

Souveränität im Wandel

Thomas Cottier*

I.	Einleitung	2
II.	Entwicklung und völkerrechtliche Stellung	2
A.	Staatstheorie und Praxis.....	2
B.	Stellung im Völkerrecht.....	4
III.	Schutz und Förderung von Frieden und Wohlfahrt	5
IV.	Vom Nationalstaat zur Staatengemeinschaft	6
A.	Primat des Nationalstaates	6
B.	Völkerrechtliche Gewaltentariierung.....	6
V.	Geteilte und kooperative Souveränität	8
A.	Sovereignty-Modern und Five Storey House	8
B.	Von der Selbstbestimmung zur Mitbestimmung	9
1.	Wandel der Kompetenz-Kompetenz	9
2.	Die Allokation von Kompetenzen	10
3.	Mitwirkung auf der vorgelagerten Ebene.....	10
C.	Legitimität und Demokratie.....	12
D.	Populismus und Souveränität	14
VI.	Defizite schweizerischer Souveränität	15
A.	Später Beitritt zur multilateralen Nachkriegsordnung	15
B.	Tradierte Vorstellungen gegenüber der EU	16
C.	Notwendiger Wandel des Souveränitätsverständnisses	17

* Schriftliche und erweiterte Fassung des am Verfassungstag, 12.September 2019 gehaltenen Vortrages an der Universität Bern. Ich danke Jörg Paul Müller in Verbundenheit für ein wertvolles Gespräch und seine weiterführenden Anregungen zur Thematik.

I. Einleitung

Souveränität ist populär. Mit ihrer Ausrichtung auf höchste Entscheidungsbefugnis, Selbstbestimmung und Unabhängigkeit nimmt sie das moderne Menschenbild des autonomen und selbstbestimmten Individuums auf. Sie reflektiert aber auch Werte der Gemeinschaft, soweit es um gemeinsame Anstrengungen zum Schutz des Landes, seiner nationalen Identität, Kultur, seines Rechts und Wirtschaft geht. Entsprechend begegnen alle Einschränkungen der Souveränität grosser Skepsis und haben einen schweren Stand. Sie werden idealtypisch allein zugunsten von wirtschaftlichen und andern Interessen in Kauf genommen.

Souveränität ist heute ein Attribut des Nationalstaats. Sie wird denn auch vor allem von national-konservativen Kräften angerufen, politisch bemüht und ins Feld geführt, während sich Interdependenz, Integration und Oeffnung in einer globalisierten Welt damit schwer tun. Nationale Souveränität suggeriert gewissermassen die Vermutung, dass die Regelung von Lebensbereichen durch den Nationalstaat am wirksamsten und besten ist und Auslagerungen auf vorgelagerte Ebenen des Europarechts und des Völkerrechts einem erhöhten Begründungserfordernis unterliegen. Sie sind damit per se in der Defensive. Dies ist darauf zurückzuführen, dass Begriff und Vorstellung der Souveränität in der politischen Debatte schlechthin und in allen Lagern ahistorisch und statisch verstanden werden.

Die Welt wandelt sich und mit ihr das Recht. Das gilt nicht nur für die Grundrechte (Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel* 2. Aufl. 1975), sondern auch für grundlegende Vorstellungen der *Res Publica*, und damit auch für die Souveränität. Es gibt dazu keinen ehernen Begriff. Gegenstand und Funktion der Souveränität haben sich historisch entwickelt und waren seit jeher auch Wandlungen unterworfen. Was darunter zu verstehen ist, hängt wesentlich vom Kontext von Zeit und Epoche ab.

Das moderne Völkerrecht der Nachkriegszeit hat die Souveränität der Staaten nachhaltig verändert. Mehr noch gilt das für den Prozess der europäischen Integration. Beide Bereiche zeichnen sich heute durch Souveränität als Mitbestimmung aus. Die Schweiz hat diese Veränderungen nur mit Verzögerungen auf der globalen Ebene nachvollzogen. In ihrem Verhältnis zur Europäischen Union bleibt sie paradoxerweise einem tradierten Verständnis verhaftet. Es geht vorliegend darum, dies zu hinterfragen und Souveränität im Kontext der heutigen Zeit und der Zukunft mit all ihren lokalen, nationalen, regionalen und globalen Herausforderungen zu verstehen.

II. Entwicklung und völkerrechtliche Stellung

A. Staatstheorie und Praxis

Der Souverän als Anrede steht in Shakespeares' Königsdramen für die Person des Herrschers und allmächtigen Fürsten, der seine Bestimmungsgewalt immer wieder gegen Herausforderungen der Vasallen durchsetzen muss, meistens mit Gewalt. Souveränität ist hier auf eine natürliche Person bezogen, die ihre absolute Autorität von höherer göttlicher Macht ableitet und über der Rechtsordnung steht, über dies sie verfügt. Die Religionskriege der

Neuzeit bringen die so verstandene personale Autorität ins Wanken. Es ist die hervorragende Leistung von Jean Bodin in seinen *Six Livres sur la République* (1576), dass Souveränität zwar noch immer vom Monarchen verkörpert wird, aber zum Attribut der Republik und des Staates wird. Die Entwicklung der juristischen Person prägt diese Entwicklung und legt damit auch die Grundlagen für die konstitutionelle Monarchie. Bei Thomas Hobbes steht sie in seinem Werk *Leviathan* (1651) dem Staate zu und wird in dessen Namen durch den Herrscher Leviathan vertraglich wahrgenommen. Seine Legitimation beruht dabei nicht mehr auf göttlicher Macht, sondern derivativ auf dem Vertrag der Rechtsunterworfenen. Hier knüpft auch die Lehre Rousseaus an, der die gerade für die Schweiz wegleitende aber oft missverstandene Lehre der Volkssouveränität in seinem *Contrat Social* (1762) entwickelt. Alle Macht geht von der Gesellschaft, vom Volke aus und wird vom Staate und seinem Gewaltmonopol zugunsten des Einzelnen Menschen wahrgenommen.

Die Entwicklung von Bundesstaaten im 18. und 19. Jahrhundert und die Entwicklung der Europäischen Union im 20. und 21. Jahrhundert bringt die Vorstellung der geteilten oder kooperativen Souveränität hervor, die ihre Grundlagen in den Lehren Emanuel Kants in seiner Schrift *Zum Ewigen Frieden* (1795/6) und der Vorstellung einer (damals wesentlich auf Europa beschränkten) föderativen Weltrepublik findet. Auf ihr gründete nach dem ersten Weltkrieg die Idee des Völkerrechtsbundes und nach dem Zweiten Weltkrieg der Vereinten Nationen und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und heutigen Union. Mit der Idee der Gewaltenteilung bei Montesquieu's *De l'Esprit des Lois* (1748) und James Madison's *Federalist Paper Nr 47* (1788) findet die Vorstellung der horizontal geteilten, kooperativen Souveränität Eingang in die Staatslehre. Im System von *Checks and Balances* kann keines der Organe mehr souverän im absoluten Sinne sein. Kooperative und geteilte Souveränität bildet in jüngster Zeit auch die Grundlage der Lehre der Mehrebenregierung, von Multilevel Governance, für die John H. Jackson in jüngster Zeit den Begriff *Sovereignty Modern* in seinem Werk *Sovereignty, The WTO, and Changing Fundamentals of International Law* (2006) geprägt hat. Anders als viele Völkerrechtler und Politologen unserer Zeit wie Stephen D. Kraser, *Sovereignty: Organised Hypocrisy* (1999) hält er Souveränität nicht für obsolet und überholt. Vielmehr geht es erneut darum, ihr einen der Zeit und Kontext einer interdependenten Welt und Weltwirtschaft Gehalt und Sinne zu geben. Wir werden sehen, dass sich hier der Fokus auf Kompetenzzuweisung und Einfluss, Einfluss und Mitbestimmung verlagert.

In der Politik bedeutet Souveränität hergebrachterweise höchste Gewalt, staatliche Unabhängigkeit und Selbstbestimmung. Das gilt auch heute noch weitgehend. Dies geht zurück auf ihre ersten Anwendungen der Diplomatie im Westphälischen Frieden (1648), als Frankreich der Eidgenossenschaft den Rekurs auf ihre Souveränität suggerierte, um die Ablösung vom Deutschen Reich zu befördern. Sie findet ihren Ausdruck im Kampf um die Unabhängigkeit der nordamerikanischen Kolonien und der Gründung der Vereinigten Staaten im Jahre 1776. Sie findet Ausdruck in der Befreiung Lateinamerikas von der spanischen Herrschaft mit der Bewegung Bolivars. Sie findet schliesslich den gleichen Ausdruck im Prozess der Dekolonialisierung nach dem 2. Weltkrieg. Sie finden sich in den Grundlagen von Völkerbund und Vereinte Nationen, die beide tradierte Vorstellungen der Souveränität verhaften bleiben. Das gilt auch für das heutige Völkerrecht schlechthin.

B. Stellung im Völkerrecht

Unabhängigkeit und Selbstbestimmung sind die höchsten Ideale und prägen auch die Entwicklung des modernen Völkerrechts auf der Grundlage des Nationalstaates. Sie bilden die Grundlage für die Prinzipien der Nichtintervention, des Verbotes von Gewalt und ihrer Androhung und der Souveränität der Staaten über ihre natürlichen Ressourcen, einschliesslich des Kontinentalschelfs und der exklusiven Wirtschaftszone (EEZ) auf den Weltmeeren. Sie bilden die Grundlage des völkerrechtlichen Vertragsrechts mit seinem unabdingbaren Erfordernis der Zustimmung und der Anerkennung von Nichtigkeit bei Zwang und Täuschung. Unabhängigkeit und Selbstbestimmung sind so eigentlicher Selbstzweck der Souveränität im klassischen Völkerrecht der Koexistenz. Kein Staat wird gegen seinen Willen gebunden. Auch das Gewohnheitsrecht basiert letztlich auf Konsens und belässt die Möglichkeit des Widerspruchs (*persistent objector*). Das zwingende Völkerrecht ist marginal ausgestaltet und die Konstitutionalisierung des Völkerrechts steht noch in ihren Anfängen. Am vielleicht wirksamsten sind hier die allgemeinen Rechtsgrundsätze und fundamentale Menschenrechte, die ihre Legitimation in den nationalstaatlichen Ordnungen finden und auch in internationalen Beziehungen zum Tragen kommen. Im Uebrigen sind und bleiben völkerrechtliche Rechte und Pflichten wie gesagt vertraglich und damit einvernehmlich konstituiert.

Damit zeigt sich auch, dass Beschränkungen der nationalen Souveränität durch vertraglich eingegangene Verpflichtungen keine Verletzung derselben sind. Die Behauptung, dass ein Staat durch einen Vertrag seine Souveränität verliere, ist rechtlich unzutreffend. Das gleiche gilt auch für den Einwand der sog. *Fremden Richter* in internationalen Schiedsverfahren, denen man sich mit gleichen Argumenten widersetzen will. Denn dem Staate steht es unter Rekurs auf seine Souveränität frei, die vertragliche Bindung wieder aufzulösen. Die Aussage stimmt damit nur, insoweit als ein Vertrag nicht kündbar ist oder dem Staat aufgezwungen wird. Man kann in guten Treuen über Vor- und Nachteile eines jeden Vertrages unterschiedlicher Meinung sein; auch einschneidende Verträge verletzen die Souveränität nicht, soweit sie freiwillig eingegangen und kündbar sind. Das gilt auch, wo sich ein Vertrag zur dynamischen Uebernahme neues Rechts verpflichtet und die weitere Rechtsentwicklung in Organe internationaler Organisationen und ihrer Mitgliedstaaten legt. Unabhängigkeit und Selbstbestimmung werden hier materiell im Gegenzug zu reziproken Vorteilen eingeschränkt. Sie können – wie im Bundestaat - praktisch zu einer schrittweisen Verlagerung der Souveränität führen, verletzen aber diese nicht im Rechtssinn. Das eigentliche Problem liegt hier nicht auf der rechtlichen Ebene, sondern darin, dass eingegangene Verträge zu Strukturveränderungen führen, die eine Ablösung faktisch und wirtschaftlich später nicht mehr zulassen. Mit jedem Vertrag verändert sich damit die reale Souveränität eines Staates, auf die faktisch und praktisch ohne grosse Wohlfahrtsverluste mehr zurückgekommen werden kann. Das Völkerrecht trägt so zum stillen Verfassungswandel bei. Das politische Argument der Souveränitätsverletzung ist damit letztlich ein Argument gegen unwiederbringliche reale Veränderung, die damit abgewendet werden soll.

Mit der Entwicklung des Völkerrechts der Kooperation (Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (1966)) löst sich die Dichotomie von staatlicher Souveränität und völkerrechtlicher Beschränkungen auf. Völkerrechtliche Regelungen werden vielmehr konstitutiv und prägen die Staatlichkeit in der internationalen Gemeinschaft mit. Der moderne

Staat versteht sich als Teil einer internationalen Ordnung, die für die Lösung anstehender gemeinsamer Probleme im Rahmen der UNO und andern internationalen Organisationen zusammenarbeitet. Dieses Verständnis führt zurück auf die ursprünglichen Funktionen der Souveränität: zur Wahrung von Frieden und Wohlfahrt.

III. Schutz und Förderung von Frieden und Wohlfahrt

Selbstbestimmung und Unabhängigkeit gelten heute in der Politik und öffentlichen Meinung als die zentralen, allseits anerkannten Ziele und Inhalte der Souveränität. Andere und tiefere Gründe werden dabei kaum bedacht. Das greift zu kurz. Es ist hilfreich, an dieser Stelle auf die ideengeschichtliche Entwicklung der Souveränitätslehre und ihre ursprünglichen Motive zurückzugreifen.

Sowohl Jean Bodin wie Thomas Hobbes haben ihre genannten Werke im Kontext der Religionskriege Frankreichs bzw. Englands im 16. und 17. Jahrhundert verfasst. Die Uebertragung der Bestimmungsgewalt auf den Staat und Monarchen als dessen Repräsentant war nicht primär motiviert durch Unabhängigkeit und Selbstbestimmung, sondern durch die notwendige Förderung von Frieden im Land und die Förderung der Wohlfahrt seiner Bewohner, wozu auch die Wahrnehmung der Verteidigung und der Schutz des Eigentums gehörte, das bei John Locke in seinem Werk *Two Treaties of Government* (1689) in den Mittelpunkt des Interesses treten wird. Angesichts der Bürgerkriegswirren ging es um die Herstellung des Landfriedens, um die Ordnung im Inneren, die nur durch die starke Hand des Monarchen gewährleistet werden konnte. Es ging um die Herstellung von Einheit von Staat und Recht als Antwort auf die Zersplitterung in der ständigen Ordnung der damaligen Gesellschaft. Bei Rousseau wurde diese Gewalt auf revolutionäre Art und Weise auf das Volk übertragen, nicht aber in einem einfacher Umkehr monarchischer Gewalt, sondern als Grundlage eines diskursiven und demokratischen Prozesses in der Führung des Gemeinwesens und der Herausbildung des Rechts. Auch hier geht es letztlich um die Förderung und Wohlfahrts in der Gesellschaft, um das Wohl des einzelnen Menschen, und damit um dessen, was die Verfassungsväter der USA später als *Pursuit of Happiness* bezeichnet und in die Unabhängigkeitserklärung von 1776 aufgenommen haben.

Es geht damit letztlich bei der Souveränität um Wahrung des Friedens gegen innen und gegen aussen und um die Sicherung und Förderung der Wohlfahrt der Menschen, die in einem Territorium leben. Im Grunde ist in der ursprünglichen Souveränitätslehre der Gedanke und das Anliegen der menschlichen Würde bereits angelegt. Bis dabei alle Menschen gemeint und eingeschlossen waren, bedurfte es der Abschaffung der Sklaverei und der Leibeigenschaft in einem langen historischen Prozess, der immer wieder vor neue Herausforderungen gestellt wird. Heute ist es die Migration, die Rechtsstellung von Ausländern, Flüchtlingen und ausländischen Arbeitskräften, die kein Wahl- und Stimmrecht haben, aber der Steuerpflicht unterstellt sind. Souveränität kann so nicht getrennt von den Idealen der Freiheit und Wohlfahrt betrachtet werden, wie etwa in der Schweiz die Präambel und Artikel 2 der Bundesverfassung vom 1999 zum Ausdruck bringen. Aus dieser Sicht sind Selbstbestimmung und Unabhängigkeit Mittel zu Zweck.

IV. Vom Nationalstaat zur Staatengemeinschaft

A. Primat des Nationalstaates

Der Nationalstaat und seine Epoche gehen davon aus, dass die genannten Wohlfahrtsziele am besten durch den Nationalstaat erreicht und umgesetzt werden können. Er legitimiert sich durch diese und die aus diesem Grunde auch uneingeschränkte Souveränität verdient. Es besteht gewissermassen eine Vermutung, dass das Recht hier am besten aufgehoben ist und sich entwickeln kann. Es widerspiegelt sich entsprechend im genannten Bild von der Souveränität und ihrer Einschränkungen, gewissermassen als Ausnahme verstanden. Diese Vermutung sich lange zu einem grossen Teil bestätigt. Die Entwicklung des Sozialstaates hätte ohne diesen Rahmen und ohne die damit verbundene kritische Masse nicht realisiert werden können. Die Geschichte des Bundesstaates Schweiz ist so wesentlich eine Geschichte der Uebertragung von Kompetenzen auf den Bund, weil Politik, Volk und Stände zum mehrheitlichen Ergebnis kamen, dass eine bestimmte Aufgabe am besten und am geeignetsten auf der Ebene des Bundes verwirklicht werden kann. Die Kantone verzichteten in der Bundesverfassung von 1848 punktuell auf die Souveränität im Gegenzug zu damit verbundenen Vorteilen. Weltweit prägte diese Entwicklung die Ausprägung von Bundesstaaten in allen Erdteilen im Prozess der Verfassungsgebung und Verfassungsgestaltung.

B. Völkerrechtliche Gewaltentariierung

Das 20. Jahrhundert hat gezeigt, dass diese Vermutung zugunsten des Nationalstaates nicht mehr standhält. Autoritäre Regierungen und die Erfahrung der Weltkriege haben zur Einsicht geführt, dass zusätzliche Sicherungen und Garantien für die Sicherung von Frieden und die Förderung der Wohlfahrt erforderlich sind. Nationale Souveränität bedeutet Entscheidungsmacht. Und wo Entscheidungsmacht besteht, besteht immer auch die Gefahr ihres Missbrauchs. Das Fehlen eines völkerrechtlichen Schutzes von Menschenrechten und die Beschränkung auf den diplomatischen Schutz erwies sich angesichts von Unrechtstaaten als fatal und menschenverachtend. Die Kriegsverbrecher Prozesse von Nürnberg und Tokio haben hier eine fundamentale Wende eingeleitet, die das Souveränitätsverständnis grundlegend verändert haben.

Die Gründung der Vereinten Nationen und des Europarates mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Institutionen von Bretton Woods (IMF und Weltbankgruppe) und des GATT als Schutz gegen die Durchsetzung von protektionistischen Sonderinteressen finden ihre Grundlagen im Staatsversagen von Nationalstaaten jener Zeit. Die Gründung der NATO und Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und heute der Europäischen Union mit ihren weitgehenden Befugnissen findet ihre Ratio in der Unzulänglichkeit des Nationalstaates, Frieden und Wohlfahrtseffekte im Alleingang am besten herzustellen. Die Entwicklung einer transnationalen Wirtschaft, in Abkehr von der sog. Nationalökonomie bis hin zur Globalisierung und transnationalen Wertschöpfungsketten rief nach weiteren und notwendigerweise internationalen Sicherungen und Instrumenten in der Form völkerrechtlicher Verträge.

Diese Instrumente und Verträge erscheinen aus der Sicht des klassischen Souveränitätsverständnisses als Einschränkungen. Sie wurden im politischen Prozess

erkämpft gegen die Vermutung nationalstaatlicher Prärogative und bilden auch immer wieder Gegenstand von Anfechtungen. Wesentlich ist aber die Einsicht, dass diese Instrumente und Verträge nach ihrem Zwecke ebenso der Förderung von Frieden und Wohlfahrt dienen und in keinem Widerspruch mit dem grundlegenden Anliegen der Souveränität stehen. Die Vorstellung von positiver nationaler Souveränität und deren negativer Einschränkung durch Staatsverträge ist aus dieser Sicht nicht haltbar.

Das gilt grundsätzlich und nicht nur für das Zeitalter der Globalisierung und regionalen Integration über den Bundesstaat und Nationalstaat hinaus. Jörg Paul Müller hat im Gespräch darauf aufmerksam gemacht, dass die Verpflichtung der Schweiz zur immerwährenden und bewaffneten Neutralität als Ergebnis des Wieder Kongresses von 1815 und als Voraussetzung der Anerkennung der Alten Eidgenossenschaft in der post-napoleonischen Ordnung einer massiven Souveränitätsbeschränkung im klassischen Sinne gleichkommt. Die Schweiz ist noch heute nicht frei, über Bündnisse und Allianzen zu bestimmen. Diese Einschränkung aber diente der Herstellung des Machtgleichgewichts auf dem europäischen Kontinent und damit der Sicherung des Friedens im 19. Jahrhundert. Mehr noch: die Schweiz hat die immerwährende und bewaffnete Neutralität durch die Erfahrung der Weltkriege zu einem eigentlichen Identitätsmerkmal gemacht, neben direkter Demokratie und Rechtsstaat. Was als Beschränkung der Souveränität seinen Anfang nahm, entwickelte sich mit andern Worten zu einem konstitutiven Merkmal der modernen Schweiz. Das gleiche gilt auch für die EMRK. Sie bildet eine Beschränkung autonomer Gestaltung und Entscheidung. Gleichzeitig war sie Voraussetzung für die Einführung des Frauenstimmrechts im Jahre 1971 und bildet damit ein konstitutives Element der modernen Schweiz. Diese Beispiele zeigen, dass sich die Tariierung der Souveränität einem einfachen Modell von Regel und Ausnahme entzieht. Internationale Verpflichtungen haben schon immer einen konstituierenden Beitrag an die Souveränität als Sicherung und Förderung von Frieden und Wohlfahrt geleistet. Das bestätigen auch die Ausführungen des Historikers André Holenstein in seinem Werk *Mitten in Europa: Verflechtung und Abgrenzung in der Schweizer Geschichte* (2014).

Das gilt im Grunde genommen für das gesamte Staatsvertragsrecht. Ein souveräner Staat schliesst Verträge ab, weil er sich davon Vorteile für seine Bewohner und damit für seine Wohlfahrt und Wohlergehen verspricht. Die unzähligen Verträge der Schweiz, die heute die Gesetzgebung zahlenmässig übertreffen, finden ihre Grundlage in der Notwendigkeit, wirtschaftliche und gesellschaftliche Interessen abzusichern, was mitunter auch eine Verpflichtung zur dynamischen Rechtsentwicklung beinhaltet. Sie finden ihre Grundlage aber auch in der Einsicht, dass die innerstaatlichen Garantien der Rechtsstaatlichkeit in der direkten Demokratie nicht genügen und einem internationalen System von *Checks and Balances* unterstellt werden müssen. Das gilt umso mehr als viele in der Schweiz die Volkssouveränität nicht im Sinne Rousseaus mit seiner Unterscheidung von *volonté générale* und *volonté des tous*, sondern als absolutistisch verstehen, in Anlehnung an *Leviathan* bei Hobbes. Das Fehlen von materiellen Schranken der Verfassungsrevision auf Bundesebene führt zur Auffassung, dass Volk und Stände über der Verfassung stehen und willkürlich mit Mehrheitsbeschluss alles beschliessen können, sogar die Abschaffung der Demokratie und die Aussetzung von Menschenrechten. Das zeigt sich vor allem bei Vorlagen, die Ausländer und Migranten betreffen, die keine politischen Rechte haben. Die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze lässt ausgleichende Verfassungsbestimmungen leerlaufen und unterstellt sie allein dem Gutdünken des

Gesetzgebers. In dieser Lage sind überstaatliche Garantien der Rechtsstaatlichkeit unabdingbar, wie sie sich in der Europäischen Menschenrechtskonvention, aber auch in vielen andern Staatsverträgen manifestieren. Erst durch diese Verträge und ihre unmittelbare Anwendung ergibt sich auf indirekte Weise eine beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze.

Die Selbstbestimmungsinitiative der SVP zielte auf die Abschaffung dieser Kontrolle. Sie war in erster Linie ein Angriff auf das Bundesgericht und seine Rechtspraxis der unmittelbaren Anwendung von EMRK und andern Staatsverträgen. Ihre massive Ablehnung am 25.11.2018 mit über 66.2% der Stimmen und durch alle Kantone bildet daher ein Meilenstein der schweizerischen Verfassungsgeschichte. Stimmbürgerinnen und Stimmbürger haben zum Ausdruck gebracht, dass die Ziele der Souveränität sich nicht in Unabhängigkeit und Selbstbestimmung erschöpfen, sondern letztlich dem Schutz von Rechten und der Wohlfahrt zu dienen haben, die im heutigen Zeitalter auch in Europa ganz wesentlich von internationalen Verträgen und Garantien abhängt. Volk und Stände haben mit ihrem Votum den stillen Verfassungswandel der letzten Dekaden gutgeheissen. Dieses beinhaltet auf diese Weise auch ein Bekenntnis, dass wesentlich öffentliche Güter auf der internationalen Ebene hergestellt werden müssen und sich nicht länger auf dem Nationalstaat beschränken können. Sie widerspiegelt so ein modernes Souveränitätsverständnis. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

V. Geteilte und kooperative Souveränität

A. Sovereignty-Modern und Five Storey House

In Europa führte die schrittweise Entwicklung und Entfaltung der Europäischen Gemeinschaft und Union zur Lehre der Mehrebenen-Regierung oder in Englisch der Lehre von Multilevel oder Multilayered Governance. Was in der Politikwissenschaft beobachtend seinen Anfang nahm, hat in der Verfassungs- und Völkerrechtslehre zur Vorstellung der geteilten oder kooperativen Souveränität geführt, teils auch unter Rekurs auf Emanuel Kant. Ernst Ulrich Petersmann begründete die Notwendigkeit rechtswirksamer internationaler Garantien im internationalen Handelsrecht vorerst mit der Notwendigkeit der Sicherung von Marktzutrittsrechten und der Nichtdiskriminierung, erweiterte dies aber später auf den Schutz der menschlichen Würde und der Menschenrechte schlechthin als eigentliche Grundlage von Multilevel Governance in seinen Werken, zuletzt in *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods* (2017). Der bereits genannte amerikanische Völkerrechtler John H. Jackson hat dazu die Vorstellung von Sovereignty-Modern geprägt (Cottier 2016). Es geht wesentlich um die Fragen, auf welcher Stufe und wo Entscheidungen über die Herstellung von öffentlichen Gütern am besten getroffen werden. Das kann im Bereich der Wirtschaftsbeziehungen Washington sein, aber auch Sacramento, oder Brüssel oder in Genf. Dieses Bild liegt auch der These *Towards a Five Storey House* (Cottier und Hertig 2003; Cottier 2009, 2011) zugrunde, die stark vom schweizerischen Staataufbau und ihrer starken Gemeindeautonomie beeinflusst ist. Neben Gemeinden, Kantonen und Bund kommen die europäische und globale Ebene dazu. Die Frage ist auch hier, wo eine Aufgabe am besten wahrgenommen wird. Wesentlich ist, dass alle Stufen grundsätzlich von gleicher Wichtigkeit sind. Grundlage ist, dass alle Ebenen grundsätzlich gleichen und vergleichbaren

Werten verpflichtet sind, sich aber durch unterschiedliche Verfahren der Entscheidung und damit auch Legitimation auszeichnen. Zwar besteht eine Vermutung für den Vorrang des vorgelagerten Rechts allein schon auf der Grundlage des Grundsatzes *pacta sunt servanda*. Letztlich aber entscheiden sich hier Kompetenzkonflikte nach dieser Auffassung nach Massgabe betroffener Grundrechte und Werte. Eine sture Regel wie Bundesrecht bricht kantonales Recht besteht hier nicht. Denn jede der Ebenen kann versagen, ihre Kompetenzen missbrauchen, was durch ein System von *Checks and Balances* im Zusammenspiel von Gerichten aufgefangen werden können muss.

B. Von der Selbstbestimmung zur Mitbestimmung

Die Lehre von Multi-level Governance baut auf den langen Erfahrungen des Bundesstaates und des Föderalismus und überträgt diese zum Teil auf die internationale Ebene. Sie überwindet dabei im Ergebnis die fundamental gedachte Unterscheidung von nationalem Recht und internationalem Recht. Sie geht davon aus, dass die verschiedenen Ebenen der Governance als menschliches Zusammenwirken sich nicht grundsätzlich, sondern graduell voneinander unterscheiden und daher nahtlos auf gleichen Grundlagen zusammenwirken. Die Idee der geteilten und kooperativen Souveränität ist im Bundestaat angelegt. Sie führt von Unabhängigkeit und Selbstbestimmung zur Mitbestimmung in der Sicherung und Förderung von Frieden und Wohlfahrt.

1. WANDEL DER KOMPETENZ-KOMPETENZ

In der Schweiz war die Frage der Souveränität zentraler Streitpunkt in der Gründung des Bundesstaates von 1848. Sie trennte liberale Orte und die Sonderbundskantone, welche an der kantonalen Souveränität und vollen Staatlichkeit im Sinne der alten Eidgenossenschaft und des Bundesvertrages von 1815 festhalten wollten. Der Verfassungsstreit wurde nach dem kurzen und dank Henri Guillaume Dufour relativ unblutigen Sonderbundskrieg dahin geregelt, dass die Kantone souverän sind, soweit sie ihre Befugnisse nicht an den Bund abgetreten haben. Diese Formulierung wurde, rund 150 Jahre später, in Art. 3 der Bundesverfassung von 1999 weitergeführt. Offensichtlich ist, dass sich die Souveränität inzwischen auf den Bund verlagert hat. Seine Verfassungsbestimmungen umfassen die Kompetenz-Kompetenz und auf dieser Ebene wird die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen nach Mehrheitsprinzip festgelegt. Kein Kanton hat das Recht, unter Berufung auf seine Souveränität aus dem Bunde auszutreten.

Gleichzeitig haben die Kantone ihre Souveränität auch nicht verloren. Sie entscheiden in vielen Bereichen nach wie vor selbständig, teils durch interkantonale Konkordate. Sie nehmen Einfluss auf die Gesetzgebung des Bundes, zumal der Vollzug in der Schweiz (im Unterschied zu den USA) wesentlich bei den Kantonen liegt und der Bund (wie die EU) sich in vielen Bereichen wesentlich auf den Erlass von Gesetzen und Verordnungen und die Rechtsprechung beschränkt. Bund und Kantone nehmen in der Praxis ihre Souveränität oft gemeinsam und zu gesamter Hand wahr. Sie ist durch Mitbestimmung gekennzeichnet.

Ein gleicher Prozess lässt sich auch in der Europäischen Union feststellen. Die Kompetenz-Kompetenz liegt heute vertraglich bei den Mitgliedstaaten. Vertragsänderungen bedürfen (anders als in der Schweiz) der Einstimmigkeit. Ein Austritt aus der Union ist heute rechtlich möglich. Das deutsche Bundesverfassungsgericht bezeichnet die Union denn auch als

Staatenverbund, in begrifflicher Abgrenzung von Staatenbund und Bundesstaat. In der Praxis sind diese Grenzen weit fliessender. Es gibt Bereiche des EU Rechts - namentlich die Gemeinsame Handelspolitik oder die Wettbewerbspolitik – wo sich die Union gegen aussen kaum mehr von einem Bundesstaat unterscheidet. Ja, es gibt Bereiche, wo die Rechtsharmonisierung weiter fortgeschritten ist als in der Schweiz oder auch den USA oder Kanada, z.B. im Bereich der öffentlichen Beschaffungen. Umgekehrt gibt es Bereiche, die vom EU Recht kaum betroffen sind. Klassische Bereiche der Bundesstaatlichkeit, namentlich die äussere Sicherheit, befinden sich hier auf Grund des wirtschaftsrechtlichen Ansatzes der Union in ihrer Geschichte noch in den Anfängen. Das gilt letztlich auch für die Währungsunion, die langfristig ohne Fiskalunion global kaum bestehen kann.

Die Frage der Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und der Union stellt sich auf durchaus vergleichbare Weise wie in Bundesstaaten auch auf regionaler und globaler Ebene. Sie bildet überall den klassischen Gegenstand der Politik und ist naturgemäss stets umstritten. Sie bewegt sich stets im Rahmen dessen was Samantha Besson in ihrem Werk *The Morality of Conflict* (2005) als *reasonable disagreement* bezeichnet hat. Ihre Regelung setzt entsprechende Verfahren der Entscheidungsfindung voraussetzt. Diesen kommt im modernen Souveränitätsverständnis zentrale Bedeutung zu. Zwei Stufen sind hier zu unterscheiden.

2. DIE ALLOKATION VON KOMPETENZEN

Erstens, die Verfahren zur Allokation von Kompetenzen sind klassische Aufgabe des Verfassungsrechts. Der Schritt zum Mehrheitsentscheid bildet den entscheidenden Schritt in den Bundesstaatlichkeit, unabhängig von, ob die rechtlichen Grundlagen den Begriff der Verfassung beanspruchen und verwenden oder ob davon abgesehen wird. Von entscheidender Bedeutung sind hier erforderliche Quoren. In der Schweiz hängt die Verfassungsänderung von der Zustimmung einer Mehrheit von Volk und Kantonen ab, womit ländlichen und kleineren Orten wesentlich mehr Gewicht zukommt als den bevölkerungsreichen, urbanen Gebieten. In der EU besteht formal das Erfordernis der Einstimmigkeit auf Regierungsebene für Vertragsänderungen und neue Kompetenzen; praktisch besteht die Möglichkeit von Mehrheitsentscheiden im Bereich der variablen Geometrie und vor allem in der Bundesrepublik immer wieder diskutierten Idee eines Kerneuropas, oder eines Europas unterschiedlicher Geschwindigkeiten. Auf der völkerrechtlichen Ebene erfolgt die Uebertragung an eine internationale Organisation durch Zustimmung aller Vertragsparteien und kann allenfalls durch Vorbehalte moduliert werden.

3. MITWIRKUNG AUF DER VORGELAGERTEN EBENE

Zweitens, und vielleicht wichtiger, geht es um die Frage, wie die Kompetenz auf der vorgelagerten Ebene wahrgenommen und umgesetzt wird. Es geht um die Frage der Einflussnahme und Mitbestimmung. Das Problem stellt sich für alle Ebenen auf gleiche Weise: für Gemeinden in den Kantonen, für Kantone im Bund und für beide auf europäischer und allenfalls globaler Ebene.

Namentlich für die Kantone und auch Städte der Schweiz stellt sich die Frage, wie sie ihren Einfluss auf Bundesebene am besten sicherstellen in der Kakophonie von Lobbies und Sonderinteressen. Sie haben keine direkte Vertretung und die Zusammensetzung des Bundesrates nicht lediglich Rücksicht auf eine angemessene Vertretung der Landesteile. Seit

sich der Ständerat als gewählte Volksvertretung versteht und nicht mehr als eine eng an die Regierung der Kantone gebundene Vertretung, hat sich das Schwergewicht der Einflussnahme auf die Rechtssetzung auf die Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) und die Macht in der Rechtsanwendung und Umsetzung von Bundesrecht verlagert. Kantonale Parteien beeinflussen ihre Volksvertreter und nehmen Einfluss auf nationale Abstimmungen. Entscheidungen unterliegen dem Mehrheitsprinzip.

In der EU sind die Mitgliedstaaten vergleichsweise viel besser gestellt. Die Einflussnahme der Mitgliedstaaten erfolgt durch direkte Vertretung der Regierung im Rat und Ministerrat, dem Einsitz in vorberatende Kommissionen, sowie indirekt durch ihren Sitz in der Kommission und Gerichten und im Europäischen Parlament. Nationale Parlamente werden in der Vorbereitung von Erlassen angehört und eine Mehrheit kann die Ueberarbeitung einer Vorlage verursachen. Die Mitgliedstaaten nehmen selbst in Bereichen ausschliesslicher Kompetenz ihren Einfluss auf diese Art und Weise wahr. In der Regel unterstehen Entscheidungen dem Mehrheitsprinzip. Ausnahmsweise gilt das Erfordernis der Einstimmigkeit. Das gilt vor allem für das Steuerrecht als die vielleicht wichtigste Prärogative des Nationalstaates und seiner Macht. Drittstaaten nehmen Einfluss durch ihre Diplomatie und Verbände, haben indessen keine formellen Mitbestimmungsrechte. Einzelne Verträge räumen Drittstaaten Anhörungs- und Mitwirkungsrechte in der Gesetzgebung auf Stufe der EU Kommission und den vorbereitenden Arbeiten ein.

Auf der Stufe des Völkerrechts erfolgt die Vertretung durch diplomatische Vertretung eines Vertragsstaates und liegt damit grundsätzlich bei der Regierung. In der Schweiz werden die Kantone einbezogen, soweit deren Kompetenzen und Aufgaben betroffen sind. Verträge, die Kantone selbst mit Nachbarstaaten abschliessen, bedürfen der Zustimmung des Bundes.

Immer mehr zeigt sich dabei, dass die meisten Nationalstaaten, darunter auch die Schweiz, nicht mehr in der Lage sind, ihre Interessen auf der globalen Ebene im Alleingang zu wahren. Mit den tektonischen Machtverschiebungen des 21. Jahrhunderts, wie sie heute die G20 in Ablösung alter westlicher Dominanz in der G7 und G8 als Ausdruck einer multipolaren Welt zum Ausdruck bringen, bildet sich allmählich eine neue europäische Souveränität hinaus (E. Macron) mit dem Ziel, die Mitbestimmung auf Einflussnahme Europas auf der Weltbühne zu sichern. Was in der Handelspolitik der EU verwirklicht ist, muss auch in andern Bereichen der Aussenpolitik Realität werden: nur wenn die Union namentlich auch in den Bereichen Bereich von Währungs- und Finanzfragen und der Sicherheit mit einer Stimme spricht, kann sie ihren Einfluss sicherstellen wie Carlo Monticelli in seinem Werk *Reforming Global Economic Governance: An Unsettled Order* (2019) nachweist. Die Fragmentierung der Nationalstaaten ist dazu nicht mehr in der Lage. Umso mehr gilt dies auch für die Schweiz, die nicht ständiges Mitglied der G20 ist.

Souveränität im Sinne von Entscheidungsmacht manifestiert sich zusammenfassend bei Entscheidungen über Kompetenzallokation und dann in der Mitbestimmung bei der Ausübung und Wahrnehmung dieser Kompetenzen auf der vorgelagerten Ebene. Souveränität bedeutet hier nicht länger formale Unabhängigkeit und Selbstbestimmung, sondern zeigt sich im Ausmass der Einflussnahme auf Entscheidungsprozesse und damit der Mitbestimmung. Wer hier abwesend ist oder nur ungenügend vertreten ist, von solchen Entscheidungen aber direkt oder indirekt betroffen wird, hat mit Bezug auf den Regelungsgegenstand seine Souveränität eingebüsst und wird im eigentlichen Sinne des Wortes fremdbestimmt.

C. Legitimität und Demokratie

Die Verlagerung von Kompetenzen zur sachgerechten Regelung von öffentlichen Gütern stösst in der westlichen Demokratie auf Widerstand, weil die vorgelagerte Ebene nicht als in gleichem oder stärkerem Umfang demokratisch legitimiert betrachtet wird. *Taking Back Control* findet hier in den Austrittswirren Grossbritanniens aus der EU eine wesentliche Grundlage. Es wird befürchtet, dass die vorgelagerte Ebene nicht hinreichend demokratisch legitimiert ist und damit die Uebertragung von Kompetenzen zu einem Demokratiedefizit führt. Die Kritik der WTO gründete lange auf Argumenten des Demokratiedefizits. Ein Beitritt der Schweiz zur EU wird weitum mit Argumenten des Demokratiedefizits abgelehnt.

Im schweizerischen Bundesstaat wurde dieses Problem durch den schrittweisen Ausbau der direkten Demokratie auf Bundesebene mitsamt dem Ausbau des Staatsvertragsreferendum und der Lehre der Äquivalenz von Gesetz und Vertrag angegangen (Cottier, Achermann, Wüger, Zellweger 2001). Niemand wehrt sich heute gegen eine neue Bundeskompetenz mit der Begründung, dass ihre Wahrnehmung auf Bundesebene nicht hinreichend demokratisch legitimiert sein wird. Das dürfte sowohl für alle Bundesstaaten gleichermassen gelten. Anders ist dies für die europäische und die völkerrechtliche Ebene.

Gegen die Uebertragung von Kompetenzen - auch in der Form von Staatsverträgen - wird geltend gemacht, dass die Europäische Union nicht hinreichend demokratisch legitimiert ist. Weder bestehe eine europäische Öffentlichkeit, noch verfüge das Parlament in der Auseinandersetzung mit Kommission und Rat hinreichende Kompetenzen. Umso mehr gelte diese für internationale Organisationen, die weder über eine Staatenvertretung in der Exekutive noch über eine parlamentarische Versammlung mit gesetzgebenden Funktionen verfügen.

Diese Einwände, die teilweise sachlich und für die einzelnen Organisationen und ihre Funktionsweise wiederlegt werden können, gehen von der Vorstellung aus, dass die demokratische Legitimation auf allen Ebenen der Mehrstufigkeit der Governance gleichermassen ausgeprägt sein müssen. Das gilt vor allem für die europäische Union, wo das oft erstgemeine Bonmot besteht, dass ein Beitritt der Schweiz erst in Frage kommen kann, wenn diese verstärkt Instrumente der direkten Demokratie eingeführt habe; wenn mit andern Worten die EU der schweizerischen Eidgenossenschaft beitreten wird. Mit gleichen Gründen wird auch eine dynamische Rechtsentwicklung auf der Ebene internationaler Organisationen abgelehnt.

Diese Auffassungen verkennen, dass die verschiedenen Ebenen der Mehrstufigkeit sich nicht für die gleichen Entscheidungsprozesse eignen. So wie sich die offene und noch überschaubare Gemeindeversammlung oder Landsgemeinde nicht auf grosse Kantone oder Bund übertragen lässt, so lässt sich auch Demokratie nicht auf gleiche Weise auf der europäischen und globalen Ebene verwirklichen. Das gilt ganz besonders für die direkte Demokratie mit Initiativen und Referenden.

Ausgangslage ist, dass das Völkerrecht selbst kein Recht auf Demokratie kennt. Versuche, dieses durch die amerikanische Aussenpolitik in jüngerer Zeit durchzusetzen, sind immer wieder auf Widerstand gestossen, gescheitert und haben zu Kriegen und Flüchtlingsströmen geführt. Das westlich geprägte Völkerrecht unterstützt und fördert die Demokratie durch Anforderungen an die Transparenz, durch den Schutz von Menschenrechten, einschliesslich

der für die Demokratie zentralen Rechte freier Kommunikation, sowie durch die Gewährleistung einer offenen Wirtschaftsverfassung auf globaler Ebene. Das Völkerrecht muss indessen zumindest als Koexistenzrecht unterschiedliche Regierungsformen unter einen Hut bringen. Die Zeiten ihrer Beschränkung auf sogenannte zivilisierte Staaten sind vorbei. Sie haben dem Universalismus Platz gemacht. Autoritäre Staaten und Staatskapitalismus müssen gleichermassen eingebunden werden. Staaten mit nicht-demokratischen Verfassungen sind nicht weniger Völkerrechtssubjekte mit denen zum Schutz und Wohle des Einzelnen Beziehungen unterhalten werden müssen. Damit ist hier keine Billigung solcher Regimes verbunden, und Anliegen der Demokratie, Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit müssen Teil der Aussenpolitik demokratischer Staaten sein. Aber es ist aus diesen Gründen nicht möglich, gleichermassen demokratische Entscheidungsstrukturen auf der Ebene des Völkerrechts und im Rahmen internationaler Organisationen durchzusetzen. Der Grundsatz von Ein Staat – eine Stimme ist weniger Ausdruck demokratischer Ordnung, sondern Ausfluss der Rechtsgleichheit und formellen Gleichbehandlung aller Staaten. In Einzelfällen sind auch Abstimmungen mit Quoren oder mit Vetorechten vorgesehen. Praktisch treten Abstimmungen oft hinter die Konsensfindung in Verhandlungen zurück, deren Ausgang wesentlich auch von faktischen Machtverhältnissen bestimmt sind. Auf der globalen Ebene stehen andere Werte als die Demokratie im Vordergrund. Vielmehr geht es um die Erhaltung von Frieden und die Vermeidung von kriegerischen Auseinandersetzungen; es geht um Rechtssicherheit und die Förderung stabiler Beziehungen und Handel und Finanzwesen, die wiederum und indirekt dem einzelnen zu Gute kommen. Aus diesem Grunde sind Institutionen wie der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und die G-20 von zentraler Bedeutung und von hoher Legitimität, auch wenn sie nicht auf demokratische Art und Weise funktionieren und entscheiden und viel stärker von militärisch und wirtschaftlich geprägter Macht dominiert werden.

Anders ist es wiederum auf der Europäischen Ebene. Die Union nimmt wesentliche dem Verfassungsrecht nachgebildete rechtstaatliche Funktion in der transparenten Sicherung von Nichtdiskriminierung und Marktzugangsrechten wahr. Sie ist der Demokratie und den Grundrechten verpflichtet. Ihre Mitgliedstaaten müssen diesen Anforderungen entsprechen und bei Fehlleistungen mit Sanktionen rechnen. Der Europäische Rat und der Ministerrat sind demokratisch konstituiert und legitimiert, indem ihre Mitglieder einer demokratisch gewählten Regierung angehören und deren Instruktionen zu befolgen haben. Die Kommission wird durch den Rat und das Parlament gewählt. Das Parlament setzt sich durchs Volkswahl in den Mitgliedstaaten zusammen. Es hat im Bereich des Binnenmarktes gleichwertige Befugnisse wie der Rat. Ohne seine Zustimmung können Verordnungen und Richtlinien nicht erlassen werden. Kompetenzen fehlen ihm weiterhin im Bereich der Währungsunion und die Rolle ist beschränkt im Bereich der Handelspolitik. Wesentlich ist indessen, dass sich der Einfluss des Parlamentes in den letzten Jahren kontinuierlich verstärkt hat. Wie im jungen Bundesstaat Politik wesentlich Politik in den Kantonen war, so Politik auch in der EU bis vor kurzem vor allem nationale Politik der Mitgliedstaaten. Allmählich bildet sich eine europäische Öffentlichkeit in dem Masse wie Probleme wie Migration oder Sicherheit offensichtlich nicht mehr im nationalen Alleingang bewältigt werden können und die europäische Ebene sachgerechtere Lösungen verspricht.

Wesentlich ist indessen auch hier, dass an die Demokratie in der EU nicht mit den Massstäben schweizerischer Kleinräumigkeit und Bürgersinn gemessen werden darf. Das gilt namentlich für die direkte Demokratie, Referendum und Initiative. Eine funktionsfähige repräsentative

Demokratie ist der Grössenordnung der Union angemessen. Ihre grundsätzliche Struktur und ihr Entwicklungspotential können aus Sicht der Souveränität als Mitbestimmung nicht als defizitär beurteilt werden.

Für die Herstellung demokratischer Legitimität ist es heute vielmehr am wichtigsten, dass aussenpolitische Entscheidungen im demokratischen Staate selbst alle Stakeholders einbezieht und in diesem Sinne inklusive und transparent sind. Gesetzgebung und Staatsvertragsgebung lassen sich heute immer weniger inhaltlich unterscheiden. Zahlreiche völkerrechtliche Regelungen befassen sich mit sog. *Behind-the-Border Issues*, d.h. sind Gegenstände, die früher der innerstaatlichen Rechtssetzung unterstanden. Die Verlagerung von Kompetenzen auf die vorgelagerte Ebene muss entsprechend verfahrensrechtlich kompensiert werden. Umstritten ist die Frage, wie stark das Parlament an aussenpolitischen Entscheidungen beigezogen werden soll. Die letzten Jahre haben einen verstärkten Einfluss der aussenpolitischen Kommission und von Fachkommission über das Genehmigungsverfahren für Staatsverträge hinaus hervorgebracht; grundlegende Entscheidungen werden überdies mit den Parteispitzen abgesprochen. Eine umfassende Teilhabe der Zivilgesellschaft, wie sie das Vernehmlassungsverfahren für Gesetze kennt, fehlt bislang. Dies führt zum Vorschlag eines Aussenwirtschaftsgesetzes, das auch die Mitsprache der Zivilgesellschaft neben Parlament und Kantonen regelt. Hier kann jeder Verfassungsstaat wie auch die Union die ihren Strukturen am besten entsprechenden Verfahren entwickeln (Cottier 2017, 2019).

D. Populismus und Souveränität

Entgegen all diesen Entwicklungen rekurriert der moderne Populismus pointiert auf tradierte Vorstellungen der nationalen Souveränität als Selbstbestimmung und Unabhängigkeit als Selbstzweck. Er stellt geteilte und kooperative Souveränität ab und damit auch ein Verständnis der Mitbestimmung als wesentliches Merkmal. Populismus sucht damit geistesgeschichtlich, das Rad der Geschichte zurückzudrehen und zum Primat des Nationalstaates zurückzukehren. Dies manifestiert sich heute in den USA mit dem Slogan *America First*, mit der US Handelspolitik und ihrer Anwendung rechtswidriger Einfuhrzölle sowie in der Ablehnung der Appellationsinstanz in der WTO. Sie manifestiert sich auf europäischer Ebene in den Bemühungen, Grossbritannien von der EU zu trennen und auf diese Weise vor allem die Kontrolle über die Ausländerpolitik wiederzugewinnen. Das gleiche zeigt sich in der Schweiz in der Fundamentalopposition der Schweizerischen Volkspartei gegen das Rahmenabkommen mit der Europäischen Union und verschiedenen, gegen die europäische Integration gerichteten Volksinitiativen. Gesamthaft handelt es sich um eine fundamentale Infragestellung internationaler Organisationen und ihrer Nützlichkeit. Stattdessen wird die Rückkehr zum Bilateralismus auf globaler Ebene angestrebt.

Ob sich diese Auffassungen durchsetzen werden ist offen. Wichtig ist hier die Feststellung, dass der stattgefundene Wandel der Souveränität weltweit im Rahmen internationaler Organisationen wie auch in der Europäischen Union nicht ohne hohe Kosten und Wohlfahrtsverluste rückgängig gemacht werden kann. Die Kündigung von Verträgen ist rechtlich zwar möglich und ein Mittel, tradierte nationale Souveränität als Selbstbestimmung wieder herzustellen. Die damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteile und der Verlust von internationalen Lieferungsketten und Arbeitsteilung werden indessen in aller Regel davon absehen lassen. Das galt für die Umsetzung der sog. Masseneinwanderungsinitiative in der

Schweiz. Es gilt voraussichtlich für den Austritt Grossbritanniens aus der EU. Und es gilt auch für die Kosten einer fehlgeleiteten Handelspolitik der US unter der Administration Trump. Das Rad der Zeit lässt sich nicht zurückdrehen. Ohne geteilte und kooperative Souveränität lassen sich die grossen Fragen der Zeit, namentlich die Herausforderungen des Klimawandels oder der Migration nicht bewältigen. Die Staatengemeinschaft bedarf dazu mehr und nicht weniger Zusammenarbeit. Immer mehr Aufgaben müssen als *Common Concern of Humankind*, als gemeinsames Anliegen und gemeinsame Sorge der Menschheit angegangen werden.

VI. Defizite schweizerischer Souveränität

Die Schweiz ist zu Recht stolz auf ihre Souveränität und Errungenschaften. Sie hat damit auch im internationalen Vergleich viel erreicht. Die Betonung von Unabhängigkeit und Selbstbestimmung und die Inkaufnahme von Einschränkungen im Gegenzug zu wirtschaftlichen und anderweitigen Vorteilen in völkerrechtlichen Verträgen und einer konstanten Betonung der Wichtigkeit des Völkerrechts und seiner Fortentwicklung konstituierte die Schweiz als vertrauenswürdigen und verlässlichen Mitglied der internationalen Gemeinschaft. Sie respektiert die Souveränität anderer Staaten und fordert gleichen Respekt ein. Das tradierte Verständnis führte indessen zur verzögerten Mitgliedschaft in internationalen Organisationen und heute zu einer Blockierung der Beziehungen zur Europäischen Union.

A. Später Beitritt zur multilateralen Nachkriegsordnung

Die tradierte Souveränität führte nach dem frühen Beitrag zum Völkerbund zu einer bemerkenswerten Verzögerung des vollen Beitritts zu den multilateralen Organisationen der Nachkriegsordnung. Die Schweiz unterstützte die Havanna Charta einer multilateralen Handelsordnung nicht. Das gleiche gilt für IWF und die Weltbankgruppe. Sie trat dem Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen erst 1966 bei, 19 Jahre nach dessen Gründung. Der Beitritt zur IWF und Weltbank erfolgte erst 1992. Der Beitritt zu den Vereinten Nationen wurde 1986 noch massiv mit 75.3 % der Stimmenden verworfen und kam erst auf Grund einer Volksinitiative im Jahre 2002 mit 54.6% der Stimmenden relativ knapp zustande.

Durch die heutige Mitgliedschaft in den zentralen Organisationen der multilateralen Ordnung, einschliesslich der WTO, hat sich das Verständnis der Souveränität auf globaler Ebene durch die Betonung internationaler Kooperation und Mitbestimmung stillschweigend gewandelt, ohne indessen seine Grundlagen aufzugeben. Die Schweiz bewegt sich hier und heute mit ihrem Verständnis der nationalen Souveränität im Rahmen des Völkerrechts und der Staatenwelt. Die Verzögerungen ergaben sich wesentlich durch die direkte Demokratie und das damit verbundene Beharrungsvermögen tradierter Vorstellungen nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges. Nach erfolgter Entscheidung waren die Einwände Vergangenheit und werden in Bezug auf globale Organisationen kaum mehr thematisiert und grundsätzlich in Frage gestellt.

B. Tradiertere Vorstellungen gegenüber der EU

Anders und paradoxerweise verläuft die Entwicklung im Verhältnis zur Europäischen Integration. Man würde annehmen, dass sich Souveränität als Kooperation und Mitbestimmung hier in erster Linie schrittweise entfalten würde, angesichts gemeinsamer Werte, einer gemeinsamen Rechtstradition, enger wirtschaftlicher Verflechtung und auch gemeinsamer geopolitischer Interessen. Das Gegenteil ist der Fall. Die Schweiz verfolgt gegenüber der Europäischen Union als Nichtmitgliedstaat ein Souveränitätsverständnis, das selbst hinter den auf globaler Ebene durch die Mitgliedschaft der UNO und andern internationalen Organisationen vorherrschenden Verständnisses kooperativer Souveränität zurückfällt. Beide Parteien behandeln sich als souveräne, unabhängige Völkerrechtssubjekte. Das Verhältnis zur EU ist geprägt durch hohe wirtschaftliche Integration und institutionelle Abstinenz (Cottier et al 2015). Es geht in Bezug auf die Zusammenarbeit weniger weit als in globalen internationalen Organisationen wie der WTO, oder regional im Europarat und in der EFTA.

Die Schweiz trat früh der OEEC bei, um in den Genuss des Marshallplanes der USA zu gelangen. Sie war 1960 Gründungsmitglied der EFTA. Sie trat dem Europarat 1963, der EMRK aber erst 1974 bei, nachdem die Schweiz das Frauenstimmrecht im Jahre 1971 eingeführt hatte. Sie regelte nach dem Scheitern von Assoziierungsverhandlungen mit der EWG im Jahre 1962 ihre Beziehungen zur Wirtschaftsgemeinschaft und damit ihren Nachbarn mit dem rein völkerrechtlichen Freihandelsabkommen von 1972 und in der Folge mit einer Vielzahl von Verträgen gleicher Art. Die Schweiz lehnte den Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) im Jahre 1992 knapp ab. Die Vorlage scheiterte vor allem am drohenden Verlust klassischer Souveränität und Selbstbestimmung. Das Ergebnis führte zurück zum bilateralen Ansatz und der Fortsetzung der 1988 begonnenen Politik der Europakompatibilität, d.h. der einseitigen Anpassung an das EU Recht. 1999 und 2004 folgten die Bilateralen Verträge I und II, die sich mit Ausnahme des Schengen/Dublin Abkommens als statische völkerrechtliche Verträge charakterisieren. Eine Initiative zur Aufnahme von Beitrittsverhandlungen wurde 2001 mit 76.8 % massiv abgelehnt. 2016 zog der Bundesrat auf Druck national-konservativer Kreise und mit Zustimmung der politischen Mitte das 1992 im Kontext der EWR Debatte eingereichte und seitjeher umstrittene Beitrittsesuch an die Europäische Union zurück. In all dieser Zeit hat sich das Souveränitätsdenken der Schweiz gegenüber der EU nicht bewegt und verändert. Im Gegenteil, die letzten Jahre brachten eine paradoxe Zementierung und Einfrierung der Beziehungen zur Europäischen Union – obgleich diese weltweit europäische und damit auch schweizerische Werte verteidigt und den gleichen rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen verpflichtet ist. Lieber verhandelt die Regierung heute mit China und der Administration Trump in den USA.

Die hier und heute bestehende Diskrepanz im Souveränitätsverständnis der Schweiz für die globale Ebene und seinem Engagement in internationalen Organisationen der Nachkriegsordnung erklärt sich durch den hohen Integrationsgrad des Europarechts und die damit verbundenen Aengste, Selbstbestimmung und Unabhängigkeit im tradierten Sinne zu verlieren, ohne dass dem Anliegen von Frieden und Wohlfahrt ein Gegengewicht zukommt. Prinzipien und Regeln der EU drängen tradierte Vorstellungen der nationalen Souveränität zurück. Sie gehen weit über Kooperation hinaus und umfassen anderweitig fehlende

supranationale Eigenschaften. Die Berufung auf tradierte Vorstellungen der Souveränität im Sinne der Abwehr lässt sich aus diesem Grund verstehen und vom Verhältnis zu ändern, weniger weit und tief gehenden Verpflichtungen in anderen internationalen Organisationen unterscheiden. Sie erklärt auch die oft kategorische Haltung gegen einen EU-Beitritt, die heute rund 80% der Politiker und wohl auch der Bevölkerung in Umfragen teilt. Dazu kommt zur Unterstützung die Berufung auf Geschichte und Mythen der Schweiz zur Stärkung der Abwehrhaltung.

Während sich die Schweiz seit langem an den Arbeiten des Europarates einbringt, bleibt sie mit dieser Grundhaltung auf vertragliche Beziehungen mit der EU angewiesen, deren Inhalt zunehmend durch interne Gesetzgebung und Rechtsprechung der EU vorbestimmt wird. Oder die Schweiz vollzieht autonom europäisches Recht um Nachteile im Binnenmarkt zu vermeiden. Weder können so schweizerische Anliegen hinreichend eingebracht werden, noch verschafft der autonome Nachvollzug rechtliche Garantien des Marktzugangs. Im Ergebnis wird die Schweiz zufolge ihrer einseitigen Betonung formeller Unabhängigkeit und Selbstbestimmung in wesentlichen Bereichen heute fremdbestimmt. Sie wurde auf diese Weise zum Zugewandten Ort der Union.

C. Notwendiger Wandel des Souveränitätsverständnisses

Zentral ist hier die Einsicht, dass sich die Vorstellung der Souveränität unter den Nachbarstaaten der Schweiz und den Mitgliedstaaten der Union wesentlich verändert hat und heute als geteilte, kooperative Souveränität verstanden wird. Die Mitwirkung und Mitbestimmung steht im Vordergrund. Sie zeichnet sich heute durch Partizipation und Teilnahme im europäischen Verbund aus, der in vielen Teilen die Tradition des Bundesstaates aufnimmt. Gemeinsame Herausforderungen bestehen für die EU als Ganzes im globalen Kontext, im Verhältnis zu den USA und China, im Verhältnis zur G 20 oder internationalen Organisationen. Sie werden zu einer weiteren Stärkung der Union führen.

Diese Entwicklung wird Aussenstehende trotz vertraglichen Beziehungen als Drittstaaten behandeln. Das gilt auch für die Schweiz und erklärt die heute zunehmende Kluft und Entfremdung im Staatsverständnis. In dieser Logik unterschiedlicher Souveränitätsverständnisse werden sich die EU und die Schweiz für eine Beteiligung am Binnenmarkt nicht dauerhaft finden können. Die Schweiz wird vielmehr als Drittstaat im Rahmen völkerrechtlicher Verpflichtungen behandelt, ohne weitere Vertiefung der Integration und Beziehungen. Sie wird die damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteile und vermehrte Auslagerungen von Unternehmen in Kauf nehmen müssen. Will die Schweiz dies vermeiden, so muss sie ihr Souveränitätsverständnis gegenüber Europa ändern. Sie muss ihren Weg zurück in die Staatengemeinschaft Europas finden.

Die Schweiz kann sich dem Wandel der Souveränität unter den europäischen Staaten nicht entziehen. Eine Veränderung ist im Wortsinne notwendig, soll die die Wohlfahrt und Zukunft der kommenden Generation fahrlässig aufs Spiel gesetzt werden. Das Bild ist vergleichbar mit einem Ort im 19. Jahrhundert inmitten der Schweiz, der sich dem aufstrebenden Bundesstaat unter Rekurs auf Eigensinn, Eigenständigkeit und alte Werte und Mythen zu entziehen sucht, von dessen Entwicklung aber gleichwohl in vitalen Bereichen täglich betroffen wird. Ein solcher Ort verliert in wesentlichen Bereichen seine Selbstbestimmung und damit seine

Souveränität, auch wenn er formell unabhängig bleibt. Das gilt heute auch die Schweiz in ihrem Verhältnis zur Europäischen Union.

Die Politik muss dies zu Kenntnis zu nehmen und sich im Verhältnis zur Union von einem überholten Souveränitätsverständnis der letzten Dekaden zu verabschieden. Haltung und Vorgehen des Bundesrates zum Rahmenabkommen zeigen in ihrer Verunsicherung, dass ein Umbruch bevorsteht. Das Alte hält nicht mehr, das Neue ist noch nicht da. Volk und Stände haben der Politik mit der deutlichen Verwerfung der Selbstbestimmungsinitiative am 25.11.2018 den Weg in ein neues Souveränitätsverständnis gegenüber der Europäischen Union gezeigt. Aus dieser Sicht ist klar, dass die mit dem institutionellen Abkommen erreichten Mitspracherechte ein erster Schritt in die richtige Richtung geteilter und kooperativer Souveränität gemacht wird. Behörden, Gerichte und Parlamente treten in einen regelmässigen Diskurs mit den europäischen Institutionen und werden im Prozess der Rechtssetzung angehört. (Cottier 2019a). Eine volle Mitbestimmung und die Behebung des Defizits wird erst der Beitritt zur Europäischen Union bringen können. Die Schweiz wird hier für den Wandel der Souveränität aus ihrer eigenen bundesstaatlichen Geschichte und aus ihren positiven Erfahrungen in internationalen Organisationen der Nachkriegsordnung lernen und ein neues Selbstvertrauen schaffen können.

Nachweise

Thomas Cottier, Alberto Achermann, Daniel Wüger, Valentin Zellweger (2001). *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht* (Bern: Staempfli 2001).

Thomas Cottier, Maya Hertig (2003). The Prospects of 21st Century Constitutionalism, in Georg Kohler / Urs Marti (Hrsg.). *Konturen der neuen Welt(un)ordnung*. Beiträge zu einer Theorie der normativen Prinzipien internationaler Politik. Berlin/New York 2003, S. 120-162; sowie in *7 Max Planck Yearbook of United Nations Law* 261-328 (2004).

Thomas Cottier (2009). Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict, *16 Indiana Journal of Global Legal Studies* 647-679 (2009).

Thomas Cottier (2011), Towards a Five Storey House, in: Joerges, Christian / Petersmann, Ernst-Ulrich (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law* 495-532 (Oxford / Portland OR 2011).

Thomas Cottier, Nicolas Diebold, Isabel Kölliker, Rachel Liechti-McKee, Matthias Oesch, Tetyana Payosova, Daniel Wüger (2015). *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union* (Bern: Staempfli 2015).

Thomas Cottier (2016), John H. Jackson, Sovereignty-Modern and the Constitutional Approach to International Law, *19 Journal of International Economic Law* 323-328 (2016).

Thomas Cottier (2017). Front-loading Trade Policy-Making in the European Union: Towards a Trade Act, *European Yearbook of International Economic Law* 35-60 (2017).

Thomas Cottier (2019), Der Strukturwandel des Aussenwirtschaftsrechts, 29 *Swiss Review of International and European Law* 203-230 (2019).

Thomas Cottier (2019a). Die Souveränität und das institutionelle Rahmenabkommen, *Schweizerische Juristenzeitung SJZ/RSJ* 345-355 (2019).