

Die europarechtlichen Optionen „Bilateraler Weg“ und EU-Beitritt: ein Vergleich aus rechtlicher Sicht

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Die europarechtlichen Optionen „Bilateraler Weg“ und EU-Beitritt: ein Vergleich aus rechtlicher Sicht, in: Dieter Freiburghaus/Astrid Epiney (Hrsg.), Beziehungen Schweiz – EU. Standortbestimmung und Perspektiven, Zürich 2010, S. 41-58. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

1. Einleitung

Seit dem Nein von Volk und Ständen zum EWR am 6. Dezember 1992 beruhen die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union bekanntlich auf dem sog. bilateralen Ansatz, bilateral insofern, als auf der einen Seite die Schweiz, auf der anderen die EU stehen, dies im Gegensatz zum EWR, der die Beziehungen einer (immer kleiner gewordenen) Staatengruppe (der EFTA-Staaten, ausser der Schweiz) zur EU regelt. Inzwischen gibt es zwei „Pakete“ bilateraler Abkommen (die teilweise, wegen der Beteiligung der EU-Mitgliedstaaten neben der EU selbst, aber auch multilateral sind),¹ die sektoriell eine Reihe von Bereichen regeln und in der Regel eine Einbindung der Schweiz in den Unionsbesitzstand vorsehen;² hinzukommen zahlreiche weitere Verträge. Auf diese Weise ist die Schweiz heute rechtlich und noch mehr faktisch sehr weitgehend in die Europäische Union „integriert“, und

¹ 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.

² 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 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.

derzeit wird eine Reihe weiterer Bereiche geprüft, in denen neue bilaterale Abkommen abgeschlossen werden könnten.

Diese Entwicklung – insbesondere auch die Ausweitung der materiellen Reichweite der bilateralen Verträge, aber auch ihre institutionelle Ausgestaltung – wirft die Frage auf, welche Vor- und Nachteile dieser „Bilaterale Weg“ im Vergleich zu einer EU-Mitgliedschaft aufweist.³ Auch wenn die Grundausrichtung der schweizerischen Europapolitik – hier verstanden als die Politik, die die Schweiz im Verhältnis zur Europäischen Union zugrundelegt⁴ – 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 nämlich immer wieder (neu),⁵ verändern sich doch die Rahmenbedingungen. Gerade die 1992 wohl so kaum vorhersehbare Entwicklung der bilateralen Abkommen wirft die Frage nach dem Grund für das Abseitsstehen in Bezug auf die Vollmitgliedschaft (wieder unter anderem Vorzeichen) auf.

Vor diesem Hintergrund geht die Zielsetzung des folgenden Beitrags dahin, die beiden derzeit im Vordergrund stehenden europapolitischen Optionen „Bilateraler Weg“ einerseits und EU-Beitritt andererseits in Bezug auf m.E. besonders bedeutende Fragestellungen einer vergleichenden Analyse zu unterziehen. Diese bezieht sich nicht auf bestimmte materielle Gebiete und die möglichen Auswirkungen auf den entsprechenden Teil des schweizerischen Rechts, sondern auf bereichsübergreifende institutionelle Fragen, wobei es einerseits um diejenige nach der Legitimation des in der Schweiz geltenden „Europarechts“ (3.), andererseits um Fragen der Rechtswirkungen des Unionsrechts bzw. der Bilateralen Verträge (4.) geht, dies auf der Grundlage eines kurzen Überblicks über die bestehenden Abkommen sowie die Bereiche, in denen in näherer Zukunft weitere Abkommen abgeschlossen werden könnten (2.).⁶

2. Die Bilateralen Abkommen – ein Überblick

³ Daneben könnte auch ein Beitritt zum EWR (erneut) in Betracht gezogen werden, was aber aus politischer Sicht derzeit keine ernsthaft verfolgte Option darstellen dürfte. Vgl. aber das Plädoyer für einen EWR-Beitritt von *Franz Blankart* Gestaltende Mitwirkung und autonomer Nachvollzug. Grundsätzliche Erwägungen zum Verhältnis Schweiz/EU, NZZ am Sonntag vom 25.10.2009, 22, sowie bei *Carl Baudenbacher*, *Bilateralismus Schweiz-EU und Souveränität – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung*, im Erscheinen (2010 in einem Sammelband).

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ Dabei beruhen die nachfolgenden Ausführungen in weiten Teilen auf den Ergebnissen einer im Auftrag der Konferenz der Kantonsregierungen erstellten grösseren Untersuchung, 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.

Das erste „Paket“ der sog. bilateralen und sektoriellen Abkommen zwischen der EU bzw. ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits wurde am 21. Juni 1999 unterzeichnet und trat am 1. Juni 2002⁷ in Kraft. Es betrifft folgende Bereiche:

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

Diese sieben Verträge stellen insofern ein „echtes Paket“ dar, als die an sich getrennten und jeweils in sich geschlossenen 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. 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 obliegen. Es erfolgt also gerade keine eigentliche Übernahme der einschlägigen unionsrechtlichen Regelungen.⁸ Gleichwohl – und dies gilt insbesondere für das Personenfreizügigkeitsabkommen⁹ – wird andererseits eine Teilnahme an dem entsprechenden Ausschnitt des Unionsbesitzstands bezweckt.

Bald nach Abschluss der sog. „Bilateralen I“ wurden die Verhandlungen zu den sog. „Bilateralen II“ aufgenommen.¹⁰ 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“

⁷ Für die Texte aller Abkommen siehe BBl 1999, 6489 ff.; ABi 2002 L 114, 1 ff.

⁸ 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 Union, vgl. Art. 20 Luftverkehrsabkommen.

⁹ 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.

¹⁰ Text und Botschaft zu den Bilateralen II in BBl. 2004, 5965 ff.

kundtat. Damit umfasst das Paket der „Bilateralen II“ – nach der Zurückstellung des Dienstleistungs dossiers – 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 Abkommen wurden im Oktober 2004 unterzeichnet; im Juni 2005 wurde der entsprechende Bundesbeschluss in einem Referendum vom Volk in der Schweiz gutgeheissen. Das zweite Paket ist lediglich aus politischer Sicht zusammen verhandelt und unterzeichnet worden; hingegen stehen die Verträge der Bilateralen II rechtlich in keiner Verbindung. Daher traten die Abkommen auch nicht zusammen in Kraft, sondern nach Vorliegen der jeweiligen Ratifikationen bzw. sonstigen Voraussetzungen. Mit der bemerkenswerten Ausnahme des Abkommens über die Betrugsbekämpfung, bei dem noch die Ratifizierung einiger Mitgliedstaaten aussteht, sind die Abkommen heute alle in Kraft getreten.

Ziel der politisch und rechtlich wohl bedeutendsten dieser bilateralen Abkommen ist die Einbindung der Schweiz in den relevanten Teil des Besitzstandes der EU; 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“; bei letzterem ist nicht nur (wie beim Personenfreizügigkeitsabkommen) eine Einbindung in den zum Zeitpunkt der Unterzeichnung existierenden Besitzstand, sondern auch eine Teilnahme der Schweiz an der Weiterentwicklung vorgesehen.¹¹

Derzeit wird der Abschluss neuer bilateralen Abkommen in folgenden Bereichen geprüft, wobei teilweise schon Verhandlungen zwischen der EU und der Schweiz stattfinden, teilweise das Verhandlungsmandat durch den Bundesrat beschlossen wurde und teilweise (erst) Vorabklärungen im Gange sind:¹²

- Agrar- und Lebensmittelbereich, Produktsicherheit und öffentliche Gesundheit (Verhandlungen);
- Elektrizität (Verhandlungen);

¹¹ Vgl. im Einzelnen hierzu noch unten 3.2.

¹² Vgl. www.europa.admin.ch.

- Emissionshandel (Verabschiedung des Verhandlungsmandats durch den Bundesrat im Dezember 2009);
- Zusammenarbeit mit der Europäischen Verteidigungsagentur (Verabschiedung des Verhandlungsmandats durch den Bundesrat im Dezember 2009);
- Chemikalienrecht („REACH“) (Vorabklärungen);
- Satellitennavigation (Galileo) (Vorabklärungen);
- Friedensförderung (Vorabklärungen).

3. Zur Legitimation des EU-Rechts und der Bilateralen Verträge

Sowohl ein EU-Beitritt als auch zahlreiche bilaterale Abkommen führen (im Ergebnis) dazu, dass in der Schweiz Unionsrecht anzuwenden und zu beachten ist, wobei dies bei letzteren (nur) in den Grenzen des materiellen Anwendungsbereichs der jeweiligen Abkommen der Fall ist und nur in dem Mass, in dem die Abkommen tatsächlich auf den Besitzstand zurückgreifen, was jedoch – wie erwähnt – bei den politisch und rechtlich bedeutsamsten Abkommen durchwegs der Fall ist. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, inwieweit sich die Fortführung des „Bilateralen Weges“ und eines EU-Beitritts in Bezug auf die demokratische Legitimation des in der Schweiz anzuwendenden Unionsrechts unterscheiden.¹³

3.1. Im Falle einer EU-Mitgliedschaft

Im Falle eines EU-Beitritts müsste die Schweiz das Unionsrecht entsprechend den unionsrechtlichen Vorgaben anwenden. Von besonderer Bedeutung sind hier der Vorrang des Unionsrechts¹⁴ sowie seine unmittelbare Wirkung, die impliziert, dass das Unionsrecht als solches ohne einen irgendwie gearteten Transformationsakt mit seinem Inkrafttreten in der Schweiz gilt und ggf. anwendbar ist.¹⁵

Deutlich wird damit, dass nationale (demokratische) Legitimationsmechanismen in Bezug auf das EU-Recht (soweit das Sekundärrecht betroffen ist, das Primärrecht, also die EU-Verträge, sind durch die nationalen Genehmigungsverfahren, in der Schweiz jedenfalls beim Beitritt ein obligatorisches Referendum, Art. 140 Abs. 1 lit. b BV, legitimiert) nicht mehr zur Anwendung kommen können.

¹³ Hingegen geht es nicht um die Rückwirkungen eines EU-Beitritts auf die direkte Demokratie. Vgl. hierzu aus rechtlicher Sicht ausführlich *Astrid Epiney/Karine Siegwart/Michael Cottier/Nora Refaeil*, Schweizerische Demokratie und Europäische Union, 1998.

¹⁴ Grundlegend EuGH, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251.

¹⁵ Hierzu etwa *Epiney/Meier/Mosters*, in: *Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg* (Fn. 6), 77 (92), m.w.N.

Der Legitimationsmechanismus des Sekundärrechts in der EU ist aufgrund des grundsätzlich zur Anwendung kommenden ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens (das Mitentscheidungsverfahren) durch einen „doppelten Strang“ gekennzeichnet: Einerseits muss das aus direkt gewählten Abgeordneten bestehende Europäische Parlament einem Rechtsakt zustimmen, andererseits muss dieser aber auch durch den Rat, der aus Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten besteht und damit durch die nationalen Verfahren legitimiert ist, angenommen werden. Auch wenn man sich im Einzelnen trefflich über das durchaus weiterhin fortbestehende „Demokratiedefizit“ in der Europäischen Union streiten kann, können doch alle (möglichen) Defizite nicht über den (gar nicht selbstverständlichen) Befund hinwegtäuschen, dass die von der Union 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 Rechnung tragen muss und die „Reichweite“ sowie die konkrete Ausgestaltung demokratischer Legitimation auf EU-Ebene daher keinesfalls an nationalen Massstäben gemessen werden kann.

Im Falle eines EU-Beitritts – der seinerseits und mit ihm das Primärrecht durch ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum (Art. 140 Abs. 1 lit. b BV) legitimiert wäre – wäre die Schweiz beim Erlass der unionsrechtlichen Rechtsakte wie alle anderen Mitgliedstaaten beteiligt: Schweizerische Mitglieder würden im Europäischen Parlament mitentscheiden, und die schweizerische Regierung wäre als Mitglied des Rates entsprechend stimmberechtigt. Zwar wäre das rein quantitative Gewicht der Schweiz nicht sehr gross; es ist aber 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 (wirklichen oder vermeintlichen) nationalen Interessen zuwiderlaufende Entscheidungen verhindern kann bzw. könnte. Weiter bleibt zu bemerken, dass die Mitgliedstaaten zwar die Vorgaben des Unionsrechts zu beachten haben; dieses ist aber grundsätzlich durch die Mitgliedstaaten umzusetzen, durchzuführen und zu vollziehen. In Bezug auf diese mitgliedstaatliche Ebene können grundsätzlich die „normalen“ mitgliedstaatlichen Mechanismen zur Anwendung kommen (übrigens unter Einschluss direkt-demokratischer Mechanismen), wobei allerdings der inhaltliche Handlungsspielraum durch Vorgaben des Unionsrechts beschränkt ist, der den Mitgliedstaaten häufig eingeräumte Gestaltungsspielraum aber nicht unterschätzt werden sollte.

3.2. Im Rahmen des „Bilateralen Weges“

In Bezug auf die demokratische Legitimation des im Rahmen der Anwendung (bilateraler) Verträge mit der EU zu beachtenden Rechts – wobei solchen Verträgen grundsätzlich

Vorrang vor dem innerstaatlichen Recht zukommt – ist zwischen den Verträgen selbst (a) und ihrer Weiterentwicklung (a) zu unterscheiden.

3.2.1. Zum Abschluss bilateraler Verträge

Die bilateralen Abkommen enthalten verschiedene „Kategorien“ von Pflichten bzw. Vertragsinhalten, je nach der Art und Weise sowie der Reichweite ihrer „Annäherung“ an bereits in der EU geltende Vorschriften:¹⁶

- Zunächst kann in einem Abkommen direkt auf Unionsrechtsakte Bezug genommen 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 EU-Rechtsakten (Richtlinien und Verordnungen), 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 EU-Vorschriften „gleichwertig“ sind. Aber auch die Schengen- und Dublin-Abkommen nehmen hinsichtlich der materiellen Pflichten im Wesentlichen auf eine Reihe von EU-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 unionsrechtliche Bestimmungen oder formuliert sinngemäss parallele Verpflichtungen wie diejenigen, die im Unionsrecht zur Anwendung kommen. Aber auch Art. 1 Abs. 3 des Landverkehrsabkommens nimmt sinngemäss auf das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV Bezug; ähnliches gilt für das in Art. 6 des 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 Unionsbesitzstand anlehnen.

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

Die bilateralen Verträge stellen Staatsverträge dar, die nach den hierfür in der Bundesverfassung vorgesehenen Verfahren ausgehandelt und abgeschlossen werden, so dass

¹⁶ Dabei wird im Folgenden jeweils beispielhaft auf gewisse Abkommen der Bilateralen I und II hingewiesen. Vgl. ausführlich zu dieser institutionellen Ausgestaltung der Bilateralen Abkommen *Epiney/Meier/Mosters*, in: *Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg* (Fn. 6), 77 (97 ff.).

die diesbezüglichen Legitimationsmechanismen zur Anwendung kommen, wobei bei den bilateralen Verträgen mit der EU die Genehmigung durch die Bundesversammlung notwendig ist und dieser Genehmigungsbeschluss bei bedeutenderen bilateralen Verträgen (vgl. die Voraussetzungen in Art. 141 Abs. 1 lit. c) BV) dem fakultativen Referendum zu unterstellen ist. Insofern verfügen bilaterale Verträge also über eine demokratische Legitimation, wobei jedoch auf zwei Punkte hinzuweisen ist:

- Erstens können sich die Bundesversammlung und das Volk – wie bei allen völkerrechtlichen Verträgen – nur über den Vertragstext als Ganzes aussprechen und ihn ablehnen oder annehmen. Nicht möglich sind hingegen Modifikationen des Texts.
- Zweitens kommt in denjenigen Fällen, in denen ein Abkommen die (teilweise) Einbindung der Schweiz in gewisse Unionspolitiken bezweckt (was den Regelfall darstellt, zumal die EU regelmässig und je länger je mehr auf diesem Ansatz besteht), aus politischer Sicht in aller Regel lediglich die auf die eine oder andere Art zu bewerkstellende (teilweise oder ganze) Übernahme des einschlägigen Unionsbesitzstands in Betracht, so dass der Verhandlungsspielraum beim Aushandeln solcher Abkommen denkbar gering ist. Damit werden also letztlich mit den bilateralen Verträgen Rechtsakte oder Bestimmungen übernommen, bei deren Ausarbeitung die Schweiz nicht mitwirkte.

3.2.2. Zur Weiterentwicklung bilateraler Verträge

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 Unionsbesitzstands zieht dieser Ansatz die Konsequenz nach sich, dass immer auf die jeweils bei der Unterzeichnung geltende Fassung des Unionsrechts (teilweise auch unter Einschluss der Rechtsprechung¹⁷) 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 Unionsbesitzstand 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 Unionsrechts anpassen könnten. Daher sehen die Abkommen in der Regel spezifische Bestimmungen für die Übernahme neuen einschlägigen Unionsrechts vor, wobei in Bezug auf die Rechtsetzung im

¹⁷ Hierzu noch unten 4.

Wesentlichen zwischen zwei grossen „Übernahmemechanismen“ unterschieden werden kann:¹⁸

- 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 Unionsbesitzstands 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. Sie soll aber nach einem Beschluss des Rates vom Dezember 2008 offenbar in Zukunft zur Regel werden.

3.3. Fazit

Versucht man vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen eine zusammenfassende Bewertung der demokratischen Legitimation des in der Schweiz anwendbaren Unionsrechts im Fall des EU-Beitritts einerseits und der Fortführung des „Bilateralen Weges“ andererseits, so ist in Bezug auf die Ausgestaltung einer möglichen Weiterführung des „Bilateralen Weges“ davon auszugehen, dass es bei allen erwähnten derzeit in Erwägung gezogenen Bereichen, in denen neue bilaterale Abkommen möglich erscheinen,¹⁹ in materieller Hinsicht um die (mehr oder weniger weitgehende) Übernahme des EU-Besitzstands geht. Weiter dürfte sich auch die Art und Weise der Ausgestaltung des Rückgriffs auf den EU-Besitzstand im Wesentlichen an die bestehenden bilateralen Verträge anlehnen bzw. ihnen gleichen, wobei – wie erwähnt – offenbar die Schengen/Dublin-Assoziierung als Vorbild dienen wird. Auch ist in Erinnerung zu rufen, dass bereits die Bilateralen I und II die Übernahme beachtlicher Teile des EU-Besitzstands vorsehen und dass die Schweiz in weiteren Bereichen einen „autonomen Nachvollzug“ verfolgt.

Vor diesem Hintergrund erscheinen in Bezug auf die hier im Vordergrund stehende Problemstellung folgende Aspekte von besonderer Bedeutung:

- Im Anwendungsbereich der bilateralen Verträge, kommen für die Übernahme des EU-Besitzstands durchaus die hier durch die einschlägigen Bestimmungen des schweizerischen (Verfassungs-) Rechts und der Verträge selbst vorgesehenen Vorschriften zur Anwendung; insoweit ist also durchaus eine demokratische Legitimation gegeben. Es ist aber zu beachten, dass der inhaltliche Spielraum hier denkbar gering ausfällt; zur Debatte steht nämlich die Frage der Übernahme vorgegebener EU-

¹⁸ 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.

¹⁹ Oben 2.

Vorschriften. Jedenfalls zu beachten bleibt aber, dass die Schweiz sowohl beim Abschluss der Verträge als auch bei der Übernahme zukünftigen EU-Besitzstands insofern aus rechtlicher Sicht frei bleibt, als sie eine ablehnende Haltung einnehmen kann, wobei diese ggf. weitreichende Folgen nach sich zieht oder ziehen könnte, so dass der faktische Spielraum eher begrenzt ausfallen dürfte, eine Entwicklung, die sich in den letzten Jahren verstärkt hat. Nicht möglich ist jedoch eine Modifikation des durch die Union beschlossenen EU-Besitzstands, an dessen Erlass die Schweiz gerade nicht beteiligt war.

- Im Falle eines EU-Betritts müsste die Schweiz alle Pflichten eines „normalen“ Mitgliedstaats erfüllen, was insbesondere implizierte, dass sie das gesamte EU-Recht unter Beachtung der einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben anwenden müsste. Ihr stünde es insbesondere auch nicht – im Gegensatz zur Rechtslage unter bilateralen den Verträgen – frei, „auszuscheren“ und gewisse Entwicklungen des EU-Besitzstands – unter Inkaufnahme der Folgen – nicht zu übernehmen. Weiter ist zu bemerken, dass der zu übernehmende EU-Besitzstand bei einem EU-Beitritt selbstverständlich das gesamte Unionsrecht erfasste und nicht nur Teile desselben wie bei der Fortführung des „Bilateralen Weges“. Auf der anderen Seite werden die EU-Rechtsakte in demokratisch legitimierten Verfahren angenommen, und die Schweiz wäre als EU-Mitglied vollumfänglich an ihrem Erlass beteiligt und könnte sich entsprechend einbringen.

Damit bleibt festzuhalten, dass in Bezug auf die demokratische Legitimation des in der Schweiz anzuwendenden Unionsrechts die Vorteile im Falle eines EU-Beitritts insgesamt überwiegen dürften: Zwar könnte die Schweiz nicht mehr einseitig die Übernahme bestimmter unionsrechtlicher Bestimmungen ablehnen (wie im Rahmen bilateraler Verträge); andererseits aber stünden ihr beim Erlass der von ihr anzuwendenden Rechtsakte im Rahmen der (trotz aller Defizite) demokratisch legitimierten Verfahren auf EU-Ebene volle Mitwirkungsmöglichkeiten zu. Zu beachten ist aber jedenfalls, dass ein EU-Beitritt – im Gegensatz zur Fortführung des „Bilateralen Weges“ – eine Vollintegration bedeutete, womit die Frage aufgeworfen wird, ob eine solche aus politischer Sicht angesichts des Ausmasses der Übertragung von Hoheitsrechten insgesamt wünschenswert ist. Wie auch immer man diese Frage beantworten mag, bleibt jedenfalls festzuhalten, dass in weiten und sehr gewichtigen Teilen des EU-Besitzstands bereits heute auf dem einen oder anderen Weg eine (faktische) Anpassung an die Rechtslage in der Europäischen Union erfolgt.

4. Rechtswirkungen des EU-Rechts und der bilateralen Verträge

Die Rechtswirkungen des EU-Rechts sind im Wesentlichen durch die einschlägige Rechtsprechung geklärt. Neben den bereits erwähnten²⁰ Grundsätzen des Vorrangs und der

²⁰ Oben 3.1.

unmittelbaren Wirkung des EU-Rechts ist hier insbesondere die Rolle des EuGH zu erwähnen: Diesem obliegt die letztverbindliche Entscheidung über die Auslegung des Unionsrechts, und mitgliedstaatlichen Gerichten steht über das sog. Vorabentscheidungsverfahren die Möglichkeit offen, dem EuGH Fragen über die Auslegung und Gültigkeit von Unionsrecht (letzteres nur bezüglich Sekundärrecht) vorzulegen. Letztinstanzliche Gerichte sind zur Vorlage verpflichtet. Auf diese Weise kann insgesamt ein relativ hohes Mass an Rechtssicherheit erreicht werden.

Anders stellt sich die Situation bei den bilateralen Abkommen dar, die in der schweizerischen Rechtsordnung als Staatsverträge anzusehen sind: Soweit in diesen „direkt oder indirekt“ auf den Unionsbesitzstand zurückgegriffen wird,²¹ stellt sich die komplexe Frage, ob und inwieweit derartige Bestimmungen parallel zur Rechtslage im Unionsrecht 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. Zwar spricht in den Fällen, in denen der Regelungszweck des Abkommens klar erkennen lässt, dass eine parallele Rechtslage angestrebt wird, grundsätzlich Vieles für eine parallele Auslegung, wobei jedoch noch der zeitliche Bezugsrahmen zu präzisieren ist.²² Allerdings bringt es die in weiten und insbesondere bedeutenden Teilen der bilateralen Abkommen angewandte Regelungstechnik der „Übernahme des 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* sind²³ – 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 hat²⁴), und schweizerische Gerichte 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

²¹ Soweit „autonome“ Verpflichtungen vorgesehen sind, ergeben sich im Verhältnis zu sonstigen völkerrechtlichen Verträgen keine besonderen Probleme.

²² Ausführlich zur Problematik in Bezug auf das Personenfreizügigkeitsabkommen *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 9), 1 ff.

²³ Hierzu etwa *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern 2005, *passim*.

²⁴ Vgl. schon EuGH, Rs. 181/73 (Haegemann), Slg. 1974, 449, Rn. 2/6; vgl. zur Stellung des Völkerrechts in der Unionsrechtsordnung *Astrid Epiney*, Zur Stellung des Völkerrechts in der EU, EuZW 1999, 5 ff.

anderen 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 Unionsbesitzstands 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 unionsrechtliche 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 Unionsbesitzstands dahin geht, im Verhältnis zur Schweiz ein paralleles Rechtsregime zu errichten. Ähnliches gilt auch für die neue (also nach der Unterzeichnung der Abkommen ergangenen) Rechtsprechung. 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. Das Bundesgericht verfolgt hier denn auch insgesamt eine eher pragmatische Linie,²⁵ ohne dass zu erkennen wäre, unter welchen Voraussetzungen genau etwa die neuere Rechtsprechung des EuGH auch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens relevant sein soll.

Insgesamt bleibt vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen festzuhalten, dass in denjenigen Fallkonstellationen, in denen in bilateralen Abkommen Teile des EU-Besitzstands übernommen werden, der „Bilaterale Weg“ in Bezug auf die Rechtswirkungen dieser Bestimmungen sowie die Rechtssicherheit im Vergleich zur Situation im Falle eines EU-Beitritts ganz erhebliche Nachteile aufweist: Besonders ins Gewicht fallen die Aspekte der Auslegung und der Rolle der Rechtsprechung des EuGH, wobei es hier im Ergebnis jeweils immer um die Frage geht, ob und inwieweit die im Unionsrecht anwendbaren (Auslegungs-) Grundsätze auch in Bezug auf die einschlägigen bzw. entsprechenden Bestimmungen bilateraler Verträge Anwendung finden. Die diesbezüglichen Unsicherheiten lassen sich nur beschränkt durch die Formulierung hier massgeblicher allgemeiner Prinzipien ausräumen, so dass letztlich die rechtliche Tragweite derjenigen Teile bilateraler Abkommen, die Teile des

²⁵ Vgl. zur Rechtsprechung Astrid Epiney/Tamara Civitella, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 2008, 227 ff.

EU-Besitzstands übernehmen, in beachtlichem Masse unklar und damit (gerichtlich) klärungsbedürftig bleibt, was der Rechtssicherheit in hohem Masse abträglich ist. Insofern weist der „Bilaterale Weg“ also gegenüber einem Beitritt ins Gewicht fallende Nachteile auf; im Falle eines Beitritts wären nämlich die anwendbaren Auslegungsgrundsätze sowie die Rolle des EuGH klar definiert, und im Übrigen stünde das Vorabentscheidungsverfahren zur Verfügung.

5. Schlussfolgerung

Insgesamt konnten die Ausführungen aufzeigen, dass in all denjenigen Konstellationen, in denen bilaterale Abkommen Teile des Unionsbesitzstands übernehmen, der bilaterale Weg im Vergleich zum EU-Beitritt gewichtige Nachteile aufweist. Diese sind solange vertretbar und hinnehmbar, wie es bei den bilateralen Abkommen um sektoriell eher eng beschränkte Bereiche geht, in denen die Schweiz eine Einbindung in das EU-Recht anstrebt.

Genau dies ist aber je länger je weniger der Fall: Denn erstens werden immer mehr bilaterale Abkommen abgeschlossen, und zweitens wird der im Rahmen eines Abkommens massgebliche EU-Besitzstand nach dem Willen der EU – dem sich die Schweiz nur beschränkt entziehen kann, will sie den Abschluss eines Abkommens oder auch andere Abkommen nicht in Frage stellen – tendenziell immer weiter definiert. So geht die EU etwa davon aus, dass die Schweiz im Falle des Abschlusses eines Abkommens im Stromsektor bedeutende umweltrechtliche Rechtsakte, deren Verbindung zum Stromsektor sich auch auf den zweiten Blick nicht wirklich erschliesst, zu übernehmen hätte. Hinzu kommt, dass diese immer weiter gehende Einbindung der Schweiz in den EU-Besitzstand in Zukunft wohl dynamisch nach dem Vorbild der Schengen/Dublin-Assoziierung erfolgen wird, so dass die Schweiz letztlich Verpflichtungen zur Übernahme auch des zukünftigen EU-Besitzstands eingehen wird bzw. muss.

Wenn man dazu noch bedenkt, dass die Schweiz auch in anderen, nicht von den bilateralen Abkommen erfassten Bereichen häufig unter Druck steht, der Rechtsansicht der EU zu folgen und auch sonstige Teile des nationalen Rechts „autonom“ anzupassen, und dass ein Nicht-Mitgliedstaat keinen effektiven Rechtsschutz genießt und vielfältigem politischem Druck ausgesetzt ist, der die Verhandlungsmargen schwinden lässt, wird deutlich, dass man unter diesen Vorzeichen (erneut) ernsthaft über die Perspektive eines EU-Beitritts nachdenken und die politische Diskussion hierüber führen sollte.