen

---

<sup>134</sup> CARONI/KÜHNE, S. 343 ff.

<sup>135</sup> SCHMID, S. 519 ff.

<sup>136</sup> PAUL RICHLI, Doppeltes Mehr von Volk und Ständen für Bilaterale III beziehungsweise für Rahmenabkommen 2.0?, Papier vom 30. Januar 2025, unveröffentlicht.

<sup>137</sup> EPINEY/FREI/DIEZIG, Art. 140 BV, N 14 ff.

<sup>138</sup> SEILER, S. 1 ff.

<sup>139</sup> GLASER, S. 9 f.

<sup>140</sup> GLASER, S. 10.

Anwendungsbereich der Referenden mit Ständemehr, weil dieses Referendum das demokratische Prinzip einschränke.<sup>141</sup>

- 323 Seiler: Dieser Autor wird angesichts der Ausweitung der Argumentation auf Art. 121a BV noch separat thematisiert (siehe hinten Rz. 329 ff.).
- 324 Nach der Skizzierung der bisherigen Rechtsauffassungen wendet sich Glaser in Bst. D (Praxis der Bundesbehörden, insbesondere der Bundesversammlung) der tatsächlichen Handhabung des Referendums «sui generis» zu. Hieraus seien die folgenden Elemente ins Blickfeld gerückt:
- 325 Glaser befasst sich zunächst mit der Anerkennung des obligatorischen Referendums «sui generis» unter der BV 1999. Er hebt diesbezüglich insbesondere Folgendes hervor:<sup>142</sup> Der Bundesrat habe die Existenz eines obligatorischen Referendums im Zusammenhang mit dem Bundesbeschluss über die Genehmigung des Abkommens Schengen/Dublin anerkannt, für dieses Abkommen aber abgelehnt, weil es weder die Souveränität noch die verfassungsmässige Ordnung der Schweiz beeinträchtige.<sup>143</sup>
- 326 Anschliessend analysiert Glaser die Diskussion von 2020/21 um die Vorlage zur Verankerung des obligatorischen Referendums «sui generis» in der BV. Er erwähnt die in der Botschaft wiedergegebene Auffassung des Bundesrates, wonach gemäss Praxis der Bundesbehörden und einem Teil der Rechtslehre die «Sui-generis-Praxis» Teil des ungeschriebenen Verfassungsrechts sei. In der parlamentarischen Beratung sei diese Auffassung bestätigt worden, auch wenn das Parlament keine Verallgemeinerung habe vornehmen wollen. Zwar habe der Ständerat dem Entwurf des Bundesrates zugestimmt, hingegen sei der Nationalrat darauf nicht eingetreten. Die Vertreterin des Bundesrates habe in der Ratsdebatte dessen Auffassung über die Zulässigkeit der «Sui-generis-Praxis» bestätigt. Der Nationalrat habe mit dem Nichteintreten auf die Vorlage gerade keine generelle Absage an die «Sui-generis-Praxis» verbunden. Diese Interpretation belegt Glaser mit Hinweisen auf Voten im Nationalrat und wörtlichen Zitaten daraus, die mehrheitlich dahin lauten, auch beim Verzicht auf die Generalisierung bleibe die Zulässigkeit der «Sui-generis-Praxis» erhalten. In der zweiten Beratung habe die Kommissionspräsidentin, Greta Gysin, die Argumente gegen die Vorlage nochmals zusammengefasst, wobei sie erneut den Fortbestand des obligatorischen Staatsvertragsreferendums «sui generis» bekräftigt habe. Diese Auffassung sei im Nationalrat im Übrigen weit verbreitet gewesen, auch in den Fraktionen. Glaser zitiert diesbezüglich mehrere Ratsmitglieder, welche die Zulässigkeit der erwähnten Praxis für wichtige

---

<sup>141</sup> GLASER, S. 11.

<sup>142</sup> GLASER, S. 12.

<sup>143</sup> GLASER, S. 12.

völkerrechtliche Verträge bejahen.<sup>144</sup> Das Scheitern der Vorlage ist für Glaser daher kein Argument gegen die Zulässigkeit des obligatorischen Staatsvertragsreferendums «sui generis».<sup>145</sup> Glaser weist sodann auch noch nach, dass der Griff zu einer Verfassungsänderung im Fall der EWR-Vorlage nach Meinung des Parlaments keine Notwendigkeit war, sondern lediglich wegen verfahrensmässiger Vorteile gewählt wurde. Im vorliegenden Zusammenhang besonders erwähnenswert ist seine Folgerung: «Rechtsdogmatische Gesichtspunkte bezogen auf einen angeblich abschliessenden Charakter der Referendumstatbestände, die in der rechtswissenschaftlichen Literatur vorgebracht werden, spielten in jüngerer Zeit keine Rolle in den parlamentarischen Debatten. Auch das Argument der ‘nicht-plebiszitären’ Natur der Volksrechte, wie es das BJ stark macht, zeigte in den Debatten keine Durchschlagskraft. Die Bundesversammlung und teilweise auch der Bundesrat suchten vielmehr nach verfassungsrechtlich begründbaren Wegen, um ihrem politischen Willen – die Unterstellung des Genehmigungsbeschlusses über einen völkerrechtlichen Vertrag unter das obligatorische Referendum – zu verwirklichen. Versteht man diese (freiwillige) Erhöhung der Legitimationsschwelle in Form des Ständemehrs zusätzlich zum Volksmehr als ‘plebiszitär’, dann lässt sich mit Blick auf die Genehmigung bedeutsamer völkerrechtlicher Abkommen aus den Materialien eher ein ‘plebiszitäres’ als ein ‘nicht-plebiszitäres’ Verständnis der Referendumstatbestände herauslesen.»<sup>146</sup>

- 327 Andreas Glaser gelangt nach alldem in Bst. E. (Zulässigkeit des obligatorischen Staatsvertragsreferendums sui generis) zu folgendem Ergebnis: «Im Einklang mit den Ausführungen im erläuternden Bericht des Bundesrates und im Gegensatz zur Auffassung des BJ sowie einiger Autorinnen und Autoren in der neueren Literatur ist es verfassungsrechtlich zulässig, wenn die Bundesversammlung unter Fortführung ihrer in den Jahren 2020 und 2021 bekräftigten Praxis einen Staatsvertrag unter den von ihr definierten Voraussetzungen dem obligatorischen Referendum sui generis unterstellt. Umgekehrt wäre es unzutreffend, wenn die Bundesversammlung eine allfällige Unterstellung des Pakets Schweiz-EU lediglich unter das fakultative Referendum mit der angeblichen Verfassungswidrigkeit des obligatorischen Staatsvertragsreferendums sui generis begründen würde. Die Bundesversammlung würde sich mit einer derartigen Argumentation in Widerspruch zu der im Amtlichen Bulletin dokumentierten, einhelligen Auffassung setzen, wonach das obligatorische Staatsvertragsreferendum sui generis auch im Fall der Ablehnung der vom Bundesrat vorgeschlagenen Kodifikation Anwendung finden kann.»<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> GLASER, S. 12 ff.

<sup>145</sup> GLASER, S. 17.

<sup>146</sup> GLASER, S. 18.

<sup>147</sup> GLASER, S. 19.

328 Im 2. Teil seiner Abhandlung wendet sich Andreas Glaser der Beurteilung des Abkommenspakets zu.<sup>148</sup> Auf die entsprechenden Ausführungen ist bereits verwiesen worden (siehe vorn Rz. 115).

### 3. Hansjörg Seiler

329 Die Abhandlung von Hansjörg Seiler deckt sich inhaltlich weitgehend mit derjenigen von Andreas Glaser, bringt aber insbesondere eine Vertiefung des Verhältnisses des Abkommenspakets zu Art. 121a BV über die Einwanderung. Diesbezüglich thematisiert er insbesondere die weitgehende Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie der EU.

330 Zunächst setzt sich Seiler mit der Frage auseinander, ob das Abkommenspaket einem Beitritt zu einer supranationalen Organisation nach Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV an die Seite gestellt werden könnte. Diese Frage stelle sich, weil die Schweiz durch die Abkommen verpflichtet werde, künftiges EU-Recht zu übernehmen und an dessen Ausarbeitung nur konsultativ beteiligt sei und worüber sie auch nicht abstimmen könne. Rechtlich bestehe keine Autonomie in der Übernahme. Die Nichtübernahme eines EU-Rechtsakts sei als Rechtsverletzung zu werten, welche Sanktionen auslösen könne. Das sei vergleichbar der Situation der EU-Mitgliedstaaten, die für Vertragsverletzungen auch sanktioniert werden könnten. Zudem würden die direktdemokratischen Rechte in ihrer Substanz ausgehöhlt. Das Ergebnis der ausführlichen Argumentation lautet dahin, weil die materiellen Voraussetzungen der Supranationalität erfüllt seien, könne sehr wohl der Tatbestand des obligatorischen Staatsvertragsreferendums bejaht werden, auch wenn rechtlich kein Beitritt zu einer Gemeinschaft erfolge. Insgesamt würden wesentliche Argumente dafür sprechen, die Bilateralen III dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum nach Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV zu unterstellen.<sup>149</sup>

331 Der nächste Blick Seilers richtet sich auf die Frage nach dem Staatsvertragsreferendum «sui generis» und in diesem Zusammenhang zunächst auf das Gutachten des Bundesamtes für Justiz, welche diesem die Rechtsgrundlage abspricht. Seiler hält dafür, dass die Argumentation des BJ, dass Volksrechte abschliessend in der Verfassung geregelt sein sollen, grundsätzlich nachvollziehbar sei. Allerdings gebe es sehr wohl auch ausserhalb des Verfassungsgewohnheitsrechts ungeschriebenes Verfassungsrecht. Unter der alten BV habe das Bundesgericht verschiedentlich ungeschriebene Grundrechte anerkannt, darunter auch solche, welche nicht gewohnheitsrechtlich anerkannt, sondern vielmehr umstritten gewesen seien, wie das Recht auf Existenzsicherung, auch für illegal anwesende Personen. Auch unter der geltenden BV vertrete die Lehre teilweise die Auffassung, es könnten weitere ungeschriebene Grundrechte anerkannt werden. Weiter

---

<sup>148</sup> GLASER, S. 21 ff.

<sup>149</sup> SEILER, S. 3 ff.

erwähnt der Autor, das BJ lege grosses Gewicht auf das Scheitern der Revisionsvorlage 20.026 vom 2020/21, gebe aber die Entstehungsgeschichte unvollständig wieder. Dieser Kritik tritt Seiler sehr ausführlich mit Hinweisen auf die Beratung in den Räten entgegen. Die zentrale Gegenargumentation von Seiler lautet, der Ständerat habe die Vorlage mit inhaltlichen Modifikationen angenommen, während der Nationalrat nicht darauf eingetreten sei. Aber auch im Nationalrat sei einhellig die Meinung vertreten worden, das sogenannte Staatsvertragsreferendum «sui generis» gehöre zum ungeschriebenen Verfassungsrecht. Die Mehrheit habe dieses Recht aber nicht verallgemeinern wollen. Dies sei auch gar nicht nötig, weil die Bundesversammlung das obligatorische Staatsvertragsreferendum sui generis wie schon bisher beschliessen könne.<sup>150</sup>

332 Zur vom BJ aufgenommenen und ebenfalls vertretenen Auffassung, die Volksrechte hätten einen «nicht-plebiszitären» Charakter führt der Autor aus, die Bundesversammlung habe schon immer wieder Rechtsakte insbesondere in Gesetzesform gekleidet, die keinen rechtsetzenden Charakter gehabt hätten, damit diese dem Referendum unterstellt werden konnten. Die These des «nicht-plebiszitären» Charakters der Volksrechte sei damit geradezu widerlegt.<sup>151</sup>

333 Die weiteren Ausführungen unter dem Titel des Staatsvertragsreferendums «sui generis» betreffen die Frage, ob der Abschluss der Bilateralen III die Anforderungen für dieses Referendum erfüllen. Diese Frage bejaht Seiler unter Hinweis auf die vorstehenden Erwägungen. Danach werden durch die Bilateralen III die Zuständigkeiten von Bundesversammlung und Volk in der Übernahme neuen Rechts in weitem Umfang ausgehebelt. Das unterscheide die Bilateralen III auch von den Abkommen Schengen/Dublin. Insgesamt sprechen laut Seiler gute Gründe dafür, dass das Staatsvertragsreferendum «sui generis» weiterhin anwendbar ist. Einigkeit bestehe allerdings darin, dass die Anordnung eines solchen Referendums verfassungsrechtlich nicht zwingend, sondern dem Ermessen der Bundesversammlung anheimgestellt sei.<sup>152</sup>

334 Weiter führt Seiler unter 4. «Genehmigung Staatsvertrag via Verfassungsänderung» aus, dass statt eines Referendums «sui generis» von Volk und Ständen auch die Genehmigung der Bilateralen III durch eine Übergangsbestimmung in der BV möglich wäre, wie das in der Vergangenheit auch schon erfolgt sei.<sup>153</sup> Die näheren Ausführungen dazu werden hier nicht resümiert, weil die Zulässigkeit dieses Vorgehens allgemein anerkannt wird. Hingegen ist näher auf die

---

<sup>150</sup> SEILER, S. 6 ff.

<sup>151</sup> SEILER, S. 9 f.

<sup>152</sup> SEILER, S. 10 ff.

<sup>153</sup> SEILER, S. 12 f.

Ausführungen des Autors zur Tragweite und unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 121a BV einzugehen.<sup>154</sup>

- 335 Art. 121a BV enthält gemäss Seiler in Abs. 1 den Grundsatz, dass die Schweiz die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern eigenständig steuert. Die Abs. 2 und 3 enthalten Vorschriften für die Ausgestaltung dieser Steuerung, die nicht unmittelbar anwendbar sind, sondern der gesetzlichen Konkretisierung bedürfen. Hingegen sei Abs. 4 unmittelbar anwendbar. Danach dürften keine Verträge abgeschlossen werden, welche die Schweiz daran hindern würden, die Zuwanderung eigenständig zu steuern (Abs. 1), die Zahl der ausländerrechtlichen Bewilligungen durch Kontingente und Höchstzahlen zu begrenzen (Abs. 2) oder die in Absatz 3 verankerten Kriterien anzuwenden. Das entspreche auch der bisherigen Position des Bundesrates, der Rechtsprechung und der einhelligen Lehre.
- 336 Seiler widerspricht der Auffassung von Astrid Epiney, Art. 121a könnte mithilfe des anerkannten Grundsatzes der praktischen Konkordanz mit gegenläufigen anderen Verfassungsbestimmungen ausbalanciert werden, was erlaube, auf eine Kontingentierung zu verzichten. Dies sei nicht möglich, weil Art. 121a Abs. 4 ausdrücklich eine Kontingentslösung verlange.
- 337 Einen Widerspruch zu Art. 121a Abs. 4 BV sieht Seiler in der Verpflichtung der Schweiz, gemäss ÄP-FZA die Unionsbürgerrichtlinie unter Vorbehalt einiger Ausnahmen zu übernehmen. Damit würden namhafte neue Rechtsansprüche gegenüber der Schweiz geschaffen, wenn man die prognostizierten Zuwanderungszahlen veranschlage. Dies stehe entgegen dem Vernehmlassungsbericht nicht im Einklang mit Art. 121a Abs. 4 BV, zumal die mit dieser Bestimmung angestrebte Regelung nicht nur für nach Abschluss der Abkommen neu Zugewanderte gelte. Zudem gelte Art. 121a BV auch für Personen ohne Erwerbstätigkeit. Schliesslich stehe auch die Pflicht zur dynamischen Übernahme neuen EU-Rechts zumindest potenziell im Widerspruch zu Art. 121a BV, da solche Rechtsänderungen zusätzliche neue Rechtsansprüche auf Aufenthalt schaffen könnten, die mit Art. 121a BV nicht vereinbar sein könnten. An all dem könne auch die präzierte Schutzklausel im FZA nichts ändern.
- 338 Dies alles führt Hansjörg Seiler zur Überzeugung, dass zwischen den Bilateralen III und Art. 121a BV eine unüberwindliche Kluft bestehe, was eine Änderung dieser Verfassungsbestimmung spätestens gleichzeitig mit dem Abschluss des Abkommenspakets erfordere.<sup>155</sup> Diese Änderung müsse spätestens gleichzeitig mit dem Abschluss der Abkommen erfolgen. Dazu müsse die Bestimmung nicht vollständig aufgehoben werden. Es genüge, sie sinngemäss mit der Bestimmung zu ergänzen, dass die Bilateralen III vom Verbot ausgenommen seien, was zweckmässigerweise

---

<sup>154</sup> SEILER, S. 14 ff.

<sup>155</sup> SEILER, S. 14 ff.

in den Übergangsbestimmungen zur BV erfolgen könnte. In jedem Fall sei dafür aber eine obligatorische Volksabstimmung mit Volk- und Ständemehr erforderlich.<sup>156</sup>

#### 4. Martin Dumermuth

- 339 Martin Dumermuth legt eine Studie mit beachtlichem Tiefgang in der historischen Aufarbeitung vor. Er nimmt diese im Hinblick auf die Beantwortung der Frage vor, ob die Bilateralen III im Rahmen des landesrechtlichen Genehmigungsverfahrens aus verfassungsrechtlicher Sicht dem obligatorischen Referendum unterstellt werden müssen bzw. dürfen. Die wesentlichen Etappen sind nach ihm die folgenden, beginnend mit der Frage nach einer Grundlage in der geltenden BV.
- 340 Bei den Bilateralen III handle es sich nicht um einen Beitritt zu einer supranationalen Gemeinschaft. Insgesamt betrachtet würden die Bilateralen III nicht zu Supranationalität führen, d.h., eine Unterstellung unter das obligatorische Referendum nach Art. 140 Abs. 1 lit. b BV komme daher nicht in Frage.<sup>157</sup>
- 341 Anschliessend wendet sich der Autor nicht gleich der Frage nach dem «Sui generis-Ansatz» zu, sondern unternimmt eine Analyse des Ständemehrs unter mehreren Aspekten (Ziff. 3–10).
- 342 Zunächst geht es um die Frage, ob das Staatsvertragsreferendum in der BV abschliessend geregelt sei oder ob es Platz für ein Staatsvertragsreferendum «sui generis» habe. Dabei steht die Thematik der Möglichkeit eines Plebiszits im Vordergrund. Dieses wird gestützt auf grundrechtliche Erwägungen abgelehnt, weil die Stimmgleichheit durch das Ständemehr ausgehebelt werde. Ein Ständemehr führe zu einer Abschwächung des demokratischen Prinzips. Diese Konzession an den Föderalismus sei seit der Gründung des Bundesstaates 1848 immer wieder reflektiert worden. Sie müsse aber die Ausnahme sein und auf einer klaren rechtlichen Grundlage beruhen.<sup>158</sup>
- 343 Nach der demokratischen gehe es auch um die politische Gleichheit. Ausdruck dieser Gleichheit seien vor allem die Rechtsgleichheit, aber auch die Gleichheit des Stimm- und Wahlrechts (Stimmkraft- und Stimmgewichtsgleichheit). Abweichungen müssten mindestens eine klare Rechtsgrundlage haben.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> SEILER, S. 25 f.

<sup>157</sup> DUMERMUTH, S. 3 ff.

<sup>158</sup> DUMERMUTH, S. 8 ff.

<sup>159</sup> DUMERMUTH, S. 16 ff.

- 344 Anschliessend vertieft Dumermuth die Frage nach der hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage auf Verfassungsstufe.<sup>160</sup>
- 345 Diese Ausgangslage führt zur Frage der Entwicklung des Staatsvertragsreferendums und der Frage, ob das Staatsvertragsreferendum «sui generis» eine hinreichende Verfassungsgrundlage aufweise. Das erste Beispiel, das als Beispiel für das Staatsvertragsreferendum «sui generis» thematisiert wird, war der Beitritt der Schweiz zum Völkerbund.<sup>161</sup> Nach einer gründlichen Analyse der Entstehung kommt Dumermuth zum Schluss, dass «Unsicherheit herrschte und das Parlament nicht in erster Linie darauf aus war, eine Lösung zu wählen, die verfassungsmässig tragfähig und dogmatisch überzeugend war. Es ging vielmehr darum, einen pragmatischen Weg zu finden, um das politische Anliegen einer Abstimmung mit Doppelmehr realisieren zu können.» Dumermuth bezeichnet dies als Fehlstart.<sup>162</sup>
- 346 Der zweite bedeutende Fall war die Zustimmung zum Freihandelsabkommen von 1972 zwischen der Schweiz und der EU. Man entschied sich nach einer kontroversen Diskussion aus politischen Gründen für ein doppeltes Mehr, was aber nicht als Präjudiz gelten sollte. Dieser Entscheid eignet sich nach Meinung des Autors daher nicht zur Stützung einer Praxisbildung.<sup>163</sup>
- 347 Die nächste hier nennenswerte Etappe der Entwicklung der Thematik ist die Neuordnung des Staatsvertragsreferendums 1977.<sup>164</sup> Es entspann sich wiederum eine Diskussion um die Kodifizierung der Zuordnung von Verträgen von besonderer Bedeutung unter das obligatorische Staatsvertragsreferendum, erneut ohne Erfolg. Im Nationalrat wurde am Ende beschlossen, es sollte in Zukunft keine obligatorischen Staatsvertragsreferenden ohne Verfassungsgrundlage geben.<sup>165</sup>
- 348 Von besonderer Bedeutung war der Abschluss des EWR 1992.<sup>166</sup> Trotz der Diskussionen im Rahmen der Neuordnung des Staatsvertragsreferendums von 1977 stellt sich die Frage nach dem doppelten Mehr für den Bundesrat erneut. Die die Diskussion wiederum auf, ob der EWR die Kriterien für ein doppeltes Mehr erfülle oder nicht. Er hielt fest, dass sich das Referendum über den Beitritt zum EWR «den herkömmlichen Kategorien unserer Verfassung entzieht». Im Parlament wurde das Vorgehen nicht mehr länger diskutiert, weil eine Übergangsbestimmung in die BV eingefügt wurde, deretwegen ohne ein doppeltes Mehr nötig war.

---

<sup>160</sup> DUMERMUTH, S. 27 ff.

<sup>161</sup> DUMERMUTH, S. 32 ff.

<sup>162</sup> DUMERMUTH, S. 36.

<sup>163</sup> DUMERMUTH, S. 41 ff.

<sup>164</sup> DUMERMUTH, S. 53 ff.

<sup>165</sup> DUMERMUTH, S. 59.

<sup>166</sup> DUMERMUTH, S. 61 ff.

- 349 Weiter ist die Totalrevision der BV ins Licht zu rücken.<sup>167</sup> Der Bundesrat hielt in der Botschaft fest, dass im Einzelfall auch andere Staatsverträge von ausserordentlicher Bedeutung dem obligatorischen Referendum (von Volk und Ständen) unterstellt werden» könnten. Im Ständerat wollte man von einem qualifizierten Schweigen nichts wissen, weil man letztlich auf eine ausdrückliche abschliessende Regelung verzichtete. Der Autor hält dafür, man habe doch auf ein Referendum «sui generis» verzichtet, weil nicht beide Räte vom Weiterbestand der Praxis ausgegangen seien. Es sei daher davon auszugehen, dass Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV das obligatorische Staatsvertragsrecht abschliessend regle.<sup>168</sup>
- 350 Erwähnenswert ist weiter die Diskussion im Rahmen der Abkommen Schengen/Dublin von 2005.<sup>169</sup> Der Bundesrat erwähnte wiederum – wie im Rahmen der Totalrevision BV – die Möglichkeit des obligatorischen Referendums «sui generis», wenn einem Vertrag Verfassungsrang zukomme. Allerdings befand er, im Fall des Abkommens Schengen/Dublin seien diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Der Vertrag habe nicht Verfassungsrang. Laut Martin Dumermuth war das die erste offizielle Nennung der Möglichkeit eines obligatorischen Referendums «sui generis» in einer Botschaft für den Fall des Verfassungsrangs eines Abkommens. Später sei dies repetiert worden.<sup>170</sup>
- 351 Von Interesse ist weiter die Diskussion im Rahmen der Initiative «Staatsverträge vors Volk» 2012.<sup>171</sup> Diskutiert wurde ein Gegenentwurf, wiederum mit der Frage nach einer Regelung des doppelten Mehrs für Verträge mit Verfassungscharakter, d.h. im Fall von Bestimmungen, die eine Änderung der Bundesverfassung erfordern oder einer solchen gleichkomme. Da keine Einigung auf eine Formulierung zustande kam, traten die Räte auf einen Gegenentwurf nicht ein.
- 352 Grosse Bedeutung hat die Diskussion im Rahmen der im Anschluss an eine Motion Caroni entstandenen Vorlage über das «Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter 2021».<sup>172</sup> Beantragt wurde ein neuer Art. 140 Abs. 1 Bst. b<sup>bis</sup> mit der Verankerung eines obligatorischen Staatsvertragsreferendums für Staatsverträge mit Verfassungscharakter, wobei darin noch eine Konkretisierung des Verfassungscharakters enthalten war. Erwähnt wurden als Kriterien der Bestand der Grundrechte, der Bürgerrechte und der politischen Rechte, das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen und die Zuständigkeiten des Bundes sowie die Grundzüge der Organisation und des Verfahrens der Bundesbehörden. Die Räte konnten sich

---

<sup>167</sup> DUMERMUTH, S. 66 ff.

<sup>168</sup> DUMERMUTH, S. 72.

<sup>169</sup> Dumermuth, S. 75 ff.

<sup>170</sup> DUMERMUTH, S. 78 f.

<sup>171</sup> DUMERMUTH, S. 80 ff.

<sup>172</sup> DUMERMUTH, S. 83 ff.

aber nicht auf eine Formulierung einigen. Während der Ständerat auf die Vorlage eintrat, lehnte der Nationalrat das Eintreten ab, womit die Vorlage scheiterte. In der Diskussion sprachen sich viele Votantinnen und Votanten für das Weiterbestehen des obligatorischen Referendums aus, allerdings ohne sich mit dessen Geltungsgrund zu befassen.<sup>173</sup>

- 353 Im nächsten Schritt wendet sich Martin Dumermuth kurz den Bilateralen III zu und weist auf das Gutachten des Bundesamtes für Justiz sowie auf die Stellungnahme des Bundesrates im Erläuternden Bericht zur Vernehmlassung hin, der das Referendum «sui generis» ausnahmsweise als zulässig erachte, wenn ein Vertrag einen schwerwiegenden Eingriff in die innere Struktur der Schweiz mit sich bringe.<sup>174</sup>
- 354 Ein weiterer Teil der Abhandlung von Dumermuth ist der Beurteilung der Praxis von Bundesrat und Parlament gewidmet.<sup>175</sup> Es würde zu weit führen, die feingliedrigen Ausführungen hier im Einzelnen nachzuzeichnen. Wichtig ist der Grundtenor. Dieser lautet dahin, dass die ganze bisher skizzierte Praxis inkohärent und widersprüchlich sei und dass sie die Frage nach der Rechtsgrundlage eines obligatorischen Staatsvertragsreferendums «sui generis» ausblende. Es sei zuweilen auch nicht klar, um welche Art von Referendum es gehe. Im Vordergrund hätten jeweils politische Erwägungen gestanden. So könne kein Verfassungsgewohnheitsrecht entstehen. Zusammenfassend ergebe sich, dass für das Staatsvertragsreferendum sui generis weder eine verfassungsrechtliche Regelung noch eine konsequente Praxis bestehe, welche die Vorhersehbarkeit von Referendumsfällen ermögliche. Vor diesem Hintergrund ist die wiederholte Berufung des Bundesrates auf eine angeblich existierende Praxis wohl eher als «Tradition behördlicher Beteuerungen» einzustufen.
- 355 Damit setzt Dumermuth zur Behandlung der Frage an, wie es um die Rechtsgrundlage für ein Referendum «sui generis» stehe.<sup>176</sup> Eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage bestehe nicht, und eine ununterbrochene und einheitliche Praxis der Bundesbehörden fehle. Es liege auch keine Lücke vor. Es bestehe auch kein anderweitiges ungeschriebenes Recht als Grundlage. Dem wiederholt geltend gemachten Argument des Bundesrates, eine allgemeine Regelung für Sonderfälle sei gar nicht möglich, erteilt der Autor eine Absage. Es gebe hier keine zeitliche Notwendigkeit für rasches Handeln wie in Notrechtslagen. Selbst wenn das Referendum sui generis in irgendeiner Form rechtlich existieren würde, wäre es inhaltlich diffus und unbestimmt und würde in keiner

---

<sup>173</sup> DUMERMUTH, S. 86 f.

<sup>174</sup> DUMERMUTH, S. 90 ff.

<sup>175</sup> DUMERMUTH, S. 94 ff.

<sup>176</sup> DUMERMUTH, S. 102 ff.

Weise die Anforderungen erfüllen, die an eine Grundlage zu stellen seien, die Grundrechte beschränkten und die politischen Rechte definierten.

- 356 Unter diesen Umständen ist es konsequent zu fragen, ob ein obligatorisches Referendum durch Verfassungsänderung beschlossen werden könnte.<sup>177</sup> Diesbezüglich hält der Autor dafür, die Bundesversammlung könne den Weg bzw. das Verfahren für Abstimmungen über Staatsverträge nicht frei wählen, also nicht einfach entscheiden, einen Vertrag auf Verfassungsstufe heben, um das obligatorische Referendum zu ermöglichen.
- 357 Weitere Erwägungen unter dem Titel der Verknüpfung von Vertragsgenehmigung und Verfassungsrevision (Paketmodell) aufgrund von Art. 141a BV bringen keine zusätzlichen Erkenntnisse.<sup>178</sup>
- 358 Damit gelangt Martin Dumermuth zum Schluss seiner Erwägungen.<sup>179</sup> Aus diesem Schluss soll folgende Passage wörtlich zitiert werden: «Dabei werden Gewohnheitsrecht oder andere ungeschriebene Rechtsquellen angerufen, detaillierte Belege für solche Grundlagen sind jedoch keine ersichtlich. Gleichzeitig lehnte das Parlament viermal Anträge ab, ein obligatorisches Referendum für die Genehmigung von Staatsverträgen, welche die Verfassung ändern oder ergänzen, von grosser Tragweite sind oder Verfassungsrang aufweisen, in die BV zu schreiben. Das Parlament war offenbar nicht willens oder nicht in der Lage, das diffuse und inhaltlich wenig konturierte Referendum sui generis in eine inhaltlich präzise Verfassungsnorm zu giessen. Trotz der ablehnenden Entscheide wurde im Parlament beteuert, ein solches Referendum bestehe. Verfassungsbestimmungen werden aber nicht herbeigeredet, sondern in einem von der Verfassung genau definierten Verfahren unter Einbezug von Volk und Ständen erlassen. Im Übrigen ist erstaunlich, dass gerade diejenigen Stimmen, welche ein Referendum sui generis mit Ständemehr befürworten, sich dafür nicht auf eine Norm stützen können, die durch ein Doppelmehr legitimiert ist.»<sup>180</sup>

#### **IV. Eigene Rechtsauffassung**

##### **1. Vorbemerkung**

- 359 Die folgenden Erwägungen beruhen zum grossen Teil auf einem von Andreas Glaser zitierten Papier vom 25. Januar 2024, das der Gutachter einem Kreis von Mitgliedern des Parlaments und Verbänden zugestellt hat. Es wurde als solches nicht veröffentlicht, war aber Grundlage für

---

<sup>177</sup> DUMERMUTH, S. 112 ff.

<sup>178</sup> DUMERMUTH, S. 117 ff.

<sup>179</sup> DUMERMUTH, S. 125 f.

<sup>180</sup> DUMERMUTH, S. 125.

Medienbeiträge des Gutachters, die hier nicht im Einzelnen nachgewiesen werden, weil sonst auch Medienbeiträge anderer Autorinnen und Autoren nachgewiesen werden müssten.

## 2. Zum Gutachten des Bundesamtes für Justiz

360 Zentral ist in der Argumentation des Gutachtens des BJ<sup>181</sup> die These, der «Sui-generis-Praxis» fehle angesichts von Artikel 5 BV eine Rechtsgrundlage. Diese These vermag nicht zu überzeugen, wie schon die Ausführungen von Andreas Glaser und Hansjörg Seiler bestätigen. Hier seien ergänzend noch weitere Argumente aufgeführt:

361 Gewohnheitsrecht «*praeter constitutionem*» ist selbst die Rechtsgrundlage. Solches Recht kann in besonderen Fällen geschaffen werden, insbesondere wenn eine allgemeine Regel aufzustellen nicht möglich oder nicht mehrheitsfähig ist. Das ist eine Art der Rechtsfortbildung, welche das Parlament auch sonst schon angewendet hat. Zu erwähnen sind etwa der Erlass von Einzelfallgesetzen, obwohl rechtsetzende Erlasse gemäss Art. 163 Abs. 1 BV einer generell-abstrakten Regelung bedürfen. Beispiele sind bei Andreas Glaser aufgeführt. Weiter wurden etwa aufgrund der Zivilrechtskompetenz schon Bundesregelungen getroffen, bei denen der zivilrechtliche Charakter bestritten und die Regelungszuständigkeit der Kantone verteidigt worden war.<sup>182</sup> Was den Bundesrat betrifft, so hat dieser insbesondere die Polizeigeneralklausel in Art. 185 Abs. 3 BV zwecks Rettung der UBS und zur Deckung von Corona-Bedürfnissen dahin erweitert, dass neben polizeilichen Massnahmen auch finanzielle Leistungen erbracht werden können. Das Parlament hätte im gleichen Sinn aufgrund von Art. 173 Abs. 1 Bst. b und c BV vorgehen können. Im Übrigen ist verfassungsrechtlich auch nicht ausdrücklich vorgesehen, dass das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung Rechtspositionen weiterentwickeln kann, wie das unter der BV von 1874 mit der Anerkennung ungeschriebener Grundrechte sehr weitgehend erfolgte und auch unter der neuen BV noch vorkommt, wie das Hansjörg Seiler eindrucksvoll nachweist.

362 Es ist nicht einzusehen, weshalb ausgerechnet die Bundesversammlung als oberste Staatsgewalt (Art. 148 Abs. 1 BV) nicht Erweiterungen einer verfassungsrechtlichen Regel wie Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV «*praeter constitutionem*» sollte vornehmen dürfen, wenn vergleichbare Erweiterungen dem Bundesgericht und dem Bundesrat zugestanden werden, ohne dass eine Verfassungsgrundlage dafür vorliegt und verlangt wird.

363 Hansjörg Seiler geht mit guten Argumenten sogar noch weiter und hält dafür, man könnte das Abkommenspaket unmittelbar wegen seiner Nähe zu einem Teilbeitritt Art. 140 Abs. 1 Bst. a

---

<sup>181</sup> Gutachten BJ, *passim*.

<sup>182</sup> Siehe etwa PAUL RICHLI, Bundeszivilrecht vs. kantonales öffentliches Recht, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, in: Daniel Girsberger/Michele Luminati (Hrsg.), Zürich 2007, S. 41 ff.

BV unterstellen. Auch wenn man nicht so weit gehen will, obwohl die Schweiz im Geltungsbe-  
reich der Binnenmarktabkommen mit dem Abkommenspaket mehr Kompetenzen an die EU ab-  
tritt als mit einem Vollbeitritt, so steht jedenfalls die «Sui-generis-Praxis» zur Verfügung.

364 Das Argument, die «Sui-generis-Praxis» sei wegen ihres «plebiszitären Charakters» abzulehnen,  
hält einer näheren Prüfung nicht stand. Diese Praxis erklärt sich daraus, dass sie Fälle erfassen  
will, die sich einer generell-abstrakten Regelung entziehen. Das Kriterium für die Anwendung  
muss die besondere Wichtigkeit und Bedeutung von Abkommen sein. Was wichtig ist, lässt sich  
nicht generell-abstrakt regeln, so wenig wie sich das Verhältnismässigkeitsprinzip generell-abs-  
trakt abschliessend regeln lässt. Was besonders wichtig ist, ist regelmässig umstritten, weshalb  
die Bundesversammlung je nach dem jeweiligen politischen Verständnis und aufgrund der par-  
lamentarischen Mehrheiten entscheidet.

### 3. Zu Martin Dumermuth

365 Die umfassende Abhandlung von Martin Dumermuth verdient Beachtung und ist in sich kohä-  
rent. Sie blendet aber aus, dass das Erfordernis einer generell-abstrakten Regelung bzw. einer  
ständigen und kohärenten gewohnheitsrechtlichen Praxis nicht durchwegs möglich ist. Der Autor  
kritisiert durchwegs das Vorgehen des Bundesrats und des Parlaments, ohne sich zu fragen, ob  
es dem obersten Staatsorgan nicht möglich sein müsse, in Sondersituationen Beschlüsse zu fas-  
sen, die den üblichen Regeln nicht entsprechen, weil sie ihnen nicht entsprechen *können*. Bun-  
desrat und Parlament haben ihre widersprüchlich begründete Praxis nie aufgegeben. Das doppelte  
Mehr für Staatsverträge, die aufgrund der verfassungsrechtlichen Regelung nicht dem doppelten  
Mehr unterstanden, wurde seit mehr als 100 Jahren immer wieder thematisiert. Es wurde immer  
wieder um eine allgemeine Regelung gerungen, ergebnislos, weil sich eine allgemeine Regelung  
nicht formulieren lässt. Die «ewige» Diskussion zeigt aber das Bedürfnis nach einem Ventil, das  
man nicht kleinreden kann, sondern das ernst genommen werden kann und muss. Dies gilt umso  
mehr, als sich in der Schweiz auch die Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene bisher nicht  
durchsetzen konnte. Es gibt eine Grundskepsis gegen zu viel Richterstaat.

366 Selbst, wenn die Aufhebung der bisherigen Praxis in der letzten Etappe im Jahr 2020/21 be-  
schlossen worden wäre, so könnte die Bundesversammlung heute ohne weiteres darauf zurück-  
kommen. Solange eine Praxis nicht auf Gesetzes- oder Verfassungsstufe aufgegeben wird, kann  
das Parlament auf einen früheren Beschluss ohne weiteres zurückkommen und wieder anders  
entscheiden.

367 Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, ist 2020/2021 die von Martin Dumermuth aufgrund  
seiner Grundhaltung zu Recht kritisierte Praxis von Bundesrat und Bundesversammlung gerade

nicht aufgehoben worden. Die Bundesversammlung kann nach der hier vertretenen Auffassung daher bei besonders wichtigen Staatsverträgen ein doppeltes Mehr beschliessen. Die Frage ist, ob sich im Parlament die Meinung, ein Staatsvertrag sei besonders wichtig, durchsetzt oder nicht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Abkommenspaket Schweiz-EU aus verfassungsrechtlicher Sicht von einzigartiger Wichtigkeit. Es gibt keine wichtigeren Verträge seit der Jahrtausendwende. Die Rechtsetzungskompetenz von Bundesversammlung und Bundesrat wird im Rahmen der Binnenmarktverträge in unwiderruflicher Weise auf EU-Organen übertragen und dies sogar in höherem Mass als bei einem Vollbeitritt. Daran ändert die Möglichkeit zum Ergreifen des Vetos nichts, zumal dessen Wert angesichts der möglichen Kartellbildung gegen die transversalen Ausgleichsmassnahmen höchst ungewiss ist. Die Kompetenzübertragung geht zudem erheblich weiter, als sie für die EU-Mitgliedstaaten beim Beitritt zur EWG, zur EG oder zur EU ging. Die dortigen Parlamente und Regierungen verloren materiell gesehen weniger Kompetenzen als die Bundesversammlung und der Bundesrat beim Abschluss der Abkommen in deren Geltungsbereich. Es kommt hinzu, dass alle zukünftigen Verträge auch Integrationsverträge sein werden.

368 Ob das Parlament das Abkommenspaket unter Berücksichtigung politischer und ökonomischer Erwägungen auch als ausgesucht wichtig erachtet, muss ihm überlassen bleiben. Es ist aus verfassungsrechtlicher Sicht überzogen, unter Hinweis auf das gleiche Stimmrecht eine unter allen Umständen unüberwindliche Brandmauer gegen ein doppeltes Mehr aufzuziehen. Der Föderalismus ist neben den demokratischen Rechten ein ebenso schützenswertes Element unserer Verfassung und Verfassungskultur. Ohne sie wäre die Schweizerische Eidgenossenschaft nicht zustande gekommen. Dies hat der damalige Bundesrichter Johann Jakob Blumer sehr schön nachgewiesen. Die grösseren Kantone wollten anfänglich teilweise nur die Kopfzahlvertretung und keine Ständevertretung. Insbesondere Zürich wollte statt des Zweikammersystems nur den Nationalrat; besonders wichtige Beschlüsse hätten noch der Genehmigung der Kantone unterstellt werden können. Ein Teil der kleineren Kantone sprach sich für die Beibehaltung der Tagsatzung aus. Wieder andere Kantone plädierten für zwei bis sechs oder für zehn Abgeordnete pro Kanton. Eine weitere Idee war die Kombination von National- und Ständerat in einem einzigen Rat. Alle diese Anträge blieben am Ende in der Minderheit.<sup>183</sup>

369 Nicht zuletzt ist auch das Stimmrecht auf kantonaler Ebene schützenswert, nicht nur dasjenige auf Bundesebene. Die Stimmberechtigten in kleinen Kantonen haben einen Anspruch auf Schutz ihres Stimmrechts auf kantonaler Ebene.

---

<sup>183</sup> Siehe J.J. BLUMER, Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes, Erster Band, Schaffhausen 1863, S. 132 f.

#### 4. Entstehung und Entwicklung des Referendums «sui generis» seit 1999

- 370 Art. 140 in der Bundesverfassung von 1999 bestimmt, soweit hier von Belang, dass die Änderungen der Bundesverfassung sowie der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden. In seiner Botschaft von 1996 zur Totalrevision der BV von 1999 schrieb der Bundesrat im Kommentar zu Art. 130 des Verfassungsentwurfs (heute Art. 140 BV) über das obligatorische Referendum das Folgende: «Ferner unterliegen nach Buchstabe b der Beitritt zu einer Organisation für kollektive Sicherheit (z.B. UNO) oder zu supranationalen Gemeinschaften (z.B. EU) dem obligatorischen Referendum von Volk und Ständen. Diese Vorschrift entspricht Artikel 89 Absatz 5 BV. Sie schliesst nach bisheriger Praxis nicht aus, dass im Einzelfall auch andere Staatsverträge von ausserordentlicher Bedeutung dem obligatorischen Referendum (von Volk und Ständen) unterstellt werden [in einer Fussnote wird ergänzt: z.B. EWR-Beitritt]. Der Wunsch einiger weniger Vernehmlasser, neu alle völkerrechtlichen Verträge dem obligatorischen Referendum von Volk und Ständen zu unterstellen, kann im Rahmen der Nachführung nicht berücksichtigt werden und ist darüber hinaus auch mit Blick auf die Handlungsfähigkeit der Schweiz abzulehnen.»<sup>184</sup>
- 371 Nach der Entscheidung im Rahmen der Nachführung der BV verstummten Diskussionen und Vorstösse zur Erweiterung des Staatsvertragsreferendums beziehungsweise zur Praxis «sui generis» nicht, wie Andreas Glaser und Martin Dumermuth ausführlich nachweisen. Sie wurde insbesondere wieder aktuell im Rahmen des Schengen/Dublin-Abkommens im Jahr 2004. Ihren letzten Stand erreichte die Diskussion im Rahmen der parlamentarischen Beratung der bundesrätlichen Revisionsvorlage im Anschluss an die Motion Caroni (20.016) vom 15.01.2020 «Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter. Änderung von Artikel 140 der Bundesverfassung».<sup>185</sup> Darauf ist hier als der letzten Etappe der Auseinandersetzung näher einzugehen.
- 372 Es gibt in den Ratsdebatten von 2020/2021 ganz eindeutig mehr Stimmen für als gegen die Fortführung der Praxis im Fall des Verzichts auf eine generelle Erweiterung des obligatorischen Staatsvertragsreferendums. Man wollte die Entscheidung in Einzelfällen von ausserordentlicher Bedeutung von Staatsverträgen eindeutig dem Parlament überlassen. Deswegen lehnte der Nationalrat das Eintreten auf die Vorlage zur Verallgemeinerung des obligatorischen Staatsvertragsreferendums ab.<sup>186</sup> Das Nichteintreten bedeutet nicht, dass deswegen die bisherige Praxis

<sup>184</sup> Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, S. 364.

<sup>185</sup> Siehe Botschaft zum obligatorischen Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter (Änderung von Art. 140 der Bundesverfassung) vom 15. Januar 2020, BBl 2020 1243 ff.

<sup>186</sup> AB 2021 N 2380.

generell aufzugeben wäre. Denn anders als der Nationalrat trat der Ständerat auf die Vorlage ein.<sup>187</sup> Wäre die Aufhebung die Meinung des Parlaments gewesen, so hätte es aufgrund der gegenläufigen Aussagen, die mehrheitlich klar auf Beibehaltung der bisherigen Praxis lauteten, eines ausdrücklichen gegenteiligen Beschlusses in beiden Kammern bedurft. Ein entsprechender Antrag wurde aber weder im Ständerat noch im Nationalrat gestellt. Ohne einen Aufhebungsantrag, der gutgeheissen worden wäre, lässt sich aus auslegungsmethodischer Sicht nicht der Schluss ziehen, die «Sui-generis-Praxis» sei mit dem Nichteintreten des Nationalrates auf die Revisionsvorlage stillschweigend aufgehoben worden. Die historische Auslegung lässt diesen Schluss eindeutig nicht zu.<sup>188</sup>

- 373 Ergänzend lässt sich ein Vergleich mit der Entstehung von Beschlüssen und Rechtserlassen der Bundesversammlung anstellen: Unbestreitbar ist, dass ein Beschluss oder ein Rechtserlass der Bundesversammlung der Zustimmung des Nationalrates und des Ständerates bedarf (Art. 83 Abs. 1 Parlamentsgesetz<sup>189</sup>). Lehnt ein Rat eine Vorlage ab oder tritt er nicht darauf ein, so kommt diese nicht zustande. Umgekehrt bedarf die Aufhebung eines Beschlusses oder eines Rechtserlasses der Bundesversammlung ebenfalls der Zustimmung beider Räte. Tritt ein Rat auf eine Vorlage ein, während der andere auf Nichteintreten entscheidet, so ändert sich die geltende Rechtslage nicht, d.h. dass, ein bestehender Beschluss oder Rechtserlass nicht aufgehoben wird. Das ist just die rechtliche Situation im vorliegenden Zusammenhang.
- 374 Der Vollständigkeit halber sollen zur zusätzlichen Veranschaulichung der hier vertretenen Auffassung noch einige ausdrückliche Hinweise auf die Ratsdebatten erfolgen. Die Ratsprotokolle über die Parlamentsdebatte sind vor dem Hintergrund des Antrags der Mehrheit der ständerätlichen Kommission auf Eintreten auf das Geschäft und dem Nichteintretensantrag einer Minderheit zu lesen. Die Mehrheit wollte gemäss Motion die bisherige «Von-Fall-zu-Fall-Praxis», «obligatorisches Staatsvertragsreferendum ‘sui generis’» genannt, in der BV verfestigen, während die Minderheit dies für überflüssig hielt und auf das Bestehen der «Von-Fall-zu-Fall-Praxis» verwies.
- 375 Zu Beginn der Eintretensdebatte im Ständerat als Erstrat führte Kommissionssprecher Andrea Caroni aus:<sup>190</sup> «Der heutige Zustand, dieses lückenhafte Volksrecht, ist so unbefriedigend, dass man ihn in der Praxis schon dreimal mit Plebisziten übertüncht hat. Man hat ohne jegliche Rechtsgrundlage ein solches Referendum dreimal ad hoc einfach erfunden, wenn einem danach war. Man nannte das dann Referendum sui generis oder ausserordentliches Referendum. Man hat

---

<sup>187</sup> AB 2021 S 682, 686 und 959.

<sup>188</sup> Vgl. auch GLASER, S. 12 ff.

<sup>189</sup> SR 171.10.

<sup>190</sup> AB 2020 S 676; siehe auch AB 2021 S 956.

das ein erstes Mal 1920 beim Völkerbund gemacht, im Jahr 1972 beim Freihandelsabkommen mit der EWG und 1992 nochmals beim EWR. Mit der geltenden Norm, die wir seit 1977 in der Verfassung haben, gab es nur den einen Fall mit dem EWR, und seit wir die neue Bundesverfassung haben, gar keinen. Solche ausserordentlichen Referenden sind demokratiepolitisch höchst problematisch, denn es sind eben Plebiszite. Diese Abstimmungen finden nicht statt, weil ‘die da unten’ ein Anrecht darauf hätten, sondern weil ‘die da oben’ es gnädigerweise so anordnen.»

- 376 Ständerat Daniel Jositsch als Sprecher der den Antrag auf Eintreten ablehnenden Minderheit hielt in seinem Hauptvotum u.a. folgendes fest: «Die Frage ist zunächst: Ist das notwendig? Er [sc. der Sprecher der Mehrheit] hat es selber ausgeführt: Es gab drei Fälle, wo das tatsächlich zur Diskussion gestanden ist. Diese Fälle haben keine Diskussionen ausgelöst. Es ist ja auch niemand dagegen, wenn man dann im konkreten Fall sagt: Das ist jetzt vielleicht nicht explizit in der Verfassung vorgesehen, aber wir interpretieren das so, dass wir jetzt trotzdem eine Abstimmung machen. Wenn ich richtig informiert bin, sind das im Wesentlichen der Beitritt zum Völkerbund 1920, das Freihandelsabkommen von 1972 mit der damaligen EWG und die EWR-Abstimmung von 1992. Das sind die drei Fälle. Kein Mensch hat darüber diskutiert, ob man das dem obligatorischen Referendum unterwerfen soll oder nicht. Wenn Sie eine Regel ins Gesetz schreiben wollen, dann müssen Sie eine Regel festlegen. Das heisst, jetzt haben Sie eine Ausnahme, die neu zur Regel werden soll. Was ist die Regel? Das obligatorische Staatsvertragsreferendum soll immer dann zur Anwendung kommen, wenn es um den Bestand der Grundrechte geht. Was bedeutet ‘um den Bestand der Grundrechte’? [...] Es geht also nicht darum, drei Fälle der letzten hundert Jahre ins Gesetz aufzunehmen, sondern es geht darum, höhere Hürden für völkerrechtliche Verträge zu setzen. Damit liegt eine massive Änderung vor.»<sup>191</sup>
- 377 Für den Bundesrat, der die Motion unterstützte, hielt Bundesrätin Karin Keller-Suter folgendes fest: «Die Vorlage erfindet die Volksrechte nicht neu. Die Volksrechte werden hier insofern präzisiert. Sie haben das in der Eintretensdebatte bereits mehrfach erwähnt, als in der geschriebenen Verfassung das abgebildet wird, was heute die Praxis der Bundesversammlung bei einem obligatorischen Referendum sui generis ist. Allerdings würde man, und das wurde jetzt auch eingeräumt, auch in Zukunft mit einer solchen Regelung einen gewissen Interpretationsspielraum offenhalten. Das Parlament würde also auch in Zukunft immer noch entscheiden müssen.»<sup>192</sup>
- 378 Weitere Voten gingen in dieselbe Richtung: Die Ablehnung des Eintretens auf die Vorlage schliesse die Weiterführung der Praxis «sui generis» nicht aus. Hingewiesen sei diesbezüglich

<sup>191</sup> AB 2020 S 677; siehe auch AB 2021 S 956.

<sup>192</sup> AB 2020 S 681; siehe auch AB 2021 N 813; AB 2021 S 958.

insbesondere auf die Voten von Ständerat Mathias Zopfi<sup>193</sup>, Nationalrat Gregor Rutz<sup>194</sup>, Nationalrätin Marianne Streiff-Feller<sup>195</sup>, Nationalrätin Irene Kälin<sup>196</sup>, Nationalrätin Tiana Angelina Moser<sup>197</sup>, Nationalrat Marco Romano<sup>198</sup> und Nationalrätin Greta Gysin.<sup>199</sup>

## 5. Folgerung

- 379 Die Beratungen im National- und Ständerat von 2020/2021 zur gescheiterten Verfassungsrevision im Anschluss an die Motion Caroni zeigen eindeutig und unwiderlegbar, dass es keinen Beschluss zur Aufhebung der bisherigen «Sui-generis-Praxis» gibt. Dass diese nicht kohärent ist, ist der Unmöglichkeit geschuldet, eine generelle Regelung zu formulieren. Die Generalisierung dieser Praxis scheiterte, weil keine Einigung über die Formulierung erzielt werden konnte. Es gab insbesondere Bedenken, dass irgendwelche Beschränkungen von Grundrechten zu leicht einem obligatorischen Staatsvertragsreferendum unterstellt werden könnten. Der Bundesversammlung als dem obersten Staatsorgan muss es erlaubt sein, in Ausnahmefällen, die sich nicht in eine kohärente Praxis einfügen lassen, eine Abstimmung mit doppeltem Mehr anzuordnen. Der Bundesversammlung muss mit anderen Worten ein rechtlicher Gestaltungsspielraum zugestanden werden, der unter Einbezug von politischen Erwägungen ausgenützt werden kann. Die bisherige Praxis zeigt, dass die Bundesversammlung sehr zurückhaltend war. Mit einem Ausufern ist nicht zu rechnen.
- 380 Unter diesen Umständen lautet die Folgerung, dass das obligatorische Referendum «sui generis» für das neue Abkommenspaket Schweiz-EU jedenfalls möglich und zulässig ist, weil das Vertragswerk eine aussergewöhnliche staatsrechtliche Bedeutung aufweist. Dass diese Bedeutung gegeben ist, wurde vorne ausführlich dargelegt und begründet und braucht hier nicht wiederholt zu werden. Die nachgewiesenen Beschränkungen sind in ihrer Summe von ausserordentlicher Bedeutung, womit der Abschluss des neuen Abkommenspakets unter Aspekten des Staatsvertragsreferendums «sui generis» gemäss bisheriger Praxis zulässig, ja sogar angezeigt ist. Insbesondere ändert auch der Hinweis auf die Entscheidung des Parlaments für das einfache Mehr im Fall Schengen/Dublin an dieser Folgerung nichts. Das vorliegende Abkommenspaket ist von einer anderen Dimension. Zudem ist davon auszugehen, dass mit der EU inskünftig kein neues

---

<sup>193</sup> AB 2020 S 683.

<sup>194</sup> AB 2021 N 808.

<sup>195</sup> AB 2021 N 810.

<sup>196</sup> AB 2021 N 810.

<sup>197</sup> AB 2021 N 812.

<sup>198</sup> AB 2021 N 2377.

<sup>199</sup> AB 2021 N 2379.

Abkommen ohne institutionelle Anbindung, wie im Paket verankert, mehr abgeschlossen werden kann.

381 Die vorstehenden Ausführungen haben im Übrigen ergeben, dass die Bundesversammlung und der Bundesrat im Bereich der Binnenmarktverträge materiell viel weitergehende Rechtsetzungskompetenzen an die EU-Organe abgeben müssen, als das die Mitgliedstaaten der EU mit dem Beitritt zur EWG, zur EG oder zur EU im Geltungsbereich der EU-Regelungen tun mussten. Die Mitgliedstaaten sind allein schon durch die Vertretung im Rat als dem gleichberechtigten Rechtsetzungsorgan neben dem Europäischen Parlament in einer nie einholbaren Position gegenüber der Schweiz. Sie können damit auch die EU-Kommission in ihrer Verordnungskompetenz kontrollieren, was der Schweiz unmöglich ist. Umgekehrt bedeutet dies, dass die Schweiz im Bereich der Binnenmarktverträge mehr Kompetenzen an die EU abgibt, als sie im Fall des Vollbeitritts abgeben müsste.

382 Per Saldo der Erwägungen spricht nach der hier vertretenen Auffassung aus staatsrechtlicher Sicht deutlich mehr für als gegen die Unterstellung des neuen Abkommenspakets unter das doppelte Mehr von Volk und Ständen, dies angesichts ihrer im Vergleich mit «gewöhnlichen» Staatsverträgen ausserordentlich weitreichenden Bedeutung mit der Qualität von materiellen Verfassungsänderungen<sup>200</sup> für die Kompetenzen des Gesetzgebers von Bund und Kantonen sowie für das Stimmrecht der Bürger auf Bundes- und Kantonebene.

383 Was die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU betrifft, sei zudem darauf hingewiesen, dass es dafür in Deutschland eines Bundesgesetzes mit Zustimmung von Bundestag und Bundesrat bedarf (Art. 23 Abs. 1 GG), wenn u.U. nicht sogar der Zustimmung mit qualifiziertem Mehr von zwei Dritteln von Bundestag und Bundesrat (Art. 23 Abs.1 und Art. 79 Abs. 2 GG).<sup>201</sup>

## 6. Verfassungsänderung und Verhältnis des FZA zu Art. 121a BV

384 Hansjörg Seiler hält mit guten Argumenten statt des Einsatzes der «Sui-generis-Praxis» eine Verfassungsänderung für möglich, wenn wegen des Konflikts des IP-FZA mit Art. 121a BV nicht sogar für geboten. Diese Lösung würde dahin lauten, dass eine Übergangsbestimmung in die Verfassung eingefügt würde, wonach das Parlament und der Bundesrat ermächtigt werden, das Abkommenspaket Schweiz-EU zu genehmigen und zu ratifizieren (siehe dazu vorn Rz. 334). Auf diese Weise würde auch der Konflikt zwischen Art. 121a Abs. 4 BV und dem IP-FZA

<sup>200</sup> EPINEY meint, es gebe den Begriff der materiellen Verfassungsänderung gar nicht. Immerhin verwendet ihn auch das Bundesgericht (BGE 91 I 480 E. 2., S. 488) und die Literatur: REICH, Art. 188, Rz. 13; Schmid, S. 546.

<sup>201</sup> Siehe z.B. WINFRIED KLUTH, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Nomos Handkommentar, 14. Aufl., Baden-Baden 2025, Art. 23, N 14 ff.

materiell beseitigt. Zwar bliebe Art. 121a Abs. 4 BV formal unverändert. Er würde aber durch die neu erlassene Übergangsbestimmung materiell relativiert.

385 Ergänzend sei zum Verhältnis des FZA zu Art. 121a BV folgendes festgehalten: Die Erwägungen von Hansjörg Seiler und Andreas Glaser zu dieser Thematik sind nach der Rechtsauffassung des Gutachters grundsätzlich zutreffend. Man muss indessen nicht einmal so weit ausholen. Das FZA steht für die Freizügigkeit der Arbeitnehmenden. Es gibt keine Zugangsbeschränkungen in die Schweiz, wie Art. 121a Abs. 2 BV dies vorsieht, d.h. keine zahlenmässige Beschränkung mit jährlichen Höchstzahlen und Kontingenten. Mit diesem Erfordernis steht bereits die nationale Ausführungsgesetzgebung zu Art. 121 BV im Widerspruch. Das folgt schon eindeutig aus der Botschaft des Bundesrates zur Revision von 2016 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG).<sup>202</sup> Nicht zuletzt unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Verhältnis des FZA zu Bundesgesetzen hält der Bundesrat fest, dass man die Zuwanderung von Arbeitskräften aus der EU nicht mit jährlichen Höchstzahlen und Kontingenten regeln könne.<sup>203</sup> In der schliesslich verabschiedeten Änderung des AIG gibt es Abweichungen gegenüber dem Entwurf des Bundesrates. Wichtig ist aber vor allem, dass nicht einmal der Vorrang für Arbeitskräfte auf solche aus der Schweiz beschränkt ist, sondern dass er auch für Arbeitskräfte aus der EU und aus Staaten mit Freizügigkeitsabkommen generell gilt (Art. 21).

386 Es ist demnach offensichtlich, dass das AIG Art. 121a BV alles andere als vollständig umsetzt. Wenn nun die Frage gestellt wird, ob das ÄP-FZA mit seinen Bestimmungen im Widerspruch zu Art. 121a Abs. 4 BV stehe, so kann die Antwort nur lauten, dass der Konflikt besteht. Dass schon die Umsetzung des AIG diesen enthält, ändert daran nichts. Will man ihn beseitigen bzw. materiell relativieren, so ist für die Annahme des FZA das doppelte Mehr von Volk und Ständen gefordert, d.h. eine Übergangsbestimmung eine Lösung.

---

<sup>202</sup> SR 142.20.

<sup>203</sup> Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes – (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen), BBl 2016 3007, bes.3009 und 3019 ff.

## E. Zusammenfassung und Folgerungen

### I. Einleitung

387 Dieses Rechtsgutachten analysiert und beurteilt das Abkommenspaket Schweiz-Europäische Union unter staatsrechtlichen Aspekten. Grundlage dafür sind einerseits Abkommen und andererseits der Vernehmlassungsbericht des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten vom 13. Juni 2025 sowie die Botschaft des Bundesrates vom 13. März 2026 zum Abkommenspaket Schweiz-EU. Schon dem Vernehmlassungsbericht liegen im Bericht beschriebene Rechtsauffassungen und Vorentscheide des Bundesrates zugrunde. Das Rechtsgutachten setzt sich mit dem Vernehmlassungsbericht und der Botschaft kritisch auseinander.

388 Nach der Auffassung des Bundesrates verändert das Abkommenspaket die Verfassungslage der Schweiz nicht. Es gehe um eine blossе Konsolidierung und thematische Erweiterung der Bilateralen I und II, weshalb das Abkommenspaket als Bilaterale III zu bezeichnen sei. Die Abkommen seien daher lediglich dem fakultativen Referendum zu unterstellen und nicht einem – wie auch immer begründeten – obligatorischen Referendum von Volk und Ständen.

389 Das vorliegende Rechtsgutachten widerlegt die erste These von der verfassungsrechtlichen Bedeutungslosigkeit und zeigt zur zweiten These auf, dass mehr juristische Gründe für als gegen ein obligatorisches Referendum von Volk und Ständen sprechen und dass das doppelte Mehr zulässig bzw. angezeigt ist.

### II. Charakteristika der bisherigen bilateralen Abkommen und der neuen Institutionellen Abkommen

390 Zum Vergleich mit dem Abkommenspaket werden zunächst das **Freihandelsabkommen von 1972** (Teil B.I) und anschliessend als Beispiele für die **Bilateralen I von 1999** (Ziff. B.I) das **Abkommen über technische Handelshemmnisse (MRA)** (Teil B.II.1.) und das **Agrarabkommen** (Ziff. B.II.2) erläutert. Dabei zeigt sich, dass diese Abkommen noch reine bilaterale Abkommen sind. Für solche Abkommen charakteristisch ist, dass kein Vertragspartner für den anderen bindende Entscheidungen treffen kann. Entscheide müssen im Gemischten Ausschuss einvernehmlich getroffen werden. Die Ergänzung der Abkommen kann nur von beiden Vertragsparteien einvernehmlich erfolgen. Keine Seite kann irgendwelche Sanktionen ergreifen, wenn die andere Seite mit der Weiterentwicklung nicht einverstanden ist.

391 Die **Bilateralen II von 2004** werden nur kurz gestreift (Teil B.III).

- 392 Das neue **Abkommenspaket** (Teil B.IV) weist zunächst Änderungsprotokolle für die bisherigen Bilateralen I auf, sodann vor allem die neuen Institutionellen Protokolle, welche den Paradigmenwechsel weg von bilateralen Abkommen in besonderer Weise verkörpern.
- 393 Für die Zusammenfassung sind vor allem die **Institutionellen Protokolle** von Interesse (Teil B.V). Pars pro toto werden hier das Institutionelle Protokoll zum Abkommen über die technischen Handelshemmnisse (IP-MRA) und das Institutionelle Protokoll zum Lebensmittelsicherheitsabkommen (IP-LSA) thematisiert.
- 394 Das Abkommenspaket weist **zwei Abkommenstypen** auf, nämlich Abkommen mit **Integrationsmethode** einerseits und Abkommen mit **Äquivalenzmethode** andererseits (Teil B.V.1). Zu den Abkommen des ersten Typus' gehört das IP-LSA, zu den Abkommen des zweiten Typus' das IP-MRA.
- 395 Das IP-LSA ist so konzipiert, dass neue EU-Rechtsakte, die nach dem Abschluss des LSA im Rahmen des Abkommenspakets erlassen werden, mit dem Beschluss des Gemischten Ausschusses tel quel Schweizer Recht werden. Beim IP-MRA werden neue EU-Rechtsakte, die nach Abschluss der Abkommen erlassen werden, nicht automatisch Schweizer Recht. Diese müssen aber inhaltsgleich in das nationale Recht übernommen beziehungsweise überführt werden.
- 396 Die Abkommen beider Modelle führen in der Schweizer Verfassungsordnung zu einem **Paradigmenwechsel**, weg vom klassischen Bilateralismus, der keine Verpflichtung enthält, neue EU-Rechtserlasse in das Schweizer Recht zu übernehmen. Im Modell der Äquivalenz verbleibt der Schweiz neben der Pflicht zur Rechtsübernahme immerhin noch ein gewisser Gestaltungsspielraum, weil das EU-Recht inhaltlich erst noch in nationales Recht überführt werden muss.
- 397 So oder anders führen die Abkommen aber dazu, dass der **Bundesgesetzgeber** seine Rechtsetzungsbefugnisse nach Art. 163 BV grundsätzlich verliert (Teil B.V.2). Es verbleibt ihm nur ein Vetorecht gegen neue EU-Rechtsakte, welche das Europäische Parlament und der Rat nach dem Abschluss des Abkommenspakets erlassen. Verfassungsrechtlich bedeutet dies, dass es eine **Kompetenzübertragung** an EU-Organen gibt, die Art. 163 BV widerspricht. Ehrlicherweise müsste man in Art. 163 Abs. 2 BV einen Vorbehalt zugunsten von EU-Rechtsakten des Europäischen Parlaments und des Rats im Geltungsbereich von Binnenmarktverträgen machen.
- 398 Nicht anders verhält es sich mit Bezug auf **Verordnungen des Bundesrates** (Teil B.V.3). Seine Regelungskompetenz nach Art. 182 Abs. 1 BV wird im Geltungsbereich des Abkommenspakets in gleicher Weise aufgehoben wie diejenige des Gesetzgebers nach Art. 163 Abs. 2 BV.

- 399 Ein **Vergleich des Verlusts**, den die **Mitgliedstaaten der EU** beim Beitritt zur EWG, zur EG oder zur EU hinnehmen mussten, **mit dem Kompetenzverlust** in der Rechtsetzung, den die **Bundesversammlung und der Bundesrat** im Geltungsbereich der Binnenmarktverträge hinnehmen müssen, ergibt Folgendes (Teil B.V.4). Die EU-Mitgliedstaaten mussten viel weniger Kompetenzen an die EU abtreten als die Schweiz. Dies folgt daraus, dass sie im Rat, der gleichberechtigtes Rechtssetzungsorgan neben dem Europäischen Parlament ist, mit je einem Sitz vertreten sind. Sie können auf diese Weise unmittelbar am Entscheidungsprozess für die Gesetzgebung teilnehmen. Weiter können sie auf diesem Weg auch die Rechtsetzung der EU-Kommission kontrollieren und bei Bedarf korrigieren. Das alles steht der Schweiz über das Decision Shaping nicht entfernt zur Verfügung. Der Kompetenzverlust der Bundesversammlung und des Bundesrats ist im Bereich der Binnenmarktverträge per Saldo grösser als im Fall des Vollbeitritts der Schweiz in die EU.
- 400 Im Weiteren ist das **Vernehmlassungsverfahren** nach Art. 147 BV Teil des Paradigmenwechsels (Teil B.V.5). Das Vernehmlassungsverfahren wird im Geltungsbereich des Abkommenspakets vollständig aufgehoben. Insbesondere die Wirtschaftsverbände haben überhaupt keine formelle Möglichkeit mehr, sich im Vorfeld von EU-Rechtserlassen Gehör zu verschaffen. Es wird den Verbänden kaum ein anderer Weg offenstehen, als in Brüssel eine Lobbyorganisation aufzubauen, wobei auch damit kaum ein relevanter Einfluss auf den Inhalt neuer EU-Rechtsakte ausgeübt werden kann, es wäre denn über Koalitionen mit Lobbyorganisationen von Mitgliedstaaten..
- 401 Das **Bundesgericht** verliert im Geltungsbereich des Abkommenspakets seine Rechtsprechungautonomie nach Art. 189 Abs. 1 BV, weil es die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Luxemburg bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten im Rahmen von EU-Rechtsakten, die für die Schweiz verbindlich sind, beachten muss (Teil B.V.6). Dies gilt im Rahmen des IP-LSA für alle neuen EU-Rechtsakte unmittelbar. Im Rahmen des IP-MRA muss sich das Bundesgericht mit Bezug auf EU-Rechtsbegriffe im Schweizer Recht, das EU-Rechtsakte integriert, an die Rechtsprechung des EuGH halten.
- 402 Was das **Schiedsgericht** betrifft, so ist die Regelung in Art. 7 Abs. 2 IP-MRA und Art. 17 Abs. 2 IP-LSA zentral (Teil B.V.7). Danach sind die EU-Rechtsakte, auf die im Abkommen Bezug genommen wird, und die Bestimmungen des Abkommens, soweit ihre Anwendung unionsrechtliche Begriffe impliziert, gemäss der vor oder nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung des EuGHs auszulegen und anzuwenden. Die Konsequenz dieser Regelung ist, dass das Schiedsgericht hinsichtlich der Auslegung der anzuwendenden Normen nicht autonom ist, sondern verpflichtet ist, die Rechtsprechung des EuGH anzuwenden und bei neuen

Auslegungsfragen eine Vorlage an dieses Gericht zu machen. Dessen Auslegung ist gemäss Art. 10 Abs. 4 Bst. a IP-MRA und Art. 20 Abs. 4 Bst. a IP-LSA für das Schiedsgericht bindend.

- 403 Nicht zuletzt wird die **freie Willensbildung im Rahmen des Stimmrechts** nach Art. 34 Abs. 2 BV in seiner Substanz tangiert (Ziff. B.V.8). Die Möglichkeit der EU zu Ausgleichsmassnahmen bei Ablehnung der Übernahme eines EU-Rechtsaktes auf Gesetzesstufe beeinträchtigt die freie Willensbildung, zumal es kein sicheres «Preisschild» gibt; die EU kann im Rahmen irgendeines Binnenmarktabkommens transversal Ausgleichsmassnahmen treffen.
- 404 Was die **Kantone** betrifft, so ereilt sie im Geltungsbereich des Abkommenspakets dasselbe rechtliche Schicksal wie den Bundesgesetzgeber und den Bundesverordnungsgeber (Teil B.V.9). Sie verlieren zudem ebenfalls die Vernehmlassungsmöglichkeit im Hinblick auf die Ausarbeitung von EU-Rechtsakten. Zudem verlieren auch die im Kanton Stimmberechtigten die Möglichkeit der freien Willensbildung für Abstimmungen im Geltungsbereich von EU-Rechtsakten auf Gesetzesstufe, soweit die Regelungen kantonale Zuständigkeiten betreffen.
- 405 Per Saldo führt der Abschluss des Abkommenspakets im Bereich der Binnenmarktabkommen zu einem **Paradigmenwechsel** mit der **Qualität einer faktischen Teilintegration** der Schweiz in die EU (Teil B.V.10). Es handelt sich nicht mehr um bilaterale Abkommen, also nicht um Bilaterale III, sondern vielmehr um **Integrationsabkommen I**.
- 406 Das Rechtsgutachten zeigt nach der Behandlung dieser fundamentalen verfassungsrechtlichen Aspekte des Abkommenspakets **faktische Risiken** auf, die mit dem Paket verbunden sind (Teil B.VI).
- 407 Die Abkommen und der Vernehmlassungsbericht erwecken teilweise den Eindruck, dass die Schweiz einen mindestens spürbaren **Einfluss auf die Entstehung von EU-Rechtsakten** ausüben könnte (Teil B.VI.1). Die Rede ist davon, dass die Schweiz mit eigenen Fachleuten wie die Mitgliedstaaten mit deren Personal an der Ausarbeitung im Sinn eines Decision Shaping teilnehmen könne. Weiter erwecken die Regelung über den Gemischten Ausschuss und die Ausführungen im Vernehmlassungsbericht und in der Botschaft den Eindruck, es würden im Ausschuss zwischen EU-Kommission und der Bundesvertretung noch Aushandlungsmöglichkeiten bestehen. Diesbezüglich darf man sich allerdings keine grossen, wenn überhaupt irgendwelche Hoffnungen machen, wie eine ausführliche Analyse des Rechtsetzungsprozesses der EU aufzeigt. Verhandlungspartner des Bundes im Gemischten Ausschuss ist nicht die EU-Kommission allein. Vielmehr vertritt sie 27 Mitgliedstaaten, welche gemäss Unionsvertrag einen Anspruch auf Gleichbehandlung haben. Grosse Hoffnungen auf Einflussnahmen darf man schon deswegen nicht hegen, weil auch kleinere Mitgliedstaaten der EU, wie namentlich Österreich, nach

Informationen des Gutachters aus seinem europäischen Agrarrechtsnetzwerk kaum etwas durchbringen, wenn namentlich Deutschland oder Frankreich nicht auf ein bestimmtes Anliegen eingehen wollen. Anders als der Schweiz steht den EU-Mitgliedstaaten neben dem Decision Shaping die viel wichtigere direkte Mitwirkung an der EU-Gesetzgebung über den Rat als gleichberechtigtem Rechtsetzungsorgan neben dem Europäischen Parlament zur Verfügung.

- 408 Die Schweiz hat sodann **keinen Rechtsanspruch auf Ausnahmen** in neuen EU-Rechtsakten, was am Beispiel des IP-LSA aufgezeigt und illustriert wird (Teil B.VI.2).
- 409 Die EU hat das Recht, bei Ablehnung eines neuen EU-Rechtsaktes nach Abschluss der Abkommen oder bei einer Abkommensverletzung **Ausgleichsmassnahmen zu treffen** (Teil B.VI.3). Solche Massnahmen kann sie nicht nur innerhalb des betroffenen Abkommens vornehmen, sondern transversal in irgendeinem Binnenmarktabkommen, z.B. im MRA für die Nichtübernahme eines neuen EU-Rechtsaktes im LSA. Die Möglichkeit von transversalen Massnahmen in alle Binnenmarktabkommen hinein, die sich die EU vorbehalten hat, ist ein geradezu genialer Schachzug. Er könnte dazu führen, dass alle Beteiligten in den nicht direkt betroffenen Abkommen gegen eine Nicht-Übernahme eines EU-Rechtsaktes in einem anderen Abkommen als dem ihrigen eintreten werden, um nicht in ihrem Abkommen Ausgleichsmassnahmen riskieren zu müssen. Unter diesen Umständen werden Ablehnungen in einem Referendum kaum je eine Chance haben. Es könnte mit anderen Worten systemisch geradezu eine stillschweigende Kartellbildung gegen die Ablehnung irgendeines neuen EU-Rechtsakts institutionalisiert werden, anders formuliert eine systemische Vetobremse.
- 410 Ein Risiko besteht sodann hinsichtlich der **Besetzung des Schiedsgerichts** (Teil B.VI.4). Es reicht nicht, dass die Schweiz wie die EU einen Schiedsrichter bestimmen kann. Es kommt auch sehr darauf an, welche Motivation der von der Schweiz bestimmte Schiedsrichter hat. Falls er an der weiteren Integration interessiert sein sollte, ist nicht auszuschliessen, dass er mit der EU-Vertretung gegen die Schweiz und deren politische Mehrheitsverhältnisse entscheidet. Es gibt mindestens ein internationales Gericht, in dem sich solche Fälle schon ereignet haben. Es wird daher entscheidend sein, welche Persönlichkeiten die Schweiz für die Liste nominiert. Die Schweiz könnte sich im Hinblick auf die Verfolgung nationaler Wirtschaftsinteressen im Streitfall selber ein Bein stellen, wenn die Interessen der Wirtschaft für die Auswahl der Personen auf der erwähnten Liste nicht genügend beachtet werden.
- 411 Der Bundesrat betont als Vorteil des Abkommenspakets, dass damit gegenüber dem geltenden Rechtszustand **Rechtssicherheit** geschaffen werde (Teil B.VI.5). Die Schweiz könne nach dessen Abschluss nicht mehr willkürlich benachteiligt werden. Diese Darstellung ist, wenn überhaupt, nur im Geltungsbereich der Abkommen zutreffend, hingegen nicht ausserhalb des

Abkommenspakets. So könnte die EU z.B. auch nach Abschluss des Abkommenspakets Druck zur Dynamisierung des Freihandelsabkommens von 1972 ausüben. Und innerhalb des Abkommenspakets besteht eine grosse Rechtsunsicherheit hinsichtlich möglicher Ausgleichsmassnahmen, weil die EU solche – wie schon thematisiert – in irgendeinem Binnenmarktabkommen transversal treffen kann. Zudem gäbe es auch keine Rechtssicherheit für die Weiterführung des Zugangs zu Nachfolgeprogrammen für Horizon und Erasmus+. Es muss für jedes neue Programm eine neue Vereinbarung getroffen werden, ohne dass die EU verpflichtet wäre, der Mitwirkung der Schweiz ohne weiteres zuzustimmen.

### III. Ausgewählte Einzelfragen

- 412 Im Rahmen ausgewählter Einzelfragen (Bst. C) werden drei Themen analysiert, nämlich die Rechtsstellung von Hochschulen mit Bezug auf Zulassungsregelungen und Studiengebühren sowie auf Zugang zu Programmen (Teil C.I), die Schutzklausel im Freizügigkeitsabkommen (FZA) (Teil C.II), die nachträgliche Bestätigung des Abkommenspakets durch eine zweite Abstimmung über die Abkommen sowie auf die Etappierung des Abkommensabschlusses (Teil C.III).
- 413 Das **Programme-Abkommen (EUPA)** verschafft den Hochschulen der Schweiz den Zugang einerseits zum Programm Horizon 2021–2027 und zum Bildungsprogramm Erasmus+ bis 2027 (Teil C.I). Was auffällt, ist, dass es zu den künftigen Förderprogrammen im Anhang keine Rechtsgrundlagen gibt. Im EUPA selber wird zwar verankert, dass man über die Beteiligung der Schweiz an künftigen EU-Programmen in den genannten Bereichen verhandeln könne und werde. Es gibt aber seitens der Schweiz keinen Rechtsanspruch auf Beteiligung an neuen Programmen. Bemerkenswert ist hinsichtlich der Durchführung der Programme, dass EU-Organe in der Schweiz bei Beitragsempfängern vor Ort Kontrollen über die Verwendung der gesprochenen Beiträge durchführen können, was immerhin in Absprache mit den Schweizer Behörden erfolgen soll. Vergleichbare Kontrollmöglichkeiten gibt es in der Schweiz nicht für die Kontrolle der Verwendung von Beiträgen nach Forschungsgesetz sowie Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz in Verbindung mit dem Subventionsgesetz.
- 414 Mit Bezug auf die **Schutzklausel in Art. 14a ÄP-FZA** fällt zunächst auf, dass Art. 21b VE-AIG das anspruchsvollste Kriterium in Art. 14a Abs. 1 ÄP-FZA nicht erwähnt, nämlich das Kriterium der Verursachung der «Probleme, die auf die Anwendung des Abkommens zurückzuführen sind» (Teil C.II). Genannt werden nur die Kriterien der «schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Probleme». Das anspruchsvollste Kriterium der alleinigen «Rückführung der Probleme auf die Anwendung des Abkommens» wird im Vernehmlassungsbericht und in der Botschaft kaum thematisiert. Man kann einzig vermuten, dass die Erhöhung von Schwellenwerten ein schematisches Kriterium für die Erfüllung der schwierigsten Anforderung der Schutzklausel sein soll.

Indikatoren und Schwellenwerte für die Anrufung der Schutzklausel sollen auf Verordnungsstufe festgelegt werden.

- 415 Es ist nicht ersichtlich, wie jemals der Nachweis erbracht werden könnte, schwerwiegende Probleme seien allein wegen des FZA entstanden. Schwerwiegende wirtschaftliche oder soziale Probleme entstehen kaum je monokausal.
- 416 Schwer erträglich ist die Regelung, wonach die EU auch dann Ausgleichsmassnahmen treffen kann, wenn das Schiedsgericht Schutzmassnahmen als vertragskonform beurteilt. Nimmt man die Konzeption des Grundrechtsschutzes zum Massstab, so gibt es dort keine Unzulässigkeit und damit auch keine Möglichkeit für Sanktionen, wenn sich eine Grundrechtsbeschränkung als rechtmässig erwiesen hat. Massnahmen zufolge eines rechtmässigen Tuns fallen vollständig aus dem Rahmen der abendländischen Rechtskultur.
- 417 Der Eindruck ist schwer zu überwinden, der Bundesrat habe die Interessen der Schweiz für die Erlangung der Schutzklausel in Art. 14a des FZA mit den Zugeständnissen an die EU im Bereich der Studiengebühren schlecht wahrgenommen. Die fragwürdige Konkretisierung der Schutzklausel ist mit anderen Worten wohl zu teuer «erkauft» worden.
- 418 In der bisherigen Diskussion um das Abkommenspaket ist die Frage aufgeworfen worden, ob man zur besseren Akzeptanz eines Verzichts auf eine Abstimmung mit doppeltem Mehr von Volk und Ständen nach ein paar Jahren eine **zweite Abstimmung über die Abkommen** durchführen könnte (Teil C.III.1). Das wäre zwar möglich, aber mit dem Risiko behaftet, dass im Fall der Ablehnung des Abkommenspakets alle abgelehnten Abkommen gekündigt werden müssten, ohne dass die heutigen bilateralen Abkommen wieder in Rechtskraft erwachsen würden. Man kann die Institutionellen Abkommen nicht ohne die bisherigen Abkommen kündigen; sie sind untrennbar verknüpft.
- 419 Eine zweite Frage wurde aktuell, insbesondere im Zusammenhang mit dem umstrittenen Stromabkommen, nämlich die Frage, ob man den **Abschluss des Stromabkommens zeitlich verschieben** könnte (Teil C.III.2). Diese Möglichkeit entfällt aufgrund der Inkrafttretensbestimmung des Stromabkommens. Man kann zwar auf dessen Abschluss verzichten. Es kann aber ohne Änderung im Rahmen neuer Verhandlungen zeitlich nicht von den anderen Abkommen abgetrennt werden.

#### IV. Abstimmungsmodus für das Abkommen

- 420 Der **Abstimmungsmodus** ist in der bisherigen Diskussion um das Abkommenspaket Schweiz-EU **kaum weniger umstritten als das Paket hinsichtlich seiner verfassungsrechtlichen**

**Bedeutung** als solches. Es geht um die Frage, ob das **fakultative Referendum mit blossem Volksmehr** oder das **obligatorische Referendum von Volk und Ständen** zum Zug kommen soll. Die Frage ist nicht nur rechtswissenschaftlich, sondern vor allem auch politisch umstritten, weil das obligatorische Referendum nicht mit dem blossen Volksmehr von 50,001 Prozent erreicht werden kann, sondern weil gemäss bisherigen Erfahrungen bis 55 % oder 56 % der Stimmen erforderlich sind, damit zugleich das Ständemehr erreicht wird.

- 421 Der **Bundesrat** spricht sich für das **fakultative Referendum** aus, dies unter Bezugnahme auf die bisherige Praxis für Abstimmungen über die bilateralen Verträge. Er radikalisiert seine Haltung in der Botschaft gegenüber den Ausführungen im Vernehmlassungsbericht, ohne dafür eine Begründung zu geben.
- 422 Das **Bundesamt für Justiz** gelangte in einem Rechtsgutachten vom 27. Mai 2024 zum Schluss, das **obligatorische Staatsvertragsreferendum** sei **nicht zulässig**, weil es nicht um den Beitritt zu einer supranationalen Organisation gehe. Weiter könne auch das sogenannte obligatorische Referendum «sui generis» nicht zur Anwendung gelangen, das in der Vergangenheit insbesondere für das Freihandelsabkommen von 1972 und den gescheiterten EWR durchgeführt wurde. Dem obligatorischen Referendum «sui generis» fehle die Verfassungsgrundlage. Es sei anlässlich der Beratung der gescheiterten Verfassungsrevision von 2020/21 zur Generalisierung dieser Praxis mit dem Nichteintreten auf die Vorlage abgeschafft worden.
- 423 Der Blick in die **bisherige Rechtsliteratur** zeigt, dass es Stimmen für und gegen die Zulässigkeit der «Sui-generis-Praxis» des Parlaments gibt. Die jüngsten umfangreichen Abhandlungen stammen von **Andreas Glaser** und von **Hansjörg Seiler**. Sie bejahen beide die Zulässigkeit, wobei vor allem der zweitgenannte Autor zudem das obligatorische Referendum zugleich damit begründet, das Freizügigkeitsabkommen widerspreche Art. 121a BV über die Steuerung der Zuwanderung.
- 424 Für die **Zulässigkeit der «Sui-generis-Praxis»** sprechen nach Glaser und Seiler, dass das Abkommenspaket tief in die Kompetenzordnung der BV hinsichtlich der Zuständigkeiten von Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesgericht sowie gegen das Vernehmlassungsrecht und das unverfälschte und freie Stimmrecht eingreift. Vor allem die **Ratsdebatten von 2020/2021** zur Vorlage auf Revision der BV würden zeigen, dass trotz Nichteintretensbeschluss vor allem im Ständerat das Prinzip der «Sui-generis-Praxis» **mehrheitlich gutgeheissen** und festgehalten worden sei, die Weiterführung dieser Praxis sei auch bei Verzicht auf die Revision zulässig. Das Abkommenspaket sei von einer derart hohen staatsrechtlichen und politischen Bedeutung, dass das obligatorische Referendum «sui generis» zur Anwendung kommen könne, ja geboten sei.

Überdies spreche auch der Konflikt mit Art. 121a BV über die Steuerung der Zuwanderung für das doppelte Mehr.

425 Eine bedeutende Abhandlung zur Thematik legte kurz vor Abschluss dieses Gutachtens **Martin Dumermuth** vor. Er kommt in einer in sich konsistenten Analyse zum Schluss, die Praxis von Bundesversammlung und Bundesrat zum sog. obligatorischen Staatsvertragsreferendum «sui generis» sei inkonsistent und begründe kein Verfassungsgewohnheitsrecht. Auch fehle eine Verfassungsgrundlage für diese Art von doppeltem Mehr. Der Gutachter vermag dem Ansatz von Martin Dumermuth nicht zu folgen, weil es gar nicht möglich ist, eine kohärente Praxis zu entwickeln. Die Regelungsmaterie entzieht sich der Generalisierung. Die Tatsache, dass Bundesversammlung und Bundesrat seit mehr als 100 Jahren immer wieder über die Thematik debattieren, zeigt, dass ein echtes Bedürfnis nach einem Ventil besteht. Die Bundesversammlung als oberstes Staatsorgan muss für sich beanspruchen können, in Sonderfällen «praeter constitutionem» nach den jeweiligen politischen Gegebenheiten einen Entscheid für oder gegen ein obligatorisches Referendum «sui generis» zu fällen.

426 Die vom **Gutachter** schon im Papier vom 24. Januar 2024 vertretene Rechtsauffassung trifft sich weitestgehend mit den Darstellungen von Andreas **Glaser** und Hansjörg **Seiler**. Er verzichtet angesichts der Berücksichtigung der kritischen Stimmen in den Abhandlungen dieser Autoren darauf, diese selber nochmals nachzuweisen und näher zu thematisieren. Es reicht nicht, wenn nur ein Rat auf die Vorlage zur Verfassungsergänzung nicht eintritt und wenn darüber hinaus in der Mehrheit der Voten darauf hingewiesen wird, trotz des Verzichts auf die Vorlage bleibe die Möglichkeit des Referendums «sui generis» auch in Zukunft bestehen. Die Ablehnung des obligatorischen Staatsvertragsreferendums «sui generis» durch **Martin Dumermuth** ist aufgrund seines Ansatzes kohärent. Er verkennt aber, dass die seit über 100 Jahren geführte Debatte in der Bundesversammlung und im Bundesrat über die Möglichkeit von Abstimmungen mit doppeltem Mehr einem kohärenten Bedürfnis entspricht, einen Weg für besondere Fälle, die sich nicht generalisieren lassen, zu finden.

427 Zu ergänzen ist, dass die Diskussion über die **Zulässigkeit** des obligatorischen Referendums «sui generis» und des Vorliegens eines Konflikts mit Art. 121a BV hinfällig würde, wenn eine in neuster Zeit aufgekommene Diskussion um die **Schaffung eines Verfassungsartikels** für den Abschluss des Abkommenspakets auf allgemeine Zustimmung stossen sollte. Der Bundesrat hielt diese Lösung im Vernehmlassungsbericht für zulässig, will davon aber ohne Begründung in der Botschaft nichts mehr wissen. Die Schaffung eines Verfassungsartikels kam **schon in früheren Fällen** zur Anwendung. Dieses Vorgehen wäre im vorliegenden Fall möglicherweise eine geradezu «salomonische» Kompromisslösung.

## V. Abschliessende verfassungsrechtliche Beurteilung des Abkommenspakets Schweiz-EU

- 428 Die Auffassung, der Abschluss des Abkommenspakets Schweiz-EU führe lediglich zu einer thematischen Erweiterung der Bilateralen I und II und damit zu einer verfassungsrechtlich wenig einschneidenden Konsolidierung des Erreichten unter vollständiger Wahrung der politischen Rechte, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht haltbar. Die Schweiz tritt im Geltungsbereich der Binnenmarktabkommen mehr Kompetenzen an die EU ab, als sie dies beim Vollbeitritt tun müsste. Dies folgt aus einem Vergleich der Kompetenzen der EU-Mitgliedstaaten mit den Kompetenzen insbesondere der Bundesversammlung und des Bundesrates. Die EU-Mitgliedstaaten mussten bei ihrem Beitritt weniger Kompetenzen an die EU abtreten, als die Schweiz dies im Fall des Abschlusses der Binnenmarktabkommen tun muss, weil sie weit mehr Möglichkeiten für die formale Mitwirkung an der Rechtsetzung der EU-Organe haben, als sie die Schweiz mit den Binnenmarktabkommen erhalten wird.
- 429 Unter diesen Umständen bedeutet die Bezeichnung des Abkommenspakets Schweiz-EU als Bilaterale III eine Verniedlichung der verfassungsrechtlichen Konsequenzen. Vielmehr hat man es mit dem Abschluss von Integrationsabkommen I zu tun. Damit sind auch die Voraussetzungen für die Unterstellung des Abkommenspakets Schweiz-EU unter das obligatorische Staatsvertragsreferendum «sui generis» erfüllt. Diese Folgerung ist geradezu zwingend, wenn zusätzlich veranschlagt wird, dass die Schweiz in Zukunft in bedeutenden Regelungsbereichen keine neuen Abkommen ohne dynamische Rechtsübernahme abschliessen können. Im Extremfall könnte auf diese Weise ein sachlicher Geltungsbereich erreicht werden, der nahezu einem Vollbeitritt gleichkäme. Alternativ kommt anstelle einer obligatorischen Abstimmung auf der Grundlage der «Sui-generis-Praxis» die Einführung einer Übergangsbestimmung in Frage, welche die Bundesversammlung und den Bundesrat zum Abschluss der Abkommen ermächtigen. Damit würde auch der Konflikt des FZA mit Art. 121a BV über die Steuerung der Zuwanderung materiell beseitigt.



Prof. em. Dr. iur. Paul Richli

## Literaturverzeichnis

Weitere Literaturhinweise, die nur einmal aufgeführt werden, finden sich in den Fussnoten.

Bundesamt für Justiz, Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht. Rechtliche Übersicht und Analyse, 27. Mai 2024, Ziff. 3, S. 3 f.; Link: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2024-05-27.html> (zit. Gutachten BJ)

BURGI/HÖLBLING, in: Rudolf Streinz/Walther Michl (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2018, Art. 304

CALLIESS CHRISTIAN, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, Kommentar, 6. Aufl., München 2022, Art. 4

CARONI ANDREA/KÜHNE DANIELA, Das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter, ZBl 123/2022, S. 343 ff.

CLASSEN CLAUS DIETER/NETTESHEIM MARTIN, Europarecht, 10. Aufl., München 2025

DUMERMUTH MARTIN, Ständemehr ohne Verfassungsgrundlage? – Das Staatsvertrags sui generis und die Bilateralen III, Zürich 2026

EPINEY ASTRID, Zum «Verfassungscharakter» der Bilateralen III, Aktuelle Juristische Praxis 2026, S. 129 ff.

EPINEY ASTRID/FREI NULA/DIEZIG STEFAN, in: Basler Kommentar, hrsg. von Bernhard Waldmann et al., 2. Aufl., Basel 2025, Art. 140 BV

GELLERMANN, in: Rudolf Streinz/Walther Michl (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2018, Art. 291

GLASER ANDREAS, Die Volksabstimmung über das Paket Schweiz-EU, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 67, Basel 2025

HÄRTEL INES, Handbuch Europäische Rechtsetzung, Berlin/Heidelberg 2006

KOLLMEYER DANIEL, Delegierte Rechtsetzung in der EU. Eine Analyse der Art. 290 und 291 AEUV, Baden-Baden 2015

KLUTH, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, Kommentar, 6. Aufl., München 2022, Art. 293

KÜRSTEINER THOMAS, Erschliessungsabgaberecht. Eine Analyse am Beispiel des Kantons Basel-Landschaft, Liestal 2020

OESCH MATHIAS, Europarecht, 3. Aufl., Bern 2024

RUFFERT CHRISTIAN, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, Kommentar, 6. Aufl., München 2022, Art. 290

REICH, JOHANNES, St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 188

SCHMID STEFAN G., Das «ungeschriebene» obligatorische Staatsvertragsreferendum, ZBl 125/2024, S. 519 ff.

STREINZ RUDOLF, in: Rudolf Streinz/Walther Michl (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2018, Art. 4

SUHR OLIVER, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, Kommentar, 6. Aufl., München 2022, Art. 304,

TSCHANNEN PIERRE, in: St. Galler Kommentar, hrsg. von Bernhard Ehrenzeller et al., 4. Aufl. Zürich/St. Gallen 2023, Art. 164

WITTENBACH JUDITH, in: Basler Kommentar, hrsg. von Bernhard Waldmann et al., 2. Aufl., Basel 2025, Art. 164

## Materialienverzeichnis

AEUV: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABI C 202/3 vom 7.6.2016

ÄP-Agrarabkommen: Änderungsprotokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, BBl 2026 627

ÄP-FZA: Änderungsprotokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, BBl 2026 617

ÄP-MRA: Änderungsprotokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, BBl 2026 619

Botschaft: Botschaft vom 13. März 2026 des Bundesrates über das Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz–EU (Bilaterale III), zitiert als Botschaft. Diese Botschaft ist noch nicht amtlich publiziert, hingegen über den Hinweis im BBl 2026 615

BV: Bundesverfassung, SR 101

EUV: Vertrag über die Europäische Union, ABI C 326/13 vom 26.10.2012

FHA: Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972, SR 0.632.401

IP-FZA: Institutionelles Protokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, BBl 2026 618

IP-LSA: Protokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen zur Errichtung eines gemeinsamen Lebensmittelsicherheitsraums, BBl 2026 634

IP-MRA: Institutionelles Protokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, BBl 2026 620

MRA: Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen vom 21. Juni 1999 (MRA), SR 0.946.526.81

Programme-Abkommen: Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft andererseits über die Teilnahme der Schweizerischen Eidgenossenschaft an Programmen der Union, BBl 2026 628

Vernehmlassungsbericht: Erläuternden Bericht vom 13. Juni 2025 des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten EDA zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zum Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz–EU», zitiert als Vernehmlassungsbericht; zugänglich über das Bundesblatt (BBl) 2025 1835 oder mit der Eingabe des Berichtstitels auffindbar auf der Plattform fedlex.admin.ch