

Muss das Freihandelsabkommen der Schweiz
mit der Volksrepublik China dem fakultativen Staatsvertrags-
referendum unterstellt werden?

Rechtsgutachten vom 15. Februar 2014

Prof. Dr. Oliver Diggelmann, LL.M. (Cambridge)
Ordinarius für Völker- und Staatsrecht an der Universität Zürich
Scheuchzerstrasse 34
8006 Zürich
043 244 56 35
oliver.diggelmann@rwi.uzh.ch

erstellt im Auftrag von
Prof. Dr. Dr. h.c. Paolo Bernasconi
Via Lucchini 1
6901 Lugano

INHALT

| | |
|--|----|
| ZUSAMMENFASSUNG | 1 |
| EINLEITUNG | 3 |
| 1. GUTACHTENSFRAGE | 3 |
| 2. HINTERGRÜNDE UND RELEVANTE VERFASSUNGSBESTIMMUNGEN | 3 |
| 3. VORGEHEN | 4 |
| I. GRUNDSÄTZLICHES ZU ART. 141 ABS. 1 LIT. D ZIFF. 3 BV | 6 |
| 1. PRÄMISSEN UND PROBLEMATIK DER REFORM VON 2003 | 6 |
| a. Entstehung der Regelung von 2003 | 6 |
| b. Regelung von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV..... | 12 |
| c. Grundproblematik..... | 13 |
| 2. WICHTIGKEITSBEGRIFF UND SPEZIFIKA STAATSVERTRAGLICHER RECHTSETZUNG | 17 |
| a. Anknüpfung an Art. 164 Abs. 1 BV | 17 |
| b. Miteinbezug der Spezifika staatsvertraglicher Rechtsetzung..... | 20 |
| c. Besonderheiten auf der personalen Ebene | 21 |
| d. Besonderheiten auf der zeitlichen Ebene | 24 |
| e. Besonderheiten auf der materiell-inhaltlichen Ebene..... | 26 |
| 3. EINFÜHRUNG UND VARIANTEN DER STANDARDABKOMMEN-PRAXIS..... | 27 |
| a. Einführung und Grundidee..... | 27 |
| b. Praxis: zwei Varianten | 31 |
| c. Statistische Angaben | 35 |
| d. Praxisänderung bei DBA 2009 | 37 |
| II. VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT DER STANDARDABKOMMEN-PRAXIS..... | 39 |
| 1. AUSLEGUNGSSPIELRÄUME BEI ART. 141 ABS. 1 LIT. D ZIFF. 3 BV | 39 |
| a. Spielräume für Inkongruenzen..... | 39 |
| b. Schematismen und Kategorisierungen | 40 |
| c. Grössere Fehlertoleranz bei „politischen“ Behörden? | 41 |
| 2. FOLGERUNGEN FÜR DIE STANDARDABKOMMEN-PRAXIS..... | 43 |
| a. Ungenügender Einbezug der Spezifika staatsvertraglicher Rechtsetzung..... | 43 |
| b. Standardabkommen als separate Vertragskategorie | 45 |
| c. Bedeutung des Konsenses zwischen Parlament und Bundesrat? | 48 |
| d. Zweifel des Bundesrates an der Verfassungsmässigkeit | 49 |
| 3. FOLGERUNGEN FÜR DEN UMGANG MIT DEM FHA MIT CHINA..... | 52 |
| a. Spezifischer Wichtigkeitsbegriff von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV..... | 52 |
| b. Umstrittenheit bei standardisierten Verträgen | 54 |
| c. Ökonomisches Gewicht als selbständiges Kriterium | 59 |
| d. Fazit | 59 |
| LITERATUR | 62 |
| ANHANG: STANDARDABKOMMEN SEIT 2003..... | 68 |

ZUSAMMENFASSUNG

Der Gutachter wurde beauftragt, die Frage der Referendumpflichtigkeit des Freihandelsabkommens der Schweiz mit der Volksrepublik China aus verfassungsrechtlicher Sicht zu klären.

(1) **Ausgangslage:** Im Mittelpunkt der Analyse steht der Begriff der „Wichtigkeit“ rechtsetzender Bestimmungen, an dem sich die Referendumpflicht bei unmittelbar rechtsetzenden Staatsverträgen gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV entscheidet. Nach der sogenannten Standardabkommen-Praxis von Bundesrat und Parlament, die seit 2003 auf Freihandelsabkommen angewandt wird, sind Verträge mit gleichlautendem oder sehr ähnlichem Inhalt wie bereits geltende Staatsverträge der Schweiz nicht „wichtig“ im Sinne dieser Bestimmung. Es stellt sich die Frage, ob diese Praxis (die auf das Freihandelsabkommen angewandt wurde) verfassungsmässig ist, und – falls nicht –, was dies für den Umgang mit dem Freihandelsabkommen mit China bedeutet.

(2) **Wichtigkeit rechtsetzender Bestimmungen in Staatsverträgen:** Der Wichtigkeitsbegriff in Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV ist so auszulegen, dass er den Entscheid für „parallele“ Referendumsregelungen bei Gesetzgebung und staatsvertraglicher Rechtsetzung respektiert und zugleich den Besonderheiten staatsvertraglicher Rechtsetzung Rechnung trägt. Zu den Besonderheiten gehört bei „standardisierten“ Verträgen u.a., dass bestimmte dieser Verträge mit *bestimmten* Vertragspartnern wegen ihrer Wirkungen in der politisch-sozialen Realität als brisant oder besonders bedeutend wahrgenommen werden. Ein anderes Spezifikum ist, dass die Hintergründe gleichlautender oder ähnlicher Abkommen sehr unterschiedlich sein können, so dass der Vertragsinhalt alleine keine Rückschlüsse auf den Routinecharakter des Rechtsetzungsentscheides zulässt.

(3) **Verfassungswidrigkeit der Standardabkommen-Praxis:** Die Standardabkommen-Praxis trägt den Besonderheiten staatsvertraglicher Rechtsetzung ungenügend Rechnung. Sie betrachtet den Vertragspartner kategorisch als für die Wichtigkeit irrelevant und nimmt bei Staatsverträgen mit gleichlautendem oder sehr ähnlichem Inhalt wie bereits bestehende Verträge der Schweiz schematisch Unwichtigkeit der rechtsetzenden Bestimmungen an. Der starre Schematismus unterläuft den Zweck von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV, Abkommen mit

wichtigen und unwichtigen rechtsetzenden Bestimmungen unterschiedlichen innerstaatlichen Zustimmungsverfahren zu unterstellen und bei wichtigen Abkommen eine direktdemokratische Legitimation sicherzustellen. Die Standardabkommen-Praxis führt den Begriff der „Wichtigkeit“ rechtsetzender Verträge zu eng.

(4) Folgerungen für den Umgang mit dem FHA mit China: Das Freihandelsabkommen mit China ist in seinen Grundelementen ein „standardisiertes“ Abkommen. Die Verfassung verlangt auch bei solchen Abkommen eine *konkrete* Überprüfung der Wichtigkeit unter Einschluss der politischen, sozialen sowie ökonomischen Gesamtwirkungen des Vertrages. Es genügt nicht, wie im Rahmen der Standardabkommen-Praxis Usanz, die Referendumpflichtigkeit durch Verweis auf das Fehlen neuer wichtiger Verpflichtungen und durch pauschales Verneinen besonderen rechtlichen, wirtschaftlichen oder politischen Gewichts des Abkommens auszuschliessen.

(5) Wichtige rechtsetzende Bestimmungen im FHA mit China: Das Freihandelsabkommen mit China enthält wegen seiner hohen politischen Umstrittenheit sowie wegen seiner ökonomischen Dimensionen wichtige rechtsetzende Bestimmungen. Eine enge wirtschaftliche Assoziierung mit China erscheint in den Augen eines Teils der Schweizer Bevölkerung als prekär enge Verbindung mit einem Unrechtssystem und Form indirekter Komplizenschaft bei dessen Menschenrechtsverletzungen (Schauprozesse, Zwangsarbeit als Teil der Volkswirtschaft, Verwendung von Organen Hingerichteter, Todesstrafe für 68 Verbrechen, unnatürliche Todesfälle in Gefängnissen). Verfassungsrechtlich ist es für die Beurteilung der politischen Umstrittenheit nicht massgeblich, ob empirisch ein Wirkungszusammenhang zwischen dem Abkommen und systembedingten Menschenrechtsverletzungen besteht. Dazu kommt, dass das Abkommen wegen seiner ökonomischen Dimension besonders bedeutend und daher wichtig im Sinne der Referendumsregelung ist. China ist – nach der EU und den USA – der drittgrösste Handelspartner der Schweiz.

(6) Verfassungswidrigkeit der Nichtunterstellung des FHA mit China unter das Referendum: Die Nichtunterstellung des Freihandelsabkommens mit China unter das Referendum verletzt Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV.

EINLEITUNG

1. Gutachtensfrage

„Muss das am 6. Juli 2013 zwischen der Schweiz und der Volksrepublik China (nachfolgend China) abgeschlossene Freihandelsabkommen (nachfolgend FHA mit China) dem fakultativen Staatsvertragsreferendum gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV unterstellt werden?“

2. Hintergründe und relevante Verfassungsbestimmungen

Das Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und China ist ein bilaterales Abkommen mit dem Zweck, den gegenseitigen Handel zu erleichtern, den Schutz des geistigen Eigentums zu verstärken und die Rechtssicherheit für den wirtschaftlichen Verkehr allgemein zu verbessern. Es soll gemeinsam mit dem gleichzeitig abgeschlossenen Abkommen über die Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Agreement on Labour and Employment Cooperation) die bilaterale Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und China fördern. Gemäss Art. 166 Abs. 2 BV bedarf das Freihandelsabkommen der Genehmigung durch die Bundesversammlung. Der Nationalrat stimmte ihm am 10. Dezember 2013 mit 120 zu 46 Stimmen zu. Er folgte dabei der Empfehlung des Bundesrates, es nicht dem fakultativen Staatsvertragsreferendum für rechtsetzende Staatsverträge gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV zu unterstellen. Der Minderheitsantrag auf Unterstellung unter das fakultative Referendum wurde mit 109 zu 52 Stimmen abgelehnt. Der Auftraggeber ersucht den Gutachter, eine

wissenschaftliche Prüfung der Frage vorzunehmen, ob die Nichtunterstellung die Verfassung verletzt.

Im Mittelpunkt der Analyse stehen die folgenden zwei Verfassungsbestimmungen:

Art. 141 Fakultatives Referendum

¹ Verlangen es 50'000 Stimmberechtigte oder acht Kantone innerhalb von 100 Tagen seit der amtlichen Veröffentlichung des Erlasses, so werden dem Volk zur Abstimmung vorgelegt:
[...]

d. Völkerrechtliche Verträge, die:
[...]

3. wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert.

² [...] (aufgehoben)

Art. 164 Gesetzgebung

¹ Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über:

- a. die Ausübung politischer Rechte;
- b. die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte;
- c. die Rechte und Pflichten von Personen;
- d. den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben;
- e. die Aufgaben und Leistungen des Bundes;
- f. die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts;
- g. die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden.

² [...]

3. Vorgehen

Die Beurteilung der Referendumpflichtigkeit des Freihandelsabkommens mit China hängt wesentlich von der Einschätzung der Verfassungsmässigkeit der

sog. „Standardabkommen-Praxis“ (nachfolgend ohne Anführungszeichen) von Bundesrat und Parlament ab. Diese 2003 entwickelte Praxis spielte bei der Nichtunterstellungsempfehlung des Bundesrates die zentrale Rolle. Ihr liegt eine spezifische Auslegung der Referendumsregelung von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV zugrunde. Der Grundgedanke besteht darin, dass Abkommen mit gleichlautendem oder sehr ähnlichem Inhalt wie bereits geltende Staatsverträge der Schweiz nicht als „wichtig“ und damit nicht als referendumpflichtig zu gelten haben. Die Standardabkommen-Praxis betrifft heute Entscheide des Parlaments über die Unterstellung von Freihandelsabkommen (nachfolgend FHA) und Abkommen über soziale Sicherheit (nachfolgend ASS) unter das Referendum. Bis 2009 betraf sie auch Doppelbesteuerungsabkommen (DBA).

Die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit der Standardabkommen-Praxis erfordert zunächst im I. Teil ein kurzes Eingehen auf die Prämissen der Volksrechtsreform von 2003 (I.1), eine grundsätzliche Analyse des Wichtigkeitsbegriffs von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV (I.2) sowie ein Eingehen auf Grundidee und Handhabung der Standardabkommen-Praxis durch Parlament und Bundesrat (I.3). Im II. Teil folgen gestützt darauf grundsätzliche Ausführungen zu den Auslegungsspielräumen bei Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV (II.1.) sowie Folgerungen hinsichtlich der Verfassungsmässigkeit der Standardabkommen-Praxis (II.2). Die Analyse ermöglicht schliesslich eine Beurteilung der Referendumpflichtigkeit des FHA mit China (II.3).

I. GRUNDSÄTZLICHES ZU ART. 141 ABS. 1 LIT. D ZIFF. 3 BV

1. Prämissen und Problematik der Reform von 2003

a. *Entstehung der Regelung von 2003*

Die **Reform des Staatsvertragsreferendums 2003 unterschied sich in einem wichtigen Punkt** von den bisherigen Verfassungsänderungen im Bereich des Staatsvertragsreferendums.¹ Erstmals ging es – wenn auch beschränkt auf Rechtsetzung und fakultatives Referendum – nicht mehr um eine bloss Annäherung der Referendumsregelungen im Binnen- und Aussenbereich, sondern um die Überwindung der Inkongruenzen. Fluchtpunkt der Reformdiskussionen ab den frühen 1990er-Jahren war bald die Idee des mehr oder minder vollständigen Einfangens der Partizipationsverluste, die im Lauf der Diskussionen in Forderungen nach „Parallelität“ oder „Analogie“ der Regeln Ausdruck fand.² Das war nicht nur 1921 anders, als ein rudimentäres fakultatives Staatsvertragsreferendum geschaffen wurde, das bis zur Reform von 1977 gerade dreimal ergriffen wurde und Rechtsetzung durch Staatsverträge nicht spezifisch erfasste.³ Auch 1977, als das fakultative Staatsvertragsreferendum stark erweitert und für zwei Konstellationen neu ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum eingeführt wurde, war Kongruenz der Regelungen weder insgesamt noch bei der Rechtsetzung im Besonderen das Ziel.⁴ 1977 bestand die Absicht

¹ Für eine Übersicht: Diggelmann, Internationalisierung, S. 35 ff.

² Sägesser, Referendum, Rz. 13; Zellweger, Legitimation, S. 33 ff.

³ Gemäss Art. 89 Abs. 3 BV 1874 waren dem fakultativen Staatsvertragsreferendum nur unkündbare Verträge und solche mit einer Laufzeit von mindestens 15 Jahren unterstellt.

⁴ Der kurzzeitig vom Nationalrat favorisierten Option, auf die „grosse Tragweite“ abzustellen, wurde *vorgeworfen*, sie orientiere sich an der Idee der Parallelität: Kreis, Weg des Staatsvertragsreferendums, S. 32.

darin, ein Bündel von Entscheidungen für die Partizipation des Volkes zu öffnen, bei denen offenkundig erhöhter demokratischer Legitimationsbedarf bestand. Der Bundesrat hielt in seiner Botschaft jedoch fest, es sei nicht das Ideal unserer Demokratie, die direktdemokratischen Institutionen zu maximieren.⁵ Die Referendumsregelung beschränkte sich bei der Rechtsetzung auf ambitioniertere internationale Rechtsetzungsakte: auf Verträge, die eine „multilaterale Rechtsvereinheitlichung“ herbeiführen.⁶ Bilateral rechtsetzende Verträge oder solche, die der Umsetzung durch Bundesgesetze bedurften, waren nicht erfasst.

In der Reformdiskussion ab Mitte der 1990er-Jahre hatten sich die Vorzeichen verschoben. Es gab deutliche Anzeichen dafür, dass die – durch die Europäisierung und Globalisierung seit den 1980er Jahren beschleunigte – Zunahme von Rechtsetzung durch völkerrechtliche Verträge ernsthaft an der Substanz des Referendums gezehrt hatte.⁷ Die dadurch bedingte Verlagerung von der Binnenrechtsetzung auf die Staatsvertragsebene führte zu einem Bedeutungsverlust des Referendums, ohne dass am Verfassungstext etwas geändert worden wäre.⁸ Als stossend wurde vor allem empfunden, dass der Beitritt der Schweiz zur UNO-Rassendiskriminierungskonvention keinem Referendum unterstand.⁹ Er verpflichtete die Schweiz zum Erlass einer Strafbestimmung, die bis heute viel zu reden gibt, in hohem Mass umstritten ist und die Gerichte vor schwierige Auslegungsprobleme stellt. Ebenfalls nicht erfasst war der Beitritt zur UNO-

⁵ Botschaft Staatsvertragsreferendum, BBl 1974 II 1153.

⁶ Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV in der bis zum 31. Juli 2003 geltenden Fassung (Art. 89 Abs. 3 lit. c. aBV).

⁷ Botschaft nBV, BBl 1997 I 442 f.

⁸ Künzli, Partizipationsrechte, S. 14; Kälin, Spannungsverhältnis, S. 17.

⁹ Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung (SR 0.104, in der Schweiz am 29. Dezember 1994 in Kraft getreten).

Kinderrechtskonvention.¹⁰ Es kam zu einer Reformdebatte, bei der es zwar einerseits – wie bei den Reformen von 1977 und auch 1921 – darum ging, auf erodierende autonome Gestaltungsspielräume und die gewachsene Bedeutung von Staatsverträgen bei der Politikgestaltung zu reagieren, indem die Volksrechte im Aussenbereich erweitert wurden. Andererseits bestand der *Unterschied* zu den früheren Reformen aber darin, dass die ehemals leitende Idee einer Verringerung von Inkongruenzen der Idee der Kongruenz oder Parallelität zwischen Gesetzes- und Staatsvertragsreferendum gewichen war.¹¹

Diese Verschiebung bedeutete – auf der grundsätzlichen Ebene – eine unausgesprochene wichtige Umorientierung: die Gestaltung des fakultativen Referendums für rechtsetzende Staatsverträge im Prinzip **ausschliesslich nach jenen Erwartungen direktdemokratischer Legitimation** auszurichten, die **im Binnenbereich** durch das fakultative Gesetzesreferendum **entstanden** waren. In beiden Bereichen sollte im Prinzip dieselbe direktdemokratische Legitimation verwirklicht werden. Die neue Referendumsregelung für staatsvertragliche Rechtsetzung sollte damit erstmals **nicht mehr Resultat eines Kompromisses** sein zwischen einerseits direktdemokratischen Legitimationsbedürfnissen und andererseits Flexibilitätsbedürfnissen von Regierung und Parlament im Aus-

¹⁰ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107, in der Schweiz am 26. März 1997 in Kraft getreten).

¹¹ Präzisierend ist anzumerken, dass Parallelität beim obligatorischen Referendum – anders als mit der 2012 verworfenen Volksinitiative „Für die Stärkung der Volksrechte in der Aussenpolitik (Staatsverträge vors Volk!)“ – nicht angestrebt wurde. Die Initiative verlangte u.a. obligatorische Entscheide durch Volk und Stände, wenn staatsvertraglich in „wichtigen Bereichen“ eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung herbeigeführt wird. Ebensovienig wurde Parallelität bei der „negativen“ Rechtsetzung, d.h. der Aufhebung rechtsetzender Akte, angestrebt. Das Recht zur Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen liegt grundsätzlich in Händen des Bundesrates, während Bundesgesetze nur vom Parlament aufgehoben werden können. Vgl. Thürer/Diggelmann, SG-Kommentar zu Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV (3. A), Rz. 21 f.

senbereich. Allgemein sah man in der Zielsetzung der Kongruenz vor allem ein Zeichen für die besondere „Vitalität der direkten Demokratie“.¹²

Was ist, abstrakt formuliert, die Grundüberlegung hinter einem solchen Ziel? Diese Frage ist wichtig, um später die hier interessierende Norm richtig auszu-legen. Kongruente Regelungen – d.h. Regelungen, die keine Annäherung, son-derern Parallelität wollen – gehen von der Annahme aus, dass die Besonderhei-ten des aussenpolitischen Politikmodus nicht genügend wichtig sind, um bei der Regelung des Staatsvertragsreferendums berücksichtigt zu werden.¹³ Staatsvertragliche Rechtsetzung und Gesetzgebung unterscheiden sich nicht genügend stark, um eine unterschiedliche Behandlung in Form einer etwas we-niger weit gehenden Regelung des Staatsvertragsreferendums zu rechtfertigen. Bei der Regelung von 1921 war die Grundannahme noch die gegenteilige gewe-sen. Man ging damals davon aus, dass die Unterschiede zwischen Aussenpolitik und Gesetzgebung derart gross sind, dass direktdemokratische Mitsprache des Volkes im Bereich der Aussenpolitik – wegen ihrer negativen Folgen für die aus-senpolitische Flexibilität – nur punktuell sinnvoll ist. Orientierung an der Idee der Kongruenz bedeutet, dass die Frage nach Flexibilitätsbedürfnissen auf der grundsätzlichen Ebene verschwunden ist. Man stellt die Frage, wie weit eine mit dem Gesetzesreferendum kongruente Regelung *überhaupt* sinnvoll ist, ob sie allenfalls mit *übermässigen Nebenfolgen* wie abnehmender inhaltlicher und

¹² Der Historiker Georg Kreis stellte 1995 mit Blick auf die sich verändernden Legitimations-erwartungen fest, dass man das Phänomen der „Vitalität der direkten Demokratie“, wenn man sich ihm von einer anderen Seite nähert, auch als besonders geringe Bereitschaft, Le-gislative und Exekutive Entscheide zu überlassen, beschreiben könne: Kreis, Weg des Staats-vertragsreferendums, S. 6.

¹³ Vgl. etwa Bundesrat Arnold Koller 1993: „Die Wichtigkeit muss zum massgebenden Krite-rium für die Ausgestaltung der Referendumsmöglichkeit werden. Dies nicht nur im innenpo-litischen Bereich, sondern auch in jenem der internationalen Beziehungen.“: Koller, Demo-kratie, S. 17.

zeitlicher Flexibilität verbunden wäre, auf der prinzipiellen Ebene nicht mehr. Sie taucht aber – wie zu zeigen sein wird – auf der Ebene der *Verfassungsauslegung* wieder auf. Die Standardabkommen-Praxis, die genau zu analysieren sein wird, wurde eingeführt, um eine „gangbare“ Praxis im Rahmen der neuen Regelung zu entwickeln.¹⁴ Die Frage nach einem gangbaren Umgang mit einer Regelung stellt sich dann, wenn Gangbarkeit angesichts der Realitäten keine Selbstverständlichkeit darstellt.

Die **Frage einer Abwägung zwischen Legitimations- und Flexibilitätsbedürfnissen** wurde in der Reformdiskussion ab Mitte der 1990er-Jahre jenseits der Wissenschaft **kaum diskutiert**.¹⁵ Der Bundesrat schlug 1995 im Rahmen des Vorentwurfs für eine neue Verfassung gar ein Referendum für *sämtliche* Verträge mit „rechtsetzenden Normen“ vor.¹⁶ Die Regelung hätte unmittelbar rechtsetzende Abkommen und umsetzungsbedürftige rechtsetzende Verträge ungeachtet ihrer Bedeutung erfasst. Der Vorschlag rief Kritik hervor, da er in erheblichem Umfang auch offenkundig nicht referendumswürdige Abkommen dem Referendum unterstellt hätte und damit gar weiter gegangen wäre als das Gesetzesreferendum bei der autonomen Rechtsetzung.¹⁷ Er hätte die Regelungen nicht parallelisiert, sondern die Verluste überkompensiert. Die Parallelitätsidee war die selbstverständliche Leitidee der meisten Kritik – nur das offenkundig nicht Referendumswürdige sollte der Mitsprache des Volkes vorenthalten blei-

¹⁴ Der Bundesrat hielt bei der Einführung der Standardabkommen-Praxis fest, er schlage diese im Sinne der Einführung einer „gangbaren Praxis“ vor: Botschaft DBA Israel, BBl 2003 6475; Botschaft FHA Chile, BBl 2003 7136.

¹⁵ Auf die hohen „Kosten“ der Volksrechte in der Aussenpolitik hinweisend allerdings: Rhinow, Volksrechte, S. 101; Brunetti/Straubhaar, Internationalisierung, S. 237 ff.; Germann, Handlungsfähigkeit, S. 159.

¹⁶ Art. 124 Abs. 1 lit. c Verfassungsentwurf 1995 (VE 95).

¹⁷ Vgl. etwa Schindler, Bemerkungen, S. 38.

ben. Im Entwurf für eine Volksrechtsreform von 1996 setzte der Bundesrat andere Akzente. Er schlug einerseits eine Rückkehr zum Kriterium der multilateral rechtsvereinheitlichenden Abkommen vor, wollte zusätzlich aber auch all jene Verträge dem Referendum unterstellen, deren Umsetzung den Erlass von für Private Rechte und Pflichten begründenden Bundesgesetzen oder Bundesbeschlüssen erfordert.¹⁸ Damit wäre etwa der Beitritt zur Rassendiskriminierungskonvention vom Referendum erfasst gewesen. Der Vorschlag wurde kritisiert, weil er die als „Lücken“ empfundenen Inkongruenzen nicht genügend beseitigte. 2001 nahm die Staatspolitische Kommission des Ständerates die Reform an die Hand.¹⁹ Sie schlug eine Regelung vor, die sich explizit an der Idee der Parallelität von Gesetzes- und Staatsvertragsreferendum orientierte und mit geringfügigen redaktionellen Änderungen schliesslich zu Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV wurde.²⁰ Der Bundesrat lehnte den Vorschlag zunächst – in einem gewissen Widerspruch zu seiner früheren Position – als zu weit gehend ab.²¹ Justizministerin Ruth Metzler erklärte schliesslich aber im Parlament, der Bundesrat erhebe keine „grundsätzlichen Einwände gegen den Gedanken einer Parallelität“.²²

¹⁸ Art. 131 b Abs. 1 lit. c u. d des Bundesbeschlusses über die Reform der Volksrechte, BBl 1997 I 637 (VE 96).

¹⁹ Die Staatspolitische Kommission des Ständerates verfolgte das Ziel, die im Grundsatz mehrheitsfähigen Elemente der ursprünglich weit ambitionierter geplanten Volksrechtsreform zu realisieren: SPK-S Bericht Volksrechte, BBl 2001 4803 ff.

²⁰ Die in den Räten angenommene Fassung geht auf einen Antrag von Ständerat Thomas Pfisterer zurück: AB 2001 S 502.

²¹ Stellungnahme Bericht Reform Volksrechte, BBl 2001 6091 f.

²² AB 2002 N 403.

b. *Regelung von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV*

Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV gilt in der neuen Fassung seit dem 1. August 2003. **Zwei Kategorien rechtsetzender Staatsverträge** sind **referendumspflichtig**: Verträge, die „wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten“, sowie Abkommen, „deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen“ erfordert.²³ Die erste Kategorie erfasst primär – aber nicht ausschliesslich – Abkommen, die unmittelbar rechtsetzende Bestimmungen enthalten, die sog. „self-executing“ Charakter haben.²⁴ Die zweite Kategorie erfasst nicht unmittelbar rechtsetzende Staatsverträge, die durch Bundesgesetze umgesetzt werden müssen.²⁵ Als rechtsetzend im Sinne der ersten Kategorie gelten Bestimmungen, die in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten festlegen.²⁶ Sie müssen im Staatsvertrag selbst enthalten sein; bloss programmatische Bestimmungen, etwa die Präambel eines völkerrechtlichen Vertrags, sind nicht rechtsetzend. Völkerrechtliche Verträge können gleichzeitig unmittelbar und nicht unmittelbar rechtsetzende

²³ Mit der Annahme des neuen Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV wurde gleichzeitig das sog. fakultativ fakultative Staatsvertragsreferendum nach Art. 141 Abs. 2 BV abgeschafft, das dem Parlament die Möglichkeit gegeben hatte, nach politischem Ermessen weitere völkerrechtliche Verträge dem Referendum zu unterstellen.

²⁴ Verträge mit nicht unmittelbar anwendbaren Bestimmungen können in die erste Kategorie fallen, wenn sie zwar in nationales Recht umgesetzt werden müssen, aber nicht durch *Bundesgesetze*, sondern durch kantonale Gesetze. Diese Konstellation ist von der zweiten Vertragskategorie nicht erfasst, kann aber dennoch im Licht der Parallelitätsidee wichtige Rechtsetzung betreffen.

²⁵ Thürer/Diggelmann, SG-Kommentar zu Art. 141 Abs. 1 lit. d BV (3. A), Rz. 31. Zur Bestimmung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Bestimmungen in Staatsverträgen vgl. BGE 126 I 240, E. 2b.

²⁶ Der rechtsetzende Charakter ist durch analoge Anwendung von Art. 22 Abs. 4 ParlG zu bestimmen. Massgeblich ist, ob die Normen in unmittelbar verbindlicher Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten festsetzen. Vgl. BV-Komm. Biaggini, Art. 141, Rz. 18.

Bestimmungen enthalten, wobei eine einzige Bestimmung, die in eine der beiden Kategorien fällt, die Referendumpflichtigkeit auslöst.²⁷ Sie muss nicht die wichtigste des Vertrages sein.

Das fakultative Staatsvertragsreferendum für rechtsetzende Verträge ist das bedeutendste der drei fakultativen Staatsvertragsreferenden in Art. 141 Abs. 1 lit. d BV. Zwischen dem 1. August 2003 und dem 31. Dezember 2013 wurden 156 Verträge dem fakultativen Staatsvertragsreferendum gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV unterstellt.²⁸ Zweimal – gegen den Bundesbeschluss über die Assoziierung der Schweiz mit dem Schengen/Dublin-System²⁹ sowie gegen die Verpflichtung der Schweiz zur Einführung biometrischer Pässe³⁰ – wurde das Referendum ergriffen. Die Vorlagen wurden jeweils gutgeheissen. Dem Referendum für unbefristete und unkündbare Verträge (Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 1 BV) wurden in der gleichen Periode 24 Abkommen, dem Referendum für Beitritte zu internationalen Organisationen (Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 2 BV) 39 Beitrittsentscheide unterstellt.

c. *Grundproblematik*

Der Entscheid des Verfassungsgebers ist mit zwei Grundproblematiken verbunden:

²⁷ Diese Praxis bestand bereits im Rahmen der alten, bis zum 31. Juli 2003 geltenden Regelung: BJ, Verfassungsrechtliche Fragen, Ziff. 4.

²⁸ Zu den statistischen Angaben: Thürer/Diggelmann, SG-Kommentar zu Art. 141 Abs. 1 Bst. d. BV (3. A), Rz. 25, 28, 33.

²⁹ Angenommen in der Volksabstimmung vom 5. Juni 2005, BBl 2005 5183 ff.

³⁰ Angenommen in der Volksabstimmung vom 17. Mai 2009, BBl 2009 7539.

(i) Das **erste Grundproblem** ist das **der sehr weiten Fassung** der Referendumsregelung. Die Ausdehnung des fakultativen Staatsvertragsreferendums auf alle wichtigen rechtsetzenden Verträge erscheint im Licht des Parallelitätsziels auf den ersten Blick zwar als die naheliegende oder “logische” Lösung: Die Regelung versucht durch direkten Anschluss an den Wichtigkeitsbegriff des Gesetzesreferendums nach Art. 164 Abs. 1 BV unbeabsichtigte Referendumsausschlüsse zu vermeiden, die das Kongruenzziel unterlaufen würden.³¹ Zugleich ist der Entscheid für eine sich an die Binnenregelung anlehrende Universalregel für alle Staatsverträge mit wichtigem rechtsetzendem Inhalt – im Unterschied etwa zur Enumeration spezifischer wichtiger Kategorien wie etwa multilateral rechtsetzende oder -vereinheitlichende Verträge – sehr ambitiös. Rechtsetzung durch Staatsverträge ist nicht nur zahlenmässig sehr bedeutend geworden, so dass sich die Frage einer Referendumpflicht oft stellt. Sie findet auch in verschiedener Hinsicht unter anderen Prämissen als innerstaatliche Gesetzgebung statt – mit anderen Akteuren, unter anderen zeitlichen Prämissen und mit materiell-inhaltlichen Besonderheiten.³² **Der Entscheid des Verfassungsgebers bedeutet, dass die Unterschiede der Politikmodi im Binnen- und Aussenbereich im Grundsatz keinen Einfluss auf das von der Verfassung verlangte di-**

³¹ Auch vollständig kongruente Regelungen können das Problem der internationalisierungsbedingten Demokratieverluste nur teilweise kompensieren. Ein substantieller Teil der als Demokratieeinbussen erlebten Veränderungen ist Folge rechtsetzender Grossentscheide (Sektorielle Abkommen I, Schengen-/Dublin-Assoziierung), die verschiedentlich zu sog. Scherbenhaufen-Referenden geführt haben. Vgl. Diggelmann, Internationalisierung, S. 46 ff.; ders., Scherbenhaufen-Referenden, Rz. 11 ff. Zur Problematik der bedingten Kompensierbarkeit der Demokratieeinbussen vgl. auch: Ehrenzeller, Volksrechte, S. 89.

³² Vgl. dazu I.2.c-e.

rektdemokratische Legitimationsniveau haben dürfen und allfällige Nebenwirkungen infolge der Unterschiede in Kauf genommen werden.³³

(ii) Die **zweite Grundproblematik** ist der Entscheid für einen **unbestimmten und komplexen Rechtsbegriff als Schlüsselbegriff**. Er bedeutet erhebliche Ermessensspielräume für den Rechtsanwender bei der Konkretisierung. Dabei bestehen auch gewisse Spielräume für Schematisierungen und Kategorisierungen, soweit sie sachlich begründbar und mit der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) vereinbar sind. Eingeräumt werden aber nicht Spielräume für politisches Ermessen. Es geht um Konkretisierungsspielräume bei der *Verfassungsauslegung*. Der Begriff der Wichtigkeit ist ein Rechtsbegriff, dessen Inhalt mit den wissenschaftlichen Mitteln juristischer Auslegung zu bestimmen ist.³⁴ Diese Ansprüche werden etwa durch kategorische Behauptungen und die Weigerung, sich auf die Frage nach den Spielräumen bei der Auslegung überhaupt einzulassen, unterlaufen. Das Bundesamt für Justiz schrieb am 11. Januar 2005 zu dieser Frage, dass die Referendumpflichtigkeit eines rechtsetzenden Abkommens „nach den jeweils gleichen Kriterien“ und „mit vergleichbaren Massstäben“ zu beurteilen sei und dass die Bestimmungen, die als wichtig und rechtsetzend

³³ Die Implikationen der Regelung treten deutlicher hervor, wenn man sie vor dem Hintergrund der von Hans Huber in den 1960er-Jahren aufgestellten Liste von sieben Gründen gegen eine stark ausgebaute direkte Demokratie im Bereich der Aussenpolitik liest. Er nennt etwa: schädliche Auswirkungen von Gruppenrivalitäten auf die Aussenpolitik, bedingte Möglichkeit der Offenlegung von Stärken und Schwächen eines Vertrages vor einer Volksabstimmung, Problematik der „Desavouierung“ und Beschädigung von Bundesrat und Parlament durch Volksabstimmungen, schwere Wiederholbarkeit von Abstimmungen, unterschiedliche Entscheidungsmodi in der Binnen- und Aussenpolitik: Huber, Umbruch, Bl. 5.

³⁴ Bundesrätin Micheline Calmy-Rey fühlte sich in der parlamentarischen Debatte zur Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung veranlasst, dies klarzustellen: AB 2004 S 639.

betrachtet würden, „so genau wie möglich“ zu bezeichnen seien, wobei „pau- schale Behauptungen“ vermieden werden sollten.³⁵

Die Auslegung des Wichtigkeitsbegriffs ist aus zwei Gründen anspruchsvoll.

Zum einen haben die langen Diskussionen um den sog. materiellen Gesetzes- begriff gezeigt, dass der Begriff auch im Binnenbereich immer wieder schwieri- ge Fragen aufwirft.³⁶ Ausdruck davon ist etwa, dass die exemplarische Enume- ration wichtiger Rechtsetzungsakte in Art. 164 Abs. 1 BV oft kritisiert und zu- weilen als „verunglückt“ bezeichnet wird, zumindest mit Blick auf einzelne As- pekte.³⁷ Zum anderen stellt sich grundsätzlich die Frage, was Wichtigkeit im Be- reich staatsvertraglicher Rechtsetzung ist. Eindeutig ist im Grunde nur die Grundidee der Parallelität oder Analogie, und selbst bei dieser wird die Diskus- sion kompliziert, sobald man fragt, was sie genau bedeutet. Der Ständerat führ- te in seinem Bericht aus, auch die staatsübergreifende Rechtsetzung solle ana- log zur innerstaatlichen Regelung Gegenstand eines Referendums sein.³⁸ Was aber, konkret, bedeutet das im Licht des rechtsetzungstechnischen Anschlusses an den Wichtigkeitsbegriff von Art. 164 Abs. 1 BV? Hat „analog“ die Bedeutung von „exakt identisch“? In der Literatur ist teilweise die nicht näher begründete Meinung anzutreffen, „analog“ bedeute nicht absolute Identität, sondern lasse „sachlich gerechtfertigte Differenzierungen“ zu.³⁹ Ob dies zutrifft oder nicht, bedarf einer genauen Untersuchung, und wenn es zutrifft, so wäre dies doch eine erhebliche Entfernung von den Assoziationen, die die Begriffe der Paralle- lität und Analogie zunächst auslösen.

³⁵ BJ, Praxis zum Staatsvertragsreferendum, Ziff. 5.b.

³⁶ Tschannen, SG-Kommentar zu Art. 164 BV, Rz. 4.

³⁷ BV-Komm. Biaggini, Art. 164, Rz. 7.

³⁸ SPK-S Bericht Volksrechte, BBl 2001 4826.

³⁹ Sägesser, Referendum, Rz. 18.

Hinzu kommt, dass die **Auslegung** des Begriffs **politischen Behörden in die Hände gelegt** ist, deren Mitglieder nur im Ausnahmefall Experten der Verfassungsauslegung sind. Die meisten verfügen über keinen juristischen Hintergrund, und sie unterliegen als Angehörige von Parlament und Regierung der Dynamik und Funktionsweise dieser Staatsorgane. All dies ändert am Charakter der Auslegungsaufgabe im Grundsatz natürlich nichts.⁴⁰ Es bedeutet aber, wenn man die Realität ernst nimmt, faktisch eine Inkaufnahme von gewissen Ungenauigkeiten. Dahinter steht letztlich ein Entscheid des Verfassungsgebers, die Zuständigkeit zur Bestimmung dieser Begriffe nicht einem Verfassungsgericht zu übertragen, das weniger unter Druck steht, die gebotene Sorgfalt bei der Auslegung der rechtlichen Grundordnung des Staates den Zwängen der Alltagspolitik zu opfern. Ähnliche Schwierigkeiten sind etwa auch aus der Diskussion bekannt, wie Parlament und Bundesrat den ebenfalls komplexen Verfassungsbegriff des „zwingenden Völkerrechts“ auszulegen haben.⁴¹

2. Wichtigkeitsbegriff und Spezifika staatsvertraglicher Rechtsetzung

a. Anknüpfung an Art. 164 Abs. 1 BV

Der Entscheid für „Wichtigkeit“ als Kriterium der Referendumpflichtigkeit rechtsetzender staatsvertraglicher Bestimmungen bedeutet **zunächst** eine **An-**

⁴⁰ Auf die Frage, ob allenfalls dem Umstand Bedeutung zukommen könnte, dass der Verfassungsgeber den Letztentscheid über eine komplexe Auslegungsfrage in die Hände „politischer“ Behörden (im Unterschied zu Justizbehörden) legt und damit gewisse Impräzisionen faktisch in Kauf nimmt, wird weiter unten einzugehen sein: II.1.c und II.2.c.

⁴¹ Vgl. etwa die Debatte nach der Empfehlung des Bundesrates, die sog. Durchsetzungsinitiative wegen Verstosses gegen zwingendes Völkerrecht teilungültig zu erklären: Botschaft Durchsetzungsinitiative, BBl 2013 9467 ff.

knüpfung an die Wichtigkeitskriterien von Art. 164 Abs. 1 BV. Dies ergibt sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV und ist unbestritten.⁴² Die Ausgangsfrage bei der Anwendung ist daher, ob der Gegenstand einer vertraglichen Bestimmung von seiner Bedeutung her innerstaatlich auf Gesetzesstufe anzusiedeln wäre.⁴³ Art. 164 Abs. 1 BV bezeichnet enumerativ und zugleich exemplarisch einige Fälle wichtiger Regelungsgestände. Er leitet an, wie der Wichtigkeitsbegriff des materiellen Gesetzesbegriffs zu handhaben sei. Wichtig sind etwa Bestimmungen, die im Abgaberecht den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand der Abgabe oder seine Bemessung festlegen. Ein anderes Beispiel sind grundlegende Bestimmungen über die Staatsorganisation und das Verfahren. Die Mängel der Liste wurden von der Literatur aufgezeigt. Das Grundproblem ist, dass sie den Wichtigkeitsbegriff im konkreten Zusammenhang oft entweder zu eng oder zu weit führt.⁴⁴ Art. 164 Abs. 1 BV ist etwa zu entnehmen, dass grundlegende Bestimmungen über Rechte und Pflichten Privater in einem formellen Gesetz als wichtig gelten. Damit ist nicht vereinbar, dass traditionell das ganze Privatrecht – nicht nur die Regeln mit grundlegenden Bestimmungen – in einem formellen Gesetz geregelt wird, weil es als Ganzes die zentrale Grundlage gesellschaftlicher Interaktion in allen Lebensbereichen darstellt. Der Begriff wird hier zu eng verstanden. Gemäss Liste gelten sodann auch grundlegende Bestimmungen über Aufgaben und Leistungen des Bundes als wichtig, was in dieser Pauschalität den in Praxis und Wissenschaft anerkannten Unterschieden bei den Anforderungen an das Legalitätsprinzip bei der Eingriffs- und der Leistungsverwaltung nicht Rechnung

⁴² Statt vieler: Sägesser, Referendum, Rz. 16 f. m.H.

⁴³ BJ, Verfassungsrechtliche Fragen, Ziff. 6.

⁴⁴ BV-Komm. Biaggini, Art. 164, Rz. 7.

trägt. Die Aufzählung wird richtigerweise als blosser Konkretisierungshilfe verstanden.

Die Beispiele zeigen die **Schwierigkeiten einer Konkretisierung des Wichtigkeitsbegriffs auch im innerstaatlichen Bereich**. Lehre und Praxis haben in intensiver Auseinandersetzung mit dem Problem eine Reihe von Gesichtspunkten herausgearbeitet, die bei der Beurteilung der Wichtigkeitsfrage helfen.⁴⁵ Es sind dies insbesondere die Grösse des Adressatenkreises einer Regelung, die Anzahl der geregelten Verhaltensalternativen, die Intensität der Regelung für die Betroffenen, die finanzielle Auswirkungen auf Staat und Private, die Umstrittenheit bzw. Akzeptierbarkeit in der Rechtsgemeinschaft, die Intensität des Abweichens von grundlegenden Prinzipien und Regeln, das geltende Recht als Ausdruck vorangegangener Wertungen.⁴⁶ All dies sind nicht harte Kriterien, sondern Konkretisierungshilfen, Gesichtspunkte bei der Beurteilung der Wichtigkeit.⁴⁷ Der Rechtsanwender kommt bei der Beantwortung der Frage, ob eine Bestimmung als wichtig zu klassifizieren ist, nicht um eine **materienspezifische** und **bis zu einem gewissen Grad wertende Beurteilung** herum, die sich im Rahmen pflichtgemässen Ermessens bewegen muss.⁴⁸

⁴⁵ Vgl. Tschannen, SG-Kommentar zu Art. 164 BV, Rz. 4 ff; Beusch, Gesetzesbegriff, S. 227 ff.

⁴⁶ BV-Komm. Biaggini, Art. 164 BV, Rz. 6.

⁴⁷ Pierre Tschannen weist darauf hin, dass sich die Verpflichtung zur Regelung wichtiger Fragen in einem materiellen Gesetz primär gegen die Versuchung richtet, wichtige normative Kompetenzen auf dem Delegationsweg dem Bundesrat zu überlassen: Tschannen, Staatsrecht, S. 571.

⁴⁸ Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel, Rz. 1527.

b. *Miteinbezug der Spezifika staatsvertraglicher Rechtsetzung*

Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV ist nicht dadurch Genüge getan, dass die Wichtigkeitsgesichtspunkte von Art. 164 Abs. 1 BV auf den internationalen Bereich „angewandt“ werden. Er knüpft zwar an den Wichtigkeitsbegriff von Art. 164 Abs. 1 BV an, nimmt ihn zum Ausgangspunkt, spricht aber von wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in „völkerrechtlichen Verträgen“. „Wichtig“ steht in einem Kontext, *bezieht* sich auf „völkerrechtliche Verträge“. Geboten ist dadurch ein **Miteinbezug der Besonderheiten der Rechtsetzung mittels „völkerrechtlicher Verträge“** in die Beurteilung der Wichtigkeitsfrage. Es handelt sich um einen *spezifischen Wichtigkeitsbegriff*. Der Miteinbezug der Besonderheiten muss so erfolgen, dass er den Zweck der Bestimmung möglichst gut verwirklicht. Der Zweck von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV besteht im Licht der Parallelitätsidee darin, wichtige und unwichtige Abkommen unterschiedlichen innerstaatlichen Zustimmungsverfahren zu unterstellen, wichtige Rechtssetzungsakte – nur diese – direktdemokratisch legitimieren zu lassen. Der Zweck wird nur realisiert, wenn auf der Grundlage ausreichenden Wissens über die Besonderheiten staatsvertraglicher Rechtsetzung Gründe und Gegengründe mit Blick auf die Wichtigkeit abgewogen werden. Dies macht es nötig, die Besonderheiten staatsvertraglicher Rechtsetzung zunächst systematisch in den Blick zu nehmen, um überhaupt das *potentiell* Relevante erkennen zu können. Man kann – auf der grundsätzlichen Ebene – zwischen personalen, temporalen und materiell-inhaltlichen Spezifika staatsvertraglicher Rechtsetzung unterscheiden.⁴⁹

⁴⁹ Die Besonderheiten sind *nicht* evident. Sie werden erst deutlich, wenn staatsvertragliche Rechtsetzung und Gesetzgebung einander als *Gesamtphänomene* auf der personalen, temporalen und materiell-inhaltlichen Ebene gegenübergestellt werden. Die Literatur begnügt

c. Besonderheiten auf der personalen Ebene

Die **Besonderheiten auf der personalen Ebene** lassen sich mit dem Begriff der **Partikularität der staatsvertraglichen Rechtsetzung** erfassen. Rechtssetzung durch Staatsverträge erfolgt nicht „mit der Staatengemeinschaft“, sondern spezifisch mit einzelnen, mehreren oder einer Vielzahl ihrer Mitglieder in einem je separaten Verfahren. Will ein Staat dasselbe Normregime mit einem weiteren Staat vereinbaren, so muss er erneut staatsvertraglich partikuläres Recht schaffen. Wenn Staat A mit Staat B ein Abkommen zu Fragen der sozialen Sicherheit abgeschlossen hat und dasselbe Abkommen mit Staat C anstrebt, so braucht es einen neuen Rechtsetzungsakt. Ob und mit welcher Haltung er einen solchen Akt anstrebt, hängt wesentlich vom Vertragspartner ab. Strukturelle Ähnlich- oder Unähnlichkeit etwa – westliche Demokratie, autoritärer Staat, Unrechtsregime, verbrecherischer Staat, Entwicklungsland, reiches Land etc. – *kann* je nach Umständen ein für den Abschluss oder Nichtabschluss wichtiger oder gar entscheidender Faktor sein. Während Binnenrechtsetzung typischerweise einen Rechtsetzungsentscheid pro Regelungsgegenstand erfordert, ist staatsvertragliche Rechtsetzung – ausser im Fall multilateraler Verträge – durch die Notwendigkeit mehrerer Rechtsetzungsentscheide charakterisiert. Dieser Rechtsetzungsmodus macht für die einzelne Politikmaterie *per se* eine grössere

sich traditionell damit, die Unterschiede zwischen Gesetzgebungsverfahren und Verfahren beim Abschluss von Staatsverträgen sowie allenfalls gewisse Unterschiede bei der Regeldichte und -bestimmtheit darzustellen (etwa: Müller/Uhlmann, *Rechtsetzungslehre*, S. 327 ff.). Sie hat damit von Vornherein einen Teil der hier interessierenden Unterschiede nicht im Blick. Die Schwierigkeiten bei der Anwendung von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV haben meiner Einschätzung nach entscheidend damit zu tun, dass die Unterschiede zwischen staatsvertraglicher Rechtsetzung und Binnenrechtsetzung bisher nicht genügend reflektiert wurden.

Anzahl Rechtsetzungsentscheide erforderlich als der Politikmodus der Binnengesetzgebung. Im Licht der Parallelitätsidee ist dies keine triviale Feststellung. Für die hier interessierende Wichtigkeitsfrage bedeutet das Ausgeführte zunächst zweierlei:

(i) Erstens: Die Partikularität staatsvertraglicher Rechtssetzung kann zu als repetitiv empfundenen Rechtsetzungsentscheiden führen. Dies ist typischerweise der Fall, wenn Rechtsvereinheitlichungen angestrebt und Verträge mit neuen Partnern anhand von „Vertragsmustern“ abgeschlossen werden. Bei solchen keine neuen Normen schaffenden Rechtsetzungsentscheiden kann der Eindruck entstehen, einen im Grundsatz bereits getroffenen Entscheid lediglich „geographisch auszuweiten“, ihn auf eine neue Situation „anzuwenden“. Festzuhalten ist somit, dass die **Möglichkeit von repetitiven Routineentscheiden** eine Besonderheit staatsvertraglicher Rechtssetzung ist, die bei der Beurteilung der Wichtigkeit miteinzubeziehen ist und grundsätzlich von Belang sein kann. Der Bundesrat argumentierte bei der Einführung der Standardabkommen-Praxis, die im nächsten Abschnitt näher analysiert wird, mit der Evidenz der Routinemässigkeit solchermaßen „standardisierter“ Entscheide.⁵⁰ Bereits hier sei festgehalten, dass an der Existenz des Phänomens nicht zu zweifeln ist. Die genauer zu analysierende Frage ist, ob der Bundesrat Routinemässigkeit nicht zu pauschal annimmt und ob er die *weiteren* Spezifika staatsvertraglicher Rechtssetzung genügend berücksichtigt.⁵¹

(ii) Zweitens: Partikularität staatsvertraglicher Rechtssetzung bedeutet die **Möglichkeit eines personal „gespaltenen“ Rechtsetzungswillens**. Der Entscheid

⁵⁰ Nachfolgend II.3.

⁵¹ Um diese Analyse weiterzuführen, müssen zuerst alle Spezifika staatsvertraglicher Rechtssetzung auf dem Tisch liegen und die Standardabkommen-Praxis präzise erfasst sein.

zum Abschluss eines bestimmten Abkommens schliesst zwar möglicher-, aber nicht notwendigerweise den Willen zum Abschluss weiterer gleichlautender oder ähnlicher Abkommen mit weiteren Vertragspartnern ein. Der Wille kann nicht vorausgesetzt werden, und es gibt auch keine völkerrechtliche Gleichbehandlungspflicht oder Courtoisie, die eine Ausdehnung rechtlich oder diplomatisch gebieten würde.⁵² Die *Wählbarkeit des Vertragspartners* und damit der geographischen Ausdehnung eines Regelungsregimes ist ein *Strukturmerkmal* staatsvertraglicher Rechtsetzung. Der Wille zum Abschluss gleichlautender Abkommen mit anderen Partnern kann je nach Kontext vorhanden sein oder nicht. Er kann bei Bemühungen um Rechtsvereinheitlichung unter Umständen wahrscheinlich oder eventuell sogar zu vermuten sein. Wahrscheinlichkeit bedeutet aber keinen notwendigen Konnex. Die Existenz von n Abkommen bedeutet auch bei grossem „n“ nicht automatisch die Bereitschaft zum Abschluss des Abkommens „n+1“.⁵³

Um keine Routineangelegenheit handelt es sich bei „Ausdehnungen“ von Regelungsregimen vor allem in zwei Konstellationen.

(i) Im ersten Fall sind rechtliche Assoziierungen mit dem betreffenden Partner *per se* hochpolitische und entsprechend heikle Angelegenheiten. Dies wäre bei engen Assoziierungen mit Staaten wie Nordkorea oder dem Iran der Fall.

⁵² Vgl. Oesch, Willkür, S. 15.

⁵³ Wie brisant Entscheide zur Ausdehnung identischer Rechtsregeln auf zusätzliche Vertragspartner sein können, zeigen mit Blick auf die Schweiz exemplarisch die Auseinandersetzungen um die Ausdehnung der Personenfreizügigkeit (und der daran hängenden Bilateralen Verträge I) bei den beiden sog. Osterweiterungen der EU. Das Beispiel zeigt – bei allen Unterschieden etwa zu FHA und DBA – die Grenzen des Arguments, die Ausdehnung eines bereits etablierten Rechtsbestandes auf weitere Vertragspartner sei eine wenig bedeutende Routineangelegenheit. In beiden Fällen wurde das fakultative Referendum ergriffen, die Ausdehnungen wurden jedoch in Volksabstimmungen vom 25. September 2005 und 8. Februar 2009 angenommen. Bei der Abstimmung von 2009 wurde die Erweiterungsfrage mit der Frage der Weiterführung der Personenfreizügigkeit im Allgemeinen verbunden.

(ii) Im zweiten Fall machen die *Wirkungen* eines spezifischen Vertrages mit *diesem* Vertragspartner das Abkommen zu einer „hochpolitischen“ oder besonders bedeutenden Angelegenheit. Ein **inhaltlich gleich lautendes Abkommen** kann sehr **unterschiedliche politische, soziale und ökonomische Wirkungen** haben, je nachdem, ob es mit einem westlichen Industriestaat, einer autoritären Diktatur, einem Mikrostaat, einem Staat mit mittlerer oder grosser Volkswirtschaft abgeschlossen wird. Wahrnehmung und Einschätzung des Vertrages hängen entscheidend von diesen Parametern und ihrer kumulierten Wirkung ab. FHAs mit Costa Rica/Panama und China etwa haben stark divergierende Wirkungen in der politischen und ökonomischen Realität.

Die Möglichkeit gleichlautender Abkommen bedeutet nicht *per se* identische oder auch nur vergleichbare Wahrnehmung und Einschätzung der einzelnen Abkommen. Die Beurteilung der Wichtigkeit muss für den Miteinbezug der beschriebenen Unterschiede prinzipiell offen sein. Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV wird nur dann genügend Rechnung getragen, wenn die Vielzahl möglicher Konstellationen in die Beurteilung der Wichtigkeit einfliessen kann. Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass **die Wahl des Vertragspartners** im Licht der Wichtigkeitsfrage **grundsätzlich relevant sein kann**.

d. *Besonderheiten auf der zeitlichen Ebene*

Die wichtigste **Besonderheit auf der zeitlichen Ebene** ist die **Staffelung der Rechtsetzungsentscheide auf der Zeitachse**. Der Entscheid über den Abschluss eines rechtsetzenden Vertrages X mit Staat A fällt im Normalfall zeitlich nicht mit jenem betreffend Staat B und C zusammen, selbst wenn die Abkommen

inhaltlich gleich lauten.⁵⁴ Das temporale Spezifikum hängt mit der Partikularität zusammen, ist aber keine zwingende Folge davon. Gleichlautende Abkommen könnten an sich gleichzeitig mit vielen Partnern abgeschlossen werden. Es handelt sich hier um ein leicht übersehbares Spezifikum staatsvertraglicher Rechtsetzung. Im Gegensatz dazu erfolgt die innerstaatliche Gesetzgebung zeitlich gebündelt – in einem Akt. Von Belang kann die Differenz allenfalls dann sein, wenn Rechtsetzungsentscheide zeitlich weit auseinander liegen, da Bewertungen, Wahrnehmungen, Sensibilitäten und Prioritäten zeitbedingt und wandelbar sind.⁵⁵ Was im Zeitpunkt A als unheikel und Teil einer akzeptierten Praxis erscheint, kann im Zeitpunkt B zu einer brisanten politischen Frage geworden sein und umgekehrt. Auf der grundsätzlichen Ebene bedeutet das, dass sich bei inhaltlich gleichlautenden Abkommen mit zunehmendem Zeitablauf die Frage nach der Aktualität früherer Bewertungen stellt. Anders formuliert: Auch bei gleichlautenden Abkommen kann die Aktualität früherer Bewertungen nicht pauschal unterstellt werden, auch wenn sie allenfalls wahrscheinlich ist. Festzuhalten ist mit Blick auf die hier interessierende grundsätzliche Dimension, dass die **Möglichkeit veränderter Bewertungen** bei der Beurteilung der **Wichtigkeitsfrage mit zu bedenken** ist.

⁵⁴ Als die Schweiz sich 2009 gezwungen sah, den sog. neuen OECD-Standard betreffend Amtshilfe in Steuersachen zu übernehmen (Art. 26 des OECD-Standardvertrages), löste dies eine zeitlich gestaffelte Rechtsetzung durch Abschluss neuer DBA aus. Für diese Konstellation hat sich der Begriff „Kaskade“ neuer Verträge eingebürgert, der den engen sachlichen und politischen Konnex zwischen den einzelnen Rechtsetzungsentscheiden unterstreicht: vgl. etwa Sägesser, Referendum, Rz. 23.

⁵⁵ Die Einführung des oder der ersten DBA mit dem neuen OECD-Standard war 2009 eine brisante politische Frage. Seither hat sich – durch die Kaskade von DBA mit dem neuen Standard – nicht nur das Recht verändert, sondern es dürfte infolge Gewöhnung an die neue rechtliche Situation auch eine Verschiebung in der Bewertung des Standards eingetreten sein. Das Argument der Gewöhnung liegt der Argumentation für die Standardabkommen-Praxis unausgesprochen zugrunde.

e. Besonderheiten auf der materiell-inhaltlichen Ebene

Die wichtigste **materiell-inhaltliche Besonderheit** ist die **Möglichkeit zur ungleichen Behandlung von Vertragspartnern**. Rechtsetzung durch Staatsverträge steht – im Unterschied zu Binnengesetzgebung – nicht unter der Prämisse, Adressaten beziehungsweise Partner *rechtlich* gleich zu behandeln, weder inhaltlich noch prozedural.⁵⁶ Staaten vereinbaren zwar in bestimmten Bereichen völkerrechtliche Gebote der Gleichbehandlung. Diese sind dann aber – anders als das Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV bei der innerstaatlichen Gesetzgebung – nicht Politikrahmen, sondern freiwillig eingelöste Politikoption. Im Rahmen der WTO etwa, der die Schweiz und China angehören, bestehen für bestimmte Bereiche – etwa Zölle und andere Handelshemmnisse – spezifische Gleichbehandlungsgebote. Diese erfassen aber gerade etwa die Wahl des Vertragspartners und das innerstaatliche Zustimmungsverfahren nicht. Grundsätzlich gilt, dass Staaten ihre verschiedenen Partner in Abkommen ungleich behandeln dürfen und dies auch regelmässig tun, soweit sie nicht völkerrechtlich – im Tausch für andere Vorteile – auf diese Spielräume verzichtet haben. Staat A kann ohne Weiteres mit den Staaten B und C grundsätzlich gleichlautende Doppelbesteuerungsabkommen aushandeln, und gleichzeitig nur mit Staat C zusätzlich einen wirksamen Durchsetzungsmechanismus in Form eines Schieds-

⁵⁶ Bundesrat Kaspar Villiger verkannte diese grundlegende Differenz zur Binnenrechtsetzung, als er sich am 1. Dezember 2003 im Nationalrat bei den Beratungen über ein DBA mit Israel mit dem Argument gegen eine Unterstellung unter das Referendum einsetzte, dies wäre ein „relativ grosses Problem“ [...], „weil Sie dann plötzlich ein gewisses Risiko laufen, nicht mehr alle gleich zu behandeln.“ (AB 2003 N 1046).

gerichts vereinbaren.⁵⁷ Ob es zu Ungleichbehandlungen kommt, hängt von den Umständen ab. Gleich- und Ungleichbehandlungen können eine Vielzahl von Ursachen haben. So können etwa gleichlautende rechtsetzende Verträge mit verschiedenen Partnern die Folge davon sein, dass der Gegenstand unumstritten ist und die Rechtsetzung routinemässig erfolgt. Möglich ist aber auch, dass der mächtigere Partner die Nichtabweichung vom Standard durchzusetzen vermag. Manchmal stellt der Abschluss von standardisierten Abkommen die einzige Möglichkeit dar, um überhaupt zu einem Abkommen in einem bestimmten Rechtsbereich zu kommen. Das bedeutet, allgemein formuliert, dass auch bei gleichlautenden rechtsetzenden Verträgen nicht ohne Weiteres auf den Routinecharakter geschlossen werden kann. Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV wird nur dann genügend Rechnung getragen, wenn die **Hintergründe für den gleich- oder anderslautenden Inhalt** von Abkommen in die **Beurteilung der Wichtigkeit miteinfließen**. Ob sie allenfalls entscheidend sind, ist eine andere Frage, die nicht pauschal beantwortet werden kann.

3. Einführung und Varianten der Standardabkommen-Praxis

a. *Einführung und Grundidee*

Die sog. Standardabkommen-Praxis wurde kurz nach Inkrafttreten der neuen Referendumsregelung initiiert. Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV trat am 1. August

⁵⁷ Ein Beispiel für eine prozedurale Ungleichbehandlung in einem grundsätzlich mit standardisierten Verträgen operierenden Bereich ist das DBA mit Südafrika von 2006. Es enthält im Unterschied zum damaligen Standard eine Schiedsklausel, die der Schiedskommission die Kompetenz zur Streitbeilegung zuweist: Botschaft DBA Südafrika, BBl 2007 6602.

2003 in Kraft, und bereits am 19. September 2003 schlug der Bundesrat dem Parlament eine spezifische Auslegung der neuen Regelung mit Blick auf DBA und FHA vor. Er kündigte an, bei der Bundesversammlung künftig keine Unterstellung solcher Abkommen unter das Referendum zu beantragen, wenn sie im Vergleich mit früher abgeschlossenen Abkommen **keine wichtigen neuen Verpflichtungen** enthielten. Wörtlich führte er aus (Hervorhebungen hinzugefügt): „Im Sinne der Entwicklung einer *gangbaren Praxis* [...] und um die wiederholte Unterstellung *gleichartiger Abkommen* [...] zu vermeiden, wird der Bundesrat [...] Staatsverträge, die im Vergleich zu früher abgeschlossenen Abkommen *keine wichtigen zusätzlichen Verpflichtungen* für die Schweiz beinhalten, auch in Zukunft mit dem Vorschlag unterbreiten, diese dem fakultativen Staatsvertragsreferendum nicht zu unterstellen.“⁵⁸ Die Ankündigung führte im Parlament zu Diskussionen. Eine Minderheit war der Ansicht, die vom Bundesrat präferierte Auslegung trage der neuen Verfassungsbestimmung nicht genügend Rechnung.⁵⁹ National- und Ständerat folgten jedoch dem Antrag des Bundesrates, der die Grundlage für die Entwicklung einer *eigentlichen Praxis* beim Umgang mit FHA⁶⁰, ASS⁶¹ und – bis 2009 – DBA⁶² bildete, für die sich die Bezeichnung der Standardabkommen-Praxis eingebürgert hat.

⁵⁸ Botschaft DBA Israel, BBl 2003 6475; Botschaft FHA Chile, BBl 2003 7136.

⁵⁹ DBA Israel: AB 2003 N 2043, AB 2003 S 1045; FHA Chile: AB 2003 S 1157 (Umstrittenheit in SPK-S).

⁶⁰ Praxisbegründend: FHA Chile. Weitere Beispiele: FHA Albanien (AS 2012 4803), FHA Ägypten (AS 2008 5255), FHA Japan (Botschaft FHA Japan, BBl 2009 2803).

⁶¹ Praxisbegründend: ASS Bulgarien (AS 2007 6967). Weitere Beispiele: ASS Australien (AS 2007 7181), ASS Japan (AS 2012 1577).

⁶² Praxisbegründend: DBA Israel. Weitere Beispiele: DBA Aserbaidschan (AS 2007 3683), DBA Serbien und Montenegro (AS 2006 3065), DBA Chile (AS 2010 2267), DBA Kolumbien (AS 2011 3933).

Das entschlossene bundesrätliche „Besetzen“ der Auslegung von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV **löste** einen **parlamentarischen Vorstoss** mit dem Ziel der Klärung und Korrektur aus. Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates reichte am 22. April 2004 eine Motion ein, mit der der Bundesrat beauftragt werden sollte, Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV „in Zukunft“ so auszulegen, dass er dem in den Materialien zum Ausdruck kommenden Willen nachkomme, die Wichtigkeitskriterien von Art. 164 BV anzuwenden.⁶³ Die explizite Aufforderung, sich an den Materialien zu orientieren, sowie die Verwendung der Formulierung „in Zukunft“ vermitteln den Eindruck, dass die Kommission die Verfassungsmässigkeit des eingeschlagenen Weges stark bezweifelte. Der Bundesrat reagierte zwiespältig. Er beantragte Annahme der Motion, führte allerdings zugleich aus, er werde auch künftig keine Unterstellung beantragen, wenn ein Abkommen den gleichen Gegenstand beschlage, inhaltlich gleichwertig ausgestaltet und von vergleichbarem politischem, rechtlichen und wirtschaftlichem Gewicht sei wie eine Mehrzahl von Abkommen, die die Schweiz schon abgeschlossen habe, ohne sie dem fakultativen Referendum zu unterstellen.⁶⁴ Die Bundesversammlung änderte in der Folge den Motionstext ab. Im Bemühen, der Stellungnahme Rechnung zu tragen, wurde ein Zusatz in den Motionstext aufgenommen, wonach Bestimmungen, die im Vergleich mit früher abgeschlossenen Abkommen keine neuen wichtigen Verpflichtungen enthalten, nicht als wichtig gelten: „Nicht als wichtig gelten Bestimmungen, welche im Vergleich zum Inhalt von früher abgeschlossenen Abkommen keine **wichtigen zusätzlichen Verpflichtungen** vorsehen.“⁶⁵ Im Nationalrat stimmte eine starke

⁶³ Geschäft 04.3203 (Fakultatives Staatsvertragsreferendum. Parallelismus von staatsvertraglicher und innerstaatlicher Rechtsetzung).

⁶⁴ Bericht SPK-N Staatsvertragsreferendum, Ziff. 2.

⁶⁵ Annahme im Ständerat am 15. Juni 2005, im Nationalrat am 6. Oktober 2005.

Minderheit gegen die Motion. 103 zustimmenden standen 65 ablehnende Parlamentsmitglieder gegenüber.⁶⁶ Bemerkenswert ist, dass der Zusatz weiterging, als es der Bundesrat in seiner Stellungnahme angeregt hatte. Er wollte die Nichtunterstellung davon abhängig machen, dass bereits ein gewisser Bestand an ähnlichen oder gleichlautenden Abkommen und kein besonderes Gewicht vorliegt. In der neuen Formulierung genügt im Prinzip ein einziges bereits bestehendes Abkommen. Mit diesem Entgegenkommen schwer vereinbar sind Passagen im Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zur Motion, bei der Nichtunterstellung des DBA mit Israel sowie des FHA mit Chile unter das Referendum habe es sich um „gefährliche Präzedenzfälle“ gehandelt.⁶⁷

Grundgedanke der Standardabkommen-Konstruktion ist die Einführung eines **relativen Wichtigkeitsbegriffs**. Wichtigkeitskriterium ist in den Botschaften zum DBA mit Israel und zum FHA mit Chile sowie in der geänderten Motion einzig das Vorhandensein *neuer* wichtiger Verpflichtungen. Die Wichtigkeit des einzelnen Abkommens wird nicht „für sich“, sondern anhand der Differenzen zum Vorbestehenden – und nur dieser – ermittelt. Eine solche Konzeption des Wichtigkeitsbegriffs unterscheidet sich von der Handhabung von Art. 164 Abs. 1 BV in der Praxis. Ein relativer Wichtigkeitsbegriff im hier beschriebenen Sinne ist dort unbekannt, obschon der geltende Rechtsbestand ebenfalls als Indikator für Bewertungen betrachtet wird. Die Wichtigkeit einer Gesetzesbestimmung kann im Rahmen von Art. 164 Abs. 1 BV nicht allein mit dem Argument verneint werden, es existierten bereits inhaltlich gleichlautende Gesetzesbestimmungen

⁶⁶ AB 2005 N 1462.

⁶⁷ Bericht SPK-N Staatsvertragsreferendum, Ziff. 1.2.

für einen anderen Adressatenkreis.⁶⁸ Die Einführung einer Bewilligungspflicht für eine bestimmte Erwerbstätigkeit kann nicht als nicht unwichtig und daher nicht der Gesetzesform bedürftig betrachtet werden, weil eine solche Bewilligungspflicht schon bei ähnlichen Erwerbstätigkeiten anderer Berufsgruppen existiert.

b. *Praxis: zwei Varianten*

Um später die Vereinbarkeit der Standardabkommen-Praxis mit der Verfassung beurteilen zu können, ist es nötig, ihre Handhabung näher zu betrachten. Divergenzen zwischen Grundidee und Praxis können unter Umständen Hinweise geben, ob die Praxis allenfalls „eigentlich“ einem anderen Zweck dient als jenem, mit dem sie gerechtfertigt wird.

Eine Analyse aller FHA, ASS und – bis 2009 die Praxis für diese Abkommen geändert wurde – DBA seit dem 1. August 2003 ergibt das folgende Bild: Es existieren **in der Praxis zwei Varianten der Standardabkommen-Konstruktion**. Ihr gemeinsamer Nenner besteht darin, dass sie den relativen Wichtigkeitsbegriff in den Mittelpunkt der Begründung einer Unterstellung unter das Referendum oder – fast immer – Nichtunterstellung stellen. Sie unterscheiden sich darin, dass eine Variante das „Prüfprogramm“ für Wichtigkeit noch erweitert.

(i) Die **erste Variante** stimmt mit der erläuterten Grundidee des relativen Wichtigkeitsbegriffs weitestgehend überein. Sie **stellt** bei der Ermittlung der Wichtigkeit ausschliesslich auf **textuelle Differenzen zu bestehenden Abkommen**

⁶⁸ Bestehende gleich lautende oder ähnliche Regelungen sind im Rahmen der Wichtigkeitsprüfung nach Art. 164 Abs. 1 BV vor allem als Ausdruck vorangegangener Bewertungen relevant.

ab. Kriterium ist das Vorhandensein neuer wichtiger Verpflichtungen. Praxisbe-
gründend waren, wie erwähnt, das FHA mit Chile sowie das DBA mit Israel. An-
dere Beispiele sind etwa die DBA mit Serbien und Montenegro (2005),⁶⁹ mit
Aserbaidshan (2006),⁷⁰ Finnland (2007)⁷¹ und Kolumbien (2008)⁷².

Ein besonders interessantes Beispiel der ersten Variante ist das FHA mit Japan
(2009). In der Botschaft zu diesem Abkommen führt der Bundesrat zunächst
aus, es fehlten wichtige neue rechtsetzende Bestimmungen – was in der Litera-
tur umstritten und wohl unzutreffend ist –, weshalb von einer Unterstellung
abzusehen sei.⁷³ Zusätzlich geht er auf die ökonomische Bedeutung des Ab-
kommens ein. Er spricht von „grosser wirtschaftlicher Bedeutung“ des Abkom-
mens, behandelt diese aber als für die Wichtigkeit nicht relevant, da die öko-
nomische Bedeutung gemäss Prüfprogramm der ersten Variante kein Wichtig-
keits Gesichtspunkt ist.⁷⁴ Hervorhebung verdient dieser Punkt hier deshalb, weil
sich die zweite Variante in dieser Frage von der ersten unterscheidet.

(ii) Die **zweite Variante** verwendet **zwei alternative Wichtigkeitskriterien**. Man
könnte von einem doppelten Standard sprechen. Wichtigkeitskriterien sind, ob
ein Abkommen wichtige neue Verpflichtungen enthält *oder* ob es in rechtlicher,
ökonomischer oder politischer Hinsicht von besonderem Gewicht ist. Ein Bei-

⁶⁹ Botschaft DBA Serbien und Montenegro, BBl 2005 5321.

⁷⁰ Botschaft DBA Aserbaidshan, BBl 2006 7903.

⁷¹ Botschaft DBA Finnland, BBl 2006 4771.

⁷² Botschaft DBA Kolumbien, BBl 2008 4467.

⁷³ Das FHA mit Japan enthält im Vergleich zu früher abgeschlossenen FHA Neuerungen, die von Bundesrätin Doris Leuthard in der Beratung im Nationalrat hervorgehoben wurden und sie veranlassten, dem FHA „Pioniercharakter“ zu attestieren: AB 2009 N 803. Die Nichtunter-
stellung kritisierend: Oesch, Willkür. S. 15.

⁷⁴ Botschaft FHA Japan, BBl 2009 2893.

spiel für diese zweite Variante ist etwa das FHA mit Korea (2009).⁷⁵ Ein anderes, aktuelles Beispiel ist das FHA mit Costa Rica und Panama, das 2013 ausgehandelt wurde.⁷⁶ Theoretisch bedeutet der doppelte Standard, dass Referendumspflichtigkeit eher angenommen wird als bei der ersten Variante, da neue Verpflichtungen *oder* das besondere politische oder ökonomische Gewicht die Referendumspflicht auslösen. Die Realität sieht anders aus. Seit dem 1. August 2003 wurde bei keinem FHA, ASS oder (bis 2009) DBA Referendumspflichtigkeit wegen besonderem rechtlichem, ökonomischem oder politischem Gewicht angenommen.⁷⁷

Auch das **FHA mit China** ist ein **Anwendungsfall der zweiten Variante**. Die Begründung des Antrags auf Nichtunterstellung ist die gleiche wie jene beim FHA mit Korea und beim FHA mit Costa Rica und Panama: „Inhaltlich gehen sie [die Verpflichtungen] nicht über andere [...] FHA hinaus, und sie sind von ähnlichem rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Gewicht. Unterschiede in einzelnen Bereichen (z. B. in den Kapiteln TBT, SPS, Umweltfragen und im Abkommen zur Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen) haben im Vergleich zum Inhalt von früher abgeschlossenen Abkommen keine wichtigen zusätzlichen Verpflichtungen [...] zur Folge [...]“⁷⁸ Die Begründung ist vor allem deshalb interessant, weil sie einerseits das ökonomische Gewicht in die Begründung miteinbezieht, dieses aber verneint, worauf in der Folge von einer Unterstellung unter das fakultative Referendum abgesehen wird. Dies steht in auffälligem Kontrast zu anderen Passagen in der Botschaft, die das Gewicht besonders hervorheben. Der Bundesrat schreibt an einer Stelle, an der es nicht um die Re-

⁷⁵ Botschaft FHA Korea, BBl 2006 947; vgl. auch Botschaft FHA Ägypten, BBl 2008 962.

⁷⁶ Botschaft FHA Costa Rica und Panama, BBl 2013 8097 f.

⁷⁷ Für statistische Angaben vgl. I.3.c sowie Annex.

⁷⁸ Botschaft FHA China, BBl 2013 8215.

ferendumsfrage geht, das FHA mit China dehne das Netz der von der Schweiz eingegangenen FHA auf den „wichtigsten Handelspartner in Asien“ und drittwichtigsten Handelspartner weltweit – nach der EU und den USA – aus.⁷⁹ Ähnlich wurde das Gewicht in der Nationalratsdebatte vom 9. Dezember 2013 eingeschätzt. Die Kommissionssprecherin, Nationalrätin Elisabeth Schneider-Schneiter, bezeichnete das Abkommen als „das wichtigste seit dem Abschluss desjenigen mit der Europäischen Union im Jahre 1972“, weshalb der Abschluss „als einer der grössten Erfolge der schweizerischen Aussenwirtschaftspolitik der letzten Jahre“ zu betrachten sei, der für die Schweizer Volkswirtschaft einen „riesigen Schritt“ vorwärts bedeute.⁸⁰ Nationalrat Andreas Aebi bezeichnete es als „wichtigsten Freihandelsabschluss der letzten Jahrzehnte“.⁸¹ Bundesrat und Parlament bejahten das besondere Gewicht dort, wo es nicht um die Frage der Referendumpflicht ging. Das ist eine markante und kaum zufällige Inkonsistenz. Bemerkenswert ist die Verneinung des besonderen Gewichts noch aus einem weiteren Grund. China ist der drittwichtigste Handelspartner der Schweiz, Japan der sechstwichtigste. Das Handelsvolumen der Schweiz mit China ist um den Faktor 1.6 grösser als jenes mit Japan (2012). Der Bundesrat bejahte das grosse wirtschaftliche Gewicht beim FHA mit Japan, nicht aber beim FHA mit China, wobei die Bejahung im Fall Japans wegen des engeren Prüfprogramms der ersten Variante der Standardabkommen-Praxis nicht relevant war. Auch dies ist eine markante Inkonsistenz.

Die Analyse der Praxis hat **mehrere Inkonsistenzen** bei der Handhabung der Standardabkommen-Konstruktion ans Licht gebracht. Die erste besteht im **Ne-**

⁷⁹ Botschaft FHA China, BBl 2013 8174.

⁸⁰ Votum Schneider-Schneiter, AB 2013 N 2069.

⁸¹ Votum Aebi, AB 2013 N 2071.

beneinander mehrerer Varianten der Praxis, ohne dass dafür Gründe angeführt werden oder ersichtlich sind. Welche Variante im konkreten Fall zur Anwendung kommt, ist entweder zufällig oder – noch fragwürdiger – vom gewünschten Ergebnis abhängig. Die zweite Inkonsistenz besteht im Nebeneinander unterschiedlicher **Masstäbe bei der Einschätzung des Gewichts** eines Abkommens. Der Masstab ist bei der ersten Variante, bei der das Gewicht nicht „zählt“, offenbar weniger streng (Japan) als bei der zweiten (China).

c. *Statistische Angaben*⁸²

Zwischen dem 1. August 2003 und dem 31. Dezember 2013 wurden **18 FHA abgeschlossen**. In 17 Fällen kam es zu keiner Unterstellung unter das Referendum. In einem Fall – beim FHA mit Hongkong (2011) – erfolgte eine Unterstellung, allerdings nicht wegen Referendumpflichtigkeit des FHA selbst, die in der Botschaft mit der Standardbegründung verneint wurde,⁸³ sondern weil zusätzlich ein Abkommen über Arbeitsstandards abgeschlossen wurde, das wegen seiner „Verknüpfung“ mit dem FHA als „neu“ eingestuft wurde.⁸⁴ Die Umstände der Unterstellung sind nicht eindeutig. Die Bundesversammlung genehmigte die Abkommen gemeinsam, worauf das FHA ohne Begründung und Diskussion dem Referendum „mitunterstellt“ wurde.⁸⁵ Eine Rolle dürfte bei dieser „Paketbetrachtung“ gespielt haben, dass der Bundesrat in der Botschaft den Anschein erweckte, die Abkommen seien rechtlich aneinander gekoppelt, „formell ver-

⁸² Vgl. Annex (Standardabkommen-Praxis seit 2003).

⁸³ Botschaft FHA Hongkong, BBl 2011 7892 f. (keine neuen Verpflichtungen).

⁸⁴ Botschaft FHA Hong Kong, BBl 2011 7893.

⁸⁵ Bundesbeschluss vom 16. März 2012, BBl 2011 5189.

knüpft“, d.h. nicht je für sich kündbar, so dass es nicht darauf ankäme, ob nur ein Abkommen oder gleich beide dem Referendum unterstellt werden.⁸⁶

Zwischen dem 1. August 2003 und dem 31. Dezember 2013 wurden **auch 4 ASS abgeschlossen**. Keines der Abkommen, die Fragen des Leistungsbezugs und -exports regeln und die Versicherungszweige Alter, Invalidität und Krankheit erfassen, wurde dem Referendum unterstellt. Zwischen dem 1. August 2003 und der Praxisänderung bei DBA 2009 wurden schliesslich **14 DBA abgeschlossen**. Davon wurden 2 mit der Begründung dem Referendum unterstellt, sie enthielten neue wichtige rechtsetzende Bestimmungen oder Verpflichtungen.⁸⁷ Es handelte sich um das DBA mit Österreich (2006) und das DBA mit Südafrika (2008). **Zusammenfassend ist festzuhalten**, dass die Referendumpflichtigkeit bei **17 von 18 FHA und 4 von 4 ASS verneint** wurde, wobei der einzige Fall einer Referendumsunterstellung eines FHA trotz rechtlich unklarer Umstände

⁸⁶ In der Botschaft werden die Abkommen als „formell verknüpft“ bezeichnet, was nach allgemeinem Sprachverständnis ein gemeinsames rechtliches Schicksal impliziert. Dabei wird darauf hingewiesen, dass die beiden Abkommen im jeweils anderen erwähnt werden (Art. 11 Abs. 3 FHA Hongkong, Art. 7 Abs. 1 Zusatzabkommen) und auch im gleichen Zeitpunkt in Kraft treten (Art. 7 Abs. 2 Zusatzabkommen). Ein *rechtlicher Konnex besteht* jedoch klarerweise *nicht*. Das ist daran erkennbar, dass die Bestimmungen zur Vertragsbeendigung jeweils nicht auf das jeweils andere Abkommen Bezug nehmen; jedes Abkommen kann alleine beendet werden. Es besteht eine politische, keine rechtliche Verbindung. Für eine gewisse Verwirrung sorgte möglicherweise die Formulierung in Art. 11 Abs. 3 FHA Hongkong, wonach die Abkommen „gesondert“ und „parallel“ abgeschlossen wurden. „Parallel“ meint hier etwas anderes als etwa im Kontext der Bilateralen Verträge I, wo eine sog. Guillotine-Klausel das Schicksal der „parallel“ verhandelten Abkommen rechtlich miteinander verknüpft. Im vorliegenden Kontext bedeutet „parallel“ lediglich, dass die Abkommen gleichzeitig ausgehandelt wurden und politisch miteinander verbunden sind.

⁸⁷ DBA Österreich (2006) und DBA Südafrika (2008): Im Fall des DBA mit Österreich führte eine Bestimmung über die Vollstreckungshilfe für ausländische Steuerforderungen zur Annahme einer Referendumpflicht, in jenem mit Südafrika Zuweisungen von Kompetenzen an ein Schiedsgericht. Vgl. Botschaft DBA Österreich, BBl 2006 5163; Botschaft DBA Südafrika, BBl 2007 6602. Es handelt sich um Anwendungsfälle der Variante 1 (oben I.3.b) der Standardabkommen-Praxis.

erfolgte. **Bei DBA** wurde die Referendumpflichtigkeit bis zur Praxisänderung 2009 in **12 von 14 Fällen verneint**.

d. *Praxisänderung bei DBA 2009*

Betrachtung verdienen mit Blick auf die konzeptionellen Schwachstellen der Standardabkommen-Praxis die **Hintergründe der sog. „Aufgabe“ dieser Praxis bei DBA im Jahr 2009**. Die Schweiz sah sich damals internationalem Druck ausgesetzt, den von der OECD empfohlenen Standard bei der Amtshilfe in Steuer-sachen zu übernehmen.⁸⁸ Sie war politisch – nicht rechtlich – gezwungen, in- nert relativ kurzer Zeit mindestens ein Dutzend Abkommen mit dem neuen Standard abzuschliessen. Tatsächlich schloss sie bis heute bereits 29 solcher DBA ab.

Mit Blick auf die Referendumsfrage erklärte der Bundesrat im Frühjahr 2009 zunächst, nur beim zeitlich ersten DBA mit dem neuen Standard eine Unterstel- lung zu beantragen.⁸⁹ Das Vorhaben löste Kritik aus.⁹⁰ Das Grundproblem des vom Bundesrat avisierten Vorgehens bestand darin, dass es ihm ermöglicht hätte, zuerst ein referendumpflichtiges DBA mit einem aus schweizerischer Sicht „unproblematischen“ Staat abzuschliessen und erst hinterher DBA mit jenen Staaten zu vereinbaren, im Verhältnis zu denen Amtshilfe in Steuerfragen ein brisantes Thema ist, etwa mit Deutschland. Der bundesrätliche Plan geriet

⁸⁸ Die Schweiz erklärte sich am 13. März 2009 bereit, den OECD-Standard betreffend Amtshilfe in Steuersachen nach Art. 26 des OECD-Standardvertrages zu übernehmen.

⁸⁹ Medienmitteilung des EFD vom 8. April 2009.

⁹⁰ Kritisch: Kunz, Mitbestimmung, Rz. 56 ff.; Oesch, Willkür, S. 15; zustimmend: Oesterheld, Amtshilfe, Rz. 65 ff.; Müller, Regeln, S. 15.

im Parlament und in der weiteren Öffentlichkeit unter Druck.⁹¹ Am 27. November erklärte der Bundesrat, er werde künftig alle neuen DBA dem Referendum unterstellen.⁹² Seither sind 30 von 33 neu abgeschlossenen DBA dem fakultativen Referendum unterstellt worden. Nicht unterstellt wurden einzig die DBA mit Tadschikistan (2010), Georgien (2010) und den USA (2010), die alle den neuen Standard nicht enthalten.

Begründet wurde die Unterstellung der DBA – routinemässig – mit der Neuheit einer wichtigen Verpflichtung.⁹³ Der Bundesrat argumentiert bei DBA also weiterhin und bis heute mit einem relativen Wichtigkeitsbegriff, in dem er in der Begründung auf die Differenz zum bereits Bestehenden abstellt. Er behält das Begründungsmuster der Standardabkommen-Praxis bei, das nun aber – im Unterschied zur Praxis vor 2009 – zur fast ausnahmslosen Unterstellung der DBA unter das Referendum führt. *In der Sache* aber wendet er den *relativen Wichtigkeitsbegriff gar nicht an*, denn dieser hätte bedeutet, dass nur das erste neue Abkommen mit OECD-Standard wichtig im Sinne dieses Wichtigkeitsbegriffs gewesen wäre. Das führt zur bemerkenswerten Feststellung, dass Bundesrat und Parlament die **Standardabkommen-Praxis bei DBA** seit Ende 2009 **in der Sache, nicht aber der Begründung nach aufgegeben** haben. Man versteckte die Praxisänderung, indem man zwar den Begriff weiter gefasst hat, aber ohne dies zuzugeben. Man kann sagen: Die Inkonsistenzen bei der Handhabung von DBA seit 2009 „schützen“ den engen Wichtigkeitsbegriff beim Umgang mit FHA und ASS vor seiner Infragestellung.

⁹¹ Vgl. etwa AB 2009 N 1709 Votum Müller.

⁹² Medienmitteilung des EFD vom 27. November 2009.

⁹³ Vgl. etwa Botschaft Protokoll DBA Japan, BBl 2010 5941: „Die neue Bestimmung zum Informationsaustausch gemäss dem Musterabkommen der OECD sieht eine erweiterte Amtshilfe vor. Dies ist eine wichtige Neuerung in der schweizerischen Abkommenspraxis.“

II. VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT DER STANDARDABKOMMEN-PRAXIS

Die Analyse der Grundkonzeption von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV, der Besonderheiten staatsvertraglicher Rechtsetzung sowie der Hintergründe und Einzelheiten der Standardabkommen-Praxis erlauben nun eine Beurteilung ihrer Verfassungsmässigkeit. In einem ersten Schritt werden die **Spielräume für die Auslegung** von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV aus der Grundkonzeption hergeleitet (1). Im zweiten Schritt wird die **Verfassungsmässigkeit der Standardabkommen-Praxis** beurteilt (2). Im dritten Schritt schliesslich wird gefragt, **was das Ausgeführte** für die derzeit aktuelle Frage der **Referendumpflichtigkeit des FHA mit China bedeutet** (3).

1. Auslegungsspielräume bei Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV

a. *Spielräume für Inkongruenzen*

Der Entscheid des Verfassungsgebers für analoge oder parallele Regelungen von Gesetzes- und Staatsvertragsreferendum bedeutet nach dem Ausgeführten **keinen Entscheid für ein absolut kongruentes Verständnis der Wichtigkeit**. Die Ausführungen zu den Besonderheiten staatsvertraglicher Rechtsetzung haben die bedingte Vergleichbarkeit von Binnenrechtsetzung und Rechtsetzung durch Staatsverträge gezeigt, die sich aus der Partikularität staatsvertraglicher Rechtsetzung, ihrer zeitlichen Staffelung sowie den Spielräumen für Ungleichbehand-

lungen der Vertragspartner ergeben.⁹⁴ Der Wichtigkeitsbegriff von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV knüpft zwar an den Wichtigkeitsbegriff der Referendumsregelung im Binnenbereich von Art. 164 Abs. 1 BV an, ist aber ein **spezifischer**, sich an der Natur staatsvertraglicher Rechtsetzung orientierender **Begriff**. Daraus folgen gewisse Spielräume für die Konkretisierung und gar leichte Inkongruenzen. Die Spielräume sind aber durch die Grundidee der Regel begrenzt. Der Begriff der Wichtigkeit rechtsetzender Staatsverträge muss den Entscheid des Verfassungsgebers für eine weit gefasst Universalregelung respektieren. Er darf diese nicht durch eine engere Regelung ersetzen. Die Universalregel verlangt für sämtliche wichtige rechtsetzenden Bestimmungen in Staatsverträgen die jeweils gleiche demokratische Legitimation. Auslegungen und Konkretisierungen von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV dürfen diesen Entscheid des Verfassungsgebers nicht unterlaufen. Sie müssen dem Ziel der Parallelisierung der Legitimationsniveaus im Binnen- und Aussenbereich Vorrang vor Flexibilitätsbedürfnissen einräumen. Die **Grenzen der Auslegungsspielräume** liegen dort, wo der Wichtigkeitsbegriff von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV den **Entscheid für parallele Legitimationsniveaus** im Binnen- und Aussenbereich **insgesamt unterläuft**.

b. Schematismen und Kategorisierungen

Der Entscheid für den unbestimmten Rechtsbegriff der Wichtigkeit als Schlüsselbegriff der Referendumsregelung bedeutet nach dem Ausgeführten relativ weit gehende Ermessensspielräume bei der Konkretisierung.⁹⁵ Es wurde darge-

⁹⁴ Oben I.2.b-e.

⁹⁵ Oben I.2.a.

legt, dass es schwierig ist, ihm mit verallgemeinerbaren Kriterien verlässliche Konturen zu verleihen, und dass der Rechtsanwender **Spielräume für sachlich begründete Kategorisierungen** besitzt. Sie dürfen in beschränktem Rahmen auch Vereinfachungsbedürfnissen dienen. Auch diese Spielräume sind begrenzt. Der Verfassungsgeber hat sich für eine Regelung entschieden, die der Mitsprache des Volkes bei wichtigen rechtsetzenden Akten *prinzipiell* Vorrang gegenüber dem praktischen Bedürfnis nach Beschleunigung sowie dem diplomatischen Bedürfnis der Vermeidung von Spannungen wegen ungleicher innerstaatlicher Zustimmungsverfahren einräumt. Dieser Entscheid geht aus der Entstehungsgeschichte der Norm klar hervor. Die SPK des Ständerates beabsichtigte mit der von ihr vorgeschlagenen Regelung, den Entscheid über das Wichtige den Stimmberechtigten zu überlassen.⁹⁶ Die **Grenze** zulässiger Kategorisierungen liegt daher dort, wo die **Kategorisierung den Entscheid für den Vorrang direktdemokratischer Legitimation vor Flexibilitätsbedürfnissen** bei wichtigen Rechtsetzungsentscheiden **unterläuft**. Das Anliegen des Bundesrates, mit der Kategorisierung eine „gangbare Praxis“⁹⁷ zu entwickeln, um mit der neuen Referendumsregelung zurechtzukommen, kann verfassungsrechtlich nur so weit zulässig sein, wie es diesen Vorrang im Grundsatz respektiert.

c. Grössere Fehlertoleranz bei „politischen“ Behörden?

Der Entscheid, die Zuständigkeit für die Konkretisierung politischen Behörden zuzuweisen, bedeutet nach dem Ausgeführten faktisch eine gewisse Inkauf-

⁹⁶ SPK-S Bericht Volksrechte, BBl 2001 4826.

⁹⁷ Formulierung des Bundesrates im DBA Israel, Botschaft DBA Israel, BBl 2003 6475; FHA Chile, Botschaft FHA Chile, BBl 2003 7136.

nahme der „Politisierung“ der Auslegung.⁹⁸ Es wurde dargelegt, dass die Zuständigkeit des Parlaments für die Unterstellung – faktisch: des Parlaments *und* des für die Botschaft zuständigen Bundesrats – am Auslegungscharakter der Anwendung von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV nichts ändert. Es gelten grundsätzlich wissenschaftliche Massstäbe. Zugleich erfolgte die Zuweisung dieser Kompetenz im Wissen um die Funktionsweise des Parlaments und des Zusammenspiels mit dem Bundesrat, die vielfältigen beruflichen Hintergründe von Parlamentarierinnen und Parlamentariern, die Bedeutung von Profilierungs- und Konformitätsdruck im Parlaments- und Regierungsbetrieb sowie die Möglichkeit von sog. Eigendynamiken politischer Entscheidungsprozesse. Das Parlament – im Zusammenwirken mit dem Bundesrat – ist strukturell nicht in der Lage, Auslegungsaufgaben mit der gleichen Präzision zu erfüllen, wie dies ein Gericht kann, das über andere fachlichen und zeitliche Ressourcen verfügt. Der Verfassungsgeber wies die Auslegungsaufgabe dem Parlament „sehenden Auges“ zu. Er hat damit gewisse **Ungenauigkeiten bei der Auslegung** zumindest faktisch **in Kauf genommen**. Diesem Umstand kann bei der Auslegung von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV allenfalls in begrenztem Umfang eine gewisse Bedeutung zukommen. Auch eine leicht erhöhte Fehlertoleranz wäre aber, wenn man sie bejaht, eng begrenzt. Der Zuweisungsentscheid stellt keine Ermächtigung dar, das Wichtigkeitskriterium nach politischen Präferenzen, d.h. regellos und inkonsequent zu handhaben.

⁹⁸ Oben I.1.c.

2. Folgerungen für die Standardabkommen-Praxis

a. *Ungenügender Einbezug der Spezifika staatsvertraglicher Rechtsetzung*

Die Verfassung verlangt nach dem Ausgeführten den **Miteinbezug der Besonderheiten staatsvertraglicher Rechtsetzung** bei der Bestimmung der Wichtigkeit eines Abkommens. Zu diesen Besonderheiten gehört der vom Bundesrat zur Begründung der Standardabkommen-Praxis angeführte Umstand, dass ein Teil der staatsvertraglichen Rechtsetzungsentscheide repetitiv in dem Sinne ist, dass über ganz oder teilweise standardisierte Verträge entschieden wird.⁹⁹ Solche Rechtsetzungsentscheide können als blosse Formsache erscheinen. Das bedeutet, dass die **Mitberücksichtigung der Möglichkeit von Standardentscheiden** bei der Bestimmung der Wichtigkeit verfassungsrechtlich geboten ist. So weit ist Bundesrat und Parlament zuzustimmen. Zugleich wurde dargelegt, dass die Verfassung nicht nur den Miteinbezug *dieser* Besonderheit staatsvertraglicher Rechtsetzung gebietet. Sie besitzt eine ganze Reihe von Eigenheiten auf der personalen, temporalen und materiell-inhaltlichen Ebene, die sie von der Binnenrechtsetzung unterscheiden und die in die Beurteilung der Wichtigkeit miteinfließen müssen. Leitgedanke bei der Berücksichtigung ist die Verwirklichung der Parallelitätsidee. Zu fragen ist damit: Vernachlässigt die Standardabkommen-Praxis *von ihrer Anlage her* Besonderheiten staatsvertraglicher Rechtsetzung, die bei der Beurteilung der Wichtigkeit im Licht der Parallelitätsidee von Bedeutung sein können?

Dies trifft zu. Aus drei Gründen:

⁹⁹ Oben I.2.c.i.

(i) Bei der Analyse der Besonderheiten auf der *personalen Ebene* wurde ausgeführt, dass der Vertragspartner auch bei standardisierten Abkommen ein zentrales Element des Rechtsetzungsentscheides sein kann.¹⁰⁰ Es wurde gezeigt, dass der Vertragspartner *an sich* problematisch sein kann, weil enge Assoziierungen mit ihm *per se* brisant sind (Beispiel: Nordkorea), aber auch, dass *bestimmte* Wirkungen eines *bestimmten* Vertrages mit einem *bestimmten* Partner dem Abkommen den Charakter eines heiklen, brisanten oder aus anderem Grund besonders bedeutenden Rechtsetzungsakt verleihen können. Das kann beispielsweise bei engen wirtschaftlichen Assoziierungen mit autoritären Staaten der Fall sein, wenn die politische-sozialen Wirkungen der Assoziierung in den Augen eines Teils der Bevölkerung als brisant erscheinen. Dies bedeutet klarerweise, dass die **kategorische Annahme** im Rahmen der Standardabkommen-Praxis, der **Vertragspartner spiele für die Wichtigkeit keine Rolle, verfassungsrechtlich nicht haltbar** ist. Geboten ist im Licht des Parallelitätsziels eine konkrete, kontextsensible Überprüfung, ob das Abkommen wegen der Gesamtheit seiner Wirkungen als wichtig zu betrachten ist.

(ii) Bei der Analyse der Besonderheiten auf der *zeitlichen Ebene* wurde ausgeführt, dass die zeitliche Staffelung der Rechtsetzungsentscheide über standardisierte Abkommen zeitbedingte Bewertungen bedeutet.¹⁰¹ Ein Abkommen mit dem Inhalt X zwischen A und B kann im Zeitpunkt 1 als Routineangelegenheit erscheinen, ein gleichlautendes Abkommen zwischen A und C im Zeitpunkt 2 wegen veränderter Bewertungen aber als heikel oder brisant. Sensibilitäten und Prioritäten sind zeitbedingt, Routineentscheide können zu brisanten Akten werden und umgekehrt. Das bedeutet, dass zunehmender Zeitablauf die Frage

¹⁰⁰ Oben I.2.c.ii.

¹⁰¹ Oben I.2.d.

nach der Aktualität früherer Bewertungen aufwirft. Daraus folgt, dass die **von der Standardabkommen-Praxis kategorisch unterstellte Aktualität früherer Bewertungen** ebenfalls **die Verfassung verletzt**. Geboten ist im Licht des Parallelitätsziels ein Miteinbezug der Frage nach der Aktualität früherer Bewertungen.

(iii) Bei der Analyse der Besonderheiten auf der *inhaltlich-materiellen Ebene* wurde ausgeführt, dass die Hintergründe eines Entscheides für gleichlautende Abkommen sehr unterschiedlich sein können.¹⁰² Inhaltliche Identität kann mit dem Standardcharakter eines Rechtsetzungsentscheides, aber auch mit dem Fehlen realer Alternativen bei brisanten Verträgen zusammenhängen. Es ist etwa möglich, dass Staat A Abweichungen vom Standardabkommen dringend möchte, aufgrund der Machtverhältnisse aber nicht über die Möglichkeiten verfügt, solche Abweichungen in den Verhandlungen zu realisieren. Dies bedeutet ebenfalls klarerweise, dass die **Annahme** im Rahmen der Standardabkommen-Praxis, **dass der Rechtsetzungsentscheid bei gleichlautenden Abkommen stets repetitiv-routinemässigen Charakter hat** und damit nicht wichtig im Sinne der Verfassungsbestimmung ist, **die Verfassung verletzt**. Geboten ist im Licht des Parallelitätsziels, dass auch bei gleichlautenden Abkommen nach den konkreten Hintergründen der Identität gefragt wird.

b. *Standardabkommen als separate Vertragskategorie*

Es stellt sich ganz grundsätzlich die Frage nach der verfassungsrechtlichen Bewertung der Vertragskategorie der Standardabkommen. Bundesrat und Parlament bilden bei Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV zwei Kategorien von Verträgen,

¹⁰² Oben I.2.e.

indem sie zwischen Standardabkommen und übrigen Verträgen unterscheiden. Es wurde dargelegt, dass der Entscheid für den unbestimmten Rechtsbegriff der Wichtigkeit gewisse Spielräume für Kategorisierungen schafft und dass diese in beschränktem Umfang auch Vereinfachungsbedürfnissen dienen dürfen.¹⁰³

Als Ausgangspunkt ist mit Blick auf Standardabkommen zunächst festzuhalten, dass die Bildung einer solchen Kategorie eine gewisse Plausibilität beanspruchen kann. Es trifft offenkundig zu, dass in bestimmten Feldern staatsvertraglicher Rechtsetzung standardisierte Rechtsetzung oft vorkommt oder gar der Regelfall ist. Verfassungsrechtlich ist gegen die **Bildung der Kategorie der Standardabkommen nichts einzuwenden**. Die Frage ist jedoch, wie gross die Spielräume für Differenzierungen bei der Handhabung der Referendumsregel sind. Die Kategorisierung darf vereinfachen und gewisse Schematismen schaffen. Sie darf aber nicht dazu dienen, die Geltung der Universalregel von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV systematisch zu unterlaufen. Die Frage ist damit: Gibt es Anzeichen, dass die Geltung von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV mit Hilfe der Vertragskategorie der Standardabkommen systematisch unterlaufen wird?

Auch das trifft zu, ebenfalls aus drei Gründen:

(i) Bei den Ausführungen zum *Grundgedanken* der Standardabkommen-Praxis wurde gezeigt, dass der Bundesrat die Wichtigkeit eines Abkommens im Grundsatz mit Hilfe eines relativen Wichtigkeitsbegriffs ermittelt.¹⁰⁴ Wichtigkeit kann der Grundidee nach prinzipiell nur bei wichtigen *neuen* Verpflichtungen angenommen werden. Der Wichtigkeitsbegriff ist damit so konzipiert, dass er die Wichtigkeitsprüfung gegen Fragen nach der Bedeutung des Vertragspart-

¹⁰³ Oben I.1.c.ii.

¹⁰⁴ Oben I.3.a.

ners, der Relevanz von Zeitablauf für Bewertungen sowie der Relevanz von Hintergründen gleichlautender Abkommen immunisiert. Der **relative Wichtigkeitsbegriff** der Standardabkommen-Praxis **ermöglicht es, die Parallelitätsidee systematisch zu unterlaufen.**

(ii) Bei den Ausführungen zur *praktischen Handhabung der Standardabkommen-Kategorie* wurden verschiedene Inkonsistenzen aufgezeigt.¹⁰⁵ Es wurde dargelegt, dass zwei Hauptvarianten existieren, wobei im einzelnen Fall nicht begründet wird, weshalb die eine und nicht die andere zur Anwendung kommt. Es wurde auch gezeigt, dass bei der Einschätzung des Gewichts der verschiedenen Abkommen unterschiedliche Standards zur Anwendung kommen, wobei besonderes Gewicht nur dort angenommen wird, wo es zugleich als im Licht der Wichtigkeitsfrage irrelevant bezeichnet wird. Schliesslich wurde aufgezeigt, dass das Gewicht in einem Fall (FHA mit China) selbst innerhalb derselben bundesrätlichen Botschaft geradezu gegenteilig eingeschätzt wurde. Die **Gesamtheit der Inkonsistenzen** erwecken den **Eindruck, als stünden sie in einem Zusammenhang mit einem Bemühen um Referendumsvermeidung.** Zu diesem Eindruck trägt auch die Floskelhaftigkeit der Begründungen in den Botschaften bei. Die in der Regel standardisierten Abschnitte zum fakultativen Staatsvertragsreferendum in den verschiedenen Botschaften wirken nicht so, als sei die Wichtigkeit des konkreten Vertrages sorgfältig geprüft worden.

(iii) Bei den Ausführungen zu den *statistischen Angaben* wurde gezeigt, dass insgesamt im Feld weitgehend standardisierter Abkommen in mehr als zehn Jahren nur in drei Fällen eine Referendumsunterstellung erfolgte. Zwischen dem 1. August 2003 und dem 31. Dezember 2013 wurde nur eines von 18 FHA und keines von 4 ASS dem Referendum unterstellt, wobei die Umstände der

¹⁰⁵ Oben I.3.b.

einen Unterstellung unklar blieben.¹⁰⁶ Von den 14 DBA, die zwischen dem 1. August 2003 und der Praxisänderung 2009 abgeschlossen wurden, kam es in zwölf Fällen nicht zur Unterstellung, in zwei Fällen schon. Die **statistischen Daten** vermitteln **ebenfalls den Eindruck**, die **Kategorie der Standardabkommen diene** in der Praxis nicht primär dem Ziel der Vereinfachung, sondern **der Referendumsvermeidung**.

c. Bedeutung des Konsenses zwischen Parlament und Bundesrat?

Kurz einzugehen ist schliesslich auf die Frage, ob die Zuweisung der Auslegung von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV an politische Behörden einen Einfluss auf die Zulässigkeit der Standardabkommen-Praxis hat. Es wurde ausgeführt, dass dieser Entscheid des Verfassungsgebers eine **gewisse Inkaufnahme politisierter Auslegung** faktisch einschloss und im Wissen um die unterschiedlichen Funktionsweisen von Parlament/Bundesrat einerseits und Gerichten andererseits erfolgte. Der Verfassungsgeber handelte im Wissen, dass der Bundesrat mit seinen Botschaften Entscheide wesentlich vorstrukturiert und dass die Praxis zu Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV wesentlich durch ein Zusammenwirken von Parlament und Regierung geprägt werden würde, wie es etwa auch 2004/5 bei der Erarbeitung des endgültigen Texts der Motion betreffend Klärung der Anwendung der Referendumsregelung der Fall war.¹⁰⁷ Das spricht grundsätzlich dafür, **einträchtigem Handeln von Parlament und Regierung** bei der Bestimmung der Spielräume der Behörden **nicht von Vornherein jede Bedeutung abzuspre-**

¹⁰⁶ Oben I.3.c.

¹⁰⁷ Der Bundesrat weist regelmässig darauf hin, dass das Parlament der Motion 04.3203 n der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zugestimmt und dass die Räte die Auffassung des Bundesrates bei den seither abgeschlossenen FHA stets gestützt habe. Vgl. etwa Botschaft FHA China, BBl 2013 8215 f.

chen. Aus rechtsvergleichender Sicht ist auch anzumerken: Die Frage, ob und gegebenenfalls wie weit einträchtiges Handeln von Parlament und Regierung ihre verfassungsrechtlichen Spielräume beeinflusst, ist verfassungsrechtlich und verfassungstheoretisch kein einfaches Problem. Es hat auch schon den US Supreme Court beschäftigt, der zu einer differenzierten Betrachtung gelangte und die berühmte Formel prägte, dass es verfassungsrechtliche Zonen des Zwielfichts („zones of twilight“) gäbe, in denen solche Konstellationen von Belang sein könnten.¹⁰⁸ Wenn man diesem Gedanken folgt und ihn auf die schweizerische Verfassung überträgt, so bedeutet dies, dass Zusammenwirken von Parlament und Regierung in der hier interessierenden Konstellation die Legitimität der Kategorienbildung tendenziell unterstützt. Es bedeutet allenfalls, dass nur mit sehr guten Gründen Verfassungswidrigkeit einer Kategorienbildung angenommen werden sollte. All dies ändert aber nichts daran, dass auch einträchtiges Zusammenwirken von Parlament und Bundesrat den Zweck von Verfassungsnormen nicht überspielen darf. Genau dazu ist es im Zusammenhang mit der Standardabkommen-Praxis aber gekommen. Der Konsens zwischen den beiden Staatsgewalten vermag die Verfassungswidrigkeit der Standardabkommen-Praxis in der praktizierten Form nicht zu heilen.

d. Zweifel des Bundesrates an der Verfassungsmässigkeit

Die Standardabkommen-Praxis erscheint in der **Gesamtbetrachtung** als eine **Praxis**, die im Hauptzweck der **Referendumsvermeidung** dient. Sie widerspricht dem Zweck von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV und ist verfassungswidrig. Wenn

¹⁰⁸ Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

das Parlament diese Verfassungsbestimmung ernst nimmt, wozu es verfassungsrechtlich verpflichtet ist, hat es keine Wahl, als sie aufzugeben.

Der Bundesrat selbst hat verschiedentlich Zweifel an der Verfassungskonformität der von ihm initiierten Praxis geäußert. 2010 schrieb er in der Botschaft zur Volksinitiative „Für die Stärkung der Volksrechte in der Aussenpolitik (Staatsverträge vors Volk!)“, er sei von seiner ursprünglichen Position, auch DBA als Standardabkommen zu behandeln, bekanntlich abgerückt, und es scheine ihm „aus Kohärenzgründen“ angezeigt, die neue DBA-Praxis „auch in den übrigen Bereichen zum Tragen zu bringen“, also auch bei FHA und ASS.¹⁰⁹ Vor Kurzem hat er sich erneut ähnlich geäußert. In den Botschaften zum FHA mit Costa Rica und Panama sowie zum FHA mit China hielt er fest, dass die „geltende Praxis, wonach internationale „Standard“-Abkommen nicht dem fakultativen Referendum unterliegen“ [...], „derzeit vom Bundesrat auf ihre Konformität mit Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 3 BV geprüft“ werde, wobei sich unter anderem die Frage stelle, „ob die im Bereich der Doppelbesteuerungsabkommen neu eingeführte Praxis des Bundesrats, diese Abkommen dem fakultativen Referendum zu unterstellen, [auch bei FHA] übernommen werden solle.“¹¹⁰

Die grundsätzlichen Bedenken bestehen seit 2003, gewissermassen seit der ersten Stunde. Robert Waldburger hielt damals mit Blick auf DBA in einem Gutachten fest, sie seien „eindeutig“ dem Referendum zu unterstellen, wenn man den sich aus den Materialien ergebenden Grundsatz der Parallelität ernst nähme.¹¹¹ 2005 konstatierte das Bundesamt für Justiz mit Blick auf die Praxis zu Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV im Allgemeinen eine Mentalität in der Verwal-

¹⁰⁹ Botschaft Staatsverträge vors Volk, BBl 2010 6970.

¹¹⁰ Botschaft FHA Costa Rica und Panama, BBl 2013 8097 f.; Botschaft FHA China, BBl 2013 8215.

¹¹¹ Waldburger, Doppelbesteuerungsabkommen, S. 297

tung, die im Referendum mehr ein zu umgehendes Hindernis als eine verfassungsrechtliche Vorgabe sieht. Die federführenden Ämter und Departemente bzw. der Bundesrat würden oft „eine tendenziell defensive Haltung“ vertreten und seien überdies versucht, eine Unterstellung unter das Referendum zu vermeiden, während Aussagen in den parlamentarischen Beratungen eher so zu verstehen seien, „dass man den Grundsatz *in dubio pro referendum*¹¹² bevorzugen würde.“¹¹³ Es ist bemerkenswert, dass bis heute keine gründliche, wissenschaftlichen Masstäben genügende Überprüfung der Verfassungsmässigkeit der Praxis stattgefunden hat.¹¹⁴

Die Schwierigkeit der Auslegungsaufgabe lässt eine grundsätzliche Bemerkung angezeigt erscheinen. **Lösbar ist das Problem**, das hinter der Einführung der Standardabkommen-Praxis stand und weiterhin steht, wohl **nur auf dem Weg einer Verfassungsänderung**. Der Verfassungsgeber könnte eine Bestimmung in die Verfassung einfügen, die dem Parlament erlauben würde, in den Bereichen FHA, ASS und DBA, in denen standardisierte Abkommen die Regel darstellen,

¹¹² Ein solcher Grundsatz lässt sich der Verfassung nicht entnehmen. Er würde bedeuten, dass eine Vermutung zu Gunsten des Referendums besteht. Aus sprachlicher Sicht ist zu fragen, ob nicht an Stelle der sich zusehends einbürgernden Formel *in dubio pro referendum* (etwa: BJ, Praxis zum Staatsvertragsreferendum, Ziff.4) die Formel *in dubio pro referendo* zu verwenden wäre.

¹¹³ BJ, Praxis zum Staatsvertragsreferendum, Ziff. 4.

¹¹⁴ In jüngerer Vergangenheit wurde verschiedentlich argumentiert, das Volk habe mit der Ablehnung der Volksinitiative „Staatsverträge vors Volk!“ entschieden, dass Verträge wie das FHA mit China nicht dem Referendum zu unterstellen seien. Nationalrat Gerhard Pfister äusserte die Auffassung, das Volk habe sich mit der Ablehnung der Initiative dagegen ausgesprochen, über Verträge wie das FHA mit China abzustimmen (Radio SRF, 9. Dezember 2013, Tagesgespräch). Verfassungsrechtlich ist diese Auffassung abwegig. Gegenstand der Volksinitiative „Staatsverträge vors Volk!“ war eine weitgehende Parallelisierung der Regelungen beim *obligatorischen* Referendum. Aus ihrer Ablehnung können keine Schlüsse für die Auslegung der Referendumsregelungen im Bereich des fakultativen Referendums gezogen werden. Die Behauptung ist aber dennoch interessant, weil sie eine gewisse Robustheit der Debatte über Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV zeigt, die eine kaum vermeidbare Folge davon ist, dass der Verfassungsgeber die Auslegung in die Hand „politischer Behörden“ gelegt hat.

auf eine Unterstellung unter das Referendum zu verzichten.¹¹⁵ Das Parlament könnte nach politischem Ermessen entscheiden. Das würde allerdings bedeuten, dass es die Möglichkeit hätte, auch einen wichtigen Vertrag in diesen Bereichen dem Referendum zu entziehen, was der Idee der Parallelität widersprechen würde. Die Ungewissheit, ob das Parlament eine solche Gestaltungsmöglichkeit nutzen würde, wäre der Preis für die flexiblere Lösung, die den im Grundsatz plausiblen Vereinfachungsbedürfnissen bei standardisierten Abkommen Rechnung tragen würde.

3. Folgerungen für den Umgang mit dem FHA mit China

a. *Spezifischer Wichtigkeitsbegriff von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV*

Die Frage nach der Referendumpflichtigkeit des FHA mit China kann nach dem Ausgeführten nicht durch „Anwendung“ der Standardabkommen-Praxis beantwortet werden. Es wurde im Detail dargelegt, dass diese Praxis Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV wegen zu enger Konzipierung des Wichtigkeitsbegriffs verletzt. Für das FHA mit China bedeutet dies, dass die Referendumpflichtigkeit unter Anwendung der ordentlichen Regeln der Verfassungsauslegung und -anwendung zu bestimmen ist. Geboten ist eine Unterstellung unter das Referendum, wie ausgeführt, dann, wenn der Staatsvertrag mindestens eine wichti-

¹¹⁵ Denkbar wäre ein neuer Art. 141 Abs. 2 BV, der folgenden Wortlaut haben könnte: „Die Bundesversammlung kann bei Freihandelsabkommen, Abkommen über soziale Sicherheit sowie Doppelbesteuerungsabkommen von einer Unterstellung unter das fakultative Referendum absehen.“

ge unmittelbar rechtsetzende Bestimmung enthält oder wenn eine Bestimmung durch Erlass eines Bundesgesetzes umgesetzt werden muss.

Das FHA mit China enthält sowohl unmittelbar anwendbare als auch nicht unmittelbar anwendbare Bestimmungen. Den Kern machen, für FHA typisch, unmittelbar rechtsetzende Bestimmungen aus, etwa betreffend Gleichbehandlung von Waren und Dienstleistungen, Umgang mit Ursprungsbezeichnungen und technischen Handelshemmnissen. Der rechtsetzende Charakter dieser Bestimmungen – im Sinne des Rechtsetzungsbegriffs von Art. 22 Abs. 4 ParlG – ist offensichtlich. Er wird vom Bundesrat anerkannt und ist generell unbestritten.¹¹⁶ Die **zentrale Frage** ist daher, ob die **unmittelbar rechtsetzenden Bestimmungen als wichtig im Sinne des Wichtigkeitsbegriffs** von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV zu gelten haben.

Ausgangspunkt der Wichtigkeitsprüfung sind die im Zusammenhang mit Art. 164 Abs. 1 BV durch Praxis und Wissenschaft entwickelten Wichtigkeitskriterien. Die Beurteilung der Wichtigkeit muss nach dem Ausgeführten die Besonderheiten staatsvertraglicher Rechtsetzung miteinbeziehen, wenn sie den Anforderungen von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV standhalten soll. Weiter oben wurde der Terminus des **spezifischen Wichtigkeitsbegriffs** von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV eingeführt, um den Gedanken zu unterstreichen, dass die „Anwendung“ der etablierten Wichtigkeitskriterien von Art. 164 Abs. 1 BV nicht „blind“ erfolgen darf.¹¹⁷ Der Wichtigkeitsbegriff von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV ist so zu fassen, dass die Spezifika staatsvertraglicher Rechtssetzung auf der personalen, zeitlichen und inhaltlich-materiellen Ebene bei der Beurteilung der Wichtigkeit mitberücksichtigt werden. Ausgeschlossen ist bei standardisierten

¹¹⁶ So auch Botschaft FHA China, BBl 2013 8215.

¹¹⁷ Oben I.3.b.

Abkommen wie FHA damit ein kategorischer Ausschluss der Relevanz des Vertragspartners und der Hintergründe gleichlautender Abkommen, wie er im Rahmen der Standardabkommen-Praxis praktiziert wird. Die Verfassung verlangt, dass die Wichtigkeitsprüfung diese Aspekte des staatsvertraglichen Rechtssetzungsaktes miteinbezieht.

b. Umstrittenheit bei standardisierten Verträgen

Die **Wichtigkeit** eines Rechtsetzungsaktes kann sich nach Praxis und Literatur zu Art. 164 Abs. 1 BV **aus seiner Umstrittenheit** in der Rechtsgemeinschaft ergeben.¹¹⁸ Dieses Kriterium lässt sich von seiner Grundidee her auf den innerstaatlichen und den internationalen Bereich anwenden. Ein Rechtsetzungsakt, der von einem Teil der Rechtsgemeinschaft in substantiellem Ausmass als defizitär empfunden wird, ist in dem Sinne „negativ“ wichtig, als viele die Nichtgeltung der Geltung vorziehen würden. Es stellt sich vorliegend die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einem FHA Umstrittenheit im Sinne des verfassungsrechtlichen Wichtigkeitsbegriffs angenommen werden kann bzw. muss. Das ist keine leicht zu beantwortende Frage.

Festzuhalten ist zunächst, dass der weitgehend „standardisierte“ Charakter von FHA und ihre Verbreitung im Grundsatz eher gegen Umstrittenheit sprechen. Der Rahmen und wesentliche Elemente von FHA sind durch das WTO-Recht vorgegebenen. Es ist für die 160 Mitglieder der WTO, unter ihnen China und die Schweiz, verbindlich. Die Schweiz verfügt – neben der EFTA-Konvention und dem FHA mit der EU – gegenwärtig über ein Netz von nicht weniger als 28 Frei-

¹¹⁸ Zum Kriterienkatalog: BV-Komm. Biaggini, Art. 164, Rz. 6.

handelsabkommen mit 38 Partnern.¹¹⁹ Zudem ist das Bemühen um den Abschluss weiterer FHA ein Element der schweizerischen Aussenhandelspolitik, das sie im Rahmen der EFTA und bilateral verfolgt. Diese Grundkonstellation kann im Fall des Abschlusses eines weiteren FHA bedeuten, dass das für die Genehmigung zuständige Parlament die innerstaatliche Zustimmung als blosse „geographische Ausweitung“ eines politisch bereits getroffenen Entscheides, als „Anwendungsfall“ einer generell verfolgten Politik empfindet und wegen der Verbreitung von FHA auch von Akzeptanz in der Bevölkerung ausgeht. Man kann sagen, dass **beim Abschluss neuer FHA eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Akzeptanz** und Unumstrittenheit besteht.¹²⁰

Art. 141 Abs. 1 lit. c Ziff. 3 BV enthält allerdings ein Gebot, die Wichtigkeit *konkret* zu überprüfen. Unwichtigkeit darf auch bei inhaltlich weitgehend oder ganz standardisierten Vertragsinhalten nicht pauschal angenommen, gewissermassen fingiert werden. Es wurde aufgezeigt, dass inhaltliche Ähnlichkeit oder Übereinstimmung von Verträgen sehr unterschiedliche Hintergründe haben kann.¹²¹ Sie kann Folge routinemässiger, allgemein konsentierter Rechtsetzung sein, aber auch Konsequenz fehlender politischer oder rechtlicher Gestaltungsspielräume trotz Brisanz einer Materie. Die Besonderheit standardisierter Staatsverträge besteht im Licht der Umstrittenheitsfrage darin, dass sich die Umstrittenheit – wegen der Standardisierung – nicht aus dem Regelungsgegenstand *an sich* ergeben kann, denn Verträge mit gleichem oder ähnlichem Inhalt werden mit einer Vielzahl von Partnern abgeschlossen. Die Brisanz kann aber

¹¹⁹ www.seco.admin.ch/themen (Freihandelsabkommen), besucht am 31. Januar 2014.

¹²⁰ Georg Müller spricht davon, dass solche Verträge „im Allgemeinen“ unumstritten sind: Müller, Regeln, S. 15.

¹²¹ Oben II.3.e (Besonderheiten staatsvertraglicher Rechtssetzung auf der materiell-inhaltlichen Ebene).

Folge davon sein, dass ein *bestimmter* Vertrag mit einem *bestimmten* Vertragspartner abgeschlossen wird. Das **Problem bei standardisierten Verträgen** können die **spezifischen Wirkungen eines bestimmten Vertrages sein**. Es wurde ausgeführt, dass der Vertragspartner aus diesem Grund – wegen der spezifischen Wirkungen eines Vertrages – ein wichtiges Element des Rechtsetzungsentscheides sein kann, das ihm den Routinecharakter nimmt.¹²² Das kann auch bei standardisierten Verträgen der Fall sein, auch wenn dies aus den erwähnten Gründen oft nicht der Fall ist. Realistisch ist aber etwa die Konstellation, dass eine enge Assoziierungen mit einem autoritären Staat oder gar einem Unrechtsstaat – auch wenn die Assoziierung nach einem „Muster“ erfolgt – als heikle, frei gewählte Nähe zu grossem Unrecht wahrgenommen wird.

Umstrittenheit eines inhaltlich weitgehend standardmässigen FHA wegen *spezifischer* Wirkungen ist nicht leicht anzunehmen. Thema des FHA grundsätzlich ist der Freihandel, nicht irgendwelche umstrittenen Nebenwirkungen. Es genügt etwa nicht, allgemein auf umstrittene oder kritisierte Tatsachen beim Vertragspartner hinzuweisen und daraus Umstrittenheit eines FHA abzuleiten. Differenzen bei Menschenrechts-, Sozial- oder Umweltstandards sind nicht schon *per se* Indikatoren für Umstrittenheit eines FHA. Selbst eine schwerwiegende Differenz bei einer generell als sehr wichtig betrachteten Menschenrechtsfrage, etwa der Haltung eines Staates zur Todesstrafe, genügt nicht. Ein FHA mit den USA etwa könnte nicht allein deshalb als umstritten im Sinne des Wichtigkeitsbegriffs gelten, weil die USA die Todesstrafe nicht generell abgeschafft haben und deswegen in Europa regelmässig kritisiert werden. Die Umstrittenheit der Wirkungen muss eine grundsätzlichere, systemische Dimension aufweisen. Die Wirkungen müssen die Frage berühren, ob die Enge der mit dem FHA ge-

¹²² II.3.c (Besonderheiten staatsvertraglicher Rechtssetzung auf der personalen Ebene).

schaffenen Assoziierung als heikel oder gar als untragbar wahrgenommen wird. Entscheidend für die Annahme von Umstrittenheit ist daher, ob die vertragliche Bindung wegen ihrer **Gesamtwirkungen** in den Augen eines erheblichen Teils der Bevölkerung **eine heikle oder brisante Nähe zu systematisch begangennem Unrecht** erzeugt.

Chinas Umgang mit Menschenrechten ist ein weltpolitisches Dauerthema. Zu massivsten Vorwürfen führen vor allem Schauprozesse zur Einschüchterung der Bevölkerung,¹²³ systematisches Wegsperrern von Oppositionellen,¹²⁴ Zwangsarbeit als substantieller Teil der Volkswirtschaft,¹²⁵ Verwendung von Organen exekutierter Personen bei Organtransplantationen,¹²⁶ die Existenz der Todesstrafe bei 68 Verbrechen unter Einschluss von Veruntreuung und Korruption,¹²⁷ unnatürliche und ungeklärte Todesfälle in Gefängnissen¹²⁸. Es darf als erwiesen gelten, dass die einzelnen Problembereiche nicht Folge punktuellen Unrechts, sondern durch das politische System insgesamt erzeugt sind.

¹²³ Human Rights Watch, China: Reverse Judgement in Show Trial of Xu Zhiyong, 26.01.2014 (www.hrw.org, besucht am 4.2.2014); The New York Times: China Debates Effect of Trial's Rare Transparency, 2.9.2013 (www.nytimes.com, besucht am 4.2.2014); The Guardian: Bo Xilai courtroom drama brings new meaning to Chinese show trials, 27.8.2013 (www.theguardian.com, besucht am 4.2.2014).

¹²⁴ Human Rights Watch, China: End Re-Education Through Labor Without Loopholes, 15.11.2013 (www.hrw.org; besucht am 4.2.2014); Bloomberg: China steps up Crackdown on Dissidents with Jailing of Xu, 27.1.2014 (www.bloomberg.com, besucht am 4.2.2014); BBC News: China dissident Zhu Yufu gets seven years jail for poem, 10.2.2012 (www.bbc.co.uk, besucht am 4.2.2014); The Telegraph: Chinese dissident handed nine year jail sentence, 23.12.2011 (www.telegraph.co.uk, besucht am 4.2.2014).

¹²⁵ The Guardian: Forced Labour behind China's economic miracle, 20.10.2013 (www.theguardian.com, besucht am 4.2.2014).

¹²⁶ Resolution des Europäischen Parlaments vom 12.12.2013 bezüglich „organ harvesting in China“ (2013/2981[RSP]); BBC News: China admits death row organ use, 26.8.2009 (www.bbc.co.uk, besucht am 4.2.2014).

¹²⁷ Human Rights Watch, China, S. 24.

¹²⁸ Human Rights Watch, China, S. 16.

Im Licht dieser Gesamtsituation ist es plausibel, dass das Eingehen einer wirtschaftlich engen Assoziierung, wie es ein Freihandelsabkommen darstellt, bei *diesem* Vertragspartner als heikel, brisant oder gar untragbar empfunden werden kann. Die Frage ist nicht, ob eine solche Assoziierung im Ergebnis nicht allenfalls mehr zur Überwindung der geschilderten Zustände beiträgt als Verzicht darauf. Die Frage ist auch nicht, ob die Menschenrechtsfrage im FHA oder einem anderen von der Schweiz mit China abgeschlossenen Abkommen in der einen oder anderen Form angesprochen wird.¹²⁹ Verfassungsrechtlich relevant ist einzig die Frage, ob die freiwillige und mit dem Zweck der eigenen Wohlfahrtsmehrung eingegangene Bindung in den Augen eines Teils der Bevölkerung als heikler oder untragbarer Beitrag an die Stabilisierung von Systemunrecht oder gar als eigene indirekte Komplizenschaft erscheint.

Es bedarf keiner eingehenden Beweisführung, dass viele das FHA mit China so wahrnehmen. Die regelmässigen Proteste gegen grosse ökonomische Nähe zu China sind notorisch. Sie werden vor allem von NGOs und politischen Parteien vorwiegend aus dem linken Teil des Spektrums geäussert, allerdings nicht nur. Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang auch, dass westliche Länder einschliesslich die Schweiz bei Besuchen chinesischer Politiker regelmässig vor das Problem gestellt sind, wie sie mit den zu erwartenden Protesten wegen Chinas Umgang mit Menschenrechten umgehen wollen und wie eine negative Medienberichterstattung wegen der Proteste verhindert werden kann. Die Erwartbarkeit von Protest ist ein Indikator für Umstrittenheit. Das FHA mit China ist im Licht dieser Ausführungen zweifellos als hochumstritten einzustufen.

¹²⁹ Vgl. das gleichzeitig mit dem FHA abgeschlossene, rechtlich selbständige Abkommen über die Zusammenarbeiten in Arbeits- und Beschäftigungsfragen vom 6. Juli 2013 (Agreement on Labour and Employment Cooperation). Das Abkommen enthält keine rechtlichen Verpflichtungen Chinas, die über bereits bestehende hinausgehen.

c. *Ökonomisches Gewicht als selbständiges Kriterium*

Das „ökonomische Gewicht“ eines Rechtsetzungsaktes gehört nicht zu den etablierten Wichtigkeitskriterien in Literatur und Praxis zu Art. 164 Abs. 1 BV. Es figuriert in keiner Liste der Orientierungshilfen für die Bestimmung der Wichtigkeit. Im Kanon der etablierten Kriterien existieren zwar mehrere, die eine ökonomische Dimension aufweisen – insbesondere: finanzielle Auswirkungen für Staat und Private, Grösse des Adressatenkreises – keines erfasst jedoch unmittelbar die ökonomische Gesamtdimension des Aktes. Es stellt sich angesichts der Spezifika staatsvertraglicher Rechtsetzung **jedoch die Frage**, ob der Wichtigkeitsbegriff von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV die Anerkennung des ökonomischen Gewichts eines Vertrages **als *eigenständigen* Indikator** von Wichtigkeit erfordert.

Bei der Analyse der Besonderheiten staatsvertraglicher Rechtsetzung wurde ausgeführt, dass gleich oder ähnlich ausgestaltete Verträge sehr unterschiedliche Wirkungen haben können, je nachdem, mit welchem Partner sie abgeschlossen werden. Die Unterschiede bei den Wirkungen können – wie im vorigen Abschnitt zur Umstrittenheit ausgeführt – über die politische Wahrnehmung des Vertrages entscheiden. Sie können die politisch-soziale Realität oder auch schlicht die ökonomische Dimension betreffen. Es ist evident, dass die **ökonomische Dimension** eines politischen Aktes mit der **Einschätzung der Wichtigkeit korreliert**. Das ist im Binnenbereich nicht anders als in der Aussenpolitik.¹³⁰ Im Zusammenhang mit Art. 164 Abs. 1 BV dürfte sich die Frage eines

¹³⁰ Dieser Gedanke wird mit Blick auf die Frage der gebotenen direktdemokratischen Mitwirkung oft so formuliert, dass das Legitimationsbedürfnis von der Intensität der Wirtschaftsbeziehungen abhängt. Vgl. Zellweger, Legitimation, S. 37.

selbständigen Kriteriums des ökonomischen Gewichts vor allem deshalb nicht gestellt haben, weil ökonomisch wichtige Rechtssetzungsakte stets mittels spezifischerer Kriterien erfasst werden konnten. Bei der Rechtssetzung durch Staatsverträge ist dies wegen deren Eigenheiten nicht möglich. Das Nebeneinander partikulärer Rechtssetzungsakte schafft im gleichen Politikfeld ein Nebeneinander von ökonomisch unterschiedlich gewichtigen und daher unterschiedlich wahrgenommenen, oft gleichlautenden Abkommen. Die auf die Binnengesetzgebung zugeschnittenen Kriterien von Art. 164 Abs. 1 BV erfassen die ökonomische Dimension staatsvertraglicher Rechtssetzung nicht richtig. Um Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV Rechnung zu tragen, ist es daher nötig, das **„ökonomische Gewicht“** des Vertrages **in die Beurteilung der Wichtigkeit miteinzubeziehen**.

Es verdient in diesem Zusammenhang Erwähnung, dass der Bundesrat im Rahmen der weiter oben skizzierten „Variante 2“ der Standardabkommen-Praxis diesen Schritt bis zu einem gewissen Grad bereits vollzogen hat. Er hat bei einem Teil der als Standardabkommen behandelten Verträge geprüft, ob sie neue wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten *oder* von besonderem ökonomischem, politischem oder rechtlichem Gewicht sind. Er hat dieses Gewicht im Rahmen der „Variante 2“ zwar stets verneint, auch im Fall des FHA mit China. Der Umstand aber, dass er das Gewicht im Rahmen der Wichtigkeitsprüfung für im Rahmen von Variante 2 gar im Prinzip relevant hielt, spricht dafür, dass er die eigenständige Bedeutung des ökonomischen Gewichts im Grunde erkannt hat – ohne allerdings selbst die Konsequenzen zu ziehen und den Wichtigkeitsbegriff entsprechend zu fassen. Wo im Einzelnen die Grenze zwischen ökonomisch besonders bedeutenden und übrigen Abkommen verläuft, ist durch den Rechtsanwender zu bestimmen, wobei er hier über gewisse Spielräume verfügt.

Das FHA mit China ist offensichtlich von **besonderer ökonomischer Bedeutung** für die Schweiz. China ist – nach der EU und den USA – der dritt wichtigste Handelspartner der Schweiz. Geht man mit den Wirtschaftswissenschaften davon aus, dass die Ökonomien in Fernost dauerhaft schneller wachsen werden als jene der westlichen Staaten, ist für die Zukunft noch ein Bedeutungsgewinn des FHA mit China zu erwarten.

d. *Fazit*

Das FHA mit China enthält wichtige rechtsetzende Bestimmungen im Sinne des Wichtigkeitsbegriffs von 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV. Zum einen erscheint es wegen seiner politischen und sozialen Gesamtwirkungen in den Augen eines Teils der Schweizer Bevölkerung als in hohem Mass brisante oder gar untragbar enge Assoziierung mit einem Staat, der für systematische Menschenrechtsverletzungen bekannt ist. Eine rechtlich enge Assoziierung mittels FHA mit einem solchen Staat ist in den Augen vieler das Gegenteil einer breit akzeptierten Routineentscheidung. Zum anderen ist das FHA mit China wegen seiner ökonomischen Dimension von besonderer Bedeutung. China ist der drittgrösste Handelspartner der Schweiz nach der EU und den USA. In der Gesamtbetrachtung lassen der sehr hohe Umstrittenheitsgrad sowie die besonderen ökonomischen Dimensionen des Abkommens das FHA mit China eindeutig als Vertrag mit wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen im Sinne der Referendumsregelung erscheinen.¹³¹ Die vom Bundesrat empfohlene Nichtunterstellung des FHA mit China unter das Referendum verletzt die Verfassung.

¹³¹ Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass sich eine Referendumpflichtigkeit auch daraus ergeben könnte, dass der Bund Bestimmungen des FHA mittels Bundesgesetzen umsetzen muss. Dies ist jedoch nicht der Fall. Der Bundesrat kann die Zollkonzessionen mittels Verordnungen umsetzen, da ihm durch die Art. 4, 5 und 10 des Zolltarifgesetzes vom 9. Oktober 1986 (SR 632.10) eine solche Kompetenz eingeräumt wurde.

LITERATUR

- Auer Andreas/Malinverni Giorgio/Hottelier Michel*, Droit constitutionnel suisse, 2 Bd., 3. A, Bern 2013 (Droit constitutionnel)
- Beusch Michael*, Der Gesetzesbegriff der neuen Bundesverfassung, in: Thomas Gächter/Martin Bertschi (Hrsg.), Neue Akzente in der „nachgeführten“ Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 227 ff. (Gesetzesbegriff)
- Biaggini Giovanni*, Kommentar BV, Zürich 2007 (BV-Komm. Biaggini)
- Brunetti Aymo/Straubhaar Thomas*, Internationalisierung und direkte Demokratie, SVPW-Jahrbuch 1991, S. 237 ff. (Internationalisierung)
- Diggelmann Oliver*, Das Phänomen der Scherbenhaufen-Referenden, in: Jusletter 13. Oktober 2008
- Diggelmann Oliver*, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik. Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, Bern 2005 (Internationalisierung)
- Ehrenzeller Bernhard* (unter Mitarbeit von Reto Patrick Sutter), Gutachten zuhanden von economiesuisse betreffend die Eidgenössische Volksinitiative „für die Stärkung der Volksrechte in der Aussenpolitik (Staatsverträge vors Volk!) vom 20. April 2012
- Ehrenzeller Bernhard*, Mehr, weniger oder andere Volksrechte in der Aussenpolitik? Neue Zürcher Zeitung vom 8./9. Juli 2000, S. 89 (Volksrechte)
- Germann Raimund E.*, Der Verfassungsentwurf von 1995 und die ausserpolitische Handlungsfähigkeit, in: Silvio Borner/Hans Rentsch (Hrsg.), Wieviel direkte Demokratie verträgt die Schweiz?, Chur/Zürich 1997, S. 155 ff. (Handlungsfähigkeit)
- Huber Hans*, Umbruch und Ausdehnung des Staatsvertragsreferendums? Neue Zürcher Zeitung vom 14. August 1965, Bl. 5 (Umbruch)
- Human Rights Watch*, Promises Unfulfilled. An Assessment of China's National Human Rights Plan, New York 2011 (China)

- Kälin Walter*, Völkerrecht und Demokratie – Zum Spannungsverhältnis zwischen Staatsverträgen und Bundesgesetzen, Neue Zürcher Zeitung vom 7. Mai 1997, S. 17 (Spannungsverhältnis)
- Koller Arnold*, Direkte Demokratie und Staatsverträge: Die Verfassung auf dem Prüfstand, Gesetzgebung heute 1993, S. 11 ff. (Demokratie)
- Kreis Georg*, Der lange Weg des Staatsvertragsreferendums, Basel 1995 (Weg des Staatsvertragsreferendums)
- Kunz Peter V.*, Mitbestimmung des Volkes bei künftigen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)?, in: Jusletter 10. August 2009 (Mitbestimmung)
- Künzli Jörg*, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I, S. 47 ff. (Partizipationsrechte)
- Müller Georg/Uhlmann Felix*, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 3. A, Zürich 2013 (Rechtsetzungslehre)
- Müller Georg*, Wann sind Regeln in internationalen Verträgen wichtig? Neue Zürcher Zeitung vom 12. September 2011 (Regeln)
- Oesch Matthias*, Gegen Willkür bei den Referenden zu Staatsverträgen, Neue Zürcher Zeitung vom 12./13. September 2009, S. 15 (Willkür)
- Oesterhelt Stefan*, Amtshilfe im internationalen Steuerrecht der Schweiz, in: Jusletter 12. Oktober 2009 (Amtshilfe)
- Rhinow René*, Volksrechte und Aussenpolitik in der Schweiz, in: Astrid Epiney/Karine Siegwart (Hrsg.), Direkte Demokratie und Europäische Union, Freiburg 1997, S. 93 ff. (Volksrechte)
- Sägesser Thomas*, Das fakultative Referendum bei völkerrechtlichen Verträgen, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten, in: Jusletter 7. September 2009 (Referendum)
- Schindler Dietrich*, Kritische Bemerkungen zur vorgeschlagenen Reform des Staatsvertragsreferendums, in: FS zum fünfzigjährigen Bestehen der Vereinigung für Rechtsstaat und Individualrechte, Zürich 1996 (Bemerkungen)

Thürer Daniel/Diggelmann Oliver, St. Galler Kommentar zu Art. 140 Abs. 1. Bst. b BV, 3. A
(im Erscheinen)

Thürer Daniel/Diggelmann Oliver, St. Galler Kommentar zu Art. 141 Abs. 1. Bst. d BV, 3. A
(im Erscheinen)

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. A, Bern 2011
(Staatsrecht)

Tschannen Pierre, SG-Kommentar zu Art. 164 BV, 2. A, Zürich/Basel/Genf 2008

Waldburger Robert, Unterstehen Doppelbesteuerungsabkommen künftig dem fakultativen Referendum?, Forum für Steuerrecht 2003, S. 295 ff. (Doppelbesteuerungsabkommen)

Zellweger Valentin, Die demokratische Legitimation von Staatsverträgen, LeGes 1999/3, S. 33 ff. (Legitimation)

MATERIALIEN UND AMTLICHE PUBLIKATIONEN (CHRONOLOGISCH)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Neuordnung des Staatsvertragsreferendums vom 23. Oktober 1974, BBl 1974 II 1133 ff. (Botschaft Staatsvertragsreferendum)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1997, BBl 1997 I 1 ff. (Botschaft nBV)

Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates zur Parlamentarischen Initiative (Kommission 96.091 SR) Beseitigung von Mängeln der Volksrechte vom 2. April 2001, BBl 2001 4803 ff. (SPK-S Bericht Volksrechte)

Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates zur Parlamentarischen Initiative (Kommission 96.091 SR) Beseitigung von Mängeln der Volksrechte vom 15. Juni 2001, BBl 2001 6080 ff. (Stellungnahme Bericht Reform Volksrechte)

Botschaft über ein Doppelbesteuerungsabkommen mit Israel vom 19. September 2003, BBl 2003 6467 ff. (Botschaft DBA Israel)

Botschaft zum Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und Chile sowie zum Landwirtschaftsabkommen zwischen der Schweiz und Chile vom 19. September 2003, BBl 2003 7113 ff. (Botschaft FHA Chile)

Verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Staatsverträgen, Gutachten des Bundesamtes für Justiz zuhanden der aussenpolitischen und staatspolitischen Kommissionen von National- und Ständerat vom 6. Januar 2004, überarbeitet im Mai 2004, VPB 68.83 (BJ, Verfassungsrechtliche Fragen)

Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats vom 28. April 2005 zur Motion 04.3203 n „Fakultatives Staatsvertragsreferendum. Parallelismus von staatsvertraglicher und innerstaatlicher Rechtsetzung“ (Bericht SPK-N Staatsvertragsreferendum)

Botschaft über ein Doppelbesteuerungsabkommen mit Serbien und Montenegro vom 17. August 2005, BBl 2005 5321 ff. (Botschaft DBA Serbien und Montenegro)

Die Praxis der Bundesbehörden zum Staatsvertragsreferendum nach Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV, Bericht des Bundesamts für Justiz vom 11. Januar 2005, VPB 69.75 (BJ, Praxis zum Staatsvertragsreferendum)

Botschaft zum Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und der Republik Korea, zum Investitionsabkommen zwischen Island, Liechtenstein, der Schweiz und Korea sowie zum Landwirtschaftsabkommen zwischen der Schweiz und Korea vom 9. Dezember 2005, BBl 2006 923 ff. (Botschaft FHA Korea)

Botschaft über ein Protokoll zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens mit der Republik Finnland vom 24. Mai 2006, BBl 2006 4771 ff. (Botschaft DBA Finnland)

Botschaft über ein Protokoll zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens mit der Republik Österreich vom 24. Mai 2006, BBl 2006 5155 ff. (Botschaft DBA Österreich)

Botschaft über ein Doppelbesteuerungsabkommen mit der Republik Aserbaidschan vom 13. September 2006, BBl 2006 7903 ff. (Botschaft DBA Aserbaidschan)

Botschaft über ein neues Doppelbesteuerungsabkommen mit Südafrika vom 5. September 2007, BBl 2007 6589 ff. (Botschaft DBA Südafrika)

Botschaft zum Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und der Arabischen Republik Ägypten sowie zum Vereinbarung über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen zwischen der Schweiz und Ägypten vom 16. Januar 2008, BBl 2008 951 ff. (Botschaft FHA Ägypten)

Botschaft über ein Doppelbesteuerungsabkommen mit Kolumbien vom 21. Mai 2008, BBl 2008 4467 ff. (Botschaft DBA Kolumbien)

Botschaft über die Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und Japan über Freihandel und wirtschaftliche Partnerschaft sowie des Umsetzungsabkommens zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung von Japan vom 6. März 2009, BBl 2009 2803 ff. (Botschaft FHA Japan)

Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch betreffend UBS AG sowie des Änderungsprotokolls vom 14. April 2010, BBl 2010 2965 ff. (Botschaft DBA USA)

Botschaft zur Genehmigung eines Abkommens zwischen der Schweiz und Tadschikistan zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen vom 25. August 2010, BBl 2010 5839 ff. (Botschaft DBA Tadschikistan)

Botschaft zur Genehmigung eines Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Georgien vom 25. August 2010, BBl 2010 5873 ff. (Botschaft DBA Georgien)

Botschaft zur Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Japan vom 25. August 2010, BBl 2010 5921 ff. (Botschaft Protokoll DBA Japan)

Botschaft zur Volksinitiative «Für die Stärkung der Volksrechte in der Aussenpolitik (Staatsverträge vors Volk!)» vom 1. Oktober 2010, BBl 2010 6970 ff. (Botschaft Staatsverträge vors Volk)

Botschaft über die Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Hongkong, China, des Landwirtschaftsabkommens zwischen der Schweiz und Hongkong, China, sowie des Abkommens über Arbeitsstandards zwischen den EFTA-Staaten und Hongkong, China vom 16. September 2011, BBl 2011 7865 ff. (Botschaft FHA Hongkong)

Botschaft zur Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und den zentralamerikanischen Staaten (abgeschlossen mit Costa Rica und Panama) vom 4. September 2013, BBl 2013 8057 ff. (Botschaft FHA Costa Rica und Panama)

Botschaft zur Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und China sowie des Abkommens zwischen der Schweiz und China über die Zusammenarbeit in Ar-

beits- und Beschäftigungsfragen vom 4. September 2013, BBl 2013 8165 ff. (Botschaft
FHA China)

Botschaft zur Volksinitiative „Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer
(Durchsetzungsinitiative) vom 20. November 2013, BBl 2013 9459 ff. (Botschaft Durch-
setzungsinitiative)

ANHANG: STANDARDABKOMMEN SEIT 2003

Jahreszahlen: Botschaft / Inkrafttreten

*Änderungsprotokoll zu einem bereits bestehenden Abkommen

(1) Freihandelsabkommen (FHA)

| | |
|---|--|
| Chile (2003 / 2004) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Libanon (2005 / 2007) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Republik Korea (2005 / 2006) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Tunesien (2006 / 2006) | dem Referendum nicht unterstellt |
| SACU (Southern African Customs Union) (2007 / 2008) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Ägypten (2008 / 2008) | dem Referendum nicht unterstellt |
| GCC (Kooperationsrat der Arabischen Golfstaaten) (2009 / -) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Japan (2009 / 2009) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Kanada (2009 / 2009) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Kolumbien (2009 / 2011) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Albanien (2010 / 2010) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Peru (2010 / 2011) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Serbien (2010 / 2010) | dem Referendum nicht unterstellt |
| <i>Hongkong (2011 / 2012)</i> | <i>dem Referendum „mitunterstellt“ +</i> |
| Ukraine (2011 / 2012) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Montenegro (2012 / 2012) | dem Referendum nicht unterstellt |
| China (2013 / -) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Costa Rica und Panama(2013 / -) | dem Referendum nicht unterstellt |

+ FHA Hongkong: Referendumpflichtigkeit des FHA selbst in der Botschaft verneint, Unterstellung im Parlament wegen Referendumpflichtigkeit des mit dem FHA politisch, aber nicht rechtlich verknüpften Zusatzabkommens über Arbeitsstandards: vgl. oben I.3.c.

(2) Abkommen über Soziale Sicherheit (ASS)

| | |
|--------------------------|----------------------------------|
| Bulgarien (2006 / 2007) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Australien (2007 / 2008) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Indien (2009 / 2011) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Japan (2011 / 2012) | dem Referendum nicht unterstellt |

(3) DBA

(a) **Vor Praxisänderung** 2009

| | |
|------------------------------------|-----------------------------------|
| Israel (2003 / 2003) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Serbien & Montenegro (2005 / 2007) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Armenien (2006 / 2007) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Aserbaidshan (2006 /) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Finnland *(2006 / 2006) | dem Referendum nicht unterstellt |
| <i>Österreich* (2006 / 2007)</i> | <i>dem Referendum unterstellt</i> |
| Pakistan (2006 / 2008) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Spanien* (2006 / 2007) | dem Referendum nicht unterstellt |
| <i>Südafrika (2007 / 2009)</i> | <i>dem Referendum unterstellt</i> |
| Chile (2008 / 2010) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Grossbritannien* (2008 / 2008) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Kolumbien (2008 / 2011) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Bangladesch (2009 / 2009) | dem Referendum nicht unterstellt |
| Ghana (2009 / 2009) | dem Referendum nicht unterstellt |

(b) Nach Praxisänderung 2009

| | |
|--|---|
| <i>Dänemark* (2009 / 2010)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Finnland* (2009 / 2010)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Frankreich (Zusatzabkommen 2009 / 2010)</i> | <i>dem Ref. unterstellt</i> |
| <i>Grossbritannien* (2009 / 2010)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Deutschland* (2010 / 2011)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Georgien (2010 / 2011)</i> | <i>dem Ref. nicht unterstellt</i> |
| <i>Griechenland* (2010 / -)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Indien* (2010 / 2011)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Japan* (2010 / 2011)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Kanada* (2010 / 2011)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Kasachstan* (2010 / -)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Katar (2010 / 2010)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Korea* (2010 / 2012)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Österreich* (2010 / 2011)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Polen* (2010 / 2011)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Slowenien* (Protokoll 2010 / 2013)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Tadschikistan (2010 / 2011)</i> | <i>dem Ref. nicht unterstellt</i> |
| <i>Türkei (2010 / 2012)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Uruguay (2010 / 2011)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Vereinigte Staaten von Amerika* (2010 / 2010)</i> | <i>dem Ref. nicht unterstellt</i> |
| <i>Hongkong (2011 / 2012)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Malta (2011 / 2012)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Rumänien* 2011 / 2012)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Russland* (2011 / 2012)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Schweden* (2011 / 2012)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Slowakei* (2011 / 2012)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Spanien* (2011 / 2013)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Vereinigte Arabische Emirate (2011 / 2012)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Bulgarien (2012 / 2013)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Irland* (2012 / 2013)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Portugal* (2012 / 2013)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Turkmenistan* (2012 / 2013)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |
| <i>Frankreich* (2013 / -)</i> | <i>dem Ref. unterstellt (OECD-Standard)</i> |

(4) Statistik

| | |
|--|---------|
| Abgeschlossene FHA/dem Referendum unterstellte FHA | 18 / 1 |
| Abgeschlossene ASS/dem Referendum unterstellte ASS | 4 / 0 |
| Abgeschlossene DBA vor Praxisänderung 2009/dem Ref. unterstellt | 14 / 2 |
| Abgeschlossene DBA nach Praxisänderung 2009/dem Ref. unterstellt | 33 / 30 |