

Doppeltes Mehr von Volk und Ständen für die Bilateralen III?

Prof. em. Dr. iur. Paul Richli¹

Zusammenfassung

Die nachfolgende Stellungnahme ist ein Beitrag zur Bestimmung der Referendumsart für den Abschluss der «Bilateralen III» zwischen der Schweiz und der Europäischen Union. Es wird gezeigt, dass die Antwort aufgrund der Diskussion über das obligatorische Staatsvertragsreferendum «sui generis» im Rahmen der parlamentarischen Beratung der Motion Caroni (20.016) vom 15.01.2020 «Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter. Änderung von Artikel 140 der Bundesverfassung» zu suchen ist. Danach kann ein obligatorisches statt ein fakultatives Referendum angesetzt werden, wenn es in einem Einzelfall um einen Staatsvertrag von ausserordentlicher Bedeutung geht.

Die nachfolgenden Erwägungen führen zur Bejahung der ausserordentlichen Bedeutung der «Bilateralen III». Der Grund für die ausserordentliche Bedeutung sind die rechtlichen Konsequenzen der dynamischen Rechtsübernahme in Verbindung mit der Möglichkeit von Ausgleichsmassnahmen der EU im Fall der Ablehnung der Übernahme durch die Schweiz.

Die Annahme der «Bilateralen III» führt zu gravierenden Beschränkungen der Kompetenzordnung des Bundes im Geltungsbereich von «Bilateralen III», weil das Parlament in seinen verfassungsrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen durch die Drohung von inhaltlich nicht voraussehbaren Ausgleichsmassnahmen im Fall der Ablehnung der Übernahme erheblich beschränkt wird und daher auch die einzelnen Parlamentsmitglieder in ihrem Stimmrecht beschränkt werden. Dasselbe gilt sinngemäss für die Kantone. Von besonderer Wichtigkeit ist, dass die Stimmberechtigten in Referendumsabstimmungen in der Ausübung ihres Stimmrechts massiv beschränkt werden. Es drohen, wenn sie die Rechtsübernahme ablehnen, inhaltlich nicht voraussehbare Ausgleichsmassnahmen. Damit wäre die Abstimmungsfreiheit der Bürger erheblich beeinträchtigt. Man stelle sich zum Vergleich vor, ein Bundesgesetz oder ein kantonales Gesetz würde mit einer Bestimmung versehen, wonach im Fall eines negativen Ergebnisses einer Referendumsabstimmung z.B. das Parlament Ausgleichsmassnahmen treffen könnte. Das würde wohl den Kerngehalt der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) tangieren.

Unter diesen Umständen haben Bundesrat und Bundesversammlung angesichts der bisherigen Praxis, für die es auf den Einzelfall ankommt, wohl nicht geradezu die Pflicht, den Abschluss der «Bilateralen III» dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum «sui generis» zu unterstellen, sie haben aber mindestens das Recht, die Unterstellung zu beschliessen. Sie verfügen mit anderen Worten über einen rechtlichen Gestaltungsspielraum, der unter Einbezug von politischen Erwägungen ausgenützt werden kann. Nach der hier vertretenen Auffassung spricht aus prioritär rechtlicher Sicht deutlich mehr für als gegen die Unterstellung.

¹ Der Autor ist emeritierter Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität Luzern. Er dankt Dr. iur. Marc M. Winistörfer, Lehr- und Forschungsbeauftragter an der Universität Luzern, für die kritische Durchsicht und Kommentierung des Textes.

Inhaltsübersicht

1. Anlass für die nachfolgenden Erwägungen.....	2
2. Bundesverfassung als Ausgangsgrundlage	2
3. Entwicklung der Diskussion und Vorstösse betr. Referendum «sui generis» seit 1999 und Folgerung	3
4. Bedeutung von «Bilateralen III» für die schweizerische Staatsordnung.....	4
4.1. Fragestellung.....	4
4.2. Gravierende Beschränkung der Kompetenzordnung im Bund und in den Kantonen	5
4.3. Gravierende Beschränkung des Stimmrechts der Bürgerinnen und Bürger im Bund und in den Kantonen.....	5
4.4. Folgerung	6
5. Vergleich mit einer Regelung im deutschen Grundgesetz	6

1. Anlass für die nachfolgenden Erwägungen

Im Umfeld der Bestrebungen für den Abschluss der «Bilateralen III» zwischen der Schweiz und der EU wird in den Medien unter anderem die Frage nach der Referendumsart kontrovers diskutiert. Theoretisch gibt es drei mögliche Antworten: eine obligatorische Abstimmung mit doppeltem Mehr von Volk und Ständen ist verfassungsrechtlich geboten, erlaubt oder verboten. Die Antworten von Juristinnen und Juristen in den Medien sind kontrovers.²

Die nachfolgenden Erwägungen leisten einen Beitrag zu dieser Diskussion und Entscheidungsfindung durch Bundesrat sowie National- und Ständerat im aktuellen Fall.

2. Bundesverfassung als Ausgangsgrundlage

Art. 140 der Bundesverfassung (BV) 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 schrieb der Bundesrat im Kommentar zu Art. 130 des Verfassungsentwurfs (heute Art. 140 BV) über das obligatorische Referendum das Folgende³: «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

² Siehe u.a. für doppeltes Mehr Andreas Glaser in der NZZ vom 24. Januar 2024, S. 7; gegen doppeltes Mehr René Rhinow und Georg Müller in der NZZ vom Dienstag, 11. Juni 2024, S. 18; siehe zur Thematik allgemein, nicht zur hier anstehenden Frage namentlich etwa Ehrenzeller/Nobs, St. Galler Kommentar, Art. 140 BV, Rz. 14 mit Hinweisen auf den Stand der Literatur.

³ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, S. 364.

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.»

3. Entwicklung der Diskussion und Vorstösse betr. Referendum «sui generis» seit 1999 und Folgerung

Nach der Entscheidung im Rahmen der Nachführung der BV verstummten Diskussionen und Vorstösse zur Erweiterung des Staatsvertragsreferendums bzw. zur Praxis «sui generis» nicht. Sie wurde insbesondere wieder aktuell im Rahmen des Schengen/Dublin-Abkommens im Jahr 2004 sowie im Rahmen der nicht verwirklichten Änderung von Art. 140 BV in den Jahren 2021/22. Ihren letztens Stand erreichte die Diskussion im Rahmen der parlamentarischen Beratung der Motion Caroni (20.016) vom 15.01.2020 «Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter. Änderung von Artikel 140 der Bundesverfassung». Darauf ist hier näher und mit Quellenangaben einzugehen.

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.

Zu Beginn der Eintretensdebatte im Ständerat als Erstrat führte Kommissionssprecher Andrea Caroni aus⁴: «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 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.»

Ständerat Daniel Jositsch als Sprecher der den Antrag auf Eintreten ablehnenden Minderheit hielt in seinem Hauptvotum u.a. folgendes fest⁵: «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

⁴ AB 2020 S 676; siehe auch AB 2021 S 956.

⁵ AB 2020 S 677; siehe auch AB 2021 S 956.

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.»

Für den Bundesrat, der die Motion unterstützte, hielt Bundesrätin Karin Keller-Suter folgendes fest⁶: «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.»

Weitere Voten gingen in dieselbe Richtung: Die Ablehnung des Eintretens auf die Vorlage schliesse die Weiterführung der Praxis «*sui generis*» nicht aus. Hingewiesen sei ergänzend insbesondere auf die Voten von Ständerat Mathias Zopfi⁷, Nationalrat Gregor Rutz⁸, Nationalrätin Marianne Streiff-Feller⁹, Nationalrätin Irene Kälin¹⁰, Nationalrätin Tiana Angelina Moser¹¹, Nationalrat Marco Romano¹² und Nationalrätin Greta Gysin¹³.

Unter diesen Umständen ist die Folgerung angezeigt, dass für die Bilateralen III das obligatorische Referendum «*sui generis*» möglich ist, falls das Vertragswerk eine aussergewöhnliche Bedeutung für die schweizerische Staatsordnung bzw. aussergewöhnliche staatsrechtliche Bedeutung aufweist. Wie verhält es sich damit im Fall der «Bilateralen III»?

4. Bedeutung der «Bilateralen III» für die schweizerische Staatsordnung

4.1. Fragestellung

Fragt man nach der staatsrechtlichen Bedeutung der «Bilateralen III», so steht die rechtliche Qualität der dynamischen Rechtsübernahme im Vordergrund. Dadurch wird die Schweizer

⁶ AB 2020 S 681; siehe auch AB 2021 N 813; AB 2021 S 958.

⁷ AB 2020 S 683.

⁸ AB 2021 N 808.

⁹ AB 2021 N 810.

¹⁰ AB 2021 N 810.

¹¹ AB 2021 N 812.

¹² AB 2021 N 2377.

¹³ AB 2021 N 2379.

Rechtsordnung im Geltungsbereich der Bilateralen III fortlaufend an die Weiterentwicklung des EU-Rechts angepasst.

Obwohl neue Bestimmungen des EU-Rechts in der Schweiz nicht automatisch gelten würden, ginge es faktisch um einen Übernahmefokus, der inhaltlich zu einer gravierenden Beschränkung der Kompetenzordnung im Bund und in den Kantonen sowie zu einer gravierenden Beschränkung der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV), insbesondere der freien Willensbildung, der Bürgerinnen und Bürger im Bund und in den Kantonen führen würde.

4.2. Gravierende Beschränkung der Kompetenzordnung im Bund und in den Kantonen
Die dynamische Rechtsübernahme würde zu einer gravierenden Beschränkung der Kompetenzordnung im Bund führen, weil der Bundesgesetzgeber nicht mehr die autonome Entscheidung über den Erlass der mit den «Bilateralen III» umfassten Rechtsnormen der schweizerischen Rechtsordnung hätte. Die EU dürfte Primärnormen für die Schweiz setzen, ohne dass die Schweiz ein Mitbestimmungsrecht hätte. Bundesrat und Parlament sowie die Stimmberechtigten im Fall eines Referendums könnten im Einzelfall zwar eine Übernahme ablehnen. Die Folgen wären aber u.U. erhebliche Ausgleichsmassnahmen, zu deren Ausmass die Schweiz nur im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung im Schiedsgericht mitwirken könnte. Die Mitglieder von National- und Ständerat würden dadurch in ihrer Gesetzgebungskompetenz nach Art. 164 BV sowie in der Ausübung ihres Stimmrechts im Parlament in erheblicher Weise beschränkt. Diese Kompetenzen wären gegenständlich und inhaltlich beschränkt. Man hätte es zwar nicht mit einem vollständigen Verlust der Gesetzgebungskompetenz und auch nicht mit einer unmittelbaren Verletzung des Instruktionsverbots nach Art. 161 Abs. 1 BV im Geltungsbereich der «Bilateralen III» zu tun. Aber die Ratsmitglieder würden im Fall eines negativen Entscheids u.U. erhebliche Sanktionen der EU auslösen. Was die Beschränkung der Zuständigkeiten des Parlaments betrifft, dürfte diese eine Verletzung des Legalitätsprinzips gemäss Art. 5 Abs. 1 und Art. 164 BV zur Folge haben, weil die Ausübung von Kompetenzen, die der Gesetzgeber selbst wahrnehmen müsste und nicht blanko delegieren dürfte, unter dem Vorbehalt von Sanktionen stünde.

Was die Kantone betrifft, so könnten diese ebenfalls von Ausgleichsmassnahmen betroffen werden. Dadurch würden sie in ihren eigenen Gesetzgebungszuständigkeiten nach Art. 3 BV, in der Entscheidung nach Art. 43 BV, wonach sie Aufgaben im Rahmen ihrer Zuständigkeiten erfüllen, sowie in ihrer Mitwirkung an der Willensbildung im Bund nach Art. 45 Abs. 1 BV erheblich beeinträchtigt.

4.3. Gravierende Beschränkung des Stimmrechts der Bürgerinnen und Bürger im Bund und in den Kantonen

Von besonderer Bedeutung wäre sodann, dass drohende Ausgleichsmassnahmen zu einer gravierenden Beschränkung der in Art. 34 Abs. 2 BV garantierten Abstimmungsfreiheit der Bürgerinnen und Bürger im Bund und in den Kantonen führen würden. Die Beschränkung der freien Willensbildung dürfte sogar den Kerngehalt des Art. 34 BV tangieren. Denn die ablehnende Ausübung des Stimmrechts könnte sehr erhebliche Ausgleichsmassnahmen auslösen.

Zum Vergleich stelle man sich vor, in einem Bundesgesetz oder in einem kantonalen Gesetz würde eine Bestimmung aufgenommen, wonach ein erfolgreiches Referendum den Bundesrat bzw. die Kantonsregierung dazu ermächtigen würde, verhältnismässige Ausgleichsmass-

nahmen zu treffen. Das wäre verfassungsrechtlich klar unzulässig, weil die durch Art. 34 Abs. 2 BV geschützte freie Willensbildung in gravierender Weise beschränkt würde, was wohl sogar den Kerngehalt der Abstimmungsfreiheit tangieren dürfte.

4.4. Folgerung

Die vorstehend erwähnten Beschränkungen dürften in ihrer Summe von ausserordentlicher Bedeutung sein, womit der Abschluss der «Bilateralen III» unter Aspekten des Staatsvertragsreferendums «sui generis» gemäss bisheriger Praxis von ausserordentlicher Bedeutung wäre. Unter diesen Umständen haben Bundesrat und Bundesversammlung angesichts der bisherigen Praxis, für die es auf den Einzelfall ankommt, wohl nicht geradezu eine Pflicht, den Abschluss von «Bilateralen III» dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum «sui generis» zu unterstellen; sie haben aber mindestens das Recht, die Unterstellung zu beschliessen. Sie verfügen mit anderen Worten über einen rechtlichen Gestaltungsspielraum, der unter Einbezug von politischen Erwägungen ausgenützt werden kann.

Per Saldo der Erwägungen spricht nach der hier vertretenen Auffassung aus prioritär rechtlicher Sicht deutlich mehr für als gegen die Unterstellung der «Bilateralen III» unter das doppelte Mehr von Volk und Ständen, dies angesichts ihrer, im Vergleich mit «gewöhnlichen» Staatsverträgen ausserordentlich weitreichenden Bedeutung und mit der Qualität einer materiellen Verfassungsänderung für die Kompetenzen des Gesetzgebers von Bund und Kantonen sowie für das Stimmrecht der Bürgerinnen und Bürger.

5. Vergleich mit einer Regelung im deutschen Grundgesetz

Diese Erwägungen können mit einem vergleichenden Blick auf Art. 23 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes (GG) erhärtet werden. Nach dieser Bestimmung kann der Bund durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte auf die EU übertragen. Für Regelungen, durch die das GG seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, gilt Art. 79 Abs. 2 und 3 GG. Danach können Erweiterungen im Sinn von Art. 23 Abs. 1 GG nur im Weg der Verfassungsänderung beschlossen werden.

Zwar geht es im Fall der dynamischen Rechtsübernahme im Rahmen der «Bilateralen III» nicht um eine vollständige Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen, weil man die Übernahme immer noch ablehnen kann. Aber die Ablehnung hat ein unbekanntes Preisschild von unter Umständen erheblicher Höhe, was die Freiheit der Rechtsausübung je nach Ausgleichsmassnahme de facto erheblich beschränkt. Das führt im Ergebnis zu einer mindestens teilweisen, inhaltlich im Rahmen des Geltungsbereichs der «Bilateralen III» im Voraus unbestimmten und unbestimmbaren Kompetenzübertragung. Eine derartige Blankodelegation wäre verfassungsrechtlich höchst problematisch.



Paul Richli