

# Ist die Standardabkommen-Praxis Geschichte?

Nach Inkrafttreten der Neuregelung des fakultativen Staatsvertragsreferendums im Jahr 2003 haben Bundesrat und Bundesversammlung begonnen, nach der sogenannten «Standardabkommen-Praxis» vorzugehen. Dies hatte zur Konsequenz, dass standardisierte völkerrechtliche Verträge grundsätzlich nicht dem fakultativen Referendum unterstellt wurden. Trotz teils deutlicher Kritik aus der Rechtswissenschaft an der Verfassungsmässigkeit dieser Praxis wurde über Jahre an der Praxis festgehalten und zudem mehrfach versucht, diese zu kodifizieren. Dieser Beitrag untersucht die Entwicklung der Referendumsunterstellung von standardisierten völkerrechtlichen Verträgen von 2003 bis heute. Dabei werden Inkonsistenzen im Handeln der Behörden dargelegt. Die Zulässigkeit einer Kodifizierung der Standardabkommen-Praxis wird geprüft und verneint. Die Untersuchung ergibt, dass vieles darauf hindeutet, dass die Standardabkommen-Praxis ein definitives Ende gefunden hat.

<b>I. Begründung der Standardabkommen-Praxis und verfassungsmässiger Rahmen</b>	464
<b>II. Entwicklung der Standardabkommen-Praxis</b>	465
1. Doppelbesteuerungsabkommen	465
2. Freihandelsabkommen	468
3. Abkommen über soziale Sicherheit	470
4. Investitionsschutzabkommen	472
<b>III. Fazit und abschliessende Bemerkungen</b>	472

## Zitiervorschlag:

LOUIS GEBISTORF, Ist die Standardabkommen-Praxis Geschichte?, sui generis 2020, S. 463

Louis Gebistorf, MLaw, Hilfsassistent am Zentrum für Demokratie Aarau (louisgebistorf@gmail.com). Der Autor dankt Herrn Prof. Dr. Andreas Glaser für die Durchsicht des Beitrags und die hilfreichen Hinweise.

URL: [sui-generis.ch/157](https://sui-generis.ch/157)

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.157>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

# I. Begründung der Standardabkommen-Praxis und verfassungsmässiger Rahmen

- 1 Gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV<sup>1</sup> unterliegen völkerrechtliche Verträge, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert, dem fakultativen Referendum. Diese Regelung wurde mit der Volksrechtsreform von 2003 eingeführt und bedeutete eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des fakultativen Staatsvertragsreferendums.<sup>2</sup> Grundidee der Bestimmung ist die Herstellung eines Parallelismus zwischen staatsvertraglicher und innerstaatlicher Rechtsetzung – in beiden Bereichen sollen die Volksrechte möglichst in gleichem Ausmass zum Tragen kommen.<sup>3</sup>
- 2 Die Standardabkommen-Praxis wurde kurz nach Inkrafttreten der neuen Verfassungsbestimmung in Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV begründet. Der Bundesrat beantragte in den Botschaften vom 19. September 2003 zum Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) mit Israel und zum Freihandelsabkommen (FHA) mit Chile von der Unterstellung unter das fakultative Referendum abzusehen und kündigte an, bei sämtlichen künftigen völkerrechtlichen Verträgen, «die im Vergleich zu früher abgeschlossenen Abkommen keine wichtigen zusätzlichen Verpflichtungen beinhalten», in derselben Weise zu verfahren.<sup>4</sup> Nationalrat und Ständerat folgten der Ansicht des Bundesrates.<sup>5</sup>
- 3 Eine entsprechende Praxis etablierte sich im Umgang mit FHA und DBA und wurde auch für Abkommen über so-

ziale Sicherheit (ASS) und Investitionsschutzabkommen (ISA) übernommen.<sup>6</sup> Grundgedanke der Standardabkommen-Praxis ist die Verwendung eines relativen Wichtigkeitsbegriffs. Für diesen relevant ist nur das Vorliegen «neuer» wichtiger Verpflichtungen im Vergleich zu bereits abgeschlossenen Abkommen – die Wichtigkeit der Verpflichtungen des jeweiligen Abkommens für sich gesehen wird regelmässig nicht berücksichtigt.<sup>7</sup> Dies hat zur Konsequenz, dass jeweils nur das zeitlich erste Abkommen eines bestimmten Typs dem fakultativen Referendum unterstellt wird. Die Wichtigkeit der Bestimmungen i.S.v. Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV wird bei sämtlichen nachfolgenden Abkommen verneint mit Hinweis auf den gleichartigen Inhalt unabhängig vom jeweiligen Vertragspartner, von der seither vergangenen Zeit und von den konkreten Hintergründen des Entscheids, ein inhaltlich gleichartiges Abkommen abzuschliessen.<sup>8</sup>

Während bloss vereinzelte Lehrmeinungen die Verfassungsmässigkeit der Standardabkommen-Praxis bejahen<sup>9</sup>, steht die Mehrheit der Stimmen in der Lehre der Praxis äusserst kritisch gegenüber<sup>10</sup> bzw. verneint die Vereinbarkeit der Praxis mit der Verfassung.<sup>11</sup> Auch in der Bundesversammlung wurde immer wieder auf die Verfassungswidrigkeit der Praxis hingewiesen.<sup>12</sup>

1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR101).

2 ANDREAS AUER / MICHEL HOTTELIER / GIORGIO MALINVERNI, *Droit constitutionnel suisse*, Bd. 1, 3. Aufl., Bern 2013, N1334; BABETTE BRUNNER, *Das Staatsvertragsreferendum: Ein Volksrecht im Wandel*, Diss. Zürich 2014, S. 53 ff.

3 AUER/HOTTELIER/MALINVERNI (Fn. 2), N1334; GIOVANNI BIAGGINI, *Bundesverfassung, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 141 BV N18; BRUNNER (Fn. 2), S. 70 und 105; OLIVER DIGGELMANN, *Verletzt die «Standardabkommen-Praxis» der Bundesversammlung die Bundesverfassung?*, ZBl 2014, S. 293 ff.; STÉPHAN GRODECKI, *La démocratie directe en Suisse au XXIe siècle – une évolution nécessaire?*, ZSR 2013, S. 153.

4 Botschaft vom 19. September 2003 über ein Doppelbesteuerungsabkommen mit Israel (BBl20036467), S. 6474 f.; Botschaft vom 19. September 2003 zum Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und Chile sowie zum Landwirtschaftsabkommen zwischen der Schweiz und Chile (BBl20037113), S. 7135 f.

5 Bundesbeschluss vom 17. Dezember 2003 über ein Doppelbesteuerungsabkommen mit dem Staat Israel (AS20041041); Bundesbeschluss vom 11. Dezember 2003 zum Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und der Republik Chile sowie zum Landwirtschaftsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Chile (AS2005787); Es gab auch Stimmen, die sich gegen die vorgeschlagene Anwendung von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV aussprachen: Votum Schmid-Sutter, AB2003S1045f.

6 Unten II.; DIGGELMANN (Fn. 3), S. 303f.

7 DIGGELMANN (Fn. 3), S. 305; Voten Bundesrat Villiger, AB2003S1046f., AB2003N2044f.

8 BRUNNER (Fn. 2), S. 123 ff.; DIGGELMANN (Fn. 3), S. 299 ff.; DIGGELMANN (Fn. 3), S. 305 ff. zeigt eine zweite Argumentationsvariante des Bundesrates auf, die alternativ auf ein besonderes rechtliches, wirtschaftliches oder politisches Gewicht eines Abkommens abstellt. Die Untersuchung der Praxis zeigt jedoch, dass die zweite Argumentationsvariante faktisch keinen Einfluss auf die Referendumsunterstellung hat. Nie wurde ein Abkommen dem Referendum unterstellt mit Hinweis auf ein besonderes Gewicht und es kam zu Inkonsistenzen in der Handhabung dieser Argumentation. Tatsächlich angewandter Kern der Standardabkommen-Praxis ist der inhaltliche Vergleich der Abkommen.

9 GEORG MÜLLER, *Wann sind Regeln in internationalen Verträgen wichtig?*, NZZ vom 12. September 2009, S. 15; THOMAS SÄGESSER, *Das fakultative Referendum bei völkerrechtlichen Verträgen, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten*, Jusletter vom 7. September 2009, N 37 ff.; ROBERT WALDBURGER, *Unterstehen Doppelbesteuerungsabkommen künftig dem fakultativen Referendum?*, IFF Forum für Steuerrecht 2013, S. 297.

10 BIAGGINI (Fn. 3), Art. 141 BV N18a; BRUNNER (Fn. 2), S. 219; OLIVER DIGGELMANN / DANIEL THÜRER, Art. 141 BV N 33, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SGK BV-BEARBEITERIN); ASTRID EPINEY / STEFAN DIEZIG, Art. 141 BV N 34, in: Belser/Epiney/Waldmann (Hrsg.), *Bundesverfassung*, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITERIN); ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER / HELEN KELLER / DANIELA THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., Zürich 2016, N1906; PETER KUNZ, *Mitbestimmung des Volkes bei künftigen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)?*, Jusletter vom 10. August 2009, N 61 ff.

11 MARTINA CARONI / ASTRID EPINEY / WALTER KÄLIN / JÖRG KÜNZLI, *Völkerrecht, Eine Einführung*, 4. Aufl., Bern 2016, S. 102; DIGGELMANN (Fn. 3), S. 312 ff.; ANDREAS GLASER, *Wandel der Volksrechte*, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Bd. 1, Zürich 2020, S. 461 ff., N 11; GRODECKI (Fn. 3), S. 155 ff.; MATTHIAS OESCH, *Gegen Willkür bei den Referenden zu Staatsverträgen*, NZZ vom 12. September 2009, S. 15.

12 Beispiele: Votum Schmid-Sutter, AB2003S1045f. oder Votum Joder, AB2005N1462.

- 5 Im Bereich der DBA wird von einer Aufgabe der Standardabkommen-Praxis im Jahr 2009 gesprochen.<sup>13</sup> Ausserdem erklärte der Bundesrat in seiner Medienmitteilung vom 22. Juni 2016, nachdem das Bundesamt für Justiz (BJ) zum Schluss gekommen war, dass die Standardabkommen-Praxis aufgegeben werden solle, zumindest in jenen Sachgebieten von der Praxis Abstand zu nehmen, in denen keine Delegationsnorm geschaffen werde, die ihm oder der Bundesversammlung die Befugnis zum selbstständigen Abschluss internationaler Standardabkommen einräume.<sup>14</sup>
- 6 Es stellt sich die Frage, wie sich die Praxis hinsichtlich der Referendumsunterstellung von standardisierten völkerrechtlichen Verträgen entwickelt hat und wie sich die aktuelle Praxis darstellt. Bewahrheitet sich die Redewendung «Totgesagte leben länger» oder ist die Standardabkommen-Praxis mittlerweile Geschichte?

## II. Entwicklung der Standardabkommen-Praxis

### 1. Doppelbesteuerungsabkommen

#### a) Konsequentes Vorgehen im Sinne der Standardabkommen-Praxis

- 7 Seit dem Abkommen mit Israel sind bis heute gegen Hundert neue DBA bzw. Änderungsprotokolle zu bereits bestehenden DBA abgeschlossen worden.<sup>15</sup> Bis 2009 wurde fast immer auf eine Unterstellung unter das fakultative Referendum verzichtet. In den Botschaften argumentierte der Bundesrat stets konsequent im Sinne der Standardabkommen-Praxis. Die einzigen Ausnahmen hinsichtlich der Referendumsunterstellung in dieser ersten Phase stellten die DBA mit Österreich und Südafrika dar, die beide gemäss Botschaft neue wichtige Verpflichtungen enthalten würden. Beide Abkommen wurden deshalb, konsequent der Standardabkommen-Praxis folgend, dem fakultativen Referendum unterstellt.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> DIGGELMANN (Fn. 3), S. 308.

<sup>14</sup> Medienmitteilung des Bundesrats vom 22. Juni 2016 (Fakultatives Referendum bei internationalen Standardabkommen); unten II.1.c.

<sup>15</sup> Staatssekretariat für internationale Finanzfragen, Schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen, Stand vom 1. Januar 2020, 10. September 2020.

<sup>16</sup> Botschaft vom 24. Mai 2006 über ein Protokoll zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens mit der Republik Österreich (BBl20065155), S. 5162f.; Bundesbeschluss vom 6. Oktober 2006 über die Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens mit der Republik Österreich, AS20071251; Botschaft vom 5. September 2007 über ein neues Doppelbesteuerungsabkommen mit Südafrika (BBl20076589), S. 6601f.; Bundesbeschluss vom 3. Oktober 2008 über die Genehmigung eines Doppelbesteuerungsabkommens mit Südafrika, AS2009991.

#### b) Partielle Aufgabe der Standardabkommen-Praxis im Jahr 2009

Bemerkenswert ist die sogenannte Aufgabe der Standardabkommen-Praxis im Bereich der DBA im Jahr 2009. Die Schweiz stand damals unter internationalem Druck, den von der OECD empfohlenen Standard für Amtshilfe in Steuersachen zu übernehmen, und erklärte am 13. März 2009, dies zu tun.<sup>17</sup>

Bezüglich der Frage der Referendumsunterstellung der Abkommen mit dem neuen Standard bestätigte der Bundesrat zunächst die Standardabkommen-Praxis: Er schlug vor, nur das zeitlich erste DBA mit dem neuen Standard dem fakultativen Referendum zu unterstellen und die darauffolgenden DBA, die im Vergleich zum ersten DBA keine wichtigen neuen Verpflichtungen enthalten, mit einfachem Bundesbeschluss zu genehmigen.<sup>18</sup> Dies wäre ein konsequentes Vorgehen im Sinne der Standardabkommen-Praxis gewesen. Sowohl in der Lehre als auch im Parlament stiess dieses Vorhaben auf Kritik.<sup>19</sup> Hauptkritikpunkt dieses Vorgehens war, dass der Bundesrat die Wahl gehabt hätte, welches DBA als erstes Abkommen der neuen Generation dem fakultativen Referendum zu unterstellen gewesen wäre. Als referendumspflichtiges Abkommen hätte ein unumstrittenes Abkommen gewählt werden können und in der Folge wären umstrittene Abkommen, wie beispielsweise jenes mit Deutschland, von einer Referendumsmöglichkeit ausgeschlossen gewesen.<sup>20</sup>

Am 27. November 2009 änderte der Bundesrat seine Meinung und gab bekannt, er werde, um staatspolitischen Bedenken Rechnung zu tragen, alle neuen DBA dem fakultativen Referendum unterstellen.<sup>21</sup> Seit dieser Praxisänderung des Bundesrates sind sämtliche DBA dem fakultativen Referendum unterstellt worden, ausser die Abkommen mit Georgien, Tadschikistan, Taiwan und das UBS-Abkommen mit den USA.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> DIGGELMANN (Fn. 3), S. 308.

<sup>18</sup> Medienmitteilung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) vom 8. April 2009 (Bundesrat will erstes neu verhandeltes DBA dem fakultativen Referendum unterstellen).

<sup>19</sup> BIAGGINI (Fn. 3), Art. 141 BV N18a; DIGGELMANN (Fn. 3), S. 308; KUNZ (Fn. 10), N 61ff.; OESCH (Fn. 11), S. 15; Votum Müller, AB2009 N 1709.

<sup>20</sup> KUNZ (Fn. 10), N 61ff.

<sup>21</sup> Medienmitteilung des EFD vom 27. November 2009 (Revidierte Doppelbesteuerungsabkommen – Bundesrat verabschiedet erste Botschaften).

<sup>22</sup> Bundesbeschluss vom 17. Juni 2011 über die Genehmigung eines Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Georgien, AS20113591; Bundesbeschluss vom 17. Juni 2011 über die Genehmigung eines Abkommens zwischen der Schweiz und Tadschikistan zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen, AS20115053. Die Abkommen mit den USA und mit Taiwan sind Spezialfälle, auf die nicht näher eingegangen wird.

11 In den Botschaften zu den DBA mit Georgien und Tadschikistan schlug der Bundesrat vor, auf eine Referendumsunterstellung zu verzichten mit der klassischen Begründung, dass keine neuen wichtigen Verpflichtungen enthalten seien.<sup>23</sup> Der neue OECD-Standard war nicht Teil der Abkommen.<sup>24</sup> Bei DBA der alten Generation wurde die Standardabkommen-Praxis also sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis beibehalten.

12 Bei sämtlichen Abkommen, die den neuen OECD-Standard enthalten, nicht bloss beim zeitlich ersten, wurde jeweils eine Referendumsunterstellung vorgeschlagen und beschlossen. Trotzdem wurde die Argumentation der Standardabkommen-Praxis beibehalten, und die Referendumsunterstellung jeweils damit begründet, dass die Abkommen neue wichtige Bestimmungen i.S.v. Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV enthalten würden.<sup>25</sup>

13 Das geänderte Vorgehen weiterhin mit der Argumentation der Standardabkommen-Praxis zu begründen, die zuvor zur regelmässigen Genehmigung von DBA mittels einfachen Bundesbeschlusses führte und zudem bei gewissen DBA weiterhin an der Standardabkommen-Praxis festzuhalten, irritiert, führt zu Inkonsistenzen und deutet auf eine gewisse Willkür hin. Von einer Aufgabe der Standardabkommen-Praxis kann jedenfalls nicht gesprochen werden.

### c) Versuch der Kodifizierung der Standardabkommen-Praxis

14 Das BJ wurde vom Bundesrat beauftragt, die geltende Praxis bei Standardabkommen in sämtlichen Sachbereichen (DBA, FHA, ASS, ISA) zu analysieren. Dieses erklärte das bisher verwendete Kriterium der «Neuheit» einer Verpflichtung für die Beurteilung der Wichtigkeit i.S.v. Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV für irrelevant und kam zum Schluss, dass die Praxis aufgegeben werden solle.<sup>26</sup> Als Reaktion schlug der Bundesrat in seiner Medienmitteilung vom 22. Juni 2016 vor, ihm oder der Bundesversammlung für die Sachgebiete, in denen viele inhaltlich ähnliche Abkommen abgeschlossen werden, die Befugnis zum selbstständigen Abschluss internationaler Standardabkommen einzuräumen. Die Standardabkommen-Praxis

23 Botschaft vom 25. August 2010 zur Genehmigung eines Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Georgien (BB12010 5873), S. 5881; Botschaft vom 25. August 2010 zur Genehmigung eines Abkommens zwischen der Schweiz und Tadschikistan zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (BB12010 5839), S. 5849.

24 DIGGELMANN (Fn. 3), S. 308.

25 Beispiele: Botschaft vom 27. November 2009 zur Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Dänemark (BB12010 89), S. 100; Botschaft vom 25. August 2010 zur Genehmigung eines Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und den Niederlanden (BB12010 5787), S. 5804 f.

26 Medienmitteilung des Bundesrats vom 22. Juni 2016 (Fn. 14).

sollte in kodifizierter Form, mit gesetzlicher Grundlage, weitergeführt werden. Konsequenzen wären laut Bundesrat mehr Rechtssicherheit und eine Verwesentlichung der politischen Auseinandersetzung gewesen. Die Praxis sollte hingegen in den Sachgebieten aufgegeben werden, in denen keine Delegationsnorm geschaffen wird.<sup>27</sup>

Der Bundesrat versuchte in der Folge, sein Vorhaben in die Tat umzusetzen und fügte den Entwürfen der Genehmigungsbeschlüsse für die DBA mit Lettland, dem Kosovo und Pakistan folgenden Artikel bei, der als Delegationsnorm dienen sollte: «Die Bundesversammlung genehmigt Abkommen, die dieselben Bereiche wie das Abkommen zwischen der Schweiz und Lettland [bzw. Pakistan, bzw. Kosovo] auf vergleichbare Weise regeln, mit einfachem Bundesbeschluss.» Statt eines Gesetzes schlug der Bundesrat also einen Artikel in einem referendumspflichtigen Bundesbeschluss als Grundlage für den zukünftigen Ausschluss vergleichbarer DBA vom fakultativen Referendum vor.<sup>28</sup> Damit versuchte der Bundesrat, im Ergebnis zur Standardabkommen-Praxis in der Form vor 2009 zurückzukehren. Das DBA mit Lettland (bzw. Kosovo, bzw. Pakistan) sollte als Referenzabkommen dienen und dem Referendum unterstehen, während in der Folge bei sämtlichen DBA mit vergleichbarem Inhalt keine Referendumsmöglichkeit gewährt würde. Dieses Vorgehen entsprach einer konsequenten Befolgung der Argumentation der Standardabkommen-Praxis.

2009 noch hatte der Bundesrat nach Kritik von einem solchen Vorgehen – damals ohne Delegationsnorm als Grundlage – abgesehen und war dazu übergegangen, sämtliche DBA der neuen Generation dem fakultativen Referendum zu unterstellen.<sup>29</sup> Auch hier sprach sich das Parlament gegen die Pläne des Bundesrates aus. Mehrere Parlamentarier äusserten sich irritiert und ablehnend. Hauptgrund dafür war die konkrete Umsetzung des Vorhabens, die bereits zuvor im Bereich der FHA beim FHA mit Georgien vom Bundesrat vorgeschlagen und von der Bundesversammlung verworfen worden war.<sup>30</sup> Die Genehmigungsbeschlüsse wurden folglich in geänderter Form angenommen – ohne den Delegationsartikel, aber weiterhin mit der Möglichkeit, ein Referendum

27 Ibid.

28 Entwurf zum Bundesbeschluss über die Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Lettland (BB12017 5167); Entwurf zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Pakistan (BB12017 7473); Entwurf zum Bundesbeschluss über die Genehmigung eines Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Kosovo (BB12017 7781).

29 Oben II.1.b.

30 Unten II.2.b.; Amtliches Bulletin, Nationalrat, Wintersession 2017, Doppelbesteuerung, Abkommen mit Lettland, AB 2017 N 2105 ff.; Amtliches Bulletin, Ständerat, Frühjahrsession 2018, Doppelbesteuerung, Abkommen mit Lettland, AB 2018 S 5 ff.

zu ergreifen.<sup>31</sup> Bundesrat Maurer erklärte in den Räten das Vorgehen des Bundesrates mit dem Ziel der administrativen Vereinfachung und dem Abbau von Bürokratie, fügte sich den ablehnenden Stimmen in den Räten aber ohne Widerstand und war mit der Streichung der Bestimmung einverstanden.<sup>32</sup>

17 In den Botschaften der darauffolgenden DBA, jenen mit Sambia und Ecuador, wurde das Vorhaben, eine Delegationsnorm zu schaffen, nicht mehr aufgegriffen.<sup>33</sup>

#### d) Zulässigkeit der Kodifizierung der Standardabkommen-Praxis

18 Der Bundesrat unternahm bis heute mehrere Anläufe, die Standardabkommen-Praxis zu kodifizieren und versuchte im Bereich der DBA, der FHA und der ASS auf diese Weise eine Weiterführung der Praxis zu ermöglichen. Auch wenn diese Versuche bisher gescheitert sind, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens.<sup>34</sup>

19 Die Verfassung äussert sich nicht ausdrücklich zur Zulässigkeit einer solchen Übertragung der abschliessenden Rechtsetzungsbefugnis im Bereich der Genehmigung von Staatsverträgen. Art. 164 Abs. 2 BV hält bezogen auf Regelungen auf Gesetzesstufe im innerstaatlichen Kontext fest, dass Rechtsetzungsbefugnisse durch ein Bundesgesetz übertragen werden können, soweit dies nicht durch die Verfassung ausgeschlossen wird.

20 Im innerstaatlichen Kontext verneint die h.L. die Zulässigkeit von Übertragungen von Rechtsetzungsbefugnissen im Bereich wichtiger rechtsetzender Bestimmungen, da diese gemäss Art. 164 Abs. 1 BV durch die Bundesversammlung in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen sind. Damit sei eine Delegation gemäss Art. 164 Abs. 2 BV «durch die Bundesverfassung ausgeschlossen». Nur so würden die in Art. 141 Abs. 1 lit. a BV gewährten Volksrechte gewahrt.<sup>35</sup>

31 Bundesbeschluss vom 15. Juni 2018 über die Genehmigung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Pakistan, AS 2018 5365; Bundesbeschluss vom 16. März 2018 über die Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Lettland, AS 2018 3407; Bundesbeschluss vom 15. Juni 2018 über die Genehmigung eines Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Kosovo, AS 2018 3969.

32 Voten Bundesrat Maurer, AB 2018 S 6 und AB 2018 N 619.

33 Botschaft vom 18. April 2018 zur Genehmigung eines neuen Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Sambia (BBl 2018 2707), S. 2718; Botschaft vom 18. April 2018 zur Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Ecuador (BBl 2018 2749), S. 2753 f.

34 II.1.c., II.2.b. und II.3.a.

35 BIAGGINI (Fn. 3), Art. 164 BV N 12; BRUNNER (Fn. 2), S. 133; THOMAS GÄCHTER, Demokratisch-rechtsstaatliche Prozesse, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich et al. 2015, S. 299 ff., N 34 f.; SÄGESSER (Fn. 9), N 29 ff.; SGK BV-TSCHANNEN, Art. 164 BV N 37 ff.; BSK BV-WYSS/WYTTENBACH, Art. 164 BV N 45 ff.

Nun stellt sich die Frage, wie sich die Rechtslage im Bereich des Staatsvertragsreferendums darstellt. Gestützt auf den Grundsatz der Parallelität, dem Grundgedanken der Regelung in Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV, kann Art. 164 Abs. 2 BV analog auch im Kontext des fakultativen Staatsvertragsreferendums angewendet werden.<sup>36</sup> Wie auch im innerstaatlichen Bereich ist zu klären, ob die Rechtsetzungsbefugnis im Bereich der wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen übertragen werden darf.<sup>37</sup>

Hinsichtlich einer Delegation an den Bundesrat regeln Art. 166 Abs. 2 BV und Art. 7a Abs. 1 RVOG<sup>38</sup>, dass dieser durch Bundesgesetz ermächtigt werden kann, völkerrechtliche Verträge selbstständig abzuschliessen.<sup>39</sup> Mehrere Stimmen in der Literatur halten solche Kompetenzübertragungen für ausgeschlossen bei Verträgen, die dem fakultativen Referendum unterliegen, da diese nicht in der abschliessenden Kompetenz der Bundesversammlung liegen würden. Dies sei etwa der Fall, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalte.<sup>40</sup> Die Ansicht der h.L. bezüglich des innerstaatlichen Kontexts ist demnach auch für die staatsvertragliche Konstellation zu übernehmen.

Hinsichtlich einer Delegation an die Bundesversammlung sind dieselben Bedingungen zu beachten, die für die Delegation an den Bundesrat gelten.<sup>41</sup> Konkret stellt sich die Frage, ob die Bundesversammlung sich selbst die abschliessende Genehmigungskompetenz für völkerrechtliche Verträge mit wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen übertragen bzw. dem Volk dessen Referendumsmöglichkeit nehmen darf, indem sie ein Gesetz erlässt, das die Genehmigung dieser Abkommen mittels einfachen Bundesbeschlusses vorsieht. Auch ein solches Vorgehen ist als verfassungswidrig abzulehnen.<sup>42</sup>

Die Genehmigung von völkerrechtlichen Verträgen mit wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen, wozu auch Standardabkommen gehören können, muss, wie von der Verfassung vorgesehen, durch die Bundesversammlung vorgenommen werden und in der Form eines Bundesbeschlusses erfolgen, der dem fakultativen Referendum

36 BRUNNER (Fn. 2), S. 24; SÄGESSER (Fn. 9), N 28.

37 SÄGESSER (Fn. 9), N 32.

38 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010).

39 THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997, Stämpflis Handkommentar SHK, Bern 2007, Art. 7a RVOG N 11.

40 BIAGGINI (Fn. 3), Art. 166 BV N 13; BRUNNER (Fn. 2), S. 137 f.; BSK BV-EPINEY, Art. 166 BV N 33; SÄGESSER (Fn. 39), Art. 7a RVOG N 19; a.M. Bundesamt für Justiz, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 4. Aufl., Bern 2019, N 527.

41 SÄGESSER (Fn. 9), N 35.

42 A.M. Bundesamt für Justiz (Fn. 40), N 527.

untersteht. Eine Übertragung der abschliessenden Genehmigungskompetenz im Bereich wichtiger rechtsetzender Bestimmungen, sowohl an den Bundesrat als auch an die Bundesversammlung selbst, ist durch die Verfassung gemäss analoger Anwendung von Art. 164 Abs. 2 BV ausgeschlossen. Ansonsten würden dem Volk die von der Verfassung garantierten direktdemokratischen Mitsprachemöglichkeiten entzogen. Das Vorhaben des Bundesrates, die verfassungswidrige Standardabkommen-Praxis in ein Gesetz umzugliessen, um sie dadurch weiterführen zu können, wäre folglich nicht zulässig.

25 Aufgrund von Art. 190 BV wäre ein Bundesgesetz mit solchen Bestimmungen zwar massgebend – dies änderte jedoch nichts an dessen Verfassungswidrigkeit.

26 Selbst wenn man davon ausginge, dass eine Delegation der abschliessenden Genehmigungsbefugnis von Standardabkommen grundsätzlich zulässig wäre, benötigte die Delegation eine gesetzliche Grundlage. Eine Delegationsgrundlage in einem Genehmigungsbeschluss eines einzelnen Abkommens, wie im Bereich der FHA und DBA vorgeschlagen, genügt demgegenüber nicht.<sup>43</sup> Es ist zu begrüssen, dass sich die Bundesversammlung deutlich gegen die mehrfachen Versuche des Bundesrates ausgesprochen hat, auf diesem Wege die Standardabkommen-Praxis zu kodifizieren.<sup>44</sup>

#### e) Definitive Aufgabe der Standardabkommen-Praxis?

27 Mit einer Medienmitteilung vom 22. Juni 2016 begann im Bereich der DBA vorsichtig eine fortschreitende Abkehr von der Verwendung des Kriteriums der Neuheit in den Botschaften als Begründung für die Referendumsunterstellung. So wurde in den Botschaften seit dem DBA mit Lettland für die Bestimmung der Wichtigkeit i.S.v. Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV auf den Wichtigkeitsbegriff von Art. 164 Abs. 1 BV abgestellt.<sup>45</sup> Bei der Botschaft zum DBA mit Grossbritannien fällt auf, dass die Wichtigkeit damit begründet wurde, dass der Schweiz Pflichten auferlegt sowie den Privatpersonen und der Schweiz Rechte verliehen werden. Es wurde gänzlich auf das Kriterium der Neuheit und einen Vergleich mit bereits abgeschlossenen DBA verzichtet und die Begründung von Rechten und Pflichten als ausschlaggebendes Argument für die Wichtigkeit verwendet. Für die Anwendung des Wichtig-

keitsbegriffs von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV wurde damit auf Kriterien von Art. 164 Abs. 1 BV zurückgegriffen.<sup>46</sup> Bei sämtlichen Botschaften der jüngsten Zeit, die im Bundesblatt 2019 veröffentlicht wurden, ging der Bundesrat in derselben Weise vor und verwendete den gleichen Textbaustein wie beim DBA mit Grossbritannien.<sup>47</sup>

Dies scheint damit auch für die Zukunft die Argumentation des Bundesrates zu sein bezüglich des Umgangs mit DBA. Die Bundesversammlung wird mit diesem Vorgehen vermutlich weiterhin einverstanden sein und DBA in Form von Bundesbeschlüssen genehmigen, die dem fakultativen Referendum unterstehen. Nachdem die Standardabkommen-Praxis der Sache nach bereits vor Jahren aufgegeben wurde und zuletzt jeweils auch gänzlich auf die Argumentation der Standardabkommen-Praxis verzichtet wurde, deutet nun alles auf ein definitives Ende der Standardabkommen-Praxis im Bereich der DBA hin.

## 2. Freihandelsabkommen

### a) Genehmigung der Abkommen mit Japan und China ohne Referendumsmöglichkeit

Bei FHA war die Argumentation in den Botschaften und das Vorgehen hinsichtlich der Referendumsunterstellung in einer ersten Phase nahezu identisch.<sup>48</sup> Wenn in einer Botschaft ausnahmsweise festgestellt wurde, dass inhaltliche Unterschiede zu bereits abgeschlossenen Abkommen bestanden, wurde stets angeführt, diese würden keine wichtigen zusätzlichen Verpflichtungen darstellen.<sup>49</sup> Sämtliche Abkommen wurden nicht dem Referendum unterstellt, ausser das FHA mit Hongkong, das mit einem Parallelabkommen über Arbeitsstandards verknüpft war, was eine Neuheit darstellte.<sup>50</sup>

43 SÄGESSER (Fn. 9), N39; a.M. Bundesamt für Justiz (Fn. 40), N527.

44 II.1.c., II.2.b. und II.3.a.

45 Botschaft vom 28. Juni 2017 zur Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Lettland (BBl 2017 5155), S. 5165 f.; Botschaft vom 25. Oktober 2017 zur Genehmigung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Pakistan (BBl 2017 7461), S. 7470 f.; Botschaft vom 15. November 2017 zur Genehmigung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Kosovo (BBl 2017 7767), S. 7778 f.

46 Botschaft vom 22. August 2018 zur Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich (BBl 2018 5507), S. 5514 f.

47 Beispiele: Botschaft vom 20. September 2019 zur Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Korea (BBl 2019 6809), S. 6815; Botschaft vom 6. November 2019 zur Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Neuseeland (BBl 2019 7997), S. 8006.

48 Beispiele: Botschaft vom 11. Januar 2006 zum Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und der Republik Tunesien (BBl 2006 1783), S. 1792; Botschaft vom 6. März 2009 über die Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Kolumbien sowie des Landwirtschaftsabkommens zwischen der Schweiz und Kolumbien (BBl 2009 2353), S. 2386 f.

49 Beispiel: Botschaft vom 6. März 2009 über die Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und Japan über Freihandel und wirtschaftliche Partnerschaft sowie des Umsetzungsabkommens zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung von Japan (BBl 2009 2803), S. 2838 f.

50 Botschaft vom 16. September 2011 über die Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Hongkong, China, des Landwirtschaftsabkommens zwischen der Schweiz und Hongkong, China, sowie des Abkommens über Arbeitsstandards zwischen den EFTA-Staaten und Hongkong, China (BBl 2011 7865), S. 7892 f.

30 Im Zusammenhang mit der umstrittenen Genehmigung der FHA mit den sehr wichtigen Handelspartnern Japan und China mittels einfachen Bundesbeschlusses lassen sich verschiedene Widersprüchlichkeiten im Vorgehen und in der Argumentation des Bundesrats und des Parlaments beobachten. In der Literatur wurde bereits eingehend darauf eingegangen.<sup>51</sup>

31 Insbesondere das FHA mit China wäre laut verschiedenen Stimmen aus der Lehre dem fakultativen Referendum zu unterstellen gewesen.<sup>52</sup> Aus einer Gesamtbeurteilung der Umstände und Geschehnisse lässt sich schliessen, dass zur Zielerreichung, eine Referendumsunterstellung und damit eine Gefährdung des Abkommens zu verhindern, ungeachtet der verfassungsmässigen Zulässigkeit und der Logik der Argumentation vorgegangen wurde.<sup>53</sup>

#### b) Versuche der Kodifizierung der Standardabkommen-Praxis

32 Der Bundesrat äusserte sich 2016 wie erwähnt zu seinem zukünftigen Umgang mit Standardabkommen.<sup>54</sup> Er unternahm in der Folge zwei Versuche, die Standardabkommen-Praxis im Bereich der FHA zu kodifizieren.

33 Beim FHA mit Georgien fügte der Bundesrat dem Entwurf des Genehmigungsbeschlusses, der dem fakultativen Referendum unterstehen sollte, eine Bestimmung hinzu, die eine Delegation der selbstständigen Genehmigungskompetenz an die Bundesversammlung für alle gleichartigen FHA vorsah.<sup>55</sup> Die zuständigen Kommissionen beider Räte beantragten einstimmig, diesen Artikel ersatzlos zu streichen und die Räte folgten ihren Kommissionen. Dem Bundesrat wurde deutlich signalisiert, dass ein solches Vorgehen nicht goutiert werde. Eine grundsätzliche staatsrechtliche Änderung in der völkerrechtlichen Kompetenzordnung solle nicht durch die Hintertür, versteckt in einem Genehmigungsbeschluss eines einzelnen FHA eingeführt, sondern anlässlich eines Gesetzesprojekts diskutiert werden.<sup>56</sup> Im Be-

reich der DBA ging der Bundesrat kurze Zeit später in identischer Weise vor und scheiterte in den Räten.<sup>57</sup>

In der Botschaft vom 15. Februar 2017 zum FHA mit Georgien kam der Bundesrat erstmals bei einem FHA zum Schluss, das Abkommen enthalte wichtige rechtsetzende Bestimmungen i.S.v. Art. 141 Abs. 1 lit. d BV. Konsequenterweise wurde das Abkommen trotz Gegenwehr im Nationalrat mit einem Bundesbeschluss genehmigt, der dem fakultativen Referendum unterstand, auch wenn die Delegationsnorm aus dem Beschlussentwurf gestrichen worden war.<sup>58</sup> In diesem Sinne sprach sich der Bundesrat in den Botschaften der darauffolgenden FHA für das Vorhandensein wichtiger rechtsetzender Bestimmungen und damit für eine Referendumsunterstellung aus – zumindest bis zum allfälligen Inkrafttreten einer gesetzlichen Kodifizierung der Praxis. Die Bundesversammlung folgte dem Bundesrat.<sup>59</sup> In der Botschaft zum FHA mit Ecuador wurde mitgeteilt, dass ein solches Gesetzesprojekt in Ausarbeitung sei.<sup>60</sup>

Der Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Genehmigung von Freihandelsabkommen sah folgende Kompetenzdelegation vor, die als gesetzliche Grundlage für die Weiterführung der Standardabkommen-Praxis dienen sollte: «Die Bundesversammlung genehmigt Freihandelsabkommen, die im Vergleich zu den bisher abgeschlossenen Freihandelsabkommen der Schweiz keine neuen wichtigen Verpflichtungen für die Schweiz enthalten, mit einfachem, dem Referendum nicht unterstehendem Bundesbeschluss.»<sup>61</sup>

51 DIGGELMANN (Fn. 3), S. 305 ff.; OESCH (Fn. 11), S. 15; CHARLOTTE SIEBER-GASSER, Democratic Legitimation of Trade Policy Tomorrow, Jusletter vom 9. November 2015, N 35.

52 BIAGGINI (Fn. 3), Art. 141 BV N 18a; DIGGELMANN (Fn. 3), S. 319 f.; DIGGELMANN/THÜRER (Fn. 10), Art. 141 BV N 33; RENÉ RHINOW / MARKUS SCHEFER / PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, N 3686 f.; SIEBER-GASSER (Fn. 51), N 39 f.

53 Vgl. BIAGGINI (Fn. 3), Art. 141 BV N 18a.

54 Oben II.1.c.

55 Entwurf zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Georgien (BBl 2017 2319).

56 Amtliches Bulletin, Nationalrat, Herbstsession 2017, Genehmigung Freihandelsabkommen zwischen den Efta-Staaten und Georgien, AB 2017 N 1417 ff.; Amtliches Bulletin, Ständerat, Sommersession 2017, Genehmigung Freihandelsabkommen zwischen den Efta-Staaten und Georgien, AB 2017 S 488 ff.; Votum Schneider-Schneiter, AB 2017 N 1417 f.; Votum Bischof, AB 2017 S 488 f.

57 Oben II.1.c.

58 Bundesbeschluss vom 29. September 2017 über die Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Georgien, AS 2018 1587; Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Georgien (BBl 2017 2275), S. 2316 f.

59 Botschaft vom 21. November 2018 zur Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und der Türkei sowie des Landwirtschaftsabkommens zwischen der Schweiz und der Türkei (BBl 2019 765), S. 817; Bundesbeschluss vom 21. Juni 2019 über die Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und der Türkei sowie des Landwirtschaftsabkommens zwischen der Schweiz und der Türkei (BBl 2019 4589); Botschaft vom 21. November 2018 zur Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Ecuador (BBl 2019 637), S. 684 f.; Bundesbeschluss vom 21. Juni 2019 über die Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Ecuador (BBl 2019 4587); Botschaft vom 22. Mai 2019 zur Genehmigung des umfassenden Wirtschaftspartnerschaftsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Indonesien (BBl 2019 5225), S. 5281; Bundesbeschluss vom 20. Dezember 2019 über die Genehmigung des Umfassenden Wirtschaftspartnerschaftsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Indonesien (BBl 2019 8727).

60 Botschaft zur Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Ecuador (Fn. 59), S. 684 f.

61 Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Genehmigung von Freihandelsabkommen.

36 In der Vernehmlassung stiess das Vorhaben auf Kritik. Es wurden unter anderem Bedenken an der Verfassungsmässigkeit des Vorgehens, an der Formulierung und an den Konsequenzen für die demokratische Legitimität von FHA geäussert.<sup>62</sup>

37 In der Medienmitteilung vom 28. August 2019 gab der Bundesrat bekannt, dass er auf die Ausarbeitung einer Botschaft zum Bundesgesetz über die Genehmigung von Freihandelsabkommen verzichte. Damit liess der Bundesrat das Gesetzesprojekt fallen. Sowohl die geringe Zustimmung in der Vernehmlassung als auch der beschränkte Anwendungsbereich des Gesetzesvorschlags hätten den Bundesrat zu diesem Schritt bewogen. Wie in Zukunft mit FHA zu verfahren sei oder ob der Bundesrat gedenke, einen neuen Gesetzesvorschlag zu erarbeiten, wurde in der Medienmitteilung nicht erwähnt.<sup>63</sup>

### c) Definitive Aufgabe der Standardabkommen-Praxis?

38 Seit der Aufgabe des Gesetzesprojekts hat der Bundesrat der Bundesversammlung kein FHA zusammen mit einer Botschaft zur Genehmigung überwiesen. Die Bundesversammlung hat im Januar 2020 das FHA mit Indonesien mittels Bundesbeschluss genehmigt, der dem fakultativen Referendum unterstand, wie vom Bundesrat in der Botschaft vom 22. Mai 2019 vorgeschlagen. Diskussionen bezüglich der Referendumsunterstellung gab es nicht mehr.<sup>64</sup> Das Referendum ist inzwischen formell zustande gekommen. Dies ist ein Beleg dafür, dass das von der Verfassung gewährte Recht auch tatsächlich in Anspruch genommen wird.<sup>65</sup>

39 Nach dem Scheitern des Gesetzesprojekts zur Kodifizierung der Standardabkommen-Praxis und der zuletzt durchgehenden Referendumsunterstellung der Abkommen dürften auch in Zukunft sämtliche FHA dem fakultativen Referendum unterstellt werden.

62 Staatssekretariats für Wirtschaft, Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung zum Bundesgesetz zur Genehmigung von Freihandelsabkommen, 28. August 2019, S. 4 ff.

63 Medienmitteilung des Bundesrats vom 28. August 2019 (Bundesrat verzichtet auf vereinfachte Genehmigung von Freihandelsabkommen).

64 Botschaft zur Genehmigung des umfassenden Wirtschaftspartnerschaftsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Indonesien (Fn. 59), S. 5281; Bundesbeschluss über die Genehmigung des Umfassenden Wirtschaftspartnerschaftsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Indonesien (Fn. 59); Amtliches Bulletin, Nationalrat, Herbstsession 2019, Genehmigung Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und Indonesien, AB 2019 N 1910 ff.; Amtliches Bulletin, Ständerat, Wintersession 2019, Genehmigung Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und Indonesien, AB 2019 S 1253.

65 Referendum gegen den Bundesbeschluss vom 20. Dezember 2019 über die Genehmigung des Umfassenden Wirtschaftspartnerschaftsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Indonesien, Zustandekommen (BBl 2020 5939).

## 3. Abkommen über soziale Sicherheit

### a) Versuch der Kodifizierung der Standardabkommen-Praxis

Auch im Bereich der ASS wurde im Sinne der Standardabkommen-Praxis vorgegangen.<sup>66</sup> In dieser Abkommenskategorie versuchte der Bundesrat ebenfalls, die Standardabkommen-Praxis zu kodifizieren. In der Botschaft vom 2. März 2018 zur Revision des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) legte der Bundesrat die konkrete Umsetzung des Vorhabens dar. In den einzelnen Sozialversicherungsgesetzen sollte eine neue Bestimmung eingeführt werden, die der Bundesversammlung die Kompetenz überträgt, Sozialversicherungsabkommen mit einfachem Bundesbeschluss zu genehmigen. Damit würde die Standardabkommen-Praxis im Bereich der ASS «kodifiziert» und könnte – mit gesetzlicher Grundlage – fortgeführt werden.<sup>67</sup>

Der Bundesrat hielt ein solches Vorgehen bei ASS unter Verwendung der klassischen Argumentation der Standardabkommen-Praxis für verhältnismässig und gerechtfertigt und verwies zudem auf die mehrheitlich positiven Rückmeldungen in der Vernehmlassung.<sup>68</sup> Diese Ansicht vertrat Bundesrat Berset in den Räten, wobei er aber nur vereinzelt auf Zustimmung traf.<sup>69</sup> Die zuständige Kommission des Ständerats beantragte, die Bestimmungen zu streichen. Der Kommissionsprecher sprach sich deutlich gegen die Weiterführung der Standardabkommen-Praxis in kodifizierter Form aus. Er wies darauf hin, dass der Bundesrat mit seinem Vorschlag zum dritten Mal seit dem FHA mit Georgien und dem DBA mit Lettland versuche, eine Praxis zu kodifizieren, die vom BJ für verfassungswidrig erklärt worden sei.<sup>70</sup> Der Ständerat folgte am 18. September 2018 der Ansicht der Kommission.<sup>71</sup> Die zuständige Kommission des Nationalrats schloss sich dem Ständerat an. Der Nationalrat folgte am 14. März 2019 seiner Kommission und lehnte den Minderheitsantrag ab, sich dem Bundesrat anzuschliessen.<sup>72</sup>

66 Beispiele: Botschaft vom 22. November 2006 betreffend das Abkommen zwischen der Schweiz und Bulgarien über Soziale Sicherheit (BBl 2007 153), S. 167 ff.; Botschaft vom 12. Februar 2014 zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und Uruguay über soziale Sicherheit (BBl 2014 1733), S. 1744 f.

67 Botschaft vom 2. März 2018 zur Änderung des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (BBl 2018 1607), S. 1620 f., S. 1643.

68 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (Fn. 67), S. 1628 ff.

69 Voten Bundesrat Berset, AB 2018 S 667 ff. und AB 2019 N 333 ff.; Votum Gysi, AB 2019 N 341 f.

70 Voten Bischof, AB 2018 S 666 ff.

71 Amtliches Bulletin, Ständerat, Herbstsession 2018, Änderung Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, AB 2018 S 672.

72 Amtliches Bulletin, Nationalrat, Frühjahrsession 2019, Änderung Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, AB 2019 N 341 ff.

**b) Definitive Aufgabe der Standardabkommen-Praxis?**

- 42 In der Botschaft vom 30. November 2018 zum ASS mit dem Kosovo, die dem Parlament während der Beratung der ATSG-Revision überwiesen wurde, schlug der Bundesrat vor, den Resultaten der parlamentarischen Debatte zur ATSG-Revision nicht vorzugreifen und auf eine Referendumsunterstellung zu verzichten. Der Bundesrat stellte klar, dass er in Zukunft die Unterstellung unter das fakultative Referendum empfehlen werde, im Falle, dass die Kompetenzdelegation im Rahmen der ATSG-Revision nicht zustande kommen würde. Der Bundesrat hat sich damit klar festgelegt bezüglich des zukünftigen Umgangs mit ASS. Die Aussage in der Medienmitteilung vom 22. Juni 2016 bestätigend, verabschiedete sich der Bundesrat damit von der Standardabkommen-Praxis ohne gesetzliche Grundlage im Bereich der ASS.<sup>73</sup>
- 43 Nachdem sich am 14. März 2019 auch der Nationalrat dagegen ausgesprochen hatte, die Delegationsbestimmungen in die einzelnen Sozialversicherungsgesetze aufzunehmen, beriet der Ständerat am 21. März 2019 über die Genehmigung des ASS mit dem Kosovo.<sup>74</sup> Die zuständige Kommission beantragte, entgegen dem Entwurf des Bundesrates, eine Unterstellung des Genehmigungsbeschlusses unter das fakultative Referendum.<sup>75</sup> Sogar der Bundesrat schloss sich dieser Meinung an. Da sich die Situation seit der Verabschiedung der Botschaft verändert habe und sich in der Zwischenzeit beide Räte gegen den Versuch der Kodifizierung der Praxis im Rahmen der ATSG-Revision positioniert hätten, sah Bundesrat Berset keinen Grund mehr, sich gegen eine Referendumsunterstellung zu wehren.<sup>76</sup>
- 44 Bemerkenswerterweise schloss sich die Kommission des Nationalrats nicht der geteilten Ansicht des Ständerats und Bundesrats an, sondern beantragte am 5. Juni 2019, das Abkommen mit einfachem Bundesbeschluss zu genehmigen. Als Begründung wurde jedoch nicht etwa die Wichtigkeit der Bestimmungen des Abkommens untersucht, wie es Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV verlangt, sondern darauf hingewiesen, dass die ASS mit den anderen Staaten, die aus Jugoslawien hervorgegangen waren, auch nicht dem Referendum unterstanden hätten. Da es keine Gründe gebe, dieses Standardabkommen anders

zu behandeln, sei es angebracht, auch dieses, aus Kohärenzgründen, nicht dem fakultativen Referendum zu unterstellen.<sup>77</sup> Bundesrat Berset wehrte sich nicht gegen diesen Vorschlag und der Nationalrat schloss sich ohne grossen Widerstand dem Antrag seiner Kommission an.<sup>78</sup>

Es folgte die Differenzbereinigung, im Rahmen derer die Kommission des Ständerats mit sechs zu vier Stimmen der Ansicht des Nationalrats zustimmte. Obwohl die Kommission klarstellte, dass auch sogenannte Standardabkommen dem fakultativen Referendum zu unterstellen seien, sei in diesem konkreten Fall anders zu verfahren. Dies aus dem Grund, dass die gleichartigen Abkommen mit Serbien und mit Montenegro nicht dem fakultativen Referendum unterstanden und es erhebliche Differenzen zwischen Serbien und dem Kosovo gebe. Da ein unterschiedlicher Umgang international falsch verstanden werden könne, solle auch das ASS mit dem Kosovo nicht dem fakultativen Referendum unterstehen.<sup>79</sup> Bundesrat Berset unterstützte diese Entscheidung. Der Ständerat folgte seiner Kommission und die Bundesversammlung genehmigte das Abkommen in der Form eines einfachen Bundesbeschlusses ohne Referendumsmöglichkeit.<sup>80</sup>

Dieses Vorgehen verdient vor dem Hintergrund der Aufgabe der Standardabkommen-Praxis in den anderen Bereichen Kritik. Vertragspartner müssen nicht gleichbehandelt werden, da grundsätzlich keine völkerrechtliche Gleichbehandlungspflicht besteht und auch das schweizerische Recht keine solche vorsieht.<sup>81</sup> Aufgrund von Bedenken bezüglich politischer Irritationen wieder auf die Standardabkommen-Praxis zurückzugreifen, die rückblickend auch beim ASS mit Serbien unzulässig gewesen war, ist weit entfernt von einer sorgfältigen Anwendung der Verfassung.

Vieles spricht jedoch dafür, dass in Zukunft im Unterschied dazu sämtliche ASS dem Referendum unterstellt werden. So hat sich der Bundesrat in seiner Botschaft zum ASS mit dem Kosovo klar in diesem Sinne positioniert für den Fall, dass eine gesetzliche Grundlage im Rahmen der ATSG-Revision nicht zustande kommen würde.<sup>82</sup> Dieser Fall ist eingetreten.<sup>83</sup> Der Bundesrat hat Wort gehalten und

73 Medienmitteilung des Bundesrats vom 22. Juni 2016 (Fn. 14); Botschaft vom 30. November 2018 zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und Kosovo über soziale Sicherheit (BBl 2019 103), S. 118 f.

74 Amtliches Bulletin, Ständerat, Frühjahrssession 2019, Abkommen Kosovo Soziale Sicherheit, AB 2019 S 220 ff.

75 Amtliches Bulletin, Ständerat, Frühjahrssession 2019, Abkommen Kosovo Soziale Sicherheit, AB 2019 S 220 f.

76 Votum Bundesrat Berset, AB 2019 S 221 f.

77 Votum Roduit, AB 2019 N 885 f.

78 Voten Bundesrat Berset, AB 2019 N 886 f.; Einziges kritisches Votum: Votum Clottu, AB 2019 N 887 ff.

79 Votum Bischof, AB 2019 S 348 f.

80 Votum Bundesrat Berset, AB 2019 S 348; Bundesbeschluss vom 11. Juni 2019 über die Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und Kosovo über soziale Sicherheit, AS 2019 2597.

81 DIGGELMANN (Fn. 3), S. 301; OESCH (Fn. 11), S. 15.

82 Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und Kosovo über soziale Sicherheit (Fn. 73), S. 118 f.

83 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), Änderung vom 21. Juni 2019 (BBl 2019 4475).

sich im Juli 2020 in der Botschaft zum ASS mit Bosnien und Herzegowina für die Unterstellung unter das fakultative Referendum ausgesprochen. Der Beschlussentwurf ist folglich in Form eines Bundesbeschlusses, der dem fakultativen Referendum untersteht, gehalten.<sup>84</sup>

48 Es ist zu vermuten, dass die Bundesversammlung dem Bundesrat folgen wird und zukünftig auf ein Vorgehen im Sinne der Standardabkommen-Praxis verzichten wird. Sorgen mit Blick auf die Zukunft bereitet jedoch, dass die Bundesversammlung beim ASS mit dem Kosovo schlussendlich leichtfertig eine Ausnahme gemacht und mit Hinweis auf die heiklen politischen Hintergründe von einer Referendumsunterstellung abgesehen hat.

#### 4. Investitionsschutzabkommen

49 Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass die Standardabkommen-Praxis auch bei ISA angewendet wurde und unter Verwendung stets ähnlicher Textbausteine in den Botschaften zur Genehmigung sämtlicher ISA durch einfachen Bundesbeschluss führte.<sup>85</sup> Da seit 2014 keine neuen Abkommen unterzeichnet worden sind, haben die jüngsten Entwicklungen der Standardabkommen-Praxis, wie etwa durch den Bericht des BJ ausgelöste Praxisänderungen, bei den ISA noch keinen Niederschlag gefunden.<sup>86</sup>

50 Für die Zukunft ist zu vermuten, dass auch im Bereich der ISA von der Standardabkommen-Praxis Abstand genommen wird. Es spricht jedenfalls nichts dafür, in diesem Bereich weiterhin auf die Praxis zurückzugreifen, während sie in anderen Bereichen keine Anwendung mehr findet. Ob ISA wichtige rechtsetzende Bestimmungen i.S.v. Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV enthalten, wäre aber noch zu untersuchen.

84 Botschaft vom 5. Juni 2020 zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und Bosnien und Herzegowina über soziale Sicherheit (BB12020 5791), S. 5805 f.; Entwurf zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und Bosnien und Herzegowina über soziale Sicherheit (BB12020 5807).

85 Beispiel: Botschaft vom 22. September 2006 betreffend die Abkommen über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen mit Serbien und Montenegro, Guyana, Aserbaidschan, Saudi-Arabien und Kolumbien (BB12006 8455), S. 8473 f.; Bundesbeschluss vom 12. Juni 2007 betreffend das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Serbien und Montenegro über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen, AS 2007 3957.

86 Staatssekretariat für Wirtschaft, Übersicht der von der Schweiz abgeschlossenen Investitionsschutzabkommen, Stand 21. Mai 2019.

### III. Fazit und abschliessende Bemerkungen

Die Lehre spricht sich nahezu einhellig gegen die Verfassungsmässigkeit der Standardabkommen-Praxis aus.<sup>87</sup> Die Praxis scheint denn auch hauptsächlich die Referendumsvermeidung zum Ziel zu haben.<sup>88</sup> Wollte man in Zukunft in zulässiger Weise weiterhin nach der Standardabkommen-Praxis verfahren, würde dies eine Verfassungsänderung bedingen.<sup>89</sup> Die Weiterführung der Praxis wäre auch mit gesetzlicher Grundlage nicht mit der Verfassung vereinbar.<sup>90</sup>

Die Untersuchung der Entwicklung des Umgangs mit DBA, FHA, ASS und ISA hinsichtlich der Referendumsunterstellung lässt vermuten, dass die Standardabkommen-Praxis inzwischen aufgegeben wurde. Für diese Vermutung spricht zudem, dass ein Festhalten an der Praxis der Tendenz der zunehmenden Mitsprachemöglichkeiten für Parlament und Volk im Bereich der Ausserpolitik entgegenstehen würde.<sup>91</sup> So ist seit 2019 gesetzlich geregelt, dass auch die Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen grundsätzlich einer parlamentarischen Genehmigung bedarf. Diese kann gemäss Art. 24 Abs. 3 ParlG<sup>92</sup> unter Umständen einem Referendum unterliegen und tut dies, wenn es die Verfassung verlangt.<sup>93</sup> 2019 wurden zudem bundesrätliche Konsultationspflichten gegenüber den zuständigen parlamentarischen Kommissionen vor der vorläufigen Anwendung oder dringlichen Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen eingeführt.<sup>94</sup> Ebenfalls zu erwähnen ist, dass der Ständerat im September 2020 dem Vorschlag des Bundesrats zugestimmt hat, die Bundesverfassung dahingehend zu ergänzen, dass neu auch völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter dem obligatorischen Referendum unterstehen.<sup>95</sup>

87 Oben I.

88 DIGGELMANN (Fn. 3), S. 314; vgl. GRODECKI (Fn. 3), S. 157 ff.

89 DIGGELMANN (Fn. 3), S. 314.

90 Oben II.1.d.

91 LORENZ LANGER, Die Demokratie an der Ampel, Jusletter vom 10. Februar 2020, N 7 ff. mit kritischen Bemerkungen zu dieser Entwicklung.

92 Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10)

93 Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über die Zuständigkeiten für den Abschluss, die Änderung und die Kündigung völkerrechtlicher Verträge, AS 2019 3119; HELEN KELLER / YANNICK WEBER, Die Zuständigkeit zur Kündigung völkerrechtlicher Verträge, ZBl 2020, S. 122 ff.

94 Bundesgesetz über die Zuständigkeiten für den Abschluss, die Änderung und die Kündigung völkerrechtlicher Verträge (Fn. 93).

95 GLASER (Fn. 11), N 51; LANGER (Fn. 91), N 15 ff.; Botschaft vom 15. Januar 2020 zum obligatorischen Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter (Änderung von Art. 140 der Bundesverfassung), (BB12020 1243), S. 1244 ff.; Geschäft des Bundesrates, Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter, Änderung von Artikel 140 der Bundesverfassung (Geschäft 20.016).

53 Zur aktuellen und zukünftigen Lage hinsichtlich der Verwendung der Standardabkommen-Praxis lässt sich zusammengefasst sagen, dass vieles darauf hindeutet, dass die Praxis ein definitives Ende gefunden hat. Irritierend ist indes, dass das Parlament im Jahr 2019 beim ASS mit dem Kosovo aus rechtlich nicht überzeugenden Gründen wiederum auf die Standardabkommen-Praxis zurückgegriffen hat.

54 Da noch gewisse Unsicherheiten über die Beendigung der Standardabkommen-Praxis bestehen, wäre es zu begrüßen, wenn sich sowohl der Bundesrat als auch die zuständigen Kommissionen der beiden Räte erneut ein-

gehend mit Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV und dessen Tragweite für standardisierte Abkommen befassen würden. Zur Herstellung von Rechtssicherheit wäre es zu befürworten, wenn sich die Behörden deutlich gegen die Weiterführung der Praxis aussprechen und darlegen würden, wie sie in Zukunft mit standardisierten Abkommen wie DBA, FHA, ASS und ISA umgehen werden. Bei einem Fortbestand der unklaren Rechtslage und grossen Ermessensspielräume liefe die Schweiz nämlich Gefahr, die Frage der Unterstellung eines völkerrechtlichen Vertrags unter das fakultative Referendum im Verhältnis zu anderen Staaten zur Verhandlungsmasse werden zu lassen.