

Zur Bedeutung von direkter Demokratie und Föderalismus für den Weg der Schweiz in Europa

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zur Bedeutung von direkter Demokratie und Föderalismus für den Weg der Schweiz in Europa, in: Europaforum Luzern (Hrsg.), Die Schweiz in Europa zwischen politischem Alleingang und wirtschaftlicher Integration. Die Zukunft des bilateralen Wegs, Luzern 2009, S. 42-67. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

Auch wenn die schweizerische Europapolitik – hier verstanden als die Politik, die die Schweiz im Verhältnis zur Europäischen Union zugrundelegt¹ – in den letzten Jahren nicht immer sehr präsent in den politischen Diskussionen war, stellt sich für die Schweiz die Frage nach der Gestaltung ihres Verhältnisses zur Europäischen Union immer wieder (neu).² Dabei drängt sich die Frage nach dem „Warum“ des Abseitsstehens der Schweiz von der Mitgliedschaft in der Europäischen Union im Zuge der Erweiterung derselben je länger je mehr auf, erscheint es doch – zumindest auf den ersten Blick – erstaunlich, dass ein Staat mitten in Europa, der ausgesprochen intensive wirtschaftliche und politische Beziehungen mit der Europäischen Union und den meisten ihrer Mitgliedstaaten pflegt, sich bislang bewusst gegen eine Mitgliedschaft entschieden hat.

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die Schweiz ihre Beziehungen zur EU angesichts der angesprochenen Interdependenzen in irgendeiner Form gestalten muss, und bekanntlich hat sich hier nach dem EWR-Nein aus dem Jahr 1992 der sog. „Bilaterale Weg“ durchgesetzt, der die Beziehungen der Schweiz zur EU durch eine Vielzahl von „bilateralen“ Abkommen (die teilweise aber auch multilateral sind) sektorieller Natur regelt;³ hinzukommen zahlreiche

¹ So dass sonstige (durchaus aber bedeutende) Aspekte der schweizerischen Europapolitik (etwa die Mitgliedschaft im Europarat oder der OSZE) im Rahmen des vorliegenden Beitrages nicht berücksichtigt werden.

² Vgl. in diesem Zusammenhang auch den instruktiven Überblick über die Entwicklung der Beziehungen der Schweiz zur EU bei *Andreas R. Ziegler*, Die De-facto-Mitgliedschaft der Schweiz in der EU: Binnen- und Aussenbeziehungen, ZEuS 2007, 247 ff.

³ Vgl. zu den Bilateralen Verträgen den Überblick bei *Christa Tobler*, Der Acquis der rechtlichen Verbindung der Schweiz zur EG und EU – eine unsichere Grösse?, in: Fritz Breuss/Thomas Cottier/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, 2008, 11 ff.; s. ansonsten die Beiträge in *Daniel Felder/Christine Kaddous* (Hrsg.), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires) / Bilaterale Abkommen Schweiz – EU (Erste Analysen), 2001; *Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner* (Hrsg.), Accords bilatéraux II Suisse – UE et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU und andere neue Abkommen, 2006; *Thomas Cottier/Matthias*

weitere Verträge. Auf diese Weise ist die Schweiz heute rechtlich und noch mehr faktisch sehr weitgehend in die Europäische Union „integriert“, so dass sich umso mehr die Frage nach dem Grund für das Abseitsstehen in Bezug auf die Vollmitgliedschaft aufdrängt.

Nun hat die Nichtmitgliedschaft der Schweiz in der Europäischen Union zweifellos zahlreiche, sehr vielschichtige Gründe; zwei Erwägungen, die jedoch immer wieder ins Feld geführt werden und denen zumindest teilweise eine sehr grosse Bedeutung beigemessen wird, sind die (vermeintliche) „Unvereinbarkeit“ eines EU-Beitritts der Schweiz mit den direktdemokratischen Rechten und die (häufig als zu weitgehend angesehenen und daher als negativ bewerteten) Auswirkungen eines EU-Beitritts auf „den Föderalismus“. Die Zielsetzung des nachfolgenden Überlegungen gehen vor diesem Hintergrund dahin, die beiden heute im Vordergrund stehenden europapolitischen Optionen der Schweiz – EU-Beitritt einerseits und Weiterführung des „Bilateralen Weges“ andererseits – im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die direkte Demokratie – wobei eine Beschränkung auf die Bundesebene erfolgt – (III.) und die kantonalen Kompetenzen und Mitwirkungsbefugnisse (IV.) vergleichend zu analysieren, dies auf der Grundlage eines kurzen Überblicks über Charakteristika und wesentliche institutionelle Merkmale beider Optionen (II.).⁴

II. Beitritt und „Bilateraler Weg“: Charakteristika und institutionelle Ausgestaltung

1. Zum EU-Beitritt

Im Falle eines EU-Beitritts der Schweiz würde diese – wie alle EU-Mitgliedstaaten – der Gemeinschaft eine Reihe von Hoheitsrechten übertragen, so dass insbesondere gewisse Gesetzgebungsbefugnisse, aber auch sonstige Befugnisse (etwa in Bezug auf die Gerichtsbarkeit des EuGH zur letztverbindlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts) auf die Gemeinschaft, teilweise auch die Europäische Union, übertragen werden. Der in Art. 49 EUV geregelte Beitritt wird aus rechtlicher Sicht mittels sog. Beitrittsverträge durchgeführt; diese sehen – wenn dies auch rechtlich nicht zwingend vorgesehen ist – regelmässig die Übernahme

Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, 2002; *Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals* (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU – ein Handbuch, 2007; s. auch *René Schwok/Stephan Bloetzer*, Annäherung statt Mitgliedschaft? Die Schweiz und die EU nach den zweiten bilateralen Abkommen, *integration* 2005, 201 ff.; *Olivier Mach*, Les accords bilatéraux avec la CE: opportunité et défi pour le juriste suisse, *SJ* 2002, 325 ff.; *Stephan Breitenmoser*, Secotral agreements between the EC and Switzerland: Contents and context, *CMLRev* 2003, 1137 ff.; *Juliane Kokott*, Die Schweiz und Europa – unter besonderer Berücksichtigung der Personenfreizügigkeit, *FS Helmut Steinberger*, 2005, 771 ff.

⁴ Dabei wird teilweise auf die Ergebnisse einer im Auftrag der Konferenz der Kantonsregierungen erstellte grössere Untersuchung zurückgegriffen, vgl. *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Robert Mosters*, Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht. Expertenberichte im Auftrag der Arbeitsgruppe „Europa – Reformen der Kantone“, 2006, 77 ff.

des bisherigen Unions- und Gemeinschaftsrecht (Primärrecht und Sekundärrecht, der sog. *acquis communautaire*) vor. Dauerhafte Ausnahmen gibt es hier praktisch nicht; möglich und auch üblich sind jedoch Übergangsfristen in Bezug auf gewisse Rechtsgebiete bzw. Verpflichtungen. Deutlich wird damit auch, dass ein EU-Beitritt den Abschied von der völkerrechtlichen Regelung der Beziehungen Schweiz-EU implizierte und die Schweiz sich – wie alle anderen Mitgliedstaaten – in eine supranationale Organisation integrieren würde.

Im Einzelnen wären im Falle eines EU-Beitritts der Schweiz der Vorrang des Gemeinschaftsrechts und die unmittelbare Wirkung des Gemeinschaftsrechts zu beachten:⁵

- Dem Gemeinschaftsrecht kommt auf der Grundlage gemeinschaftsrechtlicher Prinzipien gegenüber nationalem Recht ein (Anwendungs-) Vorrang zu,⁶ der von den Mitgliedstaaten bzw. ihren Höchstgerichten auch im Ergebnis – trotz allem Zögern – auch anerkannt ist.⁷ Ein EU-Beitritt der Schweiz implizierte daher, dass in der Schweiz (teilweise unmittelbar wirksame⁸) gemeinschaftsrechtliche Vorschriften gelten würden, denen Vorrang vor nationalem Recht jeder Stufe zukäme. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts wäre für alle staatlichen (rechtsetzenden, rechtsvollziehenden und rechtsanwendenden) Organe jeder Stufe (Bund, Kantone und Gemeinden) verbindlich, so dass er auch durch Volk und Stände zu beachten wäre, worauf noch spezifisch einzugehen sein wird.⁹

Mit dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs bereits die Geltung (nicht erst die Anwendung) gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts unvereinbar.¹⁰ Dementsprechend ergibt sich aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts auch eine Pflicht, das dem Gemeinschaftsrecht widersprechende nationale Recht anzupassen. Weiter impliziert der Vorrang des Gemeinschaftsrechts, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, alle Rechtsakte zu erlassen, die zur Durchführung bzw. Umsetzung des Gemeinschaftsrechts notwendig sind. Hingegen handelt es sich hier nicht um eine verfahrensrechtliche Verpflichtung in dem Sinn, dass die Mitgliedstaaten auch in verfahrensrechtlicher

⁵ Vgl. zu diesen und weiteren „Strukturmerkmalen“ des Unionsrechts m.w.N. aus Literatur und Rechtsprechung zusammenfassend *Astrid Epiney/Robert Mosters/Andreas Rieder*, Europarecht I. Das institutionelle Recht der Europäischen Union, 2. Aufl., 2007, 43 ff.

⁶ Grundlegend nach wie vor EuGH, Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, 1251; ausdrücklich den Anwendungsvorrang betonend EuGH, verb. Rs. C-10/97 u.a. (*IN.CO.GE'90* u.a.), Slg. 1998, I-6307, Rn. 18 ff.. Aus der Literatur etwa *Roland Bieber*, in: *Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag*, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 8. Aufl., 2008, § 3, Rn. 35 ff.; *Karen Alter*, Establishing Supremacy of European Law, 2001, *passim*; *Martin Nettesheim*, EU-Recht und nationales Verfassungsrecht, EuR 2004, Beiheft 1, 7 ff.; *Stefan Leo Frank*, Altes und Neues zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor staatlichem Recht, ÖZÖR 2000, 1 ff.; *Hans D. Jarass/Sasa Beljin*, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, 1 ff.

⁷ Hierzu *Bieber*, in: EU (Fn. 6), § 3, Rn. 40 f.

⁸ Hierzu sogleich im Text.

⁹ Unten III.1.

¹⁰ Vgl. EuGH, Rs. 168/85 (*Kommission/Italien*), Slg. 1986, 2945, Rn. 10 ff.; EuGH, Rs. C-290/94 (*Kommission/Griechenland*), Slg. 1996, I-3285, Rn. 29.

Hinsicht „garantieren“ müssten, dass gemeinschaftsrechtswidriges Recht erst gar nicht erlassen werden kann bzw. dass alle Durchführungs- und Umsetzungsakte erlassen werden können; vielmehr geht es hier um eine „Ergebnispflicht“.¹¹ Daher liegt erst dann ein Verstoß gegen den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor, wenn tatsächlich ein gemeinschaftsrechtswidriger Erlass existiert bzw. wenn in Bezug auf eine konkrete Durchführungs- oder Umsetzungsverpflichtung die notwendigen Massnahmen nicht ergriffen wurden.

- Gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen können in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar sein, d.h. sie sind als solche Quellen von Rechten und Pflichten (auch für Einzelne), ohne dass es – darüber hinaus – einer mitgliedstaatlichen Durchführungsvorschrift bedürfte.¹² Diese unmittelbare Wirkung kann sowohl bei primärrechtlichen als auch bei sekundärrechtlichen Vorschriften zum Zuge kommen. Voraussetzung ist grundsätzlich, dass eine klare und unbedingte Verpflichtung begründet wird und dass zu der Durchführung der betreffenden Bestimmung keine weitere Massnahme der Gemeinschaftsorgane oder der Mitgliedstaaten notwendig ist. Ob dies der Fall ist oder nicht, ist in Bezug auf jede einzelne Bestimmung durch Auslegung zu ermitteln.¹³

Sofern gemeinschaftsrechtliche Vorschriften unmittelbare Wirkung entfalten, sind sie auf der Grundlage des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts anzuwenden, so dass sie jedenfalls insofern den Spielraum des nationalen Gesetzgebers (und auch der übrigen Behörden) beschränken. Speziell in Bezug auf nach Art. 249 EGV unmittelbar geltende Verordnungen ist es dem nationalen Gesetzgeber verwehrt, ihren Inhalt in nationalen Rechtsakten wiederzugeben.¹⁴

Diese Grundsätze – die letztlich auch eine Ausprägung und wohl auch Konsequenz der Übertragung von Hoheitsrechten von den Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaft darstellen –

¹¹ Vgl. im Einzelnen hierzu *Astrid Epiney/Karine Siegwart/Michael Cottier/Nora Refaeil*, Schweizerische Demokratie und Europäische Union, 1998, 301 f.; i. Erg. ebenso *Daniel Thürer*, Verfassungsfragen rund um einen möglichen Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union, SZIER 2005, 21 (25 f.); *Andreas Auer*, La démocratie directe face à l'intégration européenne, SemJud 1991, 374 (389 f.); a.A. *Stephan Körkemeyer*, Direkte Demokratie und Europäische Integration, 1994, 77 ff.

¹² Vgl. hierzu die instruktive Zusammenstellung bei *Eckart Klein*, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von europäischem Gemeinschaftsrecht, 1988, *passim*; zu den Wirkungen des Gemeinschaftsrechts auch *Marcel Haag*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 8. Aufl., 2008, § 6, Rn. 56 ff.

¹³ Besondere Probleme wirft die unmittelbare Wirkung von Richtlinien auf, die durch den Gerichtshof unter gewissen Voraussetzungen bejaht wird, dies trotz des in Art. 249 EGV formulierten Grundsatzes, dass Richtlinien prinzipiell der Umsetzung durch die zuständigen nationalen Organe bedürfen. Hierzu ausführlich *Christoph Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, 31 ff.; *Hans D. Jarass/Sasa Beljin*, Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und EG-rechtskonforme Auslegung, JZ 2003, 768 (770 ff.); *Martin Nettesheim*, Die mitgliedstaatliche Durchführung von EG-Richtlinien, 1999, 77 ff.; *Klein*, Unmittelbare Geltung (Fn. 12), 20 ff.

¹⁴ EuGH, Rs. 34/73 (Variola), Slg. 1973, 981. Hintergrund dieser Rechtsprechung ist insbesondere, dass durch eine Wiederholung der Verordnung im nationalen Recht Unsicherheiten über die Rechtsnatur und damit Inkrafttreten, Auslegung o.ä. provoziert würden, womit der Grundsatz der unmittelbaren Geltung von Verordnungen untergraben würde.

illustrieren auch die Notwendigkeit der demokratischen Legitimation des Gemeinschaftsrechts. Es ist hier nicht möglich, im Einzelnen auf die Legitimationsmechanismen des Gemeinschaftsrechts einzugehen; hingewiesen sei aber auf folgende grundsätzliche Aspekte:¹⁵

- Das gemeinschaftliche Primärrecht ist letztlich über die mitgliedstaatlichen Genehmigungsverfahren legitimiert: Da jede Vertragsänderung der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten bedarf, ist der Legitimationsmechanismus hier im Wesentlichen auf nationaler Ebene angesiedelt.¹⁶
- Die Legitimation des gemeinschaftlichen Sekundärrechts hingegen geschieht über gemeinschaftliche Verfahren, wobei das Initiativmonopol der Kommission, die umfangreichen Konsultationen während des Rechtsetzungsverfahrens sowie das „Regelverfahren“ des Art. 251 EGV (Mitentscheidungsverfahren) – das im Ergebnis vorsieht, dass Rat und Parlament einem Rechtsakt zustimmen müssen – von besonderer Bedeutung sind: Auf dieser Grundlage ist der Legitimationsmechanismus des Sekundärrechts in der EU durch eine „doppelten Strang“ gekennzeichnet: einerseits durch die (entscheidende) Mitwirkung des direkt gewählten Europäischen Parlaments, andererseits durch die Entscheidung des Rates, der seinerseits durch die entsprechenden mitgliedstaatlichen Verfahren legitimiert ist. Es ist unbestreitbar, dass dieses System sicherlich optimierungsfähig und ergänzungsbedürftig (auch durch gewisse direkt-demokratische Elemente) ist, wobei die hier in Aussicht genommenen Mechanismen selbstverständlich je nach Sichtweise sehr variieren;¹⁷ alle Defizite in der demokratischen Legitimation auf EU-Ebene sollten jedoch nicht über den (gar nicht selbstverständlichen) Befund hinwegtäuschen, dass die von der Gemeinschaft angenommenen Rechtsakte durchaus demokratisch legitimiert sind. Im Übrigen ist jedenfalls zu bedenken, dass die Art und Weise der Ausgestaltung demokratischer Legitimation auf EU-Ebene den komplexen Eigenarten dieses Gebildes – insbesondere

¹⁵ Vgl. grundsätzlich zur demokratischen Legitimation des Gemeinschaftsrechts *Gertrude Lübbe-Wolff*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 246 (248 ff.); *Brun-Otto Bryde*, Demokratisches Europa und Europäische Demokratie, FS Manfred Zuleeg, 2005, 131 ff.; *Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 626 ff.; *Joseph H.H. Weiler*, The State „über alles“. Demos, Telos and the German Maastricht Decision, FS Ulrich Everling, Bd. II, 1995, 1651 ff., jeweils m.w.N. Zur Verwirklichung des Demokratieprinzips in der Verfassung bzw. im Verfassungsentwurf etwa *Anne Peters*, European Democracy after the 2003 Convention, CMLRev. 2004, 37 (45 ff.); *Christian Calliess*, Das Demokratieprinzip im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, FS Georg Ress, 2005, 399 (405 ff.); *Stefan Oeter*, Demokratie im europäischen Verfassungsverbund. Überlegungen zum Entwurf eines Verfassungsvertrages für Europa, in: Manfred Zuleeg (Hrsg.), Die neue Verfassung der Europäischen Union, 2006, 69 ff.

¹⁶ Vgl. zur diesbezüglichen Problematik *Roland Bieber*, Zur Ko-Existenz von Referenden und parlamentarischer Demokratie – Das Beispiel der Ratifizierungsverfahren zur Europäischen Verfassung -, in: Stefan Kadelbach (Hrsg.), Europäische Verfassung und direkte Demokratie, 2006, 57 ff.

¹⁷ Vgl. etwa die Überlegungen bei *Bieber*, in: EU (Fn. 6), § 37, Rn. 12 ff.; s. auch *Epiney/Siegmund/Cottier/Refaeil*, Schweizerische Demokratie und EU (Fn. 11), 192 ff.; *Astrid Epiney*, Le référendum européen, in: Andreas Auer/Jean-François Flauss (Hrsg.), Le référendum européen, 1997, 287 ff.; *Lübbe-Wolff*, VVDStRL 60 (Fn. 15), 246 (255 ff.).

seiner Zusammensetzung aus Staaten, denen volle völkerrechtliche Rechtsfähigkeit zukommt – Rechnung tragen muss und die „Reichweite“ sowie die Ausgestaltung demokratischer Legitimation auf EU-Ebene daher keinesfalls an nationalen Massstäben gemessen werden kann.

In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, dass die konkrete Verwirklichung bzw. Ausgestaltung von Legitimation in der Europäischen Union wesentlich auch auf dem Grundgedanken der Legitimation über die Einräumung von Rechten beruht:¹⁸ Legitimation wird danach auch durch Legalität und die Einhaltung der Rechte Einzelner hergestellt, und das Gemeinschaftsrecht erweitert letztlich die Rechte Einzelner insbesondere durch die Schaffung des Unionsbürgerstatuts.

2. Der „Bilaterale Weg“

Nachdem der erste umfassende Versuch einer „Einbindung“ der Schweiz in Teile des *acquis communautaire* durch die Ablehnung des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) am 6. Dezember 1992 in einer Volksabstimmung gescheitert ist, steht heute der sog. bilaterale und sektorielle Ansatz im Vordergrund: Dabei werden verschiedene Abkommen in unterschiedlichen Bereichen abgeschlossen, die – entweder nach Ansicht der Schweiz oder nach Ansicht der EU – einer Regelung bedürfen. Bislang sind aus einem ersten Paket („Bilaterale I“) sieben Abkommen in Kraft; aus einem zweiten Paket („Bilaterale II“) sind ebenfalls bereits die meisten Abkommen in Kraft.¹⁹ Es ist zu erwarten, dass bald weitere „bilaterale Abkommen“ abgeschlossen werden; so etwa in den Bereichen Umweltrecht (Einbindung der Schweiz in das Emissionshandelssystem) oder Elektrizität.

Ziel der politisch und rechtlich wohl bedeutendsten Abkommen ist die Einbindung der Schweiz in den relevanten Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes; m.a.W. sollen die Abkommen in diesen Fällen sicherstellen, dass das Nicht-EU-Mitglied Schweiz an den entsprechenden Integrationsschritten in der EU teilnehmen kann. Stichworte in diesem Zusammenhang sind insbesondere (aber nicht ausschliesslich) die Abkommen zur Personenfreizügigkeit und zu „Schengen/Dublin“. Gleichzeitig aber greift man aus institutioneller Sicht in den Abkommen auf ein „klassisches“ völkerrechtliches Instrumentarium zurück.

¹⁸ Ausführlich hierzu *Astrid Epiney*, Europäische Verfassung und Legitimation durch die Unionsbürger. Zu den Rechten der Unionsbürger in der Verfassung für Europa, in: Stefan Kadelbach (Hrsg.), Europäische Verfassung und direkte Demokratie, 2006, 33 ff. Ebenso etwa *Thürer*, SZIER 2005 (Fn. 11), 21 (42 f.).

¹⁹ Vgl. zu diesen Abkommen die Nachweise in Fn. 3.

Das erste „Paket“ der sog. bilateralen und sektoriellen Abkommen²⁰ zwischen der EG bzw. ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits wurde am 21. Juni 1999 unterzeichnet und trat am 1. Juni 2002²¹ in Kraft. Es betrifft folgende Bereiche:

- Personenfreizügigkeit;
- Forschung;
- technische Handelshemmnisse;
- landwirtschaftliche Produkte;
- Landverkehr;
- Luftverkehr
- öffentliches Auftragswesen.

Es ist im vorliegenden Rahmen nicht möglich, auf den Inhalt dieser Abkommen einzugehen; herausgegriffen werden sollen aber die bereichsübergreifenden Charakteristika:

- Die sieben Verträge stellen insofern ein „Paket“ dar, als die Abkommen – wie in den Schlussbestimmungen aller Abkommen niedergelegt – nur zusammen in Kraft treten konnten, und die Nichtverlängerung oder Kündigung eines der Abkommen dazu führt, dass auch alle anderen Abkommen ausser Kraft treten bzw. nicht mehr angewandt werden.
- Gleichwohl handelt es sich um jeweils getrennte, in sich geschlossene Vertragswerke; ein irgendwie geartetes Rahmenabkommen – das etwa gemeinsame, bereichsübergreifende Fragen regelt – gibt es nicht. So sind auch die „institutionellen“ Bestimmungen jeweils in den verschiedenen Abkommen für jeden Bereich geregelt. Daher gibt es z.B. sieben Gemischte Ausschüssen oder sieben verschiedene Regimes in Bezug auf die Weiterentwicklung des Vertragsinhalts.
- Die Abkommen stellen – im Gegensatz zum EWR – keine „Integrationsverträge“ in dem Sinn einer echten Einbindung in die Integration der EU-Staaten dar; vielmehr handelt es sich in Bezug auf die Form um „klassische“ völkerrechtliche Instrumente, die auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung bzw. Standards beruhen und deren zentrale Organe die aus Vertretern der Vertragsparteien zusammengesetzten und einstimmig entscheidenden Gemischten Ausschüsse sind, denen u.a. die Wahrung der korrekten Anwendung der Verträge, die Beilegung von Streitigkeiten sowie die Modifikation gewisser Teile der Abkommen obliegt. Es erfolgt also gerade keine

²⁰ 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) darstellen. Daher trifft der Ausdruck „sektorielle Abkommen“ die Rechtslage eigentlich besser, da er Bezug auf die bereichsspezifische Regelung der verschiedenen Dossiers nimmt. Gleichwohl werden im Folgenden die inzwischen in der Schweiz gebräuchlichen Ausdrücke „Bilaterale I“ und „Bilaterale II“ verwandt.

²¹ Für die Texte aller Abkommen siehe BB1 1999, 6489 ff.; AB1 2002 L 114, 1 ff.

eigentliche Übernahme der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen²². Gleichwohl – und dies gilt insbesondere für das Personenfreizügigkeitsabkommen²³ – wird andererseits, wie bereits erwähnt, eine Teilnahme an dem entsprechenden Ausschnitt des *acquis communautaire* bezweckt.

Bald nach Abschluss der sog. „Bilateralen I“ wurden die Verhandlungen zu den sog. „Bilateralen II“ aufgenommen.²⁴ Diese befassen sich einerseits mit den „Restthemen“ („left overs“) der Bilateralen I, andererseits betreffen sie neue politische Anliegen beider Seiten. So brachte die EU die Dossiers Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung in die Verhandlungen ein, worauf die Schweiz ihr Interesse an einer „Teilnahme“ an „Schengen“ und „Dublin“ kundtat. Damit umfasst das Paket der „Bilateralen II“ – nach der Zurückstellung des Dienstleistungsdossiers – folgende Bereiche:

- Besteuerung der Ruhegehälter von in der Schweiz ansässigen EU-Beamten;
- verarbeitete Landwirtschaftsprodukte;
- Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur;
- Zusammenarbeit im Bereich der Statistik;
- Teilnahme der Schweiz an verschiedenen Programmen in den Bereichen Bildung, Berufsbildung und Jugend;
- Teilnahme an „Dublin“ und am „Schengen-acquis“;
- Zinsbesteuerung;
- Betrugsbekämpfung.

Die drei zuletzt genannten Dossiers stiessen auf beträchtliche Schwierigkeiten in den Verhandlungen, insbesondere wegen der (potenziellen) Betroffenheit des Bankgeheimnisses – so wie es derzeit in der Schweiz geregelt ist – durch die zu vereinbarenden Abkommenstexte.²⁵ Es konnte gleichwohl eine Einigung erzielt werden,²⁶ und die Abkommen wurden im Oktober 2004 unterzeichnet; im Juni 2005 wurde der entsprechende Bundesbeschluss in einem Referendum vom Volk in der Schweiz gutgeheissen; die Abkommen wurden grösstenteils bereits ratifiziert und sind in Kraft getreten; bemerkenswerte Ausnahme ist das Abkommen über die Betrugsbekämpfung, bei dem noch die Ratifizierung einiger Mitgliedstaaten aussteht. Interessant in unserem Zusammenhang sind insbesondere die

²² Eine Ausnahme stellt hier das Luftverkehrsabkommen dar, das in verschiedener Hinsicht eine „echte“ Integration in den gemeinschaftlichen Besitzstand vorsieht, insbesondere in Bezug auf die Befugnisse der Organe der Gemeinschaft, vgl. Art. 20 Luftverkehrsabkommen.

²³ Ausführlich zu diesem *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.; *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 2005, 45 ff.

²⁴ Text und Botschaft zu den Bilateralen II in BBl. 2004, 5965 ff.

²⁵ Hierzu *Astrid Epiney*, Rechtshilfe in Strafsachen in der EU, EuZW 2003, 421 (426 f.).

²⁶ Vgl. insbesondere Art. 7 Schengen-Assoziierung. Hierzu ausführlich *Monique Jametti Greiner/Hanspeter Pfenninger*, Der Schutz des schweizerischen Bankgeheimnisses im Abkommen zur Assoziierung der Schweiz an Schengen, AJP 2005, 159 ff.

den Schengen- und Dublin-Besitzstand betreffenden Abkommen, ist hier doch – immer auf der Grundlage eines in der Form völkerrechtlichen Ansatzes – eine echte Einbindung der Schweiz in den entsprechenden Teil des *acquis communautaire* vorgesehen, unter Einschluss einer grundsätzlichen Pflicht zur Übernahme der Weiterentwicklung.²⁷ Ansonsten ist zu bemerken, dass die verschiedenen Abkommen der „Bilateralen II“ aus rechtlicher Sicht – im Gegensatz zu den „Bilateralen I“ – nicht miteinander verknüpft sind, sondern voneinander unabhängige Abkommen sind, wobei aber eine Verknüpfung aus politischer Sicht (teilweise) hergestellt wird.

Versucht man, die genauen Rechtswirkungen der von der Schweiz abgeschlossenen bilateralen Verträge zu eruieren, so ist zunächst zwischen verschiedenen „Kategorien“ von Pflichten bzw. Vertragsinhalten zu unterscheiden, je nach der Art und Weise sowie der Reichweite ihrer „Annäherung“ an bereits in der EU geltende Vorschriften:²⁸

- Zunächst kann in einem Abkommen direkt auf gemeinschaftsrechtliche Rechtsakte Bezug genommen werden und die Schweiz verpflichtet werden, in der Schweiz eine diesen Vorgaben entsprechende Rechtslage sicherzustellen. Diese Technik wird häufig beim Verweis auf Sekundärrechtsakte, die oft technischer Natur sind, verwandt.

So enthalten etwa Anhänge II und III zum Personenfreizügigkeitsabkommen Listen von Rechtsakten, die die Schweiz im Ergebnis anzuwenden hat („gleichwertige Rechtsetzung“). Entsprechend listet Anhang 1 des Abkommens über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse eine ganze Reihe technischer Vorschriften auf, wobei die Schweiz Rechtsvorschriften anzuwenden hat, die den gemeinschaftlichen Vorschriften „gleichwertig“ sind. Aber auch die Schengen- und Dublin-Abkommen nehmen hinsichtlich der materiellen Pflichten im Wesentlichen auf eine Reihe von gemeinschaftlichen Rechtsakten Bezug.

- Weiter können die Verpflichtungen der Schweiz zwar im Abkommen selbst (bzw. in Anhängen) formuliert werden, wobei sich ihr Inhalt jedoch weitgehend oder gar vollständig an die Situation in der Gemeinschaft anlehnt.

So übernimmt etwa Anhang I des Personenfreizügigkeitsabkommens teilweise wörtlich gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen oder formuliert sinngemäss parallele Verpflichtungen wie diejenigen, die im Gemeinschaftsrecht zur Anwendung kommen. Aber auch Art. 1 Abs. 3 des Landverkehrsabkommens nimmt sinngemäss auf das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV Bezug; ähnliches gilt für das in Art. 6 des

²⁷ Das Abkommen ist denn auch in weiten Teilen parallel wie die Assoziierungsabkommen mit Norwegen und Island ausgestaltet. Hierzu *Astrid Epiney*, Schengen, Dublin und die Schweiz, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2002, 300 (304 ff.).

²⁸ Dabei wird im Folgenden jeweils beispielhaft auf gewisse bereits bestehende („Bilaterale I“) bzw. unterzeichnete („Bilaterale II“) Abkommen hingewiesen. Vgl. ausführlich zu dieser institutionellen Ausgestaltung der Bilateralen Abkommen *Epiney/Meier/Mosters*, in: Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg (Fn. 4), 77 (97 ff.).

Abkommens über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens formulierte Diskriminierungsverbot.

- Schliesslich können die bilateralen Verträge auch völlig „autonome“ Bestimmungen enthalten, also solche, die sich nicht in irgendeiner Form an den *acquis communautaire* anlehnen.

Dies ist etwa bei weiten Teilen des Betrugsabkommens sowie Teilen des Landverkehrsabkommens der Fall.

Soweit „direkt oder indirekt“ auf den *acquis communautaire* zurückgegriffen wird,²⁹ stellt sich die komplexe Frage, ob und inwieweit derartige Bestimmungen parallel zur Rechtslage im Gemeinschaftsrecht auszulegen sind. Diese Frage ist – da es sich um völkerrechtliche Verträge handelt – ausgehend von völkerrechtlichen Auslegungsmethoden und jeweils gesondert für die verschiedenen Abkommen zu beantworten. Jedenfalls in den Fällen, in denen der Regelungszweck des Abkommens klar erkennen lässt, dass eine parallele Rechtslage angestrebt wird, spricht grundsätzlich vieles für eine parallele Auslegung, wobei jedoch noch der zeitliche Bezugsrahmen zu präzisieren ist.³⁰ Allerdings bringt es die in weiten und insbesondere bedeutenden Teilen der bilateralen Abkommen angewandte Regelungstechnik der „Übernahme gemeinschaftlichen Besitzstands“ mit sich, dass komplexe Auslegungsprobleme aufgeworfen werden, kann doch nicht von vornherein von einer in jeder Hinsicht parallelen Auslegung ausgegangen werden, so dass der Bedeutungsgehalt jeder Bestimmung im Einzelfall zu ermitteln ist, was eine erhebliche Rechtsunsicherheit nach sich zieht.

Hinzu kommt, dass der Rechtsschutz in der Schweiz – wo die Abkommen aufgrund des monistischen Verständnisses zwischen Völker- und Landesrecht als solche gelten und bestimmte Regelungen *self executing* sind³¹ – insofern „autonom“ ausgestaltet ist, als schweizerischen Gerichten der Zugang zum EuGH über das Vorabentscheidungsverfahren verwehrt ist. Damit einher geht die Gefahr einer divergierenden Rechtsprechung in Bezug auf die Auslegung der Abkommen durch den EuGH einerseits (der die Abkommen als integrierende Bestandteile des Gemeinschaftsrechts in der EU auszulegen hat³²), und der Schweiz andererseits, was ebenfalls der Rechtssicherheit nicht zuträglich ist. So ist es etwa denkbar, dass schweizerische Gerichte eine bestimmte, sich aus einem der Abkommen ergebende Rechtsfrage in einem Sinn entscheiden, der EuGH aber später in einem anderen

²⁹ Soweit „autonome“ Verpflichtungen vorgesehen sind, ergeben sich im Verhältnis zu sonstigen völkerrechtlichen Verträgen keine besonderen Probleme.

³⁰ Ausführlich zur Problematik in Bezug auf das Personenfreizügigkeitsabkommen *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 23), 1 ff.

³¹ Hierzu etwa *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern 2005, *passim*.

³² Vgl. schon EuGH, Rs. 181/73 (Haegemann), Slg. 1974, 449, Rn. 2/6; vgl. zur Stellung des Völkerrechts in der Gemeinschaftsrechtsordnung *Astrid Epiney*, Zur Stellung des Völkerrechts in der EU, EuZW 1999, 5 ff.

Sinn urteilt, womit die Frage aufgeworfen wird, ob die schweizerischen Gerichte ihre Rechtsprechung nicht modifizieren werden oder gar müssen.

Damit in engem Zusammenhang steht die (allgemeine) Frage nach der Relevanz der Rechtsprechung des EuGH in den Fällen, in denen bilaterale Abkommen auf Teile des *acquis communautaire* Bezug nehmen. Teilweise enthalten die Abkommen hier selbst (direkte oder „indirekte“) Berücksichtigungspflichten (für die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Urteile), wie Art. 16 Abs. 2 Personenfreizügigkeitsabkommen oder das Schengen-Assoziierungsabkommen, das bei einer relevanten Abweichung der Rechtsprechung grundsätzlich die Beendigung des Abkommens vorsieht. Teilweise aber fehlt jeder Bezug zur Rechtsprechung des EuGH, obwohl die Abkommen auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe Bezug nehmen. In jedem Fall ist die genaue Relevanz der Rechtsprechung des EuGH präzisierungsbedürftig und ergibt sich nicht eindeutig aus den Abkommen: Ist ein Rückgriff auf die Rechtsprechung vorgesehen, fragt es sich, welche Urteile nun genau einschlägig sind und wie die zu berücksichtigende „alte“ Rechtsprechung von der „neuen“ Rechtsprechung (also die nach der Unterzeichnung ergangene) abzugrenzen ist. Ist keine Berücksichtigungspflicht vorgesehen, könnte aber gleichwohl einiges für einen Rückgriff des EuGH auf die Rechtsprechung sprechen, da die Zielsetzung der Abkommen im Falle der Bezugnahme auf Teile des *acquis communautaire* dahin geht, im Verhältnis zur Schweiz ein paralleles Rechtsregime zu errichten. Deutlich wird damit aber auch, dass es häufig unklar sein wird, ob und inwieweit die Rechtsprechung des EuGH für die Entscheidung eines bestimmten Streitfalles zu berücksichtigen ist, was ebenfalls der Rechtssicherheit abträglich ist.

Der „klassische“ völkerrechtliche Ansatz der bilateralen Verträge impliziert, dass sie – insoweit auch im Gegensatz zum EWR-Vertrag – grundsätzlich statische Verpflichtungen beinhalten und den Gemischten Ausschüssen sowohl bei der Streitbeilegung als auch bei der Weiterentwicklung der Verträge eine bedeutende Rolle zugestehen. Bezugnehmend auf die „Übernahme“ des *acquis communautaire* zieht dieser Ansatz die Konsequenz nach sich, dass immer auf die jeweils bei der Unterzeichnung geltende Fassung des Gemeinschaftsrechts (teilweise, wie erwähnt, auch unter Einschluss der Rechtsprechung) Bezug genommen wird; wird dieses modifiziert, findet eine solche Modifizierung gerade nicht „automatisch“ Eingang in die bilateralen Abkommen. Allerdings sollen die Abkommen – jedenfalls soweit „direkt oder indirekt“ auf den *acquis communautaire* Bezug genommen wird – im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage wie innerhalb der EU gewährleisten. Dieses Ziel würde aber nicht erreicht, wenn die bilateralen Verträge sich nicht an die Weiterentwicklungen des Gemeinschaftsrechts anpassen könnten. Daher sehen die Abkommen in der Regel spezifische Bestimmungen für die Übernahme neuen einschlägigen Gemeinschaftsrechts vor, wobei in

Bezug auf die Rechtsetzung im Wesentlichen zwischen zwei grossen „Übernahmemechanismen“ unterschieden werden kann:³³

- Entweder der Gemischte Ausschuss kann die einschlägigen Bestimmungen (in der Regel der Anhänge) in eigener Kompetenz modifizieren, was in verschiedenen der bilateralen Abkommen vorgesehen ist.
- Oder aber das Abkommen sieht eine grundsätzliche Pflicht zur Übernahme der einschlägigen Weiterentwicklung des *acquis communautaire* vor, wobei sich die Übernahme aber nach innerstaatlichen Vorschriften richtet und im Falle der Nichtübernahme eine Beendigung des Abkommens vorgesehen ist. Diese Variante ist bislang bei der Schengen- und Dublinassoziiierung vorgesehen.

III. Direkte Demokratie und Europa: die Optionen EU-Beitritt und „Bilateraler Weg“ im Vergleich

1. EU-Beitritt: Auswirkungen auf die direkte Demokratie auf Bundesebene

Die erörterten Grundsätze des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts sowie seine (mögliche) unmittelbare Wirkung implizieren, dass nationale (demokratische) Legitimationsmechanismen in Bezug auf dieses nicht zum Zuge kommen können; vielmehr finden hier allein die gemeinschaftsrechtlich formulierten Verfahren Anwendung, so dass sich die Legitimation des (sekundären) Gemeinschaftsrechts ausschliesslich aus den für seinen Erlass anwendbaren Verfahren ergibt. Damit kommen insbesondere die direkt-demokratischen Rechte in Bezug auf gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen nicht zum Zuge. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang jedoch noch zwei Aspekte:

- Erstens wäre „die Schweiz“ beim Erlass der gemeinschaftlichen Rechtsakte – wie alle anderen Mitgliedstaaten auch – beteiligt: Schweizerische Parlamentarier würden im Europäischen Parlament mitentscheiden, und die schweizerische Regierung wäre als Mitglied des Rates entsprechend stimmberechtigt. Im Übrigen ist es in Bezug auf die Haltung der Regierung im Gremium Rat durchaus möglich, durch innerstaatliche Mechanismen Einfluss zu nehmen; diese können sowohl das Parlament als auch die Kantone berücksichtigen. Festzuhalten bleibt damit, dass die Schweiz im Falle eines EU-Beitritts über den Erlass der gemeinschaftlichen Rechtsakte mitentscheiden würde. Zwar wäre das rein quantitative Gewicht der Schweiz angesichts ihrer Grösse nicht sehr

³³ Berücksichtigt werden hier nur solche Mechanismen, die bereits in den Abkommen selbst angelegt sind. Darüber hinaus können die Abkommen natürlich jederzeit modifiziert werden, was aber grundsätzlich die Anwendung des üblichen, eher schwerfälligen völkerrechtlichen Vertragsschlussverfahrens impliziert.

gross;³⁴ es ist allerdings zu beachten, dass die Entscheidungsmechanismen in der EU grundsätzlich konsensorientiert sind, so dass eine geschickte Interessenpolitik im Vorfeld von Entscheidungen eine grosse Rolle spielt und häufig (wirklich oder vermeintlich) nationalen Interessen zuwiderlaufende Entscheidungen verhindern können bzw. könnten.³⁵

- Zweitens bleibt zu bemerken, dass die Mitgliedstaaten zwar die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu beachten haben; dieses ist aber grundsätzlich durch die Mitgliedstaaten umzusetzen, durchzuführen und zu vollziehen; in Bezug auf diese mitgliedstaatliche Ebene können grundsätzlich die ganz „normalen“ mitgliedstaatlichen Mechanismen zur Anwendung kommen, wobei allerdings der inhaltliche Handlungsspielraum durch die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts beschränkt ist. Der Spielraum der Mitgliedstaaten – der selbstverständlich nur im Einzelfall in Bezug auf die jeweils einschlägigen Rechtsakte bestimmt werden kann – sollte aber grundsätzlich nicht unterschätzt werden; häufig weisen die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften – entgegen ihrem Ruf – eine beachtliche Offenheit auf, so dass durchaus Raum für mitgliedstaatliche Politikgestaltung bleibt.

Vor diesem Hintergrund können denn auch die Auswirkungen eines EU-Beitritts auf die direkt-demokratischen Instrumente des Bundes³⁶ in Thesenform formuliert werden.³⁷

These 1: Die direkt-demokratischen Rechte sind als Instrumente durch einen EU-Beitritt nicht tangiert. Allerdings erfährt ihr materieller Anwendungsbereich im Zuge der Übertragung von Hoheitsrechten auf die EG entsprechende, durchaus ins Gewicht fallende Einschränkungen.

³⁴ So dass auch im Rat die Schweiz natürlich überstimmt werden könnte, was aber nichts an der grundsätzlichen demokratischen Legitimation von Ratsentscheidungen änderte, vgl. hierzu m.w.N. *Lübbe-Wolff*, VVDStRL 60 (Fn. 15), 246 (257 f.).

³⁵ S. in diesem Zusammenhang auch die Bemerkungen bei *Thürer*, SZIER 2005 (Fn. 11), 21 (24 f.), der darauf hinweist, dass die Mitgliedstaaten im Prozess der Sekundärrechtsetzung über eine „Schlüsselstellung“ verfügen und dass sich die EU aufgrund der starken Position der Mitgliedstaaten bei der Rechtsetzung von einer bundesstaatlichen Rechtsordnung unterscheide. Im Übrigen könnte die Schweiz aufgrund ihrer Verfassungstradition auch materiell interessante Aspekte in den europäischen Integrationsprozess einbringen, vgl. ausführlich hierzu *Thürer*, SZIER 2005 (Fn. 11), 21 (44 ff.).

³⁶ Zu den Auswirkungen auf die direkte Demokratie in den Kantonen, die strukturell parallel ausgestaltet sind, *Bénédicte Tornay/Irène Renfer/Andreas Auer*, Die Kantone zwischen Beitritt zur Europäischen Union und der Fortsetzung des bilateralen Weges. Demokratie, Mitwirkung an der Europapolitik und Umsetzung, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht. Expertenberichte im Auftrag der Arbeitsgruppe „Europa – Reformen der Kantone“, 2006, 213 (240 ff.).

³⁷ Vgl. zu dieser Thematik bereits ausführlich *Epiney/Siegmund/Cottier/Refaeil*, Schweizerische Demokratie und EU (Fn. 11), 289 ff.; s. auch die i. Erg. übereinstimmenden Überlegungen bei *Pascal Mahon/Christoph Müller*, Adhésion de la Suisse à l'Union européenne et démocratie directe, in: Thomas Cottier/Alwin Koppe (Hrsg.), Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union, 1998, 462 (449 ff.); *Thürer*, SZIER 2005 (Fn. 11), 21 (34 ff.).

Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts und die Übertragung von Hoheitsgewalt bringen es mit sich, dass der Anwendungsbereich der direkt-demokratischen Rechte eingeschränkt wird, dies in zweierlei Hinsicht:

- In Bezug auf das obligatorische oder fakultative Referendum können die entsprechenden in der Bundesverfassung gewährleisteten Rechte in Bezug auf gemeinschaftliches Sekundärrecht nicht zum Zuge kommen; denn für dessen Erlass sind allein die in den Verträgen vorgesehenen Verfahren einschlägig. Insofern impliziert also ein EU-Beitritt der Schweiz, dass gesetzliche Regelungen in der Schweiz zur Anwendung kommen (müssen) und Einzelnen Rechte einräumen, aber auch Pflichten auferlegen (können), die nicht – auch nicht „indirekt“ (über entsprechende in Bundesgesetzen enthaltene Delegationsnormen) – dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterstanden.
- Zweitens wird auch die Bundesversammlung beim Erlass von Bundesgesetzen die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben beachten (wollen), so dass insofern keine gemeinschaftsrechtswidrigen Bundesgesetze dem (fakultativen) Referendum unterstehen. Weiter wird das Initiativrecht in der Sache insofern eingeschränkt, als gemeinschaftsrechtswidrigen Initiativen zumindest die Rechtswirkung versagt bliebe.³⁸

Deutlich wird damit aber auch, dass die direkt demokratischen Rechte nicht *per se* unvereinbar mit einer EU-Mitgliedschaft sind; vielmehr ist es jedem Mitgliedstaat freigestellt, über die Modalitäten seines Gesetzgebungsverfahrens zu entscheiden. Allerdings ändert sich der Gegenstand dieser Gesetzgebung und damit (in der Schweiz) der direkt-demokratischen Rechte. Diese Restriktion des Anwendungsbereichs der Volksrechte stellt eine Konsequenz der Übertragung von Hoheitsrechten von der mitgliedstaatlichen Ebene auf die Gemeinschaftsebene dar:³⁹ Zu beachten ist jedoch, dass diese (nur) einen Reflex des durch die Übertragung von Hoheitsrechten implizierten Kompetenz- und Souveränitätsverlusts darstellt, die alle staatlichen Organe, also in der Schweiz auch das Volk und seine direkt-demokratischen Rechte, trifft. Insofern geht es hier auch nicht um besonders weitgehende Auswirkungen eines EU-Beitritts auf die Schweiz (im Vergleich zur Situation anderer Staaten); vielmehr ist die Situation vom Ansatz her diesbezüglich in allen Mitgliedstaaten parallel gelagert, und es ist daher irreführend, in diesem Zusammenhang von besonders tiefgreifenden Rückwirkungen auf bzw. für die Schweiz zu sprechen. Denn damit könnte eine (nicht bestehende) „Unvereinbarkeit“ der direkt-demokratischen Rechte mit einem EU-Beitritt insinuiert werden, was – wie gezeigt – unzutreffend ist. Wie sich eine Übertragung von Hoheitsrechten im innerstaatlichen Bereich auswirkt und insbesondere, welche Organe Kompetenzverluste in Kauf nehmen müssen, hängt nämlich von der jeweiligen Staats- und Organisationsstruktur der verschiedenen Staaten ab und ist daher eine interne Frage, während

³⁸ Zur Frage der Ungültigerklärung von gemeinschaftsrechtswidrigen Initiativen noch unten zu These 3.

³⁹ Vgl. insoweit schon *Epiney/Siegwart/Cottier/Refaeil*, Schweizerische Demokratie und EU (Fn. 11), 289 ff.; s. ebenso *Auer*, SemJud 1991 (Fn. 11), 374 (379 f.); *Tanquerel*, ZSR 1991, 187 (193 f.); *Tornay/Renfer/Auer*, in: Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg (Fn. 36), 213 (225 f.).

die eigentliche Verlagerung von Hoheitsrechten und der damit verbundenen Kompetenzverlust für die verschiedenen Staaten letztlich parallele Auswirkungen entfalten. Bei der Frage nach der Opportunität eines EU-Beitritts der Schweiz im Lichte der Auswirkungen auf die direkt-demokratischen Rechte geht es damit weniger um deren „Beeinträchtigung“, denn um die Frage, ob das mit einem EU-Beitritt verbundene Ausmass an Übertragung von Hoheitsgewalt erwünscht ist oder nicht.⁴⁰

Die demokratische „Absicherung“ dieser Entscheidung wiederum erfolgt in der Schweiz bekanntlich über das obligatorische Referendum, das bei völkerrechtlichen Verträgen im Falle des Beitritts zu einer supranationalen Organisation vorgesehen ist (Art. 140 Abs. 1 lit. b BV).

These 2: Das fakultative und obligatorische Referendum kommt nach den ordentlichen Vorschriften in Bezug auf die Durchführung oder Umsetzung gemeinschaftlicher Rechtsakte zum Zuge.

Ein Rückgriff auf das Dringlichkeitsrecht kann in Ausnahmefällen die Einhaltung von Fristen sicherstellen.

Im Falle völlig fehlenden Gestaltungsspielraums kann der Bundesrat gemäss Art. 182 BV selbständige Verordnungen erlassen.

Zu erwägen wäre, ob nicht zusätzlich für den Fall von Aufhebungen oder Anpassungen bestehenden Gesetzesrechts, bei denen keinerlei Gestaltungsspielraum besteht, eine Parlamentsverordnung (Art. 163 Abs. 1 BV) erlassen werden kann, was eine entsprechende Verfassungsänderung implizierte.

Geht es um den Erlass von schweizerischem Recht im Zuge von Umsetzung und Vollzug gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, so besteht kein Grund, die bestehenden ordentlichen Gesetzgebungsverfahren – unter Einschluss der Volksrechte, also des obligatorischen und fakultativen Referendums – nicht anzuwenden.⁴¹ Der gelegentlich vor einigen Jahren vorgebrachte Vorschlag, derartige Rechtsakte grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Volksrechte auszuschliessen,⁴² sie also nicht dem Referendum zu unterstellen, trüge dem häufig hier gegebenen Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers in keiner Weise Rechnung. Zudem impliziert der Vorrang des Gemeinschaftsrechts – wie gezeigt – keine mitgliedstaatliche Pflicht, ein irgendwie geartetes Verfahren einzuführen, das in Bezug auf

⁴⁰ Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass eine solche Übertragung von Hoheitsrechten mit einer Beteiligung schweizerischer Vertreter am bereits skizzierten (oben II.) Willensbildungsprozess in der EU einhergeht.

⁴¹ Vgl. in diesem Zusammenhang die Zusammenstellung der möglichen Szenarien der Ausgestaltung der Referendumsrechte bei *Epiney/Siegwart/Cottier/Refaeil*, Schweizerische Demokratie und EU (Fn. 11), 308 ff.; diesen folgend *Thürer*, SZIER 2005 (Fn. 11), 21 (38 f.).

⁴² Vgl. den Überblick über die diesbezüglichen Vorschläge bei *Epiney/Siegwart/Cottier/Refaeil*, Schweizerische Demokratie und EU (Fn. 11), 309 f.

demokratische Entscheidungsmechanismen eine Einhaltung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts in jedem Fall zu gewährleisten vermag. Insofern besteht nach der hier vertretenen Ansicht kein Anlass, das bestehende System der Referendumsrechte im Falle eines EU-Beitritts zu modifizieren; vielmehr sollten für die Umsetzung und den Vollzug gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften bzw. Vorgaben die ordentlichen parallele Verfahren zum Zuge kommen.⁴³

Deutlich wird damit auch, dass sich das Ausmass der Übertragung von Hoheitsrechten nicht mit den notwendigen Einschränkungen des Anwendungsbereichs direkt-demokratischer Rechte (aber auch der Rechte des Parlaments) deckt, denn die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben lassen den Mitgliedstaaten – gerade bei Umsetzung und Vollzug – in der Regel einen beachtlichen Gestaltungsspielraum, in dessen Rahmen dann auch – wie gezeigt – die direkt-demokratischen Rechte zum Zuge kommen; darüber hinaus werden die bestehenden Kompetenzen auch sehr häufig nicht ausgeschöpft, etwa wenn nur Mindestvorschriften erlassen werden oder sich der Gemeinschaftsgesetzgeber auf die Koordinierung mitgliedstaatlicher Vorschriften beschränkt. Vor diesem Hintergrund sagen quantitative Analysen der Abstimmungen, die im Fall eines EU-Beitritts nicht stattgefunden hätten,⁴⁴ weniger etwas über einen „Verlust“ an schweizerischer direkter Demokratie, denn etwas über Ausmass und Reichweite der Übertragung von Hoheitsgewalt aus.⁴⁵ Zudem sollte ihre Aussagekraft nicht überschätzt werden: Denn wie gezeigt ist es keineswegs so, dass in einem Bereich, der durch Gemeinschaftsrecht geregelt ist, die Volksrechte nicht zum Zuge kommen könnten. Vielmehr sind diese etwa beim Erlass von Umsetzungsmassnahmen einschlägig, so dass es nicht möglich erscheint, hier quantitative Aussagen zu treffen. Entscheidend ist vielmehr die bereits angesprochene qualitative Frage nach dem Ausmass der Übertragung von Hoheitsgewalt und der konkreten rechtlichen Tragweite der angenommenen Rechtsakte auf EU-Ebene.

Die Anwendung der ordentlichen Verfahren vermag in aller Regel auch – bei entsprechender Planung und Vorbereitung – eine rechtzeitige Umsetzung bzw. Durchführung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten, da die diesbezüglichen Fristen in aller Regel doch hinreichend grosszügig bemessen sind. Sollten hier jedoch aus zeitlicher Sicht Probleme

⁴³ Man könnte allenfalls in Betracht ziehen, gewisse sich aus einem Beitritt zwingend ergebende Anpassungen gleichzeitig mit dem für einen Beitritt notwendigen obligatorischen Referendum in einem Beschluss zur Abstimmung zu unterbreiten, dies für diejenigen (Verfassungs-) Modifikationen, die zwingend mit einem Beitritt verbunden sind.

⁴⁴ Vgl. die Zusammenstellungen bei *Dietrich Schindler*, Verfassungsrecht, in: Dietrich Schindler/Gérard Hertig/Jakob Kellenberger/Daniel Thürer/Roger Zäch (Hrsg.), *Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts*, 1990, 21 (23); *Thierry Tanquerel*, *La Suisse doit-elle choisir entre l'Europe et la démocratie directe?*, ZSR 1991, 187 (204 ff.); *Olivier Jacot-Guillarmod*, *Conséquences sur la démocratie suisse, d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne*, in: *EG-Recht und schweizerische Rechtsordnung*, ZSR 1990, Beiheft 10, 39 (64 f.).

⁴⁵ Vgl. auch die Kritik des « jeu du déficit » bei *Andreas Auer*, *La démocratie directe helvétique dans le contexte européen: origine, conditions, pratique*, in: Astrid Epieny/Karine Siegwart (Hrsg.), *Direkte Demokratie und Europäische Union*, 1998, 11 (22 f.); skeptisch zur Aussagekraft solcher quantitativer Untersuchungen auch *Thürer*, SZIER 2005 (Fn. 11), 21 (37).

entstehen, bliebe jeweils die Möglichkeit des Dringlichkeitsrechts. In den (sehr seltenen) Fällen, in denen bei der Durchführung gar kein Gestaltungsspielraum bestehen sollte, kommt der Erlass selbständiger Vollziehungsverordnung durch den Bundesrat (Art. 182 Abs. 2 BV) in Frage.

Sollte Gemeinschaftsrecht (nur) die Aufhebung oder Anpassung bestehenden Rechts erforderlich machen und fehlt jeglicher Gestaltungsspielraum, so ist in Erwägung zu ziehen, in der Verfassung eine Kompetenz der Bundesversammlung zu verankern, in solchen (wohl die Ausnahme darstellenden) Fällen auf das Instrument der Parlamentsverordnung (Art. 163 Abs. 1 BV) zurückgreifen zu können.

These 3: In Bezug auf das Initiativrecht sollte ein Verfahren eingeführt werden, das es erlaubt, klar gemeinschaftsrechtswidrige Initiativen für ungültig zu erklären.

Auch das Initiativrecht kann nach der hier vertretenen Ansicht im Falle eines EU-Beitritts der Schweiz in der bisherigen Form ohne Weiteres beibehalten werden. Allerdings – wie auch die sich in letzter Zeit häufenden völkerrechtswidrigen Volksinitiativen illustrieren⁴⁶ – besteht hier eine gewisse „Gefahr“ der Lancierung gemeinschaftsrechtswidriger Volksinitiativen. Kann eine Initiative klar nicht gemeinschaftskonform ausgelegt werden, stellt sich hier insofern ein besonderes Problem, als es aus demokratiepolitischer Sicht nur schwer vertretbar erscheint, dass Volk und Stände – wie dies der geltenden Rechtslage entspricht – über eine Initiative abstimmen, die von vornherein im Gefolge des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht zum Zuge kommen könnte. Im Übrigen ist aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts abzuleiten, dass bereits die Geltung eines gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechtsakts wegen der dadurch erzeugten Rechtsunsicherheit gemeinschaftsrechtswidrig ist, unabhängig von der Frage, ob diese Vorschrift angewandt wird oder nicht.⁴⁷

Vor diesem Hintergrund wäre es nach der hier vertretenen Ansicht im Falle des Beitritts der Schweiz zur EU notwendig, klar gemeinschaftsrechtswidrige Volksinitiativen – bei denen also eine gemeinschaftskonforme Auslegung nicht möglich ist – für ungültig zu erklären, was eine entsprechende Verfassungsänderung implizierte. Zu entscheiden wäre hier

⁴⁶ Zu dieser Problematik etwa *Robert Baumann*, Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision, ZBl. 2007, 181 ff.; *Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer*, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl. 2008, 121 ff.; *Andreas Auer/Bénédicte Tornay*, Aux limites de la souveraineté du constituant: l'initiative „Pour des naturalisations démocratiques“, AJP 2007, 740 ff.; *Thomas Güchter/Matthias Kradolfer*, Von schwarzen Schafen. Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht, ASYL 1/08, 12 ff.; *Tristan Zimmermann*, Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?, AJP 2007, 748 ff.

⁴⁷ S. schon EuGH, Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 631, Rn. 17. S. sodann EuGH, Rs. 168/85 (Kommission/Italien), Slg. 1986, 2945, Rn. 10 ff.; EuGH, Rs. C-290/94 (Kommission/Griechenland), Slg. 1996, I-3285, Rn. 29.

jedoch noch, wem die Kompetenz für eine solche Ungültigerklärung zukäme. Eine Anlehnung an die bestehende Kompetenzverteilung spricht für die Bundesversammlung (vgl. Art. 173 Abs. 1 lit. f); in Betracht kommt aber auch das Bundesgericht oder eine „Kombination“ beider Behörden.⁴⁸ Jedenfalls wäre bei der Entscheidung über diese Frage zu beachten, dass nur ein Gericht dem EuGH Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts im sog. Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV vorlegen kann.

2. Direkte Demokratie und Bilateraler Weg

Die Bilateralen Verträge stellen – wie bereits erwähnt⁴⁹ – formell „normale“ völkerrechtliche Verträge dar, wenn ihre inhaltliche Tragweite sie auch zumindest teilweise in die Nähe von „Integrationsverträgen“ rückt.⁵⁰ Insofern stellt sich in ihrem Rahmen die Frage ihrer Implikationen für die direkt-demokratischen Rechte parallel wie bei anderen völkerrechtlichen Verträgen, und eine Anpassung der bestehenden direkt-demokratischen Rechte drängt sich nicht auf. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass eine solche Anpassung auch nicht in denjenigen Konstellationen bzw. im Gefolge derjenigen Abkommensinhalte erwogen wurde, die *de facto* eine Art dynamische Anpassungsverpflichtung des schweizerischen Rechts an den weiterentwickelten Teil des *acquis communautaire* mit sich bringen, wie insbesondere die Schengen- und Dublinassoziiierung. Faktisch geht es hier um „teilbeitrittsähnliche“ Verpflichtungen, so dass aus diesem Umstand auch geschlossen werden kann, dass die Heranziehung der ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (unter Einschluss des Rückgriffs auf direkt-demokratische Rechte) der Einhaltung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen nicht entgegensteht.

Im Einzelnen sind in Bezug auf die direkt-demokratischen Rechte bzw. ihre Reichweite im Rahmen der Bilateralen Verträge folgende Aspekte zu unterscheiden:

- Der Abschluss Bilateralen Verträge untersteht grundsätzlich (jedenfalls soweit die rechtlich und politische bedeutenden Abkommen betroffen sind) dem fakultativen Staatsvertragsreferendum (Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 1-3 BV), wird zumindest eine der dort vorliegenden Voraussetzungen doch in der Regel erfüllt sein. Insofern ist eine direkt-demokratische Legitimation in Bezug auf den Abschluss der Verträge gegeben. Zu beachten ist allerdings, dass – wie bereits erwähnt⁵¹ – weite Teile der rechtlich und

⁴⁸ Vgl. ausführlich zu den diesbezüglichen Szenarien und ihrer Bewertung *Epiney/Siegwart/Cottier/Refaeil*, Schweizerische Demokratie und EU (Fn. 11), 322 ff.

⁴⁹ Oben II.

⁵⁰ Hierzu ausführlich in Bezug auf das Personenfreizügigkeitsabkommen *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 23), 1 ff.; *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'UE: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, 2006, 57 ff.

⁵¹ S.o. II.

politisch bedeutsamen Abkommen (Stichworte sind hier etwa Schengen/Dublin oder Personenfreizügigkeit) inhaltlich faktisch durch den Stand des Teils des *acquis communautaire*, an dem die Schweiz durch das entsprechende Abkommen teilnimmt, vorgegeben sind, so dass inhaltlich häufig sehr wenig Gestaltungsspielraum verbleibt, abgesehen davon, dass es bei völkerrechtlichen Verträgen für Parlament und Volk sowieso von vornherein nur um eine Ablehnung oder Annahme eines bereits ausgehandelten Vertrages, der selbst inhaltlich nicht mehr modifiziert werden kann, gehen kann.

- In Bezug auf die Weiterentwicklung der Bilateralen Verträge ist zu unterscheiden:
 - Soweit in den Abkommen eine Kompetenz des Gemischten Ausschusses zur Modifikation bestimmter Teile des Abkommens vorgesehen ist, können die innerstaatlichen Verfahren nicht mehr zur Anwendung kommen, sondern die entsprechende Weiterentwicklung der Abkommen – die durchaus, wie etwa im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens, rechtlich und politisch bedeutende Bereiche betreffen kann – wird allein und abschliessend durch den Ausschuss beschlossen, so dass weder das Parlament noch direkt-demokratische Rechte zum Zuge kommen. Allerdings können direkt-demokratische Rechte im Gefolge einer solchen Weiterentwicklung etwa bei der dadurch notwendig werdenden Anpassung innerstaatlicher Gesetzgebung wieder heranzuziehen sein, wenn hier auch der eingeschränkte Anwendungsbereich zu beachten ist.
 - Soweit allerdings – wie etwa im Rahmen der Schengen-/Dublinassoziiierung – eine Weiterentwicklung erst nach Durchlaufen der einschlägigen nationalen Verfahren erfolgt, kommen diese – unter Einschluss direkt-demokratischer Rechte – vollumfänglich zum Zuge. Allerdings ist der inhaltliche Spielraum hier sehr klein, da letztlich nur ein „Ja“ oder ein „Nein“ zur Weiterentwicklung möglich ist, die Rechtsakte selbst jedoch allein auf EU-Ebene angenommen wurden. Hier kommen der Schweiz zwar gewisse, in ihrer Wirkung durchaus nicht zu unterschätzende Mitspracherechte zu, die jedoch notwendigerweise allein von der Exekutiven wahrgenommen werden.

IV. Zu den Auswirkungen eines EU-Beitritts auf die Kantone – im Vergleich zum „Bilateralen Weg“

EU-Beitritt und Föderalismus ist ein bereits seit Jahrzehnten diskutiertes Thema.⁵² Ohne diese Diskussion im Einzelnen (nochmals) aufrollen zu können, sei doch – bevor auf die beiden hier

⁵² S. etwa schon die Beiträge von *Meinhard Hilf, Torsten Stein, Michael Schweizer und Dietrich Schindler*, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der

im Zentrum des Interesses stehenden Aspekte der kantonalen Kompetenzen (1.) und der Mitwirkung der Kantone (2.) eingegangen wird – an die diesbezüglichen Eckpunkte erinnert:

- Im Unionsrecht finden sich keinerlei Vorgaben über die innerstaatliche Struktur der Mitgliedstaaten in eher „föderale“ oder eher „zentralisierte“ Staaten. Vielmehr obliegt es allein den Mitgliedstaaten, ihre innerstaatliche Verfassungsstruktur zu bestimmen, wobei sie allerdings die Grenzen des Gemeinschaftsrechts zu beachten haben, die im Wesentlichen in Art. 6 EUV formuliert sind; auch muss es die innerstaatliche Organisation grundsätzlich ermöglichen, die effektive Anwendung und den effektiven Vollzug sowie die Durchführung des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen. Insofern ist es nach wie vor zutreffend, von der „Landes-Blindheit“⁵³ der Union zu sprechen. Positiven Ausdruck findet dieser Grundsatz auch darin, dass sich die Aufgabenteilung und die Kompetenzzuweisungen in der Unionsrechtsordnung ausschliesslich auf die Union auf der einen und die Mitgliedstaaten auf der anderen Seite beziehen. Werden die Mitgliedstaaten in die Pflicht genommen, so steht es jedoch in ihrer Kompetenz, ggf. Gliedstaaten „einzubeziehen“.
- Allerdings trägt die Unionsrechtsordnung den bestehenden mitgliedstaatlichen Strukturen insofern Rechnung, als diese als Teile der „nationalen Identität“ zu berücksichtigen sind (Art. 6 Abs. 3 EUV). Unter nationaler Identität wird man alle „identitätsstiftenden“ (also das Wesen und das Selbstverständnis bestimmenden) Elemente der (Verfassungs-) Ordnung des jeweiligen Staates – die historischer, kultureller, politischer, rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur sein können – zu verstehen haben. Dabei steht den Mitgliedstaaten bei der Bestimmung derjenigen Merkmale, die als identitätsstiftend anzusehen sind, ein gewisser Gestaltungsspielraum zu. Jedenfalls aber wird damit die ggf. bestehende föderale Struktur eines Mitgliedstaats erfasst. Vor diesem Hintergrund muss die Gemeinschaft bei ihren Tätigkeiten (die rechtsetzender oder sonstiger Natur sein können, wobei der Rechtsetzung natürlich eine besondere Bedeutung zukommt) die Auswirkungen auf die föderale Struktur der betroffenen Mitgliedstaaten (Art. 6 Abs 3 EUV ist als Pflicht zur Achtung der Eigenart jedes einzelnen Mitgliedstaates auszulegen) beachten. Zwar sind damit Beeinträchtigungen der oder Rückwirkungen auf die föderale Struktur eines Mitgliedstaates nicht ausgeschlossen; Art. 6 Abs. 3 EUV ist aber ein Abwägungsgebot zu entnehmen.⁵⁴ Allerdings ist die praktische Relevanz des Art. 6 Abs. 3 EUV insofern nicht zu überschätzen, als diese Bestimmung den Gemeinschaftsorganen einen

Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), 8 ff.; *Karine Siegwart*, Die Kantone und die Europapolitik des Bundes, 1997.

⁵³ So *Hans Peter Ipsen*, Als Bundesstaat in der Gemeinschaft, FS Walter Hallstein, 1966., 248 (256) ; *Hans Peter Ipsen*, Die europäische Integration in der deutschen Staatsrechtslehre, FS Bodo Börner, 1992, 163 (176).

⁵⁴ Vgl. zum Ganzen m.w.N. *Astrid Epiney*, Föderalismus in der EU – einige Überlegungen auf der Grundlage des Verfassungsentwurfs, in: Manfred Zuleeg (Hrsg.), Die neue Verfassung der Europäischen Union, 2006, 47 (56 ff.).

beachtlichen Gestaltungsspielraum einräumen dürfte und im Übrigen die gerichtliche Kontrolle ausgeschlossen ist (Art. 46 EUV).

Deutlich wird damit, dass die föderale Struktur eines Mitgliedstaats in jedem Fall mit einer EU-Mitgliedschaft in Einklang steht und diese in keiner Weise Vorgaben für die interne Staatsorganisation als solche enthält; vielmehr geniesst die föderale Struktur eines Mitgliedstaates gar einen „besonderen Schutz“ im Rahmen des Art. 6 EUV. Allerdings sind selbstredend auch die Kantone von der Übertragung von Hoheitsrechten betroffen, so dass insofern eine gewisse Zentralisierung nicht zu verkennen ist,⁵⁵ was eine Herausforderung für die Mitwirkung der Kantone darstellt.

1. Kantonale Kompetenzen

Die Rückwirkungen eines EU-Beitritts einerseits und der Weiterführung des „Bilateralen Weges“ andererseits auf die Reichweite der kantonalen Kompetenzen und damit ihren Handlungsspielraum hängt von verschiedenen Faktoren ab, wobei drei Aspekte hervorzuheben sind:

- Erstens fragt es sich, wie weit die gemeinschaftlichen Kompetenzen in denjenigen Bereichen, in denen die Kantone nach der Bundesverfassung nach wie vor primär zuständig sind, reichen. In Bezug auf den „Bilateralen Weg“ geht die Frage entsprechend dahin, in welchen Bereichen bilaterale Abkommen Vorgaben für die Kantone enthalten, die diese – auch wenn die Verträge vom Bund geschlossen werden – zu beachten haben.
- Zweitens hängt der fortbestehende Gestaltungsspielraum der Kantone von der Reichweite der Sekundärrechtsgesetzgebung (in der EU) ab: Je nachdem, wie weit der Gemeinschaftsgesetzgeber von den ihm zustehenden Kompetenzen auch tatsächlich Gebrauch gemacht hat, gestalten sich die Rückwirkungen auf die kantonalen Kompetenzen höchst unterschiedlich. Entsprechend stellt sich die Frage nach der genauen rechtlichen Tragweite bilateraler Verträge, die Gebiete erfassen, die nach der innerstaatlichen Kompetenzverteilung in die kantonale Zuständigkeit fallen.
- Schliesslich – und mit den bereits genannten Elementen in engem Zusammenhang stehend – ist sowohl in Bezug auf einen EU-Beitritt als auch in Bezug auf den „Bilateralen Weg“ nach den (kantonalen) Kompetenzen für Vollzug und Umsetzung zu fragen.

Deutlich wird damit auch, dass die genauen Auswirkungen eines EU-Beitritts bzw. der Fortführung des Bilateralen Weges auf die Möglichkeiten der Kantone, die ihnen nach der

⁵⁵ Ausführlich zu diesem Aspekt etwa *Paolo Dardanelli*, *Federalism. Institutional adaptation and symbolic constraints*, in: Clive H. Church (Hrsg.), *Switzerland and the European Union*, 2007, 17 ff.

innerstaatlichen Verfassungsordnung zustehenden Kompetenzen weiterhin gestalten zu können, letztlich von einer genauen Analyse der Tragweite der gemeinschaftlichen Kompetenzen und Rechtsakte bzw. der Bilateralen Verträge in den besonders relevanten Bereichen abhängt, eine Analyse, die im vorliegenden Rahmen nicht geleistet werden kann. Ausgehend von einer bereits durchgeführten und schon erwähnten Untersuchung⁵⁶ kann aber für die in diesem Zusammenhang wohl (wegen der weitgehenden kantonalen Kompetenzen) besonders relevanten Bereiche der Kultur- und Bildungspolitik sowie der polizeilichen Zusammenarbeit zusammenfassend festgehalten werden, dass die kantonalen Zuständigkeiten, wenn auch in unterschiedlichem Mass, regelmässig betroffen sind. Soweit das Unionsrecht bzw. die bilateralen Verträge materielle Vorgaben enthalten, sind die Kantone selbstverständlich daran gebunden, und im Übrigen kommt ihnen aufgrund der innerstaatlichen Kompetenzverteilung⁵⁷ ggf. die Aufgabe von Umsetzung und Vollzug zu; diese könnten im Gefolge eines Beitritts möglicherweise wachsen.⁵⁸

Die Szenarien eines EU-Beitritts einerseits und der Fortführung des „Bilateralen Weges“ andererseits unterscheiden sich jedoch durchaus in den Auswirkungen auf die erwähnten Politiken⁵⁹:

- In Bezug auf die Kultur- und Bildungspolitik ist festzuhalten, dass die entsprechenden EU-Politiken von Vornherein (lediglich) als „unterstützende“ Politiken ausgestaltet sind; auf EU-Ebene können nur Förder- und Unterstützungsmassnahmen beschlossen werden, und jegliche Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten bleibt ausgeschlossen (vgl. Art. 149-151 EGV). Damit würde die kantonale Kultur- und Bildungshoheit nicht in Frage gestellt; die Kantone blieben entsprechend den Vorgaben der Bundesverfassung für diese Bereiche zuständig und könnten hier weiter – immer in den Grenzen der Bundesverfassung – ihre Politiken gestalten. Insoweit entfaltete also ein EU-Beitritt nur am Rande Auswirkungen auf die kantonalen Zuständigkeiten in diesen Bereichen. Gleiches kann in Bezug auf die bereits (über entsprechende Abkommen) erfolgte partielle Teilhabe der Schweiz an diesen Politiken gesagt werden, geht es hier doch um eine partielle Übernahme bestimmter Bereiche bzw. Förderinstrumente der entsprechenden Politiken.

⁵⁶ *Epiney/Meier/Mosters*, in: Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg (Fn. 4), 77 (126 ff.). S. auch schon die sehr umfangreiche Analyse der Auswirkungen eines EU-Beitritts auf verschiedene, die Kantone betreffende materielle Politiken bei *Rainer Schweizer/Stefan Kohler*, Auswirkungen eines EU-Beitritts auf die Aufgaben der Kantone, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Die Kantone vor der Herausforderung eines EU-Beitritts. Bericht der Arbeitsgruppe „Europa-Reformen der Kantone“, 2001, 9 (24 ff.).

⁵⁷ Die für die Zuständigkeit zu Umsetzung und Vollzug massgeblich ist, vgl. *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., 2008, Rn. 1125 f.

⁵⁸ In diese Richtung offenbar *Kurt Nussli*, Die Mitwirkung der kantonalen Parlamente an der europapolitischen Willensbildung, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonomer Sicht. Expertenberichte im Auftrag der Arbeitsgruppe „Europa – Reformen der Kantone“, 2006, 1 (41 ff.).

⁵⁹ Und wohl auch bei anderen Politiken. Die folgenden Aussagen dürften daher im Grundsatz auf andere Politiken übertragbar sein, was nicht deren Analyse im Einzelnen ersetzt.

Unterschiede zwischen Beitritt und „Bilateralem Weg“ ergeben sich damit bei der Kultur- und Bildungspolitik im Wesentlichen in zwei Punkten: Zum einen implizierte ein EU-Beitritt eine Beteiligung an allen EU-Programmen; dies führte – wie erwähnt – zwar nicht zu einer Aushöhlung kantonaler Kompetenzen, brächte aber doch eine weitergehende Beeinflussung der kantonalen Politiken mit sich, da auch über reine Förderung eine Politikausrichtung zumindest faktisch in gewissem Mass gesteuert werden kann. Zum anderen wäre die „Mitwirkung“ der Schweiz im Falle eines EU-Beitritts an der Definition der gemeinschaftlichen Politiken als Vollmitglied sichergestellt, während diese Mitwirkung im Falle einer Weiterführung des „Bilateralen Weges“ insgesamt doch eher bescheiden ausfällt und jedenfalls nicht mitbestimmender Natur sein kann. Auch ist die Teilnahme der Schweiz an den Förderpolitiken im Rahmen des Bilateralen Weges aufgrund der jeweiligen zeitlichen Begrenzung der Programme immer wieder gewissen Unsicherheiten ausgesetzt.

Speziell sei hier auf die Bildungspolitik hingewiesen: Hier würde sich hinsichtlich der bereits bestehenden Teilnahme an EU-Programmen aufgrund bilateraler Abkommen, wie z.B. an demjenigen zur Forschungsförderung, für die Einzelnen (hier Forscherinnen und Forscher) nach einem Beitritt materiell nicht viel ändern. Doch könnte die Schweiz nicht nurmehr als Beobachterin an der Durchführung und Entwicklung der Programme unter der Leitung der Kommission teilnehmen. Vielmehr würde sie auch stimmberechtigt und könnte ihren politischen Einfluss besser geltend machen. Vor allem aber wäre die Schweiz definitiv an die Programme angeschlossen. Dies brächte denn auch den Hauptvorteil gegenüber ihrer heutigen Position, in der sie die Teilnahme für jede Programmgeneration neu verhandeln muss, was zu Verspätungen und Unsicherheiten führt, unter denen insbesondere die einzelnen Programmbegünstigten zu leiden haben.

- Bezugnehmend auf die Belange der polizeilichen Zusammenarbeit ist von zentraler Bedeutung, dass die Schweiz mit der Assoziierung an Schengen im Rahmen der „Bilateralen II“ und mit dem Zusammenarbeitsabkommen mit Europol bereits an den wichtigsten Instrumenten polizeilicher Zusammenarbeit beteiligt ist, so dass ein EU-Beitritt – im Vergleich zum dem hier konkret eingeschlagenen „Bilateralen Weg“ – keine namhaften zusätzlichen Auswirkungen in materieller Hinsicht mehr zeitigte.

Doch sicherte sich die Schweiz durch einen Beitritt die vollen Mitspracherechte in den Gremien der dritten Säule und könnte ihren Einfluss somit auf direktem Wege geltend machen. Hierbei wären in ihrem Zuständigkeitsbereich insbesondere auch die Kantone aufgerufen, auf europäischer Ebene ihre Erfahrungen einzubringen und ihre Interessen zu vertreten. Dabei müssten sie eine interkantonale Vorgehensweise wählen, die durch die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen- und direktoren (KKJPD) bereits vorgezeichnet ist, um geschlossen aufzutreten.

Ins Gewicht fallende Auswirkungen entfaltete ein EU-Beitritt – im Gegensatz zur Rechtslage unter den derzeit bestehenden Verträgen – jedoch im Bereich des Strafprozessrechts, wären hier doch eine Reihe von Massnahmen mit teilweise weitreichenden Auswirkungen – Stichworte sind in diesem Zusammenhang der Europäische Haftbefehl oder die geplante Europäische Beweisordnung – zu übernehmen.

Insgesamt wird damit deutlich, dass sich jedenfalls in gewissen Politiken die Szenarien EU-Beitritt und „Bilateraler Weg“ materiell in der Regel wenig unterscheiden, soweit in den bilateralen Abkommen erfasste Bereiche betroffen sind; allerdings ist die Reichweite einer Integration im Falle eines EU-Beitritts regelmässig weiter, wobei die genaue (zusätzliche materielle) Tragweite der dannzumal zu beachtenden unionsrechtlichen Vorgaben allerdings von der konkreten Ausgestaltung und Tragweite ggf. abgeschlossener bilateralen Abkommen sowie von der Ausgestaltung der unionsrechtlichen Vorgaben abhängig ist. Für die Kantone dürften damit die unterschiedlichen Mitwirkungsrechte im Falle eines EU-Beitritts einerseits und des Abschlusses bilateralen Verträge andererseits besonders ins Gewicht fallen.⁶⁰

Durch diese Aussagen soll nicht etwa der Eindruck erweckt werden, ein EU-Beitritt entfalte auf die kantonalen Kompetenzen keinen Einfluss; selbstverständlich wären zahlreiche ihrer Politiken betroffen, und es ergäbe sich ein nicht unwesentlicher Handlungsbedarf.⁶¹ Allerdings – und dies ist in unserem Zusammenhang zentral – ergeben sich weite Teile dieses Handlungsbedarfs in materiell parallelem Umfang auch im Zuge des Abschlusses bilateralen Verträge, entweder bereits bestehender oder (z.B. im Falle der Dienstleistungen) im Falle des Abschlusses zukünftiger Abkommen, wobei hier ein wesentlicher Teil des Anpassungsbedarfs auch aufgrund des einschlägigen Bundesrechts (Stichwort Binnenmarktgesetz) folgen dürfte. Aufgeworfen wird damit die (im Wesentlichen politische) Frage, in welchem Szenario die Kantone ihre Interessen besser wahrnehmen können.⁶²

Vor diesem Hintergrund sind (auch) die Rückwirkungen eines EU-Beitritts auf „den“ Föderalismus bzw. die kantonalen Kompetenzen und deren Handlungsspielraum differenziert zu betrachten: Letztlich ist in Bezug auf die einzelnen betroffenen Politikbereiche abzuklären, wie weit die Kompetenzen der Gemeinschaft bzw. der Union gehen und in welcher Form hier bislang davon Gebrauch gemacht wurde. Gerade in den für die Kantone bedeutsamen Politiken, in denen ihnen wesentliche Kompetenzen zukommen (wie insbesondere Bildung und Kultur), reichen die gemeinschaftlichen Kompetenzen nicht sehr weit und auch die Sekundärrechtssetzung beschränkt sich häufig auf Förderinstrumente, deren Wirkungen zwar nicht unterschätzt werden sollten, die jedoch auf der anderen Seite einer „autonomen“ Politikgestaltung gerade nicht entgegenstehen. Im Übrigen zeigen auch die Erfahrungen in

⁶⁰ Hierzu auch noch sogleich unten IV.2.

⁶¹ Vgl. denn auch bereits die Aussagen und Untersuchungen bei *Schweizer/Kohler*, in: Die Kantone vor der Herausforderung eines EU-Beitritts (Fn. 56), 9 (25 ff.).

⁶² Vgl. in diesem Zusammenhang noch die Überlegungen sogleich unten IV.2.

Deutschland und Österreich, dass der EU-Beitritt als solcher die föderale Ordnung nicht berührt hat; die im Vergleich zu den schweizerischen Kantonen erheblich weniger weitgehenden Befugnisse der deutschen und österreichischen Länder dürften vielmehr insofern „hausgemacht“ sein, als sie letztlich auf der jeweiligen Verfassung beruhen.

2. *Mitwirkungsbefugnisse der Kantone*

Wie bereits erwähnt, stellt die ggf. bestehende föderale Struktur der Mitgliedstaaten letztlich insofern eine interne Angelegenheit dar, als es die Unionsrechtsordnung den Mitgliedstaaten überlässt, ihre innerstaatliche Organisationsstruktur zu regeln. Gleichwohl lassen es die Entscheidungsstrukturen in der Europäischen Union zu, dass die Gliedstaaten in verschiedener Weise an der Willensbildung auf EU-Ebene mitwirken.⁶³

- Zunächst nähmen Kantonsvertreter Einsitz im Ausschuss der Regionen (Art. 263 ff. EGV), dem in weiten Teilen der gemeinschaftlichen Rechtsetzung beratende Befugnisse zukommen, die zumindest in gewissen Fällen durchaus einen ins Gewicht fallenden Einfluss entfalten. Es ist zu erwarten, dass den schweizerischen Vertretern hier eine jedenfalls im Vergleich zu ihrer Zahl höhere Bedeutung zukäme, dies insbesondere auch aufgrund der relativ starken Stellung der Kantone im internen Verfassungssystem.
- Sodann kämen den Kantonen auch sonstige Mitwirkungsbefugnisse bzw. -möglichkeiten zu: So erlaubt es das Gemeinschaftsrecht, dass die Mitgliedstaaten die Vertretung in verschiedenen Institutionen und Ausschüssen innerhalb gewisser gemeinschaftsrechtlicher Grenzen selbst regeln. Von besonderer Bedeutung ist hier – neben der den Rat betreffenden Regelung in Art. 203 EGV – die Möglichkeit, in Arbeitsgruppen und Ausschüsse oder Verhandlungsdelegationen auch Vertreter von Gliedstaaten zu „schicken“.
- Schliesslich ist auch noch auf die informellen Einwirkungsmöglichkeiten der Gliedstaaten hinzuweisen, die ggf. – wie z.B. die „Länderbüros“ der deutschen Bundesländer in Brüssel und deren Aktivitäten zeigen – relativ intensiv sein können.

Hinzu kommen Mitwirkungsmöglichkeiten der Gliedstaaten auf nationaler Ebene, die durch die entsprechende nationale Gesetzgebung geregelt ist.

Die Kantone können aber auch im Rahmen des „Bilateralen Weges“ auf verschiedene Weise Einfluss auf die Entscheidungsfindung nehmen, wobei allerdings von Vornherein eine Mitwirkung auf EU-Ebene insofern, als sie den Mitgliedstaaten vorbehalten ist (wie im Rahmen des Ausschusses der Regionen oder in Arbeitsgruppen und Ausschüssen), nicht möglich ist. Soweit schweizerische Vertreter mit beratender Stimme an Arbeitsgruppen- und

⁶³ Ausführlich hierzu m.w.N. *Epiney/Meier/Mosters*, in: *Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg* (Fn. 4), 77 (116 ff.).

Ausschusssitzungen teilnehmen können, können auch Kantonsvertreter hier Einsitz nehmen; gleiches gilt für die Sitzungen der Gemischten Ausschüsse. Der Einbezug der Kantone hängt hier letztlich von der Ausgestaltung des internen Rechts ab, das solche Möglichkeiten grundsätzlich vorsieht.⁶⁴ Die informellen Einwirkungsmöglichkeiten der Kantone ausserhalb einer EU-Mitgliedschaft in der EU dürften vergleichsweise erheblich geringer ausfallen als im Falle einer EU-Mitgliedschaft.

Jedenfalls dürfte es sich im Falle eines EU-Beitritts, aber auch im Rahmen der Weiterführung des „Bilateralen Weges“, aufdrängen, geeignete Verfahren vorzusehen, um die Stellungnahmen der Kantone zu bündeln.⁶⁵ Denn die einzelnen Kantone sind – selbst die „grossen Kantone“ – im EU-Vergleich zu klein, um als solche ins Gewicht zu fallen, dies etwa im Gegensatz zu manchen deutschen Ländern. Hingegen ist es durchaus möglich, dass ein gemeinsames Auftreten Wirkung entfaltet. Zentral wäre dabei die Schaffung einer Plattform, etwa aufbauend auf und ausgehend von der Konferenz der Kantonsregierungen, die dazu dient, die Haltung der Kantone in europapolitischen Fragen zu koordinieren und bei den geeigneten (europäischen und innerstaatlichen) Stellen vorzubringen.⁶⁶ Weiter wäre nach den Möglichkeiten einer (verstärkten) Einbeziehung der kantonalen Parlamente zu fragen.⁶⁷

V. Schluss

Insgesamt lassen die Ausführungen erkennen, dass weder „die“ direkte Demokratie noch „der“ Föderalismus einem EU-Beitritt entgegenstehen; zwar zeitigte ein solcher gewisse Rückwirkungen, wobei insbesondere an die Reduzierung des Anwendungsbereichs der direktdemokratischen Rechte und die Notwendigkeit der Beachtung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben durch die Kantone zu erinnern ist. Diese Rückwirkungen sind aber nur insoweit spezifisch für die Schweiz, als gewisse innerstaatliche Institutionen eine spezifische Ausgestaltung erfahren haben. An sich stellen sie eine inhärente Folge der Übertragung der Hoheitsrechte auf die Gemeinschaft dar, die eben zu einer entsprechenden Reduktion des mitgliedstaatlichen Handlungsspielraums führt, der alle staatlichen Institutionen betrifft.

⁶⁴ Vgl. ausführlich hierzu *Nuspliger*, in: Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg (Fn. 58), 1 (24 ff.); *Tornay/Renfer/Auer*, in: Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg (Fn. 36), 213 (250 ff.).

⁶⁵ S. in diese Richtung auch der Bundesrat in BBl. 2005, 6009. Ausführlich *Tornay/Renfer/Auer*, in: Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg (Fn. 36), 213 (250 ff., 300 ff.); s. zu diesem Aspekt auch etwa *Stephan Kux*, Die Umsetzung der bilateralen Abkommen in den Kantonen, in: Fritz Breuss/Thomas Cottier/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, 2008, 169 ff.

⁶⁶ Vgl. hierzu ausführlich *Tornay/Renfer/Auer*, in: Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg (Fn. 36), 213 (250 ff., 296 ff.); *Jean-François Aubert*, Mitwirkung der Kantone an der europäischen Politik im Falle eines Beitritts der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Europäischen Union, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Die Kantone vor der Herausforderung eines EU-Beitritts, 2001, 159 (185 ff.); *Thiemo Sturny*, Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes, 1998, 258 ff.

⁶⁷ Hierzu *Nuspliger*, in: Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg (Fn. 58), 1 ff.

Immerhin stellte sich im Falle eines EU-Beitritts die sehr erwägenswerte Frage, ob bei dieser Gelegenheit die Verfassung nicht durch einen (oder mehrere) „Europaartikel“ ergänzt werden sollte, der – neben einem Bekenntnis zur europäischen Integration – insbesondere auch sich stellende „Folgeprobleme“ (wie die Beteiligung der Kantone, die ausdrückliche Festschreibung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts, die Beteiligung der Bundesversammlung an der europapolitischen Willensbildung oder die Frage der Behandlung gemeinschaftsrechtswidriger Volksinitiativen) lösen könnte.⁶⁸

Die eigentliche Frage in diesem Zusammenhang geht denn auch dahin, ob die mit einer EU-Mitgliedschaft verbundene Übertragung von Hoheitsgewalt politisch gewünscht wird oder nicht. In Bezug auf die Legitimation einer solchen Übertragung ist daran zu erinnern, dass sie durch die Notwendigkeit eines obligatorischen Referendums auch direkt-demokratisch legitimiert wäre. Damit ist also in Bezug auf die genauen Auswirkungen eines EU-Beitritts auf Bund und Kantone letztlich eine genaue Analyse der Tragweite der gemeinschaftlichen Kompetenzen einerseits und des Stands des Sekundärrechts andererseits notwendig, eine Analyse, die in weiten Teilen bereits erfolgt ist.⁶⁹ Nicht zu verkennen ist im Übrigen, dass eine EU-Mitgliedschaft – trotz einer theoretisch durchaus möglicherweise bestehenden Austrittsmöglichkeit – eine kaum rückgängig zu machende Einbindung in den supranationalen Rahmen mit all seinen Konsequenzen bedeutete.

Vor diesem Hintergrund wird denn auch der „Bilaterale Weg“ als eine Art Mittelweg angesehen, der einerseits in dem gewünschten Umfang eine Teilhabe an den Vorteilen der europäischen Integration mit sich bringt, andererseits jedoch aufgrund des (formal) völkerrechtlichen Charakters die „Freiheit“ der Schweiz (und ihrer Stimmbürger) bewahrte und insofern eine auf die schweizerischen Interessen zugeschnittene Ideallösung darstellen könnte. Diese Sicht ist jedoch etwas zu relativieren: Jedenfalls in denjenigen Konstellationen, in denen bilaterale Verträge Teile des *acquis communautaire* übernehmen, weist ein EU-Beitritt (immer in Bezug auf diese beschränkte Einbindung in den gemeinschaftlichen Besitzstand) aus institutioneller Sicht ins Gewicht fallende Vorteile im Vergleich zum Bilateralen Weg auf. Denn in diesem Fall übernimmt die Schweiz im Ergebnis Teile des gemeinschaftlichen Besitzstandes und verpflichtet sich zumindest de facto in der Regel auch noch zur Übernahme von dessen Weiterentwicklung, was wiederum in der Logik der Einbindung der Schweiz in den entsprechenden Teil des *acquis communautaire* liegt. Damit

⁶⁸ Vgl. für Vorschläge in diese Richtung *Thürer*, SZIER 2005 (Fn. 11), 21 (29 ff.).

⁶⁹ So stellte etwa *Thürer*, SZIER 2005 (Fn. 11), 21 (22) fest, dass wohl kaum ein europäisches Land sich so gründlich auf die Eventualität eines EU-Beitritts vorbereitet habe wie die Schweiz. S. etwa schon die verschiedenen Berichte des Bundesrates, insbesondere Bericht über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess, BBl. 1988 III, 300 ff.; Bericht über einen Beitritt der Schweiz zur Europäischen Gemeinschaft vom 18. Mai 1992, BBl. 1992, 292 ff.; Integrationsbericht Schweiz – Europäische Union, BBl. 1999 IV, 3935 ff.; Europabericht 1996 vom 28. Juni 2006, BBl. 2006, 6815 ff.; vgl. auch schon die Beiträge in Thomas Cottier/Alwin Kopse (Hrsg.), *Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union, Brennpunkte und Auswirkungen*, 1998; s. auch die (häufig allerdings etwas allgemein gehaltenen) Beiträge in Clive H. Church (Hrsg.), *Switzerland and the European Union*, 2007.

laufen nicht nur die an sich anwendbaren und auch in der Regel angewandten demokratischen Legitimationsmechanismen auf nationaler Ebene teilweise ins Leere; vielmehr übernimmt die Schweiz in diesem Fall letztlich Unionsrecht, ohne dessen Erlass mitbestimmen zu können. Hinzukommen die mit der Anwendung „staatsvertraglichen Unionsrechts“ verbundenen Schwierigkeiten und Unsicherheiten in Bezug auf die Rechtswirkungen der bilateralen Verträge bzw. einzelner Bestimmungen derselben.

Ob und inwieweit diese Situation aus politisch-institutioneller Sicht (noch) sinnvoll ist, hängt von einer Reihe von Faktoren ab:

- Zunächst ist nach dem Ausmass an „bilateralen Abkommen“ zu fragen: Sicherlich gibt es keine klar ziehbare „Grenze“, ab wann der bilaterale Weg nicht mehr „machbar“ ist. Allerdings dürfte der bilaterale Weg ab einem bestimmten Umfang in Bezug auf seinen materiellen Anwendungsbereich zu nur schwer überwindbaren rechtlichen und politischen Schwierigkeiten führen, wäre doch eine Art „Quasimitgliedschaft“ der Schweiz in der EU, die die Ausdehnung weiter Teile des unionsrechtlichen Besitzstandes auf die Schweiz implizierte, über bilaterale Verträge aus institutioneller Sicht nur noch schwer vertretbar und wohl auch „verwaltbar“.
- Damit in engem Zusammenhang steht die Frage nach der Reichweite des „autonomen Nachvollzugs“: Die Vorteile eines EU-Beitritts variieren hier mit Grad und Umfang des hier herrschenden faktischen Anpassungsdrucks.
- Sodann sind die mit dem „Bilateralen Weg“ verbundenen praktischen Schwierigkeiten zu berücksichtigen: Sowohl die Verhandlungen als auch das Funktionieren bilateraler Abkommen sind insgesamt sehr komplex geworden.

Deutlich wird damit, dass es bei der Frage „EU-Beitritt oder Bilateraler Weg“ um eine sehr vielschichtige Problematik geht, die jedenfalls nicht in die eine oder andere Richtung mit „klaren“ Stellungnahmen – etwa diejenige der Unvereinbarkeit direkt-demokratischer Rechte oder des Föderalismus mit einer EU-Mitgliedschaft – beantwortet werden kann, sondern einer sorgfältigen Analyse und Abwägung bedarf. Die faktischen Grundlagen dürften – entgegen mancher immer wieder zu hörender Stellungnahmen – bekannt sein, so dass es heute letztlich im Wesentlichen darum geht, auf welchem Weg die Interessen der Schweiz (die sowohl egoistischer als auch altruistischer Natur sein können, letztere etwa in Bezug auf die Teilnahme an der Konstruktion einer den Frieden in Europa garantierenden Organisation) bestmöglich verfolgt werden können; diese Frage wiederum hängt wohl auch entscheidend vom bei der Weiterverfolgung des Bilateralen Weges fortbestehenden Grades der „Autonomie“ ab,⁷⁰ und diese Frage ist letztlich wesentlich eine solcher politischer Natur.

⁷⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang etwa die Stellungnahme von Ziegler, ZEuS 2007 (Fn. 2), 247 (270 ff.), der die Schweiz zumindest im wirtschaftlichen Bereich als „De-facto-Mitglied“ der EU/EG bezeichnet.