

# «Europarecht» und die Bundesverfassung: Rezeptionsmechanismen und «Integrationsstrahlen»

*Astrid Epiney*

August 2025

Cahiers fribourgeois de droit européen no 40  
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 40



**«Europarecht» und  
die Bundesverfassung:  
Rezeptionsmechanismen und  
«Integrationsstrahlen»**

*Prof. Dr. Astrid Epiney, LL.M.*

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeures Samantha Besson, Astrid Epiney et Sarah Progin-Theuerkauf, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des «papers» de discussion de doctorants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von den Professorinnen Samantha Besson, Astrid Epiney und Sarah Progin-Theuerkauf hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktorierenden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

**Editeur / Herausgeber**

Institut de droit européen / Institut für Europarecht  
Avenue de Beauregard 11  
CH-1700 Fribourg

[euroinstitut@unifr.ch](mailto:euroinstitut@unifr.ch)

[www.unifr.ch/ius/euroinstitut](http://www.unifr.ch/ius/euroinstitut)

August 2025

Copyright chez l'auteur / bei der Autorin

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

# Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1</b>	<b>Einleitung</b> .....	<b>1</b>
<b>§ 2</b>	<b>Ausgewählte Charakteristika der schweizerischen Verfassungsordnung</b> .....	<b>2</b>
I.	Die direktdemokratischen Rechte in der BV – eine Skizze .....	2
1.	Zur Volksinitiative auf Teilrevision der BV (Art. 139 BV).....	3
2.	Obligatorisches und fakultatives Referendum (Art. 140, 141 BV).....	6
a.	Obligatorisches Referendum .....	7
b.	Fakultatives Referendum.....	12
II.	Zur fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen.....	12
III.	Zwischenfazit .....	14
<b>§ 3</b>	<b>Zur Rezeption des EU-Rechts in der Schweiz</b> .....	<b>16</b>
I.	Innerstaatliche Geltung und Rang des Völker(vertrags)rechts – Grundsätze.....	16
1.	Zur monistischen Konzeption.....	16
2.	Zum «Rang» des Völkerrechts in der innerstaatlichen Rechtsordnung .....	17
a.	Bundesgesetze und Völker(vertrags)recht.....	19
b.	Völker(vertrags)recht und Verfassungsrecht.....	20
II.	Rezeption des EU-Rechts – <i>status quo</i> und Perspektiven.....	22
1.	Zu den Bilateralen Abkommen.....	22
a.	<i>Status quo</i> .....	22
b.	Zu den «Bilateralen III» .....	31
aa.	Allgemeines .....	31
bb.	Insbesondere: zur dynamischen Rechtsübernahme am Beispiel des FZA35	
cc.	Insbesondere: zur Streitbeilegung am Beispiel des FZA .....	45
2.	«Harmonisierung über völkerrechtliche Abkommen».....	52
3.	«Autonomer Nachvollzug».....	53
III.	Exkurs: EU-Beitritt der Schweiz – Verfahren und Implikationen – eine Skizze .....	55
<b>§ 4</b>	<b>Fazit</b> .....	<b>60</b>
	<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>62</b>
	<b>Materialienverzeichnis</b> .....	<b>69</b>
	<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>70</b>



## § 1 Einleitung

1. Die «**Integration**» **völkerrechtlicher Vorgaben** im Allgemeinen und des «**Europarechts**»<sup>1</sup> im Besonderen in die **schweizerische Verfassungsordnung** ist ein immer wieder diskutiertes Thema, wobei die Diskussionen mitunter auch sehr emotional verlaufen, dies insbesondere im Zuge der Lancierung von Volksinitiativen, der Implikationen gewisser Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie im Zusammenhang mit den Beziehungen des Nicht-EU-Mitgliedstaats Schweiz zur Europäischen Union. Dabei zeichnet sich die schweizerische Verfassungsordnung grundsätzlich durch eine beachtliche **Offenheit gegenüber der Rezeption und dem Status des Völkerrechts** aus, wobei die «Verzahnung» und das Verhältnis zu den direktdemokratischen Rechten sowie die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf Bundesgesetze zu einer Reihe von **internationalen Vergleich spezifischen Fragestellungen** führen.

2. Ziel des vorliegenden Beitrages ist es, die **bestehenden Mechanismen der Rezeption des EU-Rechts** in der Schweiz aufzuzeigen (§ 3), dies auf der Grundlage eines kurzen Blicks auf die in diesem Zusammenhang **besonderen Charakteristika der schweizerischen Verfassungsordnung** (§ 2). Der Beitrag endet mit einem abschliessenden **Fazit** (§ 4).

Bei der vorliegenden Untersuchung handelt es sich um die schriftliche und erheblich erweiterte sowie aktualisierte Fassung eines Vortrags, den die Verfasserin im Mai 2025 im Rahmen einer internationalen Tagung zum Oberthema «Europarechtsfreundliche Verfassung» an der Universität Zürich gehalten hat. Eine (stark) gekürzte Version erscheint in einem Zusatzheft der Zeitschrift *Europarecht* im Jahr 2026. Gewisse Teile dieses Beitrags beruhen auf von der Verfasserin bereits früher durchgeführten Untersuchungen, die teilweise aufgegriffen werden. Weiter wurden die Abschnitte über gewisse Grundlagen des schweizerischen Verfassungsrechts – welche auch vor dem Hintergrund des internationalen Charakters der Tagung zu sehen sind – beibehalten.

Den Organisatoren der erwähnten Zürcher Tagung, Prof. *Andreas Th. Müller*, Universität Basel, und Prof. *Werner Schroeder*, Universität Innsbruck, sei an dieser Stelle herzlich für die Einladung und die Organisation der Tagung gedankt.

---

<sup>1</sup> Unter «Europarecht» wird sowohl das EU-Recht als auch das sonstige «völkerrechtliche Europarecht» (z.B. die EMRK) verstanden. Der Akzent liegt gleichwohl auf dem EU-Recht.

## § 2 Ausgewählte Charakteristika der schweizerischen Verfassungsordnung

3. Die unter § 3 zu erörternden Rezeptionsmechanismen sind immer auch im Kontext und vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Ordnung in ihrer Gesamtheit zu sehen. Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang einerseits die direktdemokratischen Rechte (I.), andererseits – und damit in engem Zusammenhang stehend – die sich aus Art. 190 BV ergebende fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen (und Völkerrecht) (II.). Ein kurzes Zwischenfazit (III.) runden das Kapitel ab.

### I. Die direktdemokratischen Rechte in der BV – eine Skizze

4. Ein im internationalen Vergleich spezifisches Charakteristikum der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV)<sup>2</sup> sind die in Art. 138-142 BV geregelten direkt-demokratischen Rechte,<sup>3</sup> welche sich im Laufe der Zeit auch bedeutend entwickelt haben.<sup>4</sup> In unserem Zusammenhang sind insbesondere<sup>5</sup> die Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung (1.) sowie die Referendumsrechte (2.) von Bedeutung.

Dabei kann es vorliegend nicht darum gehen, diese Instrumente und die mit ihnen verbundenen Rechtsfragen auch nur annähernd erschöpfend darzustellen; vielmehr erfolgt eine Beschränkung auf die vorliegend m.E. besonders relevanten Aspekte.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101.

<sup>3</sup> Vgl. für einen internationalen Vergleich z.B. KÜBLER, in: Diggelmann et al., Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, 317 ff. S. weiter die Beiträge in FREITAG (Hrsg.), Direkte Demokratie. Bestandsaufnahmen und Wirkungen im internationalen Vergleich, *passim*.

<sup>4</sup> Hierzu sehr instruktiv SCHMID, in: Diggelmann et al., Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, 287 ff. Anzumerken ist, dass gerade im Zuge der Lancierung *a priori* völkerrechtswidriger Volksinitiativen immer wieder Reformen des derzeitigen Systems diskutiert werden; jedoch konnte sich keiner der Vorschläge durchsetzen. Vgl. hierzu die Beiträge in KREIS (Hrsg.), Reformbedürftige Volksinitiative. Verbesserungsvorschläge und Gegenargumente, *passim*, sowie die Nachweise in Fn. 6.

<sup>5</sup> Nicht weiter eingegangen werden soll im Folgenden auf die Volksinitiative auf Totalrevision der Bundesverfassung (Art. 138 BV).

<sup>6</sup> Für weitere Ausführungen bzw. Präzisierungen sei auf die einschlägige Lehrbuch- und Kommentarliteratur (die jeweils weiterführende Nachweise enthält) verwiesen. Vgl. insbesondere die Kommentierungen der Art. 138-142 BV in EHRENZELLER ET AL., SGK BV; MARTENET/DUBEY, CR Cst.; WALDMANN/BELSER/EPINEY, BSK BV. S. sodann HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rn. 2129 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 9, Rn. 1494 ff., 1703 ff., 1776 ff.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, Rn. 783 ff.

## 1. Zur Volksinitiative auf Teilrevision der BV (Art. 139 BV)

5. Nach **Art. 139 Abs. 1 BV** können **100'000 Stimmberechtigte** die **Teilrevision der Bundesverfassung** verlangen; dies muss innerhalb von 18 Monaten seit der amtlichen Veröffentlichung der Initiative geschehen. Gegenstand der Volksinitiative ist eine Teilrevision der Bundesverfassung (und nicht von Gesetzesbestimmungen). Der Begriff der Teilrevision ist im Gegensatz zu demjenigen der Totalrevision (vgl. Art. 138 BV) zu sehen und formell zu verstehen, so dass das Begehren darauf ausgerichtet sein muss, eine oder mehrere bestehende Bestimmungen abzuändern, aufzuheben oder neu in die Verfassung einzuführen<sup>7</sup> und es somit um die **Änderung des Wortlauts der Verfassung** – unabhängig von ihrem materiellen Gehalt – geht.<sup>8</sup> Die Volksinitiative kann die **Form** der sog. **allgemeinen Anregung** – welche ggf. dann noch von der Bundesversammlung konkretisiert werden muss (vgl. zum Verfahren Art. 139 Abs. 4 BV) – oder eines **ausgearbeiteten Entwurfs** annehmen (Art. 139 Abs. 2 BV); indessen kommt der allgemeinen Anregung keine praktische Bedeutung zu.<sup>9</sup>

6. **Art. 139 Abs. 3 BV** nennt ausdrücklich einige **Schranken für Volksinitiativen** auf Teilrevision der Bundesverfassung, und hinzu kommt das ungeschriebene Erfordernis der (faktischen) Durchführbarkeit der Initiative:

- Die **Einheit der Form** bezieht sich auf die erwähnten Formen der Initiative auf Teilrevision der Verfassung, so dass die Initiative entweder in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs oder in derjenigen der allgemeinen Anregung zu unterbreiten ist; eine «Vermischung» beider Formen ist unzulässig.<sup>10</sup> Ob eine solche Vermischung der Formen gegeben ist, kann unter Umständen fraglich sein und ist letztlich eine **Auslegungsfrage**, die nach objektiven Kriterien zu entscheiden ist.<sup>11</sup>
- Das Erfordernis der **Einheit der Materie** will die **politische Willensbildung und -äusserung** der Stimmbürgerinnen und -bürger schützen und verlangt – vor dem Hintergrund, dass die Stimmberechtigten eine Initiative nur als Ganzes annehmen oder ablehnen können – einen **sachlichen Zusammenhang**

---

<sup>7</sup> BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 139, Rn. 5.

<sup>8</sup> Letzteres ist indessen streitig. A.A. z.B. EHREZZELLER/NOBS, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Art. 139, Rn. 15, die «verkappte materielle Totalrevisionen» vom Anwendungsbereich des Art. 139 Abs. 1 BV ausschliessen wollen. Im Einzelnen zum Problemkreis, m.w.N., EPINEY/FREI/DIEZIG, in: Waldmann u.a., BSK BV, Art. 138, Rn. 10 ff.

<sup>9</sup> Zu den bisherigen Initiativen in der Form der allgemeinen Anregung TSCHANNEN, ZBl 2002, 2 ff. (Rn. 16 ff.).

<sup>10</sup> In der Praxis wurde bisher auf Bundesebene noch keine Initiative für ungültig erklärt, weil sie die Einheit der Form verletzt hätte. Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf kantonale Initiativen SEFEROVIC, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, 247 f.

<sup>11</sup> Instrukтив zur Problematik DUBEY, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 139, Rn. 54 ff., der überzeugend zwischen «Fehlbezeichnung» und «Formenvermischung» differenziert.

der verschiedenen Teile einer Initiative; ansonsten müssten die Stimmbürger über mehrere verschiedene Angelegenheiten entscheiden, die sie – einzeln vorgebracht – unterschiedlich beurteilen würden. Das Vorliegen eines sachlichen Zusammenhangs ist auf der Grundlage einer objektiven Sicht zu beurteilen und kann aufgrund verschiedener Kriterien bejaht werden. In der Praxis ist seine Verneinung selten, und im Zweifel wird das Vorliegen der Einheit der Materie bejaht.<sup>12</sup>

- Die **zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts** stellen im Gegensatz zur Einheit der Form und der Materie eine echte materielle Schranke des Initiativrechts auf Teilrevision der Verfassung (und übrigens auch der Revision der Verfassung insgesamt, s. Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV) dar.<sup>13</sup> Hintergrund dieser Schranke ist der Umstand, dass die **zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts als solche nicht zur Disposition** stehen und somit in jedem Fall zu beachten sind, so dass man sich ihrer Bindungswirkung auf keine Art und Weise entziehen kann. Die Entstehungsgeschichte dieser materiellen Schranke der Verfassungsrevision legt es nahe, dass mit dem (durchaus notwendigerweise landesrechtlichen) Begriff des zwingenden Völkerrechts letztlich an den **völkerrechtlichen Begriff** angeknüpft wird, so

---

<sup>12</sup> Vgl. zum Ganzen TANQUEREL, ZSR 2020 I, 115 (131 ff.); EHRENZELLER/GERTSCH, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Art. 139, Rn. 40 ff.; EPINEY/FREI/DIEZIG, in: Waldmann u.a., BSK BV, Art. 139, Rn. 25 ff., die im Ergebnis für eine Beibehaltung der eher grosszügigen Praxis eintreten; a.A. etwa DUBEY, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 139, Rn. 79.

<sup>13</sup> Die Beschränkung der materiellen Schranke der Volksinitiative auf Teilrevision (aber auch allgemein der Verfassungsrevision) auf solche Bestimmungen, die gegen zwingendes Völkerrecht verstossen, impliziert im Gegenschluss, dass ein Verstoss gegen «normales» Völkerrecht (sei dies nun Vertrags- oder Gewohnheitsrecht) für die Gültigkeit einer Initiative unschädlich ist und diese somit Volk und Ständen zu unterbreiten ist. So wohl auch BGE 139 I 16 E. 5.2.1; aus der Lehre z.B., jeweils m.w.N., BAUMANN, ZBl 2010, 241 (271 ff.); GRÜNINGER, Aspekte der Verfassungsinterpretation, Rn. 466. Wird die Initiative angenommen, führt dies zu einem Spannungsverhältnis zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen und dem geltenden Verfassungsrecht, das jedoch auf der Grundlage der geltenden Rechtslage schon wegen Art. 190 BV zugunsten des Völkerrechts zu lösen ist (s. insoweit noch unten Rn. 19 ff.), ganz abgesehen davon, dass die Schweiz aus völkerrechtlicher Sicht sowieso an ihre Verpflichtungen gebunden bleibt (Art. 27 und 46 WVK). Zu diesem Spannungsverhältnis z.B. DUBEY, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 139, Rn. 10; allgemein zur direkten Demokratie im transnationalen Kontext EHRENZELLER, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Vor Art. 136-142, Rn. 41 ff.; OESCH, in: Diggelmann et al., Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, I.6, Rn. 29 ff.

dass hier auf den jeweiligen Stand des Völkerrechts abzustellen ist,<sup>14</sup> was auch der Praxis der Bundesbehörden entspricht.<sup>15</sup>

- Das (nicht in Art. 139 Abs. 3 BV aufgeführte, aber allgemein anerkannte) Erfordernis der Durchführbarkeit einer Initiative bezieht sich auf die **faktische Durchführbarkeit**, so dass eine Initiative «realisierbar» sein muss. Rein praktische oder rechtliche Schwierigkeiten bei der Umsetzung reichen nicht aus, so dass auch völkerrechtswidrige Initiativen nicht als undurchführbar anzusehen sind, dies ungeachtet der Bedeutung der entsprechenden völkerrechtlichen Verpflichtung.

7. Im Falle der Nichtbeachtung dieser Schranken wird die Initiative durch die **Bundesversammlung** für ganz oder teilweise **ungültig** erklärt (Art. 139 Abs. 3 BV); somit obliegt die Entscheidung über die Rechtsfrage der Einhaltung dieser Schranken dem Parlament (mit dessen Entscheidungen das Bundesgericht nicht befasst werden kann, Art. 189 Abs. 4 BV) und damit einer politischen Behörde.

8. Immer wieder werden über die erwähnten Schranken hinaus weitere (materielle) Schranken des Initiativrechts auf Teilrevision der Verfassung bzw. der Teilrevision insgesamt diskutiert, so z.B. die Achtung des Kerngehalts von Grundrechten oder **fundamentale Grundwerte der Verfassung** (Demokratie, Rechtsstaatlichkeit).<sup>16</sup> Durchsetzen konnten sich solche Ansätze in der Praxis bislang freilich nicht, so dass etwa auch gegen das Rückwirkungsverbot verstossende Initiativen als gültig angesehen wurden.<sup>17</sup> Ebenso wenig gibt es eine Schranke in Bezug auf zu wenig «wichtige» Bestimmungen, so dass Volksinitiativen auch Inhalte zum

---

<sup>14</sup> S. nur, m.w.N., TSCHANNEN, Staatsrecht, Rn. 1518 ff.; DUBEY, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 139, Rn. 80 ff.; KÜNZLI, ZSR 2009 I, 47 (65). Eingehend zum Thema auch EPINEY/FREI/DIEZIG, in: Waldmann u.a., BSK BV, Art. 139, Rn. 33 ff.

<sup>15</sup> Vgl. ausführlich Bundesrat, Zusatzbericht Völkerrecht – Landesrecht, BBl 2011 3625 ff.; s. auch schon Bundesrat, Botschaft Tierschutz, BBl 2004 3292 f.; s. sodann die Zusammenfassung der diesbezüglichen Stellungnahmen des Bundesrates bei KÜNZLI/KÄLIN, Jusletter vom 23.6.2014, Rn. 7.

<sup>16</sup> Vgl. die Zusammenfassung der Diskussion bei TSCHANNEN, Staatsrecht, Rn. 1523 f.; s. auch die Hinweise bei BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 139, Rn. 17; EHRENZELLER/EHRENZELLER, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Vor Art. 192–195, Rn. 51 ff.; ALIG, Revisionsbedürftige eidgenössische Volksinitiative, 131; MUSLIU, Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen, 7; EHRENZELLER, Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch, Rn. 108.

<sup>17</sup> Vgl. BBl 1991 IV 254 (Botschaft), 259; BBl 1992 V 889 (BB); BBl 1993 II 1433 (BRB), in Bezug auf die Initiative «40 Waffenplätze sind genug».

Gegenstand haben können, die nicht zur Verfassung im materiellen Sinn zu zählen wären, sondern im Grunde genommen einfaches Verwaltungsrecht verkörpern.<sup>18</sup>

In der Tat erscheint es auf der Grundlage des in der Verfassung zum Ausdruck gekommenen Systems zwingend, die Ungültigkeitsgründe (abgesehen von demjenigen der faktischen Undurchführbarkeit) des Art. 139 Abs. 3 BV als **abschliessend** aufzufassen: Ganz grundsätzlich kennt die Verfassung keine Schranken der Revision (Art. 192 Abs. 1 BV), so dass nicht ersichtlich ist, worauf sich eine Ausweitung der u.a. in Art. 139 Abs. 3 BV aufgeführten Schranken (die jeweils, wie dargelegt, spezifischen Anliegen dienen bzw. einen spezifischen Hintergrund aufweisen) stützen könnte; eigentliche Kriterien sind nicht ersichtlich.

9. Die vorgeschlagene Ergänzung des Verfassungstextes wird – ggf. gemeinsam mit einem sog. Gegenvorschlag<sup>19</sup> – **Volk und Ständen** zur Abstimmung unterbreitet und tritt in Kraft, falls beide zustimmen (wobei das Ergebnis der Volksabstimmung im Kanton als dessen Standesstimme gilt, Art. 142 Abs. 3 BV; die sog. Halbkantone – Obwalden, Nidwalden, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden – haben jeweils eine halbe Standesstimme, Art. 142 Abs. 4 BV).

Aufgrund der höchst **unterschiedlichen Grösse der Kantone** in Bezug auf ihre Bevölkerung bedeutet das **Erfordernis des Ständemehrs** eine (durchaus bedeutende) **Einschränkung** des durch Art. 34 BV gewährleisteten **Grundsatzes des gleichen Stimmrechts**.

## 2. Obligatorisches und fakultatives Referendum (Art. 140, 141 BV)

10. Weiter sieht die Verfassung vor, dass bestimmte Behördenvorlagen dem **Referendum** unterliegen. Dieses ist entweder **obligatorisch**, so dass es unabhängig von einem entsprechenden Begehren der Stimmberechtigten durchzuführen ist, oder **fakultativ**; in der zuletzt genannten Konstellation müssen 50'000 Stimmberechtigte (oder acht Kantone) nach Ablauf einer bestimmten Frist (100 Tage nach der amtlichen Veröffentlichung des Erlasses, Art. 141 Abs. 1 BV) eine Abstimmung verlangen. Während beim obligatorischen Referendum für die Annahme sowohl eine Mehrheit des Volkes als auch der Stände<sup>20</sup> notwendig ist, genügt beim fakultativen Referendum das Volksmehr.

---

<sup>18</sup> Ebenso DUBEY, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 139, Rn. 16 f.; EHRENZELLER/NOBS, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Art. 139, Rn. 17; zur Problematik TSCHANNEN, ZSR 2024 I, 1 ff.

<sup>19</sup> Die Bundesversammlung kann einer Initiative einen (direkten) Gegenvorschlag gegenüberstellen, der deren Anliegen in abgewandelter Form aufnimmt (vgl. Art. 139 Abs. 5 S. 3, Art. 139b BV). Hierzu etwa TSCHANNEN, Staatsrecht, Rn. 1560, sowie die einschlägigen Kommentierungen (Fn. 6).

<sup>20</sup> Zum Ständemehr bereits oben Rn. 9.

## a. Obligatorisches Referendum

11. Dem **obligatorischen Referendum** unterliegen – neben jeder Änderung der Bundesverfassung – insbesondere der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit (worunter neben Verteidigungsbündnissen wie der NATO auch die UNO verstanden wird) oder zu supranationalen Gemeinschaften (Art. 140 Abs. 1 lit. b BV). Ein Beitritt zur Europäischen Union müsste daher Volk und Ständen vorgelegt werden.<sup>21</sup>

12. Im Zusammenhang mit den derzeit laufenden Vorbereitungen für einen Abschluss sog. «Bilateraler III»<sup>22</sup> wird derzeit (teilweise sehr emotional) darüber diskutiert, ob Art. 140 Abs. 1 lit. b BV abschliessend zu verstehen ist oder ob ein sog. **ausserordentliches (obligatorisches) Staatsvertragsreferendum**<sup>23</sup> dann durchgeführt werden darf, wenn die Voraussetzungen des Art. 140 Abs. 1 lit. b BV nicht vorliegen, es jedoch um einen besonders bedeutenden völkerrechtlichen Vertrag – wobei sich diesfalls die Frage stellte, nach welchen Kriterien die «Wichtigkeit» eines Vertrages bestimmt werden sollte – geht.<sup>24</sup>

13. Im Ergebnis – und ohne dass dieser Frage hier im Einzelnen nachgegangen werden kann – spricht aus verfassungsrechtlicher Sicht Vieles für den **grundsätzlich abschliessenden Charakter des Art. 140 Abs. 1 BV**:<sup>25</sup>

- **Wortlaut und Systematik** des Art. 140 Abs. 1 lit. b BV können klar für diesen Ansatz angeführt werden: Diese Bestimmung nennt diejenigen völkerrechtlichen Verträge, die einem obligatorischen Referendum unterstehen, ausdrücklich, dies offenbar, weil sie bedeutende Implikationen für die Verfassungsordnung entfalten können. Eine **Terminologie**, die darauf hindeuten könnte, dass die Aufzählung exemplarisch ist, fehlt.
- Weiter zeigt die **Verfassungsentwicklung**, dass sämtliche Versuche (es waren sowohl Volksinitiativen als auch Behördenvorlagen zu verzeichnen), das

---

<sup>21</sup> S. insoweit noch unten Rn. 77 ff.

<sup>22</sup> Hierzu auch noch unten Rn. 52 ff.

<sup>23</sup> Teilweise wird auch von fakultativ obligatorischem Referendum gesprochen, vgl. etwa RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rn. 3691; zur Terminologie auch etwa HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Allgemeines Staatsrecht, 94; GLASER, ZBl 2012, 511 (520); EHRENZELLER/NOBS, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Art. 140, Rn. 14.

<sup>24</sup> Zur Problematik etwa BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 140, Rn. 9; DIGGELMANN, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Art. 140, Rn. 26 ff.; SCHMID, ZBl 2024, 519 ff.; ausführlich und sehr fundiert Bundesamt für Justiz, Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht, Gutachten vom 27. Mai 2024, *passim*.

<sup>25</sup> Vgl. auch schon EPINEY/FREI/DIEZIG, in: Waldmann u.a., BSK BV, Art. 140, Rn. 14 ff., worauf die folgenden Ausführungen zurückgreifen.

obligatorische Staatsvertragsreferendum auf weitere Verträge auszuweiten, gescheitert sind.<sup>26</sup>

- In der **Praxis** wurden völkerrechtliche Verträge bislang lediglich in drei Fällen ausserhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens dem obligatorischen Referendum unterstellt, nämlich der Beitritt zum Völkerbund 1920<sup>27</sup>, das Freihandelsabkommen mit der heutigen EU 1972<sup>28</sup> sowie der EWR-Vertrag 1992<sup>29</sup>, jedoch nur letzterer nach der Neuordnung des Staatsvertragsreferendums (1977). Daher dürfte das Vorliegen einer Praxis bzw. von Verfassungsgewohnheitsrecht in dem Sinn, dass ein ausserordentliches obligatorisches Referendum über den klaren und abschliessenden Normgehalt von Art. 140 Abs. 1 lit. b BV auf weitere besonders wichtige Abkommen ausgedehnt werden dürfte oder könnte, im Ergebnis zu verneinen sein. Denn die Unterstellung des EWR-Vertrags unter das obligatorische Staatsvertragsreferendum war seit dem Inkrafttreten der diesbezüglichen Verfassungsbestimmungen der einzige mögliche Fall eines solchen ausserordentlichen obligatorischen Staatsvertragsreferendums, welcher aber letztlich auf den sehr weitgehenden supranationalen Elementen des EWR<sup>30</sup> sowie der mit der Vorlage ebenfalls vorgesehenen Übergangsbestimmung, die für das Euro-Lex-Paket das fakultative Referendum ausschliessen sollte (was das Parlament dann abänderte, indem ein nachträgliches fakultatives Referendum vorgesehen wurde, was aber ebenfalls eine Verfassungsänderung bedingt hätte), beruhte.
- Zudem wurden in der jüngeren Vergangenheit einige **bedeutende völkerrechtliche Verträge**, bei welchen teilweise sogar supranationale Elemente bejaht werden konnten, gerade **nicht dem obligatorischen Referendum** unterstellt. Hinzuweisen ist insbesondere auf die «Bilateralen I» und die «Bilateralen II» (letztere umfassen auch die Schengen-/Dublin-Assoziierung, bei der eine dynamische Übernahme von Weiterentwicklungen des Unionsrechts

---

<sup>26</sup> Bezeichnend ist insbesondere, dass 2012 eine Volksinitiative («Für die Stärkung der Volksrechte in der Aussenpolitik (Staatsverträge vors Volk»), wonach alle Abkommen, die in «wichtigen Bereichen» eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung vorsehen und/oder Rechtsprechungszuständigkeiten an ausländische oder internationale Institutionen übertragen, Volk und Ständen vorgelegt werden sollten, mit einem Nein-Anteil von rund 75 % ohne Gegenvorschlag verworfen wurde. Das Parlament seinerseits trat 2021 auf den bundesrätlichen Vorschlag, für Verträge mit Verfassungscharakter oder für Verträge, deren Umsetzung eine Verfassungsänderung erfordert, ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum vorzusehen, nicht ein. Hierzu ausführlich BJ, Gutachten Staatsvertragsreferendum, 6 ff.

<sup>27</sup> BBl 1920 III 800.

<sup>28</sup> BBl 1972 II 1034.

<sup>29</sup> BBl 1993 I 168.

<sup>30</sup> S. insoweit im Einzelnen schon EPINEY, SJZ 1992, 261 (264 ff.). Die Supranationalität des EWR verneinend HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rn. 1910; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rn. 1705; BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 140, Rn. 7.

vorgesehen ist). Auch beim Luftverkehrsabkommen, in welchem sich die Schweiz immerhin in bestimmten Fällen der Europäischen Kommission und dem Europäischen Gerichtshof unterstellt hat, kam das obligatorische Referendum nicht zum Zug, ebensowenig wie im Zusammenhang mit der EMRK bzw. der Errichtung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

**14.** Somit ist die **Zulässigkeit eines obligatorischen Staatsvertragsreferendums *sui generis* abzulehnen.**<sup>31</sup> Hieran ändern übrigens auch verschiedene, in eine andere Richtung gehende Stellungnahmen im Parlament oder auch des Bundesrates<sup>32</sup> nichts, da gleichzeitig anderslautende Voten auch von Bundesratsmitgliedern zu verzeichnen sind,<sup>33</sup> zumal noch zu beachten ist, dass die entsprechenden Stellungnahmen sowie die Begründungen für die drei erwähnten Anwendungsfälle in der Praxis sehr uneinheitlich ausfielen, so dass auch eine entsprechende «einheitliche» Rechtsüberzeugung fehlt.<sup>34</sup> Und selbst wenn die Praxis der Bundesversammlung und des Bundesrats konsistent wäre, müssten an deren Zulässigkeit zur Begründung von Gewohnheitsrecht Fragezeichen gesetzt werden, denn keine der beiden Bundesbehörden hat selbst verfassungsgebende Kompetenz.

**15.** Im Übrigen ist **keine Rechtsgrundlage** für ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum *sui generis* ersichtlich. Der Ansatz, dass über Art. 140 Abs. 1 lit.

---

<sup>31</sup> Ebenso z.B. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rn. 2358 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rn. 1704; CARONI/KÜHNE, ZBl 2022, 343 (366); RENÉ RHINOW/GEORG MÜLLER, Kein Plebiszit bei Staatsverträgen, NZZ vom 11.6. 2024; wohl auch DIGGELMANN, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Art. 140 N 26 ff.; SCHMID, ZBl 2024, 519 (540 ff.); dezidiert auch BJ, Gutachten Staatsvertragsreferendum, 4 ff.; a.A. GLASER, *sui generis* 2020, 210 ff. Die ganz h.M. dürfte im Wesentlichen mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmen. So hält das Bundesamt für Justiz in seinem Gutachten (m.w.N.) zutreffend folgendes fest: «In der Lehre überwiegen Meinungen, die das Staatsvertragsreferendum *sui generis* als unzulässig ablehnen oder nicht klar Stellung dazu beziehen. Bloss ein verhältnismässig kleiner Teil der Lehre anerkennt das Staatsvertragsreferendum *sui generis*, wobei es aus rechtsstaatlichen Gründen auch hier teils skeptisch beurteilt wird. Sodann ist festzustellen, dass die Lehrmeinungen, die das Staatsvertragsreferendum *sui generis* als zulässig erachten und anerkennen, nicht zufriedenstellend erklären, worin genau sie die Rechtsgrundlage des Staatsvertragsreferendums *sui generis* sehen.», vgl. BJ, Gutachten Staatsvertragsreferendum, 14.

<sup>32</sup> S. insoweit insbesondere Botschaft «Staatsverträge vors Volk!» vom 1.10.2010, BBl 2010 6963, sowie Botschaft Änderung Art. 140 BV, BBl 2020 1249.

<sup>33</sup> Vgl. die Nachweise in BJ, Gutachten Staatsvertragsreferendum, 9 f. (mit Fn. 61).

<sup>34</sup> S. insoweit auch SCHMID, ZBl 2024, 519 (544 ff.), der betont, in eine andere Richtung gehende Stellungnahmen von Bundesrat und Parlamentariern könnten nichts an der grundsätzlichen Unzulässigkeit eines ausserordentlichen obligatorischen Staatsvertragsreferendums ändern, da diese Entwicklung jedenfalls zu jung sei. Hinzu kommt, dass es Bedenken begegnet, davon auszugehen, solche Stellungnahmen könnten ein gewandeltes Verständnis des Art. 140 Abs. 1 begründen und damit die Verfassung modifizieren.

b BV hinaus besonders bedeutsame Staatsverträge dem obligatorischen Referendum unterstellt werden dürften oder gar müssten, wäre auch der Rechtssicherheit abträglich, wäre doch unklar, nach welchen Kriterien die Bedeutung beurteilt würde, so dass letztlich die Bundesversammlung relativ frei aufgrund politischer Erwägungen bzw. der Einschätzung eines Abkommens als «besonders wichtig» entscheiden dürfte. Damit würde das obligatorische Referendum letztlich ein Spielball der Politik, was nicht dem verfassungsrechtlichen System der Volksrechte entspräche. Denn im Gegensatz zu Verfassungen anderer Staaten umschreibt die – von Volk und Ständen angenommene – Bundesverfassung den Anwendungsbereich der Volksrechte bzw. diejenigen Konstellationen, in welchen ein obligatorisches oder fakultatives Referendum durchzuführen ist, im Ergebnis recht genau, so dass deren Reichweite nicht frei durch Entscheide der politischen Behörden bestimmt werden darf bzw. von solchen Entscheiden abhängt. **Plebiszitäre Referenden** in den Händen von Regierung und Parlament **widersprechen** der in der **Bundesverfassung getroffenen Regelung** und dem dieser zugrunde liegenden Verfassungsverständnis.<sup>35</sup>

16. Dessen ungeachtet legen es **Sinn und Zweck** des Art. 140 Abs. 1 lit. b BV nahe, dass auch solche Verträge einem obligatorischen Referendum zu unterstellen

---

<sup>35</sup> Anzumerken bleibt, dass im Herbst 2024 eine Volksinitiative lanciert wurde («Für eine direktdemokratische und wettbewerbsfähige Schweiz – keine EU-Passivmitgliedschaft (Kompass-Initiative)», BBl 2024 2414). Die Sammelfrist läuft bis zum 1. April 2026. Die Initiative verlangt u.a. eine Ergänzung des Art. 140 Abs. 1 BV durch eine lit. b<sup>bis</sup>, wonach auch völkerrechtliche Verträge, die eine «Übernahme» wichtiger rechtsetzender Bestimmungen vorsehen, dem obligatorischen Referendum zu unterstellen sind. In der Übergangsbestimmung (Art. 197 Ziff. 17) ist zudem eine Rückwirkung für ein «institutionelles Rahmenübereinkommen sowie vergleichbare Abkommen» zwischen der Schweiz und der EU vorgesehen, falls ihre Genehmigung nicht dem obligatorischen Referendum unterstand. Während das Ziel der Initiative klar ist (der Abschluss der sog. «Bilateralen III» soll möglichst verhindert werden, ebenso wie eine sonstige weitere Annäherung an die EU), bleibt die rechtliche Tragweite der Initiative undeutlich. Insbesondere fragt es sich, was unter dem Begriff der «Übernahme» zu verstehen ist und für welche Abkommen genau die Rückwirkung zum Zuge kommen soll. Da die Initiative in generell-abstrakten Termini formuliert ist und sich gerade nicht auf die «Bilateralen III» als solche bezieht bzw. beschränkt, sind diese Fragen von grosser Relevanz. Nur am Rande sei bemerkt, dass die Initianten offenbar auch davon ausgehen, dass in Bezug auf das Vertragspaket der «Bilateralen III» das obligatorische Referendum nicht (zwingend) zum Zuge kommen muss, wäre die Initiative doch ansonsten überflüssig. Hinzuweisen ist sodann darauf, dass die Initiative auch die Einführung eines neuen Art. 164 Abs. 3 verlangt, wonach die Übernahme wichtiger rechtsetzender Bestimmungen in einem Bundesgesetz oder einem dem obligatorischen Referendum unterstehenden Vertrag vorgesehen und im Übrigen auf einen «eng begrenzten Sachbereich» beschränkt sein muss. Die Tragweite dieser Bestimmung, auch soweit ihr Verhältnis zum neuen Art. 140 Abs. 1 lit. b<sup>bis</sup> betroffen ist, bleibt enigmatisch; in jedem Fall erscheint die Anwendung des fakultativen Referendums in dem einen und des obligatorischen Referendums in dem anderen Fall wenig stimmig.

sind, die zwar aus formeller Sicht keinen Beitritt zu einer supranationalen Organisation oder einer Organisation kollektiver Sicherheit vorsehen, jedoch in ihren Wirkungen einem solchen Beitritt im Wesentlichen gleich oder doch zumindest nahe kommen.<sup>36</sup> Ein anderer Ansatz würde letztlich eine Umgehung der Bestimmung ermöglichen. Diese Sicht ändert jedoch nichts an dem grundsätzlich abschliessenden Charakter der Bestimmung, ist doch massgeblich, dass es um ein Vertragswerk geht, welches mit den ausdrücklich aufgeführten Abkommen im Wesentlichen «gleichwertig» ist. Die konkreten Anwendungsfälle dürften demnach – wenn überhaupt denkbar – auch sehr beschränkt sein.

17. So würde insbesondere eine stärkere Institutionalisierung der Beziehungen zur EU sowie die Weiterentwicklung der sog. Bilateralen Abkommen («**Bilaterale III**»)<sup>37</sup> keinem Beitritt zu einer supranationalen Organisation gleichkommen bzw. supranationale Elemente aufweisen: Die Auswirkungen wären – ohne die Bedeutung des zukünftigen Vertragswerks minimisieren zu wollen – in keiner Weise mit einem solchen Beitritt auch nur ansatzweise vergleichbar, und das Vertragswerk soll auch keine supranationalen Elemente aufweisen: Es geht um einige (wenige) Binnenmarktabkommen, die dynamische Rechtsübernahme ist zwar vorgesehen, allerdings auf den genau umschriebenen Anwendungsbereich der Abkommen beschränkt sowie mit der ausdrücklich adressierten Möglichkeit (insoweit übrigens im Gegensatz zur Schengen-/Dublin-Assoziierung) des «Ausscherens», und die Streitbeilegung zwischen den Vertragsparteien obliegt trotz der Rolle des EuGH als «Gericht des Binnenmarktes» einem Schiedsgericht (ein im Völkerrecht gängiges Verfahren), während ansonsten Schweizer Behörden und Gerichte in der Schweiz für die Überwachung und den Rechtsschutz zuständig sind. Insofern ist bei näherer Betrachtung kein typisches Merkmal einer supranationalen Organisation erfüllt.<sup>38</sup> Auch kann keine Rede davon sein, dass dem Abkommenspaket als

---

<sup>36</sup> Indessen überzeugt es nicht, ein obligatorisches Referendum für wichtige völkerrechtliche Verträge aus Art. 140 Abs. 1 lit. a BV abzuleiten bzw. auf diese Bestimmung zu stützen, in dem Sinne, dass sie auf Verträge anwendbar wäre, die eine Änderung der BV bewirken oder einer solchen gleichkommen. Denn diese Bestimmung umfasst nur Änderungen «der Bundesverfassung», d.h. Modifikationen der Verfassungsurkunde im formellen Sinn, und erstreckt sich gerade nicht auf völkerrechtliche Verträge, deren Regelungsgehalt von ihrer Wichtigkeit her auf Verfassungsstufe angesiedelt wäre (so auch BJ, Gutachten Staatsvertragsreferendum, 16, 20, wenn dort auch auf den in «engsten Grenzen» denkbaren «Analogieschluss» aus Art. 140 Abs. 1 lit. a BV hingewiesen wird). Ferner ergibt sich aus Art. 141a Abs. 1 BV, dass der Genehmigungsbeschluss über einen Vertrag, zu dessen Umsetzung Verfassungsänderungen notwendig sind, nur dann dem obligatorischen Referendum unterstellt werden darf, wenn der Vertrag selbst dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum nach Art. 140 Abs. 1 lit. b BV untersteht.

<sup>37</sup> S. zu den «Bilateralen III» noch unten Rn. 52 ff.

<sup>38</sup> A.A. (noch in Bezug auf das sog. Institutionelle Abkommen) GLASER, *sui generis* 2020, 210 ff.; s. auch DIGGELMANN, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Art. 140, Rn. 25, der annimmt,

solchem klar Verfassungsrang zukäme, den Föderalismus bzw. die Rolle der Kantone besonders betreffen würde oder gar eine grundlegende Veränderung der Organstrukturen nach sich zöge, bleiben doch die Kompetenzen des Parlaments und der anderen Verfassungsorgane sowie der Kantone gewahrt. Dass den «Bilateralen III» zweifellos eine grosse Bedeutung zukommt und sie auch politisch sensible Bereiche wie insbesondere die Personenfreizügigkeit betreffen, ändert an den dargelegten Ausführungen nichts. Klarzustellen bleibt dabei, dass das Vertragspaket der «Bilateralen III» nach Art. 141 Abs. 1 lit. d BV unstreitig dem fakultativen Referendum zu unterstellen wäre und wohl kaum Zweifel daran bestehen, dass das Referendum ergriffen würde. Das Volk müsste also in jedem Fall dem Vertragswerk zustimmen, so dass das Paket (bzw., falls – wie vom Bundesrat vorgeschlagen – gewisse Abkommen getrennt dem Referendum unterstellt würden, die Abkommen) ohne eine Mehrheit des Volkes nicht abgeschlossen werden könnten.

## b. Fakultatives Referendum

18. Dem **fakultativen Referendum** (Art. 141 BV) unterliegen insbesondere Bundesgesetze sowie die Genehmigung gewisser völkerrechtlicher Abkommen.<sup>39</sup>

## II. Zur fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen

19. Gemäss **Art. 190 BV** sind **Bundesgesetze** und **Völkerrecht** für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden **massgebend**. Dabei adressiert die Bestimmung nur die Frage, wem es obliegt, letztverbindlich darüber zu befinden, ob eine Norm anzuwenden ist oder nicht, obwohl sie (möglicherweise) mit der Verfassung unvereinbar ist. Somit geht es in Art. 190 BV nicht um die Normenhierarchie, sondern um deren (auf der Grundlage des Art. 190 BV teilweise defizitären) Durchsetzung und damit um die Kompetenzverteilung zwischen der Bundesversammlung und insbesondere dem Bundesgericht, so dass ihr Hintergrund in der (besonderen) Ausgestaltung der Gewaltenteilung in diesem Bereich zu sehen ist.<sup>40</sup> Daher können Art. 190 BV **keine Aussagen über die Normenhierarchie** entnommen werden; vielmehr betrifft die Bestimmung nur die Frage, wel-

---

allein die «Unterstellung» unter den EuGH sei «beitrittsähnlich», was aus mindestens drei Gründen nicht überzeugt: Erstens wird das Schiedsgericht völlig ausgeblendet, zweitens besteht die Möglichkeit, Urteile nicht zu beachten, und drittens ist der Anwendungsbereich der «Bilateralen III» sehr beschränkt.

<sup>39</sup> Für weitere Präzisierungen sei auf die einschlägige Kommentarliteratur verwiesen.

<sup>40</sup> Ausführlich zum Zweck des Art. 190 BV LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, 525 ff.

che Norm im Falle eines Konflikts anzuwenden ist, wobei sie sich auf das Verhältnis von Bundesgesetzen und Völkerrecht zur Verfassung bezieht, so dass aus ihr auch keine Aussagen zum Verhältnis von Bundesgesetzen und Völkerrecht abgeleitet werden können.

20. Dieser Hintergrund des Art. 190 BV erhellt auch, dass diese Bestimmung nichts an der sich aus der Verfassung ergebenden Normenhierarchie ändert, so dass das **Parlament** insbesondere verpflichtet ist, bei der **Gesetzgebung und bei der Genehmigung völkerrechtlicher Verträge die Verfassung zu beachten**.<sup>41</sup> Dass diese Pflicht gerichtlich nicht durchgesetzt werden kann, ändert nichts an ihrer Existenz, ist doch die gerichtliche Durchsetzbarkeit einer Norm keine Voraussetzung für ihre Verbindlichkeit.

21. Im Übrigen ist von der Vermutung auszugehen, dass das Parlament (und das Volk) die Verfassung beachten will bzw. wollte,<sup>42</sup> so dass Gesetze grundsätzlich **verfassungskonform auszulegen** sind.<sup>43</sup> Auch völkerrechtliche Verpflichtungen und die Verfassung sind soweit wie möglich in Einklang zu bringen. Kann auf diese Weise durch Auslegung ein «echter» Konflikt zwischen der Verfassung und einem Bundesgesetz bzw. einer völkerrechtlichen Norm aber nicht vermieden werden (wobei im Gefolge des Grundsatzes der verfassungskonformen Auslegung von Bundesgesetzen sowie der völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts,<sup>44</sup> aber auch schon der allgemeinen Auslegungsgrundsätze, nicht davon auszugehen ist, dass eine irgendwie geartete «absolute» Bindung an den Wortlaut besteht,<sup>45</sup> bildet dieser doch nur ein Auslegungskriterium), ist eben das Gesetz bzw. die völkerrechtliche Bestimmung «massgebend». Die Bedeutung des Grundsatzes der verfassungs- bzw. völkerrechtskonformen Auslegung kann kaum überschätzt werden, da jede rechtliche Regelung auslegungsbedürftig ist und die Fälle «klarer» Verstösse gegen die Verfassung selten sind.

---

<sup>41</sup> Allgemeine Meinung, vgl. z.B., mit näherer Begründung, MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel*, Bd. I, Rn. 1960; LOOSER, *Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle*, 531 f.; LOOSER, in: Ehrenzeller u.a., *SGK BV*, Art. 190, Rn. 6; MARTENET, in: Martenet/Dubey, *CR Cst.*, Art. 190, Rn. 12; BIAGGINI, *BV-Kommentar*, Art. 190, Rn. 8.

<sup>42</sup> Ausdrücklich etwa BGE 131 II 562 E. 3.5; BGE 137 V 273 E. 4.2.

<sup>43</sup> Zur verfassungskonformen Auslegung z.B. BGE 122 I 18 E. 2a; BGE 129 II 249 E. 5.4; BGE 132 II 234 E. 2.2; BGE 135 I 161 E. 2.1; BGE 136 I 87 E. 4.4; BGE 137 I 167 E. 6 ff.; BGE 139 I 257 E. 4.2.

<sup>44</sup> Vgl. zu diesem Grundsatz grundlegend BGE 94 I 669 E. 6a; s. sodann z.B. BGE 142 II 35 E. 3.2; BGE 125 II 417 E. 4c; BGE 128 IV 201. Aus der Literatur nur, m.w.N., TSCHUMI/SCHINDLER, in: Ehrenzeller u.a., *SGK BV*, Art. 5, Rn. 100; SCHMID, *ZaöRV* 2023, 783 ff.

<sup>45</sup> BGE 140 V 493 E. 3, 4; BGE 139 I 257 E. 4.2; BGE 131 II 217 E. 2.3. S. in diesem Zusammenhang auch MARTENET, in: Martenet/Dubey, *CR Cst.*, Art. 190, Rn. 36 ff.

22. Art. 190 BV verpflichtet das Bundesgericht (und die anderen rechtsanwendenden Behörden) nur (aber immerhin), Bundesgesetze und Völkerrecht **anzuwenden**; hingegen ist ihm **kein Prüfungsverbot** zu entnehmen, so dass insbesondere das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen und von Völkerrecht prüfen und feststellen kann.<sup>46</sup>

23. Art. 190 BV ist immer wieder Gegenstand von **Diskussionen** und **Reformvorschlägen**, da die mit dieser Bestimmung einhergehende Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene kritisch gesehen und vor diesem Hintergrund für eine Streichung oder eine «Abschwächung» des Art. 190 BV plädiert wird.<sup>47</sup> Hierbei wären allerdings neben Art. 190 BV weitere Gesichtspunkte bzw. verfassungsrechtliche Bestimmungen zu berücksichtigen. Jedenfalls ist angesichts der wiederholten Verwerfung dahingehender Bestrebungen<sup>48</sup> nicht zu erwarten, dass derartigen Vorschlägen in näherer Zukunft Erfolg beschieden sein wird.

### III. Zwischenfazit

24. Damit bleibt als Zwischenfazit festzuhalten, dass die schweizerische Bundesverfassung – abgesehen vom zwingenden Völkerrecht – **keine materiellen Schranken der Verfassungsrevision** kennt. Dies gilt auch für die «Integration» in internationale oder supranationale Gemeinschaft bzw. deren Mitgliedschaft, so dass es keine eigentlichen «Integrationsschranken» gibt. Die Grundidee hinter dieser Konzeption ist neben einer auch im internationalen Vergleich sehr starken Stellung der Bundesversammlung und den bedeutenden Volksrechten die Legitimation von Verfassungsänderungen sowie Beitritten zu supranationalen Organisationen und Organisationen kollektiver Sicherheit über das Verfahren, nämlich die notwendige Zustimmung von Volk und Ständen.

---

<sup>46</sup> BGE 144 II 147 E. 7.2; BGE 144 I 126 E. 3; BGE 137 I 128 E. 4.3.1; BGE 136 I 65 E. 3.2; BGE 131 II 697 E. 4.4; BGE 103 Ia 53 E. 1; BGE 132 I 68 E. 4.3.1; BGE 132 I 181; BGE 131 II 271 E. 7.4; BGE 117 Ib 367 E. 2e; die Literatur folgt diesem Ansatz heute einhellig, s. etwa GRIFFEL, in: Diggelmann et al., Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 2, IV.8, Rn. 30; REICH, in: Diggelmann et al., Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 2, IV.9, Rn. 57; MARTENET, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 190, Rn. 39; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rn. 383; ausführlich LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, 544 ff.

<sup>47</sup> Vgl. zur Diskussion z.B. KELLER, in: Diggelmann et al. Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 2, IV.2, Rn. 24 ff.; MARTENET, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 190, Rn. 75 ff.; LOOSER, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Art. 190, Rn. 61 ff.; LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, 1247 ff.

<sup>48</sup> Vgl. zu diesen z.B. EPINEY, in: Waldmann u.a., BSK BV, Art. 190, Rn. 8 ff.

25. Dieses System birgt durchaus die **Gefahr gewisser Friktionen** mit sich, da das Zusammenspiel der verschiedenen Mechanismen der Verfassungsänderung dazu führen kann, dass die Kohärenz der Verfassung insgesamt durch nicht aufeinander abgestimmte oder gar widersprüchliche Verfassungsbestimmungen in Mitleidenschaft gezogen wird oder / und dass über Verfassungsrevisionen mit völkervertragsrechtlichen Bindungen im Widerspruch oder in einem Spannungsverhältnis stehende Verfassungsbestimmungen Eingang in den Verfassungstext finden. Diesfalls sind die genaue Tragweite der verschiedenen verfassungsrechtlichen Bestimmungen und damit verfassungsrechtlichen Vorgaben durch Auslegung im Sinne der praktischen Konkordanz zu ermitteln, was besonders bedeutsam ist, wenn eine durch eine Volksinitiative in die Verfassung eingefügte Bestimmung in einem Spannungsverhältnis zu grundlegenden verfassungsrechtlichen Grundsätzen (wie z.B. dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns) steht. Zu beachten ist daher insbesondere, dass eine neue Verfassungsbestimmung nicht isoliert und «absolut» zu sehen ist, sondern im Gesamtzusammenhang der Verfassung auszulegen ist, was ggf. auch eine Relativierung eines *a priori* klaren Wortlauts implizieren kann; im Übrigen sind hier die anerkannten Auslegungsmethoden anzuwenden, zu welchen der «Volkswille» (im Gegensatz zur historischen Auslegung) nicht gehört. Hinzu kommt – soweit es um für die Schweiz verbindliches Völkerrecht geht – die Vielfalt des Völkerrechts selbst, die bei dessen Auslegung ebenfalls zu berücksichtigen ist. So ist es etwa denkbar, einen Handelsvertrag im Lichte menschenrechtlicher Verpflichtungen auszulegen.

26. Jedenfalls ist darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob ein verfassungsrechtlicher Auftrag durch Bundesgesetze im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben umgesetzt wurde, aufgrund des Art. 190 BV nicht gerichtlich überprüft werden kann. Auch gibt es keine Möglichkeiten, die Umsetzung von verfassungsrechtlichen Aufträgen durch das Parlament (gerichtlich) durchzusetzen, so dass es mitunter «tote Verfassungsbestimmungen» gibt (was freilich nichts an der Rechtspflicht des Parlaments zur Umsetzung ändert). Im Übrigen impliziert der Umstand, dass Volk und Stände mittels Verfassungsinitiative eine Modifikation der Bundesverfassung beschliessen können, welche dann in der Regel – es sei denn, die Bestimmung erfülle die Voraussetzung der unmittelbaren Anwendbarkeit – durch das Parlament umzusetzen ist (wobei Bundesgesetze dann wiederum dem fakultativen Referendum unterliegen), eine **«besondere Form bzw. Spielart der Gewaltenteilung»**, welche im Gesamtkontext der Kompetenzen von Volk und Ständen, Parlament und Bundesgericht zu sehen ist.

### § 3 Zur Rezeption des EU-Rechts in der Schweiz

27. Bei der Frage nach der Rezeption bzw. den Rezeptionsmechanismen des «Europarechts» ist zwischen dem «**völkerrechtlichen Europarecht**» – also völkerrechtlichen Abkommen, welche in erster Linie auf europäische Ebene abgeschlossen werden, wie z.B. die besonders bedeutende Europäische Menschenrechtskonvention,<sup>49</sup> sonstige unter der Ägide des Europarates entstandene Abkommen (wie z.B. die Datenschutzkonvention des Europarates)<sup>50</sup> oder die auf der Ebene der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen (UN-ECE) erarbeiteten Abkommen (wie z.B. die sog. Aarhus-Konvention)<sup>51</sup> – einerseits und dem **Recht der Europäischen Union** andererseits zu unterscheiden. In Bezug auf letzteres stellen sich für die Schweiz aufgrund ihrer Nicht-EU-Mitgliedschaft bei gleichzeitig zahlreichen bestehenden Abkommen mit der Europäischen Union und sonstigen Implikationen des EU-Rechts sehr spezifische Fragen.

28. Nachfolgend sollen zunächst die Rezeptionsgrundsätze, unter Einbezug der Frage nach der Normenhierarchie, skizziert werden (I.), bevor die Besonderheiten des EU-Rechts erörtert werden (II.) und auf einen (grundsätzlich denkbaren) Beitritt der Schweiz zur EU einzugehen ist (III.).

#### I. Innerstaatliche Geltung und Rang des Völker(vertrags)rechts – Grundsätze<sup>52</sup>

##### 1. Zur monistischen Konzeption

29. Sowohl in der Rechtsprechung<sup>53</sup> als auch in der Literatur<sup>54</sup> ist anerkannt, dass die schweizerische Verfassungsordnung der **monistischen Konzeption** – wonach

---

<sup>49</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

<sup>50</sup> Konvention Nr. 108 zum Schutz des Einzelnen im Hinblick auf die automatische Verarbeitung personenbezogener Daten, SR 0.235.1.

<sup>51</sup> Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, SR 0.814.07.

<sup>52</sup> Der folgende Abschnitt greift in Teilen auf frühere Untersuchungen zurück, die aufgegriffen werden, vgl. insbesondere EPINEY, Jusletter vom 10.3.2025, Rn. 13 f.

<sup>53</sup> Vgl. schon BGE 7 782; s. ansonsten etwa BGE 122 II 234 E. 4a; BGE 120 Ib 360 E. 2c; BGE 127 II 177.

<sup>54</sup> S. z.B. BESSON, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 5, Rn. 173 ff.; THÜRER, Kosmopolitisches Staatsrecht, 76 f.; ACHERMANN, in: Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, 33 (38 f.); BAUMANN, Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung, Nr. 342; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rn. 406 ff.; TSCHUMI/SCHINDLER, in: Ehrenzeller u.a.,

Völkerrecht und Landesrecht Teil einer einheitlichen Rechtsordnung sind – folgt. Somit erlangen völkerrechtliche Verträge mit ihrem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene auch landesrechtliche Geltung, und völkerrechtliche Bestimmungen können hiervon ausgehend auch unmittelbar anwendbar sein, d.h. sich nicht nur an staatliche Behörden wenden, sondern auch – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (Regelung der Rechtsstellung Einzelner, Justiziabilität und damit hinreichende Bestimmtheit sowie Verpflichtung der staatlichen Behörden) – die Rechtsstellung Einzelner regeln, die damit ihre Rechte direkt gestützt auf die einschlägige völkerrechtliche Bestimmung geltend machen können.<sup>55</sup>

## 2. Zum «Rang» des Völkerrechts in der innerstaatlichen Rechtsordnung

30. In Bezug auf den **Rang des Völkerrechts**<sup>56</sup> in der innerstaatlichen Rechtsordnung ist der Bundesverfassung keine klare Aussage zu entnehmen.<sup>57</sup> Insbesondere stellt Art. 5 Abs. 4 BV keine eigentliche Kollisionsregel dar.<sup>58</sup> Vor diesem Hintergrund ist und war die «Rangfrage» in der Schweiz Gegenstand zahlreicher Diskussionen.<sup>59</sup> Dessen ungeachtet ist festzuhalten, dass das **Bundesgericht** in einer **gefestigten Rechtsprechung** (gefolgt, trotz Kritik von Einzelaspekten, von der

---

SGK BV, Art. 5, Rn. 76; s. auch Bundesrat, Bericht Völkerrecht – Landesrecht, BBl 2010 2263 (2302).

<sup>55</sup> Vgl., z.B. BGE 118 Ia 116 f. E. 2b; BGE 124 III 91 E. 3a; BGE 19 I 16; BGE 142 II 35; BGE 148 II 169. Aus der Literatur umfassend zum Problemkreis WÜGER, Anwendbarkeit und Justiziabilität von Normen im schweizerischen Recht, *passim*; HANGARTNER, ZSR 2007 I, 137 ff.

<sup>56</sup> Zum Begriff des Völkerrechts in diesem Zusammenhang EPINEY, in: Waldmann u.a., BSK BV, Art. 5, Rn. 88 ff., m.w.N. Hinzuweisen ist insbesondere darauf, dass für den Fall, dass ein Vertrag (wie die EMRK) verbindliche gerichtliche Streitbeilegungsverfahren oder Klagemöglichkeiten vorsieht, bei der Frage nach der Tragweite der entsprechenden vertraglichen Vorgaben die entsprechenden Entscheidungen massgeblich sind und somit quasi Teil am Vorrang des Völkerrechts haben.

<sup>57</sup> Immerhin bringen jedoch verschiedene verfassungsrechtliche Bestimmungen eine grosse Offenheit gegenüber dem Völkerrecht zum Ausdruck, und insgesamt lässt eine Gesamtschau der diesbezüglichen Bestimmungen der Bundesverfassung eine bemerkenswerte Offenheit der Verfassungsordnung in Bezug auf die Einbindung in die internationale Gemeinschaft und einen hohen Stellenwert des Völkerrechts erkennen. Vgl. im Einzelnen EPINEY, in: Waldmann u.a., BSK BV, Art. 5, Rn. 84. Allgemein zur Einbindung der Schweiz in die internationale Gemeinschaft OESCH, in: Diggelmann et al., Verfassungsrecht der Schweiz, I.6.

<sup>58</sup> Vgl. EPINEY, in: Waldmann u.a., BSK BV, Art. 5, Rn. 85, m.w.N. So auch die Rechtsprechung, vgl. BGE 136 II 241 E. 16.1. Ebenfalls in diese Richtung Bundesrat, Botschaft zur Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355, 5370 f.

<sup>59</sup> Vgl. die Ausführungen und weiteren Nachweise bei BESSON, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 5, Rn. 137 ff.; EPINEY, in: Waldmann u.a., BSK BV, Art. 5, Rn. 77 ff.;

herrschenden Lehre in der Literatur)<sup>60</sup> diesbezüglich<sup>61</sup> klare Grundsätze entwickelt hat, die vom prinzipiellen Vorrang des Völkerrechts ausgehen, wobei jedoch bei Einzelfragen noch Klärungsbedarf besteht<sup>62</sup> und in Bezug auf die genaue dogmatische Begründung gewisse Unklarheiten zu verzeichnen sind.<sup>63</sup>

**31. Zu unterscheiden** ist dabei zwischen dem Verhältnis von Völkerrecht und Bundesgesetzen (a) und demjenigen von Völkerrecht und Verfassung (b).<sup>64</sup>

---

TSCHUMI/SCHINDLER, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Art. 5, Rn. 82 ff.; s. auch Bundesrat, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2263; Bundesrat, Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht, BBl 2011 3613 ff.; Bundesrat, Stärkung der präventiven Rechtskontrolle, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2187 ff.; Bundesrat, Botschaft zur Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355 ff. Die Diskussion ist unter anderem vor dem Hintergrund der Lancierung und teilweisen Annahme verschiedener Volksinitiativen, die in Konflikt zu völkerrechtlichen Pflichten der Schweiz standen bzw. zu diesen zumindest ein gewisses Spannungsverhältnis aufweisen, gewisser Klarstellungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (s. insbesondere BGE 139 I 16; zu diesem Urteil und der diesbezüglichen Diskussion, m.w.N., EPINEY, Jusletter vom 18.3.2013; EPINEY, Jusletter vom 6.10.2014) sowie der Lancierung der sog. Selbstbestimmungsinitiative (vgl. Bundesrat, Botschaft zur Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355 ff.; aus der Literatur z.B. KOLB, SZIER 2016, 567 ff.) zu sehen. Nach der klaren Ablehnung dieser Initiative durch Volk und Stände im November 2018 ist es um diese Frage aber wieder deutlich ruhiger geworden.

<sup>60</sup> Vgl. im Einzelnen, m.w.N., EPINEY, in: Waldmann u.a., BSK BV, Art. 5, Rn. 84 ff.; OESCH, in: Diggelmann et al., Verfassungsrecht der Schweiz, I.6, Rn. 12; OESCH/BADEA, LA Regina Kiener, 97 ff.

<sup>61</sup> Wobei es in erster Linie um die Stellung völkervertragsrechtlicher Bestimmungen im Verhältnis zur Bundesverfassung und zu Bundesgesetzen geht. Nach einhelliger Ansicht und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt dem Völkerrecht jedenfalls Vorrang vor Verordnungen des Bundesrates sowie kantonalem Recht jeder Stufe zu (letzteres dürfte sich schon aus Art. 49 BV ergeben), vgl. nur KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht, 118 f.; BESSON, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 5, Rn. 184.

<sup>62</sup> So insbesondere in Bezug auf die sog. Gegen Ausnahme bzw. die Ausnahme von der Schubert-Rechtsprechung; s. hierzu die Zusammenstellung zumindest der wichtigsten offenen Fragen bei OESCH/BADEA, LA Kiener, 97 (101 f.); s. insoweit noch unten Rn. 68.

<sup>63</sup> Könnte die Rechtsprechung doch dahingehend ausgelegt werden, dass sich der Vorrang aus dem Völkerrecht ergebe. S. insbesondere BGE 142 II 35, wo das Bundesgericht zur Begründung des Vorrangs auf Art. 27 WVK hinweist. Dem Völkerrecht selbst sind jedoch keine Vorgaben für die innerstaatliche Normenhierarchie zu entnehmen; es verlangt nur (aber immerhin) die effektive Beachtung. Vgl. hierzu EPINEY, Jusletter vom 14.3.2016, Rn. 7, 24 ff.

<sup>64</sup> Wobei zwingendes Völkerrecht in jedem Fall widersprechendem nationalen Recht vorgeht, vgl. nur Bundesrat, Botschaft zur Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355, 5370.

## a. Bundesgesetze und Völker(vertrags)recht

32. In Bezug auf das Verhältnis von **Bundesgesetzen und Völkerrecht** kommt letzterem – soweit sich ein Konflikt nicht durch eine völkerrechtskonforme Auslegung vermeiden lässt<sup>65</sup> – **grundsätzlich Vorrang** zu, der sich auch auf spätere Bundesgesetze bezieht, so dass die *Lex-posterior*-Regel nicht zur Anwendung kommt.<sup>66</sup>

33. Hiervon ist jedoch dann ausnahmsweise abzuweichen, wenn der Bundesgesetzgeber «bewusst» gegen das Völkerrecht verstossen wollte bzw. sich «bewusst» und eingehend mit der Frage nach der Völkerrechtskonformität auseinandergesetzt und die Nonkonformität in Kauf genommen hat; diesfalls sind das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden an das völkerrechtswidrige Bundesgesetz gebunden (sog. **Schubert-Rechtsprechung**).<sup>67</sup>

34. Im Verhältnis von Bundesgesetzen und staatsvertraglich gewährleisteten Menschenrechtsverträgen gilt aber eine «**Gegenausnahme**», so dass letztere in jedem Fall vorrangig (auch im Verhältnis zu «bewusst» gegen ihre Vorgaben verstossenden Bundesgesetzen) anzuwenden sind.<sup>68</sup> Dies dürfte im Wesentlichen auf der überragenden Bedeutung derartiger Abkommen sowie dem Umstand, dass hier Rechte Einzelner betroffen sind, beruhen, was es rechtfertigt, die Schubert-

---

<sup>65</sup> Letzteres ist im Übrigen schon aufgrund der Flexibilität vieler völkerrechtlicher Vorgaben die Ausnahme, hierzu nur, m.w.N., KELLER/LANTER/FISCHER, ZBl 2008, 121 (139 ff.).

<sup>66</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung, wenn auch mitunter mit unterschiedlicher Akzentsetzung, BGE 125 II 417 E. 4d; BGE 128 IV 201 E. 1.3; BGE 122 II 485 E. 3a; BGE 122 III 414 E. 3a; BGE 125 III 209 E. 6e; BGE 136 II 241 E. 16.1; BGE 119 V 171 E. 4; BGE 138 II 524 E. 5.1; BGE 139 I 16 E. 5.1; BGE 142 II 35; BGE 144 I 126 E. 3; BGE 144 II 293 E. 6.3.

<sup>67</sup> Grundlegend BGE 99 Ib 39 E. 4; bestätigt z.B. in BGE 112 II 1 E. 8; 118 Ib 277 E. 3b; BGE 139 I 16. Zur Schubert-Rechtsprechung und der nachfolgenden Rechtsprechungsentwicklung instruktiv BAUMANN, AJP 2010, 1009 ff., m.w.N. Zu den Voraussetzungen des Greifens der Schubert-Praxis die erfreulichen Klarstellungen in BGE 138 II 524 E. 5.3.2, wo das Bundesgericht einen generellen Verweis auf eine allgemeine Diskussion der völkerrechtlichen Aspekte nicht genügen liess, sondern festhielt, es sei eine eingehende Thematisierung des möglichen Verstosses gegen Völkerrecht notwendig, unter Einschluss seiner Implikationen; in eine ähnliche Richtung BGE 148 II 169.

<sup>68</sup> BGE 117 Ib 367 E. 2; BGE 125 II 417 E. 4d (sog. PKK-Entscheid; das Bundesgericht betonte hier, ein Konflikt zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag und einem Bundesgesetz sei unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten und in den Art. 26 f. WVK kodifizierten Grundsätze des Völkerrechts zu lösen; diese Grundsätze seien für sämtliche Staatsorgane bindend, so dass im Konfliktfall das Völkerrecht grundsätzlich dem Landesrecht vorgehe); unklar jedoch BGE 136 III 168 E. 3.3.4; BGE 136 II 120; den PKK-Entscheid ausdrücklich bestätigend BGE 131 II 352 E. 1.3.1; BGE 136 II 241 E. 16.1; BGE 129 II 193; BGE 139 I 16 E. 5.1; siehe auch BGE 135 II 243 E. 3.1; BGE 128 III 113 E. 3a; BGE 128 IV 201 E.1.2; BGer, 2C\_459/2011, 26.4.2012; BGE 148 II 169.

Rechtsprechung – die ihrerseits letztlich auf pragmatischen und politischen Erwägungen beruhen dürfte und insofern als Ausdruck einer *Political-Question*-Doktrin angesehen werden kann – hier nicht heranzuziehen. Die jüngere Rechtsprechung hat diese «Gegenausnahme» auf das Freizügigkeitsabkommen ausgedehnt,<sup>69</sup> und in einem das Dublin-Assoziierungsabkommen betreffenden kürzlich ergangenen Urteil<sup>70</sup> spricht das Bundesgericht davon, dass vom Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts «nach einer älteren – weitgehend nicht mehr anwendbaren – Rechtsprechung» dann eine Ausnahme zum Zuge kommen könne, «wenn der Gesetzgeber bewusst die völkerrechtliche Verpflichtung missachten und insofern die politische Verantwortung hierfür übernehmen will»<sup>71</sup>. Jedenfalls könne diese Ausnahme aber dann nicht herangezogen werden, wenn – «wie hier im Rahmen eines Freiheitsentzugs» – menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz in Frage stünden,<sup>72</sup> so dass in einer solchen Konstellation die völkerrechtliche Bestimmung der abweichenden nationalen Norm auch dann vorgehe, wenn der Gesetzgeber von den völkerrechtlichen Vorgaben abweichen wollte.<sup>73</sup>

## b. Völker(vertrags)recht und Verfassungsrecht

35. Soweit es um Konflikte zwischen **Völkerrecht und (späterem) Verfassungsrecht** geht, ist **Art. 190 BV** heranzuziehen: Danach ist das Völkerrecht (neben den Bundesgesetzen) «massgebend», so dass im Falle eines Konflikts dieses anzuwenden ist und die entsprechende Verfassungsbestimmung unanwendbar ist,<sup>74</sup> was auch für unmittelbar anwendbare Verfassungsbestimmungen gelten muss. In der Sache kommt damit völkerrechtlichen Verträgen ein umfassender (Anwendungs-)Vorrang vor diesen ggf. widersprechenden Verfassungsbestimmungen zu, was auch in Bezug auf jüngere und unmittelbar anwendbare Verfassungsbestimmungen gilt. Die «Schubert»-Praxis ist damit in Bezug auf Verfassungsrecht nicht relevant.

---

<sup>69</sup> BGE 142 II 35. Die Begründung wirft jedoch einige Fragen auf, vgl. hierzu EPINEY, Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, 3 (18 ff.).

<sup>70</sup> BGE 148 II 169.

<sup>71</sup> BGE 148 II 169 E. 5.2, wobei das Bundesgericht auf BGE 99 Ib 39 E. 3, 4 («Schubert»-Praxis) sowie auf BGE 138 II 524 E. 5.3.2 verweist.

<sup>72</sup> Hier verweist das Bundesgericht auf BGE 125 II 417 E. 4d («PKK»-Urteil) sowie auf BGE 139 I 16 E. 5.1 und BGE 142 II 35 E. 3.2.

<sup>73</sup> Das Urteil wirft verschiedene Fragen auf, vgl. im Einzelnen EPINEY, AJP 2023, 699 ff. S. auch noch unten Rn. 68.

<sup>74</sup> BGE 133 II 450 E. 6; BGE 133 II 460; BGE 133 V 233 E. 3.5; BGE 139 I 16 E. 5.2 f.

36. Zwar wird dieser vom Bundesgericht vertretene Ansatz in der Lehre und vom Bundesrat **teilweise kritisiert**;<sup>75</sup> zu **überzeugen** vermag diese **Kritik jedoch nicht**: Denn Art. 190 BV regelt grundsätzlich die Frage, wie im Falle eines Konflikts zwischen Völkerrecht und Verfassung umzugehen ist, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass jede punktuelle Verfassungsrevision – die eine bestimmte Sachfrage betrifft – auch die Tragweite dieser Bestimmung modifiziert, unterscheidet sich doch der Regelungsgegenstand dieser Vorschrift von demjenigen konkreter verfassungsrechtlicher Normen.<sup>76</sup>

37. Obwohl die Rechtslage somit grundsätzlich klar ist, ist nicht zu verkennen, dass sie insofern als unbefriedigend angesehen werden kann, als sie impliziert, dass **angenommene Verfassungsinitiativen**, die **gegen Völkerrecht** verstossen, **nicht angewendet** werden können bzw. dürfen, ein Problemkreis, der insbesondere im Zusammenhang mit gegen die EMRK oder/und das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU verstossenden, von Volk und Ständen angenommenen Initiativen relevant geworden ist. Erwähnt seien insbesondere die sog. Verwahrungsinitiative<sup>77</sup>, die Minarettinitiative<sup>78</sup>, die Ausschaffungsinitiative<sup>79</sup>, die Masseneinwanderungsinitiative<sup>80</sup> und die Initiative zum Verhüllungsverbot<sup>81, 82</sup>.

38. Vor diesem Hintergrund wurden (und werden) immer wieder weitere Ungültigkeitsgründe für Volksinitiativen und auch sonstige Reformen diskutiert;<sup>83</sup> indessen ist nicht zu erwarten, dass die Verfassung diesbezüglich in nächster Zeit

---

<sup>75</sup> Vgl. BAUMANN, ZBl 2010, 241 (260 ff.), der für einen Vorrang einer neueren, unmittelbar anwendbaren Verfassungsbestimmung in Bezug auf einen älteren Staatsvertrag eintritt; in diese Richtung wohl auch Bundesrat, Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht, BBl 2011 3613 (3658), wobei er diesen Ansatz aber später zumindest etwas relativiert, vgl. Bundesrat, Botschaft zur Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355, 5371 ff.; s. auch CIRIGLIANO, Jusletter vom 1.3.2010, Rn. 31 ff., der von einem Vorrang neuer, durch Volksinitiative eingeführter Verfassungsbestimmungen ausgeht. S. sodann die Darstellung des Meinungsstands in der Doktrin bei KÜNZLI, ZSR 2009 I, 47 (70 f.).

<sup>76</sup> Im Ergebnis ebenso etwa KÜNZLI, ZSR 2009 I, 47 (70 ff.); KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht, 128 ff.; AUER/TORNAY, AJP 2007, 740 (745 f.); BENOÎT, ZSR 2009 I, 453 (468 f.); KIENER/KRÜSI, ZBl 2009, 237 (250); HANGARTNER, AJP 2013, 698 (702 f.); MALINVERNI, FS Andreas Auer, 453 (462 f.).

<sup>77</sup> Art. 123a BV.

<sup>78</sup> Art. 72 Abs. 3 BV.

<sup>79</sup> Art. 121 Abs. 3–6 BV.

<sup>80</sup> Art. 121a BV.

<sup>81</sup> Art. 10a BV.

<sup>82</sup> Vgl. für einen Überblick über in dieser Beziehung problematische Initiativen und die Praxis der Bundesbehörden, m.w.N., EHRENZELLER/GERTSCH, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Art. 139, Rn. 54.

<sup>83</sup> S. die Zusammenstellung bei EPINEY/FREI/DIEZIG, in: Waldmann u.a., BSK BV, Art. 139, Rn. 39, m.w.N.

geändert wird. Damit wird es bis auf Weiteres wohl dabei bleiben, dass auf der Grundlage der geltenden Rechtslage wegen eines Verstosses gegen Völkerrecht nicht anwendbare Verfassungsbestimmungen «hinzunehmen» sind, was im Hinblick auf die Verfassungsästhetik unschön ist; gleichzeitig kann mit guten Gründen vertreten werden, dass die derzeitige Lösung durchaus einen gewissen **Ausgleich** zwischen dem schon aufgrund des Rechtsstaatsprinzips grundsätzlich zum Zuge kommenden **Vorrang des Völkerrechts** einerseits und dem **Initiativrecht** als Ausfluss des Demokratieprinzips andererseits zu gewährleisten vermag. Es ist aber nicht zu verkennen, dass dieses System – das alles in allem recht gut funktioniert – nur dann tragbar ist, wenn die mit ihm einhergehenden möglichen Inkohärenzen und Spannungsfelder nicht überhandnehmen, was letztlich auch von einem verantwortungsvollen Gebrauch des Initiativrechts durch die genügend einflussreichen politischen Kräfte abhängt. Insofern lebt auch dieser Aspekt der Demokratie von Voraussetzungen, die sie nur bedingt gewährleisten kann.

## II. Rezeption des EU-Rechts – *status quo* und Perspektiven

39. Die **Schweiz** ist als **Nicht-EU-Mitgliedstaat** selbstverständlich nicht an das **EU-Recht** als solches gebunden. Indessen ist dieses – unter Einschluss seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof – gleichwohl in verschiedener Hinsicht für die Schweiz **relevant** oder gar – aufgrund völkervertragsrechtlicher Vorgaben – im Ergebnis zu beachten. Mit Blick auf die Rezeptionsmechanismen ist auf drei Themenkreise einzugehen: Rezeption über völkerrechtliche Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, nämlich die sog. Bilateralen Abkommen (1.), eine «Harmonisierung» über völkerrechtliche Abkommen, bei denen sowohl die EU als auch die Schweiz Vertragsparteien sind (2.), und der sog. «autonome Nachvollzug» (3.).<sup>84</sup>

### 1. Zu den Bilateralen Abkommen

#### a. *Status quo*<sup>85</sup>

40. Seit der Ablehnung des EWR-Beitritts durch Volk und Stände am 6.12.1992 beruhen die **Beziehungen der Schweiz zur EU** auf dem sog **bilateralen Ansatz**

---

<sup>84</sup> Daneben entfaltet das Unionsrecht auch in der Schweiz im Zuge rechtsvergleichender Mechanismen Auswirkungen; dies ist jedoch keine Besonderheit des Unionsrechts, sondern gilt auch für ausländische nationale Rechtsordnungen, so dass dieser Themenkreis hier ausgespart werden soll.

<sup>85</sup> Dieser Abschnitt beruht teilweise auf bereits durchgeführten Untersuchungen, die aufgegriffen werden. S. insbesondere EPINEY, in: Brexit. Privat- und wirtschaftsrechtliche Folgen, 201 ff.; EPINEY, EuZ 2021, 4 ff.

– bilateral insofern, als auf der einen Seite die Schweiz, auf der anderen die EU und (teilweise) ihre Mitgliedstaaten stehen, dies im Gegensatz zum EWR, der die Beziehungen einer (immer kleiner gewordenen) Staatengruppe (der EFTA-Staaten, ausser der Schweiz) zur EU regelt. Inzwischen gibt es **zwei «Pakete» sog. Bilateralen Abkommen**,<sup>86</sup> die sektoriell eine Reihe von Bereichen regeln; hinzu kommen zahlreiche **weitere Verträge**, in jüngerer Zeit z.B. das sog Zollsicherheitsübereinkommen,<sup>87</sup> das «Europol-Abkommen» (2004)<sup>88</sup> oder das Wettbewerbsabkommen (2013),<sup>89</sup> in der Vergangenheit etwa das Freihandelsabkommen aus dem Jahr 1972<sup>90</sup> oder das Versicherungsabkommen aus dem Jahr 1989.<sup>91</sup> Damit sind die Beziehungen der Schweiz zur EU durch ein **sehr komplexes Vertragswerk** von rund 140 Abkommen geregelt, wobei jedoch den Bilateralen Abkommen sowohl im vorliegenden Kontext als auch aus einer allgemeinen (rechtlichen, politischen und wirtschaftlichen) Perspektive besondere Bedeutung zukommt.<sup>92</sup>

**41.** Das **erste «Paket»** der sog. bilateralen und sektoriellen Abkommen zwischen der EU bzw. ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits wurde am **21.6.1999 unterzeichnet** und trat am **1.6.2002 in Kraft**.<sup>93</sup> Es betrifft folgende **Bereiche**: Personenfreizügigkeit, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Auftragswesen.

---

<sup>86</sup> Der Ausdruck «Bilaterale Abkommen» ist im Gegensatz zu dem als multilateral angesehenen Ansatz insbesondere des EWR zu sehen. Aus rechtlicher Sicht ist er jedoch zumindest ungenau, da die Abkommen teilweise sog. gemischte Abkommen sind (und somit neben der Union auch die Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind), so dass es insofern um multilaterale Abkommen geht). Vor diesem Hintergrund trifft der Ausdruck «sektorielle Abkommen» die Rechtslage eigentlich besser, da er Bezug auf die bereichsspezifische Regelung der verschiedenen Dossiers nimmt. Gleichwohl werden im Folgenden die inzwischen gebräuchlichen Ausdrücke «Bilaterale I» und «Bilaterale II» verwandt.

<sup>87</sup> Abkommen über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen («24-Stunden-Regel»), SR 0.631.242.05.

<sup>88</sup> Abkommen zwischen der Schweiz und dem Europäischen Polizeiamt, SR 0.362.2.

<sup>89</sup> Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsrechte, SR 0.251.268.1.

<sup>90</sup> Abkommen zwischen der Schweiz und der EWG, SR 0.632.401.

<sup>91</sup> Abkommen zwischen der Schweiz und der EWG betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung, SR 0.961.1.

<sup>92</sup> Vgl. ausführlich, m.w.N., zu den Bilateralen Abkommen jüngst OESCH, Schweiz – EU, Rn. 29 ff.; s. weiter – mit einem Akzent auf der Rechtsübernahme und der Auslegung – EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, *passim*; s. auch den Überblick bei EPINEY, in: Brexit, 201 ff.; KADDOUS, in: Enzyklopädie Europarecht (EnzEuR), Bd. 1, § 30.

<sup>93</sup> Für die Texte aller Abkommen s. BBl 1999, 6489 ff.; ABl. 2002 L 114, 1 ff.

42. Bald nach Abschluss der «Bilateralen I» wurden die Verhandlungen zu den «Bilateralen II» aufgenommen; im **Oktober 2004** wurde dieses **zweite Paket** unterzeichnet, und die einzelnen Abkommen traten danach (abgesehen vom noch nicht in Kraft getretenen, aber vorläufig angewendeten Betrugsabkommen) zu unterschiedlichen Zeitpunkten im Zuge der Ratifikation in Kraft.<sup>94</sup> Inhaltlich befassen sich die Bilateralen II einerseits mit den «Restthemen» (*left overs*) der Bilateralen I, andererseits betreffen sie neue politische Anliegen beider Seiten. Auf dieser Grundlage umfasst das Paket der Bilateralen II – nach der Zurückstellung des Dienstleistungs dossiers – verschiedene Bereiche sehr unterschiedlicher Bedeutung.<sup>95</sup> In unserem Zusammenhang ist die Assoziierung an den Schengen/Dublin-Acquis von besonderer Bedeutung.<sup>96</sup>

43. Einige der Abkommen der Schweiz mit der Union (insbesondere fünf Abkommen der «Bilateralen I» sowie die Schengen/Dublin-Assoziierung) sehen eine teilweise **Teilnahme der Schweiz am EU-Binnenmarkt oder an anderen Bereichen des EU-Rechts** und damit an dem entsprechenden unionsrechtlichen Besitzstand vor, der letztlich übernommen wird. Dabei ist die Frage nach der genauen **Reichweite der «Übernahme» von Teilen des unionsrechtlichen Besitzstands** in das jeweilige (bilaterale) Abkommen auf der Grundlage des Gegenstands bzw. des materiellen Anwendungsbereichs eines Abkommens zu sehen: Da die betreffenden (Binnenmarkt-) Abkommen die «Integration» der Schweiz in einen Teil des Unionsrechts anstrebt, erfolgt eine relativ weitgehende Anlehnung an das bereits bestehende Unionsrecht. Dessen Umfang wird einerseits durch den eigentlichen Regelungszweck bzw. -schwerpunkt des jeweiligen Abkommens, andererseits durch mit diesen in enger Verbindung stehenden Bereichen bestimmt.

44. Auch wenn die Formulierungen mitunter in den verschiedenen Abkommen teilweise variieren (so insbesondere in Bezug auf die Frage der Relevanz der Rechtsprechung des EuGH), ist der **Mechanismus der «Integration» des betreffenden unionsrechtlichen Besitzstands in die Abkommen** sowie die (mögliche) **Weiterentwicklung der Abkommen** durch die Übernahme revidierten Unionsrechts doch in den Abkommen im Wesentlichen parallel ausgestaltet:

---

<sup>94</sup> Text und Botschaft zu den Bilateralen II in BBl 2004, 5965 ff.

<sup>95</sup> Im Einzelnen geht es um folgende Themata: Besteuerung der Ruhegehälter von in der Schweiz ansässigen EU-Beamten; verarbeitete Landwirtschaftsprodukte; Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur; Zusammenarbeit im Bereich der Statistik; Teilnahme der Schweiz an verschiedenen Programmen in den Bereichen Bildung, Berufsbildung und Jugend; Teilnahme an «Dublin» und am «Schengen-acquis»; Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung.

<sup>96</sup> Zu diesem Abkommen EPINEY/MEIER/EGBUNA-JOSS, in: Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, 903 ff.; OESCH, Schweiz – EU, Rn. 259 ff.

- Soweit es um die Übernahme des einschlägigen unionsrechtlichen Besitzstands zum **Zeitpunkt der Unterzeichnung** geht, **verweisen** die Abkommen (in der Regel in Anhängen) entweder **direkt auf Sekundärrechtsakte des EU-Rechts**<sup>97</sup> oder aber die entsprechenden abkommensrechtlichen Bestimmungen übernehmen unionsrechtliche Bestimmungen durch eine **Anlehnung der Formulierung abkommensrechtlicher Bestimmungen an unionsrechtliche Regelungen**.<sup>98</sup> Abgesehen von derartigen, sich vom Unionsrecht inspirierenden abkommensrechtlichen Bestimmungen enthalten die bilateralen Abkommen aber auch «autonome» Bestimmungen, also solche, die sich nicht in irgendeiner Form an den unionsrechtlichen Besitzstand anlehnen.

Im Falle des **Verweises auf Sekundärrecht** stellen sich mitunter komplexe und bislang kaum geklärte Rechtsfragen, falls in den entsprechenden Sekundärrechtsakten auf andere Sekundärrechtsakte, welche jedoch nicht in den Anhängen figurieren, verwiesen wird, oder falls ein Sekundärrechtsakt durch einen neuen Sekundärrechtsakt ersetzt wird, der seinerseits vorsieht, dass Verweise auf ersteren in Zukunft als Verweis auf letzteren zu verstehen sind.<sup>99</sup> Auch fragt es sich, ob und inwieweit die EU-Grundrechte im Rahmen der Bilateralen Abkommen relevant sein können.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> Indem insbesondere in Anhängen zu einem Abkommen Sekundärrechtsakte aufgeführt werden, die die Schweiz entweder wie ein EU-Mitgliedstaat («Integrationsmethode») oder im Ergebnis («Äquivalenzmethode») anzuwenden hat. S. z.B. Anhang II, III Personenfreizügigkeitsabkommen oder Anhang I Landverkehrsabkommen. Anzumerken ist, dass auch bei Abkommen, welche auf der Äquivalenzmethode beruhen, das in diese übernommene EU-Recht mitunter in der Schweiz als solches angewandt wird (wie insbesondere im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens, in dessen Rahmen die Verordnungen zur sozialen Sicherheit überführt wurden, die von der Rechtsprechung unmittelbar angewandt werden. Vgl. z.B. BGE 149 V 97; BGE 149 V 136. Insofern sollte die Unterscheidung zwischen beiden Methoden nicht überbewertet werden. Vgl. insoweit auch noch unten Rn. 58.

<sup>98</sup> Vgl. z.B. Anhang I Personenfreizügigkeitsabkommen, das teilweise wörtlich unionsrechtliche Bestimmungen übernimmt.

<sup>99</sup> Vgl. im Einzelnen zu dieser Problematik EPINEY, Jusletter vom 11.9.2017, Rn. 22 ff.

<sup>100</sup> Zwar nimmt keines der Bilateralen Abkommen, in welcher Form auch immer, auf die EU-Grundrechte als solche Bezug, so dass diese als solche keinen Anteil an dem unionsrechtlichen Besitzstand, der Eingang in die Abkommen gefunden hat, haben. Nichtsdestotrotz können sie im Rahmen der Abkommen relevant und zu beachten sein: Denn die EU-Grundrechte sind nach Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta (wobei dieser Grundsatz auch schon vor der primärrechtlich vorgesehenen Verbindlichkeit der Charta aufgrund der allgemeinen Rechtsgrundsätze galt) insbesondere bei Auslegung und Anwendung des EU-Sekundärrechts zu beachten. Soweit letzteres nun in Anhängen der Bilateralen Abkommen figuriert und somit letztlich durch die Schweiz zu beachten ist, sind die EU-Grundrechte im Ergebnis Teil des übernommenen Besitzstands, allerdings nur soweit es um die Auslegung und Anwendung von in die Abkommen übernommenen EU-Rechtsakten geht. Vgl. ausführlich zu diesem Ansatz EPINEY, in: 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat, 141 ff.; daran anknüpfend und i.Erg. ähnlich OESCH, ZBI 2014, 171 ff.; OESCH/NAEF, ZSR

- Wird das in ein Abkommen übernommene Unionsrecht modifiziert, so findet diese Modifikation nicht «automatisch» Eingang in das Abkommen. Allerdings sehen die Abkommen vor dem Hintergrund, dass ihre Zielsetzung auch darin besteht, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage wie innerhalb der EU zu gewährleisten, **spezifische Bestimmungen für die Übernahme neuer legislativer Bestimmungen des EU-Rechts** vor, wobei diese grundsätzlich nur dann zum Zuge kommen, wenn der Verweis auf den unionsrechtlichen Besitzstand durch eine Bezugnahme auf Sekundärrechtsakte erfolgt. Im Einzelnen können **drei Kategorien von Übernahmemechanismen** weiterentwickelten EU-Rechts unterschieden werden:
  - Erstens wird in zahlreichen Abkommen dem aus Vertretern der Vertragsparteien zusammengesetzten **Gemischten Ausschuss** (der einstimmig entscheidet) die Kompetenz eingeräumt, die entsprechenden **Anhänge** des betreffenden Abkommens zu modifizieren, dies aber in der Regel nur, soweit in den Anhängen «direkt» auf EU-Sekundärrechtsakte verwiesen wird, so dass Vertragsbestimmungen (inkl. der Anhänge), welche EU-Recht ausformuliert übernehmen bzw. an dieses anknüpfen (wie z.B. Anhang I des Personenfreizügigkeitsabkommens), auf diesem Weg nicht geändert werden können, sondern eine eigentliche Anpassung des Vertrages notwendig ist. Zwar wurden die entsprechenden Abkommen in der Vergangenheit sehr häufig auf diesem Weg geändert; indessen ist es in verschiedenen Konstellationen und aufgrund verschiedener Gründe auch möglich, dass Bilaterale Abkommen Verweise auf EU-Sekundärrechtsakte enthalten, diese jedoch im Zuge der Weiterentwicklung der unionsrechtsrechtlichen Rechtsakte nicht angepasst werden (können), so dass im Ergebnis innerhalb der Union vollumfänglich der neue Rechtsakt bzw. die neuen rechtlichen Grundlagen zum Zuge kommen, während in Bezug zur Schweiz die «alte» Rechtslage massgeblich ist. Diese Situation impliziert ein gewisses Spannungsverhältnis zur Zielsetzung der Abkommen, in den betreffenden Gebieten im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage wie innerhalb der Union sicherzustellen. Zu betonen ist jedoch, dass die Auslegung der Abkommen dazu führen kann, dass auch nicht übernommene Weiterentwicklungen des Unionsrechts und die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH für die Ermittlung der Tragweite der abkommensrechtlichen Pflichten relevant sein können. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die neuen Regelungen an bereits

---

2017 I 117 ff. Allerdings wurde diese Frage durch die Rechtsprechung noch nicht entschieden.

bestehende Bestimmungen anknüpfen oder die Rechtsprechung des EuGH kodifizieren.<sup>101</sup>

- Zweitens besteht teilweise eine **grundsätzliche Pflicht der Schweiz zur Übernahme auch der Weiterentwicklungen** des unionsrechtlichen Besitzstands, wobei es der Schweiz aber unbenommen bleibt, die Weiterentwicklungen unter Durchlaufen der ordentlichen (Gesetzgebungs-)Verfahren «umzusetzen» (sog. «dynamische Rechtsübernahme»). Erfolgt jedoch keine Übernahme bestimmter Weiterentwicklungen, wird das Abkommen grundsätzlich – nach Ablauf einer bestimmten Frist – beendet, es sei denn, die Vertragsparteien entscheiden einvernehmlich etwas anderes. Damit geht zwar auch dieses Modell nicht von einer «automatischen» Übernahmespflicht der einschlägigen Weiterentwicklungen des Unionsrechts aus; im Falle des Scheiterns einer solchen Übernahme jedoch droht mit der **Beendigung des Abkommens** eine «Sanktion». Vor diesem Hintergrund lässt dieser Mechanismus der Schweiz im Ergebnis relativ wenig bzw. kaum einen Spielraum, soweit die Übernahme der entsprechenden Weiterentwicklungen selbst betroffen ist, da im Falle einer Ablehnung das gesamte Abkommen infrage gestellt wird. Indessen ist zu beachten, dass die unionsrechtlichen Vorgaben häufig nicht zu unterschätzende Handlungsspielräume einräumen. Verankert wurde dieses Modell bislang in der Schengen-/Dublin-Assoziierung.
- Drittens sieht ein ähnliches, aber weniger weitgehendes Modell zwar keine Beendigung des Abkommens im Falle fehlender Übernahme vor, ermöglicht aber der EU, bei einem Ausbleiben der Übernahme von Weiterentwicklungen des Unionsrechts **verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen** zu ergreifen, wobei der Gemischte Ausschuss ein Schiedsgericht anrufen kann, um die Verhältnismässigkeit solcher Ausgleichsmassnahmen zu überprüfen. Dieses Modell wurde bislang erst bei einem neueren Abkommen, nämlich dem Abkommen über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen («24-Stunden-Regel»),<sup>102</sup> herangezogen. Es soll aber im Rahmen der «Bilateralen III»<sup>103</sup> in Zukunft für alle Binnenmarkt-Abkommen zum Zuge kommen.

45. Soweit eine grundsätzliche (dynamische) Übernahmespflicht besteht, ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein bestimmter (neuer) EU-Rechtsakt eine

---

<sup>101</sup> Vgl. insoweit die Präzisierungen bei EPINEY, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 81 (98 ff.).

<sup>102</sup> Abkommen über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen («24-Stunden-Regel»), SR 0.631.242.05.

<sup>103</sup> Vgl. unten Rn. 56 ff.

**Weiterentwicklung des von einem Abkommen erfassten unionsrechtlichen Besitzstands** darstellt, für die Tragweite dieser Rechtspflicht von zentraler Bedeutung. Ihre Beantwortung kann aber mitunter schwierig und umstritten sein. So betrachtet die Union z.B. die neue Datenschutzgrundverordnung<sup>104</sup> nicht als Weiterentwicklung der Schengen-/Dublin-Assoziierung, dies obwohl die mit dieser Verordnung aufgehobene Datenschutzrichtlinie<sup>105</sup> Teil des von dieser Assoziierung erfassten EU-Besitzstands ist.<sup>106</sup> Jedenfalls könnte der EuGH mit dieser Problematik befasst werden, da die Frage, ob ein bestimmter Rechtsakt eine Weiterentwicklung des Unionsbesitzstands im Sinn des jeweiligen Abkommens ist, eine Frage nach der Auslegung des betreffenden, von der Union abgeschlossenen Vertrags ist. Bislang liegt jedoch zu dieser Problematik noch keine Rechtsprechung vor.

**46.** Im Ergebnis dürfte die Frage nach dem **Vorliegen einer Weiterentwicklung des vom Anwendungsbereich eines der Bilateralen Abkommen umfassten Besitzstands im Einzelfall** auf der Grundlage einer Analyse der **rechtlichen Tragweite** einerseits des in Frage stehenden Unionsrechts, das in das jeweilige Abkommen überführt wurde, andererseits des neu erlassenen Unionsrechts zu eruieren sein. In aller Regel wird eine Weiterentwicklung immer dann vorliegen, wenn ein Sekundärrechtsakt, auf den in dem betreffenden Abkommen hingewiesen wird, modifiziert wird. Allerdings kann auch bei neuen Rechtsakten eine solche Weiterentwicklung anzunehmen sein, und nicht jede Modifikation eines in ein erfasstes Abkommen integrierten Sekundärrechtsakts muss immer zwingend als eine Weiterentwicklung des betreffenden unionsrechtlichen Besitzstands im Sinne des betreffenden Abkommens anzusehen sein. Auch ist es denkbar, dass ein neuer EU-Rechtsakt nur teilweise eine Weiterentwicklung von durch ein Abkommen erfassten Bereichen darstellt.

**47.** Zusammenfassend dürften damit folgende **Aspekte aus grundsätzlicher Sicht relevant** sein:

- Die **Aufhebung oder Modifikation eines bestehenden Rechtsakts** auf Unionsebene, der in ein sektorielles Abkommen integriert ist, dürfte grundsätzlich eine zumindest teilweise Weiterentwicklung von in den Anwendungsbereich des jeweiligen Abkommens fallenden EU-Rechts darstellen.

---

<sup>104</sup> VO 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, 1.

<sup>105</sup> RL 95/46 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281, 31.

<sup>106</sup> Vgl. zur Thematik EPINEY/KERN, in: Die Revision des Datenschutzes in Europa und die Schweiz, 39 (72 ff.).

- Das Vorliegen eigentlicher Weiterentwicklungen dürfte grundsätzlich dann zu bejahen sein, wenn die **neue Rechtslage an die bislang geltende Rechtslage anknüpft** und die Vorgaben bzw. Rechte «**in dieselbe Richtung**» **fortgeschrieben** werden.
- Bei **neuen Rechtsakten** kann eine Weiterentwicklung auch dann zu bejahen sein, wenn diese geltendes und in das jeweilige Abkommen übernommenes EU-Recht **ergänzen**, wobei es hier selbstredend auf die Intensität des Zusammenhangs ankommt.
- **Keine Weiterentwicklung** dürfte in der Regel in denjenigen Konstellationen vorliegen, in welchen – möglicherweise auf der Grundlage anderer konzeptioneller Grundentscheidungen – **eigentliche neue Vorgaben oder Rechte** vorgesehen werden, ohne dass ein notwendiger Zusammenhang mit den bestehenden Vorgaben besteht. M.a.W. ist hier nach dem Konnex der neuen Vorgaben mit dem in einem Abkommen übernommenen unionsrechtlichen Besitzstand zu fragen: Je loser dieser ist, desto eher dürfte das Vorliegen einer Weiterentwicklung zu verneinen sein.

48. Die Anknüpfung bzw. die Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstands in ein Bilaterales Abkommen mit der Schweiz entfaltet auch Implikationen für deren Auslegung bzw. die **Auslegung der übernommenen Regelungen** und wirft die komplexe, hier nur angedeutete und nicht weiter zu vertiefende<sup>107</sup> Frage auf, ob und inwieweit die entsprechenden **Abkommensbestimmungen parallel zur Rechtslage im Unionsrecht** auszulegen sind. Diese Frage ist – da es sich um völkerrechtliche Verträge handelt – ausgehend von völkerrechtlichen Auslegungsmethoden und jeweils gesondert für die verschiedenen Abkommen zu beantworten. Jedenfalls in den Fällen, in denen der Regelungszweck des Abkommens klar erkennen lässt, dass eine parallele Rechtslage angestrebt wird, spricht grundsätzlich Vieles für eine parallele Auslegung, wobei jedoch noch der zeitliche Bezugsrahmen zu präzisieren ist. Eine solche parallele Auslegung muss grundsätzlich auch und gerade unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH erfolgen, wie dies auch teilweise ausdrücklich in den bilateralen Abkommen vorgesehen ist.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Vgl. ausführlich zur Auslegung der bilateralen Abkommen m.w.N. EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung, *passim*. S. sodann OESCH, Schweiz – EU, Rn. 78 ff. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundlegend BGE 136 II 5. Dieses Urteil wurde in der nachfolgenden Rechtsprechung immer wieder bestätigt, und inzwischen liegen mehrere hundert Urteile des Bundesgerichts zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens vor. Vgl. insoweit die jährlichen Rechtsprechungsübersichten über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Freizügigkeitsabkommen im Jahrbuch für Migrationsrecht, zuletzt EPINEY/HUNZIKER, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, 275 ff.

<sup>108</sup> So etwa in Art. 16 Abs. 2 FZA.

49. Allerdings kann die Antwort auf die Frage nach einer parallelen Auslegung in Bezug auf die derzeit bestehenden Abkommen durchaus mit grossen **Unsicherheiten und Schwierigkeiten** verbunden sein: Schon das Vorliegen eines Rückgriffs auf unionsrechtliche Begriffe kann streitig sein; weiter ist mitunter die Massgeblichkeit der Weiterentwicklung der Auslegung auf EU-Ebene – insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH – unklar. Insgesamt besteht daher in Bezug auf die Auslegung der bilateralen Abkommen eine gewisse Rechtsunsicherheit. Allerdings sind inzwischen jedenfalls in Bezug auf das Personenfreizügigkeitsabkommen, das in der gerichtlichen Praxis bislang am häufigsten relevant geworden ist, zahlreiche Fragen geklärt, und die Rechtsprechung – sowohl (jedenfalls inzwischen) des EuGH<sup>109</sup> als auch des Bundesgerichts<sup>110</sup> – geht im Falle der Anknüpfung an unionsrechtliche Begriffe bzw. Regelungen von einem Grundsatz der parallelen Auslegung aus.

50. In Bezug auf den **Rechtsschutz im Rahmen bilateraler Abkommen** ist zwischen zwei Aspekten zu unterscheiden:

- Geht es um den **Rechtsschutz Einzelner**, hat jede Vertragspartei – ggf. unter Beachtung abkommensrechtlicher Vorgaben – nach dem einschlägigen internen Recht Rechtsschutz zu gewähren. In den Abkommen ist keine Möglichkeit schweizerischer Gerichte vorgesehen, dem EuGH Vorabentscheidungsfragen vorzulegen.
- Geht es um **Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien**, kommt bei den derzeit bestehenden Verträgen dem Gemischten Ausschuss eine zentrale Rolle zu. Gerichtliche oder schiedsgerichtliche Streitbeilegungsmechanismen sind nicht vorgesehen.

51. Grundsätzlich stehen somit Anwendung und Auslegung der Abkommen in der EU einerseits und in der Schweiz andererseits in der **Verantwortung der Vertragsparteien**; ausdrückliche diesbezügliche Vorgaben enthalten die Abkommen nur ausnahmsweise. So geht die Schengen- und Dublin-Assoziierung davon aus, dass eine einheitliche Anwendung und Auslegung des in das Abkommen integrierten unionsrechtlichen Besitzstands zu gewährleisten ist; kommt über eine entsprechende Frage im Gemischten Ausschuss keine Einigung zustande, wird das Beendigungsverfahren ausgelöst (vgl. Art. 8–10 Schengen-Assoziierung). Die übrigen

---

<sup>109</sup> S. insbesondere EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-425/11 (Ettwein), ECLI:EU:C:2013:121; EuGH, Rs. C-656/11 (Vereinigtes Königreich/Rat), ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705; EuGH, Rs. C-355/16 (Picart), ECLI:EU:C:2018:184; EuGH, Rs. C-627/22 (Finanzamt Köln), ECLI:EU:C:2024:431; EuGH, Rs. C-581/17 (Wächtler), ECLI:EU:C:2019:138.

<sup>110</sup> S. grundlegend BGE 136 II 5; vgl. sodann z.B. BGE 140 II 112; BGE 142 II 35.

Abkommen hingegen kennen – sieht man einmal von dem spezifische Charakteristika aufweisenden Luftverkehrsabkommen ab – keine entsprechenden Mechanismen.

## b. Zu den «Bilateralen III»

### aa. Allgemeines<sup>111</sup>

52. Bereits seit längerem ist klar, dass die Europäische Union nicht mehr bereit ist, den «Bilateralen Weg» wie bislang weiterzuführen.<sup>112</sup> Insbesondere drängt sie auf die **Verankerung gewisser institutioneller Elemente** (Streitbeilegung, dynamische Rechtsübernahme, Parallelität der Auslegung und Überwachung) in die Binnenmarktabkommen; nicht zu verkennen ist indessen, dass auch die Schweiz ein grosses Interesse an der Regelung gewisser dieser Fragen hat.

53. Nachdem ein erster Versuch – das sog. **Institutionelle Abkommen (InstA)**<sup>113</sup> – im Mai 2021 gescheitert war,<sup>114</sup> nahmen die Schweiz und die Europäische Union im März 2022 sog. «exploratorische Gespräche»<sup>115</sup> auf, welche im Herbst 2023 mit einem *Common Understanding* abgeschlossen wurden, das aus der Sicht der beiden Parteien die Eckpunkte künftiger Abkommen und damit die

---

<sup>111</sup> Zu einigen in diesem Abschnitt erörterten Aspekten bereits EPINEY, EuZ 10/2024, 16 ff. (EIZpublishing.ch); EPINEY, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, 3 (13 ff.), wobei die dortigen Ausführungen in Teilen aufgegriffen werden.

<sup>112</sup> Vgl. zu den geänderten Rahmenbedingungen für den Bilateralen Weg z.B. OESCH, Schweiz – EU, Rn. 434.

<sup>113</sup> Vgl. zu diesem EPINEY, Jusletter vom 17.12.2018; OESCH, Schweiz – EU, Rn. 109 ff.; zur Entstehungsgeschichte des InstA und zu den Entwicklungen im Vorfeld des Verhandlungsabbruchs KUNTZ, in: Eine Aussenpolitik für die Schweiz im 21. Jahrhundert, 93 ff.; BREITENMOSER, SJER 2020/2021, 325 ff.

<sup>114</sup> Wobei die EU (wie sie dies auch im Vorfeld angekündigt hatte, vgl. insbesondere die Schlussfolgerungen des Rates unter [www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/02/19/council-conclusions-on-eu-relations-with-the-swiss-confederation](http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/02/19/council-conclusions-on-eu-relations-with-the-swiss-confederation)) auf diesen letztlich einseitigen Abbruch der Gespräche bzw. der Verhandlungen mit einer Reihe von rechtlich zulässigen, aber unfreundlichen Massnahmen reagierte. Im Vordergrund standen drei Kategorien von Massnahmen: keine Übernahme von Weiterentwicklungen des die Binnenmarktabkommen betreffenden Unionsrechts in die Abkommen mit der Folge ausbleibender Aufdatierung der bestehenden Abkommen und damit der sukzessiven Erodierung des Binnenmarktzugangs (es sei denn, überwiegende Interessen der EU an einer Übernahme bestünden), kein Abschluss neuer Binnenmarktabkommen (wie z.B. im Elektrizitätssektor) und keine Beteiligung der Schweiz an gewissen Programmen der Union als vollassoziertes Mitglied (wobei insbesondere die Forschungsprogramme von Bedeutung waren). Zu diesen Implikationen des Abbruchs der Verhandlungen im Einzelnen EPINEY, Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne, Rn. 30 ff.

<sup>115</sup> So die Bezeichnung des Bundesrates in seinem «Bericht zu den exploratorischen Gesprächen zwischen der Schweiz und der EU zur Stabilisierung und Weiterentwicklung ihrer Beziehungen» vom 15. Dezember 2023.

Basis für die im Anschluss aufzunehmenden Verhandlungen umriss soll. Sowohl der Bundesrat<sup>116</sup> als auch der Rat der Europäischen Union<sup>117</sup> beschlossen – unter weitgehender Übernahme der Inhalte des *Common Understanding* – im März 2024 entsprechende Verhandlungsmandate. Die zwischen März 2024 und Dezember 2024 sehr intensiven (mit gemäss der Pressemitteilung des Bundesrates vom 20.12.2024 insgesamt 197 Verhandlungssitzungen) Verhandlungen über die «Stabilisierung und Weiterentwicklung der bilateralen Beziehungen»<sup>118</sup> konnten am 20.12.2024 materiell abgeschlossen werden.<sup>119</sup> Im Mai 2025 erfolgte die Paraphierung der Abkommenstexte, und am 13. Juni 2025 wurden diese, gemeinsam mit einem Erläuternden Bericht sowie den vorgeschlagenen Anpassungen im schweizerischen Recht, veröffentlicht, und bis im Oktober 2025 läuft eine Vernehmlassung.<sup>120</sup>

Die **nächsten Schritte** in der Schweiz sind nun die Auswertung der Vernehmlassung, die Erarbeitung der Botschaft zum Abkommenspaket und die Finalisierung der vorgeschlagenen Anpassungen der Schweizer Gesetzgebung. Eine Weiterleitung des gesamten Pakets an das Parlament könnte Anfang 2026 erfolgen. In Bezug auf die Struktur der Botschaft und der Erlasse, die dem Parlament unterbreitet werden sollen, schlägt der Bundesrat eine Trennung zwischen den «**Abkommen zur Stabilisierung** des bilateralen Wegs» (die im Wesentlichen die Anpassung der bestehenden Abkommen der Bilateralen I insbesondere durch die Integration institutioneller Elemente, die Beteiligung der Schweiz an EU-Programmen und der Kohäsionsbeitrag umfassen) einerseits und den drei neuen Abkommen (Elektrizität, Lebensmittelsicherheitsprotokoll und Gesundheit), zu welchen drei separate Bundesbeschlüsse unterbreitet werden sollen, andererseits («**Abkommen zur Weiterentwicklung** des bilateralen Weges»), vor. Auf EU-Ebene wird noch zu klären sein, ob das Paket oder einzelne Elemente desselben als gemischte Abkommen abzuschliessen sind. Eine Unterzeichnung der Abkommen könnte Ende 2025 erfolgen und ein Inkrafttreten nach der Ratifikation frühestens Ende 2027.

**54.** Angesichts des in den erwähnten Dokumenten zugrundegelegten «Paketansatzes» sowie des Ziels des Abkommenspakets – wie erwähnt die «Stabilisierung und Weiterentwicklung der bilateralen Beziehungen» – rechtfertigt es sich in jeder Beziehung, von «Bilateralen III» zu sprechen. Diese berühren eine Vielzahl von

---

<sup>116</sup> Das Verhandlungsmandat wurde am 8. März 2024 verabschiedet.

<sup>117</sup> Beschluss des Rates vom 12. März 2024 über die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft über institutionelle Bestimmungen in Abkommen zwischen der EU und der Schweizerischen Eidgenossenschaft mit Bezug zum Binnenmarkt, über ein Abkommen über die Teilnahme der Schweizerischen Eidgenossenschaft an Programmen der Union und über einen Mechanismus zur Ermöglichung finanzieller Beiträge der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Ratsdokument Nr. 7031/24, abrufbar unter [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu).

<sup>118</sup> So der Einführungstext des vom Bundesrat am 8. März 2024 verabschiedeten Verhandlungsmandats.

<sup>119</sup> Vgl. die Pressemitteilung des Bundesrates vom 20.12.2024 und die gleichentags veröffentlichten «Faktenblätter».

<sup>120</sup> Vgl. die Texte und Informationen auf [www.admin.ch](http://www.admin.ch).

Bereichen und Themata. Zusammenfassend umfasst das Abkommenspaket der «**Bilateralen III**» insbesondere folgende **Elemente**:

- **institutionelle Regelungen**, welche in den bestehenden fünf Binnenmarkt-  
abkommen der «Bilateralen I»<sup>121</sup> sowie in künftigen Binnenmarkt-  
abkommen verankert werden sollen, wobei sie aber parallel ausgestaltet sein sollen;
- diverse **Modifikationen bzw. Anpassungen der bestehenden Binnen-  
markt-  
abkommen**, wobei insbesondere die explizit in die Abkommen auf-  
genommenen Ausnahmebestimmungen und «schweizspezifischen» Präzisie-  
rungen hervorzuheben sind (diese betreffen insbesondere den politisch sehr  
sensiblen Bereich der Zuwanderung und des Lohnschutzes, aber auch eine  
Reihe weiterer Aspekte);
- **sektorielle Regelungen für staatliche Beihilfen** in den Abkommen über  
Luft- und Landverkehr sowie im zukünftigen Stromabkommen;
- **Beteiligung der Schweiz an Unionsprogrammen**, wie insbesondere das  
Forschungsprogramm *Horizon Europe*;
- eine **Verstärkung des sog. Kohäsionsbeitrags** der Schweiz sowie Beteili-  
gung der Schweiz an den Kosten für Informationssysteme, zu denen sie Zu-  
gang hat;
- **neue Abkommen** in den Bereichen **Strom, Lebensmittelsicherheit** (als  
Protokoll des geltenden Landwirtschaftsabkommens) und **Gesundheit**.

55. Im vorliegenden Zusammenhang sind insbesondere die sog. **institutionellen Fragen** – in erster Linie dynamische Rechtsübernahme und Streitbeilegung – von Bedeutung, auf die nachfolgend näher eingegangen wird, dies am Beispiel der Re-  
gelung im Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA) bzw. im Institutionellen Pro-  
tokoll zu diesem Abkommen (IP-FZA), wobei die entsprechenden Bestimmungen  
in den Binnenmarkt-  
abkommen – abgesehen von den abkommensrechtlichen Be-  
sonderheiten, wie insbesondere die Ausnahmebestimmungen – weitgehend paral-  
lel ausgestaltet sind, wenn auch in einzelnen Aspekten Unterschiede zu verzeich-  
nen sind, auf die vorliegend jedoch nicht eingegangen werden soll.<sup>122</sup>

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang indessen darauf, dass die institutionellen Aspekte noch  
zwei weitere Themata betreffen, nämlich die **einheitliche Auslegung und Anwendung** der be-  
troffenen Abkommen und der Rechtsakte der Union, auf welche Bezug genommen wird, sowie  
die **Überwachung und Anwendung** der Abkommen, vgl. insoweit die Auflistung in Art. 1 Abs.  
2 IP-FZA. Diese sind in Art. 7 ff. IP-FZA niedergelegt, implizieren indessen im Verhältnis zur  
derzeitigen Rechtslage weniger grundlegende Modifikationen, wenn auch nicht zu verkennen ist,

---

<sup>121</sup> Diese Verankerung soll über den Abschluss von im Wesentlichen – abgesehen von gewis-  
sen Ausnahmen und besonderen Regelungen – parallel ausgestalteten Institutionellen Pro-  
tokoll zu den einzelnen Abkommen erfolgen. Ausnahmen bzw. besondere Regelungen  
gelten für das Landwirtschaftsabkommen bzw. dessen Agrarteil.

<sup>122</sup> Vgl. zu den durchaus bemerkenswerten Variationen im Streitbeilegungsverfahren PIRKER,  
EuZ 2025 (im Erscheinen).

dass einige Weiterentwicklungen und Klarstellungen zu verzeichnen sind. Hinzuweisen ist in erster Linie auf folgende Aspekte:

- Nach **Art. 7 Abs. 1 IP-FZA** werden die Binnenmarktverträge in den Bereichen betreffend den Binnenmarkt, an welchen die Schweiz teilnimmt, und die Rechtsakte der Union, auf die in diesen Abkommen Bezug genommen wird, **einheitlich ausgelegt und angewandt**.
- Massstab für die **Auslegung** der Rechtsakte der Union, auf welche in den Binnenmarktverträgen Bezug genommen wird, sowie der (übrigen) Bestimmungen des Abkommens, «soweit ihre Anwendung unionsrechtliche Begriffe impliziert», ist die **Rechtsprechung des EuGH** sowohl vor als auch nach der Unterzeichnung der Abkommen (**Art. 7 Abs. 2 IP-FZA**). Dieser Grundsatz kann zwar bereits der derzeitigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (und des EuGH) entnommen werden;<sup>123</sup> indessen entwickelte das Bundesgericht den Grundsatz der Berücksichtigung auch der nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung des EuGH in Anknüpfung an die allgemein geltenden völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze und behält sich auch Abweichungen vor (aus «triftigen Gründen»)<sup>124</sup>. Insofern enthält Art. 7 IP-FZA eine echte Neuerung, wobei sich auch hier – soweit es nicht um Verweise direkt auf EU-Sekundärrecht handelt – regelmässig die Frage stellen wird, unter welchen Voraussetzungen davon auszugehen ist, dass die Anwendung von Bestimmungen des Abkommens «unionsrechtliche Begriffe impliziert». Diese etwas gewundene Formulierung dürfte dahingehend zu verstehen sein, dass es erstens um Bestimmungen bzw. Begriffe gehen muss, die dem Unionsrecht entliehen bzw. nachgebildet sind, und die, zweitens, unter Zugrundelegung der völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze – das Protokoll nimmt wiederholt auf die Wahrung oder Berücksichtigung der «Grundsätze des Völkerrechts» Bezug (s. z.B. Art. 1 Abs. 2, Art. 7 Abs. 1 IP-FZA), was wohl im Sinne der Betonung des Charakters der Binnenmarktverträge als völkerrechtliche Abkommen (im Gegensatz zum EU-Recht) zu verstehen ist<sup>125</sup> – auch parallel wie im Unionsrecht auszulegen sind. Letzteres ist nach der Rechtsprechung des EuGH bekanntlich nicht zwingend der Fall, da Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge aufgrund unterschiedlicher Zielsetzungen mitunter abweichend von gleich lautenden unionsrechtlichen Vorgaben auszulegen sein können.<sup>126</sup> Zu beachten ist aber im vorliegenden Zusammenhang, dass die Zielsetzung der Binnenmarktverträge gerade dahin geht, eine parallele Rechtslage wie in den betroffenen bzw. übernommenen Bereichen des Unionsrechts sicherzustellen, wie sich bereits aus der geltenden Rechtslage ergibt<sup>127</sup> und durch das IP-FZA durch die Betonung der einheitlichen Auslegung und Anwendung noch deutlich verstärkt wird. Daher dürfte im Zweifel grundsätzlich davon auszugehen sein, dass im Abkommen figurierende Bestimmungen, welche Begriffe bzw. Regelungen des Unionsrechts aufgreifen und parallel formuliert sind, parallel wie im Unionsrecht auszulegen sind.

---

<sup>123</sup> Grundlegend BGE 136 II 5; vgl. sodann z.B. BGE 140 II 112; BGE 142 II 35; aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs EuGH, Rs. C-627/22 (Finanzamt Köln), ECLI:EU:C:2024:431; EuGH, Rs. C-581/17 (Wächtler), ECLI:EU:C:2019:138. S. auch schon oben Rn. 48 f.

<sup>124</sup> S. insoweit auch BGer 2C\_484/2022 vom 15.5.2023, wobei dieses Urteil diverse Fragen aufwirft. Vgl. hierzu PIRKER, Jusletter vom 20.7.2023; EPINEY/HUNZIKER, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, 275 (277 ff.).

<sup>125</sup> So dass auch für ihre Auslegung völkerrechtliche Grundsätze zum Zuge kommen, welche freilich den Schluss nahelegen können, dass aus dem Unionsrecht «übernommene» Bestimmungen parallel wie im Unionsrecht auszulegen sind. S. insoweit schon oben Rn. 48 f.

<sup>126</sup> Sog. Polydor-Rechtsprechung. Vgl. EuGH, Rs. C-270/80 (Polydor), ECLI:EU:C:1982:43. Zu dieser z.B. TOBLER, SJER 2009/2010, 369 ff.; OESCH, EuGH und die Schweiz, 83 f.

<sup>127</sup> S. insbesondere die Präambel zum FZA sowie bereits Rn. 48 f.

- **Art. 8 IP-FZA** ist dem «**Grundsatz der wirksamen und harmonischen Anwendung**» gewidmet. Er enthält indessen lediglich einige allgemeine Grundsätze (gegenseitige Unterstützung und Zusammenarbeit, Austausch von Informationen, Pflicht der Vertragsparteien zur Sicherstellung einer wirksamen und harmonischen Anwendung des Abkommens auf ihrem Hoheitsgebiet, Befassung des Gemischten Ausschusses) und betont, dass die Kommission und die Schweizer Behörden jeweils die «Anwendung des Abkommens durch die andere Vertragspartei» überwachen. Letztere Bestimmung ist vor dem Hintergrund des Streitbeilegungsverfahrens zu sehen, kann doch jede Vertragspartei nach dem Durchlaufen des Verfahrens nach Art. 10 Abs. 1, 2 IP-FZA die Einberufung eines Schiedsgerichts verlangen, welches verbindlich über die Angelegenheit entscheidet.
- Nach **Art. 9 IP-FZA** sind die Vertragsparteien verpflichtet, **Streitigkeiten** über die Auslegung oder Anwendung des Abkommens **ausschliesslich nach den im Protokoll vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismen** beizulegen. Ausgeschlossen ist damit gemäss dem Erläuternden Bericht des Bundesrates insbesondere, dass EU-Mitgliedstaaten an die Kommission oder den EuGH gelangen, um eine Streitigkeit mit der Schweiz beizulegen.<sup>128</sup> Darüber hinaus spricht Vieles dafür, dass diese Bestimmung – soll ihr eine effektive Wirkung zukommen – so zu verstehen ist, dass im Fall von Streitigkeiten nicht nur Repressalien ausgeschlossen sind, sondern auch keine «politischen Druckversuche» unternommen werden dürfen. Daher stünde es wohl nicht mit dieser Bestimmung in Einklang, wenn im Falle einer Differenz über die Auslegung oder Anwendung des Abkommens nicht auf das Streitbeilegungsverfahren zurückgegriffen würde, sondern in anderen Bereichen nicht nur mit (selbst völkerrechtswidrigen) Repressalien, sondern mit Retorsionen «gedroht» wird, wie dies von Seiten der EU z.B. bei der Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen unionsrechtlicher Bestimmungen, wie etwa im Datenschutzrecht, in Betracht gezogen werden könnte.<sup>129</sup> Soweit allerdings keine völkerrechtlichen Pflichten bestehen, könnte indessen der Nachweis eines Verstosses gegen Art. 9 IP-FZA schwierig sein, dies jedenfalls falls keine explizite Verbindung zu den abkommensrechtlichen Pflichten hergestellt wird.
- Schliesslich sollen sich das **Bundesgericht** und der **EuGH** mit Blick auf die Förderung einer homogenen Auslegung auf einen **Dialog** und dessen Modalitäten einigen (Art. 12 Abs. 1 IP-FZA).

## **bb. Insbesondere: zur dynamischen Rechtsübernahme am Beispiel des FZA**

**56.** Neu sollen im Rahmen von **vier bestehenden Binnenmarktabkommen der «Bilateralen I»** (Luft- und Landverkehr, technische Handelshemmnisse und Personenfreizügigkeit) sowie in den beiden **neuen Binnenmarktabkommen** (Strom und Lebensmittelsicherheit, wobei letzteres als Protokoll zum Landwirtschaftsabkommen in dieses eingefügt wird)<sup>130</sup> die **Weiterentwicklungen des Unionsrechts «dynamisch»** in die Abkommen übernommen werden. Damit wird die Anpassung der Abkommen an die Rechtsentwicklung in der EU – und zwar nur, soweit der Anwendungsbereich der Abkommen betroffen ist, welcher seinerseits durch die

---

<sup>128</sup> Bundesrat, Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.5.4.1.

<sup>129</sup> Vgl. zu solchen Äquivalenzklauseln, welche im EU-Recht recht häufig sind, und ihren grundsätzlich diskretionären Charakter, EPINEY, Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne, Rn. 42 ff.

<sup>130</sup> Auf den Agrarteil des Landwirtschaftsabkommens – der vom Teil über die Lebensmittelsicherheit getrennt ist – findet der Mechanismus der dynamischen Rechtsübernahme keine Anwendung.

Aufzählung der erfassten Rechtsakte in den Anhängen präzisiert wird<sup>131</sup> – dynamisiert, wobei der Hintergrund darin zu sehen ist, dass es um Bereiche geht, welche in der EU mit Blick auf den EU-Binnenmarkt, an welchem die Schweiz durch die Abkommen teilweise partizipiert, einer (harmonisierten) Regelung zugeführt wurden. Zu erinnern ist im Übrigen daran, dass die «Bilateralen I» zwar formell statisch ausgestaltet wurden, aber vor dem Hintergrund der erwähnten Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt bereits einen Anpassungsmechanismus vorsehen (wobei die Aktualisierung der Abkommen von der Zustimmung beider Vertragsparteien abhängig ist) und seit dem Inkrafttreten der «Bilateralen I» unzählige derartige Anpassungen erfolgt sind.<sup>132</sup>

Der **Anwendungsbereich** der dynamischen Rechtsübernahme erstreckt sich auf Rechtsakte der Union «im vom Abkommen abgedeckten Bereich» (Art. 4 Abs. 1 S. 1 IP-FZA). Im Übrigen ergibt sich aus Art. 1 Abs. 2 IP-FZA, dass die institutionellen Lösungen für das Abkommen den **Geltungsbereich und die Ziele des Abkommens nicht modifizieren**. Deutlich wird damit, dass sich die dynamische Rechtsübernahme nur auf solche Unionsrechtsakte bezieht, welche in den derzeitigen materiellen Anwendungsbereich des Abkommens fallen, so dass sie nicht zu einer Ausdehnung des Geltungsbereichs des Abkommens führen darf. Auch wenn damit nicht ausgeschlossen ist, dass es in Bezug auf die eine oder andere Weiterentwicklung zu Meinungsverschiedenheiten darüber kommen kann, ob sie in den Anwendungsbereich des Abkommens fällt, ist damit doch sichergestellt, dass nicht jedwede Weiterentwicklung des Unionsrechts mit dem Hinweis auf die Pflicht zur dynamischen Übernahme in die Abkommen zu integrieren ist. Letztlich sind hier die Anhänge der Abkommen ausschlaggebend: Nur Weiterentwicklungen, welche die in diesen aufgeführten Rechtsakte betreffen, sind erfasst, was jedenfalls ausschliesst, dass zum Zeitpunkt der Unterzeichnung bereits bestehende Rechtsakte, welche nicht in den Anhängen figurieren, als Weiterentwicklung anzusehen sein können. Ansonsten wird eine Modifikation eines in einem Anhang aufgeführten Rechtsakts in aller Regel eine solche Weiterentwicklung darstellen; bei anderen neuen Rechtsakten kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, und auch teilweise Weiterentwicklungen in dem Sinn, dass nur Teile eines neuen EU-Rechtsakts in den Anwendungsbereich eines der Abkommen fallen, sind denkbar.<sup>133</sup>

Hinzu kommt, dass die Abkommen jeweils eine Reihe von **Ausnahmen von der Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme** (z.B. im Bereich der Personenfreizügigkeit beim Entsenderecht oder bei der Unionsbürgerschaft, aber auch in zahlreichen anderen Abkommen) vorsehen; soweit diese betroffen sind, besteht somit keine Pflicht zur Übernahme, Art. 5 Abs. 7 IP-FZA, und der Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme kommt nicht zur Anwendung. M.a.W. wird der Schweiz insoweit garantiert, dass sie bestimmte nationale Regelungen in jedem Fall beibehalten kann, so dass der Schweiz insofern mit diesen Ausnahmen ein grösserer Gestaltungsspielraum eingeräumt wird als den EU-Mitgliedstaaten. Parallel hierzu sind unionsrechtliche Bestimmungen und Rechtsakte, die in den Anwendungsbereich einer Ausnahme fallen, auch vom Mechanismus des *decision shaping* ausgenommen, s. insoweit Art. 4 Abs. 5, Art. 5 Abs. 7 IP-FZA.

---

<sup>131</sup> S. insoweit auch die Präzisierungen zur Reichweite der «Übernahmepflicht» weiterentwickelten EU-Rechts oben Rn. 45 ff. sowie die Bemerkungen sogleich im (Klein-) Text.

<sup>132</sup> Vgl. zum *status quo* vor dem Hintergrund der «Bilateralen III» im Einzelnen EPINEY, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, 3 (5 ff.). S. auch oben Rn. 40 ff.

<sup>133</sup> S. insoweit auch schon oben Rn. 45 ff.

57. Insgesamt soll das gute Funktionieren der Binnenmarktabkommen damit durch eine **(beiderseitige) Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme** derjenigen EU-Rechtsakte, welche eine Weiterentwicklung des in ein Binnenmarktabkommen übernommenen unionsrechtlichen Besitzstands darstellen, gewährleistet werden, wobei auf die «Wahrung» der bestehenden Ausnahmen sowie die Notwendigkeit von Ausnahmen und Absicherungen hingewiesen wird. Bei der genauen Ausgestaltung der Übernahme in die Abkommen (z.B. entsprechende Fristen) sind die verfassungsrechtlichen (Gesetzgebungs-) Verfahren in der Schweiz – unter Einschluss allfälliger Referenden – gebührend zu berücksichtigen. Im Gegenzug soll die Schweiz in den Gesetzgebungsprozess über neue EU-Rechtsakte in den betreffenden Bereichen einbezogen werden (*decision shaping*).

**Erarbeitung** und **Erlass** des betreffenden **Unionsrechtsakts** auf Unionsebene richten sich ansonsten nach den einschlägigen unionsrechtlichen Regeln. Sie erfolgen somit durch die Union, so dass die Schweiz nicht im eigentlichen Sinn mitentscheiden kann. In Anbetracht des Umstands, dass die Entscheidungsfindung in der Union weitgehend nach dem Konsensprinzip erfolgt und dass bei (zumindest gewichtigen) Bedenken der Schweiz in aller Regel auch ein oder mehrere EU-Mitgliedstaaten entsprechende Überlegungen anstellen werden, sollte die Tragweite dieser Beteiligungsmöglichkeiten nicht unterschätzt werden. Gerade die Erfahrungen in der Schengen-/Dublin-Assoziierung, die bereits solche Rechte vorsieht, dürfte insgesamt gezeigt haben, dass die Einflussmöglichkeiten der Schweiz recht effektiv sind.<sup>134</sup>

58. Im **Einzeln** erfolgt die dynamische Übernahme in folgenden **Schritten**:

- Die Kommission **informiert die Schweiz**, sobald sie einen Vorschlag für einen EU-Rechtsakt erarbeitet, der in den Anwendungsbereich des Abkommens fällt; sie zieht **Sachverständige aus der Schweiz gleichermassen zurate**, wie Sachverständige aus den Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 1 S. 1 IP-FZA).

Damit ist davon auszugehen, dass die Schweiz in allen relevanten Arbeitsgruppen etc. vertreten sein wird. Weiter stellen Art. 4 Abs. 2, 3 IP-FZA klar, dass sich das *decision shaping* auch auf die **Erarbeitung delegierter Rechtsakte und von Durchführungsrechtsakten** der Kommission zu einem in den Bereich des Abkommens fallenden Basisrechtsakt bezieht: Hier ist der Schweiz die «grösstmögliche Teilnahme» an der Ausarbeitung der Vorschläge einzuräumen, und auch hier sind Sachverständige der Schweiz gleichermassen wie Sachverständige aus den EU-Mitgliedstaaten zurate zu ziehen.

Soweit es um Arbeiten in Ausschüssen geht, die nicht unter Art. 4 Abs. 2, 3 IP-FZA fallen, werden Sachverständige der Schweiz in die Arbeiten der Ausschüsse einbezogen, wenn dies zur Gewährleistung des ordnungsgemässen Funktionierens des Abkommens erforderlich ist. Dabei steht die Beantwortung der Frage, ob dies der Fall ist, nicht im Ermessen der Kommission, sondern eine entsprechende Liste wird vom Gemischten Ausschuss erstellt und aktualisiert, Art. 4 Abs. 4 IP-FZA.

---

<sup>134</sup> Vgl. ebenso OESCH, Schweiz – EU, Rn. 102, der auf das Beispiel der Waffenrichtlinie verweist.

- Bereits zu diesem Zeitpunkt – also gleichzeitig mit der Information der Kommission bzw. in unmittelbarem Anschluss hieran – kann auf Antrag einer Vertragspartei ein (erster) **Meinungsaustausch im Gemischten Ausschuss** stattfinden (Art. 4 Abs. 1 S. 2 IP-FZA).
- Sodann beraten die Vertragsparteien auf Antrag einer Vertragspartei bei **allen wichtigen Etappen vor der Verabschiedung des Rechtsakts** durch die Union, dies «im Rahmen eines ständigen Informations- und Konsultationsprozesses», Art. 4 Abs. 1 Uabs. 2 IP-FZA. Damit kann die Schweiz also im Ergebnis während des gesamten Rechtsetzungsprozesses einen entsprechenden Austausch im Gemischten Ausschuss pflegen, womit sichergestellt werden kann, dass sie insbesondere über den Stand des Verfahrens, die sich stellenden (streitigen) Fragen sowie den Zeitplan mit Blick auf die Verabschiedung informiert ist.
- **Verabschiedet die Union** einen in den Anwendungsbereich des Abkommens fallenden Rechtsakt, so **informiert** sie die **Schweiz** «so rasch wie möglich» über den Gemischten Ausschuss, Art. 5 Abs. 3 S. 1 IP-FZA.
- Auf Antrag einer Vertragspartei führt der **Gemischte Ausschuss** dann einen **Meinungsaustausch** durch, Art. 5 Abs. 3 S. 2 IP-FZA. Während dieses Meinungsaustauschs informiert die Schweiz die Union, ob ein Übernahmebeschluss die Erfüllung verfassungsrechtlicher Verpflichtungen seitens der Schweiz erfordert, wobei keine besondere Frist für diese Mitteilung vorgesehen ist (vgl. Art. 6 Abs. 1 IP-FZA).
- Zur Übernahme bzw. Integration der entsprechenden Weiterentwicklung des EU-Rechts in das Abkommen fasst der **Gemische Ausschuss** «so rasch wie möglich» einen Beschluss zur Änderung des betreffenden Anhangs (Art. 5 Abs. 4 IP-FZA). Dabei **verpflichtet** Art. 5 Abs. 1 IP-FZA die Vertragsparteien dafür zu sorgen, dass die in den Anwendungsbereich des Abkommens fallenden Rechtsakte der Union nach ihrer Verabschiedung «so rasch wie möglich» in das **Abkommen integriert** werden.

Deutlich wird damit, dass es **keine festen Fristen** für eine Übernahme gibt; vielmehr wird dem Gemischten Ausschuss bzw. den Vertragsparteien hier ein gewisser, durchaus beachtlicher Spielraum eingeräumt. Dabei wird der benötigte Zeitraum wohl je nach EU-Rechtsakt und seiner Komplexität sowie den ggf. zu vereinbarenden Modalitäten abhängen. Aus Art. 5 Abs. 2 IP-FZA, der von durch den Gemischten Ausschuss beschlossenen Anpassungen des EU-Rechtsakts spricht, wird man nämlich ableiten können, dass es dem Gemischten Ausschuss freisteht, einen bestimmten EU-Rechtsakt nicht als solchen, sondern mit gewissen («schweizspezifischen») Anpassungen in das Abkommen zu übernehmen.

Dies erhellt auch, dass allein das Verstreichen eines gewissen Zeitraums nach Erlass des EU-Rechtsakts, ohne dass ein Beschluss des Gemischten Ausschusses – der einvernehmlich entscheidet – über die Übernahme erfolgt ist, keine Vertragsverletzung darstellt. Indessen wäre eine solche wohl bei einer systematischen Weigerung einer Vertragspartei, einen entsprechenden Beschluss zu fassen, anzunehmen; Gleiches gälte für eine systematische «Obstruktion» der Meinungsaustausche oder der Entscheidungsfindung (s. auch Art. 5

Abs. 9 IP-FZA, der die Vertragsparteien verpflichtet, zur Erleichterung der Beschlussfassung nach Treu und Glauben zusammenzuarbeiten).

Überdies und allgemein impliziert dieser Mechanismus, dass es **keine irgendwie geartete «automatische» Anpassung der Abkommen** bzw. Übernahme weiterentwickelten Unionsrechts gibt: Notwendig ist in jedem Fall ein expliziter Beschluss des Gemischten Ausschusses und damit eine Zustimmung der Schweiz. Der Unterschied zum derzeitigen Mechanismus besteht somit im Wesentlichen darin, dass es grundsätzlich eine Pflicht der Vertragsparteien zur Fassung eines entsprechenden Beschlusses gibt.

- Der **Beschluss des Gemischten Ausschusses** tritt – abgesehen von den Besonderheiten im Falle einer Mitteilung der Schweiz über zu erfüllende verfassungsrechtliche Anforderungen (Art. 6 IP-FZA) – **sofort in Kraft**, jedoch nicht vor dem Beginn der Anwendbarkeit des entsprechenden Rechtsakts in der Union, Art. 5 Abs. 8 IP-FZA.
- Hat der Gemischte Ausschuss einen Beschluss zur Übernahme eines EU-Rechtsakts in das Abkommen gefasst und damit den Rechtsakt in dieses integriert, wird der Rechtsakt **«Teil der Schweizer Rechtsordnung»**, Art. 5 Abs. 2 IP-FZA.

Damit wird deutlich, dass das Freizügigkeitsabkommen – im Gegensatz z.B. zum Abkommen über technische Handelshemmnisse, welches auf der sog. Äquivalenzmethode beruht (vgl. Art. 5 Abs. 2 IP-MRA) – die sog. **Integrationsmethode** zugrundelegt. Diese entspricht übrigens dem der Schweizer Verfassungsordnung zugrunde liegenden monistischen Charakter des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht.<sup>135</sup> Der jeweilige übernommene Rechtsakt gilt also als solcher in der Schweiz, sobald er in das Abkommen integriert wird, wobei er ggf. auch unmittelbar anwendbar ist. Die **Äquivalenzmethode** indessen verpflichtet die Schweiz nur (aber immerhin), ihr nationales Recht so auszugestalten, dass es den unionsrechtlichen Vorgaben äquivalent ist,<sup>136</sup> was freilich nichts daran ändert, dass die übernommenen Rechtsakte mit ihrem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene für die Schweiz beachtlich sind.

Vor diesem Hintergrund sollten die Differenzen zwischen beiden Methoden nicht überschätzt werden: Letztlich ist in jedem Fall im Ergebnis eine parallele Rechtslage massgeblich oder sicherzustellen. Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass gerade beim Freizügigkeitsabkommen bereits heute jedenfalls die in Anhang II FZA figurierenden Verordnungen über die soziale Sicherheit als solche angewandt werden, was der Integrationsmethode entspricht, dies obwohl das Abkommen *de lege lata* an sich von der Äquivalenzmethode ausgeht. Insofern ist es zwar zutreffend, dass die Äquivalenzmethode einen grösseren Spielraum einräumt, ist doch die Schweiz nicht verpflichtet, die entsprechenden Bestimmungen als solche anzuwenden; in materieller Hinsicht dürfte die Unterscheidung aber letztlich wenig ins Gewicht fallen. Dies erhellt auch der Umstand, dass die in die Abkommen übernommenen Rechtsakte keineswegs weitergehende Pflichten nach sich ziehen können als für EU-Mitgliedstaaten; insoweit bleibt es also auch der Schweiz unbenommen bzw. sie ist ggf. gar verpflichtet, Richtlinien in nationales Recht umzusetzen und Durchführungsmassnahmen zu Verordnungen zu ergreifen.

---

<sup>135</sup> Hierzu schon oben Rn. 29.

<sup>136</sup> Zum Ganzen auch Bundesrat, Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.5.2.2.

Eine besondere, sich übrigens bereits *de lege lata* stellende Frage betrifft **Verweise in übernommenen EU-Rechtsakten auf weitere EU-Rechtsakte**: Der Bundesrat führt hier lapidar aus, diese gälten nicht für die Schweiz, es sei denn, in den technischen Anpassungen werde etwas anderes vereinbart.<sup>137</sup> Dieser Ansatz erscheint jedoch zu pauschal:<sup>138</sup> Soweit im Übernahmebeschluss nichts anderes vereinbart wird, hat ein EU-Rechtsakt, auf den in einem anderen, in das Abkommen übernommenen EU-Rechtsakt verwiesen wird, aufgrund dieses Verweises Eingang in das bilaterale Vertragswerk gefunden, bezieht sich der Übernahmemechanismus doch – es sei denn, es würden besondere Vereinbarungen getroffen – auf den gesamten Rechtsakt, unter Einschluss des Verweises. Weder in den geltenden Abkommen noch in den neuen Institutionellen Protokollen finden sich Hinweise darauf, dass Verweise grundsätzlich unbeachtlich wären.<sup>139</sup> Im Gegenteil: Das mit dem Einbezug eines Sekundärrechtsakts in den Rahmen des betreffenden Bilateralen Abkommens grundsätzlich verfolgte Ziel, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage wie innerhalb der Union zu gewährleisten, spricht für die Möglichkeit der Massgeblichkeit – sozusagen über eine Kettenverweisung – zumindest gewisser Vorgaben desjenigen Rechtsakts, auf den verwiesen wird, ist es doch möglich, dass sich nur über einen Rückgriff auf gewisse Vorgaben desselben die rechtliche Tragweite des in den Rahmen des Abkommens übernommenen Rechtsakts erschliesst, so dass nur auf diese Weise eine Parallelität der Rechtslage sichergestellt werden kann. Auf der anderen Seite folgt aus dem Umstand, dass der betreffende Rechtsakt gerade nicht als solcher in den Rahmen des jeweiligen Abkommens übernommen wurde, dass er auch nicht *per se* und «automatisch» umfassend beachtlich sein kann. So wird auf einen solchen Rechtsakt eben nur (aber immerhin) in einem anderen Rechtsakt (der Teil eines Bilateralen Abkommens ist) verwiesen; eine eigentliche umfassende Verbindlichkeit folgt hieraus jedoch wohl nicht, kam doch der Übernahmemechanismus für diesen Rechtsakt gerade nicht zum Zuge. Vor diesem Hintergrund spricht Vieles für eine **teilweise Massgeblichkeit**, deren Reichweite im Einzelfall zu eruieren ist: Es kommt darauf an, ob die rechtliche Tragweite bzw. der Bedeutungsgehalt des in einem Anhang der Bilateralen Abkommen figurierenden Rechtsakts durch Vorgaben des Rechtsakts, auf den verwiesen wird, determiniert ist. Soweit letzterer einen Einfluss auf die Tragweite oder die Auslegung der in ersterem enthaltenen Verpflichtungen entfaltet (etwa indem eine bestimmte Verhaltenspflicht präzisiert oder die Art und Weise der Wahrnehmung einer Pflicht näher umschrieben wird), ist er insoweit (aber auch nur insoweit) zu beachten, dies übrigens unabhängig davon, ob die Verweisnorm selbst spezifisch ist oder ob «pauschal» auf den Rechtsakt verwiesen wird. Dieser Ansatz drängt sich insbesondere auf der Grundlage des Ziels der Übernahme eines Sekundärrechtsakts, eine Parallelität der Rechtslage in der Union und im Verhältnis zur Schweiz sicherzustellen, auf: Denn soweit der Inhalt von Pflichten, die aufgrund der Abkommen (über den Einbezug bestimmter Sekundärrechtsnormen) zu beachten sind, betroffen ist, müssen – soll das erwähnte Ziel der Homogenität nicht in Frage gestellt werden – all diejenigen Elemente massgeblich sein, die eben diesen Inhalt bzw. ihre Tragweite betreffen; m.a.W. werden die Vorgaben desjenigen Rechtsakts, auf den verwiesen wird, als «Teil» der zu beachtenden Pflichten angesehen und sozusagen

---

<sup>137</sup> Vgl. Bundesrat, Erläuternder Bericht, Ziff. 2.1.5.2.2.

<sup>138</sup> S. insoweit schon EPINEY, Jusletter vom 11.9.2017, Rn. 22 ff.

<sup>139</sup> So aber TOBLER, SZIER 2017, 211 (217 f.), die annimmt, im Falle einer Massgeblichkeit würde der formale Übernahmemechanismus in Frage gestellt. Dies vermag jedoch nicht die vollumfängliche Unbeachtlichkeit des betreffenden Rechtsakts zu begründen, ist dieser doch – aufgrund des Verweises – gerade Teil des Übernahmemechanismus. Allerdings ist dieser Aspekt bei der Frage nach der Reichweite der Massgeblichkeit relevant. Vgl. so gleich die Bemerkungen im Text.

in diese «integriert». Eine andere Sicht führte dazu, dass aufgrund der fehlenden Massgeblichkeit desjenigen Rechtsakts, auf den verwiesen wird, auch die eigentlich zu beachtenden Pflichten eine andere Bedeutung im Bilateralen Recht als im Unionsrecht hätten, was mit der Zielsetzung der Abkommen nicht vereinbar wäre. Deutlich wird damit auch, dass jeweils in Bezug auf jede einzelne Verpflichtung in dem übernommenen Rechtsakt eruiert werden muss, ob und inwieweit in diesem Zusammenhang auch Vorgaben des Rechtsakts, auf den verwiesen wird, zu beachten sind. Damit einher geht eine gewisse Rechtsunsicherheit, wird die Antwort auf diese Frage doch in den wenigsten Fällen klar und eindeutig ausfallen. Diese Abgrenzungsschwierigkeiten sind aber eine unvermeidbare Konsequenz des hier entwickelten Grundsatzes, der sich seinerseits klar aus den Abkommen ergibt, wobei er gleichzeitig eine (weitere) Schwierigkeit des Bilateralen Weges illustriert.

- **Besonderheiten** gelten, soweit die Schweiz der EU nach Art. 6 Abs. 1 IP-FZA mitteilt, ein Beschluss zur Übernahme einer Weiterentwicklung des EU-Rechts in das Abkommen gemäss Art. 5 Abs. 4 IP-FZA erfordere für seine Rechtswirksamkeit die **Erfüllung verfassungsrechtlicher Verpflichtungen seitens der Schweiz**, womit Bezug auf die anwendbaren Gesetzgebungsverfahren bzw. Verfahren zur Genehmigung völkerrechtlicher Abkommen genommen wird.<sup>140</sup> Diesfalls verfügt die Schweiz ab dem Zeitpunkt der Mitteilung im Rahmen des Meinungs-austausches gemäss Art. 5 Abs. 3 IP-FZA (nicht des Beschlusses nach Art. 5 Abs. 4 IP-FZA, wobei aber für die Mitteilung, wie erwähnt, keine Frist vorgesehen ist, so dass die Schweiz den Beginn der Frist bis zu einem gewissen Grad «steuern» kann, wobei sie aber den Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten hat) über zwei bzw. höchstens – im Falle eines Referendums – drei Jahre, um der Union die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Verpflichtungen mitzuteilen.

Der Beschluss nach Art. 5 Abs. 4 IP-FZA – und damit der übernommene Rechtsakt – wird grundsätzlich **vorläufig angewandt**, es sei denn, die Schweiz teilt der Union mit, dies sei nicht möglich, was sie zu begründen hat, Art. 6 Abs. 3 IP-FZA. Diese Bestimmung impliziert, dass die Schweiz – ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorbehalten – die vorläufige Anwendung einseitig ablehnen kann. Die (engen) Voraussetzungen für eine vorläufige Anwendung ergeben sich aus Art. 7b RVOG und Art. 152 Abs. 3<sup>bis</sup> lit. a ParlG.

59. Deutlich wird damit in Bezug auf dieses Übernahmeverfahren insbesondere zweierlei:

- Die Integration eines neuen EU-Rechtsakts in den Rahmen des Abkommens verlangt zwingend einen **Beschluss des Gemischten Ausschusses** sowie ggf. – soweit die Schweiz dies mitgeteilt hat – die Notifizierung durch die Schweiz, dass die **erforderlichen verfassungsrechtlichen Verpflichtungen erfüllt** sind. Keinesfalls führt also der Erlass eines Rechtsakts auf EU-Ebene zur Integration in das Abkommen und damit zur Verbindlichkeit für die

---

<sup>140</sup> Hintergrund ist, dass jede Übernahme aus schweizerischer Sicht den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages darstellt. Vgl. zum Ganzen, mit Bezug auf den Schengen-Besitzstand, GRUBER, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 479 ff.

Schweiz, so dass es eben um eine «dynamische» und nicht «automatische» Rechtsübernahme geht.

- Die eigentliche **Übernahme** und die in diesem Zusammenhang allenfalls erforderlichen **Anpassungen im schweizerischen Recht** finden gemäss den einschlägigen **nationalen Regeln** statt, inklusive ggf. vorgesehener direktdemokratischer Verfahren, wie insbesondere dem Referendum. Die innerstaatlichen Gesetzgebungs- und Genehmigungsverfahren werden somit vollumfänglich durchlaufen werden (können und müssen). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass eine Modifikation der Anhänge des Abkommens deren Änderung bewirkt und damit einen völkerrechtlichen Vertrag im Sinn von Art. 2 Abs. 1 lit. a WVK darstellt.<sup>141</sup> Daher sind in der Schweiz die landesrechtlichen Vorgaben zum **innerstaatlichen Genehmigungsverfahren** zu beachten, so dass die schweizerischen Vertreter im Gemischten Ausschuss einem Beschluss nur zustimmen dürfen, wenn das innerstaatlich zuständige Organ ihnen die entsprechende Ermächtigung erteilt hat.

Grundsätzlich müssen völkerrechtliche Verträge durch das Parlament genehmigt werden (Art. 166 Abs. 2 BV). Der Genehmigungsbeschluss des Parlaments erfolgt in der Form eines referendumpflichtigen Bundesbeschlusses, soweit ein Referendum möglich (im Fall des fakultativen Referendums, Art. 141 Abs. 1 lit. d BV) oder zwingend (im Fall des obligatorischen Referendums, Art. 140 Abs. I lit. b BV) ist, andernfalls in der Form eines einfachen Bundesbeschlusses, Art. 163 Abs. 2 BV, Art. 24 Abs. 3 ParlG). Die grundsätzliche Genehmigungspflicht völkerrechtlicher Verträge durch das Parlament gilt dann nicht, wenn für deren Abschluss aufgrund eines Bundesgesetzes oder eines von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtlichen Vertrages der Bundesrat zuständig ist (Art. 166 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 24 Abs. 2 ParlG). Näher ausgeführt wird diese – in der Praxis sehr häufig vorkommende – selbständige Vertragsabschlusskompetenz in Art. 7a RVOG, der insbesondere auch Verträge von beschränkter Tragweite (sog. Bagatellverträge) von der Genehmigungspflicht ausnimmt (Art. 7a Abs. 2 RVOG).<sup>142</sup>

Zu betonen ist in diesem Zusammenhang, dass die grosse Mehrheit der Weiterentwicklungen des Unionsrechts in den erfassten Bereichen technischer Natur ist und keine wirklich wichtigen gesetzgeberischen Entscheidungen impliziert, was einzelne politisch bedeutsame Weiterentwicklungen – z.B. im Bereich der Personenfreizügigkeit – nicht ausschliesst. Auch sei erwähnt, dass die Schweiz in zahlreichen Gebieten durchaus ein grosses Interesse an einer solchen dynamischen Rechtsübernahme hat, so insbesondere in allen Gebieten, in denen es um die Anerkennung technischer Vorschriften geht, was für den Zugang zum Binnenmarkt von zentraler Bedeutung ist. Im Übrigen räumen zahlreiche unionsrechtliche Rechtsakte im Rahmen der Umsetzung einen mitunter beträchtlichen Gestaltungsspielraum ein, so dass das Durchlaufen des nationalen Gesetzgebungsprozesses häufig von grosser Bedeutung sein dürfte.

---

<sup>141</sup> Vgl. bereits Fn. 140.

<sup>142</sup> Vgl. zum Ganzen allgemein, m.w.N., EPINEY, in: Waldmann u.a., BSK BV, Art. 166, Rn. 30 ff.; spezifisch mit Bezug auf die Befugnisse des Bundesrates im Rahmen des Landverkehrsabkommens EPINEY/FREI, Reichweite der Kompetenzen des Bundesrates, Rn. 8 ff.

60. Interessant ist in Bezug auf das Verfahren, dass eine eigentliche Notifikation der Schweiz lediglich im Falle der Notwendigkeit des Erfüllens verfassungsrechtlicher Anforderungen vorgesehen ist, welche die Schweiz entsprechend mitzuteilen hat. Dies ändert freilich nichts daran, dass sich aus dem Protokoll, insbesondere aus Art. 5 Abs. 1, 2 IP-FZA, eine **Pflicht der Schweiz (und der EU)** ergibt, die in den **Anwendungsbereich des Abkommens fallenden neuen EU-Rechtsakte in das Abkommen zu integrieren** und damit einem entsprechenden Beschluss des Gemischten Ausschusses nach Art. 5 Abs. 4 IP-FZA zuzustimmen; dass hierfür keine Fristen vorgesehen sind, ändert nichts an dem Bestehen dieser Pflicht. Nur auf diese Weise kann auch den ebenfalls in Art. 5 Abs. 1 IP-FZA erwähnten Zielsetzungen der Gewährleistung der Rechtssicherheit und der Homogenität des Binnenmarktrechts und damit dem Anliegen der Sicherstellung einer parallelen Rechtslage – soweit der Anwendungsbereich des Abkommens betroffen ist – im EU-Recht einerseits und im schweizerischen Recht andererseits Rechnung getragen werden.

61. Auch vor diesem Hintergrund ist es denkbar, dass es zwischen den Vertragsparteien zu **Streitigkeiten** über die Frage des (Nicht-) Vorliegens eines Verstosses gegen die skizzierten Vorgaben des Protokolls betreffend die Übernahme weiterentwickelten Unionsrechts in die Abkommen kommt. Diese können schon die Grundsatzfrage betreffen, ob ein EU-Rechtsakt in den Anwendungsbereich des Abkommens fällt und damit (vollumfänglich) zu integrieren ist; denkbar ist aber auch, dass vorgebracht wird, eine Partei komme ihrer grundsätzlichen Pflicht zur Integration eines Rechtsakts in den Rahmen des Abkommens nicht nach, weil sie nicht «so rasch wie möglich» bzw. innerhalb einer nützlichen Frist einem Beschluss des Gemischten Ausschusses nach Art. 5 Abs. 4 IP-FZA zustimmt oder auf sonstige Weise den Prozess blockiert. Jedenfalls dürfte ein Verstoß gegen die grundsätzliche Übernahmepflicht vorliegen, falls die Schweiz die ggf. erforderliche Erfüllung verfassungsrechtlicher Anforderungen nicht innerhalb der in Art. 6 Abs. 2, 4 IP-FZA vorgesehenen Frist notifiziert.

62. Sollte es zu Streitigkeiten kommen, welche nicht im Gemischten Ausschuss einvernehmlich beigelegt werden können, kommt das noch zu erörternde **Streitbeilegungsverfahren** zum Zug.<sup>143</sup> Sollte ein solches Verfahren eingeleitet werden und kommt das Schiedsgericht zum Schluss, dass eine Vertragspartei gegen ihre Pflichten im Zusammenhang mit der Integration weiterentwickelten EU-Rechts in den Rahmen des Abkommens verstossen hat, könnte die andere Partei – sofern auf die Umsetzung des Entscheids des Schiedsgericht verzichtet wird – mit Blick auf den Ausgleich des «Ungleichgewichts», das durch die Nichtübernahme zwischen

---

<sup>143</sup> S. noch unten Rn. 64 ff.

den Parteien entstanden ist, **verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen** ergreifen, allerdings nur im Rahmen der Binnenmarktabkommen. Die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Ausgleichsmassnahmen obliegt dem Schiedsgericht.

63. Das Protokoll sieht indessen keinen Mechanismus vor, der es ermöglichte, eine Vertragspartei zur Zustimmung im Gemischten Ausschuss nach Art. 5 Abs. 4 IP-FZA zu zwingen; Gleiches gilt im Falle einer ausbleibenden Notifikation nach Art. 6 Abs. 4 IP-FZA. Trotz der grundsätzlichen Rechtspflicht zur Integration geht das Protokoll somit davon aus, dass **eine Vertragspartei sich weigern kann, der Integration zuzustimmen**, dies mit den erwähnten Rechtsfolgen. Im Fall des Durchlaufens des Schiedsverfahrens kommt es somit zu einem **«neuen Gleichgewicht» der gegenseitigen Pflichten der Vertragsparteien**, so dass aufgrund der Nichtübernahme keine neuen abkommensrechtlichen Pflichten der Schweiz entstehen. Damit käme auch der Vorrang des Völkerrechts in Bezug auf nicht übernommenes weiterentwickeltes Unionsrecht in das Abkommen nicht zum Zug.<sup>144</sup>

Im Übrigen ist zu betonen, dass im Fall von Meinungsverschiedenheiten keine Pflicht der Vertragsparteien besteht, die Einrichtung eines Schiedsgerichts zu verlangen (vgl. die «Kann-Formulierung» in Art. 10 Abs. 2 IP-FZA). So ist es etwa denkbar, dass die Vertragsparteien aus gewissen (politischen oder sonstigen) Gründen hierauf verzichten wollen. In einer solchen Konstellation fehlte es dann aber an der verbindlichen Feststellung einer Verletzung des Abkommens bzw. des Protokolls, so dass auch keine Ausgleichsmassnahmen ergriffen werden dürfen. In diesem Sinn dürfte auch Art. 11 Abs. 1 IP-FZA zu verstehen sein, der für das **Ergreifen von Ausgleichsmassnahmen** insbesondere **voraussetzt**, dass **das Schiedsgericht einen Verstoss einer Vertragspartei gegen das Abkommen festgestellt** hat.

Fraglich könnte noch sein, ob dies auch dann gilt, wenn die Schweiz keine Notifizierung über die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen innerhalb der vorgesehenen Fristen (vgl. Art. 6 Abs. 2, 4 IP-FZA) vornimmt. Obwohl man hier auf den ersten Blick davon ausgehen könnte, dass ohne die Durchführung eines Schiedsverfahrens das Ergreifen von Ausgleichsmassnahmen zulässig sein könnte, da die Pflicht der Schweiz hier sehr klar formuliert ist, sprechen die besseren Gründe gegen diesen Ansatz: Denn das Streitbeilegungsverfahren als solches geht – wie erwähnt – in Art. 11 Abs. 1 IP-FZA klar davon aus, dass eine Abkommensverletzung in jedem Fall schiedsgerichtlich festgestellt werden muss; Anhaltspunkte dafür, dass dies bei «klaren» Verstössen nicht gelten sollte, sind keine ersichtlich, zumal die Frage, ob ein Verstoß «eindeutig»

---

<sup>144</sup> Vieles spricht im Übrigen dafür, dass auch ganz allgemein die Möglichkeit des «Ausschrens» von vertraglichen Pflichten unter Inkaufnahme verhältnismässiger Ausgleichsmassnahmen in Anwendung des schiedsgerichtlichen Verfahrens die Tragweite der abkommensrechtlichen Pflichten aufgrund des neuen Gleichgewichts entsprechend modifizierte, wofür auch die fehlende Möglichkeit des «Erzwingens» einer Integration von Weiterentwicklungen des EU-Rechts in das Abkommen spricht. Vgl. im Einzelnen EPINEY, Jusletter vom 10.3.2025, Rn. 15 ff., 26 ff.; s. aber auch den etwas abweichenden, wenn auch in Bezug auf die Frage des Vorrangs des Abkommensrechts vor nationalem Recht im Ergebnis ähnlichen Ansatz bei OESCH/BADEA, LA Regina Kiener, 97 ff.; a.A. MÜLLER, SJER 2024/2025, 525 (537 ff.), der jedoch die Frage des Vorrangs des Völkerrechts in diesem Zusammenhang nicht wirklich adressiert. S. auch noch unten Rn. 68 im Kleintext.

ist oder nicht, umstritten sein kann. Hinzu kommt, dass es denkbar ist, dass sich die Vertragsparteien auch nach dem Verstreichen einer solchen Frist im Gemischten Ausschuss auf eine Lösung verständigen; wie sich aus Art. 10 Abs. 1 IP-FZA ergibt, ist dies aber in jedem Fall möglich, räumt diese Bestimmung doch der Konsensfindung im Gemischten Ausschuss eine grosse Bedeutung ein, indem die Vertragsparteien zunächst darauf verpflichtet werden, im Rahmen des Gemischten Ausschusses möglichst eine für beide Seiten annehmbare Lösung zu finden. Erst falls dies nach Ablauf einer Frist von drei Monaten nicht gelingt, kann ein Schiedsgericht angerufen werden. Man wird aus der Gesamtheit dieses Mechanismus folgern können, dass bei möglichen Vertragsverletzungen – so «eindeutig» sie auch (vermeintlich) sein mögen, also auch bei einem Verstreichen der Frist nach Art. 6 Abs. 2 IP-FZA – in jedem Fall zuerst der Gemischte Ausschuss zu befassen ist und Ausgleichmassnahmen erst nach der Feststellung einer Vertragsverletzung durch das Schiedsgericht nach dem im Protokoll vorgesehenen Verfahren ergriffen werden dürfen.<sup>145</sup>

### cc. Insbesondere: zur Streitbeilegung am Beispiel des FZA

64. Wie bereits mehrfach erwähnt, ist mit Blick auf **Streitigkeiten zwischen den Parteien über die Auslegung der Abkommen** ist neu ein **obligatorisches Streitbeilegungsverfahren** vorgesehen. Dieses ist in Art. 10 ff. IP-FZA sowie in einer eigenen «Anlage über das Schiedsgericht» (AnlSchG-IP-FZA), welche neben Präzisierungen zur Anrufung des EuGH insbesondere detaillierte Verfahrensvorschriften enthält, geregelt.

Der **Anwendungsbereich** des Streitbeilegungsverfahrens bezieht sich (ebenso wie die dynamische Rechtsübernahme) auf die «Binnenmarktabkommen» (vier bestehende der «Bilateralen I» und die beiden neuen Abkommen in den Bereichen Strom und Lebensmittelsicherheit; in Bezug auf das Landwirtschaftsabkommen der «Bilateralen I» ist nur ein Schiedsgerichtsverfahren ohne Beteiligung des EuGH vorgesehen), in denen das Verfahren jeweils geregelt werden soll. Erfasst sind damit die Abkommenstexte mitsamt den Anhängen. Eine Auslegung der Abkommen liegt auch dann vor, wenn es um die Frage geht, ob ein bestimmter neuer EU-Rechtsakt Teil der Weiterentwicklung des von dem jeweiligen Abkommen erfassten Bereichs ist, eine Problematik, die sich sowohl «positiv» als auch «negativ» stellen kann.

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass die Schiedsgerichtsverfahren in den Binnenmarktabkommen zwar im Wesentlichen parallel ausgestaltet sind; gleichwohl gibt es gewisse punktuelle Abweichungen (insbesondere – wie erwähnt – im Landwirtschaftsabkommen) und Besonderheiten (so beim Freizügigkeitsabkommen in Bezug auf die Berücksichtigung der sog. «Absicherungen» und in Bezug auf die sog. Schutzklausel); auch gibt es in nicht den Binnenmarkt betreffenden Abkommen Schiedsverfahren, die jedoch anders ausgestaltet sind.<sup>146</sup>

65. Ganz allgemein kann das (paritätisch zusammengesetzte) **Schiedsgericht** – wenn es einmal konstituiert und angerufen wird – **selbst** über seine **Zuständigkeit**

---

<sup>145</sup> Ebenso – noch auf der Grundlage der «Faktenblätter» MÜLLER, SJER 2024/2025, 525 (531 f.).

<sup>146</sup> Vgl. zum Ganzen instruktiv PIRKER, EuZ 2025 (im Erscheinen).

**entscheiden** (Art. III.6 Abs. 1 AnlSchG-IP-FZA); weiter entscheidet das Schiedsgericht «endgültig» innerhalb bestimmter Fristen über die Streitigkeit (vgl. Art. III.8 AnlSchG-IP-FZA).

66. Das **Schiedsverfahren** läuft in folgenden **Schritten** bzw. nach folgenden Grundsätzen ab:<sup>147</sup>

- Treten zwischen den Vertragsparteien Differenzen betreffend die Auslegung oder Anwendung des betreffenden Abkommens auf, ist zunächst im **Gemischten Ausschuss** eine Einigung zu suchen (Art. 10 Abs. 1 IP-FZA), so dass der erste Schritt in jedem Fall ein politischer ist.
- Kommt eine solche Einigung der Vertragsparteien innerhalb von drei Monaten nicht zustande, **kann jede Vertragspartei ein paritätisch zusammengesetztes Schiedsgericht** befassen bzw. dessen Einsetzung verlangen (Art. 10 Abs. 1 IP-FZA). Eine Möglichkeit Einzelner oder nationaler Gerichte, das Schiedsgericht anzurufen, ist nicht vorgesehen.
- Falls die dem Schiedsgericht vorgelegte Streitigkeit die **Auslegung oder die Anwendung von EU-Rechtsakten**, die in die Abkommen integriert wurden, oder in die **Abkommen übernommene unionsrechtliche Begriffe** betrifft (Art. 10 Abs. 3 IP-FZA verweist insoweit auf die Formulierung in Art. 7 Abs. 2 IP-FZA)<sup>148</sup> und falls deren Auslegung für die Streitbeilegung **relevant** und die Entscheidungsfindung durch das Schiedsgerichts **notwendig** ist, muss das Schiedsgericht den **EuGH anrufen**, der über deren Auslegung zu entscheiden hätte.<sup>149</sup> Diese Pflicht soll somit nur unter einer doppelten Voraussetzung zum Zuge kommen: Erstens muss es um einen in das betreffende Abkommen übernommenen EU-Rechtsbegriff gehen.<sup>150</sup> Solche liegen zweifellos dann vor, wenn auf einen EU-Sekundärrechtsakt verwiesen wird; fraglich kann das Vorliegen eines unionsrechtlichen Begriffs aber sein, wenn es lediglich um parallele Formulierungen wie im Unionsrecht geht. Hier ist dann jeweils durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich um einen unionsrechtlichen oder

---

<sup>147</sup> Vgl. zu sonstigen Schiedsgerichtsverfahren im Vergleich TOBLER, SJER 2022/2023, 459 ff.

<sup>148</sup> S. insoweit schon oben Rn. 55.

<sup>149</sup> Vgl. im Einzelnen instruktiv zu den verschiedenen sich in diesem Kontext stellenden (Auslegungs-) Fragen MÜLLER, SJER 2023/2024, 535 ff.; s. auch schon (mit Bezug zum InstA, bei welchem diese Fragen freilich parallel gelagert waren) PIRKER, ASA Bulletin 2019, S. 592 ff.

<sup>150</sup> Die Frage, ob ein bestimmter EU-Rechtsakt eine Weiterentwicklung eines der Binnenmarktabkommen darstellt, könnte zumindest grundsätzlich wohl vom Schiedsgericht allein entschieden werden, da es hierbei um die Auslegung des Abkommens als solches geht; nicht ausgeschlossen ist indessen eine vorfrageweise Relevanz eines unionsrechtlichen Begriffs.

um einen «autonomen» Begriff handelt.<sup>151</sup> Eine Anrufung des EuGH muss jedenfalls nicht erfolgen, wenn es um einen Bereich bzw. eine Bestimmung geht, die in den Anwendungsbereich einer Ausnahme von der Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme fällt, ohne dass die Streitigkeit eine Auslegung oder Anwendung unionsrechtlicher Begriffe betrifft (Art. 10 Abs. 3 Uabs. 2 IP-FZA).<sup>152</sup> Damit fällt die Auslegung der rechtlichen Tragweite der Ausnahmen als solche in die alleinige Kompetenz des Schiedsgerichts, wobei sich in Bezug auf die genaue Reichweite der Anrufungspflicht gewisse Fragen stellen.<sup>153</sup> Wird das Vorliegen eines EU-Rechtsbegriffs bejaht, muss dessen Auslegung – zweitens – für die Entscheidung der Streitigkeit relevant und notwendig sein. Damit dürften hier letztlich die im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens entwickelten Grundsätze – unter Einschluss des Grundsatzes des *acte clair*<sup>154</sup> – zum Zuge kommen.<sup>155</sup>

- Jedenfalls ist die **Frage nach der Anrufungspflicht** durch das **Schiedsgericht selbst** (ohne Einbezug des EuGH) zu entscheiden,<sup>156</sup> dies wohl unter Einschluss der Frage, ob ein in das jeweilige Abkommen übernommener unionsrechtlicher Begriff parallel wie im Unionsrecht auszulegen ist oder nicht.<sup>157</sup>
- Das **Urteil des EuGH** wäre für das **Schiedsgericht**, das letztlich über die konkrete Streitfrage entscheiden muss, **bindend** (Art. 10 Abs. 4 lit. a IP-FZA).<sup>158</sup> Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Verbindlichkeit lediglich auf die Auslegung der betreffenden unionsrechtlichen

---

<sup>151</sup> Dabei dürfte die Frage, ob ein im Abkommen verwandter Begriff oder ein in diesem figurierendes Konzept parallel wie im EU-Recht auszulegen ist, vom Schiedsgericht allein entschieden werden können, da es sich hier um die Auslegung des Abkommens handelt, s. schon EPINEY, Jusletter vom 10.3.2025, Rn. 11.

<sup>152</sup> Dies stellt indessen nur einen Anwendungsfall einer fehlender Vorlagepflicht dar; jedenfalls ist für das Greifen der Vorlagepflicht das Vorliegen der erwähnten Voraussetzungen notwendig.

<sup>153</sup> Vgl. zur Problematik MÜLLER, SJER 2023/2024, 535 (547 ff.). S. auch OESCH, Der EuGH und die Schweiz, Rn. 124, 165; BREITENMOSER, SJER 2020/2021, 325 (337 f., 342); COTTIER, SJER 2020/2021, 353 (361 ff.).

<sup>154</sup> Grundlegend EuGH, Rs. C-283/81 (CILFIT), ECLI:EU:C:1982:335; s. aus der jüngeren Rechtsprechung EuGH, Rs. C-561/19 (Conorzio Italian Management), ECLI:EU:C:2021:799.

<sup>155</sup> Vgl. im Einzelnen und ähnlich wie hier MÜLLER, SJER 2023/2024, 535 (551 ff.).

<sup>156</sup> Die Parteien können jedoch begründete Anträge stellen, vgl. Art. III.9 AnlSchG-IP-FZA.

<sup>157</sup> Insoweit wohl a.A. MÜLLER, SJER 2023/2024, 535 (547 ff.). Zur Problematik – mit unterschiedlicher Akzentsetzung – weiter PIRKER, Jusletter vom 3.6.2019, Rn. 12; MUSER/TOBLER, Jusletter vom 28.5.2019, Rn. 63; VISCHER, Jusletter vom 22.1.2024, Rn. 35 ff.; HESELHAUS, EuZ 2022, 1 (26); COTTIER, SJER 2020/2021, 353 (364 ff.). S. auch schon Fn. 151.

<sup>158</sup> Nach Art. 10 Abs. 4 lit. b IP-FZA genießt die Schweiz in einem solchen Verfahren dieselben Rechte wie die EU-Mitgliedstaaten, so dass sie insbesondere zu der Auslegungsfrage zu Handen des EuGH Stellung nehmen kann.

Vorschrift bezieht, während ihre konkrete Anwendung auf die Streitigkeit sowie allgemein die Entscheidung über darüber hinausgehende Aspekte dem Schiedsgericht obliegt. Dies ist insofern von grosser Bedeutung, als für die Entscheidung der eigentlichen Streitigkeit häufig die konkreten Umstände ausschlaggebend sind; dies gilt insbesondere, soweit Verhältnismässigkeits-erwägungen entscheidungsrelevant ist. Hier verweist der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren im Anschluss an die Formulierung allgemeiner Auslegungsgrundsätze denn auch regelmässig auf die durch die nationalen Gerichte vorzunehmende konkrete Prüfung.<sup>159</sup> Es ist zu erwarten, dass er seine Rolle im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens der «Bilateralen III» ebenso auslegen wird. Zu betonen ist im Übrigen in diesem Zusammenhang, dass jede vom EuGH in Bezug auf eine in die Abkommen übernommene unionsrechtliche Bestimmung vorgenommene Auslegung auch für die EU-Mitgliedstaaten relevant und im Ergebnis verbindlich ist, da es um die Auslegung von Binnenmarktrecht, welches auch für die EU-Mitgliedstaaten gilt, geht. Insofern agiert der EuGH also im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens als «Gericht des Binnenmarkts» (und nicht etwa als «Gericht der Gegenpartei»).

- Das **Urteil des Schiedsgerichts** ist für die Parteien **bindend** (s. insoweit Art. 10 Abs. 5 IP-FZA, Art. III.8, Art. IV.2 Abs. 5 AnlSchG-IP-FZA). Das Schiedsgericht setzt den Parteien im Schiedsspruch eine angemessene Frist zu seiner Umsetzung (Art. IV.2 Abs. 6 AnlSchG-IP-FZA).

67. Falls die unterlegene Partei einen Schiedsspruch nicht akzeptiert, indem sie nicht innerhalb der festgesetzten Frist der anderen Vertragspartei mitteilt, welche Massnahmen sie zur Umsetzung des Schiedsspruchs ergriffen hat, oder wenn die andere Vertragspartei der Auffassung ist, die mitgeteilten Massnahmen genügen dem Schiedsspruch nicht, kann diese andere Vertragspartei in einem der Binnenmarktabkommen **verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen** ergreifen, um ein mögliches Ungleichgewicht zu beheben (Art. 11 Abs. 1 S. 1 IP-FZA). Diese Ausgleichsmassnahmen sind der «fehlbaren» Vertragspartei zu notifizieren und werden erst drei Monate nach dieser Notifikation wirksam (Art. 11 Abs. 1 S. 2 IP-FZA). Falls im Gemischten Ausschuss innerhalb eines Monats keine Einigung über die Aussetzung, Änderung oder Aufhebung dieser Ausgleichsmassnahmen gefunden werden kann, so kann jede Vertragspartei die Frage ihrer Verhältnismässigkeit dem Schiedsgericht vorlegen, welches innerhalb der in Art. III.8 Abs. 4

---

<sup>159</sup> Vgl. aus der neueren Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-116/23 (Sozialministeriumservice), ECLI:EU:C:2024:292; EuGH, Rs. C-650/22 (FIFA), ECLI:EU:C:2024:824; EuGH, Rs. C-680/21 (Royal Antwerp Football Club), ECLI:EU:C:2023:1010; EuGH, Rs. C-387/22 (Nord Vest Pro Sani Pro), ECLI:EU:C:2024:786.

AnlSchG-IP-FZA festgelegten Fristen entscheidet (Art. 11 Abs. 2, 3 IP-FZA).<sup>160</sup> Keinesfalls entfalten Ausgleichsmassnahmen Rückwirkung, und die erworbenen Rechte von Privaten bleiben unberührt (Art. 11 Abs. 4 IP-FZA).

Diese Regelungen erhellen, dass es bei den Ausgleichsmassnahmen nicht um punitive Massnahmen geht, sondern darum, ein durch die Nichtbeachtung eines Schiedsspruchs möglicherweise entstandenes Ungleichgewicht der Rechte und Pflichten eben auszugleichen. Insofern ist es auch (zumindest theoretisch) durchaus möglich, dass gar keine Ausgleichsmassnahmen ergriffen werden dürfen, nämlich, wenn durch die Vertragsverletzung bzw. die Nichtbeachtung des Schiedsspruchs kein Ungleichgewicht entsteht. Regelmässig wird die Verhältnismässigkeit der Ausgleichsmassnahmen von besonderer Bedeutung sein. Hier wird die Schiedsgerichtsbarkeit im Einzelfall entscheiden müssen, wobei die vertraglichen Regelungen erkennen lassen, dass allein der Umstand, dass eine Ausgleichsmassnahme in einem anderen Binnenmarktabkommen ergriffen wird, nicht ihre Unverhältnismässigkeit nach sich zieht, wenn diesfalls auch besondere Begründungspflichten greifen könnten. Jedenfalls besteht im Rahmen der Frage nach der Verhältnismässigkeit einer Ausgleichsmassnahme keine Vorlagepflicht an den EuGH: Denn zwar ist die Verhältnismässigkeit auch ein unionsrechtlicher Begriff; indessen ist angesichts seines spezifischen Kontexts im Zusammenhang mit den Ausgleichsmassnahmen eine Parallelität der Auslegung zu verneinen, so dass es nicht um einen unionsrechtlichen Begriff im Sinne des Abkommens geht.

**68.** Insgesamt weist das Verfahren in Bezug auf die Zusammenarbeit des Schiedsgerichts mit dem EuGH grosse Parallelen zum **Vorabentscheidungsverfahren** (Art. 267 AEUV) auf. Im Übrigen ist es für die Parteien obligatorisch, die sich daher nicht einseitig der Jurisdiktion des Schiedsgerichts und damit (indirekt) des EuGH entziehen können. Nichtsdestotrotz weist es gewisse **politische Elemente** auf: So ist zunächst nach Möglichkeit auf politischer Ebene eine für beide Parteien annehmbare Lösung zu suchen. Sodann können bei der Einleitung des Verfahrens, insbesondere der Befassung des Schiedsgerichts, politische Gesichtspunkte eine Rolle spielen, steht es den Vertragsparteien doch frei, auf die Einleitung zu verzichten. Einzelne bzw. betroffene Wirtschaftsteilnehmer können weder direkt noch indirekt ein Verfahren einleiten; ebensowenig ist die Möglichkeit einer Art Vertragsverletzungsklage durch ein von den Vertragsparteien unabhängiges Organ vorgesehen (die Kommission handelt letztlich im Namen der Vertragspartei EU und vertritt daher deren Interessen, so dass sie gerade nicht – im Gegensatz zu ihrer Stellung im Rahmen der EU-Institutionen, im Rahmen derselben sie im «Unionswohl» zu agieren hat – dem «Abkommenswohl» verpflichtet ist).<sup>161</sup> Aber auch

---

<sup>160</sup> Im Rahmen dieses Verfahrens zur Prüfung der Verhältnismässigkeit kann eine Partei während des gesamten Schiedsverfahrens vorläufige Massnahmen beantragen (Art. III.10 Abs. 1 AnlSchG-IP-FZA), womit eine Aussetzung der Ausgleichsmassnahmen bedeutet verlangt werden kann. Vgl. hierzu näher PIRKER, EuZ 2025, Kap. II.2.

<sup>161</sup> Insofern unterscheidet sich die institutionelle Architektur der «Bilateralen III» auch von derjenigen im Rahmen des EWR: Hier wurde mit der *EFTA Surveillance Authority* ein von den Vertragsparteien unabhängiges Organ eingerichtet, das insbesondere die Vertragskon-

die implizit im Abkommen vorgesehene Möglichkeit, sich dann doch nicht an das Urteil des Schiedsgerichts zu halten, dies aber um den Preis von Ausgleichsmassnahmen, weist letztlich einen politischen Charakter auf. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass es allzu oft zu einer Befassung des Schiedsgerichts kommen würde, haben die Vertragsparteien doch ein sehr grosses Interesse an einer einvernehmlichen Lösung möglicher Differenzen. Gleichwohl sollte die Bedeutung der Möglichkeit der Einleitung eines Schiedsverfahrens nicht unterschätzt werden, steht damit doch beiden Vertragsparteien der Weg einer verbindlichen und nicht politisch geprägten Streitbeilegung zur Verfügung, was nach der hier vertretenen Ansicht von grossem Vorteil für die Schweiz wäre, dies übrigens auch, wenn sie – wie zu erwarten ist – nicht allzu häufig zum Zuge kommen würde, da solche Verfahren auch bedeutende Vorwirkungen entfalten und im Übrigen auch «ungeordneten» unfreundlichen Reaktionen entgegenstehen (ein wichtiger Aspekt gerade für den schwächeren Vertragspartner).

Der Umstand, dass die Schweiz ebenso wie die EU im Falle einer Streitbeilegung entscheiden kann, ein an sich verbindliches Urteil des Schiedsgerichts nicht zu befolgen, woraufhin die Europäische Union verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen ergreifen kann, um das vertragliche Gleichgewicht wiederherzustellen, dürfte Auswirkungen auf **die inhaltliche Tragweite der betreffenden abkommensrechtlichen Vorgaben** entfalten. Denn das Abkommenspaket selbst sieht einen Mechanismus vor, falls die Vertragsparteien einen Schiedsspruch nicht beachten (wollen). Dieser dürfte letztlich die Konsequenz nach sich ziehen, dass aufgrund des Durchlaufens dieses Verfahrens und der Möglichkeit, Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen, die abkommensrechtlichen Pflichten selbst entsprechend modifiziert werden mit der Folge, dass die betreffende abkommensrechtliche Pflicht in ihrer Tragweite entsprechend eingeschränkt wird oder ggf. nicht mehr gilt und mit Ausgleichsmassnahmen «kompensiert» wird bzw. werden kann. M.a.W. käme es zu einer Relativierung der abkommensrechtlichen Pflichten in dem betreffenden Bereich und in dem Ausmass, wie dies die Nichtbeachtung des Schiedsspruchs sowie die Ausgleichsmassnahmen implizieren.<sup>162</sup>

Zwar sehen zahlreiche völkerrechtliche Abkommen Schiedsgerichtsverfahren und Streitbeilegungsmechanismen vor, ohne dass dies – soweit ersichtlich – einen Einfluss auf die Reichweite bzw. Tragweite der vertraglichen Pflichten entfaltet. Allerdings ist das Verfahren im Rahmen der «Bilateralen III» insofern sehr spezifisch (wenn auch nicht einzigartig) ausgestaltet, als die Frage der Nichtbeachtung eines Schiedsgerichtsurteils explizit adressiert wird, inklusive der Rechtsfolgen bzw. Implikationen, nämlich die Möglichkeit des Ergreifens von Ausgleichsmassnahmen, und der Kontrolle der Rechtmässigkeit bzw. Verhältnismässigkeit derselben (durch das

---

formität des Verhaltens der EFTA/EWR-Staaten zu überwachen hat, dies allein nach rechtlichen Gesichtspunkten und mit der Möglichkeit einer Vertragsverletzungsklage gegen die EFTA/EWR-Staaten vor dem EFTA-Gerichtshof, wobei dessen Urteile in jedem Fall für die EFTA/EWR-Staaten verbindlich sind, ohne dass die Möglichkeit eines Abweichens adressiert wird bzw. besteht. Vgl. hierzu z.B. EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, 77 ff.; OESCH, Europarecht, Rn. 80 ff.

<sup>162</sup> Vgl. ausführlich zu diesem Ansatz EPINEY, Jusletter vom 10.3.2025, Rn. 26 ff., worauf die folgenden Ausführungen teilweise zurückgreifen; a.A. bzw. relativierend, mit bedenkenwerten Argumenten, MÜLLER, SJER 2024/2025, 525 (537 ff.).

Schiedsgericht). Diese Besonderheit dürfte es m.E. rechtfertigen, die Tragweite der entsprechenden abkommensrechtlichen Bestimmungen im erwähnten Sinn aufgrund des damit realisierten «neuen Gleichgewichts» der gegenseitigen Verpflichtungen zu «relativieren», wobei das genaue Ausmass dieser Relativierung bzw. Modifikation der Tragweite einer abkommensrechtlichen Verpflichtung von der konkreten Streitigkeit und dem genauen Schiedsspruch abhänge und im Einzelfall zu eruieren wäre. Damit kommt im Ergebnis ein «Vorrang» des einschlägigen nationalen Rechts zum Zuge; jedoch geht es nicht um eine Infragestellung oder eine Relativierung des Vorrangs des Abkommensrechts selbst,<sup>163</sup> sondern um eine Implikation der im Abkommenspaket vorgesehenen «Abweichungsmöglichkeiten» sowie der diesbezüglichen Reaktionsmöglichkeiten und Verfahren für die inhaltliche Tragweite abkommensrechtlicher Pflichten. Praktisch relevant könnte diese Frage z.B. bei Massnahmen zum Arbeitnehmerschutz bzw. Vorgaben im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerentsendung werden. Zum Zuge kommen diese Relativierungen indessen nur bei einem **effektiven Durchlaufen des Streitbeilegungsverfahrens** und der Ablehnung der Befolgung eines Schiedsurteils durch die Schweiz.

Deutlich wird damit aber auch, dass nach der hier vertretenen Ansicht in Bezug auf das **Verhältnis der «Bilateralen III» zu Bundesgesetzen** die von der Rechtsprechung entwickelten **allgemeinen Grundsätze**<sup>164</sup> vollumfänglich anwendbar sind: Den «Bilateralen III» kommt somit grundsätzlich Vorrang zu, es sei denn, der Bundesgesetzgeber habe «bewusst» gegen das Völkerrecht verstossen wollen; diesfalls sind das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden an das völkerrechtswidrige Bundesgesetz gebunden (sog. Schubert-Rechtsprechung). Allerdings gibt es eine **Gegenausnahme**, nämlich falls es um **menschenrechtliche oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen** geht, welche somit in jedem Fall vorrangig anzuwenden sind. Vieles spricht hier im Übrigen dafür, dass es sich bei den «freizügigkeitsrechtlichen» Vorgaben um eigentliche «Freizügigkeitsrechte» handeln muss, welche grund- oder menschenrechtlichen Gewährleistungen vergleichbar sind, so dass sonstige Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens, welche z.B. «nur» Modalitäten der Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit durch Unternehmen regeln, nicht von der Gegenausnahme erfasst wären, dies mit der Folge, dass im Falle eines «bewussten» Abweichens des Bundesgesetzgebers von derartigen Vorgaben das Bundesgesetz vorrangig anzuwenden wäre. Damit dürfte für die Frage nach dem letztlichen Vorrang des Abkommensrechts im Ergebnis die Reichweite der «Gegenausnahme» von entscheidender Bedeutung sein. Nach der hier vertretenen Ansicht sollte diese nicht «pauschal» für das gesamte Freizügigkeitsabkommen, sondern nur für solche Vorgaben desselben zum Zuge kommen, die grund- oder menschenrechtlichen Verpflichtungen entsprechen; dies kann aber freilich nicht nur bei «Freizügigkeitsrechten», sondern auch bei wirtschaftlichen Rechten (wie sie z.B. im Abkommen über technische Handelshemmnisse vorgesehen sind) zu bejahen sein. Auf der anderen Seite spricht – wie erwähnt – Vieles dafür, dass nicht «automatisch» alle im Freizügigkeitsabkommen verankerte vertragliche Pflichten von der Gegenausnahme erfasst sind. Indessen überzeugt es nicht, dass die Gegenausnahme (des Freizügigkeitsrechts) bereits dann nicht zum Zuge kommen soll, wenn der bewusste Verstoss des Bundesgesetzgebers gegen das Freizügigkeitsrecht das gute Funktionieren des Abkommens insgesamt nicht in Frage stellt.<sup>165</sup> Abgesehen davon, dass dieser Ansatz eine grosse Rechtsunsicherheit mit sich brächte, ist nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage eine derartige allgemeine Relativierung der Gegenausnahme beruhte. Überzeugender ist es daher, an den «Charakter» der betroffenen Rechte (grundrechtsähnlich) anzuknüpfen, wie dies wohl auch der

---

<sup>163</sup> Zu den Grundsätzen des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht oben Rn. 30 ff.

<sup>164</sup> S.o. Rn. 32 ff.

<sup>165</sup> So OESCH/BADEA, LA Kiener, 97 (107).

Rechtsprechung des Bundesgerichts zugrundeliegt, wenn diese auch zahlreiche Fragen aufwirft.<sup>166</sup> Eine andere Frage ist freilich diejenige danach, ob die Gegenausnahme dann nicht zum Zuge kommen soll, wenn ansonsten verfassungsrechtliche Grundprinzipien und damit die **«Identität» der Bundesverfassung** tangiert oder verletzt würde.<sup>167</sup> Hierfür könnte tatsächlich einiges – insbesondere auch der *political question*-Charakter der Schubert-Rechtsprechung selbst – sprechen. Indessen dürfte diese Konstellation in der Praxis kaum vorkommen, ist es doch nur schwer vorstellbar, dass menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen «verfassungsrechtliche Grundprinzipien» (wobei dieser Begriff unscharf bleibt) verletzen. Allenfalls argumentierbar wäre es aber, im Falle einer eigentlichen Verletzung verfassungsrechtlicher Grundprinzipien bzw. der «Verfassungsidentität» durch eine völkervertragsrechtliche Pflicht bereits den grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts vor Bundesgesetzen in Frage zu stellen. Damit der grundsätzliche Vorrang des Völkerrechts nicht ausgehöhlt wird, müsste dies indessen auf klare Ausnahmesituationen – wie z.B. die grundsätzliche Infragestellung rechtsstaatlicher Prinzipien – beschränkt bleiben. Es ist nicht ersichtlich, dass eine solche, in ihren Konturen übrigens unscharfe Konstellation bereits einmal in Frage gekommen wäre, und sie erscheint auch angesichts der Ausgestaltung und der Differenziertheit des Völkerrechts wenig wahrscheinlich; im Übrigen und wohl auch aus diesem Grund gibt es bislang keine Anhaltspunkte in der Rechtsprechung für einen solchen Ansatz.

## 2. «Harmonisierung über völkerrechtliche Abkommen»

69. Es gibt zahlreiche **völkerrechtliche Abkommen**, welche **sowohl von der Schweiz als auch von der Europäischen Union ratifiziert** wurden, ohne dass in dem betreffenden Bereich indessen völkervertragliche Verpflichtungen zwischen der Schweiz und der EU aufgrund bilateraler Abkommen (nur) zwischen der Schweiz und der Union bestünden. Beispiele sind die bereits erwähnten<sup>168</sup> Verträge auf den Gebieten des Datenschutzes (Datenschutzkonvention des Europarates) oder des Umweltschutzes (Aarhus-Konvention). Von besonderem Interesse sind dabei die im Rahmen des Europarates oder der UN-ECE abgeschlossenen Abkommen, bei welchen im Wesentlichen europäische Staaten Vertragsparteien sind.

70. Die Europäische Union nimmt im Zuge der Ratifizierung völkerrechtlicher Abkommen in aller Regel auch sich aufdrängende bzw. sich als notwendig erweisende **Anpassungen des Unionsrechts** vor. So sollte z.B. die Datenschutzgrundverordnung<sup>169</sup> auch den Vorgaben der Datenschutzkonvention des Europarates Rechnung tragen, und gewisse Bestimmungen in umweltrechtlichen Rechtsakten sollten der Umsetzung der Aarhus-Konvention dienen; der **EuGH** hat sich dann

---

<sup>166</sup> Vgl. im Einzelnen EPINEY, AJP 2023, 699 ff.

<sup>167</sup> In diese Richtung, unter Hinweis auf die Diskussion im Zusammenhang mit dem Vorrang des EU-Rechts in den Mitgliedstaaten, OESCH/BADEA, LA Kiener, 97 (104 ff.).

<sup>168</sup> Rn. 27.

<sup>169</sup> VO 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, 1.

regelmässig mit der Auslegung der einschlägigen völkerrechtlichen Vorgaben sowie der Umsetzungsgesetzgebung auf Unionsebene zu befassen.<sup>170</sup>

71. Sowohl die **Gesetzgebung** als auch die **Rechtsprechung auf Unionsebene** dürfte als **Praxis der Vertragsparteien** anzusehen sein, welche für die **Auslegung** eines völkerrechtlichen Vertrages zu berücksichtigen ist (vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK). M.a.W. kann diese Praxis ein Element für die Auslegung des betreffenden völkerrechtlichen Vertrages darstellen, welches dann auch für die Schweiz als Vertragspartei relevant ist. Insoweit sind die unionsrechtlichen Vorgaben auch in der Schweiz beachtlich, wenn auch nicht als solche verbindlich, so dass es zu einer «Angleichung» der schweizerischen Rechtsordnung an die Rechtslage in der Union aufgrund von für beide verbindliche völkerrechtliche Verträge kommen kann («Harmonisierung über völkerrechtliche Abkommen»)<sup>171</sup>

### 3. «Autonomer Nachvollzug»

72. Unter «autonomen Nachvollzug» versteht man die (mehr oder weniger weit gehende) **Anlehnung gesetzgeberischer Erlasse an die entsprechenden Regelungen in der EU**. Sein Hintergrund ist häufig das Anliegen, Wettbewerbsnachteile zulasten schweizerischer Unternehmen durch eine «parallele» Gesetzgebung zu vermeiden, mitunter aber auch grundsätzlich aufgrund der engen Verflechtung der Schweiz mit der EU die in der Schweiz geltende Rechtsordnung möglichst «europafreundlich» auszugestalten.<sup>172</sup> Dabei geht es beim «echten» autonomen Nachvollzug um die bewusste und gewollte unionsrechtskonforme Ausgestaltung nationalen Rechts; diese ist grundsätzlich von der punktuellen Inspiration der Gesetzgebung von Entwicklungen in der EU zu unterscheiden.<sup>173</sup> Implikationen hat

---

<sup>170</sup> Hierzu z.B. EPINEY, Umweltrecht der EU, 6. Kap., Rn. 79 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH.

<sup>171</sup> Vgl. hierzu ausführlich im Zusammenhang mit der Aarhus-Konvention EPINEY, AJP 2011, 1505 ff.

<sup>172</sup> Eigentlich institutionalisiert wurde die Politik des autonomen Nachvollzugs bereits Ende der 80er Jahre: Der Bundesrat hielt 1988 fest, die «Europaverträglichkeit» der nationalen Gesetzgebung sei ein grundsätzliches Anliegen und daher jeweils bei der Gesetzgebung zu berücksichtigen (Integrationsbericht des Bundesrates vom 24. August 1988, BBl 1988 III 249, 380). Seither werden sämtliche Gesetzgebungsvorhaben auf ihre Vereinbarkeit mit EU-Recht bzw. die entsprechenden Auswirkungen analysiert. Auf diese Weise wird die Grundlage geschaffen, um das schweizerische Recht an das Unionsrecht anzulehnen oder auch davon abzusehen, wobei letzteres nur bei Vorliegen sachlicher Gründe erfolgen soll.

<sup>173</sup> Zum «autonomen Nachvollzug» mit zahlreichen weiteren Nachweisen (auch zu den mit diesem einher gehenden Rechtsfragen) COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-MCKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER, Rechtsbeziehungen der Schweiz und der EU, 131 ff.; OESCH, Schweiz – EU, Rn. 384 ff.; OESCH, Europarecht, Rn. 1009 ff.

diese Unterscheidung insbesondere für die Auslegung des entsprechenden nationalen Rechts, ist die Zielsetzung der Anpassung an Unionsrecht doch ein bedeutendes Element für die Ermittlung der Tragweite einer gesetzlichen Bestimmung.<sup>174</sup>

73. Diese nach wie vor bestehende Politik des autonomen Nachvollzugs beruht in erster Linie auf **wirtschaftlichen Gründen**: Durch eine möglichst weitgehende Anpassung des schweizerischen Rechts an unionsrechtliche Vorgaben sollen die mit dem Status als Nicht-EU-Mitgliedstaat einhergehenden Nachteile soweit wie möglich minimiert und damit die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Wirtschaft gefördert werden. Daneben erleichtert dieser Ansatz (der inzwischen weit über den engen Bereich der Produktregelungen hinausgeht und auch z.B. Bereiche wie das Gleichstellungsrecht, das Wettbewerbsrecht oder den Konsumentenschutz betrifft, wobei in gewissen Gebieten auch statische und dynamische Verweise auf Unionsrecht vorgesehen sind)<sup>175</sup> ganz allgemein die Beziehungen zur Europäischen Union, insbesondere auch, soweit neue Abkommen geschlossen werden, und in einigen Bereichen hat die Schweiz ein grosses Interesse an der Anerkennung der Gleichwertigkeit ihrer Rechtsetzung mit derjenigen der Europäischen Union, so z.B. im Datenschutzrecht.<sup>176</sup>

74. Eine besondere Ausprägung des autonomen Nachvollzugs im Zusammenhang mit dem Ziel des Abbaus technischer Handelshemmnisse stellt die mit der am 1. Juli 2010 in Kraft getretenen Revision des THG<sup>177</sup> erfolgte **«autonome» Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips** dar.<sup>178</sup> Danach ist – es sei denn, eine der abschliessend geregelten Ausnahmen greife – ein sich in einem EU-Mitgliedstaat rechtmässig im Verkehr befindendes Produkt «automatisch» auch in der Schweiz verkehrsfähig, unabhängig davon, ob es ggf. einschlägigen nationalen Produktvorschriften entspricht oder nicht. Mit dieser Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips wird ein weiterer Abbau an technischen Handelshemmnissen angestrebt.

---

<sup>174</sup> Aus der Rechtsprechung grundlegend BGE 129 III 335; aus der Literatur instruktiv AMSTUTZ, SJER 2004/2005, 235 ff.; PROBST, in: Die Schweiz und die europäische Integration, 249 ff.

<sup>175</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 173, m.w.N.

<sup>176</sup> Solche Anerkennungsbeschlüsse sind in vielen Rechtsgebieten vorgesehen, so neben dem Datenschutzrecht z.B. im Finanzmarktrecht oder im Heilmittelrecht. Vgl. ausführlich hierzu, m.w.N., EPINEY, Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne, Rn. 42 ff.

<sup>177</sup> Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (THG), SR 946.51.

<sup>178</sup> Vgl. hierzu COTTIER/HERREN, SJER 2009/2010, 249 ff.

75. Indessen kann weder die autonome Anpassung von schweizerischen Vorschriften an die Rechtslage in der Union noch die einseitige Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips die Probleme mit der **Nichtanerkennung der schweizerischen Konformitätsbewertung durch die EU** beseitigen.<sup>179</sup> Daher wurde die **gegenseitige Anerkennung der Konformitätsbewertungen** im Rahmen der bilateralen Abkommen verhandelt, und ist heute mit dem Abkommen über technische Handelshemmnisse (MRA) Teil der «Bilateralen I».

76. Damit wird das **Ziel des Abbaus technischer Handelshemmnisse** zwischen der Schweiz und der EU seitens der Schweiz mit **drei Instrumenten** verfolgt, die allesamt im THG verankert sind: die Harmonisierung der schweizerischen technischen Vorschriften mit denjenigen der EU, staatsvertragliche Vereinbarungen sowie die autonome Anwendung des *Cassis de Dijon*-Prinzips.<sup>180</sup> Diese drei Instrumente werden auch in der Präambel des MRA erwähnt.

### III. Exkurs: EU-Beitritt der Schweiz – Verfahren und Implikationen – eine Skizze

77. Nach Art. 140 Abs. 1 lit. b ist der Beitritt zu einer «supranationalen Gemeinschaft» dem obligatorischen Referendum unterstellt. Der Bundesrat definiert den Begriff der **supranationalen Gemeinschaft** (im Einklang mit der europarechtlichen Literatur)<sup>181</sup> als eine Organisation, die mit «Organen aus unabhängigen Personen, die nicht an Instruktionen der Regierung ihres Heimatstaates gebunden sind», ausgestaltet ist, welche «ihre Befugnisse durch Mehrheitsbeschluss und nicht nach dem Einstimmigkeitsprinzip» ausübt, «deren Entscheide direkt in Kraft treten und für Einzelpersonen unmittelbar verbindlich sind» und «deren materielle Befugnisse relativ umfassend sind».<sup>182</sup> Impliziert ist damit auch der Vorrang des supranationalen Rechts in den Mitgliedstaaten.<sup>183</sup> Die **Europäische Union** erfüllt

---

<sup>179</sup> Botschaft des Bundesrates über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 805 ff.; Teil des Programms zur marktwirtschaftlichen Erneuerung bilden neben dem erwähnten THG, das Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995 (BGBM), SR 943.02, das revidierte Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995, SR 946.51, das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB), SR 172.056.1; ferner hat die Schweiz zur Bekämpfung der technischen Handelshemmnisse folgende Abkommen abgeschlossen: GATT-Übereinkommen über technische Handelshemmnisse vom 15. Dezember 1994, revidiertes Abkommen über die EFTA vom 1. Juni 2002.

<sup>180</sup> Botschaft des Bundesrates zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse vom 25. Juni 2008, BBl 2008 7275 (7289 ff.).

<sup>181</sup> Vgl. z.B. OESCH, Europarecht, Rn. 103. S. auch die Aufführung der spezifischen Charakteristika der Europäischen Union bei BESSON, Droit constitutionnel européen, Rn. 176.

<sup>182</sup> Bundesrat, Botschaft Neuordnung Staatsvertragsreferendum, BBl 1974 II 1156.

<sup>183</sup> S. schon, m.w.N., EPINEY, SJZ 1992, 261 (264).

die genannten Voraussetzungen für eine supranationale Organisation zweifellos,<sup>184</sup> und im Übrigen wurde diese Kategorie von völkerrechtlichen Verträgen gerade im Hinblick auf die (damaligen) Europäischen Gemeinschaften in die Verfassung aufgenommen.<sup>185</sup> Daher wäre ein Beitritt zur EU dem obligatorischen Referendum zu unterstellen.

**78.** Zwar spricht Art. 140 Abs. 1 lit. b BV lediglich von einem **Beitritt** zu den erwähnten beiden Kategorien von internationalen Organisationen, so dass reine **Modifikationen** der einmal abgeschlossenen Verträge grundsätzlich nicht dem obligatorischen Referendum unterliegen. Falls sich jedoch eine Änderung als so zentral herausstellt, dass sie einem Neubeitritt im Wesentlichen gleichkäme, ist auch diese vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck der Bestimmung Volk und Ständen vorzulegen.<sup>186</sup> Was den **Austritt** betrifft, so enthält die Verfassung keine ausdrückliche Bestimmung, wobei gute Gründe dafür sprechen, dass im Sinne des Grundsatzes vom *actus contrarius* Parlament und Volk in gleicher Weise wie beim Abschluss zu beteiligen sind.<sup>187</sup> Seit 2019 regeln Art. 24 Abs. 2 und 3 ParlG die Mitwirkung der Bundesversammlung sowie von Volk und Ständen an Abschluss, Änderung und Kündigung völkerrechtlicher Verträge im Sinne einer Gleichstellung von Beitritt und Austritt: Unterliegt der Abschluss, die Änderung oder die Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrages dem Referendum, so genehmigt die Bundesversammlung diese in der Form eines referendumsfähigen Bundesbeschlusses.<sup>188</sup>

**79.** Ein **Beitritt zur Europäischen Union** führte zu einer eigentlichen Übertragung von Hoheitsrechten,<sup>189</sup> und entfaltete – wie auch in den jetzigen EU-

---

<sup>184</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, Rn. 1359; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rn. 1705; BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 140, Rn. 7; KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht, 106.

<sup>185</sup> Bundesrat, Botschaft Neuordnung Staatsvertragsreferendum, 1155 ff.

<sup>186</sup> So schon, mit ausführlicher Begründung, EPINEY, SJZ 1992, 261 (283 f.); ebenso BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 140, Rn. 7; s. auch DIGGELMANN, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Art. 140, Rn. 34 f.; TORNAY SCHALLER, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 140, Rn. 33; ausführlich und m.w.Nw., BLUM/NAEGELI/PETERS, ZBl 2013, 527 ff.

<sup>187</sup> Ebenso z.B. EHRENZELLER/NOBS, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Art. 140, Rn. 12; in der Tendenz anders aber DIGGELMANN, in: Ehrenzeller u.a., SGK BV, Art. 140, Rn. 33.

<sup>188</sup> Zur Entstehung dieser Bestimmung TORNAY SCHALLER, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 140, Rn. 35; eingehend zur Thematik THOMANN-REBER, Kündigung völkerrechtlicher Verträge, *passim*. Zur Frage der richtigen Regelungsstufe KELLER/WEBER, ZBl 2020, 119 (137 ff.).

<sup>189</sup> Keine Übertragung von Hoheitsrechten in diesem Sinn erfolgte hingegen bei den bisherigen Assoziierungen, auch soweit hier die grundsätzliche Übernahme von EU-Recht vorgesehen ist (wie im Rahmen der Schengen-/Dublin-Assoziierung), da die Übernahme jeweils eigens beschlossen werden muss und die ggf. notwendigen Anpassungen im schweizerischen Recht nach den ordentlichen Verfahren erfolgen. S. hierzu oben Rn. 40 ff.

Mitgliedstaaten – gewichtige Implikationen für die nationale Rechtsordnung. Diese sind sowohl auf der Ebene des materiellen Rechts als auch der institutionellen Regelungen (wie die Auswirkungen auf die Regierung, auf ihr Zusammenspiel mit dem Parlament oder auf die föderalistische Struktur eines Staates) anzusiedeln. In Bezug auf die Schweiz wurden zu dieser Frage Ende der 80er / Anfang der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts zahlreiche Untersuchungen durchgeführt,<sup>190</sup> welche im Grundsatz nach wie vor aktuell sind, so dass – entgegen mancher Behauptungen – davon auszugehen, dass die Auswirkungen eines EU-Beitritts der Schweiz im Grundsatz umfassend erörtert wurden und bekannt sind (was nichts daran ändert, dass sich gewisse, letztlich politisch zu entscheidende Fragen nach der notwendigen oder sachdienlichen Anpassung nationalen Rechts stellen).

**80.** Aus institutioneller Sicht dürfte insbesondere die Frage nach den Auswirkungen eines EU-Beitritts auf die **direktdemokratischen Rechte** von Bedeutung sein, dies vor dem Hintergrund des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts, welcher bereits – insoweit im Gegensatz zum «normalen» Völkerrecht – der Geltung (und nicht erst der Anwendung) unionsrechtswidrigen nationalen Rechts entgegensteht.<sup>191</sup> Auch wenn der Vorrang des Unionsrechts es nicht verlangt, dass eigene Verfahren oder Rechtswege geschaffen werden, welche sicherstellen (sollen), dass kein unionsrechtswidriges Recht erlassen wird, zöge ein EU-Beitritt gewisse Einschränkungen des Anwendungsbereichs und der Wirkungen der **direktdemokratischen Rechte** nach sich, ohne dass es jedoch notwendig wäre, die direktdemokratischen Instrumente – so wie sie heute bestehen – grundsätzlich zu modifizieren oder gar (teilweise) abzuschaffen. Vielmehr ginge es darum, Mittel und Wege zu finden, um den Vorrang des EU-Rechts sicherzustellen, ein Problem, das wohl in erster Linie im Zusammenhang mit Volksinitiativen auf Teilrevision der Verfassung aufgeworfen würde.<sup>192</sup> Über die eigentlich notwendigen Anpassungen hinaus stellt sich aber auch die Frage nach den möglicherweise sinnvollen Verfassungsänderungen im Falle eines Beitritts der Schweiz zur EU.<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> S. z.B. COTTIER/KOPSE (Hrsg.), Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union: Brennpunkte und Herausforderungen, *passim*; s. weiter die Literaturangaben bei OESCH/CAMPI, Der Beitritt der Schweiz zur EU, *passim*.

<sup>191</sup> Vgl. im Einzelnen zum Vorrang des Unionsrechts und seinen Wirkungen, m.w.N., BIEBER/MAIANI, Précis de droit européen, Rn. 115 ff.

<sup>192</sup> Umfassend zum Problemkreis und nach wie vor grundsätzlich aktuell EPINEY/SIEGWART/COTTIER/REFAEIL, Schweizerische Demokratie und Europäische Union, insb. 289 ff.; s. weiter z.B. THÜRER, SZIER 2005, 21 (23 ff.); auch jüngere Untersuchungen kommen unter Bezugnahme auf die erwähnten früheren Analysen im Wesentlichen zu gleichen Ergebnissen, vgl. insbesondere OESCH/CAMPI, Beitritt der Schweiz zur EU, 227 ff.

<sup>193</sup> Hierzu etwa THÜRER, SZIER 2005, 21 (27 ff.).

81. Zu betonen ist in diesem Zusammenhang, dass die mit einem EU-Beitritt einhergehenden konzeptionellen Anforderungen an die nationale Gesetzgebung (kein Erlass dem Unionsrecht widersprechenden nationalen Rechts und damit materielle Grenzen der Gesetzes- und Verfassungsrevision einerseits und Sicherstellung, dass alle Rechtsakte erlassen werden, die für Umsetzung und Vollzug des Unionsrechts notwendig sind) und ihre Implikationen als solche keine Spezifität der Auswirkungen eines EU-Beitritts der Schweiz darstellten. Vielmehr ist die Situation im Grundsatz für alle Mitgliedstaaten parallel gelagert, und die spezifischen Auswirkungen auf die direkte Demokratie sind lediglich insofern mittelbare oder indirekter Natur, als eine Einschränkung des Anwendungsbereichs bzw. der Wirkungen der direktdemokratischen Rechte nur einen **Reflex der Übertragung von Hoheitsrechten** darstellt, deren Auswirkungen alle staatlichen Organe, in der Schweiz damit auch Volk und Stände, betrifft. M.a.W.: Wie sich die Übertragung von Hoheitsrechten im innerstaatlichen Bereich auswirkt und insbesondere, welche Organe Kompetenzverluste in Kauf nehmen müssen, hängt von der jeweiligen Staats- und Organisationsstruktur ab und ist daher eine interne (wenn auch durchaus bedeutende) Frage, während die eigentliche Verlagerung von Hoheitsrechten und der damit verbundene Kompetenzverlust für die verschiedenen Staaten – wobei diese indessen an der Willensbildung auf EU-Ebene beteiligt sind – letztlich parallele Auswirkungen entfaltet.

82. Damit kann im Ergebnis in Bezug auf die in diesem Beitrag im Fokus stehenden Rezeptionsmechanismen des EU-Rechts im Zusammenhang mit einem *a priori* denkbaren, wenn auch derzeit in näherer Zukunft unwahrscheinlichen EU-Beitritt folgendes festgehalten werden:

- Die **Bundesverfassung** erlaubt einen **EU-Beitritt** mit all seinen **Implikationen**, insbesondere den Auswirkungen des Vorrangs des Unionsrechts, wie sich klar aus Art. 140 Abs. 1 lit. b BV ergibt.
- Die Verfassung formuliert **keine eigentlichen «Integrationsschranken»**. Indessen ist bereits *de lege lata* auf der Grundlage einer **systematischen Auslegung der Verfassung** davon auszugehen, dass ein Beitritt zu einer supranationalen Organisation nicht die **«Strukturprinzipien» oder die «Grundwerte» der Verfassung** – zu welchen insbesondere das rechtsstaatliche, demokratische und föderalistische Element gehören<sup>194</sup> – nicht ausgehöhlt werden dürfen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass ihre konkrete derzeitige Ausgestaltung in der Verfassung nicht modifiziert werden dürfte; vielmehr ergibt

---

<sup>194</sup> Vgl. zu diesen Grundwerten bzw. Strukturprinzipien z.B. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rn. 138 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rn. 203 ff.

sich aus Art. 141a BV, dass beim Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages, der dem obligatorischen Referendum unterliegt, die der Umsetzung dieses Vertrages dienenden Verfassungsänderungen in den Genehmigungsbeschluss aufgenommen werden können, so dass entsprechende Verfassungsänderungen also ausdrücklich vorgesehen sind. Im Übrigen spricht auch der Umstand, dass die Bundesverfassung grundsätzlich keine materiellen Grenzen der Verfassungsrevision kennt, für diesen Ansatz.

- Der Verfassung ist keine Pflicht zu entnehmen, bestimmte Bestimmungen betreffend die Staatsleitung oder die direkt-demokratischen Rechte im Falle eines EU-Beitritts anzupassen; auch dürfte – ohne dass diese Frage hier jedoch abschliessend geklärt werden kann – keine zwingende rechtliche Notwendigkeit zu derartigen Modifikationen bestehen. Indessen dürften gewisse derartige Revisionen aus verschiedenen Gründen sinnvoll sein, so dass ein **gewisser Reformbedarf auch auf Verfassungsstufe** – dies über jedenfalls notwendige punktuelle Anpassungen (z.B. in Bezug auf das Verbot der Auslieferung von Schweizern an ausländische Behörden, Art. 25 BV) hinaus – besteht. Darüber hinaus wäre zu prüfen, ob ein eigentlicher «Europa-Artikel» eingeführt werden soll.<sup>195</sup>

---

<sup>195</sup> Vgl. instruktiv zum Ganzen OESCH/CAMPI, Beitritt der Schweiz zur EU, Rn. 67 ff.

## § 4 Fazit

83. Die Frage nach den Rezeptionsmechanismen und den Integrationsschranken in Bezug auf das EU-Recht stellt sich im schweizerischen Verfassungsrecht aufgrund der Nicht-EU-Mitgliedschaft der Schweiz – wenig überraschend – deutlich anders als in EU-Mitgliedstaaten. Indessen haben die Ausführungen auch gezeigt, dass **EU-Recht über verschiedene Mechanismen**, wobei den sog. Bilateralen Abkommen mit der EU eine besondere Bedeutung zukommt, **in der Schweiz rezipiert** wird und sogar in gewissen Konstellationen direkt angewandt werden kann bzw. anzuwenden ist.

84. Soweit die **Bilateralen Abkommen** mit der Union betroffen sind, finden die **allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätze der Inkorporation und des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht** Anwendung, wobei die Offenheit der Bundesverfassung gegenüber dem Völkerrecht – welche in verschiedenen verfassungsrechtlichen Bestimmungen zum Ausdruck kommt und sich auch im grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts vor nationalem Recht zeigt – bemerkenswert ist.

85. Entsprechend dem Fehlen – abgesehen vom zwingenden Völkerrecht – von materiellen Schranken der Verfassungsrevision kennt das schweizerische Verfassungsrecht **keine eigentlichen Integrationsschranken**. Indessen ist davon auszugehen, dass Bundesrat und Parlament grundsätzlich die Strukturprinzipien der Verfassung zu beachten haben, denen jedoch lediglich Grundsatzcharakter zukommt, so dass ihre konkrete Ausgestaltung durchaus variieren kann und somit auch Modifizierungen zugänglich ist. Eigentliche «Identitätskonzepte», wie sie z.B. in Deutschland in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine grosse Rolle spielen,<sup>196</sup> sind dem schweizerischen Verfassungsrecht aus rechtlicher Sicht fremd, wenn es auch Strukturprinzipien kennt, die allerdings nicht explizit in der Verfassung als solche formuliert bzw. bezeichnet werden. Dessen ungeachtet spielen in der verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Diskussion gewisse **besondere Charakteristika der Bundesverfassung** eine sehr gewichtige Rolle, wobei insbesondere die **Rechte von Volk und Ständen** und damit die **direkt-demokratischen Instrumente** zu erwähnen sind.

86. Die in diesem Beitrag aufgezeigte **Rezeption des EU-Rechts in der Schweiz** auf der Grundlage der «**Bilateralen Abkommen**» ist insgesamt als eher **komplex** zu bezeichnen: Grundsätzlich geht es insbesondere bei den Binnenmarktabkommen und einigen sonstigen Abkommen mit der EU um eine Art «Teilintegration»

---

<sup>196</sup> Vgl. hierzu, m.w.N., EPINEY, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU, § 2, Rn. 82 ff.

in gewisse Bereiche des EU-Rechts, und die Zielsetzung solcher Regelungen geht grundsätzlich dahin, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage wie innerhalb der EU sicherzustellen. Dieses Ziel wird bereits heute – wobei die «Bilateralen III» die Parallelität der Rechtsentwicklung und Rechtsanwendung zweifellos stärken werden – jedenfalls weitgehend erreicht, dies insbesondere aufgrund der sehr «unionsrechtsfreundlichen» Rechtsprechung des Bundesgerichts.<sup>197</sup> Indessen wirft die genaue Tragweite der Bilateralen Abkommen – insbesondere (wenn auch nicht nur) soweit die Reichweite der Parallelität mit dem EU-Recht betroffen ist – immer wieder häufig komplexe Auslegungsfragen ab, was angesichts der besonderen Konstruktion der Abkommen letztlich nicht erstaunt. Auch werden sich im Zuge der «Bilateralen III» gerade im Zusammenhang mit dem Rang der Abkommen im innerstaatlichen Bereich noch zusätzliche Fragen stellen. Insofern bleiben die Beziehungen Schweiz – EU auch aus rechtsdogmatischer Sicht in jeder Beziehung spannend.

---

<sup>197</sup> Wobei bis heute im Wesentlichen Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen zu verzeichnen ist.

## Literaturverzeichnis

- ACHERMANN, ALBERTO: Der Vorrang des Völkerrechts im schweizerischen Recht, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, 2000, 33 ff.
- ALIG, JONAS: Revisionsbedürftige eidgenössische Volksinitiative, Zürich/Genf 2023.
- AMSTUTZ, MARC: Normative Kompatibilitäten: Zum Begriff der Europakompatibilität und seiner Funktion im Schweizer Privatrecht, in: Astrid Epiney/Florence Rivière/Sarah Theuerkauf/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, Bern/Zürich 2005, 235 ff.
- AUER, ANDREAS/TORNAY, BÉNÉDICTE: Aux limites de la souveraineté du constituant: l'initiative «Pour des naturalisations démocratiques», AJP 2007, 740 ff.
- BAUMANN, ROBERT: Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung, Zürich 2002.
- BAUMANN, ROBERT: Die Tragweite der *Schubert*-Praxis, AJP 2010, 1009 ff.
- BAUMANN, ROBERT: Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 2010, 241 ff.
- BENOÎT, ANNE: Vers une hiérarchie des normes internationales en droit suisse?, ZSR 2009 I, 453 ff.
- BESSON, SAMANTHA: Droit constitutionnel européen, 2. Aufl., Bern 2023.
- BIAGGINI, GIOVANNI: BV-Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.
- BIEBER, ROLAND/EPINEY, ASTRID/HAAAG, MARCEL/KOTZUR, MARKUS: Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 16. Aufl., Baden-Baden 2024 (zit.: VERFASSER, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU).
- BIEBER, ROLAND/MAIANI, FRANCESCO: Précis de droit européen, 4. Aufl., Bern 2024.
- BLUM, NINA/NAEGELI, VERA/PETERS, ANNE: Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, ZBl 2013, 527 ff.
- BREITENMOSER, STEPHAN: Das Scheitern des Institutionellen Rahmenabkommens (InstA) zwischen der Schweiz und der EU: Gründe und Ausblick, in: Astrid Epiney/Petru Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021, Zürich 2021, 325 ff.
- CARONI, ANDREA/KÜHNE, DANIELA: Das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter, Eine Analyse des jüngsten Reformversuchs, ZBl 2022, 343 ff.

- CIRIGLIANO, LUCA: Umsetzungsszenarien der Anti-Minarettinitiative, Jusletter vom 1.3.2010.
- COTTIER, THOMAS: Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU: Kernstück des Abkommens und Instrument schrittweiser Rechtsentwicklung, in: Astrid Epiney/Petru Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021, Bern/Zürich 2021, 353 ff.
- COTTIER, THOMAS/DIEBOLD, NICOLAS/KÖLLIKER, ISABEL/LIECHTI-MCKEE, RACHEL/OESCH, MATTHIAS/PAYOSOVA, TETYANA/WÜGER, DANIEL: Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014.
- COTTIER, THOMAS/HERREN, DAVID: Das Äquivalenzprinzip im schweizerischen Aussenwirtschaftsrecht: von Cassis de Dijon zu Cassis de Berne, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Bern/Zürich 2010, 249 ff.
- COTTIER, THOMAS/KOPSE, ALWIN R. (Hrsg.): Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union: Brennpunkte und Herausforderungen, Zürich 1998.
- DIGGELMANN, OLIVER/HERTIG RANDALL, MAYA/SCHINDLER, BENJAMIN (Hrsg.): Verfassungsrecht der Schweiz, 3 Bände, Zürich 2020 (zit.: VERFASSER, in: Diggelmann et al., Verfassungsrecht der Schweiz).
- EHRENZELLER, KASPAR: Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch. Legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen, Zürich u.a. 2020.
- EHRENZELLER, BERNHARD/EGLI, PATRICIA/HETTICH, PETER/HONGLER, PETER/SCHINDLER, BENJAMIN/SCHMID, STEFAN G./SCHWEIZER, RAINER J. (Hrsg.): Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 4. Aufl., St. Gallen 2023 (zit.: VERFASSER, in: Ehrenzeller et al., SGK BV).
- EPINEY, ASTRID: EG, EWR und die Auswirkungen auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit und die direkte Demokratie, SJZ 1992, 261 ff.
- EPINEY, ASTRID: Rechtsprechung des EuGH zur Aarhus-Konvention und Implikationen für die Schweiz. Zugleich ein Beitrag zu den Vorgaben der Aarhus-Konvention in Bezug auf das Verbandsbeschwerderecht, AJP 2011, 1505 ff.
- EPINEY, ASTRID: Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts. Anmerkung zum BGE 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012, Jusletter vom 18.3.2013.
- EPINEY, ASTRID: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, 81 ff.
- EPINEY, ASTRID: Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: Bernhard Altermatt/Gilbert Casarus (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013, 2013, 141 ff.
- EPINEY, ASTRID: Zur Rolle des Bundesgerichts bei der Verfassungsauslegung. Gedanken zu BGE 139 I 16, Jusletter vom 6.10.2014.

- EPINEY, ASTRID: Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht. Zum Urteil des Bundesgerichts 2C\_716/2014 vom 25. November 2016, Jusletter vom 14.3.2016.
- EPINEY, ASTRID: Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht/Annuaire du droit de la migration 2015/2016, Bern 2016, 3 ff.
- EPINEY, ASTRID: Verweise auf EU-Sekundärrecht im Bilateralen Recht. Zur Reichweite von Verweisen auf EU-Sekundärrecht in den Bilateralen Abkommen bei der Weiterentwicklung des Unionsrechts, Jusletter vom 11.9.2017.
- EPINEY, ASTRID: Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU. Überblick und erste Einschätzung, Jusletter vom 17.12.2018.
- EPINEY, ASTRID: Umweltrecht der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2019.
- EPINEY, ASTRID: Brexit und die bilateralen Abkommen Schweiz – EU, in: Malte Kramme/Christian Baldus/Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Brexit. Privat- und wirtschaftsrechtliche Folgen, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, 201 ff.
- EPINEY, ASTRID: Die dynamische Rechtsübernahme im Entwurf des Institutionellen Abkommens, EuZ 2021, 4 ff.
- EPINEY, ASTRID: Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne – aspects choisis, Cahiers fribourgeois de droit européen no 30, Fribourg 2022.
- EPINEY, ASTRID: Ist die «Schubert-Rechtsprechung» noch aktuell? Zur Frage des Verhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht. Mit besonderem Blick auf BGE 148 II 169, AJP 2023, 699 ff.
- EPINEY, ASTRID: Die Unionsbürgerrichtlinie: Rechtliche Tragweite und Bedeutung für die Schweiz, EuZ 10/2024, 16 ff. (EIZpublishing.ch).
- EPINEY, ASTRID: Die «Bilateralen III» und ihre möglichen Auswirkungen auf das Migrationsrecht, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, Bern 2024, 3 ff.
- EPINEY, ASTRID: «Bilaterale III» und das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht, Jusletter vom 10.3.2025.
- EPINEY, ASTRID/FREI, NULA: Zur Reichweite der Kompetenzen des Bundesrates im Rahmen seiner Mitwirkung im Gemischten Ausschuss des Landverkehrsabkommens, Freiburg 2019.
- EPINEY, ASTRID/HUNZIKER, EVAMARIA: Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Cesla Amarrelle/Véronique Boillet/Martina Caroni/Astrid Epiney/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2023/2024, Bern 2024, 275 ff.
- EPINEY, ASTRID/KERN, MARKUS: Zu den Neuerungen im Datenschutzrecht der Europäischen Union: Datenschutzgrundverordnung, Richtlinie zum Datenschutz in der Strafverfolgung und Implikationen für die Schweiz, in: Astrid Epiney/Daniela Nüesch (Hrsg.), Die Revision des Datenschutzes in Europa

und die Schweiz / La révision de la protection des données en Europe et la Suisse, Zürich 2016, 39 ff.

EPINEY, ASTRID/MEIER, ANNEKATHRIN/EGBUNA-JOSS, ANDREA: Schengen/Dublin, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU. Handbuch, Zürich 2007, 903 ff.

EPINEY, ASTRID/METZ, BEATE/PIRKER, BENEDIKT: Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „bilateralen Abkommen“, Zürich 2012.

EPINEY, ASTRID/SIEGWART, KARINE/COTTIER, MICHAEL/REFAEIL, NORA: Schweizerische Demokratie und Europäische Union. Zur demokratischen Legitimation in der Europäischen Union und den Implikationen eines EU-Beitritts der Schweiz für die schweizerische Demokratie, Bern 1998.

FREITAG, MARKUS (Hrsg.), Direkte Demokratie. Bestandsaufnahmen und Wirkungen im internationalen Vergleich, Münster 2007.

GLASER, ANDREAS: Das Verwaltungsreferendum, ZBl 2012, 511 ff.

GLASER, ANDREAS: Das Institutionelle Abkommen Schweiz-EU – ein Fall für das obligatorische Staatsvertragsreferendum?, sui generis 2020, 210 ff.

GRUBER, RETO: Die Übernahme und Umsetzung von Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands – ausgewählte institutionelle Aspekte, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaller (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2009/2010, Zürich 2010, 479 ff.

GRÜNINGER, CHRISTOPH: Aspekte der Verfassungsinterpretation in der Schweiz, Zürich 2023.

HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER/KELLER, HELEN/THURNHERR, DANIELA: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11. Aufl., Zürich 2024.

HALLER, WALTER/KÖLZ, ALFRED/GÄCHTER, THOMAS: Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2020, 94.

HANGARTNER, YVO: Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I, 137 ff.

HANGARTNER, YVO: Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, AJP 2013, 698 ff.

HESELHAUS, SEBASTIAN: Aktuelle Spielräume für ein Institutionelles Rahmenabkommen, EuZ 2022, 1 ff.

KADDOUS, CHRISTINE: Die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Schweiz, in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Enzyklopädie Europarecht (EnzEuR), Bd. 1, 2. Aufl., Baden-Baden 2022, § 30.

KÄLIN, WALTER/EPINEY, ASTRID/CARONI, MARTINA/KÜNZLI, JÖRG/PIRKER, BENEDIKT: Völkerrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

- KELLER, HELEN/LANTER, MARKUS/FISCHER, ANDREAS: Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl 2008, 121 ff.
- KIENER, REGINA/KRÜSI, MELANIE: Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 2009, 237 ff.
- KELLER, HELEN/WEBER, YANNICK: Die Zuständigkeit zur Kündigung völkerrechtlicher Verträge, ZBl 2020, 119 ff.
- KOLB, ROBERT: L'initiative de l'UDC sur «l'autodétermination (juges étrangers)», SZIER 2016, 567 ff.
- KREIS, GEORG (Hrsg.): Reformbedürftige Volksinitiative. Verbesserungsvorschläge und Gegenargumente, Zürich 2016.
- KÜNZLI, JÖRG: Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I, 47 ff.
- KÜNZLI, JÖRG/KÄLIN, WALTER: Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts? Gedanken zu Art. 139 Abs. 3 BV, Jusletter vom 23.6.2014.
- KUNTZ, JOËLLE: Eine Chronologie des Institutionellen Rahmenabkommens, in: Thomas Bernauer/Katja Gentinetta/Joëlle Kuntz (Hrsg.), Eine Aussenpolitik für die Schweiz im 21. Jahrhundert, Zürich 2021, 93 ff.
- LOOSER, MARTIN E.: Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich 2011.
- MALINVERNI, GIORGIO Démocratie directe et droits de l'homme, FS Andreas Auer, Bern 2013, 453 ff.
- MALINVERNI, GIORGIO/HOTTELIER, MICHEL/HERTIG RANDALL, MAYA/FLÜCKIGER, ALEXANDRE: Droit constitutionnel suisse, 2 Bände, 4. Aufl., Bern 2021.
- MARTENET, VINCENT/DUBEY, JACQUES (Hrsg.): Commentaire romand. Constitution fédérale, 2 Bände, Basel 2021 (zit.: VERFASSER, in: Martenet/Dubey, CR Cst.).
- MÜLLER, ANDREAS TH.: Was sind «concepts of Union law»? , in: Astrid Epiney/Sarah Progin-Theuerkauf/Flaminia Dahinden/Sophie Durkam (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2023/2024, Zürich 2024, 535 ff.
- MÜLLER, ANDREAS TH.: Die «Erlaubnis» zum Ausscheren – Inkaufnahme von Ausgleichsmassnahmen als Gestaltungsmöglichkeit in den Beziehungen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Sarah Progin-Theuerkauf/Flaminia Dahinden/Sophie Dukarm (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2024/2025, Zürich 2025, 525 ff.
- MUSER, MARCO/TOBLER, CHRISTA: Schiedsgerichte in den Aussenverträgen der EU – Neue Entwicklungen unter Einbezug der institutionellen Verhandlungen Schweiz-EU, Jusletter vom 28.5.2019.

- MUSLIU, NAGIHAN: Die Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen, Zürich/St. Gallen 2019.
- OESCH, MATTHIAS: Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl 2014, 171 ff.
- OESCH, MATTHIAS: Der EuGH und die Schweiz, Zürich 2023.
- OESCH, MATTHIAS: Europarecht, 3. Aufl., Zürich 2024.
- OESCH, MATTHIAS: Schweiz – Europäische Union. Grundlagen. Bilaterale Abkommen. Autonome Nachvollzug, 2. Aufl., Zürich 2025.
- OESCH, MATTHIAS/BADEA, ALEXANDRU: Haben „menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz“ strikt Vorrang vor Bundesgesetzen?, Liber Amicorum Regina Kiener, Zürich 2025, 97 ff.
- OESCH, MATTHIAS/CAMPI, DAVID: Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union. Voraussetzungen, Verfahren, Ausnahmen, Staatsleitung, Volksrechte, Zürich 2022.
- OESCH, MATTHIAS/NAEF, TOBIAS: EU-Grundrechte, der EuGH und die Schweiz, ZSR 2017 I 117 ff.
- PIRKER, BENEDIKT: Das Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen zwischen Eigenständigkeit und Autonomie, ASA Bulletin 2019, 592 ff.
- PIRKER, BENEDIKT: Zum Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen, Jusletter vom 3.6.2019.
- PIRKER, BENEDIKT: Auslegung des Freizügigkeitsabkommens und Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter vom 20.7.2023.
- PIRKER, BENEDIKT: Plus c'est la même chose, plus ça change – Schiedsverfahren im Rahmen des Pakets Schweiz-EU, EuZ 2025 (im Erscheinen).
- PROBST, THOMAS: Der Einfluss des EU-Rechts auf den Gesetzgebungsstil im schweizerischen Privatrecht, in: Astrid Epiney/Sian Affolter (Hrsg.), Die Schweiz und die europäische Integration: 20 Jahre Institut für Europarecht der Universität Freiburg, Zürich 2015, 249 ff.
- RHINOW, RENÉ/SCHEFER, MARKUS/UEBERSAX, PETER: Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.
- SCHMID, EVELYNE: Völkerrechtskonforme Auslegung aus schweizerischer Sicht: Ein Randphänomen?, ZaöRV 2023, 783 ff.
- SCHMID, STEFAN G.: Das «ungeschriebene» obligatorische Staatsvertragsreferendum – verfassungsrechtliche Würdigung im Hinblick auf eine Abstimmung über die zurzeit verhandelten bilateralen Verträge Schweiz – EU, ZBl. 2024, 519 ff.
- SEFEROVIC, GORAN: Volksinitiative zwischen Recht und Politik, Die staatsrechtliche Praxis in der Schweiz, den USA und Deutschland, Bern 2018.

- TANQUEREL, THIERRY: Splendeur et misère de l'unité de matière, ZSR 2020 I, 115 ff.
- THOMANN-REBER, FABIANE: Die Kündigung völkerrechtlicher Verträge unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage und Praxis, Bern 2024.
- THÜRER, DANIEL: Verfassungsfragen rund um einen möglichen Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union, SZIER 2005, 21 ff.
- THÜRER, DANIEL: Kosmopolitisches Staatsrecht, 2005.
- TOBLER, CHRISTA: Die EuGH-Entscheidung Grimme – Die Wiederkehr von Polydor und die Grenzen des bilateralen Rechts, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Zürich 2010, 369 ff.
- TOBLER, CHRISTA: Homogenität im Rechtsbestand der Schengen- und Dublin-Abkommen: Übernimmt die Schweiz im Assoziationsrahmen auch nicht notifizierte Asyle- und Datenschutzrecht der EU?, SZIER 2017, 211 ff.
- TOBLER, CHRISTA: Tempora mutantur – das bilaterale Recht in einem sich wandelnden institutionellen EU-Umfeld, in: Astrid Epiney/Sarah Progin-Theuerkauf/Flaminia Dahinden/Petru Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2022/2023, Zürich 2023, 459 ff.
- TSCHANNEN, PIERRE: Die Formen der Volksinitiative und die Einheit der Form, ZBl 2002, 2 ff.
- TSCHANNEN, PIERRE: Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.
- TSCHANNEN, PIERRE: Die Bedeutung normativ substanzschwacher Verfassungssätze, ZSR 2024 I, 1 ff.
- VISCHER, BENEDICT: Feilen am Streitbeilegungssystem in den bilateralen Beziehungen, Jusletter vom 22.1.2024.
- WALDMANN, BERNHARD/BELSER, EVA MARIA/EPINEY, ASTRID (Hrsg.): Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2025 (zit.: VERFASSER, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV).
- WÜGER, DANIEL: Anwendbarkeit und Justiziabilität von Normen im schweizerischen Recht. Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern 2005.

## Materialienverzeichnis

Bundesamt für Justiz, Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht, Gutachten vom 27. Mai 2024.

Bundesrat, über die Neuordnung des Staatsvertragsreferendums vom 23. Oktober 1974, BBl 1974 II 1133 ff.

Bundesrat, Integrationsbericht vom 24. August 1988, BBl 1988 III 249 ff.

Bundesrat, Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 805 ff.

Bundesrat, Botschaft über die Volksinitiative «Für einen zeitgemässen Tierschutz (Tierschutz – Ja!)» vom 7. Juni 2004, BBl 2004 3283 ff.

Bundesrat, Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse vom 25. Juni 2008, BBl 2008 7275 ff.

Bundesrat, Stärkung der präventiven Rechtskontrolle, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2187 ff.

Bundesrat, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2263

Bundesrat, Botschaft «Staatsverträge vors Volk!» vom 1.10.2010, BBl 2010 6963

Bundesrat, Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht, BBl 2011 3613 ff.

Bundesrat, Botschaft zur Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» vom 5. Juli 2017, BBl 2017 5355 ff.

Bundesrat, Botschaft vom 15. Januar 2020 zum obligatorischen Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter (Änderung von Art. 140 der Bundesverfassung), BBl 2020 1243 ff.

Bundesrat, Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz – EU. Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, 13. Juni 2025.

## Abkürzungsverzeichnis

A.A.	Anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AnlSchG-IP-FZA	Anlage über das Schiedsgericht zum Institutionellen Protokoll zum FZA
Art.	Artikel
ASA	Swiss Arbitration Association
Aufl.	Auflage
BB1	Bundesblatt
BGE	Entscheide des Bundesgerichts. Amtliche Sammlung
BGBM	Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995, SR: 943.02
BJ	Bundesamt für Justiz
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101)
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung (VO 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, 1)
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EnzEuR	Enzyklopädie Europarecht
et al.	et alii bzw. aliae (und weitere)

EuGH	Europäischer Gerichtshof / Gerichtshof der Europäischen Union
EU	Europäische Union
EuZ	Zeitschrift für Europarecht (EIZ)
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	und folgende
ff.	und folgende (mehrere)
Fn.	Fussnote
FZA	Personenfreizügigkeitsabkommen
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
Hrsg.	Herausgeber
InstA	Institutionelles (Rahmen)Abkommen
IP-FZA	Institutionelles Protokoll zum Personenfreizügigkeitsabkommen
LA	Liber Amicorum
lit.	litera
MRA	Mutual Recognition Agreement / Abkommen über technische Handelshemmnisse
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NATO	North Atlantic Treaty Organisation
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG), SR 171.10
Rn.	Randnummer
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG), SR 172.010
SGK	St. Galler Kommentar
SJ	Semaine judiciaire
SJER	Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
s.o.	siehe oben
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIEL	Swiss Review of International and European Law
s.u.	siehe unten

SZIER	Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europarecht
THG	Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (THG), SR 946.51
UNO	Vereinte Nationen
VO	Verordnung
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

## **Cahiers fribourgeois de droit européen**

### **Freiburger Schriften zum Europarecht**

Publiés sous l'égide de l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg  
Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ü.

Derniers numéros parus / Letzte erschienene Nummern

- 35 Sian Affolter / Astrid Epiney  
Die «Sorgfaltspflichten-Richtlinie» der EU: rechtliche Tragweite und Implikationen für die Schweiz
- 36 Astrid Epiney / Nula Frei / Janine Prantl  
Völkerrechtliche Vorgaben für die Zuweisung von Wohnraum für anerkannte Flüchtlinge und vorläufig Aufgenommene als Sachleistung im Bereich der Sozialhilfe: zur Frage der völkerrechtskonformen Umsetzung der Motion 42.21.26 «Zuweisung Wohnraum für anerkannte Flüchtlinge»
- 37 Astrid Epiney / Nula Frei  
Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben der Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland im Rahmen einer Auftragsbearbeitung
- 38 Astrid Epiney / David Kläui  
Zur Zulässigkeit von Altersbeschränkungen für die Zulassung zum Medizinstudium
- 39 Astrid Epiney  
«Bilaterale III» und Art. 121a BV: Zur Vereinbarkeit der im Rahmen der «Bilateralen III» vorgesehenen Änderungen des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU mit Art. 121a Abs. 4 BV
- 40 Astrid Epiney  
«Europarecht» und die Bundesverfassung: Rezeptionsmechanismen und «Integrationschranken»

Die schweizerische Verfassungsordnung zeichnet sich grundsätzlich durch eine beachtliche Offenheit gegenüber der Rezeption und dem Status des Völkerrechts aus, wobei die «Verzahnung» und das Verhältnis zu den direktdemokratischen Rechten sowie die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf Bundesgesetze zu einer Reihe von im internationalen Vergleich spezifischen Fragestellungen führen. Besondere Fragen wirft sodann die «Integration» bzw. die Relevanz von Teilen des EU-Rechts für die und in der Schweiz auf: Diese ist zwar als Nicht-EU-Mitgliedstaat nicht an unionsrechtliche Vorgaben als solche gebunden; indessen sind diese gleichwohl aufgrund verschiedener Mechanismen zumindest im Ergebnis zu beachten.

Die vorliegende Untersuchung – die schriftliche Fassung eines anlässlich einer internationalen Konferenz gehaltenen Vortrags – zeigt die bestehenden Mechanismen der Rezeption des EU-Rechts in der Schweiz auf, dies auf der Grundlage eines kurzen Blicks auf die in diesem Zusammenhang besonderen Charakteristika der schweizerischen Verfassungsordnung. Erörtert werden auch die mit den «Bilateralen III» einhergehenden Modifikationen in Bezug auf die neu vorgesehene dynamische Rechtsübernahme und den ebenfalls neuen Streitbeilegungsmechanismus.

**Astrid Epiney**, Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht.