

SZIER

Schweizerische Zeitschrift
für internationales
und europäisches Recht

RSDIE

Revue suisse
de droit international
et européen

25. Jahrgang

4/2015

25^e année

Eclipses de souveraineté

FLORIAN GRISEL

International Law and (Swiss) Domestic Law-Making Processes:

**Die demokratische Mitwirkung an der Entstehung und Umsetzung rechtsetzender
Beschlüsse internationalen Rechts**

ANNA PETRIG

Legislating for the Vulnerable? Special Duties under the European Convention on Human Rights

NESA ZIMMERMANN

The Identification and Role of International Legislative Duties in a Contested Area: Must Switzerland Legislate in Relation to «Business and Human Rights»?

EVELYNE SCHMID

Praxisberichte/Chroniques

Droit européen : Suisse–Union européenne; Europarecht: Schweiz–Europäische Union

CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER

Rechtsprechung zum internationalen Schuld- und Zwangsvollstreckungsrecht

IVO SCHWANDER

Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht in der Schweiz

THOMAS M. MAYER, BUNDESAMT FÜR JUSTIZ

Swiss Review
of International
and European Law

Schulthess §

Rivista svizzera
di diritto internazionale
e europeo

SZIER – Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht

RSDIE – Revue suisse de droit international et européen

RSDIE – Rivista svizzera di diritto internazionale e europeo

SRIEL – Swiss Review of International and European Law

www.szier.ch / www.rsdie.ch

Herausgegeben von / Édité par:

Schweizerische Vereinigung für internationales Recht (SVIR)

Website / Kontakt: www.svir-ssdi.ch

Société suisse de droit international (SSDI)

site / contact: www.svir-ssdi.ch

Publiziert mit Unterstützung der Schweizerischen Akademie für Geisteswissenschaften

Publié avec le soutien de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales

Redaktionskomitee / Comité de rédaction:

Prof. Dr. Andreas Furrer, Universität Luzern

(Vorsitz / Président; Internationales Privatrecht / Droit international privé)

Prof. Dr. Daniel Girsberger, Universität Luzern (Internationales Privatrecht / Droit international privé)

Prof. Dr. Christine Kaddous, Université de Genève (Europarecht / Droit européen)

Prof. Dr. Robert Kolb, Université de Genève (Völkerrecht / Droit international public)

Prof. Dr. Christa Tobler, Universität Basel (Europarecht / Droit européen)

Prof. Dr. Ursula Cassani, Université de Genève (Strafrecht / Droit pénal)

Prof. Dr. Oliver Diggelmann, Universität Zürich (Völkerrecht / Droit international public)

Managing Editor:

Dr. Lorenz Langer, Universität Zürich

Regelmässige Beiträge von / Collaborateurs:

Dr. Jürg Borer, Prof. Dr. Andreas Bucher, Prof. Dr. Lucius Cafilisch, Prof. Dr. Ursula Cassani,

Dr. Xavier Favre-Bulle, Prof. Dr. Michael Hahn et al., Prof. Dr. Michel Hottelier,

Prof. Dr. Christine Kaddous, Prof. Dr. Robert Kolb, Prof. Dr. Vincent Martenet, Dr. Thomas Mayer,

Prof. Dr. Ivo Schwander, Prof. Dr. Christa Tobler

Adresse der Redaktion / Adresse de la rédaction:

Lorenz Langer, Kirchweg 41, CH-8966 Oberwil-Lieli, Switzerland

Tel.: +41 (0)56 534 48 46, Lorenz.Langer@szier.ch

Manuskripte bitte an oben stehende Adresse senden oder per Mail übermitteln. Die Richtlinien für Autorinnen und Autoren sind unter www.szier.ch abrufbar.

Les manuscrits doivent être envoyés à l'adresse ci-dessus par courrier ou par mail. Les directives à l'intention des auteurs sont disponibles à l'adresse www.rsdie.ch.

Verlag und Abonnementsverwaltung /

Edition et administration

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2

Postfach, 8022 Zürich, Telefon: +41 44 200 29 29

Fax: +41 44 200 29 28

E-Mail: zs.verlag@schulthess.com

Internet: <http://www.schulthess.com>

Erscheint 4mal jährlich / Paraît 4 fois par an

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement: CHF 258.–

Mitgliederabonnement: CHF 250.00

Einzelnummer / Prix du numéro: CHF 73.–

ISSN 1019-0406

PrintPlus

Mit dem PrintPlus-Abonnement haben Sie die Möglichkeit, Ihre Zeitschrift digital zu lesen. Zeitgleich mit der Printausgabe haben Sie Zugang zu den Beiträgen in digitaler Form. Detaillierte Informationen finden Sie unter www.schulthess.com/printplus

L'abonnement PrintPlus vous permet de télécharger votre revue en version numérique. Cette version est la reproduction exacte de l'édition papier et vous permet donc de lire votre revue sur le support – papier ou/et numérique – de votre choix. Vous trouverez davantage d'informations en suivant ce lien : www.schulthess.com/printplus

Jahresabonnement: CHF 294.00

Mitgliederabonnement: CHF 261.00

Anzeigenverkauf / Annonces publicitaires

Zürichsee Werbe AG

Herr Pietro Stuck, Seestrasse 86, 8712 Stäfa

pietro.stuck@zs-werbeag.ch, +41 (0)44 928 56 17

Inhaltsübersicht/ Table des matières

Tagungen/Workshops 494

Aktuell/Actualité

FLORIAN GRISEL

Eclipses de souveraineté 495

Artikel/Article

EVELYNE SCHMID & TILMANN ALTWICKER

International Law and (Swiss) Domestic Law-Making Processes 501

ANNA PETRIG

Die demokratische Mitwirkung an der Entstehung und Umsetzung
rechtsetzender Beschlüsse internationalen Rechts 507

NESA ZIMMERMANN

Legislating for the vulnerable? Special duties under the European
Convention on Human Rights 539

EVELYNE SCHMID

The Identification and Role of International Legislative Duties in
a Contested Area: Must Switzerland Legislate in Relation to
«Business and Human Rights»? 563

Praxis/Chronique

CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER

Droit européen : Suisse–Union européenne
Europarecht: Schweiz–Europäische Union 591

IVO SCHWANDER

Rechtsprechung zum internationalen Schuld- und Zwangsvoll-
streckungsrecht 637

THOMAS M. MAYER, BUNDESAMT FÜR JUSTIZ

Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht in der Schweiz 655

Die demokratische Mitwirkung an der Entstehung und Umsetzung rechtsetzender Beschlüsse internationalen Rechts

von **Anna Petrig**¹

Abstract

This article discusses the role of the Swiss parliament and people in the adoption and implementation of secondary law. In Switzerland, secondary law is often incorrectly perceived as technical law and thus unworthy of democratic participation. However, its content and function do not differ from treaty law per se, and the idea that its adoption is a prerogative of the executive branch must be revisited and replaced by a more participative concept. Yet the current legal framework and doctrine on democratic participation in the adoption of international law is heavily treaty-driven and little heed is paid to secondary law. This does not accurately reflect the reality of norm creation at the international level, which has become increasingly diverse, dynamic and complex. Democratic participation during the adoption of secondary law is crucial because its statute-like nature often leaves no room for any further implementing legislation at the domestic level.

Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Rechtsetzende Beschlüsse
 - A. Definition und Terminologie
 - B. Verkannter Inhalt und Funktion
- III. Konzeptualisierung der demokratischen Mitwirkung an Beschlüssen
 - A. Recht und Doktrin sind vertragszentriert
 - B. Verhandlung und Verabschiedung des Beschlusses
 - C. Zustimmung zum Beschluss(entwurf)
 - D. Fazit
- IV. Begrenzter Raum für innerstaatliche Umsetzungsarbeit
 - A. Inhaltliche Umsetzung: oft äusserst eingeschränkt
 - B. Formale Umsetzung: keine völlige Wahlfreiheit
 - C. Fazit
- V. Schlusswort

¹ Dr. iur. Anna Petrig (LL.M.), Lehrbeauftragte an der Universität Basel, anna.petrig@unibas.ch.

I. Einleitung

Wie Akteure und Normen in einem Mehr-Ebenen-System zusammenwirken, voneinander abhängen und sich wechselseitig beeinflussen und welche Auswirkungen dies auf das innerstaatliche Rechts- und Institutionengefüge hat, ist eine Frage, welche die Schweizer Doktrin und Politik seit einigen Jahren umtreibt. Anlässlich des Workshops *International Law and Domestic Law-Making Processes* des Arbeitskreises junger Völkerrechtswissenschaftler/-innen wurde das Thema der Interaktion zwischen der völkerrechtlichen und innerstaatlichen Ebene aus der Perspektive des innerstaatlichen Gesetzgebers beleuchtet.

Der vorliegende Beitrag diskutiert das Thema Völkerrecht und innerstaatliche Rechtsetzungsprozesse mit Blick auf eine spezifische völkerrechtliche Rechtsquelle, nämlich rechtsetzende Beschlüsse internationaler Organe. Es wird gefragt, welchen Raum das Völkerrecht für einen innerstaatlichen Beitrag bei der Entstehung und Umsetzung von solchen Beschlüssen in verfahrensrechtlicher und materiell-rechtlicher Hinsicht belässt und wie dieser innerstaatlich ausgefüllt wird. Es geht somit darum, welchen Part die Exekutive, die Legislative bzw. das Volk bei der (Um-)Setzung dieser vom völkerrechtlichen Vertrag unterschiedlichen Rechtsquelle spielt bzw. spielen kann und soll – also mithin darum, inwiefern Beschlüsse innerstaatlich demokratisch legitimiert sind.

Die Analyse geht von drei Hypothesen aus. Die erste geht dahin, dass in der Schweiz rechtsetzende Beschlüsse internationaler Organe oft als Normen technischer Natur – und somit als nicht der demokratischen Mitwirkung würdig – wahrgenommen werden. Beschlüsse unterscheiden sich jedoch hinsichtlich Inhalt und Funktion nicht *per se* von völkerrechtlichen Verträgen. Die immer noch anzutreffende Auffassung, dass ihre Annahme und Umsetzung eine Prärogative der Exekutive darstelle, muss (und ist in der Praxis) deshalb zugunsten einer differenzierteren Sichtweise der Verteilung der innerstaatlichen Organkompetenz gewichen. Recht und Doktrin zur demokratischen Mitwirkung von Parlament und Volk bei der Eingehung und Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen fokussieren jedoch, so die zweite Hypothese, noch immer zu stark auf den völkerrechtlichen Vertrag, und anderen völkerrechtlichen Rechtsquellen, namentlich dem Beschluss, wird zu wenig Aufmerksamkeit zuteil. Sie widerspiegeln die voranschreitende Diversifizierung der Methoden internationaler Rechtssetzung somit nur bedingt. Die demokratische Mitwirkung an der Entstehung von Beschlüssen, die durch eine Konzeptualisierung derselben in der Doktrin und durch explizitere Rechtsgrundlagen gestärkt würde, ist essenziell. Denn anlässlich der Umsetzung internationaler Beschlüsse, so die dritte Hypothese, verbleibt dem innerstaatlichen Gesetzgeber regelmässig kaum Raum für eine inhaltlich-präzisierende Tätigkeit, da das internationale Organ den entsprechenden Bereich bereits umfassend und detail-

liert geregelt hat. Will Parlament und Volk inhaltlich Einfluss auf rechtsetzende Beschlüsse nehmen und seinem Steuerungsanspruch in einem internationalisierten Rechtsetzungskontext so weit möglich nachkommen, so hat dies regelmässig vor Verabschiedung derselben im internationalen Organ zu geschehen.

II. Rechtsetzende Beschlüsse

A. Definition und Terminologie

Das Handeln internationaler Organe, die einer internationalen Organisation² oder einer internationalen Institution³ angehören, spart heute kaum einen materiellen Bereich des öffentlichen Rechts der Schweiz aus. Ihre Tätigkeit ist dabei sowohl legislativer, exekutiver als auch judikativer Natur, wobei diese Kategorien nur beschränkt den jeweiligen innerstaatlichen Konzepten entsprechen. Vorliegend interessieren einzig legislative Akte und davon nur eine spezifische Ausprägung: nämlich jene normgenerierenden, d.h. generell-abstrakten⁴ Akte internationaler Organe, welche eine rechtliche (und nicht bloss

² U.a. definiert in Art. 2(a) Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, Annex to General Assembly Resolution 66/100, UN Doc. A/66/10 (27. Februar 2012).

³ Der Begriff Institution bezeichnet vorliegend institutionalisierte Formen und Foren der internationalen Kooperation, welche (namentlich aufgrund der fehlenden Rechtspersönlichkeit und des geringeren organisatorischen Verdichtungsgrades) keine internationalen Organisationen sind. Es handelt sich namentlich um Organe von Organstrukturen, die zwecks Verwirklichung eines völkerrechtlichen Vertrags ohne Organisationsgründung geschaffen wurden (MATTHIAS RUFFERT & CHRISTIAN WALTER, *Institutionalisiertes Völkerrecht*, 2. Aufl., München 2015, RZ 12), wie z.B. Vertragsorgane multilateraler Umweltabkommen (grundlegend dazu ROBIN CHURCHILL & GEIR ULFSTEIN, *Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law*, 96 *American Journal of International Law* (2000), S. 623). Von besonderer Bedeutung für die Schweiz sind die über 20 Gemischten Ausschüsse (Direktion für europäische Angelegenheiten, Liste der Gemischten Ausschüsse Schweiz-EU, Juni 2015, <www.eda.admin.ch/content/dam/dea/de/documents/publikationen_dea/cm-liste_de.pdf>, Stand 12. September 2015), welche zur Verwaltung und ordnungsgemässen Anwendung der verschiedenen, seit den 1970er-Jahren eingegangenen sektoriellen Abkommen zwischen der EU (bzw. damals EG) und der Schweiz zuständig sind.

⁴ Ausser Betracht fallen hier Beschlüsse individuell-konkreten Inhalts, welche als Produkt exekutiver Tätigkeit verstanden werden. Auf völkerrechtlicher Ebene wird der Unterscheidung oft keine grosse Bedeutung zugemessen; siehe aber KRZYSZTOF SKUBISZEWSKI, *A New Source of the Law of Nations: Resolutions of International Organizations*, in: Pierre Lalive & Jacques Freymond (Hrsg.), *Receuil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève 1968, S. 509–510. Für die Frage der Einspeisung internationaler Organakte in die Schweizer Rechtsordnung ist die Unterscheidung jedoch zentral, da innerstaatlich Rechtssatz und Einzelakt unterschiedlichen Regeln folgen.

politische⁵) Verpflichtung enthalten. Diese werden vorliegend, in Anlehnung an die Terminologie der Schweizer Gesetzgebung⁶ und Lehre, als rechtsetzende Beschlüsse internationalen Rechts⁷ bezeichnet. Auf eine Verwendung der Ausdrücke «Sekundärrecht» oder «Sekundärgesetzgebung» wird bewusst verzichtet, da diese Termini in der völkerrechtlichen Literatur wenig gefestigt sind.⁸

Beschlüsse unterscheiden sich von völkerrechtlichen Verträgen⁹ hinsichtlich ihrer Genese, also namentlich bezüglich Annahme, Zustimmungsbedürftigkeit, Inkrafttreten und Gültigkeit, sowie Änderung und Beendigung. Während Verträge dem Recht der Verträge, wie es namentlich in der WVRK kodifiziert ist, unterworfen sind, folgen Beschlüsse eigenen Regeln¹⁰, welche dem *international institutional law*¹¹ zugehören. Je nach Ausprägung des spezifischen Verfahrens zur Entstehung von Beschlüssen unterscheidet sich dieses signifikant oder nur unwesentlich vom Vertragsentstehungsverfahren.

Die Annahme von Beschlüssen findet einseitig im internationalen Organ statt; es wird deshalb auch von unilateraler Rechtssetzung gesprochen¹². Be-

⁵ Die landläufig als *soft law* referierten Akte internationaler Organe werden vorliegend nicht diskutiert, obwohl sie interessante Fragen bezüglich demokratischer Mitwirkung aufgeben; jüngst hat die Aussenpolitische Kommission des Nationalrats zwei parlamentarischen Initiativen zur Stärkung der Rolle des Parlaments im Bereich des *soft law* Folge gegeben: Medienmitteilung Aussenpolitische Kommission des Nationalrates, Kommission will verstärkte Mitwirkung des Parlaments, 3. Juli 2015, <www.parlament.ch/d/mm/2015/Seiten/mm-apk-n-2015-07-03.aspx>, Stand 12. September 2015.

⁶ Z.B. Art. 3 Publikationsgesetz vom 18. Juni 2004, SR 170.512.

⁷ Im Folgenden wird auch die Kurzform «Beschluss» verwendet.

⁸ MARKUS BENZING, *International Organizations or Institutions: Secondary Law*, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition (2007), RZ 1–2, definiert Sekundärrecht sehr weit als Akte (auch nicht legislative) internationaler Organisationen, die sich auf den Gründungsvertrag stützen; während JURII ASTON, *Sekundärgesetzgebung internationaler Organisationen zwischen mitgliedstaatlicher Souveränität und Gemeinschaftsdisziplin*, Berlin 2005, S. 61, den Begriff Sekundärgesetzgebung enger fasst und ANDREAS ZIEGLER, *Einführung in das Völkerrecht*, 2. Aufl., Bern 2011, S. 68, ihn wegen seiner europarechtlichen Konnotation ganz ablehnt.

⁹ Damit sind folgend schriftliche Verträge, welche der formellen staatlichen Zustimmung bedürfen, gemeint; also Verträge i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111 (folgend: WVRK).

¹⁰ RUDOLF BINDSCHEDLER, *Rechtsakte der internationalen Organisationen*, in: Eugen Bucher & Peter Saladin (Hrsg.), *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Bern 1979, S. 374.

¹¹ Im Deutschen taucht zwar der Begriff «Institutionalisiertes Völkerrecht» auf (*siehe* RUFFERT & WALTER, *supra* Fn. 3); er ist aber weit weniger geläufig als sein englischsprachiges Pendant. Der Begriff «Recht der internationalen Organisationen» ist in Anbetracht des Umstands, dass auch Organe internationaler Einrichtungen Beschlüsse erlassen, zu eng.

¹² So im Bericht der Kommission des Nationalrates zur Parlamentsreform vom 16. Mai 1991, BBl 1991 III 617 (folgend: Bericht Parlamentsreform), 708–709.

schlüsse bringen somit den Willen des Organs zum Ausdruck¹³ und sind demselben bzw. der Organisation¹⁴ und nicht den einzelnen Vertrags- bzw. Mitgliedstaaten zuzurechnen.¹⁵ Beschlüsse unterscheiden sich teilweise (aber nicht immer) hinsichtlich der Notwendigkeit, Art und Rechtsfolge der Zustimmung durch den einzelnen Mitglieds- bzw. Vertragsstaat, die beim Vertrag regelmäsig zentrales und notwendiges Element zum Eintritt der Bindungswirkung¹⁶ darstellt. Keiner Zustimmung des Staates im Nachgang an die Beschlussfassung im internationalen Organ bedürfen unmittelbar verbindliche Beschlüsse; diese entfalten *qua* Annahme im zuständigen internationalen Organ Bindungswirkung für den einzelnen Mitglieds- bzw. Vertragsstaat.¹⁷ Auf der nächsten Stufe der sich graduell dem Vertragsverfahren annähernden Skala befinden sich Beschlüsse, deren Bindungswirkung Staaten im Nachgang an die Annahme auf internationaler Ebene durch Einspruch (*opting out*) ausschliessen¹⁸ können.¹⁹ Dabei bestehen verschiedene Unterarten, namentlich hinsichtlich der zum Einspruch befugten Staaten²⁰ und ob ein Einspruch die Bindungswirkung nur für den einsprechenden Staat oder überhaupt aufhebt. Ein weiteres, sich noch näher am Vertragsverfahren befindliches Beschlussverfahren ist jenes, wo der Vertrags- oder Mitgliedstaat einen Beschluss ausdrücklich genehmigen muss (*opting in*), um durch ihn gebunden zu sein. Auch hier gibt es zahlreiche Spielarten. So sehen gewisse Verfahrensregeln vor, dass ein Beschluss bei Erreichen eines bestimmten Zustimmungsquorums für alle (auch die nicht zu-

¹³ YVO HANGARTNER & ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, RZ 1082.

¹⁴ Auf die Frage, ob das Organ oder die Organisation bzw. Einrichtung Urheber der Rechtsnorm ist, wird vorliegend nicht eingegangen; für die internationale Organisation: ASTON, *supra* Fn. 8, S. 53–54.

¹⁵ Das Organ ist mehr als die Summe der Mitglieds- bzw. Vertragsstaaten; es bringt einen kollektiven Akt hervor: vgl. VOLKER RÖBEN, *Environmental Treaty Bodies*, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, online edition (2015), RZ 56 (für internationale Einrichtungen), und HENRY SCHERMERS & NIELS BLOKKER, *International Institutional Law*, 5. Aufl., Leiden 2011, para 44 ff. (für internationale Organisationen).

¹⁶ JUTTA BRUNÉE, *Consent*, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, online edition (2010), RZ 5.

¹⁷ BRUNÉE, *supra* Fn. 16, RZ 11; ASTON, *supra* Fn. 8, S. 167–168.

¹⁸ Mit ASTON, *supra* Fn. 8, S. 170–171 und BERNHARD EHRENZELLER, *Legislative Gewalt und Außenpolitik*, Basel 1993, S. 519, wird hier davon ausgegangen, dass die Bindungswirkung *ab initio*, d.h. ab Annahme des Beschlusses durch das internationale Organ besteht.

¹⁹ Zu diesem Modus: DORIS KÖNIG, *Tacit Consent/Opting Out Procedure*, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, online edition (2013), *passim*.

²⁰ So sind im Internationalen Währungsfonds nur jene Staaten zum Einspruch gegen einen Beschluss zu Sonderziehungsrechten befugt, die gegen ihn gestimmt haben: JOSEPH GOLD, *Voting and Decision in the International Monetary Fund*, Washington 1972, S. 102–103.

stimmenden) Staaten in Kraft tritt²¹ oder dass bereits vor Zustimmung verfahrensrechtliche Verpflichtungen bestehen²². Die Grenzziehung zwischen genehmigungsbedürftigem Beschluss und Vertrag verläuft in Lehre und Praxis nicht eindeutig.²³

Bevor wir uns den materiellen Inhalten von Beschlüssen zuwenden, sei hier noch kurz ihr Verhältnis zum Vertrag, auf den sie sich als abgeleitetes Recht stützen, dargestellt. Der Inhalt eines Beschlusses kann einerseits vertragsbezogen sein, indem er einen Vertrag²⁴ bzw. seine Anhänge²⁵ ändert. Ein Beschluss kann aber auch ein eigenständiges, vom Vertrag losgelöstes Instrument hervorbringen bzw. dieses nachträglich ändern.²⁶ Diese folgend als selbstständige Beschlüsse referierte Kategorie tritt in der Schweizer Doktrin und Praxis etwas in den Hintergrund – Beschlüsse werden in erster Linie in ihrer vertragsbezogenen Erscheinungsform wahrgenommen.²⁷

B. Verkannter Inhalt und Funktion

In der älteren Literatur werden Beschlüsse regelmässig als Vehikel zum Transport von Normen «ausgesprochen technischer Natur»²⁸ oder primär technischen Inhalts²⁹ wahrgenommen. Diese Sichtweise hält sich teils auch im neueren Schrifttum.³⁰ Sie vermag auf einen Teil der rechtsetzenden Beschlüsse zutreffen. So sind beispielsweise verschiedene Anhänge multilateraler Umwelt-

²¹ So z.B. Art. 33 Statuten der Weltorganisation für Tourismus vom 27. September 1970, SR 0.935.21.

²² So z.B. Art. 19 Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation vom 28. Juni 1919, SR 0.820.1 (folgend ILO-Verfassung); dazu THILO MORHARD, Die Rechtsnatur der Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation, Frankfurt a.M. 1988, S. 27 ff.

²³ So werden z.B. Beschlüsse, die gestützt auf Art. 19 ILO-Verfassung ergehen und ein internationales Übereinkommen enthalten, teils als Verträge qualifiziert; so RUFFERT & WALTER, *supra* Fn. 3, RZ 83, und Teile der Schweizer Praxis (siehe Fn. 104); für MORHARD, *supra* Fn. 22, S. 140–164, sind die in den Beschlüssen enthaltenen Abkommen vor ihrer Ratifikation *soft law*; diese Theorie ablehnend: HEIKO SAUER, International Labour Organization (ILO), in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, online edition (2014), RZ 13–14.

²⁴ Zu einem den Gründungsvertrag ändernden Beschluss, *siehe* VEB 1964–1965, S. 6–7.

²⁵ Z.B. die Anhänge der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU.

²⁶ Z.B. die Ausführungsordnung zum Europäischen Patentübereinkommen vom 7. Dezember 2006, SR 0.232.142.21 (folgend: AO EPÜ 2000) und ihre nachträglichen Änderungen per Beschluss.

²⁷ So z.B. Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl., 2007 (folgend: Gesetzgebungsleitfaden BJ), RZ 480.

²⁸ LUZIUS WILDHABER, *Aussenpolitische Kompetenzordnung im schweizerischen Bundesstaat*, in: Alois Riklin, Hans Haug & Raymond Probst (Hrsg.), Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern 1992, 121.

²⁹ JACQUELINE MOERI, Die Kompetenzen der schweizerischen Bundesversammlung in den auswärtigen Angelegenheiten, St. Gallen 1990, S. 145.

³⁰ *Siehe* Fn. 35.

abkommen technischer Natur;³¹ sie listen namentlich Stoffe oder Spezies auf, welche dem durch den Vertrag festgelegten Verfahren³² oder einer Bewilligungspflicht³³ unterliegen. Die Anhänge verschiedener sektorieller Abkommen zwischen der Schweiz und der EU enthalten hingegen neben technischen Regelungen auch Bestimmungen, die – würden sie innerstaatlich erlassen – als wichtige rechtsetzende Bestimmungen gelten würden. Um ein besonders weitreichendes Beispiel zu nennen, sei auf den Beschluss des Gemischten Ausschusses des LVA verwiesen, durch welchen die EASA-Grundverordnung in den Anhang des Luftverkehrsabkommens übernommen wurde: dadurch wurden europäischen Akteuren gegenüber Personen im Schweizer Hoheitsgebiet Verfügungs- und Sanktionsgewalt verliehen.³⁴ Nichtsdestotrotz wird der Inhalt dieser Anhänge teils pauschal als technischer Natur qualifiziert.³⁵

Abgesehen davon, dass rechtsetzende Beschlüsse grundsätzlich jeden Inhalts sein können und auch sind, werden sie teils als formelle Gesetze qualifiziert. Dadurch können sie als gesetzliche Grundlage für schwerwiegende Grundrechtseingriffe herangezogen werden.³⁶ Auch solche Beschlüsse treten aus dem Schatten von Bestimmungen technischen Inhalts, also beschränkter Tragweite, heraus.

Die Taxierung von Beschlüssen als technisches Recht – was die Diversität ihrer Inhalte und ihre potenziellen Funktionen verkennt – hat zur Folge, dass gewisse Autoren sie als *per se* nicht mitwirkungswürdig einstufen.³⁷ Die Praxis ist jedoch differenzierter, und verschiedentlich werden Beschlüsse der parlamentarischen Genehmigung zugeführt und der Genehmigungsbeschluss dem

³¹ So stipuliert Art. 22 Abs. 2 Rotterdamer Übereinkommen über das Verfahren der vorherigen Zustimmung nach Inkennzeichnung für bestimmte gefährliche Chemikalien sowie Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmittel im internationalen Handel vom 10. September 1998, SR 0.916.21 (folgend: Rotterdamer Übereinkommen): «Die Anlagen beschränken sich auf verfahrensmässige, wissenschaftliche, technische und verwaltungsmässige Angelegenheiten.»

³² Z.B. das Rotterdamer Übereinkommen.

³³ Z.B. das Übereinkommen über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten frei lebender Tiere und Pflanzen vom 3. März 1973, SR 0.453 (folgend: CITES Übereinkommen).

³⁴ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999, SR 0.748.127.192.68 (folgend LVA); siehe Anhang Ziff. 3, wo stipuliert wird, dass die Europäische Agentur für Flugsicherheit (EASA) und die Kommission auch in der Schweiz über die in der einschlägigen EU-Verordnung zugewiesenen Zuständigkeiten verfügen.

³⁵ Vgl. z.B. Gesetzgebungsleitfaden BJ, *supra* Fn. 27, RZ 536; DANIEL FELDER, *Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels*, in: Daniel Felder & Christine Kaddous (Hrsg.), *Bilaterale Abkommen Schweiz–EU (Erste Analysen)*, Basel 2001, S. 130.

³⁶ Z.B. Art. 3 Bst. j i.V.m. Art. 17 Abs. 2 Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1.

³⁷ Z.B. MOERI, *supra* Fn. 29; weitere Hinweise in Text zu Fn. 87 ff.

Referendum unterstellt. Die verkannte Natur von Beschlüssen in Kombination mit dem Umstand, dass v.a. genehmigungsbedürftige Beschlüsse teils als Verträge aufgefasst werden,³⁸ führt jedoch dazu, dass wenig Bewusstsein für die demokratische Mitwirkung bei der Eingehung völkerrechtlicher Verpflichtungen mittels Beschluss vorhanden und diese in der Doktrin wenig konzeptualisiert ist.

II. Konzeptualisierung der demokratischen Mitwirkung an Beschlüssen

A. Recht und Doktrin sind vertragszentriert

Die demokratische Mitwirkung an der Entstehung völkerrechtlicher Verpflichtungen ist ein in der Schweizer Politik und Wissenschaft viel diskutiertes Thema. Aus einer Rechtsquellenperspektive³⁹ betrachtet, haben Schrifttum und Debatte jedoch insofern Schlagseite, als dass sie vorwiegend um den völkerrechtlichen Vertrag kreisen.⁴⁰ Auch die meisten Scharnierbestimmungen des Schweizer Rechts, welche eine Brücke zwischen der völkerrechtlichen und innerstaatlichen Ebene schlagen und den in beide Richtungen fließenden Verkehr darauf (innerhalb der Leitplanken des Völkerrechts) regeln, beziehen sich –

³⁸ Siehe Text zu Fn. 23 und Fn. 104.

³⁹ Rechtsquelle wird hier als Art der Erzeugung von Völkerrecht (ANNE PETERS, *Völkerrecht*, 3. Aufl., Zürich 2012, S. 75) bzw. als Form, in der gültige Rechtsnormen entstehen und in der «das Recht als positives Recht in Erscheinung tritt» (PETER LIVER, *Der Begriff der Rechtsquelle*, 91^{bis} Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (1955), S. 1) verstanden.

⁴⁰ In den 1970er-Jahren wurden Beschlüsse aus Schweizer Perspektive thematisiert: BINDSCHEDLER, *supra* Fn. 10, und CHRISTIAN DOMINICÉ, *La nature juridique des actes des organisations et des juridictions internationales et leurs effets en droit interne*, in: Marcel Bridel *et al.* (Hrsg.), *Recueil de travaux suisses présentés au VIII^e Congrès international de droit comparé*, Bâle 1970, 249. In den 1990er-Jahren, und somit unter der alten BV, in welcher die demokratische Mitwirkung in der Aussenpolitik noch schwächer ausgestaltet war, befassten sich EHRENZELLER, *supra* Fn. 18, S. 517–532, und MOERI, *supra* Fn. 29, S. 142–146, mit der Frage der Mitwirkung bei der Entstehung von Beschlüssen. Am Rande erwähnt in neueren Publikationen: DANIEL THÜRER & FRANZISKA ISLIKER, *Art. 166 (Abschnitt IV)*, in: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer Schweizer & Klaus Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, Art. 81–197, Zürich 2014, RZ 51–54; sowie JÖRG KÜNZLI, *Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen*, 128 I Zeitschrift für Schweizerisches Recht (2009), S. 60–61.

jedenfalls explizit – nur auf den völkerrechtlichen Vertrag.⁴¹ Dieser verengte Blick lässt ausser Betracht, dass der Vertrag die zwar weiterhin wichtigste, aber nicht alleinige Rechtsquelle des Völkerrechts ist.⁴² Vielmehr haben wir es mit einer «komplexen rechtlichen Steuerungssystematik»⁴³ zu tun, in der legislative Akte internationaler Organe eine wichtige Rolle spielen. Aufgrund der spezifischen, vom Völkerrechtsvertrag unterschiedlichen Natur von Beschlüssen verdient diese Rechtsquelle eine separate Betrachtung. Im Folgenden wird deshalb die Blende des auf die Frage der demokratischen Mitwirkung an der Entstehung von Völkerrecht gerichteten Objektivs etwas geöffnet, damit die voranschreitende Diversifizierung der Methoden internationaler Rechtssetzung besser abgebildet wird.

Da die allgemeinen Mitwirkungsbestimmungen auf Verträge gemünzt sind⁴⁴, fragt sich, ob und wie diese auf Beschlüsse anwendbar sind. Eine Möglichkeit bestünde darin, dem Begriff des völkerrechtlichen Vertrags innerstaatlich eine weitere Bedeutung als im Völkerrecht zuzumessen,⁴⁵ sodass er den Beschluss miterfasst. Eine solche extensive, vom Völkerrecht abweichende Auslegung des Vertragsbegriffs ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Zum einen definiert die Lehre den Begriff des Vertrags im Kontext von Scharnierbestimmungen regelmässig in einem engen, die völkerrechtliche Definition von Art. 2 Abs. 1 Bst. a WVRK widerspiegelnden Sinne, welche den Beschluss nicht miterfasst.⁴⁶ Ausserdem würde ein weiter Vertragsbegriff im Recht der

⁴¹ In Sachen Mitwirkung sind dies u.a. Art. 141 Abs. 1 Bst. d, 147, 166 und 184 Bundesverfassung vom 18. April 1999, SR 101 (folgend: BV); Art. 24 Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz) vom 13. Dezember 2002, SR 171.10 (folgend: ParlG); und Art. 7a, 7b und 48a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010 (folgend: RVOG).

⁴² Statt vieler, *siehe* ALAIN PELLET, *Article 38*, in: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm, Christian Tams (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford 2012, S. 763.

⁴³ CHRISTIAN TIETJE, *Recht ohne Rechtsquellen? Entstehung und Wandel von Völkerrechtsnormen im Interesse des Schutzes globaler Rechtsgüter im Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und Rechtsdynamik*, 24 *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (2003), S. 31.

⁴⁴ Einzelne Spezialgesetzbestimmungen regeln die Zuständigkeit zur Mitwirkung an der Entstehung von Beschlüssen explizit; z.B. Art. 51 Abs. 1 Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998, SR 814.201.

⁴⁵ Ähnlich wie gewisse Autoren dem Begriff «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» in Art. 139 Abs. 3 BV eine vom Völkerrecht abweichende Bedeutung zumessen; *siehe* KÜNZLI, *supra* Fn. 40, S. 65, der einen autonomen Begriff dezidiert ablehnt.

⁴⁶ Statt vieler: GIOVANNI BIAGGINI, *BV Kommentar*, Zürich 2007, S. 738; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Art. 166*, in: Jean-François Aubert & Pascal Mahon (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, S. 1267; und THOMAS SÄGESSER, *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997*, Bern 2007, S. 122–123.

Mitwirkung nicht mit der Begriffsverwendung im Publikationsrecht übereinstimmen, wo der Beschluss explizit neben dem völkerrechtlichen Vertrag genannt und somit nicht vom Vertragsbegriff abgedeckt wird. Die Subsumierung des Beschlusses unter einen weiten, innerstaatlichen Vertragsbegriff würde schliesslich zu einer (weiteren) Vermischung der beiden Rechtsquellen führen und die eigenständige dogmatische Erfassung von Beschlüssen erschweren. Sie wäre zudem spätestens dort nicht mehr zu vertreten, wo ein Beschluss ein selbstständiges Instrument hervorbringt oder ein solches ändert⁴⁷.

Praxis und Lehre⁴⁸ sehen die Lösung vielmehr darin, dass die vertragszentrierten Bestimmungen analog auf Beschlüsse angewandt werden. Dieses Vorgehen ist auch bei Verträgen, welche keine völkerrechtlichen Verträge sind (wie *State Contracts*) zu beobachten.⁴⁹ Allerdings erfolgt diese analoge Anwendung oft mit einer gewissen Selbstverständlichkeit, d.h., es wird nicht thematisiert, wieso und mit welchen allfälligen Modifikationen eine bestimmte Bestimmung *per analogiam* auf ein vom Vertrag unterschiedliches völkerrechtliches Instrument angewandt wird.⁵⁰ Dies bringt mit sich, dass Möglichkeiten und Grenzen der Partizipation von Parlament und Volk an der Entstehung von Beschlüssen wenig thematisiert und konzeptualisiert sind.

Bevor im Folgenden auf verschiedene Möglichkeiten der innerstaatlichen Partizipation an der Entstehung von Beschlüssen eingegangen wird, sei noch erwähnt, dass das Mass an möglicher Mitwirkung je nach völkerrechtlichem Vertrag, von dem sich der infrage stehende Beschluss ableitet, unterschiedlich gross ist. So verleihen beispielsweise verschiedene Verträge nicht dem Plenarorgan, sondern einem verkleinerten Organ die Rechtsetzungskompetenz⁵¹; die Schweiz wird dort im massgeblichen Zeitpunkt nicht unbedingt vertreten sein.⁵² Auch ist die Schweizer Delegation u.U. nicht nur aus Regierungsvertretern zusammengesetzt, und Vertreter können ausserdem weisungsunabhängig

⁴⁷ Siehe Text zu Fn. 26 ff.

⁴⁸ So z.B. EHRENZELLER, *supra* Fn. 18, S. 526 (i.B.a. Änderung von Gründungs- oder Grundverträgen per Beschluss); DANIEL WÜGER, Das für die Schengen- und Dublin-Assoziierung massgebliche Recht: Publikation und Zugang, 24 LeGes (2013), S. 78 (auf die sektoriellen Abkommen ausser Schengen und Dublin bezogen; *siehe* dazu Fn. 105).

⁴⁹ *Siehe* z.B. BAKOM, Verordnung über die Internet-Domains (VID), Erläuterungsbericht, 13. Februar 2014, <www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2474/Erlaeterungen_VID_de_2.pdf>, Stand 12. September 2015, S. 4.

⁵⁰ *Siehe* Text zu Fn. 115.

⁵¹ RUFFERT & WALTER, *supra* Fn. 3, RZ 288, 295 und 301.

⁵² So sind gemäss Art. 50 Bst. a Übereinkommen über die internationale Zivilluftfahrt vom 7. Dezember 1944, SR 0.748.0, nur 36 Vertragsparteien des fast universell ratifizierten Vertrags im Rat vertreten (die Schweiz ist zur Zeit nicht Mitglied des Rats).

sein.⁵³ Auch Verfahrensvorschriften zu Fristen (z.B. zwischen Zurverfügungstellung eines Entwurfes und der Beschlussfassung) können Rückwirkungen auf die Art der innerstaatlichen Mitwirkung haben. Vor allen Dingen sind die im einschlägigen Vertrag vorgesehenen Beschlussfassungsregeln entscheidend dafür, wie effektiv die Exekutive das Resultat innerstaatlicher Mitwirkung auf internationaler Ebene vertreten kann. Eine Abkehr von Konsens- oder Einstimmigkeitserfordernissen ist verbreitet; mangels Vetorecht wird der Bundesrat als Aussenvertreter der Schweiz in diesen Fällen einen Beschluss nicht verhindern können.⁵⁴ Dieser kursorische Überblick über die Vielfalt von Verfahrensregeln und der unterschiedlich grossen Nischen für einen innerstaatlichen Beitrag in der Phase bis und mit Beschlussfassung wird die folgenden allgemeinen Überlegungen zur demokratischen Mitwirkung im Einzelfall relativieren.

B. Verhandlung und Verabschiedung des Beschlusses

Dass die demokratische Mitwirkung bereits während des *decision shaping and making* erfolgt, ist nicht nur bei unmittelbar verbindlichen, sondern auch bei zustimmungsbedürftigen Beschlüssen zentral. Denn erfolgt die Mitwirkung erst in der Phase der Zustimmung, verbleibt einzig die Wahl zwischen Annahme und Ablehnung des Beschlusses. Angesichts des «kooperativen Rechtsbefolgedrucks»⁵⁵ und der teils lawinenartigen Folgen bei Nichtgenehmigung eines einzelnen Beschlusses⁵⁶ wird in gewissen Fällen faktisch nicht einmal diese Wahl bestehen. Will das Parlament und Volk seine Artikulations-

⁵³ So bestehen die Delegationen der Internationalen Arbeitskonferenz gemäss dem Dreigliedrigkeitsprinzip aus Regierungs-, Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern; sie stimmen gestützt auf Art. 4 Abs. 1 ILO-Verfassung weisungsunabhängig; MORHARD, *supra* Fn. 22, S. 6 ff.

⁵⁴ Dies ist dann unproblematisch, wenn das Ergebnis der demokratischen Mitwirkung für die Exekutive nicht verbindlich ist (z.B. Position der Kommission gestützt auf Art. 152 Abs. 3 ParlG; FLORENT TRIPET CORDIER, *Art. 152*, in: Martin Graf, Cornelia Theler & Moritz von Wyss (Hrsg.), Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Basel 2014, RZ 28). Analog zum völkerrechtlichen Vertrag stellt die parlamentarische Genehmigung bzw. das Gutheissen eines Beschlusses durch das Volk eine blosser Ermächtigung und keine Verpflichtung des Bundesrates zur Annahme des Beschlusses im internationalen Organ bzw. zum Verzicht auf Einlegung eines Einspruchs oder zur Genehmigung des Beschlusses dar (*siehe* z.B. Art. 1 Bundesbeschluss über die Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Agentur für Flugsicherheit EASA vom 16. Dezember 2005 (AS 2007 2265)). Die Nichtgenehmigung eines Beschlusses ist hingegen für den Bundesrat (analog der Nichtgenehmigung eines völkerrechtlichen Vertrags) bindend; fraglich ist, wie zu verfahren ist, wenn ihm das Völkerrecht keine andere Möglichkeit als die Kündigung des Grundvertrags gibt, um zu verhindern, dass der Beschluss für die Schweiz bindend wird.

⁵⁵ CHRISTIAN TIETJE, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, Berlin 2001, S. 251.

⁵⁶ Zur «Guillotine-Klausel» bei den Bilateralen Verträgen I: ANDREAS GLASER & LORENZ LANGER, *Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie*, 23 SZIER (2013), S. 569.

und Kontrollfunktion⁵⁷ auch dort bewahren, wo Rechtsetzung jedenfalls teilweise auf internationale Ebene verlagert wurde, muss die Mitwirkung in einem frühen Stadium der Entstehung von Beschlüssen garantiert werden.⁵⁸

Es war in dieser Optik, dass – am Vorabend des potenziellen EWR-Beitritts – der «kontinuierliche Dialog»⁵⁹ zwischen Exekutive und Legislative betreffend Zustandekommen rechtsetzender Beschlüsse internationaler Organisationen positivrechtlich in Art. 47^{bis}a Geschäftsverkehrsgesetz⁶⁰ verankert wurde. Angesichts der zunehmenden Prägung Schweizerischen Rechts durch das Völkerrecht wurde dies als notwendiger Schritt zur Abwendung eines Verlustes an politischer Einflussnahme und Gestaltungsmöglichkeit des Parlaments angesehen.⁶¹ Diese Bestimmung hat Art. 152 Parlamentsgesetz, auf die sich die Mitwirkung der Kommissionen der Eidgenössischen Räte, vorwiegend der Aussenpolitischen Kommissionen, heute primär stützt, massgeblich geprägt.

Art. 152 ParlG erwähnt Beschlüsse als Gegenstand der Mitwirkung nicht explizit – anders als seine Vorgängerbestimmung, welche die Informationspflicht für «Vorhaben im Rahmen von internationalen Organisationen» und die Konsultationspflicht bezüglich «Verhandlungen in internationalen Organisationen, die zu *Beschlüssen* führen, durch die in der Schweiz geltendes Recht geschaffen wird oder geschaffen werden muss»⁶² ausdrücklich regelte. Diese Bestimmung ist insofern einmalig, als dass sie die Mitwirkung der Kommissionen an Beschlüssen *expressis verbis* normierte und stipulierte, dass die Regelung sinngemäss für völkerrechtliche Verträge gelten solle.⁶³ Demgegenüber erwähnen heute in Kraft stehende Mitwirkungsbestimmungen nur die Verträge explizit, und ausdrückliche Hinweise auf eine sinngemässe Anwendung der vertragspezifischen Regel auf Beschlüsse fehlen. Dass die GVG-Bestimmung so stark auf unilateral gesetztes Recht fokussierte und Beschlüsse den völkerrechtlichen Verträgen sogar den Rang abliefen, ist wohl dadurch so zu erklären, dass bei der Ausarbeitung und Verabschiedung der Bestimmung im Jahre 1991 ein potenzieller EWR-Beitritt mit der auf Dezember 1992 angesetzten Volksab-

⁵⁷ CHRISTIAN TOMUSCHAT, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Strafrechtslehrer 1978, S. 35.

⁵⁸ EHRENZELLER, *supra* Fn. 18, S. 531.

⁵⁹ Bericht Parlamentsreform, *supra* Fn. 12, 652.

⁶⁰ Bundesgesetz vom 23. März 1962 über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse (Geschäftsverkehrsgesetz) vom 23. März 1962, AS 1962 773 (folgend: GVG); ausser Kraft gesetzt.

⁶¹ Bericht Parlamentsreform, *supra* Fn. 12, 625, 649–650.

⁶² Art. 47^{bis}a Abs. 2 und 3 GVG (Hervorhebung durch Verfasserin).

⁶³ Art. 47^{bis}a Abs. 5 GVG.

stimmung imminently war.⁶⁴ Es scheint, dass in diesem Moment das Bewusstsein, dass Beschlüsse nicht nur technisch-administrative, sondern potenziell alle Materien zum Gegenstand haben können, besonders gross war.

Art. 152 Abs. 2 ParlG verpflichtet den Bundesrat, «regelmässig, frühzeitig und umfassend über wichtige aussenpolitische Entwicklungen» zu informieren. Was als «wichtige aussenpolitische Entwicklungen» gilt, ist auslegungsbedürftig. Gemäss Materialien soll die Wendung die explizitere Aufzählung von Art. 47^{bis}a Abs. 2 GVG zusammenfassen,⁶⁵ die den Bundesrat verpflichtete, «regelmässig, frühzeitig und umfassend über (...) die Vorhaben im Rahmen von internationalen Organisationen (...) zu informieren». Dies umfasste namentlich die Information über Verhandlungspositionen, die der Bundesrat als Vertreter der Schweiz in internationalen Organisationen einzunehmen beabsichtigte.⁶⁶ Es scheint zweifelhaft, ob die Schwelle, bei deren Überschreiten die in Art. 152 Abs. 2 ParlG verankerte Informationspflicht ausgelöst wird, tatsächlich gleich hoch ist wie in der Vorgängerbestimmung, die das Kriterium der Wichtigkeit nicht enthielt.

Auch die in Art. 152 Abs. 3 ParlG verankerte Konsultationspflicht des Bundesrates wird nur dann ausgelöst, wenn «wesentliche Vorhaben» oder «bedeutende internationale Verhandlungen» anstehen; deren Konturen sind demnach unscharf. Die Vorgängerbestimmung enthielt keine solchen qualifizierenden Momente und sah eine Konsultationspflicht für «Verhandlungen in internationalen Organisationen, die zu Beschlüssen führen, durch die in der Schweiz geltendes Recht geschaffen wird oder geschaffen werden muss» vor. Für Beschlüsse *rechtsetzender* Natur scheint Art. 152 Abs. 3 ParlG die Konsultationspflicht somit eingeschränkt zu haben. Immerhin ist das Wesentlichkeitskriterium ein dynamisches, welches eine Beurteilung, ob ein Beschluss die parlamentarische Mitwirkung erfordert, im Lichte des aktuellen politischen und rechtlichen Kontextes zulässt.⁶⁷ Art. 152 Abs. 3 ParlG hat aber insofern einen weiteren Anwendungsbereich, als dass nicht nur Beschlüsse rechtsetzender Natur, sondern auch bloss politische Verpflichtungen enthaltende Beschlüsse (oft als Empfehlungen bezeichnet), der Konsultationspflicht unterliegen können.⁶⁸ Gelegentlich wird vorgebracht, dass Art. 47^{bis}a Abs. 3 GVG sich

⁶⁴ Siehe Hinweise auf EWR-Beitritt und -Recht im Bericht Parlamentsreform, *supra* Fn. 12, 649–650 und 653.

⁶⁵ Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zum Parlamentsgesetz vom 1. März 2001, BBl 2001 3467 (folgend: Bericht Parlamentsgesetz), 3603.

⁶⁶ Bericht Parlamentsreform, *supra* Fn. 12, 652.

⁶⁷ NINA BLUM, VERA NAEGELI & ANNE PETERS, Die verfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, 114 Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (2013), S. 539.

⁶⁸ Bericht Parlamentsgesetz, *supra* Fn. 65, 3604.

einzig auf «Verhandlungen in internationalen Organisationen» bezogen und daher nur multilaterale, nicht aber bilaterale Verhandlungen erfasst habe.⁶⁹ Dies scheint unzutreffend, da Abs. 3 auf Verhandlungen in internationalen Organisationen zugeschnitten war, welche sich nicht als multi- oder bilateral qualifizieren lassen – vielmehr setzt das internationale Organ *unilateral* Recht.⁷⁰ Multilateral und bilateral sind vielmehr Attribute, welche Verhandlungen völkerrechtlicher Verträge charakterisieren; diese waren in Abs. 5 geregelt und dem Wortlaut nach nicht auf multilaterale Settings beschränkt.⁷¹

Das gesetzlich verankerte Modell in Art. 152 ParlG sieht eine grundsätzliche Informationsbringschuld des Bundesrates⁷² vor, die ausnahmsweise durch eine parlamentarische Informationsholschuld durchbrochen⁷³ wird. In der Praxis hat sich jedoch, abgesehen von gewissen Sachbereichen, eine parlamentarische Informationsholschuld eingebürgert; die Kommissionsmitglieder müssen also eine aktivere als die gesetzlich zgedachte Rolle einnehmen.⁷⁴ Dies setzt voraus, dass sie die rechtsetzende Tätigkeit internationaler Organe möglichst umfassend im Blick haben. Angesichts der Fülle von Beschlüssen und Themengebieten ist dies (gerade in einem Milizparlament) schier unmöglich. Einen gewissen Informationsvorsprung könnte eine zu Beginn des Jahres vom Bundesrat an die Aussenpolitischen Kommissionen abgegebene Liste anstehender wichtiger Vorhaben und bedeutender internationaler Verhandlungen geben. Gestützt auf dieses Gesamtbild könnten die Kommissionen entscheiden, zu welchen Vorhaben sie sich konsultieren lassen wollen.⁷⁵ Die Erstellung einer solchen Inventur könnte jedoch am Umstand scheitern, dass die Fäden der Aussenpolitik nicht zentral in einem Departement zusammenlaufen und der Koor-

⁶⁹ *Ibid.*; TRIPET CORDIER, *supra* Fn. 54, RZ 15.

⁷⁰ *Siehe* Text zu Fn. 12 ff.

⁷¹ Art. 47^{bis} a Abs. 5 GVG lautet: «Die Absätze 3 und 4 gelten sinngemäss auf Verlangen der zuständigen Kommissionen auch für Verhandlungen mit *auswärtigen Staaten* oder *internationalen Organisationen* über völkerrechtliche Verträge.» (Hervorhebung durch Verfasserin) Der Gebrauch des Plurals indiziert nicht Multilateralität, sondern dass mit einem *beliebigen* Staat bzw. Staaten oder einer *beliebigen* Organisation bzw. Organisationen verhandelt wird; es ist eher unüblich, dass die Schweiz als Verhandlungspartner mehrere internationale Organisationen gegenüber hat. Dass bilaterale Verhandlungen von Abs. 5 erfasst waren, geht auch aus dem Bericht Parlamentsreform, *supra* Fn. 12, 652 (explizit «Verhandlungen ... mit einem auswärtigen Staat»), hervor.

⁷² Art. 152 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 ParlG.

⁷³ Art. 152 Abs. 5 ParlG.

⁷⁴ FLORENT TRIPET, Ein Instrument der parlamentarischen Mitwirkung im Bereich der schweizerischen Aussenpolitik: Die Information und Konsultation gemäss Art. 152 Parlamentsgesetz, *Cahier de l'IDHEAP*, <https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_9840689A7A00.P001/REF>, Stand 12. September 2015, S. 45–47; TRIPET CORDIER, *supra* Fn. 54, RZ 21, 23, 24 und 29.

⁷⁵ TRIPET, *supra* Fn. 74, S. 63, 71–72 (quasi als Pendant zum jährlichen Bericht über die abgeschlossenen Verträge, *siehe* dazu Text zu Fn. 120 ff.).

dinationsaufwand für die Informationszusammenstellung unverhältnismässig wäre.

Neben der auf Art. 152 ParlG gestützten Mitwirkung der Kommissionen an der Entstehung von Beschlüssen internationalen Rechts, stehen diesen hierzu auch die in Art. 45 Abs. 1 Bst. a ParlG genannten Rechte zur Verfügung. Schliesslich können einzelne Ratsmitglieder mittels der in Art. 118 Abs. 1 ParlG genannten parlamentarischen Vorstösse Einfluss auf die Entstehung von Beschlüssen ausüben. Verfolgen Parlamentarier die internationale Rechtsentwicklung in einem bestimmten Sachbereich sehr eng (oft in Zusammenarbeit mit spezialisierten Organisationen oder Verbänden), ist eine Intervention vor Beschlussfassung im internationalen Organ möglich. Oft wird jedoch erst im Nachgang interveniert; es geht dann mehr um die Ablegung von Rechenschaft seitens der Exekutive als um eine aktive Einflussnahme auf einen Beschlussinhalt.⁷⁶

Schliesslich soll noch auf die Mitwirkung der Kantone, politischer Parteien und interessierter Kreise mittels Teilnahme an der Vernehmlassung zu Beschlüssen internationalen Rechts hingewiesen werden. Die einschlägigen Bestimmungen zur Vernehmlassung erwähnen wie andere Mitwirkungsbestimmungen ebenfalls nur den völkerrechtlichen Vertrag explizit.⁷⁷ Um eine Vernehmlassung zu Beschlüssen durchzuführen, bieten sich zwei Möglichkeiten an. Zum einen könnte Art. 3 Abs. 1 Bst. c VIG, der festlegt, zu welchen völkerrechtlichen Verträgen eine Vernehmlassung stattfindet, analog auf Beschlüsse angewandt werden. Diesfalls wären jene Beschlüsse (bzw. Entwürfe) in die Vernehmlassung zu geben, die wichtige Interessen der Kantone betreffen oder die referendumpflichtig sind, weil sie wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten bzw. weil deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert⁷⁸. Beschlüsse, die dieses Kriterium nicht erfüllen, könnten – sofern sie die relativ hoch angesetzte Schwelle, dass sie «von grosser politischer, finanzieller, wirtschaftlicher, ökologischer, sozialer oder kultureller Tragweite» sind – gestützt auf Art. 3 Abs. 2 VIG in die Vernehmlassung gegeben werden. Da diese Auffangnorm u.a. dann angewandt wird, wenn völkerrechtliche Verträge die in Art. 3 Abs. 1 Bst. c VIG erwähnten Kriterien nicht erfüllen, liegt es nahe,

⁷⁶ Für eine Intervention vor Beschlussfassung, *siehe* MOSER TIANA ANGELINA, Frage zur Cites-Konferenz 2010 (10.5006); für eine nach Beschlussfassung, *siehe* RUTH GONSETH, Interpellation: Europäisches Patentübereinkommen – Uminterpretation (99.3615).

⁷⁷ Art. 147 BV, Art. 3 Vernehmlassungsgesetz vom 18. März 2005, SR 172.061 (folgend: VIG).

⁷⁸ Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3; der ebenfalls in Art. 3 Abs. 1 Bst. c VIG erwähnte Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV wird bei Beschlüssen wohl nie erfüllt sein.

für Beschlüsse gleich zu verfahren.⁷⁹ Eine andere Lösung bestünde darin, die Vernehmlassungspflichtigkeit von Beschlüssen generell gestützt auf die Aufgangnorm zu beurteilen. Aufgrund der unterschiedlichen Kriterien dürfte das Resultat nicht genau das gleiche sein, ob nach der ersten oder zweiten Lösung verfahren wird.

In der Praxis wird oft der Umsetzungsakt (und nicht der Beschluss an sich) in die Vernehmlassung gegeben. Angesichts des geringen inhaltlich-präzisierenden Umsetzungsspielraums bei vielen Beschlüssen⁸⁰ sollte die Vernehmlassung zum Umsetzungserlass *vor* Annahme des Beschlusses im internationalen Organ erfolgen; in der Praxis hat sich dies als möglich erwiesen.⁸¹ Aufgrund des hohen Detaillierungsgrades erfolgt die Umsetzung von Beschlüssen regelmässig auf Verordnungsstufe⁸² und die Vernehmlassung findet gestützt auf Art. 3 Abs. 2 bzw. 3 VIG statt.

C. Zustimmung zum Beschluss(entwurf)

Nachdem wir die Möglichkeiten der innerstaatlichen Einflussnahme auf den Inhalt eines Beschlusses beleuchtet haben, wenden wir uns nun der Frage zu, ob und wann ein Beschluss bzw. ein Entwurf⁸³ der parlamentarischen Genehmigung und der Unterstellung unter das Referendum bedarf. Zur Beantwortung der Frage, ob Beschlüsse des internationalen Rechts in die selbstständige Abschlusskompetenz des Bundesrates fallen oder der Genehmigung durch die Bundesversammlung bedürfen, rät der Gesetzgebungsleitfaden des Bundesamtes für Justiz lakonisch «das einschlägige Bundesrecht zu konsultieren».⁸⁴ Doch ein Blick ins Bundesrecht ist meist wenig aufschlussreich, da die allgemeinen landesrechtlichen Bestimmungen zur Mitwirkung von Parlament und Stimmvolk bei der Eingehung völkerrechtlicher Verpflichtungen nur die Genehmi-

⁷⁹ Integrationsbüro, Direktion für Völkerrecht & Bundesamt für Justiz, Aide-mémoire: Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, 6. September 2007, <www.eda.admin.ch/content/dam/dea/fr/documents/publikationen_dea/Aide-m%C3%A9moire-final_fr.pdf>, Stand 12. September 2015, S. 4.

⁸⁰ Siehe IV.A.

⁸¹ So fand die Vernehmlassung zur Verordnung des UVEK über die Verkehrsregeln für Luftfahrzeuge vom 20. Mai 2015, SR 748.121.11, zwischen dem 31. Juli und 10. Oktober 2014 und somit vor der Verabschiedung des Beschlusses Nr. 2/2014 durch den Gemischten Ausschusses LVA (AS 2015 381), den sie umsetzt, statt.

⁸² *Siehe* Text zu Fn. 154.

⁸³ Bei unmittelbar verbindlichen Beschlüssen besteht keine Möglichkeit der nachträglichen Zustimmung, *siehe* Text zu Fn. 17; die Genehmigung erfolgt somit gestützt auf einen Entwurf.

⁸⁴ Gesetzgebungsleitfaden BJ, *supra* Fn. 27, RZ 480.

gung des völkerrechtlichen Vertrags explizit nennen⁸⁵ und Spezialgesetze die Frage selten ausdrücklich regeln⁸⁶.

Der überwiegende Teil der älteren, aber auch ein Teil der neueren Lehre geht davon aus, dass die innerstaatliche Zuständigkeit für den Entscheid, ob einem Beschluss auf völkerrechtlicher Ebene zugestimmt wird, im Schosse der Exekutive liegt.⁸⁷ Gegen eine demokratische Partizipation wird ins Feld geführt, dass die alleinige Zuständigkeit der Exekutive der *ratio legis* des Beschlussverfahrens entspreche, wonach «multilaterales Vertragsrecht mit vorwiegend technischem Inhalt zur Wahrung grösstmöglicher Sicherheit möglichst speditiv, unpolemisch und unpolitisch soll geändert werden können».⁸⁸ Neben der «Politisierung» wird hier (wie auch andernorts) ein zeitliches Argument ins Feld geführt: die Fristen seien zu kurz für die Durchführung eines parlamentarischen Genehmigungsverfahrens. Die Vorabgenehmigung von Beschlüssen der Gemischten Ausschüsse durch Parlament und Stimmvolk entkräftet dieses Argument weitgehend.⁸⁹ In Fällen echter zeitlicher Dringlichkeit könnte ein Kompromiss darin bestehen, dass die zuständigen Kommissionen einen Entscheid fällen.⁹⁰ Eine prinzipiellere Einwendung gegen eine Partizipation von Parlament und Volk geht so, dass durch die ursprüngliche Zustimmung zum Vertrag dem demokratischen Prinzip Genüge getan sei.⁹¹ Tomuschat entkräftet das Argument mit wenigen Worten, wenn er schreibt, dass dieser Akt der parlamentarischen Zustimmung irgendwann «im Nebel der Vergangenheit» verschwindet und dass demokratische Legitimität «nicht nur vergangenheitsbezogen festgestellt werden, sondern ... in aktuellen Prozessen laufend erneuert werden» muss.⁹² In der Tat ist es für den demokratischen Gesetzgeber kaum voraussehbar, wie die durch den genehmigten Vertrag eingesetzten Organe diesen mittels Beschlüssen weiterentwickeln und konkretisieren.

⁸⁵ Art. 166 Abs. 2 BV; Art. 24 Abs. 2 ParlG.

⁸⁶ Z.B. Art. 4 Bundesgesetz über den Verkehr mit Tieren und Pflanzen geschützter Arten vom 16. März 2012, SR 453; *siehe* auch Fn. 44.

⁸⁷ JEAN MONNIER, *Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse*, 105 II *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (1986), S. 227; HANGARTNER & KLEY, *supra* Fn. 13, RZ 1082; BABELLE BRUNNER, *Das Staatsvertragsreferendum: Ein Volksrecht im Wandel*, Zürich 2014, S. 89. EHRENZELLER, *supra* Fn. 18, S. 517 ff., trat hingegen bereits 1993 dezidiert für eine demokratische Mitwirkung ein.

⁸⁸ VPB 51.37 (auf einen Beschluss mit Einspruchsmöglichkeit bezogen).

⁸⁹ *Siehe* Text zu Fn. 109 und Fn. 115 ff.

⁹⁰ Wie bei der vorläufigen Anwendung völkerrechtlicher Verträge: Art. 7b Abs. 1^{bis} RVOG.

⁹¹ MONNIER, *supra* Fn. 87, S. 227.

⁹² CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Möglichkeiten und Grenzen der Globalisierung*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Teilband 1, Tübingen 2008, S. 47–48; so bereits VEB 1964–1965, S. 6–7.

Wildhaber nimmt für die Frage des *opting out* eine differenziertere Position ein und unterscheidet zwischen «Änderung des Gründungsvertrages» und «rechtlich verbindlichen Beschlüssen zwischenstaatlicher Einrichtungen». Da Änderungen des Gründungsvertrages als Staatsverträge gelten würden, sei grundsätzlich die Bundesversammlung zuständig, ausser wo eine Delegation angenommen werden könne. Im Bereich der anderen Kategorie von Beschlüssen sei hingegen der Bundesrat alleine zuständig.⁹³ Diese Zweiteilung, die auch in neuerer Doktrin auftaucht⁹⁴, verläuft entlang folgender Linien: Mit «Änderungen des Gründungsvertrages» scheinen Änderungen des Hauptteils des Vertrages gemeint zu sein, während es bei «verbindlichen Beschlüssen» bzw. «autonome Rechtssetzung» um die Änderungen von anderen Bestandteilen des Vertrages (i.e.L. Anhänge) oder um den Erlass oder die Änderung von selbstständigen Beschlüssen zu gehen scheint.⁹⁵ Die Unterscheidung ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Auch der Anhang bildet Bestandteil des Vertrages⁹⁶ und beschränkt sich nicht *per se* auf minder wichtige, d.h. nicht mitwirkungswürdige Fragen.⁹⁷ Zudem gibt es auch vertragsändernde Beschlüsse, welche nicht den Gründungsvertrag, sondern einen anderen Vertrag ändern.⁹⁸ Schliesslich wird von Gründungsverträgen regelmässig nur im Zusammenhang mit internationalen Organisationen gesprochen. Eine grosse Zahl internationaler Organe mit Rechtssetzungskompetenz wird aber gerade ohne Organisationsgründung eingesetzt, so namentlich die Gemischten Ausschüsse.⁹⁹

Vorliegend wird die Ansicht vertreten, dass die für den völkerrechtlichen Vertrag relevanten Bestimmungen zur Genehmigung analog auf Beschlüsse anzuwenden sind, d.h. dass die Bundesversammlung einen Beschluss zu genehmigen hat, ausser der Bundesrat sei ermächtigt, einen unmittelbar verbindlichen Beschluss selbstständig im Organ anzunehmen bzw. über einen Einspruch oder eine explizite Genehmigung zu entscheiden. Auf ein solch kooperatives Verhältnis zwischen Bundesrat und Parlament in Sachen Zustimmung zu Beschlüssen weist namentlich Art. 32 Publikationsverordnung hin, welcher zwi-

⁹³ WILDHABER, *supra* Fn. 28, S. 140.

⁹⁴ Namentlich THÜRER & ISLIKER, *supra* Fn. 40, RZ 51–54 («Änderungen des Gründungsvertrages» und «Autonome Rechtssetzung (verbindliche Beschlüsse)»), und EHRENZELLER, *supra* Fn. 18, S. 520–532 (er vertritt jedoch die Meinung, bei *beiden* Arten sei Mitwirkung zu gewähren!).

⁹⁵ So beziehen sich die Ausführungen von EHRENZELLER, *supra* Fn. 18, zu den «Gründungsverträgen» (S. 520–524) auf Beschlüsse, welche Bestimmungen des Hauptteil des Vertrages betreffen, und jene zur «autonomen Rechtssetzung» (S. 524–532) auf Änderungen von vertraglichen Bestimmungen, welche *nicht* im Hauptteil des Vertrages, sondern im Anhang enthalten sind.

⁹⁶ So explizit Art. 32 LVA und Art. 22 Abs. 1 Rotterdamer Übereinkommen.

⁹⁷ So z.B. der Anhang zum LVA, *siehe* Text zu Fn. 34.

⁹⁸ So ändern z.B. Beschlüsse des durch die Satzung des Weltpostvereins eingesetzten Kongresses die Allgemeine Postkonvention: ASTON, *supra* Fn. 8, S. 128–129.

⁹⁹ *Siehe* Text zu Fn. 3.

schen Beschlüssen, die in die selbstständige Abschlusskompetenz des Bundesrates fallen, und jenen, zu denen eine Botschaft erstellt werden muss, unterscheidet. Auch die Berichte des Bundesrates über die durch ihn innerhalb des jeweiligen Jahres abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge liefern einen Hinweis, dass der Bundesrat einer Ermächtigung zur selbstständigen Eingehung einer völkerrechtlichen Verpflichtung mittels Beschluss bedarf. Dort wird u.a. die rechtliche Grundlage, auf die sich die Befugnis des Bundesrates zur Annahme des Beschlusses stützt, ausgewiesen – aufgeführt wird nicht seine allgemeine aussenpolitische Kompetenz¹⁰⁰, sondern die allgemeine¹⁰¹, spezialgesetzliche¹⁰² oder völkerrechtliche¹⁰³ Ermächtigung zum selbstständigen Abschluss von Verträgen.

Weiter liefert die Praxis eine Reihe von Beispielen, wo eine demokratische Mitwirkung von Parlament und Stimmvolk gestützt auf eine analoge¹⁰⁴ Anwendung der vertragsspezifischen Mitwirkungsbestimmungen erfolgte. So hat das Parlament verschiedene Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriell-

¹⁰⁰ Art. 184 Abs. 1 BV. Im Gesetzgebungsleitfaden BJ, *supra* Fn. 27, RZ 481, wird eher von einer Allgemeinzuständigkeit des Bundesrates ausgegangen, die im Einzelfall zugunsten einer parlamentarischen Genehmigung durchbrochen wird: zur Frage der Genehmigung ist das «einschlägige Bundesrecht zu konsultieren, in erster Linie Artikel 184 Absatz 1 BV, welcher dem Bundesrat die Kompetenz zur Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten der Schweiz einräumt».

¹⁰¹ Art. 7a Abs. 2 RVOG; z.B. Bericht des Bundesrates über die im Jahr 2014 abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge, BBl 2015 4249 (folgend: Bericht Verträge 2014), 4817, Nr. 10.5.5.

¹⁰² Die Angabe der rechtlichen Grundlage ist teils wenig kohärent. So wird z.B. bei Beschlüssen, welche die Anlage III des Rotterdamer Übereinkommens ändern und unmittelbar verbindlich sind, teils auf Art. 7a Abs. 2 Bst. d RVOG verwiesen (Bericht des Bundesrates über die im Jahr 2008 abgeschlossenen internationalen Verträge, BBl 2009 3685, 4086, Nr. 10.6.9), teils wohl richtigerweise auf die spezialgesetzliche Ermächtigung (Bericht des Bundesrates über die im Jahr 2011 abgeschlossenen internationalen Verträge, BBl 2012 6023, 6587, Nr. 10.7.13).

¹⁰³ Der Bericht Verträge 2014, *supra* Fn. 101, erwähnt verschiedentlich völkerrechtliche Bestimmungen, die kaum als Ermächtigung des Bundesrates zur selbstständigen Beschlussfassungskompetenz angesehen werden können (z.B. S. 4812, Nr. 10.3.1 und 10.3.2; S. 4813, Nr. 10.3.3; S. 4816, Nr. 10.4.1 und 10.4.2). Er gibt somit nicht immer Aufschluss über die Ermächtigung zum Abschluss des völkerrechtlichen Instruments, obwohl dies ein mit dem Bericht verfolgtes Teilziel war: Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zum Geschäftsverkehrsgesetz vom 7. Mai 1999, BBl 1999 III 4809 (folgend: Bericht Geschäftsverkehrsgesetz), 4830.

¹⁰⁴ Eine direkte Anwendung der Bestimmungen erfolgt dann, wenn ein Beschluss (fälschlicherweise oder in vertretbarer Weise; zur subtilen Abgrenzung, *siehe* Text zu Fn. 23) als Vertrag qualifiziert wird. So wurden Beschlüsse der ICAO-Versammlung, welche eine Änderung des ICAO-Übereinkommens enthalten, als Verträge deklariert: Botschaft zur Änderung des Übereinkommens über die internationale Zivilluftfahrt vom 15. Februar 1984, BBl 1984 I 665, 672; Botschaft zur Änderung des Übereinkommens über die internationale Zivilluftfahrt vom 8. Mai 1985, BBl 1985 II 185, 196. Gleiches gilt für die ein neues Übereinkommen enthaltenen Beschlüsse der Internationalen Arbeitskonferenz: Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats vom 10. November 2011 zur Ratifikation des Übereinkommens über den Mutterschutz (Nr. 183) der IAO, BBl 2012 1797, 1811.

len Abkommen zwischen der Schweiz und der EU in analoger Anwendung der vertragspezifischen Bestimmungen genehmigt.¹⁰⁵ Da eine Mitwirkung nach Beschlussfassung aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit und fehlenden Kündigungsmöglichkeit des Beschlusses an sich¹⁰⁶ und der potenziellen innenpolitischen Folgeschäden bei der Kündigung des Vertrages, auf den sich der Beschluss stützt¹⁰⁷, wenig sinnvoll ist,¹⁰⁸ findet die parlamentarische Genehmigung und die Unterstellung unter das Referendum *vor* Beschlussfassung im Gemischten Ausschuss statt.¹⁰⁹ Die Vorausgenehmigung – ein früher eher theoretisches Konstrukt¹¹⁰ – hat sich zu einem Instrument gemausert, das gehaltvolle demokratische Mitwirkung bei unmittelbar anwendbaren Beschlüssen erlaubt.¹¹¹ Die Unterbreitung zur Vorausgenehmigung bedingt jedoch, dass der wesentliche Inhalt des Beschlusses bereits vor Beschlussfassung feststeht¹¹²; dies wird bei Organen mit vielen Mitgliedern oft schwierig bis unmöglich zu erreichen sein. Eine Vorausgenehmigung macht schliesslich nur dann Sinn, wenn der Bundesrat auf völkerrechtlicher Ebene, d.h. im Organ, auch über die

¹⁰⁵ Hier sei hervorgehoben, dass die Weiterentwicklung der Schengen-/Dublin-Abkommen einem eigenen Muster folgt: die EU notifiziert der Schweiz besitzstandverändernde EU-Erlasse, worauf die Schweiz der EU notifiziert, dass sie deren Inhalt annimmt. Dieser Vorgang wird seitens der Schweiz als Notenaustausch und somit als völkerrechtlicher Vertrag qualifiziert (während die EU jedoch das im EU-Recht vorgesehene Vertragsschlussverfahren nie angewandt hat). RETO GRUBER, *Die Übernahme und Umsetzung von Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands: ausgewählte institutionelle Aspekte*, in: Astrid Epiney & Nina Gammethaler (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010*, Bern 2010, S. 494, argumentiert, dass «auf Seiten der Schweiz ein Vertragssurrogat geschaffen wurde, welches es bei einer entsprechend weiten Auslegung erlaubt, die in der Verfassung verankerten direktdemokratischen Verfahren auf die Übernahme und Umsetzung von Weiterentwicklungen zur Anwendung zu bringen».

¹⁰⁶ Beschlüsse können nicht gekündigt werden (BINDSCHEDLER, *supra* Fn. 10, S. 374); vielmehr müssen sie gemäss *actus contrarius* Doktrin durch das internationale Organ aufgehoben werden.

¹⁰⁷ *Siehe* Fn. 56.

¹⁰⁸ Es ist umstritten, ob die Durchführung eines innerstaatlichen Verfahrens und die Abgabe einer entsprechenden Erklärung bloss ohne Wirkung auf völkerrechtlicher Ebene bleibt (so SKUBISZEWSKI, *supra* Fn. 4, S. 514–515) oder ob dies eine Verletzung der die unmittelbare Verbindlichkeit anordnenden völkerrechtlichen Norm darstellt (so BINDSCHEDLER, *supra* Fn. 10, S. 375).

¹⁰⁹ Z.B. Bundesbeschluss zu den Änderungen der Anhänge 1 und 2 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen vom 29. Mai 2008 (AS 2010 249).

¹¹⁰ VALENTIN ZELLWEGER, *Die demokratische Legitimation staatsvertraglichen Rechts*, in: Thomas Cottier (Hrsg.), *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht*, Bern 2001, schrieb noch im Jahre 2001, dass Vorabgenehmigungen in der Praxis «ausserordentlich selten» seien (S. 395) und er davon ausgehe, dass «die Vorausgenehmigung weiterhin ein seltenes Phänomen bleiben wird» (S. 395).

¹¹¹ Daher wohl etwas zu pauschal die Mitwirkung an unmittelbar anwendbaren Beschlüssen verneinend THÜRER & ISLIKER, *supra* Fn. 40, RZ 54.

¹¹² VPB 51.58, Ziff. 7.

tatsächliche Möglichkeit verfügt, einen Beschluss im Falle der Nichtgenehmigung durch Parlament und Volk zu verhindern.¹¹³

Erfolgt eine parlamentarische Genehmigung eines Beschlusses, stellt sich die Frage, ob der Genehmigungsbeschluss dem Referendum zu unterstellen ist. Auch hier wendet die Praxis die auf den völkerrechtlichen Vertrag zugeschnittenen Bestimmungen analog an.¹¹⁴ Obwohl teils ausdrücklich von einem Beschluss die Rede ist, wird in der Regel nicht thematisiert, warum die auf den Vertrag zugeschnittenen Referendumsbestimmungen analog auf Beschlüsse angewandt werden – vielmehr erfolgt dies mit einer gewissen Selbstverständlichkeit.¹¹⁵ Zudem wird die Prüfung, ob die Voraussetzungen der *prima facie* einschlägigen Referendumsbestimmung erfüllt sind, teils nicht auf den Beschluss, sondern auf den ihm zugrunde liegenden Vertrag bezogen; so beispielsweise bei der Frage der Kündbarkeit¹¹⁶. Dies muss nicht an sich falsch sein, zeigt aber auf, wie wenig konzeptualisiert die Frage der analogen Anwendung ist. So wird bei Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV einfach das Wort «Vertrag» durch «Beschluss» substituiert, womit Beschlüsse, die «wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert», dem fakultativen Referendum unterstellt werden.¹¹⁷ Würde hingegen bei Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 1 BV so verfahren, führte dies zu unsinnigen Lösungen, da Beschlüsse *per se* unkündbar sind. Konzeptuelle Fragen ergeben sich auch unter Ziff. 2, gemäss welcher «völkerrechtliche Verträge, die den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen», dem Referendum zu unterstellen sind. Eine teleologische Lesart dieser Bestimmung könnte ergeben, dass jede Übertragung von Hoheitsrechten an eine überstaatliche Entität dem fakultativen Referendum zu unterstellen sei – also nicht nur jene *qua* Beitritt zu einer internationalen Organisation gestützt auf völkerrechtlichen Vertrag, sondern auch die Übertragung von staatlichen Befugnissen an ein internationales Organ per Beschluss.¹¹⁸ Insgesamt bedarf es noch der weiteren Klärung, unter welchen

¹¹³ Siehe Text zu Fn. 54.

¹¹⁴ Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV; es scheint eher unmöglich, dass ein Beschluss je die Kriterien des obligatorischen Referendums von Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV erfüllt.

¹¹⁵ So in Botschaft über die Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Agentur für Flugsicherheit EASA vom 25. Mai 2005, BBl 2005 3857 (folgend: Botschaft EASA), 3881.

¹¹⁶ So in Botschaft zur Änderung der Anhänge 1 und 2 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen (Agrarabkommen) vom 16. Januar 2008, BBl 2008 1041, 1046.

¹¹⁷ So in Botschaft EASA, *supra* Fn. 115, 3881.

¹¹⁸ Anlässlich des Beitritts der Schweiz zur Europäischen Agentur für Flugsicherheit wurde dieses Kriterium nicht geprüft, da bereits Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV erfüllt war: *ibid.*, 3881.

Voraussetzungen das Stimmvolk bei Beschlüssen ein Instrument «okkasioneller» Opposition¹¹⁹ zur Hand hat.

Es ist der Bundesrat alleine, der entscheidet, ob ein Vertrag bzw. eine Vertragsänderung in seine selbstständige Abschlusskompetenz fällt oder ob Parlament und Volk zu genehmigen haben. Damit die Bundesversammlung ihre Oberaufsicht über den Bundesrat wahrnehmen kann, statuiert Art. 48a Abs. 2 RVOG, dass der Bundesrat der Bundesversammlung jährlich Bericht über die von ihm, von den Departementen, Gruppen oder Bundesämtern abgeschlossenen Verträge erstattet.¹²⁰ Trotz des Wortlaut dieser Bestimmung («abgeschlossene Verträge») ist es heute herrschende Meinung, dass auch Änderungen bestehender Verträge unter die Berichterstattungspflicht fallen¹²¹, und zwar grundsätzlich ungeachtet dessen, ob sie im Vertragsänderungsverfahren oder im Beschlussverfahren angenommen wurden. In der Einleitung des jeweiligen Jahresberichts wird präzisiert, welche Art von Beschlüssen Aufnahme fanden:

«Der Bericht erfasst auch Beschlüsse von gemischten Ausschüssen oder anderen Vertragsorganen, sofern diese Beschlüsse als völkerrechtlicher Vertrag oder als Änderung eines bestehenden völkerrechtlichen Vertrags gelten können. Ob dies der Fall ist, prüft der Bundesrat anhand der Tragweite des Beschlusses.»¹²²

Dieser Passus ist etwas enigmatisch: Er scheint zu besagen, dass Beschlüsse – sofern sie von bestimmter Tragweite sind – dem völkerrechtlichen Vertrag bzw. dessen Änderung gleichzustellen sind und in der Folge Aufnahme in den Bericht finden müssen. Es scheint, dass bei Beschlüssen in der Tat ein solches Tragweitekriterium angewandt wird. So finden nicht alle Beschlüsse, die ohne parlamentarische Genehmigung ergehen, Eingang in den Bericht. Es fehlen, um es bei zwei Beispielen zu belassen, regelmässig die rechtsetzenden Beschlüsse, die gestützt auf das OSPAR-Übereinkommen und das Internationale Übereinkommen zur Regelung des Walfangs ergehen. Bei den Beschlüssen der Internationalen Walfangkommission – deren Vorsitz *nota bene* die Schweiz zurzeit inne hat – würde es naheliegen, zu schliessen, dass diese aufgrund der minderen Wichtigkeit für die Schweiz nicht aufgenommen wurden. Die Einführung eines Tragweitekriteriums bei Beschlüssen scheint jedoch der *ratio* des Berichtes zu widersprechen, der Aufschluss über *alle* durch den Bundesrat in selbstständiger Kompetenz eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen (worunter gerade jene von beschränkter Tragweite fallen!) geben soll.¹²³ Auch

¹¹⁹ OLIVER DIGGELMANN, *Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik*, Bern 2005, S. 59.

¹²⁰ SÄGESSER, *supra* Fn. 46, S. 463.

¹²¹ Z.B. Bericht Verträge 2014, *supra* Fn. 101, 4302.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Bericht Geschäftsverkehrsgesetz, *supra* Fn. 103, 4830.

ist von aussen nicht ersichtlich, ob die Nichtaufnahme einzelner Beschlüsse (im Gegensatz zu ganzen Sachbereichen) aus rechtlichen Überlegungen erfolgt oder aufgrund der Schwierigkeit, den Überblick über alle, durch verschiedene Departemente abgeschlossenen Beschlüsse zu behalten.¹²⁴ Schliesslich ist zu erwähnen, dass trotz der Betonung von vertragsändernden Beschlüssen in den jeweiligen Berichten, auch Beschlüsse, die einen Beschluss ändern, Aufnahme fanden.¹²⁵ Zu beantworten bleibt die Frage, welche Reaktionsmöglichkeit dem Parlament offensteht, falls es der Ansicht ist, dass der Bundesrat seine Kompetenz überschritten hat. Da Beschlüsse an sich nicht gekündigt werden können, fragt es sich, ob es die Kündigung des Vertrages, von dem sich der Beschluss ableitet, verlangen kann oder ob dies eine unverhältnismässige Massnahme darstellt.

D. Fazit

Demokratische Mitwirkung an der Entstehung von Beschlüssen ist bereits Realität – wenn auch eine, die in der Doktrin wenig diskutiert und in den Rechtsgrundlagen kaum sichtbar ist. Eine schärfere Konturierung der Partizipation von Parlament und Volk an der Entstehung von Beschlüssen in der Lehre scheint notwendig, um offensichtlicher zu machen, ob und inwiefern Beschlüsse in den Sog der über die letzten Jahre kontinuierlich ausgebauten¹²⁶ Mitwirkung an der Entstehung völkerrechtlicher Verträge kommen. Auch ist es eine Überlegung wert, ob sich *de lege ferenda* die Diversifizierung der völkerrechtlichen Rechtsquellen und Methoden der Rechtssetzung nicht in den gesetzlichen Bestimmungen zur Mitwirkung widerspiegeln sollten – beispielsweise durch die konsequente Erwähnung des Beschlusses neben dem Vertrag, wie es im Publikationsrecht mit der Novelle vom Herbst 2014 geschehen ist.¹²⁷

¹²⁴ So wurden die Beschlüsse der 13. (Bericht des Bundesrates über die im Jahr 2005 abgeschlossenen internationalen Verträge, BBl 2006 4789, 5033), der 14. (Bericht des Bundesrates über die im Jahr 2007 abgeschlossenen internationalen Verträge, BBl 2008 4611, 4985) und der 16. Konferenz der Vertragsparteien (Bericht des Bundesrates über die im Jahr 2013 abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge vom 28. Mai 2014, BBl 2014 4279, 4823), welche die Anhänge I und II des CITES-Übereinkommens ändern, aufgenommen; nicht aber die Beschlüsse der 15. Konferenz der Vertragsparteien.

¹²⁵ So werden die Änderungen der AO EPÜ 2000 regelmässig aufgenommen; statt vieler: Bericht Verträge 2014, *supra* Fn. 101, 4813.

¹²⁶ Siehe neuer Art. 7b Abs. 1^{bis} RVOG und klarer formulierter Art. 7a RVOG (AS 2015 969).

¹²⁷ Botschaft zur Änderung des Publikationsgesetzes vom 28. August 2013, BBl 2013 7057, 7075: Dies erfolgte primär mit dem Argument, dass die Angleichung der Behandlung von Landesrecht und internationalem Recht (Parallelismus) in anderen Bereichen, namentlich bei den politischen Rechten und der Vernehmlassung, schon weit fortgeschritten sei und im Bereich der amtlichen Veröffentlichungen nun das gleiche geschehen solle. Nun hat aber das Publikationsrecht mit der expliziten Bezugnahme auf Beschlüsse die Nase vorn.

Die Gleichstellung von Vertrag und Beschluss scheint angezeigt, weil der *Inhalt* einer gesetzten völkerrechtlichen Norm ausschlaggebend sein soll für den Entscheid, ob Parlament und Volk an ihrer Entstehung beteiligt werden. Denn wie aufgezeigt wurde, besagt der Umstand, ob eine Norm im Vertrags- oder Beschlussverfahren entsteht bzw. ob es sich um unmittelbar anwendbare, dem Einspruch oder der Genehmigung unterliegende Beschlüsse handelt, nur bedingt etwas über die Tragweite ihres Inhalts und deren Funktion aus. Zudem ist die Qualifikation als Vertrag und Beschluss nicht immer eindeutig. Demokratische Mitwirkung sollte nicht aufgrund von formalen (ja formalistischen) Unterscheidungen gewährt oder versagt werden. Denn ihre Gewährung soll sicherstellen, dass Parlament und Volk in einem veränderten Rechtsetzungsfeld ihre Gestaltungsmöglichkeiten nicht über Gebühr verlieren.

Die demokratische Mitwirkung an der *Entstehung* von Beschlüssen ist insofern zentral, als dass – wie wir im Folgenden sehen werden – auf der Ebene der Umsetzung oft kaum Raum für eine inhaltliche Präzisierung durch den innerstaatlichen Gesetzgeber bleibt.

IV. Begrenzter Raum für innerstaatliche Umsetzungsarbeit

A. Inhaltliche Umsetzung: oft äusserst eingeschränkt

Umsetzung ist ein vieldeutiger und facettenreicher Begriff.¹²⁸ Vorliegend wird zwischen inhaltlich-präziserender und formaler Umsetzung unterschieden. Bei ersterer geht es um einen innerstaatlichen Erlass, welcher den Inhalt einer völkerrechtlichen Norm präzisiert und konkretisiert¹²⁹; eine grobkörnige Völkerrechtsnorm wird durch die innerstaatlichen Mühlen verfeinert und so zur Anwendungsreife gebracht.

Obwohl Beschlüsse theoretisch jedweden Inhalts und Normstruktur sein können, weisen viele (wenn nicht die Mehrzahl) der Beschlüsse das Charakte-

¹²⁸ Zu Definition und Abgrenzung: ANDREAS FUNKE, *Umsetzungsrecht*, Tübingen 2010, S. 11–20.

¹²⁹ Es geht dabei um das, was in der Vernehmlassungsvorlage zum heutigen Art. 141a BV als «zwingend notwendige Ausführungsgesetzgebung» beschrieben wurde, also nur um Ausführungsbestimmungen, die durch den Beschluss (implizit oder explizit) verlangt werden und nicht flankierende oder kompensierende Massnahmen: Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, 476.

ristikum auf, dass sie von hoher Regelungsdichte und -bestimmtheit¹³⁰ sind und dem innerstaatlichen Gesetzgeber folglich kaum mehr Raum für eine inhaltlich-präzisierende Umsetzung lassen. Dies erstaunt insofern wenig, als dass die Regelung gewisser Sachverhalte gerade zwecks harmonisierter Regelung mit wenig Spielraum für den einzelnen Mitglied- bzw. Vertragsstaat einem internationalen Organ übertragen werden. Nur so, so die Ansicht, könne eine rasche und einheitliche Normierung gewisser Bereiche erreicht werden.¹³¹ Dynamische Verträge bzw. Vertragsregime zeichnen sich ausserdem regelmässig dadurch aus, dass sie implizit oder explizit¹³² eine Normenhierarchie aufstellen – mit grundlegenden, prinzipiellen Bestimmungen an der Spitze (die meist im Hauptteil des Vertrages enthalten sind) und ausführenden, immer in grössere Einzelheiten gehenden Bestimmungen am Fusse der Pyramide (die regelmässig entweder in einem Anhang oder einem selbstständigen Beschluss enthalten sind). Dabei gilt die Faustregel: je tiefer eine Bestimmung in dieser Normenhierarchie angesiedelt ist, desto einfacher und wendiger ist das Verfahren auf Erlass bzw. Änderung. Während prinzipielle Bestimmungen entweder in dem eher schwerfälligen Vertragsänderungsverfahren oder mittels ihm nahe kommenden Beschluss mit Zustimmungserfordernis erlassen bzw. geändert werden, können die detaillierteren, ausführenden Bestimmungen per *opting out* oder unmittelbar verbindlichen Beschluss angenommen oder revidiert werden.¹³³ Zusammengefasst regeln diese unterschiedlichen Hierarchiestufen zugehörigen Bestimmungen einen Gegenstand oft sehr umfassend.

Die Konkretisierung einer offenen, unbestimmten Vertragsbestimmung wird somit anders als bei konkreten, statischen völkerrechtlichen Verträgen nicht an den innerstaatlichen Gesetzgeber delegiert, sondern wird direkt auf völkerrechtlicher Ebene durch ein internationales Organ vorgenommen. Beschlüsse enthalten somit funktional betrachtet oft Ausführungsgesetzgebung und weisen einen *statute like*-Charakter auf. So konstatierte Huber bereits 1971, dass eine zunehmende Zahl internationaler Organe «Träger eigentlicher Ver-

¹³⁰ Dass Beschlüsse im Vergleich zu «herkömmlichen multilateralen Verträgen rechtsetzender Natur eine gesteigerte gesetzvertretende Funktion» aufweisen, konstatierte bereits HANS HUBER, Die internationale Quasilegislative, 27 Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht (1971), S. 9.

¹³¹ Vgl. VPB 51.37.

¹³² So stipuliert Art. 164 Abs. 2 Europäisches Patentübereinkommen vom 29. November 2000, SR 0.232.142.2, dass bei mangelnder Übereinstimmung der Bestimmungen des Übereinkommens und der AO EPÜ erstere vorgehen.

¹³³ Eine solche Kaskade von Bestimmungen (Artikel, Regeln, Normen und Leitlinien, welche z.T. auf *soft law*-Instrumente verweisen) unterschiedlicher normativer Dichte und Abänderbarkeit enthält das Seearbeitsübereinkommen, 2006 vom 23. Februar 2006, SR 0.822.81 (folgend Seearbeitsübereinkommen).

ordnungsgewalt»¹³⁴ geworden sind. Diese substituieren somit zu einem gewissen Grad den nationalen Gesetzgeber, der mit seiner Umsetzungsarbeit nicht mehr völkerrechtliche Zielbestimmungen und Prinzipien bis zur Anwendungsreife konkretisiert, sondern nur noch (sofern überhaupt verbleibend) einen inhaltlichen Restspielraum ausfüllt oder auf eine formale Umsetzung zurückgedrängt wird.

Ein anschauliches Beispiel dazu liefert die 316 Seiten umfassende Rheinschiffsuntersuchungsordnung, die durch die Zentralkommission für die Rheinschifffahrt in Ausführung des sehr allgemein gehaltenen Art. 22 der Mannheimer Akte¹³⁵, der ein Schiffs-Attest vorschreibt, erlassen wurde. Die Diskrepanz hinsichtlich normativer Dichte der Vertragsbestimmung und der per Beschluss verabschiedeten Ausführungsordnung dazu könnte kaum grösser sein und belegt eindrücklich, dass das internationale Organ die inhaltlich-präzisierende Umsetzung einer allgemeinen Vertragsbestimmung an Stelle des innerstaatlichen Gesetzgebers vornimmt. Das Seearbeitsübereinkommen, das in der Systematischen Sammlung 124 Seiten stark ist und die Arbeitsbedingungen auf Schiffen regelt, steht punkto Regelungsdichte und -bestimmtheit innerstaatlichen Spezialerlassen auf Gesetzes- und Verordnungsstufe in nichts nach. Der innerstaatliche Gesetzgeber kann sich bloss innerhalb einer minimalen inhaltlichen *marge de manœuvre* bewegen. Um es anekdotisch zu halten, sei auf die Pflicht des Gesetzgebers, den Begriff «Nacht» im Kontext des Verbots der Nacharbeit von minderjährigen Seeleuten zu definieren, verwiesen. Das Übereinkommen schränkt das an sich schon wenig kreative Unterfangen des innerstaatlichen Gesetzgebers noch zusätzlich ein, wenn es stipuliert, dass als Nacht «ein Zeitraum von mindestens neun aufeinanderfolgenden Stunden, der die Zeit zwischen Mitternacht und fünf Uhr morgens einschliesst» gilt.¹³⁶ Zuletzt sei noch auf jene Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse verwiesen, welche die im Anhang des jeweiligen sektoriellen Abkommens aufgeführte Liste von zu übernehmenden EU-Erlassen an die neue Rechtslage der EU anpassen. Diese Beschlüsse stossen EU-Erlassen, welche die durch sie normierten Gegenstände regelmässig umfassend regeln, das Tor zum Schweizer Recht auf. Darunter sind zahlreiche Verordnungen, die in EU-Mitgliedstaaten unmittelbare Geltung beanspruchen und so bereits anwendungsreif sind. Aber selbst bei Richtlinien sind der inhaltlich-präzisierenden Umsetzung oft enge Grenzen gesteckt. So schreibt die Bundeskanzlei im Zusammenhang mit der Abwägung verschiedener (in erster Linie) formaler Übernahmetechniken und dem Entscheid für die

¹³⁴ HUBER, *supra* Fn. 130, S. 9.

¹³⁵ Revidierte Rheinschiffahrts-Akte vom 17. Oktober 1868 zwischen Baden, Bayern, Frankreich, Hessen, den Niederlanden und Preussen, SR 0.747.224.101.

¹³⁶ Norm A1.1, Abs. 2 Seearbeitsübereinkommen.

Verweismethode zur Übernahme der Maschinenrichtlinie 2006/42/EG¹³⁷ Folgendes:

«Die gewählte Lösung [Verweistechnik] macht das Verhältnis der Schweiz zur EU gewissermassen augenfällig und kann damit als ‹ehrliche› Lösung bezeichnet werden: Der schweizerische Erlass tut schon gar nicht mehr so, als wäre er eigenständige Rechtsetzung. Durch die absolut dominanten Verweise wird völlig klar, wer hier für die Schweiz gültiges Recht faktisch setzt und wer es lediglich nachvollzieht.»¹³⁸

Dies führt uns zum verbleibenden Umsetzungsspielraum für den innerstaatlichen Gesetzgeber, welcher oft bloss ein formaler ist.

B. Formale Umsetzung: keine völlige Wahlfreiheit

Als formale Umsetzung werden innerstaatliche gesetzgeberische Massnahmen bezeichnet, welche die Beachtung und Durchsetzung eines Beschlusses – und somit dessen Effektivität – steigern, ohne jedoch dessen Inhalt wesentlich weiter auszuführen und zu präzisieren. Es geht darum, die Zugänglichkeit und Anwenderfreundlichkeit eines Beschlusses internationalen Rechts zu steigern, indem dessen Inhalt mittels verschiedener Techniken – die im Folgenden exemplarisch und cursorisch dargestellt werden – als innerstaatliches Recht erlassen wird. Formale Umsetzung ist deshalb u.U. auch bei unmittelbar anwendbaren Beschlussbestimmungen¹³⁹ notwendig.¹⁴⁰

Zum einen wird die Technik der Inkorporation bzw. Rezeption angewandt; dabei wird der Inhalt gewisser Beschlüsse wörtlich in einen innerstaatlichen Erlass übernommen.¹⁴¹ Teils wird der Beschluss in seiner Gesamtheit als eigenständiger landesrechtlicher Erlass in Kraft gesetzt¹⁴²; teils ohne inhaltliche Änderung in einen bestehenden innerstaatlichen Erlass eingebettet, wobei der

¹³⁷ Innerstaatlich umgesetzt durch die Verordnung über die Sicherheit von Maschinen vom 2. April 2008, SR 819.14.

¹³⁸ Bundeskanzlei, Verweisungsmethode Beispiel 1: Maschinenverordnung vom 2. April 2008, 21. Juni 2010 <www.bk.admin.ch/themen/lang/05225/05229/index.html?lang=de>, Stand 12. September 2015, S. 22.

¹³⁹ Sofern unmittelbare Anwendbarkeit überhaupt als Normeigenschaft aufgefasst wird; überzeugend dagegen argumentierend DANIEL WÜGER, Anwendbarkeit, Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern 2005, S. 228 ff.

¹⁴⁰ Siehe MATTHIAS OESCH, UNO-Sanktionen und ihre Umsetzung im schweizerischen Recht, 19 SZIER (2009), S. 341–342, zur Frage, welche Ziele bei der Umsetzung von an sich unmittelbar anwendbaren Sanktionsresolutionen des UN-Sicherheitsrates verfolgt werden.

¹⁴¹ Gesetzgebungsleitfaden BJ, *supra* Fn. 27, RZ 893.

¹⁴² Z.B. die von der Zentralkommission für die Rheinschiffahrt erlassene Rheinschiffsuntersuchungsordnung, welche 1:1 übernommen wurde; siehe Art. 1 Verordnung über die Inkraftsetzung der Rheinschiffsuntersuchungsordnung vom 10. Juni 1994, SR 747.224.131.1.

Bezug zum Völkerrecht mehr¹⁴³ oder weniger augenscheinlich sein kann. Eine abgeschwächte Form einer 1:1-Übernahme besteht darin, den Inhalt eines Beschlusses unter Anpassung gewisser formaler Elemente an die Schweizer Gesetzgebungsgewohnheiten zu übernehmen; so wird teils die Nummerierung der Artikel angepasst oder eine umfangreiche, sich zu Motiven und Zielsetzungen des Beschlusses äussernde Präambel durch den in der eidgenössischen Gesetzgebung üblichen nüchternen Ingress ersetzt.¹⁴⁴ Eine Alternative zur wörtlichen Übernahme ins innerstaatliche Recht liegt in der Methode der Verweisung, worunter die Bezugnahme auf eine bereits bestehende Norm unter Verzicht auf eine eigene Regelung verstanden wird¹⁴⁵. Während sie im Bereich der formalen Umsetzung von per Beschluss übernommenem EU-Recht besonders häufig vorkommt, ist sie auch in anderen Bereichen anzutreffen¹⁴⁶. Weiter kann der Inhalt eines Beschlusses dadurch übernommen werden, dass er – ohne den Inhalt wesentlich zu verändern oder zu präzisieren – durch den innerstaatlichen Gesetzgeber neu verfasst und in Einklang mit der in der Schweiz vorherrschenden «Tradition einer einfachen, verständlichen, volkstümlichen Rechtsetzung»¹⁴⁷ gebracht wird, sei dies hinsichtlich der Systematik, der Rechtsinstitute

¹⁴³ *Siehe* z.B. Anlage III des Rotterdamer Übereinkommens, die ohne Änderung, jedoch in übersetzter Form in Anhang 2 der PIC-Verordnung vom 10. November 2004, SR 814.82, aufgenommen wurde; es wird sogar stipuliert: «Dieser Anhang ist identisch mit Anlage III der PIC-Konvention». Gemäss UVEK, Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung zur Reduktion von Risiken beim Umgang mit bestimmten besonders gefährlichen Stoffen, Zubereitungen und Gegenständen, 22. September 2014, <www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2565/ChemRRV_Erl.-Bericht_de.pdf>, Stand 12. September 2015, S. 6 und 8, wurde auch bei der Revision der Chemikalien-Risikoreduktions-Verordnung vom 18. Mai 2005, SR 814.81, der Bezug zum Völkerrecht offenkundig gemacht, indem die in den Anhängen der zwei einschlägigen, per Beschluss abänderbaren völkerrechtlichen Verträgen enthaltenen Schadstoffe in einen eigenen Anhang der Verordnung überführt wurden.

¹⁴⁴ Zum Unterschied zwischen Präambeln des internationalen bzw. europäischen Rechts und Ingressen schweizerischen Stils: Gesetzgebungslaufplan BJ, *supra* Fn. 27, RZ 891.

¹⁴⁵ *Ibid.*, RZ 892; zu den verschiedenen Verweisarten: RZ 895; ob es sich um einen Binnen- oder Aussenverweis handelt, hängt von der Definition dieses Begriffes ab: RZ 895–896, sowie CLEMENS LOCHER, Redaktionelle und gesetzestechnische Probleme der Verweisung auf EU-Recht im Landesrecht, 21 LeGes (2010), S. 88.

¹⁴⁶ Der Gesetzgebungslaufplan BJ, *supra* Fn. 27, RZ 903, nennt das Beispiel der Verordnung über technische Anforderungen an Transportmotorwagen und deren Anhänger vom 19. Juni 1995 (SR 741.412), die im Anhang auf Dutzende von Reglementen der UNO-Wirtschaftskommission für Europa (ECE) verweist.

¹⁴⁷ MARKUS NUSSBAUMER, Von Aufzügen, Schmalspurzugmaschinen mit Luftbereifung, Feuerzeugen und Präservativen für Männer: Was einem Gesetzesredaktor bei der Umsetzung von EU-Recht so alles begegnet, 24/3 Sprachreport (2008), S. 19–20.

und Terminologie sowie der Formulierungen¹⁴⁸ oder des Gesetzgebungsstils¹⁴⁹. Jede Methode birgt Vor- und Nachteile in sich und dient der Verwirklichung unterschiedlicher Ziele. So ist für den Schweizer Rechtsanwender ein Erlass, welcher den Inhalt eines Beschlusses in Anwendung der Schweizer Gesetzgebungstradition neu verfasst, weit zugänglicher als die Verweisungstechnik¹⁵⁰; sie setzt aber die Schweiz eher dem Vorwurf aus, den Beschlussinhalt nicht getreu umgesetzt zu haben, und die Gleichwertigkeit kann versagt bleiben.¹⁵¹ Wird wörtlich oder per Verweis umgesetzt, werden nicht nur die materiellen Bestimmungen der völkerrechtlichen Norm, sondern auch allfällige redaktionelle Schwierigkeiten und Unzulänglichkeiten in den Erlass hereingeholt¹⁵², was dazu führt, dass eigene Gesetzgebungsgrundsätze über Bord geworfen werden müssen.

Insgesamt scheint, dass der innerstaatliche Gesetzgeber oft nicht einmal bei der Wahl der formalen Umsetzungstechnik über einen wirklichen Spielraum verfügt. So schreibt die Bundeskanzlei, dass bei jenen per Beschluss übernommenen EU-Rechtsakten, zu denen Kommentare, anderweitige Doktrin oder gar Gerichtsurteile vorliegen, «das Bedürfnis, davon textlich *nicht* abzuweichen, erdrückend» sei; dem innerstaatlichen Gesetzgeber verbleibe nur die Wahl zwischen kopieren oder verweisen.¹⁵³

C. Fazit

Es lässt sich also beobachten, dass bei zahlreichen rechtsetzenden Beschlüssen das internationale Organ nicht nur die groben Linien einer Materie regelt, sondern Bestimmungen erlässt, die innerstaatlichen Spezialerlassen auf Gesetzes- und Verordnungsstufe sehr nahe kommen. In diesen Fällen verbleibt dem innerstaatlichen Gesetzgeber bloss ein inhaltlicher Restspielraum, den er

¹⁴⁸ Bundeskanzlei, Thesen zur Übernahme von EU-Recht in schweizerisches Recht, 31. Oktober 2005, <www.bk.admin.ch/themen/lang/05225/05227/index.html?lang=de>, Stand 12. September 2015 (folgend: Thesen zur Übernahme), Ziff. 5–7.

¹⁴⁹ NUSSBAUMER, *supra* Fn. 147, S. 17–19; im EU-Recht wird z.B. extensiver von Legaldefinitionen und erlassinternen Verweisen bzw. Verweiskaskaden Gebrauch gemacht.

¹⁵⁰ Gemäss Thesen zur Übernahme, *supra* Fn. 148, Ziff. 7, müsse Schweizerisches Recht i.e.L. von Schweizern verstanden werden.

¹⁵¹ Thesen zur Übernahme, *supra* Fn. 148, Ziff. 4: «Eine Umformulierung technischen EU-Rechts ist u.U. äusserst aufwendig und führt zur Situation, dass die Rechtsanwender (und die Brüsseler Behörden, vor allem im Fall gegenseitiger Anerkennung!) nicht sicher sind, ob das helvetisch perfektionierte Produkt nun tatsächlich dasselbe sagen will wie das komplizierter aufgebaute und schlechter formulierte EU-Original.» Etwas weniger drastisch formuliert in Bundeskanzlei, *supra* Fn. 138, S. 21.

¹⁵² Bundeskanzlei, *supra* Fn. 138, S. 22.

¹⁵³ Thesen zur Übernahme, *supra* Fn. 148, Ziff. 4 (Hervorhebung durch Verfasserin).

ausführend ausfüllen kann; im Übrigen wird er auf eine formale Umsetzung zurückgedrängt – wobei selbst da die Wahl der Umsetzungsmethode durch Völkerrecht oder völkerrechtliche Akteure faktisch eingeschränkt sein kann. Insgesamt verändert die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an internationale Organe durch völkerrechtlichen Vertrag somit nachhaltig die Rolle des innerstaatlichen Gesetzgebers bei der Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen. Dass Beschlüsse des internationalen Rechts oft Gesetzes- oder Verordnungsscharakter haben, führt ausserdem zu Verschiebungen im Gefüge der innerstaatlichen Organkompetenzverteilung in Sachen Umsetzung. Innerstaatliche Umsetzungsarbeit erfolgt angesichts des Detaillierungsgrades der völkerrechtlichen Norm nicht mehr durch das Parlament (und allenfalls Stimmvolk), sondern regelmässig durch die Exekutive. Innerstaatliche Erlasse, welche Beschlüsse umsetzen, sind somit in vielen Fällen der demokratischen Mitwirkung entzogen.¹⁵⁴

Insgesamt nimmt das Parlament und Volk bei der Umsetzung von Beschlüssen regelmässig eine marginalere Rolle als bei klassischen, offen und zielartig bestimmten völkerrechtlichen Verträgen ein. Eine Kompensation dieses Steuerungsverlustes kann (jedenfalls teilweise) dadurch stattfinden, dass Parlament und Volk in einem frühen Stadium einbezogen werden – bestenfalls bereits anlässlich der Aushandlung eines Beschlusses. Dies bedingt, dass die Genese und Umsetzung von Beschlüssen – wenn aus der Perspektive der demokratischen Mitwirkung betrachtet – nicht chronologisch, d.h. als zwei separate Phasen gedacht werden. Vielmehr bedarf es einer Gesamtschau, welche (den Spezifika des jeweils massgeblichen Beschlussverfahrens Rechnung tragend) evaluiert, wann und wie das Parlament und Volk in diese dynamische, kooperative Form internationaler Rechtssetzungstätigkeit einbezogen werden kann.

V. Schlusswort

Ziel des vorliegenden Artikels war es, die Grenzen und Möglichkeiten der innerstaatlichen Mitwirkung an der Entstehung und Umsetzung rechtsetzender Beschlüsse überblicksartig aufzuzeigen. Er soll dazu beitragen, Beschlüsse als Ausdruck der sich zunehmend ausdifferenzierenden Methoden internationaler Rechtssetzung bewusster wahrzunehmen und darüber nachzudenken, inwiefern sie schon Anschluss an die Tendenz, die demokratische Mitwirkung beim völkerrechtlichen Vertrag umfassend zu sichern, gefunden haben.

Die volle Ausschöpfung des Spielraums, den das Völkerrecht für eine innerstaatliche Beteiligung an der Entstehung von Beschlüssen belässt, und die Ver-

¹⁵⁴ Z.T. findet immerhin eine Vernehmlassung statt, *siehe* Text zu Fn. 82.

teilung der innerstaatlichen Organkompetenz entlang der Idee des Parallelismus ist zentral, um die Einflussmöglichkeiten von Parlament und Volk auf den Inhalt des Rechts auch in einem internationalisierten Rechtsetzungskontext so weit wie möglich aufrecht zu erhalten. Mitwirkung bedeutet Teilhabe – demokratische Partizipation an der Entstehung von Völkerrecht aller Art verleiht einen *sense of ownership*. Dies ist wichtig in einer Zeit, in der Schlagworte wie «fremde Richter» und «Selbstbestimmung» in der öffentlichen Debatte zur Interaktion zwischen der völkerrechtlichen und innerstaatlichen Rechtsebene kursieren.¹⁵⁵ Mitwirkung bei der Entstehung und Umsetzung von Beschlüssen stellt somit eine vermittelnde Handlungsoption dar, die zwischen den Weckrufen zum Stoppen der Internationalisierung und der resignierenden Sichtweise, dass sich (so Tomuschat) vom Boden des Verfassungsrechts aus die Dynamik der völkerrechtlichen Entwicklung nicht korrigieren lasse,¹⁵⁶ liegt. Oder, wie Ehrenzeller vor 20 Jahren auf Tomuschats Aussage replizierte, kann die Dynamik nicht aufgehalten werden, aber die nationalen Legislativen lassen sich in diese einbinden.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Z.B. Eidgenössische Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)», Vorprüfung, BBl 2015 1965.

¹⁵⁶ TOMUSCHAT, *supra* Fn. 57, S. 34.

¹⁵⁷ EHRENZELLER, *supra* Fn. 18, S. 530.

