

Demokratische Mitsprache im bilateralen Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union: mögliche Implikationen eines institutionellen Rahmenabkommens

Lorenz Langer*

«In der Diskussion um einen möglichen Rahmenvertrag zwischen der Schweiz und der EU spielt die Annahme in einer Volksabstimmung eine zentrale Rolle. Darüber hinaus soll auch bei einer dynamischen Übernahme von Unionsrecht das Referendum vorbehaltlos möglich sein. Im europapolitischen Kontext sind die direktdemokratischen Instrumente in ihrer Substanz aber bereits heute eingeschränkt.»

Die Weiterentwicklung oder auch Neuausrichtung des nationalstaatlichen Verhältnisses zum europäischen Einigungsprozess ist eine äusserst anspruchsvolle und komplexe Aufgabe, die sich nicht innert kurzer Zeit lösen lässt. So nahm etwa der Prozess, der schliesslich zum EU-Austritt Grossbritanniens führte, über fünf Jahre in Anspruch – von der britischen Forderung nach einer «Neuverhandlung» der Mitgliedschaft im November 2015 über das «Brexit»-Referendum im Juni 2016, den Austritt Ende Januar 2020 bis zum Verlassen des Binnenmarkts Anfang 2021.¹ Bereits über *zwölf Jahre* dauert nun auch schon das Unterfangen, das bilaterale Verhältnis zwischen der Schweiz und der Europäischen Union auf eine neue Grundlage zu stellen. Hier steht im Gegensatz zum Brexit nicht die grosse Herausforderung an, ein völlig neues Verhältnis zu definieren, sondern «nur» die Institutionalisierung der bestehenden bilateralen Beziehungen. Zumindest auf Schweizer Seite wird die Aufgabe deshalb wohl auch als weniger dringlich wahrgenommen. Tatsächlich hat der Schweizer Bundesrat den jahrelangen Verhandlungsprozess im Mai 2021 einseitig abgebrochen. Ob und wie die Frage eines Rah-

___ Assistenzprofessor für Völkerrecht und öffentliches Recht unter besonderer Berücksichtigung europäischer Demokratiefragen, Universität Zürich/Zentrum für Demokratie Aarau. Beim vorliegenden Aufsatz handelt es sich um die aktualisierte Version eines anlässlich des 1. Zürcher Europarechtstags (Oktober 2020) gehaltenen Referats. Ich danke Matthias Oesch und Christina Neier für die Gelegenheit, am Europarechtstag teilzunehmen, und Lea von Felten für ihre Unterstützung bei der Recherche.

¹___ *Armstrong Kenneth A.*, *Brexit Time*, Cambridge 2017, S. 9–35, und zum Austrittsabkommen *Craig Paul P.*, *The Ratifications*, in: Fabbrini Federico (Hrsg.), *The Law & Politics of Brexit II*, Oxford 2020, 83–103. Zur offenen Frage des künftigen Verhältnisses siehe *Sacerdoti Giorgio*, *The Negotiations on the Future Trade Relations*, in: Fabbrini Federico (Hrsg.), *The Law & Politics of Brexit II*, Oxford 2020, 211–232.

Langer —

Demokratische Mitsprache im bilateralen Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union: mögliche Implikationen eines institutionellen Rahmenabkommens

menabkommens erneut verhandelt wird, ist damit völlig offen.²

Sowohl für Grossbritannien wie auch für die Schweiz beschlägt aber die Frage, wie die Beziehungen zur Union ausserhalb einer EU-Mitgliedschaft geregelt werden sollen, ganz zentrale Aspekte der Politik, der Wirtschaft und der Organisation des Gemeinwesens. Für das Vereinigte Königreich wird angesichts der durch den EU-Austritt akzentuierten zentrifugalen Kräfte vielleicht sogar die Existenz dieses Gemeinwesens in seiner aktuellen Form infrage gestellt werden, wenn Schottland weiterhin nach Unabhängigkeit strebt und die (Wirtschafts-)Grenze in der irischen See undurchlässiger wird als die Staatsgrenze zwischen Nordirland und der irischen Republik.³

Mit einer so *existentiellen* Herausforderung sieht sich die Schweiz in absehbarer Zeit wohl nicht konfrontiert. Aber auch hierzulande wird die weitere Entwicklung des «bilateralen» Verhältnisses⁴ elementare Bestandteile, Prozesse und Institutionen des politischen, wirtschaftlichen und sozialen Lebens unmittelbar oder mittelbar prägen – und zwar unabhängig davon, ob dieses Verhältnis doch noch durch Rahmenabkommen vereinheitlicht wird oder nicht. In ihrer Gesamtheit ist diese Entwicklung äusserst vielschichtig und zuverlässigen Prognosen kaum zugänglich.⁵ Der folgende Beitrag beschränkt sich deshalb auf einen Teilaspekt und untersucht die möglichen Implikationen des künftigen bilateralen Verhältnisses auf die direktdemokratischen Instrumente.⁶ Diese Instrumente – also primär Volksinitiative und Referendum – erfüllen nicht nur eine wichtige Funktion im politischen System der Schweiz,⁷ sie

² Schweizerischer Bundesrat, Das Institutionelle Abkommen Schweiz–EU wird nicht abgeschlossen. Medienmitteilung vom 26. Mai 2021, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-83705.html>>. – Der Entscheid des Bundesrats, die Verhandlungen zu beenden, erfolgte, als dieser Beitrag bereits gesetzt war, und konnte deshalb nur noch marginal berücksichtigt werden.

³ Vgl. dazu *Douglas-Scott Sionaidh*, The Future of the United Kingdom, *European Journal of Legal Studies* 2019, 245 ff.

⁴ Kritisch zur «bilateralen» Nomenklatur *Diggelmann Oliver*, Wir und unsere «Bilateralen», *Das Magazin* vom 23. Januar 2021, 19 ff.

⁵ Entsprechend gibt es auch keine umfassenden Studien, welche das bilaterale Verhältnis aus inter- oder multidisziplinärer Perspektive analysieren. Für eine Übersicht der juristischen Aspekte siehe beispielsweise *Oesch Matthias*, *Europarecht: Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz–EU*, 2. A., Bern 2019, S. 487 ff. und für ökonomische Aspekte *Abberger Klaus et al.*, *Der bilaterale Weg – eine ökonomische Bestandsaufnahme*, KOF Studien, Zürich 2015.

⁶ Siehe zu dieser Thematik bisher beispielsweise *Glaser Andreas/Langer Lorenz*, Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, *SZIER* 2013, 563–583; *Oesch Matthias*, Die bilateralen Abkommen Schweiz – EU und die Übernahme von EU-Recht, *AJP* 2017, 638–652; *Cottier Thomas*, Die Souveränität und das institutionelle Rahmenabkommen, *SJZ* 2019, 345–355; *Pfisterer Thomas*, Ein Plus für die Demokratie, Zürich 2021.

⁷ Für eine Übersicht siehe *Vatter Adrian*, *Das politische System der Schweiz*, 3. A., Baden-Baden 2018, S. 361 ff.

sind auch konstitutiver Bestandteil des schweizerischen Selbstverständnisses: Der Schutz dieser «Rechte des Volkes» ist gemäss Verfassung Teil des *Staatszwecks* der Schweizerischen Eidgenossenschaft.⁸

Aufgrund ihrer extensiven direktdemokratischen Partizipationsmöglichkeiten stellen sich für die Schweiz europapolitische Herausforderungen, mit denen andere Staaten nicht oder in geringerem Masse konfrontiert sind. Dies verdeutlicht wiederum der Vergleich mit dem Brexit-Prozess. Zwar wurde auch dort das Volk konsultiert.⁹ Aber diese (rechtlich nicht bindende) Konsultation hatte prononciert plebiszitären Charakter, diente also eher als «taktische Waffe der Regierung» denn als genuin direktdemokratisches Instrument.¹⁰ Auch wurde in der Folge eine erneute Konsultation des Stimmvolks konsequent vermieden, obwohl die Entwicklung nach dem Referendum von 2016 erheblich von den während der Kampagne geäusserten Prognosen abwich.¹¹ In der Schweiz hingegen soll das Stimmvolk idealerweise nicht punktuell, sondern kontinuierlich an aussenpolitischen Entscheiden im Allgemeinen und europapolitischen Weichenstellungen im Besonderen teilhaben.

Dieser Beitrag untersucht, in welchem Verhältnis dieser Anspruch auf *substanzielle* und *kontinuierliche* demokratische Partizipation zu den aktuellen europapolitischen Herausforderungen steht. Dazu zeichne ich in Abschnitt A kurz die Genese des aktuellen Entwurfs eines institutionellen Rahmenabkommens nach und identifiziere die für die direktdemokratische Partizipation besonders relevanten Punkte; auch wenn dieser Entwurf nun Makulatur ist, werden sich diese Fragen so oder in ähnlicher Form auch in Zukunft stellen. Im Anschluss gehe ich deshalb in Abschnitt B auf die Rolle direktdemokratischer Entscheidungsfindung im europäischen Einigungsprozess ein, um zu zeigen, dass die Schweiz in dieser Hinsicht tatsächlich «einen eigenen Typus»¹² darstellt. Dieser Enthusiasmus für demokratische Partizipation auch in aussenpolitischen Fragen war aber im schweizerischen Bundesstaat durchaus nicht *ab initio* vorhanden: Vielmehr wurde (auch) in der Schweiz lange

die Ansicht vertreten, dass Abstimmungen über solche Fragen tunlichst zu vermeiden sind – weil sie das Stimmvolk überforderten und weil die Schweiz so zu einer unzuverlässigen Partnerin im völkerrechtlichen Verkehr würde. Die historische Übersicht fällt deshalb etwas ausführlicher aus, weil wir heute von dieser Skepsis weit entfernt sind: Das explizit statuierte Ziel ist nun, dass das Stimmvolk bei der internationalen Normsetzung auf qualitativ gleichwertige Weise mitwirken kann wie bei der nationalen Gesetzgebung (B.I.). Die zu diesem Zweck aktuell vorgeschlagene Revision des Staatsvertragsreferendums ist möglicherweise auch für das bilaterale Verhältnis relevant – und entsprechend umstritten (B.II. & III.).

Abschnitt C befasst sich mit der zentralen Frage, wie sich die verschiedenen Szenarien der künftigen bilateralen Beziehungen auf die direktdemokratischen Instrumente in der Schweiz auswirken mögen – wobei es nicht nur um den Nachvollzug von Unionsrecht geht, sondern auch um die Möglichkeit, das nationale Recht weiterhin im Wortsinne autonom zu gestalten. Dazu muss aber auch die gegenwärtige Situation, also der Status quo, *substanziell* beurteilt werden: Besteht eine solche Autonomie überhaupt noch, oder schränken rechtliche und faktische Zwänge die Entscheidungsfreiheit des Stimmvolks schon jetzt ganz erheblich ein? Die jüngere und jüngste Vergangenheit zeigt, dass – wie im Falle der Masseneinwanderungsinitiative – Volksentscheide unter Umständen nur noch teilweise oder gar nicht mehr umgesetzt werden, weil sie mit dem bilateralen Recht nicht vereinbar sind,¹³ oder dass – wie bei der Waffenrichtlinie – die mögliche Gefährdung eines bilateralen Abkommens das Resultat weitgehend prädeterminiert.¹⁴

A. Der Weg zum Entwurf eines institutionellen Abkommens

I. Ausarbeitung und einschlägige Bestimmungen des Vertragsentwurfs

Bereits 2008 signalisierte die Europäische Union zuerst implizit, dass sie die bilateralen Beziehungen zur Schweiz auf ein neues Fundament stellen will.¹⁵ 2010 wurde dann

⁸ Art. 2 Abs. 1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101). Zur Rolle des demokratischen Narrativs bei der schweizerischen Nationalstaatenbildung siehe *Langer Lorenz*, Panacea or Pathetic Fallacy? The Swiss Ban on Minarets, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2010, 863 ff., 916 ff.

⁹ Für eine Übersicht des Abstimmungskampfes siehe *Niedermeier Alexander/Ridder Wolfram*, Das Brexit-Referendum: Hintergründe, Streitthemen, Perspektiven, Wiesbaden 2017, S. 23 ff.

¹⁰ So zum plebiszitären Referendum allgemein *Mendez Fernando/Mendez Mario/Triga Vasiliki*, Referendums and the European Union, Cambridge 2014, S. 79. Zum Entscheid, ein Referendum zur britischen EU-Mitgliedschaft abzuhalten, siehe *Clarke Harold D./Goodwin Matthew/Whiteley, Paul*, Brexit: Why Britain Voted to Leave the European Union, Cambridge 2017, 2 ff.

¹¹ The Case for a Second Brexit Referendum, *Economist* vom 21. Juli 2019.

¹² So *Vatter*, 399, allgemein zur schweizerischen Demokratie im internationalen Vergleich.

¹³ *Glaser Andreas*, Wandel der Volksrechte, in: *Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin* (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Band I, Zürich 2020, 461–485, Rz. 44 ff.; vgl. allgemein *Boillet Véronique/Lammers Guillaume*, La mise en œuvre des initiatives populaires fédérales, *ZBl* 2016, 511–540, 525 f.

¹⁴ *Langer Lorenz*, Die Demokratie an der Ampel, *Jusletter*, 10. Februar 2020, Rz. 8 f.

¹⁵ *Rat der Europäischen Union*, Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern, 5. Dezember 2008, Para. 30 ff.

Langer —

Demokratische Mitsprache im bilateralen Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union: mögliche Implikationen eines institutionellen Rahmenkommens

die Ausweitung der schweizerischen Teilnahme am Binnenmarkt explizit von der Lösung institutioneller Fragen abhängig gemacht. Dabei monierte der Rat der Europäischen Union, dass sich die Schweiz zwar durch sektorale Abkommen in immer mehr Bereichen an der Politik und den Programmen der Union zu beteiligen suche, zugleich für diese Beteiligung aber einem institutionellen Rahmen nicht akzeptieren wolle.¹⁶ Die partielle schweizerische Teilnahme an EU-Binnenmarkt und EU-Politik müsse jedoch als «multilaterales Projekt» verstanden werden und nicht als bloss «bilaterale Beziehung». In Bezug auf Auslegung, Anpassung und Überwachung von bestehenden und künftigen Abkommen ebenso wie für die Streitbeilegung forderte die EU deshalb die vertragliche Schaffung einer Rahmenstruktur, die in Bezug auf Rechtssicherheit und Unabhängigkeit «den im Rahmen des EWR-Abkommens geschaffenen Mechanismen» entspreche.¹⁷

Nachdem die EU diese Position 2012 noch einmal bekräftigt hatte,¹⁸ verabschiedete der Bundesrat im Dezember 2013 ein Verhandlungsmandat für die Ausarbeitung des geforderten Rahmenabkommens. Der Wortlaut des Mandats wurde nicht veröffentlicht, doch kommunizierte der Bundesrat die wichtigsten Eckpunkte – und zwar durchwegs im Indikativ. So hielt der Bundesrat fest, dass «die gewählte Lösung keine automatische Übernahme von EU-Recht beinhaltet»; die Schweiz «muss die Möglichkeit haben, unter Einhaltung sämtlicher nationaler Verfahren» (inklusive Referendum) im Einzelfall autonom über die Übernahme neuen EU-Rechts in die bilateralen Abkommen zu entscheiden; ein institutionelles Abkommen darf «weder Ziel, noch Zweck, noch den Anwendungsbereich der Abkommen zwischen der Schweiz und der EU verändern» – weshalb es beispielsweise beim Abkommen über den freien Personenverkehr keine Übernahme der europäischen Richtlinie zur Unionsbürgerschaft geben wird und «die Schweiz die flankierenden Massnahmen im Rahmen der Personenfreizügigkeit vollständig wahren kann».¹⁹ Für die Ausle-

¹⁶ Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern, 14. Dezember 2010, Para. 31.

¹⁷ Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen Beziehungen EU und EFTA-Länder 2010, Para. 33.

¹⁸ Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern, 20. Dezember 2012, Para. 31 und 33.

¹⁹ Schweizerischer Bundesrat, Medienmitteilung: Beziehungen Schweiz–EU: Bilateralen Weg durch Verhandlungen über institutionelle Fragen stärken, 18. Dezember 2013. Vgl. dazu kritisch Tobler Christa, Die flankierenden Massnahmen der Schweiz in einem erneuerten System des bilateralen Rechts, Jusletter, 30. September 2013, Rz. 90, wonach die flankierenden Massnahmen schon unter geltendem Recht unzulässig seien. Die EU hatte bereits in ihrer Forderung nach einem Rahmenabkommen 2012 die Aufhebung dieser Massnahmen verlangt: Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen Beziehungen EU und EFTA-Länder 2012, Para. 35.

gung von EU-Vorschriften im bilateralen Recht strebte der Bundesrat eine Art Vorlageverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) an; wenn anschliessend die einvernehmliche Beilegung von Differenzen scheitert, «können verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen bis hin zur teilweisen oder vollständigen Suspendierung des entsprechenden Abkommens ergriffen werden».²⁰

Dass die EU mit einem institutionellen Abkommen ganz andere Zielsetzungen verfolgt, verdeutlichte das Mandat, mit dem der Rat der Europäischen Union 2014 seinerseits die Eröffnung von Verhandlungen autorisierte. Nach Ansicht des Rates forderte das Homogenitätsprinzip, dass für die Schweiz, insoweit sie über bilaterale Abkommen am Gemeinsamen Markt teilnimmt, die gleichen Regeln wie für andere Marktteilnehmer gelten und auch gleich ausgelegt und angewendet werden müssen.²¹ Aus dem gleichen Grund müsse künftiges EU-Recht – mittels eines bestimmten Verfahrens und innerhalb einer festgelegten Frist – übernommen werden. Zwar sah auch das Mandat der EU ein Vorlageverfahren vor dem EuGH vor, doch sollte dessen Ergebnis bindend sein;²² generell müsse bei der Auslegung des relevanten Rechts die Rechtsprechung des Gerichtshofes auch dann massgeblich sein, wenn sie sich *nach* Abschluss eines Marktzugangsabkommens ändert.²³ Schliesslich sollte die Europäische Kommission die Umsetzung der Abkommen durch die Schweiz überwachen und zu diesem Zwecke Untersuchungen einleiten und verbindliche Entscheide fällen können.²⁴

Trotz dieser weit auseinanderliegenden Zielsetzungen begannen im Mai 2014 die Verhandlungen über ein Institutionelles Abkommen («InstA»)²⁵ Im März 2018 «präzisierte» der Bundesrat das Verhandlungsmandat in

Bezug auf die Streitbeilegung, für die er nun eine schiedsgerichtliche Lösung anstrebte. Er betonte zugleich, dass ein InstA kein eigenständiges Ziel, sondern nur ein Instrument zum «effizienten Fortkommen» bei den bestehenden Marktzugangsabkommen sei. Der Bundesrat bekräftigte auch erneut, dass die flankierenden Massnahmen nicht tangiert werden dürften und die Unionsbürgerrichtlinie nicht übernommen würde.²⁶ Dass es sich dabei aber eher um eine unilaterale Wunschliste handelte, zeigte der bei dieser Gelegenheit ebenfalls kommunizierte bundesrätliche Entscheid, «das Abkommen über den Zugang zum Strombinnenmarkt rasch abzuschliessen»²⁷ – obwohl die EU jegliche neue Vertragsschlüsse bereits explizit abgelehnt hat, solange kein institutioneller Rahmen besteht.²⁸

Trotz dieser Divergenzen wurde im Dezember 2018 der gemeinsame Entwurf eines Rahmenabkommens veröffentlicht.²⁹ Formell wurden darin die Forderungen der Schweiz in Bezug auf direktdemokratische Autonomie weitgehend erfüllt:³⁰ Zwar statuierte der Entwurf im Sinne einer dynamischen Entwicklung die Verpflichtung, Änderungen im unionalen *acquis* «schnellstmöglich» nachzuvollziehen, sofern sie in den Bereich der bilateralen Marktzugangsabkommen fallen.³¹ Deshalb wäre eine solche Änderung durch die Schweiz auch dann grundsätzlich *vorläufig* anzuwenden gewesen, wenn sie «verfassungsrechtliche Verpflichtungen» tangiert hätte – also etwa den Erlass eines referendumspflichtigen Rechtsakts bedingt. Wäre eine vorläufige Anwendung be-

²⁰ Schweizerischer Bundesrat, Beziehungen Schweiz–EU: Bilateralen Weg durch Verhandlungen über institutionelle Fragen stärken, Medienmitteilung vom 19. Dezember 2018.

²¹ Council of the European Union, Council Decision Authorising the Opening of Negotiations on an Agreement Between the European Union and the Swiss Confederation on an Institutional Framework Governing Bilateral Relations, 6. Mai 2014, Para. 2.

²² Council of the European Union, Council Decision 2014, Para. 11.

²³ Council of the European Union, Council Decision 2014, Para. 7. Im Rahmen der bestehenden Abkommen ist nur die Rechtsprechung bis zum Abschluss des jeweiligen Abkommens zu berücksichtigen (so etwa Art. 16 Abs. 2 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA, SR 0.142.112.681 / OJ L 114, 30.4.2002, 6). In der Praxis wird in der Schweiz aber auch die neuere EuGH-Rechtsprechung berücksichtigt, sofern nicht «triftige Gründe» dagegensprechen: BGE 136 II 5, E.3.4.

²⁴ Council of the European Union, Council Decision 2014, Para. 8.

²⁵ Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten, Start der Verhandlungen zu den institutionellen Fragen, Medienmitteilung vom 22. Mai 2014. Für den Verhandlungsverlauf siehe Tobler Christa/Beglinger Jacques, Brevier zum institutionellen Abkommen Schweiz–EU, Stand 1. Mai 2021, 16–18 <http://www.eur-charts.eu/wp-content/uploads/2021/05/Tobler-Beglinger-Brevier-Institutionelles-Abkommen_2021-05.1.pdf>.

²⁶ Schweizerischer Bundesrat, Beziehungen zur EU: Der Bundesrat zieht Bilanz und präzisiert das Verhandlungsmandat, Medienmitteilung vom 5. März 2018. Vgl. dazu Tobler, Flankierende Massnahmen, Rz. 29; Epiney Astrid/Affolter Sian, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter, 11. März 2019.

²⁷ Schweizerischer Bundesrat, Beziehungen zur EU, Medienmitteilung 2018.

²⁸ Council of the European Union, Council Conclusions on a Homogeneous Extended Single Market and EU Relations with Non-EU Western European Countries, 16. Dezember 2014, Para. 44.

²⁹ Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union Européenne et la Confédération Suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe, 23. November 2018 (Projet de texte de l'accord institutionnel, InstA) <https://www.eda.admin.ch/content/dam/europa/fr/documents/abkommen/Accord-inst-Projet-de-texte_fr.pdf>. Zum Entwurf allgemein siehe Oesch Matthias, Das institutionelle Rahmenabkommen Schweiz–EU: Verhandlungen, Inhalt, Ausblick, CIVITAS 2019–2020, 25–28, S. 25–27; Epiney Astrid, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz–EU, Jusletter, 17. Dezember 2018; Pirker Benedikt/Matter Livia, Europarecht: Schweiz–Europäische Union, SRIEL 2019, 101–140, 106–113 m.w.H.; Breitenmoser Stephan/Weyeneth Robert, Europarecht, 4. A., Zürich/St. Gallen 2020, 200 ff.

³⁰ Im Detail Epiney, Entwurf, Rz. 8–16; Pfisterer, Plus für die Demokratie, 51 ff.

³¹ Art. 5 InstA. Als Marktzugangsabkommen gelten in diesem Kontext gem. Art. 2 Abs. 2 InstA die Abkommen vom 21. Juni 1999 über die Personenfreizügigkeit, über den Luftverkehr, über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen und über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen – also alle Abkommen der Bilateralen I mit Ausnahme des öffentlichen Beschaffungswesens und der Forschung.

Langer —

Demokratische Mitsprache im bilateralen Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union: mögliche Implikationen eines institutionellen Rahmenkommens

gründeterweise nicht möglich gewesen, so wäre der Schweiz eine Umsetzungsfrist von zwei Jahren eingeräumt worden, die im Falle eines Referendums um ein Jahr verlängert worden wäre.³² Hätte die Schweiz eine Änderung (etwa aufgrund eines erfolgreichen Referendums) schliesslich *nicht* übernommen, so sollte zuerst eine Verhandlungslösung gesucht werden; nach drei Monaten hätte dann ein *ad hoc* zu konstituierendes Schiedsgericht angerufen werden können.³³ Die Vertragsparteien wären in der Folge verpflichtet gewesen, einen Schiedsspruch nach Treu und Glauben umzusetzen.³⁴ Eine Umsetzung erfolgt offensichtlich dann nicht, wenn im Anschluss keinerlei Massnahmen ergriffen werden; aber auch wenn Massnahmen ergriffen und der anderen Partei kommuniziert worden wären, hätte Letztere unilateral entschieden, ob damit dem Schiedsspruch Genüge getan wurde. Wäre dies verneint worden, so hätte diese Partei «Ausgleichsmassnahmen bis hin zur teilweisen oder vollständigen Suspendierung des betroffenen Abkommens bzw. der betroffenen Abkommen ergreifen können, um ein mögliches Ungleichgewicht zu kompensieren».³⁵ Immerhin hätte die Verhältnismässigkeit solcher Ausgleichsmassnahmen wiederum dem Schiedsgericht unterbreitet werden können.³⁶

Wie schon die bisherigen bilateralen Verträge wäre gemäss Entwurf auch das Institutionelle Rahmenabkommen unter Einhaltung einer sechsmonatigen Notifikationsfrist kündbar gewesen.³⁷ Mit der Kündigung des Rahmenabkommens wären aufgrund der sogenannten «Guillotine-Klauseln auch die dadurch institutionalisierten Marktzugangsabkommen hinfällig geworden,³⁸ es sei denn, die EU und die Schweiz hätten sich innerhalb dreier Monate auf deren Fortführung geeinigt.³⁹

II. Zurück auf Feld Eins?

Trotz des Abschlusses der Verhandlungen und eines gemeinsamen Vertragsentwurfs waren aber die zuvor sichtbaren Divergenzen und Dissonanzen offensichtlich nie behoben worden. Der Veröffentlichung dieses Entwurfs ging keine Verabschiedung bzw. Paraphierung durch die Verhandlungspartner voraus, wie dies sowohl gemäss Schweizer Praxis wie auch nach allgemeiner völker-

³² Art. 14 InstA.

³³ Art. 10 Abs. 2 InstA. Bedingt die Konfliktlösung die Auslegung unionsrechtlicher Begriffe, so wird (analog zum Vorlageverfahren gem. Art. 267 AEUV) der EuGH mit der Frage befasst (Art. 10 Abs. 3 InstA).

³⁴ Art. 10 Abs. 5 InstA.

³⁵ Art. 10 Abs. 6 InstA.

³⁶ Art. 10 Abs. 7 InstA.

³⁷ Art. 22 Abs. 2 InstA.

³⁸ Art. 22 Abs. 2 al. 2 InstA i.V.m. e.g. Art. 25 Abs. 4 FZA.

³⁹ Art. 22 Abs. 2 al. 2 InstA.

rechtsvertraglicher Doktrin üblich ist.⁴⁰ Stattdessen nahm der Bundesrat – als wäre er am Prozess unbeteiligte Drittpartei – «das *derzeitige* Verhandlungsergebnis zum institutionellen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union zur Kenntnis».⁴¹ Zugleich wurde konstatiert, «dass die EU die Verhandlungen für abgeschlossen betrachtet».⁴² Der Bundesrat reichte den Entwurf umgehend weiter, indem er eine Konsultation initiierte mit dem Zweck, in den noch offenen Punkten bezüglich flankierender Massnahmen und der Unionsbürgerrichtlinie «eine konsolidierte Haltung zu erreichen, um allenfalls mit der EU erneut das Gespräch zu suchen».⁴³ Auch dieses Vorgehen war ungewohnt, denn es sollte sich dabei explizit weder um eine Vernehmlassung noch um eine Konsultation der zuständigen Parlamentskommissionen handeln.⁴⁴ Im Anschluss an diese Konsultation *sui generis* identifizierte der Bundesrat den Lohnschutz, die Unionsbürgerrichtlinie und neu auch die staatlichen Beihilfen als Bereiche, in denen «Klarstellungen, Präzisierungen bzw. Anpassungen» notwendig blieben;⁴⁵ gleichentags signalisierte er der Union die Bereitschaft, «in Dialog zu treten, um eine für beide Seiten gleichermaßen zufriedenstellende Lösung zu finden».⁴⁶

Bei dieser zurückhaltenden Reaktion spielte sicherlich die noch ausstehende Abstimmung über die «Begrenzungsinitiative» eine Rolle.⁴⁷ Deren Ablehnung wurde seitens der EU mit Erleichterung zur Kenntnis genommen. Aber schon die in unmittelbarem Anschluss an die Abstimmung erfolgten Reaktionen seitens verschiedener Exponenten der Union stellten klar, dass das

Institutionelle Rahmenabkommen bereits 2018 «fertig ausgehandelt» wurde.⁴⁸ Die EU erwartete nun die zügige Unterzeichnung des Abkommens;⁴⁹ entsprechende Forderungen wurden jetzt zunehmend ungeduldig⁵⁰ und schliesslich verärgert⁵¹ erhoben.

Diesen Forderungen wurde nicht entsprochen – im Gegenteil: Seit Abschluss der Verhandlungen im Dezember 2018 setzte in der Schweiz zunehmend eine Absetzbewegung ein, welche die Unterzeichnung des Abkommens höchst ungewiss erscheinen liess. Nach seiner zurückhaltenden Reaktion auf den gemeinsam erarbeiteten Abkommensentwurf – man könnte von einer Art *non liquet* sprechen – und nach Abschluss der Konsultationen mit den genannten Forderungen⁵² äusserte der Bundesrat sich länger nicht konkret zum weiteren Vorgehen.⁵³ Je länger die politische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Diskussion über das Rahmenabkommen dauerte, umso grösser wurde der innenpolitische Forderungskatalog an die EU⁵⁴ und umso mehr nahm die politische Unterstützung ab.⁵⁵ Auch wurde wieder grundsätzliche Kritik laut, welche souveränitätspolitische Vorbehalte gegen die vorgeschlagene Institutionalisierung der bilateralen Beziehungen äusserte.⁵⁶

Für den Bundesrat standen aber weiterhin ausschliesslich die flankierenden Massnahmen, die Unionsbürgerrichtlinie und die staatlichen Beihilfen zur Diskussion. Selbst in diesem enger definierten Rahmen bleibt eine Einigung mit der EU aber ausser Reichweite. Nach einem Besuch bei der Kommissionspräsidentin im April 2021 stellte der Bundespräsident «erhebliche Dif-

⁴⁰ Schenker Claude (Direktion für Völkerrecht), Praxisleitfaden Völkerrechtliche Verträge, Bern 2015, Rz. 90 f. <https://www.eda.admin.ch/dam/eda/de/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege_de.pdf>; Aust Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3. A., Cambridge 2013, 79.

⁴¹ Schweizerischer Bundesrat, Der Bundesrat schickt den Text zum institutionellen Abkommen in die Konsultation, Medienmitteilung vom 7. Dezember 2018 (Hervorhebung durch den Autor).

⁴² Bundesrat, Medienmitteilung Konsultation 2018.

⁴³ Bundesrat, Medienmitteilung Konsultation 2018.

⁴⁴ Schweizerischer Bundesrat, Bericht über die Konsultationen zum institutionellen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, 7. Juni 2019, 3; vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. c Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren vom 18. März 2005 (VIG, SR 172.061) und Art. 152 Abs. 3 Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (ParlG, SR 171.10).

⁴⁵ Schweizerischer Bundesrat, Bericht über die Konsultationen, 17. Siehe auch Schweizerischer Bundesrat, Institutionelles Abkommen Schweiz–EU: Der Bundesrat verlangt Klärungen, Medienmitteilung vom 7. Juni 2019.

⁴⁶ Schweizerischer Bundesrat, Lettre à M. Jean-Claude Juncker, 7. Juni 2019, <https://www.eda.admin.ch/dam/europa/fr/documents/bericht_konsultationen_insta/20190607_Lettre-CF-President-Commission-europeenne_fr.pdf>

⁴⁷ Die eidgenössische Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)» verlangte die «Ausserkraftsetzung» bzw. Kündigung des Freizügigkeitsabkommen mit der EU (BBl 2018 108). Sie wurde – nach einer Corona-bedingten Verschiebung – am 27. September 2020 mit knapp 62% Nein-Stimmen und von 19½ Ständen verworfen (BBl 2020 8777).

⁴⁸ Europäische Kommission, Erklärung der Präsidentin von der Leyen zum Ergebnis des Schweizer Referendums zur Freizügigkeit mit der EU, 27. September 2020; Hahn Johannes, Tweet, 27. September 2020, <<https://twitter.com/JHahnEU/status/1310251941189083139>>.

⁴⁹ Schmutz Christoph G., Die EU will das Rahmenabkommen schleunigst festnageln, NZZ vom 29. September 2020, 12.

⁵⁰ Mamer Eric, Tweet, 14. Oktober 2020, <<https://twitter.com/MamerEric/status/1316383205285658630>>; von der Leyen, Ursula, Tweet, 12. November 2020, <<https://twitter.com/vonderleyen/status/1326835993241120768>>

⁵¹ Liebherr Charles, Verärgerung und Ratlosigkeit in der EU über den Bundesrat, SRF vom 15. April 2021 <<https://www.srf.ch/news/schweiz/rahmenabkommen-schweiz-eu-veraergerung-und-ratlosigkeit-in-der-eu-ueber-den-bundesrat>>; Gafaer Tobias/Forster Christof, «Die EU sieht sich getäuscht», NZZ vom 22. März 2021, 7.

⁵² Oben, Fn. 45.

⁵³ Schäfer Fabian, Berner Eiertanz um das finale Treffen mit der EU, NZZ vom 10. April 2021, 9.

⁵⁴ E.g. Schweizerischer Arbeitgeberverband et al., Ergebnisse Aussprache der Sozialpartner zum Rahmenabkommen InstA vom 12. August, 14. August 2020, <<https://www.srf.ch/news/schweiz/sozialpartner-winken-ab-das-rahmenabkommen-mit-der-eu-ist-klinisch-tot>>.

⁵⁵ Friedli Daniel/Kučera Andrea, «Die EU-Euphorie ist weitgehend verfliegen, auch in der SP», NZZ am Sonntag vom 4. Oktober 2020, 9. Zwischenzeitlich wurde auch eine Lösung analog zum Brexit-Abkommen propagiert: Sekretariat der Aussenpolitischen Kommissionen APK-S, APK-S fordert Vergleich zwischen Brexit-Vertrag und InstA, Medienmitteilung vom 12. Januar 2021.

⁵⁶ So etwa Schneider-Ammann Johann, Das Rahmenabkommen und die Souveränitätsfrage, NZZ vom 19. September 2020, 10.

Langer —

Demokratische Mitsprache im bilateralen Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union: mögliche Implikationen eines institutionellen Rahmenkommens

ferenzen» in den jeweiligen Positionen fest;⁵⁷ diese wuchsen sich innert kürzester Zeit zu «fundamentalen Differenzen» aus.⁵⁸ Eine klare oder gemeinsame Strategie des Bundesrats war in der Folge nicht zu erkennen.⁵⁹ Während manche Stimmen den Abbruch der Verhandlungen forderten oder das Scheitern des Rahmenabkommens verkündeten,⁶⁰ insistierten die Kantone auf der Wichtigkeit eines stabilen Rahmens für die bilateralen Beziehungen.⁶¹ Entsprechend sollte der Bundesrat alles unternehmen, um einen solchen Rahmen zu setzen; bevor ein strategischer Entscheid gefällt werde, müssten in den Gesprächen mit der EU «sämtliche politischen Optionen vollumfänglich ausgeschöpft werden». Zugleich stützten aber die Kantone die Einschätzung der Regierung, dass «eine Klärung der drei offenen Punkte im Sinne der Schweiz unabdingbar» sei, bevor das institutionelle Abkommen unterzeichnet werden könnte.⁶²

Der Abschluss des institutionellen Abkommens hing damit *prima facie* von einer Einigung in drei konkreten technischen Fragen ab. Nach einer mehrwöchigen *drôle de négociation*, in der man sich gegenseitig die Verantwortung für den Stillstand der Verhandlungen zuschob, entschied der Bundesrat, die Gespräche zu beenden, weil sie in diesen drei Bereichen «nicht zu den für die Schweiz notwendigen Lösungen geführt» hätten.⁶³

Aber unabhängig davon, ob ein solches Abkommen eines Tages doch noch zustandekommt oder nicht: Die Grundfragen im schweizerischen Verhältnis zur EU werden auch künftig die gleichen bleiben, insbesondere mit Bezug auf die demokratische Mitwirkung. Insofern müssen auch die nun so stark betonten technischen Aspekte vielleicht primär als Symptome oder Kristallisationspunkte verstanden werden für die weiterhin ungeklärten grundsätzlichen Fragen im Zusammenhang mit der demokratischen Kontrolle im bilateralen Verhält-

⁵⁷ Parmelin Guy, Statement des Bundespräsidenten nach dem Gespräch mit der Kommissionspräsidentin, 23. April 2021, <https://www.admin.ch/dam/gov/de/Startseite/statement_EU_23.04.21_DE.pdf.download.pdf/statement_EU_23.04.21_DE.pdf>.

⁵⁸ Echo der Zeit, Rahmenabkommen: Aus erheblichen werden fundamentale Differenzen, SRF vom 27. April 2021 <<https://www.srf.ch/audio/echo-der-zeit/rahmenabkommen-aus-erheblichen-werden-fundamentale-differenzen?partId=11974919>>.

⁵⁹ Schäfer Fabian/Gafaer Tobias, Viola Amherds Plan B, NZZ vom 14. Mai 2021, 9.

⁶⁰ Fischer Peter A., Wieso das Abkommen wohl scheitert, NZZ vom 24. April 2021, 8; Gujer, Eric, «Ein Übungsabbruch ist überfällig», NZZ vom 6. März 2021, 1; Rutishauser Arthur/von Burg Denis, Jetzt ist selbst Cassis gegen den Rahmenvertrag, Sonntagszeitung vom 16. Mai 2021.

⁶¹ Konferenz der Kantonsregierungen (KdK), Institutionelles Abkommen: Die Kantone wollen einen stabilen Rahmen für die Beziehungen mit der EU, Medienmitteilung vom 11. Mai 2021, <https://kdk.ch/uploads/media/MM_InstA_Stelg_20210511-DE.pdf>.

⁶² KdK, Medienmitteilung.

⁶³ Schmutz Christoph G./Steinvorth Daniel, «Die Schweiz hat den Zusammenhalt der EU-Länder unterschätzt», NZZ vom 6. Februar 2021, 4 f.

nis.⁶⁴ Das Ausmass dieser Kontrolle bildet sozusagen den Fluchtpunkt für alle «roten Linien» des Bundesrates, da diese stets mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit einer «ausreichenden Unterstützung» für das Abkommen in einer Volksthabstimmung gezogen werden.⁶⁵ Dies ist denn auch die entscheidende Hürde, welche ein institutionelles Rahmenabkommen in der Schweiz zu überwinden hätte.

B. Europäische Einigung und innerstaatliche Zustimmung

Welche innerstaatlichen Entscheidmechanismen kommen in der Schweiz zur Anwendung, wenn mit der EU bilaterale Abkommen im Allgemeinen oder ein institutionelles Rahmenabkommen im Speziellen geschlossen oder angepasst werden sollen? Unproblematisch ist in diesem Kontext – im Unterschied etwa zu weniger gewichtigen Verträgen oder zu *soft law* – die Zuständigkeitsverteilung zwischen Parlament und Regierung.⁶⁶ Der Bundesrat verhandelt und unterzeichnet Verträge mit dem Ausland, unabhängig davon, ob es sich um Verträge mit einem anderen Staat, mit einer internationalen Organisation oder, wie im Falle der EU, mit einer supranationalen Organisation handelt.⁶⁷ Die Bundesversammlung wiederum genehmigt solche Verträge.⁶⁸ Bedeutend komplexer ist dann die Frage, welche Verträge anschliessend auch noch – fakultativ oder obligatorisch – dem Volk vorgelegt werden müssen.

Dass über völkerrechtliche Verträge nicht nur in der Legislative abgestimmt wird, ist aus rechtsvergleichender Perspektive nicht die Regel, sondern die Ausnah-

me.⁶⁹ Gerade im Zusammenhang mit dem europäischen Einigungsprozess finden aber Volksabstimmungen über internationale Verträge nicht nur in der Schweiz statt.⁷⁰ So wurde etwa über den Beitritt zur Union erstmals 1972 in Dänemark, Irland und Norwegen abgestimmt, wobei Letzteres eine EU-Mitgliedschaft ablehnte.⁷¹ Im gleichen Jahr war auch die Mitgliedschaft anderer Staaten Gegenstand eines Plebiszits in Frankreich. Über den Austritt aus der Union wurde ebenfalls wiederholt abgestimmt: Während sich die Briten 1975 noch für einen Verbleib entschieden hatten, führte ein (konsultatives) Referendum 1982 zum Austritt Grönlands.⁷² Besonders umstritten waren teilweise auch Abstimmungen über Revisionen des EU-Primärrechts und die damit verbundene Vertiefung der Integration. In Irland und Dänemark wurde bereits in den 1980er-Jahren über die Europäische Einheitsakte abgestimmt; die Ablehnung des Maastrichtsvertrags durch das dänische Volk im Jahre 1992 markierte dann den Beginn einer Reihe von Abstimmungen, in denen Vertragsrevisionen oder weitere Integrationsschritte entweder erst in einem zweiten Anlauf angenommen wurden⁷³ oder gleich definitiv scheiterten.⁷⁴ Inzwischen (und erst recht nach der Euro-Krise) gilt in der Union wohl der Grundsatz, dass Referenden nach Möglichkeit zu vermeiden sind;⁷⁵ entsprechend wird auf Vertragsrevisionen verzichtet, da diese teilweise nationalen Referenden unterstehen.⁷⁶

I. Staatsvertragsreferendum: von prinzipieller Ablehnung zu möglichst umfassendem Geltungsbereich

Im Gegensatz dazu bleibt in der Schweiz das Votum des Volkes der archimedische Punkt, um den sich die Europapolitik dreht. Dies betonte auch der Bundesrat in seinem Schreiben vom Juni 2019, mit dem er dem Präsidenten der Europäischen Kommission den Abschluss der Konsultationen zum InstA mitteilte⁷⁷ und zugleich ganz grundlegend in Erinnerung rief, dass für nachhaltige

⁶⁴ Dazu e.g. Glaser/Langer, Institutionalisierung der Bilateralen Verträge, 582; Langer Lorenz, Staatsvertragsreferendum und Bilaterale Verträge, in: Glaser Andreas/Langer Lorenz (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Zürich 2015, 21–52; Oesch, Die bilateralen Abkommen Schweiz–EU, S. 652.

⁶⁵ Vgl. Schweizerischer Bundesrat, Medienmitteilung Klärungen; Schweizerischer Bundesrat, Lettre; Schweizerischer Bundesrat, Bericht 2020, S. 16.

⁶⁶ Dazu Langer Lorenz, Die demokratische Kontrolle von Kompetenzübertragungen an inter- und supranationale Institutionen, in: Müller Andreas Th./Schroeder Werner (Hrsg.), Demokratische Kontrolle völkerrechtlicher Verträge: Perspektiven aus Österreich und der Schweiz, Baden-Baden 2018, 61 ff., und zur Soft-Law-Problematik Petrig Anna, Sind die parlamentarische Genehmigung und das Referendum im Aussenbereich auf völkerrechtliche Verträge beschränkt? ZaöRV 2018, 93–146, 124 ff.

⁶⁷ Art. 184 Abs. 2 BV. Die «Mitwirkungsrechte» des Parlaments bei den auswärtigen Angelegenheiten beschränken sich grundsätzlich auf Informationsrechte (Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2. A., Zürich 2017, Art. 184, Rz. 3).

⁶⁸ Art. 166 Abs. 2 BV. Zu den Ausnahmen von der Genehmigungspflicht siehe Biaggini, BV Kommentar, Art. 166, Rz. 13 f.

⁶⁹ Rechtsvergleichende Informationen zu direktdemokratischen Instrumenten auf nationaler Ebene finden sich in der *Direct Democracy Database* des *Institute for Democracy and Electoral Assistance* (IDEA) unter <<https://www.idea.int/data-tools/data/direct-democracy>>.

⁷⁰ Im Detail Mendez et al., 22 ff.

⁷¹ Für eine Übersicht der *membership referendums* siehe Mendez et al., 24.

⁷² Weiss Friedel, Greenland's Withdrawal from the European Communities, *European Law Review* 1985, 173 ff.

⁷³ So der Maastricht-Vertrag in Dänemark (1992/1993), der Vertrag von Nizza in Irland (2001/2002) und der Lissabon-Vertrag ebenfalls in Irland (2008/2009) (Haratsch Andreas/Koenig Christian/Pechstein Matthias, *Europarecht*, 12. A., Tübingen 2020, Rz. 21, 27, 35).

⁷⁴ So die Europäische Verfassung 2005 in Frankreich und den Niederlanden; die Mitgliedschaft in der Eurogruppe in Dänemark (2000) und Schweden (2003) (Haratsch/Koenig/Matthias, Rz. 33, 1301).

⁷⁵ Mendez et al., 3 f.

⁷⁶ So etwa mit der Errichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus, Oesch, *Europarecht*, Rz. 54.

⁷⁷ Schweizerischer Bundesrat, Lettre; zur Konsultation oben, Abschnitt A.II

Langer —

Demokratische Mitsprache im bilateralen Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union: mögliche Implikationen eines institutionellen Rahmenkommens

Regierungsentscheide die Beteiligung und Unterstützung der schweizerischen Stimmbürgerinnen und Stimmbürger «unumgänglich» sei; dies gelte auch für ein institutionelles Rahmenabkommen.⁷⁸

Damit nahm der Bundesrat auf das Staatsvertragsreferendum Bezug. Doch auch Volksinitiativen können die Europapolitik prädeteminieren: So verwies der Bundesrat bei dieser Gelegenheit auf die damals noch anstehende Abstimmung über die sogenannte «Begrenzungsinitiative»,⁷⁹ welche er zwar ablehne, aber in die Überlegungen bei der Festlegung seiner Politik gegenüber der EU einbeziehen müsse.⁸⁰

Die Volksabstimmung — ob zu einem Referendum oder einer Initiative — erscheint so als schicksalhaftes Ereignis, das man nicht steuern kann, für das man aber möglichst günstige Voraussetzungen schaffen muss. Entsprechend nutzt der Bundesrat diese Abhängigkeit aber auch als Argument mit Blick auf die gewünschten Nachverhandlungen, wenn er diese Verhandlungen als unabdingbar bezeichnet für die Annahme des Rahmenabkommens in einer Volksabstimmung.⁸¹

In den vergangenen Jahrzehnten hat das Stimmvolk in zahlreichen Urnengängen wichtige europapolitische Weichenstellungen vorgenommen oder zu Detailfragen Stellung beziehen können. Punktuell wurden diese Abstimmungen durch Volksinitiativen ausgelöst,⁸² auf institutionalisierte Weise kann sich das Stimmvolk regelmässig durch das Staatsvertragsreferendum äussern.⁸³ Angesichts der Häufigkeit und Selbstverständlichkeit dieser Abstimmungen geht aber leicht vergessen, dass

⁷⁸ Schweizerischer Bundesrat, Lettre, 1: Le Conseil fédéral «[...] rappelle que la participation populaire est incontournable à la définition de ses politiques. Sans le soutien et l'engagement des citoyennes et citoyens suisses, l'action gouvernementale n'est pas durable. Dans ce contexte, il convient de rappeler qu'une votation populaire sur l'accord institutionnel est quasi certaine.»

⁷⁹ Oben, Fn. 47

⁸⁰ Schweizerischer Bundesrat, Lettre à M. Jean-Claude Juncker, S. 1: «Tout en s'opposant clairement à cette initiative, le Conseil fédéral se doit de l'inclure dans la réflexion sur la définition de sa politique à l'égard de l'Union européenne.»

⁸¹ Schweizerischer Bundesrat, Lettre, 2: «Les débats et discussions [...] sur le projet d'accord institutionnel ont mis en exergue trois aspects du texte qui, en l'état, ne permettent pas de réunir une majorité.»

⁸² Beispielsweise forderte die Eidgenössische Volksinitiative «Ja zu Europa!» die «unverzögliche Aufnahme» von Beitrittsverhandlungen mit der EU (Schweizerischer Bundesrat, Botschaft zur Volksinitiative «Ja zu Europa!», 27. Januar 1999, BBl 1999 IV 3830, S. 3832). Die Initiative wurde am 4. März 2001 von Volk und Ständen klar abgelehnt (Schweizerischer Bundesrat, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 4. März 2001, 4. Mai 2001, BBl 2001 2025, S. 2025). Am 27. September 2020 stimmte die Schweiz über die Begrenzungsinitiative ab, welche bei einer Annahme gravierende Auswirkungen auf das Verhältnis Schweiz-EU nach sich gezogen hätte (siehe Fn. 47)

⁸³ So nahm die Schweizer Bevölkerung am 19. Mai 2019 in einer Referendumsabstimmung den Bundesbeschluss über die Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands an (Schweizerischer Bundesrat, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 19. Mai 2019, 8. Juli 2019, BBl 2019 4985, S. 4986).

direktdemokratische Entscheidungen über völkerrechtliche Fragen keineswegs ursprünglicher und wesensmässiger Bestandteil der schweizerischen Demokratie waren.

In der Verfassung von 1848 fand sich zwar bereits ein Verfassungs-, aber kein Staatsvertragsreferendum. Entsprechende Forderungen wurden erstmals anlässlich der schliesslich gescheiterten Totalrevision von 1872 erhoben; Gegner eines solchen Referendums erklärten damals, man «würde gegenüber andern Staaten nicht nur in eine sehr bedenkliche, sondern geradezu in eine lächerliche Position geraten», wenn ein Vertrag immer nur unter dem Vorbehalt eines möglichen Referendums unterzeichnet würde.⁸⁴ Der Bundesrat schloss sich emphatisch dieser Kritik an: Unter solchen Voraussetzungen könne die Schweiz «mit *keinem* Staate mehr einen Vertrag abschliessen».⁸⁵ Kein Erfolg war auch etwas enger gefassten Vorschlägen beschieden, wonach nur jene Staatsverträge dem Referendum unterstehen sollten, welche zur Änderung von Bundesgesetzen führten.⁸⁶ Für die im Entwurf erstmals vorgesehene Volksinitiative galt ebenfalls der explizite Vorbehalt, dass dem Initiativbegehren keine vertragsrechtlichen Verpflichtungen des Bundes entgegenstanden.⁸⁷

Diese kritische Haltung der ganz überwiegenden Mehrheit führte auch dazu, dass die angenommene Revision von 1874 ein Gesetzes-, aber kein Staatsvertragsreferendum enthielt.⁸⁸ Entsprechend scheiterte auch eine Motion, die 1897 ein fakultatives Referendum für internationale Handelsverträge forderte.⁸⁹ Die Motionäre hatten argumentiert, dass in dieser Erweiterung der Volksrechte keine Gefahr liege, da das Volk jeden Vertrag annehmen würde, der den Interessen der Mehrheit gerecht werde. Der Bundesrat aber hielt es für «geradezu undenkbar, dass ein siebenhunderttausendköpfiger Souverän mit einiger Sachkenntnis und in richtiger Wahrnehmung seiner eigenen Interessen entscheiden könne». Gerade bei Staatsverträgen müssten die Motive für den Abschluss «im Interesse des eigenen Landes» geheimgehalten werden; damit erhöhe sich auch die Ge-

fahr, «dass der Souverän der Spielball gewissenloser Agitatoren werde, die wohl ihre eigenen Interessen, nicht aber die Interessen der Gesamtheit ins Auge fassen».⁹⁰

Hinter der Ablehnung des Staatsvertragsreferendums stand somit die Überzeugung, dass der Souverän mit dieser Materie überfordert wäre. Diese Einschätzung wurde vom Souverän selbst offenbar nicht geteilt, denn 1921 hiess dieser mit grosser Mehrheit eine Volksinitiative zur Einführung eines beschränkten fakultativen Staatsreferendums gut; damit wurden unbefristete oder für länger als 15 Jahre geltende Verträge dem fakultativen Referendum unterstellt.⁹¹

Zu jenem Zeitpunkt hatte faktisch auch bereits ein Staatsvertragsreferendum stattgefunden: Denn der Beitritt zum Völkerbund wurde 1920 gemäss bundesrätlichem Vorschlag einem *obligatorischen* Referendum unterstellt, und zwar *ohne* entsprechende Verfassungsgrundlage: Der Bundesrat begründete die Anberaumung eines Referendums mit dem Fehlen einer einschlägigen Regelung in der Bundesverfassung:⁹² Dieses sogenannte obligatorische Referendum *sui generis*⁹³ – also die von der Verfassung nicht vorgeschriebene Unterstellung eines Staatsvertrags unter ein obligatorisches Referendum – ist somit die ursprüngliche und älteste Form des Staatsvertragsreferendums. Damit ist ein erheblicher politischer Ermessensspielraum verbunden, wie etwa der Entscheid illustriert, keine Abstimmung über den EFTA-Beitritt von 1960 durchzuführen: Hier verwies der Bundesrat ebenfalls auf die Verfassung, kam aber zum Schluss, dass diese ein Referendum nicht zuliesse – es müssten deshalb andere Mittel gefunden werden, um «das Verständnis des Schweizervolkes für das *Problem* der europäischen Integration» zu fördern.⁹⁴

Im europapolitischen Kontext unterstanden in der Folge weder der Beitritt zum Europarat 1963 noch die Ratifikation der Europäischen Menschenrechtskonvention 1974 dem Referendum. Die Konvention war nach frühestens fünf Jahren kündbar, und für den Bundesrat rechtfertigte weder die Unterstellung unter einen internationalen Gerichtshof noch die substanziellen Garantien der EMRK ein Referendum, da deren Schutzbereich auch in Zukunft nicht über die Grundrechtsgarantien

⁸⁴ Zitiert in *Schweizerischer Bundesrat*, Bericht betreffend das Volksbegehren betreffend Unterstellung von Staatsverträgen unter das Referendum, BBl 1914 III 445, 448 (Alfred Escher, NR/ZH).

⁸⁵ Zitiert in *Schweizerischer Bundesrat*, Bericht betreffend das Volksbegehren betreffend Unterstellung von Staatsverträgen unter das Referendum, BBl 1914 III 446 (Bundespräsident Emil Welti; Hervorhebung im Original).

⁸⁶ Zitiert in *Schweizerischer Bundesrat*, Bericht Unterstellung von Staatsverträgen unter das Referendum, S. 449 f.

⁸⁷ Zitiert in *Schweizerischer Bundesrat*, Bericht Unterstellung von Staatsverträgen unter das Referendum, S. 451.

⁸⁸ Art. 89 aBV 1874, 29. Mai 1874, Amtliche Sammlung Neue Folge 1875 I 1.

⁸⁹ *Fonjallaz Charles-Eugène*, Revision von Art. 89 BV (Motion), Nationalrat, Übersicht über die Verhandlungen Bd. 17, Nr. 49, 8. Juni 1896 (ein Referendum hätte durch 30 000 Stimmbürger oder acht Kantone verlangt werden können).

⁹⁰ Zitiert in *Schweizerischer Bundesrat*, Bericht betreffend das Volksbegehren betreffend Unterstellung von Staatsverträgen unter das Referendum, 29. Mai 1914, BBl 1914 III 445, 456.

⁹¹ BBl 1921 I 424. Siehe zur Genese *Glaser*, Wandel, Rz. 10.

⁹² *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft an die Bundesversammlung betreffend die Frage des Beitrittes der Schweiz zum Völkerbund, 4. August 1919, BBl 1919 IV 541, 630 f.

⁹³ Alternativ auch als fakultativ-obligatorisches Referendum bezeichnet; zur Terminologie *Brunner Babette*, Das Staatsvertragsreferendum, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Zürich 2014, 68.

⁹⁴ *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft an die Bundesversammlung über die Beteiligung der Schweiz an der Europäischen Freihandels-Assoziation, 5. Februar 1960, BBl 1960 I 841, 877 (Hervorhebung durch den Verfasser).

Langer —

Demokratische Mitsprache im bilateralen Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union: mögliche Implikationen eines institutionellen Rahmenkommens

der Bundesverfassung hinausgehen würden.⁹⁵ *Ex post* zeigt diese Prognose, dass der Entscheid für die Durchführung bzw. Nichtdurchführung eines fakultativ-obligatorischen Referendums auf teilweise sehr unisicheren Annahmen gründet.⁹⁶ Die (politische) Flexibilität bei der Anberaumung eines solchen Referendums zeigte sich bereits kurz zuvor, als das Freihandelsabkommen mit der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft wiederum ohne Verfassungsgrundlage einem obligatorischen Referendum unterstellt wurde, weil dieses Abkommen dazu bestimmt sei, das Verhältnis der Schweiz zur Gemeinschaft «auf dauerhafte Weise zu regeln».⁹⁷ Der Inhalt dieses Vertrages beschäftigte «einen Teil der öffentlichen Meinung in so starkem Masse, dass ohne das Beschreiten dieses zugegebenermassen ungewohnten Weges die Diskrepanz zu den sonst üblichen *Mitwirkungsrechten des Volkes* bei der Bildung des Landesrechts als zu gross erscheinen müsste».⁹⁸

Diese unstete Praxis führte im Verlauf der 1970er-Jahre zur Forderung nach einer Erweiterung des Staatsvertragsreferendums. Eine Initiative, welche die Unterstellung *aller* völkerrechtlichen Verträge forderte, wurde aber klar verworfen.⁹⁹ Zugleich wurde ein vom Bundesrat ausgearbeiteter Gegenentwurf angenommen, wonach Volk und Stände obligatorisch über den Beitritt zu einer supranationalen Gemeinschaft oder zu einer Organisation für kollektive Sicherheit befragt werden mussten.¹⁰⁰ Dem fakultativen Referendum unterstanden nun unbefristete und unkündbare Verträge, der Beitritt zu einer internationalen Organisation oder eine vertraglich vereinbarte multilaterale Rechtsvereinheitlichung.¹⁰¹

Trotzdem griff der Bundesrat 1992 bei der Abstimmung über einen Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) ein weiteres (und vorerst letztes) Mal auf das Instrument des fakultativen obligatorischen Referendums zurück. Zwar war die Regierung der Auffassung, dass es sich bei der EWR-Mitgliedschaft nicht um den Beitritt zu einer supranationalen Organisation

⁹⁵ Schweizerischer Bundesrat, Bericht an die Bundesversammlung über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 9. Dezember 1968, BBl 1968 II 1057, S. 1076.

⁹⁶ Zur EMRK als *living instrument* in diesem Kontext Seiler Hansjörg, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 2014, 265–368, 310 f.

⁹⁷ Schweizerischer Bundesrat, Botschaft über die Genehmigung der Abkommen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften, 16. August 1972, BBl 1972 II 653, S. 737.

⁹⁸ Schweizerischer Bundesrat, Botschaft über die Genehmigung der Abkommen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften, 16. August 1972, BBl 1972 II 653, S. 737.

⁹⁹ BBl 1977 II 198.

¹⁰⁰ Art. 89 Abs. 5 aBV 1874 (AS 1977 807).

¹⁰¹ Art. 89 Abs. 3 & 5 aBV 1874 (AS 1977 807).

handle.¹⁰² Der EWR-Beitritt entziehe sich den «herkömmlichen Kategorien» der Verfassung, doch käme aufgrund seiner überragenden wirtschaftlichen und politischen Bedeutung «nur das obligatorische Referendum in Frage».¹⁰³

Seither wurde das Staatsvertragsreferendum 2003 ein weiteres Mal revidiert. Diese Revision wurde im *Parlament* initiiert mit dem Ziel, «Mängel der Volksrechte» zu beseitigen.¹⁰⁴ Angesichts der zunehmenden Bedeutung der internationalen Rechtsetzung wurde eine «Verfeinerung der ausserpolitischen Mitwirkungsmöglichkeiten» angestrebt.¹⁰⁵ Zu diesem Zweck wurde das Kriterium der multilateralen Rechtsvereinheitlichung gestrichen; stattdessen werden völkerrechtliche Verträge nun dann dem fakultativen Referendum unterstellt, wenn sie wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder ihre Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert.¹⁰⁶ Mit der Verfassungsänderung sollte zugleich eine «Parallelität zwischen inner- und zwischenstaatlicher Gesetzgebung» hergestellt werden, indem wichtige rechtsetzende Normen dem Referendum unterstehen¹⁰⁷ – unabhängig davon, ob auf nationaler oder internationaler Ebene legiferiert wird.¹⁰⁸ Die Notwendigkeit, «im Hinblick auf einen allfälligen späteren EU-Beitritt Abstriche bei den direktdemokratischen Rechten zu machen», wurde explizit verneint.¹⁰⁹

II. Aktuelle Revisionsbestrebungen

Gerade die Staatsvertragsreferenden zu *europapolitischen* Fragen verdeutlichen aber, dass der «Parallelismus» zwischen nationaler und internationaler Normsetzung weiterhin insbesondere auf Verfassungsebene nicht durchgängig verwirklicht ist. Denn ein fakultativ-obligatorisches Staatsvertragsreferendum kann nach Ansicht des Bundesrats auch mit der Revision von 2003 dann angeordnet werden, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag «von derartiger Bedeutung ist, dass ihm Verfas-

sungsrang zukommt».¹¹⁰ Eine Normierung dieses Referendums *sui generis* schlug der Bundesrat dann jedoch als Reaktion auf die viel weiterreichende Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!» vor: Nach dem Gegenvorschlag hätten Volk und Stände obligatorisch über Verträge abgestimmt, wenn sie «Bestimmungen enthalten, die eine Änderung der Bundesverfassung erfordern oder einer solchen gleichkommen».¹¹¹ Zu denkbaren Anwendungsfällen eines solchen Referendums wollte sich der Bundesrat 2010 aber nicht äussern, da er «den zukünftigen Entwicklungen nicht vorgreifen» wollte; deshalb verzichtete er auf «verbindliche Aussagen darüber, ob ein bestimmter Staatsvertrag, über den zurzeit Verhandlungen geführt werden oder der sich erst in der Phase von exploratorischen Gesprächen befindet, der einst unter das neue obligatorische Referendum fallen würde».¹¹² Damit dürften primär die noch am Anfang stehenden Verhandlungen über ein Rahmenabkommen mit der EU gemeint gewesen sein;¹¹³ eine diesbezügliche Präzisierung erübrigte sich in der Folge, da die Initiative schliesslich ohne Gegenvorschlag zur Abstimmung kann und deutlich abgelehnt wurde.¹¹⁴

Das Ziel, den Parallelismus zwischen nationaler Gesetzgebung und internationalen Vertragsschlüssen zu «vervollständigen», wurde dann im Nationalrat zuerst in einem Postulat wieder aufgegriffen.¹¹⁵ Eine entsprechende Motion zur Einführung des obligatorischen Referendums für völkerrechtliche Verträge «mit verfassungsmässigem Charakter» wurde 2016 sowohl im National- wie auch Ständerat angenommen.¹¹⁶ Der in der Folge vom Bundesrat ausgearbeitete Entwurf sah vor, dass neu Volk und Ständen völkerrechtliche Verträge zur Abstimmung unterbreitet werden, wenn deren Umsetzung eine Änderung der Bundesverfassung erforderte, oder wenn sie Bestimmungen von Verfassungsrang im Bereich des Bestands der Grundrechte, Bürgerrechte oder politische Rechte, des Verhältnisses von Bund und

¹⁰² Zur Begründung siehe *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, 18. Mai 1992, BBl 1992 IV 1, 539.

¹⁰³ *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft 1992, 542.

¹⁰⁴ *Staatspolitische Kommission des Ständerates*, Bericht Beseitigung von Mängeln der Volksrechte (Parlamentarische Initiative Kommission 96.091 SR), 2. April 2001, BBl 2001 4803, 4825–4827.

¹⁰⁵ *Staatspolitische Kommission*, Bericht 2001, 4825.

¹⁰⁶ *Schweizerischer Bundesrat*, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 9. Februar 2003, 25. März 2003, BBl 2003 3111.

¹⁰⁷ *Ständerat*, Parlamentarische Initiative Beseitigung von Mängeln der Volksrechte: Bericht der Staatspolitischen Kommission, 2. April 2001, BBl 2001 4803, 4837.

¹⁰⁸ Für die nationale Gesetzgebung bestimmt Art. 164 BV, dass «wichtige rechtsetzende Bestimmungen» als Bundesgesetz zu erlassen sind und damit dem Gesetzesreferendum unterstehen (Art. 141 Abs. 1 lit. a BV).

¹⁰⁹ *Ständerat*, Staatspolitische Kommission Bericht 2001, 4812.

¹¹⁰ *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), 1. Oktober 2004, BBl 2004 5965, S. 6288. Kritisch zur Zulässigkeit *Langer*, Staatsvertragsreferendum, S. 37.

¹¹¹ *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zur Volksinitiative «Für die Stärkung der Volksrechte in der Aussenpolitik (Staatsverträge vors Volk!)», 1. Oktober 2010, BBl 2010 6963, 6987.

¹¹² *Bundesrat*, Botschaft 2010, 6988.

¹¹³ *Ständerat*, Amtliches Bulletin, Für die Stärkung der Volksrechte in der Aussenpolitik 10.090, 20. September 2011, AB 2011 S 843; *Nationalrat*, Amtliches Bulletin, Für die Stärkung der Volksrechte in der Aussenpolitik 10.090, 15. Dezember 2011, AB 2011 N 2084.

¹¹⁴ *Schweizerischer Bundesrat*, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 17. Juni 2012, 24. Juli 2012, BBl 2012 7685.

¹¹⁵ *Andrea Caroni* (FDP-Liberale Fraktion), Postulat, 13.3805: Klares Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht, 25. September 2013.

¹¹⁶ *Andrea Caroni* (FDP-Liberale Fraktion), Motion, 15.3557: Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter, 15. Juni 2015.

Langer —

Demokratische Mitsprache im bilateralen Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union: mögliche Implikationen eines institutionellen Rahmenkommens

Kantonen, der Zuständigkeiten des Bundes, der Finanzordnung oder Organisation bzw. Zuständigkeiten der Bundesbehörden enthielten.¹¹⁷ In der anschliessenden Vernehmlassung erhielt die Vorlage mehrheitlich Zuspruch.¹¹⁸ Die geäusserte Kritik zielte unter anderem auf das Kriterium des Grundrechtsbezugs: Zahlreiche Verträge wiesen einen solchen Bezug auf; das beim obligatorischen Referendum erforderliche Mehr von Volk und Ständen würde den Abschluss solcher Verträge erschweren oder gar verunmöglichen.¹¹⁹

Im Anschluss passte der Bundesrat den Entwurf noch punktuell an und verabschiedete seine Botschaft zur Vorlage.¹²⁰ Bemerkenswerterweise wird hier praktisch im Wortlaut der Vorbehalt von 2010 wiederholt, wonach zukünftigen Entwicklungen nicht vorgegriffen werden soll und deshalb auf Aussagen zur Relevanz der neuen Norm für einen bestimmten, zurzeit verhandelten völkerrechtlichen Vertrag verzichtet werde¹²¹ – und auch hier ist das Institutionelle Rahmenabkommen der naheliegende Bezug.¹²²

Der Ständerat nahm den Vorschlag anschliessend deutlich an.¹²³ Doch wurde in der Beratung auch (teilweise heftige) Kritik geübt. So befürchtete die Ratslinke, dass jeder Vertrag, der Grundrechte neu regelt oder neue Grundrechte betrifft, künftig dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum und damit auch dem Ständemehr unterstellt würde. Die Revision wurde in der Debatte als «massiver demokratiepolitischer Rückschritt in der Schweizer Geschichte» kritisiert, «wie [man] ihn bisher so nicht gesehen [habe]». So würden «in einer Zeit, in der die internationale Zusammenarbeit und internationale Verträge immer wichtiger [seien], über das

¹¹⁷ Entwurf Art. 140 Abs. 1 lit. b^{bis} BV, *Bundesamt für Justiz*, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf: Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter (Umsetzung der Motion 15.3557 Caroni), 15. August 2018, 10, <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/voelkerrechtsvertraege/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf>>.

¹¹⁸ *Bundesamt für Justiz*, Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens: Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter (Motion 15.3557 Caroni), 13. Dezember 2019, 4 f., <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/voelkerrechtsvertraege/ve-ber-d.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf>>.

¹¹⁹ *Bundesamt für Justiz*, Ergebnisbericht Vernehmlassung: Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter, 6.

¹²⁰ Insbesondere ist die Aufzählung der Bestimmungen mit Verfassungsrang nun nicht abschliessend: *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zum obligatorischen Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter (Änderung von Art. 140 der Bundesverfassung), 15. Januar 2020, BBl 2020 1243, 1255.

¹²¹ *Schweizerischer Bundesrat*, Botschaft zum obligatorischen Referendum 2020, 1265.

¹²² Vgl. *Kathrin Alder*, «Muss das Rahmenabkommen vors Volk?», *Neue Zürcher Zeitung* vom 16. Januar 2020, 13.

¹²³ *Ständerat*, Amtliches Bulletin, Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter (Änderung von Artikel 140 der Bundesverfassung) 20.016, 8. September 2020, AB 2020 S 676, 686 (mit 27 zu 12 Stimmen).

fakultative Referendum hinaus neue Hürden und Bremsen für Staatsverträge in die Verfassung eingebaut»¹²⁴ – hier klingen frühere Bedenken gegenüber direktdemokratischer Mitwirkung bei auswärtigen Angelegenheiten an.¹²⁵ Trotzdem ging man etwa in der Verwaltung davon aus, dass die Vorlage schliesslich relativ problemlos adoptiert und im Herbst 2021 oder Frühjahr 2022 dem Stimmvolk unterbreitet werden könnte.

Bereits anlässlich der Behandlung in der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats mehrten sich aber kritische Stimmen.¹²⁶ Auch rief das Scheitern der «Konzerninitiative» allein am Ständemehr in Erinnerung, dass gewisse Vorlagen zwar ein Volksmehr auf sich vereinen können, nicht aber die erforderliche Zahl an Ständestimmen.¹²⁷ Im Mai 2021 entschied der Nationalrat mit grosser Mehrheit, auf die Revision des Staatsvertragsreferendums gar nicht erst einzutreten.¹²⁸ Die Vorlage dürfte damit gescheitert sein.¹²⁹

III. Implikationen für ein Institutionelle Rahmenabkommen?

Inwiefern ist diese Revision bzw. ihr Scheitern relevant für die bilateralen Beziehungen im Allgemeinen und ein Institutionelle Rahmenabkommen im Speziellen? Letzteres stand während der parlamentarischen Diskussion nicht im Vordergrund. Zum einen wäre es aber ein potenzieller Anwendungsfall eines revidierten obligatorischen Staatsvertragsreferendums gewesen – auch wenn der Bundesrat keinen Bezug herstellen wollte zu einem «bestimmten völkerrechtlichen Vertrag, über den zurzeit Verhandlungen geführt werden».¹³⁰ Zum anderen ist das andauernde Streben nach einem vollendeten Parallelismus zwischen nationaler und internationaler Rechtssetzung symptomatisch für systemische Widersprüchlichkeiten der schweizerischen Europa- und Aussenpolitik.

Es steht ausser Frage, dass über ein institutionelles Rahmenabkommen abgestimmt würde. Die Notwendigkeit einer Abstimmung dominierte auch die inhaltliche Diskussion über das Abkommen: Hier standen, so der Eindruck, primär nicht die materiellen Aspekte eines möglichen Rahmenabkommens im Vordergrund, sondern allein die Frage, wie der vorliegende Entwurf noch hätte nachjustiert werden müssen, damit eine Annahme in einer Volksabstimmung vielleicht doch noch möglich gewesen wäre. Es war also allein der Prozess, der den Inhalt prädeternierte, wie die Argumentation des Bundesrats verdeutlichte.¹³¹

Dabei ist nicht gänzlich klar, welche Form von Referendum gegebenenfalls zum Tragen gekommen wäre oder künftig vielleicht noch kommt. Es gibt, wie dargelegt, aktuell zwei bzw. zweieinhalb Formen des Staatsvertragsreferendums: eine fakultative und eine obligatorische bzw. fakultativ-obligatorische. Niemand argumentiert, dass ein Rahmenabkommen ohne Referendum ratifiziert werden könnte. Bezüglich der konkreten Form eines Referendums sind die Meinungen aber geteilt. So gibt es Stimmen in der Wissenschaft, die ein obligatorisches Referendum nach Art. 140 Abs. 1 lit. b BV fordern, denn ein so geartetes Abkommen erfülle die Kriterien des Beitritts zu einer supranationalen Organisation – unter anderem, weil durch dynamische Rechtsübernahme die Mehrheitsentscheide im unionalen Gesetzgebungsverfahren auch die Schweiz betreffen.¹³² Eine solche Argumentation aggregiert verschiedene Aspekte des Rahmenabkommens und stellt eher auf eine faktische denn eine rechtliche Sichtweise ab. Denn das unionale Gesetzgebungsverfahren etwa würde in der Schweiz nicht unmittelbar rechtliche Wirkung entfalten; sein Ergebnis müsste zuerst ins bilaterale Recht übernommen werden – wozu faktisch aber kaum eine Alternative bestünde.¹³³

Aber auch wenn mit einem Rahmenabkommen ein Paradigmenwechsel im bilateralen Verhältnis vollzogen würde¹³⁴ – die bisherige Praxis spricht eher gegen eine Subsumption unter Art. 140 BV.¹³⁵ Denn auch der Beitritt zum EWR, der doch eine eigene supranationale Überwachungsbehörde vorsah, wurde nicht als Beitritt zu einer supranationalen Organisation qualifiziert, sondern dem Staatsvertragsreferendum *sui generis* unterstellt.¹³⁶ Gilt diese Argumentation weiterhin, so müsste wohl

¹²⁴ Ständerat, Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter, 679 (Paul Rechsteiner, S/SG).

¹²⁵ Oben, Abschnitt B.I.

¹²⁶ Vgl. Nationalrat, Amtliches Bulletin, Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter (Änderung von Artikel 140 der Bundesverfassung) 20.016, 4. Mai 2021, provisorischer Text; zur Kritik in der Wissenschaft siehe Raselli Niccolò, Systemwidriges Referendum für völkerrechtliche Verträge, Plädoyer 2021, 58–61; Mahon Pascal, L'extension du référendum obligatoire sur les traités, Jusletter, 19. April 2021.

¹²⁷ Die Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» wurde am 29. November 2020 von 50,7% des Stimmvolks gutgeheissen, aber von 14½ Ständen verworfen (Schweizerischer Bundesrat, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 29. November 2020, 19. April 2021, BBl 2021 891, S. 891).

¹²⁸ Nationalrat, Amtliches Bulletin, Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter 20.016.

¹²⁹ Fontana Katharina, Nationalrat gegen höhere Hürden für Staatsverträge, NZZ vom 5. Mai 2021, 8.

¹³⁰ Vgl. oben, Fn. 112.

¹³¹ Oben, Fn. 46.

¹³² So beispielsweise Glaser Andreas, Das Institutionelle Abkommen Schweiz–EU – ein Fall für das obligatorische Staatsvertragsreferendum?, *sui generis* 2020, 210–225.

¹³³ Dazu unten Teil C.

¹³⁴ So Breitenmoser Stephan/Hirsbrunner Simon, Das Recht und die Souveränität, NZZ vom 9. Januar 2020, 10.

¹³⁵ Oesch, Das institutionelle Rahmenabkommen, 27.

¹³⁶ Vgl. oben, Fn. 103.

Langer —

Demokratische Mitsprache im bilateralen Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union: mögliche Implikationen eines institutionellen Rahmenkommens

auch ein Rahmenabkommen dem fakultativ-obligatorischen Staatsvertragsreferendum unterstellt werden – sofern diese Referendumsform nicht doch noch «kodifiziert» wird. Diesfalls müsste dann wohl der revidierte Art. 140 Abs. 1 lit. b^{bis} BV zur Anwendung kommen.¹³⁷

In beiden Fällen wäre nicht nur das Volks-, sondern auch das Ständemehr erforderlich – was im europapolitischen Kontext ein entscheidender Unterschied sein kann. In der ständerätlichen Debatte zur Revision von Art. 140 BV wurde die vorgeschlagene Ausweitung des Ständemehrs *auch* mit Verweis auf die Abstimmung zur Assoziierung an das Schengener bzw. Dubliner Abkommen kritisiert.¹³⁸ Diese Abkommen wurden 2005 mit knapp 55% Ja-Stimmen angenommen; wären sie aber dem obligatorischen statt dem fakultativen Referendum unterstanden, so wären sie am Ständemehr gescheitert.¹³⁹

Will man eine möglichst günstige Ausgangslage für die Annahme weiterer bilateraler Verträge oder eines Rahmenabkommens schaffen, dann sprächen also *taktische* Vorteile für ein *fakultatives* Referendum nach Art. 141 BV, damit das Ständemehr nicht zum Tragen käme. Doch zeichnet sich Taktik im Gegensatz zur Strategie ja gerade durch kurzfristige und nicht unbedingt nachhaltige Gewinne aus. Und das ist das Charakteristische der bilateralen Beziehungen, das ist der zentrale Unterschied zu klassischen völkerrechtlichen Verträgen: Mit dem *Abschluss* der vorherigen bilateralen Abkommen und erst recht des Rahmenabkommens ist erst ein erster Schritt gemacht auf einem weiteren, nur in Umrissen vorgezeichneten Pfad.

C. Perspektiven direkt-demokratischer Partizipation unter einem Rahmenabkommen

Das wirft die Frage auf, wie es um die innerstaatliche Zustimmung für das *Fortschreiten* auf diesem Pfad – oder genauer: um die direktdemokratische Mitwirkung dabei – steht. Wie erwähnt, wird nicht nur in der Schweiz über die ganz grundlegenden europapolitischen Fragen (wie etwa ein EU- oder EWR-Beitritt) abgestimmt.¹⁴⁰ Allein in der Schweiz besteht aber der Anspruch, eine

¹³⁷ Vgl. Alder Kathrin, Muss das Rahmenabkommen vors Volk?, NZZ vom 16. Januar 2020, 13; Glaser, Das Institutionelle Abkommen Schweiz–EU, Rz. 51.

¹³⁸ Ständerat, AB 2020 S 676, 679 (Paul Rechsteiner, S/SG).

¹³⁹ Schweizerischer Bundesrat, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 5. Juni 2005, 17. August 2005, BBl 2005 5183, S. 5183–5184 (mit zwölf Ständesstimmen gegen und elf für die Abkommen).

¹⁴⁰ Oben, Abschnitt B.

solche demokratische Mitsprache nicht bloss einmalig, sondern in institutionalisierter Form auszuüben – denn darauf läuft der Anspruch des Parallelismus hinaus: So wie in der nationalen Gesetzgebung soll dem Volk auch im internationalen bzw. bilateralen Verhältnis stets das vielbeschworene «letzte Wort» zustehen.¹⁴¹

Nicht nur Befürworter des nun verworfenen Entwurf eines Rahmenabkommens wiesen darauf hin, dass dort die demokratische Mitsprache grundsätzlich bestehen geblieben wäre: Schliesslich wurden die «verfassungsrechtlichen Pflichten» und damit in der Regel das fakultative Referendum vorbehalten, wann immer die Übernahme neuen Unionsrechts eine Anpassung des Schweizer Rechts bedingt hätte¹⁴² – weshalb es sich gerade nicht um eine automatische, sondern um eine «dynamische» Rechtsübernahme handelte.¹⁴³ Auch Volksinitiativen zu europarechtlichen Fragen wären – im Rahmen von Art. 139 Abs. 3 BV – uneingeschränkt möglich geblieben.

Aus *formeller* Sicht wäre deshalb die direktdemokratische Mitsprache uneingeschränkt erhalten worden.¹⁴⁴ Fraglich ist, ob dies in gleichem Masse für die Substanz dieser Mitsprache gegolten hätte, ob also auch der Grad der *Entscheidungsfreiheit* gleichgeblieben wäre. Der europäische Einigungsprozess ist stark pfadabhängig, und es gilt grundsätzlich das Primat des Einigungsprozesses über demokratische Entscheide auf nationaler Ebene in einzelnen Mitgliedstaaten. Umso weniger ist die EU bereit, Nicht-Mitgliedstaaten wie der Schweiz weitergehende Vorbehaltsrechte einzuräumen. Die Schweiz hätte zwar weiterhin autonom die *innerstaatliche* Zustimmung regeln und etwa die Übernahme von Revisionen des Schengen-Abkommens dem Referendum unterstellen können. Die Folgen einer eventuellen *Ablehnung* entzögen sich jedoch letztlich ihrer Kontrolle. Es könnten auch Volksinitiativen lanciert werden, die bei Annahme und Umsetzung beispielsweise die Personenfreizügigkeit verletzen. Nur würde dies in letzter Konsequenz zur Kündigung des FZA und, bedingt durch die Guillotine-Klausel, der Bilateralen I führen. Die Schlagworte «Scherbenhaufen»-Referendum und «Alles-

oder-Nichts»-Entscheidung veranschaulichen dieses Problem.¹⁴⁵

Die Frage ist, ob man bei einer solchen Regelung überhaupt noch von substanzieller demokratischer Mitbestimmung sprechen kann, oder ob auf dem bilateralen Weg bereits ein «*Point of no return*» erreicht wurde – ein Begriff, der eigentlich aus der Luftfahrt stammt. Dort markiert er den Punkt, an dem die Rückkehr an den Startort nicht mehr möglich ist.¹⁴⁶ Metaphorisch bezeichnet er den Moment, in dem der eingeschlagene Kurs beibehalten wird, weil eine Umkehr schwierig, zu teuer oder gar unmöglich ist. Kehrtmachen kann man natürlich immer – doch ist damit dann auch das Risiko einer Bruchlandung verbunden. Besonders deutlich hat dies die Masseneinwanderungsinitiative veranschaulicht. Diese wurde zwar angenommen; weil sie aber mit dem FZA nicht zu vereinbaren war, wurde sie nicht umgesetzt.¹⁴⁷ Die Opportunitätskosten wurden als zu hoch eingeschätzt – nicht nur vom Parlament, sondern auch, sozusagen in zweiter Lesung, vom Stimmvolk, das die Begrenzungsinitiative im September 2020 deutlich abgelehnt hat.¹⁴⁸ Insofern können bereits jetzt demokratische Partizipationsrechte gerade im europapolitischen Bereich nur unter Vorbehalt ausgeübt werden.

An dieser Situation würde sich auch mit einem ggf. neu ausgehandelten Rahmenabkommen grundsätzlich nichts ändern. Zwar könnten damit in gewisser Weise eine Begrenzung oder zumindest Verzögerung negativer Folgen eingeführt werden. Gemäss InstA-Entwurf wäre etwa mit der Zwischenschaltung eines Schiedsgerichts ein Streitschlichtungsmechanismus etabliert worden. Insbesondere hätte die Möglichkeit von Ausgleichsmassnahmen bestanden anstatt nur der unmittelbaren Kündigung gleich mehrerer Abkommen, und vor dem Fallen der vertraglichen «Guillotine» bei einer Kündigung des Rahmenabkommens wäre noch eine dreimonatige Frist eingeschoben worden für Verhandlungen im Horizontalen Gemeinsamen Ausschuss.¹⁴⁹ Trotz dieser Vorkehrungen würde mit einem Rahmenabkommen aber auf mittel- und langfristige Dauer sozusagen der «Einsatz» oder die Opportunitätskosten sukzessive erhöht: Denn je weiter man auf dem bilateralen Weg fortschreitet, umso schwieriger und folgenschwerer ist potenziell die Umkehr. Diese Problematik würde noch akzentuiert, wenn wichtige Aspekte bei der Unterzeichnung eines Rahmenabkommens offenblieben – wie dies

¹⁴¹ Vgl. beispielsweise *Periard Barbara*, Das Stimmvolk hat das letzte Wort, LeGes 2012, 151 ff.

¹⁴² Oben, Fn. 32.

¹⁴³ *Epiney*, Entwurf des Institutionellen, Rz. 22; *Cottier*, Souveränität, 351; *Glaser*, Institutionelles Abkommen Schweiz–EU, Rz. 22.

¹⁴⁴ *Breitenmoser Stephan/Hirsbrunner Simon*, Der Entwurf für ein Institutionelles Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der EU: Offene Fragen im Schnittpunkt zwischen Europa- und Völkerrecht, in: *Epiney Astrid/Zlatescu Petru E.* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Zürich 2020, 511–546, 521.

¹⁴⁵ Siehe dazu *Diggelmann, Oliver*, Das Phänomen der «Scherbenhaufen»-Referenden, Jusletter vom 13. Oktober 2008, Rz. 8 ff.; *Langer*, Staatsvertragsreferendum, 48 ff.

¹⁴⁶ Oxford English Dictionary, «point», P.2 lit. f, <www.oed.com>.

¹⁴⁷ Oben, Fn. 13.

¹⁴⁸ Oben, Fn. 47.

¹⁴⁹ Oben, Fn. 39.

Langer —

Demokratische Mitsprache im bilateralen Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union: mögliche Implikationen eines institutionellen Rahmenkommens

für die umstrittene Anwendbarkeit der Unionsbürgerrichtlinie vorgesehen war. Ist deren Anwendbarkeit in einem Abkommen nicht explizit geregelt, so wird die Frage zwar vermutlich erst mit einer Verzögerung von mehreren Jahren aktuell; dann würde sie zuerst im Gemischten Ausschuss behandelt, anschliessend gäbe es unter Umständen ein Referendum, oder, wenn sich die Schweiz gegen die Übernahme stemmt, ein Schiedsverfahren.¹⁵⁰ Zu diesem Zeitpunkt wurden dann aber vielleicht bereits *weitere* Marktzugangsabkommen geschlossen, etwa im Strombereich, die dann ebenfalls gefährdet wären. Denn bei einer Kündigung des Rahmenabkommens hätte die Guillotine ja nicht nur für die bisherigen, sondern auch für die zwischenzeitlich neu geschlossenen Marktzugangsabkommen gegolten. Möglicherweise fiel in einer solchen Situation dann sogar das (aktualisierte) Freihandelsabkommen unter die Guillotine-Klausel.¹⁵¹ Somit würde der Druck, die Dynamik der Rechtsübernahme nicht durch Referenden oder Volksinitiativen zu gefährden, potenziell weiter zunehmen.

Würde die Schweiz eines Tages der Institutionalisierung der bilateralen Beziehungen doch noch zustimmen, so könnte dannzumal auf diesen Druck auf dreierlei Weise reagiert werden.

(1) Eine Option wäre die Perpetuierung der aktuellen Haltung: Man fokussiert möglichst auf die *formale* Betrachtungsweise demokratischer Partizipation und konstatiert, dass die Volksrechte auch unter einem Rahmenabkommen uneingeschränkt weiterbestehen; zugleich muss man hoffen, dass diese Rechte nicht auf eine Art und Weise ausgeübt werden, die im Widerspruch zu den bilateralen Verpflichtungen stehen. Das gilt zuerst im Zusammenhang mit der Übernahme neuen EU-Rechts. Wird dagegen das Referendum ergriffen, so würde das Stimmvolk bei der Abstimmung dann jedes Mal auch über die reibungslose Weiterführung der institutionalisierten bilateralen Beziehungen entscheiden.¹⁵² Einschneidender wären möglicherweise die Folgen einer Volksinitiative, die – wie die Masseneinwanderungsinitiative – grundlegenden bilateralen Verpflichtungen

¹⁵⁰ Tobler Christa/Beglinger Jacques, Brevier zum institutionellen Abkommen Schweiz–EU, Stand 1. August 2021, 24 (48. Frage), <http://www.eur-charts.eu/wp-content/uploads/2020/08/Tobler-Beglinger-Brevier-Institutionelles-Abkommen_2020-08.1.pdf>.

¹⁵¹ So *Zurkinden Philipp*, Institutionelles Abkommen – Rechtsgutachten zuhanden der WAK-N: Fragen zu Staatsbeihilfen und zum Freihandelsabkommen CH–EU sowie zu weiteren Fragen, Bern, 21. Februar 2019, Rz. 77.

¹⁵² Im Extremfall wäre hier dann *mutatis mutandis* ein «irisches» oder «dänisches» Szenario denkbar, wo über eine europapolitische Vorlage ein zweites Mal abgestimmt wird; vgl. oben, Abschnitt B. Mit dem aktuellen InstA-Entwurf wäre insbesondere in Bezug auf die Unionsbürgerrichtlinie ein Konflikt praktisch vorprogrammiert, vgl. *Schweizerischer Bundesrat*, Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz–EU, 16. Januar 2019, S. 14.

diametral entgegensteht. Dann müsste wohl erneut eine Lösung gefunden werden, die primär einen Konflikt mit der Europäischen Union verhindert und sekundär im Rahmen des europapolitisch Möglichen auch dem Volkswillen ansatzweise Genüge tut. Streitbeilegungsmechanismen, wie sie im InstA-Entwurf vorgesehen waren, könnten dabei durchaus helfen, dass dieser Gegensatz weniger prononciert ausfällt; so zöge sich die diplomatische und ggf. schiedsgerichtliche Auseinandersetzung wohl über einen längeren Zeitraum hin. Schwer abzuschätzen wäre aber, wie einschneidend mögliche Sanktionen ausfallen (dürfen), wenn eine Partei eine ungenügende Umsetzung eines Schiedspruchs moniert.¹⁵³

(2) Andererseits besteht natürlich auch unter einem Rahmenabkommen die Möglichkeit, mit den bilateralen Verpflichtungen inkompatible Initiativen konsequent umzusetzen bzw. im Falle eines erfolgreichen Referendums die Rechtsübernahme zu verweigern. In letzter Konsequenz könnte dies aber die Kündigung des Rahmenabkommens und damit auch – davon wäre auch bei künftigen Entwürfen auszugehen – der darunterfallenden Marktzugangsabkommen bedeuten. Es mag zutreffen, dass die Kündigung als Ausgleichsmassnahme im aktuellen Entwurf nicht vorgesehen bzw. unverhältnismässig gewesen wäre.¹⁵⁴ Das Kündigungsrecht im Entwurf des Rahmenabkommens war aber nicht an bestimmte Voraussetzungen bzw. Ausschlussgründe geknüpft; sofern die Kündigung nicht explizit als Ausgleichsmassnahme erfolgte, wäre wohl auch keine Anrufung des Schiedsgerichts möglich.¹⁵⁵ Als Konsequenz wären dann, wie erwähnt, alle Marktzugangsabkommen sowie möglicherweise sogar die Schengen- und Dublin-Assoziierung gefährdet.¹⁵⁶ Die teilweise als Schutzwall gegen das Dahinfallen dieser weiteren Ab-

kommen präsentierten dreimonatigen Verhandlungen¹⁵⁷ hätten dagegen wohl kaum Remedur geboten.¹⁵⁸

(3) Eine bisher nicht diskutierte (und auch nicht realistische) Option wäre schliesslich, bei einer Institutionalisierung der bilateralen Beziehungen die Diskrepanz von formeller und faktischer Partizipation im europapolitischen Kontext anzuerkennen und die direktdemokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten in diesem Bereich entsprechend einzuschränken. So sind in mehreren EU-Staaten Unionsrecht oder internationale Verträge vom Anwendungsbereich direktdemokratischer Instrumente ausgenommen;¹⁵⁹ im EWR-Staat Liechtenstein dürfen Initiativbegehren nicht gegen Staatsverträge und damit auch nicht gegen das EWR-Abkommen verstossen.¹⁶⁰ Im Schweizer Kontext würde eine ähnliche Regelung eine Ergänzung der Ungültigkeitsgründe für Volksinitiativen (Art. 139 Abs. 3 BV) und eine Einschränkung des Staatsvertragsreferendums bedingen.

D. Fazit

—
Ohne Abschluss eines Rahmenabkommens bleibt nun zumindest in Bezug auf die direktdemokratische Partizipation der aktuelle (aus demokratiepolitischer und –theoretischer Sicht nur bedingt befriedigende) *Status quo* bestehen.¹⁶¹ Mehr als fraglich ist hingegen, ob der *Status quo* auch in Bezug auf die *Qualität* der bilateralen Beziehungen bestehen bleibt. Auf Schweizer Seite fehlt m.E. weiterhin ganz überwiegend das Bewusstsein für die prinzipielle Natur der unionalen Forderungen nach

¹⁵³ Oben, Fn. 35.

¹⁵⁴ Pirker Benedikt, Zum Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen, Jusletter vom 3. Juni 2019, Rz. 6; Schneider-Schneiter, Elisabeth, Die Schweiz verliert ihre Souveränität nicht, Neue Zürcher Zeitung, 31. Januar 2020, 10; Pfisterer, Plus für die Demokratie, 76.

¹⁵⁵ A.M. Breitenmoser/Hirsbrunner, Entwurf, 522.

¹⁵⁶ Ambühl Michael/Scherer Daniela S., Zum Entwurf des Institutionellen Abkommens: Auf der Suche nach einem Interessenausgleich, Jusletter vom 4. Februar 2019, Rz. 13; Breitenmoser/Hirsbrunner, 523.

¹⁵⁷ Schweizerischer Bundesrat, Erläuterungen 2019, 15; Gmür, Heidi, Die wichtigsten Elemente des institutionellen Rahmenabkommens, Neue Zürcher Zeitung vom 8. Dezember 2018, 15–17.

¹⁵⁸ Eine ähnliche Bestimmung findet sich bereits im Schengener Abkommen (Art. 7 Ziff. 4). Darauf beriefen sich etwa die Gegner einer Übernahme der Waffenrichtlinie (Komitee «Nein zum Entwaffnungs-Diktat der EU», Schengen ist nicht in Gefahr: Warum wir auch bei einem Nein am 19. Mai in Schengen verbleiben. 2019, <<https://eu-diktat-nein.ch/schengen-ist-nicht-gefaehrdet/>> (nicht mehr aktiv). In jenem Kontext vertrat der Bundesrat unmissverständlich die Auffassung, dass bei Nichtübernahme der Richtlinie eine Fortsetzung des Abkommens trotz Vorbehalt von Verhandlungen im Gemischten Ausschuss unrealistisch wäre (Schweizerischer Bundesrat, 2. März 2018, BBl 2018 1881, 1895 f.).

¹⁵⁹ Für eine Übersicht siehe die Datenbank des ERC-Projekts Defining the Limits of Direct Democracy (LIDD), <<http://lidd-project.org/data/>> (unter Explore data – by country – Substantive limitations). Teilweise erfolgt der Ausschluss auch durch gerichtliche Auslegung, so etwa unter Art. 75 Abs. 2 der Verfassung für das abrogative Referendum in Italien bei «leggi comunitariamente necessarie»: Sentenza no. 45 vom 7. Februar, Corte Costituzionale (Italien), Para. 5(3).

¹⁶⁰ Art. 70b Abs. 2 Gesetz über die Ausübung der politischen Volksrechte in Landesangelegenheiten (VRG, LR 161).

¹⁶¹ Dazu ausführlicher Langer, Demokratie, Rz. 20 ff.

Langer —

Demokratische Mitsprache im bilateralen Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union: mögliche Implikationen eines institutionellen Rahmenkommens

einem Rahmenabkommen.¹⁶² Diese Thematik würde eine umfassendere Analyse der bilateralen Beziehungen voraussetzen. In diesem Beitrag ging es alleine um die Frage, ob die Weiterentwicklung dieser Beziehungen insbesondere mittels eines Rahmenabkommens die Schweizerische Referendumsdemokratie in ihrer bisherigen Ausprägung beeinträchtigen würde. Die Antwort fällt nicht eindeutig aus – nicht weil, wie teilweise argumentiert, ein solches Rahmenabkommen die demokratischen Rechte uneingeschränkt respektieren würde, sondern vielmehr, weil diese Rechte schon heute substantiell kompromittiert sind. Ich habe vorgängig kurz aufgezeigt, wie im frühen 20. Jahrhundert diskutiert wurde, ob das Stimmvolk über Staatsverträge befinden soll;¹⁶³ heute ist die Frage, inwieweit es dies effektiv noch kann. Generell werden seit geraumer Zeit immer mehr Politikbereiche regional oder international geregelt.¹⁶⁴ Selbst wenn solche Regeln nicht bindender Natur sind, können sich gerade kleinere Staaten wie die Schweiz ihnen oft nicht entziehen (Stichworte wären hier etwa Automatischer Informationsaustausch und Amtshilfe bei Steuerdelikten).¹⁶⁵ Solche Entwicklungen mögen in Volksabstimmungen noch quasi-autonom nachvollzogen werden, oft unter erheblichem Druck. Wird der Nachvollzug verweigert, wie etwa bei der Unternehmenssteuerreform III, so kann die Vorlage neu verpackt werden, angenommen werden muss sie letzten Endes doch.¹⁶⁶ Im Kontext von *staatsvertraglich* geregelten Verpflichtungen ist dieser Druck noch grösser. Initiativen, die gegen internationale Regulierungen oder Verpflichtungen verstossen, laufen Gefahr, nicht oder nur ungenügend umgesetzt zu werden. Das galt (und gilt) bereits für die 1994 angenommene Alpeninitiative.¹⁶⁷ Bei völkerrechtlichen Verträgen, die *nicht* statisch sind, ist die Effektivität direktdemokratischer Instrumente erst recht kompromittiert. Das Schicksal der Masseneinwanderungsinitiative zeigt, was passiert, wenn divergierende Volksbeschlüsse auf die bilaterale Realität prallen.¹⁶⁸

¹⁶² Dies illustriert etwa der regelmässig wiederkehrende Verweis auf die beidseitigen *wirtschaftlichen* Vorteile, welche die aktuelle Regelung der bilateralen Beziehungen bietet (so beispielsweise Schäfer Fabian, «Es geht hier um die Demokratie»: Gewerkschafter Pierre-Yves Maillard zum Rahmenvertrag, Neue Zürcher Zeitung vom 15. Oktober 2020, 7: «Wirtschaftlich ist die Beziehung zwischen der Schweiz und der EU eine Win-win-Situation. Man darf nie vergessen, dass Firmen aus der EU weit häufiger in der Schweiz tätig sind als umgekehrt [...]»). Diese Verweise reduzieren das Projekt der europäischen Einigung auf wirtschaftliche Überlegungen und negieren damit die ideellen Aspekte.

¹⁶³ Oben, Abschnitt B.I.

¹⁶⁴ Dazu allgemein schon Diggelmann Oliver, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik: Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, Bern 2005, passim.

¹⁶⁵ Langer, Implications, 258 ff.

¹⁶⁶ Langer, Demokratie, Rz. 23.

¹⁶⁷ Langer, Demokratie, Rz. 25.

¹⁶⁸ Oben, Fn. 13.

Wichtig scheint mir, dass diese Realität anerkannt und auch offen angesprochen wird. Über ein Rahmenabkommen muss – sowohl in Bezug auf Annahme wie Ablehnung – unter den richtigen Prämissen diskutiert und vielleicht eines Tages auch abgestimmt werden, und nicht unter Aufrechterhaltung der Illusion, dass das Stimmvolk weiterhin in völliger Autonomie über alles entscheiden können wird. Die stete Versicherung, dass die direktdemokratischen Instrumente unbeschadet fortbestehen, stimmte aus substanzieller Sicht bereits bei den Bilateralen nur bedingt,¹⁶⁹ unter dem Rahmenabkommen in der nun verworfenen Fassung wäre dies noch weniger zugetroffen. Deshalb müsste eine realistische Neueinschätzung der direktdemokratischen Instrumente erfolgen in einer Welt, in der nationale Entschiede zunehmend durch internationale Vorgaben prädeterminiert sind. Diese Neueinschätzung könnte natürlich (wie kursorisch angedacht) formell erfolgen, indem der Anwendungsbereich der Volksrechte limitiert wird.¹⁷⁰ Eine solche Lösung ist angesichts der Bedeutung und auch der *mythologischen* Funktion¹⁷¹ der direktdemokratischen Instrumente in der Schweiz schwer vorstellbar. Es ist bezeichnend, dass der Parallelismus zwischen Gesetzgebung und internationalen Vertragsschlüssen umso angestrebter angestrebt wird, je mehr die beiden Prozesse auseinanderdriften. Als Folge werden kognitive Dissonanzen in der Europapolitik potenziell zunehmen – ob mit Rahmenabkommen oder ohne. Parallel dazu wächst auch das Risiko, dass sich diese Spannung eines Tages kataklystisch entlädt.

¹⁶⁹ Vgl. etwa *Oesch Matthias*, Schweiz–Europäische Union: Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug, Zürich 2020, 215, wonach der autonome Nachvollzug von unionalen Rechtsakten bereits jetzt «faktisch alternativlos» ist.

¹⁷⁰ Oben, Abschnitt C.

¹⁷¹ Vgl. allgemein zu dieser Funktion *Graf Fritz*, Griechische Mythologie: Eine Einführung, Düsseldorf 1999, 9.