

Prof. Dr. Christa Tobler

Die Erneuerung des bilateralen Wegs: Eine wachsende Annäherung an den EWR in den zur Diskussion gestellten Modellen

Die Schweiz und die EU erörtern zurzeit im Rahmen der sog. institutionellen Fragen neue Mechanismen betreffend die Funktionsweise der bilateralen Abkommen über den Zugang zum EU-Binnenmarkt. Diskutiert werden verschiedene Denkmodelle, wobei sich in den neuesten Entwicklungen eine zunehmende Annäherung an das System des EWR-Rechts abzuzeichnen scheint.

Rechtsgebiet(e): Bilaterale Abkommen CH-EU; Beiträge

Zitiervorschlag: Christa Tobler, Die Erneuerung des bilateralen Wegs: Eine wachsende Annäherung an den EWR in den zur Diskussion gestellten Modellen, in: Jusletter 3. Juni 2013

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Zu den vier Stichworten zur Erneuerung des bilateralen Wegs
 1. Fortlaufende Anpassung des Rechts
 2. Einheitliche Auslegung
 3. Unabhängige Überwachung
 4. Streitschlichtung
- III. Zum Schluss: Annäherung an den EWR – aber wie weit?

I. Einführung

[Rz 1] In den ersten Monaten des laufenden Jahres verfassten der schweizerische Staatssekretär Yves Rossier und der EU-Chefdiplomat David O'Sullivan zusammen ein Arbeitspapier über die Revision der Funktionsweise des bilateralen Rechts.¹ Dieses Papier ist vor allem deshalb interessant, weil es den im «Gutachten über mögliche Formen der Umsetzung und Anwendung der Bilateralen Abkommen» der Professoren Thürer und Burri vom Juli 2011 vorgelegten Denkmodellen zumindest ein weiteres hinzufügt. Dieses neue Modell unterscheidet sich zudem auch von jenem, welches der Bundesrat seinen Vorschlägen vom 12. Juni 2012 zu Grunde legte, und welches im Dezember 2012 in einem Schreiben von Kommissionspräsident Barroso seitens der EU als ungenügend zurückgewiesen wurde.² In ihrem Schreiben bekräftigte die Kommission im Übrigen, dass eine weitere Vertiefung der rechtlichen Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz im Bereich des Zugangs zum EU-Binnenmarkt eine Revision des Systems der betreffenden bilateralen Verträge voraussetzt (also derjenigen Abkommen, welche den freien Verkehr von Waren, Personen und Dienstleistungen betreffen – der freie Kapitalverkehr wird vom bilateralen Recht nicht erfasst). Dies betrifft z.Z. konkret das in Verhandlungen stehende Elektrizitätsabkommen,³ das wegen der Systemfragen zum bilateralen Recht schon seit längerer Zeit blockiert ist.

[Rz 2] Der Inhalt des Arbeitspapiers Rossier/O'Sullivan ist offiziell noch nicht bekannt. Nachdem aber durch eine Indiskretion Informationen an die Medien gelangt sind, wird dort das, was laut den Berichten im Arbeitspapier und in einer internen Bewertung seitens des Aussendepartements steht, intensiv diskutiert.⁴ Aufgrund dieser Informationen zeichnet sich

jedenfalls eines deutlich ab: Auf dem Tisch liegt nicht weniger als eine weit gehende Annäherung an die Funktionsweise des EWR, und zwar eine Annäherung, die deutlich weiter geht als die Vorschläge des Bundesrates vom Juni 2012.

[Rz 3] Von Seiten der EU ist eine Änderung in eben diese Richtung schon vor einigen Jahren angeregt worden. So äusserte sich der Präsident der EU-Kommission Barroso bereits im Jahr 2006 anlässlich eines Besuchs des damaligen Bundespräsidenten Leuenberger in Brüssel kritisch zum Verwaltungsaufwand im rechtlichen Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz und bemerkte, eine Verbesserung könne am besten durch einen EWR-Beitritt der Schweiz oder ein Assoziationsabkommen erreicht werden.⁵

[Rz 4] In späteren Dokumenten, darunter insbesondere die Schlussfolgerungen des EU-Ministerrates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom Dezember 2008⁶ und 2010,⁷ nannte die EU konkrete Elemente, welche nach ihrer Auffassung einer Revision bedürfen. In den Schlussfolgerungen von 2010 schrieb der EU-Ministerrat: «[...] dass der sektorenbezogene Ansatz zwar eine engere Zusammenarbeit in einigen Bereichen von gegenseitigem Interesse bewirkt hat, im Laufe der Jahre aber zu einem äusserst komplexen Gebilde aus zahlreichen Abkommen geführt hat. Da effiziente Regelungen für die Übernahme von neuem EU-Besitzstand, einschliesslich der laufenden Rechtsprechung des EuGH [gemeint ist der Gerichtshof der Europäischen Union], und für die Überwachung und Durchsetzung der bestehenden Abkommen fehlen, gewährleistet dieser Ansatz in den Teilen des Binnenmarkts und den Bereichen der EU-Politik, an denen sich die Schweiz beteiligt, nicht die notwendige Einheitlichkeit. Dies hat zu Rechtsunsicherheit für Behörden, Wirtschaftsakteure und den einzelnen Bürger geführt. [...] Unter uneingeschränkter Achtung der Souveränität der Schweiz und ihrer Entscheidungen ist der Rat zu dem Schluss gekommen, dass das derzeitige System der bilateralen Abkommen zwar in der Vergangenheit gut funktioniert hat, in den kommenden Jahren die wesentliche Herausforderung aber darin bestehen wird, über dieses System, das komplex und schwer zu handhaben ist und eindeutig an seine Grenzen stösst, hinauszugehen. Deshalb ist

¹ Allgemein zum bilateralen Recht siehe Christa Tobler/Jacques Beglinger, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts. Systematische Darstellung in Text und Tafeln, 2 Bände (Text: Christa Tobler, Tafeln: Christa Tobler/Jacques Beglinger), Zürich: Dike 2013.

² Alle hier erwähnten Dokumente sind auf der Website der Direktion für Europäische Angelegenheiten des Aussendepartements (früheres Integrationsbüro) erhältlich: <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/index.html?lang=de>.

³ Siehe hierzu <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/00563/index.html?lang=de>.

⁴ Hierzu statt vieler: «Burkhalters brisante Pläne», Tages-Anzeiger 15. Mai 2013; «Ja, es sind fremde Richter», Tages-Anzeiger 19. Mai 2013; «Verhältnis Schweiz und EU: Kein hoffnungsloser Fall», <http://www.srf.ch/news/schweiz/verhaeltnis-schweiz-und-eu-kein-hoffnungsloser-fall> (20. März 2013); «Der EuGH soll's richten. Der Bundesrat entscheidet

demnächst über ein institutionelles Abkommen mit Brüssel», NZZ 16. Mai 2013; «Wie die EuGH-Lösung funktionieren könnte. Das vom Aussendepartement favorisierte Rahmenabkommen enthält wenig Vorschusslorbeeren», NZZ 25. Mai 2013.

⁵ «Die Harmonie in Brüssel im Vordergrund. Besuch Bundespräsident Leuenbergers bei der EU-Kommission», NZZ vom 12. Juli 2006.

⁶ Entwurf von Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 5. Dezember 2008, 16651/1/08 REV 1, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/08/st16/st16651-re01.de08.pdf> (Text nur im Entwurf verfügbar).

⁷ Schlussfolgerungen zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern, 3060. Allgemeine Angelegenheiten Tagung des Rates, Brüssel, den 14. Dezember 2010, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/DE/foraff/118466.pdf, Rz. 42 und 48.

es erforderlich, dass horizontale Fragen, die die fortlaufende Anpassung der Abkommen an den sich weiter entwickelnden Besitzstand, die einheitliche Auslegung der Abkommen, unabhängige Mechanismen zur Überwachung und rechtlichen Durchsetzung sowie einen Schlichtungsmechanismus betreffen, in den Abkommen zwischen der EU und der Schweiz berücksichtigt werden.»

[Rz 5] Daraus ergeben sich vier, aus der öffentlichen Diskussion inzwischen allgemein bekannte Stichworte zur Erneuerung des bilateralen Wegs: (1) fortlaufende Anpassung der Abkommen an den sich weiter entwickelnden Besitzstand (dynamische, nicht automatische Aufdatierung des Rechts), (2) einheitliche Auslegung der Abkommen (Homogenität), (3) unabhängige Mechanismen zur Überwachung und rechtlichen Durchsetzung sowie (4) Mechanismen zur Streitschlichtung.

[Rz 6] Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, handelt es sich bei den Vorstellungen der EU zu diesen Punkten durchweg um Elemente, welche die Funktionsweise des EWR-Rechtssystems charakterisieren. Während die Vorschläge des Bundesrats vom Juni 2012 nur wenig in diese Richtung gingen, liegen die im Arbeitspapier Rossier/O'Sullivan laut Medienberichten vorgelegten Optionen weit näher beim System des EWR.

II. Zu den vier Stichworten zur Erneuerung des bilateralen Wegs

1. Fortlaufende Anpassung des Rechts

[Rz 7] Bekanntlich beruhen die bilateralen Abkommen über den Marktzugang und über damit verwandte Materien inhaltlich auf dem EU-Recht. Die Abkommen stellen zur Zeit ihrer Unterzeichnung jeweils eine Momentaufnahme der (mehr oder weniger genauen) Abbildung von EU-Recht dar. Für den häufig eintretenden Fall, dass sich das einschlägige EU-Recht in der Folge weiterentwickelt, sehen die Abkommen unterschiedliche Mechanismen zur Aufdatierung vor, bei denen der für die Verwaltung des betreffenden Abkommens zuständige Gemischte Ausschuss eine wichtige Rolle spielt. In der Praxis werden mehrere Abkommen regelmässig aufdatiert (besonders häufig das Schengen-Assoziationsabkommen⁸ und das Luftverkehrsabkommen⁹). Formal sehen aber

nur drei ein System der fortlaufenden, dynamischen Fortbildung des Rechts mit Rechtsfolgen im Falle der Nichtanpassung vor, nämlich die Schengen- und Dublin-Assoziationsabkommen¹⁰ sowie das Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherheit.¹¹

[Rz 8] In seinem Schreiben vom Juni 2012 schlug der Bundesrat vor, als Ausgangspunkt und Grundlage für ein neues System zuerst im Elektrizitätsabkommen und später basierend darauf auch in anderen, neuen Marktzugangsabkommen ein «Homogenitätsgebot, das jenem des EWR-Abkommens gleicht,» zu verankern. Danach «setzen sich die Vertragsparteien das gemeinsame Ziel, gemeinsame Bestimmungen und eine einheitliche Anwendung und Auslegung dieser Bestimmungen zu erarbeiten und beizubehalten, um eine Gleichbehandlung der Einzelpersonen und Marktteilnehmer im Anwendungsbereich des Abkommens zu erreichen».

[Rz 9] Als Konkretisierung dieses Grundprinzips im Bereich der Anpassung des bilateralen Rechts an das sich fortentwickelnde EU-Recht erwähnte der Bundesrat flexible und dynamische Mechanismen zur Übernahme von EU-Recht. Er betonte, dass Vertragsanpassungen ausschliesslich im gegenseitigen Einvernehmen und unter Einhaltung der im schweizerischen Recht vorgesehenen Fristen für die schweizerischen Entscheidungsverfahren erfolgen sollten. Offensichtlich orientierte er sich dabei am Schengen-Assoziationsabkommen, das dem demokratischen System der Schweiz ausdrücklich Rechnung trägt (Art. 7 SAA). Im Gegenzug zur Dynamisierung des Systems verlangte der Bundesrat eine angemessene Teilnahme an der der Rechtsentwicklung in der EU vorgelagerten Entscheidungsfindung, welche gleich wie im EWR ausgestaltet sein müsste (Mitspracherecht oder sog. *decision shaping*). Für den Fall der Nichtübernahme von neuem Recht schlug der Bundesrat die Möglichkeit der EU vor, angemessene Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen, deren Verhältnismässigkeit durch ein ad hoc-Schiedsgericht überprüft werden könnte. Hierbei handelt es sich um eine Anleihe beim heutigen Zoll-Abkommen (Art. 29 Abs. 3 Zolla). Die Dublin- und Schengen-Assoziationsabkommen gehen weiter. Im Falle des Ersteren führt die Nichtübernahme vom Neuem Recht zur Aussetzung des Abkommens (d.h. zu seiner vorläufigen Nichtanwendung, Art. 4 DAA), im Falle des Letzteren zur Beendigung (Art. 7 SAA).

[Rz 10] In seinem Schreiben vom Dezember 2012 weist der

⁸ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, für die Schweiz SR 0.360.268.1, für die EU und die EG (heute nur noch die EU) ABl. 2008 L 53/52.

⁹ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, für die Schweiz SR 0.748.127.192.68, für die EG (heute die EU) ABl. 2002 L 114/73.

¹⁰ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags, für die Schweiz SR 0.142.392.68, für die EG (heute die EU) ABl. 2008 L 53/5.

¹¹ Abkommen vom 25. Juni 2009 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen, für die Schweiz SR 0.631.242.05, für die EG (heute die EU) ABl. 2009 L 199/24.

Präsident der EU-Kommission darauf hin, dass aus der Sicht der EU ein neues System nur für künftige Abkommen nicht genügt, da so die angestrebte Rechtssicherheit sowie die Kohärenz des Rechtssystems der bilateralen Verträge nicht erreicht werden könnten. Vielmehr müssten sämtliche Abkommen mit Binnenmarktbezug in das neue System einbezogen werden.

[Rz 11] Anders als der Vorschlag des Bundesrats vom Juni 2012 nennt das Arbeitspapier Rossier/O'Sullivan laut Medienberichten ein umfassendes (d.h. sich sowohl auf die bisherigen wie auch auf neue Abkommen erstreckendes), dynamisches Anpassungssystem mit der Rechtsfolge der Aussetzung des betreffenden Abkommens im Falle der Verweigerung der Rechtsübernahme.

[Rz 12] Dies stimmt in beiden Punkten mit dem System des EWR überein. Ausgehend vom Ziel des EWR, «einen dynamischen und homogenen Europäischen Wirtschaftsraum» zu schaffen, «der auf gemeinsamen Regeln und gleichen Wettbewerbsbedingungen beruht und in dem angemessene Mittel für deren Durchsetzung – und zwar auch auf gerichtlicher Ebene – vorgesehen sind und der auf der Grundlage der Gleichheit und der Gegenseitigkeit sowie eines Gesamtgleichgewichts der Vorteile, Rechte und Pflichten der Vertragsparteien verwirklicht wird», sieht das Abkommen ein umfassendes und dynamisches System mit fortlaufender, aber nicht automatischer Anpassung des EWR-Rechts an das EU-Recht vor. Schafft die EU im Anwendungsbereich des EWR-Rechts neues Recht, z.B. durch die Revision einer Richtlinie oder durch die Annahme einer neuen Verordnung, so wird der Gemeinsame EWR-Ausschuss gleich wie die Sachverständigen der EU-Mitgliedstaaten konsultiert (Art. 99 Abs. 1 EWR-Abkommen). Nach der Annahme des Aktes in der EU entscheidet der Gemeinsame EWR-Ausschuss über die Übernahme in den EWR-Acquis (Art. 102 ff. EWR-Abkommen). Für den Fall der Verweigerung sieht das EWR-Abkommen vor, dass der betreffende Teil des Abkommens in letzter Konsequenz ausgesetzt wird, wobei dies in der Praxis bisher noch nie vorgekommen ist.

[Rz 13] Der Vollständigkeit halber sei zum Modell der umfassenden Aufdatierung unter Einbezug der bereits bestehenden Abkommen angemerkt, dass es keine automatische Änderung des Inhalts dieser Abkommen zur Folge hätte. So würde z.B. die sog. Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG),¹² welche eine Fortentwicklung einer Anzahl früherer Richtlinien und Verordnungen zum Personenverkehr darstellt, nicht automatisch Teil des bilateralen Acquis (hier konkret: des Freizügigkeitsabkommens).¹³ Vielmehr müsste auch hier das

Übernahmeverfahren im Gemischten Ausschuss zur Anwendung gelangen. Die EU regte eine entsprechende Anpassung des Freizügigkeitsabkommens bereits vor einigen Jahren an, was vom Bundesrat damals aber abgelehnt wurde. Mit einem dynamischen Anpassungssystem würde dieses Traktandum wieder auf dem Tisch liegen – wobei die Diskussion in der schweizerischen Presse dazu neigt, die Auswirkungen einer Übernahme überzubewerten. So gibt es im EU-Recht kein bedingungsloses Daueraufenthaltsrecht für alle EU-Bürgerinnen und -bürger (Art. 6 ff. der Richtlinie 2004/38/EG) und auch keinen Anspruch auf Sozialhilfe für alle Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten (Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG).¹⁴ Im Übrigen arbeitet die Europäische Kommission zurzeit an einer Revision der Richtlinie 2004/38/EG, welche im Falle eines dynamischen Anpassungssystems auch für das bilaterale Recht mit der Schweiz relevant sein würde. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass am EFTA-Gerichtshof derzeit der erste Fall betreffend die Tragweite der Richtlinie im EWR-Recht anhängig ist. Die mündliche Verhandlung hat am 23. Mai 2013 stattgefunden.¹⁵

2. Einheitliche Auslegung

[Rz 14] Das Postulat der Einheitlichkeit des bilateralen Rechts mit dem EU-Recht, auf dem es inhaltlich basiert, bezieht sich weiter auf die Auslegung. Beim heutigen Rechtsstand enthalten die meisten bilateralen Abkommen keine ausdrücklichen Regelungen über ihre Auslegung, so dass die üblichen, völkerrechtlichen Grundsätze nach Art. 31 Abs. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention gelten (Auslegung nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, den Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte von Ziel und Zweck des Abkommens). In zwei Abkommen, nämlich Schengen und Dublin, wird das «Ziel einer möglichst einheitlichen Anwendung und Auslegung» ausdrücklich erwähnt (Art. 8 SAA bzw. Art. 5 DAA). Zwei weitere Abkommen, nämlich das Freizügigkeits- und das Luftverkehrsabkommen, enthalten spezifische Homogenitätsklauseln mit einer Datumsgrenze. Nach Art. 16 Abs. 2 FZA wird für die Auslegung von Bestimmungen des Abkommens, in welchen Begriffen des Unionsrechts herangezogen werden, die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens berücksichtigt. Art. 1 Abs. 2 LVA ist ähnlich formuliert. Das Schweizerische Bundesgericht legt seit BGE

¹² Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365 und 93/96, ABl. 2004 L 158/77.

¹³ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft

und ihren Mitgliedstaaten und der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, für die Schweiz SR 0.142.112.681, für die EG (heute die EU) und ihre Mitgliedstaaten ABl. 2002 L 114/6.

¹⁴ Hierzu Koen Lenaerts, «European Citizenship, National Welfare Systems and Social Solidarity», *Jurisprudencija* 2011, 397–422.

¹⁵ Case E-15/12 *Jan Anfinn Wahl v The Icelandic State*, hängig; siehe http://www.eftacourt.int/cases/detail/?tx_nvscases_pi1%5Bcase_id%5D=171&cHash=2007213bff50b05a3a315a7e49a45d64.

136 II 5 die Homogenitätsklausel von Art. 16 Abs. 2 FZA im Interesse der Einheitlichkeit des bilateralen Rechts mit dem EU-Recht weit aus (grundsätzlich parallele Auslegung unabhängig vom Datum der Rechtsprechung des EuGH).

[Rz 15] Zu ergänzen bleibt, dass im heutigen System des bilateralen Rechts in praktisch allen Marktzugangsabkommen auf der Seite der Schweiz das Bundesgericht die letzte Instanz ist, welche über die Auslegung des bilateralen Rechts entscheidet (eine Ausnahme stellt für bestimmte Fragen das Luftverkehrsabkommen dar; dazu unten Rz. 28). Im Gegensatz dazu bestehen auf der Seite der EU zwei überstaatliche Mechanismen zur Sicherung der einheitlichen Auslegung. Zum einen können bzw. müssen mitgliedstaatliche Gerichte, welche Zweifel über die Auslegung des EU-Rechts hegen, dem EuGH im sog. Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) Fragen zur Auslegung des bilateralen Rechts vorlegen (eine grundsätzliche Pflicht zur Vorlage besteht in dem Falle, in welchem das nationale Gericht – gleich welcher organisatorischen Stufe – als letztinstanzliches Gericht urteilt). Die sich daraus ergebende Auslegung des EuGH ist für sämtliche Organe sämtlicher Mitgliedstaaten verbindlich. Zum anderen kann die Nichtbeachtung der Auslegung des Gerichtshofs dazu führen, dass die Europäische Kommission gegen den betreffenden Mitgliedstaat ein Vertragsverletzungsverfahren einleitet, welches zu einer Verurteilung durch den Gerichtshof führen kann (Art. ff. 258 AEUV). Beide Mechanismen bestehen auch im EWR-Recht (Art. 34 bzw. Art. 31 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs). Durch sie haben die Gerichtshöfe in den beiden Rechtsordnungen entscheidend zur Effizienz des Rechtes und zum Schutz der Rechte von Einzelnen und Unternehmen beigetragen.¹⁶

[Rz 16] Der Vollständigkeit halber sei schliesslich erwähnt, dass sich in einer Erklärung zum Freihandelsabkommen¹⁷ sozusagen das Gegenteil einer Homogenitätsklausel findet, nämlich die einseitige Ankündigung der EU, dass sie die wettbewerbsrechtliche Bestimmung von Art. 23 FZA im Einklang mit dem EU-Wettbewerbsrecht auslegen werde. Die Schweiz hat dem seinerzeit nicht widersprochen. Hier liegt der rechtliche Hintergrund des sog. Steuerstreits (Besteuerung von gemischten und Spezialgesellschaften).¹⁸

[Rz 17] In seinen Vorschlägen vom 12. Juni 2012 erwähnte der Bundesrat als Konkretisierung des Grundprinzips der Homogenität im Bereich der Auslegung die Pflicht einer «gebührenden Berücksichtigung» der EuGH-Rechtsprechung in der Schweiz. Von einer Datumsgrenze ist nicht die Rede. Im Falle von Abweichungen von der EuGH-Rechtsprechung hätte die EU laut dem Vorschlag die Möglichkeit, angemessene Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen, deren Verhältnismässigkeit durch ein ad hoc-Schiedsgericht überprüft werden könnte.

[Rz 18] Der EU-Kommissionpräsident begrüsst in seinem Schreiben vom Dezember 2012 den Vorschlag der Bindung an die Rechtsprechung des EuGH, kritisiert aber zugleich, dass der Bundesrat in diesem Zusammenhang keinen überstaatlichen Mechanismus vorschlägt.

[Rz 19] Laut Medienberichten erscheint dieses Element nun im Arbeitspapier Rossier/O'Sullivan, und zwar auf zwei Stufen. Zum einen erwähnt das Papier die Einführung eines Vorabentscheidungsverfahrens auf der Seite der Schweiz mit einem überstaatlichem Gericht, zum anderen einen Schiedsmechanismus, der später beschrieben werden soll (siehe unten Rz. 31 f.).

[Rz 20] Die Möglichkeit, eine Vorabentscheidung zu beantragen, soll den letztinstanzlichen Gerichten in der Schweiz offen stehen; von einer Vorlagepflicht ist offenbar nicht die Rede. Auf der institutionellen Ebene sind für die Einführung eines solchen Verfahrens grundsätzlich verschiedene Modelle denkbar. Von den drei im Arbeitspapier offenbar erwähnten Varianten scheidet die Schaffung eines gemeinsamen EU-schweizerischen Gerichts aus, weil dies nach der Rechtsprechung des EuGH nicht zulässig ist, soweit es um die Auslegung von mit EU im Wesentlichen identischem Recht geht.¹⁹ Denkbar wäre weiter eine Fortentwicklung des heutigen Zwei-Säulen-Systems, in welchem auf der Seite der Schweiz die Rolle des überstaatlichen Gerichts durch den EFTA-Gerichtshof wahrgenommen wird, wo für solche Fälle auch die Schweiz vertreten wäre. In einer dritten Variante, die laut Medienberichten vom Aussendepartement favorisiert wird, übernimmt der EuGH die Rolle des Vorabentscheidungsgerichts. Dabei würde es sich faktisch um ein Ein-Säulen-System handeln.

[Rz 21] Von den soeben erwähnten drei Denkmodellen

¹⁶ Vgl. hierzu die anschauliche Beschreibung zum EU-Recht von René Höltschi, «Von Passagierrechten bis zum VW-Gesetz. Die Rolle von Vorabentscheidungs- und Vertragsverletzungsverfahren innerhalb der EU», NZZ 25. Mai 2013.

¹⁷ Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, für die Schweiz SR 0.632.401, für die EWG (heute die EU) ABI. 1972 L 300/189.

¹⁸ Dazu Christa Tobler/Jacques Beglinger, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts. Systematische Darstellung in Text und Tafeln, 2 Bände (Text: Christa Tobler, Tafeln: Christa Tobler/Jacques Beglinger), Zürich:

Dike 2013, Band 1, Rz. 411, mit weiteren Literaturhinweisen.

¹⁹ Gutachten 1/91 (*EWR I*), Slg. 1991, I-6079; Gutachten 1/92 (*EWR II*), Slg. 1992, I-2821; Gutachten 1/00 (*Einheitlicher Luftraum*), Slg. 2002, I-3493 und Gutachten 1/09 (*Patentgericht*), Slg. 2011, I-1137 (Plenum). Siehe hierzu u.a. Astrid Epiney, «L'appréciation de l'EEE et de son système de contrôle juridictionnel par la Cour de justice des Communautés européennes dans les avis 1/91 et 1/92», SZIER 1992, 275–304; Carl Baudenbacher, «The EFTA Court remains the only Non-EU-Member States Court – Observations on Opinion 1/09», European Law Reporter 2011, 236–242, sowie Christa Tobler, «Schiedsgerichte im bilateralen Recht?», SZIER 2012, 1–6, mit weiteren Literaturhinweisen.

würde das zweite am ehesten dem System des EWR entsprechen (siehe dazu auch im Schlussteil dieses Beitrags). Im EWR besteht ebenfalls ein konsequentes Zwei-Säulen-System, in welchem auf der Seite der EWR/EFTA-Staaten der EFTA-Gerichtshof für die Vorabentscheidungen («Gutachten») zuständig ist. Auch hier ist vom Wortlaut her nur von einem Recht zur Vorlage die Rede, das aber im Unterschied zum Denkmodell des Arbeitspapiers Rossier/O'Sullivan für alle Gerichte besteht (Art. 34 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs). Im Schrifttum zum EWR-Recht wird die Auffassung vertreten, dass das Postulat der Einheitlichkeit auch die verfahrensrechtliche Homogenität und damit letztlich zumindest in unklaren Fällen eine Vorlagepflicht impliziert.²⁰ Die Höchstgerichte der EWR/EFTA-Staaten sehen das allerdings (noch) nicht so.²¹

[Rz 22] Im Übrigen äussert sich Art. 6 EWR-Abkommen in allgemeiner Weise zur homogenen Auslegung.²² Danach werden die Bestimmungen des Abkommens, soweit sie in ihrem wesentlichen Gehalt mit dem EU-Recht identisch sind, bei ihrer Durchführung und Anwendung im Einklang mit den einschlägigen Entscheiden des EuGH ausgelegt, die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangen sind. Der EFTA-Gerichtshof betont in seiner Rechtsprechung hierzu die Wichtigkeit der einheitlichen Auslegung des EWR-Rechts mit dem EU-Recht und wendet deshalb ein weit verstandenes Homogenitätsprinzip an, das grundsätzlich unabhängig vom Datum der EuGH-Entscheidung gilt (die oben erwähnte Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu Art. 16 Abs. 2 FZA folgt offensichtlich diesem Vorbild). In seinen Entscheiden verweist der EFTA-Gerichtshof regelmässig auf die Rechtsprechung des EuGH. Umgekehrt erwähnt aber auch der EuGH die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofes, so dass von einem eigentlichen Dialog der beiden Gerichte gesprochen werden kann.²³

[Rz 23] Die Überwachung der Einhaltung der Homogenität bei der Auslegung des EWR-Rechts obliegt nach den Art. 105 ff. EWR-Abkommen dem Gemeinsamen EWR-Ausschuss.

Dieser verfolgt ständig die Rechtsprechung von EuGH und EFTA-Gerichtshof. Wird ihm eine Abweichung in der Rechtsprechung der beiden Gerichte vorgelegt und gelingt es ihm nicht, innert zweier Monate die homogene Auslegung zu wahren, so «können die Verfahren des Artikels 111 angewendet werden» (Art. 105 Abs. 3 EWR-Abkommen). Dabei handelt es sich um den Streitbeilegungsmechanismus des EWR, der später besprochen wird (unten Rz. 32).

3. Unabhängige Überwachung

[Rz 24] Im EU-Recht wird die Einhaltung des Rechts durch die Mitgliedstaaten von der Europäischen Kommission überwacht, insbesondere mit dem Mittel des bereits erwähnten Vertragsverletzungsverfahrens. Im EWR-Recht besteht derselbe Mechanismus. Hier ist im Rahmen des Zwei-Säulen-Systems des EWR auf der Seite der EU wiederum die Kommission und auf der Seite der EWR/EFTA-Staaten die EFTA-Überwachungsbehörde für die Einleitung des Verfahrens zuständig, das vor den EuGH bzw. den EFTA-Gerichtshof führen kann. Das heutige bilaterale Recht kennt auf der Seite der Schweiz keine Entsprechung hierzu; auf der Seite der EU sind wiederum Kommission und EuGH zuständig.

[Rz 25] In seinem Schreiben vom Juni 2012 schlug der Bundesrat die Einrichtung einer unabhängigen schweizerischen Überwachungsbehörde parallel zur Europäischen Kommission vor, welche bei der Feststellung einer Vertragsverletzung bei den obersten schweizerischen Gerichten ein gerichtliches Verfahren einleiten könnte. Der Ausgangspunkt des Vorschlages des Bundesrats ist, «entsprechend dem System im Rahmen des EWR», ein Zwei-Säulen-System, in welchem jede Vertragspartei unter Beachtung des Ziels der Einheitlichkeit für die korrekte Anwendung und Auslegung des Abkommens in ihrem eigenen Gebiet zuständig ist. Die Mitglieder der schweizerischen Überwachungsbehörde würden vom Schweizer Parlament ernannt. Im speziellen Bereich der bilateralen Wettbewerbsbestimmungen²⁴ wäre die Eidgenössische Wettbewerbskommission (WEKO) für die Aufsicht über die korrekte Anwendung durch die Schweizer Marktteilnehmer zuständig.

[Rz 26] Der Präsident der EU-Kommission äusserte sich in seinem Schreiben vom Dezember 2012 kritisch dazu, dass zur Beurteilung einer Vertragsverletzung ausschliesslich schweizerische Organe zuständig wären. Aus der Sicht der EU sind unabhängige und von den Staaten losgelöste Mechanismen mit überstaatlichen Organen erforderlich.

[Rz 27] Das Arbeitspapier Rossier/O'Sullivan erwähnt laut Medienberichten zu diesem Punkt drei unterschiedliche Denkmodelle. Eines davon bleibt bei der vom Bundesrat vorgeschlagenen, nationalen Überwachungsbehörde (wobei

²⁰ Siehe insbesondere, Skúli Magnússon, «On the Authority of Advisory Opinions», *Europarättslig tidskrift* 2010, 2010, 528–551, S. 528 ff.

²¹ Als Alternative sieht Art. 107 EWR-Abkommen vor, dass die EFTA-Staaten einem Gericht oder Gerichtshof gestatten können, den EuGH um die Auslegung einer EWR-Bestimmung zu ersuchen. Dies ist allerdings toter Buchstabe, was sich nicht zuletzt darin zeigt, dass der EuGH sämtliche diesbezüglichen Bestimmungen aus seiner Verfahrensordnung gestrichen hat.

²² Allgemein zur Homogenität im EWR-Recht z.B. Carl Baudenbacher, «The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts but Winning Together», in: Allan Rosas/Egils Levits/Yves Bot (eds), *La cour de justice et la construction de l'Europe: Analyses et perspectives de 60 ans de jurisprudence/The Court of Justice and the construction of Europe: Analyses and perspectives on 60 years of case-law*, Den Haag: Asser Press/Springer 2013, 183–2013, S. 185 ff.

²³ Hierzu z.B. Carl Baudenbacher, «The EFTA Court: An Actor in the European Judicial Dialogue», *Fordham International Law Journal* 2005, 353–391.

²⁴ Hierzu Christa Tobler, «Bilaterales Wettbewerbsrecht Schweiz – EU: Uneinheitlich, ineffizient und irrelevant?», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 2013, 3–25.

der EuGH für die verbindliche Auslegung des bilateralen Rechts zuständig wäre). Es handelt sich um die laut Presseberichten vom Aussendepartement favorisierte Variante. Ein weiteres Modell sieht ein neu zu schaffendes, gemeinsames Überwachungsorgan vor und ein drittes den Einsatz der EFTA-Überwachungsbehörde, also auch hier ein «Andocken» an die EWR-Organen. Von der Möglichkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens ist in den Presseberichten über das Arbeitspapier Rossier/O'Sullivan nicht die Rede. Es handelt sich aus der Sicht des EU- und des EWR-Rechts um ein zentrales Element der effizienten Rechtsdurchsetzung.

4. Streitschlichtung

[Rz 28] In der Praxis können die Auslegung und Anwendung der bilateralen Abkommen zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsparteien führen. Die heute bestehenden bilateralen Abkommen sehen zur Beilegung von Streitigkeiten unterschiedliche Mechanismen vor. In der Regel sind die Gemischten Ausschüsse für die Streitbeilegung im diplomatischen Rahmen zuständig. Allerdings zeigen die Kontroversen um die kantonale Besteuerung gewisser Unternehmen (sog. Steuerstreit, welcher die Auslegung des Freihandelsabkommens betrifft) sowie um die Anwendung der Ventilklausel (welcher die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens betrifft), dass dies nicht unbedingt ein effizienter Mechanismus ist. Es fehlt eine übergeordnete Gerichtsinstanz, welche verbindlich über den Streit entscheiden könnte. Ein Sonderfall ist hier das Luftverkehrsabkommen, bei welchem für bestimmte Fragen die EU-Organen und damit auch der EuGH zuständig sind (so im Fluglärmstreit zwischen Deutschland und der Schweiz).²⁵ Einzelne Abkommen sehen zudem für bestimmte Fragen die Möglichkeit der Bestellung eines Schiedsgerichts vor (Art. 17 Abs. 1 des Kernfusionsabkommens,²⁶ Para. 38 Abs. 1 und 2 des Versicherungsvertragsabkommens²⁷ sowie Art. 29 Abs. 3 des bereits erwähnten Zollabkommens). Nach der Rechtsprechung des EuGH ist dies allerdings – wie bereits erwähnt (oben Rz. 20) – nur dort möglich, wo es nicht um die Auslegung von Bestimmungen geht, welche sich mit den entsprechenden Bestimmungen des Unionsrechts decken. Weiter sehen einzelne Abkommen die Möglichkeit vor, dass eine Partei einseitig

Sanktionen ergreift, wenn eine Meinungsverschiedenheit im Gemischten Ausschuss nicht geregelt werden kann. Ein Beispiel hierfür ist die wettbewerbsrechtliche Bestimmung von Art. 23 des Freihandelsabkommens, welche es einer Vertragspartei erlaubt, unter bestimmten Voraussetzungen geeignete Massnahmen zu treffen, wenn sie der Auffassung ist, dass eine Praktik der anderen Partei mit diesem Artikel unvereinbar ist. Schliesslich steht den Vertragsparteien als letzte Möglichkeit immer auch die Kündigung eines Abkommens zur Verfügung. Sie hätte allerdings im bestehenden System des bilateralen Rechts u.U. weit reichende Folgen, weil gewisse Abkommen formal oder inhaltlich miteinander verbunden sind.

[Rz 29] In seinem Schreiben vom Juni 2012 schlug der Bundesrat – wie bereits erwähnt – für ein künftiges System für Fälle der erfolglosen Befassung des Gemischten Ausschusses die Möglichkeit von einseitigen Sanktionen vor. Für den Fall, dass ein Streit nicht innert einer bestimmten Frist beigelegt werden kann, wollte er vorsehen, dass die benachteiligte Partei geeignete und verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen ergreifen könnte, darunter u.U. auch die teilweise oder vollständige Aussetzung des betreffenden Abkommens. Umfang, Dauer und Verhältnismässigkeit solcher Ausgleichsmassnahmen könnten durch ein Schiedsgericht überprüft werden, dessen Beschlüsse für beide Parteien bindend wären.

[Rz 30] Der Präsident der EU-Kommission bemerkt in seinem Schreiben vom Dezember 2012, dass die angestrebte Einheitlichkeit durch diesen Mechanismus nicht wiederhergestellt werden könne («l'homogénéité du droit, laquelle ne pourrait pas être rétablie, à notre avis, par d'éventuelles mesures de compensation»).

[Rz 31] Das Arbeitspapier Rossier/O'Sullivan nennt laut Medienberichten für den Fall, dass ein Gemischter Ausschuss eine Streitigkeit nicht beilegen kann, eine neue Denkvariante. Danach bestünde die Möglichkeit, dass sich eine Vertragspartei an den EuGH wenden und ihn bitten kann, sich zur richtigen Auslegung des Abkommens zu äussern. Diese Auslegung wäre für die Parteien verbindlich. Hält sich die Schweiz nicht daran, so nimmt sie nach diesem Denkmodell die im Abkommen vorgesehenen Konsequenzen in Kauf, nämlich offenbar laut Arbeitspapier vorerst die Aussetzung und später die Beendigung des Abkommens.

[Rz 32] In diesem Modell hätte der EuGH die Funktion eines Schiedsgerichts. Auch hier handelt es sich weitgehend um eine Parallele zum EWR-Recht. Dort sieht Art. 111 EWR-Abkommen vor, dass in Streitsachen über die Auslegung oder die Anwendung des Abkommens der Gemeinsame EWR-Ausschuss angerufen werden kann. Gelingt es ihm nicht, eine Streitigkeit über in ihrem wesentlichen Gehalt mit dem EU-Recht identische Bestimmungen innerhalb dreier Monate beizulegen, so können die am Streit beteiligten Parteien vereinbaren, den EuGH anzurufen. Wird der EuGH nicht

²⁵ Letztinstanzliche Entscheidung des EuGH in der Rs. C-547/10 P *Schweiz gegen Kommission*, Entscheidung vom 7. März 2013, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht; siehe hierzu auch am Ende des vorliegenden Beitrags.

²⁶ Abkommen vom 14. September 1978 über Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Atomgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft auf dem Gebiet der kontrollierten Kernfusion und der Plasmaphysik, für die Schweiz SR 0.424.11, für die EAG (Euratom) ABl. 1978 L 242/2.

²⁷ Abkommen vom 10. Oktober 1989 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung, für die Schweiz SR 0.961.1, für die EWG (heute die EU) ABl. 1991 L 205/3.

innert sechs Monaten angerufen, so kann eine Partei eine Schutzmassnahme ergreifen oder Art. 102 EWR-Abkommen sinngemäss anwenden. Dort ist für den Fall der Nichtübernahme von neuem Recht vorgesehen, dass die relevanten betreffenden Teile des Abkommens in letzter Konsequenz als vorläufig ausser Kraft gesetzt gelten. Dies ist bisher aber noch nie vorgekommen.

III. Zum Schluss: Annäherung an den EWR – aber wie weit?

[Rz 33] Die obige Auslegungsordnung zeigt, dass sich die Diskussion um Denkmodelle zur Erneuerung des bilateralen Wegs auch in der Schweiz zunehmend in die Richtung des Systems des EWR bewegt. Wie eingangs erwähnt, war dies von Anfang an die erklärte Absicht der EU.

[Rz 34] Das wohl interessanteste Element in der neuesten Diskussion um das Arbeitspapier Rossier/O'Sullivan ist die Einführung eines Vorabentscheidungsverfahrens vor einem überstaatlichen Gericht auch für die schweizerische Seite des bilateralen Rechts, ähnlich wie im EWR für die EWR/EFTA-Staaten. Wie nahe dieses Modell am EWR-Vorbild bleibt, hängt jedoch entscheidend davon ab, welches Gericht zuständig ist. Dem EWR-Modell entspräche ein überstaatliches Gericht, das vom EuGH verschieden ist und in welchem die Schweiz vertreten ist. Dieses letztere Element ist wichtig, um das Problem der «fremden Richter» zu vermeiden.

[Rz 35] Aus praktischen Gründen würde sich hier ein «Andocken» an den seit fast 20 Jahren bestehenden EFTA-Gerichtshof anbieten, wobei ein schweizerischer Richter oder eine schweizerische Richterin Einsitz nehmen würde. Ein solches Modell würde das Einverständnis der EWR/EFTA-Staaten voraussetzen, was aber nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Eine institutionelle Beteiligung der Schweiz am EuGH ist dagegen realistisch nicht vorstellbar.

[Rz 36] Nach der hier vertretenen Auffassung hätte ein Andocken an den EFTA-Gerichtshof zudem den Vorteil, dass dieses Gericht mit dem EWR-Recht über eine reiche Erfahrung im Arbeiten mit einem Rechtssystem verfügt, das – gleich wie das bilaterale Recht – auf dem EU-Recht beruht, mit ihm aber nicht identisch ist. Weiter ist der Gerichtshof vertraut mit den Rechtssystemen von Nicht-EU-Mitgliedländern. Aus praktischer Sicht kommt dazu, dass der EFTA-Gerichtshof weniger stark belastet ist als der EuGH. Er kann sich deshalb für die einzelnen Fälle mehr Zeit nehmen und entscheidet dennoch rascher als der EuGH. Schliesslich sollte die Schweizer Diplomatie mit dem EFTA-Gerichtshof aufgrund des Beobachterstatus des Landes im EWR vertraut sein.

[Rz 37] Wie eingangs erwähnt, ist der genaue Inhalt des Arbeitspapiers Rossier/O'Sullivan noch nicht bekannt. Die politische Diskussion in der Schweiz und insbesondere im Bundesrat wird zeigen müssen, über welche Modelle letztlich diskutiert werden wird. Eines ist aber deutlich: Ohne eine

Annäherung an das System des EWR wird der Abschluss weiterer Marktzugangsabkommen nicht möglich sein. Neben dem nun schon seit Jahren in Verhandlungen stehenden Elektrizitätsabkommen würde das auch weitere Abkommen betreffen, welche die Schweiz allenfalls abschliessen möchte, z.B. das von den Privatbanken für den Bankensektor angeregte Dienstleistungsabkommen.²⁸

[Rz 38] In diesem letzteren Fall liegt übrigens eine gewisse Ironie darin, dass der von den Banken offenbar gewünschte Inhalt eines solchen Abkommens *inhaltlich* faktisch dem EWR-Recht entspricht. Wie die Rechtsprechung des EuGH zum bilateralen Recht (darunter insbesondere der Entscheid zum Fluglärm vom März dieses Jahres)²⁹ zeigt, kann mit diesem System auf der inhaltlichen Ebene nur bis zu einem gewissen Grad eine Teilnahme der Schweiz am EU-Binnenmarkt erreicht werden. In diesem Punkt bleibt deshalb im bilateralen Modell unabhängig von den Systemfragen ein entscheidender Unterschied sowohl zum EWR- als auch zum EU-Recht.

Prof. Dr. Christa Tobler, LL.M., Europa Institute der Universitäten Basel und Leiden (Niederlande).

* * *

²⁸ Siehe hierzu die in der Presse erwähnten Desiderate der Schweizer Bankiervereinigung: «Für Dienstleistungsabkommen Schweiz – EU. Der Schwenker der Banken», NZZ 11. Mai 2013.

²⁹ Rs. C-547/10 P *Schweiz gegen Kommission*, Entscheidung vom 7. März 2013, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht. Siehe hierzu die Besprechung von Christa Tobler in der Europäischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (im Erscheinen begriffen); vgl. auch Samuel Schweizer/Christa Tobler, Das Verbot der indirekten Diskriminierung im bilateralen Recht, insbesondere im Fluglärmstreit zwischen der Schweiz und Deutschland, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014 (im Erscheinen begriffen).