



27. Mai 2024

---

# **Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht**

## Rechtliche Übersicht und Analyse

---



# Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Ausgangslage</b> .....	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Fakultatives Staatsvertragsreferendum</b> .....	<b>3</b>
<b>3</b>	<b>Obligatorisches Staatsvertragsreferendum</b> .....	<b>3</b>
<b>4</b>	<b>Obligatorisches Staatsvertragsreferendum sui generis</b> .....	<b>4</b>
4.1	Frage nach der Rechtsgrundlage.....	5
4.2	Elemente der Verfassungsinterpretation, Praxis und Lehre .....	6
4.2.1	Wortlaut und Systematik .....	6
4.2.2	Verfassungsentwicklung.....	6
4.2.3	Sinn und Zweck.....	10
4.2.4	Praxis der Bundesbehörden .....	10
4.2.5	Verfassungsrechtslehre.....	14
4.3	Interpretation und Ergebnis.....	14
4.3.1	Kein Verfassungsgewohnheitsrecht .....	15
4.3.2	Regel des ungeschriebenen Bundesverfassungsrechts? .....	15
4.3.2.1	Kein Interpretationsspielraum nach Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV ..	15
4.3.2.2	Staatsvertragsreferendum sui generis aufgrund eines Analogieschlusses aus Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV?.....	15
4.3.2.3	Bedeutung für die Weiterentwicklung der Beziehungen zur EU .....	18
<b>5</b>	<b>Zusammenfassung</b> .....	<b>18</b>

# Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

Bern, 27. Mai 2024

## 1 Ausgangslage

Diese Übersicht behandelt die Frage der Referendumpflichtigkeit des mutmasslichen Ergebnisses der laufenden Verhandlungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU). Damit erfüllt sie den Auftrag, den der Bundesrat dem EJPD am 8. März 2024 erteilt hat (EXE 2024.0441, Ziff. 9). Das angestrebte Vertragspaket trägt zurzeit noch keinen bestimmten Namen. Es wird hier deshalb schlicht als «das Vertragspaket» bezeichnet.

## 2 Fakultatives Staatsvertragsreferendum

Untersteht ein Staatsvertrag dem fakultativen Staatsvertragsreferendum, findet eine Referendumsabstimmung nur statt, wenn 50 000 Stimmberechtigte oder acht Kantone dies innerhalb von 100 Tagen ab der amtlichen Veröffentlichung des fraglichen Staatsvertrags (bzw. seiner parlamentarischen Genehmigung) verlangen (Art. 141 Abs. 1 BV<sup>1</sup>). Das fakultative Staatsvertragsreferendum setzt mithin voraus, dass Stimmberechtigte oder Kantone verhindern wollen, dass ein Staatsvertrag genehmigt wird.

Das fakultative Staatsvertragsreferendum kann nur gegen Staatsverträge ergriffen werden, die von grosser zeitlicher oder materieller Tragweite sind (Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 1–3 BV): das heisst gegen Staatsverträge, die unbefristet und unkündbar sind (Ziff. 1); die den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen (Ziff. 2); oder die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert (Ziff. 3).

Es ist davon auszugehen, dass das Vertragspaket, falls es zustande kommt, wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten wird und durch Bundesgesetze umgesetzt werden muss (Art. 164 Abs. 1 BV). Gegen das Vertragspaket könnte daher das fakultative Staatsvertragsreferendum ergriffen werden.

Käme ein fakultatives Staatsvertragsreferendum gegen das Vertragspaket fristgerecht zustande, erforderte sein Abschluss ein «einfaches Mehr». Das heisst, die Mehrheit der Stimmmenden müsste dem Vertragspaket (bzw. seinem parlamentarischen Genehmigungsbeschluss<sup>2</sup>) zustimmen (Art. 141 i.V.m. Art. 142 Abs. 1 BV).

## 3 Obligatorisches Staatsvertragsreferendum

Fällt ein Staatsvertrag in den Anwendungsbereich des obligatorischen Staatsvertragsreferendums nach Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV, kommt es von Verfassungs wegen zu einer Volksabstimmung. Dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum unterstehen der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit und zu supranationalen Gemeinschaften.

Das Vertragspaket wird gemäss dem Common Understanding und dem Verhandlungsmandat keinen Beitritt vorsehen – weder zu einer Organisation für kollektive Sicherheit noch zu einer supranationalen Gemeinschaft wie der EU. Voraussichtlich wird es dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum nach Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV daher grundsätzlich nicht unterstehen.

---

<sup>1</sup> SR 101.

<sup>2</sup> Art. 24 Abs. 3 ParlG, SR 171.10.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

Der Begriff des «Beitritts» («adhésion», «adesione») zu einer supranationalen Gemeinschaft, den Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV verwendet, ist allerdings auslegungsbedürftig.<sup>3</sup> Eine rechtliche Assoziierung mit einer supranationalen Gemeinschaft könnte unter seltenen Umständen ähnliche Wirkungen entfalten wie ein Beitritt.<sup>4</sup> Soweit eine Assoziierung mit der EU Auswirkungen hätte, die mit denjenigen eines Beitritts vergleichbar wären, wäre der entsprechende Beschluss dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum zu unterstellen.<sup>5</sup>

Damit eine Assoziierung mit einer supranationalen Gemeinschaft rechtlich als gleichbedeutend mit einem Beitritt qualifiziert werden könnte, müsste sie freilich aussergewöhnlich eng ausgestaltet sein. Eine Assoziierung der Schweiz mit einer supranationalen Gemeinschaft würde einem Beitritt nur dann gleich- oder sehr nahekommen, wenn das Assoziierungsabkommen weitreichende institutionelle Vorkehrungen trafe: Konkret müsste sich die Schweiz überstaatlichen (d.h. unabhängig von den staatlichen Vertragsparteien operierenden) Organen unterstellen, die in ihren relativ umfassenden Zuständigkeitsbereichen mittels Mehrheitsbeschlüsse für Private unmittelbar verbindliche Rechtssätze erlassen.<sup>6</sup>

Der Prozess der «dynamischen Rechtsübernahme», den das Vertragspaket möglicherweise vorsehen wird, würde voraussichtlich nicht in diesem Sinn ausgestaltet werden, denn die Schweiz könnte die Übernahme von EU-Recht – unter Inkaufnahme von verhältnismässigen Gegenmassnahmen – weiterhin einseitig ablehnen. In Anbetracht des Common Understanding und des Verhandlungsmandats ist deshalb nicht anzunehmen, dass das Vertragspaket einem Beitritt zur EU gleich- oder sehr nahekommen und deshalb dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum unterstehen würde. Eine abschliessende Beurteilung kann jedoch erst erfolgen, wenn ein paraphiertes Verhandlungsergebnis vorliegt.

Würde das Vertragspaket dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum unterstehen, erforderte sein Abschluss ein «doppeltes Mehr». Das heisst, die Mehrheit der Stimmenden und die Mehrheit der Stände müsste ihm zustimmen (Art. 140 Abs. 1 i.V.m. Art. 142 Abs. 2 BV).

### 4 Obligatorisches Staatsvertragsreferendum sui generis

Neben den zwei in der Bundesverfassung kodifizierten Arten von Staatsvertragsreferenden anerkennen die Praxis von Bundesrat und Bundesversammlung sowie ein Teil der Verfassungsrechtslehre ein ausserordentliches, d.h. nicht in der Bundesverfassung verankertes, Staatsvertragsreferendum. Dieses insofern ausserhalb der bundesverfassungsrechtlichen Ordnung stehende Staatsvertragsreferendum<sup>7</sup> ist als «Staatsvertragsreferendum sui generis» bekannt. Dieser Begriffsverwendung folgt auch die vorliegende Übersicht. Beim Staatsvertragsreferendum sui generis handelt es sich um eine Art *obligatorisches* Staatsvertragsreferendum, das der Abstimmung von Volk und Ständen unterliegt.<sup>8</sup>

In der Vergangenheit unterbreitete die Bundesversammlung insgesamt drei Mal einen Staatsvertrag der Abstimmung durch Volk und Stände, ohne dass dies in der jeweils geltenden Bundesverfassung vorgesehen gewesen wäre: 1920, weil es sich beim Beitritt zum Völkerbund

<sup>3</sup> Siehe Botschaft «Staatsvertragsreferendum», BBl 1974 II 1133, S. 1157.

<sup>4</sup> Siehe E. Grisel, Initiative et référendum populaires: Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, Bern 2004, Rz. 791.

<sup>5</sup> Vgl. Diggelmann, SGK BV, Art. 140 BV, Rz. 25; Epiney/Diezig, BSK BV, Art. 140 BV, Rz. 21; L. Gonin, Droit constitutionnel suisse, Zürich 2021, Rz. 1714; R. Schweizer, Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus, in: VdCH I, Zürich 2020, Rz. 42.

<sup>6</sup> Siehe Botschaft «Staatsvertragsreferendum», BBl 1974 II 1133, S. 1156 f.; Diggelmann, SGK BV, Art. 140 BV, Rz. 23; A. Glaser, Das Institutionelle Abkommen Schweiz-EU – ein Fall für das obligatorische Staatsvertragsreferendum?, Sui generis 2020, Rz. 4 ff.

<sup>7</sup> Vgl. R. Rhinow/M. Schefer/P. Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 3691.

<sup>8</sup> Botschaft «Staatsverträge mit Verfassungscharakter», BBl 2020 1243, S. 1247.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

nach Ansicht des Bundesrats um eine «Angelegenheit von höchster Bedeutung» handelte;<sup>9</sup> 1972 das Freihandelsabkommen mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (FHA EWG),<sup>10</sup> weil der Bundesrat dies aufgrund bedeutender sachlicher und politischer Gründe als notwendig erachtete, um zu verhindern, dass «die Diskrepanz zu den sonst üblichen Mitwirkungsrechten des Volkes ... als zu gross»<sup>11</sup> erschienen wäre;<sup>12</sup> und 1992, weil der Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) nach Meinung des Bundesrats «von überragender politischer und wirtschaftlicher Bedeutung» gewesen wäre.<sup>13</sup>

Gestützt auf diese Praxis hat der Bundesrat mehrmals, zuletzt in seiner Botschaft vom 15. Januar 2020 zum obligatorischen Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter, die er in Erfüllung einer – von ihm zur Annahme beantragten – Motion erstellt hatte und die in der Vernehmlassung eine mehrheitlich positive Aufnahme fand,<sup>14</sup> erklärt, es gäbe eine Regel des ungeschriebenen Verfassungsrechts, wonach «die Möglichkeit»<sup>15</sup> bestehe, dass die Bundesversammlung, einen Staatsvertrag dem Volks- und Ständemehr unterstellt, wenn diesem «Verfassungscharakter» zukommt.<sup>16</sup> Mit seiner Vorlage vom 15. Januar 2020 wollte der Bundesrat dieses Staatsvertragsreferendum sui generis in der Bundesverfassung verankern und seine Anwendungsvoraussetzungen konkretisieren. Fortan hätten Staatsverträge Volk und Ständen unterbreitet werden müssen, wenn sie «Bestimmungen von Verfassungsrang enthalten» hätten oder ihre «Umsetzung eine Änderung der Bundesverfassung erfordert» hätte.<sup>17</sup> Der Nationalrat trat indes nicht auf die Vorlage ein (siehe unten 4.2.2).

### 4.1 Frage nach der Rechtsgrundlage

Die Vorlage vom 15. Januar 2020 wollte den Kern dessen, was in der Praxis und der Lehre unter der Bezeichnung Staatsvertragsreferendum sui generis bekannt ist, in der Bundesverfassung kodifizieren. Weil der Nationalrat nicht auf die Vorlage eintrat, stellt sich heute die Frage, ob und falls ja unter welchen Voraussetzungen es trotzdem zulässig wäre, dass die Bundesversammlung einen Staatsvertrag Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet, obwohl er gemäss Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum nicht unterstehen würde.

Artikel 5 Absatz 1 BV setzt voraus, dass sich ein solches Staatsvertragsreferendum sui generis auf eine Rechtsgrundlage abstützen kann. Da das Staatsvertragsreferendum sui generis einer ausdrücklichen Grundlage in der Bundesverfassung entbehrt, müsste es in einer Regel des ungeschriebenen Verfassungsrechts, insbesondere des Verfassungsgewohnheitsrechts,

<sup>9</sup> Botschaft «Völkerbund», BBI 1919 IV 541, S. 630.

<sup>10</sup> SR 0.632.401.

<sup>11</sup> Botschaft «FHA EWG», BBI 1972 II 653, S. 737.

<sup>12</sup> Botschaft «FHA EWG», BBI 1972 II 653, S. 736 ff.

<sup>13</sup> Botschaft «EWR», BBI 1992 IV 1, S. 542.

<sup>14</sup> Botschaft «Staatsverträge mit Verfassungscharakter», BBI 2020 1243, S. 1252 f.

<sup>15</sup> Botschaft «Staatsverträge mit Verfassungscharakter», BBI 2020 1243, S. 1247; sinngemäss Botschaft «Bundesverfassung», BBI 1997 I 1, S. 364 («Diese Vorschrift ... schliesst nach bisheriger Praxis nicht aus, dass im Einzelfall auch andere Staatsverträge ... unterstellt werden»); Botschaft «EWR», BBI 1992 IV 1, S. 541 («vorgelegt werden kann»); Botschaft «FHA EWG», BBI 1972 II 653, S. 736 («rechtlich als nicht notwendig ... vorgelegt werden kann»); Botschaft «Völkerbund», BBI 1919 IV 541, S. 630 («politische Pflicht»); anders Botschaft «FHA EWG», BBI 1972 II 653, S. 735 («zu unterbreiten ist, wenn er tiefgreifende Änderungen der Staatsstruktur mit sich bringt oder einen grundsätzlichen Wandel in der schweizerischen Aussenpolitik zur Folge hat», was vorlegend verneint wurde).

<sup>16</sup> Botschaft «Staatsverträge mit Verfassungscharakter», BBI 2020 1243, S. 1245.

<sup>17</sup> Art. 140 Abs. 1 Einleitungssatz (Betrifft nur den französischen Text) und Bst. b<sup>bis</sup>

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

b<sup>bis</sup>. völkerrechtliche Verträge, die Bestimmungen von Verfassungsrang enthalten oder deren Umsetzung eine Änderung der Bundesverfassung erfordert; Bestimmungen von Verfassungsrang sind namentlich Bestimmungen über:

1. den Bestand der Grundrechte, die Bürgerrechte und die politischen Rechte,
2. das Verhältnis von Bund und Kantonen und die Zuständigkeiten des Bundes,
3. die Grundzüge der Organisation und des Verfahrens der Bundesbehörden.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

gründen. Die Beantwortung der Frage, ob eine entsprechende Regel besteht, bedarf einer Beurteilung der Behördenpraxis sowie der Verfassungsinterpretation. Zu berücksichtigen sind neben der Bundesverfassung selbst (Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck) ihre Entstehungsgeschichte beziehungsweise die Verfassungsentwicklung (sog. Auslegungselemente) sowie die Verfassungspraxis der Bundesbehörden und ihre Aufnahme in der wissenschaftlichen Debatte der Verfassungsrechtslehre.

### 4.2 Elemente der Verfassungsinterpretation, Praxis und Lehre

Die folgenden Abschnitte behandeln die verschiedenen Auslegungselemente beginnend mit dem Wortlaut und der Systematik der Bundesverfassung (4.2.1), gefolgt von der Verfassungsentwicklung (4.2.2), aus der sich der Sinn und Zweck der Regelung des obligatorischen Staatsvertragsreferendums erhellt (4.2.3). Anschliessend wird die Behördenpraxis dargestellt (4.2.4), bevor zuletzt ein Blick auf die Verfassungsrechtslehre geworfen wird (4.2.5). Alle diese Gesichtspunkte berücksichtigend untersucht Abschnitt 4.3, ob sich dem ungeschriebenen Verfassungsrecht, insbesondere dem Verfassungsgewohnheitsrecht, eine Rechtsgrundlage für ein Staatsvertragsreferendum *sui generis* entnehmen lässt.

#### 4.2.1 Wortlaut und Systematik

Die Formulierung von Artikel 140 Absatz 1 BV («Obligatorisches Referendum») ist abschliessend. Artikel 140 Absatz 1 BV nennt «bestimmte Beschlüsse»,<sup>18</sup> die Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden (Bst. a–c), ist also nicht bloss beispielhaft; die Bestimmung beginnt nicht mit «namentlich», «insbesondere» oder einem anderen Beispielhaftigkeit anzeigenden Begriff.<sup>19</sup> Die Formulierung von Buchstabe b wurde bewusst eng gefasst und auf die zwei ausdrücklich genannten Fälle des Beitritts zu einer supranationalen Gemeinschaft und zu einer Organisation der kollektiven Sicherheit beschränkt (siehe unten 4.2.2).<sup>20</sup> Der Wortlaut deutet deshalb darauf hin, dass Volk und Ständen keine anderen als die in Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV genannten Staatsverträge (Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften) zur Abstimmung unterbreitet werden dürfen.<sup>21</sup>

Andere Anhaltspunkte darauf, dass weitere als die in Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV genannten Staatsverträge Volk und Ständen unterbreitet werden können oder müssen, finden sich in der Bundesverfassung nicht.<sup>22</sup> Grundsätzlich geht die bundesverfassungsrechtliche Systematik der Volksrechte davon aus, dass die Bundesverfassung die Rechte von Volk und Ständen, über landes- und völkerrechtliche Erlasse mittels obligatorischen oder fakultativen Referendums mitzubestimmen, abschliessend und verbindlich regelt.<sup>23</sup>

#### 4.2.2 Verfassungsentwicklung

Im Prozess der förmlichen Verfassungsrevision entschieden Volk und Stände mehrfach, das (obligatorische) Staatsvertragsreferendum in (sehr) engen Grenzen zu halten:

<sup>18</sup> Botschaft «Bundesverfassung», BBl 1997 I 1, S. 363.

<sup>19</sup> Vgl. Diggelmann, SGK BV, Art. 140 BV, Rz. 26; Epiney/Diezig, BSK BV, Art. 140 BV, Rz. 14; Grisel, Rz. 793; Tornay Schaller, CR BV, Art. 140 BV, Rz. 12.

<sup>20</sup> Siehe Botschaft «Staatsvertragsreferendum», BBl 1974 II 1133, S. 1157 ff.

<sup>21</sup> So auch diverse Voten in AB N 2004 1969 ff.; AB S 2004 728 f.; AB N 1999 1987 ff.

<sup>22</sup> So auch Botschaft «Staatsverträge vors Volk», BBl 2010 6963, S. 6967.

<sup>23</sup> Siehe Ehrenzeller, SGK BV, Vorb. zu Volk und Ständen, Rz. 5; Ehrenzeller/Nobs, SGK BV, Art. 140 BV, Rz. 4; Epiney/Diezig, BSK BV, Art. 140 BV, Rz. 14 m.w.H.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

Im Jahr 1977 beschloss der Verfassungsgeber, das obligatorische Staatsvertragsreferendum auf den Beitritt zu Organisationen der kollektiven Sicherheit und zu supranationalen Gemeinschaften, d.h. der EU,<sup>24</sup> als die «am weitesten reichenden und am schwersten wiegenden aussenpolitischen»<sup>25</sup> Entscheide zu beschränken und dafür das fakultative Staatsvertragsreferendum auszuweiten.<sup>26</sup> Die Bundesversammlung konnte fortan jegliche Staatsverträge, die nicht dem obligatorischen Referendum unterstanden, dem fakultativen Referendum unterstellen (sog. Behördenreferendum).

Anlässlich der Totalrevision der BV von 1999 wurde der Vorschlag, alle Staatsverträge einem (obligatorischen) Staatsvertragsreferendum zu unterstellen, abgelehnt.<sup>27</sup> Zur Frage, ob «Staatsverträge von ausserordentlicher Bedeutung» entgegen der abschliessend formulierten Verfassungsbestimmung über das obligatorische Referendum Volk und Ständen unterbreitet werden können, schrieb der Bundesrat, die Bestimmung der Bundesverfassung über das obligatorische Staatsvertragsreferendum schliesse praxisgemäss «nicht aus, dass im Einzelfall auch andere Staatsverträge von ausserordentlicher Bedeutung dem obligatorischen Referendum (von Volk und Ständen) unterstellt werden».<sup>28</sup> Während der Debatte im Nationalrat zeigte sich aber, dass der Bundesrat dieser Praxis mit «einiger Mühe» begegnete und Vorbehalte gegen sie hegte.<sup>29</sup> Im Nationalrat setzte sich die Position durch, die die Bestimmung der Bundesverfassung über das obligatorische Referendum als abschliessend verstehen wollte und das Staatsvertragsreferendum *sui generis* ablehnte,<sup>30</sup> weil es plebiszitär wäre, also kein Volk und Ständen zustehendes Mitbestimmungsrecht wäre, sondern bloss den Behörden die Möglichkeit einräumen würde, Volk und Stände ermessenshalber in die Entscheidung über einen Staatsvertrag miteinzubeziehen.<sup>31</sup> Der Ständerat debattierte das Staatsvertragsreferendum *sui generis* nicht. Es blieb beim Votum des Berichterstatters der Verfassungskommission, wonach die Bestimmung über das obligatorische Staatsvertragsreferendum ein Staatsvertragsreferendum *sui generis* nicht stillschweigend ausschliesse.<sup>32</sup>

Tendenziell haben sich seit der Jahrtausendwende diejenigen politischen Kräfte durchgesetzt, die plebiszitär anmutende Formen des (Staatsvertrags)Referendums ablehnen. Insbesondere wurde 2003 im Rahmen der auf die Totalrevision der Bundesverfassung zurückgehenden parlamentarischen Initiative «Beseitigung von Mängeln der Volksrechte»<sup>33</sup> das 1977 eingeführte Behördenreferendum gegen Staatsverträge abgeschafft.<sup>34</sup> Damit wurde der – einige Jahre später von der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats explizit bekräftigte – Grundsatz des nicht-plebiszitären Charakters der Volksrechte schweizerischer Ausprägung gewissermassen wiederhergestellt. Ihm zufolge wird die politische Partizipation dem Volk in

<sup>24</sup> P. Mahon, *Droit constitutionnel: Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, 3. Aufl., Basel 2014, Rz. 137.

<sup>25</sup> Botschaft «Staatsvertragsreferendum», BBI 1974 II 1133, S. 1155.

<sup>26</sup> BBI 1977 II 197, S. 203 (Erwahrungsbeschluss). Seit 1921 waren dem fakultativen Staatsvertragsreferendum völkerrechtliche Verträge unterstellt gewesen, die unbefristet oder länger als 15 Jahre gelten sollten. Ab 1977 galten für das fakultative Staatsvertragsreferendum die alternativen zeitlichen Kriterien der Unkündbarkeit und unbefristeten Geltung sowie die alternativen materiellen Kriterien des Beitritts zu einer internationalen Organisation und der Herbeiführung einer multilateralen Rechtsvereinheitlichung.

<sup>27</sup> Siehe Botschaft «Bundesverfassung», BBI 1997 I 1, S. 364.

<sup>28</sup> Botschaft «Bundesverfassung», BBI 1997 I 1, S. 364.

<sup>29</sup> Votum BR Koller, AB N 1998 54 f.

<sup>30</sup> AB N 1998 52 ff.

<sup>31</sup> Votum NR Vollmer, AB N 1998 52.

<sup>32</sup> Votum SR Frick, für die Verfassungskommission, AB S 1998 121 («kein qualifiziertes Schweigen»).

<sup>33</sup> Parl. Iv. 99.436 Verfassungskommission SR.

<sup>34</sup> Siehe Kommissionsbericht, Parl. Iv. 96.091, BBI 2001 4803, S. 4837; BBI 2002 6485 (Schlussabstimmungstext).

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

der Schweiz nicht ermessenshalber durch die Behörden eingeräumt, sondern direkt durch die Bundesverfassung zugesichert.<sup>35</sup>

Im Jahr 2010 scheiterte der Versuch zweier verwandter parlamentarischer Initiativen, das Behördenreferendum («ausserordentliches fakultatives Referendum»<sup>36</sup> bzw. «Ratsreferendum»<sup>37</sup>) wieder einzuführen, klar.<sup>38</sup> Die parlamentarische Initiativen hätten auch Behördenreferenden gegen Staatsverträge ermöglicht. Daher war dies implizit wiederum ein Entscheid gegen die Kompetenz der Bundesversammlung, einen Staatsvertrag ermessenshalber einer Volksabstimmung zu unterbreiten, wenn er ihrer Beurteilung zufolge «von zentraler Bedeutung», «von besonders grosser Tragweite» oder «wirklich umstritten» ist.<sup>39</sup> Nach dem Entscheid von 2003, das fakultativ fakultative Staatsvertragsreferendum (Behördenreferendum) wieder abzuschaffen, erteilte das Parlament damit der Idee plebiszitärer Volksrechte erneut eine Absage.<sup>40</sup> Die Staatspolitische Kommission des Nationalrats befürchtete, dass andernfalls die parlamentarische Arbeit und das Gleichgewicht zwischen dem Parlament und dem Volk gestört würde.<sup>41</sup>

Zwei Jahre später, 2012, wurde auch der Versuch der hauptsächlich gegen die europäische Integration gerichteten<sup>42</sup> Volksinitiative «Für die Stärkung der Volksrechte in der Aussenpolitik (Staatsverträge vors Volk!)», das obligatorische Staatsvertragsreferendum auszubauen,<sup>43</sup> in der Abstimmung von Volk und Ständen deutlich abgelehnt.<sup>44</sup> Der Bundesrat argumentierte, der Begriff der «wichtigen Bereiche», den der Initiativtext mehrfach verwendete, um den Anwendungsbereich des vorgeschlagenen obligatorischen Staatsvertragsreferendums zu umschreiben, eigne sich nicht als Kriterium für ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum. Einerseits liessen sich sachpolitische Themen kaum nach ihrer Wichtigkeit ordnen, andererseits vereinten Staatsverträge regelmässig unterschiedlich wichtige Bestimmungen.<sup>45</sup> In seinem

<sup>35</sup> Kommissionsbericht, Parl. Iv. 09.443 und 09.444, S. 2 f.

<sup>36</sup> Parl. Iv. 09.443 Reimann «Stärkung der Demokratie. Einführung eines ausserordentlichen fakultativen Referendums» vom 8. Juni 2009.

<sup>37</sup> Parl. Iv. 09.444 Reimann «Stärkung der Demokratie. Einführung eines Ratsreferendums», 8. Juni 2009.

<sup>38</sup> AB N 2010 395 ff. (abgelehnt mit 57 zu 117 bzw. 115 Stimmen).

<sup>39</sup> Parl. Iv. 09.443 «Ausserordentliches Referendum»; Parl. Iv. 09.444 «Ratsreferendum».

<sup>40</sup> Kommissionsbericht, Parl. Iv. 09.443 und 09.444, S. 2 f.

<sup>41</sup> Siehe Kommissionsbericht, Parl. Iv. 09.443 und 09.444, S. 3; NR Humbel, für die SPK-N, AB N 2010 396 f.

<sup>42</sup> Botschaft «Staatsverträge vors Volk», BBI 2010 6963, S. 6972 f.

<sup>43</sup> Art. 140 Abs. 1 Bst. d (neu)

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

d. die völkerrechtlichen Verträge, die:

1. eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung in wichtigen Bereichen herbeiführen,
2. die Schweiz verpflichten, zukünftige rechtsetzende Bestimmungen in wichtigen Bereichen zu übernehmen,
3. Rechtsprechungszuständigkeiten in wichtigen Bereichen an ausländische oder internationale Institutionen übertragen,
4. neue einmalige Ausgaben von mehr als 1 Milliarde Franken oder neue wiederkehrende Ausgaben von mehr als 100 Millionen Franken nach sich ziehen.

<sup>44</sup> 24.7 % Volksstimmen, 0 Ständesstimmen, BBI 2012 7685 (Erwahrungsbeschluss).

<sup>45</sup> Botschaft «Staatsverträge vors Volk», BBI 2010 6963, S. 6978 f. Deswegen ist auch die Idee missglückt, eine Parallelität zwischen der obligatorischen direkt-demokratischen Mitsprache von Volk und Ständen am Landesrecht einerseits und am Staatsvertragsrecht andererseits herzustellen: Das obligatorische Verfassungsreferendum knüpft am *formellen* Verfassungsbegriff, d.h. an Änderungen am Verfassungsdokument (SR 101), an und hat somit einen unstrittigen Geltungsbereich; hingegen fehlt ein gleichermassen unstrittiges formelles Kriterium zur Qualifikation von Staatsverträgen – das Völkerrecht kennt grundsätzlich keine Hierarchie –, weshalb ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum nur von einem *materiellen* Kriterium abhängen kann. Würde ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum für Staatsverträge mit «Verfassungscharakter» oder dergleichen eingeführt, würde diese Parallelität konsequenterweise verlangen, dass auch Bundesgesetzrecht, dem materiell betrachtet Verfassungscharakter zukommt, einem obligatorischen Referendum untersteht. Hinzu kommt, dass die Idee der Parallelität kaum mit der verfassungsrechtlichen föderalen Zuständigkeitsordnung vereinbar wäre. Siehe Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 13.3805, Klares Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht, 12. Juni 2015, S. 18 ff.; J. Künzli, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I 47 ff., S. 52.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

direkten Gegenentwurf<sup>46</sup> wollte der Bundesrat die Ausweitung des obligatorischen Staatsvertragsreferendums auf Staatsverträge beschränken, die eine Änderung der Bundesverfassung erfordern oder einer solchen gleichkommen.<sup>47</sup> Als wichtigen Anwendungsfall identifizierte er insbesondere einen allfälligen Staatsvertrag, mit dem die Schweiz in «quasi-supranationale» Beziehungen zur EU treten würde.<sup>48</sup> Die Bundesversammlung trat nicht auf den direkten Gegenentwurf ein. Verschiedene ihrer Mitglieder monierten, er sei – wie die Initiative – zu unklar,<sup>49</sup> ausschlaggebend für den Entscheid gegen einen direkten Gegenentwurf waren letztlich aber abstimmungstaktische Gründe.<sup>50</sup>

Schliesslich scheiterte im Jahr 2021 eine Verfassungsänderung, die der Bundesrat in Erfüllung einer Motion entworfen hatte.<sup>51</sup> Nach Ansicht des Motionärs ist Artikel 140 Absatz 1 BV lückenhaft: «Während ihm Verfassungsänderungen (Landesrecht) unterstehen ..., gilt das nicht für internationale Verträge (Völkerrecht), die materiell auch verfassungsmässigen Charakter haben».<sup>52</sup> Der Bundesrat beantragte die Annahme der Motion, die das Ziel verfolgte, die Parallelität zwischen der obligatorischen direkt-demokratischen Mitsprache von Volk und Ständen am Landesrecht einerseits und am Staatsvertragsrecht andererseits auszubauen. In seiner Vorlage vom 15. Januar 2020 entwickelte er den direkten Gegenentwurf, den er der Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!» hatte gegenüberstellen wollen,<sup>53</sup> weiter, indem er den Begriff eines Staatsvertrages mit Verfassungsrang zu konkretisieren versuchte.<sup>54</sup> Trotzdem scheiterte auch diese Vorlage im Parlament. Der Nationalrat entschied auf Nichteintreten. Die Gegnerschaft der Vorlage argumentierte, der Verfassungsentwurf sei abzulehnen, weil er (immer noch<sup>55</sup>) zu unklar sei,<sup>56</sup> die Kantone übermässig stärke,<sup>57</sup> die Fortentwicklung der Menschenrechte hemme<sup>58</sup> oder die direkte Demokratie gefährde<sup>59</sup> – und weil es der Bundesversammlung faktisch ohnehin freistehe, Staatsverträge mit Verfassungscharakter Volk und Ständen zu unterbreiten.<sup>60</sup> Insbesondere letzteres, für die vorliegende rechtliche Fragestellung zentrales Argument blieb indes nicht unerwidert. Namentlich seitens des Bundesrats wurde mit der Rechtsstaatlichkeit und -sicherheit argumentiert sowie darauf hingewiesen,

<sup>46</sup> Art. 140 Abs. 1 Bst. b

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

b. völkerrechtliche Verträge, die:

1. den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften vorsehen;
2. Bestimmungen enthalten, die eine Änderung der Bundesverfassung erfordern oder einer solchen gleichkommen.

<sup>47</sup> Botschaft «Staatsverträge vors Volk», BBI 2010 6963, S. 6987.

<sup>48</sup> Botschaft «Staatsverträge vors Volk», BBI 2010 6963, S. 6990.

<sup>49</sup> NR Pfister, AB N 2011 2084; SR Schwaller, AB S 2011 845; SR Berset, AB S 2011 844; SR Büttikofer, AB S 2011 846.

<sup>50</sup> SR Berset, AB S 2011 844; SR Schwaller, AB S 2011 845 f.; NR Fluri, AB N 2011 2084; NR Pfister, AB N 2011 2084; NR Hiltbold, AB N 2011 2085.

<sup>51</sup> Art. 140 Abs. 1 Einleitungssatz (Betrifft nur den französischen Text) und Bst. b<sup>bis</sup>

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

b<sup>bis</sup>. völkerrechtliche Verträge, die Bestimmungen von Verfassungsrang enthalten oder deren Umsetzung eine Änderung der Bundesverfassung erfordert; Bestimmungen von Verfassungsrang sind namentlich Bestimmungen über:

1. den Bestand der Grundrechte, die Bürgerrechte und die politischen Rechte,
2. das Verhältnis von Bund und Kantonen und die Zuständigkeiten des Bundes,
3. die Grundzüge der Organisation und des Verfahrens der Bundesbehörden.

<sup>52</sup> Mo. 15.3557 Caroni «Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter», 15. Juni 2015.

<sup>53</sup> Siehe oben Fn. 46.

<sup>54</sup> Siehe oben Fn. 51.

<sup>55</sup> Vgl. oben Fn. 49.

<sup>56</sup> AB N 2021 806 ff.; Votum SR Jositsch, AB S 2021 957.

<sup>57</sup> AB N 2021 2377 ff.; Votum SR Rechsteiner, AB S 2021 957.

<sup>58</sup> Voten NR Marti, AB N 2021 2377 und AB N 2021 809.

<sup>59</sup> Antrag auf Nichteintreten, NR Vogt, AB N 2021 805: Mit der Konstitutionalisierung von faktisch nicht oder kaum änderbaren Staatsverträgen würden Volk und Stände in ihrer Verfassungsgebungskompetenz eingeschränkt. Siehe auch Voten NR Pfister, AB N 2021 805, und SR Jositsch, AB S 2021 957.

<sup>60</sup> Siehe AB N 2021 810 ff.; AB S 2021 956 ff.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

dass die Mitwirkungsrechte von Volk und Ständen keinen Ermessensentscheid der Bundesversammlung darstellen sollten.<sup>61</sup>

Obwohl verschiedene Anläufe genommen wurden, um ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum über Staatsverträge mit Verfassungscharakter zu schaffen, ist das Bestreben, diese Idee in der Bundesverfassung zu verankern, stets erfolglos geblieben. Einerseits sollte damit die ausserpolitische Handlungsfähigkeit und Glaubwürdigkeit der Schweiz geschützt werden.<sup>62</sup> Andererseits fehlt bis heute die notwendige Einigkeit darüber, wie das Staatsvertragsreferendum sui generis rechtlich zu fassen und in welcher Formulierung es zu kodifizieren wäre. Insofern hat sich die Idee, das obligatorische Staatsvertragsreferendum auf Staatsverträge mit Verfassungscharakter zu erstrecken, in dem Sinn als praxisuntauglich erwiesen, als sie sich kaum in einer die Rechtsanwendung klar anleitende Formulierung fassen lässt. Das Kriterium des Verfassungscharakters eines Staatsvertrags wurde selbst dann noch als zu unpräzise beurteilt, als es der bundesrätliche Verfassungsentwurf vom 15. Januar 2020 mit den Beispielen von Bestimmungen über die Grundrechte, die föderale Ordnung sowie die Staatsorganisation zu konkretisieren versuchte.<sup>63</sup> Auch die Idee, dass die Bundesversammlung ermessenshalber entscheiden darf, ob sie einen Staatsvertrag dem (fakultativen) Referendum unterstellt oder nicht, scheiterte. Sie widerspricht dem bundesverfassungsrechtlichen System der nicht-plebiszitären Volksrechte. Gleiches müsste für ein Staatsvertragsreferendum sui generis gelten, das (weitgehend) dem Gutdünken der Bundesversammlung anheimgestellt bliebe.

### 4.2.3 Sinn und Zweck

Artikel 140 Absatz 1 BV verfolgt vier zentrale Regelungszwecke (siehe insbesondere 4.2.2). Erstens sollen die Rechte von Volk und Ständen, an der Rechtsetzung mitzuwirken, beim Abschluss von Staatsverträgen ähnlich gelten wie beim Erlass von Landesrecht. Zweitens sollen diese Mitwirkungsrechte wie im Bereich des Landesrechts von der Bundesverfassung zugesichert werden und keinen plebiszitären Charakter haben. Das heisst, sie sollen Volk und Ständen von Verfassungs wegen zustehen und ihnen nicht von den Behörden eingeräumt werden. Letzteres sowie das rechtsstaatliche Gebot der Rechtssicherheit erfordern drittens, dass Artikel 140 Absatz 1 BV als abschliessend verstanden und dass sein Anwendungsbereich möglichst eindeutig eingegrenzt wird. Viertens soll schliesslich die bundesverfassungsrechtlich fein austarierte Gewaltenteilung zwischen der Bundesversammlung, dem Stimmvolk und den Ständen unter Berücksichtigung der ausserpolitischen Handlungsfähigkeit und Verlässlichkeit der Schweiz gewahrt und nicht politisiert werden.

### 4.2.4 Praxis der Bundesbehörden

In der Vergangenheit unterstellte die Bundesversammlung in Übereinstimmung mit dem Bundesrat drei Staatsverträge dem Volks- und Ständemehr, obwohl die jeweils geltende Bundesverfassung das nicht vorsah. Nur scheinbar steht diese Praxis im Widerspruch zur skizzierten Verfassungsentwicklung (siehe 4.2.2). Zwei der drei Fälle hatten sich ereignet, bevor die Debatte um die Konturen des (obligatorischen) Staatsvertragsreferendums ab dem Jahr 1977 überhaupt einsetzte. Auch der dritte Fall widerspricht der Verfassungsentwicklung nicht eindeutig. Der Beitritt zum EWR hätte möglicherweise auch als Beitritt zu einer supranationalen Gemeinschaft gewertet werden können. Schliesslich existiert auch eine gegenteilige, besser

<sup>61</sup> Votum BR Keller-Sutter, AB S 2021 958; siehe auch Voten NR Pfister AB N 2021 813; NR Romano AB N 2021 2377; NR Rutz, AB N 2021 808.

<sup>62</sup> Botschaft «Staatsverträge vors Volk», BBI 2010 6963, S. 6981, 6984; Botschaft «Staatsvertragsreferendum», BBI 1974 II 1133, S. 1153; siehe auch Kommissionsbericht, Parl. Iv. 96.091, BBI 2001 4803, S. 4826.

<sup>63</sup> AB N 2021 2377.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

im Einklang mit der Verfassungsentwicklung stehende Praxis, in der Bundesrat und Bundesversammlung gegen ein Staatsvertragsreferendum sui generis entschieden, diese Möglichkeit gar nicht erst erörterten oder sie aufgrund der kodifizierten Regelung des Staatsvertragsreferendums als unzulässig erachteten.

Im Detail stellen sich die drei Fälle des Staatsvertragsreferendums sui generis wie folgt dar:

- 1920: Den Beitritt zum Völkerbund<sup>64</sup> Volk und Ständen zur Zustimmung zu unterbreiten, erachtete der Bundesrat als «politische Pflicht», weil es sich dabei um eine «Angelegenheit von höchster Bedeutung» handelte.<sup>65</sup> In der Bundesverfassung vorgesehen war damals weder ein fakultatives noch ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum.<sup>66</sup>
- 1972: Anlässlich der Genehmigung des FHA EWG<sup>67</sup> (des Freihandelsabkommens mit der heutigen EU) erklärte der Bundesrat, ein Staatsvertrag sei Volk und Ständen zu unterbreiten, wenn er «tiefgreifende Änderungen an der Staatsstruktur» oder einen «grundsätzlichen Wandel in der schweizerischen Aussenpolitik» mit sich bringe, denn dann liege ein Fall von «Verfassungsgesetzgebung» vor.<sup>68</sup> Obwohl er diese Voraussetzungen im Fall des FHA EWG als nicht erfüllt ansah, sprach er sich dafür aus, das FHA EWG Volk und Ständen zu unterbreiten. Er begründete dies mit der grossen Bedeutung und der Umstrittenheit des FHA EWG. Das FHA EWG nicht Volk und Ständen vorzulegen, würde «die Diskrepanz zu den sonst üblichen Mitwirkungsrechten des Volkes bei der Bildung des Landesrechts als zu gross erscheinen» lassen.<sup>69</sup> Wäre die Bundesversammlung dem Bundesrat nicht gefolgt, wäre das FHA EWG keinem Referendum unterstanden, weil die damals geltenden Voraussetzungen des kodifizierten (fakultativen) Staatsvertragsreferendums nicht erfüllt gewesen wären. Der Bundesrat wehrte sich aber dagegen, «eine neue Art von Staatsvertragsreferendum zu schaffen, das die Bundesversammlung nicht anordnen muss, aber anordnen kann, wenn irgendwelche politische Gründe ein solches Verfahren zu rechtfertigen scheinen. Es würde damit ein plebiszitäres Element in unsere Kompetenzordnung eingefügt, das, obschon es die Bundesverfassung nicht ausdrücklich ausschliesst, bisher vermieden worden ist».<sup>70</sup>
- 1992: Den Beitritt der Schweiz zum EWR<sup>71</sup> Volk und Ständen zu unterbreiten, erklärte der Bundesrat damit, dass der EWR «supranationale Elemente» enthalte und «von überragender politischer und wirtschaftlicher Bedeutung» sei.<sup>72</sup> Der Entscheid, dem EWR beizutreten, wäre andernfalls dem fakultativen Referendum<sup>73</sup> oder – hätte man

<sup>64</sup> Bundesbeschluss «Völkerbund», BBI 1920 I 483; Botschaft «Völkerbund», BBI 1919 IV 541, S. 631.

<sup>65</sup> Botschaft «Völkerbund», BBI 1919 IV 541, S. 630.

<sup>66</sup> Der Beitritt zur UNO, der Nachfolgeorganisation des Völkerbunds, wurde im Jahr 2002 von Volk und Ständen aufgrund der Volksinitiative «für den Beitritt der Schweiz zur Organisation der Vereinten Nationen (UNO)», die den Bundesrat beauftragte, das Beitrittsverfahren einzuleiten, beschlossen (BBI 2002 3690, Erwählungsbeschluss; BBI 2001 1183, Botschaft).

<sup>67</sup> Bundesbeschluss «FHA EWG», BBI 1972 II 1034; Botschaft «FHA EWG», BBI 1972 II 653, S. 655.

<sup>68</sup> Botschaft «FHA EWG», BBI 1972 II 653, S. 735 f. Ob ein grundsätzlicher Wandel der Aussenpolitik als Verfassungsgesetzgebung zu qualifizieren ist, scheint diskutabel. Die Verfassung regelt die materiellen Leitplanken der Aussenpolitik kaum (siehe Art. 54 Abs. 2 BV); namentlich äussert sie sich nicht zum Verhältnis der Schweiz zur EU.

<sup>69</sup> Botschaft «FHA EWG», BBI 1972 II 653, S. 737.

<sup>70</sup> Botschaft «FHA EWG», BBI 1972 II 653, S. 736.

<sup>71</sup> Bundesbeschluss «EWR», BBI 1992 VI 56; Botschaft «EWR», BBI 1992 IV 1, S. 541.

<sup>72</sup> Botschaft «EWR», BBI 1992 IV 1, S. 541 f.

<sup>73</sup> Nach dem damals geltenden Artikel 89 Absatz 3 Buchstabe c aBV unterstanden Staatsverträge dem fakultativen Referendum, wenn sie zu einer multilateralen Rechtsvereinheitlichung führten.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

wie einzelne Lehrmeinungen,<sup>74</sup> aber entgegen der Auffassung des Bundesrats<sup>75</sup> die Supranationalität des EWR bejaht – dem obligatorischen Referendum<sup>76</sup> unterstanden.

Hingegen wurden weder die Bilateralen I noch die Bilateralen II einem Staatsvertragsreferendum sui generis unterstellt.<sup>77</sup>

- 1999: In der Botschaft zu den Bilateralen I erörterte der Bundesrat gar nicht erst, ob das Vertragspaket anstelle des fakultativen Staatsvertragsreferendums dem Staatsvertragsreferendum sui generis unterstellt werden sollte.<sup>78</sup> Der Nationalrat sprach sich ganz überwiegend gegen einen Antrag aus, das Vertragspaket Volk und Ständen zu unterstellen.<sup>79</sup> Viele Voten wiesen darauf hin, dass die kodifizierte Regelung des obligatorischen Staatsvertragsreferendums als abschliessend betrachtet werden müsse und ein Staatsvertragsreferendum sui generis daher verfassungswidrig wäre.<sup>80</sup> Dieser Ansicht schloss sich auch der Bundesrat an: «la Constitution fédérale ne prévoit pas, pour un tel cas, le référendum obligatoire. La Constitution prévoit, à l'article 89 alinéa 5, le référendum obligatoire pour des organisations de sécurité collective ou encore pour des communautés supranationales, ce qui manifestement n'est pas valable dans l'un comme dans l'autre cas pour les présents accords bilatéraux».<sup>81</sup>
- 2004: Die Bilateralen II unterstanden unstreitig dem fakultativen Referendum. Wie schon im Kontext des FHA EWG vertrat der Bundesrat die Auffassung, ein Staatsvertragsreferendum sui generis würde voraussetzen, dass dem Vertragspaket Verfassungsrang zukomme. Ihm zufolge erfüllten die Bilateralen II dieses Kriterium jedoch nicht. Die Assoziierung an Schengen und Dublin<sup>82</sup> führe «zu keiner tiefgreifenden Änderung unseres Staatswesens», tangiere die verfassungsmässige Ordnung nicht, schränke die schweizerische Souveränität nicht ein und beeinträchtige auch die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung nicht.<sup>83</sup> In Übereinstimmung mit dieser Argumentation lehnte es auch die Bundesversammlung deutlich ab, die Bilateralen II einem Staatsvertragsreferendum sui generis zu unterstellen.<sup>84</sup> Überdies wiesen erneut diverse Voten daraufhin, dass die Regelung des obligatorischen Staatsvertragsreferendums in Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV als abschliessend betrachtet werden müsse und ein Staatsvertragsreferendum sui generis eine unzulässige «plebiszitäre Ausweitung» dieser Bestimmung<sup>85</sup> darstelle.<sup>86</sup>

<sup>74</sup> Epiney/Diezig, BSK BV, Art. 140 BV, Rz. 19; Glaser, Rz. 34; vgl. auch Tornay Schaller, CR BV, Art. 141a BV, Rz. 23.

<sup>75</sup> Der Bundesrat kam «zum Schluss, dass ... die Ratifizierung dieser Verträge keinen Beitritt zu einer supranationalen Gemeinschaft ... darstellt». Botschaft «EWR», BBI 1992 IV 1, S. 541.

<sup>76</sup> Art. 89 Abs. 5 aBV.

<sup>77</sup> Bundesbeschluss «Bilaterale II», BBI 2004 7149, S. 7181; Bundesbeschluss «Bilaterale I», BBI 1999 8764.

<sup>78</sup> Botschaft «Bilaterale I», BBI 1999 6128, S. 6438.

<sup>79</sup> Antrag der Minderheit, AB N 1999 1487 ff. (abgelehnt mit 146 zu 26 Stimmen).

<sup>80</sup> AB N 1999 1487 ff.

<sup>81</sup> Votum BR Deiss, AB N 1999 1494.

<sup>82</sup> SR 0.362.31 bzw. SR 0.142.392.68.

<sup>83</sup> Botschaft «Bilaterale II», BBI 2004 5965, S. 6288 ff. Siehe auch BR Blocher, AB N 2004 1970, AB S 2004 729.

<sup>84</sup> Antrag SR Reimann, AB S 2004 728 f. (abgelehnt mit 6 zu 31 Stimmen); Antrag der Minderheit, AB N 2004 1969 ff. (abgelehnt mit 57 zu 120 Stimmen).

<sup>85</sup> Voten NR Stähelin, für die APK-S, AB S 2004 728 bzw. 729.

<sup>86</sup> AB N 2004 1969 ff.; AB S 2004 728 f.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

Neben der EU ist das System der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>87</sup> das wichtigste europäische Integrationsprojekt. Es wurde nie einem Staatsvertragsreferendum sui generis unterstellt:

- 1974: Der Beitritt der Schweiz zur EMRK wurde keinem Staatsvertragsreferendum sui generis unterstellt.<sup>88</sup> Der Bundesrat vertrat die Auffassung, der EMRK komme kein Verfassungsrang zu, da sie grösstenteils Grundrechte garantiere, die bereits durch die Bundesverfassung geschützt würden, und die Anerkennung der Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) «nichts Neues» sei.<sup>89</sup> Auch dem fakultativen Referendum unterstand die EMRK nicht. Die damals geltenden Voraussetzungen waren nicht erfüllt.
- 1998: Die umfassende Revision des EMRK-Systems, die zur Errichtung des heute operativen ständigen EGMR führte, unterstellte die Bundesversammlung keinem Staatsvertragsreferendum sui generis.<sup>90</sup> Zwar bezeichnete der Bundesrat die Gerichtsbarkeit des EGMR nunmehr als «revolutionär»<sup>91</sup> und taxierte die fragliche Fortentwicklung des EMRK-Systems als «sehr bedeutsam», doch zog er ein Staatsvertragsreferendum sui generis nicht in Betracht.<sup>92</sup> Weil er zudem die Auffassung vertrat, dass das System zu keiner multilateralen Rechtsvereinheitlichung führe, wurden auch die Voraussetzungen für ein fakultatives Referendum als nicht erfüllt erachtet.<sup>93</sup>

Dass weder der Beitritt der Schweiz zur EMRK noch die Errichtung des ständigen EGMR einem Staatsvertragsreferendum sui generis unterstellt wurden, passt aus heutiger Sicht schlecht zur Rechtsauffassung, wonach Staatsverträge mit Verfassungscharakter entgegen dem eindeutigen Wortlaut von Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV der Zustimmung von Volk und Ständen zu unterstellen seien.<sup>94</sup> Während die Bedeutung, die die EMRK einst erlangen sollte, 1974 noch kaum voraussehbar gewesen war, wurde der grosse Einfluss des EMRK-Systems auf seine Mitgliedstaaten, einschliesslich die Schweiz, bald evident.<sup>95</sup> Insofern hätte die Revision der EMRK von 1998, die für den Grundrechtsschutz einen institutionellen, quasi-verfassungsgerichtlichen Sicherungsmechanismus errichtete, als Verfassungsgesetzgebung, die die verfassungsmässige Ordnung und Staatsorganisation tangiert, qualifiziert werden können.<sup>96</sup> Umgekehrt genügte das FHA EWG als blosses Freihandelsabkommen dem Kriterium der Verfassungsgesetzgebung nicht.<sup>97</sup> In der jüngeren Vergangenheit (Bilaterale I und II) massen die Mitglieder der Bundesversammlung schliesslich dem Argument der abschliessenden Natur von Artikel 140 Absatz 1 BV erhebliches Gewicht zu.

---

<sup>87</sup> SR 0.101.

<sup>88</sup> Siehe Bundesbeschluss «EMRK», AS 1974 2148.

<sup>89</sup> Botschaft «EMRK», BBl 1974 I 1035, S. 1062 f.

<sup>90</sup> Bundesbeschluss «Protokoll Nr. 11», AS 1998 2992.

<sup>91</sup> Botschaft «Protokoll Nr. 11», BBl 1995 I 999, S. 1000.

<sup>92</sup> Botschaft «Protokoll Nr. 11», BBl 1995 I 999, S. 1027.

<sup>93</sup> Botschaft «Protokoll Nr. 11», BBl 1995 I 999, S. 1027.

<sup>94</sup> Vgl. Botschaft «Staatsverträge vors Volk», BBl 2010 6963, S. 6973.

<sup>95</sup> Siehe etwa *Bellios g. Schweiz*, 29. April 1988, série A n° 132.

<sup>96</sup> Materiell aufgrund der Regelungsmaterie der EMRK (Grundrechte, siehe Botschaft «Staatsverträge mit Verfassungscharakter», BBl 2020 1243, S. 1257); institutionell, weil das EMRK-System das verfassungsrechtliche Gewaltenteilungssystem der Schweiz nicht unerheblich modifiziert, indem es den Ausschluss der gerichtlichen Kontrolle von Bundesgesetzen nach Artikel 190 BV relativiert (siehe grundlegend BGE 125 II 417, E. 4.d; letztmals bestätigt in BGE 149 I 41, E. 4.2).

<sup>97</sup> So auch NR Fluri AB N 2021 811.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

Insgesamt ist festzustellen, dass die Bundesbehörden in der Vergangenheit weder einheitlich über das Staatsvertragsreferendum *sui generis* entschieden noch ihre Entscheidungen einheitlich begründeten. Die drei Anwendungsfälle des Staatsvertragsreferendums *sui generis* liegen zudem allesamt weit zurück und ergingen, als noch die Bundesverfassung von 1874 galt, mitunter als noch gar kein Staatsvertragsreferendum kodifiziert war.

### 4.2.5 Verfassungsrechtslehre

In der Lehre überwiegen Meinungen, die das Staatsvertragsreferendum *sui generis* als unzulässig ablehnen<sup>98</sup> oder nicht klar Stellung dazu beziehen.<sup>99</sup> Bloss ein verhältnismässig kleiner Teil der Lehre anerkennt das Staatsvertragsreferendum *sui generis*,<sup>100</sup> wobei es aus rechtsstaatlichen Gründen auch hier teils skeptisch beurteilt wird.<sup>101</sup> Sodann ist festzustellen, dass die Lehrmeinungen, die das Staatsvertragsreferendum *sui generis* als zulässig erachten und anerkennen, nicht zufriedenstellend erklären, worin genau sie die Rechtsgrundlage des Staatsvertragsreferendums *sui generis* sehen.<sup>102</sup>

### 4.3 Interpretation und Ergebnis

Wie gesehen entbehrt das Staatsvertragsreferendum *sui generis* einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage in der Bundesverfassung (siehe 4.2.1). Gestützt auf die drei Staatsverträge, die die Bundesversammlung ohne Grundlage in der jeweils geltenden Bundesverfassung Volk und Ständen unterbreitet hatte (Völkerbund, EWR, FHA EWG), erklärte der Bundesrat trotzdem mehrmals, zuletzt in seiner Botschaft vom 15. Januar 2020 zum obligatorischen Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter, dass die Praxis der Bundesbehörden eine Regel ungeschriebenen Verfassungsrechts kenne, wonach die Möglichkeit bestehe, dass die Bundesversammlung einen Staatsvertrag dem Volks- und Ständemehr unterstellt, wenn diesem Verfassungscharakter zukommt. Weil der bundesrätliche Vorschlag vom 15. Januar 2020, den Kern dieser Idee zu kodifizieren, wie vorherige Versuche, die Verfassung in diese Richtung abzuändern, scheiterte, erscheint die Rechtmässigkeit des Staatsvertragsreferendums *sui generis* heute indes fraglich. Als Rechtsgrundlagen kommt einerseits Verfassungsgewohnheitsrecht und andererseits auf dem Weg der Auslegung der Bundesverfassung gewonnenes ungeschriebenes Bundesverfassungsrecht in Frage.<sup>103</sup>

Gestützt auf die Elemente der Verfassungsinterpretation, die Behördenpraxis und die Verfassungsrechtslehre (4.2.1–4.2.5) ergibt sich folgendes Bild hinsichtlich der Frage, ob sich das

<sup>98</sup> Epiney/Diezig, BSK BV, Art. 140 BV, Rz. 14; U. Häfelin et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020, Rz. 1911a ff.; G. Malinverni et al., Droit constitutionnel suisse, Bd. I, 4. Aufl., Bern 2021, Rz. 1360; P. Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021, Rz. 1704; so wohl auch T. Gächter, Rechtsetzung, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, Rz. 147 f.; L. Langer, Staatsvertragsreferendum und Bilaterale Verträge, in: Glaser/Langer (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Zürich 2015, S. 37; a.A. offenbar L. Langer, Schweiz und EU: Taktische Debatten um das Ständemehr sind fehl am Platz, NZZ (online), 2. März 2024.

<sup>99</sup> Diggelmann, SGK BV, Art. 140 BV, Rz. 27; Grisel, Rz. 793 ff.; Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz. 3691; Tornay Schaller, CR BV, Art. 140 BV, Rz. 36 ff.

<sup>100</sup> Siehe Fn. 102.

<sup>101</sup> So insbesondere Biaggini, BV Komm., Art. 140 BV, Rz. 9. Strittig ist ferner, welche Staatsverträge ausserhalb der Enumeration von Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV einem Referendum *sui generis* unterstellt werden könnten oder müssten. Grosse Teile des Schrifttums weisen in diesem Zusammenhang auf Probleme mit der Rechtssicherheit und damit zusammenhängende Bedenken hin. Siehe Biaggini, BV Komm., Art. 140 BV, Rz. 9; ähnlich Caroni/Kühne, Das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter, AJP 2022 343 ff., S. 358 f., 363; Epiney/Diezig, BSK BV, Art. 140 BV, Rz. 14; Grisel, Rz. 796; Häfelin et al., Rz. 1911c; Tschannen, Rz. 1704.

<sup>102</sup> Siehe Caroni/Kühne, S. 348 ff., 362 ff.; Glaser, Rz. 36, der nicht begründet, weshalb das Staatsvertragsreferendum *sui generis* ungeschriebenes Verfassungsrecht darstellen soll; Ehrenzeller/Nobs, SGK BV, Art. 140 BV, Rz. 14, die die Voraussetzungen von Verfassungsgewohnheitsrecht nicht explizit prüfen, aber einräumen, dass eine gefestigte Praxis fehlt; ähnlich Y. Hangartner et al., Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2023, Rz. 1034; L. Langer, Schweiz und EU: Taktische Debatten um das Ständemehr sind fehl am Platz, NZZ (online), 2. März 2024.

<sup>103</sup> Richterrecht fällt mangels gerichtlicher Zuständigkeit im fraglichen Bereich (Art. 189 Abs. 4 BV) von vornherein ausser Betracht.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

Staatsvertragsreferendum sui generis auf eine Grundlage im ungeschriebenen Verfassungsrecht, namentlich im Verfassungsgewohnheitsrecht, abstützen kann.

### 4.3.1 Kein Verfassungsgewohnheitsrecht

Verfassungsgewohnheitsrecht setzt insbesondere eine dauerhafte, einheitliche Praxis, die in einer allgemeinen und wiederholt bestätigten Rechtsüberzeugung gründet, voraus.<sup>104</sup> Die Praxis zum Staatsvertragsreferendum sui generis fusst jedoch weniger in einer allgemeinen und mehrfach bestätigten Rechtsüberzeugung als in politischen Angemessenheitsüberlegungen (siehe 4.2.2, 4.2.4). Insbesondere das Nichteintreten der Bundesversammlung auf die Vorlage des Bundesrats vom 15. Januar 2020 ist ein Indiz dafür, dass die geteilte Rechtsüberzeugung fehlt, die notwendig wäre, damit Gewohnheitsrecht entstehen könnte (opinio juris). Zudem liegt anstelle der erforderlichen dauerhaften und einheitlichen Übung (longa consuetudo) bloss eine vereinzelt, aus bloss drei Fällen bestehende, und uneinheitliche Praxis vor.

Verfassungsgewohnheitsrecht kann sich überdies nur herausbilden, wenn das geschriebene Verfassungsrecht Raum dafür lässt. Dass die fragliche Praxis zum Staatsvertragsreferendum sui generis ergangen ist, als noch die Bundesverfassung von 1874 galt, spricht daher ebenfalls dagegen, dass es im heute massgebenden Referenzrahmen der geltenden Bundesverfassung ein verfassungsgewohnheitsrechtliches Staatsvertragsreferendum sui generis gibt. Das gilt umso mehr, als sich zwei der drei Anwendungsfälle des Staatsvertragsreferendums sui generis ereignet hatten, bevor das obligatorische Staatsvertragsreferendum überhaupt eingeführt wurde.<sup>105</sup>

Die Voraussetzungen einer verfassungsgewohnheitsrechtlichen Anerkennung des Staatsvertragsreferendums sui generis sind damit nicht erfüllt.

### 4.3.2 Regel des ungeschriebenen Bundesverfassungsrechts?

Das Staatsvertragsreferendum sui generis kann sich weder auf eine ausdrückliche Grundlage in der Bundesverfassung (4.2.1) noch auf Verfassungsgewohnheitsrecht (4.3.1) abstützen. Seine Zulässigkeit würde daher voraussetzen, dass sich seine Rechtsgrundlage im Sinne ungeschriebenen Verfassungsrechts aus einer Interpretation der Bundesverfassung ergäbe.

#### 4.3.2.1 Kein Interpretationsspielraum nach Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV

Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV lässt sich nicht dahingehend interpretieren, dass aus ihm eine Rechtsgrundlage des Staatsvertragsreferendums sui generis folgt. Diese Bestimmung lässt keinen entsprechenden Interpretationsspielraum. Sie regelt abschliessend, welche Staatsverträge der Zustimmung von Volk und Ständen bedürfen (siehe insbesondere 4.2.1).

#### 4.3.2.2 Staatsvertragsreferendum sui generis aufgrund eines Analogieschlusses aus Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV?

Es stellt sich damit die Frage, ob sich eine Rechtsgrundlage des Staatsvertragsreferendums sui generis mittels Analogieschlusses aus der Wertung beziehungsweise dem Sinn und Zweck von Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV ableiten lässt. Demnach wäre Volk und

<sup>104</sup> Siehe Ehrenzeller, SGK BV, Verfassungsinterpretation, Rz. 27.

<sup>105</sup> Das einzige Staatsvertragsreferendum sui generis, das seit der Einführung des ordentlichen obligatorischen Staatsvertragsreferendums durchgeführt wurde – die Abstimmung über den Beitritt zum EWR – stellt zudem insofern einen aussergewöhnlichen Fall dar, als strittig war, ob es sich dabei nicht um einen Anwendungsfall des (ordentlichen) obligatorischen Staatsvertragsreferendums über den Beitritt zu supranationalen Organisationen (heute Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV) hätte handeln können.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

Ständen über formelle Verfassungsänderungen hinaus zur Zustimmung zu unterbreiten, «was» die Bundesverfassung ändert, und sei es ein Staatsvertrag ausserhalb des Anwendungsbereichs des obligatorischen Staatsvertragsreferendums im Sinne von Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV.<sup>106</sup>

Gegen dieses weite Verständnis des Anwendungsbereichs von Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV spricht jedoch der Wortlaut dieser Bestimmung selbst. Er unterstellt der Zustimmung von Volk und Ständen nur Änderungen am *Erläss* «Bundesverfassung», also formelle Verfassungsänderungen. Mehrfach und in verschiedenen Varianten lehnten es sowohl das Parlament als auch Volk und Stände in der Vergangenheit ab, Staatsverträge mit «Verfassungscharakter» dem obligatorischen Referendum nach Artikel 140 Absatz 1 BV zu unterstellen. Man wollte verhindern, dass Artikel 140 Absatz 1 BV mit im Einzelfall unklaren, mithin plebiszitären Elementen<sup>107</sup> ergänzt und die verfassungsrechtlich festgelegte Gewaltenteilung, einschliesslich der aussenpolitischen Handlungsfähigkeit und Verlässlichkeit der Schweizer Regierung, politisiert und beeinträchtigt wird (siehe 4.2.2, 4.2.3). Der letzte Entscheid der Bundesversammlung, den Kern der Idee des Staatsvertragsreferendums *sui generis nicht* zu kodifizieren, datiert erst aus dem Jahr 2021. Diese mehrfache und jüngst bekräftigte Ablehnung der Idee, das obligatorische Referendum nach Artikel 140 Absatz 1 BV auf Staatsverträge mit «Verfassungscharakter» auszuweiten, bestätigt, dass die Bundesverfassung hinsichtlich der Gegenstände, die der Zustimmung von Volk und Ständen bedürfen, abschliessend zu verstehen ist (siehe 4.2.1).

Dass die Bundesverfassung Raum lässt, um ein Staatsvertragsreferendum *sui generis* mittels Analogieschlusses aus Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV zu begründen, ist daher höchst fraglich. Es wäre äusserst problematisch, wenn sich die Bundesversammlung – der selbst keine verfassungsgebende Kompetenz zukommt – weigern würde, auf dem Weg der Verfassungsänderung eine Kompetenz herbeizuführen, die sie sich aber als Rechtsanwenderin im Einzelfall ermessenshalber vorbehalten möchte. Die für den Verfassungsstaat grundlegenden Gebote der Rechtsstaatlichkeit (Art. 5 BV), allen voran der Rechtssicherheit, wie sie namentlich auch im Grundsatz der nicht-plebiszitären Natur der Referendumsrechte zum Ausdruck kommt, sind zu respektieren. Daher dürfte ein Staatsvertragsreferendum *sui generis*, das mittels Verfassungsinterpretation gestützt auf Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV begründet würde, jedenfalls nicht im Ermessen der Bundesversammlung stehen. Auf dem Weg der Auslegung von Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV ein Staatsvertragsreferendum *sui generis* herzuleiten, wäre also höchstens insofern zulässig, als es wie ein obligatorisches Referendum über eine formelle Verfassungsänderung im wörtlichen Sinn obligatorisch und nicht dem behördlichen Gutdünken anheimgestellt wäre.

Diesen Überlegungen zufolge lässt sich Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV, wenn überhaupt, nur in engsten Grenzen dahingehend lesen, dass Volk und Ständen zur Zustimmung zu unterbreiten sei, «was» die Bundesverfassung ändert, und sei es ein Staatsvertrag ausserhalb des Anwendungsbereichs des obligatorischen Staatsvertragsreferendums im Sinne von Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV. Konkret bedeutet diese Erkenntnis:

<sup>106</sup> Wenigstens auf den ersten Blick, d.h. unbesehen der Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Verfassungsbegriff (dazu Fn. 45), entspräche dies dem Leitmotiv der Parallellität zwischen der obligatorischen direkt-demokratischen Mitsprache von Volk und Ständen am Landesrecht einerseits und am Staatsvertragsrecht andererseits. Siehe dazu 4.2.2.

<sup>107</sup> Würde der Anwendungsbereich des Mitbestimmungsrechts von Volk und Ständen nach Artikel 140 Absatz 1 BV um einen hochgradig unklaren Tatbestand ergänzt, würde damit insofern ein plebiszitäres Element in die Systematik der bundesverfassungsmässigen Mitbestimmungsrechte von Volk und Ständen eingeführt, als es den Bundesbehörden weitgehend freigestellt würde, über die Mitbestimmung von Volk und Ständen zu entscheiden.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

Damit ein Staatsvertrag als Verfassungsänderung im Sinne von Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV gelten könnte und der Zustimmung von Volk und Ständen unterstände, reicht es nicht aus, dass seine innerstaatliche Umsetzung gewisse Anpassungen der Bundesverfassung erfordert. Das ergibt sich klar aus der Gesamtverfassung. Nach Artikel 141a Absatz 1 BV<sup>108</sup> darf ein Staatsvertrag, aufgrund dessen die Bundesverfassung geändert werden muss, weil er Regelungen enthält, die nicht mit geltenden Verfassungsbestimmungen vereinbar sind,<sup>109</sup> nämlich nur dann gemeinsam mit den für seine Umsetzung notwendigen Verfassungsänderungen Volk und Ständen unterbreitet werden, wenn er ohnehin dem obligatorischen Referendum unterstände.<sup>110</sup> Im Umkehrschluss schliesst es Artikel 141a Absatz 1 BV aus, dass ein Staatsvertrag nur deshalb Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV beziehungsweise einem daraus abgeleiteten Staatsvertragsreferendum sui generis untersteht, weil dessen Umsetzung bestimmte Änderungen an der Bundesverfassung erfordert.

Daraus folgt, dass die Hürde, die ein Staatsvertrag nehmen müsste, damit er in Analogie zu Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV der Zustimmung von Volk und Ständen unterstände, höher liegen müsste als bei einer «einfachen» Änderung der Bundesverfassung zwecks innerstaatlicher Umsetzung des Staatsvertrags. Dass ein Staatsvertrag in Analogie zu Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV einem Staatsvertragsreferendum sui generis unterstände, wäre daher, wenn überhaupt, nur denkbar im Fall eines Staatsvertrages, der – vorausgesetzt man nimmt seinen (Anwendungs-)Vorrang vor der Verfassung an (Art. 5 Abs. 4, Art. 190 BV) – selbst bestimmte Grundelemente der Bundesverfassung offenkundig aushebelte. Theoretisch könnte das insbesondere denkbar sein, wenn ein Staatsvertrag die Volk und Ständen allgemein zustehenden politischen Mitbestimmungsrechte in seinem Anwendungsbereich ausschliessen würde, einem überstaatlichen Gericht die Kompetenz einräumen würde, die unmittelbare Anwendbarkeit und den Anwendungsvorrang des Völkerrechts geltend zu machen, oder die bundesverfassungsrechtliche Kompetenzordnung in ihrem Kern modifizieren würde.<sup>111</sup>

Indes ist zweifelhaft, ob den gesamthaften Wertungen der Bundesverfassung besser Rechnung getragen werden könnte, indem ein solches Staatsvertragsreferendum sui generis anerkannt würde. Obwohl es aufgrund seiner Herleitung (Art. 140 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 141a Abs. 1 BV) auf den absoluten Ausnahmefall beschränkt wäre, bliebe es als ungeschriebenes Staatsvertragsreferendum in seinen Konturen (Anwendungsbereich, Anwendungsvoraussetzungen) naturgemäss höchst unscharf. Damit würde es gewichtige Verfassungsprinzipien des demokratischen Rechtsstaats, namentlich das Gebot der Rechtssicherheit, ritzen.

---

<sup>108</sup> Art. 141a Abs. 1 BV lautet: «Untersteht der Genehmigungsbeschluss eines völkerrechtlichen Vertrags dem obligatorischen Referendum, so kann die Bundesversammlung die Verfassungsänderungen, die der Umsetzung des Vertrages dienen, in den Genehmigungsbeschluss aufnehmen».

<sup>109</sup> Nicht mit einer geltenden Verfassungsbestimmung vereinbar bedeutet hier in einem Konflikt zu einer Bestimmung der Bundesverfassung stehend, der nicht auf einer untergeordneten Normstufe (vgl. Art. 190 BV) oder durch eine harmonisierende Auslegung, sondern nur durch eine formelle Verfassungsänderung gelöst werden kann.

<sup>110</sup> Gl.M. Biaggini, BV Komm., Art. 141a BV, Rz. 8; Epiney/Diezig, BSK BV, Art. 141a BV, Rz. 8, 14 f.; Grisel, Rz. 927; Saxer, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge im Verfahren gemäss Art. 141a BV, AJP 2005 821 ff., S. 826; Tornay Schaller, CR BV, Art. 141a, Rz. 22; a.M. Egli, SGK BV, Art. 141a BV, Rz. 44 f.

<sup>111</sup> Aufgrund der umfassenden Bundesausserkompetenz nach Artikel 54 BV greift die Kompetenzvermutung zugunsten der Kantone beziehungsweise der Grundsatz der Enumeration der Bundeskompetenzen nach Artikel 3 und 42 BV im Bereich von Staatsverträgen ohnehin nicht. Staatsverträge können daher nicht bereits deshalb als die bundesverfassungsrechtliche Ordnung ändernd gelten, weil sie Bereiche tangieren, die landesrechtlich in den kantonalen Zuständigkeitsbereich fallen. Vielmehr wäre dafür erforderlich, dass ein Staatsvertrag das bundesverfassungsrechtliche System der föderalen Kompetenzverteilung entweder per se antastet oder aufgrund seiner materiellen Breite geradezu aus den Angeln hebt.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

### 4.3.2.3 Bedeutung für die Weiterentwicklung der Beziehungen zur EU

Mit dem Vertragspaket werden gemäss dem Verhandlungsmandat (S. 1) die «verfassungsrechtliche Ordnung der Schweiz, das Funktionieren der Institutionen sowie die aus der direkten Demokratie, dem Föderalismus und der Unabhängigkeit des Landes fließenden Prinzipien ... gewahrt [und] die Kompetenzen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sowie jene des Parlamentes und der Gerichte aufrechterhalten». Aller Voraussicht nach wird das Vertragspaket also die Beziehungen der Schweiz zur EU nicht fundamental verändern. Vielmehr ist zu erwarten, dass das Vertragspaket den bewährten Ansatz, der Schweiz auf dem Weg von bilateralen Vertragspaketen den Zugang zum europäischen Wirtschaftsraum zu öffnen, fortsetzen wird.

Die angestrebten institutionellen Lösungen unterscheiden sich nicht grundlegend von der bisherigen Assoziierung der Schweiz mit der EU. Bereits heute übernimmt die Schweiz bereichsweise europäisches Recht via landesrechtliche Gesetzgebung. Nicht grundsätzlich anders stellt sich die Lage im Bereich der Streitschlichtung dar. Gemäss dem Common Understanding und dem Verhandlungsmandat soll die Schweiz nicht direkt der Jurisdiktion des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) unterstellt werden. Nicht Letzterer, sondern ein paritätisches, d.h. gleichmässig schweizerisch und europäisch bestelltes, Schiedsgericht soll Streitigkeiten zwischen der Schweiz und der EU entscheiden. Der EuGH würde lediglich – gewissermassen vorfrageweise – auf dem Weg der Auslegung EU-rechtliche Begriffe klären, soweit diese für eine am Schiedsgericht hängige Frage des bilateralen Rechts bedeutsam wären. Die Schaffung eines paritätischen Schiedsgerichts wäre völkerrechtlich nichts grundsätzlich Neues.<sup>112</sup> Die Schweiz würde weiterhin selbst über die Geltung, die Anwendbarkeit und den Rang des bilateralen Rechts in ihrer landesrechtlichen Ordnung entscheiden.

Dass das Vertragspaket Grundelemente der Bundesverfassung offenkundig aushebeln wird, ist gemäss dem Common Understanding und dem Verhandlungsmandat also nicht zu erwarten. Die Möglichkeit, dass es einem von Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV abgeleiteten Staatsvertragsreferendum sui generis unterstehen könnte, wird daher aller Voraussicht nach ausser Betracht bleiben (siehe 4.3.2.2).

## 5 Zusammenfassung

Das Schweizer Bundesverfassungsrecht kennt verschiedene Arten des Staatsvertragsreferendums. Sie räumen dem Volk oder Volk und Ständen das Recht ein, mitzuentcheiden, ob sich die Schweiz völkervertragsrechtlich verpflichten soll. Die verschiedenen Staatsvertragsreferenden unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Zulässigkeit, ihres Zustandekommens, ihres Mehrheitserfordernisses und ihres Anwendungsbereichs.

Untersteht ein Staatsvertrag dem *fakultativen Staatsvertragsreferendum* ist ein Mehr der Volksstimmen erforderlich, damit sich die Schweiz völkervertragsrechtlich binden darf («einfaches Mehr»; Art. 141 i.V.m. Art. 142 Abs. 1 BV). Zu einer Volksabstimmung kommt es nur, falls 50 000 Stimmberechtigte oder acht Kantone dies innerhalb von 100 Tagen ab der amtlichen Veröffentlichung des Staatsvertrags verlangen (Art. 141 Abs. 1 BV). Dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterstehen unter anderem die Staatsverträge, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren innerstaatliche Umsetzung den Erlass von

<sup>112</sup> Siehe J. Paulsson, Appointment of Arbitrators, in: Schultz/Ortino (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Arbitration, Oxford 2020, S. 103 ff., S. 104, f., 110 f.; z.B. Art. 12 Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Volksrepublik China über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen vom 27. Januar 2009, SR 0.975.224.9; Art. 27 Vertrag über die Energiecharta vom 17. Dezember 1994, SR 0.730.0; Art. 28 Übereinkommen über Vergleichs- und Schiedsverfahren innerhalb der KSZE vom 15. Dezember 1992, SR 0.193.235; Art. 45 Abkommen zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle vom 18. Oktober 1907, SR 0.193.212.

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

Bundesgesetzen erfordert (Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV). Das Vertragspaket, das die Schweiz und die EU zurzeit aushandeln, würde zweifellos wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten und daher dem fakultativen Referendum unterstehen.

Untersteht ein Staatsvertrag dem *obligatorischen Staatsvertragsreferendum* ist ein Mehr der Volks- und der Ständesstimmen erforderlich, damit sich die Schweiz völkervertragsrechtlich binden darf («doppeltes Mehr»; Art. 140 Abs. 1 i.V.m. Art. 142 Abs. 2 BV). Zur Abstimmung kommt es von Verfassungen wegen über jeden Staatsvertrag, der dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum untersteht. Vom obligatorischen Staatsvertragsreferendum erfasst werden Staatsverträge, die den Beitritt der Schweiz zu einer Organisation der kollektiven Sicherheit oder einer supranationalen Gemeinschaft vorsehen (Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV).

Die Schweiz strebt mit den Verhandlungen über das Vertragspaket mit der EU keinen Beitritt zur supranationalen EU an. Das Verhandlungsergebnis wird aller Voraussicht nach auch nicht zu einer so engen Assoziierung der Schweiz mit der EU führen, dass sich die Gleichbehandlung der Assoziierung mit einem Beitritt rechtfertigen würde. Das Vertragspaket wird dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum nach Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV daher höchstwahrscheinlich nicht unterstehen.

Allerdings haben die Bundesbehörden gemeinsam mit einem Teil der Verfassungsrechtslehre in der Vergangenheit die Auffassung vertreten, dass ein Staatsvertrag ausnahmsweise einem obligatorischen Referendum (d.h. der Zustimmung von Volk und Ständen) auch in Fällen unterstellt werden kann, die die Bundesverfassung nicht ausdrücklich vorsieht, sog. *Staatsvertragsreferendum sui generis*. Ob – das heisst, auf welcher rechtlichen Grundlage – und falls ja unter welchen Voraussetzungen das heute, nachdem die Bundesversammlung als Teil des Verfassungsgebers die bundesverfassungsrechtliche Verankerung dieser Möglichkeit im Jahr 2021 (erneut) abgelehnt hat, noch zulässig wäre, ist jedoch fraglich. Das bundesverfassungsrechtliche System der Volksrechte geht davon aus, dass die Bundesverfassung die Rechte von Volk und Ständen über die Rechtsetzung, einschliesslich Staatsverträge, mitzubestimmen, abschliessend regelt. Es handelt sich dabei um verfassungsmässige Rechte, die Volk und Ständen zustehen und ihnen nicht bloss von den Bundesbehörden eingeräumt werden können. Nichts anderes gebieten die Rechtsstaatlichkeit und -sicherheit. Dementsprechend werden die Bereiche, in denen Volk (und Stände) mittels (obligatorischen) Referendums über Staatsverträge mitbestimmen, in den Wortlauten von Artikel 140 Absatz 1 und Artikel 141 Absatz 1 BV abschliessend genannt. An einer gegenteiligen Verfassungsgewohnheitsrecht begründenden Übung, wonach aufgrund der Rechtsüberzeugung der Behörden bestimmte Staatsverträge in einer regelmässigen und einheitlichen Praxis Volk und Ständen unterstellt worden wären, obschon diese Verträge gemäss dem Wortlaut von Artikel 140 Absatz 1 BV dem obligatorischen Referendum nicht unterstanden wären, mangelt es. Dass die Bundesbehörden in der älteren Vergangenheit ganz vereinzelt, in unterschiedlichen Kontexten und uneinheitlich begründet Staatsverträge der Abstimmung von Volk und Ständen unterbreiteten, obschon das damals jeweils geltende Verfassungsrecht dies nicht vorgesehen hätte (1920: Beitritt zum Völkerbund; 1972: Freihandelsabkommen mit der heutigen EU; 1992: Beitritt zum EWR), ist dafür weder quantitativ noch qualitativ ausreichend.

Die rechtliche Grundlage und der Anwendungsbereich des Staatsvertragsreferendums *sui generis* müssten sich daher aus der Bundesverfassung ergeben. Die Auslegung von Artikel 140 Absatz 1 BV im Kontext der Gesamtverfassung zeigt indes, dass hierfür wenig Raum besteht. Der Wortlaut von Artikel 140 Absatz 1 BV ist nicht nur sprachlich abschliessend formuliert, sondern er soll es dem Willen des Verfassungsgebers nach auch sein. Der Verfas-

## Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht

sungsgeber will den nicht plebiszitären Charakter der verfassungsmässigen Mitbestimmungsrechte von Volk und Ständen respektieren und die fein austarierte Gewaltenteilung zwischen der Bundesversammlung, dem Stimmvolk und den Ständen unter Berücksichtigung der ausserpolitischen Handlungsfähigkeit und Verlässlichkeit der Schweiz wahren. Klar nicht zulässig ist es, einen Staatsvertrag nur deshalb einem obligatorischen Referendum zu unterstellen, weil seine innerstaatliche Umsetzung gewisse Änderungen an der Bundesverfassung erfordert (Art. 141a Abs. 1 BV im Umkehrschluss). Als Grundlage für das Staatsvertragsreferendum sui generis denkbar bliebe daher einzig und nur in engsten Grenzen ein Analogieschluss aus Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV. Demnach müsste Volk und Ständen zur Genehmigung unterbreitet werden, «was» die Verfassung ändert, und sei es ein Staatsvertrag ausserhalb des Anwendungsbereichs des obligatorischen Staatsvertragsreferendums im Sinne von Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV.

Weil ein Staatsvertrag nicht als verfassungsändernd gelten kann, bloss weil seine innerstaatliche Umsetzung gewisse Anpassungen der Bundesverfassung erfordert (Art. 141a Abs. 1 BV im Umkehrschluss), bleibt das mögliche Anwendungsfeld eines so hergeleiteten Staatsvertragsreferendums sui generis äusserst eng. Dies gilt umso mehr, als auch ein so begründetes Staatsvertragsreferendum sui generis nicht plebiszitär sein, also nicht dem Gutdünken der Bundesbehörden überlassen bleiben dürfte. Es kämen daher nur Staatsverträge in Betracht, die selbst bestimmte Grundelemente der Bundesverfassung offenkundig aushebelten. Theoretisch denkbar sein könnte das insbesondere, wenn ein Staatsvertrag: die Volk und Ständen allgemein zustehenden politischen Mitbestimmungsrechte in seinem Anwendungsbereich ausschliessen würde, einem überstaatlichen Gericht die Kompetenz einräumen würde, die unmittelbare Anwendbarkeit und den Anwendungsvorrang des Völkervertragsrechts geltend zu machen, oder die bundesverfassungsrechtliche Kompetenzordnung in ihrem substantiellen Kern modifizieren würde.

Zwar ist eine definitive Beurteilung der Referendumpflichtigkeit des Vertragspakets erst möglich, wenn ein paraphiertes Verhandlungsergebnis vorliegt. Dass das Vertragspaket insgesamt bestimmte Grundelemente der Bundesverfassung offenkundig aushebeln wird, ist jedoch nicht zu erwarten. Das Szenario, dass es einem möglicherweise von Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV herleitbaren Staatsvertragsreferendum sui generis unterstehen würde, wird daher aller Voraussicht nach ausser Betracht bleiben.