



Prof. Dr. Christa Tobler, LL.M.*
Jacques Beglinger, Rechtsanwalt, D.E.S.S.**

Stand: 8. August 2017

Die Schweiz und die Europäische Union (EU) verhandeln seit dem Frühling 2014 über ein institutionelles Abkommen zu wichtigen Teilen des bilateralen Rechts. Man spricht auch von den „institutionellen Fragen“, einem „institutionellen Rahmenabkommen“ und neuerdings – seit dem Juni 2017 – einem „Konsolidierungsabkommen“. Das Thema erscheint regelmässig in den Medien und ist z.T. stark umstritten. Dementsprechend unterschiedlich wird die Sachlage dargestellt – mit der Folge, dass unklar bleibt, worum es denn eigentlich genau geht. Das vorliegende Brevier versucht, wichtige, immer wiederkehrende Diskussionspunkte zu klären und so zum besseren Verständnis der komplexen Thematik beizutragen.

Für eine systematische Darstellung zum bilateralen Recht Schweiz - EU siehe:
Christa Tobler/Jacques Beglinger, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts Schweiz – EU. Systematische Darstellung in Text und Tafeln, Zürich und St. Gallen: Dike Verlag 2013, ISBN 978-3-03751-480-1; <http://www.eur-charts.eu/books/essential-bilateral-law-eu-switzerland-in-text-and-charts>

Inhaltsverzeichnis:

I. ALLGEMEINES	4
1. Frage Was ist das bilaterale Recht?	4
2. Frage Wie verhält sich das bilaterale Recht zum sog. „acquis communautaire“?	4
3. Frage Was sind im bilateralen Recht die „institutionellen Fragen“?	5
4. Frage Wie sieht der institutionelle Rahmen im heutigen bilateralen Recht aus?	5
5. Frage Wie viele bilaterale Abkommen gibt es und um welchen Teil davon geht es bei den Verhandlungen über die institutionellen Fragen?	5
6. Frage Warum kam es zwischen der Schweiz und der EU zu Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen?	5
7. Frage Braucht die Schweiz ein neues institutionelles Abkommen?	6
II. INSTITUTIONELLE MODELLE	7
8. Frage Was ist das Grundanliegen der EU mit Bezug auf die institutionellen Fragen?	7
9. Frage Was ist das Grundanliegen des Bundesrats mit Bezug auf die institutionellen Fragen?	7
10. Frage Was genau versteht man unter einer Binnenmarktassoziation?	7
11. Frage Kennt auch die Schweiz eine Binnenmarktregelung zwischen den Kantonen?	8
12. Frage Auf welche Art von bilateralen Abkommen bezieht sich der neue institutionelle Rahmen?	8
13. Frage Geht es dabei nur um künftige oder auch um bereits bestehende bilaterale Abkommen?	8
14. Frage Welche Bereiche soll das neue institutionelle Abkommen regeln?	8
15. Frage Gab es ein Vorbild für die Lösung der institutionellen Fragen?	9

* Prof. Dr. Christa Tobler, LL.M., ist Professorin für das Recht der Europäischen Union an den Europainstituten der Universitäten Basel (Schweiz) und Leiden (Niederlande).

** Jacques Beglinger, Rechtsanwalt, D.E.S.S., befasst sich politisch und juristisch u.a. mit dem Verhältnis Schweiz – EU und ist Mitglied der Geschäftsleitung eines schweizerischen Wirtschaftsverbandes; der Text gibt seine persönliche Ansicht wieder.

16. Frage	Wie sind im EWR die vier institutionellen Elemente geregelt?	9
17. Frage	Welche Rolle spielen die EU-Organe im institutionellen System des EWR?	10
18. Frage	Wie steht der Schweizer Bundesrat zu den vier institutionellen Punkten?	10
III. BISHERIGER VERLAUF		11
19. Frage	Auf welcher Grundlage werden die Verhandlungen geführt?	11
20. Frage	Wie wurden die Mandate für die Verhandlungen über die institutionellen Fragen vorbereitet?	11
21. Frage	Wann wurden die Mandate verabschiedet?	11
22. Frage	Was ist mit den „roten Linien“ des Bundesrat gemeint, von denen manchmal die Rede ist?	11
23. Frage	Was ist die gemeinsame Basis der Mandate?	11
24. Frage	Wo stehen die Verhandlungen heute?	12
25. Frage	Was sind in der öffentlichen Diskussion in der Schweiz mit Bezug auf die Verhandlungen die grössten Streitpunkte?	12
IV. AUFDATIERUNG DER BILATERALEN ABKOMMEN		13
26. Frage	Was versteht man unter „Aufdatieren“ und was ist der Nutzen?	13
27. Frage	Ist dies dasselbe wie der sog. autonome Nachvollzug?	13
28. Frage	Was gilt im heutigen bilateralen Recht bezüglich des Aufdatierens?	13
29. Frage	Was genau ist ein Gemischter Ausschuss?	14
30. Frage	Welche bestehenden bilateralen Abkommen sehen heute schon bei Verweigerung der Aufdatierung Rechtsfolgen vor?	14
31. Frage	Es gibt also heute sowohl statische als auch dynamische Abkommen?	14
32. Frage	Kann die Schweiz auf neues EU-Recht Einfluss nehmen?	15
33. Frage	Worüber verhandeln nun die Schweiz und die EU mit Bezug auf das künftige Aufdatieren?	15
34. Frage	Um welche Art des Aufdatierens geht es dabei, automatisch oder dynamisch?	15
35. Frage	Wäre bei dynamischem Aufdatieren das schweizerische demokratische Verfahren gefährdet?	16
36. Frage	Wann besteht eine Verpflichtung zum dynamischen Aufdatieren?	16
37. Frage	Was geschieht, wenn eine Partei in einem konkreten Fall die dynamische Aufdatierung verweigert?	16
38. Frage	Welche Kritik wird gegenüber dem dynamischen Aufdatieren vorgebracht?	16
V. AUSLEGUNG DER BILATERALEN ABKOMMEN		17
39. Frage	Was versteht man im Recht unter Auslegung?	17
40. Frage	Gelten für internationale Abkommen besondere Auslegungsgrundsätze?	17
41. Frage	Wer legt Recht aus?	17
42. Frage	Warum spricht man von einer parallelen Auslegung und was ist der Nutzen davon?	17
43. Frage	Was gilt im heutigen bilateralen Recht?	18
44. Frage	Worüber verhandeln nun die Schweiz und die EU mit Bezug auf die Auslegung?	18
45. Frage	Könnte ein Schweizer Gericht vorsorglich beim EU-Gerichtshof um Auskunft über die Auslegung eines im bilateralen Recht erscheinenden EU-Begriffes ersuchen?	18
46. Frage	Was geschieht, wenn die Schweiz in einem konkreten Fall die parallele Auslegung verweigert?	18
47. Frage	Welche Kritik wird gegenüber der parallelen Auslegung vorgebracht?	18
VI. STREITSCHLICHTUNG		20
48. Frage	Was versteht man im bilateralen Verhältnis unter „Streitschlichtung“ und was ist der Nutzen?	20
49. Frage	Was gilt im heutigen bilateralen Recht?	20
50. Frage	Gibt es in der heutigen Praxis Schweiz - EU viele ungelöste Probleme?	21
51. Frage	Worüber verhandeln nun die Schweiz und die EU mit Bezug auf die Streitschlichtung?	21
52. Frage	Welche Gerichte sind für die Streitschlichtung theoretisch denkbar?	21
53. Frage	Über welche gerichtliche Instanz wird zur Zeit für die Streitschlichtung verhandelt und warum?	21
54. Frage	Käme denn aus der EU-Logik der EFTA-Gerichtshof überhaupt je in Frage, und wenn ja, für welche (eingeschränkten) Fragestellungen?	22
55. Frage	Weshalb ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) nicht im Gespräch?	22
56. Frage	Welches ist die institutionelle Stellung des EU-Gerichtshofs (EuGH) im internen System der Europäischen Union?	22
57. Frage	Welche Rolle spielen Verfahren vor dem EuGH in den rechtlichen Aussenbeziehungen der EU?	23
58. Frage	Welche Rolle spielen Verfahren vor dem EuGH heute schon im bilateralen Recht?	23
59. Frage	Wie würde das neue Streitschlichtungsverfahren ablaufen?	24
60. Frage	Wer kann nach jetzigem Verhandlungsstand im Streitbeilegungsmechanismus an den EuGH gelangen?	24
61. Frage	Welche praktischen Vorteile sieht der Bundesrat im System der einseitigen Anrufbarkeit?	24
62. Frage	Welche Bestimmungen eines Abkommens würde der EuGH als gerichtliche Instanz im Streitbeilegungssystem auslegen?	24
63. Frage	Wer entscheidet in einem solchen System letztlich über den Streit?	25
64. Frage	Ist die EuGH-Entscheidung in einem solchen System rechtlich verbindlich?	25
65. Frage	Was geschieht, wenn sich eine Partei im Gemischten Ausschuss einer Lösung auf der Linie der verbindlichen Auslegung des EuGH widersetzt?	26
66. Frage	Und wer beurteilt die Angemessenheit von Ausgleichsmassnahmen?	26
67. Frage	Gibt es im heutigen bilateralen Recht bereits Abkommen mit Bestimmungen über Schiedsverfahren?	26
68. Frage	Welche Kritik wird in der Schweiz im Zusammenhang mit der Streitschlichtung vorgebracht?	26
VII. AUSBLICK		28
69. Frage	Wie geht es jetzt weiter?	28
70. Frage	Schliesslich: Besteht ein Zusammenhang mit dem „Brexit“?	28
ANHANG I: ÜBERBLICK ÜBER DIE WICHTIGSTEN BILATERALEN ABKOMMEN		29
ANHANG II: INSTITUTIONELLES ZWEISÄULENSYSTEM DES EWR		30
ANHANG III: STATUS QUO IM BILATERALEN RECHT MIT BEZUG AUF VERSCHIEDENE VERFAHREN		31

ZUSAMMENFASSUNG

1. Frage bis 7. Frage:

- **Verhandlungen Schweiz – EU über ein institutionelles Abkommen:** Die Schweiz und die EU verhandeln über ein bilaterales Abkommen, das die Funktionsweise (den „institutionellen Rahmen“) von ausgewählten bilateralen Abkommen neu regeln soll.
- **Institutioneller Rahmen:** Der institutionelle Rahmen eines Abkommens betrifft seine Funktionsweise. Dazu gehört insbes. die Frage, wie sichergestellt wird, dass das Abkommen in der Praxis richtig ausgelegt und angewandt wird, weiter aber auch die Frage, wie es bei Bedarf an neue Verhältnisse angepasst wird.

8. Frage bis 18. Frage:

- **Betroffene Abkommen:** Die Verhandlungen beziehen sich auf den institutionellen Rahmen einer kleinen Zahl von bereits bestehenden sowie allfälligen künftigen bilateralen sog. Marktzugangsabkommen. Marktzugangsabkommen betreffen den wirtschaftlichen Austausch zwischen der Schweiz und der EU (z.B. über Dienstleistungen oder über die Personenfreizügigkeit). Sie leiten sich inhaltlich von EU-Recht ab.
- **Ziel der Verhandlungen:** Das Ziel der Verhandlungen ist die inhaltliche Übereinstimmung (Homogenität) der relevanten bilateralen Abkommen mit dem betreffenden EU-Recht.
- **Relevante institutionelle Aspekte:** Die **Verhandlungen** betreffen die Weiterentwicklung bzw. inhaltliche Anpassung der relevanten Abkommen bei veränderten Verhältnissen, die Auslegung ihrer Bestimmungen, die Überwachung der Einhaltung der Abkommens durch die Parteien und den Mechanismus für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Parteien über die Auslegung und die Anwendung der Abkommen. Es gibt dazu verschiedene Modelle.

19. Frage bis 25. Frage:

- **Stand und Inhalt der Verhandlungen:** Die Verhandlungen laufen seit dem Frühling 2014. Die Parteien verhandeln konkret über ein System des fortlaufenden Aufdatierens der Abkommen, über ihre Auslegung parallel mit dem EU-Recht sowie über die Einführung eines gerichtlichen Elements im Streitbeilegungsmechanismus. Sie verhandeln ausdrücklich nicht über die Einführung eines eigenständigen, überstaatlichen Überwachungsverfahrens.

26. Frage bis 38. Frage:

- **Fortlaufendes Aufdatieren der betroffenen Abkommen:** Neu soll ein System des fortlaufenden bzw. dynamischen Aufdatierens gelten. Die Parteien der betroffenen Abkommen (Schweiz und EU) entscheiden zusammen über die Anpassung des Abkommens an neues EU-Binnenmarktrecht. Widersetzt sich eine Partei, sollen Rechtsfolgen eintreten können.

39. Frage bis 47. Frage:

- **Auslegung der betroffenen Abkommen parallel zum EU-Recht, von dem sie sich ableiten:** Das institutionelle Rahmenabkommen soll Bestimmungen enthalten, welche die Auslegung der Marktzugangsabkommen parallel zum EU-Recht garantieren, von dem sie sich inhaltlich ableiten. Dabei soll die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (Europäischer Gerichtshof, EuGH) zum parallelen EU-Recht verbindlich sein.

48. Frage bis 68. Frage:

- **Einführung eines gerichtlichen Elementes im Streitbeilegungsmechanismus:** Die Marktzugangsabkommen sehen einen Mechanismus zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen der Schweiz und der EU über die Auslegung und Anwendung der Abkommen durch die andere Partei vor. Nach bisherigem Recht verläuft die Streitschlichtung via ein diplomatisch-technisches Gremium. Neu soll hier im Interesse der Rechtssicherheit ein gerichtliches Element hinzugefügt werden. Zuständig soll der EuGH sein, der einseitig von einer Partei um eine Auslegungsentscheidung angerufen werden kann.

69. Frage bis 70. Frage:

- **Ausblick:** Die Verhandlungen sind noch im Gange. Ein Abschluss des Abkommens müsste nach den Vorschriften der Schweizerischen Bundesverfassung erfolgen. Ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem „Brexit“ besteht nicht, doch stellen sich dort ähnliche Fragen.

I. ALLGEMEINES

Verhandlungen Schweiz – EU über ein institutionelles Abkommen:

Die Schweiz und die EU verhandeln über ein bilaterales Abkommen, das die Funktionsweise (den „institutionellen Rahmen“) von ausgewählten bilateralen Abkommen neu regeln soll.

Institutioneller Rahmen:

Der institutionelle Rahmen eines Abkommens betrifft seine Funktionsweise. Dazu gehört insbes. die Frage, wie sichergestellt wird, dass das Abkommen in der Praxis richtig ausgelegt und angewandt wird, weiter aber auch die Frage, wie es bei Bedarf an neue Verhältnisse angepasst wird.

1. Frage Was ist das bilaterale Recht?

„Bilaterales Recht“ nennen wir in der Schweiz die Gesamtheit der Abkommen, welche die Schweiz im Laufe der Zeit (genauer: seit den 1950er Jahren) mit der EU und ihren Vorgängerorganisationen zu unterschiedlichsten Themen geschlossen hat. In der EU verwendet man im allgemeinen den Begriff der „sektoralen Abkommen“. Dieser weist darauf hin, dass die Schweiz mit der EU in ausgewählten Bereichen (eben „Sektoren“) im Rahmen von Verträgen zusammenarbeitet.

Im Laufe der Zeit sind zahlreiche Abkommen abgeschlossen worden. Viele davon sind heute nicht mehr in Kraft oder durch neuere Versionen abgelöst worden. Trotzdem gibt es auch heute noch alte Abkommen, die zusammen mit neueren das bilaterale Recht bilden.

Einige Beispiele:

- Die Abkommen über den Handel mit Uhren und mit Käse von 1967
- Das Freihandelsabkommen, über den Handel mit anderen Industrieerzeugnissen, von 1972
- Das Abkommen über die Zusammenarbeit im Bereich der Kernfusion von 1978
- Das Abkommen über die Niederlassung von Versicherungsunternehmen von 1989
- Das Paket der sog. Bilateralen I von 1999, darunter u.a. das Abkommen über die Personenfreizügigkeit („Freizügigkeitsabkommen“), das Landverkehrsabkommen, das Luftverkehrsabkommen, das Abkommen über Landwirtschaftsprodukte (Agrarabkommen) und das Abkommen über die technischen Handelshemmnisse (gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, also der technischen Prüfung von Produkten)
- Das Paket der sog. Bilateralen II von 2004, darunter u.a. das Schengenabkommen (über die Abschaffung der Personenkontrollen an den Landesgrenzen, die Polizeizusammenarbeit und Visa) und das Dublinabkommen (über die Zuständigkeit für Asylverfahren)
- Das Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherheit von 2009
- Das Abkommen über die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden von 2013
- Das Abkommen über die Zusammenarbeit mit dem EU-Unterstützungsbüro für Asylfragen von 2014
- Das Forschungsabkommen von 2014 (Teilnahme insbes. am EU-Rahmenprogramm für Forschung und Innovation „Horizont 2020“)

*Einen Überblick über die Entwicklung des bilateralen Rechts bietet die Tafel im Anhang I (aufdatierte **Tafel 8** aus: Christa Tobler/Jacques Beglinger, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts Schweiz – EU in Text und Tafel, Zürich und St. Gallen: Dike Verlag 2013, ISBN 978-3-03751-480-1; <http://www.eur-charts.eu/books/essential-bilateral-law-eu-switzerland-in-text-and-charts>).*

Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (Schweizer Aussenministerium) führt eine Liste von sämtlichen in Kraft stehenden Abkommen Schweiz – EU: https://www.eda.admin.ch/content/dam/dea/de/documents/publikationen_dea/accords-liste_de.pdf.

2. Frage Wie verhält sich das bilaterale Recht zum sog. „acquis communautaire“?

Der oft verwendete Begriff des „acquis communautaire“ (wörtlich: gemeinsamer Besitzstand) bezeichnet die Gesamtheit des Rechts der Europäischen Union (EU). Das

EU-Recht ist viel umfassender als das bilaterale Recht. Dieses ist, wie alle Abkommen mit Nicht-EU-Mitgliedstaaten, für die EU Teil ihrer Rechtsordnung (gleich wie umgekehrt das bilaterale Recht in der Schweiz Teil der schweizerischen Rechtsordnung ist). Gewisse bilaterale Abkommen übernehmen inhaltlich EU-Recht, dies aber nach heutigem Stand nur bis zu einem gewissen Grad. Durch das bilaterale Recht wird deshalb nie der gesamte *acquis communautaire* übernommen, auch nicht in konkreten Themenbereichen von einzelnen Abkommen (z.B. der Personenfreizügigkeit). Das bilaterale Recht bleibt insofern selektiv.

3. Frage Was sind im bilateralen Recht die „institutionellen Fragen“?

Dieses Stichwort bezieht sich auf einen bestimmten Aspekt von ausgewählten bilateralen Abkommen. Diese Abkommen haben jeweils zwei Seiten: Die eine Seite betrifft die inhaltliche Thematik des Abkommens (z.B. den Handel mit Waren, die Personenfreizügigkeit oder den Flugverkehr), die andere Seite die Funktionsweise des Abkommens oder seine Spielregeln. Diese zweite Seite ist die institutionelle Seite. Dazu gehört insbes. die Frage, wie sichergestellt wird, dass die Abkommen in der Praxis richtig ausgelegt und angewandt werden, weiter aber auch die Frage, wie die Abkommen in der Zukunft bei Bedarf an neue Verhältnisse angepasst werden können. Die Schweiz und die EU verhandeln zur Zeit über ein institutionelles Abkommen, das diese Fragen für eine Anzahl von bilateralen Abkommen neu regeln soll.

4. Frage Wie sieht der institutionelle Rahmen im heutigen bilateralen Recht aus?

Je nach Abkommen sind die institutionellen Aspekte nur zum Teil und/oder verschieden geregelt. Man muss sich dabei vor Augen führen, dass viele Abkommen schon recht alt sind und aus einer Zeit stammen, zu der man noch weniger an detaillierte institutionelle Bestimmungen dachte, als dies heute der Fall ist. Einen einheitlichen Rahmen für die institutionelle Seite des heutigen bilateralen Rechts gibt es deshalb nicht. Das macht die Sache recht komplex. Hinzu kommt, dass es im heutigen System keine juristische Möglichkeit gibt herauszufinden, wer Recht hat, wenn sich die Schweiz und die EU darüber streiten, ob ein bestimmtes Abkommen richtig angewendet wird. Dies hat in der Vergangenheit dazu geführt, dass einzelne grundsätzliche Uneinigigkeiten über Jahre bestehen blieben, ohne dass dafür eine Lösung gefunden werden konnte.

5. Frage Wie viele bilaterale Abkommen gibt es und um welchen Teil davon geht es bei den Verhandlungen über die institutionellen Fragen?

Zählt man sämtliche rechtlichen Abmachungen zwischen der Schweiz und der EU zusammen, so kommt man auf eine Zahl von weit über 100. Eine gewisse Übersicht ergibt sich, wenn man diese vielen Abmachungen in Kategorien einteilt, z.B.:

- Abkommen über den wirtschaftlichen Austausch zwischen der Schweiz und der EU (z.B. über den Handel mit Waren, die Personenfreizügigkeit oder Dienstleistungen). Weil es dabei um Themen geht, welche innerhalb der EU zum sog. Binnenmarktrecht gehören, spricht man hier auch von Marktzugangsabkommen. *Die Verhandlungen über die institutionellen Fragen betreffen nur diese Kategorie von Abkommen und innerhalb dieser Kategorie nur eine begrenzte Anzahl von Abkommen.* (Zum Binnenmarkt siehe 8. Frage und 10. Frage).
- Abkommen über die Beteiligung der Schweiz an EU-Programmen (z.Z. betrifft dies allerdings nur gerade die Forschung).
- Abkommen über die Zusammenarbeit der Behörden der Schweiz und der EU (z.B. im Bereich des Katastrophenschutzes oder der Polizeiarbeit).
- Abkommen über weitere Themen, welche nicht in eine der anderen Kategorien passen (wie z.B. über die Zuständigkeit für Asylverfahren, sog. Dublin-System, oder über die Abschaffung der Personenkontrollen an den Landesgrenzen, die Polizeizusammenarbeit und Visumsbestimmungen, sog. Schengen-System).

6. Frage Warum kam es zwischen der Schweiz und der EU zu Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen?

Nach der Ablehnung des EWR-Abkommens durch die Schweiz im Jahr 1992 schlossen die Schweiz und die EU vermehrt bilaterale Abkommen. Gleichzeitig wurde immer klarer, dass die Weiterführung des bilateralen Wegs einer Modernisierung und Vereinheitlichung des

institutionellen Gefüges bedarf, d.h. einer einheitlichen Struktur, nach der die Abkommen verwaltet werden sollen. In der Schweiz schlug die „*Groupe de réflexion Suisse-Europe*“ (www.groupe-suisse-europe.ch) deshalb anfangs der 2000er Jahre vor, die bestehenden bilateralen Abkommen in einem einzigen Abkommen mit einem grundsätzlich einheitlichen institutionellen Rahmen zu bündeln. Eine Diskussion über ein solches „Rahmenabkommen“ fand auch im Schweizer Bundesparlament statt (genauer: in der Aussenpolitischen Kommission des Ständerats), führte aber zu keinen weiteren Initiativen. Zudem meinte der damals verwendete Begriff des Rahmenabkommens nicht dasselbe wie heute.

Die institutionellen Fragen, wie sie heute diskutiert werden, gehen auf ein Anliegen der EU zurück. Nach einer Gesamtanalyse der bilateralen Abkommen teilte sie der Schweiz vor ungefähr zehn Jahren ihren Wunsch mit, die institutionelle Seite des bilateralen Rechts zu vereinheitlichen und zugleich so zu modernisieren, dass die inhaltliche Übereinstimmung (Homogenität) der Marktzugangsabkommen mit dem EU-Recht, von welchem sie sich ableiten, gewährleistet bleibt. Im Jahr 2009 teilte die EU der Schweiz dann mit, dass sie neue Marktzugangsabkommen nur noch unter der Bedingung eines neuen, auf Homogenität gerichteten institutionellen Rahmens für schon bestehende und künftige Marktzugangsabkommen schliessen wolle.

Auf der Seite der Schweiz ist auch der Bundesrat (der in der Schweiz für die Aussenpolitik zuständig ist) der Meinung, dass die Schweiz von einem solchen, erneuerten institutionellen System des bilateralen Rechts profitieren würde. Er hat deshalb nach eingehenden Abklärungen zugestimmt, über diese Thematik Verhandlungen zu führen.

7. Frage Braucht die Schweiz ein neues institutionelles Abkommen?

Das ist eine Frage der Abwägung. Im Vordergrund stehen einerseits Souveränitätsüberlegungen und andererseits vor allem der wirtschaftliche Preis für ein stagnierendes bilaterales Marktzugangsrecht, das mit dem EU-Recht nicht Schritt hält. Zum einen geht es dabei um neue Abkommen, die ohne einen erneuerten institutionellen Rahmen nicht geschlossen werden können. Dies betrifft insbes. das seit dem Jahr 2007 in Verhandlung stehende Stromabkommen über den grenzüberschreitenden Handel mit Elektrizität. Zum anderen geht es aber auch um bereits bestehende Abkommen, deren Anpassung erschwert werden könnte – mit empfindlichen Folgen tendenziell eher für die schweizerische Wirtschaft als für jene der EU. Man muss sich vor Augen führen, dass die EU für die Schweiz die wichtigere Wirtschaftspartnerin ist als umgekehrt, so dass die Schweiz unter Verwerfungen in den Wirtschaftsbeziehungen Schweiz – EU regelmässig mehr leidet.

Ein praktisches Beispiel hierzu ist das Abkommen über die technischen Handelshemmnisse bzw. über die gegenseitige Anerkennung von sog. Konformitätsbewertungen: Dieses Abkommen verhindert, dass Schweizer Exportunternehmen zusätzlich zur schweizerischen technischen Kontrolle ihrer Produkte auch noch eine aufwändige und kostspielige Kontrolle im EU-Ausland vornehmen lassen müssen. Stattdessen wird die Schweizer Kontrolle im EU-Ausland anerkannt. Die Schweiz hat bisher einer Anpassung dieses Abkommen an neues EU-Recht immer zugestimmt – auch ohne Regeln über ein dynamisches System des Aufdatierens mit Rechtsfolgen bei einer Verweigerung, ganz einfach, weil es in ihrem eigenen Interesse lag.

Nun kam es aber während einer gewissen Zeit Seitens der EU zu Verzögerungen bei der Aufdatierung dieses Abkommens. Dies führte für die Schweizer Unternehmen zu Schwierigkeiten und zusätzliche Kosten. In der Schweiz entstand der Eindruck, dass die Verzögerungen mit den Verhandlungen über die institutionellen Fragen zusammenhängen könnten.

Nota bene: Eine Rechtspflicht zum speditiven Aufdatieren besteht in diesem Abkommen nach dem heutigen Stand beidseits nicht. Das Abkommen wird also nicht verletzt, wenn ein Aufdatieren von einer Seite z.B. aus politischen Gründen verweigert oder verzögert wird. Ein institutionelles Abkommen könnte in solchen Fällen Abhilfe schaffen.

II. INSTITUTIONELLE MODELLE

Betroffene Abkommen:

Die Verhandlungen beziehen sich auf den institutionellen Rahmen einer kleinen Zahl von bereits bestehenden sowie allfälligen künftigen bilateralen sog. Marktzugangsabkommen. Marktzugangsabkommen betreffen den wirtschaftlichen Austausch zwischen der Schweiz und der EU (z.B. über Dienstleistungen oder über die Personenfreizügigkeit). Sie leiten sich inhaltlich von EU-Recht ab.

Ziel der Verhandlungen:

Das Ziel der Verhandlungen ist die inhaltliche Übereinstimmung (Homogenität) der relevanten bilateralen Abkommen mit dem betreffenden EU-Recht.

Relevante institutionelle Aspekte:

Die Verhandlungen betreffen die Weiterentwicklung bzw. inhaltliche Anpassung der relevanten Abkommen bei veränderten Verhältnissen, die Auslegung ihrer Bestimmungen, die Überwachung der Einhaltung des Abkommens durch die Parteien und den Mechanismus für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Parteien über die Auslegung und die Anwendung der Abkommen. Es gibt dazu verschiedene Modelle.

8. Frage Was ist das Grundanliegen der EU mit Bezug auf die institutionellen Fragen?

Die EU möchte einheitliche Spielregeln für den Binnenmarkt. Beim EU-Binnenmarkt geht es zuerst einmal um gemeinsame Regeln für den wirtschaftlichen Austausch zwischen den EU-Staaten selber. Man spricht von den sog. „vier Freiheiten“ bzw. vom freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital. Der EU-Binnenmarkt besteht aus dem Gebiet der zur Zeit 28 EU-Mitgliedstaaten.

Via den in den 1990er Jahren entstandenen Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind zudem drei Nichtmitgliedstaaten voll am EU-Binnenmarkt beteiligt, nämlich Island, Norwegen und unser Nachbarland Liechtenstein. Sie werden als die „EWR/EFTA-Staaten“ bezeichnet; dies im Gegensatz zur Schweiz, die – zusammen mit Island, Norwegen und Liechtenstein – zwar zur Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), gehört, aber nicht zum EWR. Die Schweiz ist am EU-Binnenmarkt ebenfalls beteiligt, allerdings im Gegensatz zu den EWR-Staaten nur in Teilbereichen.

Durch die erwähnten Abkommen sind weite Teile des Binnenmarkts auf Nichtmitgliedstaaten erstreckt worden. Die EU erblickt darin eine ausgedehnte Form ihres Binnenmarktes. Man spricht denn auch von einer Assoziation dieser Länder an den EU-Binnenmarkt. Damit dieser ausgedehnte Binnenmarkt inhaltlich einheitlich (homogen) ist, wünscht sich die EU für das gesamte Gebiet einheitliche institutionelle Spielregeln. Die EU bringt diese Thematik konsequent in alle Vereinbarungen über eine solche Assoziation ein, so z.B. auch in den zur Zeit laufenden Verhandlungen über eine umfassende Binnenmarktassoziation von Andorra, Monaco und San Marino.

9. Frage Was ist das Grundanliegen des Bundesrats mit Bezug auf die institutionellen Fragen?

Der Bundesrat ist davon überzeugt, dass eine einheitliche Anwendung und Auslegung der Abkommen im Interesse der Schweiz liegt, damit wirtschaftliche tätige Personen und Unternehmen (sog. Marktteilnehmer) gleiche Chancen sowie Rechtssicherheit haben und damit der Standort Schweiz in Europa weiterhin attraktiv bleibt.

10. Frage Was genau versteht man unter einer Binnenmarktassoziation?

Es handelt sich um Abkommen mit Nichtmitgliedstaaten, die inhaltlich auf dem EU-Binnenmarktrecht beruhen, also in den erfassten Bereichen zumindest teilweise dieselben inhaltlichen Regeln wie das EU-Recht enthalten.

Ein Beispiel hierzu ist das bilaterale Abkommen über die Personenfreizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA): Es bestimmt, dass Arbeitskräfte aus der EU in der Schweiz bzw. aus der Schweiz in der EU keine Arbeitsbewilligung brauchen und dass sie einen Anspruch auf

eine Niederlassungsbewilligung haben. Ausserdem dürfen sie mit Bezug auf die Arbeit und damit verwandte Gebiete nicht schlechter behandelt werden als die Staatsangehörigen des Aufnahmestaates (Diskriminierungsverbot). Alle diese Aspekte unseres bilateralen Abkommens stammen aus dem EU-Personenfreizügigkeitsrecht. In der Einleitung des Freizügigkeitsabkommens steht denn auch ausdrücklich, dass das Abkommen die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der EU geltenden Bestimmungen verwirklichen will. Es ist insofern deutlich, dass dieses Abkommen zu grossen Teilen inhaltlich auf EU-Recht beruht.

11. Frage Kennt auch die Schweiz eine Binnenmarktregelung zwischen den Kantonen?

Ja, mit dem schweizerischen Binnenmarktgesetz von 1995, das in wichtigen Bereichen interkantonal den Zugang zu kantonalen Märkten regelt. Mit diesem Gesetz wurde auf der Seite der Schweiz zudem die Grundlage für die Bilateralen I gelegt.

12. Frage Auf welche Art von bilateralen Abkommen bezieht sich der neue institutionelle Rahmen?

Der Wunsch nach einheitlichen Spielregeln im erweiterten Binnenmarkt betrifft – logischerweise – ausschliesslich die Kategorie der Marktzugangsabkommen, also jene Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, welche die Binnenmarktfreiheiten betreffen. Die bilateralen Marktzugangsabkommen regeln ausgewählte Aspekte des freien Verkehrs von Waren, Personen und Dienstleistungen (ein Abkommen über den freien Kapitalverkehrs – also über grenzüberschreitende Investitionen – gibt es bisher nicht). Wie die nächste Frage zeigen wird, geht es allerdings bei den Verhandlungen über die institutionellen Fragen nicht um sämtliche bilateralen Marktzugangsabkommen.

13. Frage Geht es dabei nur um künftige oder auch um bereits bestehende bilaterale Abkommen?

Ein neuer institutioneller Rahmen soll nicht nur für neu mit der Schweiz zu schliessende bilaterale Marktzugangsabkommen geschaffen werden (z.B. für das seit Jahren in Verhandlung stehende Stromabkommen), sondern auch für ausgewählte, bereits bestehende Marktzugangsabkommen. Bei den bereits bestehenden Abkommen geht es um jene, welche auf sich u.U. rasch änderndes EU-Recht Bezug nehmen. Gemäss Bundesrat handelt es sich dabei derzeit nur gerade um fünf Abkommen, darunter das Abkommen über die Personenfreizügigkeit. Um welche anderen Abkommen es geht, ist bisher nicht bekannt gemacht worden.

14. Frage Welche Bereiche soll das neue institutionelle Abkommen regeln?

Die EU nannte vier Bereiche, in welchen sie einheitliche institutionelle Spielregeln für wichtig erachtet, nämlich:

- **Die fortlaufende Anpassung (Aufdatierung) der bilateralen Abkommen an das EU-Recht, das ihnen zugrunde liegt:** Dieses Element hängt mit der Tatsache zusammen, dass die bilateralen Marktzugangsabkommen auf ausgewählten Teilen des EU-Binnenmarktrechtes beruhen und sich zugleich das betreffende EU-Recht innerhalb der EU laufend fortentwickelt. Wird ein Abkommen nicht angepasst, so hinkt es inhaltlich bald hinter dem EU-Recht her und ist nicht mehr auf dem Stand des Binnenmarktes, der doch im entsprechenden Bereich eigentlich auch für die Schweiz gelten und zu dem ein diskriminierungsfreier Zugang bestehen soll.
- **Die Auslegung der Abkommen parallel zum EU-Recht, das ihnen zugrunde liegt:** Dieses zweite Element ist die logische Fortsetzung des ersten. Wenn die bilateralen Binnenmarkttabkommen auf EU-Recht beruhen und die Regeln des EU-Binnenmarkts teilweise auch für die Schweiz gelten sollen, so gelingt dies nur, wenn ihr Inhalt gleich verstanden wird wie in der EU. Weil aber dort der Gerichtshof der Europäischen Union (Europäischer Gerichtshof, EuGH) die Oberhoheit über die Auslegung des EU-Rechts hat, soll seine Rechtsprechung über den Inhalt des EU-Rechts in der Sicht der EU auch für das Assoziationsrecht (im Fall der Schweiz die bilateralen Binnenmarkttabkommen) der Massstab sein.
- **Eine überstaatliche Überwachung der Anwendung der Abkommen:** Dieses dritte Element soll zur konsequenten Durchsetzung der Abkommen beitragen. Aus der Sicht der EU erfolgt die Überwachung der Einhaltung der Abkommen idealerweise durch eine von den teilnehmenden Staaten unabhängige und überstaatliche Instanz, ähnlich

wie es innerhalb der EU mit Blick auf die Einhaltung des EU-Rechts durch die Mitgliedstaaten der Fall ist (sog. Vertragsverletzungsverfahren).

- **Einen Streitschlichtungsmechanismus mit einem gerichtlichen Element:** Dieses vierte Element ist für den Fall gedacht, dass sich die Schweiz und die EU darüber streiten, ob ein bestimmtes Abkommen richtig angewandt wird. Es betrifft also Streitigkeit auf der allerersten Ebene: Schweiz auf der einen und EU (oder allenfalls auch EU-Mitgliedstaat) auf der anderen Seite. Nach den bisherigen Erfahrungen reicht es bei solchen Streitigkeiten nicht, dass die Meinungsverschiedenheiten in einem gemeinsamen Gremium besprochen werden. Unter Umständen stellen dort die Parteien nämlich einfach fest, dass sie unterschiedlicher Meinung sind, ohne für den Streit eine Lösung finden zu können. Eine verbindliche Lösung können die Parteien dagegen unter Beizug eines Gerichts finden, das darüber entscheidet, wie das Abkommen bzw. die strittige Vorschrift richtig ausgelegt wird. Dies bietet Rechtssicherheit. Beruht aber ein Abkommen inhaltlich auf EU-Recht, so muss in der Logik der EU der EuGH im Rahmen ihrer Rechtsordnung die letzte Hoheit über die Auslegung dieses Rechtes haben. Es handelt sich hier um einen verfassungsrechtlichen Grundsatz der EU, der vom EuGH verbindlich formuliert worden ist. Die EU kann von diesem Grundsatz nicht abweichen, ohne ihre eigene Rechtsordnung zu verletzen.

15. Frage *Gab es ein Vorbild für die Lösung der institutionellen Fragen?*

Ja, es gab als Vorbild das institutionelle Modell des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), wo der Grundsatz der Homogenität von zentraler Wichtigkeit ist. Das EWR-Recht regelt alle vier der in der vorangehenden Frage erwähnten Elemente. Die EU dachte mit Blick auf die bilateralen Marktzugangsabkommen mit der Schweiz ursprünglich an ein dem EWR entsprechendes institutionelles Modell.

16. Frage *Wie sind im EWR die vier institutionellen Elemente geregelt?*

Zum Modell des EWR gehört insbes. Folgendes:

- Für das **Aufdatieren** sieht das EWR-Recht ein sog. dynamisches System vor, in welchem die Parteien im Gemeinsamen EWR-Ausschuss über die Aufnahme von neuem EU-Recht in das EWR-Recht entscheiden (wichtig: kein Automatismus). Verweigert eine Seite das Aufdatieren, so kann dies letztlich zur Folge haben, dass der betreffende Teil des EWR-Abkommens vorläufig ausgesetzt (also nicht mehr angewandt) wird.
- Für die parallele **Auslegung** gilt, dass das EWR-Recht gleich wie das EU-Recht ausgelegt wird, auf dem es beruht. Mit Blick darauf wird die EuGH-Rechtsprechung zu diesem Recht als verbindlich erklärt, soweit sie vor der Unterzeichnung des Abkommens erfolgte. Der EFTA-Gerichtshof geht in seiner Rechtsprechung allerdings darüber hinaus und spricht von einer grundsätzlich umfassenden Verbindlichkeit der EuGH-Rechtsprechung. Er begründet dies mit dem Argument, dass sonst das Ziel des Abkommens, nämlich der homogene Binnenmarkt im EWR, nicht erreicht werden könne. Für Fragen der Auslegung des EWR-Rechts besteht ein spezielles Verfahren: Kommt es in einem EWR-Staat zu einer Rechtsstreitigkeit, z.B. zwischen zwei Unternehmen oder zwischen einer Privatperson und einer Behörde, und ist das angerufene nationale Gericht nicht sicher, wie das EWR-Recht ausgelegt werden muss, so kann dieses Gericht dem EuGH bzw. dem EFTA-Gerichtshof eine Frage über die Auslegung des EWR-Rechts stellen (sog. Vorabentscheidungsverfahren; vgl. 45. Frage und 58. Frage).
- Gleich wie das EU-Recht sieht das EWR-Recht ein **Überwachungsverfahren** vor, in welchem eine Verwaltungsbehörde (in den EU-Staaten: die EU-Kommission, in den EWR/EFTA-Staaten: die EFTA-Überwachungsbehörde) darüber wacht, dass die beteiligten Staaten das EWR-Recht einhalten. Kann das Problem nicht im Rahmen des Verwaltungsverfahrens gelöst werden, so kann die Behörde ein Gerichtsverfahren einleiten (in den EU-Staaten: beim EuGH, in den EWR/EFTA-Staaten: beim EFTA-Gerichtshof). Der zuständige Gerichtshof entscheidet ausdrücklich darüber, ob der angeklagte Staat das EWR-Recht verletzt hat (sog. Vertragsverletzungsverfahren).
- Das EWR-Recht sieht für die **Streitschlichtung** nach Gesprächen im Gemischten EWR-Ausschuss ein gerichtliches Element vor. Zuständig ist der EuGH, der in einem solchen Fall verbindlich über die richtige Auslegung des EWR-Rechts entscheidet.

Anschliessend nimmt der Gemischte Ausschuss den Fall wieder auf und sucht angesichts der Gerichtsentscheidung nach einer einvernehmlichen Lösung. Wichtig: Der EUGH kommt nur dann in Aktion, wenn beide Parteien der Streitigkeit (also die EU einerseits und Island, Liechtenstein oder Norwegen andererseits) zustimmen ihn anzurufen. Mit anderen Worten: Eine Partei allein kann den EUGH nie anrufen. Damit ist auch das Problem des „fremden Gerichts“ entschärft, denn der betroffene Nichtmitgliedstaat kann jederzeit verhindern, dass der EUGH – der ja institutionell das Gericht der Gegenpartei ist – angerufen wird. Stimmt eine Seite der Anrufung des EUGH nicht zu, so bleibt es der anderen Seite allerdings verwehrt, die Auslegungsfrage dem EUGH vorzulegen und so auf die Durchsetzung ihrer Rechte hinzuwirken. Diese Partei könnte dann höchstens Gegenmassnahmen politischer Art erwägen.

17. Frage Welche Rolle spielen die EU-Organe im institutionellen System des EWR?

Im EWR-Recht sind die Kommission und der EUGH als EU-Organe nur für diejenigen EWR-rechtlichen Fälle zuständig, die sich auf dem Gebiet der EU-Mitgliedstaaten ergeben. Für Fälle in den EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen gibt es eigene Organe, nämlich die EFTA-Überwachungsbehörde (ESA, *EFTA Surveillance Authority*) und den EFTA-Gerichtshof (EFTA-GH). Man spricht von einem Zwei-Säulen-System: EU-Säule und EWR/EFTA-Säule. Die einzige Ausnahme ist das in der letzten Frage erwähnte Streitschlichtungsverfahren, wo der EUGH die gerichtliche Instanz ist.

Für eine graphische Darstellung der Verfahren im EWR-Modell siehe Anhang II.

18. Frage Wie steht der Schweizer Bundesrat zu den vier institutionellen Punkten?

Der Bundesrat ist davon überzeugt, dass die Schweiz von einem guten Zugang zu einem erweiterten Binnenmarkt mit homogenen Regeln stark profitieren würde. Er sieht daher auch die Wichtigkeit von institutionellen Regeln, um diese Homogenität zu gewährleisten und den bilateralen Weg zu sichern. Er ist damit einverstanden, dass neue institutionelle Regeln über das fortlaufende Aufdatieren, die parallele Auslegung und die Streitschlichtung mit einem gerichtlichen Element geschaffen werden. Kritisch steht der Bundesrat namentlich einem eigenständigen, überstaatlichen Überwachungsverfahren gegenüber; das möchte er unbedingt vermeiden. Er geht davon aus, dass ein solches Verfahren innenpolitisch heikel sein könnte, weil es überstaatliche Instanzen (Verwaltungsbehörde, Gericht) einsetzen würde. Dies lehnen gewisse Kreise in der Schweiz ab.

III. BISHERIGER VERLAUF

Stand und Inhalt der Verhandlungen:

Die Verhandlungen laufen seit dem Frühling 2014. Die Parteien verhandeln konkret über ein System des fortlaufenden Aufdatierens der Abkommen, über ihre Auslegung parallel mit dem EU-Recht sowie über die Einführung eines gerichtlichen Elements im Streitbeilegungsmechanismus. Sie verhandeln ausdrücklich nicht über die Einführung eines eigenständigen, überstaatlichen Überwachungsverfahrens.

19. Frage Auf welcher Grundlage werden die Verhandlungen geführt?

Bevor offiziell Verhandlungen über ein internationales Abkommen aufgenommen werden, verabschieden die Parteien ein Mandat, das die jeweils eigene Verhandlungsposition umschreibt.

20. Frage Wie wurden die Mandate für die Verhandlungen über die institutionellen Fragen vorbereitet?

Den Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU über die institutionellen Fragen gingen diplomatische Gespräche voraus, welche sozusagen das Terrain vorbereiteten. Federführend für die Schweiz agierte Staatssekretär Yves Rossier und für die EU David O'Sullivan vom Auswärtigen Dienst. Ihre Gespräche führten im Frühling 2013 zu einem inoffiziellen Dokument (einem sog. *non paper*), das verschiedene Varianten zur Neugestaltung der institutionellen Fragen beschreibt. Eine dieser Varianten bildete daraufhin die Grundlage für die beiden Verhandlungsmandate. Bevor der Bundesrat das Mandat verabschieden konnte, mussten die aussenpolitischen Kommissionen des schweizerischen Bundesparlaments und die Kantone konsultiert sowie die Wirtschafts- und Sozialpartner informiert werden. Auf Seiten der EU mussten die Mitgliedstaaten dem Mandatsentwurf der Kommission zustimmen.

21. Frage Wann wurden die Mandate verabschiedet?

Die Schweiz verabschiedete ihr Mandat am 18. Dezember 2013 und die EU ihres am 6. Mai 2014 (auf der Seite der EU hatte die Reaktion auf die schweizerische Volksabstimmung über die Zuwanderungsinitiative am 9. Februar 2014 zu einer gewissen Verzögerung geführt). Der genaue Inhalt der Mandate wird beidseits nicht publiziert, jedoch sind beidseits Eckwerte bekanntgegeben.

22. Frage Was ist mit den „roten Linien“ des Bundesrat gemeint, von denen manchmal die Rede ist?

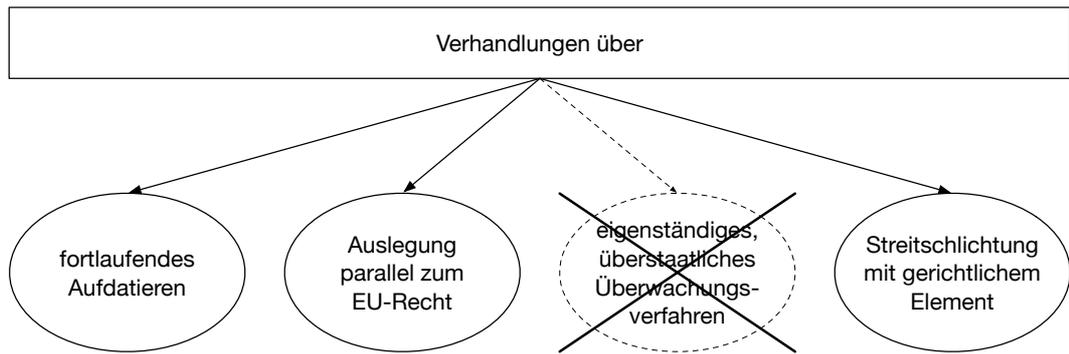
Der Bundesrat hat intern eine Anzahl sog. „roter Linien“ definiert, die er in den Verhandlungen nicht überschreiten will. Diese sind formell nicht veröffentlicht worden. Rote Linien sind ein strategisches Instrument der Verhandlungsführung, mit denen eine Partei eigene Extrempositionen definiert. Sie werden je nach Fortgang der Verhandlungen überdacht und allenfalls angepasst.

23. Frage Was ist die gemeinsame Basis der Mandate?

Die gemeinsame Basis der Mandate liegt darin, dass die Parteien über drei der ursprünglich von der EU angedachten vier Elemente verhandeln wollen, nämlich das laufende Aufdatieren der Abkommen, ihre Auslegung parallel zum EU-Recht und einen Streitschlichtungsmechanismus unter Einbezug des EuGH, wenn der Gemischte Ausschuss keine Lösung findet. Nicht dazu gehört dagegen ein eigenständiges, überstaatliches Überwachungsverfahren.

Die EU dachte zwar zuerst an ein Modell wie das oben beschriebene des EWR, mit allen vier Elementen (siehe 16. Frage). Weil die Schweiz aber ein eigenständiges, überstaatliches Überwachungsverfahren ablehnt, wird stattdessen über ein Modell ohne ein solches Verfahren verhandelt, dafür aber mit einer im Vergleich mit dem EWR etwas

anderen Lösung mit Bezug auf die Streitschlichtung. Die Einzelheiten der erwähnten Elemente werden in den folgenden Teilen des Breviers näher dargestellt.



24. Frage Wo stehen die Verhandlungen heute?

Die Verhandlungen begannen am 22. Mai 2014 auf der in den Vorgesprächen umrissenen Basis und dauern noch immer an. Einzelheiten über ihren Verlauf werden weder von der Schweiz noch von der EU veröffentlicht. Bekannt ist aber, dass bestimmte Punkte besonders heikel waren und z.T. noch sind. Dazu gehören insbes. der Umfang der Zuständigkeit des EuGH im Streitbeilegungsmechanismus und die Rechtsfolgen, welche eintreten können oder sogar sollen, wenn eine Partei eine Entscheidung des EuGH im Streitbeilegungsmechanismus zur Auslegung des Abkommens nicht befolgen oder neues EU-Recht nicht in ein Abkommen übernehmen will (also die Aufdatierung verweigert). Bisher ist dem Vernehmen nach ein Vorabentscheidungsverfahren, wie es das EU-Recht und das EWR-Recht kennen; dies könnte aber noch immer Thema der Verhandlungen werden. Umgekehrt wird offenbar nun auch über staatliche Beihilfen gesprochen.

25. Frage Was sind in der öffentlichen Diskussion in der Schweiz mit Bezug auf die Verhandlungen die grössten Streitpunkte?

Es sind dies bisher v.a. zwei Aspekte. Der eine betrifft das dynamische System des Aufdatierens (siehe hinten IV.) und der andere die Rolle des EuGH im Streitbeilegungsverfahren – sowie darüber hinaus generell die Bedeutung dieses Gerichtshofs im bilateralen Rechtssystem (siehe hinten V. und VI.).

IV. AUFDATIERUNG DER BILATERALEN ABKOMMEN

Fortlaufendes Aufdatieren der betroffenen Abkommen:

Neu soll ein System des fortlaufenden bzw. dynamischen Aufdatierens gelten. Die Parteien der betroffenen Abkommen (Schweiz und EU) entscheiden zusammen über die Anpassung des Abkommens an neues EU-Binnenmarktrecht. Widersetzt sich eine Partei, sollen Rechtsfolgen eintreten können.

26. Frage Was versteht man unter „Aufdatieren“ und was ist der Nutzen?

Das Stichwort des Aufdatierens bezieht sich auf jene bilateralen Abkommen, welche sich auf EU-Recht beziehen. Viele Abkommen enthalten nicht nur dem EU-Recht nachgebildete Vorschriften (z.B. das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Abkommen über die Personenfreizügigkeit), sondern verweisen darüber hinaus schlicht auf EU-Gesetze wie Richtlinien und Verordnungen, welche durch das Abkommen auch im bilateralen Kontext gelten sollen (Einbezug durch Verweisung).

Ändert nun die EU intern dieses Recht, so stellt sich für das bilaterale Abkommen die Frage, was die Folge sein soll. Wenn sich das Abkommen weiterhin auf das alte EU-Recht stützt, so entspricht das bilaterale Recht fortan nicht mehr dem EU-Recht. Die beiden Rechtssysteme fallen auseinander, und die an sich beabsichtigte Homogenität wird nicht erreicht – und damit auch nicht der offensichtliche praktische und wirtschaftliche Vorteil, der sich aus gemeinsamen Marktregeln ergibt (sog. Systemeffizienz). Dies lässt sich verhindern, wenn das Abkommen Regeln zur Anpassung oder Aufdatierung an das neue EU-Recht enthält.

27. Frage Ist dies dasselbe wie der sog. autonome Nachvollzug?

Nein, das Stichwort des autonomen Nachvollzugs betrifft eine andere Situation. Dabei geht es um die Anpassung des innerstaatlichen, schweizerischen Rechts an EU-Recht in Bereichen, wo es keine Abkommen mit der EU gibt. Die Schweiz tut dies regelmässig, insbes. um so Schwierigkeiten für die schweizerischen Unternehmen zu vermeiden, die ihre Produkte (Waren, Dienstleistungen) im EU-Ausland anbieten möchten.

Im Gegensatz dazu geht es bei den Verhandlungen über die institutionellen Fragen zum Stichwort des Aufdatierens ausschliesslich um bilaterale Abkommen, und damit nicht um den autonomen Nachvollzug. In der öffentlichen Diskussion werden die Begriffe manchmal vermengt.

28. Frage Was gilt im heutigen bilateralen Recht bezüglich des Aufdatierens?

Inhaltliche Änderungen sind in den verschiedenen Abkommen unterschiedlich geregelt (was nicht zuletzt mit den verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten in der Schweiz zu tun hat):

- Die meisten bilateralen Abkommen sehen lediglich ein klassisches Vertragsänderungsverfahren (Revision) vor. Dies erfordert formelle Verhandlungen und eine u.U. komplexe Beschlussfassung durch die am Abkommen beteiligten Parteien. Das ist aufwändig und geschieht deshalb eher selten.
- Gewisse Abkommen enthalten Vorschriften über ein einfacheres Änderungsverfahren, das aber meist nur bestimmte Teile des betreffenden Abkommens betrifft. Dies gilt z.B. für die Abkommen über die Personenfreizügigkeit, den Land- und den Luftverkehr, landwirtschaftliche Produkte (Agrarabkommen) und die technischen Handelshemmnisse. Hier kann der für das jeweilige Abkommen zuständige sog. Gemischte Ausschuss (siehe nächste Frage) über Anpassungen von Teilen des Abkommens selbständig entscheiden. Solche Anpassungen geschehen häufig, vor allem im technischen Bereich. In diesem System kann aber keine der beiden Seiten verpflichtet werden, einer Änderung zuzustimmen. Es hat keine Rechtsfolgen, wenn eine Seite eine Anpassung verweigert. Man spricht deshalb hier manchmal von einem „im Ansatz statischen“ System. In der Praxis entwickeln sich solche Abkommen regelmässig weiter, weil nach bewährter Praxis Anpassungen vorgenommen werden. Pro Jahr sind es gegen 100 Anpassungen an neues EU-Recht. Das

Luftverkehrsabkommen ist ein Beispiel hierfür: Es wird auch ohne Rechtspflicht regelmässig an neues EU-Recht angepasst und kann insofern als „faktisch dynamisch“ bezeichnet werden.

- Schliesslich gibt es noch den Sonderfall, wo bereits heute bestehende bilaterale Abkommen ausdrücklich die fortlaufende Anpassung vorsehen (zu den Rechtsfolgen bei Verweigerung der Anpassung siehe 30. Frage). Dies betrifft nach dem heutigen Recht u.a. die Schengen- und Dublin-Abkommen. Hier gelten besondere Verfahrensregeln. Diese beiden Abkommen sind für die Verhandlungen über die institutionellen Fragen jedoch nicht relevant, weil es sich bei beiden nicht um Marktzugangsabkommen handelt. Eine fortlaufende Anpassung sieht auch das Zollabkommen vor; hier kann der Gemischte Ausschuss Anpassungen vornehmen. Dieses Abkommen ist für die Verhandlungen über die institutionellen Fragen ebenfalls nicht relevant, weil es weder von der EU noch von der Schweiz als Marktzugangsabkommen eingestuft wird.

29. Frage Was genau ist ein Gemischter Ausschuss?

Für alle wichtigen bilateralen Abkommen gibt es einen Gemischten Ausschuss. Es handelt sich um ein diplomatisch-technisches Gremium, in dem sowohl die Schweiz als auch die EU vertreten sind. Die Gemischten Ausschüsse sind für die Verwaltung und ordnungsgemässe Anwendung der individuellen Abkommen zuständig. Dazu gehört auch die Streitschlichtung (siehe dazu unten, ab 0). Je nach Abkommen sind sie ausserdem für die Weiterentwicklung der Abkommen oder gewisser Teile davon zuständig, wie in der vorangehenden Frage erwähnt. Die Gemischten Ausschüsse können nur dann einen Entscheid fällen, wenn beide Parteien zustimmen (Konsens). Die Gemischten Ausschüsse treten regelmässig zusammen, in der Regel ein bis zweimal pro Jahr.

30. Frage Welche bestehenden bilateralen Abkommen sehen heute schon bei Verweigerung der Aufdatierung Rechtsfolgen vor?

Dies betrifft nach dem heutigen Recht die Schengen- und Dublin-Abkommen sowie das Zollabkommen. Wegen der Kombination der ausdrücklich vorgesehenen fortlaufenden Anpassung mit Rechtsfolgen bei Verweigerung können diese Abkommen als „rechtlich dynamisch“ bezeichnet werden. Mögliche Rechtsfolgen sind je nach Abkommen letztlich Beendigung oder Aussetzen (Suspendierung) des betreffenden Abkommens.

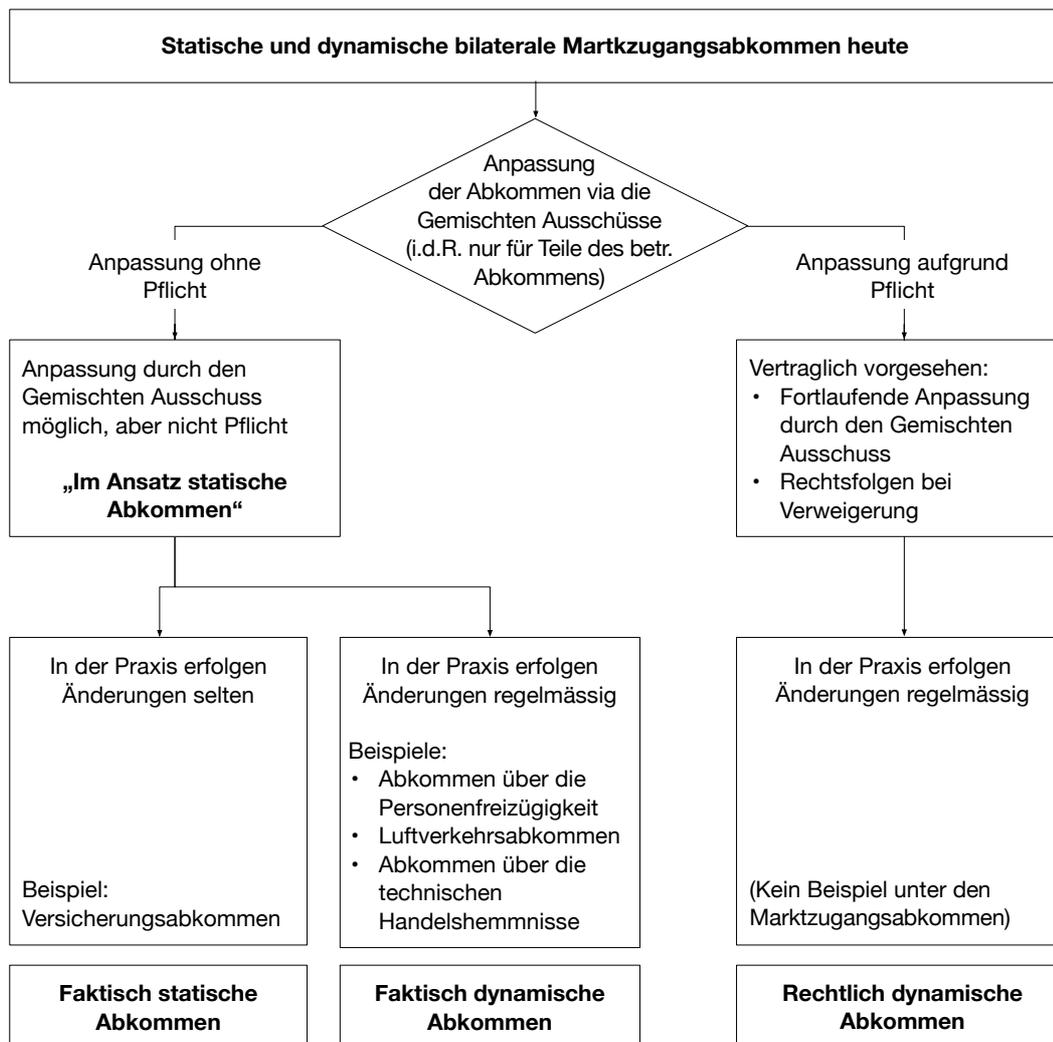
Als Beispiel soll das Zollabkommen dienen. Hier sind die Rechtsfolgen ähnlich wie im EWR-Abkommen ausgestaltet. Art. 29 Abs. 2 des Zollabkommens lautet:

„Ist die Gleichwertigkeit der zollrechtlichen Sicherheitsmassnahmen nicht mehr gewährleistet, weil die in Artikel 22 Absatz 4 vorgesehenen Änderungen nicht beschlossen wurden, kann eine Vertragspartei die Anwendung der Bestimmungen des Kapitels III ab dem Datum, an dem die betreffende Vorschrift des [Unions-]rechts anwendbar wird, aussetzen, es sei denn, der Gemischte Ausschuss beschließt etwas anderes, nachdem er die Möglichkeiten geprüft hat, die Anwendung aufrecht zu erhalten.“

31. Frage Es gibt also heute sowohl statische als auch dynamische Abkommen?

Ja. Bei den heutigen Marktzugangsabkommen, um welche es in den Verhandlungen über die institutionellen Fragen geht, gibt es allerdings kein einziges, das rechtlich dynamisch wäre. Vielmehr sind all diese Abkommen im Ansatz statisch: Sie erlauben zwar Anpassungen, insbesondere durch die Gemischten Ausschüsse, verpflichten aber nicht dazu. Verweigert eine Seite die Aufdatierung, hat dies keine rechtlichen Konsequenzen.

Die folgende graphische Darstellung befasst sich mit dem statischen bzw. dynamischen Charakter der heutigen Marktzugangsabkommen, welche durch die Gemischten Ausschüsse angepasst werden können.



32. Frage Kann die Schweiz auf neues EU-Recht Einfluss nehmen?

Einige bilaterale Abkommen geben der Schweiz im EU-Gesetzgebungsverfahren formelle Mitspracherechte, soweit dies die Materie des jeweiligen Abkommens betrifft (z.B. für das Paket der Bilateralen I). Als Nicht-EU-Mitgliedland kann die Schweiz aber nicht mitentscheiden. Mitsprache bedeutet z.B. die Mitarbeit der Schweiz in vorbereitenden Ausschüssen der EU.

33. Frage Worüber verhandeln nun die Schweiz und die EU mit Bezug auf das künftige Aufdatieren?

Die Schweiz und die EU verhandeln über ein System der fortlaufenden Anpassung der bilateralen Abkommen (genauer: der fünf schon bestehenden Abkommen, welche offenbar Gegenstand der Verhandlungen sind, sowie von neuen Marktzugangsabkommen). Diese Anpassungen sollen durch die Gemischten Ausschüsse erfolgen und im Falle der Verweigerung durch eine Partei Rechtsfolgen haben können. Die Schweiz soll zudem im EU-Gesetzgebungsverfahren in den für die Abkommen relevanten Sachbereichen umfassende Mitspracherechte haben (vgl. 32. Frage).

34. Frage Um welche Art des Aufdatierens geht es dabei, automatisch oder dynamisch?

In der öffentlichen Diskussion hört man immer wieder den Begriff der automatischen Anpassung. Automatisch wäre das Aufdatieren dann, wenn eine Änderung im EU-Recht ohne weiteres Zutun der schweizerischen Instanzen, eben automatisch, auch für das bilaterale Recht wirksam würde. Dem ist aber nicht so. Tatsächlich wird in den Verhandlungen einzig über ein dynamisches Aufdatierungssystem gesprochen, bei dem Automatismen fehlen. Vielmehr müssen die Gemischten Ausschüsse ausdrückliche Beschlüsse über die Aufdatierung fassen. Dies setzt voraus, dass beide Seiten zustimmen. In der Schweiz müssen dafür die üblichen Gesetzgebungsverfahren und die Verfahren

zum Abschluss von Staatsverträgen durchlaufen werden. Ein automatisches Aufdatieren steht ausser Diskussion.

35. Frage Wäre bei dynamischem Aufdatieren das schweizerische demokratische Verfahren gefährdet?

Nein, auch im Fall eines Mechanismus des oben beschriebenen dynamischen Aufdatierens der bilateralen Abkommen wären demokratische Verfahren wie z.B. das Referendum möglich. Ähnlich wie schon heute in den dynamischen Schengen- und Dublin-Abkommen (siehe 28. Frage) würde das institutionelle Rahmenabkommen hierfür speziell eine Regelung treffen, z.B. indem es der Schweiz mit Blick auf diese Verfahren extra Zeit einräumte.

36. Frage Wann besteht eine Verpflichtung zum dynamischen Aufdatieren?

Die Pflicht zum dynamischen Aufdatieren besteht nur dann, wenn dies in einem spezifischen bilateralen Abkommen oder allenfalls in einem künftigen institutionellen Rahmenabkommen ausdrücklich festgehalten wird. Wie erwähnt, betreffen die Verhandlungen über die institutionellen Fragen ausschliesslich eine kleine Anzahl von Marktzugangsabkommen (siehe 13. Frage).

37. Frage Was geschieht, wenn eine Partei in einem konkreten Fall die dynamische Aufdatierung verweigert?

Sind die Vertragsparteien eine Verpflichtung zum dynamischen Aufdatieren eingegangen und kommt eine von ihnen dieser Pflicht (z.B. aus innenpolitischen Gründen) nicht nach, so verletzt sie eine völkerrechtliche Verpflichtung und muss dafür u.U. Rechtsfolgen gewärtigen. In den Verhandlungen über die institutionellen Fragen wird u.a. darüber gesprochen. Welche Rechtsfolgen konkret zur Diskussion stehen, ist offiziell nicht bekannt. Es dürfte sich darum handeln, dass verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen für das betreffende Abkommen getroffen werden können, bis hin zu einer Suspendierung des Abkommens (d.h. das betreffende Abkommen besteht zwar weiterhin, wird aber einstweilen nicht mehr angewendet).

38. Frage Welche Kritik wird gegenüber dem dynamischen Aufdatieren vorgebracht?

In der Schweiz wird z.T. wird u.a. aus Souveränitätsüberlegungen kritisiert, dass unser Land im Rahmen eines dynamischen Systems faktisch neues EU-Recht übernimmt, ohne dass es bei der Schaffung dieses Rechts hätte mitentscheiden können. Es ist richtig und im Übrigen im heutigen System der EU auch logisch, dass Nichtmitgliedstaaten im EU-Gesetzgebungsverfahren keine Mitentscheidungsrechte geniessen. Jedoch haben solche Staaten, wenn sie sich am Binnenmarkt beteiligen, Mitspracherechte und können auf diese Weise via die Mitarbeit in Arbeitsgruppen und Ausschüssen im EU-Gesetzgebungsverfahren auf neues EU-Recht Einfluss nehmen (vgl. hierzu 32. Frage).

Letztlich ist es eine Frage des politischen Abwägens: Will ein Staat ganz dabei sein, so kann er auch mitentscheiden. Will er das nicht, aber trotzdem vom EU-Binnenmarkt profitieren, so muss er sich mit Mitspracherechten begnügen. Dies ist der politische Preis, den das Nichtmitgliedland für den Binnenmarktzugang ohne EU-Mitgliedschaft zahlt. Die EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen haben sich für dieses letztere System entschieden. Die Schweiz steht im Zusammenhang mit dem institutionellen Rahmenabkommen vor derselben Abwägung.

V. AUSLEGUNG DER BILATERALEN ABKOMMEN

Auslegung der betroffenen Abkommen parallel zum EU-Recht, von dem sie sich ableiten:

Das institutionelle Rahmenabkommen soll Bestimmungen enthalten, welche die Auslegung der Marktzugangsabkommen parallel zum EU-Recht garantieren, von dem sie sich inhaltlich ableiten. Dabei soll die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (Europäischer Gerichtshof, EuGH) zum parallelen EU-Recht verbindlich sein.

39. Frage Was versteht man im Recht unter Auslegung?

Bei der Auslegung geht es darum, die inhaltliche Bedeutung von rechtlichen Bestimmungen zu ermitteln. Gleich wie in anderen Rechtstexten sind die in den bilateralen Abkommen verwendeten Begriffe (z.B. „Diskriminierung“) manchmal nicht aus sich selber heraus vollständig klar. Sie müssen ausgelegt werden, um zu ermitteln, was sie im Kontext des Abkommens genau bedeuten.

Damit stellt sich die Frage, nach welchen Grundsätzen die Auslegung erfolgen soll. Klassischerweise beginnt man mit dem Wortlaut der fraglichen Bestimmung (sog. grammatikalisches Auslegungselement) und bezieht auch das rechtliche Umfeld der Bestimmung mit ein, also ihren Platz im System der betreffenden Rechtsordnung (systematisches Element). Weiter lässt sich die Absicht des historischen Gesetzgebers heranziehen (historisches Element). Umgekehrt sollten aber Ziel und Zweck der Bestimmung und ihre Funktion in der heutigen Gesellschaft berücksichtigt werden (teleologisches Element). Das historische und das teleologische Element stehen deshalb manchmal in einem Spannungsverhältnis.

40. Frage Gelten für internationale Abkommen besondere Auslegungsgrundsätze?

Nein, grundsätzlich gilt hier dasselbe wie für das interne Recht einzelner Staaten. Dies zeigt sich insbes. in den Auslegungsgrundsätzen der Wiener Vertragsrechtskonvention (offiziell: Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge). Es handelt sich um eine Konvention der UNO über Abkommen zwischen Staaten, welche auch die Schweiz unterzeichnet hat. Nach der Grundregel von Art. 31 Abs. 1 dieser Konvention muss ein Staatsvertrag „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes“ ausgelegt werden.

Manchmal enthalten internationale Abkommen selber zusätzliche Vorgaben dazu, wie sie ausgelegt werden sollen. Das gilt auch für einzelne der bilateralen Abkommen (siehe 43. Frage).

41. Frage Wer legt Recht aus?

Im Grunde genommen legen alle Recht aus, die sich mit dem Recht befassen, sich dabei fragen, was es heisst, und es anwenden. Wesentlich ist aber, wer in rechtlich verbindlicher Weise über die Auslegung befindet. Diese Aufgabe kommt den Gerichten zu, wenn sie über Rechtsstreitigkeiten entscheiden. Dies betrifft die Gerichte jeglicher Stufe. Die letztlich verbindliche Auslegung stammt vom höchsten Gericht des betreffenden Rechtssystems.

Beispiel 1: In unserer schweizerischen Rechtsordnung ist dies das Bundesgericht und – wenn es um den Mindeststandard der Menschenrechte im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) geht – der Menschenrechtsgerichtshof in Strassburg. Zu diesem Gericht gehört auch eine Schweizer Richterin.

Beispiel 2: Im EU-Rechtssystem ist das höchste Gericht der EuGH. Jeder EU-Mitgliedstaat stellt in diesem Gericht Richterinnen bzw. Richter.

42. Frage Warum spricht man von einer parallelen Auslegung und was ist der Nutzen davon?

Im bilateralen Recht erfolgt die Auslegung in einem speziellen Kontext. Dies betrifft v.a. die inhaltlich vom EU-Recht abgeleiteten Marktzugangsabkommen, weil diese ja auf EU-Recht beruhen bzw. ausgewähltes EU-Recht ins bilaterale Recht übernehmen. Durch diese Abkommen sollen Teile des EU-Binnenmarktrechts in der Schweiz gelten. Dies wird aber nur dann vollumfänglich erreicht, wenn sich nicht nur die Bestimmungen der Abkommen,

sondern auch ihre Auslegung am EU-Recht ausrichtet, wenn also die Abkommen gleich wie im EU-Recht ausgelegt werden. Nur so kann eine parallele Rechtslage geschaffen und wirkliche Homogenität erreicht werden. Im geltenden bilateralen Recht ist dies allerdings nur bis zu einem gewissen Grad der Fall. Volle Homogenität würde zu mehr Marktzugang führen, mit positiven wirtschaftlichen Auswirkungen.

43. Frage Was gilt im heutigen bilateralen Recht?

Wie schon beim Aufdatieren sind auch hier die Regelungen der verschiedenen bilateralen Abkommen uneinheitlich:

- Die meisten Abkommen enthalten für ihre Auslegung keine besonderen Vorgaben.
- In zwei Abkommen finden sich aber sog. Homogenitätsregeln, nämlich in jenen über die Personenfreizügigkeit und über den Luftverkehr. Demnach müssen diese Abkommen innerhalb eines bestimmten Rahmens unter Beachtung der EuGH-Rechtsprechung zum relevanten EU-Recht ausgelegt werden.

Z.B. bestimmt Art. 16 Abs. 2 des Abkommens über die Personenfreizügigkeit: „Soweit für die Anwendung dieses Abkommens Begriffe des [Unionsrechts] herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen [Union] vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt. [...]“.

Die in diesem Artikel erwähnte Datumsgrenze ist der 21. Juni 1999. Wenn das Schweizerische Bundesgericht aus dem EU-Recht stammende Begriffen des Abkommens über die Personenfreizügigkeit auslegt, stützt es sich deshalb auf die EuGH-Rechtsprechung zu eben diesen Begriffen, und zwar in erster Linie auf die Rechtsprechung vor dem 21. Juni 1999.

Das Bundesgericht hat darüber hinaus entschieden, dass es im Interesse einer möglichst parallelen Rechtslage grundsätzlich auch spätere EuGH-Rechtsprechung als beachtlich ansieht. Nur beim Vorliegen von triftigen Gründen will es davon abweichen. Damit geht das Bundesgericht ähnlich vor wie es im EWR-Recht auf der Seite der EWR/EFTA-Staaten der EFTA-Gerichtshof tut. Auch im EWR gibt es eine Homogenitätsregel mit Datumsgrenze, und auch dort geht der EFTA-Gerichtshof im Interesse der Homogenität zwischen dem EWR-Recht und dem EU-Recht über diese Grenze hinaus.

44. Frage Worüber verhandeln nun die Schweiz und die EU mit Bezug auf die Auslegung?

Die Schweiz und die EU verhandeln über ein System der parallelen Auslegung zwischen EU-Recht und bilateralem Recht, bei dem sich die Auslegung von dem EU-Recht entnommenen Begriffen nach deren Bedeutung im EU-Recht richtet und somit nach der Rechtsprechung des EuGH. Einzelheiten über die Verhandlungen hierzu sind derzeit nicht bekannt.

45. Frage Könnte ein Schweizer Gericht vorsorglich beim EU-Gerichtshof um Auskunft über die Auslegung eines im bilateralen Recht erscheinenden EU-Begriffes ersuchen?

Diese Frage betrifft das sog. Vorabentscheidungsverfahren, das es im EU-Recht und im EWR-Recht gibt (siehe 16. Frage sowie 56. Frage). Soweit bekannt, ist ein solches Verfahren für die schweizerischen Gerichte bisher nicht Gegenstand der Verhandlungen über die institutionellen Fragen. Demnach bestünde für die schweizerischen Gerichte weiterhin keine Möglichkeit, Vorabentscheidungsfragen zu stellen, auch wenn dies allenfalls im Interesse der Rechtssicherheit wünschenswert wäre.

46. Frage Was geschieht, wenn die Schweiz in einem konkreten Fall die parallele Auslegung verweigert?

In einem solchen Fall kann die EU die Angelegenheit in den Gemischten Ausschuss tragen, wo ein Streitbeilegungsverfahren eröffnet werden kann (siehe unten VI.).

47. Frage Welche Kritik wird gegenüber der parallelen Auslegung vorgebracht?

Kritik kommt v.a. aus Kreisen, welche den internationalen Gerichten und insbes. dem EuGH grundsätzlich kritisch gegenüber stehen. Auch hier geht es letztlich um eine Frage des politischen Abwägens: Will die Schweiz ganz von einem erweiterten Binnenmarkt profitieren, so gehört die parallele Auslegung sachlogisch dazu. Die EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen haben sich im Rahmen des EWR für ein solches

System entschieden. Die Schweiz steht im Zusammenhang mit dem institutionellen Rahmenabkommen vor derselben Abwägung.

VI. STREITSCHLICHTUNG

Einführung eines gerichtlichen Elementes im Streitbelegungsmechanismus:

Die Marktzugangsabkommen sehen einen Mechanismus zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen der Schweiz und der EU über die Auslegung und Anwendung der Abkommen durch die andere Partei vor. Nach bisherigem Recht verläuft die Streitschlichtung via ein diplomatisch-technisches Gremium. Neu soll hier im Interesse der Rechtssicherheit ein gerichtliches Element hinzugefügt werden. Zuständig soll der EuGH sein, der im Schlichtungsverfahren - und nicht in einer Einzelstreitigkeit etwa zwischen Privaten - einseitig von der Schweiz oder der EU von einer Partei um eine Auslegungsentscheidung angerufen werden kann. #Auch in Zusammenfassung ändern

48. Frage Was versteht man im bilateralen Verhältnis unter „Streitschlichtung“ und was ist der Nutzen?

Im allgemeinen Sprachgebrauch bezieht sich das Stichwort der Streitschlichtung auf alle Fälle, wo Rechtsstreitigkeiten über die Auslegung und die Anwendung des bilateralen Rechts entstehen. Eine Schlichtung des Streites in diesem weiteren Sinne ist z.B. auch dann nötig, wenn sich zwei Unternehmen streiten oder wenn ein Arbeitnehmer gegen seine Arbeitgeberin Klage erhebt.

In den Verhandlungen über die institutionellen Fragen zwischen der Schweiz und der EU hat der Begriff der Streitschlichtung aber eine engere Bedeutung. Er bezieht sich ausschliesslich auf Rechtsstreitigkeiten auf der obersten Ebene des bilateralen Rechts, nämlich zwischen den an diesem Recht beteiligten Parteien, also im Wesentlichen zwischen der Schweiz und der EU (an einzelnen Abkommen sind neben der EU auch ihre Mitgliedstaaten in eigener Funktion beteiligt).

Beispiel 1: Vor ein paar Jahren wurden in der Schweiz Klagen darüber laut, dass in Italien schweizerische Fähigkeitssausweise (Diplome) der Chauffeurinnen und Chauffeurs von Lastwagen über 3,5 Tonnen nicht anerkannt wurden. Nach der Auffassung der Schweiz verletzte Italien damit das Abkommen über den Landverkehr. Dieses regelt u.a. die gegenseitige Anerkennung der Fähigkeitssausweise in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Wohnsitz haben.

Beispiel 2: Will ein Unternehmen oder eine Einzelperson aus dem EU-Ausland in der Schweiz vorübergehend oder gelegentlich wirtschaftlich tätig sein (mit dem rechtlichen Begriff: eine Dienstleistung erbringen), so muss es/sie dies nach den schweizerischen Bestimmungen 8 Tage im Voraus bei den Behörden anmelden. Erst dann – also nach Ablauf der 8 Tage – darf die Tätigkeit aufgenommen werden (sog. 8-Tage-Regel). Nach der Auffassung der EU verletzt die Schweiz damit das Abkommen über die Personenfreizügigkeit. Dieses regelt u.a. die Ausübung von vorübergehenden oder gelegentlichen Dienstleistungen in grenzüberschreitenden Situationen. Nach der Auffassung der Schweiz handelt es sich dagegen um eine nach diesem Abkommen zulässige flankierende Massnahme. Dies führte zu einem Streit zwischen der Schweiz und der EU über die 8-Tage-Regel.

Der Zweck eines Streitbelegungsverfahrens liegt darin, eine Lösung zu finden und so die Streitigkeit zu erledigen. Dies ist für das gute Funktionieren des Abkommens sowie für die Beziehungen zwischen den Parteien wichtig.

49. Frage Was gilt im heutigen bilateralen Recht?

Die heute geltenden bilateralen Abkommen sehen für die Streitschlichtung praktisch einheitlich vor, dass Streitigkeiten auf der Ebene der Vertragsparteien (Schweiz – EU) im Gemischten Ausschuss besprochen werden. Da es sich bei den Gemischten Ausschüssen aber um diplomatisch-technische Gremien handelt, lassen sich Streitigkeiten auf diese Weise manchmal nicht erledigen. Im Gegensatz zum EWR fehlt im bilateralen Recht ein gerichtliches Element. Wenn sich der politisch agierende Gemischte Ausschuss nicht einig wird, besteht deshalb keine Möglichkeit, sich anschliessend zur Klärung der Streitfrage an ein Gericht zu wenden. Stattdessen kann die Streitigkeit u.U. jahrelang ungelöst im Gemischten Ausschuss hängen bleiben. Die in der 48. Frage erwähnte 8-Tage-Regel des schweizerischen Rechts ist hierfür ein illustratives Beispiel.

50. Frage Gibt es in der heutigen Praxis Schweiz - EU viele ungelöste Probleme?

In der Praxis können die meisten Anliegen, die in die Gemischten Ausschüsse getragen werden, gütlich erledigt werden. Das in der 48. Frage erwähnte Problem betreffend die Anerkennung der schweizerischen Fähigkeitssausweise der Chauffeurinnen und Chauffeure von Lastwagen über 3,5 Tonnen in Italien dürfte hierfür ein Beispiel sein:

Die Probleme mit der Anerkennung der schweizerischen Fähigkeitssausweise der Chauffeurinnen und Chauffeure von Lastwagen über 3,5 Tonnen in Italien waren in der Schweiz Gegenstand eines parlamentarischen Vorstosses. Der Bundesrat schrieb dazu u.a.: „Die zuständigen italienischen Behörden wurden über die Fälle mutmasslicher Nichtanerkennung informiert. Zudem wurde das Thema beim letzten Treffen des Gemischten Landverkehrsausschusses im Juni 2013 mit der Europäischen Kommission erörtert. Das Bundesamt für Strassen hat in einem Schreiben an das italienische Verkehrsministerium (Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) von Juli 2013 daran erinnert, dass die Anerkennung der schweizerischen Befähigungsausweise durch Italien gemäss dem Landverkehrsabkommen vorgesehen ist. Bundesrätin Doris Leuthard hat bei ihrem Besuch in Rom vom 5. und 6. September 2013 den italienischen Verkehrsminister Lupi ebenfalls auf das Thema angesprochen. Schliesslich steht die Schweizer Botschaft in Rom in regelmässigem Kontakt mit dem Verkehrsministerium. Seit der letzten Intervention von Frau Leuthard in Rom wurde der Bundesverwaltung kein weiterer Vorfall gemeldet.“ (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20133780>)

Nur selten kann ein Problem längerfristig nicht gelöst werden. Fälle wie die 8-Tage-Regel sind deshalb die Ausnahme.

51. Frage Worüber verhandeln nun die Schweiz und die EU mit Bezug auf die Streitschlichtung?

Die Schweiz und die EU verhandeln über die Einführung eines gerichtlichen Elements in das bereits bestehende Streitschlichtungssystem derjenigen bilateralen Abkommen, welche Gegenstand der Verhandlungen sind (siehe 13. Frage). Beide Seiten sind sich einig, dass zusätzlich zur Anrufung des Gemischten Ausschusses auch die Möglichkeit bestehen sollte, sich an ein Gericht zu wenden. Sie wollen mit anderen Worten dem politischen Element der Gespräche im Gemischten Ausschuss ein verbindliches, gerichtliches Element hinzufügen.

Die Streitschlichtung auf der politischen Ebene hat den Vorteil, dass sich die Parteien sozusagen ausserhalb einer Kampfarena im gemeinsamen Gespräch über den Fall austauschen und in gegenseitiger Annäherung nach einer einvernehmlichen Lösung suchen können. Das ist in den meisten Fällen erfolgreich. Allerdings kann hier eine Partei einseitig bewirken, dass ein Streit ungeschlichtet bleibt, indem sie sich einer Lösung dauerhaft widersetzt. Dadurch wird das System des bilateralen Rechts geschwächt, weil so der Unklarheit Vorschub geleistet wird. Eine gerichtliche Klärung bringt den vom Abkommen betroffenen Unternehmen und Einzelpersonen wertvolle Rechtssicherheit – hat aber natürlich aus subjektiver Sicht den Nachteil, dass dabei in der Regel eine der am Streit beteiligten Parteien verliert.

52. Frage Welche Gerichte sind für die Streitschlichtung theoretisch denkbar?

Rein theoretisch sind Gerichte auf unterschiedlichen Stufen und aus unterschiedlichen Kontexten denkbar. Im Verlauf der öffentlichen Diskussion in der Schweiz über die institutionellen Fragen wurden bisher etwa erwähnt: das Schweizerische Bundesgericht in Lausanne, der EuGH in Luxemburg, der EFTA-Gerichtshof – ebenfalls in Luxemburg – sowie ein speziell eingesetztes Schiedsgericht.

53. Frage Über welche gerichtliche Instanz wird zur Zeit für die Streitschlichtung verhandelt und warum?

Soweit es die Auslegung von bilateralrechtlichen Bestimmungen betrifft, die sich vom EU-Recht ableiten, geht es in den Verhandlungen über die Streitschlichtung ausschliesslich um den EuGH. Insbes. der EFTA-Gerichtshof stand in diesem spezifischen Zusammenhang nie zur Diskussion. Auch im EWR ist der EuGH die gerichtliche Streitschlichtungsinstanz. Der Grund hierfür liegt in der internen verfassungsrechtlichen Lage in der EU bzw. in der Rechtsprechung des EuGH zum institutionellen Rahmen von Abkommen, welche die EU mit Nichtmitgliedstaaten schliesst (wie z.B. das bilaterale

Recht). Diese Rechtsprechung betrifft jene Abkommen, die inhaltlich auf dem EU-Recht gründen (wie z.B. die bilateralen Marktzugangsabkommen, die sich – wie erwähnt – inhaltlich aus dem EU-Recht ableiten; siehe 5. Frage sowie 10. Frage). In diesen Fällen verlangt der Grundsatz der Autonomie der EU-Rechtsordnung, dass der EuGH die letztlich verbindliche Instanz zur Auslegung nicht nur des internen EU-Rechts, sondern auch der vom EU-Recht abgeleiteten Bestimmungen in den Abkommen ist. Andere Gerichte, einschliesslich Schiedsgerichte, kommen allenfalls dann in Frage, wenn sie ihrerseits EU-Rechtsfragen dem EuGH vorlegen, der darüber verbindlich entscheidet (wie z.B. im Assoziierungsabkommen zwischen der EU und der Ukraine, das allerdings mit den bilateralen Abkommen Schweiz - EU nicht vergleichbar ist).

Da die EU an die eigenen verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden ist, muss sie sich an diese Rechtsprechung halten. Für die an solchen Abkommen beteiligten Nichtmitgliedstaaten ist dies allerdings eine Herausforderung, da sie den EuGH nicht wie bei einem Schiedsgericht mit eigenen Richterinnen und Richtern besetzen können, die mit über Fachwissen zum schweizerischen Recht verfügen. Im EWR ist dieses Problem so gelöst worden, dass zwar der EuGH als gerichtliche Streitschlichtungsinstanz eingesetzt wird, dass er aber nur im beidseitigen Einverständnis der Parteien (z.B. Norwegen und der EU) angerufen werden kann. Damit ist den verfassungsrechtlichen Vorgaben der EU formal Genüge getan. Zugleich kann insbes. das am Streit beteiligte Nichtmitgliedland faktisch die Anrufung des EuGH verhindern. In der Praxis ist es im EWR bisher noch nie zu einem solchen Verfahren gekommen.

54. Frage Käme denn aus der EU-Logik der EFTA-Gerichtshof überhaupt je in Frage, und wenn ja, für welche (eingeschränkten) Fragestellungen?

Für die Streitschlichtung auf der obersten Ebene (Streitigkeiten zwischen den Parteien der Abkommen) kommt der EFTA-Gerichtshof aus der Sicht der EU nie in Frage. Die EU darf einer solchen Lösung aus den soeben erwähnten verfassungsrechtlichen Gründen nicht zustimmen (siehe 53. Frage).

Die Rolle des EFTA-Gerichtshofs ist eine andere: Im EWR-Recht ist er die gerichtliche Instanz im überstaatlichen Überwachungsverfahren, wenn sich das Problem in einem EWR/EFTA-Staat stellt. Ausserdem kann er von den Gerichten in Island, Liechtenstein und Norwegen um Vorabentscheidungen ersucht werden (siehe 16. Frage). Unter den aktuellen Mandaten im Verhältnis Schweiz – EU ist jedenfalls ein eigenständiges, überstaatliches Überwachungsverfahren nicht vorgesehen. Soweit bekannt, ist ein Vorabentscheidungsverfahren für schweizerische Gerichte bisher nicht Gegenstand der Verhandlungen (siehe 45. Frage).

55. Frage Weshalb ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) nicht im Gespräch?

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg ist ein Gericht des Europarates, nicht der EU. Er dient einzig der Durchsetzung der Europäischen Menschenrechtskonvention. Der Europarat ist eine von der EU verschiedene Organisation. Die Schweiz ist langjähriges Europaratsmitglied.

56. Frage Welches ist die institutionelle Stellung des EU-Gerichtshofs (EuGH) im internen System der Europäischen Union?

Der EuGH mit Sitz in Luxemburg ist das oberste Rechtsprechungsorgan der EU. Er besteht schon gut 60 Jahre. Ursprünglich wurde er für die Vorgängerorganisationen der EU geschaffen, nämlich die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS), die Europäische Gemeinschaft für Atomenergie (Euratom) und die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG, später Europäische Gemeinschaft, EG). Heute gibt es neben der EU von diesen drei Gemeinschaften nur noch Euratom.

Die Hauptaufgabe des EuGH ist nach Art. 19 EU-Vertrag die „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ (gemeint ist das Recht von EU und Euratom). Zu den verschiedenen Verfahren, welche vor dem EuGH im EU-Recht möglich sind, gehören u.a. das Vertragsverletzungsverfahren und das Vorabentscheidungsverfahren. Wichtig: Anders als z.B. der Menschenrechtsgerichtshof des Europarates (siehe 55. Frage) ist der EuGH nicht eine Höchstinstanz, an die z.B. Unternehmen in letzter Instanz gelangen können, wenn sie mit Urteilen der Gerichte im eigenen Land nicht einverstanden sind.

57. Frage Welche Rolle spielen Verfahren vor dem EuGH in den rechtlichen Aussenbeziehungen der EU?

In den rechtlichen Aussenbeziehungen der EU kann der EuGH grundsätzlich in drei Konstellationen eine Rolle spielen, nämlich dem Vorabentscheidungsverfahren, dem Vertragsverletzungsverfahren und dem Streitbeilegungsverfahren. Dies ist auch im EWR der Fall, für das Vorabentscheidungs- und das Vertragsverletzungsverfahren aber nur auf der Seite der EU. Für die EWR/EFTA-Staaten gibt es dort für diese Verfahren den EFTA-Gerichtshof (siehe 16. Frage).

Im Gegensatz dazu besteht für andere Abkommen – darunter auch das bilaterale Recht – das Vorabentscheidungs- und das Vertragsverletzungsverfahren normalerweise nur auf der Seite der EU, also für Fälle, die sich auf dem Gebiet der EU-Mitgliedstaaten zutragen (siehe nächste Frage).

58. Frage Welche Rolle spielen Verfahren vor dem EuGH heute schon im bilateralen Recht?

Die von der EU geschlossenen Abkommen mit Drittstaaten gehören für die EU zu ihrer internen Rechtsordnung. Aus diesem Grund sind mit Bezug auf solche Abkommen auf der Seite der EU die internen Verfahren gestützt auf das EU-Recht ebenfalls relevant, darunter insbes. das Vorabentscheidungs- und das Vertragsverletzungsverfahren. Dies gilt auch für das bilaterale Recht. Hinzu kommt hier der Sonderfall des Luftverkehrsabkommens, wo Verfahren vor dem EuGH gestützt auf das Abkommen, d.h. in diesem selbst, vorgesehen sind.

- **Vorabentscheidungsverfahren:**

Das EU-Vorabentscheidungsverfahren steht dann zur Verfügung, wenn eine bilateralrechtliche Streitigkeit vor einem Gericht eines EU-Mitgliedstaates ausgetragen wird.

Klagt also z.B. ein Schweizer Arbeitnehmer in einem EU-Land gegen seine dortige Arbeitgeberin wegen Verletzung des bilateralen Abkommens über die Personenfreizügigkeit und stellen sich diesbezügliche Fragen, so kann (bzw. je nachdem muss) das Gericht des betreffenden EU-Landes den EuGH um eine Vorabentscheidung ersuchen. Der EuGH fällt eine Auslegungsentscheidung und sendet diese zurück an das Gericht, welches gestützt darauf den ihm vorliegenden Fall entscheidet.

Umgekehrt ist dies in der Schweiz nicht möglich. Für schweizerische Gerichte gibt es nach heutigem Recht keine Möglichkeit, eine solche Vorabentscheidung einzuholen. Soweit bekannt, ist die Einführung eines solchen Verfahrens auf der Seite der Schweiz bisher auch nicht Gegenstand der laufenden Verhandlungen über die institutionellen Fragen (siehe 45. Frage).

- **Vertragsverletzungsverfahren:**

Das EU-Vertragsverletzungsverfahren steht dann zur Verfügung, wenn ein EU-Mitgliedstaat des bilaterale Recht nicht einhält. In diesem Fall kann die EU-Kommission den Fall aufgreifen, untersuchen und letztlich vor den EuGH bringen. Umgekehrt besteht in der Schweiz kein entsprechendes, überstaatliches Verfahren. Seine Einführung ist ausdrücklich nicht Gegenstand der laufenden Verhandlungen über die institutionellen Fragen (siehe 22. Frage).

- **Der besondere Fall des bilateralen Luftverkehrsabkommens mit der Schweiz:**

Schliesslich gibt es im geltenden bilateralen Recht zwischen der Schweiz und der EU einen Sonderfall. Er betrifft das Luftverkehrsabkommen. Nach den Bestimmungen dieses Abkommens ist für gewisse Fragen die Europäische Kommission (also die Verwaltungsbehörde der EU) zuständig. Sie erlässt Entscheidungen, welche durch den EuGH gerichtlich überprüft werden können. Es gibt mit anderen Worten schon jetzt eine Konstellation, wo der EuGH im bilateralen Recht direkt entscheidet (wenn auch in einem anderen Zusammenhang als dem der formellen Streitbeilegung). Ein Mechanismus wie im Luftverkehrsabkommen steht in den laufenden Verhandlungen über die institutionellen Fragen nicht zur Diskussion.

Keine Rolle spielt der EuGH im geltenden bilateralen System dagegen im Streitbeilegungsverfahren. Dies ist Gegenstand der laufenden Verhandlungen.

Für eine graphische Darstellung der wichtigsten Verfahren im heutigen bilateralen Recht siehe Anhang III.

59. Frage Wie würde das neue Streitschlichtungsverfahren ablaufen?

Auch in einem erneuerten institutionellen System würde eine Streitigkeit über die Auslegung und die Anwendung der bilateralen Abkommen zuerst dem für das Abkommen zuständigen Gemischten Ausschuss vorgelegt. Kann dort keine Lösung gefunden, so soll neu mit dem EuGH ein gerichtliches Element zur Verfügung stehen.

60. Frage Wer kann nach jetzigem Verhandlungsstand im Streitbeilegungsmechanismus an den EuGH gelangen?

Im Vergleich zum EWR liegt die Besonderheit in den laufenden Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU darin, dass im neuen Streitbeilegungsmechanismus für die bilateralen Marktzugangsabkommen *eine Partei* (Schweiz oder EU) *allein, also einseitig*, von einer Partei den EuGH anrufen können soll.

Zwar dachte die EU am Anfang an ein System wie im EWR, wo der EuGH nur zum Zug kommt, wenn ihn beide Parteien anrufen wollen. Diese Lösung wäre aber Teil eines grösseren Systems gewesen, zu dem alle vier institutionellen Elemente des EWR gehören (siehe 16. Frage). Weil die Schweiz ein eigenständiges, überstaatliches Überwachungsverfahren ablehnt, wird nun stattdessen über ein Alternativmodell ohne ein solches Verfahren, dafür aber mit einseitiger Anrufbarkeit des EuGH im Streitbeilegungsverfahren verhandelt. Die schweizerische Seite ist der Auffassung, dass dies innenpolitisch weniger problematisch sei als ein überstaatliches Überwachungsverfahren. Die EU kann diesem Alternativmodell wohl nicht zuletzt darum zustimmen, weil eine einseitige Anrufung des EuGH im Rahmen der Streitbeilegung faktisch ähnlich eingesetzt werden könnte wie ein Überwachungsverfahren.

61. Frage Welche praktischen Vorteile sieht der Bundesrat im System der einseitigen Anrufbarkeit?

Der Bundesrat scheint hier v.a. an den Fall zu denken, wo die Schweiz sich über eine Verletzung eines bilateralen Abkommens in einem EU-Land beklagen möchte, z.B. durch ein Gesetz jenes Landes. In einer solchen Konstellation könnte die Schweiz das Problem in den Gemischten Ausschuss tragen und, wenn dort keine für sie befriedigende Lösung erreicht wird, an den EuGH gelangen. Entscheidet der EuGH im Sinne der von der Schweiz vertretenen Auslegung des Abkommens, so ist diese Auslegung auch für die EU verbindlich. In der Praxis wird dann versucht, im Gemischten Ausschuss gestützt auf den Gerichtsentscheid eine für beide Parteien akzeptable Lösung auszuhandeln. Z.B. könnte man sich darauf einigen, dass der betroffene EU-Mitgliedstaat sich verpflichtet, sein Gesetz innert einer gewissen Frist zu ändern. Insofern bietet ein Streitbeilegungsmechanismus mit einer einseitigen Anrufbarkeit des EuGH der Schweiz eine Handhabe gegenüber den EU-Mitgliedstaaten.

Im Fall eines Überwachungsverfahrens wäre dies nicht in gleichem Masse der Fall. Dort könnte man sich zwar bei der für das Verfahren zuständigen, überstaatlichen Verwaltungsbehörde beschweren, doch läge es im Ermessen dieser Behörde, ob sie ein Verfahren einleiten will.

62. Frage Welche Bestimmungen eines Abkommens würde der EuGH als gerichtliche Instanz im Streitbeilegungssystem auslegen?

Zu den laufenden Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU über ein erneuertes institutionelles System gehört u.a. die Frage, für welche Arten von Bestimmungen eines Abkommens der EuGH als gerichtliche Instanz im Streitbeilegungssystem zuständig sein soll. Geht es dabei „nur“ um diejenigen Vorschriften des Abkommens, die inhaltlich auf dem EU-Recht beruhen, oder auch um alle anderen Arten von Vorschriften, also auch solche, die im EU-Recht kein Vorbild finden? Dem Vernehmen nach hätte die EU gerne Letzteres. Sie möchte damit sicherstellen, dass für alle Streitigkeiten zwischen der Schweiz und der EU bzw. ihren Mitgliedstaaten, die sich aus den bilateralen Abkommen ergeben, ein überstaatliches Gericht zur Verfügung steht. Nach der Auffassung der Schweiz kann

der EuGH hingegen nur für die Auslegung von EU-Recht zuständig sein, und damit nur von bilateralrechtlichen Vorschriften, die inhaltlich auf dem EU-Recht beruhen.

Ein Beispiel für eine nicht unmittelbar aus dem EU-Recht abgeleitete Vorschrift wäre die Regelung im Abkommen über die Personenfreizügigkeit über die sog. Ventilklausel. Sie konnte (bzw. kann mit Bezug auf die Zuwanderung aus Rumänien und Bulgarien noch immer) während einer Übergangszeit zur Begrenzung der Zuwanderung angerufen werden, wenn die Zuwanderung vorher einen gewissen Schwellenwert überstiegen hat. Die Schweiz wandte diese Klausel mehr als einmal an. Beim ersten Mal war die EU der Auffassung, dass die im Abkommen dafür festgelegten Bedingungen nicht erfüllt waren.

63. Frage Wer entscheidet in einem solchen System letztlich über den Streit?

Hat der EuGH eine Entscheidung über die zutreffende Auslegung des Abkommens getroffen, nimmt der Gemischte Ausschuss die Angelegenheit wieder auf und versucht, in Anbetracht der EuGH-Entscheidung eine einvernehmliche Lösung zu finden. Rechtlich entscheidet somit der Gerichtshof über die richtige Auslegung und politisch der Gemischte Ausschuss darüber, wie die Auslegung im Entscheid auf den konkreten Streitfall angewendet wird.

Als Beispiel könnte der bereits erwähnte Streitfall über die 8-Tage-Regel dienen (siehe 48. Frage). Dieser Streitfall liegt seit Jahren ungelöst beim Gemischten Ausschuss, der für das Freizügigkeitsabkommen zuständig ist. In einem Streitschlichtungsmechanismus, wie er zur Zeit Gegenstand der Verhandlungen ist, könnte die EU den Streit einseitig vor den EuGH bringen. Es sind nun folgende Szenarien denkbar:

Szenario 1: Der EuGH gelangt zum Schluss, dass das Freizügigkeitsabkommen eine gesetzliche Regelung wie die zur Diskussion stehende zulässt. Nach Erlass dieser Entscheidung nimmt der Gemischte Ausschuss die Angelegenheit wieder auf. Hier wird die EU die Entscheidung akzeptieren, und die Schweiz ist darüber erleichtert. Der Gemischte Ausschuss kann die Streitigkeit formell beilegen.

Szenario 2: Der EuGH gelangt zum Schluss, dass das Freizügigkeitsabkommen eine gesetzliche Regelung wie die zur Diskussion stehende verbietet. Nach Erlass dieser Entscheidung nimmt der Gemischte Ausschuss die Angelegenheit wieder auf. Die Schweiz ist bereit, ihr Recht im Lichte der EuGH-Entscheidung zu ändern. Sie sagt also im Gemischten Ausschuss zu, die 8-Tage-Regel abzuschaffen oder durch eine Regelung zu ersetzen, die ihren Interessen gleichwertig Rechnung trägt. Die EU stimmt zu; der Gemischte Ausschuss kann die Streitigkeit beilegen.

Szenario 3: Ausgangspunkt gleich wie bei Szenario 2 - der EuGH gelangt zum Schluss, dass das Freizügigkeitsabkommen eine gesetzliche Regelung wie die zur Diskussion stehende verbietet. Nach Erlass dieser Entscheidung nimmt der Gemischte Ausschuss die Angelegenheit wieder auf. Die Schweiz ist aber nicht bereit, ihr Recht im Lichte der EuGH-Entscheidung zu ändern. Aus diesem Grund kann der Gemischte Ausschuss die Streitigkeit nicht im gegenseitigen Einverständnis beilegen; der Streit bleibt ungelöst. Zu den möglichen Folgen siehe 65. Frage.

64. Frage Ist die EuGH-Entscheidung in einem solchen System rechtlich verbindlich?

Die Schweiz und die EU sind sich mittlerweile darin einig, dass eine Entscheidung des EuGH im Streitbeilegungsverfahren für die Parteien verbindlich wäre. Der Bundesrat sprach in einer Anfangsphase der Verhandlungen noch von „einem autoritativen Gutachten“, ist aber inzwischen davon abgekommen.

Für die EU ergibt sich die Verbindlichkeit aus EuGH-Rechtsprechung zu den rechtlichen Aussenbeziehungen der EU. Die massgeblichen Entscheide zeigen, dass die Verbindlichkeit nicht nur für die Parteien je für sich besteht, sondern auch für den Gemischten Ausschuss, in dem die Parteien zusammen Probleme lösen sollen. Wie gross dort der Spielraum zur Verhandlung einer Lösung bleibt, die dem Gerichtsentscheid Rechnung trägt, müsste die Praxis zeigen.

Da der Gemischte Ausschuss ein politisches Gremium ist, können die Parteien in der Praxis nicht gezwungen werden, sich dort zu einigen. Es ist deshalb denkbar, dass sich die Seite, die sich im Gerichtsverfahren mit ihren Argumenten nicht durchsetzen konnte, im Gemischten Ausschuss aus politischen Überlegungen einer Einigung im Lichte der EuGH-Entscheidung widersetzt und damit eine definitive, politische Lösung verhindert. Der Schweizer Bundesrat geht davon aus, dass dies im konkreten Fall eher die Schweiz als die EU wäre, da die EU bereits nach ihrem internen Recht dazu verpflichtet ist, die Verbindlichkeit der EuGH-Rechtsprechung zu anerkennen, und dies in der Praxis auch tut.

65. Frage Was geschieht, wenn sich eine Partei im Gemischten Ausschuss einer Lösung auf der Linie der verbindlichen Auslegung des EuGH widersetzt?

Gegenstand der laufenden Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU sind nicht zuletzt die Folgen, wenn eine Partei im Gemischten Ausschuss die Verbindlichkeit der Auslegung des Abkommens durch den EuGH nicht anerkennen will bzw. nicht zu einer Lösung des Streits aufgrund dieser Auslegung Hand bieten will (siehe 63. Frage, Szenario 3). Dem Vernehmen nach sollen hierfür „angemessene Ausgleichsmassnahmen“ vorgesehen werden, welche die andere Partei ergreifen darf.

66. Frage Und wer beurteilt die Angemessenheit von Ausgleichsmassnahmen?

Die Partei, welche die EuGH-Rechtsprechung im Gemischten Ausschuss nicht befolgen wollte, könnte den Standpunkt einnehmen, die von der anderen Partei getroffenen Ausgleichsmassnahmen seien der Sachlage nicht angemessen und damit unverhältnismässig. Diese Partei könnte dann die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Ausgleichsmassnahme verlangen. Für diesen Fall wäre die Einsetzung eines Schiedsgerichtes auch aus der Sicht des EU-Verfassungsrechts zulässig. Dem Vernehmen nach wird in den Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU auch darüber gesprochen, v.a. in neuerer Zeit.

67. Frage Gibt es im heutigen bilateralen Recht bereits Abkommen mit Bestimmungen über Schiedsverfahren?

Ja, Schiedsverfahren kommen in drei Abkommen vor. Im Zusammenhang mit den Verhandlungen zu den institutionellen Fragen ist das Zollabkommen das beste Beispiel. Es sieht das vor, was zur Zeit auch in den Verhandlungen über die institutionellen Fragen besprochen wird, nämlich die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens, wenn es um die Angemessenheit von Ausgleichsmassnahmen geht.

Art. 29 Abs. 3 des Zollabkommens bestimmt:

„Die Tragweite und die Dauer der oben genannten Massnahmen sind auf das notwendige Mass zu beschränken, das zur Regelung des Falls und zur Gewährleistung eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen den Rechten und Verpflichtungen aus diesem Abkommen erforderlich ist. Die Vertragsparteien können den Gemischten Ausschuss bitten, Konsultationen hinsichtlich der Verhältnismässigkeit dieser Massnahmen vorzunehmen und gegebenenfalls zu beschließen, eine diesbezügliche Streitigkeit dem in Anhang III vorgesehenen Schiedsverfahren zu unterziehen. Auslegungsfragen zu Bestimmungen, die sich mit den entsprechenden Bestimmungen des [Unions-]rechts decken, können nicht in diesem Rahmen geklärt werden.“

Zwei ältere Abkommen, nämlich das Kernfusionsabkommen und das Versicherungsabkommen, enthalten ebenfalls Schiedsklauseln. Vor allem jene im Versicherungsabkommen geht inhaltlich weiter als das Zollabkommen; sie ist nicht auf die Frage der Angemessenheit von Ausgleichsmassnahmen beschränkt. Diese Abkommen wurden geschlossen, bevor sich in der EU die einschränkende EuGH-Rechtsprechung zu Schiedsgerichten entwickelte. Aus rechtlicher Sicht könnte die EU heute hier der praktischen Einsetzung eines Schiedsgerichts nur noch in einem eingeschränkten Rahmen zustimmen.

68. Frage Welche Kritik wird in der Schweiz im Zusammenhang mit der Streitschlichtung vorgebracht?

Hier geht es v.a. darum, dass der EuGH institutionell das Gericht der EU ist und damit in einem bilateralrechtlichen Streitfall als das Gericht der Gegenpartei empfunden werden könnte, auch wenn die Richterinnen und Richter am EuGH unabhängig sind und nicht etwa die Interessen ihrer Länder oder der EU vertreten.

Wie oben erwähnt (siehe 53. Frage), kann die EU aus internen, verfassungsrechtlichen Gründen einem anderen Gericht nicht zustimmen, soweit es um die Auslegung von bilateralem Recht geht, das dem EU-Recht entspricht. Der Ablehnung des „fremden“ Gerichts liesse sich theoretisch begegnen, wenn der EuGH – gleich wie im EWR – nur gestützt auf das Einverständnis beider Parteien angerufen werden könnte. Allerdings ist dies nicht die Basis der laufenden Verhandlungen. Um hier einen anderen Weg einzuschlagen, müssten auf beiden Seiten – Schweiz und EU – die Mandate (siehe 19. Frage – 22. Frage) geändert werden. Dieses Vorgehen entspricht jedoch nicht der

gängigen Praxis, würde sehr viel Zeit beanspruchen und keineswegs mit Sicherheit zur Verabschiedung neuer und anders ausgerichteter Mandate führen. Üblicherweise wird deshalb so lange auf der Basis der bestehenden Mandate verhandelt, bis entweder ein Ergebnis erzielt wird oder aber die Verhandlungen unrettbar festgelaufen sind.

VII. AUSBLICK

Ausblick:

Die Verhandlungen sind noch im Gange. Ein Abschluss des Abkommens müsste nach den Vorschriften der Schweizerischen Bundesverfassung erfolgen. Ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem „Brexit“ besteht nicht, doch stellen sich dort ähnliche Fragen.

69. Frage Wie geht es jetzt weiter?

Die Verhandlungen über die institutionellen Fragen zwischen der Schweiz und der EU laufen seit dem Mai 2014. Über viele Punkte ist offenbar Einigung erzielt worden. In Verhandlungen gilt allerdings der Grundsatz, dass offiziell so lange nichts vereinbart ist, bis alle Punkte vereinbart worden sind („*nothing is agreed until everything is agreed*“). Es bleibt daher abzuwarten, ob eine vollständige Einigung erreicht und das institutionelle Rahmen- bzw. Konsolidierungsabkommen unterzeichnet werden kann. Für die Unterzeichnung ist in der Schweiz der Bundesrat zuständig. Das Abkommen müsste anschliessend vom Bundesparlament genehmigt werden. Ist dies erfolgt, so würde sich als letzter Schritt die Frage nach dem Referendum stellen.

In der Rechtswissenschaft wird z.T. argumentiert, eine Unterstellung unter den EuGH hätte die obligatorische Durchführung eines Staatsvertragsreferendums (Volksabstimmung) zur Folge – wobei offen ist, wann genau eine solche Unterstellung vorläge. Nach der Überzeugung des Bundesrates liegt im Modell, über das zur Zeit verhandelt wird, eine Unterstellung unter den EuGH gerade nicht vor, weil dieser im neu organisierten Streitschlichtungsmechanismus formal nicht über das Verhalten der Schweiz urteilen würde. Auf jeden Fall wäre aber ein fakultatives Referendum möglich (Verlangen einer Volksabstimmung von mindestens 50'000 Stimmberechtigten oder von 8 Kantonen).

70. Frage Schliesslich: Besteht ein Zusammenhang mit dem „Brexit“?

Zwischen den zur Zeit laufenden Verhandlungen zwischen dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland (VK) und der EU über den Austritt des VK aus dem EU („Brexit“) einerseits und den Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU über die institutionellen Fragen andererseits besteht kein unmittelbarer Zusammenhang. Zum Teil stellen sich aber ähnliche Fragen. Dies betrifft v.a. den Fall, dass das VK für die Zeit nach dem Austritt mit der EU ein neues Abkommen schliesst, welches Binnenmarktelemente enthält. In einen solchen Fall wird die EU für dieses Abkommen gleich wie im Fall der Schweiz einen institutionellen Rahmen wünschen, der Homogenität mit dem EU-Recht gewährleistet. Ein künftiges institutionelles Abkommen mit der Schweiz könnte insofern Modellcharakter haben.

ANHANG I: ÜBERBLICK ÜBER DIE WICHTIGSTEN BILATERALEN ABKOMMEN

Bilaterales Recht Schweiz-EU

2 Die bilateralen Abkommen

Bilaterale Abkommen: Überblick

Chart BilA | 8

Thema:

Die Schweiz hat seit den 1950er Jahren mit den Europäischen Gemeinschaften bzw. mit der Europäischen Union weit über 100 sog. bilaterale Abkommen abgeschlossen. Diese Abkommen betreffen sowohl wirtschaftliche als auch andere Themenbereiche.

Bilaterale Abkommen Schweiz - EU (ursprünglich Europäische Gemeinschaften)

Wichtige Änderungen betr. die Parteien: Am 1.11.1993 wurde die EWG in EG umbenannt; am 1.12.2009 trat die EU an die Stelle der EG. Die EGKS wurde am 23.7.2002 durch Vertragsablauf aufgelöst. (Euratom besteht fort.)

Im Wesentlichen drei Phasen bzw. drei Generationen von Abkommen

Phase 1: 1956–1972 Anfangsphase

- Insbesondere:
- 1956 CH-Hohe Behörde der EGKS: Konsultationsabkommen (nicht mehr in Kraft)
 - 1956 CH-EGKS: Eisenbahntarife (nicht mehr in Kraft)
 - 1967 CH-EWG: Handel mit Käse
 - 1967 CH-EWG: Handel mit Uhren

Phase 2: 1972–1993 Verstärkter Bilateralismus

- Insbesondere:
- 1972 CH-EWG: Freihandelsabkommen (FHA)
 - 1972 CH-Mitgliedstaaten der EGKS: Handel (nicht mehr in Kraft)
 - 1978 CH-Euratom: Kooperation (KernfusionsA)
 - 1985 CH-EWG: Handel mit Suppen, Sossen und Würzmitteln
 - 1986 CH-EGKS/Euratom/EWG: Forschung
 - 1989 CH-EWG: Versicherungsabkommen (VersA)
 - 1990 CH-EWG: Güterverkehr (nicht mehr in Kraft)
 - 1992 CH-EWG: Transitverkehr (nicht mehr in Kraft)

Wichtige politische Entwicklungen in der Schweiz

- 26.5.1992: Bundesrat stellt bei den Europäischen Gemeinschaften ein «Beitrittsgesuch» (Brief über Aufnahme von Beitrittsgesprächen)
- 6.12.1992: Volk und Stände lehnen EWR-Beitritt ab

Folgen:

- «Beitrittsgesuch» auf Eis
- Fortsetzung des bilateralen Weges *plus* selektiv autonomer Nachvollzug von EU-Recht (einseitige Anpassung an das EU-Recht)
- [2016: formeller Rückzug des «Beitrittsgesuchs»]

Phase 3: seit 1993 Ausweitung und Vertiefung

- 1999 «Bilaterale I» (mit Guillotineklausele):**
- Freizügigkeit (FZA): Personen, Dienstleistungen (Erweiterungsprotokolle 2004, 2008, 2016)
 - Luftverkehr (LVA)
 - Landverkehr (LandVA)
 - Landwirtschaftsprodukte (AgrarA)
 - Konformitätsbewertungen (KonfBA)
 - Öffentl. Beschaffungswesen (ÖffBA)
 - Forschung (2x erneuert, 2014 z.T., 2016 voll)

- 2004 «Bilaterale II»:**
- Schengenassoziation: Abschaffung von Grenzkontrollen (SAA)
 - Dublinassoziation: Asylzuständigkeit (DAA)
 - Zinsbesteuerung, 2015 geändert und umbenannt: automatischer Informationsaustausch (AIA)
 - Betrugsbekämpfung
 - Verarbeitete Landwirtschaftsprodukte (ändert ein Protokoll zum FHA)
 - Umwelt
 - Statistik
 - Medien (1x erneuert, 2014 nicht erneuert)
 - Ruhegehälter (EU-Beamte)

- Seither weitere Abkommen, z.B.:**
- 2009 Zollerleichterungen und -sicherheit (ZollA)
 - 2010 Bildung, Berufsbildung, Jugend (2014 nicht erneuert)
 - 2011 Geschützte Ursprungsbezeichnungen und geographische Angaben (GUB/GGA-A; Anhang zum AgrarA)
 - 2013 Satellitennavigation
 - 2013 Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden (WettbA)
 - 2014: Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO)

- + Plus in der Schweiz selektiv autonomer Nachvollzug; siehe **Tafel 9**

ANHANG II: INSTITUTIONELLES ZWEISÄULENSYSTEM DES EWR

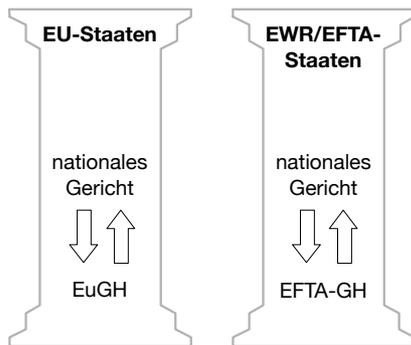
EWR: Homogenität in Auslegung und Anwendung

Sicherung der Homogenität des EWR-Rechts mit dem EU-Recht in Auslegung und Anwendung

3 unterschiedliche Szenarien und Mechanismen:

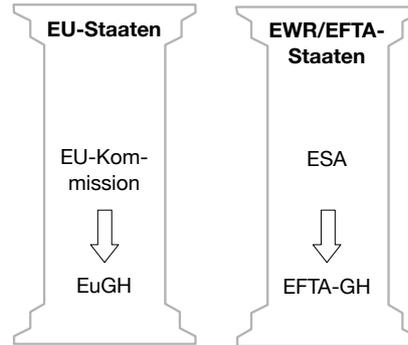
SZENARIO 1: Streitfälle vor nationalen Gerichten

Zwei-Säulen-System mit unterschiedlichen Mechanismen in den EU-Staaten und den EWR/ EFTA Staaten: **Vorabentscheidung** an unterschiedliche überstaatliche Gerichte



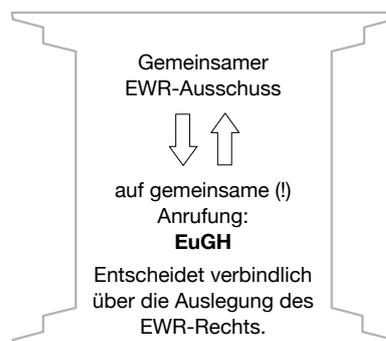
SZENARIO 2: Beanstandungen einer übernationalen Verwaltungsbehörde

Zwei-Säulen-System mit unterschiedlichen Mechanismen in den EU-Staaten und den EWR/ EFTA Staaten: **Vertragsverletzungsverfahren** vor unterschiedlichen übernationalen Behörden und Gerichten



SZENARIO 3: Streitfälle unmittelbar zwischen den Vertragsparteien

Ein-Säulen-System mit einheitlichem Mechanismus für die EU (und ihre Mitgliedstaaten) und die EWR/EFTA-Staaten



ANHANG III: STATUS QUO IM BILATERALEN RECHT MIT BEZUG AUF VERSCHIEDENE VERFAHREN

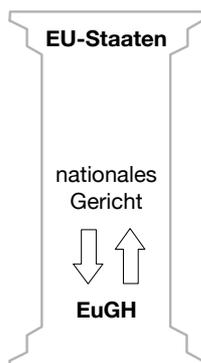
Vergleich mit dem bilateralen Recht Schweiz–EU

Status quo für das bilaterale Recht

3 unterschiedliche Szenarien und Mechanismen:

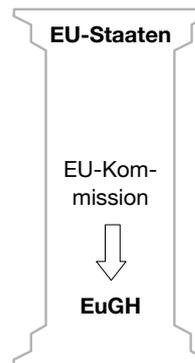
SZENARIO 1: Streitfälle vor nationalen Gerichten

- Vorabentscheidungsverfahren auf der Seite der EU-Staaten.
- Keine Entsprechung auf der Seite der Schweiz (nur innerstaatliche Verfahren).



SZENARIO 2: Beanstandungen einer übernationalen Verwaltungsbehörde

- Vertragsverletzungsverfahren auf der Seite der EU-Staaten.
- Keine Entsprechung auf der Seite der Schweiz (keine übernationale Überwachung).



SZENARIO 3: Streitfälle unmittelbar zwischen den Vertragsparteien

Einheitlicher Mechanismus für die EU und die Schweiz ohne überstaatliches gerichtliches Element.

