

Bilaterale III und direkte Demokratie in der Schweiz

Matthias Oesch / Johannes Rohrmann*

I.	Einleitung	57
II.	Bilateralismus und Volksrechte	58
	A. Volksabstimmungen	58
	B. Einschränkung der Substanz der Volksrechte	62
III.	Genehmigung der Bilateralen III	64
	A. Staatsvertragsreferendum	65
	B. Verfassungsänderung	68
	C. Kompass-Initiative	69
IV.	Dynamisierung der Binnenmarktabkommen	71
	A. Verpflichtung zur Übernahme von EU-Recht	71
	B. Decision Shaping	73
V.	Vergerichtlichung der Binnenmarktabkommen	76
	A. Einheitliche Auslegung und Streitbeilegung	76
	B. Vorrang	78
VI.	Epilog	81

I. Einleitung

Die demokratische Legitimation des bilateralen Wegs wird in der Schweiz mit Verve diskutiert. Führt die enge vertragliche Anbindung an die EU zu einem Autonomie- und Souveränitätsverlust, der durch die Vorteile der sektoriellen Beteiligung am Binnenmarkt und an weiteren Politikbereichen der EU nicht aufgewogen wird? Verkompliziert wird die Sachlage durch das helvetische Spezifikum der (halb-)direkten Demokratie, wonach das Volk und mitunter auch die Stände nicht nur über die grundlegenden europapolitischen Weichenstellungen befinden, sondern auch das letzte Wort über einzelne Weiterentwicklungen der bilateralen Abkommen haben. Werden die demokrati-

* Matthias OESCH ist Professor an der Universität Zürich; Johannes ROHRMANN ist wissenschaftlicher Assistent und Doktorand an der Universität Zürich. Dieser Beitrag berücksichtigt die Entwicklungen bis und mit November 2025.

schen Rechte dort, wo europapolitische Sachzwänge eine bestimmte Stimmabgabe nahelegen, faktisch bereits heute in einer problematischen Weise eingeschränkt?

Nun stehen die Bilateralen III vor der Tür. Der Bundesrat und die Europäische Kommission schlagen vor, die bestehenden Abkommen auf eine neue institutionelle Grundlage zu stellen und zusätzliche Abkommen abzuschliessen. Der damit einhergehende, institutionell und rechtskulturell erhebliche Integrationsschritt fordert das Staats- und Demokratieverständnis in der Schweiz mit neuer Schärfe heraus. Darum geht es in diesem Beitrag. Er wirft einen Blick auf die europapolitischen Abstimmungen während der letzten 50 Jahre und die bereits heute sichtbaren Spannungen zwischen den Volksrechten und der europäischen Integration ([II.](#)), bevor die demokratiepolitisch bedeutsamen Aspekte der neuen institutionellen Regeln in den Blick genommen werden: die Genehmigung der neuen Verträge und Protokolle ([III.](#)), die Verpflichtung, neue EU-Rechtsakte dynamisch zu übernehmen ([IV.](#)), und die Verpflichtung, die bilateralen Abkommen im Licht der EuGH-Praxis auszulegen und Schiedsgerichtsurteile zu akzeptieren ([V.](#)). Dabei geht es auch um die Frage, wie ein Konflikt zwischen einer bilateralrechtlichen Verpflichtung und einem Volksentscheid aufgelöst werden soll. Ein Epilog rundet die Ausführungen ab ([VI.](#)).

II. Bilateralismus und Volksrechte

Ein Blick auf die Praxis der letzten fünf Jahrzehnte offenbart zwei Tendenzen: Der bilaterale Weg wird an der Urne regelmässig bestätigt ([A.](#)). Gleichzeitig wird die Substanz der demokratischen Rechte bei Vorlagen, welche einen direkten Bezug zu den bilateralen Abkommen haben, punktuell eingeschränkt, weil sich die Rahmenbedingungen für ihre Ausübung verändert haben ([B.](#)).¹

A. Volksabstimmungen

Die direkt-demokratische Mitsprache, d.h. das Recht, Initiativen und Referenden zu initiieren und zu unterzeichnen und darüber abzustimmen, zählt zu den tragenden Strukturelementen der schweizerischen Verfassungsordnung (Art. 139-141 BV). Sie spielt auch in den Aussenbeziehungen eine bedeutsame Rolle. Volk und Stände können mittels einer Volksinitiative aussenpolitische

¹ Dieser Teil beruht auf Vorarbeiten aus OESCH Matthias, *Schweiz – Europäische Union, Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug*, Zürich (EIZ Publishing), 2025, 2. Auflage, Rz. 50-56.

Entwicklungen anstossen. Der Beitritt der Schweiz zur UNO 2002 wurde auf diese Weise in die Wege geleitet (Art. 197 Ziff. 1 BV). Das Staatsvertragsreferendum – 1921 eingeführt, 1977 und 2003 ausgebaut – erlaubt dem Volk, einem völkerrechtlichen Vertrag die Zustimmung zu versagen und damit korrigierend in die Gestaltung der Aussenbeziehungen einzugreifen.² Auf diese Weise geniesst das aussenpolitische Handeln der Schweiz innerstaatlich eine hohe demokratische Legitimation.

Die Volksrechte sind auch für die schweizerische Europapolitik prägend. 1972 stimmten Volk und Stände dem Abschluss des Freihandelsabkommens zu. 1992 lehnten Volk und Stände den von der Bundesversammlung und von allen grossen Parteien – ausser der SVP – sowie von weiten Teilen der wirtschaftlichen Elite befürworteten Beitritt zum EWR ab. Seither bestätigten die Stimmberechtigten den bilateralen Weg wiederholt in Referendumsabstimmungen über die Bilateralen I (2000), die Personenfreizügigkeit (2005, 2009), die Schengen/Dublin-Assoziierung (2005), Schengen-relevante Weiterentwicklungen (2009, 2019, 2022) und die Kohäsionsmilliarde (2006). Sie nahmen das Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung (STAF) an, womit die Auseinandersetzung mit der EU über die kantonalen Steuerprivilegien für im Ausland tätige Unternehmen mit Sitz in der Schweiz ihren Abschluss fand (2019). Mitunter entfalten die Volksrechte eine Vorwirkung und beeinflussen die Verhandlungsführung: Die Unterhändlerinnen und Unterhändler der Schweiz und der EU wissen, dass das Vereinbarte auch vor dem Volk mehrheitsfähig sein muss. So war das Beharren der EU, die Bilateralen I durch eine Guillotine-Klausel zu verbinden, nachvollziehbar (vgl. etwa Art. 25 Abs. 4 FZA): Es beruhte auf der berechtigten Befürchtung, dass andernfalls nur Referenden gegen die Inkraftsetzung des Freizügigkeitsabkommens und seine Weiterführung sieben Jahre später ergriffen worden wären.³

Verfassungsrechtlich wurde die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Schweiz und Europa im Rahmen von zwei Volksinitiativen von 1997 und 2001 explizit aufgeworfen. Sowohl die Volksinitiative «EU-Beitrittsverhandlungen vors Volk!», welche den Abbruch bisher eingeleiteter Beitrittsbestrebungen

² S. zur Entwicklung des Staatsvertragsreferendums LANGER Lorenz, Staatsvertragsreferendum und Bilaterale Verträge, in GLASER Andreas/LANGER Lorenz (Hrsg.), «Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation», Zürich, Baden-Baden und Wien (Dike; Nomos; facultas), 2015, S. 21-52, S. 28-39; s. ferner HANGARTNER Yvo/KLEY Andreas/BRAUN BINDER Nadja/GLASER Andreas, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich (Dike), 2023, 2. Auflage, Rz. 995-1000.

³ S. dazu BBl 1999 S. 6436.

mit der EU verlangt und die Aufnahme von neuen Verhandlungen von der Zustimmung von Volk und Ständen abhängig gemacht hätte, als auch die Volksinitiative «Ja zu Europa!», welche den Bund zur Aufnahme von Beitrittsverhandlungen verpflichtet hätte, wurden wuchtig abgelehnt. Einen direkten Bezug zur Europapolitik hatte auch die 2018 verworfene Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)»: Sie sah den Vorrang der Bundesverfassung gegenüber dem Völkerrecht (mit Ausnahme von *ius cogens*) vor; im Falle eines Widerspruchs hätten die völkerrechtlichen Verpflichtungen an die Bundesverfassung angepasst werden müssen, nötigenfalls durch Kündigung der betreffenden völkerrechtlichen Verträge. Die Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)», welche die Kündigung der Personenfreizügigkeit mit der EU verlangte, wurde 2020 von Volk und Ständen verworfen.

Trotz dieser eindrücklichen direktdemokratischen Bestätigungen des bilateralen Wegs nehmen Volk und Stände zuweilen Volksinitiativen an, welche mit den bilateralen Abkommen – insbesondere mit dem Freizügigkeitsabkommen – nicht vereinbar sind.⁴ 2010 wurde die Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» angenommen, welche auf eine Verschärfung der Wegweisungspraxis ohne Berücksichtigung des Einzelfalls abzielte (Art. 121 Abs. 3–6 und Art. 197 Ziff. 8 BV). Die Bundesversammlung führte im Rahmen der Umsetzung dieser Verfassungsbestimmungen zwar eine Härtefallklausel ein (Art. 66a Abs. 2 StGB), womit eine einzelfallgerechte Beurteilung geboten ist. Darüber hinaus wurde die Aufgabe, für eine Anwendung zu sorgen, welche mit dem Freizügigkeitsabkommen und auch der EMRK vereinbar ist, aber den Gerichten überantwortet.⁵ 2014 nahmen Volk und Stände die Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» an, welche den bilateralen Weg in seiner aktuellen Form ernsthaft in Frage stellte (Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV).⁶ Die Bundesversammlung achtete bei der

⁴ Noch vor der Verabschiedung der Bilateralen I wurde 1994 zudem die Volksinitiative «zum Schutze des Alpengebietes vor dem Transitverkehr» angenommen, was den weiteren Gang der Verhandlungen beeinflusste, s. HANGARTNER Yvo/KLEY Andreas/BRAUN BINDER Nadja/GLASER Andreas (Fn. 2), Rz. 528.

⁵ S. BIAGGINI Giovanni, Art. 121 N 16–22, in BIAGGINI Giovanni (Hrsg.), *BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich (Orell Füssli Verlag), 2017, 2. Auflage; zur Praxis des BGer zum Verhältnis von Art. 66a und Art. 66abis StGB zum FZA s. EPINEY Astrid, *Strafrechtliche Landesverweisung und FZA*, Jusletter vom 19. August 2019, *passim*.

⁶ S. zum Ganzen BIAGGINI Giovanni, *Zur Umsetzung von Art. 121a BV durch die Bundesversammlung: Wo liegt und welcher Art ist das Problem (verfassungsrechtlich gesehen)?*, ZBl 2016, S. 588–600, *passim*; MUSLIU Nagihan, *Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen*, Zü-

Umsetzung der Verfassungsbestimmungen allerdings darauf, das Freizügigkeitsabkommen nicht zu verletzen; sie führte den «Inländervorrang *light*» ein (Art. 21a AIG). Damit gewichtete die Bundesversammlung den Grundsatz *pacta sunt servanda* höher als den verfassungsrechtlichen Auftrag zur eigenständigen Steuerung der Zuwanderung; ein europapolitisch begrüßenswertes, verfassungsrechtlich aber problematisches Vorgehen.

Initiativkomitees sind gut beraten, bei der Formulierung von Initiativtexten in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs (Art. 139 Abs. 2 BV) die Folgen für die bilateralen Abkommen mit der EU zu benennen und den Behörden entsprechende Handlungsanweisungen zu geben.⁷ Der Bundesrat ist gefordert, wie bis anhin auf Friktionen und Umsetzungsschwierigkeiten hinzuweisen. Die Stimmberechtigten haben ein Recht darauf, transparent über die Anliegen einer Initiative und die Konsequenzen einer Annahme auch in Bezug auf den europapolitischen Kurs der Schweiz informiert zu werden. In diesem Sinne war die 2020 abgelehnte Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)» konsequent. Dasselbe gilt für die Volksinitiative «Keine 10-Millionen-Schweiz! (Nachhaltigkeitsinitiative)» und – zumindest in Bezug auf die Bilateralen III – für die Volksinitiative «Für eine direktdemokratische und wettbewerbsfähige Schweiz – keine EU-Passivmitgliedschaft (Kompass-Initiative)», über die demnächst abgestimmt wird.⁸ Demgegenüber thematisiert die Volksinitiative «Asylmissbrauch stoppen! (Grenzschutzinitiative)» den mit einer Annahme einhergehenden Bruch mit dem Schengen/Dublin-Regime der EU nicht.

rich (Dike), 2019, S. 255–306; OESCH Matthias, Ein Europa-Artikel für die schweizerische Bundesverfassung, in GLASER Andreas/LANGER Lorenz (Hrsg.), «Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation», Zürich, Baden-Baden und Wien (Dike; Nomos; facultas), 2015, S. 163–184, S. 170–174; EHRENZELLER Kaspar, Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch, Legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen, Zürich und Baden-Baden (Dike; Nomos), 2020, Rz. 156–166.

⁷ Mittlerweile scheint im Verhältnis zwischen Völkerrecht und (späterem) Verfassungsrecht eine Vermutung zu bestehen, wonach Initiativen völkerrechtskonform umgesetzt werden, sofern eine Initiative nicht ausdrücklich einen Verstoß gegen völkerrechtliche Verpflichtungen anordnet; s. zum Ganzen KIENER Regina/KRÜSI Melanie, *Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen*, ZBl 2009, S. 237–257, S. 249–252; EPINEY Astrid, Art. 5 N 99–100a, in WALDMANN Bernhard/BELSER Eva-Maria/EPINEY Astrid (Hrsg.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Basel (Helbing Lichtenhahn), 2025, 2. Auflage; NOBS Roger, *Volksinitiative und Völkerrecht: eine Studie zur Volksinitiative im Kontext der schweizerischen Aussenpolitik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Völkerrecht*, Zürich und St. Gallen (Dike), 2006, S. 359–384; EHRENZELLER Kaspar (Fn. 6), Rz. 333–356.

⁸ S. zur Kompass-Initiative unten Kap. III.C.

B. Einschränkung der Substanz der Volksrechte

Die fortschreitende Globalisierung und Europäisierung des Rechts führt zu Spannungen im Verfassungsgefüge. Die Substanz der demokratischen Rechte wird punktuell eingeschränkt, weil sich die Rahmenbedingungen für ihre Ausübung verändern.⁹ Die Entscheidungsfreiheit wird eingeschränkt durch völkerrechtliche Verträge sowie politische und wirtschaftliche Abhängigkeiten. Das von Dani Rodrik beschriebene «Globalisierungsparadox» – wonach Demokratie, nationale Selbstbestimmung und wirtschaftliche Globalisierung nicht gleichzeitig verwirklicht werden können¹⁰ – trifft auch auf die Schweiz zu.¹¹

Dies zeigt sich paradigmatisch bei Vorlagen, welche einen direkten Bezug zu den Abkommen mit der EU haben.¹² Schon heute bestehen hier Spannungen. In bilateralrechtlich überdachten Bereichen reduziert sich die Wirkmacht des Initiativrechts faktisch darauf, ein Zeichen zu setzen und den Bund zu verpflichten, in den von den bilateralen Abkommen gesetzten Grenzen tätig zu werden. Das Initiativrecht kommt im Bereich der Europapolitik nurmehr dort uneingeschränkt zur Geltung, wo keine bilateralrechtlichen Vorgaben bestehen, sowie als Instrument dafür, im Grundsätzlichen über die Teilnahme der Schweiz am europäischen Integrationsprozess zu befinden.

Beim Referendum steht das Volk mitunter unter Druck, ein neues Abkommen oder eine abkommensrelevante Weiterentwicklung des EU-Rechts «durchzu-

⁹ S. zum Ganzen COTTIER Thomas/WÜRGER Daniel, Auswirkungen der Globalisierung auf das Verfassungsrecht: Eine Diskussionsgrundlage, in SITTER-LIVER Beat (Hrsg.), «Herausgeforderte Verfassung: Die Schweiz im globalen Kontext», Freiburg i. Üe. (Universitätsverlag), 1999, S. 241-281; DIGGELMANN Oliver, *Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik: Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz*, Bern (Stämpfli), 2005, S. 67-121; DERS., Verfassung und Völkerrecht, in DIGGELMANN Oliver/HERTIG RANDALL Maya/SCHINDLER Benjamin (Hrsg.), «Verfassungsrecht der Schweiz, Band I: Grundlagen», Zürich (Schulthess), 2020, S. 265-285, Rz. 18-27; HANGARTNER Yvo/KLEY Andreas/BRAUN BINDER Nadja/GLASER Andreas (Fn. 2), Rz. 524-529; OESCH Matthias, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in DIGGELMANN Oliver/HERTIG RANDALL Maya/SCHINDLER Benjamin (Hrsg.), «Verfassungsrecht der Schweiz, Band I: Grundlagen», Zürich (Schulthess), 2020, S. 137-160.

¹⁰ RODRIK Dani, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, New York (W. W. Norton & Company), 2011, S. 184-206.

¹¹ REICH Johannes, *Switzerland – 2018 Review of Constitutional Law: The 'Globalization Paradox' in Constitutional Practice*, 2018 Global Review of Constitutional Law, S. 298-302, S. 298.

¹² Ähnlich SCHOTT Markus, Die Bedeutung der direkten Demokratie im Verhältnis Schweiz-EU, in RÜSSELI Markus/HÄNNI Julia/HÄGGI Furrer Reto (Hrsg.), «Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen: Festschrift für Tobias Jaag», Zürich (Schulthess), 2012, S. 693-708, S. 702-704.

winken», weil die Opportunitätskosten einer Ablehnung – welche mit jeder Bestätigung des eingeschlagenen Kurses noch steigen – schlicht zu hoch erscheinen.¹³ Formell bleibt das Staatsvertragsreferendum und damit das Recht des Volkes, auch in europapolitischen Belangen das letzte Wort zu haben, bestehen; praktisch existiert eine tatsächliche Wahlfreiheit zuweilen nur auf dem Papier. So stellte der Bundesrat 2008 mit Blick auf die Abstimmung über die Weiterführung des Freizügigkeitsabkommens und dessen Ausdehnung auf Bulgarien und Rumänien fest: «Von der Zustimmung zu den beiden Vorlagen hängt für die Schweiz letztlich die Weiterführung des bilateralen Wegs ab».¹⁴ In Bezug auf dieses Abkommen besteht gleichsam ein «faktisches Kündigungsverbot».¹⁵ Ähnliches gilt für die Weiterentwicklung des Schengen/Dublin-Besitzstandes. Im Vorfeld der Abstimmung über die Schengen-relevante Einführung biometrischer Pässe von 2009 führte der Bundesrat aus: «Die Einführung von E-Pässen schafft (...) die Voraussetzung dafür, dass (...) die Schweiz nicht wieder aus dem Schengen-Raum ausgeschlossen wird».¹⁶ 2013 stellte der Bundesrat fest, dass bei Schengen-Weiterentwicklungen zwar kein «Demokratie-defizit» bestehe, sich aber gleichwohl «eine gewisse Relativierung der Entscheidungsautonomie der Schweiz und damit auch der Volksrechte *de facto* aus dem Umstand ergibt, dass eine allfällige Nichtübernahme einer Weiterentwicklung mitunter mit erheblichen Nachteilen verbunden sein kann, würde doch im äussersten Fall die Zusammenarbeit von Schengen und Dublin als Ganzes beendet».¹⁷

Problematisch ist die Praxis der Bundesversammlung, die Genehmigung der Übernahme eines neuen EU-Rechtsaktes und die dazugehörige Umsetzungsgesetzgebung zu einem Gesamtpaket zusammenzuschneiden. Das ist verfassungsrechtlich zwar nicht zu beanstanden, soweit die Gesetzesänderungen «der Umsetzung des Vertrages dienen» (Art. 141a Abs. 2 BV), schränkt die Entscheidungsfreiheit der Stimmberechtigten zuweilen aber über Gebühr ein. Es ist durchaus denkbar, eine Übernahme gerade bei Schengen-relevanten Rechtsakten aus europapolitischen Erwägungen zu akzeptieren, die Umset-

¹³ LANGER Lorenz (Fn. 2), S. 48.

¹⁴ BBl 2008 S. 2136.

¹⁵ GLASER Andreas, Wandel der Volksrechte, in DIGGELMANN Oliver/HERTIG RANDALL Maya/SCHINDLER Benjamin (Hrsg.), «Verfassungsrecht der Schweiz, Band I: Grundlagen», Zürich (Schulthess), 2020, S. 461-485, S. 479.

¹⁶ Volksabstimmung vom 17. Mai 2009, Erläuterungen des Bundesrates («Bundesbüchlein»), S. 15.

¹⁷ BUNDESRAT, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Hans Fehr 10.3857 vom 1. Oktober 2010, Konsequenzen des Schengen-Anpassungszwangs vom 7. Juni 2013, BBl 2016 S. 6394-6395.

zung im Licht vorhandener Spielräume aber abzulehnen. Die Verknüpfung der beiden Vorlagen ist in solchen Fällen europarechtlich nicht zwingend und beraubt die Stimmberechtigten der Möglichkeit, sich für Alternativlösungen auszusprechen. So kritisierte bei der Abstimmung über die Übernahme der Frontex-Verordnung (EU) 2019/1896 im Jahr 2022 ein Teil des Referendumskomitees die mit der Übernahme verknüpfte Umsetzungsgesetzgebung. Es wurde argumentiert, bei einer Ablehnung einen nochmaligen Anlauf für die Übernahme zu nehmen, dabei aber andere Umsetzungsmassnahmen vorzusehen.¹⁸ Dieser Vorschlag wurde mit der Annahme des Bundesbeschlusses obsolet. Insgesamt erweist sich diese Praxis der Bundesversammlung «als Achillesferse für die demokratische Legitimation der europäischen Integration in der wichtigen Umsetzungsphase».¹⁹

III. Genehmigung der Bilateralen III

Der Bundesrat und die Europäische Kommission haben die neuen Verträge im Frühjahr 2026 unterzeichnet. Nun folgt die Ratifizierung in der EU und der Schweiz. In der EU müssen der Rat und das Europäische Parlament dem Abschluss zustimmen (Art. 218 AEUV). Aufmerksamkeit verdient das Freizügigkeitsabkommen. Dieses Abkommen ist ein gemischtes Abkommen: Vertragsparteien sind nicht nur die EU und die Schweiz, sondern auch die Mitgliedstaaten.²⁰ Dem Vernehmen nach müssen die Änderungen dieses Abkommens von den Mitgliedstaaten nun aber nicht auch noch ratifiziert werden. In der Schweiz muss die Bundesversammlung die Verträge genehmigen und die Umsetzungsgesetzgebung verabschieden. Dabei stellen sich zwei Fragen: Zum einen schlägt der Bundesrat vor, das Vertragspaket aufzuteilen.²¹ Die Änderungen des Freizügig-

¹⁸ Vgl. Parlamentarische Initiative 22.413 «Es braucht legale Fluchtrouten als humanitäre flankierende Massnahme zur Übernahme der Frontex-Verordnung!».

¹⁹ GLASER Andreas, Umsetzung und Durchführung des Rechts der Bilateralen Verträge in der Schweiz, in GLASER Andreas/LANGER Lorenz (Hrsg.), «Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation», Zürich, Baden-Baden und Wien (Dike; Nomos; facultas), 2015, S. 133-161, S. 142; ebenfalls kritisch gegenüber einer allzu grosszügigen – und überdies inkonsistenten – Anwendung von Art. 141a BV im Allg. BIAGINI Giovanni, (Fn. 5), Art. 141a N 13; SAXER Urs, *Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge im Verfahren gemäss Art. 141a BV: auch ein Problem der Volksrechte*, AJP 2005, S. 821-833; s. auch EGLI Patricia/NIEDERMANN Linus, *Die Praxis zur Umsetzung von völkerrechtlichen Verträgen nach Art. 141a BV*, AJP 2022, S. 765-776.

²⁰ S. zu gemischten Abkommen im Allg. CRAIG Paul/DE BÚRCA Gráinne, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford (Oxford University Press), 2024, 8. Auflage, S. 374-376.

²¹ BUNDESRAT, Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz-EU», Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 13. Juni 2025, S. 883.

keitsabkommens, des Konformitätsbewertungsabkommens, des Luftverkehrsabkommens und des Landverkehrsabkommens (Änderungsprotokolle, institutionelle Protokolle, Beihilfeprotokolle zu den beiden letztgenannten Abkommen), das Abkommen über die Kohäsionszahlungen, das Abkommen zu den Programmbeteiligungen und das Weltraumabkommen gehören zusammen (Stabilisierung). Die neuen Abkommen zum Strom und zur Gesundheit sowie das neue Protokoll zur Lebensmittelsicherheit sollen demgegenüber separat behandelt werden (Weiterentwicklung). Damit würden vier referendumsfähige Bundesbeschlüsse zur Genehmigung stehen.²² Klar ist, dass die neuen Abkommen nur in Kraft treten können, wenn der Stabilisierungsteil akzeptiert wird (s. etwa Art. 50 StromA).²³

Zum anderen stellt sich die Frage, ob die Neuerungen dem fakultativen oder obligatorischen Staatsvertragsreferendum unterstellt werden. Darum geht es im Folgenden (A.). Alternativ könnte die Bundesversammlung die Genehmigung der neuen Verträge von der Annahme einer neuen Verfassungsbestimmung abhängig machen (B.). Verkompliziert wird die Frage des Referendums durch die Kompass-Initiative (C.).

A. Staatsvertragsreferendum

Die Bundesversammlung entscheidet, ob die Verträge dem fakultativen Referendum unterstellt werden, womit das Volksmehr genügen würde (Art. 141 Abs. 1 lit. d BV), oder ob das obligatorische Referendum zum Zug kommt, womit auch die Mehrheit der Kantone zustimmen müssten.

Die Bundesverfassung sieht nur bei einem Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften ausdrücklich ein obligatorisches Referendum vor (Art. 140 Abs. 1 lit. b BV). Bei den Bilateralen III handelt es sich nicht um Verträge, mit denen die Schweiz einen Beitritt zu einer kollektiven Sicherheit beschliesst. Es ist wohl auch davon auszugehen,

²² BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 883; weiter müssen ein Genehmigungsbeschluss über die parlamentarische Zusammenarbeit und vier Finanzierungsbeschlüsse genehmigt werden; hierbei handelt es sich um einfache Bundesbeschlüsse, die nicht dem Referendum unterstehen.

²³ Umgekehrt entfällt mit dem Verzicht auf ein übergreifendes Rahmenabkommen die «Super-Guillotine», welche im Entwurf des InstA von 2018 für Unmut gesorgt hatte (während die Guillotine-Klausel der Bilateralen I weiterhin gilt). Die Kündigung eines neuen Binnenmarktabkommens würde nicht zur Beendigung der bestehenden Binnenmarktabkommen führen.

dass damit kein Beitritt zu einer supranationalen Gemeinschaft einhergeht.²⁴ Neue EU-Rechtsakte treten nicht direkt in Kraft, sondern bedürfen der Überführung in den bilateralen *Acquis* auf der Grundlage eines Beschlusses des Gemischten Ausschusses; dies gilt unabhängig davon, dass die Schweiz rechtlich verpflichtet ist, neue EU-Rechtsakte im Geltungsbereich der betroffenen Abkommen zu übernehmen. Auch ist fraglich, ob die bilateralrechtlich einschlägigen Weiterentwicklungen des EU-Rechts einen materiell relativ umfassenden Bereich betreffen; die neuen institutionellen Regeln sind nur auf die genannten vier Abkommen der Bilateralen I und gegebenenfalls auf das neue Stromabkommen und das neue Protokoll zur Lebensmittelsicherheit anwendbar.²⁵ Die Bundesversammlung verfügt bei dieser Einschätzung allerdings über einen Spielraum; sie hat es in der Hand, den Begriff der supranationalen Gemeinschaft zu konkretisieren.

Ungeklärt und umstritten ist, ob ein ausserordentliches obligatorisches Staatsvertragsreferendum ausnahmsweise zum Zug kommen soll, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag die Verfassungslage ändert, obwohl ein solches Referendum *sui generis* im Verfassungstext nicht ausdrücklich vorgesehen ist.²⁶

²⁴ S. zu den Kriterien für Supranationalität BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 884; DIGGELMANN Oliver, Art. 140 N 23-25, in EHRENZELLER Bernhard et al. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, Zürich (Dike), 2023, 4. Auflage; EPINEY Astrid/FREI Nula/DIEZIG Stefan, Art. 140 N 18-20a, in WALDMANN Bernhard/BELSER Eva-Maria/EPINEY Astrid (Hrsg.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Basel (Helbing Lichtenhahn), 2025, 2. Auflage, auch spezifisch zu den Bilateralen III; TORNAY SCHALLER Bénédicte, Art. 140 N 30-31, in MARTENENT Vincent/DUBEY Jacques (Hrsg.), *Constitution fédérale, Commentaire Romand*, Basel (Helbing Lichtenhahn), 2021. Der Bundesrat verneint, dass die Bilateralen III diese Kriterien erfüllen, BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 884-885; a.M. SEILER Hansjörg, *Obligatorisches Referendum für die «Bilateralen III»?*, Jusletter vom 15. September 2025, Rz. 5-16; vgl. als Replik PIRKER Benedikt, *Zur Frage des obligatorischen Referendums für die «Bilateralen III» – Eine Replik auf Hansjörg Seiler*, Jusletter vom 10. November 2025, *passim*. Schon früher verneinte der Bundesrat die Supranationalität nicht nur der Schengen/Dublin-Abkommen, BBl 2004 S. 6288-6290, sondern auch des EWR-Abkommens, BBl 1992 IV 1, S. 539-541.

²⁵ Gleichzeitig gilt es zu beachten, dass gemäss EU die «in den Verhandlungen vereinbarten institutionellen Bestimmungen (...), vorbehaltlich technisch begründeter Anpassungen, auf geltende und künftige Abkommen mit Bezug zum Binnenmarkt Anwendung finden [sollen] und darin identisch übernommen werden.», Ziff. 1.1 *in fine* und Ziff. 1.2.2 der Verhandlungsrichtlinien der EU im Anhang des Beschlusses (EU, Euratom) 2024/995. Damit handelt es sich bei den neuen Vertragstexten auch um institutionelle Bausteine für Abkommen, über die künftig – wie ein modernisiertes Freihandelsabkommen und ein (Finanz-) Dienstleistungsabkommen – verhandelt werden könnte.

²⁶ S. dazu im Allg. BIAGGINI Giovanni (Fn. 5), Art. 140 N 9; DIGGELMANN Oliver (Fn. 24), Art. 140 N 26-32; EPINEY Astrid/FREI Nula/DIEZIG Stefan (Fn. 24), Art. 140 N 14-14i; TORNAY SCHALLER Bénédicte (Fn. 24), Art. 140 N 36-40; auch mit Blick auf die Bilateralen III

Der Bundesrat bejaht dies, «wenn der völkerrechtliche Vertrag einen schwerwiegenden Eingriff in die innere Struktur der Schweiz mit sich bringt, namentlich die verfassungsmässige Ordnung tangiert, oder eine grundlegende Neuorientierung der schweizerischen Aussenpolitik bewirkt.»²⁷ Er kommt aber zum Schluss, dass die institutionellen Neuerungen der Bilateralen III diese Voraussetzungen nicht erfüllen.²⁸ Folgerichtig schlägt er vor, die neuen Regeln und zusätzlichen Abkommen dem fakultativen Referendum zu unterstellen. Gute Gründe sprechen für ein solches Vorgehen. Die Bundesversammlung verfügt auch bei diesem Entscheid zwar über einen Ermessensspielraum. Ein ausserordentliches Referendum *sui generis* sollte allerdings nur in einem eindeutigen Fall angeordnet werden. Ein solcher liegt hier kaum vor.

Sofern sich die Bundesversammlung für ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum entscheidet, stellt sich die Frage, ob nicht nur der Stabilisierungsteil dem obligatorischen Referendum unterstellt werden soll, sondern auch das Stromabkommen und das Protokoll zur Lebensmittelsicherheit. Diese beiden Verträge enthalten ebenfalls die demokratiepolitisch heiklen Elemente der Dynamisierung und Streitbeilegung und tragen – im Verbund mit der Stabilisierung der Bilateralen I – dazu bei, dass die Zustimmung zum Paket der Bilateralen III institutionell und rechtskulturell einen erheblichen Integrationsschritt bewirkt. Damit müsste die Frage konsequenterweise bejaht werden. Fraglich ist weiter, ob es im Rahmen eines obligatorischen Staatsvertragsreferendums *sui generis* möglich ist, die Genehmigung der Verträge mit der Umsetzungsgesetzgebung zu verknüpfen, wie dies für die im Verfassungstext ausdrücklich geregelten Referendumsfälle angelegt ist (Art. 141a BV).²⁹ Gegen eine solche

Bundesamt für Justiz, *Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht*, Rechtliche Übersicht und Analyse vom 27. Mai 2024, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2024-05-27.html> (abgerufen am 31. Oktober 2025); SCHMID Stefan G., *Das «ungeschriebene» obligatorische Staatsvertragsreferendum*, Verfassungsrechtliche Würdigung im Hinblick auf eine Abstimmung über die zurzeit verhandelten bilateralen Verträge Schweiz-EU, ZBl 125/2024, S. 519-549; SEILER Hansjörg (Fn. 24), Rz. 17-40; GLASER Andreas, *Die Volksabstimmung über das Paket Schweiz-EU*, Beiheft 69 ZSR, 2025, S. 5-43.

²⁷ BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 885-886.

²⁸ IBID.

²⁹ Befürwortend etwa TORNAY SCHALLER Bénédicte (Fn. 24), Art. 141a N 24. – Zum Zeitpunkt des letzten Anwendungsfalls des Staatsvertragsreferendums *sui generis* anlässlich der EWR-Abstimmung 1992 enthielt die aBV keine zu Art. 141a BV vergleichbare Verfassungsbestimmung. Der Bundesrat schlug dem Parlament vor, die auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des EWR-Abkommens notwendigen Änderungen des Bundesrechts – in Abweichung vom ordentlichen Gesetzgebungsverfahren – mit der Genehmigung des EWR-Abkommens zu verknüpfen. Der Bundesrat begründete diese Verknüpfung mit der Einhaltung der in-

Paketierung spricht die Vorgabe von Art. 141a BV, wonach ein «Überkreuzen» (obligatorisch/fakultativ) nicht zulässig ist.³⁰

Bei einem obligatorischen Referendum mag das erforderliche Ständemehr durchaus das Zünglein an der Waage spielen. Bei den Schengen/Dublin-Abkommen war die Bundesversammlung der Ansicht, dass kein Anwendungsfall für ein ausserordentliches Referendum vorlag.³¹ In der Folge stimmte 2005 eine Mehrheit des Volkes für die beiden Abkommen (54,6 Prozent), während eine Mehrheit der Kantone dagegen war (10 Kantone und 4 Halbkantone). Die Schweizer Assoziierung an Schengen/Dublin wäre somit am Ständemehr gescheitert. Das Volksmehr genügte für das Inkrafttreten.

B. Verfassungsänderung

Die Bundesversammlung kann die Zustimmung zu den Bilateralen III von der Annahme einer neuen Verfassungsbestimmung abhängig machen (Art. 194 i.V.m. Art. 140 Abs. 1 lit. a BV).³² Eine solche Bestimmung könnte die Ziele der Schweizer Europapolitik umreissen und den Bundesrat ermächtigen, die Bilateralen III – oder zumindest den Stabilisierungsteil – zu ratifizieren. Damit käme das ordentliche Verfahren zur Änderung der Bundesverfassung zum Zug, womit ein doppeltes Mehr von Volk und Ständen erforderlich wäre. Auf diese Weise würde gleichzeitig der mutmassliche Widerspruch zu den Bestimmungen zur Steuerung der Zuwanderung (Masseneinwanderung, Art. 121a und

ternationalen Verpflichtungen der Schweiz, der Einfachheit und Transparenz des Verfahrens sowie der Einheit der Rechtsordnung bzw. der Rechtssicherheit. Zu diesem Zweck beantragte der Bundesrat eine Verfassungsänderung, welche es der Bundesversammlung ermöglicht hätte, die notwendigen Änderungen des Bundesrechts unter Ausschluss des fakultativen Referendums zu beschliessen (BB1 1992 IV 1 S. 98 f.). Der vorgeschlagene Ausschluss der Referendumsmöglichkeit für die Umsetzgesetzgebung wurde von der Bundesversammlung zwar abgelehnt, die Verknüpfung zwischen der Genehmigung des EWR-Abkommens mit der Umsetzungsgesetzgebung blieb jedoch bestehen (BB1 1992 VI 56 S. 56 f.).

³⁰ Vgl. Unser Recht, Stellungnahme im Vernehmlassungsverfahren zum Paket Schweiz-EU, 28. Oktober 2025, S. 5-6, verfügbar unter www.unser-recht.ch (abgerufen am 31. Oktober 2025); für alternative Vorgehensweisen zur Verknüpfung bei einem obligatorischen Referendum GLASER Andreas (Fn. 26), S. 54-56.

³¹ BB1 2004 S. 6288-6290.

³² SCHMID Stefan G. (Fn. 26), S. 549, mit dem Hinweis darauf, dass ein solches Vorgehen dem beim Beitritt zum Völkerbund 1920 und beim Abschluss des Freihandelsabkommens 1972 gewählten Prozedere gleichen würde; kritisch gegenüber einer Koppelung der Genehmigung mit einer Verfassungsrevision Unser Recht, Stellungnahme im Vernehmlassungsverfahren zum Paket Schweiz-EU, 28. Oktober 2025, S. 4-5, wonach ein solches Vorgehen geradezu «rechtsmissbräuchlich» sei, verfügbar unter www.unser-recht.ch (abgerufen am 31. Oktober 2025).

Art. 197 Ziff. 11 BV) zugunsten der avisierten Änderung des Freizügigkeitsabkommens (Teilübernahme der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG, Dynamisierung und Vergerichtlichung) aufgelöst.³³

Dieser Weg wurde beim Beitritt der Schweiz zur Uno 2002 gewählt (Art. 197 Ziff. 1 BV). Die damalige Verfassungsänderung wurde allerdings durch eine Volksinitiative angestossen. Sie ging nicht von der Bundesversammlung aus.

C. Kompass-Initiative

Mehrere Volksinitiativen, welche sich im Sammelstadium befinden oder bereits zustande gekommen sind, thematisieren das Verhältnis der Schweiz zur EU und die Weiterentwicklung des bilateralen *Acquis*.³⁴ Dazu gehört insbesondere die Volksinitiative «Für eine direktdemokratische und wettbewerbsfähige Schweiz – keine EU-Passivmitgliedschaft (Kompass-Initiative)». Sie fordert unter anderem für «völkerrechtliche Verträge, die eine Übernahme wichtiger rechtsetzender Bestimmungen vorsehen», zwingend die Zustimmung von Volk und Ständen (vorgeschlagener Art. 140 Abs. 1 lit. b^{bis} und Art. 164 Abs. 3 BV). Völkerrechtliche Verträge, welche im Zeitpunkt der Annahme der neuen Verfassungsbestimmungen in Kraft sind, profitieren von einer Bestandegarantie. Dies gilt nicht für «ein institutionelles Rahmenabkommen sowie vergleichbare Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union» (vorgeschlagener Art. 197 Ziff. 17 BV).

Die Kompass-Initiative verfolgt einen doppelten Zweck: Zum einen zielt sie gegen den Abschluss der Bilateralen III und die damit einhergehende Dynamisierung der bilateralen Abkommen. Der Bundesversammlung wird unausgesprochen nahegelegt, die neuen Verträge von Anfang an dem obligatorischen Referendum zu unterstellen. Es wäre zwar nicht sachgerecht, die Bilateralen III nur aus diesem Grund Volk und Ständen zu unterbreiten. Entscheidend ist allein, welches Referendum *de constitutione lata* angezeigt ist.³⁵ Sofern die Bilateralen III allerdings in einer fakultativen Referendumsabstimmung angenommen und in Kraft gesetzt werden, bevor über die Kompass-Initiative ab-

³³ S. dazu SCHMID Stefan G. (Fn. 26), S. 549; der Bundesrat verneint einen Konflikt der neuen Verträge mit Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV, BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 386–389; ebenso EPINEY Astrid, «Bilaterale III» und Art. 121a Abs. 4 BV, Jusletter vom 2. Juni 2025, *passim*; a.M. GLASER Andreas (Fn. 26), S. 44; SEILER Hansjörg (Fn. 24), Rz. 50–90.

³⁴ Dazu gehören auch die Nachhaltigkeitsinitiative und Grenzschutzinitiative, s. oben Kap. II.A.

³⁵ S. oben Kap. III.A.

gestimmt wird, hängt ihr definitives Schicksal in der Schwebe. Sollte die Kompass-Initiative – trotz eines Volksmehrs für die Bilateralen III kurz zuvor – ebenfalls angenommen werden, würden sich komplexe Fragen der Rückwirkung stellen. Die Bilateralen I – dannzumal um die neuen materiellen Vorgaben und Protokolle ergänzt – würden in diesem Fall zwar nicht *eo ipso* dahinfallen; die nachträgliche Änderung der innerstaatlichen Zustimmungserfordernisse würde die Ratifikation nicht *ex post* ungültig machen (vgl. Art. 46 WVRK). Die Abstimmung über die Bilateralen III müsste aber wiederholt werden, wobei bei einer nochmaligen Abstimmung nurmehr die dannzumal aktualisierten Abkommen insgesamt zur Debatte stehen würden und nicht mehr nur der Stabilisierungsteil mit den materiellen Ergänzungen und den neuen institutionellen Regeln.³⁶

Zum anderen beschränken sich die neuen Verfassungsbestimmungen nicht nur auf die Verhinderung der Bilateralen III. Sie sind generell-abstrakt formuliert und erfassen auch alle zukünftigen völkerrechtlichen Verträge, die eine Übernahme wichtiger rechtsetzender Bestimmungen vorsehen. So wirft das Initiativkomitee die Frage auf: «Was kommt als Nächstes; die dynamische Rechtsübernahme aus China?»³⁷ Bei einer wörtlichen Auslegung scheinen die neuen Verfassungsbestimmungen allerdings nicht nur neue völkerrechtliche Verpflichtungen zur dynamischen (oder gar automatischen) Rechtsübernahme zu erfassen (wie vom Initiativ-Komitee mutmasslich avisiert), sondern etwa auch alle künftigen Weiterentwicklungen der Schengen/Dublin-Abkommen, wenn dabei wichtige rechtsetzende Bestimmungen übernommen werden. Solche Weiterentwicklungen erfolgen auf der Grundlage eines Notenaustauschs, also eines völkerrechtlichen Vertrags, zwischen der Schweiz und der EU; dabei wird auf den EU-Rechtsakt verwiesen, der in den bilateralen Schengen- oder Dublin-Besitzstand aufgenommen wird.³⁸ Die Genehmigung obliegt der Bundesversammlung; der Bundesrat ist zum Abschluss befugt, wenn der Regelungsgegenstand von beschränkter Tragweite ist (Art. 166 BV, Art. 7a RVOG). Der parlamentarische Genehmigungsbeschluss untersteht dem fakultativen

³⁶ Die EU hat wiederholt klargestellt, dass der Status quo, d.h. die bilateralen Abkommen ohne neue institutionelle Regeln, keine Option für die gedeihliche Fortführung und Weiterentwicklung des bilateralen Wegs darstellt.

³⁷ S. <https://kompass.europa.ch/kompass-initiative/initiative/> (abgerufen am 31. Oktober 2025).

³⁸ S. etwa Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) 2019/1896 über die Europäische Grenz- und Küstenwache und zur Aufhebung der Verordnungen (EU) Nr. 1052/2013 und (EU) 2016/1624 (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands) vom 1. Oktober 2021, BBl 2021 S. 2333.

Referendum (Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV). Ähnliches gilt bei der Übernahme von EU-Rechtsakten in andere bilaterale Abkommen, auch ohne dass diese Abkommen die Schweiz zur Übernahme neuer EU-Rechtsakte verpflichten würden.³⁹ Müssten solche Weiterentwicklungen künftig ebenfalls dem obligatorischen Referendum unterstellt werden? Es handelt sich *prima vista* ebenfalls um völkerrechtliche Verträge, die eine Übernahme wichtiger rechtsetzender Bestimmungen vorsehen. Oder sprechen die teleologische, systematische und historische Auslegung dafür, solche Weiterentwicklungen wie bis anhin zu handhaben und sie nach der parlamentarischen Zustimmung dem fakultativen Referendum zu unterstellen, während die neuen Vorgaben allein völkerrechtliche Verträge betreffen, welche eine Verpflichtung zur dynamischen (oder gar automatischen) Rechtsübernahme enthalten und bei einer Nichtübernahme spezifische Rechtsfolgen wie den Erlass von Ausgleichsmassnahmen durch die Gegenpartei vorsehen?

IV. Dynamisierung der Binnenmarktabkommen

Der Mechanismus zur dynamischen Rechtsübernahme ist das Herzstück der neuen institutionellen Regeln (A.). Als institutionelles Gegenstück erhält die Schweiz das Recht, bei der Erarbeitung von neuen EU-Rechtsakten mitzuwirken (B.). Fundierte Kenntnisse der neuen Regeln und eine kluge Ausgestaltung der Verfahren und Zuständigkeiten bei der Übernahme sind demokratiepolitisch entscheidend dafür, dass das EU-Recht von den Rechtsunterworfenen akzeptiert wird.

A. Verpflichtung zur Übernahme von EU-Recht

Die EU ist verpflichtet, der Schweiz neue Rechtsakte zu notifizieren, sofern sie in den Geltungsbereich eines betroffenen Abkommens fallen, den Zielen des Abkommens entsprechen und keine Ausnahme greift (s. etwa Art. 5 IP-LuftVA).⁴⁰ Im Gemischten Ausschuss werden die notwendigen Anpassungen vorgenommen. Die Schweiz ist sodann verpflichtet, der Übernahme in den betroffenen Abkommensanhang zuzustimmen. Die Frist für die Übernahme

³⁹ S. etwa Bundesbeschluss über die Genehmigung des Beschlusses Nr. 2/2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz zum Freizügigkeitsabkommen (Änderung von Anhang III des Abkommens, gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen) (...) vom 14. Dezember 2012, BBl 2012 S. 9731-9737.

⁴⁰ BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 72-79; EPINEY Astrid, «Bilaterale III»: Zu den institutionellen Aspekten, Jusletter vom 22. September 2025, Rz. 18-52.

durch die Schweiz ist so berechnet, dass auch ein Referendum durchgeführt werden kann (s. etwa Art. 6 Abs. 2 IP-LuftVA). Es ist klar, dass eine Übernahme im Gemischten Ausschuss nur nach der Zustimmung des in der Schweiz zuständigen Organs – ein Departement, der Bundesrat oder das Parlament, dessen Beschluss dem Referendum untersteht – erfolgen kann (vgl. Art. 166 Abs. 2 BV, Art. 7a RVOG); dies gilt unabhängig davon, ob die Integrations- oder Äquivalenzmethode zur Anwendung kommt.⁴¹ Unstimmigkeiten zwischen der Schweiz und der EU über die Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme werden im Rahmen der ordentlichen Streitbeilegung ausgefochten.⁴² Sofern ein Schiedsgericht feststellt, dass die EU (Notifikation, Übernahme) oder die Schweiz (Übernahme) eine Vorgabe verletzt, kann die andere Partei Ausgleichsmassnahmen ergreifen, deren Verhältnismässigkeit durch ein Schiedsgericht überprüft werden kann.

Der Übernahmeprozess dürfte auch in Zukunft in den allermeisten Fällen routinemässig ablaufen. Er wird formalisiert; die Rechtssicherheit wird erhöht. Gleichzeitig nimmt der Druck auf die Schweiz zu, auch unliebsame Weiterentwicklungen zu akzeptieren, weil andernfalls Ausgleichsmassnahmen drohen. Ein allgemeines Opt out-Recht besteht nicht. Das Initiativ- und Referendumsrecht wird formell zwar nicht eingeschränkt (Art. 140 und Art. 141 BV).⁴³ Auch die Abstimmungsfreiheit wird nicht eingeschränkt (Art. 34 BV). Eine dauerhafte Nichtübernahme eines einschlägigen Rechtsaktes wird aber nur im Ausnahmefall opportun sein. Dabei ist ein Seitenblick auf das EWR-Abkommen erhellend: Die EU mag bei einer Nichtübernahme ausnahmsweise durchaus ein Auge zudrücken. Sofern sie aus politischen oder anderen Gründen aber auf einer Übernahme beharrt, baut sie gezielt Druck auf, damit der Übernahmeprozess – aus Sicht der Drittstaaten *volens volens* – erfolgreich durchexerziert wird.⁴⁴ Im Unterschied zum Übernahmemechanismus in den Schengen/Dub-

⁴¹ «Streit um das Kleingedruckte der EU-Verträge: Die Schweiz muss neues Recht übernehmen, aber nicht automatisch», NZZ vom 2. September 2025, S. 7.

⁴² S. unten Kap. [V.A.](#)

⁴³ BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 92-93; s. für eine betont negative Einschätzung ZIMMER Oliver, *Brüssel einfach?*, Hamburg (Books on Demand GmbH), S. 25: «Würde das Abkommen angenommen, bewegte man sich auch in der Schweiz in Richtung jener politischen Wirklichkeit, die ich andernorts als DINO (Democracy in Name Only) bezeichnet habe.»

⁴⁴ Zum Übernahmeverfahren im EWR s. BAUR Georges, *Decision-Making Procedure and Implementation of New Law*, in BAUDENBACHER Carl (Hrsg.), «The Handbook of EEA Law», Cham (Springer), 2016, S. 45-67, S. 53-57; zur kontroversen Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG FRANKLIN Christian N.K./FREDRIKSEN Halvard Haukeland, *Of Pragmatism and Principles : The EEA Agreement 20 Years On*, *Common Market Law Review* 52 (2015), S. 629-684, S. 652.

lin-Abkommen riskiert die Schweiz bei einer Nichtübernahme immerhin nicht gleich das Dahinfallen eines Abkommens.

Der Bundesrat und die Bundesversammlung sind gut beraten, die Übernahme eines neuen EU-Rechtsaktes und die dazugehörige Umsetzungsgesetzgebung soweit sachlich vertretbar separat zu beschliessen. Auf diese Weise wird den Stimmberechtigten im Fall eines Referendums die Möglichkeit belassen, getrennt über die beiden Beschlüsse zu befinden. Es mag bei der Umsetzung Spielräume und Optionen geben, zu denen sich die Stimmberechtigten ohne europapolitische Sachzwänge äussern mögen.⁴⁵

B. Decision Shaping

Als institutionelles Gegenstück zur dynamischen Übernahme von EU-Recht kann die Schweiz die Vorbereitung von EU-Rechtsakten mitgestalten (*decision shaping*, s. etwa Art. 4 IP-LuftVA).⁴⁶ Solche Mitwirkungsrechte finden sich schon heute in diversen bilateralen Abkommen. Neu entsprechen sie im Wesentlichen denjenigen der EWR-EFTA-Staaten (vgl. Art. 99-101 EWRA), gehen aber weniger weit als die Mitwirkungsrechte, welche die Schweiz bei Schengen/Dublin geniesst (Art. 6 SAA, Art. 2 DAA).⁴⁷

Die Schweiz hat insbesondere bei Schengen/Dublin-Weiterentwicklungen eine langjährige Erfahrung bei der Mitwirkung in Rechtssetzungsverfahren in Brüssel.⁴⁸ Die Bundesverwaltung ist bei diesen Arbeiten federführend. Sie tauscht sich mit den Kantonen, den Verbänden und weiteren interessierten Kreisen aus, priorisiert die Geschäfte, stimmt sich mit gleichgesinnten EU-Mitgliedstaaten ab und bringt sich in den Arbeitsgruppen der EU ein. Sie involviert den Bundesrat bei politisch sensiblen Geschäften. Demgegenüber ist die Rolle der Bundesversammlung eher bescheiden, obwohl der Bundesrat bei

⁴⁵ S. oben Kap. II.B.

⁴⁶ BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 72-73 und S. 94-97. Dieser Teil beruht auf Vorarbeiten aus OESCH Matthias, *Schweiz – EU* (Fn. 1), Rz. 102.

⁴⁷ S. zur Rechtslage im EWR BAUR Georges, Chancen und Grenzen des decision shaping, in: MÜLLER Andreas Th./SCHROEDER Werner (Hrsg.), «25 Jahre europäischer Wirtschaftsraum, EuR 2020, Beiheft 1», Baden-Baden (Nomos), 2020, S. 17-32; DYSTLAND Marthe Kristine Fjeld/FINSTAD Frederick Bockman/SØREBØ Ida, Art. 99 N 1-9, in ARNESEN Finn et al. (Hrsg.), *Agreement on the European Economic Area, A Commentary*, Baden-Baden (C.H.Beck; Hart; Nomos; Universitetsforlaget), 2018; zum SAA/DAA GOOD Paul-Lukas, *Die Schengen-Assoziierung der Schweiz*, Norderstedt (BoD University Press), 2011, S. 129-134.

⁴⁸ S. für Beispiele aktiver Einflussnahme OESCH Matthias, *Schweiz – EU* (Fn. 1), Rz. 102 und Rz. 288.

«wichtigen aussenpolitischen Entwicklungen» (Art. 152 Abs. 2 ParlG; Information) und bei «wesentlichen Vorhaben» (Art. 152 Abs. 3 ParlG; Konsultation) eine Bringschuld zuhanden der Aussenpolitischen Kommissionen (APKs) der Bundesversammlung hat.⁴⁹ Die Gründe hierfür sind unklar. Es mag daran liegen, dass den Parlamentarierinnen und Parlamentariern und den Kommissionssekretariaten das erforderliche Fachwissen fehlt. Es mag daran liegen, dass ihnen das Sensorium für die Bedeutung neuer EU-Rechtsakte abgeht. Sofern eine Beteiligung stattfindet, sind die Kommissionen auf Vorarbeiten der Bundesverwaltung angewiesen. Ihre Sekretariate verfügen kaum über ausreichende Ressourcen, um die Informationen adressatengerecht aufzubereiten. Es besteht ein Informations- und Ressourcengefälle.

Was ist zu tun? Zentral ist, dass die Aussenpolitischen Kommissionen frühestmöglich über Rechtsetzungsvorhaben in der EU informiert werden.⁵⁰ Ungeachtet der Bringschuld des Bundesrates müssen diese Kommissionen wie auch die anderen Kommissionen die Informationsbeschaffung und -aufbereitung von sich aus verbessern, sei's durch eine stärkere Ausstattung ihrer Sekretariate, sei's durch die Inanspruchnahme der Vorarbeiten des EFTA-Sekretariats, des EWR-Parlamentarierausschusses oder anderer Stellen in Brüssel.⁵¹ Während die Kantone eine eigene Vertretung in Brüssel unterhalten, hat die Bundesversammlung keinen solchen Kontakt. Die Einrichtung einer solchen Stelle ist prüfenswert.⁵² Institutionell geht der weitreichendste Vorschlag dahin, neue Europakommissionen des National- und Ständerates – oder eine gemeinsame Europakommission – einzurichten.⁵³ Unabhängig davon müssen die

⁴⁹ Die APKs werden heute standardmässig über «europapolitische Aktivitäten» und Rechtsetzungsvorhaben zu Schengen/Dublin informiert, BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 95.

⁵⁰ S. BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 94–97; vgl. auch Parlamentarische Initiative 23.446 «Ständige Subkommission für Europafragen der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrates», Bericht der APK-N vom 19. Juni 2023, BBl 2023 S. 1574; PFISTERER Thomas, *Ein Plus für die Demokratie*, Zürich (EIZ Publishing), 2021, S. 85–144; DERS., *Vom Beitrag des Parlaments zur dynamischen Rechtsübernahme*, ZBl 2024, S. 401 f.; MURALT Samuel/TRIPET CORDIER Florent, Art. 152, *passim*, in GRAF Martin/CARONI Andrea C. (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG)*, Basel (Helbing Lichtenhahn), 2024.

⁵¹ S. zum EFTA-Sekretariat als «zentrale Koordinations- und Vorbereitungsstelle hinsichtlich der Übernahme von EU-Recht in den EWR» BAUR Georges, *Chancen und Grenzen* (Fn. 47), S. 28.

⁵² BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 96.

⁵³ Die Parlamente aller EU-Mitgliedstaaten haben Europakommissionen und unterhalten Aussenposten in Brüssel. Ähnliches gilt für das norwegische Parlament (European Consultative Committee; Aussenstelle in Brüssel) und das liechtensteinische Parlament (EWR/Schengen-Kommission).

beteiligten Kommissionen und Personen das Bewusstsein dafür schärfen, dass Brüsseler Rechtsetzungsprozesse eine enge parlamentarische Begleitung verdienen.⁵⁴

Der Nationalrat hat 2023 die Grundlagen für die Errichtung einer ständigen Subkommission für Europafragen geschaffen und damit einen wichtigen Pflock eingeschlagen. Mit der Dynamisierung der Binnenmarktabkommen nimmt der Bedarf an Ressourcen und Instrumenten weiter zu. Die dynamische Rechtsübernahme führt dazu, dass die Schweiz sektoriell noch enger in den unionalen Rechtsraum eingebunden wird. Das bereits bestehende Spannungsverhältnis zwischen der fortlaufenden Europäisierung des Rechts und der (direkten) Demokratie in der Schweiz verstärkt sich weiter. Umso dringlicher ist es, den Inhalt der betroffenen Rechtsakte mitzugestalten. Dabei verändert sich der tradierte Integrationsmodus.⁵⁵ Die traditionelle Politik des Bilateralismus trägt reaktive Züge. Die Schweiz übernimmt passiv «fertiges» EU-Recht. Demgegenüber verlangt die Mitarbeit in unionalen Gremien ein proaktives Engagement – verbunden mit der Verpflichtung, Mitverantwortung für die Politikgestaltung im paneuropäischen Kontext zu übernehmen. Das Parlament tut gut daran, sich dessen bewusst zu sein, wenn es die neuen institutionellen Regeln und Verträge mit der EU und ihre Umsetzung berät. Dazu gehören auch Massnahmen, mit denen sich die schweizerische Bundesversammlung in der Brüsseler Rechtsetzungsmaschinerie Gehör verschaffen kann, bevor der Übernahmeprozess beginnt; nach dem förmlichen Erlass eines Rechtsaktes in der EU besteht kaum mehr Raum für Sonderlösungen zugunsten der Schweiz.⁵⁶ Auf diese Weise wird die Akzeptanz und Legitimation derjenigen EU-Rechtsakte erhöht, welche in der Schweiz eine Referendumsabstimmung überstehen müssen. Die Stimmberechtigten werden einem neuen EU-Rechtsakt umso eher zustimmen, je engagierter und erfolgreicher sich die Schweizer Behörden bei seiner Erarbeitung mit Sachkunde – *the power of the pen* – eingebracht haben.

⁵⁴ Positiv zu werten ist, dass mit dem Protokoll über die parlamentarische Zusammenarbeit zudem ein Gemischter Parlamentarischer Ausschuss Schweiz-EU eingerichtet werden soll, um den Dialog über europapolitische Aktivitäten und das gute Funktionieren der Abkommen zu stärken.

⁵⁵ S. auch SAURER Johannes, *Die rechtliche Beziehung der Schweiz zu den Europäischen Agenturen*, ZBl 2013, S. 415-431, S. 428, in Bezug auf Agenturen.

⁵⁶ S. für die im Parlament umstrittene Übernahme der Durchführungsverordnung 2019/947 der Kommission über die Vorschriften und Verfahren für den Betrieb unbemannter Luftfahrzeuge OESCH Matthias, *Schweiz – EU* (Fn. 1), Rz. 102.

Denkbar wäre, das Vernehmlassungsverfahren auf die Phase des *decision shaping* auszuweiten (vgl. Art. 147 BV). Eine dergestalt formalisierte Mitwirkung der Kantone, der politischen Parteien und der interessierten Kreise an der Willensbildung in der Schweiz scheint einzig bei dringlichen Rechtsetzungsvorhaben in Brüssel rein praktisch nicht möglich. Ansonsten spricht wenig dagegen, zumindest bei politisch wichtigen Geschäften die in der Schweiz übliche Beteiligung der Zivilgesellschaft an der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung im Bundeshaus auf die entscheidende Phase vor der Verabschiedung eines Rechtsaktes in der EU auszuweiten. Die Einbindung der Bürgerinnen und Bürger in die Rechtsetzungsaktivitäten in der EU ist umso bedeutsamer, je weiter sich der Spielraum zur autonomen Politikgestaltung verringert und damit auch das bis anhin stark auf die nationale Politikgestaltung ausgerichtete Vernehmlassungsverfahren an Bedeutung verliert.

V. Vergerichtlichung der Binnenmarktabkommen

A. Einheitliche Auslegung und Streitbeilegung

Die Bilateralen III sehen zwei Neuerungen vor, welche die Verrechtlichung und Vergerichtlichung der bilateralen Beziehungen weiter befeuern und mit Blick auf die damit einhergehende faktische Einschränkung der Entscheidautonomie und damit auch der Volksrechte in der Schweiz Beachtung verdienen. Zum einen normieren die neuen Verträge den Grundsatz der einheitlichen Auslegung (s. etwa Art. 7 IP-LuftVA).⁵⁷ Die Behörden werden verpflichtet, bei der Auslegung der Binnenmarktabkommen nicht nur ältere EuGH-Urteile zu befolgen (vgl. Art. 16 FZA), sondern neu auch jüngere EuGH-Urteile. Die bereits heute praktizierte «dynamische Rechtsprechungsübernahme» wird formalisiert.⁵⁸ Dem Bundesgericht obliegt zwar weiterhin die Aufgabe, die Bedeutung von EuGH-Urteilen für das bilaterale Verhältnis zu bestimmen. Das Polydor-Prinzip bleibt einschlägig.⁵⁹ Es ist bilateralrechtlich aber nicht mehr möglich,

⁵⁷ S. BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 79-80; EPINEY Astrid (Fn. 40), *Institutionelle Aspekte*, Rz. 54-56.

⁵⁸ S. zur dynamischen Rechtsprechungsübernahme ZÜND Andreas, *Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit*, AJP 2013, S. 1349-1357, S. 1357.

⁵⁹ S. zum Polydor-Prinzip, wonach eine parallele Auslegung von Bestimmungen in EU-Abkommen mit Drittstaaten nur dann in Betracht kommt, wenn Zweck und Kontext der Bestimmung – insbesondere auch mit Blick auf die Integrationstiefe des Abkommens – mit dem Zweck und Kontext der unionsrechtlichen Bestimmung vergleichbar sind, KOUTAKOS Panos, *EU International Relations Law*, Oxford und Portland (Bloomsbury), 2015,

aus weiteren sachlichen Gründen von einem EuGH-Präjudiz abzuweichen und stattdessen eine autonome Auslegung zu präferieren.⁶⁰ Das ist eine beachtliche Novellierung.

Zum anderen wird die Streitbeilegung neu geregelt.⁶¹ Jede Partei soll die Einsetzung eines Schiedsgerichts verlangen können, wenn sich die Schweiz und die EU bei einer Unstimmigkeit nicht einvernehmlich einigen. Ein Schiedsgericht muss den EuGH anrufen, wenn es um die Auslegung eines Begriffs des EU-Rechts geht (s. etwa Art. 10 Abs. 3 IP-LuftVA). Das Schiedsgericht entscheidet den hängigen Streitfall, gegebenenfalls unter Beachtung der verbindlichen Rückmeldung des EuGH. Sofern die unterlegene Partei einen Schiedsspruch nicht umsetzt, kann die obsiegende Partei Ausgleichsmassnahmen ergreifen, deren Verhältnismässigkeit durch ein Schiedsgericht überprüft werden kann (s. etwa Art. 11 IP-LuftVA). Ausgleichsmassnahmen mögen etwa darin bestehen, freizügigkeitsrechtliche Ansprüche nicht zu gewähren (FZA, wobei bereits erworbene Rechte von Personen und Unternehmen unberührt bleiben, Art. 11 Abs. 4 IP-FZA), Konformitätsbewertungen nicht anzuerkennen (KonfBA) oder die leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe zu erhöhen (LandVA). Dabei geht es darum, das Gleichgewicht von Rechten und Pflichten wiederherzustellen.⁶² Solche Ausgleichsmassnahmen sind nicht auf das Abkommen be-

2. Auflage, S. 271-278; in Bezug auf die bilateralen Abkommen BESSON Samantha/AMMANN Odile, L'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE: Une lecture de droit international, in EPINEY Astrid/DIEZIG Stefan (Hrsg.), «Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014», Bern und Zürich (Stämpfli; Schulthess), 2014, S. 331-358, S. 335-337; TOBLER Christa, Die EuGH-Entscheidung Grimme – Die Wiederkehr von Polydor und die Grenze des bilateralen Rechts, in EPINEY Astrid/GAMMENTHALER Nina (Hrsg.), «Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010», Bern und Zürich (Stämpfli; Schulthess), 2010, S. 369-384, S. 372-382.

⁶⁰ S. zur bundesgerichtlichen Praxis bei der Auslegung des FZA, wonach seit der Unterzeichnung des Abkommens 1999 ergangene Urteile zu berücksichtigen sind, aus sachlichen Gründen aber davon abgewichen werden kann, EPINEY Astrid, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: WOLLENSCHLÄGER Ferdinand (Hrsg.), «Enzyklopädie Europarecht, Band 10: Europäischer Freizügigkeitsraum – Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht», Baden-Baden (Nomos; Dike; facultas), 2021, 2. Auflage, S. 447-471, Rz. 20-21.

⁶¹ S. BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 82-86; PIRKER Benedikt, *Plus c'est la même chose, plus ça change – Schiedsverfahren im Rahmen des Pakets Schweiz-EU*, EuZ 8/2025, passim; EPINEY Astrid (Fn. 40), *Institutionelle Aspekte*, Rz. 60-94; das Bundesgericht hat zu diesem Schiedsgerichtsverfahren keinen Zugang, s. dazu OESCH Matthias, *Der EuGH und die Schweiz*, Zürich (EIZ Publishing), 2023, Rz. 132, zum Modell unter dem Insta-Entwurf von 2018.

⁶² ARIOLI Silvio, «Übernahme des EU-Rechts in den Marktzugangsabkommen: Kein EU-Diktat sondern Sachzwang», verfügbar unter <https://suisse-en-europe.ch/uebernahme-des-eu-rechts-in-den-marktzugangsabkommen-kein-eu-diktat-sondern-sachzwang-2/> (abgerufen am 31. Oktober 2025).

schränkt, welches am Ursprung der Streitigkeit steht; sie können sich auch auf die weiteren Binnenmarktabkommen erstrecken (*cross-retaliation*, s. etwa Art. 11 Abs. 1 IP-LuftVA). Unangenehm ist, dass es kaum möglich sein wird, die aus einer Nichtbefolgung eines Urteils entstehenden Kosten und Nachteile *ex ante* abzuschätzen.

B. Vorrang

Damit stellt sich unweigerlich die Frage: Und wenn der EuGH oder ein Schiedsgericht ein Urteil fällen, das wir in der Schweiz *à tout prix* nicht akzeptieren wollen?⁶³ Bilateralrechtlich wäre die Rechtslage klar: Solche Urteile sind verbindlich (s. etwa Art. 7 und Art. 10 Abs. 5 IP-LuftVA). Landesrechtlich scheint eine bewusste Abweichung von einem Urteil des EuGH oder eines Schiedsgerichts gemäss der Schubert-Praxis zwar denkbar, scheidet gemäss Bundesgericht «im Verhältnis zur Europäischen Union und den von der Schweiz im Freizügigkeitsrecht staatsvertraglich eingegangenen Pflichten»⁶⁴ bzw. bei «menschen- oder freizügigkeitsrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz»⁶⁵ aber aus.⁶⁶ Hier ist manches ungeklärt. Dies gilt nicht nur für die Frage, ob sich die FZA-Gegenausnahme zur Schubert-Praxis auch auf weitere Binnenmarktabkommen erstreckt, sondern auch für die Frage, ob der Vorrang – wie vom Bundesgericht suggeriert – unbedingt wirkt oder ob das Bundesgericht sich vorbehält, in Ausnahmefällen den Vorrang zu verneinen und die schweizerische Norm anzuwenden.⁶⁷ Bei den einschlägigen Urteilen zum Freizügigkeitsabkommen handelt es sich zudem wohl bloss um *obiter dicta*.

⁶³ Dieser Teil beruht auf Vorarbeiten aus OESCH Matthias/BADEA Alexandru, Haben «menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz» strikt Vorrang vor Bundesgesetzen?, in BRUNNER Arthur/JOSURAN-BINDER Anja Martina/ZUMSTEG Patrice Martin (Hrsg.), «Der Mensch als Massstab des Rechts. Liber amicorum für Regina Kiener», Zürich (Dike), 2025, S. 97-112; zum Ganzen auch EPINEY Astrid, «Bilaterale III» und das Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht, Jusletter vom 10. März 2025, *passim*.

⁶⁴ BGE 142 II 35 E. 3.2; s. zuvor bereits BGE 133 V 367 = Pra 97 [2008] Nr. 71.

⁶⁵ BGE 148 II 169 E. 5.2.

⁶⁶ S. zum Ganzen EPINEY Astrid, Ist die «Schubert-Rechtsprechung» noch aktuell? Zur Frage des Verhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht, AJP 2023, S. 699-708; DIES. (Fn. 63), *Verhältnis*, *passim*; OESCH Matthias/BADEA Alexandru (Fn. 63), *passim*.

⁶⁷ Anders gelagert wäre demgegenüber die Weigerung der Schweiz, auch nach einem gegenteiligen Schiedsgerichtsurteil einen neuen EU-Rechtsakt zu übernehmen. Die Federführung liegt hier allein bei den politischen Behörden. Dem Bundesgericht (oder anderen Gerichten) ist es verwehrt, einen EU-Rechtsakt anzuwenden, ohne dass die Schweiz der Übernahme in den bilateralen *Acquis* förmlich zugestimmt hat.

Nach unserem Dafürhalten ist es zwar gut nachvollziehbar, keine Gegenmaßnahmen zur Schubert-Ausnahme zuzulassen, sofern andernfalls das gute Funktionieren des Freizügigkeitsabkommens insgesamt in Frage gestellt würde. So wäre es schlicht unsinnig gewesen, die Masseneinwanderungsinitiative durch die Einführung jährlicher Höchstzahlen und eines Schweizervorrangs auf dem Arbeitsmarkt umzusetzen (Art. 121a BV). Soweit dieses Risiko aber nicht besteht, mag es durchaus Konstellationen geben, in denen das Bundesgericht einen demokratisch hinlänglich legitimierten Entscheid respektieren und ausnahmsweise von einem strikten Vorrang Abstand nehmen soll bzw. – in den Worten von Astrid Epiney – abkommensrechtliche Pflichten «relativiert».⁶⁸ Selbst in den EU-Mitgliedstaaten werden EuGH-Urteile nicht angewendet, wenn gewisse rote Linien überschritten werden.⁶⁹ Es wäre merkwürdig, wenn sich die Schweiz – ein Drittstaat – hier päpstlicher als der Papst verhalten würde. Sie kann sich bei der Vorbereitung neuer EU-Rechtsakte, welche auch für das bilaterale Recht bedeutsam sind, zwar aktiv beteiligen (*decision shaping*); über ein Stimmrecht verfügt sie aber nicht. Auch ist das Bundesgericht nicht Teil des unionalen Gerichtsverbunds; es verfügt über kein Recht, dem EuGH auf dem Weg der Vorabentscheidung Auslegungsfragen vorzulegen und auf diese Weise die Rechtsentwicklung in Europa mitzugestalten.⁷⁰ Die Möglichkeit, das europäische Recht nicht blindlings zu respektieren, sondern reflektiert und dabei ganz punktuell auszuscheren, mag dazu dienen, das Vertrauen in die Teilnahme der Schweiz am europäischen Integrationspro-

⁶⁸ EPINEY Astrid (Fn. 63), *Verhältnis*, Rz. 46. – Das einschlägige *obiter dictum* zum Vorrang des FZA (BGE 142 II 35 E. 3.2) erging im November 2015, also eineinhalb Jahre nach der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative. Es mag sein, dass gängige Beurteilungen dieses *obiter dictum* allzu stark auf diesen Kontext fokussieren und ausser Acht lassen, dass es neben Abweichungen von Grundprinzipien des FZA – wie von Art. 121a BV gefordert – Fälle geben mag, die in einem anderen Kontext differenzierter zu beurteilen sind.

⁶⁹ CHALMER Damian, *National Sovereignty and European Union Law*, *European Law Review* (2021) 46(3), S. 285–305, S. 298–302; CRAIG Paul/DE BÚRCA Gráinne (Fn. 20), S. 328 ff.; MAYER Franz C./WENDEL Matthias, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts, in HATJE Armin/MÜLLER-GRAFF Peter-Christian (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, Band 1, Baden-Baden (Nomos; Dike; facultas), 2022, 2. Auflage, S. 181–296, Rz. 14 ff. Ähnliches gilt auch in Liechtenstein, s. OESCH Matthias/BADEA Alexandru (Fn. 63), S. 103.

⁷⁰ In einer anderen Konstellation beteiligt sich die Schweiz bereits heute an Verfahren vor dem EuGH, wenngleich hier die Bundesverwaltung im Lead ist und nicht das BGer: Die Schweiz kann gestützt auf Art. 8 Abs. 2 SAA, Art. 5 Abs. 2 DAA und Art. 2 des Protokolls Nr. 2 zum LugÜ in Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH Stellungnahmen einreichen, wenn es um EU-Recht geht, das auch bilateral einschlägig ist. Neu wird diese Mitwirkung auf alle Binnenmarktabkommen ausgeweitet (s. etwa Art. 12 Abs. 2 IP-LuftVA); zum Ganzen OESCH Matthias, *Schweiz – EU* (Fn. 1), Rz. 95–98.

zess zu stärken. Gemäss Benedict Vischer stellt «die Pflege unscharfer Übergänge zwischen der Union und dem übrigen europäischen Rechtsraum keine Gefahr, sondern die Grundlage für eine nachhaltige Vertiefung der europäischen Integration» dar.⁷¹ Das Bundesgericht dürfte folglich gut beraten sein, eine rigide Hierarchisierung zu vermeiden und die Türe für kontextbedingte Ausnahmen von allgemein formulierten Prinzipien – wie einem *im Grundsatz* vorzugswürdigen Vorrang der bilateralen Abkommen – einen Spalt weit offen zu lassen.⁷²

Ein Seitenblick auf die in der Schweiz lebhaft diskutierte Spesenregelung verdeutlicht dieses Desiderat. Der Bundesrat schlägt vor, dass ausländische Firmen für entsandte Arbeitnehmer in der Schweiz weiterhin ortsübliche Spesen entrichten müssen.⁷³ Die Bundesversammlung dürfte dem Vorschlag des Bundesrates folgen und das Entsendegesetz entsprechend konkretisieren (Art. 2 Abs. 3 EntsG). Es ist offen, ob dies EU-rechtlich zulässig ist (vgl. Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71/EG).⁷⁴ Sollte der EuGH (im Rahmen eines unionsinternen Verfahrens) oder ein zwischenstaatliches Schiedsgericht (unter Befassung des EuGH) diese Praxis als nicht zulässig erachten, wäre es am Bundesgericht, den klaren Willen des Schweizer Gesetzgebers höher zu gewichten als ein Diktum aus Luxemburg.⁷⁵ Die Weiterführung dieser Praxis – so gering ihre volkswirtschaftliche Bedeutung auch sein mag – scheint in der Schweiz gleichsam zur Geschäftsgrundlage für die Konsolidierung und Weiterentwicklung des bilateralen *Acquis* und damit für die Zustimmung des Parlaments und sodann der Stimmberechtigten zu den Bilateralen III zu gehören.

⁷¹ VISCHER Benedict, Einheit bis zum Bruch, Verfassungsrechtliche Abwege im Ringen der EU um ein institutionelles Rahmenabkommen mit der Schweiz, Verfassungsblog, verfügbar unter <https://verfassungsblog.de/einheit-bis-zum-bruch/> (abgerufen am 31. Oktober 2025), *passim*.

⁷² S. zur Forderung, keine schematischen, sondern situationsgerecht differenzierende Lösungsansätze zu wählen und eine starre Hierarchisierung zu vermeiden, auch BIAGGINI Giovanni (Fn. 5), Art. 5 N 35, zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht im Allg.

⁷³ BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 271-274. Der Bundesrat geht davon aus, dass diese Lösung zulässig ist; es geht um «die maximale Nutzung des innenpolitischen Spielraums bei der Umsetzung der EU-Spesenregelung», *ibid.*, S. 268.

⁷⁴ S. zur uneinheitlichen Rechtslage in der EU – wo eine Mehrheit der Mitgliedstaaten die Entsenderlinie wie die Schweiz auslegt und die Entrichtung von ortsüblichen Spesen verlangt – EPINEY Astrid, Zur Auslegung der «Spesenregelung» in der RL 96/71 (Entsenderichtlinie), Jusletter vom 22. Januar 2024, *passim*.

⁷⁵ S. zur Vorrangfrage bei der Spesenregelung auch EPINEY Astrid (Fn. 63), *Verhältnis*, Rz. 32. – Wesentlich wird sein, dass nicht nur das EntsG, sondern auch die Materialien (Botschaft, Ratsdebatten) klar zum Ausdruck bringen, dass der Bundesgesetzgeber die Weiterführung der Schweizer Praxis *en toute connaissance de cause* als essentiell betrachtet, unabhängig davon, ob sie EU-rechtlich zulässig ist oder nicht.

Es ist offen, wer in der Schweiz darüber befinden mag, ein Urteil eines Schiedsgerichts nicht zu respektieren, und die schlechte Botschaft nach Den Haag (dem Sitz des Büros des Ständigen Schiedshofs, welches bei einem Schiedsgerichtsverfahren die Aufgaben einer Kanzlei übernimmt und Sekretariatsdienstleistungen erbringt, s. etwa Art. 10 Abs. 2 IP-LuftVA i.V.m. Art. I.2 der Anlage über das Schiedsgericht) und Brüssel zu übermitteln. Braucht es hierfür einen Entscheid des Bundesgesetzgebers, und zwar in der Form eines referendumsfähigen Bundesbeschlusses, damit das letzte Wort den Stimmberechtigten obliegt? Mag eine Neubeurteilung erfolgen, wenn die Ausgleichsmassnahmen der EU bekannt sind und damit der «Preis» der Rechtsverletzung? Klar ist, dass das Bundesgericht seine mutmasslich strikte Vorrangregel zum Freizügigkeitsabkommen neu justieren müsste. Andernfalls wären die rechtsanwendenden Behörden verpflichtet, ein Urteil eines Schiedsgerichts gleichwohl anzuwenden.

Eine spezielle Regel findet sich bei den neuen Vorgaben zur Beihilfenüberwachung, welche im Geltungsbereich des Luftverkehrsabkommens, des Landverkehrsabkommens und des Stromabkommens zur Anwendung kommen. Die Wettbewerbskommission (Weko) wird unter anderem verpflichtet, gegen die Anwendung von Beihilferegulungen der Bundesversammlung und des Bundesrates, welche mit dem bilateralen Beihilferecht mutmasslich nicht vereinbar sind, Beschwerde beim zuständigen Gericht einzulegen. Das Gericht entscheidet vorfrageweise, im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle, über die Zulässigkeit der Beihilferegelung. Letztinstanzlich wird das Bundesgericht folglich über Erlasse der Bundesversammlung und des Bundesrates befinden; gemäss Bundesrat ein «Novum in der Schweizer Rechtsordnung».⁷⁶ Die neuen EU-Verträge schreiben diesen Rechtsweg und das Letztentscheidungsrecht der Gerichte – auch gegen den Willen der politischen Behörden – ausdrücklich vor (Art. 4 der Beihilfeprotokolle zum LuftVA und zum LandVA, Art. 14 StromA). Handelt es sich hierbei um eine vertraglich fixierte strikte Vorrangregel – mit der Konsequenz, dass eine Schubert-angeleitete Abweichung von einer bilateralrechtlichen Beihilfevorgabe *eo ipso* ausscheidet und das letzte Wort auch in Ausnahmefällen nicht beim Gesetzgeber und bei den Stimmberechtigten liegt?

VI. Epilog

Die schweizerische Europapolitik steht auf dem Prüfstand. Ist die Schweiz bereit, die Binnenmarktabkommen auf eine neue institutionelle Grundlage zu stellen und damit die Voraussetzung für die Weiterführung und den Ausbau

⁷⁶ BUNDESRAT, Erläuternder Bericht (Fn. 21), S. 167–168.

des bilateralen Wegs zu schaffen? Oder ist der damit einhergehende, institutionell und rechtskulturell erhebliche Integrationsschritt ein zu grosser, und es folgt eine Phase der Entfremdung von der EU und eine Ära der Unsicherheit – mit ungewissem Ausgang?

Die neuen institutionellen Regeln betreffen zwar nur das Freizügigkeitsabkommen, das Luftverkehrsabkommen, das Landverkehrsabkommen und das Konformitätsbewertungsabkommen sowie gegebenenfalls das neue Abkommen zum Strom und das neue Protokoll zur Lebensmittelsicherheit. Auch sichern diverse Ausnahmen und Sonderregeln Schweiz-spezifische Besonderheiten ab. Gleichwohl führt die avisierte Dynamisierung und Vergerichtlichung zu einem weiteren faktischen Bedeutungsverlust der Volksrechte.⁷⁷ Das bereits bestehende demokratiepolitische Unbehagen akzentuiert sich. Patentlösungen, dieses Unbehagen zu beseitigen, gibt es nicht. Dies gilt insbesondere für das Referendumsrecht: Das naheliegende Rezept, nämlich die Einschränkung des Referendumsrechts in Konstellationen, in denen heikle europapolitische Weichenstellungen zur Debatte stehen – etwa durch die Ausnahme der Beschlüsse zur Übernahme von EU-Recht vom Referendum – ist politisch kaum ratsam.⁷⁸ Das Volk soll die Möglichkeit behalten, im Ausnahmefall Nein zu sagen. Ähnlich unklug wie auch unrealistisch dürfte sein, bei Volksinitiativen die Ungültigkeitsgründe zu erweitern und Initiativtexte, welche gegen die bilateralen Abkommen verstossen, Volk und Ständen nicht vorzulegen.⁷⁹ Eine derart

⁷⁷ S. zum Ganzen auch LANGER Lorenz, Demokratische Mitsprache im bilateralen Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union: mögliche Implikationen eines institutionellen Rahmenabkommens, *Zeitschrift für Europarecht* (2021), S. 147–167, *passim*, zum InstA-Entwurf von 2018.

⁷⁸ Vgl. auch GLASER Andreas, Interview, NZZ vom 15. Juli 2025, der vorschlägt, die dynamische Rechtsübernahme verfassungsrechtlich aufzugreifen, und eine neue Verfassungsbestimmung vorschlägt: «Bei der dynamischen Übernahme von EU-Recht gelten für das Parlament und für die Stimmbürger spezielle Regeln.»

⁷⁹ S. für mögliche Ungültigkeitsgründe, v.a. auch im Licht der EMRK, BUNDESRAT, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, verfügbar unter <https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/aussenpolitik/voelkerrecht/einhaltung-und-foerderungdesvoelkerrechts/verhaeltnis-voelkerrechtlandesrecht.html> (abgerufen am 31. Oktober 2025); BUNDESRAT, Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, verfügbar unter <https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/aussenpolitik/voelkerrecht/einhaltung-und-foerderungdesvoelkerrechts/verhaeltnis-voelkerrechtlandesrecht.html> (abgerufen am 31. Oktober 2025); EHRENZELLER Bernhard/GERTSCH Gabriel, Art. 139 N 57, in EHRENZELLER Bernhard et al. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, Zürich (Dike), 2023, 4. Auflage; KELLER Helen/LANTER Markus/FISCHER Andreas, *Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung*, ZBl 2008, S. 121–154, S. 149.

grundlegende Änderung des etablierten Systems des Initiativrechts wäre mit diversen Fragezeichen – wie der Akzeptanz, der Praktikabilität, der Abgrenzung zu weiterhin gültigen Initiativen und den Auswirkungen auf das politische System insgesamt – behaftet.

Letztlich bleibt auf absehbare Zeit nichts anderes übrig, als sich mit dem aktuellen System zu arrangieren. Urnengänge, bei denen europapolitische Sachzwänge eine vorbestimmte Stimmabgabe nahelegen, sind die unvermeidliche Folge davon, dass sich die Schweiz für die sektorielle Beteiligung am unionalen Binnenmarkt und an weiteren Politiken der EU entschieden hat und in mitgliedstaatsähnlicher Weise in das EU-Recht eingebunden ist. Das demokratische Unbehagen, welches sich bei solchen Urnengängen einstellen mag, gehört zum Preis, den die Schweiz dafür bezahlt, von den Segnungen der europäischen Integration zu profitieren. Dabei gehört es zu den Daueraufgaben der Behörden, der Parteien und der Verbände, den Stimmberechtigten die Vorteile der engen Anbindung an die EU wie auch ihre Nachteile aufzuzeigen und auf diese Weise den Boden für informierte Sachentscheidungen an der Urne zu legen. Die Abstimmungen zu Schengen-Weiterentwicklungen haben gezeigt, dass die direkte Demokratie in der Schweiz in der Lage ist, die aufgezeigten Spannungen im Verfassungsgefüge auszuhalten. Die Volksrechte garantieren die permanente Auseinandersetzung der Stimmberechtigten mit dem europapolitischen Kurs des Landes und damit seine demokratische Legitimation. Das ist ein hohes Gut.

Die Bilateralen III räumen der Schweiz das Recht ein, sich aktiv am Rechtsetzungsprozess in Brüssel zu beteiligen (*decision shaping*). Die Mitwirkung bei der Erarbeitung neuer EU-Rechtsakte bereitet den Boden dafür, die auf der nationalen Ebene anfallenden Demokratieeinbussen aufzufangen und zumindest teilweise auszugleichen. Dabei wird es zentral sein, dass sich die Behörden frühzeitig informieren, die für die Schweiz politisch heiklen Geschäfte identifizieren, mit gleichgesinnten Staaten gemeinsame Strategien erarbeiten und die eigenen Interessen in den unionalen Gremien einbringen. Zu diesem Zweck sind Anpassungen der Zuständigkeiten, Verfahren und Ressourcen im Bundeshaus und beim Zusammenspiel mit den Kantonen und den Verbänden erforderlich. Vor allem die Bundesversammlung ist gefordert. Die Zivilgesellschaft sollte ebenfalls frühzeitig einbezogen werden. Grundlage dafür ist eine aktive, adressatengerechte Informationspolitik des Bundes über europapolitische Aktivitäten und Rechtssetzungsprojekte in der EU. Die Schweiz tut gut daran, den politischen Kompass in vermehrtem Masse auch nach Brüssel, Strassburg und Luxemburg auszurichten.

Die Bilateralen III bieten darüber hinaus eine Gelegenheit, das Verhältnis der Schweiz zur EU grundsätzlich zu überdenken. Die neuen institutionellen Regeln sind unumgänglich, um den bilateralen Weg in seiner jetzigen Form auf eine neue tragfähige Basis zu stellen und weiter auszubauen. Demgegenüber ist fraglich, ob der Bilateralismus – bei dem die Rechtsetzung in durchaus bedeutsamen Bereichen faktisch an den EU-Gesetzgeber delegiert wird, sei's im Rahmen des autonomen Nachvollzugs, sei's im Rahmen der bilateralen Abkommen – längerfristig eine dauerhafte Lösung darstellen mag oder ob sich eine weitergehende Integration aufdrängt. Letztlich wird das demokratische Defizit nur bei einem Beitritt zur EU vollends ausgemerzt. Ein solcher Schritt könnte mit Blick auf den damit einhergehenden Demokratie- und Souveränitätsgewinn ein durchaus prüfenswertes Unterfangen sein.⁸⁰

⁸⁰ S. OESCH Matthias, CAMPI David, *Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union: Voraussetzungen, Verfahren, Ausnahmen, Staatsleitung, Volksrechte*, Zürich (EIZ Publishing), 2022, *passim*, und die dort zitierte Literatur (Fn. 9); BUNDESRAT, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 13.3151 Aeschi Thomas vom 20. März 2013, 14.4080 Grüne Fraktion vom 8. Dezember 2014, 17.4147 Naef vom 14. Dezember 2017, 21.3618 Sozialdemokratische Fraktion vom 1. Juni 2021, 21.3654 Cottier vom 8. Juni 2021, 21.3667 Grüne Fraktion vom 9. Juni 2021, 21.3678 Fischer Roland vom 10. Juni 2021, 21.4450 Z'graggen vom 15. Dezember 2021, 22.3172 Maître vom 16. März 2022 und der Motion 21.4184 Minder vom 30. September 2021, Lagebeurteilung Beziehung Schweiz-EU vom 9. Juni 2023, S. 47-48; zum Ganzen auch CASASUS Gilbert, *Suisse – Europe. Je t'aime, moi non plus!*, Genf (Slatkine), 2024, *passim*.

© 2026 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Texte)

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch),
Bellerivestrasse 49, 8008 Zürich, Schweiz
eizpublishing@europa-institut.ch

Herausgeber: Christine Kaddous / Andreas Kellerhals

ISBN:

978-3-03994-110-0 (Print – Softcover)

978-3-03994-111-7 (Print – Hardcover)

978-3-03994-112-4 (PDF)

DOI: <https://doi.org/10.36862/64WK-6E9G>

Version: 1.01 – 20260707

Dieses Werk ist als gedrucktes Buch sowie als E-Book (open access) in verschiedenen Formaten verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL: <https://eizpublishing.ch/publikationen/bilaterale-abkommen-iii-schweiz-eu/>.

CHRISTINE KADDOUS
ANDREAS KELLERHALS
(HRSG.)

Bilaterale Abkommen III Schweiz – EU

Erste Analysen