Verfassungsrecht der Schweiz
Droit constitutionnel suisse

Herausgegeben von
Oliver Diggelmann | Maya Hertig Randall | Benjamin Schindler

Gegründet von
Daniel Thürer | Jean-François Aubert | Jörg Paul Müller

Schriftleitung
Damian Cueni | Nesa Zimmermann

I

Grundlagen
Demokratie
Föderalismus

Schulthess § 2020

Zitiervorschlag (Beispiel):
ANDREAS WÜRGLER, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts bis 1798, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 1, I.2, N. 1

Manière de citer (exemple):
ANDREAS WÜRGLER, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts bis 1798, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (éds), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2020, vol. 1, I.2, N. 1

Publiziert mit freundlicher Unterstützung der »Stiftung für schweizerische Rechtspflege«, des Eidgenössischen Departements für Auswärtige Angelegenheiten, der »Helmuth M. Merlin Stiftung«, der »Elisabeth Jenny Stiftung«, des »Fonds Schneiter« der Universität Genf und der Rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Genf, St. Gallen und Zürich.

Publié grâce au soutien de la «Stiftung für schweizerische Rechtspflege», du Département fédéral des affaires étrangères, de la «Helmuth M. Merlin Stiftung», de la «Elisabeth Jenny Stiftung», du «Fonds Schneiter» de l'Université de Genève et des facultés de droit des universités de Genève, Saint-Gall et Zurich.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020
ISBN 978-3-7255-7995-2

www.schulthess.com

Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung

Matthias Oesch

I. Einbindung der Schweiz in die internationale Gemeinschaft 139
1. Globalisierung 139
2. Europäisierung 141

II. Ambivalenz der Aussenverfassung 143
1. Offene Staatlichkeit 143
2. Fehlende Abbildung der Einbindungen 145
3. Vorschlag für einen Europa-Artikel 146

III. Spannungen im Verfassungsgefüge 148
1. Föderalismus 148
2. Gewaltenteilung 151
3. Volksrechte 155

IV. Schluss: Gesamtheitliches Verfassungsverständnis 158

Globalisierung und Europäisierung prägen das Recht und die Politik in der Schweiz seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs massgeblich. Die zunehmende Verlagerung der Rechtsgewinnung und -durchsetzung auf die globale und europäische Ebene hat dazu geführt, dass die Einbindung der Schweiz in die internationale Gemeinschaft eine präzedenzlose Dichte und Tiefe angenommen hat. 2010 war die Schweiz Vertragspartei von rund 3000 bilateralen Verträgen – mehrheitlich Verträge mit Nachbarstaaten oder mit der EU – und rund 1000 multilateralen Verträgen.[1] Zwischen 2010 und 2017 wurden pro Jahr durchschnittlich rund 450 Verträge abgeschlossen (ohne Vertragsänderungen), wobei bei der weit überwiegenden Mehrheit dieser Verträge der Bundesrat oder einzelne Departemente resp. Bundesämter für deren Abschluss zuständig waren.[2] Quantitativ hat das für die Schweiz einschlägige Völkerrecht das Landesrecht seit längerem überholt; 2009 machte es rund 60 Prozent des geltenden Bundesrechts aus.[3] Die Natur des Völkerrechts hat sich 1

1 Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5.3.2010, BBl 2010 2263 ff., 2278.

2 Vgl. Berichte über die im jeweiligen Jahr abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge BBl 2018 4273 ff., BBl 2017 4573 ff., BBl 2016 5371 ff., BBl 2015 4249 ff., BBl 2014 4279 ff., BBl 2013 4001 ff., BBl 2012 6023 ff. und BBl 2011 4983 ff.; darin eingeschlossen sind Verträge, welche befristet abgeschlossen wurden; keine Zahlen sind verfügbar in Bezug auf die Frage, wie viele Verträge jährlich effektiv in Kraft sind; s. für weitere statistische Darstellungen *Diggelmann*, Internationalisierung der Politik, S. 2; *Fischer*, Internationalisierung, in: Knoepfel et al., Handbuch Politik, S. 603 f.

3 *Wolf Linder* et al., Die Entwicklung der eidgenössischen Gesetzgebungstätigkeit 1983–2007, eine quantitative Analyse, Institut für Politikwissenschaft, Bern 2009, S. 52.

punktuell von einem Recht der Koexistenz und Kooperation hin zu einem Recht der Harmonisierung und Integration gewandelt.[4] Das Völkerrecht stellt längst nicht mehr nur Vorgaben für die Gestaltung der Aussenbeziehungen auf; es bestimmt vermehrt auch die Rahmenbedingungen für die innerstaatliche Politikgestaltung. Innerstaatliches Recht wird überlagert und verliert an Gestaltungsmacht, weil die Politikräume nur noch begrenzt mit den Staatsgrenzen zusammenfallen.[5] Des Weiteren beeinflussen transgouvernemental erarbeitete Berichte, Empfehlungen und Resolutionen die nationalstaatliche Politikgestaltung, auch wenn sie im Kleid rechtlich unverbindlicher Instrumente daherkommen.

2 Diese Entwicklungen werden im geschriebenen Verfassungstext nur ansatzweise reflektiert. Es findet ein Verfassungswandel statt, ohne dass dieser Prozess ausdrücklich abgebildet wird.[6] Das Verfassungsrecht erlebt globalisierungs- und europäisierungsbedingt einen Funktionswandel und Bedeutungsverlust. Darum geht es in diesem Beitrag. Er beschreibt ausgewählte wirtschaftsvölkerrechtliche und europäische Organisationen und Regelwerke, welche die dynamischen Prozesse der Globalisierung und Europäisierung ausgelöst oder zumindest befeuert haben und auch für die Schweiz bedeutsam sind (I.). Die Bundesverfassung stellt seit jeher eine tragfähige Grundlage für die Einbindung der Schweiz in die internationale Gemeinschaft dar; im Rahmen der BV-Reform von 1999 wurde die Aussenverfassung nochmals moderat modernisiert. Gleichzeitig schweigt sich die Bundesverfassung weiterhin über die globalisierungs- und europäisierungsbedingten Interdependenzen und Abhängigkeiten aus. Das ist unbefriedigend (II.). Des Weiteren führt die Globalisierung und Europäisierung zu Spannungen im Verfassungsgefüge, welche durch Anpassungen allein der Bundesverfassung nur beschränkt entschärft werden können. Es entsteht auch hier ein verzerrtes Bild (III.). Insgesamt drängt sich ein Verfassungsverständnis auf, das die verschiedenen Ebenen der Rechtsgewinnung und -durchsetzung gesamtheitlich in den Blick nimmt. Die nationale Verfassung bildet einen integralen Bestandteil einer auch auf europäischer und globaler Ebene entstehenden Verfassungsstruktur (IV.).

---

4 S. grundlegend bereits *Wolfgang Friedmann*, The Changing Structure of International Law, London 1964, S. 60 ff.; *Thomas Cottier*, Die Globalisierung des Rechts, Herausforderungen für Praxis, Ausbildung und Forschung, ZBJV 1997, S. 217 ff., 221–229; *Thürer*, Recht der internationalen Gemeinschaft und Wandel der Staatlichkeit, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 3, N. 6–9.

5 *Diggelmann*, Internationalisierung der Politik, S. 209.

6 S. zum Begriff des Verfassungswandels – wenngleich mitunter in anderem Zusammenhang – *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 254; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa, Frankfurt a.M. 1999, S. 141 ff.; spezifisch zum EU-Recht Christian Calliess (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, Tübingen 2007.

I. Einbindung der Schweiz in die internationale Gemeinschaft

1. Globalisierung

Der Prozess der Globalisierung bezieht sich traditionell auf die zunehmende Verflechtung nationaler Volkswirtschaften und Unternehmen und ihre Einbindung in einen weltumspannenden Markt.[7] Diese Entwicklung wurde im Wesentlichen durch technologische Fortschritte im Produktions- und Transportwesen und in der Kommunikation sowie durch ordnungspolitische Grundentscheide der Staaten zur gegenseitigen Öffnung ihrer Märkte, zur Deregulierung des Wirtschaftslebens auch im Binnenbereich und zur Privatisierung ehemals staatlich dominierter Tätigkeitsfelder ermöglicht. Mittlerweile betrifft die Globalisierung längst auch Verflechtungen und Interdependenzen über das Wirtschaftliche hinaus; sie erfasst sämtliche Politik- und Lebensbereiche. Die Welt wurde zum *global village*. Staaten sind nicht mehr in der Lage, die drängenden Herausforderungen – etwa in den Bereichen der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit, des Verkehrs, des Umweltschutzes, des Persönlichkeitsschutzes im Zeitalter von *big data* oder der Migration – autonom zu bewältigen. Die Rechtsgewinnung und -durchsetzung wird internationalisiert und damit denationalisiert; Strukturen der *global governance* entstehen.[8] 3

Die Entwicklung des Wirtschaftsvölkerrechts seit dem Zweiten Weltkrieg steht sinnbildlich für den Bedeutungswandel der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit und Integration. Bestrebungen zur Errichtung eines tragfähigen multilateralen Fundaments für den internationalen Handel führten 1944 zur Gründung der beiden *Bretton Woods*-Institutionen, des Internationalen Währungsfonds (IWF) und der Weltbank. Die als drittes *Bretton Woods*-Standbein angedachte Internationale Handelsorganisation (ITO) scheiterte demgegenüber am Veto des amerikanischen Kongresses. Ein Teil des fertig ausgehandelten ITO-Vertragswerks (*Havanna Charter*) wurde in der Folge »herausgebrochen« und als Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (GATT) 1947 vorläufig in Kraft gesetzt. Das GATT 1947 wurde 1995 durch die Welthandelsorganisation (WTO) abgelöst, welche seither ein umfassendes Regelwerk – inkl. Verpflichtungslisten der Mitglieder über 20 000 Seiten! – für den internationalen Handel (Waren, Dienstleistungen, Immaterialgüterrechte) bildet. IWF, Weltbank und WTO weisen heute einen praktisch universellen Charakter auf. Das griffige zwischenstaatlich ausgestaltete Streitbeilegungsverfahren ermöglicht, die gewährleisteten Marktzugangsrechte einzuklagen. Das multilaterale System wird ergänzt durch weltweit 4

---

7 S. zum Begriff der Globalisierung *Béatrice Veyrassat*, Globalisierung, in: Historisches Lexikon der Schweiz, www.hls-dhs-dss.ch; David Held/Anthony McGrew (Hrsg.), The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate, Cambridge 2000; gemäss KOF-Globalisierungsindex belegt die Schweiz aktuell Rang 5, *Savina Gygli/Florian Haelg/Jan-Egbert Sturm*, The KOF Globalisation Index, Revisited, KOF Working Paper No. 439, 2018, www.kof.ethz.ch und Link zu Prognosen & Indikatoren.

8 *Anne Peters*, Völkerrecht: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 2016, Kap. 1, N. 43; *Nico Krisch/Benedict Kingsbury*, Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, EJIL 2006, S. 1 ff.

mehr als 450 regionale Handelsabkommen und über 2300 bilaterale Investitionsschutzabkommen (wobei eine Vielzahl der Handelsabkommen ebenfalls Investitionsschutzbestimmungen enthalten).[9] Insgesamt ist die Wirtschaft damit in ein umfassendes Regelwerk eingebunden, das den internationalen Handel zwar in präzedenzloser Weise fördert, gleichzeitig aber auch den staatlichen Spielraum bei der Gestaltung der (Aussen-)Wirtschaftspolitik – und reflexartig auch weiterer Politikbereiche wie sozial-, gesundheits- oder umweltpolitischer Belange (»*trade and* ...«-Themen) – erheblich einschränkt.

5 Die Schweiz stand einer Einbindung in multilaterale Organisationen nach dem Zweiten Weltkrieg betont skeptisch gegenüber. Oberstes Gebot war die Aufrechterhaltung der handelspolitischen Autonomie. Erst 1960 erfolgte der provisorische Beitritt zum GATT; 1966 trat die Schweiz definitiv bei. Dabei handelte die Schweiz weitgehende Ausnahmen für die Landwirtschaft aus. Der Beitritt zu den *Bretton Woods*-Institutionen erfolgte 1992. Die Schweiz war 1995 Gründungsmitglied der WTO – ein Schritt, der von enormer Bedeutung war, nachdem die Schweiz 1992 den Beitritt zum EWR abgelehnt hatte und die Gefahr drohte, in Europa noch weiter ins Hintertreffen zu geraten. Die Mitgliedschaft in der WTO und die damit einhergehenden Marktzugangsrechte sind für die schweizerische Exportindustrie essentiell. Gleichzeitig kann die Schweiz nicht umhin, auch in sensiblen Bereichen Zugeständnisse zu machen; so stimmte sie etwa 2015 der Abschaffung von Exportsubventionen für landwirtschaftliche Produkte *nolens volens* zu, ohne im Gegenzug konkrete Vorteile zu erhalten.[10] Die Schweiz ist Vertragspartnerin von rund 30 Freihandelsabkommen, wobei es hier nicht mehr nur darum geht, *per se* von präferentiellen Marktzugangsrechten zu profitieren, sondern vor allem auch darum, auf Drittmärkten im Vergleich zu den europäischen Unternehmen nicht diskriminiert zu werden. Vor diesem Hintergrund würde vor allem die Schaffung einer transatlantischen Freihandelszone zwischen der EU und den Vereinigten Staaten dazu führen, die schweizerische Aussenwirtschaftspolitik grundlegend zu überdenken. Die Schweiz ist mit wirtschaftlichen Sachzwängen konfrontiert, denen sie sich nicht leichthin entziehen kann.

6 Klassische völkerrechtliche Bindungen werden zunehmend ergänzt durch transgouvernementale Berichte, Empfehlungen und Verlautbarungen, welche rechtlich nicht verbindlich sind und jenseits etablierter Foren demokratischer Öffentlichkeit und Meinungsbildung getroffen werden, faktisch aber gleichwohl weitreichende Wirkung entfalten. Treibende Kräfte sind dabei bunt zusammengesetzte Netzwerke staatlicher und/oder privater Akteure, welche sich transnational organisieren und artikulieren. Bei gewissen Gruppierungen ist die Schweiz gar nicht beteiligt; dies ist etwa bei den Treffen der G7 der Fall. In weiteren Gremien ist die Schweiz aktiv vertreten, sinnigerweise aber nicht zwingend durch politische Mandatsträger. Ein Beispiel dafür ist der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, dessen Stan-

9 S. dazu www.wto.org und den Link zu trade topics/regional trade agreements; http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA.

10 Botschaft zur Aufhebung der Ausfuhrbeiträge für landwirtschaftliche Verarbeitungsprodukte, BBl 2017 4351 ff.; als Folge davon wurde das »Schoggigesetz« revidiert (SR 632.111.72).

dards für die Regulierung und Beaufsichtigung von Banken (z.B. Eigenmittelanforderungen) weltweit normgebend wirken und Eingang in die nationalen Rechtsordnungen finden, ohne allerdings über eine entsprechende demokratische Legitimation zu verfügen.[11] Vergleichbare Wirkmacht entfalten Empfehlungen zur »besseren« Politikgestaltung und Instrumente zur Politikbewertung, wie sie etwa unter den Auspizien der Vereinten Nationen und der OECD erarbeitet werden. Die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung – 2015 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen in der Form einer nicht verbindlichen Resolution verabschiedet – hat sich als »neuer globaler Referenzrahmen« bzw. »wichtiger Orientierungsrahmen« für die Meinungsbildung und Politikgestaltung auch in der Schweiz etabliert.[12] Die PISA-Berichte über die Leistungen von Schülerinnen und Schülern durch die OECD beeinflussen auch die Schulpolitik in der Schweiz massgeblich.[13]

2. Europäisierung

Die europäischen Einigungsbestrebungen nach dem Zweiten Weltkrieg haben zur Schaffung diverser Organisationen und Regelwerke geführt, mit denen eine europäische Dimension der Politikgestaltung und Rechtsetzung entwickelt wurde. Die Mitglieder des Europarates bekennen sich zu den Grundwerten der Demokratie, der Vorherrschaft des Rechts und der Wahrung der Menschenrechte. Die EMRK definiert rechtliche Mindeststandards für den Grundrechtsschutz in Europa; sie hat sich zu einem Kernelement des zeitgenössischen europäischen Verfassungsrechts entwickelt. Die europäische Integration im Rahmen der EWG/EG/EU hat eine postnationale Epoche eingeläutet und eine Dynamik erzeugt, der sich auch Nicht-EU-Mitgliedstaaten nicht entziehen können. Der Spielraum für die klassische zwischenstaatliche Zusammenarbeit – auch die informelle – wird erheblich eingeschränkt.[14] 7

11 *Johannes Reich*, »Herrschaft kraft Wissens«, Grundlagen unabhängiger Regulierungsbehörden in rechtsvergleichender Perspektive, Zürcher Habil. 2017 (Publikation in Vorbereitung), N. 15 f.; die Schweiz wird in diesem Ausschuss durch die Schweizerische Nationalbank und die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) vertreten.

12 Länderbericht der Schweiz 2018 zur Umsetzung der Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, www.eda.admin.ch und Link zu Agenda 2030/Berichterstattung; zum Ganzen Duncan French/Louis J. Kotzé (Hrsg.), Sustainable Development Goals, Law, Theory and Implementation, Cheltenham 2018; *Patricia Egli/Milena Holzgang*, Agenda 2030, Rechtliche Dimensionen der Sustainable Development Goals, AJP 2018, S. 333 ff.

13 *Armin von Bogdandy/Matthias Goldmann*, Die Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt durch Politikbewertung: Die PISA-Studie der OECD als Muster einer neuen völkerrechtlichen Handlungsform, ZaöRV 2009, S. 51 ff.

14 *Francesco Maiani*, Die Internationalisierung des Schweizer Rechts, in: Andreas Ladner et al. (Hrsg.), Handbuch der öffentlichen Verwaltung der Schweiz, Zürich 2013, S. 285 ff., 292; *Matthias Oesch*, Switzerland and the European Union: General Framework, Bilateral Agreements, Autonomous Adaptation, Zurich/St. Gallen 2018, N. 37.

8 Die kriegsverschonte Schweiz agierte nach dem Zweiten Weltkrieg auch auf dem europäischen Kontinent zurückhaltend. Die Exportwirtschaft profitierte von einer Vielzahl von bilateralen Handelsabkommen und einer starken Auslandnachfrage im Rahmen des europäischen Wiederaufbaus. Die Schweiz fungierte 1948 zwar als Gründungsmitglied der OEEC (heute: OECD), welche für die Umsetzung des Marshall-Plans geschaffen wurde. Den Arbeiten zur Gründung des Europarates blieb die Schweiz aus neutralitätspolitischen Gründen allerdings fern; sie trat dem Europarat erst 1963 bei, nachdem die wirtschaftliche Spaltung Westeuropas (EWG, EFTA) Realität geworden war und die global ausgerichtete OECD die westeuropäische OEEC abgelöst hatte. 1974 trat die Schweiz der EMRK bei, nachdem sie im Hinblick auf diesen Schritt die Verfassung geändert hatte (u.a. Einführung des Stimm- und Wahlrechts für Frauen auf Bundesebene). Seither beeinflusst die EMRK das schweizerische Recht massgeblich. Der Grundrechtekatalog der Bundesverfassung von 1999 beruht auf der EMRK. In ihrem Geltungsbereich amtet das Bundesgericht auch gegenüber Bundesgesetzen als Verfassungsgericht.

9 Eine Teilnahme am europäischen Integrationsprozess im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften (EGKS, EWG, Euratom) kam für die Schweiz nicht in Frage. Sie bewahrte zum zentralen Projekt der europäischen Friedenssicherung eine innere und äussere Distanz. Die Schweiz gründete zusammen mit den anderen Staaten der »Äusseren Sieben« 1960 die EFTA; sie erblickte darin eine willkommene Gelegenheit, Freihandel, Agrarprotektionismus und nationale Souveränität zu vereinen. 1972 wurde das Freihandelsabkommen mit der EWG abgeschlossen; dieses Abkommen bildet seither den Grundstein der bilateralen Beziehungen zur EWG/EG/EU. Nach der Ablehnung des Beitritts der Schweiz zum EWR 1992 – dem *defining moment* der jüngeren schweizerischen Europapolitik – nahm die Schweiz die Tradition der pragmatisch-punktuellen Annäherung – gleichsam *faute de mieux* – wieder auf. 1999 und 2004 wurden die Pakete der Bilateralen I und Bilateralen II abgeschlossen. Heute verfügt die Schweiz über ein dichtes Netz von bilateralen Abkommen mit der EU, welche mitunter *tel quel* auf EU-Recht beruhen und der Schweiz in ausgewählten Politikbereichen eine mitgliedstaatsähnliche Teilhabe ermöglichen. Verordnungen und Richtlinien gelten »vervölkerrechtlicht« auch im Verhältnis zur Schweiz. Durch den Zugang zu den Vorbereitungsarbeiten bei der Schaffung neuer Verordnungen und Richtlinien (*decision shaping*) und durch die Teilnahme in Agenturen der EU ist die Schweiz in den europäischen Verwaltungsverbund eingebunden. Parallel dazu verfolgt die Schweiz seit 1988 konsequent eine Politik des autonomen Nachvollzugs: 30–50 Prozent des gesamten Bundesrechts werden vom EU-Recht direkt oder indirekt beeinflusst.[15] Die schweizerische Doppelstrategie der völkerrechtlichen Anbindung und selbstgewählten Anpassung hat zu einer sektoriell weitgehenden Integration in das Recht der EU geführt, weshalb die Schweiz mitunter als »zugewandter Ort«[16]

15 *Matthias Oesch*, Europarecht, Band I, Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz–EU, 2. Aufl., Bern 2019, N. 942.

16 *Dieter Freiburghaus*, Königsweg oder Sackgasse? Schweizerische Europapolitik von 1945 bis heute, 2. Aufl., Zürich 2015, S. 391.

der EU oder als »*de facto* Mitglied der EU«[17] qualifiziert wird.[18] Das geplante institutionelle Abkommen wird dazu beitragen, den bilateralen Weg zu konsolidieren und weiterzuentwickeln. Es gehört gleichsam zum Preis, den die Schweiz dafür bezahlt, sektoriell in mitgliedstaatsähnlicher Weise eingebunden zu sein, ohne die Regeln des Clubs vollumfänglich zu akzeptieren.

II. Ambivalenz der Aussenverfassung

Die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 befassten sich nur punktuell mit den Aussenbeziehungen. Sie enthielten keine Zielbestimmungen zum auswärtigen Handeln und beschränkten sich darauf, die Kompetenzen zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge zu regeln. Grundlegend war, dass die Verfassung eine Öffnung der Schweiz gegen aussen zuliess und damit – wenn auch nur implizit – völkerrechtsfreundlich abgefasst war.[19] Die Schweiz verstand sich seit jeher als »kooperativer Verfassungsstaat«.[20] Die Revision von 1999 änderte an dieser Grundhaltung nichts Grundsätzliches; sie stand ganz im Zeichen des Nachführungsauftrags, ohne Anstoss von aussen und damit quasi zwangsläufig binnenorientiert. Neue Bestimmungen zu den Aussenbeziehungen betonen die Völkerrechtsfreundlichkeit. Gleichzeitig blendet aber auch der geltende Verfassungstext die weitreichende Einbindung in die internationale Gemeinschaft aus und setzt in dieser Hinsicht die Tradition introvertierter Verfassungsgebung fort. 10

1. Offene Staatlichkeit

Die Bundesverfassung atmet einen weltoffenen und völkerrechtsfreundlichen Geist.[21] Sie verpflichtet den Bund, »in Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt« zu handeln (Präambel), sich »für eine friedliche und gerechte internationale Ordnung« einzusetzen (Art. 2 11

---

17 *Thomas Cottier* et al., Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014, N. 998.

18 S. zur enorm engen Binnenmarktverflechtung *Jörg König/Renate Ohr*, Schweiz ist stärker EU-integriert als viele Mitgliedsländer, NZZ vom 12.8.2014, S. 21; zum EU-Index, den diese AutorInnen entwickelt haben, www.eu-index.uni-goettingen.de.

19 *Dietrich Schindler*, Der Weg vom »geschlossenen« zum »offenen« Verfassungsstaat, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, S. 1027 ff., 1030.

20 S. zu diesem Konzept im Allg. *Peter Häberle*, Der kooperative Verfassungsstaat, in: Friedrich Kaulbach/Werner Krawietz (Hrsg.), Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag, Berlin 1978, S. 140 ff.; zum Gebot der aussenpolitischen Öffnung des Verfassungsstaates in Bezug auf den europäischen Integrationsprozess *Daniel Thürer*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1990), S. 97 ff., 134–136.

21 Ebenso *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel I, N. 31; *Giovanni Biaggini*, Die Öffnung des Verfassungsstaates als Herausforderung für Verfassungsrecht und Verfassungslehre, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Han-

BV), »zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen« beizutragen (Art. 54 BV) und »die Interessen der schweizerischen Wirtschaft im Ausland« zu wahren (Art. 101 BV). Diese Zielbestimmungen wurden 1999 neu eingefügt und geben der Aussenpolitik – verbindlich, wenngleich auffällig offen formuliert und entsprechend konkretisierungsbedürftig – inhaltlich die Richtung vor. Der Grundrechtekatalog beruht wesentlich auf der EMRK, welche auf diese Weise »konstitutionalisiert« wurde.[22] Die Aussenverfassung regelt die kompetenziellen Fragen (Art. 54–56, Art. 140–141, Art. 166 und Art. 184 BV) und erfüllt damit eine wesentliche Erwartung an eine moderne Verfassung, nämlich die Verfahren des politischen Prozesses zu bestimmen und die Kompetenzen auch im Aussenbereich abzustecken. Das Staatsvertragsreferendum – 1921 eingeführt, 1977 erstmals erweitert – wurde 2003 als Reaktion auf den fortschreitenden Prozess der Globalisierung und Europäisierung des Rechts weiter ausgebaut mit dem Ziel, die direkt-demokratische Legitimierung völkerrechtlicher Verträge sicherzustellen. Der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften untersteht dem obligatorischen Referendum, womit die Tür auch für einen EU-Beitritt verfassungsrechtlich ausdrücklich offensteht (Art. 140 BV). Das zwingende Völkerrecht bildet eine materielle Schranke der Verfassungsrevision (Art. 139 BV). Die Völkerrechtsfreundlichkeit wird durch die ausdrückliche Verpflichtung zur Beachtung des Völkerrechts durch Bund und Kantone betont (Art. 5 BV).

12 Das Bundesgericht hat das Verhältnis von Völker- und Landesrecht weiter ausdifferenziert.[23] Es anerkennt die automatische Geltung des Völkerrechts im Landesrecht (Monismus).[24] Es legt das innerstaatliche Recht völkerrechtskonform aus.[25] Es erlaubt die unmittelbare Anwendbarkeit; auf diese Weise wacht es massgeblich über die Einhaltung des Völkerrechts durch die schweizerischen Behörden. Defizitär bleibt allerdings die Praxis, Marktzugangsrechte traditionell als nicht justiziabel einzustufen, womit die verfassungsähnliche Funktion des Wirtschaftsvölkerrechts nicht angemessen reflektiert wird.[26] Ge-

---

gartner, St. Gallen 1998, S. 957 ff., 965; zum Ganzen *Matthias Oesch*, Ein Europa-Artikel für die schweizerische Bundesverfassung, in: Andreas Glaser/Lorenz Langer (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation: Erfahrungen und Perspektiven in Österreich und der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015, S. 163 ff., 165–169; für einen Überblick über die »Kooperationsöffnung« anderer Verfassungsstaaten *Stephan Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, Berlin 1998, S. 137–178.

22 *Giovanni Biaggini*, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, AJP 1999, S. 722 ff., 727.

23 S. zu statistischen Nachweisen der zunehmenden Bedeutung des Völkerrechts in Verfahren vor dem Bundesgericht *Odile Ammann*, International Law in Domestic Courts Through an Empirical Lens: The Swiss Federal Tribunal's Practice of International Law in Figures, SRIEL 2018, S. 489 ff.

24 Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Anm. 1), 2302–2303.

25 BGE 94 I 669.

26 *Thürer*, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 11, N. 55; s. zur Zurückhaltung betr. WTO-Recht BGE 125 II 293 E. 4d 306; Urteil des BGer vom 14. Juli 1997,

mäss Bundesgericht greift die *Schubert*-Praxis – d.h. die Möglichkeit der Bundesversammlung, bewusst von einer völkerrechtlichen Verpflichtung abzuweichen – nicht, wenn menschenrechtliche Verpflichtungen (PKK-Gegenausnahme) oder Ansprüche aus dem Freizügigkeitsabkommen von 1999 (FZA-Gegenausnahme) in Frage stehen.[27] Das Bundesgericht trägt beherzt dazu bei, das Völkerrecht innerstaatlich einzubetten. Es geht von einem umfassenden normativen System aus, in dem sich die verschiedenen Ebenen der Rechtsgewinnung und -durchsetzung gegenseitig ergänzen und im Sinne vertikaler Gewaltenteilung kontrollieren; es billigt dem Völkerrecht partiell Verfassungsqualität zu und folgt damit einem vertikal integrierten Verfassungsverständnis.[28]

2. Fehlende Abbildung der Einbindungen

13 Die Bundesverfassung schweigt sich über die Bedeutung der Einbindung der Schweiz in globale und regionale Organisationen und Vertragswerke und die damit einhergehenden Interdependenzen und Abhängigkeiten aus. Die einzige internationale Organisation, welche namentlich erwähnt wird, ist die UNO. Der durch eine Volksinitiative angestossene Beitritt der Schweiz zur UNO von 2002 hat es immerhin in die Übergangsbestimmungen geschafft (Art. 197 Ziff. 1 BV). Weitere für die Schweiz zentrale globale Organisationen und Vertragswerke wie die WTO, die OECD, die UNO-Pakte I und II und andere Menschenrechtskonventionen werden im Verfassungstext nicht abgebildet. Das ist bedauerlich und der Orientierungsfunktion der Bundesverfassung abträglich.[29] Es entsteht ein verzerrtes Bild. Gleichzeitig ändert dieser blinde Fleck der Verfassung nichts an der grundlegend konstitutiven Bedeutung, welche diese Organisationen und Regelwerke für die jeweiligen Politikbereiche in der Schweiz haben.

14 Der Befund der Verfassungsblindheit gilt ebenso für die Beteiligung der Schweiz am europäischen Integrationsprozess. Der geneigte Leser sucht die Begriffe Europa, EU, EFTA, bilaterale Abkommen, Europarat und EMRK in der Bundesverfassung vergeblich.[30] Es besteht ein Widerspruch zur gelebten (Verfassungs-)Wirklichkeit, der sich mit jedem weiteren Integrationsschritt der Schweiz vergrössert. Weder die starke wirtschaftliche, politische, kulturelle und wissenschaftliche Vernetzung der Schweiz mit der EU noch die über-

---

2A.496/1996 E. 4b; betr. FHA von 1972 BGE 104 IV 175 E. 2c 179 f.; BGE 125 I 293 E. 4d 305 f.; in BGE 131 II 271 E. 10 293 ff. hat das BGer eine Abgabe im Licht des FHA von 1972 überprüft, ohne die unmittelbare Anwendbarkeit zu bejahen; *Matthias Oesch*, Aussenwirtschaftsrecht, Grundlagen, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), FHB Verwaltungsrecht, Zürich 2015, N. 30.31–30.33.

27 BGE 99 Ib 39; BGE 142 II 35, wobei umstritten ist, ob es sich bei der vom BGer formulierten Vorrangregel um ein *obiter dictum* handelt; s. zum Ganzen *Biaggini*, Komm. BV, Art. 5, N. 29–35.

28 S. zur Debatte um die Konstitutionalisierung des Völkerrechts unten IV.

29 S. dazu auch *Ziegler/Odendahl*, St. Galler BV-Komm., Bundesverfassung und Völkerrecht, N. 39; *Biaggini* (Anm. 21), S. 969.

30 Vgl. einzig den Verweis in Art. 196 Ziff. 3 BV, wonach zu den Eisenbahngrossprojekten auch der Anschluss der Ost- und Westschweiz an das *europäische* Eisenbahn-Hochleistungsnetz gehört. – Vereinzelt enthalten Kantonsverfassungen Bezüge zu Europa, s. etwa Art. 54 Abs. 1 KV BE.

ragende Bedeutung der EMRK für den Grundrechtsschutz auch in der Schweiz werden abgebildet. Es finden sich keine spezifischen Aussagen über die Grundsätze, Ziele und Grenzen der schweizerischen Europapolitik. Die Bundesverfassung kommt bewusst »europaneutral« bzw. – in der französischen Fassung – »euro-impartial« daher.[31] Die Öffentlichkeit war nach der Ablehnung des Beitritts zum EWR verunsichert und in Bezug auf die Europafrage – die politische »Gretchenfrage« in diesem Land – gespalten. Der Verfassungsgeber scheute das Risiko, die Konsensfähigkeit des neuen Verfassungstexts durch konkrete Aussagen zum Verhältnis der Schweiz zur EU leichthin aufs Spiel zu setzen, und nahm die »Tabuisierung des Themas Europa« bewusst in Kauf.[32] Während es der Schweiz in der Folge gelang, die Beziehungen zur EU *qua* bilateraler Abkommen auf eine tragfähige Basis zu stellen, wurde die Frage des Verhältnisses der Schweiz zu Europa verfassungsrechtlich ausdrücklich nur noch bei zwei Volksinitiativen aufgeworfen. Sowohl die Volksinitiative »EU-Beitrittsverhandlungen vors Volk!« von 1997, welche den Abbruch sämtlicher bisher eingeleiteter Beitrittsverhandlungen verlangt und die Aufnahme neuer Verhandlungen von der Zustimmung von Volk und Ständen abhängig gemacht hätte, als auch die Volksinitiative »Ja zu Europa!« von 2001, welche den Bund zur Aufnahme von Beitrittsverhandlungen verpflichtet hätte, wurden wuchtig abgelehnt. Die 2014 angenommene Volksinitiative »Gegen Masseneinwanderung« richtete sich – unausgesprochen – zwar klarerweise gegen den bilateralen Weg in seiner jetzigen Form.[33] Der Gesetzgeber achtete im Rahmen der »Umsetzung« der Verfassungsbestimmungen allerdings darauf, das Freizügigkeitsabkommen nicht zu verletzen, und gewichtete den Grundsatz von *pacta sunt servanda* höher – integrationspolitisch klug, verfassungsrechtlich problematisch.[34]

3. Vorschlag für einen Europa-Artikel

15 Rechtsgelehrte haben vorgeschlagen, zumindest die weitreichende Einbindung der Schweiz in Europa verfassungsrechtlich abzubilden und auf diese Weise Verfassungstext und gelebte Praxis in Einklang zu bringen.[35] Der Zweck eines solchen Europa-Artikels oder – systematisch wohl klüger – eines Europa-Absatzes, der Art. 54 BV ergänzt, bestünde darin, über die

31 Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff., 119; Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, 552 ff.

32 *Thomas Cottier*, Die Bundesverfassung im postnationalen Europa: Vorbild oder Hemmschuh?, in: Georg Kreis (Hrsg.), Erprobt und entwicklungsfähig: Zehn Jahre neue Bundesverfassung, Zürich 2009, S. 177 ff., 183; s. auch *Ziegler/Odendahl*, St. Galler BV-Komm., Bundesverfassung und Völkerrecht, N. 39; *Kley/Portmann*, St. Galler BV-Komm., Vorbemerkungen zur Aussenverfassung, N. 44.

33 *Oesch* (Anm. 21), S. 170–174.

34 *Biaggini*, Komm. BV, Art. 121a, N. 5; *Oesch* (Anm. 14), N. 369.

35 S. etwa *Alfred Kölz/Jörg Paul Müller*, Entwurf für eine Bundesverfassung vom 16.5.1984, 3. Aufl., Bern 1995, Art. 113; im Hinblick auf einen EU-Beitritt *Daniel Thürer*, Verfassungsfragen rund um einen möglichen Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union, SZIER 2005, S. 21 ff., 30–33.

Grundsätze, Ziele und Grenzen der schweizerischen Europapolitik Auskunft zu geben.[36] Ein Vorschlag lautet wie folgt:

Art. 54 Auswärtige Angelegenheiten

1 ...

2 ...

2bis Er [der Bund] wirkt am Prozess der europäischen Integration mit. Die Schweiz ist Mitglied des Europarates und strebt eine aktive und enge Zusammenarbeit mit der Europäischen Union an. Sie achtet die gemeineuropäisch anerkannten Werte und setzt sich für ihre Förderung ein; dazu gehören zuvörderst Frieden, Freiheit, Wohlergehen, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Achtung der Menschenrechte.

2ter Er berücksichtigt bei der Aushandlung und Umsetzung völkerrechtlicher Verträge insbesondere die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz, die Bedürfnisse der Wohnbevölkerung und die natürlichen Lebensgrundlagen in der Schweiz. Er erlässt im Rahmen seiner Zuständigkeiten flankierende Massnahmen.

3 ...

Der vorgeschlagenen Abs. 2bis reflektiert eine betont europafreundliche Grundhaltung und schliesst einen Alleingang der Schweiz in Europa aus. Namentlich werden der Europarat und die EU genannt, ohne dass damit eine Gering(er)schätzung weiterer Organisationen und Vertragswerke impliziert wird. Abs. 2bis verzichtet darauf, die Art und Weise der Zusammenarbeit und das Instrumentarium festzulegen. Er überlässt den Entscheid über weitergehende Integrationsschritte den Behörden, wobei zumindest bei einem EU-Beitritt ohnehin Volk und Stände das letzte Wort haben und sich eine Neufassung dieser Bestimmung aufdrängt. Umgekehrt scheint es sinnvoll, im Zug der Einführung eines solchen Europa-Artikels Art. 121*a* und Art. 197 Ziff. 11 BV aufzuheben; diese Bestimmungen zielen im aktuellen europapolitischen Kontext auf den Alleingang der Schweiz und sind mit der aktuellen Integrationspolitik der Schweiz nicht vereinbar. Gute Gründe sprechen dafür, die Sorgen und Ängste, welche zur Annahme der Volksinitiative »Gegen Masseneinwanderung« geführt haben, verfassungsrechtlich weiterhin zu reflektieren. Abs. 2ter verpflichtet den Bund, die mitunter als negativ gewerteten Folgen der europäischen Integration stärker zu bedenken und flankierende Massnahmen zu erlassen. Auch dieser vorgeschlagene Absatz ist programmatischer Natur. Er schafft keine neuen Bundeskompetenzen. 16

Ein solcher Vorschlag mag auf den ersten Blick blutleer und unspektakulär daherkommen. Gleichwohl sollte die rechtspolitische Bedeutung nicht unterschätzt werden.[37] Abs. 2bis nimmt auf die Grundanliegen des Europarates, der EMRK und der EU Bezug, wie sie auch 17

36 S. für diesen Vorschlag *Oesch* (Anm. 21), S. 177–181; ein ähnlicher Vorschlag stammt von *Thomas Cottier*, Ein Europa-Artikel für die Bundesverfassung, 2014, www.sga-aspe.ch; zum Ganzen auch *Ernst-Ulrich Petersmann/Andreas R. Ziegler*, Verfassungsgebung in der Europäischen Union: Lehren für die Nachführung der schweizerischen Bundesverfassung, in: Beat Sitter-Liver (Hrsg.), Herausgeforderte Verfassung, Die Schweiz im globalen Kontext, Freiburg 1999, S. 479 ff.

37 Gemäss *Biaggini* (Anm. 21), S. 978, wären mit einem »Bekenntnis zur Öffnung in Form einer mehr oder weniger expliziten *Öffnungs-* oder auch *Integrationsklau*sel« immerhin »gewisse erzieherische Wirkungen« verbunden; weit wichtiger erschiene ihm aber »die feste Verankerung einer offenen Geisteshaltung in Verfassungsdenken und Verfassungspraxis«.

in der schweizerischen Bundesverfassung zum Ausdruck kommen. Er hält den Bund an, sich für die Förderung dieser Werte einzusetzen. Auch bilden diese Werte Mindeststandards bzw. Schranken, welche bei der Mitwirkung am europäischen Integrationsprozess zu beachten sind. Abs. 2bis unterstreicht die Wichtigkeit enger und stabiler Beziehungen der Schweiz zur EU und nimmt damit ein Anliegen auf, über das in Politik und Gesellschaft ein breiter Konsens besteht.

18 Dieser Vorschlag orientiert sich an der Rechtslage diverser EU-Mitgliedstaaten, deren Verfassungstexte sich spezifisch zum Verhältnis zur EU und zur Übertragung entsprechender Hoheitsrechte äussern.[38] Wenngleich solche Öffnungs- oder Integrationsklauseln für die Schweiz nur beschränkt fruchtbar gemacht werden können, zielen sie im Kern hier wie da doch aufs Gleiche: Sie übernehmen eine wichtige Scharnierfunktion zwischen der nationalstaatlichen und der europäische Ebene. Sie spiegeln die überstaatlichen Bedingtheiten des Staates und die (nurmehr) begrenzte Steuerungs- und Gestaltungsfunktion der Verfassung insbesondere mit Blick auf die fortschreitende Europäisierung. Sie tragen zur Entwicklung eines gesamtheitlichen Systems im Sinne eines europäischen Verfassungsverbunds bei, indem sie nicht nur einseitig kompetenzielle Fragen regeln, sondern der Europäisierung die Richtung vorgeben und Schranken setzen.[39]

III. Spannungen im Verfassungsgefüge

19 Die fortschreitende Globalisierung und Europäisierung des Rechts führt zu Spannungen im schweizerischen Verfassungsgefüge. Es finden Machtverschiebungen statt, die im geschriebenen Verfassungstext keinen Niederschlag finden. Tragende und identitätsstiftende Bausteine der schweizerischen Verfassungsarchitektur wie Föderalismus, Gewaltenteilung und direkte Demokratie werden herausgefordert. Dieser Prozess des Verfassungswandels erfolgt schleichend und wenig transparent; er wird von der Öffentlichkeit kaum wahrgenommen.

1. Föderalismus

20 Der Bund verfügt über eine umfassende Kompetenz, völkerrechtliche Verträge abzuschliessen (Art. 54 BV); dies gilt – unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5*a* und Art. 43*a* BV) – auch für Regelungsbereiche, für die innerstaatlich die Kantone zuständig sind.[40] Diese

38 S. dazu die Übersichten bei *Claus Dieter Classen*, Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union, Baden-Baden 2013, S. 285 ff.; *Franz C. Mayer/Mattias Wendel*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts, in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 1: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Baden-Baden 2014, S. 163 ff.; *Oesch* (Anm. 21), S. 174–177.

39 S. zum europäischen Verfassungsverbund *Ingolf Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2000), S. 148 ff., 163.

40 Vgl. zur Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips Bericht des Bundesrates zu den Auswirkungen verschie-

Kompetenzkonzentration beim Bund führt dazu, dass mit der zunehmenden Verlagerung der Rechtsgewinnung und -durchsetzung auf die internationale Ebene die Autonomie der Kantone faktisch eingeschränkt wird. Das kantonale Polizei- und Justizwesen steht anschaulich für diese Entwicklung. Die Kantone wurden mit dem Beitritt der Schweiz zur EMRK 1974 zu weitreichenden Revisionen bei der Ausgestaltung von Strafverfahren und der Behördenorganisation verpflichtet.[41] Ein weiterer Zentralisierungsschub erfolgte mit dem Schengen-Assoziierungsabkommen von 2004 und der damit verbundenen dynamischen Rechtsübernahme von EU-Recht etwa im Bereich der Polizeizusammenarbeit.[42] Auch das WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen von 1994 und das bilaterale Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens von 1999 sowie das Freizügigkeitsabkommen von 1999 (Diplomanerkennung) regeln Politikbereiche, für welche die Kantone innerstaatlich zuständig sind, welche mittlerweile aber ebenfalls von der Globalisierung und Europäisierung des Rechts erfasst werden. Die Einführung des Bologna-Modells an den kantonalen Hochschulen führte zu einer stillschweigenden Modifikation der föderalistischen Zuständigkeitsordnung im Bildungsbereich.[43]

Die Kantone bleiben im Regelfall zuständig für die innerstaatliche Durchführung von völkerrechtlichen Verträgen (Vollzugsföderalismus).[44] Der Aufwand ist häufig beträchtlich, sodass es sich empfiehlt, interkantonal zusammenzuarbeiten, was zu einer weiteren Vereinheitlichung führt. So erliessen die Kantone zur Umsetzung der völkerrechtlichen Vorgaben zum Beschaffungsrecht die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB); damit wurde auch bezweckt, die bis anhin kaum abgestimmten kantonalen Vergaberegeln partiell zu harmonisieren und die Beschaffungsmärkte interkantonal zu liberalisieren. Bei der Durchführung der Vorgaben zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen nach Massgabe des Freizügigkeitsabkommens wählten diverse Kantone einen noch einfacheren Weg, indem sie in der kantonalen Gesetzgebung schlicht auf das Abkommen verweisen und darauf verzichten, die in Anhang III des Abkommens referen- 21

dener europapolitischer Instrumente auf den Föderalismus in der Schweiz vom 15.6.2007, BBl 2007 5907 ff., 5975 (Föderalismusbericht); *Bernhard Waldmann*, Schranken der Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten aus föderalistischer Sicht, in: Bernhard Waldmann et al. (Hrsg.), Föderalismus 2.0, Denkanstösse und Ausblicke, Bern 2011, S. 153 ff., 181, der fordert, dem Subsidiaritätsgedanken über eine gesetzliche Konkretisierung griffigere Konturen zu verleihen.

41 *Diggelmann*, Internationalisierung der Politik, S. 28.

42 S. *Roland Mayer*, Die Bilateralen Abkommen II und die Kantone, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents, Basel 2006, S. 155 ff., 163, der kurz nach Abschluss der Verhandlungen prognostizierte, dass sich der den Kantonen gemäss der innerstaatlichen Kompetenzaufteilung zustehende Spielraum »drastisch« verringern wird; Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Hans Fehr 10.3857 vom 1.10.2010. Konsequenzen des Schengen-Anpassungszwangs vom 7.6.2013, BBl 2013 6319 ff., 6396–6413.

43 *Thomas Cottier/Rachel Liechti*, Schweizer Spezifika: Direkte Demokratie, Konkordanz, Föderalismus und Neutralität als politische Gestaltungsfaktoren, in: Fritz Breuss et al. (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden 2008, S. 39 ff., 58.

44 *Biaggini*, Komm. BV, Art. 54, N. 15.

zierten EU-Rechtsakte ins kantonale Recht umzusetzen.[45] Auch hier zeigen sich Zentralisierungstendenzen. Problematisch ist, dass dem Bund mangels verfassungsrechtlicher Vorgaben die Handhabe fehlt, systematisch auf eine möglichst einheitliche Vollzugspraxis in den Kantonen hinzuwirken.[46]

22 Der Verfassungsgeber hat auf diese Entwicklungen reagiert und Gebote gegenseitiger Rücksichtnahme und wechselseitiger Zusammenarbeit normiert.[47] Der Bund ist verpflichtet, auf die Zuständigkeiten der Kantone Rücksicht zu nehmen und ihre Interessen zu wahren (Art. 54 BV). Die Kantone beteiligen sich an der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide, die ihre Zuständigkeit oder ihre wesentlichen Interessen betreffen (Art. 55 BV). Das Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (BGMK) konkretisiert die verfassungsrechtlichen Vorgaben. Bedeutsam sind die 2009 zwischen Bund und Kantonen abgeschlossene Vereinbarung betreffend Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen/Dublin-Besitzstands und die 2012 zwischen EDA/EVD und Kantonen (vertreten durch die KdK) abgeschlossene Vereinbarung betreffend den politischen Dialog Bund-Kantone zu Europafragen. Diese Instrumente bezwecken, den Verlust kantonaler Gestaltungsmacht zu kompensieren und die Aussenpolitik des Bundes innenpolitisch abzustützen. Sie ermöglichen dem Bund, spezifisches Wissen der Kantone bei Vollzugsfragen einzuholen.[48] Klar ist aber auch: Die Kantone verfügen über kein formelles Mitentscheidungs- oder gar Vetorecht. Ein solches Recht – so wünschbar es aus föderaler Perspektive sein mag – würde die internationale Handlungsfähigkeit des Bundes gefährden und seine Letztverantwortung in auswärtigen Angelegenheiten in Frage stellen.[49]

23 Die Kantone haben sich ihrerseits organisiert, um sich abzusprechen und – im Idealfall – gegenüber dem Bund mit einer Stimme zu sprechen. Zu diesem Zweck wurden diverse Instrumente entwickelt. Im Zentrum steht die 1993 gestützt auf die Erfahrungen bei den Verhandlungen über die Schaffung des EWR gegründete Konferenz der Kantonsregierungen (KdK). Die KdK tritt als Sprachrohr der Kantone gegenüber dem Bund auf und bestimmt

---

45 S. etwa Art. 20 Abs. 4 der Gastgewerbeverordnung des Kantons Bern vom 13.4.1994 (GGV BE; BSG 935.111).

46 *Thomas Cottier*, The Impact from Without, International Law and the Structure of Federal Government in Switzerland, in: Peter Knoepfel/Wolf Linder (Hrsg.), Verwaltung, Regierung und Verfassung im Wandel, Gedächtnisschrift für Raimund E. Germann, Basel 2000, S. 213 ff., 227; zur Umsetzung von Menschenrechten *Judith Wyttenbach*, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten, Zürich/St. Gallen 2017, S. 405 ff.

47 S. allg. zu Möglichkeiten einer Stärkung der Kantone in den Aussenbeziehungen *Thiemo Sturny*, Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes, Freiburg 1998.

48 S. in Bezug auf die Bilateralen I Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6128 ff., 6145.

49 Vgl. *Pfisterer*, St. Galler BV-Komm., Ergänzende Bemerkungen: Grundlagen des Zusammenwirkens von Bund und Kantonen in den »Beziehungen zum Ausland« und Hinweise auf die Zusammenarbeit mit der EU, N. 19.

eine Vertreterin oder einen Vertreter, wenn die Kantone an internationalen Verhandlungen beteiligt werden. Die kantonalen Regierungen sind bei der Entscheidfindung und Beschlussfassung federführend, während die kantonalen Parlamente keine (direkten) Mitwirkungsrechte besitzen; das führt zu einer problematischen Exekutivlastigkeit. Die naheliegende These, dass sich der Ständerat unter dem Einfluss der Globalisierung und Europäisierung des Rechts wieder stärker als eigentliche Ständevertretung profilieren könnte, hat sich bis heute nicht erhärtet.[50]

24 Der Trend der schleichenden Neutralisierung kantonaler Kompetenzen durch Staatsvertragsrecht wird in naher Zukunft kaum abnehmen. Im Gegenteil: Sofern sich die Schweiz und die EU auf den Abschluss eines institutionellen Abkommens einigen und dabei ein Mechanismus zur dynamischen Übernahme von EU-Recht eingeführt wird, steigt der Druck auf den Bund und die Kantone weiter, die Zusammenarbeit und Koordination gegenüber der EU noch zeitgerechter und effektiver zu organisieren als dies bereits heute der Fall ist. Nachteilig wirkt sich dabei aus, dass die Schweiz formell nicht in den Rechtsetzungsprozess der EU eingebunden ist und in Brüssel und Strassburg nicht mitbestimmen kann (*decision making*), sondern einzig über gewisse Mitsprachemöglichkeiten verfügt (*decision shaping*). Auch die Kantone selbst haben – im Gegensatz zu den »Regionen« von EU-Mitgliedstaaten, die im Ausschuss der Regionen über ein Sprachrohr verfügen (Art. 305 AEUV) – keinen institutionell abgesicherten Zugang zur EU-Bürokratie und sind darauf angewiesen, via Bern oder informell in Brüssel und Strassburg zu lobbyieren. Es wird bei jedem weiteren Entwicklungsschritt in den Beziehungen zur EU zu prüfen sein, ob die bestehenden Instrumente der Mitwirkung genügen, um die föderale Grundordnung nicht weiter zu gefährden.[51] Es geht darum sicherzustellen, dass diejenige Ebene rechtsetzend tätig wird, die sich mit Blick auf das zur Debatte stehende Problem dafür am besten eignet, und dass eine angemessene politische Einflussnahme gewährleistet ist. Sofern es diesbezüglich zu einer Schieflage kommt, drängt sich auch aus föderalen Gesichtspunkten eine Neubeurteilung des bilateralen Wegs auf.

2. Gewaltenteilung

25 Der Grundsatz der Gewaltenteilung bildet ein organisatorisches Grundprinzip des schweizerischen Staatswesens. Die zunehmende Verlagerung der Rechtsgewinnung und -durchsetzung auf die internationale und europäische Ebene führt dazu, dass die Exekutive zu Lasten der Legislative gestärkt und das fein austarierte System von *checks and balances* auf die

50 *Cottier/Liechti* (Anm. 43), S. 58; zum Reformvorschlag eines eigentlichen Umbaus des Ständerats *Diggelmann*, Internationalisierung der Politik, S. 192–194.

51 *Waldmann*, Basler BV-Komm., Art. 55, N. 6; s. für Vorschläge Föderalismusbericht (Anm. 40), 5974–5976; Positionsbezug der Kantonsregierungen vom 24.6.2011, Innerstaatliche Reformen zur Festigung der föderalistischen und demokratischen Staatsorganisation im Rahmen der Europapolitik des Bundes, www.kdk.ch und Link zu Europapolitik.

Probe gestellt wird. Die Judikative gewinnt innerstaatlich zwar an Einfluss, wird in ihrer Entscheidautonomie rechtlich oder faktisch aber zunehmend von der Spruchpraxis internationaler und europäischer Gerichte eingeschränkt.

26 Der Bundesrat und die ihm unterstellte Verwaltung sind bei der Vertretung der Schweiz in internationalen Gremien und bei der Vorbereitung und Durchführung internationaler Verhandlungen federführend.[52] Die Bundesversammlung wird tendenziell marginalisiert, weil ihre Einflussmöglichkeiten beschränkt sind. Dies gilt paradigmatisch bei der Erarbeitung von transgouvernementalen Berichten und Empfehlungen, welche rechtlich nicht verbindlich sind. Hier sind – soweit überhaupt eine Einflussmöglichkeit staatlicher Stellen besteht – die Exekutive und die Verwaltung allein im *Lead*; eine formelle Beteiligung durch die Bundesversammlung findet nicht statt.[53] Der Bundesversammlung obliegt die Aufgabe, völkerrechtliche Verträge zu genehmigen (Art. 166 BV). Dieser Entscheid beschränkt sich allerdings auf ein nachträgliches Kontroll- bzw. Vetorecht. Je nach Materie und Vertragspartner ist es faktisch illusorisch, ein fertig ausgehandeltes Vertragswerk aufzubrechen und inhaltliche Verbesserungen zu verlangen. Verträge sind häufig fein austarierte Kompromisse, welche nur *in toto* mehrheitsfähig sind. Dies gilt insbesondere für umfangreiche *package deals*, bei denen mehrere, sachlich nicht zwingend zusammenhängende Politikfelder betroffen werden. Der Beitritt zur WTO (*single package*) wie auch der Abschluss der sieben bilateralen Abkommen von 1999 (Guillotine-Klausel) sind Beispiele dafür. Zeitweise existiert für den Abschluss eines Vertrags zudem nur ein beschränktes *window of opportunity*. Der EWR dürfte ein Beispiel dafür sein; heute stünde ein Beitritt der Schweiz kaum mehr im Interesse der am EWR beteiligten EWR/EFTA-Staaten.[54] Eine neue Qualität des faktischen Drucks auf die Bundesversammlung, völkerrechtliche Verträge »abzunicken«, zeigt sich schliesslich bei der dynamischen Übernahme von EU-Recht. Heute ist die Schweiz im Rahmen der Schengen/Dublin-Assoziierung verpflichtet, der Übernahme von neuem EU-Recht zeitnah zuzustimmen; andernfalls droht das Dahinfallen der Abkommen. Entsprechend lustlos nickt das Parlament Weiterentwicklungen mitunter ab; es zeichnet für den Inhalt ja auch nicht direkt verantwortlich und kann gegebenenfalls einzig bei der Umset-

52 S. allg. zu den Machtverschiebungen auf die Exekutive *Diggelmann*, Internationalisierung der Politik, S. 9–23; zur »Domestication« der Aussenpolitik und den Konsequenzen für die Stellung nationaler Parlamente *Bernhard Ehrenzeller*, Legislative Gewalt und Aussenpolitik, Basel 1993, S. 165–171; zur Stärkung nationaler Exekutiven aus politikwissenschaftlicher Sicht *Fischer*, Internationalisierung, in: Knoepfel et al., Handbuch Politik, S. 608 f.; zur Rolle der Verwaltung *Silvio Arioli*, Der Unterhändler als Gesetzgeber, in: Mario A. Corti/Peter Ziegler (Hrsg.), Diplomatische Negoziation, Festschrift für Franz A. Blankart zum 60. Geburtstag, Bern 1997, S. 239 ff.

53 S. *Anna Petrig*, Sind die parlamentarische Genehmigung und das Referendum im Aussenbereich auf völkerrechtliche Verträge beschränkt? Eine Untersuchung anhand von Kompetenztransfers an Völkerrechtsakteure, ZaöRV 2018, S. 93 ff., mit Vorschlägen, die Völkervertragszentriertheit der verfassungsrechtlichen Bestimmungen zur demokratischen Mitwirkung *de lege ferenda* zu überwinden.

54 *Thomas Cottier*, Regierungsreform und stiller Verfassungswandel im Kontext der Internationalisierung des Rechts, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), Demokratie: Regierungsreform, Verfassungsfortbildung, Basel 2009, S. 81 ff., 86.

zungsgesetzgebung Akzente setzen.[55] Mit Blick auf die fortlaufend höher werdenden Opportunitätskosten stellt eine Ablehnung einer Weiterentwicklung faktisch keine valable Handlungsoption dar; das ist demokratietheoretisch problematisch.[56]

27 Die Bundesversammlung ist sich seit den 1990er-Jahren bewusst, dass das traditionelle gewaltenteilige Instrumentarium der zunehmenden Globalisierung und Europäisierung des Rechts nicht gerecht wird und eine engere Begleitung des Bundesrates und der Verwaltung in den Aussenbeziehungen unabdingbar ist. Seit der BV-Reform von 1999 wird die Beteiligung der Bundesversammlung an der Gestaltung der Aussenpolitik verfassungsrechtlich normiert (Art. 166 BV); demgegenüber wurde ein Antrag der Staatspolitischen Kommissionen der Räte abgelehnt, der Bundesversammlung das Recht einzuräumen, »die grundlegenden Ziele der Aussenpolitik« mittels Bundesbeschluss festzulegen.[57] Auf Gesetzesstufe wurden 1992 Konsultations- und Informationspflichten eingeführt, welche in ihrem grundlegenden Gehalt bis heute gelten (Art. 47bisa aGVG, Art. 152 ParlG).[58] Damit wird sichergestellt, dass zwischen Bundesrat/Verwaltung und Mitgliedern der Bundesversammlung ein reger – wenngleich vertraulicher, die Öffentlichkeit ausschliessender – Meinungsaustausch stattfindet und die Bundesversammlung vor und während internationalen Verhandlungen zumindest indirekt Einfluss nehmen kann. Letztlich lassen sich die Herausforderungen, welche die Globalisierung und Europäisierung des Rechts an die demokratische Repräsentation und Kontrolle der auf dem internationalen Parkett handelnden Akteure stellt, allein durch Anpassungen der Zuständigkeiten auf nationaler Ebene und einer stärkeren Sensibilisierung der Bundesversammlung für aussenpolitische Belange allerdings nur beschränkt meistern.[59] Nationale Verfassungen stossen hier naturgemäss an Grenzen. Aus einer grundsätzlichen Perspektive geht es vielmehr darum, transnational repräsentative Entscheidungsstrukturen zu schaffen, welche die demokratische Legitimation der Rechtsgestaltung auf

55 *Matthias Oesch*, Die bilateralen Abkommen Schweiz-EU und die Übernahme von EU-Recht, AJP 2017, S. 638 ff., 646.

56 *Lorenz Langer*, Staatsvertragsreferendum und Bilaterale Verträge, in: Andreas Glaser/Lorenz Langer (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Erfahrungen und Perspektiven in Österreich und der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015, S. 21 ff., 48; *René Rhinow*, Stellt die Internationalisierung die Demokratie in Frage?, in: Die Öffnung des Verfassungsrechts: Symposium zum 65. Geburtstag von Prof. Jörg Paul Müller, recht 2005, Sonderheft, S. 72 ff., 75, der von »einer eigentlichen Demokratiefalle« spricht.

57 *Biaggini*, Komm. BV, Art. 166, N. 2.

58 S. zur Entwicklung der Aussenpolitik »zur gesamten Hand« *Denise Brühl-Moser*, Die schweizerische Staatsleitung, im Spannungsfeld von nationaler Konsensfindung, Europäisierung und Internationalisierung, Bern 2007, S. 851–918; *Valentin Zellweger*, Die demokratische Legitimation staatsvertraglichen Rechts, in: Thomas Cottier et al., Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern 2001, S. 251 ff., 258–281; zu weiteren Vorschlägen für eine Stärkung des Parlaments im Aussenbereich *Diggelmann*, Internationalisierung der Politik, S. 178–181.

59 S. für Möglichkeiten und Grenzen der Partizipation *Cottier/Germann*, Die Partizipation bei der Aushandlung neuer völkerrechtlicher Bindungen: verfassungsrechtliche Grundlagen und Perspektiven, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 5, N. 32–47.

dem internationalen Parkett zu sichern vermögen. Die EU hat diesbezüglich eine eindrückliche Entwicklung hin zur repräsentativen Demokratie durchlaufen: Die Bürgerinnen und Bürger werden im Europäischen Parlament vertreten, die Mitgliedstaaten durch ihre Vertretung im Europäischen Rat und im Rat (Art. 10 EUV).[60] Reflexartig fällt die unbefriedigende Situation der Schweiz ins Licht, welche sich – vertreten durch die Verwaltung – allein im Rahmen weitgehend informell ausgestalteter Mitwirkungsrechte an der Ausarbeitung neuer abkommensrelevanter Verordnungen und Richtlinien der EU beteiligen kann (*decision shaping*); die Bundesversammlung wird in diesen Konstellationen in doppelter Hinsicht marginalisiert.

28 Das Bundesgericht spielte in den Aussenbeziehungen lange Zeit eine untergeordnete Rolle. Mit der fortschreitenden Globalisierung und Europäisierung des Rechts hat sich indessen auch die Rolle der Judikative verändert. Ihr kommt wesentlich die Aufgabe zu, das Völkerrecht in das schweizerische Recht einzubetten und die Rollen der staatlichen Organe bei seiner Operationalisierung abzustecken.[61] Bei der Auslegung völkerrechtlicher Normen, welche das Bundesgericht als unmittelbar anwendbar qualifiziert, beansprucht es in der Rechtsanwendung zumindest innerstaatlich das letzte Wort. Im Geltungsbereich der EMRK übernimmt das Bundesgericht gegenüber Bundesgesetzen verfassungsgerichtliche Funktionen, womit auch hier eine Machtverschiebung zulasten der Bundesversammlung einhergeht. Gleichzeitig wird der Spielraum des Bundesgerichts durch die Spruchpraxis internationaler Gerichte und Streitbeilegungsorgane eingeschränkt. Der EGMR definiert gemeineuropäische Minimalstandards für den Grundrechtsschutz. WTO-Panels und der Appellate Body stecken den Spielraum ab, der den WTO-Mitgliedern zur Politikgestaltung in wirtschaftspolitischen (und damit verwandten) Belangen verbleibt. Im Geltungsbereich der bilateralen Abkommen kommt der Spruchpraxis des EuGH auch in der Schweiz faktisch Präjudizcharakter zu; das Bundesgericht weicht davon nur ab, wenn sich eine autonome Auslegung »aus triftigen Gründen« als die sachlich stimmigere erweist (was bis heute soweit ersichtlich noch nie vorgekommen ist).[62] Das geplante institutionelle Abkommen mit der EU sieht vor, dass ein Schiedsgericht das letzte Wort über die Auslegung der betroffenen Abkommen haben würde, wobei dieses Schiedsgericht Fragen über die Auslegung von Begriffen des EU-Rechts dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen müsste. Dessen ungeachtet agiert der EuGH mitunter bereits heute quasi als gesamteuropäischer Supreme Court und entscheidet faktisch auch über die Rechtslage in der Schweiz unabhängig davon, ob die Schweiz dem EuGH eine solche Rolle zugestehen mag oder nicht; dies ist etwa der Fall, wenn Google europaweit seine Geschäftspraktiken anpasst, nachdem das Unternehmen vom EuGH verpflichtet wurde, das Recht auf Vergessenwerden zu beachten.[63]

---

60 S. zur demokratischen Legitimation des EU-Rechts *Oesch* (Anm. 15), N. 512–518, m.w.H.

61 S. oben N. 12.

62 BGE 136 II 5, E. 3.4; *Oesch* (Anm. 15), N. 923–926, in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen.

63 *Matthias Oesch/Tobias Naef*, EU-Grundrechte, der EuGH und die Schweiz, ZSR 2017, S. 117 ff., 141–142.

3. Volksrechte

Die direkt-demokratische Mitsprache, d.h. das Recht, Initiativen und Referenden zu initi- 29
ieren und zu unterzeichnen und darüber abzustimmen, zählt zu den tragenden Strukturelementen der schweizerischen Verfassungsordnung. Sie spielt auch in den Aussenbeziehungen eine bedeutsame Rolle. Volk und Stände können mittels einer Volksinitiative aussenpolitische Entwicklungen anstossen.[64] Der Beitritt der Schweiz zur UNO 2002 wurde auf diese Weise in die Wege geleitet (heute Art. 197 Ziff. 1 BV). Zwei in ihrer Stossrichtung gegensätzliche Volksinitiativen zum Abbruch bzw. zur Aufnahme von Beitrittsverhandlungen mit der EU wurden 1997 und 2001 verworfen. Das Staatsvertragsreferendum – 1921 eingeführt, 1977 und 2003 weiter ausgebaut – erlaubt dem Volk, einem völkerrechtlichen Vertrag die Zustimmung zu versagen und damit korrigierend in die Gestaltung der Aussenbeziehungen einzugreifen (Art. 140 und Art. 141 BV).[65] Auf diese Weise geniesst das aussenpolitische Handeln der Schweiz innerstaatlich hohe demokratische Legitimation. Dies gilt illustrativ für den europapolitischen Kurs der Schweiz, der an der Urne mehrmals bestätigt wurde (1972: FHA; 2000: Bilaterale I; 2005: Schengen/Dublin; 2005: Erweiterung FZA; 2006: Kohäsionsmilliarde; 2009: Weiterführung und Erweiterung FZA; 2009: Weiterentwicklung Schengen), bevor Volk und Stände den bilateralen Weg in seiner jetzigen Form mit der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative (2014; Art. 121*a* und Art. 197 Ziff. 11 BV) in Frage gestellt haben. Die Tatsache, dass das aussenpolitische Handeln unter dem Vorbehalt der Zustimmung durch Volk (und Stände) steht, wirkt sich naturgemäss auch auf die Verhandlungsführung aus.[66] So beruhte das Beharren der EU, die Bilateralen I durch eine Guillotine-Klausel zu verbinden, auf der berechtigten Befürchtung, dass andernfalls allein das Freizügigkeitsabkommen eine Referendumsabstimmung hätte überstehen müssen.

Die fortlaufende Globalisierung und Europäisierung des Rechts fordert die Volksrechte 30
heraus. Ihre Substanz wird eingeschränkt, weil sich die Rahmenbedingungen für ihre Ausübung verändert haben. Beim Referendum steht das Volk mitunter unter dem gleichen Druck, einen Vertrag »durchzuwinken«, wie es die Bundesversammlung tut, weil die Op-

64 S. zur Volksinitiative als Instrument aussenpolitischer Steuerung *Roger Nobs*, Volksinitiative und Völkerrecht, Zürich/St. Gallen 2006, S. 123–182.

65 S. zur Entwicklung des Staatsvertragsreferendums *Langer* (Anm. 56), S. 28–39.

66 S. zur Vorwirkung des Staatsvertragsreferendums *Brühl-Moser* (Anm. 58), S. 897.

portunitätskosten einer Ablehnung – tatsächlich oder scheinbar – schlicht zu hoch sind.[67] Formell bleibt das Staatsvertragsreferendum und damit das Recht des Volkes, auch in aussenpolitischen Belangen das letzte Wort zu haben, bestehen; praktisch existiert eine tatsächliche Wahlfreiheit zeitweise 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 lapidar fest: »Von der Zustimmung zu den beiden Vorlagen hängt für die Schweiz letztlich die Weiterführung des bilateralen Wegs ab.«[68] Im Vorfeld der Abstimmung von 2009 über die Einführung biometrischer Pässe, welche eine Weiterentwicklung des Schengen-*Acquis* darstellte, führte der Bundesrat apodiktisch aus: »Die Einführung von E-Pässen schafft [...] die Voraussetzung dafür, dass [...] die Schweiz nicht wieder aus dem Schengen-Raum ausgeschlossen wird.«[69] Der Bürgerin und dem Bürger bleibt in solchen Konstellationen »oft nur die auf Dauer frustrierende Wahl zwischen Akklamation und destruktiver Opposition«.[70] Diese Tendenz wird sich mit der im Rahmen des geplanten institutionellen Abkommens mit der EU vorgesehenen dynamischen Rechtsübernahme noch verstärken. Des Weiteren wird bei aussenpolitischen Vorlagen das der direkten Demokratie zugrundeliegende Prinzip der Einheit der Materie (Art. 34 BV) zeitweise arg strapaziert; dies gilt paradigmatisch für Vertragswerke, mit denen verschiedene Materien in einem Gesamtpaket zusammengefasst werden (*package deals*).[71] Diesfalls ist eine Debatte über konkrete Sachfragen nur unter erschwerten Bedingungen möglich. Sofern in solchen Konstellationen überhaupt das Referendum ergriffen wird – was durchaus kein Selbstläufer ist, wie das Beispiel des Beitritts zur WTO zeigte, wo es einem privaten Komitee nicht gelang, 50 000 Unterschriften zu sammeln –, geht es an der Urne nurmehr darum, eine wegweisende aussenpolitische Weichenstellung abzusegnen oder die *Reset*-Taste zu drücken und die Behörden zu verpflichten, den aussenpolitischen Kompass neu zu justieren.[72]

---

67 S. oben N. 26, inkl. der Beobachtung, dass das Genehmigungsrecht der Bundesversammlung und damit auch das Staatsvertragsreferendum durch den vermehrten Rückgriff auf nicht verbindliche intergouvernementale Instrumente grundsätzlich an Bedeutung verliert; *Petrig* (Anm. 53), *passim*.

68 Botschaft zur Weiterführung des Freizügigkeitsabkommens sowie zu dessen Ausdehnung auf Bulgarien und Rumänien, BBl 2008 2135 ff., 2136.

69 Volksabstimmung vom 17.05.2009, Erläuterungen des Bundesrates (»Bundesbüchlein«), S. 15.

70 *Diggelmann*, Internationalisierung der Politik, S. 117; s. auch *Thomas Cottier/Daniel Wüger*, Auswirkungen der Globalisierung auf das Verfassungsrecht: Eine Diskussionsgrundlage, in: Beat Sitter-Liver (Hrsg.), Herausgeforderte Verfassung: Die Schweiz im globalen Kontext, Freiburg 1999, S. 241 ff., 268–269, wonach das Referendum zum »Widerstandsrecht« wird und vor allem dort greift, wo Vertragsverhandlungen versagt haben.

71 *Diggelmann*, Internationalisierung der Politik, S. 46–49; *Thürer/Diggelmann*, St. Galler BV-Komm., Art. 141, N. 23; *Biaggini*, Komm. BV, Art. 141, N. 19; s. für Beispiele solcher *package deals* oben N. 26.

72 S. *Diggelmann*, Internationalisierung der Politik, S. 49–52, wonach ein negatives Votum in solchen »Grossreferenden« einem Misstrauensvotum gegen die Regierungspolitik im Grundsätzlichen gleichkommen und damit die personelle Legitimation der Behörden in Frage stellen mag.

Die Spannungen, welche mit der Globalisierung und Europäisierung des Rechts einhergehen, zeigen sich auch beim Initiativrecht auf Teilrevision der BV. In den letzten fünfzehn Jahren nahmen Volk und Stände diverse Initiativen an, welche mit dem übergeordneten Recht nicht vereinbar waren. Beispielhaft dafür stehen die Verwahrungsinitiative (2004, Art. 123*a* BV), das Minarettverbot (2009, Art. 72 Abs. 3 BV), die Ausschaffungsinitiative (2010, Art. 121 Abs. 3–6 BV) und die Masseneinwanderungsinitiative (2014, Art. 121*a* und Art. 197 Ziff. 11 BV). Da allein das zwingende Völkerrecht eine materielle Schranke der Verfassungsrevision bildet (Art. 139 BV), besteht für die Behörden keine Handhabe, solche Initiativen für ungültig zu erklären. Umso schwerer tun sich die Behörden sodann mit der Umsetzung und Anwendung von völkerrechtswidrigen Verfassungsbestimmungen.[73] Die in solchen Fällen allzu schnell erhobene Forderung, den betroffenen völkerrechtlichen Vertrag kurzum zu kündigen, greift offenkundig zu kurz. Die Bundesbehörden streben in der Regel zu Recht eine völkerrechtskonforme Operationalisierung an; dies gilt insbesondere für den Fall, dass die EMRK oder das bilaterale Vertragswerk mit der EU betroffen ist.[74] Vor diesem Hintergrund verliert das Initiativrecht an Wirkung. In völkerrechtlich überdachten Bereichen reduziert sich sein Gebrauchswert faktisch darauf, ein Zeichen zu setzen und den Bund zu verpflichten, in den völkerrechtlich gesetzten Grenzen tätig zu werden. Das Initiativrecht kommt nurmehr dort uneingeschränkt zur Geltung, wo keine völkerrechtlichen Vorgaben bestehen, sowie als Instrument dafür, im Grundsätzlichen über die Teilnahme oder Absenz der Schweiz in internationalen Regelwerken zu befinden. In diesem Sinn ist die 2017 von der AUNS und SVP lancierte Initiative »Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)« konsequent; sie fordert die Kündigung bestehender Verträge, welche ausländischen Staatsangehörigen eine Personenfreizügigkeit gewähren.[75] 31

Der Bedeutungsverlust der Volksrechte löst mit Blick auf das in der Schweiz gängige Demokratieverständnis Unbehagen aus. Patentlösungen, dem zunehmenden Demokratiedefizit entgegenzuwirken, gibt es nicht.[76] Dies gilt insbesondere für das Referendumsrecht. Das naheliegende Rezept, nämlich die Einschränkung des Referendumsrechts in Konstellationen, in denen heikle aussenpolitische Weichenstellungen zur Debatte stehen – etwa durch die Ausnahme von Beschlüssen zur Übernahme von EU-Recht in ein bilaterales Abkommen vom Referendum – scheint kaum ratsam. Die Bürgerinnen und Bürger würden entmündigt; 32

73 S. dazu etwa *Robert Baumann*, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 2010, S. 241 ff.; *Johannes Reich*, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt, ZaöRV 2008, S. 979 ff.

74 Botschaft zur Volksinitiative »Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)«, BBl 2017 5355 ff., 5372–5374.

75 Demgegenüber hätte auch die am 25. November 2018 abgelehnte Initiative »Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)« im Vergleich zur heutigen Situation keinen Mehrwert gebracht; s. dazu *Andreas Auer* et al., Stellungnahme zur Volksinitiative »Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)«, Jusletter vom 20.2.2017.

76 S. zum Demokratieprinzip und zu globalisierungs- und europäisierungsbedingten Demokratieverlusten in der Schweiz *Diggelmann*, Internationalisierung der Politik, S. 67–121.

sie würden gleichsam vor der eigenen Unverfrorenheit, eine Übernahme abzulehnen, geschützt, was in breiten Kreisen kaum goutiert würde.[77] Mit Blick auf das Initiativrecht wäre es zwar denkbar, die Ungültigkeitsgründe zu erweitern und etwa Initiativtexte, welche gegen fundamentale Normen des Völkerrechts verstossen, Volk und Ständen nicht vorzulegen.[78] Gleichzeitig wäre eine derart grundlegende Änderung des etablierten Systems der direkten Demokratie mit diversen Fragezeichen behaftet (Praktikabilität, Akzeptanz, Auswirkungen auf das politische System insgesamt). Letztlich bleibt auf absehbare Zeit nichts anderes übrig, als sich mit dem *Status quo* abzufinden. Urnengänge, bei denen völkerrechtliche Zwänge eine vorbestimmte Stimmabgabe nahelegen, sind die unvermeidliche Folge davon, dass die Schweiz in erheblichem Masse in globale und europäische Organisationen und Regelwerke eingebunden ist. Das demokratische Unbehagen, welches sich bei solchen Urnengängen einstellen mag, gehört zum Preis, den die Schweiz dafür bezahlt, von den Segnungen der Globalisierung und Europäisierung zu profitieren. Das System muss in der Lage sein, diese Spannungen auszuhalten.

IV. Schluss: Gesamtheitliches Verfassungsverständnis

33 Die Bundesverfassung wirkt als Scharnier zwischen der nationalen und internationalen Ebene. *Idealiter* stellt sie das Instrumentarium bereit, die verschiedenen Ebenen der Rechtsgewinnung und -durchsetzung aufeinander abzustimmen, regelt die Verfahren und Zuständigkeiten in den auswärtigen Beziehungen und bildet – was *de lege lata* fehlt – die Einbettung der Schweiz in die internationale Gemeinschaft zumindest in den Grundzügen ab. Diese Brückenfunktion – seit jeher eine zentrale Funktion nationalstaatlicher Verfassungen – hat mit der fortlaufenden Verlagerung der Rechtsgestaltung auf die globale und europäische Ebene an Bedeutung wie auch Komplexität gewonnen. Heute wird die Verfassung in vielfältiger Weise durch völker- und europarechtliche Instrumente und weitere transnationale Netzwerke überlagert und in ihrem Allzuständigkeits- und Letztentscheidungsanspruch konkurrenziert. Sie büsst ihre traditionell unangefochtene Monopolstellung in Sachen »rechtliche Grundordnung« zunehmend ein.[79]

---

77 Ähnlich *Oliver Diggelmann*, Das Phänomen der »Scherbenhaufen«-Referenden, Jusletter vom 13.10.2008, N. 13, zur Einschränkung der Volksrechte in aussenpolitischen »Scherbenhaufen«-Konstellationen im Allg.; spezifisch mit Blick auf die Übernahme von EU-Recht *Oesch* (Anm. 55), S. 652.

78 S. für eine Übersicht über mögliche Ungültigkeitsgründe Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Anm. 1), 2328–2337; Zusatzbericht vom 30.3.2011, BBl 2011 3613 ff., 3632–3653; *Epiney/Diezig*, Basler BV-Komm., Art. 139, N. 48–50; *Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer*, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl 2008, S. 121 ff., 149; *Regina Kiener/Melanie Krüsi*, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 2009, S. 237 ff., 252.

79 *Biaggini* (Anm. 21), S. 977.

Dieser Prozess ist einer breiteren Öffentlichkeit wenig bewusst. Es besteht die Gefahr, dass 34
weiterhin altbewährt hohe – allzu hohe! – Erwartungen an die Bundesverfassung und ihre Steuerungs- und Gestaltungskraft gestellt werden, denen sie in Zeiten der Globalisierung und Europäisierung nicht mehr gewachsen ist. Dies gilt paradigmatisch in Bezug auf das Postulat, die Geltung identitätsstiftender Strukturelemente des schweizerischen Staatswesens wie Föderalismus, Gewaltenteilung und direkte Demokratie weiterhin *tout court* und in tradierter Weise einzufordern. Das scheint nicht realistisch. Die Bundesverfassung vermag die globalisierungs- und europäisierungsbedingten Interdependenzen und Abhängigkeiten wie auch die Spannungen im Verfassungsgefüge, welche damit einhergehen, nicht allein abzufedern und aufzufangen.[80] Letztlich gehören der globalisierungs- und europäisierungsbedingte Autonomie- und der damit einhergehende Bedeutungsverlust der Verfassung zum Preis, den die Schweiz dafür bezahlt, hochgradig in transnationale Wertschöpfungsketten und Netzwerke eingebunden zu sein und entsprechend von den Vorteilen der Globalisierung und Europäisierung zu profitieren.[81]

Ein zeitgemässes Verfassungsverständnis nimmt die verschiedenen Ebenen der Rechtsge- 35
winnung und -durchsetzung gesamtheitlich in den Blick.[82] Die nationale Verfassung bleibt zwar weiterhin die zentrale Grundlage des Gemeinwesens und damit auch Ausgangspunkt und Richtschnur für die – letztlich selbstgewählte – Einbindung in die internationale Gemeinschaft. Sie regelt instrumentell die Verfahren und Zuständigkeiten für die Gestaltung der auswärtigen Beziehungen. Darüber hinaus gibt sie isoliert betrachtet aber nur einen beschränkten Ausschnitt der gelebten (Verfassungs-)Praxis wider. Sie bildet einen integralen Bestandteil einer auch auf europäischer und globaler Ebene entstehenden Verfassungsstruktur. Überstaatlich fundierte Normen mit Verfassungscharakter – zum Schutz kollektiver Sicherheit, zum Schutz gegen Staatsversagen im Grundrechtsbereich, zum Vorrang des Rechts und zu grundlegenden Gehalten des Demokratieprinzips, zur materialen Festlegung

---

80 *Diggelmann*, Internationalisierung der Politik, S. 159–205; ferner *Cottier/Germann*, Die Partizipation bei der Aushandlung neuer völkerrechtlicher Bindungen: verfassungsrechtliche Grundlagen und Perspektiven, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 5, N. 45.

81 S. dazu auch *Johannes Reich*, Switzerland, in: Richard Albert et al. (Hrsg.), 2018 Global Review of Constitutional Law, Boston 2019, S. 298 ff., 302, welcher die aktuellen verfassungsrechtlichen Herausforderungen in der Schweiz im Licht des von Dani Rodrik beschriebenen »Globalisierungsparadoxes« – wonach Demokratie, nationale Selbstbestimmung und wirtschaftliche Globalisierung nicht gleichzeitig verfolgt werden können (*Dani Rodrik*, The Globalization Paradox, New York 2011) – bespricht.

82 *Cottier/Wüger* (Anm. 70), S. 271; s. zum Ganzen *Biaggini* (Anm. 21), S. 976–977 (»Gesamtkonstitution«); *Cottier/Germann*, Die Partizipation bei der Aushandlung neuer völkerrechtlicher Bindungen: verfassungsrechtliche Grundlagen und Perspektiven, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 5, N. 9–13 (»fünfstöckiges Verfassungshaus«); *Thomas Cottier/Maya Hertig Randall*, The Prospects of 21st Century Constitutionalism, in: Armin von Bogdandy/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Yearbook of United Nations Law 2003, S. 299 ff. (»five storey house«); *Franz C. Mayer*, Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?, VVDStRL 75 (2015), S. 7 ff. (»kooperativer Verfassungspluralismus« in Bezug auf die EU und ihre Mitgliedstaaten); Anthony F. Lang, Jr./Antje Wiener (Hrsg.), Handbook on Global Constitutionalism, Cheltenham 2017.

staatlichen Handelns (etwa in Bezug auf die Rahmenbedingungen für die internationale Wirtschaft) oder zur Beteiligung der Schweiz an ausgewählten Politiken der EU – ergänzen das innerstaatliche Verfassungsrecht. In einer dergestalt pluralistischen Ordnung ist *das* einschlägige Verfassungsrecht nurmehr in einer Gesamtschau aller Ebenen erfassbar.[83]

36 Praxis und Lehre sind herausgefordert, ausgehend von einem gesamtheitlichen Verfassungsverständnis bestehende Ansätze zu verfeinern und neue Modelle zu entwickeln, um den geänderten Rahmenbedingungen in Zeiten der Globalisierung und Europäisierung Rechnung zu tragen. Die beiden folgenden Anliegen stehen im Vordergrund. Erstens geht es darum, die verschiedenen Ebenen der Rechtsgewinnung und –durchsetzung optimal aufeinander abzustimmen. Dazu gehört die weitere Ausdifferenzierung der Regeln zur Geltung, zum Rang und zur unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen im innerstaatlichen Recht und zum Vorgehen bei Kollisionen.[84] Dazu gehört die Entwicklung von Regeln für die Kompetenzzuteilung nach Massgabe der sachlichen und funktionalen Eignung und der Subsidiarität.[85] Zweitens bedarf es einer Stärkung der demokratischen Legitimation des Staatsvertragsrechts durch entsprechende Vorkehren auf der internationalen Ebene. In der EU ist es gelungen, ein – auf die regionale Ebene adaptiertes – System der repräsentativen Demokratie zu entwickeln und das innerstaatliche Verfassungsrecht damit zu entlasten.[86] Auf globaler Ebene stecken entsprechende Bestrebungen noch in den Anfängen; hier dürften die Aussichten, dass in absehbarer Zukunft transnationale repräsentative Entscheidstrukturen entstehen, geringer sein. Realistischerweise dürfte es vor allem darum gehen, die Rechtsetzung auf dem internationalen Parkett transparenter zu gestalten, interessierte Kreise der Zivilgesellschaft weiter einzubinden und allenfalls eine (in)direkte Beteiligung nationaler Parlamentarierinnen und Parlamentarier ins Auge zu fassen.

---

83 S. zur »überstaatlichen Bedingtheit« der nationalen Verfassung im EU-rechtlichen Kontext *Mayer* (Anm. 82), S. 58.

84 S. dazu etwa *Matthias Mahlmann*, Conditioned Hierarchies of Law in Europe: Content, Legitimacy and Default Lines, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Zürich/Bern 2013, S. 395 ff.; *Heiko Sauer*, Jurisdiktionenkonflikte in Mehrebenensystemen, Berlin 2008.

85 S. zu verschiedenen Subsidiaritätsverständnissen und den daraus folgenden Implikationen für die Kompetenzzuteilung *Andreas Follesdal*, The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law, Global Constitutionalism 2013, S. 37 ff., 41 ff.

86 S. zur repräsentativen Demokratie in der EU oben N. 27.