Tobler/Beglinger-Brevier zum institutionellen Abkommen Schweiz - EU

Ausgabe 2019-01.2

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

Stand: 15. Januar 2019

Die Schweiz und die Europäische Union (EU) verhandeln seit dem Frühling 2014 über ein „institutionelles Rahmenabkommen" zu wichtigen Teilen des bilateralen Rechts. Man spricht auch von den „institutionellen Fragen", einem „institutionellen Abkommen", einem „Konsolidierungsabkommen" und – seit Anfang 2018 – manchmal auch von einem „Marktzugangsabkommen". Die Terminologie ist uneinheitlich. Im Dezember 2018 veröffentlichte der Bundesrat den zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Verhandlungstext und kündigte öffentliche Konsultationen an.

Das Thema erscheint regelmässig in den Medien und ist z.T. 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 aus einer rechtlichen Perspektive 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 7

1. Frage Was ist das bilaterale Recht? 7
2. Frage Wie verhält sich das bilaterale Recht zum sog. *„acquis communautaire"* der EU? 8
3. Frage Was sind im bilateralen Recht die „institutionellen Fragen"? 8
4. Frage Wie sieht der institutionelle Rahmen im heutigen bilateralen Recht aus? 8
5. Frage Wie viele bilaterale Abkommen gibt es und um welchen Teil davon geht es bei den Verhandlungen über die institutionellen Fragen? 8

* Prof. Dr. Christa Tobler, LLM, 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.

6. Frage Warum kam es zwischen der Schweiz und der EU zu Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen? 9
7. Frage Braucht die Schweiz ein neues institutionelles Abkommen? 9

II. INSTITUTIONELLE MODELLE 10

8. Frage Was ist das Grundanliegen der EU mit Bezug auf die institutionellen Fragen? 10
9. Frage Was genau versteht man unter einer Binnenmarktassoziation? 10
10. Frage Kennt auch die Schweiz eine Binnenmarktregelung zwischen den Kantonen? 11
11. Frage Was ist das Grundanliegen des Bundesrats mit Bezug auf die institutionellen Fragen? 11
12. Frage Auf welche Art von bilateralen Abkommen bezieht sich der neue institutionelle Rahmen? 11
13. Frage Geht es dabei nur um künftige oder auch um bereits bestehende bilaterale Abkommen? 11
14. Frage Welche Bereiche soll das neue institutionelle Abkommen regeln? 12
15. Frage Gab es ein Vorbild für die Lösung der institutionellen Fragen? 12
16. Frage Wie sind im EWR die vier institutionellen Elemente geregelt? 13
17. Frage Welche Rolle spielen die EU-Organe im institutionellen System des EWR? 13
18. Frage Wie steht der Schweizer Bundesrat zu den vier institutionellen Punkten? 14

III. BISHERIGER VERLAUF 15

19. Frage Auf welcher Grundlage werden die Verhandlungen geführt? 15
20. Frage Wie wurden die Mandate für die Verhandlungen über die institutionellen Fragen vorbereitet? 15
21. Frage Wann wurden die Mandate verabschiedet? 15
22. Frage Wurde das Verhandlungsmandat des Bundesrats veröffentlicht? 15
23. Frage Was ist mit den „roten Linien“ des Bundesrats gemeint, von denen manchmal die Rede ist? 15
24. Frage Was ist die gemeinsame Basis der Mandate? 15
25. Frage Sind jegliche Fragen der Überwachung von den institutionellen Verhandlungen ausgeklammert? 16
26. Frage Änderten sich die Verhandlungsthemen im Verlauf der Zeit? 16
27. Frage Was weiss man über den Verlauf der Verhandlungen? 16
28. Frage Ist der Verhandlungstext des institutionellen Abkommens (InstA) bekannt? 16

IV. AUFDATIERUNG DER BILATERALEN ABKOMMEN 18

1. Aufdatierung im Allgemeinen 18
29. Frage Was versteht man unter „Aufdatieren“ und was ist der Nutzen? 18
30. Frage Ist dies dasselbe wie der sog. autonome Nachvollzug? 18
31. Frage Was gilt im heutigen bilateralen Recht bezüglich des Aufdatierens? 18
32. Frage Was genau ist ein Gemischter Ausschuss? 19
33. Frage Welche bestehenden bilateralen Abkommen sehen heute schon bei Verweigerung der Aufdatierung Rechtsfolgen vor? 19
34. Frage Es gibt also heute sowohl statische als auch dynamische Abkommen? 19
35. Frage Kann die Schweiz auf neues EU-Recht Einfluss nehmen? 20
36. Frage Was sieht nun der Entwurf für das InstA mit Bezug auf das künftige Aufdatieren vor? 21
37. Frage Um welche Art des Aufdatierens geht es dabei, automatisch oder dynamisch? 21
38. Frage Wäre bei dynamischem Aufdatieren das schweizerische demokratische Verfahren gefährdet? 21
39. Frage Wann besteht eine Verpflichtung zum dynamischen Aufdatieren? 21
40. Frage Wieviel Zeit verbleibt den betroffenen natürlichen Personen und Unternehmen in der Schweiz, um sich auf eine bevorstehende Aufdatierung vorzubereiten? 21
41. Frage Was geschieht, wenn eine Partei in einem konkreten Fall die dynamische Aufdatierung verweigert? 22
42. Frage Welche Kritik wird gegenüber dem dynamischen Aufdatieren vorgebracht? 22

2. Insbesondere: kontroverse Aspekte der Aufdatierung im Bereich des Freizügigkeitsabkommens 22
43. Frage Welche wichtigen Punkte sind zur Zeit ungelöst? (Stand: Januar 2019) 22

a. EU-Unionsbürgerrichtlinie 23
44. Frage Was regelt die Unionsbürgerrichtlinie (UBRL)? 23
45. Frage Was hat die UBRL mit dem bilateralen Freizügigkeitsabkommen zu tun? 23
46. Frage Ist die UBRL ein Thema der heutigen institutionellen Verhandlungen? 23
47. Frage Welche Neuerungen in der UBRL erachtet der Bundesrat als besonders heikel? 24
48. Frage Was sieht der Entwurf für das InstA mit Bezug auf die UBRL vor? 24
49. Frage Zum Vergleich: Wie ist diese Thematik im EWR geregelt? 24
50. Frage Könnte die Schweiz in Sachen UBRL vom EWR lernen? 26

51. Frage Lassen sich in der UBRL denn Freizügigkeits- und Unionsbürgerelemente gut unterscheiden? 26
b. Flankierende Massnahmen (FlaM) 26
52. Frage Worum geht es bei den sog. flankierenden Massnahmen der Schweiz? 26
53. Frage Wer ist in der Schweiz zuständig für die Umsetzung der FlaM? 26
54. Frage Ist die EU gegen die schweizerischen FlaM? 26
55. Frage Was ist die schweizerische Kautionspflicht und warum ist sie umstritten? 26
56. Frage Was ist die 8-Tage-Regel und warum ist sie umstritten? 27
57. Frage Was sagt das bilaterale Freizügigkeitsabkommen über die Entsendung und über Arbeitsschutzmassnahmen? 27
58. Frage Was sagt das modernisierte EU-Recht über den Schutz der entsandten Arbeitskräfte? 27
59. Frage Was sagt das modernisierte EU-Recht über die Durchsetzung der Schutzvorschriften? 28
60. Frage Wie lassen sich Verfahren und Sanktionen im Zusammenhang mit Schutzmassnahmen grenzüberschreitend durchsetzen? 29
61. Frage Was hat die modernisierte EU-Entsendegesetzgebung mit dem bilateralen Freizügigkeitsabkommen zu tun? 29
62. Frage Ist die Entsendung ein Thema der institutionellen Verhandlungen? 29
63. Frage Was sieht der Entwurf für das InstA mit Bezug auf die FlaM vor? 29
64. Frage Zum Vergleich: Wie ist die Entsendung im EWR geregelt? 29
c. Änderung des EU-Sozialversicherungsrechts mit Blick auf Grenzgängerinnen und Grenzgänger 30
65. Frage Worum geht es beim EU-Sozialversicherungsrecht? 30
66. Frage Was gilt heute in der EU für Grenzgängerinnen und Grenzgänger? 30
67. Frage Was soll in Zukunft in der EU gelten? 30
68. Frage Was hat dies mit dem bilateralen Recht zu tun? 30
69. Frage Warum erachtet der Bundesrat die geplanten Neuerungen als heikel? 31
70. Frage Was sieht der Entwurf für das InstA mit Bezug auf die Grenzgängerproblematik vor? 31
71. Frage Inwiefern könnte die EU der Schweiz in dieser Frage entgegenkommen? 31
72. Frage Zum Vergleich: Wie ist diese Frage im EWR geregelt? 31
3. Insbesondere: staatliche Beihilfen 31
73. Frage Gibt es mit Bezug auf das Aufdatieren auch noch weitere, kontroverse Themen? 31
74. Frage Worum geht es bei den staatlichen Beihilfen? 31
75. Frage Was hat dieses Thema mit den institutionellen Verhandlungen zu tun? 31
76. Frage Enthält der Entwurf für das InstA nun inhaltliche Vorgaben für das Beihilfeverbot? 32
77. Frage Warum ist das Thema für die Schweiz heikel? 32

V. AUSLEGUNG DER BILATERALEN ABKOMMEN 33

78. Frage Was versteht man im Recht unter Auslegung? 33
79. Frage Gelten für internationale Abkommen besondere Auslegungsgrundsätze? 33
80. Frage Wer legt Recht aus? 33
81. Frage Warum spricht man von einer parallelen Auslegung und was ist der Nutzen davon? 33
82. Frage Was gilt im heutigen bilateralen Recht? 34
83. Frage Worüber haben nun die Schweiz und die EU mit Bezug auf die Auslegung verhandelt? 34
84. Frage Was sieht der Entwurf für das InstA mit Bezug auf die Auslegung vor? 34
85. Frage Könnte ein Schweizer Gericht vorsorglich beim EU-Gerichtshof um Auskunft über die Auslegung eines im bilateralen Recht erscheinenden EU-Begriffes ersuchen? 34
86. Frage Was geschieht, wenn die Schweiz in einem konkreten Fall die parallele Auslegung verweigert? 34
87. Frage Welche Kritik wird gegenüber der parallelen Auslegung vorgebracht? 35

VI. STREITSCHLICHTUNG 36

a. Grundsätzliches 36
88. Frage Was versteht man im bilateralen Verhältnis unter „Streitschlichtung“ und was ist der Nutzen? 36
89. Frage Was gilt im heutigen bilateralen Recht? 36
90. Frage Gibt es in der heutigen Praxis Schweiz – EU viele ungelöste Probleme? 37
91. Frage Worüber haben nun die Schweiz und die EU mit Bezug auf die Streitschlichtung verhandelt? 37
92. Frage Soll nun ausser bei den fünf ausgewählten Marktzugangsabkommen auch bei allen anderen bestehenden und künftigen Abkommen der traditionelle Streitschlichtungsmechanismus mit einem gerichtlichen Element erweitert werden? 37
93. Frage Welche Gerichte sind für die Streitschlichtung theoretisch denkbar? 38
94. Frage Und welche Gerichte sind rechtlich möglich? 38

95. Frage Wo findet sich der verfassungsrechliche Grundsatz der Autonomie der EU-Rechtsordnung? 38
96. Frage Was gab den Anlass zur Entwicklung des Grundsatzes? 38
97. Frage Was ist die rechtliche Folge des Grundsatzes für die EU mit Bezug auf Abkommen mit Nichtmitgliedstaaten? 39
98. Frage Könnte denn die EU nicht einfach – gleich wie die Schweiz mit ihrer Verfassung – die EU-Grundverträge ändern, so dass der EuGH diese abschliessende Auslegungskompetenz nicht mehr hat? 39
99. Frage Wird das Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU nicht ohnehin eine Vertragsänderung bewirken? 39
100. Frage Käme denn für die Streitschlichtung aus der EU-Logik der EFTA-Gerichtshof überhaupt je in Frage, und wenn ja, für welche (eingeschränkten) Fragestellungen? 39
101. Frage Weshalb ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) nicht im Gespräch? 39
102. Frage Welches ist die institutionelle Stellung des EU-Gerichtshofs (EuGH) im internen System der Europäischen Union? 39
103. Frage Welche Rolle spielen Verfahren vor dem EuGH in den rechtlichen Aussenbeziehungen der EU? 40
104. Frage Welche Rolle spielen Verfahren vor dem EuGH heute schon im bilateralen Recht? 40
b. Anfänglich in den institutionellen Verhandlungen diskutiertes Modell 41
105. Frage Über welche gerichtliche Instanz für die Streitschlichtung wurde zwischen der Schweiz und der EU verhandelt und warum? 41
106. Frage Wer hätte nach dem zuerst diskutierten Modell an den EuGH gelangen können? 41
107. Frage Welche praktischen Vorteile sieht bzw. sah der Bundesrat in einem System der einseitigen Anrufbarkeit? 41
c. Das im Entwurf für das InstA vorgesehene Modell 42
108. Frage Was wollte der Bundesrat im Frühling 2018 am in Verhandlung stehenden Modell ändern? 42
109. Frage Was sieht nun der Entwurf für das InstA mit Bezug auf ein Schiedsgericht vor? 42
110. Frage Wie genau würde das neue Streitschlichtungsverfahren ablaufen? 43
111. Frage Wer entscheidet in einem solchen System letztlich über den Streit, wenn der Gemischte Ausschuss keine Lösung findet? 44
112. Frage Wer bestimmt darüber, ob der EuGH als Auslegungsinstanz beigezogen werden soll? 44
113. Frage Ist die EuGH-Entscheidung in einem solchen System rechtlich verbindlich? 45
114. Frage Kann der Schiedsgerichtsentscheid weitergezogen werden?? 45
115. Frage Was geschieht, wenn sich eine Partei der Entscheidung des Schiedsgerichts widersetzt? 45
116. Frage Und wer beurteilt die Angemessenheit allfälliger Ausgleichsmassnahmen? 45
117. Frage Gibt es im heutigen bilateralen Recht bereits Abkommen mit Bestimmungen über Schiedsverfahren? 45
118. Frage Welche Kritik wird in der Schweiz im Zusammenhang mit der Streitschlichtung vorgebracht? 46

VII. ÜBERWACHUNG, INSBES. MIT BEZUG AUF STAATLICHE BEIHILFEN 47

119. Frage War die Überwachung der Einhaltung der Abkommen ein Thema der institutionellen Verhandlungen? 47
120. Frage Was sagt nun der Entwurf für das InstA grundsätzlich zur Überwachung? 47
121. Frage Und was soll institutionell für die staatlichen Beihilfen gelten? 47

VIII. AUSBLICK 48

122. Frage Wie geht es jetzt weiter? 48
123. Frage Wie sieht der Zeitrahmen aus? 48
124. Frage Mit welchem Ziel und wann werden die angekündigten Konsultationen erfolgen? 48
125. Frage Wird es nach der Konsultation neue Verhandlungen geben? 48
126. Frage Gibt es eine zeitliche Schranke, bis zu der das InstA abgeschlossen sein müsste? 49
127. Frage Worum geht es bei der sogenannten Börsenäquivalenz? 49
128. Frage Was hat die Börsenäquivalenz mit den institutionellen Fragen zu tun? 49
129. Frage Was hat die Äquivalenz im übrigen Finanzbereich mit den institutionellen Fragen zu tun? 50
130. Frage Was hat die Datenschutzadäquanz mit den institutionellen Fragen zu tun? 50
131. Frage Gibt es weitere Themen, welche für die Schweiz in ihrem Verhältnis mit der EU relevant sind? 50
132. Frage Worum geht es bei den Kohäsionszahlungen der Schweiz und was haben sie mit den institutionellen Fragen zu tun? 51
133. Frage Besteht ein Zusammenhang zwischen den institutionellen Verhandlungen und dem „Brexit“? 51

134. Frage Gibt es bereits konkrete Hinweise darauf, wie die Streitschlichtung in den Brexit-Abkommen aussehen wird? 52
135. Frage Zurück zur Schweiz: Gibt es weiterhin eine Guillotineklausel? 53
136. Frage Könnte die Schweiz das einmal abgeschlossene InstA auch wieder verlassen? 53
137. Frage Wann ist ein „gutes“ Abkommen erreicht? 53

ANHANG I: ÜBERBLICK ÜBER DIE WICHTIGSTEN BILATERALEN ABKOMMEN 55

ANHANG II: INSTITUTIONELLES ZWEI-SÄULEN-SYSTEM DES EWR 56

ANHANG III: STATUS QUO IM BILATERALEN RECHT MIT BEZUG AUF VERSCHIEDENE VERFAHREN 57

ZUSAMMENFASSUNG

1. Frage bis 7. Frage:

- **Verhandlungen Schweiz – EU über ein institutionelles Abkommen:** Die Schweiz und die EU verhandeln über ein bilaterales Abkommen, das den „institutionellen Rahmen" ausgewählter bilateraler Abkommen neu regeln soll.
- **Institutioneller Rahmen:** Der institutionelle Rahmen eines Abkommens betrifft seine Funktionsweise. Dazu gehört insbesondere 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 weiter von allfälligen künftigen bilateralen sog. Marktzugangsabkommen. Marktzugangsabkommen betreffen den wirtschaftlichen Austausch zwischen der Schweiz und der EU (z.B. über Dienstleistungen oder die Personenfreizügigkeit). Sie leiten sich inhaltlich grossteils von EU-Recht ab.
- **Ziel der Verhandlungen:** Die Verhandlungen bezwecken 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 28. Frage:

- **Stand und Inhalt der Verhandlungen:** Die Verhandlungen laufen seit dem Frühling 2014. Dabei geht es konkret um ein System des fortlaufenden Aufdatierens der Abkommen, über ihre Auslegung parallel mit dem EU-Recht sowie über die Einführung eines gerichtlichen Elements im Streitbeilegungsmechanismus. Es geht ausdrücklich nicht um die Einführung eines eigenständigen, überstaatlichen Überwachungsverfahrens. Im Dezember 2018 kündigte der Bundesrat eine öffentliche Konsultation zum Verhandlungsergebnis an und veröffentlichte den Verhandlungstext.

29. Frage bis 77. 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.

78. Frage bis 87. 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.

88. Frage bis 118. 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 Partei vor. Nach bisherigem Recht verläuft die Streitschlichtung via ein diplomatisch-technisches Gremium. Neu soll hier im Interesse der Rechtssicherheit ein gerichtliches Element in Gestalt eines Schiedsgerichtes hinzugefügt werden. Dieses soll Auslegungsfragen dann dem EuGH vorlegen, wenn sie Abkommensrecht betreffen, das seiner Herkunft nach EU-Recht ist.

119. Frage bis 121. Frage:

- **Überwachung**: Es sollen keine neuen, überstaatlichen Überwachungsmechanismen eingeführt werden. Jede Partei überwacht sich selber.

122. Frage bis 137. Frage

- **Ausblick:** Ein Abschluss des Abkommens müsste seitens der Schweiz nach den Vorschriften der Schweizerischen Bundesverfassung erfolgen. Indirekt sind auch andere Themen vom Verlauf der Verhandlungen betroffen. So stellte die EU einen politischen Zusammenhang der institutionellen Verhandlungen mit der Frage der Börsenäquivalenz her. 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 den „institutionellen Rahmen“ ausgewählter bilateraler Abkommen neu regeln soll.

Institutioneller Rahmen:
Der institutionelle Rahmen eines Abkommens betrifft seine Funktionsweise. Dazu gehört insbesondere 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 Europäischen Union (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 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 insbesondere am EU-Rahmenprogramm für Forschung und Innovation „Horizont 2020“)
- Das Abkommen über die Verknüpfung der Emissionshandelssysteme von 2017

*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 EU?

Der oft verwendete Begriff des *„acquis communautaire“* (wörtlich: gemeinsamer Besitzstand) bezeichnet die Gesamtheit des Rechts der Europäischen Union. Das EU-Recht ist viel umfassender als das bilaterale Recht. Dieses ist, wie alle Abkommen mit Nicht-EU-Mitgliedstaaten, für die EU Teil ihrer eigenen 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 (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 insbesondere 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. Ein neues institutionelles Abkommen Schweiz - EU soll diese Fragen für eine Anzahl von bilateralen Abkommen regeln.

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 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 Uneinigkeiten 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 9. 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, der Polizeiarbeit und der Umwelt).
- 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. Anfangs der 2000er Jahre stellte in der Schweiz die *„Groupe de réflexion Suisse-Europe"* (www.groupe-suisse-europe.ch) die Idee zur Diskussion, die bestehenden bilateralen Abkommen in einem einzigen Abkommen mit einem grundsätzlich einheitlichen institutionellen Rahmen zu bündeln. Darin sollte der gemeinsame Wille zur Zusammenarbeit ausgesprochen werden. Weiter sollten u.a. regelmässige Konsultationen auf Regierungs- und Verwaltungsebene sowie die Zusammenarbeit der Parlamente vorgesehen werden, um so die weitere Entwicklung der Abkommen zu fördern. 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. Damals waren die Probleme, welche die EU heute in einem Rahmenabkommen regeln möchte, noch weniger aktuell.

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 gut 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 ist. Im Jahr 2009 hielt die EU fest, dass sie neue Marktzugangsabkommen mit der Schweiz 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 des Abwägens. Im Vordergrund stehen einerseits Souveränitätsüberlegungen und andererseits vor allem der wirtschaftliche und politische Preis für ein stagnierendes oder allenfalls sogar schrumpfendes 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 insbesondere das seit dem Jahr 2007 in Verhandlung stehende Stromabkommen über den grenzüberschreitenden Handel mit Elektrizität. Zum anderen geht es aber auch um gewisse der bereits bestehenden 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 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 weiter von allfälligen künftigen bilateralen sog. Marktzugangsabkommen. Marktzugangsabkommen betreffen den wirtschaftlichen Austausch zwischen der Schweiz und der EU (z.B. über Dienstleistungen oder die Personenfreizügigkeit). Sie leiten sich inhaltlich grossteils von EU-Recht ab.

Ziel der Verhandlungen:
Die Verhandlungen bezwecken 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 Abkommen 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 von ihr geschaffenen 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 (d.h. Investitionen), ergänzt durch Wettbewerbsrecht. Das EU-Recht sieht in diesem Rahmen verschiedene Verbote von Hindernissen für den Verkehr und das wirtschaftliche Tätigwerden jenseits der Landesgrenzen vor. Diese Verbote werden ergänzt durch weitere gemeinsame Vorschriften (Harmonisierung), z.B. über die Herstellung von Produkten (wie etwa Schokolade) oder über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen von Produkten. In der Praxis verändert sich der Bedarf nach der rechtlichen Regelung von Wirtschaftstätigkeiten ständig. Aus diesem Grund entwickeln sich auch die Binnenmarktregeln der EU laufend weiter. Der EU-Binnenmarkt besteht aus dem Gebiet der zurzeit 28 EU-Mitgliedstaaten.

Via den in den 1990er Jahren entstandenen Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind zudem drei Nichtmitgliedstaaten („Drittstaaten“) 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, nicht aber zum EWR.

Die Schweiz ist durch verschiedene bilaterale Abkommen am EU-Binnenmarkt ebenfalls beteiligt, allerdings im Gegensatz zu den EWR-Staaten nur bis zu einem gewissen Grad bzw. selektiv. Hierdurch erhalten Schweizer Wirtschaftsteilnehmer Zugang zum EU-Markt und umgekehrt EU-Wirtschaftsteilnehmer Zugang zum Schweizer Markt.

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

9. 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 oder auf EU-Recht verweisen.

Ein Beispiel hierzu ist das bilaterale Abkommen über die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU (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.

10. 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 und zur Vollendung des schweizerischen Binnenmarktes beitragen soll.

11. 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.

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

Der Wunsch nach einheitlichen Spielregeln im heute bestehenden, erweiterten EU-Binnenmarkt betrifft – logischerweise – ausschliesslich die Kategorie der Marktzugangsabkommen, also jene Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, welche den Wirtschaftsaustausch im Rahmen der Binnenmarktfreiheiten betreffen. Die bilateralen Marktzugangsabkommen regeln ausgewählte Aspekte des freien Verkehrs von Waren, Personen und Dienstleistungen (ein Abkommen über den freien Kapitalverkehr – 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 erneuerter institutioneller Rahmen soll nicht nur für neu mit der Schweiz zu schliessende bilaterale Marktzugangsabkommen geschaffen werden (z.B. für das in Verhandlung stehende Stromabkommen), sondern auch für ausgewählte, bereits bestehende Marktzugangsabkommen. Dabei geht es um jene bestehenden Abkommen, welche auf sich u.U. rasch änderndes EU-Recht Bezug nehmen. Die Verhandlungen betreffen dabei nur gerade fünf Abkommen, nämlich die Abkommen über die Personenfreizügigkeit, den Luft- und den Landverkehr, die Landwirtschaftsprodukte und die technischen Handelshemmnisse (gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen).

Mit Blick auf den Warenhandel muss im vorliegenden Zusammenhang zwischen den Landwirtschaftprodukten und den verarbeiteten Landwirtschaftsprodukten unterschieden werden:

Unter die Kategorie der Landwirtschaftsprodukte fallen im EU-Recht Erzeugnisse der Viehzucht, der Fischerei und des Boden (z.B. Früchte, Gemüse) sowie Produkte der ersten Verarbeitungsstufe (auch sog. „schwach verarbeitete Erzeugnisse“, z.B. Käse und Mehl). Im bilateralen Verhältnis Schweiz – EU regelt das Landwirtschaftsabkommen von 1999 den Handel mit gewissen, so verstandenen Landwirtschaftserzeugnissen.

2004 wurde ein weiteres bilaterales Abkommen, diesmal über verarbeitete Landwirtschaftsprodukte, geschlossen. Es ergänzt das Freihandelsabkommen von 1972, das sonst im Wesentlichen Industrieprodukte betrifft. Konkret geht es beim neuen Abkommen um sog. „stärker verarbeitete Erzeugnisse“ aus landwirtschaftlichen Produkten (z.B. Schokolade, Guetsli).

Im Bereich des Warenhandels gehört nur das Landwirtschaftabkommen zu den fünf für die institutionellen Verhandlungen relevanten Abkommen (nicht aber das Freihandelsabkommen, einschliesslich das darin enthaltene Abkommen über die verarbeiteten Landwirtschaftspodukte).

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

Die EU nannte ursprünglich 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 inhaltlich 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 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 Ergänzung des ersten. Wenn die bilateralen Binnenmarktabkommen inhaltlich auf EU-Recht beruhen und die Regeln des EU-Binnenmarkts teilweise im Verhältnis zur 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 aus der Sicht der EU auch für das Assoziationsrecht (im Fall der Schweiz die bilateralen Binnenmarktabkommen) 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 nur Streitigkeiten auf der allerobersten Ebene, nämlich jener der formellen Vertragsparteien: Schweiz auf der einen und EU (oder allenfalls auch ein 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 und angewendet 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.

  Bei diesem letzten Punkt handelt sich um einen verfassungsrechtlichen Grundsatz der EU, der vom EuGH verbindlich formuliert worden ist. Danach darf die EU Abkommen mit Nichtmitgliedstaaten nur dann abschliessen, wenn diese Abkommen die Autonomie der Unionsrechtsordnung respektieren. Dazu gehört insbesondere die erwähnte Oberhoheit des EuGH über die Auslegung von EU-Recht (detaillierter hierzu 80. Frage). Die EU kann von diesem Grundsatz nicht abweichen, ohne ihre eigene Rechtsordnung zu verletzen.

  Nach der EU-Rechtsordnung können ein Mitgliedstaat sowie drei wichtige Organe der EU (nämlich das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission) beim EuGH ein Gutachten über die Vereinbarkeit eines geplanten Abkommens mit den Grundlagenverträgen der EU einholen. Ist das Gutachten ablehnend, so kann das Abkommen nur dann in Kraft treten, wenn es nachgebessert wird oder aber die Grundlagenverträge der EU geändert werden. Es ist möglich oder sogar wahrscheinlich, dass für ein allfälliges Rahmenabkommen Schweiz – EU ein solches Gutachten eingeholt werden wird.

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 insbesondere 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: Es gibt keinen Automatismus; vielmehr muss über jede Anpassung individuell und aktiv entschieden werden). 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 in den EU-Staaten dem EuGH und in den EWR/EFTA-Staaten dem EFTA-Gerichtshof hierzu eine Frage stellen (sog. Vorabentscheidungsverfahren; siehe 102. Frage).
- Gleich wie das EU-Recht sieht das EWR-Recht ein **Überwachungsverfahren** vor, in welchem in den EU-Staaten die EU-Kommission und in den EWR/EFTA-Staaten die EFTA-Überwachungsbehörde (abgekürzt ESA, von *EFTA Surveillance Authority*) als Verwaltungsbehörden darüber wachen, 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 (wiederum: 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. Für Streitigkeiten zwischen der EU- und der EFTA-Seite ist der EuGH zuständig, 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 und ihre Mitgliedstaaten einerseits sowie Island, Liechtenstein oder Norwegen andererseits) zustimmen ihn anzurufen. Mit anderen Worten: Eine Partei allein kann nicht an den EuGH gelangen. 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) 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

für Streitigkeiten zwischen der EU- und der EFTA-Seite die gerichtliche (Zwischen-)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 sich überstaatliche Instanzen (Verwaltungsbehörde, Gericht) direkt mit der Schweiz befassen würden. Dies lehnen gewisse Kreise in der Schweiz ab.

III. BISHERIGER VERLAUF

Stand und Inhalt der Verhandlungen:
Die Verhandlungen laufen seit dem Frühling 2014. Dabei geht es konkret um ein System des fortlaufenden Aufdatierens der Abkommen, über ihre Auslegung parallel mit dem EU-Recht sowie über die Einführung eines gerichtlichen Elements im Streitbeilegungsmechanismus. Es geht ausdrücklich nicht um die Einführung eines eigenständigen, überstaatlichen Überwachungsverfahrens. Im Dezember 2018 kündigte der Bundesrat eine öffentliche Konsultation zum Verhandlungsergebnis an und veröffentlichte den Verhandlungstext.

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 war 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 Regelungen beschrieb. Eine dieser Variante 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 Zuwanderungsiniative am 9. Februar 2014 zu einer gewissen Verzögerung geführt).

22. Frage Wurde das Verhandlungsmandat des Bundesrats veröffentlicht?

Die Mandate wurden beidseits nicht publiziert, jedoch wurden Eckwerte bekanntgegeben. Mit einer Offenlegung ist weiterhin nicht zu rechnen.

23. Frage Was ist mit den „roten Linien" des Bundesrats gemeint, von denen manchmal die Rede ist?

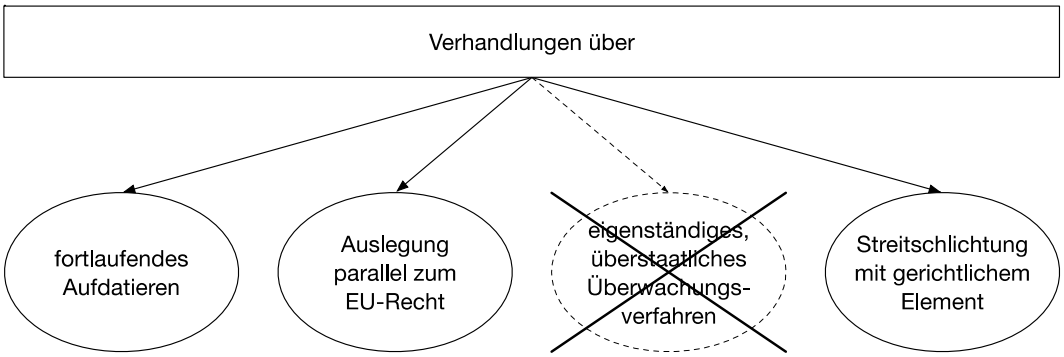
Der Bundesrat hat intern eine Anzahl sog. „roter Linien" definiert, die er in den Verhandlungen nicht überschreiten will. Diese sind formell nicht veröffentlicht worden. Rote Linien sind ein strategisches Instrument der Verhandlungsführung, mit denen eine Partei eigene Extrempositionen definiert. Sie werden je nach Fortgang der Verhandlungen überdacht und allenfalls angepasst. Im März 2018 nannte der Bundesrat insbesondere die Absicht, gewisse Arbeitsschutzmassnahmen (nämlich die sog. flankierenden Massnahmen) vom institutionellen Abkommen auszuschliessen. Ausserdem will er die heutige Regelung der EU über die Unionsbürgerschaft bzw. die Personenfreizügigkeit nicht übernehmen (siehe 46. Frage).

24. Frage Was ist die gemeinsame Basis der Mandate?

Die gemeinsame Basis der Mandate liegt darin, dass sich die Parteien über drei der ursprünglich von der EU angedachten vier Elemente einigten verhandeln zu 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 (siehe 25. Frage).

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.



25. Frage Sind jegliche Fragen der Überwachung von den institutionellen Verhandlungen ausgeklammert?

Die Einrichtung von überstaatlichen Überwachungsverfahren und -instanzen bleibt ausgeklammert. Hingegen ist die Verpflichtung zur Überwachung durch die jeweils eigene Behörde z.B. Gegenstand der Bestimmungen zu den staatlichen Beihilfen (siehe 121. Frage).

26. Frage Änderten sich die Verhandlungsthemen im Verlauf der Zeit?

Die Verhandlungen begannen am 22. Mai 2014 auf der in den Vorgesprächen umrissenen Basis. Im Verlauf der Zeit brachten beide Seiten taktisch bedingt weitere Themen ins Spiel oder sie passten ihren ursprünglichen Standpunkt an. Hierdurch erweiterte bzw. veränderte sich die sogenannte Verhandlungsmasse kontinuierlich. Ob am Ende der Verhandlungen das Ergebnis in Anbetracht aller geregelten Themen für beide Seiten ausgewogen ist bzw. als „gute Lösung“ wahrgenommen wird, ist eine politische Frage (siehe 137. Frage).

27. Frage Was weiss man über den Verlauf der Verhandlungen?

Der Bundesrat informierte die Öffentlichkeit regelmässig über die Verhandlungen. Spezifische Einzelheiten über den Verlauf und die vorläufigen Ergebnisse wurden allerdings bis zum 7. Dezember 2018 weder von der Schweiz noch von der EU veröffentlicht (siehe 28. Frage). Bekannt ist, dass am Anfang der Verhandlungen bestimmte Punkte besonders heikel waren. Dazu gehörten insbesondere 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). Schliesslich kam im Vergleich zum Anfang der Verhandlungen später noch ein weiteres, heikles Thema dazu, nämlich die staatlichen Beihilfen (siehe 73. Frage).

28. Frage Ist der Verhandlungstext des institutionellen Abkommens (InstA) bekannt?

Am 7. Dezember 2018 nahm der Bundesrat vom Ergebnis der Verhandlungen bis zu jenem Zeitpunkt Kenntnis. Er erachtet dieses in weiten Teilen als im Interesse der Schweiz und im Einklang mit dem Verhandlungsmandat. Insbesondere aufgrund von für ihn offenen Punkte in Bezug auf die flankierenden Massnahmen (FLAM) und der Unionsbürgerrichtlinie (UBRL) (siehe 43. Frage) verzichtete der Bundesrat aber vorerst darauf, sich für den vorliegenden Text auszusprechen. Stattdessen veröffentlichte er den nun vorliegenden Entwurf für das Abkommen und kündigte dazu öffentliche Konsultationen an (siehe 124. Frage). Zugleich nahm er zur Kenntnis, dass die EU die Verhandlungen für abgeschlossen betrachtet.

Der französische Text des Abkommens, der in den kommenden Wochen auf Deutsch und Italienisch übersetzt werden soll, ist hier erhältlich: https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/Acccord-inst-Projet-de-texte_fr.pdf

Zur Terminologie: Das künftige Abkommen über den institutionellen Rahmen zu den Marktzugangsabkommen zwischen der Schweiz und der EU wird nun vom Bundesrat in der deutschen Sprache als „Institutionelles Abkommen“ (abgekürzt „InstA“) bezeichnet.

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.

V.a. die Aufdatierung des Freizügigkeitsabkommens wird in der Schweiz kontrovers beurteilt. Konkret geht es dabei um den Einbezug der EU-Unionsbürgerrichtlinie (UBRL), die flankierenden Massnahmen (FlaM) und eine Änderung des EU-Sozialversicherungsrechts mit Blick auf Grenzgängerinnen und Grenzgänger.

1. Aufdatierung im Allgemeinen

29. Frage Was versteht man unter „Aufdatieren" und was ist der Nutzen?

Das Stichwort des Aufdatierens bezieht sich auf jene bilateralen Abkommen, welche sich inhaltlich aus dem EU-Recht herleiten. 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 auf diese Weise auch im bilateralen Kontext gelten sollen (Einbezug durch Verweisung).

Ändert nun die EU intern dieses Recht, so stellt sich die Frage, was dies für das bilaterale Abkommen bedeuten 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.

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

Nein, der Begriff 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, insbesondere um so Schwierigkeiten für die schweizerischen Unternehmen zu vermeiden, die ihre Produkte (Waren, Dienstleistungen) im EU-Ausland anbieten möchten, vergleiche 130. Frage.

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.

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

Inhaltliche Änderungen sind in den verschiedenen Abkommen unterschiedlich geregelt (was nicht zuletzt mit den internen 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 aufwendig 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 rechtlichen Folgen, wenn eine Seite eine Anpassung verweigert. In der wirtschaftlichen Praxis kann ein Binnenmarkt allerdings nur dann wirklich funktionieren, wenn einheitliche Regeln gelten. Unterschiede stören die Funktionsfähigkeit des Systems.

- Aus rechtlicher Sicht kann man ein solches System, das bei Verweigerung einer Anpassung durch eine Vertragspartei keine Rechtsfolgen vorsieht, als „im Ansatz statisch" bezeichnen. In der Praxis entwickeln sich viele dieser Abkommen regelmässig weiter. 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 wird hierdurch zu einem „faktisch dynamischen" Abkommen.
- Schliesslich gibt es noch den Sonderfall, wo bereits heute bestehende bilaterale Abkommen ausdrücklich die fortlaufende Anpassung in einem rechtlich dynamischen System vorsehen (zu den Rechtsfolgen bei Verweigerung der Anpassung siehe 33. Frage). Dies betrifft nach dem heutigen Recht u.a. die Schengen- und Dublin-Abkommen. Hier gelten besondere Verfahrensregeln, welche auf das demokratische System der Schweiz Rücksicht nehmen. Diese beiden Abkommen sind für die Verhandlungen über die institutionellen Fragen jedoch nicht relevant, weil es sich 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 nicht zu den fünf vom InstA erfassten, bestehenden Abkommen gehört.

32. 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 VI.). Je nach Abkommen sind die Gemischten Ausschüsse ausserdem für die Weiterentwicklung der Abkommen oder gewisser Teile davon zuständig, wie in der vorangehenden Frage erwähnt. Sie 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.

33. 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 die Beendigung oder das Aussetzen (Suspendierung) des betreffenden Abkommens.

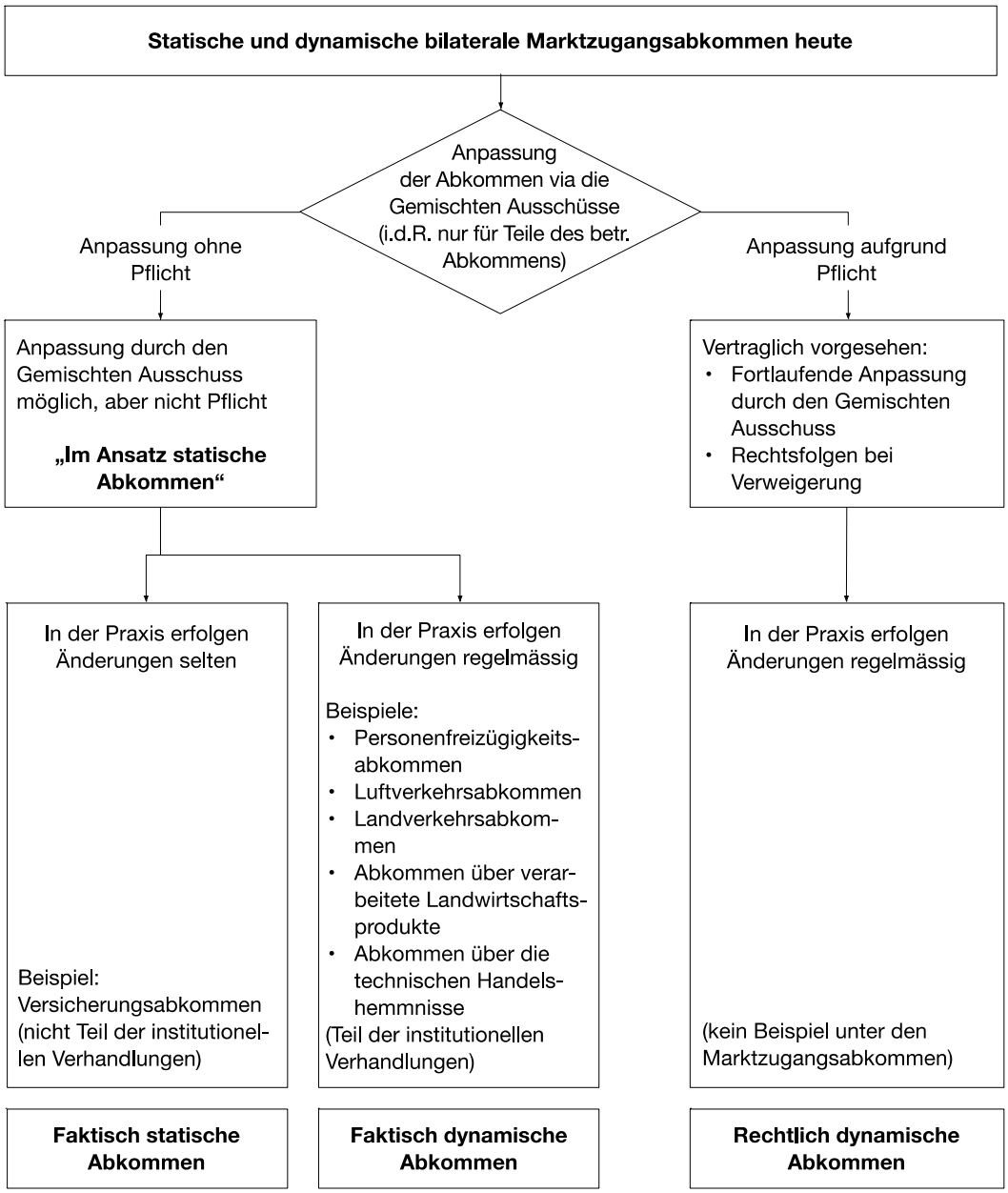
> Als Beispiel soll das Zollabkommen dienen. Hier sind die Rechtsfolgen ähnlich wie im EWR-Abkommen ausgestaltet. Art. 29 Abs. 2 des Zollabkommens lautet:
>
> „Ist die Gleichwertigkeit der zollrechtlichen Sicherheitsmassnahmen nicht mehr gewährleistet, weil die in Artikel 22 Absatz 4 vorgesehenen Änderungen 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."

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

Ja. Bei den heutigen fünf 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 gewisse Anpassungen, insbesondere durch die Gemischten Ausschüsse, verpflichten aber

nicht dazu. Verweigert eine Seite die Aufdatierung, hat dies keine rechtlichen Konsequenzen. In der Praxis werden diese Abkommen immer wieder neuem EU-Recht angepasst, dies allerdings nicht immer in umfassender Weise. Dies gilt v.a. für das Abkommen über die Personenfreizügigkeit, das in verschiedener Hinsicht nicht dem heutigen Stand des EU-Rechts entspricht.

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



35. 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. Auf diese Weise kann die Schweiz durchaus Einfluss ausüben.

Ein Beispiel hierfür ist die EU-Waffenrichtinie, die dank der Intervention der Schweiz eine Ausnahme für halbautomatische Waffen enthält. Sie soll es möglich machen, dass in der Schweiz Armeewaffen nach geleistetem Dienst weiterhin nach Hause genommen werden können. Im

bilateralen Rahmen betrifft diese Thematik das Schengen-Abkommen (das allerdings für die institutionellen Verhandlungen nicht relevant ist, da es kein Marktzugangsabkommen ist).

36. Frage Was sieht nun der Entwurf für das InstA mit Bezug auf das künftige Aufdatieren vor?

Die Schweiz und die EU haben über ein System der fortlaufenden Anpassung der bilateralen Abkommen (genauer: der fünf schon bestehenden Abkommen, welche Gegenstand der Verhandlungen sind, siehe 13. Frage) sowie von neuen Marktzugangsabkommen wie dem Stromabkommen verhandelt. Damit befasst sich das Kapitel 4 im Entwurf für das Institutionelle Abkommen (Art. 12 ff. E-InstA). Danach sollen sich der Gemischte Ausschuss des relevanten Abkommens mit der Frage von Anpassungen befassen. Wo er nach dem konkreten Abkommen die Befugnis hat, selber Änderungen vorzunehmen, beschliesst er selber. Wo das nicht der Fall ist, schlägt er eine formelle Revision des Abkommens vor. Dies wäre z.B. mit Bezug auf die Unionsbügerrichtlinie der Fall (siehe 48. Frage). Die Verweigerung des Aufdatierens durch eine Partei kann zu einem Schiedsverfahren führen (siehe 40. Frage) und Rechtsfolgen haben (siehe 41. Frage). Die Schweiz soll zudem im EU-Gesetzgebungsverfahren in den für die Abkommen relevanten Sachbereichen umfassende Mitspracherechte haben (Art. 12 E-InstA).

37. 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 jegliche 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.

38. 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 31. Frage) sieht der Entwurf für das InstA das institutionelle Rahmenabkommen hierfür speziell eine Regelung vor, z.B. indem er der Schweiz mit Blick auf diese Verfahren extra Zeit einräumt.

39. Frage Wann besteht eine Verpflichtung zum dynamischen Aufdatieren?

Die Pflicht zum dynamischen Aufdatieren besteht nur insofern, als dies im Institutionellen Abkommen oder allenfalls in einem künftigen, spezifischen bilateralen Abkommen ausdrücklich festgehalten wird. Wie erwähnt, betreffen die Verhandlungen über die institutionellen Fragen ausschliesslich eine kleine Anzahl von Marktzugangsabkommen (siehe 13. Frage). In diesem Rahmen besteht die Pflicht zur Anpassung der betreffenden Abkommen weiter nur mit Bezug auf neues EU-Recht, welches in den thematischen Anwendungsbereich dieser Abkommen fällt.

Zudem enthält das Protokoll 2 zum Entwurf für das InstA eine Reihe von Themen, bezüglich derer die Schweiz ausdrücklich nicht zum Aufdatieren bzw. zur Übernahme des EU-Rechts verpflichtet ist. Die betrifft einzelne Aspekte des Sozialversicherungsrechts im Rahmen der Personenfreizügigkeit sowie ausgewählte Aspekte des Landverkehrs und der Landwirtschaftsprodukte.

40. Frage Wieviel Zeit verbleibt den betroffenen natürlichen Personen und Unternehmen in der Schweiz, um sich auf eine bevorstehende Aufdatierung vorzubereiten?

Dies hängt von der Thematik und dem Verfahren im Einzelfall ab. Auf jeden Fall kann eine Aufdatierung in der Schweiz nicht früher Rechtswirkung erlangen als in der EU selber (Art. 13 Abs. 2 E-InstA). Weiter erfolgt die dynamische (nicht automatische) Aufdatierung unter Beachtung des schweizerischen, direktdemokratischen Gesetzgebungsverfahrens. In der Regel soll die Umsetzung in der Schweiz innert zwei Jahren ab Notifizierung des neuen EU-

Rechtaktes an die Schweiz erfolgen, und innert drei Jahren, falls ein Referendum ergriffen wird (Art. 14 Abs. 3 E-InstA). Bezüglich des neuen EU-Entsenderechts sieht der Entwurfstext eine Umsetzungsfrist von drei Jahren vor (Art. 1 Prokoll 1 E-InstA).

In besonders kontroversen Fällen, in denen sich die Schweiz nicht bereit sieht, der Aufdatierung zuzustimmen, kann die EU ein Schiedsverfahren anstrengen, welches unter Umständen mehrere Jahre in Anspruch nimmt (Art. 10 Abs. 2 E-InstA). Im Zusammenzug ergibt sich, dass der im InstA vorgesehene Mechanismus – je nach der Kontroversität des Themas – für die betroffenen Personen bzw. Unternehmen auf Dauer faktisch lange Umsetzungsfristen bereithält.

41. 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 dem 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 ist auch über diese Thematik gesprochen worden. Nach dem Abschluss des Schiedsverfahrens können Ausgleichsmassnahmen getroffen werden (Art. 10 Abs. 2 E-InstA; siehe detaillierter 115. Frage).

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

In der Schweiz wird z.T. aus Souveränitätsüberlegungen kritisiert, dass unser Land im Rahmen eines dynamischen Systems faktisch neues EU-Recht übernehme, 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 35. 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 EU-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.

Der nun folgende Teil befasst sich mit kontroversen (und z.T. etwas technischen) Einzelaspekten zur Aufdatierung des Freizügigkeitsabkommens (Stichworte: Unionsbürgerrichtlinie, flankierende Massnahmen, Sozialversicherungsrecht für Grenzgängerinnen und Grenzgänger) sowie mit Bezug auf die staatlichen Beihilfen. Um das nächste institutionelle Stichwort, nämlich die Auslegung, geht es anschliessend ab 78. Frage.

2. Insbesondere: kontroverse Aspekte der Aufdatierung im Bereich des Freizügigkeitsabkommens

Verbleibende kritische Punkte mit Bezug auf das Aufdatieren:

Ende September 2018 teilte der Bundesrat mit, die Verhandlungen seien in diversen Punkten weit fortgeschritten, es blieben aber einige schwierigen Themen. Dazu gehören insbesondere die EU-Unionsbürgerrichtlinie, die schweizerischen flankierenden Massnahmen und eine geplante Änderung des EU-Sozialversicherungsrechts. Sie bestanden auch dann noch, als der Bundesrat im Dezember 2018 den Entwurfstext des Abkommens veröffentlichte.

43. Frage Welche wichtigen Punkte sind zur Zeit ungelöst? (Stand: Januar 2019)

Am 27. September 2018 fand eine Medienkonferenz des Bundesrates zum Stand der Verhandlungen über das institutionelles Abkommen statt. Bundesrat Cassis erklärte, die Verhandlungen seien in etlichen Punkten weit fortgeschritten, es blieben aber einige letzte

Themen, über die bislang keine Einigung erreicht worden sei. Diese war auch noch im Dezember 2018 der Fall, als der Bundesrat den Entwurfstext des Abkommens veröffentlichte.

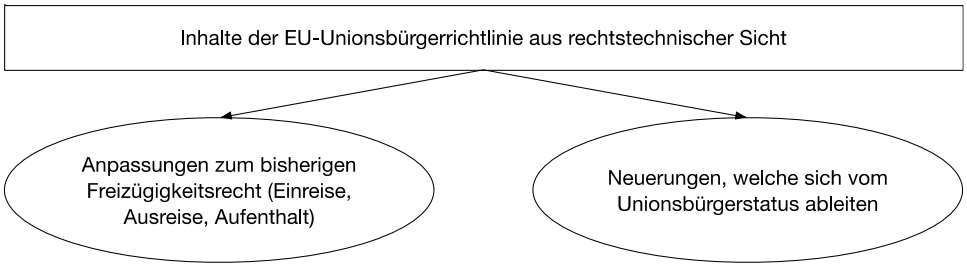
Im Zusammenhang mit dem Aufdatieren der Abkommen betreffen diese Punkte insbesondere die sog. EU-Unionsbürgerrichtlinie, die schweizerischen flankierenden Massnahmen im Zusammenhang mit der Entsendung von ausländischen Arbeitskräften in die Schweiz und eine geplante Änderung des EU-Sozialversicherungsrechts mit Blick auf Grenzgängerinnen und Grenzgänger. Alle drei Themen betreffen das bilaterale Abkommen über die Personenfreizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA).

a. EU-Unionsbürgerrichtlinie

44. Frage Was regelt die Unionsbürgerrichtlinie (UBRL)?

Die EU-Unionsbürger- oder Freizügigkeitsrichtlinie (Richtlinie 2004/38, UBRL) enthält Vorschriften über das Recht der Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten und gewisser ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten. Konkret geht es um das Recht, aus dem eigenen EU-Staat auszureisen, in einen anderen EU-Staat einzureisen und dort Aufenthalt zu nehmen. Die Richtlinie enthält auch Vorschriften über die Einschränkung dieser Rechte (Ausnahmen). Weiter sieht sie ein Recht auf Gleichbehandlung vor, das sich u.a. auf staatliche Sozialleistungen erstreckt, sofern die betreffende Person ein Aufenthaltsrecht im betreffenden Staat hat. Dabei gelten allerdings gewisse Ausnahmen.

Die UBRL hat eine Doppelnatur. Einerseits ersetzt sie in der EU älteres Recht zu den Themen Ein-/Ausreise und Aufenthalt. Insofern stellt sie eine Weiterentwicklung des früheren Freizügigkeitsrechtes dar. Andererseits stellt insbesondere das erwähnte Recht auf Gleichbehandlung ein neues Element dar, das in der EU gemeinhin dem Status der Unionsbürgerschaft zugerechnet wird (siehe dazu 49. Frage). Der Status der Unionsbürgerschaft umfasst zahlreiche weitere Rechte, u.a. auch politischer Natur, welche aber nicht in der UBRL geregelt sind (sondern in anderen rechtlichen Regelungen der EU).



45. Frage Was hat die UBRL mit dem bilateralen Freizügigkeitsabkommen zu tun?

Die Richtlinie regelt teilweise eine Thematik, die auch zum FZA gehört: Das FZA enthält ebenfalls Regelungen über Aus-/Einreise und Aufenthalt. Diese sind dem früheren EU-Recht nachgebildet (bzw. verweisen in gewissen Punkten, wie z.B. den Ausnahmen, auf solches Recht). Das FZA ist diesen Punkten nicht aufdatiert und damit nicht dem neuen EU-Recht angepasst worden. Als die EU der Schweiz eine Anpassung an die UBRL vorschlug, lehnte der Bundesrat dies im Jahr 2011 ab.

46. Frage Ist die UBRL ein Thema der institutionellen Verhandlungen?

In den Verhandlungen standen sich offenbar zwei Extrempositionen gegenüber: volle Übernahme der Richtlinie auf der einen Seite (Position der EU) und gar keine Übernahme auf der anderen Seite (Position der Schweiz). Dabei scheinen beide Parteien nicht zwischen den rechtstechnisch unterschiedlichen Elementen der Richtlinie zu unterscheiden, also zwischen der Weiterentwicklung gewisser Freizügigkeitsthemen einerseits und Unionsbürgeraspekten andererseits.

Da die UBRL grösstenteils eine Weiterentwicklung von früherem, für das FZA relevantem EU-Freizügigkeitsrecht darstellt, betrachtet die EU die Richtlinie als einen konkreten Anwendungsfall der fortlaufenden Anpassung des Freizügigkeitsabkommens. Sie strebt

deshalb an, dass die UBRL in dieses Abkommen aufgenommen wird, und zwar als Ganzes, um so ein mit dem EU-Recht einheitliches Regime zu erreichen.

Umgekehrt hat der Bundesrat mehrfach festgehalten, dass er die UBRL überhaupt nicht in das bilaterale Recht übernehmen bzw. das bilaterale FZA nicht im Sinne dieser Richtlinie anpassen will (siehe 23. Frage). Nach der Auffassung des Bundesrats enthält die UBRL im Vergleich zum heutigen Rechtsstand zum FZA diverse Neuerungen, welche für die Schweiz heikel sein könnten. Der Bundesrat hält die geltende Regelung im FZA für genügend und argumentiert, dass das Abkommen schon jetzt grosse Teile des EU-Freizügigkeitsrechts enthalte.

47. Frage Welche Neuerungen in der UBRL erachtet der Bundesrat als besonders heikel?

Als heikel erachtet der Bundesrat insbesondere drei Punkte:

- die Regeln über das Recht auf Gleichbehandlung, insbesondere mit Bezug auf staatliche Sozialleistungen,
- die Regeln über das Recht auf Daueraufenthalt nach 5 Jahren ordentlichem Aufenthalt sowie
- die spezifischeren bzw. verschärften Regeln über Ausschaffung von Personen (siehe a51. Frage).

Unproblematisch dürfte dagegen eine weitere Neuerung in der UBRL sein, nämlich die Erweiterung der Familienangehörigen um registrierte Partner und Partnerinnen. Hier sieht bereits die schweizerische Gesetzgebung gewisse Rechte vor.

48. Frage Was sieht der Entwurf für das InstA mit Bezug auf die UBRL vor?

Der Bundesrat hätte die UBRL gerne explizit vom InstA ausgeschlossen. Umgekehrt hätte die EU die Richtlinie gerne explizit im InstA erwähnt, verbunden mit einer bestimmten Frist für die Übernahme. Beides ist bislang nicht gelungen.

Der Entwurfstext erwähnt die UBRL nicht ausdrücklich. Damit würde sie den allgemeinen Regeln über das Aufdatieren unterstehen. Das Thema würde auf Ersuchen der EU hin im Gemischten Ausschuss aufgenommen. Dieser müsste sich zuerst darüber einigen, welche Aspekte der UBRL in den technischen Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens fallen. Weil es dabei thematisch um den Anhang I zum Freizügigkeitsabkommen geht, könnte der Gemischte Ausschuss aber nicht selber eine Änderung vornehmen. Er könnte lediglich eine formelle Revision des Abkommens vorschlagen (Art. 13 Abs. 2 E-InstA). Diese müsste dann auf der Ebene der Vertragsparteien erfolgen.

Es handelt sich um einen Fall, in welchem bei anhaltender Uneinigkeit zwischen den Parteien der im Entwurf für das InstA vorgesehene Streitbeilegungsmechanismus mit Schiedsgericht zur Anwendung gelangen könnte (siehe zu diesem Mechanismus ab 108. Frage).

Konkret: Sollte sich die Schweiz im Gemischten Ausschuss oder später im Rahmen der formellen Revision des Freizügigkeitsabkommens der Übernahme der UBRL ganz oder teilweise entgegenstellen, so dürfte die EU dies als eine Verletzung der Aufdatierungspflicht nach Art. 13 Abs. 2 E-IstA auffassen. Sie könnte in der Folge ein Schiedsverfahren zur Klärung folgender Frage anstrengen: Inwiefern handelt es sich bei der UBRL um eine Thematik, welche in den Anwendungsbereich des bilateralen Freizügigkeitsabkommens fällt.

Würde das Schiedsgericht ganz oder teilweise im Sinne der EU entscheiden, so wäre damit die Pflicht zum Aufdatieren gerichtlich bestätigt. Sollte sich die Schweiz dem dann noch immer widersetzen, so könnte die EU die im Entwurf für das InstA vorgesehen Ausgleichsmassnahmen treffen. Sollte die Schweiz diese Massnahmen als unverhältnimässig erachten, so könnte sie diese Frage (Verhältnismässigkeit) ihrerseits einem Schiedsgericht vorlegen.

Sollte das InstA unterzeichnet werden und in Kraft treten, so würde sich diese ganze Thematik erst in ein paar Jahren stellen. Sie ist durch die Nichterwähnung im Entwurf für das InstA aufgeschoben worden und bietet zudem nach der hier vertretenen Auffassung inhaltlich Raum für Verhandlungen.

49. Frage Lassen sich in der UBRL Freizügigkeits- und Unionsbürgerelemente gut unterscheiden?

Es kommt auf das Thema an. So ist rechtlich nachweisbar und insofern unbestritten, dass sich der in der UBRL vergleichsweise weit gefasste Anspruch auf Gleichbehandlung u.a. mit Bezug auf Sozialleistungen auf den Unionsbürgerstatus zurückführen lässt.

In anderer Hinsicht ist die Sache weniger klar: Als Beispiel seien hier die Regeln über die Ausschaffung von Personen genannt, wenn diese eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit darstellen. Bereits vor der UBRL galt im EU-Recht, dass eine Ausschaffung in solchen Fällen nur dann zulässig ist, wenn sich die Gefährdung aus dem persönlichen Verhalten der betroffenen Person ergibt und wenn die Ausschaffung verhältnismässig ist. Dies beruhte auf der langjährigen Rechtsprechung des EuGH. In der UBRL wurden diese beiden Punkte nun ausdrücklich in den Gesetzestext geschrieben und die Anforderungen im Falle von Ausschaffungen zudem näher definiert. Es handelt sich insofern klar um eine Weiterentwicklung von früherem Freizügigkeitsrecht (siehe 36. Frage). Trotzdem geht der EuGH davon aus, dass es sich bei den neuen und spezifischeren Regelungen über die Ausschaffung um eine unionsbürgerspezifische Regelung handelt.

In der Rechtssache C-371/08 *Ziebell* erklärte der EuGH, der Begriff der Unionsbürgerschaft rechtfertige es, dass nur den Unionsbürgerinnen und -bürgern erheblich verstärkte Garantien in Bezug auf die Ausweisung wie diejenigen des Art. 28 Abs. 3 Buchst. a zuerkannt werden. Der Fall betraf das bilaterale Vertragsverhältnis zwischen der EU und der Türkei (sog. Ankara-Abkommen) und die Frage, ob die verschärfte EU-Regelung auf dieses Verhältnis übertragen werden könne. Der EuGH verneinte dies.

Damit verband der EuGH die in Art. 28 Abs. 3 Buchst. a der UBRL enthaltene Verschärfung der Regelung über die Ausschaffung mit der Unionsbürgerschaft. Für Nichtmitgliedländer wie die Schweiz eröffnet dies im Falle von Verhandlungen mit der EU einen interessanten Argumentationsspielraum, wenn sie eine solche Regelung nicht übernehmen möchte.

Art. 28 der Richtlinie 2004/38 (UBRL) bestimmt:

„(1) Bevor der Aufnahmemitgliedstaat eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit verfügt, berücksichtigt er insbesondere die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen im Hoheitsgebiet, sein Alter, seinen Gesundheitszustand, seine familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration im Aufnahmemitgliedstaat und das Ausmaß seiner Bindungen zum Herkunftsstaat.

(2) Der Aufnahmemitgliedstaat darf gegen Unionsbürger oder ihre Familienangehörigen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, die das Recht auf Daueraufenthalt in seinem Hoheitsgebiet genießen, eine Ausweisung nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit verfügen.

(3) Gegen Unionsbürger darf eine Ausweisung nicht verfügt werden, es sei denn, die Entscheidung beruht auf zwingenden Gründen der öffent lichen Sicherheit, die von den Mitgliedstaaten festgelegt wurden, wenn sie

a) ihren Aufenthalt in den letzten zehn Jahren im Aufnahmemitgliedstaat gehabt haben oder

b) minderjährig sind, es sei denn, die Ausweisung ist zum Wohl des Kindes notwendig, wie es im Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes vorgesehen ist.“

Die Schweiz könnte sich in diesem Beispiel gegenüber der EU auf diese Rechtsprechung berufen und geltend machen, die verschärften Ausweisungsregeln seien nicht zu übernehmen, weil sie auf der Unionsbürgerschaft beruhen. Der allgemeine gefasste Grundsatz, dass eine Ausschaffung im Einzelfall am Verhältnismässigkeitsprinzip zu messen ist, gilt allerdings schon nach dem heutigen bilateralen Recht.

50. Frage Zum Vergleich: Wie ist diese Thematik im EWR geregelt?

Im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), dem neben den EU-Mitgliedstaaten auch die drei EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen angehören, stellte sich die Frage der Übernahme der UBRL ebenfalls. Die EWR/EFTA-Staaten hatten zuerst Vorbehalte. Sie argumentierten, die UBRL könne im EWR nicht vollumfänglich relevant sein, weil es dort den Status der Unionsbürgerschaft nicht gibt. Schliesslich wurde die Richtlinie im Jahr 2007 zwar formell als Ganzes ins EWR-Recht übernommen, dies aber mit gewissen inhaltlichen Vorbehalten.

Ein spezielle Erklärung hierzu hält u.a. fest:

„Der [...] Begriff der Unionsbürgerschaft [...] findet keine Entsprechung im EWR-Abkommen. Die Aufnahme der Richtlinie 2004/38/EG in das EWR-Abkommen lässt die Bewertung der Bedeutung künftiger Rechtsakte der EU und der künftigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf der Grundlage des Begriffs der Unionsbürgerschaft für das EWR-Abkommen unberührt. Das

EWR-Abkommen bietet keine Rechtsgrundlage für politische Rechte von EWR-Staatsangehörigen."

Was dies rechtlich bedeutet, ist offen. Es gibt bisher keine Anwendungsfälle in der Rechtsprechung des EuGH oder des EFTA-Gerichtshofs. Dieser hielt immerhin in einem Urteil aus dem Jahr 2013 in einer Nebenbemerkung fest, der Vorbehalt dürfte sich auf den Artikel in der UBRL über das Recht auf Gleichbehandlung beziehen (Rs. E-15/12 *Wahl*). Abgesehen davon bleibt einstweilen offen, inwiefern der Geltung der UBRL im Rahmen des EWR Grenzen gesetzt sind.

51. Frage Könnte die Schweiz in Sachen UBRL vom EWR lernen?

Der Fall des EWR zeigt, dass die EU dort im Rahmen der erwähnten Erklärung nicht darauf bestanden hat, die UBRL mit sämtlichen ihren Aspekten in das EWR-Recht zu übernehmen. Insofern wird sie dies auch von der Schweiz nicht erwarten können. Der Bundesrat wollte die UBRL aber von den institutionellen Verhandlungen ganz ausklammern (23. Frage). Angesichts des Beispiels des EWR wäre es aus der rechtlichen Sicht auch denkbar, eine nur teilweise Anpassung des FZA an die Bestimmungen der UBRL anzustreben, nämlich unter Ausklammerung der Unionsbürgerelemente. In einem solchen Fall müsste die Schweiz allerdings darauf achten, dass die Grenzen klar festgeschrieben würden, und zwar klarer, als dies heute im EWR der Fall ist.

Was im Rahmen des bestehenden Schweizer Verhandlungsmandats politisch möglich ist, hängt von der genauen Ausgestaltung dieses Mandats ab. Das Mandat ist der Öffentlichkeit im Wortlaut nicht bekannt.

b. Flankierende Massnahmen (FlaM)

52. Frage Worum geht es bei den sog. flankierenden Massnahmen der Schweiz?

Die von der Schweiz geschaffenen sog. „Flankierenden Massnahmen" (FlaM) betreffen einen Sonderaspekt des bilateralen Freizügigkeitsabkommens (FZA). Danach dürfen Unternehmen aus dem EU-Ausland in der Schweiz während bis zu 90 Tagen pro Kalenderjahr Aufträge ausführen und dabei ihr eigenes Personal (also vom Unternehmen angestellte Arbeitskräfte) mitbringen. Dasselbe gilt auch umgekehrt, in Richtung der EU. Man spricht von der Entsendung bzw. von entsandtem Personal. Um in solchen Fällen sicherzustellen, dass sich die ausländischen Unternehmen an die schweizerischen Arbeitsbedingen halten, schuf die Schweiz eine spezielle Entsendegesetzgebung. Diese sieht diverse Arbeitsschutzmassnahmen vor, eben die flankierenden Massnahmen.

53. Frage Wer ist in der Schweiz zuständig für die Umsetzung der FlaM?

In erster Linie richtet sich die Entsendegesetzgebung an die Unternehmen aus der EU, welche Arbeitskräfte in die Schweiz entsenden wollen. Für die Kontrolle der Einhaltung der Entsendevorschriften sind sog. paritätische Kommissionen (mit Vertretungen von Arbeitgebenden und Gewerkschaften) und tripartite Kommissionen (mit Vertretungen von Arbeitgebenden, Gewerkschaften und Behörden) zuständig.

54. Frage Ist die EU gegen die schweizerischen FlaM?

Die EU anerkennt, dass im Falle der Entsendung Arbeitsschutzmassnahmen wichtig sind. Sie hat vor einigen Jahren hierzu auch selber einen klaren, gesetzlichen Rahmen geschaffen (siehe ab 58. Frage). Sie ist aber der Auffassung, dass einzelne der von der Schweiz getroffenen Massnahmen das FZA verletzen und deshalb rechtlich nicht zulässig sind. Dies betrifft insbesondere zwei konkrete Massnahmen, nämlich die Kautionspflicht und die sog. 8-Tage-Regel.

55. Frage Was ist die schweizerische Kautionspflicht und warum ist sie umstritten?

Betriebe, die dem Geltungsbereich eines allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsvertrages (GAV) unterstellt sind, sind in der Schweiz kautionspflichtig. Nach der schweizerischen Entsendegesetzgebung gilt dies auch für ausländische Betriebe, welche Arbeitskräfte in die Schweiz entsenden. Bei der Kaution handelt es sich um einen Geldbetrag, der vom Betrieb hinterlegt werden muss. Er dient insbesondere der Absicherung von Vollzugs-, Kontroll- und

Verfahrenskosten für Fälle, in welchen Unternehmen nicht zahlen. Die Kaution beträgt maximal 10'000 Franken bzw. den Gegenwert in Euro.

> Die Zentrale Kautions-Verwaltungsstelle Schweiz schreibt hierzu auf ihrer Website (http://www.zkvs.ch/fragen):
>
> „Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der Europäischen Union (EU) über die Personenfreizügigkeit lässt es nicht zu, einseitig nur ausländische Entsende-Betriebe der GAV-Kautionspflicht zu unterstellen. Deshalb mussten die GAV-Vertragsparteien in ihren Gesamtarbeitsverträgen auch die inländische Betriebe/Arbeitgeber der GAV-Kautionspflicht unterstellen (Gleichbehandlungsgebot)."

In der Schweiz erachten insbesondere die Gewerkschaften die Kautionspflicht als notwendig für einen wirksamen Arbeitsschutz. Die EU kritisiert die Kosten und den bürokratischen Aufwand besonders für kleine Betriebe als unverhältnismässig.

56. Frage Was ist die 8-Tage-Regel und warum ist sie umstritten?

Es handelt sich um eine Vorschrift im schweizerischen Entsenderecht. Sie besagt, dass in den meisten Wirtschaftsbranchen eine Arbeit über 8 Tage (in gewissen Branchen bereits ab 1 Tag) mit einem amtlichen Formular angemeldet werden muss, wenn sie durch entsandte Arbeitskräfte ausgeführt werden soll. Anschliessend darf die Arbeit in der Regel frühestens 8 Tage nach der Meldung aufgenommen werden. Für Notfälle gelten gewisse Ausnahmen. Für einheimische Unternehmen gibt es keine Meldepflicht.

In der Schweiz sind die Gewerkschaften auch hier davon überzeugt, dass die 8-Tage-Regel für einen wirksamen Lohnschutz nötig ist. Die EU ist der Auffassung, dass die Regel ausländische gegenüber schweizerischen Unternehmen diskriminiert und dass insbesondere das 8-tätige Arbeitsverbot unverhältnismässig ist.

57. Frage Was sagt das bilaterale Freizügigkeitsabkommen über die Entsendung und über Arbeitsschutzmassnahmen?

Das FZA enthält ausdrückliche Vorschriften über die Entsendung und den Schutz der entsandten Arbeitskräfte. Danach gelten für solche Arbeitskräfte die Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Gastlandes. Zusätzlich verweist das Abkommen aber auf die Entsenderichtlinie der EU, welche hierfür einen speziellen Rahmen setzt (Richtlinie 96/71). Diese Richtlinie enthält für spezifisch bestimmte Tätigkeiten einen Kernbestand von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (z.B. den Lohn, die Ferienansprüche und die Gleichbehandlung der Geschlechter). Für andere Fälle können die EU-Mitgliedstaaten – und im Rahmen des FZA auch die Schweiz – eigene Regelungen erlassen, soweit sie dabei nicht diskriminieren.

Im Rahmen des FZA gilt die EU-Entsenderichtlinie in der Fassung, wie sie zum Zeitpunkt des Abschlusses des Abkommens im Jahr 1999 bestand. In der EU ist diese Gesetzgebung seither revidiert und um eine weitere Richtlinie ergänzt worden. Beide Neuerungen sind bisher nicht Teil des FZA.

58. Frage Was sagt das modernisierte EU-Recht über den Schutz der entsandten Arbeitskräfte?

Die EU hat kürzlich die Entsenderichtlinie 96/71 modernisiert (Änderungsrichtlinie 2018/957). Ein wesentliches Ziel der Anpassung ist es, den Grundsatz zu verstärken, dass für die entsandten Arbeitskräfte die Arbeitsbedingungen des Gastlandes gelten. Die EU-Mitgliedstaaten haben nun bis zum 30. Juni 2020 Zeit, um ihr nationales Recht an die neue Version der Richtlinie 96/71 anzupassen.

> Die Kernbestimmung der Entsenderichtlinie ist Art. 3. Danach gelten für bestimmte (also nicht alle!) Aspekte des Arbeitsverhältnisses die Vorschriften des Landes, wo die Arbeit ausgeführt wird. In der neuen Version der Richtlinie lautet der Art. 3 Abs. 1 wie folgt:
>
> „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die [...] Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte auf der Grundlage der Gleichbehandlung die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, festgelegt sind,
>
> - durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder

- durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche oder durch Tarifverträge oder Schiedssprüche, die anderweitig nach Absatz 8 Anwendung finden:

a) Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten;

b) bezahlter Mindestjahresurlaub;

c) Entlohnung, einschließlich der Überstundensätze; dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme;

d) Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen;

e) Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz;

f) Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen;

g) Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen;

h) Bedingungen für die Unterkünfte von Arbeitnehmern, wenn sie vom Arbeitgeber für Arbeitnehmer, die von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz entfernt sind, zur Verfügung gestellt werden;

i) Zulagen oder Kostenerstattungen zur Deckung von Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten für Arbeitnehmer, die aus beruflichen Gründen nicht zu Hause wohnen."

59. Frage Was sagt das modernisierte EU-Recht über die Durchsetzung der Schutzvorschriften?

Bereits im Jahr 2014 erliess die EU zusätzlich zur Entsenderichtlinie 96/71 eine weitere, für dieses Thema relevante Richtlinie (Richtlinie 2014/67). Sie befasst sich spezifisch mit der Durchsetzung der Entsendegesetzgebung. Sie will sicherstellen, dass die von den EU-Mitgliedstaaten im Rahmen der Entsenderichtlinie vorgesehenen Massnahmen gerechtfertigt und verhältnismässig sind, damit kein zusätzlicher Verwaltungsaufwand entsteht, das Beschäftigungspotenzial insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) nicht eingeschränkt wird und zugleich die entsandten Arbeitskräfte geschützt werden. Die Richtlinie enthält einen allgemeinen Grundsatz über Verwaltungs- und Kontrollmassnahmen sowie konkrete Regelungen für bestimmte Fälle.

Der allgemeine Grundsatz ist in Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2014/67 genannt:

„Die Mitgliedstaaten dürfen nur die Verwaltungsanforderungen und Kontrollmaßnahmen vorschreiben, die notwendig sind, um eine wirksame Überwachung der Einhaltung der Pflichten, die aus dieser Richtlinie und der Richtlinie 96/71/EG erwachsen, zu gewährleisten, vorausgesetzt, sie sind im Einklang mit dem Unionsrecht gerechtfertigt und verhältnismäßig."

Dem folgt eine beispielhafte Liste von möglichen Anforderungen und Massnahmen, welche die Mitgliedstaaten vorsehen können. Dazu gehört u.a. eine Meldepflicht:

„Zu diesem Zweck können die Mitgliedstaaten insbesondere folgende Maßnahmen vorsehen:

a) die Pflicht des in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringers zur Abgabe einer einfachen Erklärung gegenüber den zuständigen nationalen Behörden spätestens zu Beginn der Erbringung der Dienstleistung in (einer) der Amtssprache(n) des Aufnahmemitgliedstaats oder in (einer) anderen von dem Aufnahmemitgliedstaat akzeptieren Sprache(n), die die einschlägigen Informationen enthält, die eine Kontrolle der Sachlage am Arbeitsplatz erlauben [...]."

Daraus ergibt sich, dass innerhalb der EU nach den heute dort geltenden Regeln eine Meldepflicht zwar ausdrücklich erlaubt ist, ein mehrtätiges Arbeitsverbot aber ebenso ausdrücklich nicht zulässig ist. Die Meldung kann vielmehr bist „spätestens zu Beginn der Erbringung der Dienstleistung", also bis am Tag der Arbeitsaufnahme selber, erfolgen.

Art. 9 Abs. 2 bestätigt, dass je nach der Situation im betreffenden Land weitere Massnahmen möglich sind:

„Die Mitgliedstaaten können weitere Verwaltungsanforderungen und Kontrollmaßnahmen vorschreiben, falls sich angesichts einer Sachlage oder neuer Entwicklungen abzeichnet, dass die bestehenden Verwaltungsanforderungen und Kontrollmaßnahmen nicht ausreichend oder effizient genug sind, um die wirksame Überwachung der Einhaltung der Pflichten, die aus der Richtlinie 96/71/EG und dieser Richtlinie erwachsen, zu gewährleisten, sofern diese gerechtfertigt und verhältnismäßig sind."

60. Frage Wie lassen sich Verfahren und Sanktionen im Zusammenhang mit Schutzmassnahmen grenzüberschreitend durchsetzen?

Es ist möglich, dass ein EU-Mitgliedstaat einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen wegen Verletzung des Entsenderechts eine Sanktion auferlegt (z.B. eine Busse). Allerdings kann es in der Praxis schwierig sein, solche Sanktionen grenzüberschreitend zu vollstrecken (also z.B. die Busse einzutreiben). Die EU-Durchsetzungsrichtlinie (Richtlinie 2014/67) enthält deshalb spezielle Vorschriften über diese Thematik. Weiter enthält sie auch sonstige Vorschriften über die Verwaltungszusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten (sog. Amtshilfe), z.B. mit Blick auf Auskunftsersuchen und Ersuchen um die Durchführung von Kontrollen, Prüfungen und Untersuchungen durch andere Staaten im Zusammenhang mit der Entsendegesetzgebung.

61. Frage Was hat die modernisierte EU-Entsendegesetzgebung mit dem bilateralen Freizügigkeitsabkommen zu tun?

Die neue EU-Gesetzgebung regelt eine Thematik, die auch zum FZA gehört: Auch das FZA enthält Regelungen über die Entsendung. Diese beruhen aber auf dem früheren EU-Recht. Das FZA ist diesen Punkten bisher nicht aufdatiert und damit nicht dem neuen EU-Recht angepasst worden.

62. Frage Ist die Entsendung ein Thema der institutionellen Verhandlungen?

Da die modernisierte EU-Entsendegesetzgebung eine Weiterentwicklung von früherem, auch für das FZA relevantem EU-Entsenderecht darstellt, betrachtet die EU sie als einen konkreten Anwendungsfall der Thematik der fortlaufenden Anpassung der von den Verhandlungen erfassten Marktzugangsabkommen (konkret: des FZA; siehe 36. Frage).

Umgekehrt hat der Bundesrat mehrfach festgehalten, dass er die heute geltenden, schweizerischen Regelungen möglichst beibehalten möchte. Die Gewerkschaften bekräftigen seit dem Sommer 2018 immer wieder, dass sie ein institutionelles Abkommen mit der EU nur dann unterstützen, wenn die heute geltenden flankierenden Massnahmen dadurch nicht tangiert werden. Die Sozialdemokratische Partei hat sich dem angeschlossen. Der Bundesrat wollte daher in den Verhandlungen mit der EU erreichen, dass für diese Thematik zugunsten der Schweiz eine Ausnahme vorgesehen wird. Das ist ihm bisher allerdings nicht gelungen (siehe 23. Frage).

Wieviel Flexibilität im Rahmen des bestehenden Schweizer Verhandlungsmandats allenfalls dennoch politisch möglich ist, hängt auch hier von der genauen Ausgestaltung dieses Mandats ab. Dessen Wortlaut ist der Öffentlichkeit nicht bekannt.

63. Frage Was sieht der Entwurf für das InstA mit Bezug auf die FlaM vor?

Der Entwurf sieht im Protokoll 1 grundsätzlich vor, dass das neue EU-Entsenderecht innerhalb von drei Jahren nach dem Inkrafttreten des InstA in das Freizügigkeitsabkommen übernommen wird.

Gleichzeitig enthält der Entwurf für das Protokoll eine Anzahl von Kompromissvorschlägen der EU an die Schweiz. Es handelt sich um Regelungen, welche vom geltenden EU-Recht abweichen und der Schweiz im Rahmen ihrer FlaM gewisse Ausnahmen gewähren sollen, konkret:

- Die 8-Tage-Regel würde auf eine 4-Tage-Regel verkürzt und nach einer objektiven und branchenspezifischen Risikoanalyse angewendet.
- Wo Dienstleistungserbringer in der Vergangenheit ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachgekommen sind, kann weiterhin eine Kaution auferlegt werden – auch hier aufgrund einer branchenspezifischen Risikoanalyse.
- Zur Bekämpfung von Scheinselbständigkeit können Selbständige verpflichtet werden, ein Reihe von Dokumenten zur Verfügung zu, welche eine wirksame Kontrolle erlauben sollen.

64. Frage Zum Vergleich: Wie ist die Entsendung im EWR geregelt?

Im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sieht das dynamischen Rechtssystem vor, dass das Entsenderecht der EU vollumfänglich ins EWR-Recht übernommen wird.

c. Änderung des EU-Sozialversicherungsrechts mit Blick auf Grenzgängerinnen und Grenzgänger

65. Frage Worum geht es beim EU-Sozialversicherungsrecht?

Wie die Sozialversicherungssysteme inhaltlich ausgestaltet sind, ist in der EU Sache der EU-Mitgliedstaaten. Jedes Land kann selber bestimmen, wieviel Sozialschutz es im Rahmen dieser Systeme gewähren will, so lange es diese Regelungen in gleicher Weise auf die eigenen Staatsangehörigen und jene anderer EU-Mitgliedstaaten anwendet (EU-rechtliches Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit).

Die EU hat seit langer Zeit ein (vom Unionsbürgerrecht verschiedenes) Sozialversicherungsrecht, welches das Zusammenspiel der unterschiedlichen Sozialversicherungssysteme der Mitgliedstaaten miteinander koordiniert. Konkret geht es um das Zusammenspiel dieser Systeme in internationalen Fällen, in denen das Recht von mehr als einem Land relevant sein könnte. Das Ziel der Gesetzgebung ist es, den Personen, welche diesen Systemen unterstehen, zu helfen, indem Klarheit über die Zuständigkeiten und über die Berechnung und die Auszahlung von Versicherungsleistungen (z.B. Altersrenten oder Arbeitslosengeld) geschaffen wird. Dies betrifft u.a. sog. Grenzgängerinnen und Grenzgänger. Es handelt sich um Personen, welche in einem Land wohnen und in einem anderen Land arbeiten.

66. Frage Was gilt heute in der EU für Grenzgängerinnen und Grenzgänger?

Sie zahlen Beiträge an die Sozialversicherungssysteme im Land, in dem sie arbeiten („Arbeitsstaat“). Dazu gehört auch die Arbeitslosenversicherung. Werden sie teilweise arbeitslos, so beziehen sie im Arbeitsstaat Arbeitslosengeld. Werden sie aber gänzlich arbeitslos, so ist nach heutigem Recht die Sozialversicherung im Wohnstaat für die Leistung von Arbeitslosengeld zuständig. Der Grund für diese Regelung war bislang die Annahme, dass die Zuständigkeit des Wohnstaates für die arbeitslose Person in verschiedener Hinsicht die günstigste sei.

Der Wohnstaat ist demnach zuständig für die Ausrichtung von Arbeitslosengeld, obwohl die nun arbeitslose Person hier gar keine Sozialversicherungsbeiträge geleistet hat. Um dies bis zu einem gewissen Grad auszugleichen, leistet der Arbeitsstaat Zahlungen an den Wohnsitzstaat. In der Praxis hat sich allerdings gezeigt, dass diese Zahlungen die Kosten des Wohnstaates nicht wirklich ausgleichen. Vielmehr nimmt der Arbeitsstaat durch die Sozialversicherungsbeiträge mehr Geld ein, als er für arbeitslose Grenzgängerinnen und Grenzgänger an den Wohnstaat bezahlt.

67. Frage Was soll in Zukunft in der EU gelten?

Die EU ist daran, die soeben erwähnten Regeln zu ändern. Wer vor dem Eintritt der Arbeitslosigkeit bis zu 12 Monate als Grenzgängerin oder Grenzgänger gearbeitet hat, kann im Prinzip wählen, welches Land (Arbeit oder Wohnsitz) das Arbeitsgeld ausrichten soll. Wer vor dem Eintritt der Arbeitslosigkeit mehr als 12 Monate lang gearbeitet hat, soll das Arbeitslosengeld neu vom Arbeitsstaat erhalten, also von jenem Staat, der auch die Sozialversicherungsbeiträge dieser Person erhalten hat. Die EU-Kommission, welche die Änderung vorgeschlagen hat, hält diese Lösung vom System her aus heutiger Sicht für logischer und auch für finanziell gerechter. – Das Änderungsverfahren ist noch am Laufen.

68. Frage Was hat dies mit dem bilateralen Recht zu tun?

Das koordinierende Sozialversicherungsrecht ist ein wichtiger Unteraspekt des bilateralen Abkommens über die Personenfreizügigkeit (FZA). Zur Zeit seiner Unterzeichnung wurde die damals geltende EU-Gesetzgebung zu diesem Thema übernommen. Als die EU im Jahr 2004 ihr Koordinationsrecht im Bereich der Sozialversicherung revidierte, wurde auch dieses revidierte Recht übernommen und ersetzte das bisherige bilaterale Recht zu diesem Thema. Nun ist die EU daran, dieses Recht erneut zu ändern, womit sich wiederum die Frage einer Anpassung des FZA stellen wird. Dadurch ist die Thematik in der Schweiz neu in den Fokus der Debatte über das institutionelle Rahmenabkommen gerückt.

Auch hier handelt es sich um eine Weiterentwicklung von früherem, auch für das FZA relevantem EU-Recht darstellt, weshalb die EU sie als einen konkreten Anwendungsfall der Thematik der fortlaufenden Anpassung der von den Verhandlungen erfassten Marktzugangsabkommen betrachtet (konkret: des FZA; siehe 36. Frage). Umgekehrt hält der Bundesrat die geplanten Neuerungen für heikel.

69. Frage Warum erachtet der Bundesrat die geplanten Neuerungen als heikel?

V.a. in den Schweizer Grenzregionen arbeiten besonders viele Grenzgängerinnen und Grenzgänger, ähnlich wie z.B. auch in Luxemburg und Liechtenstein. Der Bundesrat befürchtet, dass mit dem von der Kommission vorgeschlagenen Systemwechsel deutlich höhere Arbeitslosenkosten auf die Schweiz zukommen könnten. Sie hätte im Endeffekt wohl weniger Einnahmen aus den Sozialversicherungsleistungen der Grenzgängerinnen und Grenzgänger bzw. müsste diese Einnahmen im Falle der Arbeitslosigkeit für diese Personen in einem höheren Mass wieder ausgeben, als dies heute der Fall ist. Der Bundesrat strebt daher in den institutionellen Verhandlungen für diese Frage eine Ausnahme an.

70. Frage Was sieht der Entwurf für das InstA mit Bezug auf die Grenzgängerproblematik vor?

Der Entwurfstext erwähnt diese Thematik nicht ausdrücklich. Sollte die EU intern die neuen Sozialversicherungsregelung annehmen, so würden auch hier die allgemeinen Grundsätze zum Aufdatieren zur Anwendung gelangen. Die Thematik würde dann im Gemischten Ausschuss besprochen und verhandelt. Anders als bei der Unionsbürgerrichtlinie (siehe 48. Frage) handelt es sich um eine Thematik, welche im Anhang II zum Freizügigkeitsabkommen geregelt ist. Diesen kann der Gemischte Ausschuss selber ändern (siehe 31. Frage); es braucht dafür keine formelle Vertragsrevision.

71. Frage Inwiefern könnte die EU der Schweiz in dieser Frage entgegenkommen?

Vermutlich würde die EU der Schweiz die gleiche Regelung anbieten wie Luxemburg, nämlich eine längere Übergangszeit, um das neue System einzuführen. Längerfristig ist die EU jedoch der Meinung, dass im bilateralen Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU das gleiche System gelten sollte wie in der EU.

72. Frage Zum Vergleich: Wie ist diese Frage im EWR geregelt?

Im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sieht das dynamischen Rechtssystem vor, dass das Sozialversicherungsrecht der EU vollumfänglich ins EWR-Recht übernommen wird. Dies dürfte im vorliegenden Fall v.a. Liechtenstein betreffen, wo – gleich wie in der Schweiz – viele Grenzgängerinnen und Grenzgänger arbeiten.

3. Insbesondere: staatliche Beihilfen

73. Frage Gibt es mit Bezug auf das Aufdatieren auch noch weitere, kontroverse Themen?

Ja, der Entwurf für das InstA enthält wichtige und z.T. kontrovers diskutierte Änderungen mit Bezug auf die staatlichen Beihilfen.

74. Frage Worum geht es bei den staatlichen Beihilfen?

Im EU- und im EWR-Recht gilt grundsätzlich ein Verbot bzw. die Kontrolle von vom Staat gewährten finanziellen Vorteilen (z.B. Subventionen oder Steuererleichterungen). Diese sind dann grundsätzlich verboten, wenn sie nur gewissen Branchen oder Unternehmen (also selektiv) gewährt werden bzw. die Herstellung bestimmter Waren begünstigen, und zudem den grenzüberschreitenden Warenhandel beeinträchtigen sowie den Wettbewerb verzerrren bzw. verzerren könnten. Es gelten zahlreiche Ausnahmen, so dass man heute eher von einem Kontrollsystem als von einem strengen Verbotssystem sprechen könnte. Neue Beihilfen müssen zur wettbewerbsrechtlichen Vorabkontrolle angemeldet werden, in der EU bei der Europäischen Kommission und in den EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen bei der ESA (EFTA-Überwachungsbehörde; siehe 16. Frage).

Das Beihilferecht ist ein wichtiger Aspekt des EU- und EWR-Wettbewerbsrechts, zu dem es im Schweizer Wettbewerbsrecht (Kartellgesetz) keine Entsprechung gibt. In der Schweiz gelten bisher Beihilfenverbote nur in drei spezifischen, bilateralen Abkommen (Freihandelsabkommen, Land- und Luftverkehrsabkommen), dies allerdings in unterschiedlicher Ausgestaltung und ohne Vorschrifen über die institutionelle Durchsetzung.

75. Frage Was hat dieses Thema mit den institutionellen Verhandlungen zu tun?

Die EU brachte den Vorschlag in die Verhandlungen ein, dass ein allgemeines und umfassendes Beihilfenverbot in das institutionelle Abkommen aufgenommen werde. Die

Schweiz lehnte dies ab. Sie erachtet das Thema im vorliegenden Zusammenhang verständlicherweise als sachfremd, geht es doch beim Beihilfenverbot als solchem nicht um eine institutionelle, sondern um eine inhaltliche Frage. Die Schweiz war deshalb der Meinung, dass ein solches Verbot wie bisher sektorenspezifisch in die relevanten Abkommen aufgenommen werden sollte, für die Zukunft z.B. im in Verhandlung stehenden Stromabkommen oder jetzt schon im Luftverkehrsabkommen.

76. Frage Enthält der Entwurf für das InstA nun inhaltliche Vorgaben für das Beihilfeverbot?

Die Verhandlungsparteien haben sich darauf geeinigt, via das InstA das bereits bestehende Beihilfeverbot im Luftverkehrsabkommen zu modernisieren und dem heutigen EU-Recht anzupassen (also aufzudatieren). Für künftige Abkommen soll Entsprechendes gelten (Art. 8A Abs. 1 E-InstA). Die Beihilferegelungen sollen parallel zum EU-Recht ausgelegt werden (Art. 8A Abs. 3 E-InstA). Der Abkommensentwurf sieht Änderungen in zwei Varianten vor:

Zum einen enthält Art. 8A Abs. 2 E-InstA ein materielles Beihilfenverbot, das weitestgehend jenem entspricht, das schon heute in Art. 13 des Luftverkehrsabkommens steht. Im Vergleich zu dieser Bestimmung sieht Art. 8A Abs. 2 E-InstA weitere Ausnahmen vom Verbot vor; das Verbot ist insofern weniger streng.

Zum anderen sieht Art. 8B Abs. 6 E-InstA vor, dass der Gemischte Ausschuss des Luftverkehrsabkommens die im Anhang X E-InstA aufgezählten EU-rechtlichen Wettbewerbsbestimmungen und Leitlinien in das Luftverkehrsabkommen übernimmt. Eine dem Entwurf des InstA beigefügte politische Erklärung hält fest, dass dies zeitgleich mit der Unterzeichnung des InstA erfolgen soll.

Schliesslich spricht das Entwurfsdokument auch das Beilhilfeverbot des Freihandelsabkommens (FHA) an, dies aber nicht im eigentlichen Vertragstext, sondern in zusätzlichen, politischen Absichtserklärungen. So hält eine Erklärung über bilaterale Handelsverträge fest, dass das FHA in der Zukunft modernisiert werden soll, und erwähnt in diesem Zusammenhang u.a. die Regelung der staatlichen Beihilfen (Erklärung über die Handelsverträge, Punkt 6, letzter Spiegelstrich). Ganz am Schluss des Dokuments steht weiter ein Entwurf für einen Beschluss des Gemischten Abkommens zum FHA, der in der Zukunft erlassen werden soll. Danach soll für das FHA in Zukunft ein Streitschlichtungsmechanismus gelten, wie er im Entwurf für das InstA vorgesehen ist (siehe ab 109. Frage). Dabei würde auch der Grundsatz der parallelen Auslegung (siehe 84. Frage) gelten (Beschlussentwurf, Art. 1, in Verbindung mit Art. 10 E-InstA, der in Abs. 3 auf Art. 4 Abs. 2 E-InstA verweist, wo der Grundsatz der parallelen Auslegung statuiert ist).

77. Frage Warum ist das Thema für die Schweiz heikel?

V.a. die Kantone befürchten, dass mit einer modernisierten Beihilferegelung in ihre Kompetenzen eingegriffen würde und – v.a. via eine künftig modernisierte Beihilfenregelung im Freihandelsabkommen – z.B. die Kantonalbanken, das Gesundheitswesen und das Steuerwesen betroffen sein könnten. Der Entwurf für das InstA enthält indessen kein übergreifendes Beihilfeverbot, sondern beschränkt sich – wie vom Bundesrat angestrebt – auf sektorspezifische Regelungen (zur Zeit für den Luftverkehr).

Was die Steuern anbelangt, so ist es richtig, dass im EU-Recht selektiv gewährte Steuervorteile verbotene steuerliche Beihilfen darstellen können, dies aber nur, wenn sie den grenzüberschreitenden Handel beeinträchtigen und den Wettbewerb verzerrren bzw. verzerren könnten. Zudem gelten zahlreiche Ausnahmen. Sollte ein Beihilfeverbot im konkreten Fall tatsächlich greifen, so wäre dies von der Steuerharmonisierung zu unterscheiden. Es geht beim Beihilfeverbot nicht um gemeinsame, positive Vorgaben für die Ausgestaltung des Steuerrechts. Die Staaten sind vielmehr frei in der Ausgestaltung ihrer Steuersysteme, sofern sie in diesem Rahmen nicht selektiv Vorteile gewähren.

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.

78. 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 auch 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.

79. Frage Gelten für internationale Abkommen besondere Auslegungsgrundsätze?

Nein, grundsätzlich gilt hier dasselbe wie für das interne Recht einzelner Staaten. Dies zeigt sich z.B. 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 und spezifische Vorgaben dazu, wie sie ausgelegt werden sollen. Das gilt auch für einzelne bilaterale Abkommen (siehe 82. Frage).

80. 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 der 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.

81. 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 auch im Verhältnis zur 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.

82. 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 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 auslegt 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 den EWR-Recht und dem EU-Recht über diese Grenze hinaus.

83. Frage Worüber haben nun die Schweiz und die EU mit Bezug auf die Auslegung verhandelt?

Die Schweiz und die EU haben über ein System der parallelen Auslegung zwischen EU-Recht und bilateralem Recht verhandelt, bei dem sich die Auslegung von dem EU-Recht entnommenen Begriffen des bilateralen Rechts nach deren Bedeutung im EU-Recht und somit nach der Rechtsprechung des EuGH richtet.

84. Frage Was sieht der Entwurf für das InstA mit Bezug auf die Auslegung vor?

Der Entwurfstext enthält den Grundsatz der einheitlichen Auslegung (Art. 4 E-InstA). Er bezieht sich auf jene Teile der Abkommen, welche inhaltlich auf EU-Recht beruhen. Die Auslegung soll parallel zur EuGH-Rechtsprechung erfolgen, und zwar ausdrücklich unter Einbezug der vor und nach der Unterzeichnung der Abkommen ergangenen Rechtsprechung des EuGH.

85. 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 102. Frage). Ein solches Verfahren ist nicht vorgesehen.

86. 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.). Dasselbe gilt auch umgekehrt.

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

Kritik kommt hauptsächlich aus Kreisen, welche den internationalen Gerichten und insbesondere dem EuGH grundsätzlich kritisch gegenüberstehen. 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 Streitbeilegungsmechanismus:
Die Marktzugangsabkommen sehen einen Mechanismus zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen der Schweiz und der EU über die Auslegung und Anwendung der Abkommen vor. Nach bisherigem Recht verläuft die Streitschlichtung via ein diplomatisch-technisches Gremium. Neu soll hier im Interesse der Rechtssicherheit ein gerichtliches Element in Gestalt eines Schiedsgerichtes hinzugefügt werden. Dieses soll Auslegungsfragen dann dem EuGH vorlegen, wenn sie Abkommensrecht betreffen, das seiner Herkunft nach EU-Recht ist.

a. Grundsätzliches

88. 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 Rechtstreitigkeiten 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). Solche Streitigkeiten beziehen sich auf die Auslegung und Anwendung von bilateralem Recht.

Beispiel 1: Vor einigen Jahren wurden in der Schweiz Klagen darüber laut, dass in Italien schweizerische Befähigungsausweise (Diplome) der Chauffeurinnen und Chauffeure 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 Befähigungsausweise 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 in vielen Fällen 8 Tage im voraus bei den Behörden anmelden. Erst dann – also nach Ablauf dieser 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. Siehe zu diesem Beispiel auch **Error! Reference source not found.**.

Lässt sich der Streit nicht informell erledigen, so soll das Streitbeilegungsverfahren eine Lösung finden. Dies ist für das gute Funktionieren der Abkommen sowie für die Beziehungen zwischen den Parteien wichtig.

89. 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 für das betreffende Abkommen zuständigen 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 für solche Fälle 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 88. Frage erwähnte 8-Tage-Regel des schweizerischen Rechts ist hierfür ein illustratives Beispiel.

90. 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 88. Frage erwähnte Problem betreffend die Anerkennung der schweizerischen Befähigungsausweise der Chauffeurinnen und Chauffeure von Lastwagen über 3,5 Tonnen in Italien dürfte hierfür ein Beispiel sein.

> Die Probleme mit der Anerkennung der schweizerischen Befähigungsausweise 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/geschaeft?AffairId=20133780)

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

91. Frage Worüber haben nun die Schweiz und die EU mit Bezug auf die Streitschlichtung verhandelt?

Die Schweiz und die EU haben über die Einführung eines gerichtlichen Elements in das bereits bestehende Streitschlichtungssystem der fünf bilateralen Abkommen, welche Gegenstand der institutionellen Verhandlungen sind (siehe 13. Frage), verhandelt. Beide Seiten waren sich einig, dass zusätzlich zur Anrufung des Gemischten Ausschusses auch die Möglichkeit bestehen sollte, sich an ein Gericht zu wenden. Sie wollten 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.

92. Frage Soll ausser bei den fünf ausgewählten Marktzugangsabkommen auch bei allen anderen bestehenden und künftigen Abkommen der traditionelle Streitschlichtungsmechanismus mit einem gerichtlichen Element erweitert werden?

Nein. Allerdings haben einige dieser anderen Abkommen bereits jetzt jeweils eigene gerichtliche Elemente; diese bestehen unverändert fort (siehe 117. Frage). Auch betreffend neue zukünftige Abkommen soll die neue Schiedslösung nur dann vorgesehen werden, wenn es sich um Marktzugangsabkommen handelt.

Zudem enthält der Entwurf für das InstA den Entwurf eines Beschlusses, mit welchem der für das Freihandelsabkommen (FHA) zuständige Gemischte Ausschuss entscheiden soll, den Streitbeilegungsmechanismus des InstA auch auf das FHA anzuwenden. Da das Freihandelsabkommen nicht unter das InstA fallen soll, kann diese Frage nicht direkt im InstA geregelt werden.

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

Rein theoretisch sind für die Streitschlichtung 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.

94. Frage Und welche Gerichte sind rechtlich möglich?

Die soeben erwähnte theoretische Auswahl von möglichen Gerichten wird nun allerdings auf der Seite der EU durch ihr internes Verfassungsrecht bzw. durch die Rechtsprechung des EuGH zum institutionellen Rahmen von Abkommen, welche die EU mit Nichtmitgliedstaaten schliesst (wie z.B. das bilaterale Recht), stark begrenzt. Diese Rechtsprechung betrifft jene Abkommen, welche inhaltliche Elemente enthalten, die dem EU-Recht entnommen sind (wie z.B. die bilateralen Marktzugangsabkommen, die sich inhaltlich zu einem grossen Teil aus dem EU-Recht ableiten; siehe 9. Frage). In solchen Fällen verlangt seitens der EU ihr verfassungsrechtlicher 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 mit Nichtmitgliedstaaten ist (siehe nächste Frage). Andere Gerichte als der EuGH, einschliesslich Schiedsgerichte, kommen nur dann in Frage, wenn diese ihrerseits EU-Auslegungsfragen dem EuGH vorlegen, der darüber verbindlich entscheidet. Eine solche Lösung sieht z.B. das Assoziierungsabkommen zwischen der EU und der Ukraine vor (siehe dazu auch 108. Frage).

95. Frage Wo findet sich der verfassungsrechliche Grundsatz der Autonomie der EU-Rechtsordnung?

Die EU kennt keinen als solchen bezeichneten Verfassungstext, entsprechend etwa der schweizerischen Bundesverfassung oder dem deutschen Grundgesetz. Im Rechtssystem der EU gelten aber ihre Grundlagenverträge – der Vertrag über die Europäische Union (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) – zusammen mit der EU-Grundrechtecharta als der verfassungsrechtliche Rahmen der Union. Dem EuGH steht in diesem Rahmen die Aufgabe zu, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern. Der EuGH hat in diesem Ordnungsrahmen mehrfach festgehalten, dass ihm allein die Kompetenz zukommt, den Inhalt des EU-Rechts verbindlich auszulegen, und dass die Gerichte der Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben müssen, ihn um Auslegungshilfe zu bitten. Indem der Gerichtshof die inhaltliche Bedeutung des EU-Rechts in abschliessender Weise festlegt, wahrt er die Autonomie dieses Rechts. Dies umfasst ausdrücklich auch Abkommen mit Nichtmitgliedstaaten, sowie sie dem EU-Recht entnommene Begriffe oder Regelungen enthalten.

96. Frage Was gab den Anlass zur Entwicklung des Grundsatzes?

Der Grundsatz der Autonomie der EU-Rechtsordnung wurde vom EuGH insbesondere in Gutachten über die Vereinbarkeit von geplanten Abkommen mit den Grundlagenverträgen der EU entwickelt (siehe dazu auch 14. Frage).

Am Anfang standen dabei zwei Gutachten über das damals geplante EWR-Abkommen.

Durch dieses Abkommen wird insbesondere der EU-Binnenmarkt auf die EWR/EFTA-Staaten ausgedehnt und hierdurch EU-Recht ins EWR-Recht übernommen. In seiner ersten Version sah das EWR-Abkommen einen neu zu schaffenden, gemeinsamen EWR-Gerichtshof vor, der für die verbindliche Auslegung des EWR-Rechts zuständig sein sollte. Der EuGH entschied jedoch in einem Gutachten im Jahr 1991, dass dies mit der Autonomie der EU-Rechtsordnung (damals noch der Rechtsordnung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, welche der heutigen EU voranging und später in sie eingegliedert wurde – siehe 102. Frage) bei der Verfolgung der ihr eigenen Ziele nicht vereinbar ist. Als Grund gab der EuGH an, dass sich die Rechtsprechung des EWR-Gerichtshofs auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts auswirken würde bzw. die Grundlagen der Gemeinschaft beeinträchtigen würde.

Als Folge dieses Gutachtens wurde das für den EWR geplante institutionelle System revidiert. Statt des gemeinsamen Gerichtshofs wurde das heute bestehende Zwei-Pfeiler-System vorgesehen (siehe 16. Frage). Dieses System wurde vom EuGH im Jahr 1992 in einem zweiten EWR-Gutachten gutgeheissen. Seither erliess der EuGH eine ganze Reihe weiterer Gutachten, in welchen er den Grundsatz der Autonomie der EU-Rechtsordnung immer wieder bestätigte.

97. Frage Was ist die rechtliche Folge des Grundsatzes für die EU mit Bezug auf Abkommen mit Nichtmitgliedstaaten?

Da die EU an die eigenen verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden ist, muss sie sich an diese Rechtsprechung halten und dafür sorgen, dass dem EuGH in Abkommen mit Drittstaaten, welche sich inhaltlich aus dem EU-Recht herleiten, eine entscheidende Auslegungsrolle zukommt. Für die an solchen Abkommen beteiligten Nichtmitgliedstaaten ist dies allerdings eine Herausforderung, da sie am EuGH nicht mit einer eigenen Richterin bzw. einem eigenen Richter vertreten sind, die über Fachwissen zu ihrem 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 angerufen werden kann. Damit ist den verfassungsrechtlichen Vorgaben der EU formal Genüge getan. Zugleich kann insbesondere das am Streit beteiligte Nichtmitgliedland faktisch die Anrufung des EuGHs verhindern. In der Praxis ist es im EWR bisher noch nie zu einem solchen Verfahren gekommen. Das vom Bundesrat nun favorisierte Schiedsgerichtsmodell könnte in eine ähnliche Richtung gehen (nämlich sofern es nicht eine einseitige, direkte Anrufbarkeit durch eine der Streitparteien einbaut).

98. Frage Könnte denn die EU nicht einfach – gleich wie die Schweiz mit ihrer Verfassung – die EU-Grundverträge ändern, so dass der EuGH diese abschliessende Auslegungskompetenz nicht mehr hat?

An sich wäre dies zwar möglich. Es gibt aber aus der Sicht der EU keinen überzeugenden Grund dafür. Zudem ist das Verfassungsverständnis der EU und ihrer Organe viel statischer als in der Schweiz, wo die Bundesverfassung regelmässig geändert wird. In der EU bedarf jede Vertragsänderung einer langen Vorbereitungszeit und eines komplexen Verfahrens. Weiter ist sie im aktuellen „Brexit"-Kontext (Austritt der Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Nordirland aus der EU) höchst unwahrscheinlich (zum Brexit siehe 133. Frage und 134. Frage).

99. Frage Wird das Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU nicht ohnehin eine Vertragsänderung bewirken?

Nein, hierdurch kommt es nicht oder jedenfalls nicht sofort zu einer förmlichen Änderung der Verträge. Der EUV bestimmt zwar den rechtlichen Rahmen eines Austritts, die Einzelheiten im konkreten Fall werden aber in separaten Abkommen zwischen dem austretenden Staat und der EU geregelt.

100. Frage Käme denn für die Streitschlichtung 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 in Luxemburg aus der Sicht der EU nie in Frage. Die EU darf einer solchen Lösung aus den erwähnten verfassungsrechtlichen Gründen nicht zustimmen (siehe 94. 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 für die Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU ist jedenfalls ein eigenständiges, überstaatliches Überwachungsverfahren nicht vorgesehen.

101. 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 als gemeinsamem, menschenrechtlichem Mindeststandard der teilnehmenden Staaten. Der Europarat ist eine von der EU verschiedene Organisation. Die Schweiz ist langjähriges Europaratsmitglied.

102. 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 über 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 EG wurde vor einigen Jahren in die EU eingegliedert. Die EGKS war nur für 50 Jahre geschaffen worden.

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 101. Frage) ist der EuGH nicht eine Höchstinstanz im gerichtlichen Instanzenzug, an die z.B. Unternehmen in letzter Instanz gelangen können, wenn sie mit Urteilen der Gerichte im eigenen Land nicht einverstanden sind.

103. 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 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).

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

Die von der EU geschlossenen Abkommen mit Drittstaaten sind für die EU Teil 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 insbesondere 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. Es bleibt abzuwarten, ob die Einführung eines solchen Verfahrens in den institutionellen Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU eine Option bleibt (siehe 84. 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 Verhandlungen über die institutionellen Fragen (siehe 24. 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 Verhandlungen über die institutionellen Fragen nicht zur Diskussion.

Keine Rolle spielt der EuGH im heute 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.

b. Anfänglich in den institutionellen Verhandlungen diskutiertes Modell

105. Frage Über welche gerichtliche Instanz für die Streitschlichtung wurde zwischen der Schweiz und der EU verhandelt und warum?

Soweit es die Auslegung von bilateralrechtlichen Bestimmungen betrifft, die sich vom EU-Recht ableiten, ging es in den Verhandlungen über die Streitschlichtung zuerst ausschliesslich um den EuGH. Insbesondere der EFTA-Gerichtshof stand in diesem spezifischen Zusammenhang nie zur Diskussion; auch im EWR ist der EuGH, und nicht der EFTA-Gerichtshof, das gerichtliche Element im Mechanismus für die Schlichtung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien. Auch um ein Schiedsgericht ging es in der ersten Phase der Verhandlungen noch nicht. Die Vorstellung war vielmehr die, dass eine Streitigkeit zuerst an den Gemischten Ausschuss und von dort unter Umständen direkt an den EuGH gelangen würde.

106. Frage Wer hätte nach dem zuerst diskutierten Modell an den EuGH gelangen können?

Im Vergleich zum EWR lag für ein institutionelles Rahmenabkommen die Besonderheit im zuerst diskutierten Modell darin, dass im neuen Streitbeilegungsmechanismus *eine Partei* (Schweiz oder EU) *allein, also einseitig*, den EuGH hätte anrufen können.

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, wurde bisher stattdessen über ein Alternativmodell ohne ein solches Verfahren, dafür aber mit einseitiger Anrufbarkeit des EuGH im Streitbeilegungsverfahren verhandelt. Die schweizerische Seite war der Auffassung, dass dies innenpolitisch weniger problematisch sei als ein überstaatliches Überwachungsverfahren. Die EU konnte 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.

107. Frage Welche praktischen Vorteile sieht bzw. sah der Bundesrat in einem 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, rasch 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.

c. Das im Entwurf für das InstA vorgesehene Modell

108. Frage Was wollte der Bundesrat im Frühling 2018 am in Verhandlung stehenden Modell ändern?

Nachdem der Widerstand gegen das Modell Gemischter Ausschuss – EuGH in der schweizerischen Öffentlichkeit immer grösser zu werden schien, teilte der Bundesrat im März 2018 mit, er wolle nun auf ein Schiedsgerichtsmodell hinarbeiten. Ein solches war von der EU Ende 2017 als mögliche Alternative erwähnt worden. Nach diesem Modell könnte ein Schiedsgericht angerufen werden, wenn der Gemischte Ausschuss eine Streitigkeit nicht beilegen kann. Das vom Bundesrat angestrebte Modell glich dabei jenem im Assoziationsabkommen zwischen der EU und der Ukraine.

> Die wirtschaftsrechtlichen Bestimmungen des im Jahr 2014 abgeschlossenen Assoziierungsabkommens EU – Ukraine leiten sich teilweise aus dem WTO-Recht und teilweise aus dem EU-Recht ab. Art. 322 des Abkommens, über die Streitbeilegung im Zusammenhang mit der Annäherung der Regelungen, bezieht sich auf die letzteren Bestimmungen. Er lautet:
>
> „(1) Die in diesem Artikel genannten Verfahren gelten für Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen, die bezüglich der Annäherung der Regelungen in Kapitel 3 (Technische Handelshemmnisse), Kapitel 4 (Gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen), Kapitel 5 (Zoll- und Handelserleichterungen), Kapitel 6 (Niederlassung, Dienstleistungshandel und elektronischer Geschäftsverkehr), Kapitel 8 (Öffentliches Beschaffungswesen) und Kapitel 10 (Wettbewerb) festgelegt sind oder die einer Vertragspartei auf andere Weise durch Bezugnahme auf eine Bestimmung des EU-Rechts eine Verpflichtung auferlegen.
>
> (2) Stellt sich im Rahmen einer Streitigkeit eine Frage zur Auslegung einer Bestimmung des EU-Rechts gemäß Absatz 1, so entscheidet das Schiedspanel die Frage nicht, sondern legt sie dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Entscheidung vor. In diesem Fall sind die Fristen für die Entscheidungen des Schiedspanels unterbrochen, bis der Gerichtshof der Europäischen Union entschieden hat. Die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist für das Schiedspanel bindend."

Um das neue Modell in die Verhandlungen mit der EU einbringen zu können, präzisierte der Bundesrat zunächst das schweizerische Verhandlungsmandat. Anschliessend informierte er die aussenpolitischen Kommissionen des Parlaments und die Kantone über die Präzisierungen. Inzwischen basieren die Verhandlungen über die Streitschlichtung auf diesem neuen Modell (Schiedsgericht). Auch der Brexit-Austrittsvertrag, auf den sich die Verhandlungsdelegationen der EU und des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Nordirland im November 2018 geeinigt haben, beruht im Wesentlichen auf diesem Modell (siehe 134. Frage).

109. Frage Was sieht nun der Entwurf für das InstA mit Bezug auf ein Schiedsgericht vor?

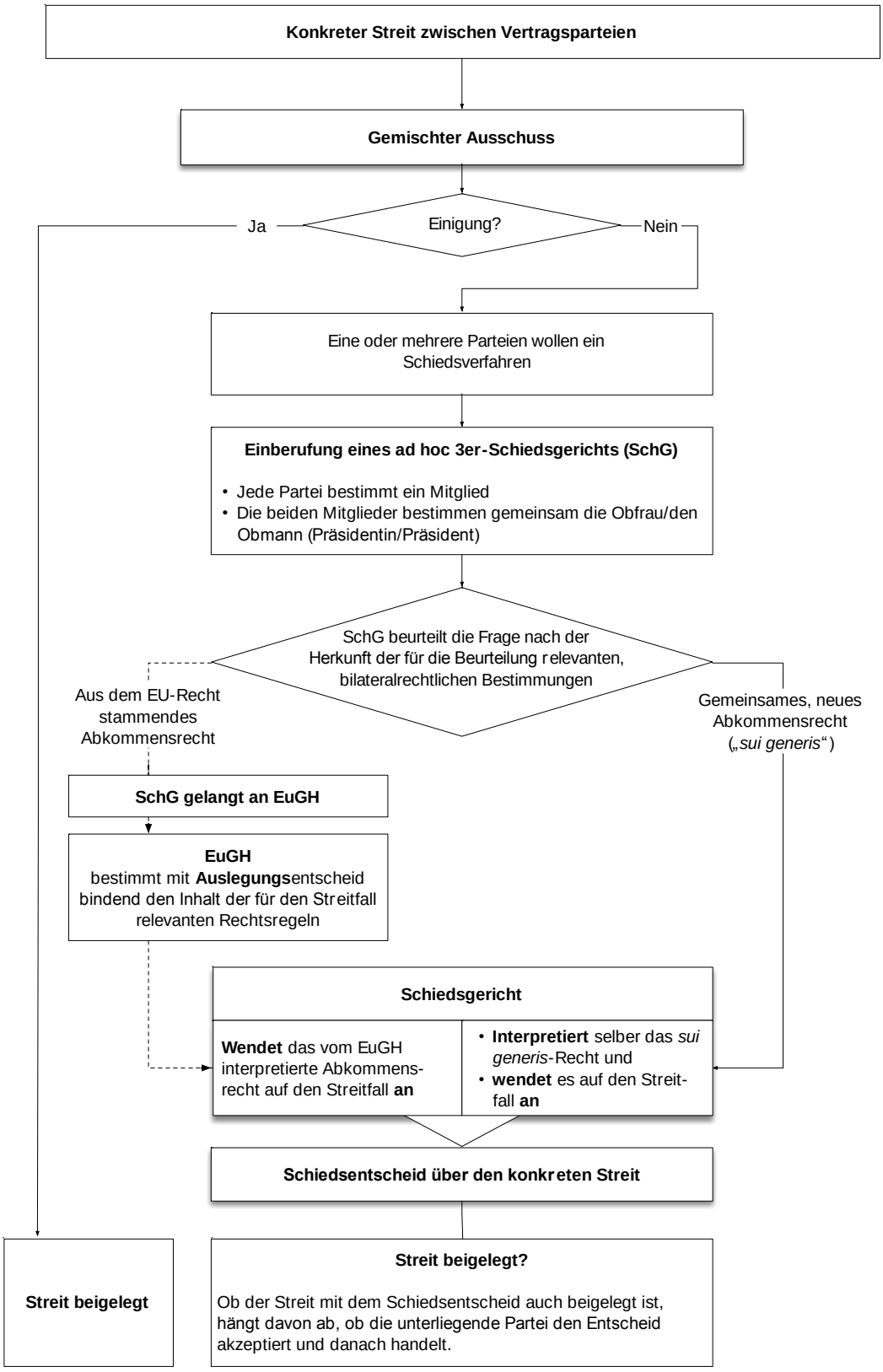
Der Entwurfstext sieht in Art. 9 E-InstA vorab vor, dass zur Beilegung von Streitigkeiten nur die im Vertrag vorgesehenen Mechanismen angewendet werden. Art. 10 E-InstA regelt sodann die Grundzüge des Schiedsverfahrens und das Protokoll 3 diverse technische Einzelheiten. Es sieht vor, dass im Schiedsgericht je eine Schiedsrichterin bzw. ein -richter der beiden Parteien (Schweiz, EU) Einsitz nehmen würde. Die Schweiz wäre also in diesem Gericht vertreten. Die beiden erwähnten Personen würden zudem eine sog. Obfrau oder einen Obmann (Präsidentin bzw. Präsident) bestimmen. Jede Partei kann stattdessen ein 5er-Schiedsgericht verlangen.

Das Schiedsgericht würde verbindlich über den Streit entscheiden. Auch hier spielt aber der verfassungsrechtiche Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung der EU (siehe 94. Frage). In Fällen, wo es um eine aus dem EU-Recht stammende Bestimmung oder einen Rechtsbegriff des bilateralen Rechts geht, würde das Schiedsgericht deshalb den EuGH um Hilfe bei der Auslegung dieses Rechts bitten. Der EuGH würde über die richtige Auslegung verbindlich entscheiden (nicht aber unmittelbar über die Lösung für den konkreten Streitfall).

110. Frage Wie genau 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 innert dreier Monate keine Lösung gefunden werden, so sollen neu gerichtliche Elemente zur Verfügung stehen, nämlich ein Schiedsgericht für die Entscheidung über die Streitigkeit sowie zusätzlich der EuGH für die Auslegung von Abkommensrecht, das von seiner Herkunft her dem EU-Recht entstammt.

Die folgende Darstellung zeigt die Grundzüge des Modells:



111. Frage Wer entscheidet in einem solchen System letztlich über den Streit, wenn der Gemischte Ausschuss keine Lösung findet?

In denjenigen Streitfällen, in welchem es um Abkommensrecht geht, das nicht dem EU-Recht entstammt (sog. Abkommensrecht *sui generis*) entscheidet das Schiedsgericht ohne Auslegungshilfe des EuGH. Dieses Szenario betrifft angesichts der Natur der für die Verhandlungen relevanten Marktzugangsabkommen nur eine begrenzte Anzahl der materiellen Bestimmungen in diesen Abkommen.

Ein Beispiel für eine nicht aus dem EU-Recht abgeleitete Vorschrift wäre wohl 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.

In den anderen Fällen, wo es also der Herkunft nach um EU-Recht geht, läuft das Verfahren wie folgt: Hat sich der EuGH über die Auslegung des Abkommens geäussert, nimmt das Schiedsgericht die Angelegenheit wieder auf und entscheidet über den konkreten Streitfall. Dabei wendet es die vom EuGH festgestellte Auslegung an. Somit entscheidet der EuGH über die richtige Auslegung und das Schiedsgericht darüber, wie die Auslegung im Entscheid auf den konkreten Streitfall angewendet wird.

Als Fallbeispiel soll eine völlig fiktive Vorschrift der Schweiz dienen: Danach sollen hier zur Tätigkeit im Bereich der Sanitärinstallation nur Personen zugelassen werden, welche die Schweizer Staatsangehörigkeit besitzen und zudem in der japanischen Kampfsportart Karate den schwarzen Gürtel erlangt haben. Die EU bzw. ihre Mitgliedstaaten sind der Meinung, dass diese Erfordernisse das Personenfreizügigkeitsabkommen verletzen.

Bei der Schweizer Regelung handelt es sich klarerweise um eine Thematik, welche in den Anwendungsbereich des Personenfreizügigkeitsabkommens fällt. Ebenso deutlich ist, dass es dort um dem EU-Recht entnommene Regelungen geht, nämlich insbesondere das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, das auch in der EU einen Grundaspekt der Personenfreizügigkeit darstellt. Stellen sich hier Auslegungsfragen, wird das von der klagenden Partei angerufene Schiedsgericht dem EuGH die Frage nach der korrekten Auslegung des relevanten Abkommensrechts vorlegen. Folgende Szenarien sind nun 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 das Schiedsgericht die Angelegenheit wieder auf und entscheidet darüber zugunsten der Schweiz. Dadurch wird die Streitigkeit formell beigelegt. Die Schweiz kann die Regel beibehalten.

Szenario 2: Der EuGH gelangt zum Schluss, dass das Freizügigkeitsabkommen eine gesetzliche Regelung wie die zur Diskussion stehende verbietet. Nach Erlass dieser Entscheidung nimmt das Schiedsgericht die Angelegenheit wieder auf. Es dürfte dann gegen die Schweiz entscheiden. Diese ist in der Folge verpflichtet, dieses Urteil zu respektieren. Die Schweiz ist bereit, ihre Regelung abzuschaffen oder durch eine andere zu ersetzen, die ihren Interessen gleichwertig Rechnung trägt, aber das Freizügigkeitsabkommen achtet. Der Streit kann auf diese Weise beigelegt werden.

Szenario 3: Ausgangspunkt gleich wie bei Szenario 2. Die Schweiz ist aber nicht bereit, ihr Recht im Lichte der Entscheidung des Schiedsgerichts zu ändern. Zu den möglichen Folgen siehe 115. Frage.

112. Frage Wer bestimmt darüber, ob der EuGH als Auslegungsinstanz beigezogen werden soll?

Der EuGH soll einzig dasjenige Abkommensrecht auslegen, das inhaltlich aus dem EU-Recht stammt. Nach dem Entwurfstext entscheidet das Schiedsgericht unabhängig darüber, ob die ihm vorliegende Streitigkeit die Auslegung von dem EU-Recht entstammendem Abkommensrecht betrifft (Art. III.6 Protokoll 3 E-InstA), gleich wie im Abkommen zwischen der EU und der Ukraine (siehe 108. Frage). Eine Anrufung des EuGH soll ausdrücklich nur dann erfolgen, wenn das EUI-Recht für den Streitfall relevant ist, und das Schiedsgericht eine Anrufung der EuGH als notwendig erachtet (Art. 10 Abs. 3 E-InstA).

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

Die Schweiz und die EU sind sich mittlerweile darin einig, dass eine Auslegungsentscheidung des EuGH im Streitbeilegungsverfahren 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 diese Verbindlichkeit aus der 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. Gleiches gilt für ein Schiedsgericht, wie auch das bereits bestehende Beispiel des Assoziationsabkommens zwischen der EU und der Ukraine zeigt. Wie gross für das Schiedsgericht der Spielraum für eine Lösung bleibt, die der Auslegung durch den EuGH Rechnung trägt, müsste die Praxis zeigen.

Im Entwurf des Institutionellen Abkommens hält Art. 10 Abs. 3 E-InstA ausdrücklich fest, dass die Auslegungsentscheidung des EuGH das Schiedsgericht bindet.

114. Frage Kann der Schiedsgerichtsentscheid weitergezogen werden??

Der Entscheid des Schiedsgerichts ist abschliessend. Ein Weiterzug an irgendeine weitere Instanz ist nicht vorgesehen.

115. Frage Was geschieht, wenn sich eine Partei der Entscheidung des Schiedsgerichts widersetzt?

Gegenstand der Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU waren nicht zuletzt die Folgen, wenn eine Partei zu einer Lösung des Streits aufgrund der Entscheidung des Schiedsgerichts nicht Hand bieten will (siehe 111. Frage, Szenario 3). Dies soll nicht etwa dazu führen, dass das betreffende Abkommen automatisch gekündigt wäre. Hingegen soll die andere Partei „angemessene Ausgleichsmassnahmen" ergreifen dürfen (Art. 10 Abs. 6 E-InstA). Solche Massnahmen treffen dann typischerweise Personen bzw. Unternehmen derjenigen Partei, welche die Schiedsgerichtsentscheidung nicht akzeptiert.

In der Praxis zum Recht der Welthandelsorganisation (*World Trade Organziation, WTO*), wo es die Möglichkeit von Ausgleichsmassnahmen ebenfalls gibt, werden solche Massnahmen allerdings nur in seltenen Fällen eingesetzt. Es scheint dort die Einsicht zu herrschen, dass Ausgleichsmassnahmen allen schaden und keine Konflikte lösen. Vielmehr bergen sie das Risiko, dass sie die Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien zermürben oder gar zerstören.

116. Frage Und wer beurteilt die Angemessenheit allfälliger Ausgleichsmassnahmen?

Die Partei, welche die Schiedsgerichtsentscheidung nicht befolgt, 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 (Art. 10 Abs. 7 E-InstA). Für diesen Fall wäre wiederum die Einsetzung eines Schiedsgerichtes möglich und aus der Sicht des EU-Verfassungsrechts im Übrigen auch zulässig.

Das Schiedsgericht ist nach dem Entwurfstext für das InstA für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit von Ausgleichsmassnahmen ausdrücklich selber zuständig (Art. III.6 Abs. 3 Protokolls 3 E-InstA). Dem EuGH käme in diesem Zusammenhang somit keine Rolle zu.

117. 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 zurzeit auch in den Verhandlungen über die institutionellen Fragen besprochen wird, nämlich die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens für die Beurteilung der Angemessenheit von Ausgleichsmassnahmen.

> 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 EuGH-Rechtsprechung zur Autonomie der Unionsrechtsordnung entwickelte. Aus rechtlicher Sicht könnte die EU heute hier der praktischen Einsetzung eines Schiedsgerichts nur noch in einem eingeschränkten Rahmen zustimmen.

118. 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 94. Frage), kann die EU aus internen, verfassungsrechtlichen Gründen einem anderen Gericht nicht zustimmen, soweit es um die Auslegung von bilateralem Recht geht, das inhaltlich dem EU-Recht entspricht und von dort ableitet. Immerhin würde durch die Einsetzung eines Schiedsgerichts der Streit als solcher von einem Gericht beurteilt und entschieden, in welchem auch die Schweiz vertreten wäre. Hier kann deshalb von einem „fremden" Gericht nicht die Rede sein.

Gewisse Kreise melden allerdings generell Vorbehalte dagegen, dass via ein Gericht immer ein Entscheid über den Streit herbeigeführt werden kann. Sie möchten die Angelegenheit lieber auf politischer Ebene belassen. Letztendlich geht es auch hier um eine Abwägung, nämlich zwischen den Vorteilen eines politischen Freiraums, wenn kein Gericht über einen Streit entscheidet, und der durch gerichtliche Klärung erreichten Rechtssicherheit.

VII. ÜBERWACHUNG, INSBES. MIT BEZUG AUF STAATLICHE BEIHILFEN

Überwachung:
Es sollen keine neuen, überstaatlichen Überwachungsmechanismen eingeführt werden. Jede Partei überwacht sich selber.

119. Frage War die Überwachung der Einhaltung der Abkommen ein Thema der institutionellen Verhandlungen?

Wie bereits erwähnt (24. Frage), wollte die EU anfänglich um ein System verhandeln, in welchem – gleich wie im EU-Recht und im EWR-Recht – auch mit Bezug auf die Schweiz eine überstaatliche Behörde für die Überwachung der Einhaltung der Abkommen zuständig wäre. Weil die Schweiz dem nicht zustimmte, kam es nicht dazu. Dennoch enthält der Entwurf des InstA Grundsätze zur Überwachung, allerdings in einem anderen Sinne.

120. Frage Was sagt nun der Entwurf für das InstA grundsätzlich zur Überwachung?

Der Entwurfstext nennt an erster Stelle die gemeinsam ausgeübte Überwachungdurch den für das betreffende Abkommen zuständigen Gemischten Ausschuss, entsprechend dem heute schon geltenden Recht (Art. 7 Abs. 2 E-InstA).

Weiter nennt der Entwurf auf der Seite der EU die Europäische Kommission und auf der Seite der Schweiz die zuständigen Schweizer Behörden. Im Falle der Schweiz wird somit keine überstaatliche Behörde bestimmt. Hierdurch unterscheidet sich das System von jenem des EWR (siehe 16. Frage). Die Behörden der beiden Parteien sollen zusammenarbeiten und Informationen austauschen (Art. 6 Abs. 2 E-InstA).

Weiter beobachten die Behörden der Parteien übers Kreuz, ob die andere Partei ein vom InstA erfasstes Abkommen verletzt, und leiten gegebenenfalls ein Streitbeilegungsverfahren ein (Art. 7 Abs. 3 E-InstA).

121. Frage Und was soll institutionell für die staatlichen Beihilfen gelten?

Hier sollen in der EU und in der Schweiz je eigene Behörden die Anwendung der Beihilferegeln überwachen (Art. 8B Abs. 1 E-InstA). Das in der Schweiz angewandte System soll dabei jenem der EU gleichwertig sein. Hierfür soll in der Schweiz eine interne, unabhängige Behörde eingesetzt werden, wo neue Beihilfen zur Vorabprüfung anzumelden sind (Art. 8B Abs. 2 ff. E-InstA). Das Entwurf für das InstA schreibt der Schweiz nicht vor, um welche konkrete Behörde es sich handeln soll.

VIII. AUSBLICK

Ausblick:
Ein Abschluss des Abkommens müsste seitens der Schweiz nach den Vorschriften der Schweizerischen Bundesverfassung erfolgen. Indirekt sind auch andere Themen vom Verlauf der Verhandlungen betroffen. So stellte die EU einen politischen Zusammenhang der institutionellen Verhandlungen mit der Frage der Börsenäquivalenz her. Ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem „Brexit" besteht nicht, doch stellen sich dort ähnliche Fragen.

122. 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 seither 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 Rahmenabkommen unterzeichnet werden kann. In der Schweiz ist dafür 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 eigentliche 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 nun zur Diskussion stehenden Modell eine Unterstellung unter den EuGH gerade nicht vor, weil dieser im neu organisierten Streitschlichtungsmechanismus formell 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).

123. Frage Wie sieht der Zeitrahmen aus?

Die EU wollte die Verhandlungen ursprünglich im Herbst 2018 abschliessen. Auch der Bundesrat wollte in den institutionellen Verhandlungen rasch Fortschritte erzielen, um so möglichst vor den Wahlen im Jahr 2019 (u.a. in der Schweiz) zu einem Ergebnis zu gelangen. Ob dies realistisch ist, hängt vom Ergebnis der vom Bundesrat angekündigten Konsultationen über den Entwurf zum InstA ab (siehe 28. Frage).

Konkrete Fortschritte in den institutionellen Verhandlungen dürften für die Schweiz in einem anderen Bereich nützlich sein, nämlich jenem der Börsenäquivalenz (siehe 127. Frage).

124. Frage Mit welchem Ziel und wann werden die angekündigten Konsultationen erfolgen?

In Verhandlungen kann kaum je eine Partei alle ihrer Ziele erreichen – so auch hier. So liegt z.B. im Bereich der flankierenden Massnahmen ein Vorschlag der EU vor, der offenbar vom Verhandlungsmandat des Bundesrates abweicht. Nicht zuletzt mit Blick darauf, aber auch mit Blick auf das Gesamtergebnis der bisherigen Verhandlungen will der Bundesrat mit wichtigen Gruppierungen Konsultationen zum Abkommensentwurf durchführen. Zweck davon ist, vor allem in den noch offenen Punkten eine konsolidierte Haltung zu erreichen, um sodann allenfalls mit der EU erneut das Gespräch zu suchen. Die Eröffnung der Konsultation wird am 16. Januar 2019 erwartet. Der Bundesrat will sich im Juni 2019 über das Ergebnis informieren lassen und danach über weitere Schritte entscheiden.

125. Frage Wird es nach der Konsultation neue Verhandlungen geben?

EU-Kommissar Hahn erklärte im Dezember 2018, dass der nun vorliegende Text zumindest von der aktuellen EU-Kommission als endgültig betrachtet werde. Umgekehrt erklärte Bundespräsident Maurer im Januar 2019, er beabsichtige, das Abkommen weiter zu verhandeln. Ob der vorgestellte Text des InstA endgültig ist oder ob weitere Verhandlungen geführt werden können, ist letztlich eine politische Frage. Hier könnten auch der weitere Verlauf des Austritts des Vereinigten Königreichs (Brexit) aus der EU und die damit bis dann gemachten Erfahrungen ihren Niederschlag finden (siehe 133. Frage).

126. Frage Gibt es eine zeitliche Schranke, bis zu der das InstA abgeschlossen sein müsste?

Aus rechtlicher Sicht kann ein Abkommen jederzeit abgeschlossen werden. Aus politischer Sicht ist aber zu beachten, dass die aktuell verhandelnde EU-Kommission unter Präsident Juncker nur noch bis zum 31. Oktober 2019 im Amt ist, und keine Zusicherung besteht, dass die danach eingesetzte EU-Kommission das Verhandlungsergebnis honorieren würde. Zudem hat die EU-Kommission angekündigt, dass sie die bis zum 30. Juni 2019 gewährte Börsenäquivalenz der Schweiz nur dann weiter verlängern will, wenn der Bundesrat bis dann ein InstA paraphieren würde.

127. Frage Worum geht es bei der sogenannten Börsenäquivalenz?

Dabei geht es um die Frage, ob die Schweizer Börsengesetzgebung von der EU als gleichwertig („äquivalent“) zu ihrer eigenen Regelung anerkannt wird. Dies ist Voraussetzung dafür, dass EU-Wertpapierfirmen der Handel mit Aktien, die in der EU der Handelspflicht unterliegen, an Schweizer Börsen gestattet bleibt. Die Gleichwertigkeit wird von der Europäischen Kommission durch eine einseitige Erklärung festgehalten.

Zur Terminologie: In den Rechtstexten wird jeweils von „Angemessenheit“ oder „Gleichwertigkeit“ gesprochen. Umgangssprachlich haben sich in der Schweiz aber auch die Begriffe „Äquivalenz“ und „Adäquanz“ eingebürgert. „Adäquanz“ wird zudem spezifisch im Datenschutzbereich im gesamten deutschen Sprachraum verwendet. Gemeint ist aber immer dasselbe Konzept, nämlich dass ein Drittstaaatenregime gegenüber der entsprechenden eigenen Regelung durch einen formellen Beschluss als im Effekt gleichwertig bzw. angemessen akzeptiert wird.

128. Frage Was hat die Börsenäquivalenz mit den institutionellen Fragen zu tun?

Ein rechtlicher Zusammenhang besteht nicht; es handelt sich um zwei unterschiedliche Themen. Die institutionellen Fragen betreffen – wie in diesem Brevier dargestellt – das bilateralrechtliche Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU. Im Gegensatz dazu geht es bei der Börsenäquivalenz um einen Bereich, für welchen es heute kein bilaterales Recht gibt.

Die EU stellte aber bereits in ihrer Entscheidung über die Gleichwertigkeit der Schweizer Börsen vom Dezember 2017 einen *politischen* Konnex dieser Thematik mit den institutionellen Fragen her. Konkret befristete sie die Äquivalenzerklärung bis Ende 2018 und erklärte, eine Verlängerung vor diesem Ablaufdatum hänge insbesondere von den Fortschritten ab, die bis dahin in den institutionellen Verhandlungen erreicht werden.

In ihrem Durchführungsbeschluss vom 21. Dezember 2017 über die Gleichwertigkeit des für Börsen in der Schweiz geltenden Rechts- und Aufsichtsrahmens gemäss der EU-Richtlinie 2014/65 führt die Kommission hierzu aus:

„Dieser Beschluss trägt auch den Schlussfolgerungen des Rates vom 28. Februar 2017 Rechnung, wonach eine Voraussetzung für die weitere Entwicklung des sektorbezogenen Ansatzes mit der Schweiz nach wie vor die Schaffung eines gemeinsamen institutionellen Rahmens für bestehende und künftige Abkommen über die Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt der EU ist. Um die Integrität der Finanzmärkte in der Union sicherzustellen, sollte dieser Beschluss am 31. Dezember 2018 auslaufen, es sei denn, er wird von der Kommission vor diesem Termin verlängert. Bei der Entscheidung über eine etwaige Verlängerung dieses Beschlusses sollte die Kommission insbesondere den Fortschritten Rechnung tragen, die mit Blick auf die Unterzeichnung eines Abkommens zur Schaffung eines solchen gemeinsamen institutionellen Rahmens erzielt wurden.“

Innerhalb der EU hat das Vorgehen der Kommission gegenüber der Schweiz bei einigen Mitgliedstaaten für Unmut gesorgt. Die Kommission hatte den EU-Mitgliedstaaten zuerst eine zeitlich unbefristete Äquivalenzentscheidung vorgeschlagen, ihren Kurs aber sehr kurzfristig geändert, so dass für vertiefte Erörterungen keine Zeit mehr blieb. Einige Mitgliedstaaten sandten der EU-Kommission daher einen Brief. Darin hielten sie fest, dass sie eine unbefristete Äquivalenzentscheidung für die Schweiz anstreben.

Der Schweizer Bundesrat verwehrte sich gegen die Befristung, sah sich aber gleichzeitig mit der Tatsache konfrontiert, dass die Äquivalenzerklärung der EU für die Schweizer Börsen sehr wichtig sind, da ein massgeblicher Teil ihres Handelsvolumens auf Banken und Investoren aus der EU zurückgeht. Am 8. Juni 2018 kündigte der Bundesrat umgekehrt an, er werde eigene Gegenmassnahmen ergreifen, um die Funktionsweise der Schweizer Börsen zu schützen, sollte die Kommission Ende 2018 die Äquivalenzerklärung absprechen.

Am 30. November 2018 erliess er eine entsprechende Schutzverordnung, teilte aber zugleich mit, dass diese erst bei Auslaufen der Aquivalenzgewährung Wirkung entfallen werde.

Am 21. Dezember 2018 erneuerte die EU-Kommission in einem weiteren Durchführungsbeschluss zwar ihre Äquivalenzanerkennung, befristete diese aber zugleich unter Hinweis auf die laufende Konsultation in der Schweiz zum InstA bis zum 30. Juni 2019 (siehe https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2018.327.01.0077.01.ENG&toc=OJ:L:2018:327:TOC). Mit gleichem Datum gab das Eidgenössische Finanzdepartement bekannt, dass die am 30. November 2018 erlassene Schutzverordnung aufrechterhalten bleibe. Es bleibt abzuwarten, welches die politischen Folgen für die Verlängerung der befristeten Äquivalenzentscheidung aus dem Jahr 2017 sein werden. Dies wird sich im Juni 2019 zeigen.

129. Frage Was hat die Äquivalenz im übrigen Finanzbereich mit den institutionellen Fragen zu tun?

Die Äquivalenzfrage stellt sich, weil es im Finanzbereich kein spezifisches bilaterales Abkommen gibt. Über ein Abkommen im Bereich der Finanzdienstleistungen wurde zwar immer wieder einmal nachgedacht; der Bundesrat will dies aber zur Zeit nicht weiterverfolgen. Ohne EU-Äquivalenzentscheidungen ergeben sich für die Schweiz spürbare Nachteile, weil dann Schweizer Finanzdienstleistungsunternehmen nur unter stark erschwerten Bedingungen in der EU tätig sein können (z.B. Banken), oder weil entscheidende Finanzinfrastrukturen nicht aus der Schweiz betrieben werden können (z.B. Clearing).

Äquivalenzentscheidungen sind einseitige Akte der EU. Es besteht kein rechtlicher Anspruch darauf. Ein rechtlicher Zusammenhang mit den institutionellen Verhandlungen besteht nicht.

130. Frage Was hat die Datenschutzadäquanz mit den institutionellen Fragen zu tun?

Die Schweiz revidiert zurzeit ihr Datenschutzrecht. Dabei geht es um den Schutz der Privatsphäre von Menschen mit Bezug auf sie betreffende Informationen. Es besteht kein rechtlicher Zusammenhang mit den institutionellen Verhandlungen. Das bilaterale Recht ist für den Datenschutz nur beschränkt relevant, nämlich im Zusammenhang mit dem Schengenabkommen, auf welches sich die institutionellen Verhandlungen aber nicht beziehen.

Allerdings kommt die Schweiz auch ausserhalb des bilateralen Rechts nicht darum herum, ihr Recht im Rahmen des sog. autonomen Nachvollzugs an das EU-Recht anzupassen. Der Grund liegt darin, dass die EU in ihrem Recht vorsieht, dass sie ausländisches Datenschutzrecht nur unter bestimmten Bedingungen als angemessen bzw. gleichwertig anerkennt. Ohne eine entsprechende Erklärung der EU ergeben sich für die Schweiz auch hier spürbare wirtschaftliche Nachteile. Zwar hat die EU-Kommission im Jahr 2000 die Angemessenheit des Schweizer Datenschutzrechts bereits festgestellt (Angemessenheitsbeschluss 2000/518). Allerdings bezieht sich dieser Beschluss auf die damalige EU-Datenschutzgesetzgebung. Seit dem 25. Mai 2018 ist neue EU-Gesetzgebung anwendbar, welche ein deutlich höheres Datenschutzniveau verlangt (Verordnung 2016/679 oder „Datenschutzgrundverordnung“). Damit stellt sich die Frage der Adäquanz für die Schweiz erneut.

131. Frage Gibt es weitere Themen, welche für die Schweiz in ihrem Verhältnis mit der EU relevant sind?

Der Bundesrat führt zurzeit mit der EU auch noch Verhandlungen über andere Themen als das institutionelle Rahmenabkommen. Dazu gehören neben dem bereits erwähnten Stromabkommen (7. Frage) z.B. die Beteiligung der Schweiz an der Europäischen Eisenbahnagentur sowie an den EU-Medien- und Kulturprogrammen. Weitere Dossiers im Verhältnis Schweiz-EU sind etwa die erneute Zahlung eines Kohäsionsbeitrages der Schweiz zugunsten von Projekten in einzelnen EU-Ländern sowie die Äquivalenz im übrigen Finanzbereich (zusätzlich zur Börsenäquivalenz) sowie die Adäquanz im Datenschutz.

Solche Themen sind von den institutionellen Verhandlungen nur dann unmittelbar betroffen, wenn es sich – wie beim Stromabkommen – um Marktzugangsabkommen handelt: Wie bereits erwähnt, will die EU neue Marktzugangsabkommen erst dann schliessen, wenn neue institutionelle Regelungen vorliegen (siehe 6. Frage).

132. Frage Worum geht es bei den Kohäsionszahlungen der Schweiz und was haben sie mit den institutionellen Fragen zu tun?

Durch die Erweiterung der EU um 13 Staaten ist der EU-Binnenmarkt seit dem Jahr 2004 stark gewachsen. Zugleich bedeutet dies im Verhältnis zu Nichtmitgliedstaaten, welche mit der EU Marktzugangsabkommen geschlossen haben, einen deutlich grösseren geographischen Anwendungsbereich dieser Abkommen. Um die Bemühungen der EU um die Entwicklung der jüngeren, wirtschaftlich schwächeren Mitgliedländer zu unterstützen, leisten die EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen sowie die Schweiz Beiträge an ausgewählte Projekte in jenen Ländern. Auch innerhalb der EU zahlen die Mitgliedstaaten Beiträge, welche u.a. für die sog. Kohäsionspolitik verwendet werden. Die Beiträge u.a. der Schweiz sind davon aber unabhängig. Die Schweiz bestimmt direkt in Zusammenarbeit mit den betroffenen Mitgliedstaaten, wo sie Beiträge leisten will.

Zurzeit geht es in der Schweiz um eine zweite Tranche solcher Zahlungen. Der Bundesrat will dabei den Schwerpunkt a) auf die Verringerung wirtschaftlicher und sozialer Ungleichheiten sowie b) die bessere Bewältigung der Migrationsbewegungen in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten (Flüchtlingsproblematik) legen und hierfür Schweizer Expertise zur Verfügung stellen. Der Bundesrat weist darauf hin, dass die Schweiz auf ein sicheres, stabiles und prosperierendes Europa angewiesen ist, um ihren Wohlstand langfristig zu sichern. Der Entscheid über die Zahlungen liegt beim Bundesparlament.

Ein rechtlicher Zusammenhang mit den institutionellen Verhandlungen besteht nicht. In der Schweiz wird auf der politischen Ebene manchmal argumentiert, eine erneute Zahlung sollte nur geleistet werden, wenn die EU der Schweiz in den institutionellen Verhandlungen entgegenkomme. In den Augen der EU handelt es sich dagegen um Entwicklungsbeiträge der Schweiz im Zusammenhang mit dem für sie durch die EU-Erweiterung entstandenen, grösseren Absatzmarkt in der EU. Die EU akzeptiert, dass die Schweiz im Vergleich z.B. mit Norwegen deutlich geringere Beiträge zahlt, weil sie in einem deutlich geringeren Mass am EU-Binnenmarkt teilnimmt.

Das Entwurfsdokument für das Institutionelle Abkommen enthält eine politische Erklärung, in welcher die Wichtigkeit dieses Engagements der Schweiz betont und von der EU begrüsst wird. Dabei wird der Zusammenhang mit dem Marktzugang betont.

133. Frage Besteht ein Zusammenhang zwischen den institutionellen Verhandlungen und dem „Brexit“?

Zwischen dem Austritt des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Nordirland (VK) aus der EU („Brexit“) einerseits und den Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU über die institutionellen Fragen andererseits besteht kein rechtlicher Zusammenhang. Zum Teil stellen sich aber ähnliche Fragen. So sind sowohl für einen Austrittsvertrag als auch für einen Vertrag über die rechtlichen Beziehungen zwischen der EU und dem VK nach dem Brexit bzw. nach der im Austrittsvertrag vorgesehenen Übergangsfrist institutionelle Regelungen nötig.

Im November 2018 einigten sich die Verhandlungsdelegationen auf einen Entwurf für den Austrittsvertrag, einschliesslich institutioneller Regelungen für eben diesen Vertrag (für den Text siehe https://www.consilium.europa.eu/media/37099/draft_withdrawal_agreement_incl_art132.pdf). Der Austrittsvertrag soll am 30. März 2019 in Kraft treten. Dies setzt allerdings voraus, dass er beidseits intern genehmigt und formell unterzeichnet wird. Auf der Seite der Vereinigten Königreichs ist der Austrittsvertrag sehr umstritten.

Ein Abkommen über die künftigen Beziehungen zwischen dem VK und der EU nach Ablauf der Übergangsfrist (vorgesehen auf den 31. Dezember 2020) liegt noch nicht vor, sondern bisher erst eine politische Erklärung zu diesem Thema (https://www.consilium.europa.eu/media/37100/20181121-cover-political-declaration.pdf). Es dürfte Jahre dauern, ein solches Abkommen auszuhandeln. Sollte es Binnenmarktelemente (also dem EU-Recht entnommene Regelungen) enthalten, so wird die EU hier gleich wie im Fall der Schweiz einen institutionellen Rahmen wünschen, der Homogenität mit dem EU-Recht gewährleistet. Die institutionellen Verhandlungen mit der Schweiz könnten insofern Modellcharakter haben.

134. Frage Gibt es bereits konkrete Hinweise darauf, wie die Streitschlichtung in den Brexit-Abkommen aussehen wird?

Ja, die gibt es, aber in ausgearbeiteter Form bisher nur im Entwurf für den Austrittsvertrag (also noch nicht für einen allfälligen späteren Vertrag über die künftigen Beziehungen zwischen dem VK und der EU nach Ablauf der Übergangsfrist).

Eine erste Version der Streitschlichtung für den Austrittsvertrag stammte aus dem Entwurf, den die Europäische Kommission Ende Februar 2018 vorlegte und über den sie anschliessend mit dem VK verhandelte. Dieser Entwurf sah noch vor, dass Streitigkeiten über die Auslegung und die Anwendung des Austrittsvertrags vor einen Gemischten Ausschuss gebracht werden, der darauf beschliessen konnte, die Streitigkeit dem EuGH vorzulegen. Aus schweizerischer Sicht war dabei interessant, dass der Entwurf unter bestimmten Umständen eine einseitige Anrufbarkeit des EuGH durch eine der Streitparteien vorsah. Hier hatte vermutlich die erste Phase der Verhandlungen mit der Schweiz abgefärbt.

Im Lauf der Brexit-Austrittsverhandlungen änderte sich das Streitschlichtungsverfahren hin zu einer neuen Version mit einem Schiedsgerichtselement – insofern gleich wie in den Verhandlungen Schweiz-EU. Auch hier haben möglicherweise diese letzteren Verhandlungen auf den Brexit abgefärbt. Die Einzelheiten zum nun ausgehandelten Streitschlichtungsmodell für den Brexit-Austrittsvertrag finden sich im Entwurf für den Austrittsvertrag, auf den sich die Verhandlungsdelegationen des VK und der EU im November 2018 geeinigt haben.

Damit liegt ein detailliertes Modell vor, das gerade aus schweizerischer Sicht interessant ist. Auch im Brexit-Austrittsvertrag ist die erste Anlaufstelle der Gemischte Ausschuss. Findet dieser keine einvernehmliche Lösung, kann nach Ablauf der Übergangsfrist jede der Streitparteien die Einsetzung eines Schiedsgerichts verlangen. Dieses wendet sich u.a. dann an den EuGH, wenn es in der Streitigkeit um eine Frage der Auslegung eines Begriffs des Unionsrechts oder eine Frage der Auslegung einer im Austrittsabkommen genannten Bestimmung des Unionsrechts geht.

Art. 174 Abs. 1 und 2 des Entwurfs für den Austrittsvertrag sieht unter dem Titel „Disputes raising questions of Union law" Folgendes vor (wobei der Text bisher nur in englischer Sprache vorliegt; für eine inoffizielle, deutsche Übersetzung siehe anschliessend):

„1. Where a dispute submitted to arbitration in accordance with this Title raises a question of interpretation of a concept of Union law, a question of interpretation of a provision of Union law referred to in this Agreement or a question of whether the United Kingdom has complied with its obligations under Article 89(2), the arbitration panel shall not decide on any such question. In such case, it shall request the Court of Justice of the European Union to give a ruling on the question. The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give such a ruling which shall be binding on the arbitration panel.

The arbitration panel shall make the request referred to in the first subparagraph after having heard the parties.

2. Without prejudice to the first sentence of the first subparagraph of paragraph 1, if the Union or the United Kingdom considers that a request in accordance with paragraph 1 is to be made, it may make submissions to the arbitration panel to that effect. In such case, the arbitration panel shall submit the request in accordance with paragraph 1 unless the question raised does not concern the interpretation of a concept of Union law, interpretation of a provision of Union law referred to in this Agreement, or does not concern whether the United Kingdom has complied with its obligations under Article 89(2). The arbitration panel shall provide reasons for its assessment. Within 10 days following the assessment, either party may request the arbitration panel to review its assessment, and a hearing shall be organised within 15 days of the request for the parties to be heard on the matter. The arbitration panel shall provide reasons for its assessment.

[…]."

Inoffizielle deutsche Übersetzung:

„1. Wirft eine gemäß diesem Titel dem Schiedsverfahren unterbreitete Streitigkeit eine Frage der Auslegung eines Begriffs des Unionsrechts, eine Frage der Auslegung einer in diesem Abkommen genannten Bestimmung des Unionsrechts oder eine Frage darüber auf, ob das Vereinigte Königreich seinen Verpflichtungen nach Artikel 89 Absatz 2 nachgekommen ist, so entscheidet das Schiedsgericht nicht über eine solche Frage. In diesem Fall ersucht es den Gerichtshof der Europäischen Union, über die Frage zu entscheiden. Der Gerichtshof der Europäischen Union ist für eine solche Entscheidung zuständig, die für das Schiedsgericht bindend ist.

Das Schiedsgericht stellt den in Unterabsatz 1 genannten Antrag nach Anhörung der Parteien.

2. Unbeschadet des Absatzes 1 Unterabsatz 1 Satz 1 kann die Union oder das Vereinigte Königreich, wenn sie der Auffassung ist, dass ein Antrag gemäß Absatz 1 zu stellen ist, dem

Schiedsgericht entsprechende Anträge vorlegen. In diesem Fall stellt das Schiedsgericht den Antrag gemäß Absatz 1, es sei denn, die aufgeworfene Frage betrifft nicht die Auslegung eines Begriffs des Unionsrechts, die Auslegung einer in diesem Abkommen genannten Bestimmung des Unionsrechts oder betrifft nicht, ob das Vereinigte Königreich seinen Verpflichtungen aus Artikel 89 Absatz 2 nachgekommen ist. Das Schiedsgericht begründet seine Beurteilung. Innerhalb von 10 Tagen nach der Bewertung kann jede Partei das Schiedsgericht ersuchen, seine Bewertung zu überprüfen, und innerhalb von 15 Tagen nach dem Antrag, dass die Parteien in dieser Angelegenheit gehört werden, wird eine Anhörung organisiert. Das Schiedsgericht begründet seine Beurteilung.

[…].”

Die dem Austrittsvertrag beigefügte Erklärung zu den künftigen Beziehungen zwischen dem VK und der EU erwähnt in allgemeiner Form u.a. eine allfällige Rolle des EuGH, sollte jener künftige Vertrag unionsrechtliche Elemente enthalten (siehe Punkt 83 der Erklärung).

135. Frage Zurück zur Schweiz: Gibt es weiterhin eine Guillotineklausel?

Die bilateralen Abkommen aus dem Paket der Bilateralen I von 1999 enthalten im Zusammenhang mit der Kündigung alle dieselbe Vorschrift, welche in der Schweiz umgangssprachlich als „Guillotineklausel” bezeichnet wird: Danach treten bei einer Kündigung eines dieser Abkommen sechs Monate nach Erhalt der Kündigung auch die übrigen Abkommen ausser Kraft.

Der Entwurf für das Institutionelle Abkommen ändert nichts an diesen Bestimmungen, die deshalb weiter bestehen. Vielmehr fügt er ihnen noch eine weitere Dimension hinzu, wie in der nächsten Frage besprochen.

136. Frage Könnte die Schweiz das einmal abgeschlossene InstA auch wieder verlassen?

Aus rechtlicher Sicht kann ein Abkommen beidseits immer aufgekündigt werden. Für das Institutionelle Abkommen ist dies in Art. 22 Abs. 2 E-InstA denn auch ausdrücklich festgehalten. Derselbe Absatz regelt auch die Folgen einer solchen Kündigung.

Wird das InstA gekündigt, so tritt es sechs Monate nach Erhalt der Kündigung zusammen mit denjenigen künftigen Abkommen ausser Kraft, welche sich auf das InstA beziehen.

Betreffend die bereits bestehenden fünf Marktzugangsabkommen, für welche das InstA gelten soll (siehe 13. Frage), werden die Auswirkungen einer Kündigung des InstA im neu zu schaffenden „Horizontalen Gemeinsamen Ausschuss” erörtert. Einigen sich die Parteien nicht innert drei Monaten auf eine Weiterführung, so treten die fünf Abkommen nach weiteren sechs Monaten ebenfalls ausser Kraft, und zwar automatisch. Der Wegfall dieser Abkommen brächte über die Guillotineklausel auch das ebenfalls zu den Bilateralen I gehörende Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen zu Fall.

Zum verzahnten Kündigungsmechanismus nach Art. 22 InstA ist viererlei anzumerken:

- Erstens enthält jedes einzelne Abkommen eine Kündigungsklausel, die jede Partei sowieso unabhängig vom InstA anrufen könnte.
- Zweitens bleiben selbst bei einer Kündigung aller Abkommen die unter diesen bereits erworbenen Rechte und Pflichten der natürlichen Personen und Unternehmen erhalten (sog. „Grandfathering”, also die Weitergeltung einer an sich weggefallenen Regelung). Eine andere Lösung wäre unpraktikabel und würde zu Härtefällen führen.
- Drittens führt das InstA auf politischer Ebene neu einen Verhandlungsprozess ein, unter dem die Problematik der Guillotineklausel besprochen werden kann.
- Viertens hat bei einer Verletzung des InstA die andere Partei im Rahmen der Ausgleichsmassnahmen im Extremfall die Möglichkeit (Art. 10 Abs. 6 E-InstA), ein Abkommen als Ausgleichsmassnahme „auszusetzen”. Dabei bleibt – anders als bei einer Kündigung – das Abkommen in Kraft. Würde eine Kündigung als Sanktion (also Ausgleichsmassnahme) ausgesprochen, so könnte sie im Rahmen des InstA angefochten und damit die Anwendung der Guillotineklausel vermieden werden.

137. Frage Wann ist ein „gutes“ Abkommen erreicht?

Von Exponenten der Schweizer Politik wird öfter betont, dass nur ein „gutes" Abkommen Unterstützung verdiene. Ob ein Verhandlungsresultat „gut“ ist, ist eine Abwägungs- und damit eine politische Frage. Wie dieses Brevier zeigt, sind die möglichen Regelungspunkte

breit. Es ist denkbar, dass das Resultat der aktuell laufenden Verhandlungen auch Punkte umfasst, die nur in einem weiteren Sinn oder gar nicht in direktem Zusammenhang mit dem institutionellen Rahmen der fünf von den Verhandlungen erfassten Abkommen stehen. Umgekehrt ist es auch möglich, dass gewisse an sich relevante Punkte nicht geregelt werden.

Verhandlungen reflektieren immer ein gegenseitiges Nehmen und Geben. Ob das Endresultat „gut“ ist oder nicht, hängt letztendlich schlicht davon ab, ob die getroffene Wahl von Themen aus der Verhandlungsmasse („Themenpool“) und ihre konkrete Regelung die verschiedenen Anspruchsgruppen (z.B. Parteien, Verbände, Gewerkschaften, Stimmbürgerinnen und -bürger) überzeugt. Im Gesamtbild kann dabei auch die Tatsache, dass ein bestimmtes Thema (derzeit) gerade nicht geregelt wurde, als Teil des gefundenen Kompromisses gewürdigt werden.

Ob das Abkommen in der Schweiz als ausgewogen eingeschätzt wird, soll in den vom Bundesrat geplanten Konsultationen ermittelt werden. Auch wenn einzelne Anspruchsgruppen ihre Anliegen nicht voll erfüllt sehen, könnte das Ganze dennoch einen akzeptablen Kompromiss darstellen.

ANHANG I: ÜBERBLICK ÜBER DIE WICHTIGSTEN BILATERALEN ABKOMMEN

BilatCH_V127a_NEU_CT.graffle

Tobler-Beglinger / EUR-Charts© All rights reserved.
Grundzüge Bilaterales Recht Schweiz - EU

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 Guillotineklausel):
- 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)
- 2017: Emissionshandel

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

ANHANG II: INSTITUTIONELLES ZWEI-SÄULEN-SYSTEM DES EWR

CH-Parlament-2016-05-02_EWR-Homogenität_V09_JB.graffle

Tobler Beglinger© All rights reserved.

EWR: Homogenität in Auslegung und Anwendung

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

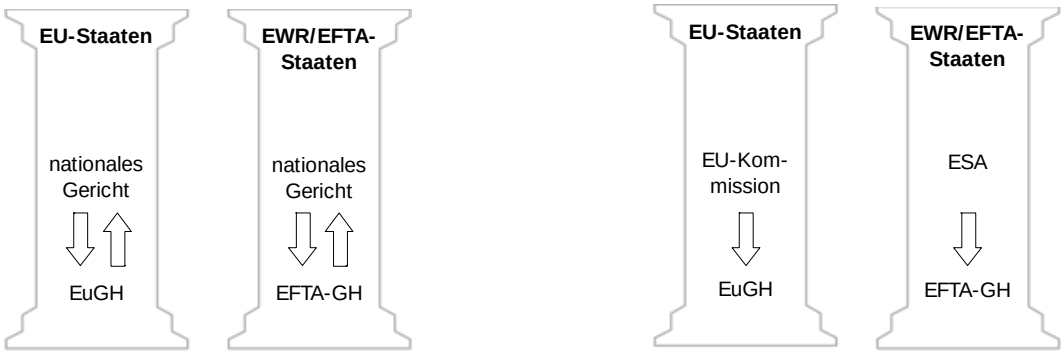
3 unterschiedliche Szenarien und Mechanismen:

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

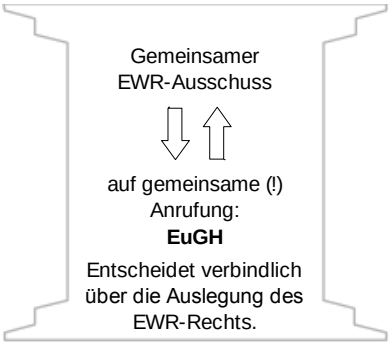
SZENARIO 2:
Beanstandungen einer übernationalen Verwaltungsbehörde

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 Mitgliedstaten) und die EWR/EFTA-Staaten



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

CH-Parlament-2016-05-02_EWR-Homogenität_V09_JB.graffle

Tobler Beglinger© All rights reserved.

Vergleich mit dem bilateralen Recht Schweiz–EU

Status quo für das bilateralen Recht

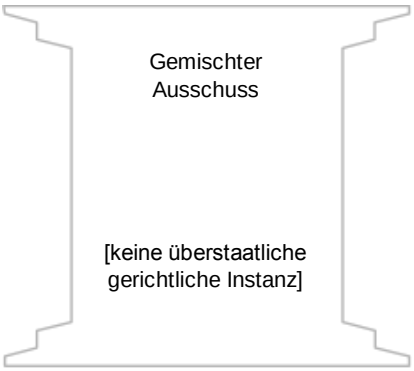
3 unterschiedliche Szenarien und Mechanismen:

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.