

## Zur Übernahme weiterentwickelten EU-Rechts durch den Bundesrat

### Selbständige Vertragsschlusskompetenzen im Rahmen der Bilateralen Abkommen am Beispiel der Liberalisierung des internationalen Schienenpersonenverkehrs

Astrid Epiney, Nula Frei

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

**Astrid Epiney/Nula Frei, Zur Übernahme weiterentwickelten EU-Rechts durch den Bundesrat. Selbständige Vertragsschlusskompetenzen im Rahmen der Bilateralen Abkommen am Beispiel der Liberalisierung des internationalen Schienenpersonenverkehrs, 24 S., Jusletter vom 12. August 2019.**

**Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.**

*Die meisten der sog. «Bilateralen Abkommen» sehen Mechanismen zur Anpassung der Abkommen an Weiterentwicklungen auf Unionsebene vor. Die Übernahme dieser Anpassungen durch die Schweiz wirft die Frage nach der Kompetenz zum Entscheid über die Übernahme auf, stellt doch jede Rechtsübernahme einen neuen völkerrechtlichen Vertrag dar, der dem Parlament zur Genehmigung vorgelegt werden muss, sofern nicht dem Bundesrat eine selbständige Vertragsschlusskompetenz zukommt. Der nachfolgende Beitrag analysiert diese Problematik unter Heranziehung der Liberalisierung des internationalen Schienenpersonenverkehrs im Rahmen des Landverkehrsabkommens als aktuelles Beispiel.*

## 1 Einleitung

Die meisten<sup>1</sup> der sog. „Bilateralen Abkommen“<sup>2</sup> zwischen der Schweiz und der EU<sup>3</sup> sind in dem Sinn statisch ausgestaltet, dass sie auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Unterzeichnung abstellen. Materielle Weiterentwicklungen der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien erfolgen grundsätzlich nicht „automatisch“ oder „dynamisch“.<sup>4</sup> Soweit die Abkommen allerdings an Unionsrecht anknüpfen, was bei zahlreichen, insbesondere auch den sog. Marktzugangsabkommen sowie politisch bedeutsamen Abkommen der Fall ist, stösst dieser statische Ansatz insofern auf Schwierigkeiten, als sich das

---

<sup>1</sup> Von diesem Prinzip weichen derzeit lediglich das Luftverkehrsabkommen sowie die Schengen- und Dublin-Assoziierung ab, welche von dynamischen Rechtsentwicklungen und deren Übernahme ausgehen.

<sup>2</sup> Der Ausdruck „Bilaterale Abkommen“ wird soweit ersichtlich im Wesentlichen in der Schweiz gebraucht und ist im Gegensatz zu dem als multilateral angesehenen Ansatz des EWR zu sehen. Aus rechtlicher Sicht ist er jedoch zumindest ungenau, da die Abkommen teilweise multilaterale Abkommen (da die Mitgliedstaaten beteiligt sind, so dass es insofern um multilaterale Abkommen geht) darstellen. Daher trifft der Ausdruck „sektorielle Abkommen“ die Rechtslage eigentlich besser, da er Bezug auf die bereichsspezifische Regelung der verschiedenen Dossiers nimmt.

<sup>3</sup> Die „Bilateralen I“ wurden am 21.6.1999 unterzeichnet und sind am 1.6.2002 in Kraft getreten. Sie betreffen die Bereiche Personenfreizügigkeit, Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Austragswesen, vgl. den Text aller Abkommen in BBI 1999, 6489 ff., ABl. 2002 L 114, 1 ff. Die „Bilateralen II“ wurden im Oktober 2004 unterzeichnet und sind sukzessive in Kraft getreten. Sie erfassen u.a. verarbeitete Landwirtschaftsprodukte, Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur, Zusammenarbeit im Bereich der Statistik, Teilnahme an verschiedenen Programmen in den Bereichen Bildung, Berufsbildung und Jugend, „Schengen“ und „Dublin“, Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung, vgl. den Text aller Abkommen in BBI 2004, 5965 ff.

<sup>4</sup> Vgl. zu den Charakteristika der Bilateralen Abkommen im Allgemeinen und der Frage der Rechtsübernahme und Rechtsentwicklung bei Abkommen, die sich (teilweise) an Unionsrecht anlehnen bzw. dieses übernehmen, im Besonderen EPINEY ASTRID/AFFOLTER SIAN, *The Swiss Way: 120 Agreements but no Perspective?*, in: Thomas Giegerich/Desirée C. Schmidt/Sebastian Zeitmann (Hrsg.), *Flexibility in the EU and Beyond. How Much Differentiation Can European Integration Bear?*, Baden-Baden 2017, 297 ff.; EPINEY, in: *Bilateralismus – was sonst?*, 25 ff., jeweils m.w.N.

Unionsrecht weiterentwickelt, was zu einem «Auseinanderklaffen» der relevanten Abkommensinhalte und des Unionsrechts führt, so dass gewisse Ziele der Abkommen nicht mehr erreicht werden können. Denn der Hintergrund dieser Anknüpfung besteht in der Regel gerade darin, im Verhältnis zur Schweiz insoweit (d.h. soweit an Unionsrecht angeknüpft wird) eine parallele Rechtslage wie innerhalb der Union zu gewährleisten.<sup>5</sup>

Vor diesem Hintergrund sehen zahlreiche der Bilateralen Abkommen Weiterentwicklungen der Abkommen vor. Von besonderer Bedeutung ist dabei die den Gemischten Ausschüssen der einzelnen Bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU eingeräumte Kompetenz, die Anhänge der Abkommen (die häufig auf Unionsrechtsakte verweisen und die Schweiz verpflichten, diese anzuwenden bzw. eine gleichwertige Rechtslage zu gewährleisten) zu modifizieren. Auf diese Weise können die unionsrechtlichen Entwicklungen in die Abkommen „integriert“ bzw. übernommen werden, so dass sie im Ergebnis auch für die Schweiz verbindlich werden. So sieht beispielsweise Art. 52 des Landverkehrsabkommens (LVA)<sup>6</sup> die Kompetenz des Gemischten Landverkehrsausschusses vor, gewisse Anhänge zu modifizieren.

Die Art und Weise der Vertretung der Vertragsparteien im Gemischten Ausschuss sowie die Befugnisse der Vertreter der Vertragsparteien bestimmen sich nach dem einschlägigen nationalen Recht. Dies gilt auch für die Frage, unter welchen Voraussetzungen einer Anpassung der Anhänge und damit einer Weiterentwicklung des betreffenden Abkommens zugestimmt werden darf.

Die Schweiz ist in den Gemischten Ausschüssen durch den Bundesrat vertreten (der sich seinerseits vertreten lassen kann). Da eine Modifikation der Anhänge aus der Sicht des schweizerischen Verfassungsrechts im Ergebnis einen (neuen) völkerrechtlichen Vertrag darstellt, darf der Bundesrat einer solchen Änderung nur unter der Voraussetzung zustimmen, dass den diesbezüglichen Anforderungen des nationalen Rechts Genüge getan ist, womit die Frage nach dem anwendbaren (innerstaatlichen) Vertragsabschlussverfahren aufgeworfen wird. Namentlich stellt sich die Frage nach der Kompetenz zum Vertragsabschluss. Während nämlich grundsätzlich die Bundesversammlung zur Genehmigung völkerrechtlicher Verträge zuständig ist, kann der Bundesrat in gewissen, genau umschriebenen Konstellationen auch ohne parlamentarische Genehmigung völkerrechtliche Verträge abschliessen.

Dass sich dabei erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben können, liegt auf der Hand. Die Auswirkungen dieser Abgrenzung sind durchaus nicht unbedeutend: Während in einem Fall der Bundesrat selbständig den Vertrag abschliessen kann und den Vertragsabschluss unter Umständen gar an ein Bundesamt delegieren kann, muss im anderen Fall das Parlament entscheiden, womit in der Regel eine Botschaft zu verfassen ist (teilweise gestützt auf eine vorhergehende Vernehmlassung) und der Vertrag normalerweise auch dem fakultativen Referendum unterliegt.

Diese Abgrenzungsschwierigkeiten werden sich in Zukunft voraussichtlich noch akzentuieren, wenn im Entwurf des sog. «Institutionellen Rahmenabkommens» (InstA) vom 23. November 2018 vorgesehen, für einige der sektoriellen Abkommen – dem Personenfreizügigkeits-, Luftverkehrs-, Landverkehrsabkommen, dem Abkommen über landwirtschaftliche Erzeugnisse und technische Handelshemmnisse, sowie allfällige zukünftige Marktzugangsabkommen wie z.B. Strom – eine grundsätzliche Übernahmepflicht im Sinne einer dynamischen Rechtsübernahme vereinbart werden sollte (Art. 5 InstA).<sup>7</sup> Auch hier würde aber die Übernahme wie bis anhin mittels einer Modifikation des Anhangs des jeweiligen Marktzugangsabkommens erfolgen. Am innerstaatlichen Genehmigungsverfahren ändert diese dynamische Rechtsübernahme folglich nichts; Unterschiede könnten sich im Vergleich zur heutigen Situation voraussichtlich vor allem in Bezug auf die Anzahl oder Häufigkeit der notifizierten Weiterentwicklungen, die von der Schweiz zu übernehmen wären, ergeben. Die «Versuchung», zur Entlastung des Politbetriebs diese Weiterentwicklungen nicht durch das Parlament, sondern durch den

<sup>5</sup> Vgl. zu diesem Aspekt bzw. den entsprechenden Zielsetzungen der Abkommen ausführlich, m.w.N., EPINEY ASTRID/METZ BEATE/PIRKER BENEDIKT, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zürich 2012, 95 ff., 191 ff.

<sup>6</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (Landverkehrsabkommen, LVA), SR 0.740.72.

<sup>7</sup> Vgl. zum Entwurf des Institutionellen Abkommens EPINEY ASTRID, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU. Überblick und erste Einschätzung, Jusletter vom 17.12.2018.

Bundesrat oder die ihn vertretenden Departemente oder Bundesämter ratifizieren zu lassen, könnte grösser sein, muss aber weiterhin die verfassungsrechtliche Kompetenzaufteilung wahren.

Diese Abgrenzungsproblematik soll vorliegend anhand eines aktuellen Beispiels untersucht werden. Eine solche Frage stellt sich nämlich aktuell im Rahmen des Landverkehrsabkommens und zwar konkret im Bereich des internationalen Schienenpersonenverkehrs. Die EU hat diesen ihrerseits seit 2007 sukzessive liberalisiert und im Jahr 2010 die vollständige Marköffnung vollzogen, womit sich die Frage nach einer Anpassung des Anhangs zum LVA und für die Schweiz damit nach der Rechtsübernahme stellt. Nebst politischen, planerischen und verhandlungsstrategischen Überlegungen – welche hier nicht näher untersucht werden – ist dabei fraglich, ob der Bundesrat im Rahmen seiner Mitwirkung im Gemischten Ausschuss des Landverkehrsabkommens befugt wäre, einer Übernahme der entsprechenden unionsrechtlichen Rechtsnormen in den Anhang des Landverkehrsabkommens (mit der Folge ihrer Verbindlichkeit für die Schweiz) ohne „Umweg“ durch das Parlament zuzustimmen, so dass das Parlament lediglich im Rahmen seiner jährlichen Berichterstattung nachträglich unterrichtet werden müsste, oder ob, gestützt auf die einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben, ein solcher Beschluss erst nach einer Genehmigung durch die Bundesversammlung möglich wäre. Wie sich zeigen wird, hängt die Beantwortung der Frage stark von der Auslegung der bestehenden Delegationsnormen sowie der Tragweite des Abkommens ab.

Zur Beantwortung dieser Fragen werden zunächst in einem ersten Schritt die Vertragsschlusskompetenzen des Bundesrats allgemein sowie spezifisch im Rahmen der Gemischten Ausschüsse dargelegt (2). In einem zweiten Schritt wird sodann geprüft, ob der Bundesrat in der hier interessierenden Konstellation der Marköffnung des grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehrs befugt ist, selbständig einer Änderung des Anhangs zum Landverkehrsabkommen zuzustimmen oder ob ein entsprechender Beschluss des Gemischten Ausschusses zunächst vom Parlament genehmigt werden muss (3). Der Beitrag endet mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse sowie einem kurzen Fazit (4).

## **2 Zur Reichweite der Vertragsschlusskompetenzen des Bundesrats – unter besonderer Berücksichtigung seiner Befugnisse im Gemischten Landverkehrsausschuss**

Die Frage nach der Reichweite der Vertragsschlusskompetenzen des Bundesrates im Rahmen des Gemischten Landverkehrsausschusses (2.2) ist vor dem Hintergrund der diesbezüglichen allgemeinen Grundsätze zu sehen (2.1), welche nachfolgend kurz skizziert werden sollen.<sup>8</sup> Der Abschnitt schliesst mit einem Zwischenfazit und einem Hinweis auf das weitere Vorgehen (2.3).

### **2.1 Das innerstaatliche Vertragsschlussverfahren**

#### **2.1.1 Grundlagen**

Das Verfahren zum Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages weist eine völkerrechtliche und eine innerstaatliche Komponente auf und besteht in der Regel aus sechs Schritten: Verhandlungen, Annahme des Vertragstextes, Unterzeichnung, Genehmigung, Ratifikation sowie Inkrafttreten. Während sich diese Schritte – mit Ausnahme der Genehmigung – grundsätzlich aus den völkerrechtlichen Vorgaben, namentlich der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK), das insoweit Völkergewohnheitsrecht verankert – ergeben,<sup>9</sup> richten sich die Zuständigkeiten für die Vornahme jedes dieser Schritte nach dem Landesrecht. In der Schweiz ist in der Regel der Bundesrat, der die Schweiz gemäss Art. 184 Abs. 1 BV

<sup>8</sup> Auf Literaturnachweise wird in diesem Zusammenhang weitgehend verzichtet. Vgl. allgemein insbesondere zum innerstaatlichen Genehmigungsverfahren in der Schweiz, m.w.N., EPINEY ASTRID, Art. 166 N 24 ff., in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

<sup>9</sup> Vgl. zum völkerrechtlichen Vertragsschlussverfahren, m.w.N., KALIN WALTER/EPINEY ASTRID/CARONI MARTINA/KÜNZLI JÖRG, Völkerrecht. Eine Einführung, 4. Aufl., Bern 2016, 17 ff.

nach aussen vertritt, für die Verhandlungen, Annahme des Vertragstextes sowie die Ratifikation zuständig (Art. 184 Abs. 2 BV).

Der Schritt der innerstaatlichen Genehmigung des Vertrages hingegen ist in der Verfassung geregelt und wird auf Gesetzesstufe weiter konkretisiert. Im Grundsatz unterbreitet der Bundesrat die Verträge der Bundesversammlung zur Genehmigung (Art. 166 Abs. 2 und 184 Abs. 2 BV), bevor er einen Vertrag ratifiziert. Das Parlament kann die Genehmigung erteilen oder ablehnen oder (bei multilateralen Verträgen) den Bundesrat verpflichten, einen bestimmten Vorbehalt abzugeben, jedoch keine Änderungen am Vertrag selber vornehmen.<sup>10</sup> Der Genehmigungsentscheid des Parlaments ergeht in Form des referendumpflichtigen Bundesbeschlusses, sofern ein Referendum möglich oder zwingend ist, andernfalls in Form des einfachen Bundesbeschlusses (Art. 163 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 140 und 141 BV bzw. Art. 24 Abs. 3 ParlG). Von der Genehmigungspflicht durch das Parlament sind gewisse Ausnahmen vorgesehen, so dass der Bundesrat in einigen Fällen auch ohne Genehmigung des Parlaments einen Vertrag selbständig abschliessen kann (dazu sogleich unten, 2.).<sup>11</sup>

In gewissen Fällen ist auch das Volk an der innerstaatlichen Genehmigung des Vertrages beteiligt, nämlich dann, wenn ein fakultatives oder obligatorisches Staatsvertragsreferendum vorgesehen ist. Das Referendum richtet sich dabei gegen den Genehmigungsbeschluss des Parlaments. Dem obligatorischen Referendum unterstehen völkerrechtliche Verträge, die den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften bezwecken (Art. 140 Abs. 1 lit. b BV). Dem fakultativen Referendum unterstehen Verträge, die unbefristet und unkündbar sind, die den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen, sowie solche, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert (Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 1-3 BV).

Unterliegt ein völkerrechtlicher Vertrag dem fakultativen oder obligatorischen Referendum oder betrifft er wesentliche Interessen der Kantone, so muss im Vorfeld eine Vernehmlassung durchgeführt werden (Art. 3 Abs. 1 lit. c VIG). Auch bei Verträgen, die nicht dem Referendum unterstehen, ist eine Vernehmlassung durchzuführen, wenn sie von grosser politischer, finanzieller, wirtschaftlicher, ökologischer, sozialer oder kultureller Tragweite sind (Art. 3 Abs. 2 VIG).

Der Vollständigkeit halber sei die föderale Kompetenzaufteilung erwähnt: Grundsätzlich ist der Bund für die Aussenpolitik zuständig (Art. 54 Abs. 1 BV). Gemäss Art. 56 Abs. 1 und 2 BV dürfen die Kantone in ihrem eigenen Zuständigkeitsbereich Verträge mit dem Ausland schliessen, sofern diese dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen.

### 2.1.2 Selbständige Vertragsschlusskompetenzen des Bundesrates

Von der grundsätzlichen Genehmigungspflicht völkerrechtlicher Verträge durch das Parlament kann abgewichen werden bei Verträgen, für deren Abschluss auf Grund eines Bundesgesetzes oder eines von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtlichen Vertrages der Bundesrat zuständig ist (Art. 166 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 24 Abs. 2 ParlG). Näher ausgeführt wird diese selbständige Vertragsabschlusskompetenz in Art. 7a RVOG, welcher drei Konstellationen nennt, in denen der Bundesrat einen Vertrag ohne vorgängige Genehmigung des Parlaments ratifizieren darf:

- Ermächtigung in einem spezifischen Bundesgesetz (Art. 7a Abs. 1 RVOG): Zahlreiche Bundesgesetze enthalten Delegationen, mit denen dem Bundesrat eine Kompetenz eingeräumt wird, in einem bestimmten Bereich völkerrechtliche Verträge abzuschliessen. Es darf sich dabei aber nicht um „Blankodelegationen“ handeln, sondern das Gesetz muss dem Bundesrat möglichst klar und bestimmt die grundsätzlichen Leitlinien vorgeben. Eine Generalermächtigung könnte bewirken, dass eine nicht vorhersehbare Zahl völkerrechtlicher Verträge unterschiedlichen Inhalts dem Genehmigungserfordernis entzogen wird.<sup>12</sup> Dabei sind im Ergebnis parallele Grundsätze wie im Bereich der Gesetzesdelegationen an den Bundesrat massgeblich:

<sup>10</sup> Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 392.

<sup>11</sup> Oben, 2.1.2.

<sup>12</sup> BSK BV-EPINEY (Fn. 8), Art. 166 N 31.

Die wesentlichen rechtspolitischen Wertungen müssen mit ausreichender Bestimmtheit im parlamentarischen Gesetz getroffen werden.<sup>13</sup>

Der Hintergrund für die Zulässigkeit solcher Ermächtigungen des Bundesrates ergibt sich aus der Tatsache, dass sie in einem Erlass enthalten sind, der von der Bundesversammlung verabschiedet wurde und dem Referendum untersteht.<sup>14</sup>

- Ermächtigung in einem von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtlichen Vertrag (Art. 7a Abs. 1 RVOG): In Bezug auf die hier zu beachtenden Vorgaben kommen parallele Grundsätze wie in Bezug auf die Ermächtigung in einem spezifischen Bundesgesetz zum Tragen.
- Verträge von beschränkter Tragweite (sog. Bagatellverträge, Art. 7a Abs. 2 RVOG) darf der Bundesrat schliesslich ebenfalls ohne vorherige parlamentarische Genehmigung abschliessen. Im Verhältnis zur Ermächtigung in einem spezifischen Bundesgesetz gemäss Art. 7a Abs. 1 RVOG handelt es sich bei Art. 7a Abs. 2 RVOG um eine subsidiäre Generalklausel, weil sie unabhängig vom jeweiligen Bereich für alle Verträge von beschränkter Tragweite gilt. Konsequenterweise beruht die Vertragsschlusskompetenz des Bundesrates nicht auf Artikel 7a Abs. 2 RVOG, wenn eine sektorielle Delegation in einem Spezialgesetz besteht; in diesem Fall stellt die sektorielle Delegation eine *lex specialis* dar und ermöglicht *a fortiori* sowohl den Abschluss von Verträgen von beschränkter Tragweite als auch von solchen mit weitergehender Tragweite.<sup>15</sup> Bei den erwähnten Bagatellverträgen geht es letztlich um eine spezielle Form der Ermächtigung in einem Bundesgesetz, nämlich dem RVOG, welches – im Gegensatz zu den sektorspezifischen Bundesgesetzen – eine generelle Kompetenz des Bundesrates begründet, Verträge von beschränkter Tragweite selbständig abzuschliessen. Damit soll das Parlament von unwesentlichen Geschäften entlastet werden.<sup>16</sup> Als Verträge von beschränkter Tragweite gelten gemäss Art. 7a Abs. 3 RVOG namentlich folgende Kategorien von Abkommen:
  - Verträge, die keine neuen Pflichten begründen oder keinen Verzicht auf bestehende Rechte zur Folge haben (lit. a): Diese Bestimmung dient heute beispielsweise als Grundlage für den Abschluss von Abkommen, mit denen bestimmte Entwicklungen des Schengen-Besitzstandes übernommen werden, die für die Schweiz keine (neuen) Verpflichtungen mit sich bringen.<sup>17</sup>
  - Verträge, die lediglich dem Vollzug von Verträgen dienen, die von der Bundesversammlung genehmigt worden sind und lediglich die im Grundvertrag bereits festgelegten Rechte, Pflichten oder organisatorischen Grundsätze näher ausgestalten (lit. b): Als Vollzugsverträge sollen Verträge nur dann gelten, wenn sie die im von der Bundesversammlung genehmigten Grundvertrag bereits festgehaltenen Rechte und Pflichten und organisatorischen Grundsätze näher präzisieren, nicht aber, wenn sie Ergänzungen enthalten, neue, zusätzliche Rechte und Pflichten formulieren oder falls sie die Pflichten auf weitere Bereiche ausdehnen.<sup>18</sup>
  - Verträge, die sich an die Behörden richten und administrativ-technische Fragen regeln (lit. c): Solche Verträge dürfen wirklich nur untergeordnete Bestimmungen enthalten.<sup>19</sup> Als Beispiele für derartige Abkommen gelten etwa Vereinbarungen über den erleichterten Grenzübergang von Rettungsteams bei Katastrophen oder Abkommen, mit denen

<sup>13</sup> TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 27 Rn. 26.

<sup>14</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge von beschränkter Tragweite und über die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge (Änderung des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes und des Parlamentsgesetzes) vom 4. Juli 2012, BBl 2012 7473.

<sup>15</sup> Botschaft Änderung RVOG und ParlG (Fn. 14).

<sup>16</sup> THÜRER DANIEL, Art. 166 BV N 44, in: Ehrenzeller, Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer/Vallender, Klaus (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/Basel 2014.

<sup>17</sup> Botschaft Änderung RVOG und ParlG (Fn. 14), 7474.

<sup>18</sup> Botschaft Änderung RVOG und ParlG (Fn. 14), 7490 f.

<sup>19</sup> Botschaft Änderung RVOG und ParlG (Fn. 14), 7492.

bestimmte technische Entwicklungen des Schengen-Besitzstandes übernommen werden.<sup>20</sup>

Das Gesetz präzisiert ebenfalls, welche Verträge jedenfalls nicht als solche mit beschränkter Tragweite gelten (Art. 7a Abs. 4 RVOG). Ein völkerrechtlicher Vertrag, der zwar (*a priori*) unter eine der Kategorien von Absatz 3 subsumiert werden kann, darf vom Bundesrat gestützt auf diese Bestimmung also gleichwohl nicht selbstständig abgeschlossen werden, wenn eines der in Absatz 4 genannten Kriterien zutrifft.<sup>21</sup> Dies ist namentlich der Fall, wenn der Vertrag

- dem fakultativen Staatsvertragsreferendum nach Art. 141 Abs. 1 lit. d BV untersteht (lit. a), womit klargestellt wird, dass der Bundesrat keine Verträge mit gesetzvertretendem Inhalt ohne Genehmigung des Parlaments abschliessen darf,<sup>22</sup>
- Bestimmungen über Gegenstände enthält, deren Regelung in die ausschliessliche Zuständigkeit der Kantone fällt (lit. b), oder
- einmalige Ausgaben von mehr als fünf Millionen Franken oder wiederkehrende Ausgaben von mehr als zwei Millionen Franken pro Jahr verursacht (lit. c).

Die Konkretisierung der Verträge mit beschränkter Tragweite ist sowohl im Fall von Absatz 3 als auch bei Absatz 4 lediglich exemplarisch („namentlich“). Es kann also auch in weiteren Konstellationen, die nicht explizit in Art. 7a Abs. 2-4 RVOG aufgeführt sind, ein Vertrag von beschränkter Tragweite vorliegen. Massgebliches Kriterium für die Beurteilung der Frage, ob der Bundesrat einen Vertrag selbstständig abschliessen kann, ist stets die „beschränkte Tragweite“, wobei das Gesetz, wie dargestellt, keine allgemeingültige, abschliessende Definition dieses Begriffs enthält. Der Bundesrat nennt als weitere Kriterien zur Beurteilung u.a., ob ein Vertrag in die rechtlich geschützten Interessen Privater eingreift, eine Gesetzesänderung erfordert oder ob er sich „problemlos“ in das allgemeine innen- und aussenpolitische sowie das wirtschaftliche Umfeld einfügt.<sup>23</sup>

Von besonderer Bedeutung dürfte dabei sein, auf welcher Normstufe eine ggf. notwendige innerstaatliche Rechtsanpassung erfolgt bzw. zu erfolgen hat. Muss ein völkerrechtlicher Vertrag auf Gesetzesebene umgesetzt werden, ist aufgrund der ausschliesslichen Gesetzgebungskompetenz des Parlaments zwingend eine Genehmigung des Parlaments einzuholen, und es kann entsprechend auch kein Vertrag von beschränkter Tragweite vorliegen. Da die Kompetenz zur Änderung von Bundesgesetzen nämlich dem Parlament zusteht und Bundesgesetze zudem dem fakultativen Referendum unterstehen, darf der Bundesrat kein Abkommen abschliessen, welches die Schweiz verpflichtet, Änderungen von Bundesgesetzen vorzunehmen, würde doch sonst schon die Entscheidung des Parlaments und gegebenenfalls des Volkes vorweggenommen. Kann hingegen eine Umsetzung auf Verordnungsebene erfolgen, so kann in der Regel (sofern die restlichen Voraussetzungen erfüllt sind, d.h. Vorliegen einer Delegationsnorm oder Vertrag von beschränkter Tragweite) von einer bundesrätlichen Zuständigkeit ausgegangen werden.<sup>24</sup>

Eine Umsetzung auf Gesetzesebene drängt sich dann auf bzw. ist geboten, wenn es sich um wichtige rechtsetzende Bestimmungen handelt (Art. 164 Abs. 1 BV).<sup>25</sup> Verträge, welche Materien betreffen, die in die Kompetenz der Bundesversammlung fallen bzw. die Anpassungen von Bundesgesetzen nötig machen, müssen dem Parlament mit einer Botschaft vorgelegt werden.

<sup>20</sup> Botschaft Änderung RVOG und ParlG (Fn. 14), 7474.

<sup>21</sup> Botschaft Änderung RVOG und ParlG (Fn. 14), 7492.

<sup>22</sup> Botschaft Änderung RVOG und ParlG (Fn. 14), 7493. Nicht genannt, aber wohl (*a fortiori*) mitgemeint, sind Verträge, die dem obligatorischen Referendum nach Art. 140 Abs. 1 lit. b BV unterstehen (wobei bei diesen aber auch die Voraussetzungen des Art. 7a Abs. 3 RVOG wohl kaum jemals vorliegen werden).

<sup>23</sup> Botschaft Änderung RVOG und ParlG (Fn. 14), 7475 mit Verweis auf VPB 51/IV, 1987, Nr. 58, 383.

<sup>24</sup> EDA/EVD/EJPD, Aide-mémoire: Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, 6. September 2007, online unter [https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/publikationen\\_dea/Aide-m%C3%A9moire-final\\_fr.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/publikationen_dea/Aide-m%C3%A9moire-final_fr.pdf), 6.

<sup>25</sup> Dazu gehören insbesondere die Bestimmungen über die Ausübung der politischen Rechte, die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte, die Rechte und Pflichten von Personen, den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben, die Aufgaben und die Leistungen des Bundes, die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts sowie die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden (Art. 164 Abs. 1 lit. a-g BV).

Erforderliche Gesetzesänderungen können in den Genehmigungsbeschluss des Parlaments aufgenommen werden (Art. 141a Abs. 2 BV).

Rein quantitativ gesehen wird die grosse Mehrheit (über 90%) der von der Schweiz eingegangenen Verträge vom Bundesrat selbständig abgeschlossen.<sup>26</sup> Der Bundesrat legt der Bundesversammlung jährlich einen Bericht über die von ihm selbständig abgeschlossenen Verträge vor (Art. 48a Abs. 2 RVOG). In dieser Form erfolgt eine nachträgliche parlamentarische Kontrolle.<sup>27</sup> Stellt die Bundesversammlung nachträglich fest, dass der Bundesrat einen Vertrag selbständig abgeschlossen hat, obwohl er (nach Ansicht der Bundesversammlung) hätte genehmigt werden müssen, kann sie den Bundesrat mit einer Motion beauftragen, ihr den Vertrag nachträglich (mit einer Botschaft) zur Genehmigung vorzulegen; genehmigt die Bundesversammlung den Vertrag daraufhin nicht, ist dieser baldmöglichst zu kündigen.<sup>28</sup>

Der Bundesrat kann die Zuständigkeit zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge auch an ein Departement delegieren. Handelt es sich um einen Vertrag von beschränkter Tragweite i.S.v. Art. 7a Abs. 2 RVOG, kann er diese Zuständigkeit zudem weiter an eine Gruppe oder an ein Bundesamt delegieren (Art. 48a Abs. 1 RVOG).

## 2.2 Rechtsübernahme im Rahmen des Landverkehrsabkommens

Das Landverkehrsabkommen basiert, wie die meisten der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, auf dem Grundsatz der Gleichwertigkeit (Art. 1 Abs. 2 LVA) und strebt eine Parallelität der Rechtslage zwischen der Schweiz und der EU an.<sup>29</sup> Aus diesem Grund enthält das Abkommen einen Mechanismus zur Übernahme von weiterentwickeltem Unionsrecht, der im Folgenden dargestellt wird (2.2.1), bevor auf das innerstaatliche Genehmigungsverfahren eingegangen wird (2.2.2).

### 2.2.1 Grundsätzliches

Der „Gemischte Landverkehrsausschuss Gemeinschaft/Schweiz“ (Art. 51 Abs. 1 LVA) ist zuständig für die Verwaltung und ordnungsgemässe Anwendung des Landverkehrsabkommens. Er setzt sich aus Vertretern der Schweiz und der EU zusammen und trifft seine Entscheidungen mit Einstimmigkeit. Er kann Empfehlungen formulieren und in den spezifischen Fällen, die im Abkommen vorgesehen sind, verbindliche Beschlüsse fassen (Art. 51 Abs. 1 LVA). Die Schweiz ist in den Gemischten Ausschüssen grundsätzlich durch den Bundesrat vertreten, der seinerseits diese Befugnis an Departemente und Ämter delegieren kann.<sup>30</sup>

Das Landverkehrsabkommen strebt aufgrund des Grundsatzes der Gleichwertigkeit (Art. 1 Abs. 2 LVA) eine Parallelität der Rechtslage zwischen der Schweiz und der EU in diesem Sachbereich an.<sup>31</sup> Jede Vertragspartei behält zwar die Autonomie über ihre Rechtsetzung (Art. 52 Abs. 1 LVA), hat aber die Verpflichtung, das gute Funktionieren der Abkommen sicherzustellen. Hierzu findet im Rahmen des Gemischten Landverkehrsausschusses eine ständige Überwachung der Gleichwertigkeit der Rechtsvorschriften statt.<sup>32</sup> Für das Erreichen der Gleichwertigkeit ist keine Wortgleichheit verlangt, sondern es genügt, dass Wirkung und Tragweite der Rechtsnormen in der Schweiz und in der EU einander entsprechen. Wenn die Vertragsparteien übereinstimmen, dass die schweizerische und die europäische Gesetzgebung gleichwertig sind, kann der entsprechende europäische Rechtsakt durch einen Beschluss des Gemischten Landverkehrsausschusses in den Anhang 1 des Abkommens aufgenommen werden.

<sup>26</sup> Botschaft Änderung RVOG und ParlG (Fn. 14), 7475.

<sup>27</sup> Botschaft Änderung RVOG und ParlG (Fn. 14), 7476.

<sup>28</sup> BVGer vom 21.1.2010, A-7789/2009, E. 5.7 („UBS-Amtshilfeabkommen“), Botschaft Änderung RVOG und ParlG (Fn. 14), 7476; aus der Literatur BSK BV-EPINEY (Fn. 8), Art. 166 N 36.

<sup>29</sup> EPINEY/METZ/PIRKER, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 5), 118 ff.

<sup>30</sup> EDA/EVD/EJPD, Aide-mémoire, 6.

<sup>31</sup> EPINEY/METZ/PIRKER, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 5), 118 ff.

<sup>32</sup> KADDOUS, CHRISTINE, Die Zusammenarbeit zwischen der EU und der Schweiz, in: Hatje, Armin/Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Baden-Baden 2014, 937 ff, Rn. 77 f.

Hierzu sieht das Abkommen einen Konsultations- und Informationsmechanismus zwischen den Vertragsparteien in Bezug auf Weiterentwicklungen des Rechts innerhalb des Geltungsbereichs des Landverkehrsabkommens vor (Art. 52 Abs. 2 LVA). Zudem kann der Gemischte Landverkehrsausschuss, um die Gleichwertigkeit zu wahren, entweder einen Beschluss zur Änderung eines der Anhänge des Abkommens treffen (in welchem die entsprechenden EU-Rechtsnormen aufgeführt sind) oder die Änderung einer Bestimmung des Abkommens vorschlagen; weiter kann er einen Beschluss fassen, demzufolge die Änderungen der betreffenden Rechtsvorschriften als vereinbar mit dem Abkommen anzusehen sind, oder er kann andere Massnahmen beschliessen, um das ordnungsgemässe Funktionieren des Abkommens zu gewährleisten (Art. 52 Abs. 4 LVA). Anders als bei der Schengen- und Dublin-Assoziierung sowie beim Luftverkehrsabkommen findet also derzeit keine „automatische“ oder dynamische Anpassung an Weiterentwicklungen des EU-Rechts statt, sondern die Übernahme von Weiterentwicklungen unterliegt einem Verfahren innerhalb des Gemischten Ausschusses.<sup>33</sup> Dem Abkommen lässt sich zudem keine rechtliche Verpflichtung der Schweiz (oder der EU) dahingehend entnehmen, dass sie einer Modifikation der Anhänge und damit der Übernahme der Weiterentwicklung des Unionsrechts im Gemischten Ausschuss zustimmen müsste.<sup>34</sup> Eine solche könnte aber allenfalls unter dem zukünftigen institutionellen Abkommen (Art. 5 InstA) entstehen.

Für den Fall, dass der Gemischte Ausschuss eine Modifikation gemäss Art. 55 Abs. 2 LVA einstimmig beschliesst, ist die Schweiz dazu verpflichtet, diese Änderungen zu beachten und muss gemäss Art. 52 Abs. 6 LVA sicherstellen, dass sie gleichwertige Rechtsakte erlässt und anwendet.<sup>35</sup>

### 2.2.2 Internes Genehmigungsverfahren in der Schweiz

Beschlüsse des Gemischten Landverkehrsausschusses sind für die Vertragsparteien bindend (Art. 51 Abs. 1 LVA). Werden die Anhänge des Landverkehrsabkommens basierend auf eine Rechtsentwicklung geändert, so stellt dies eine Änderung des Abkommens,<sup>36</sup> und damit einen völkerrechtlichen Vertrag im Sinne der Wiener Vertragsrechtskonvention<sup>37</sup> dar.

Entsprechend der oben<sup>38</sup> dargestellten Grundlagen zum innerstaatlichen Vertragsschlussverfahren dürfen Änderungen der Abkommen, inklusive der Anhänge, somit erst nach der Durchführung der Genehmigungsverfahren in der Schweiz und in der Union vorgenommen werden. Dies hat zur Folge, dass die Vertreter der Schweiz im Gemischten Ausschuss einem Beschluss nur zustimmen dürfen, wenn das innerstaatlich zuständige Organ ihnen die entsprechende Ermächtigung erteilt hat.

Die innerstaatliche Zuständigkeit richtet sich nach den oben<sup>39</sup> dargestellten Grundsätzen. Liegt also eine Delegationsnorm in einem Bundesgesetz oder in einem von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtlichen Vertrag vor oder handelt es sich um einen Vertrag von beschränkter Tragweite, kann der Bundesrat ohne vorgängige Genehmigung des Parlaments einer Änderung des Anhangs zustimmen. Bei Verträgen von beschränkter Tragweite kann der Bundesrat diese Befugnis zudem weiter an ein Bundesamt delegieren. In den übrigen Fällen muss der Bundesrat vor der Zustimmung einer Modifikation des Anhangs die Genehmigung des Parlaments einholen.

In unserem Zusammenhang wird hier häufig von Bedeutung sein, ob der entsprechende Beschluss des Gemischten Ausschusses auf Gesetzesstufe umgesetzt werden muss.<sup>40</sup> Damit sind vor der Entscheidung über die Übernahme des neuen Rechts bzw. über die Gleichwertigkeit des bereits geschaffenen Rechts mit dem unionsrechtlichen Besitzstand im Gemischten Ausschuss (bzw. bevor der Bundesrat einem entsprechenden Beschluss zustimmt) in jedem Fall zuerst die genauen Auswirkungen der Übernahme

<sup>33</sup> KADDOUS, Zusammenarbeit EU-Schweiz (Fn. 32), Rn. 85.

<sup>34</sup> EPINEY, ASTRID, Die Trennung der Erbringung von Verkehrsdienstleistungen und des Betriebs der Infrastruktur in Bezug auf die Zuteilung von Fahrwegkapazitäten in der EU - Eine Analyse der unionsrechtlichen Vorgaben und ihrer Relevanz für die Schweiz, Gutachten im Auftrag der Schweizerischen Bundesbahnen, Fribourg/Bern 2010, 10 ff.

<sup>35</sup> S. insoweit auch schon EPINEY, Trennung von Verkehrsdienstleistungen und Infrastruktur (Fn. 34), 11 f.

<sup>36</sup> Vgl. Art. 56 LVA: Die Anhänge 1-10 sind Bestandteil dieses Abkommens. S. auch EDA/EVD/EJPD, Aide-mémoire, 6.

<sup>37</sup> S. die Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. a VRK.

<sup>38</sup> Oben, 2.1.

<sup>39</sup> Oben, 2.1.

<sup>40</sup> Allgemein hierzu oben, 2.1.2.

der fraglichen EU-Rechtsakte auf die schweizerische Gesetzgebung und der sich daraus ergebende Gesetzgebungs- bzw. Revisionsbedarf zu eruieren.<sup>41</sup>

In der Vergangenheit musste beispielsweise in den folgenden Fällen eine Rechtsübernahme im Rahmen der bilateralen Abkommen vorgängig durch das Parlament genehmigt werden:

- Die Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Agentur für Flugsicherheit EASA sollte durch einen Beschluss des Gemischten Luftverkehrsausschusses erfolgen, mit dem die einschlägige Verordnung über die Schaffung der EASA und das dazugehörige Ausführungsrecht in den Anhang zum Luftverkehrsabkommen aufgenommen werden sollten.<sup>42</sup> Die Teilnahme hatte in finanzieller und rechtlicher Hinsicht aber derart weitreichende Bedeutung, dass eine Genehmigung der Bundesversammlung notwendig war und der Beschluss zudem dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterstellt werden musste. Insbesondere gewähren die Bestimmungen des Anhangs des GA-Beschlusses über die Teilnahme der Schweiz an der EASA letzterer das Recht, zur Überwachung der Einhaltung des Unionsrechts Inspektionen in der Schweiz durchzuführen und Untersuchungen von Unternehmen entweder selbst vorzunehmen oder damit die nationalen Behörden oder qualifizierte Stellen zu betrauen. Zudem zog die Änderung des Anhangs eine Anpassung des Luftfahrtgesetzes nach sich.<sup>43</sup>
- Der Beschluss 2/2011 des Gemischten Ausschusses zum Freizügigkeitsabkommen über die Änderung von Anhang III betreffend gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen diente der Übernahme der RL 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, welche die bisherigen EU-Richtlinien ersetzte, die bereits 2007 innerhalb der EU aufgehoben worden waren. Der Beschluss wurde als Vertrag mit einer grösseren Tragweite eingestuft, u.a. aufgrund gewichtiger Auswirkungen auf die Volkswirtschaft,<sup>44</sup> und musste deshalb vom Parlament genehmigt werden.<sup>45</sup> Zudem bedingte seine Umsetzung den Erlass eines Bundesgesetzes.<sup>46</sup>

### 2.3 Zwischenergebnis und weiteres Vorgehen

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass der Bundesrat im Rahmen seiner Mitwirkung in den Gemischten Ausschüssen lediglich dann selbständig – ohne Genehmigung des Parlaments – einer Änderung der Anhänge zustimmen darf, wenn die verfassungs- und gesetzesrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Namentlich ist dies der Fall wenn eine Ermächtigung in einem Bundesgesetz vorliegt, eine Ermächtigung in einem von der Bundesversammlung genehmigten Vertrag zu verzeichnen ist oder bei Verträgen, die von beschränkter Tragweite sind, weil sie entweder keine neuen Pflichten begründen oder keinen Verzicht auf bestehende Rechte zur Folge haben, dem Vollzug bestehender Verträge dienen oder sich an die Behörden richten und administrativ-technische Fragen regeln; nicht jedoch, wenn sie dem fakultativen oder obligatorischen Referendum unterstehen, den Erlass oder die Modifikation von Bundesgesetzen erfordern, Bestimmungen über Gegenstände enthalten, deren Regelung in die ausschliessliche Kompetenz der Kantone fällt, oder wenn sie einmalig oder wiederkehrend hohe Ausgaben verursachen.

Der Bundesrat darf zudem die Zuständigkeit zum Abschluss eines Vertrages an ein Departement oder – sofern es sich um einen Vertrag von beschränkter Tragweite handelt – an eine Gruppe oder ein Bundesamt delegieren.

<sup>41</sup> EDA/EVD/EJPD, Aide-mémoire, 6.

<sup>42</sup> Botschaft über die Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Agentur für Flugsicherheit EASA (Änderung des Anhangs zum Luftverkehrsabkommen Schweiz-EG und des Luftfahrtgesetzes) vom 25. Mai 2005, BBl 2005 3857.

<sup>43</sup> EDA/EVD/EJPD, Aide-mémoire, 7.

<sup>44</sup> Botschaft vom 4. April 2012 zur Genehmigung des Beschlusses Nr. 2/2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz zum Freizügigkeitsabkommen (Änderung von Anhang III des Abkommens, gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen) und zur Umsetzung des Beschlusses (Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen), BBl 2012 4401, 4427.

<sup>45</sup> Botschaft Übernahme Berufsqualifikationsrichtlinie (Fn. 44), 4428.

<sup>46</sup> Bundesgesetz vom 14. Dezember 2012 über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen, SR 935.01 (BGMD).

Zur Beantwortung der vorliegend im Zentrum stehenden Frage wird es deshalb im Folgenden darum gehen, zu untersuchen ob eine dieser Konstellationen im hier interessierenden Fall, nämlich der Öffnung des Markts für den internationalen Schienenpersonenverkehr, einschlägig ist. Ist dies der Fall, dürfte der Bundesrat der Änderung des Anhangs selbständig zustimmen; anderenfalls wäre die Vorlage vorgängig dem Parlament zur Genehmigung zu unterbreiten. Damit zusammenhängend wird nachfolgend auch untersucht, ob eine solche Änderung der Anhänge dem fakultativen Referendum unterstehen würde und ob eine Vernehmlassung durchgeführt werden müsste.

### **3 Zur Öffnung des Marktes für den internationalen Schienenpersonenverkehr**

Die Europäische Union hat den Bereich des internationalen Schienenpersonenverkehrs seit 2007 sukzessive liberalisiert und im Jahr 2010 die vollständige Marktöffnung vollzogen. Da die Schweiz im Rahmen des Landverkehrsabkommens an den Europäischen Eisenbahnraum angegliedert ist, stellt sich für die Schweiz, im Hinblick auf die Parallelität der Rechtslage, die Frage nach der Übernahme dieses Liberalisierungsschrittes. Im Folgenden wird zunächst die Liberalisierung des internationalen Schienenpersonenverkehrs in der EU dargestellt (3.1), bevor die genauen rechtlichen Auswirkungen einer allfälligen Übernahme auf die schweizerische Gesetzgebung und der sich daraus ergebende Gesetzgebungs- bzw. Revisionsbedarf erörtert werden (3.2). Zuletzt wird auf dieser Grundlage geprüft, ob der Bundesrat basierend auf den vorgehend dargestellten Grundsätzen zum selbständigen Vertragsabschluss befugt ist (3.3).

#### **3.1 Die Liberalisierung des internationalen Schienenpersonenverkehrs in der Europäischen Union**

Seit Mitte der 1980er-Jahre verfolgt die Europäische Union eine eigene Eisenbahnpolitik, mit dem Ziel der Schaffung eines Gemeinsamen Eisenbahnraumes und der Erhöhung des Anteils des Schienenverkehrs am Personenverkehr. Dabei wurde der Eisenbahnsektor mittels dreier sog. Eisenbahnpakete sukzessive für den Wettbewerb geöffnet. Ein viertes Paket, mit dem die Schaffung des einheitlichen europäischen Eisenbahnraums abgeschlossen werden soll, wurde im April 2016 (technische Bestimmungen, RL 2016/798/EU) und im Dezember 2016 (Marktöffnung im inländischen Schienenpersonenverkehr, RL 2016/2370/EU) verabschiedet.

Von Relevanz für das vorliegende Thema ist insbesondere das Dritte Eisenbahnpaket. Dieses umfasst die Liberalisierung des grenzüberschreitenden internationalen Personenverkehrs (RL 2007/58/EG resp. Recast-Richtlinie, RL 2012/34/EU), eine Stärkung der Passagierrechte (VO 1371/2007/EG) sowie Vorschriften zur Zertifizierung von Triebfahrzeugführern (RL 2007/59/EG).

Die dem Dritten Eisenbahnpaket zugehörige RL 2007/58/EG<sup>47</sup> zur Öffnung des grenzüberschreitenden Schienenverkehrs ermöglicht seit 2010, dass grenzüberschreitende Bahnangebote auch ohne Kooperation von den Transportunternehmen über die gesamte Linie auf eigene Verantwortung und Rechnung erbracht werden können, sofern sie auf allen Netzteilen die jeweiligen technischen und betrieblichen Vorgaben erfüllen. Unter „grenzüberschreitendem Schienenpersonenverkehr“ ist gemäss Art. 3 Ziff. 5 RL 2012/34/EU ein Dienst zur Beförderung von Fahrgästen, bei dem der Zug mindestens eine Grenze eines Mitgliedstaats überquert und dessen Hauptzweck die Beförderung von Fahrgästen zwischen Bahnhöfen in verschiedenen Mitgliedstaaten ist, zu verstehen; der Zug kann erweitert und/oder geteilt werden, und die verschiedenen Zugteile können unterschiedliche Abfahrts- oder Bestimmungsorte haben, sofern alle Wagen mindestens eine Grenze überqueren. Zudem ist es den Unternehmen erlaubt, im Rahmen dieser Fahrten Binnenverkehr innerhalb des Auslandes zu erbringen (kleine Kabotage), solange der Hauptzweck der Leistung im grenzüberschreitenden Verkehr verbleibt. Ausnahmen werden den Mitgliedstaaten dort gestattet, wo das wirtschaftliche Gleichgewicht eines öffentlichen

---

<sup>47</sup> Richtlinie 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 zur Änderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft sowie der Richtlinie 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur, ABl. L 315 vom 3.12.2007, 44.

Dienstleistungsvertrages gefährdet ist. Die Neufassung der Richtlinie zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (RL 2012/34/EU)<sup>48</sup> übernahm diese Grundsätze im Jahr 2012 in Art. 10 Abs. 2 und Art. 11.<sup>49</sup>

Art. 10 Abs. 2 RL 2012/34/EU lautet wie folgt: „Eisenbahnunternehmen erhalten das Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur in allen Mitgliedstaaten, um grenzüberschreitende Personenverkehrsdienste zu erbringen. Bei der Durchführung eines grenzüberschreitenden Personenverkehrsdienstes haben die Eisenbahnunternehmen das Recht, Fahrgäste an beliebigen Bahnhöfen auf der grenzüberschreitenden Strecke aufzunehmen und an einem anderen abzusetzen, auch an Bahnhöfen in demselben Mitgliedstaat.“

Eine Einschränkung ist gemäss Art. 11 RL 2012/34/EU unter bestimmten Voraussetzungen für Strecken möglich, die Gegenstand von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen sind. Insofern handelt es sich nicht um eine vollständige Liberalisierung, sondern gewisse Einschränkungen bleiben bestehen, und erfasst ist auch nur die „kleine Kabotage“. Art. 11 RL 2012/34/EU lautet wie folgt: „Die Mitgliedstaaten können das in Artikel 10 festgelegte Zugangsrecht auf Strecken zwischen einem Ursprungsort und einem Zielort, die Gegenstand eines oder mehrerer dem geltenden Unionsrecht entsprechender öffentlicher Dienstleistungsaufträge sind, einschränken. Eine derartige Einschränkung darf das Recht zur Beförderung von Fahrgästen zwischen beliebigen Bahnhöfen auf der Strecke eines grenzüberschreitenden Verkehrsdienstes, auch zwischen Bahnhöfen in demselben Mitgliedstaat, nur in dem Fall einschränken, in dem die Ausübung dieses Rechts das wirtschaftliche Gleichgewicht eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags gefährden würde.“

Die Schweiz hat vom Dritten Eisenbahnpaket bisher die RL 2007/59/EG zur Zertifizierung von Triebfahrzeugführern, die Lokomotiven und Züge im Eisenbahnsystem in der Gemeinschaft führen<sup>50</sup> übernommen.<sup>51</sup> Die Vorschriften zur Stärkung der Passagierrechte wurden im Rahmen der Schaffung eines Gesetzes zur Organisation der Bahninfrastruktur (sog. OBI-Vorlage) in das Schweizerische Recht übernommen.<sup>52</sup> Die Übernahme des dritten Elements des Dritten Eisenbahnpakets, die Liberalisierung des internationalen Schienenpersonenverkehrs, wird momentan vom Bundesrat geprüft.<sup>53</sup> Somit richtet sich der Zugang zum internationalen Schienenpersonenverkehr zwischen der Schweiz und der EU zurzeit nach der nicht mehr in Kraft stehenden RL 91/440/EWG<sup>54</sup>, die in der EU durch die RL 2012/34/EU abgelöst worden ist.

### 3.2 Rechtliche Auswirkungen einer Übernahme der Liberalisierung in der Schweiz

Wie erwähnt<sup>55</sup>, müssen vor einer Rechtsübernahme im Rahmen des Gemischten Ausschusses in jedem Fall zuerst die genauen Auswirkungen der Übernahme der fraglichen EU-Rechtsakte auf die schweizerische Gesetzgebung und der sich daraus ergebende legislatorische Revisionsbedarf evaluiert werden, ist dieser Aspekt doch (mit-) entscheidend für die Frage nach der Kompetenz des Bundesrates, einer Modifikation des Anhangs zu einem Bilateralen Abkommen ohne eine parlamentarische Genehmigung zuzustimmen. Im Folgenden soll dieser Frage in Bezug auf die Übernahme der soeben<sup>56</sup> skizzierten Liberalisierung des grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehrs nachgegangen werden. Hierzu wird zunächst die aktuelle Rechtslage betreffend den Marktzugang zum

<sup>48</sup> Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (Neufassung), ABl. L 343 vom 14.12.2012, 32.

<sup>49</sup> Bericht des Bundesrates zum internationalen Personenverkehr (Bahn/Bus) in Erfüllung der Postulate 14.3673, KVF-N vom 1. September 2014 und 15.3707, Häsler vom 19. Juni 2015, 28.

<sup>50</sup> Richtlinie 2007/59/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Zertifizierung von Triebfahrzeugführern, die Lokomotiven und Züge im Eisenbahnsystem in der Gemeinschaft führen, ABl. L 315 vom 3.12.2007, 51; geändert durch Richtlinie 2014/82/EU der Kommission vom 24. Juni 2014, ABl. L 184 vom 25.6.2014, 11.

<sup>51</sup> Beschluss Nr. 2/2016 des Gemischten Landverkehrsausschusses Gemeinschaft/Schweiz vom 10. Juni 2016, in Kraft für die Schweiz seit 1. Juli 2016 (AS 2016 2373).

<sup>52</sup> Botschaft zur Organisation der Bahninfrastruktur vom 16. November 2016, BBl 2016 8661.

<sup>53</sup> Bericht Bahn/Bus (Fn. 49), 28; siehe auch die Stellungnahme des Bundesrats vom 16.5.2018 auf die Motion Hadorn (18.3328), Einbezug des Parlamentes in Liberalisierungsentscheide gemäss Personenbeförderungsgesetz.

<sup>54</sup> Richtlinie 91/440/EWG des Rates vom 29. Juli 1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl. L 237 vom 24.8.1991, 25.

<sup>55</sup> Oben 2.2.2.

<sup>56</sup> Oben, 3.1.

grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr in der Schweiz dargestellt (3.2.1), bevor der Gesetzgebungs- bzw. Revisionsbedarf ermittelt wird (3.2.2).

### 3.2.1 Aktuelle Regelung des Zugangs zum internationalen Schienenpersonenverkehr in der Schweiz<sup>57</sup>

Gemäss Art. 87 BV (Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger) und Art. 92 BV (Personenbeförderung als Teil des Postregals) besitzt der Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Personenbeförderung. Von dieser Kompetenz hat der Bund u.a. durch die Verabschiedung des Personenbeförderungsgesetzes (PBG) Gebrauch gemacht. Die Ausführungsregelungen sind in der Verordnung über die Personenbeförderung enthalten (VPB).

Während die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung ohne Grenzüberschreitung gemäss Art. 6 PBG konzessionspflichtig ist, sieht Art. 8 Abs. 1 PBG für die Personenbeförderung, bei der ausschliesslich Reisende im grenzüberschreitenden Verkehr befördert werden, lediglich eine Bewilligungspflicht vor. Die Bewilligungspflicht gilt für den grenzüberschreitenden Verkehr zur Personenbeförderung, soweit es sich um Linienverkehr, Bedarfsverkehr oder linienverkehrsähnliche Fahrten, insbesondere Fahrten auf Verlangen und Sammelfahrten (vgl. Art. 5 PBG i.V.m. Art. 38 lit. a-c VPB), handelt. Sie erstreckt sich auch auf den Schienenverkehr.<sup>58</sup> Der Verkehr ist grenzüberschreitend, wenn Abgangs- und Bestimmungsort in zwei verschiedenen Staaten liegen.<sup>59</sup>

Mit der Bewilligung wird festgelegt, mit welchem Verkehrsmittel die Personenbeförderung erfolgt (Art. 4 Abs. 2 VPB), wobei sie auch an bestimmte Bedingungen geknüpft und mit Auflagen verbunden werden kann (Art. 4 Abs. 3 VPB). Gemäss Art. 42 Abs. 2 VPB dürfen Haltestellen nur an den wichtigsten Knotenpunkten des öffentlichen Verkehrs eingerichtet werden. Ausserdem hat das BAV die Möglichkeit, ihre Anzahl pro Verkehrsdienst zu begrenzen. Die Kabotage ist im grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr ausdrücklich verboten: Nach Art. 37 Abs. 1 VPB dürfen Reisende mit einer Bewilligung nach Art. 8 PBG nicht ausschliesslich innerhalb der Schweiz befördert werden.

Schweizerische und ausländische Verkehrsunternehmen müssen die Verkehrsleistung untereinander aufteilen (Art. 43 und Art. 44 Abs. 1 lit. f VPB). Das heisst, grenzüberschreitende Personenbeförderungen sind nur im Rahmen einer Kooperation zwischen schweizerischen und ausländischen Unternehmen möglich. Dabei muss es sich nicht zwingend um die Staatsbahnen handeln, sondern auch private Anbieter können solche Kooperationen bilden. In der Praxis bestehen aber bisher nur Kooperationen der SBB mit den Staatsbahnen DB, ÖBB, Trenitalia und SNCF.

Die Bewilligungen werden vom UVEK, nach Zustimmung sämtlicher betroffener Staaten (vgl. Art. 44 Abs. 2 VPB) für eine Dauer von höchstens fünf Jahren (Art. 8 Abs. 4 PBG) erteilt. Sofern die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung erfüllt sind, besteht – jedenfalls für schweizerische Unternehmen<sup>60</sup> – auch ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Bewilligung.<sup>61</sup>

Gemäss Art. 9 Abs. 1 PBG muss das um eine Bewilligung ersuchende Unternehmen über die für die Benutzung der Verkehrswege und Haltestellen notwendigen Bewilligungen verfügen. Für die Benutzung

---

<sup>57</sup> Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich teilweise auf bereits durchgeführte Untersuchungen bzw. greifen diese auf, vgl. insofern schon EPINEY ASTRID/HEUCK JENNIFER, Zur Liberalisierung des grenzüberschreitenden Personenverkehrs auf der Schiene in der Schweiz. Rechtsgutachten im Auftrag der Schweizerischen Bundesbahnen, Fribourg, Dezember 2010.

<sup>58</sup> EPINEY/HEUCK, Liberalisierung des grenzüberschreitenden Personenverkehrs (Fn. 57), 10.

<sup>59</sup> UHLMANN FELIX/HINDERLING REGULA, Transportrecht, in: Georg Müller (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht: Verkehrsrecht, Basel 2008, 67 ff., Rn. 15.

<sup>60</sup> EPINEY/HEUCK, Liberalisierung des grenzüberschreitenden Personenverkehrs (Fn. 57), 12, mit Verweis auf UHLMANN/HINDERLING, Transportrecht (Fn. 59), Rn. 21, die ebenfalls davon auszugehen scheinen, dass ein Anspruch auf eine Bewilligung lediglich für inländische Unternehmen vorgesehen ist, da sie in Bezug auf den grenzüberschreitenden Verkehr auf das Landverkehrsabkommen verweisen.

<sup>61</sup> EPINEY/HEUCK, Liberalisierung des grenzüberschreitenden Personenverkehrs (Fn. 57), 12.

der Verkehrswege sind u.a. eine Netzzugangsbewilligung sowie eine Sicherheitsbescheinigung erforderlich (Art. 8c Abs. 1 EBG); hinzu kommt der Trassenzugang (Art. 9a Abs. 4 EBG):

- Die Netzzugangsbewilligung ist in Art. 8c ff. EBG sowie in der Netzzugangsverordnung geregelt. Sie ist unternehmensbezogen und bescheinigt dem Unternehmen, dass es die organisatorischen, finanziellen und technisch-betrieblichen Bedingungen für die Benutzung einer fremden Eisenbahninfrastruktur erfüllt.  
Antragsberechtigt für eine Netzzugangsbewilligung sind Unternehmen, die ihren Sitz in der Schweiz haben (Art. 8d Abs. 1 lit. e EBG). Für ausländische Unternehmen gilt folgendes: Besteht mit anderen Staaten eine Vereinbarung über die gegenseitige Anerkennung, so gelten die von diesen Staaten erteilten Genehmigungen auch in der Schweiz (Art. 8d Abs. 3 EBG). Eine solche Vereinbarung stellt das Landverkehrsabkommen dar: In einem Mitgliedstaat der EU ausgestellte Genehmigungen werden in der Schweiz nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit ohne weitere Prüfung anerkannt (Art. 25 Abs. 4 LVA).<sup>62</sup> Eisenbahnunternehmen, die ihren Sitz in einem Mitgliedstaat der EU haben, benötigen deshalb für das Benutzen einer schweizerischen Eisenbahninfrastruktur lediglich eine Schweizer Sicherheitsbescheinigung (Art. 26 LVA), sofern sie über eine der Netzzugangsbewilligung entsprechende Genehmigung in „ihrem“ Mitgliedstaat verfügen.<sup>63</sup>
- Die Netzzugangsbewilligung berechtigt allerdings für sich genommen noch nicht zum Zugang zu einem konkreten Netz. Hierfür ist zusätzlich durch die Infrastrukturbetreiberin der Zugang zu einem örtlich und zeitlich bestimmten Fahrweg (Trasse) zu gewähren; hierbei ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung zu beachten (Art. 9a Abs. 4 EBG). Der Trassenzugang und das Verfahren sind in der Eisenbahn-Netzzugangsverordnung<sup>64</sup> des Bundesrates und in der Verordnung des BAV über den Eisenbahn-Netzzugang<sup>65</sup> geregelt.
- Eine Sicherheitsbescheinigung wird erteilt, wenn die Angestellten die erforderliche Qualifikation besitzen und das Rollmaterial die Anforderungen für einen sicheren Betrieb erfüllt (Art. 8e Abs. 2 EBG).

### 3.2.2 Legislativer Revisionsbedarf vor einer Übernahme der Marktöffnung

Vor einer Entscheidung des Gemischten Landverkehrsausschusses, eine Weiterentwicklung des Unionsrechts über eine Modifikation des Anhangs zu übernehmen oder eine rechtliche Situation zwischen der Schweiz und der EU als gleichwertig anzuerkennen, ist jeweils zu prüfen, ob das einschlägige nationale Recht den zu übernehmenden Vorgaben entspricht. In seinem Bericht zum internationalen Personenverkehr von 2015 vertrat der Bundesrat die Auffassung, dass für die Übernahme der Marktöffnung im internationalen Schienenpersonenverkehr keine nationalen Rechtsanpassungen notwendig seien.<sup>66</sup>

Dieser Ansicht vermag jedoch nicht zu überzeugen: Wie erwähnt,<sup>67</sup> ist derzeit für ausländische Schienenverkehrsunternehmen ein Zugang zum grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr nur in Kooperation mit einem Schweizerischen Unternehmen möglich (Art. 43 und Art. 44 Abs. 1 lit. f VPB). Diese Bestimmungen sind mit der Marktöffnung nicht kompatibel, da das Erfordernis der Kooperation zwischen in- und ausländischen Eisenbahnunternehmen mit der RL 2007/58/EG aufgehoben wurde. Eine Modifikation oder Streichung dieser Bestimmungen wäre also notwendig.

Ferner ist gemäss Art. 37 Abs. 2 VPB im ausschliesslich grenzüberschreitenden Verkehr die Kabotage verboten. Da Eisenbahnunternehmen gemäss Art. 10 Abs. 2 der RL 2012/34/EU nun auch das Recht haben, Fahrgäste an beliebigen Bahnhöfen auf der grenzüberschreitenden Strecke aufzunehmen und an

<sup>62</sup> Botschaft zum zweiten Schritt der Bahnreform 2 vom 20. Oktober 2010, BBl 2011 957; s. dazu näher auch BUCHER, OLIVER, Open Access im Schienenverkehr. Eine Auslegeordnung der rechtlichen Rahmenbedingungen der Schweiz mit einem Überblick über die Regelung in der EU. Diss, Zürich 2006, 250.

<sup>63</sup> Dazu näher auch BUCHER, Open Access (Fn. 62), 250.

<sup>64</sup> Eisenbahn-Netzzugangsverordnung vom 25. November 1998 (NZV), SR 742.122.

<sup>65</sup> Verordnung des BAV über den Eisenbahn-Netzzugang vom 14. Mai 2012 (NZV-BAV), SR 742.122.4.

<sup>66</sup> Bericht Bahn/Bus (Fn. 49), 29.

<sup>67</sup> Oben, 3.2.1.

einem anderen abzusetzen, auch an Bahnhöfen in demselben Mitgliedstaat, müsste auch Art. 37 Abs. 2 VPB modifiziert werden.

Soweit man – wie es der hier vertretenen und unten noch näher ausgeführten Ansicht entspricht – zudem davon ausgeht, die Delegation des Art. 8 Abs. 3 PBG erstrecke sich nicht auf Abkommen, welche eine Marktöffnung im grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr vorsehen,<sup>68</sup> müsste möglicherweise auch das Personenbeförderungsgesetz modifiziert werden. Denn Art. 8 Abs. 1 PBG geht davon aus, dass eine Bewilligung nur für solche grenzüberschreitenden Beförderungen erteilt werden darf, bei denen ausschliesslich Reisende im grenzüberschreitenden Verkehr befördert werden.

Kein Revisionsbedarf ergibt sich hingegen mit Bezug auf das Eisenbahngesetz. Dieses erlaubt bereits jetzt den Netzzugang von in einem Mitgliedstaat der EU ansässigen Eisenbahnunternehmen, da ausländische Genehmigungen nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit im Rahmen des Landverkehrsabkommens anerkannt werden (Art. 8d Abs. 3 EBG i.V.m. Art. 25 Abs. 4 LVA).

Zur Umsetzung der Marktöffnung im internationalen Schienenpersonenverkehr wären also – entgegen der Ansicht des Bundesrates – zumindest Anpassungen der Verordnung über die Personenbeförderung notwendig. Verordnungsanpassungen können durch den Bundesrat ohne Beteiligung des Parlaments vorgenommen werden (Art. 63 Abs. 1 PBG).

### **3.3 Zur selbständigen Vertragsschlusskompetenz des Bundesrats**

Im Folgenden soll geprüft werden, ob der Bundesrat befugt ist, die Öffnung des Marktes für den internationalen Schienenpersonenverkehr selbständig zu übernehmen bzw. selbständig einen entsprechenden Beschluss des Gemischten Landverkehrsausschusses zuzustimmen, oder ob hierfür eine vorgängige Genehmigung durch das Parlament notwendig ist. Dazu werden sämtliche Möglichkeiten des selbständigen Vertragsschlusses, wie sie oben (2.) erörtert wurden, geprüft und – wo notwendig – diskutiert. Auch die soeben (3.2.2) untersuchte Frage des legislativen Revisionsbedarfs spielt hier eine Rolle. Nicht näher vertieft wird hingegen die eher strategische bzw. gesetzgebungstechnische Frage, ob eine isolierte Übernahme von Art. 10 und 11 RL 2012/34/EU möglich ist oder ob die gesamte Richtlinie integral übernommen werden muss.

#### **3.3.1 Ermächtigung in einem völkerrechtlichen Vertrag?**

Gemäss Art. 7a Abs. 1 RVOG kann der Bundesrat selbständig Verträge abschliessen, wenn er hierzu in einem von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtlichen Vertrag ermächtigt wurde. In Frage kommt allenfalls Art. 52 Abs. 4 erster Spiegelstrich des Landverkehrsabkommens, welches den Gemischten Ausschuss ermächtigt, Änderungen der Anhänge zum Abkommen zu beschliessen.

Die Kompetenz des Gemischten Landverkehrsausschusses zur Änderung der Anhänge stellt jedoch keine Delegation zum selbständigen Abschluss dieser Verträge für den Bundesrat dar, denn sie betrifft lediglich die völkerrechtliche Ebene und tangiert nicht die innerstaatlichen Kompetenznormen. Somit ist keine Ermächtigung in einem völkerrechtlichen Vertrag für den Bundesrat zur Übernahme der Liberalisierung des internationalen Schienenpersonenverkehrs ersichtlich.

#### **3.3.2 Ermächtigung in einem Bundesgesetz?**

Der Bundesrat darf einen Vertrag selbständig abschliessen, wenn er dazu in einem spezifischen Bundesgesetz ermächtigt wurde (Art. 166 Abs. 2 BV, Art. 24 Abs. 2 ParlG, Art. 7a Abs. 1 RVOG). Bei dieser Delegation darf es sich aber nicht um „Blankodelegationen“ handeln, sondern das Gesetz muss dem Bundesrat möglichst klar und bestimmt die grundsätzlichen Leitlinien vorgeben.<sup>69</sup> In Betracht kommen vorliegend Delegationen im Personenbeförderungsgesetz (3.3.2.1) und im Eisenbahngesetz (3.3.2.2), wobei erstere im Vordergrund stehen.

<sup>68</sup> Hierzu unten 3.3.2.1.

<sup>69</sup> S.o. 2.1.2.

### 3.3.2.1 Personenbeförderungsgesetz

Wie erwähnt,<sup>70</sup> ist gemäss Art. 8 Abs. 1 PBG für die Personenbeförderung im grenzüberschreitenden Verkehr eine Bewilligung notwendig. Allerdings ermächtigt Art. 8 Abs. 3 PBG den Bundesrat, mit anderen Staaten Vereinbarungen abzuschliessen, welche die gegenseitige Anerkennung von Bewilligungen und vom PBG abweichende Bestimmungen vorsehen. Aufgeworfen wird damit im vorliegenden Zusammenhang die Frage, ob diese Delegationsnorm auch eine Marktöffnung des internationalen Schienenpersonenverkehrs erlaubt.<sup>71</sup>

Die Antwort auf diese Frage ist durch Auslegung zu ermitteln, die notwendigerweise vom Wortlaut der Bestimmung ausgeht (3.3.2.1.1), bevor auf die Entstehungsgeschichte (3.3.2.1.2), systematische und teleologische Aspekte (3.3.2.1.3) sowie den Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung (3.3.2.1.4) eingegangen wird und ein Fazit gezogen werden kann (3.3.2.1.5).

#### 3.3.2.1.1 Wortlaut

Art. 8 Abs. 3 PBG lautet wie folgt: „Der Bundesrat kann mit anderen Staaten Vereinbarungen abschliessen, welche die gegenseitige Anerkennung von Bewilligungen und von diesem Gesetz abweichende Bestimmungen vorsehen.“ Der Wortlaut erwähnt also weder den Schienenpersonenverkehr noch die Möglichkeit einer Marktöffnung ausdrücklich, schliesst diese beiden Aspekte aber auch nicht ausdrücklich aus.

#### 3.3.2.1.2 Entstehungsgeschichte

Wie der Botschaft des Bundesrates zur Bahnreform 2 vom 23. Februar 2005 zu entnehmen ist, wurde das Recht des Bundesrats, für den grenzüberschreitenden Personenverkehr mit anderen Staaten Vereinbarungen abzuschliessen, unverändert aus dem Bundesgesetz über die Personenbeförderung und die Zulassung als Strassentransportunternehmung (aPBG)<sup>72</sup> von 1993 übernommen.<sup>73</sup>

Art. 6 aPBG (Grenzüberschreitender Personenverkehr) lautete wie folgt:

„(1) Der Bundesrat kann im Rahmen des Vollzugs internationaler Vereinbarungen für den grenzüberschreitenden Personenverkehr von diesem Gesetz abweichende Bestimmungen erlassen.

(2) Soweit keine internationalen Verpflichtungen entgegenstehen, kann der Bundesrat den Erlass solcher Bestimmungen für Inhaber und Inhaberinnen einer ausländischen Bewilligung an die Voraussetzung knüpfen, dass diese Staaten Inhabern und Inhaberinnen einer schweizerischen Bewilligung Gegenrecht gewähren.

(3) Er kann hierzu mit ausländischen Staaten Vereinbarungen abschliessen.“

Ein Blick in die Entstehungsgeschichte des Art. 6 aPBG zeigt, dass dieser Artikel im Jahr 1993 als Teil des sog. EWR-Folgeprogramms nach der Ablehnung des EWR-Abkommens durch Volk und Stände am 6. Dezember 1992 in das aPBG eingefügt worden war.<sup>74</sup> Zweck dieser Delegation war es damals, dem Bundesrat eine selbständige Vertragsschlusskompetenz „zur Gewährleistung einer flexiblen Marktöffnung im Bereich des grenzüberschreitenden Personentransports“ zu ermöglichen. Der Bundesrat erläuterte den Hintergrund dieser Delegationsnorm wie folgt: „Um in den bilateralen Strassenverkehrsverhandlungen mit der EG den freien Marktzugang für die Schweizer Transporteure zu erlangen und in den Genuss der Erleichterungen im grenzüberschreitenden Verkehr zu kommen, wird die Schweiz die gleiche Forderung wie in den EWR-Verhandlungen erfüllen müssen: Anpassung der schweizerischen Gesetzgebung an das Recht der EG.“<sup>75</sup> Es ging also bereits damals darum, Liberalisierungsschritte der EU im grenzüberschreitenden Verkehr übernehmen zu können. Allerdings wirft die Formulierung des Bundesrates die Frage auf, ob sich die Delegationsnorm überhaupt auf den

<sup>70</sup> Oben, 3.2.1.

<sup>71</sup> So jedenfalls die Ansicht des Bundesrates, siehe Bericht Bahn/Bus (Fn. 49), 29: „Eine Genehmigung oder Beratung durch das Parlament ist aufgrund der Kompetenzregelung (Art. 8 Abs. 3 PBG) nicht erforderlich.“

<sup>72</sup> Bundesgesetz über die Personenbeförderung und die Zulassung als Strassentransportunternehmung (Personenbeförderungsgesetz, PBG) vom 18.6.1993, AS 1993 3128 (nicht mehr in Kraft).

<sup>73</sup> Botschaft zur Bahnreform 2 vom 23.2.2005, BBl 2005 2415, 2486.

<sup>74</sup> Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24.2.1993, BBl 1993 I 805, 859.

<sup>75</sup> Botschaft Folgeprogramm EWR (Fn. 74), BBl 1993 I 858.

Schieneverkehr bezog oder ob, da nur die Strassenverkehrsverhandlungen angesprochen werden, lediglich der grenzüberschreitende Autobusverkehr gemeint war.

Ergänzend verweist der Bundesrat auf Ausführungen in der Botschaft vom 18. Mai 1992 zur Genehmigung des EWR-Abkommens<sup>76</sup> sowie in der Botschaft vom 15. Juni 1992 über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (EWR-Zusatzbotschaft),<sup>77</sup> da im Zuge des (gescheiterten) EWR-Beitritts bereits eine Delegationsnorm an den Bundesrat zur Übernahme von Marktöffnungen im internationalen Personentransport eingeführt werden sollte. Die entsprechenden Passagen befassen sich aber ebenfalls nur mit dem grenzüberschreitenden Personentransport auf der Strasse;<sup>78</sup> der grenzüberschreitende Schienenpersonenverkehr wird nicht an diesen, sondern an anderen Stellen<sup>79</sup> der Botschaften behandelt. Die damals im Rahmen des EWR-Beitritts unter Art. 6 aPBG zur Übernahme vorgesehenen Verordnungen der EG betrafen denn auch ausschliesslich den grenzüberschreitenden Verkehr mit Autobussen.<sup>80</sup>

Vor diesem Hintergrund sprechen die besseren Gründe dafür, dass die Delegationsnorm, wie sie heute in Art. 8 Abs. 3 PBG zu finden ist, ursprünglich nicht für die Übernahme von Liberalisierungsschritten im grenzüberschreitenden Schienenverkehr konzipiert war.

Eine historische Betrachtung des europäischen Kontexts stützt diese Schlussfolgerung: In der Europäischen Union war die Eisenbahn lange von den Harmonisierungs- und Liberalisierungsbestrebungen der gemeinsamen Verkehrspolitik ausgenommen.<sup>81</sup> Erst ab 1995 – und damit nach dem gescheiterten EWR-Beitritt der Schweiz – schlug die Kommission überhaupt Liberalisierungsschritte im Eisenbahnsektor vor, um Fahrwegzugangsrechte im grenzüberschreitenden Güter- und Personenverkehr zu gewähren.<sup>82</sup> Während der Güterverkehr auf der Schiene schneller liberalisiert werden konnte, sollten noch einmal zwölf Jahre vergehen, bis der grenzüberschreitende Schienenpersonenverkehr mit der RL 2007/58/EG für den Markt geöffnet wurde.

Allerdings wurde das Personenbeförderungsgesetz im Zuge der sog. Bahnreform 2<sup>83</sup> erst im Jahr 2009 verabschiedet. Da das Dritte EU-Bahnpaket jedoch bereits aus dem Jahr 2007 stammt, ist es denkbar bzw. wahrscheinlich, dass es den eidgenössischen Räten im Zeitpunkt der Beratungen zur Bahnreform 2 bekannt war; allerdings wurde es – soweit ersichtlich – in der parlamentarischen Debatte nicht angesprochen,<sup>84</sup> und der Bundesrat erwähnte die Reformvorhaben in der Union in der Botschaft nicht.<sup>85</sup> Damit ist aus den parlamentarischen Beratungen kein ausdrücklicher gesetzgeberischer Wille erkennbar, mit der Delegationsnorm in Art. 8 Abs. 3 PBG dem Bundesrat die Kompetenz zu geben, selbständig eine Marktöffnung des internationalen Schienenpersonenverkehrs, wie sie das Dritte EU-Eisenbahnpaket vorsieht, zu übernehmen, da keine Anhaltspunkte erkennbar sind, dass das Parlament mit der

<sup>76</sup> Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18.5.1992, BBI 1992 IV 1.

<sup>77</sup> Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft) vom 15.6.1992, BBI 1992 V 520.

<sup>78</sup> Vgl. Punkt 7.451 Ziff. 2 (BBI 1992 IV 318 ff.) Botschaft EWR (Fn. 76) und Abschnitt 4.2. (BBI 1992 V 607 ff., namentlich 612) Botschaft II EWR (Fn. 77).

<sup>79</sup> Namentlich Punkt 7.451 Ziff. 3 (BBI 1992 IV 326 ff.) Botschaft EWR (Fn. 76) sowie Abschnitt 4.1. (BBI 1992 V 599 ff.) Botschaft II EWR (Fn. 77).

<sup>80</sup> Siehe Abschnitt 4.2., Ziff. 1.1.1. (BBI 1992 V 607) Botschaft II EWR (Fn. 77); es handelte sich um die Verordnung Nr. 117/66/EWG des Rates vom 28. Juli 1966 über die Einführung gemeinsamer Regeln für den grenzüberschreitenden Personenverkehr mit Kraftomnibussen, ABl. 147 vom 09.08.1966, 2688; Verordnung (EWG) Nr. 516/72 des Rates vom 28. Februar 1972 über die Einführung gemeinsamer Regeln für den Pendelverkehr mit Kraftomnibussen zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. L 67 vom 20.3.1972, 13 sowie die Verordnung (EWG) Nr. 517/72 des Rates vom 28. Februar 1972 über die Einführung gemeinsamer Regeln für den Linienverkehr und die Sonderformen des Linienverkehrs mit Kraftomnibussen zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. L 67 vom 20.3.1972, 19.

<sup>81</sup> Siehe etwa Weissbuch der Kommission an den Europäischen Rat: Vollendung des Binnenmarktes, 14. Juni 1985, KOM(85) 310 endg., Ziff. 108 ff.

<sup>82</sup> Weissbuch der Kommission: Eine Strategie zur Revitalisierung der Eisenbahn in der Gemeinschaft, 30. Juli 1996, KOM(96) 421 endg., Ziff. 33 ff.

<sup>83</sup> Vgl. insoweit zu den Reformvorhaben Botschaft Bahnreform 2 (Fn. 73) sowie Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 (Revision der Erlasse über den öffentlichen Verkehr) vom 9.3.2007, BBI 2007 2681.

<sup>84</sup> Vgl. die Ratsdebatten zum Geschäft 05.028 (Bahnreform 2) zwischen dem 3.10.2005 und dem 20.3.2009, AB 2005 N 1333 ff. bis AB 2009 N 591 ff. sowie AB 2005 S 1084 ff. bis AB 2009 S 122 ff.

<sup>85</sup> Vgl. Botschaft Bahnreform 2 (Fn. 73), 2486.

Übernahme des Art. 6 aPBG andere oder weitergehende Zielsetzungen verfolgte als mit dieser ursprünglichen Bestimmung.

Im Ergebnis lässt die Entstehungsgeschichte der Delegationsnorm nicht den Schluss zu, dass sie auch die grenzüberschreitende Öffnung des internationalen Schienenpersonenverkehrs erfassen sollte. Insbesondere ist es vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des Art. 6 aPBG nur schwer vorstellbar, dass eine solche Liberalisierung des Schienenpersonenverkehrs vom schweizerischen Gesetzgeber in den Jahren 1992/1993 antizipiert und implizit in der Delegationsnorm mitgedacht worden sein könnte (wenngleich sie auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist). Fest steht auf jeden Fall, dass die Bundesversammlung – soweit ersichtlich – zu keinem Zeitpunkt dem Bundesrat ausdrücklich eine Kompetenz zur Deregulierung des grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehrs erteilen wollte. Vielmehr wurde die im Kontext des gescheiterten EWR-Beitritts eingefügte Delegationsnorm für den Strassenverkehr unverändert – und ohne weitere Diskussion – in das aktuelle Personenbeförderungsgesetz übernommen. Dies spricht eher dafür, den Anwendungsbereich der Bestimmung jedenfalls nicht auf den grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr zu erstrecken.

### 3.3.2.1.3 Systematische und teleologische Aspekte

Systematische Aspekte im Gesetz sprechen eher für einen Einbezug auch der Marktöffnung im internationalen Schienenpersonenverkehr: Denn der 2. Abschnitt des Personenbeförderungsgesetzes behandelt ganz allgemein das Personenbeförderungsregal und erfasst die Personenbeförderung auf allen Verkehrsträgern. Die Gesetzessystematik lässt damit keine Anhaltspunkte dafür erkennen, dass eine Liberalisierung des internationalen Schienenpersonenverkehrs nicht erfasst sein soll.

Einen anderen Schluss legt jedoch die teleologische Betrachtung nahe: Ziel und Zweck der selbständigen Vertragsschlusskompetenzen des Bundesrates ist es, das Parlament von unwesentlichen Geschäften insbesondere technisch-administrativer Natur zu entlasten.<sup>86</sup> Aufgrund der politischen Tragweite der Marktöffnung im grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr<sup>87</sup> ist aber fraglich, ob eine Kompetenz des Bundesrates, selbst eine solche Marktöffnung zu beschliessen, mit Ziel und Zweck der Delegationsnorm vereinbar ist. Denn auf diese Weise könnte gerade ein Vertrag mit einem durchaus wesentlichem Inhalt allein durch den Bundesrat abgeschlossen werden, womit auch die politische Entscheidungsfindung im Parlament verhindert würde.<sup>88</sup> Vor diesem Hintergrund spricht Vieles für eine restriktive Auslegung der Bestimmung dergestalt, dass sie keinesfalls Abkommen erfasst, welche grundlegende und bedeutende Weichenstellungen, die ihrerseits noch keinen Niederschlag in einem Gesetz gefunden haben, impliziert (wozu die Öffnung des grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehrs gehören dürfte).

### 3.3.2.1.4 Verfassungskonforme Auslegung

Mit dem erwähnten teleologischen Gesichtspunkt in engem Zusammenhang steht der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung: Mit Blick auf das Legalitätsprinzip (Art. 5 BV) müssen Delegationsnormen nicht nur hinreichend präzise sein (woran in Bezug auf Art. 8 Abs. 3 PGB im Übrigen gewissen Zweifel bestehen),<sup>89</sup> sondern auch selbst die wesentlichen Weichenstellungen treffen, womit zu weit gehende oder zu unbestimmte „Blankodelegationen“ unzulässig sind.<sup>90</sup> M.a.W. müssen die wesentlichen rechtspolitischen Weichenstellungen aus Gewaltenteilungs-, Legalitäts- und Demokratiegründen vom Gesetzgeber selber vorgenommen werden.<sup>91</sup> Das Bundesgericht hat diese Anforderungen in einer facettenreichen Rechtsprechung in Bezug auf die kantonale Gesetzgebung präzisiert.<sup>92</sup>

<sup>86</sup> S.o. 2.1.2.

<sup>87</sup> Hierzu noch im Einzelnen unten 3.3.3.1.

<sup>88</sup> Siehe dazu auch jüngst Motion Hadorn vom 16.3.2018 (18.3328), Einbezug des Parlaments in Liberalisierungsentscheide gemäss Personenbeförderungsgesetz.

<sup>89</sup> Jedoch ist die Bestimmung aufgrund des Art. 190 BV für das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden verbindlich.

<sup>90</sup> Vgl. insoweit bereits oben, 2.1.2.

<sup>91</sup> Im Hinblick auf Gesetzesdelegationen: TSCHANNEN, Staatsrecht (Fn. 13), § 27 Rn. 26. S. auch spezifisch mit Blick auf die Vertragsschlusskompetenz des Bundesrats BSK BV-EPINEY (Fn. 8), Art. 166 N 30.

<sup>92</sup> S. dazu z.B. (m.w.N.) TSCHANNEN, Staatsrecht (Fn. 13), § 27 Rn. 27 ff.

Fasste man nun den materiellen Anwendungsbereich der Delegationsnorm des Art. 8 Abs. 3 PBG so weit, dass ohne Einschränkung von allen Vorgaben des Personenbeförderungsgesetzes abgewichen werden dürfte und auch wesentliche neue Entscheidungen getroffen werden könnten, stellte die Bestimmung letztlich eine Blankodelegation dar; der Bundesrat könnte ohne Einbezug des Parlaments – soweit der grenzüberschreitende Verkehr betroffen ist – von allen Bestimmungen des Gesetzes (unter Einschluss der wesentlichen Aspekte) abweichen und darüber hinaus umfassend neue grundlegende Weichenstellungen beschliessen, was den skizzierten verfassungsrechtlichen Anforderungen keinesfalls Rechnung trüge. Vor diesem Hintergrund drängt sich – in verfassungskonformer Auslegung – auch in diesem Zusammenhang eine enge Auslegung der Delegationsnorm dergestalt auf, dass sie Verträge, welche grundlegende und wichtige Entscheidungen im Sinn des Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 bzw. Art. 164 BV betreffen, nicht erfasst. Daher darf der Bundesrat nicht von solchen gesetzlichen Vorgaben des Personenbeförderungsgesetzes abweichen, die gerade solche wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen enthalten. Ebensovienig darf er gestützt auf diese Delegationsnorm Verträge abschliessen, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten und daher auf der Ebene des Bundesgesetzes geregelt werden müssen.

Welche Bestimmungen darunter fallen, ist jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu eruieren. Die Markttöffnung im internationalen Schienenpersonenverkehr dürfte aber jedenfalls dazu gehören, geht es hier doch um eine Grundentscheidung im bestehenden Gesetz<sup>93</sup> sowie die Rechtsstellung Privater betreffende Aspekte: Die (umfassende) Liberalisierung im grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr stellte insgesamt einen Paradigmenwechsel des derzeitigen gesetzlichen Rahmens dar, die keineswegs rein technischer, sondern vielmehr so grundsätzlicher Natur ist, dass sie auf Gesetzesstufe zumindest im Grundsatz geregelt werden müsste. Daher spricht Vieles dagegen, dass der Bundesrat eine solch weitreichende Entscheidung gestützt auf eine ausgesprochen allgemeine Delegationsnorm ohne Beteiligung des Parlaments treffen darf,<sup>94</sup> zumal – wie erörtert – nichts in der Entstehungsgeschichte der Norm erkennen lässt, dass beim Erlass der Bestimmung eine Auseinandersetzung mit der grundsätzlichen Frage der Markttöffnung im internationalen Schienenverkehr erfolgte.

Gegen diesen Ansatz kann auch nicht eingewandt werden, dass Art. 8 Abs. 3 PBG insoweit hinreichend präzise sei, als er nur den grenzüberschreitenden Verkehr erfasst. Denn die Auswirkungen einer Liberalisierung des grenzüberschreitenden Verkehrs können je nach Verkehrsträger und Anwendungsbereich sehr unterschiedlich sein. So sind nicht nur grosse Unterschiede zwischen den Verkehrsträgern, sondern auch zwischen dem Anwendungsbereich und dem Ausmass möglicher Liberalisierungen zu verzeichnen, so dass die Beschränkung auf den grenzüberschreitenden Verkehr nichts daran ändert, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift potentiell ausgesprochen weit ist und ohne (in verfassungskonformer Auslegung) eine tatbestandliche Einschränkung im hier vertretenen Sinn eben eine „Blankodelegation“ implizierte.

### 3.3.2.1.5 Fazit

Insgesamt sprechen somit die besseren Gründe gegen eine Erfassung von umfassenden Liberalisierungsschritten im grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr (wie sie im Dritten Eisenbahnpaket der EU vorgesehen sind) durch Art. 8 Abs. 3 PBG:

- Die Bestimmung war nicht für Liberalisierungsschritte im grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr konzipiert; jedenfalls ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm nicht, dass der Bundesrat oder das Parlament eine solche Anwendung der selbständigen Vertragsschlusskompetenz zu irgendeinem Zeitpunkt antizipiert, geschweige denn ausdrücklich diskutiert hätten.
- Teleologische Aspekte und eine verfassungskonforme Auslegung legen eine einschränkende Auslegung der Bestimmung nahe. So dürfte sie insbesondere den Bundesrat nicht ermächtigen, Vereinbarungen abzuschliessen, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten bzw.

<sup>93</sup> S. insoweit schon oben 3.2.1.

<sup>94</sup> Zur politischen Bedeutung auch noch unten 3.3.3.1 (im Zusammenhang mit der Frage, ob ein „Bagatellvertrag“ vorliegt).

solche modifizieren. Zu diesen dürfte eine umfassende Liberalisierung des grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehrs gehören.

### 3.3.2.2 Eisenbahngesetz

Eine weitere, potentiell einschlägige Delegationsnorm findet sich in Art. 9a Abs. 6 EBG. Gemäss diesem Artikel legt der Bundesrat die weiteren Grundsätze des Netzzugangs fest und regelt die Einzelheiten. Er kann mit anderen Staaten Abkommen abschliessen, welche die Gewährung des Netzzugangs für ausländische Unternehmen vorsehen, wobei er den Grundsatz der Gegenseitigkeit berücksichtigt.

Diese Bestimmung wurde im Jahr 2012 im Zuge des zweiten Schritts der Bahnreform 2 in das Eisenbahngesetz eingefügt. In der bundesrätlichen Botschaft findet sich zu Art. 9a EBG lediglich der folgende Satz: „Das EU-Recht (Art. 13 Abs. 1 Richtlinie 2001/14/EG) verbietet den Handel mit Trassen. Dieses Verbot wird ins schweizerische Recht übernommen. Die Übertragung von Trassen ist aber zulässig, wenn mit der Durchführung eines bestimmten Verkehrs ein (anderes) Eisenbahnverkehrsunternehmen betraut wird.“<sup>95</sup> Diese Ausführung bezieht sich auf Art. 9a Abs. 5 EBG, nicht jedoch auf Abs. 6, der die Delegationsnorm enthält. Der Blick in die Entstehungsgeschichte der Norm führt hier also zu keinem Resultat.

Allerdings erübrigt sich im vorliegenden Zusammenhang eine nähere Analyse der Vorschrift ohnehin, führt doch eine systematische Auslegung zu dem Schluss, dass die Norm für den vorliegenden Bereich nicht einschlägig ist: Art. 9a EBG regelt nämlich (nur) die Trassenvergabe, welche aber ein von der Netzzugangsbewilligung und der Bewilligung für den grenzüberschreitenden Personenverkehr unabhängiger Schritt ist.<sup>96</sup> Adressat von Art. 9a EBG ist denn auch, anders als Art. 8c EBG, welcher die Netzzugangsbewilligung betrifft, die Infrastrukturbetreiberin und nicht das BAV.

Folglich kommt Art. 9a Abs. 6 EBG als Delegationsnorm zum selbständigen Vertragsabschluss für den Bundesrat im hier interessierenden Bereich nicht in Frage.

### 3.3.3 Vertrag von beschränkter Tragweite?

Ebenfalls selbständig abschliessen kann der Bundesrat Verträge mit beschränkter Tragweite (sog. Bagatellverträge), so dass nachfolgend geprüft werden soll, ob die Übernahme der Marktöffnung im internationalen Schienenpersonenverkehr eines oder mehrere der oben aufgeführten massgeblichen Kriterien<sup>97</sup> erfüllt.

#### 3.3.3.1 Neue Rechte und Pflichten oder Verzicht auf bestehende Rechte?

Zunächst ist danach zu fragen, ob die Marktöffnung im internationalen Schienenpersonenverkehr neue Pflichten begründet oder einen Verzicht auf bestehende Rechte enthält. Gemäss Art. 10 Abs. 2 RL 2012/34/EU erhalten Eisenbahnunternehmen das Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur in allen Mitgliedstaaten, um grenzüberschreitende Personenverkehrsdienste zu erbringen. Damit einher geht auch das Recht, Fahrgäste an einem beliebigen Bahnhof auf der grenzüberschreitenden Strecke aufzunehmen und an einem anderen abzusetzen, auch an Bahnhöfen in demselben Mitgliedstaat. Ausländische (staatliche und private) Eisenbahnunternehmen erhalten also ein Recht auf Netzzugang und auf Kobotage in der Schweiz. Diese Übernahme von EU-Recht begründet somit neue Rechte für Private, respektive beinhaltet – umgekehrt ausgedrückt – einen Verzicht der Schweiz auf ihr Recht, ausländische Verkehrsunternehmen vom grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr auszuschliessen. Das Kriterium der fehlenden Begründung neuer Pflichten bzw. des fehlenden Verzichts auf bestehende Rechte (das für die Bejahung eines Vertrages von beschränkter Tragweite sprechen würde) ist somit nicht erfüllt.

Im Übrigen dürfte eine solche Marktöffnung auch eine beträchtliche politische Dimension aufweisen, die ebenfalls gegen einen Vertrag von beschränkter Tragweite spricht. Dies hat auch der Bundesrat in seinem Bericht zum internationalen Personenverkehr (Bahn/Bus) vom 18. Oktober 2017 ausdrücklich

<sup>95</sup> Botschaft zweiter Schritt Bahnreform 2 (Fn. 62).

<sup>96</sup> S.o. 3.2.1.

<sup>97</sup> S.o. 2.1.2.

anerkannt, indem er angekündigt hat, aufgrund der politischen Dimension der Frage betreffend Marktöffnung des internationalen Schienenpersonenverkehrs ein Aussprachepapier vorzulegen.<sup>98</sup> Jüngst hat die Bundesversammlung eine Motion der ständerätlichen Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen angenommen, welche vom Bundesrat verlangt, eine allfällige Öffnung des Marktes für den internationalen Schienenpersonenverkehr nicht in eigener Kompetenz zu beschliessen, sondern dem Parlament in geeigneter Form zum Entscheid vorzulegen.<sup>99</sup> In der Tat stellt eine Marktöffnung vor dem Hintergrund des aktuellen Systems – unabhängig von den tatsächlichen Auswirkungen – einen eigentlichen Paradigmenwechsel dar, dem auch in der Europäischen Union einige Diskussionen vorangegangen sind.<sup>100</sup>

### 3.3.3.2 Vollzugsvertrag?

Weiter könnte es sich um einen Vollzugsvertrag handeln, so dass der Vertrag lediglich dem Vollzug bestehender Abkommen dient. Dies wäre dann zu bejahen, wenn die Übernahme der Marktöffnung nur dem Vollzug des Landverkehrsabkommens dient, so dass sie letztlich bereits in diesem angelegt sein müsste. Das Landverkehrsabkommen hat ausweislich seiner Präambel als Ziele u.a. die Gewährung des gegenseitigen Zugangs zu den Verkehrsmärkten sowie die Gewährleistung eines gesunden Wettbewerbs zwischen den Verkehrsträgern. Gemäss dem Zielartikel (Art. 1 Abs. 1 LVA) soll das Abkommen den Zugang der Vertragsparteien zum Güter- und Personenverkehrsmarkt auf der Strasse und auf der Schiene liberalisieren, damit eine effizientere Verkehrsabwicklung auf jener Route gewährleistet ist, die technisch, geographisch und wirtschaftlich am besten auf die unter dieses Abkommen fallenden Verkehrsträger abgestimmt ist. Insofern könnte die Marktöffnung des internationalen Schienenpersonenverkehrs durchaus als ein Ziel des Abkommens angesehen werden. Diese Schlussfolgerung berücksichtigte jedoch nicht Art. 24 LVA, welcher die Zugangsrechte zum Eisenbahnfahrweg regelt. Nach Art. 24 Abs. 1 LVA haben Eisenbahnunternehmen und internationale Gruppierungen (nur) die Zugangs- und Transitrechte, die in den in Anhang 1 Abschnitt 4 LVA aufgeführten Rechtsvorschriften der Union festgelegt sind. Der konkrete Grad der Liberalisierung wird also gerade nicht im Abkommen vorgegeben, sondern einer späteren Definition durch die Vertragsparteien überlassen. Damit entfällt aber die Möglichkeit eines Vollzugsvertrages, denn ein solcher darf lediglich die im Grundvertrag bereits festgehaltenen Rechte und Pflichten und organisatorischen Grundsätze näher ausgestalten, nicht aber, wenn sie Ergänzungen enthalten, neue, zusätzliche Rechte und Pflichten vorsehen oder diese auf weitere Bereiche ausdehnen. Auch dieses Kriterium eines Vertrags von beschränkter Tragweite ist also nicht erfüllt.

### 3.3.3.3 Fakultatives oder obligatorisches Referendum?

Schliesslich fragt es sich, ob der Vertrag dem fakultativen oder obligatorischen Referendum untersteht. Zwar sind zu seiner Durchführung, wie oben erwähnt,<sup>101</sup> möglicherweise keine Gesetzesänderungen notwendig. Es stellt sich aber die Frage, ob der Vertrag wichtige rechtsetzende Bestimmungen i.S.v. Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV enthält. Die obigen Argumente, die gegen einen Vertrag von beschränkter Tragweite sprechen (namentlich die grosse politische Tragweite und die Tatsache, dass die Rechtsstellung von Privaten betroffen ist),<sup>102</sup> legen es im vorliegenden Zusammenhang nahe, dass die Übernahme der Marktöffnung des internationalen Schienenpersonenverkehrs wichtige rechtsetzende Bestimmungen beinhaltet. Dafür spricht auch, dass bei Verträgen mit grosser politischer, finanzieller, wirtschaftlicher, ökologischer, sozialer oder kultureller Tragweite eine Vernehmlassung durchgeführt werden muss (Art. 3 Abs. 2 VIG).<sup>103</sup> Aus diesem Grund müsste der Vertrag wohl dem fakultativen Referendum unterstehen.

Im Übrigen wäre nach der hier vertretenen Ansicht – aufgrund der restriktiven Auslegung des Art. 8 Abs. 3 PBG – auch eine Gesetzesänderung notwendig, da Art. 8 Abs. 1 PBG davon ausgeht, dass

<sup>98</sup> Bericht Bahn/Bus (Fn. 49), 29.

<sup>99</sup> Motion 18.4105 «Kooperationsmodell anstelle der Öffnung des internationalen Schienenpersonenverkehrs».

<sup>100</sup> So auch schon EPINEY/HEUCK, Liberalisierung des grenzüberschreitenden Personenverkehrs (Fn. 57), 14.

<sup>101</sup> Oben, 3.2.2.

<sup>102</sup> Oben, 3.3.3.1. S. auch schon oben 3.3.2.1.3.

<sup>103</sup> EDA/EVD/EJPD, Aide-mémoire, 4.

Bewilligungen nur für den Transport von Reisenden ausschliesslich im grenzüberschreitenden Verkehr erteilt werden.<sup>104</sup>

### 3.3.3.4 Weitere Kriterien?

Soweit ersichtlich nicht einschlägig sind im vorliegenden Kontext die weiteren Kriterien: Der Vertrag enthält keine Bestimmungen über Gegenstände, deren Regelung in die ausschliessliche Kompetenz der Kantone fällt. Vielmehr ist das Eisenbahnwesen Sache des Bundes (Art. 87 BV). Ebenfalls – jedenfalls nicht *a priori* – ersichtlich ist, dass der Vertrag einmalig oder wiederkehrend hohe Ausgaben für Bund oder Kantone verursachen würde. Diese beiden Kriterien, die gegen einen Vertrag von beschränkter Tragweite sprechen würden, sind also nicht erfüllt.

Ebenfalls verneint werden kann ein Vertrag der sich lediglich an die Behörden richtet und administrativ-technische Fragen regelt. Wie bereits oben<sup>105</sup> dargestellt, betrifft der Vertrag rechtlich geschützte Interessen von Privaten und richtet sich darum gerade nicht ausschliesslich an die Behörden.

### 3.3.3.5 Zwischenergebnis

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass kein Vertrag von beschränkter Tragweite vorliegt, weil die beabsichtigte Marktöffnung des internationalen Schienenpersonenverkehrs neue Rechte und Pflichten begründet, in die Rechtsstellung Privater eingreift und von einer grossen politischen Bedeutung ist. Der Vertrag untersteht denn auch prinzipiell dem fakultativen Referendum.

### 3.3.4 Ergebnis: Keine selbständige Vertragsschlusskompetenz des Bundesrats

Insgesamt ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen, dass für eine Marktöffnung im internationalen Schienenpersonenverkehr keine Ermächtigung an den Bundesrat in einem Bundesgesetz vorliegt. Die bestehende Delegationsnorm in Art. 8 Abs. 3 PBG deckt – unter Berücksichtigung ihrer Entstehungsgeschichte – den vorliegenden Fall einer Öffnung des internationalen Schienenpersonenverkehrs gar nicht ab, sondern war von Beginn an für den grenzüberschreitenden Autobusverkehr gedacht. Auch bei ihrer unveränderten Übernahme in das aktuelle PBG wurde eine Ausweitung ihres Anwendungsbereichs auf den Schienenpersonenverkehr nicht diskutiert. Im Übrigen sprechen teleologische Gründe sowie der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung dafür, Art. 8 Abs. 3 PBG eng auszulegen, würde er doch ansonsten eine kaum eingrenzbar Delegationsnorm beinhalten.

Ferner handelt es sich bei der Marktöffnung für den internationalen Schienenpersonenverkehr als Rechtsübernahme im Rahmen des Landverkehrsabkommens nicht um einen Vertrag mit beschränkter Tragweite. Dieser müsste auch aufgrund seiner wichtigen rechtspolitischen Bedeutung eines Liberalisierungsentscheides dem fakultativen Referendum unterstehen (Art. Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV), und es sollte im Zweifelsfall eine Vernehmlassung durchgeführt werden (Art. 3 Abs. 2 VIG).

## 4 Schlussbemerkungen

Da eine Modifikation der Anhänge der Bilateralen Abkommen im Ergebnis einen (neuen) völkerrechtlichen Vertrag darstellt, darf der Bundesrat einer solchen Änderung nur unter der Voraussetzung zustimmen, dass den diesbezüglichen Anforderungen des nationalen Rechts Genüge getan ist. Im Rahmen seiner Mitwirkung in den Gemischten Ausschüssen darf er lediglich dann selbständig einer Änderung der Anhänge zustimmen, wenn die verfassungs- und gesetzesrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Wie die vorliegende Untersuchung gezeigt hat, liegt für eine Marktöffnung im internationalen Schienenpersonenverkehr keine Ermächtigung an den Bundesrat in einem Bundesgesetz vor. Die bestehende Delegationsnorm in Art. 8 Abs. 3 PBG deckt – unter Berücksichtigung ihrer Entstehungsgeschichte und auf der Grundlage einer verfassungskonformen Auslegung – den Fall einer Öffnung des internationalen Schienenpersonenverkehrs nicht ab. Sonstige Delegationsnormen in Bundesgesetzen sind nicht ersichtlich. Zudem handelt es sich bei der Marktöffnung für den internationalen Schienenpersonenverkehr als Rechtsübernahme im Rahmen des

<sup>104</sup> Oben, 3.2.2.

<sup>105</sup> Oben, 3.3.3.1.

Landverkehrsabkommens nicht um einen Vertrag mit beschränkter Tragweite; dieser müsste auch aufgrund seiner wichtigen rechtspolitischen Bedeutung eines Liberalisierungsentscheides dem fakultativen Referendum unterstehen (Art. Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV). Vor diesem Hintergrund dürfte der Bundesrat einer Modifikation des Anhangs des Landverkehrsabkommens, welche eine Übernahme der unionsrechtlichen Vorgaben in Bezug auf die Liberalisierung der internationalen Schienenpersonenverkehrs nach sich zöge, nur dann zustimmen, wenn diese vorgängig durch das Parlament genehmigt wurde.

Die zentrale Rechtsfrage im Zusammenhang mit der vorliegenden Untersuchung betrifft letztlich die Auslegung einer Delegationsnorm. Mit guten Gründen könnte man hier übrigens bereits die Verfassungsmässigkeit des hier zentralen Art. 8 Abs. 2 PBG in Frage stellen, ist die Delegation in Art. 8 Abs. 3 PBG doch vom Wortlaut her denkbar weit gefasst; allerdings ist die Norm nach Art. 190 BV massgeblich, wobei sie jedoch verfassungskonform auszulegen ist.

Insofern drängt sich hier tatsächlich eine restriktive Sicht auf, ein Ansatz, der möglicherweise „formaljuristisch“ anmuten mag, sich jedoch letztlich aus den grundlegenden verfassungsrechtlichen Weichenstellungen ergibt. In Anbetracht des wenig ergebnissen Wortlauts der Bestimmung vermag das Ergebnis auf den ersten Blick zu erstaunen, erschliesst sich die hier vertretene Auslegung des Art. 8 Abs. 3 PBG doch erst aus ihrem Zusammenspiel mit verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere mit Art. 164 Abs. 1 BV. Jedoch vermag nur dieser Ansatz sicherzustellen, dass den hier zentralen Anforderungen des Legalitätsprinzips Rechnung getragen werden kann.

Damit ist keine Aussage über die (politische) Opportunität der (umfassenden) Öffnung des grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehrs verbunden, und in der Tat können für eine Übernahme der entsprechenden unionsrechtlichen Vorgaben in das Landverkehrsabkommen zweifellos beachtliche Gründe angeführt werden, insbesondere eine gewisse Kohärenz des Regelungsrahmens im Verhältnis zur Union (geht das Landverkehrsabkommen doch grundsätzlich davon aus, dass hier eine Parallelität anzustreben ist). Wie auch immer man jedoch diese politische Frage beurteilen mag, sind doch jedenfalls die Anforderungen des Legalitätsprinzips zu beachten; dieser zweifellos in gewisser Hinsicht formale Grundsatz stellt letztlich die Legitimität hoheitlichen Handelns sicher, und auch seine nur punktuelle Nichtbeachtung birgt die Gefahr einer Aushöhlung dieser Legitimität, die ihrerseits zentral für das Funktionieren des demokratischen Rechtsstaats ist. Dass hiermit gewisse Ineffizienzen einhergehen mögen, ist sicherlich zutreffend, aber mit Blick auf diese Strukturprinzipien des Verfassungsstaats hinzunehmen: Einem demokratischen Rechtsstaat sind Ineffizienzen und Verzögerungen letztlich bis zu einem gewissen Grad immanent.

---

ASTRID EPINEY, Prof. Dr. iur., LL.M., Professorin für Völker- und Europarecht an der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des dortigen Instituts für Europarecht sowie Rektorin der Universität.

NULA FREI, Dr. iur., Oberassistentin am Institut für Europarecht der Universität Freiburg i.Ue.

Die vorliegende Untersuchung geht auf ein Gutachten zurück, welches die Verfasserinnen im Frühjahr 2018 im Auftrag der Schweizerischen Bundesbahnen SBB erstellten. Den SBB, insbesondere Herrn LUCA ARNOLD und Herrn MICHAEL SCHMIDT, sei an dieser Stelle für das entgegengebrachte Vertrauen und die angenehme Zusammenarbeit gedankt.

---