

Der Staatsvertrag im Verfassungsrecht: Auf dem Weg einer Angleichung von Vertrag und Gesetz*

THOMAS COTTIER, DANIEL WÜGER, VALENTIN ZELLWEGER

1. Empirische Grundlagen

Das wohl am häufigsten benannte gesellschaftliche Phänomen in den 90er Jahren ist die Globalisierung. Unter Globalisierung verstehen wir die Zunahme von Interdependenzen über die bestehenden Grenzen des Nationalstaates hinaus¹. Bezeichnend für diese Entwicklungen sind vor allem die in der Nachkriegszeit enorm gewachsenen globalen Waren- und Finanzströme. Globalisierung beschränkt sich jedoch nicht nur auf wirtschaftliche Aspekte, sondern betrifft auch andere gesellschaftsrelevante Bereiche wie Umweltverschmutzung, Kriminalität, Migration, Sicherheit, usw., die vermehrt globale (metastaatliche) Zusammenhänge aufweisen.

Diese Entwicklungen müssen politisch und rechtlich bewältigt werden, was zur Herausbildung verschiedener globaler und regionaler Regimes geführt hat. Aktivitäten sind in all diesen Bereichen etwa innerhalb der UNO und auf europäischer Ebene (Europarat und EU) zu beobachten. Die Ebene der regionalen Integration sehen wir dabei nicht als Gegenpol zur Globalisierung, sondern als eine Möglichkeit der politischen und rechtlichen Bewältigung der angesprochenen gesellschaftlichen Entwicklungen, wo globale oder nationale Lösungen eine nicht geeignete

* Vortrag gehalten an der wissenschaftlichen Tagung der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung am 30. April 1999 in Bern.

¹ Eingehend dazu Thomas COTTIER und Daniel WÜGER, „Auswirkungen der Globalisierung auf das Verfassungsrecht: Eine Diskussionsgrundlage, in: Beat Sitter-Liver (Hg.), *Herausgeforderte Verfassung. Die Schweiz im globalen Kontext*, Freiburg, 1999.

Alternative darstellen. Globalisierung und Regionalisierung können so als hochgradig interdependente Phänomene bezeichnet werden. Einige Autoren sprechen demzufolge nicht von Globalisierung, sondern von „Glokalisierung“ (David HELD, „glocalisation“).

Neben den handelspolitischen Regimes der WTO und der EU² zeigt sich auch in anderen Lebensbereichen vermehrt eine Politisierung und Verrechtlichung auf zwischenstaatlicher Ebene. Als Beispiele aus der jüngeren Zeit können etwa die Errichtung eines internationalen Strafgerichtshofs, die verschiedenen UNO-Umweltvereinbarungen oder die multi- und bilaterale Zusammenarbeit zur Bekämpfung der „internationalen Kriminalität“ genannt werden. Konsequenz für die nationalstaatliche Politik ist die oft beschriebene Verschmelzung von Innen- und Aussenpolitik. Bedingt durch die Abhängigkeiten oder Problemvernetzung auf nationaler und internationaler Ebene haben Entscheidungen auf der einen Ebene vermehrt auch Auswirkungen auf die andere. Die Aussenpolitik ist so, um es nach einem Bonmot von WEIZÄCKERS zu benennen, zur „Weltinnenpolitik“ geworden.

2. Folgen

Mit der rechtlichen Bewältigung der Globalisierung wird globales und regionales Völkerrecht immer bedeutender für die Rechtsstellung des Individuums. Staatsverträge haben immer öfter mittelbare oder unmittelbare Auswirkungen auf den Einzelnen. Damit wird aber auch das Gesetz als *locus classicus* rechtsstaatlicher Sicherheit und Gerechtigkeit konkurrenziert durch Normen, die in anderen Verfahren und in anderen Gremien ergangen sind.

Es stellt sich damit unweigerlich das Problem der Legitimation völkerrechtlicher Normen. Von der Akzeptanz von Staatsverträgen hängt auch wesentlich ihre Wirksamkeit ab. Währenddem das Landesrecht zum Zweck der Legitimation in (mitunter direkt-) demokratisch legitimierten Verfahren ergeht, die einen angemessenen innenpolitischen Interessen-

² Wobei die EU heute nicht mehr auf ihre wirtschaftliche Funktion reduziert werden kann.

ausgleich gewährleisten, ist dies für das Völkerrecht nur bedingt der Fall. Im Landesrecht erfüllt insbesondere der Grundsatz der gesetzlichen Grundlage die Funktion, demokratische, rechtsstaatliche und gewaltenteilige Anliegen zu verwirklichen und stellt ein oder wenn nicht das zentrale Verfassungsprinzip überhaupt dar. Die Verwirklichung dieser Anliegen erfolgt über das materielle und das formelle Legalitätsprinzip und stellt so differenzierte Anforderungen an Normdichte (Bestimmtheit) und Normstufe (Gesetzesform). Galt er früher nur im Bereich der Eingriffsverwaltung, so erstreckt sich heute sein Anwendungsbereich auf die gesamte Staatstätigkeit³. Im Zuge dieser Ausdehnung und der Entwicklung zum zeitgemässen Leistungs- und Sozialstaat hat sich auch der Gesetzesbegriff gewandelt. Von der Fixierung auf generell-abstrakte Inhalte hat er sich entwickelt zu einem materiellen Gesetzesbegriff, der zumindest ansatzweise auch in die neue Bundesverfassung Eingang gefunden hat (Art. 164 nBV). Danach soll die Bundesversammlung aus demokratischen und gewaltenteiligen Gesichtspunkten für sämtliche wichtigen staatspolitischen Entscheide zuständig sein, sofern sie dafür geeignet ist. In rechtsstaatlicher Hinsicht kann jedoch auch eine Verordnung eine genügende gesetzliche Grundlage darstellen. Im Einzelfall kann sich sogar eine „Delegation“ an den Rechtsanwender rechtfertigen, wenn ein Bedürfnis für eine einzelfallweise Vorgehensweise besteht⁴.

Auf diese Anliegen kann auch bezüglich des Völkerrechts nicht verzichtet werden. Verschiedentlich sind deshalb Bestrebungen im Gange, die Legitimität von Völkerrecht zu stärken, sowohl auf internationaler als auch auf nationaler Ebene. Das in diesem Artikel vorgestellte Projekt möchte einen Beitrag zu den landesrechtlichen Aspekten der Legitimation von Völkerrecht leisten.

³ Siehe insbesondere Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I ff, S. 131 f.

⁴ Siehe dazu eingehend Thomas COTTIER: *Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage*, 2. Auflage, Chur Zürich 1991.

3. Das Projekt

Im engeren Sinn befasst sich unsere Arbeit mit der Legitimation völkerrechtlicher Normen im Bereich des „positiven Völkerrechts“, d.h. der Staatsverträge. Untersuchungsgegenstand ist die Frage, was aus den oben erwähnten verfassungsrechtlichen Anforderungen an Normstufe und Normstruktur, dem materiellen Gesetzesbegriff, für den Abschluss und die Anwendung von Staatsverträgen gewonnen werden kann. Dabei wird geprüft, ob eine möglichst weitgehende Parallelisierung der unterschiedlichen Erlassformen erreicht werden kann.

Das Projekt beschäftigt sich mit drei Teilfragen:

- Der Bezug materieller Kriterien zur Bestimmung der geeigneten Normstufe und Normdichte, oder dem geeigneten Regelungs-/ Konkretisierungsorgan zur Beantwortung der Frage nach der direkten Anwendbarkeit von Staatsverträgen.
- Möglichkeiten der Steigerung der demokratischen Legitimität innerstaatlicher Abschluss- und Genehmigungsverfahren durch Ausrichtung an Wesentlichkeitskriterien.
- Das Potenzial einer Hierarchisierung völkerrechtlicher Quellen für die Vermeidung von Normkonflikten.

Dieser Beitrag möchte einen kurzen Einblick in die ersten beiden Bereiche gewähren.

4. Die Direkte Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen

Eine völkerrechtliche Vertragsnorm ist dann direkt anwendbar, d.h. self-executing, wenn sie von einem Rechtsanwender, ohne dass zunächst ein Umsetzungserlass des nationalen Gesetzgebers ergehen müsste, in einem Einzelfall angewendet und damit von einem Individuum auch angerufen werden kann. Das allgemeine Völkerrecht determiniert dabei die nationalen Rechtsordnungen nicht, überlässt die Art der Umsetzung von Staatsverträgen den nationalen Verfassungen. Grundsätzlich können aber die Vertragsparteien selbst über die direkte Anwendbarkeit eines Vertra-

ges entscheiden, indem sie ein Anwendungsgebot oder ein Anwendungsverbot verankern⁵. Dies ist in der Lehre weitgehend unbestritten.

Ansonsten ist die Frage der Anwendbarkeit nach dem nationalen (Verfassungs-)Recht zu beantworten. Wenig behandelt wurde in der Lehre bisher die Frage, ob die Bundesversammlung anlässlich des Genehmigungsbeschlusses über die Frage der direkten Anwendbarkeit entscheiden könne. Das Bundesgericht scheint jedoch nicht abgeneigt, Erwägungen anlässlich der parlamentarischen Debatte in seine Argumentation einzubeziehen⁶. Hat sich das Parlament nicht geäußert, muss der Rechtsanwender selbst entscheiden, ob er die Norm direkt anwenden kann.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können staatsvertragliche Normen dann vom Einzelnen direkt angerufen werden, wenn sie genügend bestimmt und klar sind, um im Einzelfall Grundlage einer Entscheidung zu bilden⁷. Es geht also um die Frage, wann ein Rechtsanwender in der Lage ist, eine bestehende Norm anzuwenden (der Justiziabilität), oder anders gesagt, um die Eignung einer Norm, mit den dem Rechtsanwender zur Verfügung stehenden Mitteln in die Rechtswirklichkeit umgesetzt werden zu können. Dies ist eine zentrale Frage der juristischen Methodik, die sich auch im Landesrecht stellt.

Bestimmtheit und Klareit spielen allerdings in der „landesrechtlichen“ juristischen Methodik nur eine beschränkte Rolle. Bereits die Anwendung einer Norm ist immer eine Kombination aus schöpferischem Erkennen und gestaltendem Konkretisieren. Darüber hinaus wird die konkretisierende Tätigkeit des Rechtsanwenders erst recht in der Lückenfüllung relevant. Entscheidend ist dabei, wie *gross* der Anteil des Richters an diesem Rechtsschöpfungsprozess sein darf. Eine Frage, die in der klassischen Methodik insbesondere mit Hilfe der Abgrenzung zwischen echten und unechten Lücken beantwortet wird. Ein Blick auf die Praxis

⁵ Zu diesen Begriffen und zur Frage der direkten Anwendbarkeit im allgemeinen siehe eingehend Patrick E. HOLZER (1998): Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, Diss. BE 1998.

⁶ Ein eindrückliches Beispiel stellt der Entscheid Courtet, BGE 111 V 201, 204 dar.

⁷ Siehe dazu etwa L.X. gegen M.F., BGE 124 II 90, 91.

bestätigt, dass es keinen allgemeinen Bestimmtheits- und Klarheitsmassstab gibt. Die Gerichte wenden sowohl äusserst unbestimmte Bestimmungen (z.B. Grundrechte, Generalklauseln) als auch äusserst detaillierte Bestimmungen an (z.B. Fristbestimmungen im Prozessrecht).

Der Lückenbegriff und damit der Kodifikationsgedanke ist allerdings der „völkerrechtlichen“ Methodik fremd. Die Vertragslogik schliesst einen solchen aus. Es müssen folglich andere Möglichkeiten gefunden werden, den Zuständigkeitsbereich des Rechtsanwenders gegenüber den völkerrechtlichen Vertragsnormen (und damit auch gegenüber dem Gesetz- und Verordnungsgeber) abzugrenzen. Die in der bundesgerichtlichen Dogmatik verwendeten Kriterien der Bestimmtheit und Klarheit haben allerdings bei näherem Hinsehen auch bei der Anwendung von Völkerrecht nur einen beschränkten Stellenwert. Dies haben neuere Untersuchungen eingehend gezeigt. Wendet das Bundesgericht diese Kriterien trotzdem an, leidet darunter letztendlich die Transparenz und Legitimation der Praxis zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen. Dementsprechend häufig wird die bundesgerichtliche Praxis auch kritisiert⁸. Das Projekt sucht deshalb nach neuen Kriterien zur Ermittlung der direkten Anwendbarkeit. Es orientiert sich dabei an den im Landesrecht ausgearbeiteten Grundsätzen zum materiellen Gesetzesbegriff.

Funktionelle Eignung des Rechtsanwenders zur Anwendung einer Norm

Unser Vorschlag zielt dahin, dass ein Rechtsanwender eine völkerrechtliche Vertragsbestimmung nur dann anwenden soll, wenn er als das geeignete Organ dazu erscheint. Die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts zur funktionalen Eignung von Gerichten im Bereich von Art. 4 Abs. 2 BV könnte hier den Weg weisen⁹. Auch die in der Schweiz mass-

⁸ Patrick E. HOLZER (1998), loc. cit. Fn. 5, S. 113 ff.; OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse: Histoire d'un détour inutile, *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht (SJIR)* 45, 1989, 129 ff.

⁹ Siehe etwa Staatliche Pensionskasse des Kantons Solothurn gegen Z. und Versicherungsgericht des Kantons Solothurn, BGE 117 V 318, 323 ff. und K. gegen Kanton St.Gallen, BGE 116 V 198, 212 ff.

geblich von Jörg Paul MÜLLER geprägte Doktrin zu den unterschiedlichen Schichten von Grundrechten kann hier zu passenden Ergebnissen führen¹⁰. Zudem sind neuere Entwicklungen im Bereich der juristischen Methodik zu berücksichtigen, die richterliche Konkretisierungstätigkeit auch an verfassungsrechtliche Grenzen knüpfen will¹¹.

Zunächst soll der Begriff der Justiziabilität staatsvertraglicher Normen von seiner Fixierung auf Normen im Allgemeinen gelöst werden. Die Frage der Justiziabilität stellt sich immer bezüglich einer bestimmten *Rechtsfrage*, die sich im Zusammenhang mit der Anwendung einer Bestimmung stellt und nicht generell für die Anwendbarkeit einer Norm¹². Bereits hier wird ein Potenzial für eine differenziertere Rechtsprechung des Bundesgerichts sichtbar. Die Frage der direkten Anwendbarkeit muss so nicht ein für allemal beantwortet werden, sondern kann bezüglich zukünftiger Anwendungsfragen offen gelassen werden. Eine Norm kann also je nach Rechtsfrage justiziabel oder nicht justiziabel und damit auch direkt anwendbar sein. In einem Entscheid zu Art. 13 EMRK hat das Bundesgericht bereits einmal in diese Richtung argumentiert. Darin hält es fest, dass die direkte Anwendbarkeit einer Norm davon abhängt, ob sie,

*[...] vom Richter in die Wirklichkeit umgesetzt werden kann [...] Grundsätzlich geht Art. 13 EMRK die unmittelbare Anwendbarkeit ab, denn die Bestimmung erfordert die Schaffung einer nationalen Beschwerdeinstanz; diese Aufgabe kann an sich nur der Gesetzgeber erfüllen; es gibt indessen Fälle, in welchen die direkte Anwendbarkeit von Art. 13 EMRK nicht ausgeschlossen ist.*¹³

¹⁰ Jörg Paul MÜLLER, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, 1982, insbesondere S. 46 ff.

¹¹ Siehe insbesondere Giovanni BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht* (1991); Ulrich MEYER-BLASER, Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)* 111 (1992) II S. 299 ff.; René RHINOW, *Gesetzgebung und Methodik* (1979).

¹² Ähnlich schon Mirko ROŠ, Die unmittelbare Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention, Diss. ZH 1984, S. 191 f.; Luzius WILDHABER, Erfahrungen mit der europäischen Menschenrechtskonvention, *ZSR* 98 (1979) II S. 229 ff., S. 338.

¹³ X. gegen Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, BGE 111 Ib 68, 72.

Unseres Wissens hat diese Entscheidung jedoch bisher nicht Eingang in die gängige Praxis gefunden.

Zur Bestimmung der funktionellen Eignung von Gerichten ist eine Orientierung an den Kriterien zum materiellen Gesetzesbegriff möglich, wie sie Bundesgericht und Lehre entwickelt haben. Eine Norm ist in einem Einzelfall demzufolge nur dann direkt anwendbar, wenn nicht zunächst der Gesetz- oder der Verordnungsgeber zur Lösung des Problems und Bereitstellung von Leistungen tätig werden müsste.

Als Anwendungsbeispiel sei hier der Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 1994 bezüglich der Studiengelderhöhung an der Universität Zürich verwiesen.

Die von den Beschwerdeführern angerufene Bestimmung des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte¹⁴ legte das Bundesgericht so aus, dass sie die Mitgliedstaaten dazu verpflichte,

*dass der Hochschulunterricht jedermann entsprechend seinen Fähigkeiten, unabhängig von seiner finanziellen Leistungsfähigkeit, zugänglich gemacht werden soll*¹⁵.

Unseres Erachtens zu Recht stellte es fest, dass es im Ermessen des zuständigen nationalen Gesetzgebers liege,

*wann, mit welchen Mitteln und in welchem Zeitraum [er] das [...] Ziel erreichen will [...]*¹⁶.

Eine Studiengebührenerhöhung steht dem sicher nicht entgegen und es ist in diesem Zusammenhang sicher nicht Sache der Gerichte, diese Erhöhung abstrakt zu beurteilen. Die finanzielle Tragweite einer solchen Entscheidung und die Auswirkungen auf den Einzelnen machen eine gesetzliche Regelung in einem solchen Fall notwendig. Problematisch wird es allerdings dann, wenn das Bundesgericht eine Überprüfung staatlicher Massnahmen vor dem Hintergrund besagter Bestimmung

¹⁴ Art. 13 Abs. 2 lit. c, SR 0.103.1.

¹⁵ Verband Studierender an der Universität Zürich, Robert Hurst, Christine Ritzmann und Philipp Aregger gegen Regierungsrat des Kantons Zürich, BGE 120 Ia 1, 13.

¹⁶ Ibid.; wobei hier die Richtigkeit des Entscheides nicht in Frage gestellt werden soll.

gänzlich ausschliesst. Die Norm enthält mit Bestimmtheit justiziable Gehalte, wenn sie die Chancengleichheit im Hochschulstudium bezweckt. Im Bereich einer abstrakten Normenkontrolle wäre dies etwa dann denkbar, wenn ein Hochschulgesetz, wie es kürzlich in Bern der Fall war, Strafgebühren bei der Überschreitung von bestimmten Höchststudiendauern festschreibt. Würden solche ohne Rücksicht auf die besonderen persönlichen Lagen bestimmter Studierender, wie etwa Werkstudierende oder Studierende mit Betreuungspflichten erlassen, könnte die im Fall angerufene Norm unseres Erachtens zur Anwendung kommen. Weitere Anwendungsfälle sind ohne weiteres denkbar.

Eine solche Flexibilisierung der Rechtsprechung zur direkten Anwendbarkeit würde das Bundesgericht davon entlasten, immer sämtliche möglichen Anwendungsfälle bei der Frage der direkten Anwendbarkeit mit berücksichtigen zu müssen. Zudem würde eine Bezugnahme auf Topoi, die im Bereich des Grundsatzes der gesetzlichen Grundlage entwickelt worden sind, den Eignungs- und Wesentlichkeitskriterien, vermehrte Transparenz und Nachvollziehbarkeit bundesgerichtlicher Entscheidungen gewährleisten. Dies erhöht die Rechtssicherheit und steigert die Akzeptanz völkerrechtlicher Verpflichtungen.

5. Die demokratische Legitimation staatsvertraglichen Rechts

Noch immer besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Internationalisierung und Demokratie, dessen Minderung, bzw. Aufhebung in erster Linie den Gliedern der internationalen Ordnung, den Nationalstaaten, auferlegt ist. Ihnen obliegt sowohl die Aufgabe als auch die Freiheit, zwischenstaatliche Entscheidungen und Übereinkünfte auf jene demokratische Grundlage zu stellen, die sie für die richtige halten. Trotz Globalisierung und wachsender Vermischung von „innen“ und „ausen“ ist deshalb - zumindest in näherer Zukunft - keine Alternative zu einem Ausbau der Legitimationsmechanismen der internationalen Entscheidungsfindung auf der einzelstaatlichen Ebene in Sicht.

Ein solcher Ausbau kann nur erfolgen, indem zusätzliche Organe gezielt in die aussenpolitischen Entscheidungsprozesse eingebunden werden. Neben

dem Parlament und den Gliedern des Bundesstaates sind dies die Parteien, die Verbände und andere Nichtregierungsorganisationen als Vertreter der Zivilgesellschaft. Das wichtigste Mittel für eine breite demokratische Legitimation aussenpolitischer Entscheidungen ist und bleibt aber die institutionell abgesicherte Teilhabe des Volkes. Nur durch diese lässt sich auch eine stärkere Verankerung der Aussenpolitik in der Innenpolitik erreichen, welche als Folge der wachsenden Globalisierung zunehmend gefordert wird.

Der zweite Teil des Projektes versucht anhand einer Übersicht über den Stand der entsprechenden Bemühungen in der Schweiz, die Möglichkeiten und Grenzen einer Verbreiterung der demokratischen Partizipation an aussenpolitischen Entscheidungen auszuloten. Ein erstes Kapitel befasst sich mit dem Verhältnis zwischen Bundesrat und Bundesversammlung in der Führung der Aussenbeziehungen und untersucht die verschiedenen Formen der parlamentarischen Mitwirkung an aussenpolitischen Entscheidungen.

Ausgehend von der dem Projekt zugrundeliegenden These einer stärkeren Angleichung von innerstaatlichem und internationalem Recht in ihrer landesrechtlichen Anwendung (Legalitätsprinzip und direkte Anwendbarkeit), untersucht ein zweites Kapitel die Inzidenzen eines solchen Modells auf das Bedürfnis nach Einbindung der demokratischen Entscheidungsträger bei der Genehmigung staatsvertraglichen Rechts. Im Besonderen geht es der Frage nach, inwiefern sich die entsprechenden Partizipationsmechanismen - das Gesetzes- und das Staatsvertragsreferendum - einander angleichen lassen, um die Forderung nach Gleichbehandlung beider Rechtsquellen auch von ihrer jeweiligen Legitimität her abstützen zu können.

Ein drittes Kapitel setzt sich schliesslich mit den Staatsverträgen auseinander, die der Bundesrat im vereinfachten Verfahren alleine abschliesst. Auf Grund einer detaillierten Darstellung der Praxis zu diesen so genannten *executive agreements*, welche wegen der schlechten Zugänglichkeit zu den relevanten Informationen im schweizerischen Schrifttum noch weitgehend fehlt, soll versucht werden, die bestehenden Kriterien zu bündeln und im Hinblick auf die im Rahmen der neuen Bundesverfassung anstehende gesetzliche Normierung des vereinfachten Abschluss-

verfahrens Vorschläge für eine allfällige Neuausrichtung der Kategorien zu machen.

1. Kapitel: Bundesrat und Parlament

Der vor allem seit den EWR-Verhandlungen zu Beginn der Neunzigerjahre festzustellende stetige Ausbau des Einbezugs der Bundesversammlung in die Aussenpolitik wird noch immer primär über die aussenpolitischen Kommissionen abgewickelt (Art. 47^{bis} a GVG). In besonders wichtigen Verhandlungen kann der Bundesrat aber auch in direkten Kontakt mit den politischen Meinungsführern treten, wie er dies im Rahmen der am 12. Dezember 1998 auf politischer Ebene abgeschlossenen sektoriellen Verhandlungen mit der EU mehrmals getan hat. Diese Kontakte erlauben ihm nicht nur einen frühzeitigen Einbezug aller wichtigen politischen Gruppierungen, sondern stärken dem Bundesrat auch auf internationaler Ebene den Rücken, indem er gewisse Positionen unter Hinweis auf ein drohendes Referendum mit grösserer Überzeugungskraft vertreten kann.

Indes stösst der Ausbau der parlamentarischen Beteiligungsformen zuweilen auch an strukturelle Grenzen der heutigen Parlamentsorganisation: Die Bundesversammlung ist ein Milizparlament, das nur viermal jährlich tagt und dessen Arbeitslast sich schon heute vielfach an der Grenze des Tragbaren bewegt. Eine vermehrte Beteiligung an internationalen Entwicklungen und aussenpolitischen Entscheiden hat auch eine vermehrte Kommissionstätigkeit zur Folge, was für die Parlamentsmitglieder neben den erhöhten Präsenzzeiten auch einen zeitlichen Aufwand zum Erwerb der notwendigen Sachkenntnisse nach sich zieht. So lange sich indes für schweizerische Politiker und Politikerinnen ein hohes aussenpolitisches Profil nur beschränkt in Wählerstimmen umsetzen lässt, sind die Anreize für ein entsprechendes Engagement erst noch zu schaffen. Der zunehmenden Zahl aussenpolitisch relevanter Entscheide kommt deshalb längerfristig auch aus diesem Blickwinkel Bedeutung zu.

Aus einer Öffnung der Innenpolitik für aussenpolitische Fragestellungen ziehen letztlich beide Seiten Gewinn: die Parlamentsmitglieder, indem sie sich vermehrt in aussenpolitische Entscheide einbringen können und damit deren demokratische Legitimation steigern, und auch der Bundes-

rat, welcher in sachlich kompetenten Parlamentsgremien den notwendigen Rückhalt für die tatkräftige Führung einer aktiven und interessenorientierten Aussenpolitik finden kann.

2. Kapitel: Das Staatsvertragsreferendum

Das mit der Revision des Staatsvertragsreferendums im Jahre 1977 neu eingeführte Kriterium der multilateralen Rechtsvereinheitlichung vermag die damals gehegte Hoffnung, damit würden alle "wichtigen" Staatsverträge abgedeckt, nicht zu erfüllen. Ging der Bundesrat zunächst davon aus, dass eine Rechtsvereinheitlichung ein rein quantitatives Mindestmass an Normen voraussetzt, zeigte sich schon bald, dass auch die Vereinheitlichung einer einzelnen, besonders gewichtigen Norm eine demokratische Legitimierung notwendig machen kann. Indes fehlt bis heute ein griffiges Kriterium zu deren Erkennung, weshalb Art. 89 Abs. 3 lit. c BV etwas plebiszitäres anhaftet. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit ist indes nicht die einzige Schwäche der Bestimmung. Ihre von Anfang an intendierte Beschränkung auf direkt anwendbare Normen hat dazu geführt, dass so wichtige internationale Abkommen wie gewisse Menschenrechtsverträge entweder nicht oder bloss wegen Unkündbarkeit dem Referendum unterstellt wurden.

In seinem an die Verfassungsreform angehängten Reformpaket Volksrechte schlägt der Bundesrat vor, diesen Mangel dadurch zu beheben, dass Verträge, deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordern, die Rechte oder Pflichten Privater begründen, ebenfalls dem Referendum unterstellt werden sollen. Wird damit in Übereinstimmung mit den Erkenntnissen der Wesentlichkeitstheorie, die gemäss Art. 164 nBV ihre verfassungsmässige Weihe erhalten werden, erstmals die Sicht des Individuums in die Prüfung der Legitimationsbedürftigkeit von Staatsverträgen miteinbezogen, so ist doch nur schwer zu erklären, weshalb diese Perspektive nur bei Verträgen, die der landesrechtlichen Umsetzung bedürfen, angewendet werden soll und nicht auch bei Abkommen, die wegen ihres *self-executing* Charakters weiterhin nur referendumpflichtig sein sollen, wenn sie zu einer multilateralen Rechtsvereinheitlichung führen.

Als Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung wird deshalb postuliert, dass die Referendumswürdigkeit von Staatsverträgen generell aus einer individualrechtlichen Sicht geprüft werden soll, unabhängig davon, ob ihre Bestimmungen *self-executing* oder *non-self-executing* sind. *De constitutione ferenda* könnte eine solche Bestimmung in Anlehnung an die Formulierung von Art. 131b VE 1996 Reformpaket Volksrechte etwa folgenden Wortlaut haben:

Art. 131b Fakultatives Referendum in internationalen Belangen

¹ Auf Verlangen von xxx Stimmberechtigten oder acht Ständen werden dem Volk die Genehmigungsbeschlüsse der Bundesversammlung zu völkerrechtlichen Verträgen zur Abstimmung vorgelegt:

- c. die grundlegende Rechte oder Pflichten Privater begründen oder deren Rechte wesentlich einschränken.

Die Überprüfung der Tauglichkeit dieses Ansatzes anhand des bestehenden schweizerischen Staatsvertragsrechts führt durchwegs zu befriedigenderen Ergebnissen als das aktuelle Kriterium der Rechtsvereinheitlichung. Am augenfälligsten lässt sich der Fortschritt bei den Verträgen über Menschenrechte und Grundfreiheiten aufzeigen, deren Referendumsunterstellung nach heutigem Recht eher aleatorischen Charakter hat. Führte beispielsweise bei den beiden UNO-Pakten und der UN-Frauidiskriminierungskonvention das bloße Fehlen einer Kündigungsklausel zu ihrer Referendumsunterstellung, wurden Verträge mit gleichem oder ähnlichem Regelungsgehalt aus unterschiedlichen Gründen dem Referendum unterworfen. Gewisse wichtige Abkommen wie die UN-Rassendiskriminierungs- oder die UN-Kinderkonvention wurden schliesslich gar nicht dem Volk unterbreitet. Nach einer konsequent an den Interessen der Rechtsunterworfenen ausgerichteten Sicht hätten diese Abkommen allesamt der gesteigerten demokratischen Legitimation bedurft, weil sie in grundlegender Weise Rechte und Pflichten von Individuen festlegen, sichern und konkretisieren.

Auch bei anderen Verträgen, die das Verhältnis zwischen Individuum und Staat betreffen, führt die Verknüpfung von Referendumswürdigkeit und individualrechtlicher Betroffenheitsintensität zu griffigeren Ergebnissen als die aktuellen Kriterien. Abkommen zur vertraglichen Regelung

von so unterschiedlichen Bereichen wie Auslieferung, Rechtshilfe, Sozialversicherungsfragen, Vermeidung der Doppelbesteuerung, Festlegung von Zolltarifen oder Rückübernahme von Flüchtlingen können je nach Intensität ihrer Auswirkungen auf den Einzelnen beurteilt werden. Ihre jeweilige Referendumswürdigkeit kann zudem im Unterschied zur multilateralen Rechtsvereinheitlichung unabhängig davon beurteilt werden, ob sie zweiseitig oder mehrseitig sind; denn aus Sicht des Betroffenen ist es einerlei, ob seine Rechte auf Grund eines bi- oder eines multilateralen Vertrages – z.B. durch eine Auslieferungshaft - eingeschränkt werden. Dass somit auch bilaterale Verträge mit einem sehr kleinen Adressatenkreis referendumpflichtig werden können, rechtfertigt sich sicherlich bei jenen Abmachungen, welche die rechtliche Grundlage für schwer wiegende Eingriffe in Grundrechtspositionen schaffen. Indes kann unter Umständen auch, wie das Beispiel des im Rahmen des GATT/WTO-Paketes abgeschlossenen Agrarabkommens zeigt, ein sehr gewichtiger Eingriff in rechtlich nicht geschützte Interessen Einzelner – in casu durch einen massiven Abbau der Subventionen an Landwirte - zu einer gesteigerten Legitimationsbedürftigkeit eines Abkommens führen.

Schliesslich lassen sich mit einem individualrechtlich ausgerichteten Referendumskriterium auch bei Verträgen, welche die Rechtssphären mehrerer Personen gegeneinander abgrenzen und namentlich Grundrechtskollisionen ausgleichen, angemessene Resultate erzielen, weil sich die jeweilige Betroffenheitsintensität relativ nuanciert festlegen lässt. Abkommen über die Adoption von Kindern, den Arbeitnehmer- und den Datenschutz sowie Verträge zur Vereinheitlichung des Vertrags- und Haftungsrechts lassen sich auf diese Weise sehr viel differenzierter einstufen und auf ihre Referendumswürdigkeit hin überprüfen als mit dem heutigen Instrumentarium.

Gesamthaft betrachtet führt eine an den Auswirkungen auf das Individuum orientierte Überprüfung der Legitimationsbedürftigkeit von Staatsverträgen zu einer grösseren "Treffsicherheit" als das gängige Kriterium der multilateralen Rechtsvereinheitlichung. Im Gegensatz zu letzterem, das von der Praxis oftmals stark begrifflich und statisch gehandhabt wird, erlaubt eine individualrechtlich ausgerichtete Referendumsprüfung sowohl kohärentere Entscheidungslinien als auch differenziertere Ergebnisse.

Wäre es an sich wünschbar, mittels einer formellen Verfassungsrevision das wenig aussagekräftige Merkmal der multilateralen Rechtsvereinheitlichung durch ein individualrechtlich orientiertes Kriterium zu ersetzen, können die hier gewonnenen Erkenntnisse doch auch schon im Rahmen des geltenden Rechts fruchtbar gemacht werden: Dort nämlich, wo die multilaterale Rechtsvereinheitlichung qualitativ zu beurteilen ist, weil sie nur wenige oder gar nur eine einzige Bestimmung eines Vertrages betrifft. Fehlen der heutigen Praxis griffige (Hilfs-)Kriterien, um solche Fälle differenziert zu beurteilen, so könnte diese Lücke durch die jeweilige Prüfung der Auswirkungen auf Private gefüllt werden.

3. Kapitel: Das vereinfachte Verfahren zum Abschluss von Staatsverträgen¹⁷

Allen Kategorien des vereinfachten Abschlussverfahrens liegt ein Opportunitätskriterium zu Grunde: die vom Bundesrat alleine abzuschliessenden Verträge rechtfertigen nicht den Gebrauch des vergleichsweise schwerfälligen Verfahrens der parlamentarischen Genehmigung. Während sich jedoch fünf Kategorien in jahrzehntelanger Praxis etablieren konnten und schliesslich den Status einer Verfassungspraxis oder gar von Gewohnheitsrecht erreichten, wurde Ende der Achtzigerjahre durch eine gemeinsame Stellungnahme der Direktion für Völkerrecht und des Bundesamtes für Justiz eine neue Kategorie von Regierungsverträgen eingeführt, welche die Lücken der etablierten Typen schliessen sollte (VBP 51 (1987) Nr. 58, S. 369 ff). Als einzige Gruppe stellen diese "Bagatellverträge" ausdrücklich auf inhaltliche Merkmale ab, welche bei den übrigen Kategorien allmählich durch eher formale Kriterien überlagert wurden. Um die Einbusse an parlamentarischer Mitwirkung durch die Schaffung einer weiteren Kategorie von Bundesratsverträgen zu relativieren, schlug die gemeinsame Stellungnahme vor, das Parlament - im Unterschied zu den anderen Kategorien des vereinfachten Verfahrens - jeweils zu informieren und ihm eine nachträgliche Kündigungsmöglichkeit vorzubehalten.

¹⁷ Dieser Teil der Arbeit ist in die laufende Revision des GVG eingeflossen (neuer Art. 47^{bis} b GVG), was gewisse inhaltliche Übereinstimmungen mit dem entsprechenden Bericht der SPK erklärt (Punkt 318; wird im BBl 1999 veröffentlicht).

In der Praxis bewährten sich jedoch die vorgeschlagenen Mechanismen nicht; sowohl die Transparenz wie auch die Möglichkeit der kurzfristigen Kündigung traten immer stärker in den Hintergrund. Heute besteht in der Handhabung der Bagatellverträge praktisch kein Unterschied mehr zu den übrigen Kategorien des vereinfachten Verfahrens. Das rechtfertigt sich inhaltlich insofern, als ein beträchtlicher Teil der als Bagatellabkommen abgeschlossenen Verträge auch einer anderen Kategorie hätten zugewiesen werden können. Und umgekehrt: fast alle vom Bundesrat auf Grund einer ausdrücklichen oder einer stillschweigenden Ermächtigung abgeschlossenen Verträge hätten ebenfalls die negativen Abgrenzungskriterien der Bagatellität erfüllt.

Tatsächlich zeigt die Praxis des vereinfachten Vertragsabschlussverfahrens, dass sich die Kategorien in ihrer Handhabung nicht immer eindeutig voneinander trennen lassen, denn bis heute hat sich kein klares Muster herausgebildet. Lassen sich die vom Bundesrat genehmigten Verträge nicht in klar konturierte Klassen einordnen, so ist ihnen doch allen eines gemeinsam: die Einschätzung, dass ihnen ein breiteres Legitimationsbedürfnis oder die "Parlamentswürdigkeit" abgeht. Bei allen Typen lässt sich eine - mehr oder minder offene - Wertung nachweisen, welche selbst bei Vorliegen einer gesetzlichen Kompetenzdelegation dazu führt, dass der Bundesrat keine "wesentlichen" oder bedeutenden Verträge in eigener Kompetenz abschliesst. Die Prüfung der Wesentlichkeit eines Vertrages, die Frage, ob sich eine Genehmigung durch das Parlament tatsächlich rechtfertigt, zieht sich wie ein roter Faden durch die gesamte Praxis und scheint das entscheidende Element für die Wahl des vereinfachten Verfahrens zu sein. Am anschaulichsten lässt sich dieser Befund anhand jener Verträge aufzeigen, die vom Bundesrat dem Parlament zugewiesen werden, obwohl sie sich einer der Kategorien des einfachen Verfahrens zuweisen liessen.

Die Frage, ob sich die Wesentlichkeit in allen Fällen - sowohl bei Bagatellverträgen wie bei den anderen Typen der Regierungsabkommen - nach den gleichen Kriterien bemisst, ist schwierig zu beantworten, weil die vergleichsweise spärliche Praxis zu den Bagatellabkommen diesbezüglich keine klar definierbaren Vorgaben liefert. Allerdings zeigt sich klar, dass die in der gemeinsamen Stellungnahme genannten negativen Abgrenzungskriterien der Bagatellität - kein Erfordernis von Gesetzesänderungen, kein Eingriff in rechtlich geschützte Interessen von Individuen

und keine bedeutenden finanziellen Aufwendungen - auch auf die anderen Kategorien angewendet werden. Ausnahmen finden sich einzig bei gewissen Verträgen, die auf Grund einer impliziten Kompetenz in Art. 25 ANAG vom Bundesrat genehmigt wurden, sowie bei den wenigen Abkommen, die sich – wie beispielsweise die Investitionsschutzabkommen - auf gesetzliche Kompetenzdelegationen mit *präzisen* inhaltlichen Vorgaben abstützen.

Die Räte werden ab 1. Januar 2000, Datum des Inkrafttretens der neuen Bundesverfassung, eine gesetzliche Regelung über die verschiedenen Kategorien des vereinfachten Verfahrens erlassen müssen (Art. 166 Abs. 2 nBV). Der Vorteil einer Verankerung im GVG besteht darin, dass dem Bundesrat eine klare Kompetenz zum Abschluss aller unwichtigen Verträge übertragen werden kann. Allerdings werden generelle gesetzliche Bestimmungen die einzelnen Kategorien nicht präziser erfassen können als die Stellungnahme DV/BJ oder die schon heute in Spezialgesetzen bestehenden Delegationsnormen. Letztere lehren zudem, dass selbst dort, wo die abzuschliessenden Verträge in einem gewissen Masse vorhersehbar sind, Delegationsnormen auf Grund der Unwägbarkeit von Vertragsverhandlungen sehr offen gefasst werden müssen. Das gilt *a fortiori* für ein generelles Gesetz über die bundesrätliche Vertragsmacht, welches deshalb realistischerweise nur wenig mehr als Blankodelegationen erteilen können wird. Schliesslich werden sich auch trotz der entsprechenden Bemühungen der Wissenschaft die Kriterien der Wesentlichkeit, bzw. der Unwesentlichkeit normativ noch kaum in befriedigender Weise eingrenzen lassen. Immerhin finden sich aber einige negative Abgrenzungen, wie sie die Praxis schon heute kennt.

Der schwer wiegendste Mangel der heutigen Praxis besteht jedoch nicht in unterschiedlichen Auffassungen über den Begriff der Wesentlichkeit. Ausser in einem einzigen Fall wurde noch nie ein vom Bundesrat abgeschlossener Vertrag von einem dazu berufenen Organ – Bundesversammlung oder Bundesgericht - als kompetenzwidrig bezeichnet (BGE 120 Ib 365). Die hauptsächliche Schwäche besteht in der fehlenden Transparenz der bundesrätlichen Genehmigungspraxis. Solange der Bundesrat keine Rechenschaft über die von ihm genehmigten Abkommen ablegen muss, bleibt auch eine noch so genaue Umschreibung seiner Kompetenzen gegenstandslos. Sachgerechter als die Legaldefinition der Wesentlichkeit sowie der einzelnen Kategorien des vereinfachten Ver-

fahrens ist daher die Verpflichtung auf eine regelmässige Berichterstattung.

Eine gesetzliche Regelung sollte deshalb vorsehen, dass der Bundesrat jährlich einen Bericht zuhanden des Parlamentes verfasst, in welchem er - analog zum Aussenwirtschaftsbericht - Rechenschaft ablegt über die von ihm eingegangenen staatsvertraglichen Beziehungen. Eine solche Berichterstattung könnte die abgeschlossenen Verträge nicht nur gemäss den gewohnten Kriterien der vereinfachten Verfahren einteilen, sondern sie allenfalls auch unter dem Gesichtspunkt ihrer jeweiligen inhaltlichen Bedeutung - z.B. ihrer Auswirkungen auf Private oder ihrer finanziellen Folgekosten - beleuchten und dabei die Erkenntnisse der Wesentlichkeitstheorie auch für Regierungsabkommen fruchtbar machen. Selbst wenn das Parlament wie nach heutiger Regelung bloss Kenntnis nimmt von bundesrätlichen Berichten und diese nicht formell zu genehmigen hat (Art. 44^{bis} GVG), bliebe ihm die Möglichkeit unbelassen, durch entsprechende Hinweise Kritik an der bundesrätlichen Praxis zu üben und dieser für die Zukunft entsprechende Schranken zu setzen. In ganz krasen Fällen schliesslich kann es den Bundesrat auch mittels Motion auffordern, ihm einen Vertrag nachträglich im ordentlichen Verfahren zu unterbreiten oder ihn gar zu kündigen. Um solche Meinungsverschiedenheiten indes schon frühzeitig aus dem Weg zu räumen, sollte der Bundesrat die aussenpolitischen Kommissionen oder bei Bedarf die zuständigen Fach-Kommissionen vermehrt auch beim Abschluss von Regierungsverträgen zu Rate ziehen.