

Zur institutionellen Struktur der Bilateralen Abkommen – Bestandsaufnahme, Perspektiven und Bewertung

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zur institutionellen Struktur der Bilateralen Abkommen – Bestandsaufnahme, Perspektiven und Bewertung, in: FS Marc Amstutz, Zürich u.a. 2011, 35-52. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	1
II. Zentrale institutionelle Charakteristika Bilateralen Abkommen	4
1. Zur Reichweite der „Anlehnung“ an den unionsrechtlichen Besitzstand	4
2. Zur Weiterentwicklung der Abkommen	6
3. Zur Auslegung der Abkommen	8
4. Rechtsschutzaspekte	10
III. Bewertung: zu den europapolitischen Optionen der Schweiz	10
IV. Schluss	15

I. Einleitung

Der „Bilaterale Weg“ – bislang wurden zwei „Pakete“ sog. Bilateralen Abkommen¹ zwischen der Schweiz und der Europäischen Union abgeschlossen² – steckt derzeit

¹ Der Ausdruck „Bilaterale Abkommen“ wird soweit ersichtlich im Wesentlichen in der Schweiz gebraucht und ist im Gegensatz zu dem als multilateral angesehenen Ansatz des EWR zu sehen. Aus rechtlicher Sicht ist er jedoch zumindest ungenau, da die Abkommen teilweise multilaterale Abkommen (da die Mitgliedstaaten beteiligt sind) darstellen. Daher trifft der Ausdruck „sektorielle Abkommen“ die Rechtslage eigentlich besser, da er Bezug auf die bereichsspezifische Regelung der verschiedenen Dossiers nimmt. Gleichwohl werden im Folgenden die inzwischen in der Schweiz gebräuchlichen Ausdrücke „Bilaterale I“ und „Bilaterale II“ verwandt. Immerhin wird der Begriff Bilaterale Abkommen inzwischen auch in einem Bericht des EP verwendet, vgl. EP, Internal Market beyond the EU: EEA and Switzerland, 2010.

² Die „Bilateralen I“ wurden am 21.6.1999 unterzeichnet und sind am 1.6.2002 in Kraft getreten. Sie betreffen die Bereiche Personenfreizügigkeit, Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Austragswesen, vgl. den

in einer gewissen Sackgasse: Die Europäische Union und die Schweiz können sich über eine Reihe institutioneller Fragen sowie über die konkrete Verhandlungsführung bei den derzeit anstehenden Dossiers³ und damit über das konkrete weitere Vorgehen nicht einig: Während die EU offenbar davon ausgeht, dass vor der Aufnahme bzw. der Fortführung und dem Abschluss von Verhandlungen in den derzeit in Erwägung gezogenen materiellen Bereichen⁴ die ihrer Ansicht nach zentralen institutionellen Fragen einer Lösung zuzuführen sind, so dass nicht parallel über die materiellen Bereiche und die institutionellen Fragen verhandelt werden soll, strebt die Schweiz diesbezüglich ein paralleles Vorgehen an.⁵ Bei den institutionellen Aspekten geht es in erster Linie um Fragen der Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstandes und seiner Auslegung sowie die Streitbeilegung: Während die Schweiz letztlich eine „automatische Übernahme“ auch des weiterentwickelten EU-Rechts sowie – damit in engem Zusammenhang stehend – ein „Dahinfallen“ eines oder mehrerer Abkommen im Falle einer Ablehnung der Übernahme gewisser Weiterentwicklungen möglichst verhindern will, geht die Tendenz der EU letztlich in die umgekehrte Richtung.⁶ Im Übrigen ist unklar, auf welche Weise eine verbindliche Streitbeilegung gewährleistet werden soll, ohne dass sich die Schweiz der Gerichtsbarkeit des EuGH unterwirft (was in der Schweiz wohl auf gewisse Bedenken sties-

Text aller Abkommen in BBl 1999, 6489 ff., ABl. 2002 L 114, 1 ff. Die „Bilateralen II“ wurden im Oktober 2004 unterzeichnet und sind inzwischen (mit der bemerkenswerten Ausnahme des Betrugsabkommens) in Kraft. Sie erfassen die Besteuerung der Ruhegehälter von in der Schweiz ansässigen EU-Beamten, verarbeitete Landwirtschaftsprodukte, Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur, Zusammenarbeit im Bereich der Statistik, Teilnahme an verschiedenen Programmen in den Bereichen Bildung, Berufsbildung und Jugend, „Schengen“ und „Dublin“, Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung, vgl. den Text aller Abkommen in BBl 2004, 5965 ff. Zu den Bilateralen Abkommen I und II insbesondere die Beiträge in THÜRER DANIEL/WEBER ROLF H./PORTMANN WOLFGANG/KELLERHALS ANDREAS (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU. Ein Handbuch*, Zürich 2007. Vgl. zusammenfassend zu den Charakteristika der beiden Pakete (auch im Vergleich) EPINEY ASTRID, *Zu den „bilateralen“ Verträgen der EG bzw. ihren Mitgliedstaaten und der Schweiz – einige Gedanken zur Einbindung der Schweiz in den *acquis communautaire**, GPR 2006, S. 2 f. Für einen kurzen Überblick über die Abkommen VAHL MARIUS/GROLIMUND NINA, *Integration ohne Mitgliedschaft. Die bilateralen Verträge der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft*, Zürich 2007, S. 29 ff. Vgl. auch den instruktiven Überblick über den derzeitigen Stand der Beziehungen Schweiz – EU in dem Bericht des Europäischen Parlaments: EP, *Internal Market beyond the EU: EEA and Switzerland*, 2010.

³ Es geht hier im Wesentlichen um folgende Dossiers: Agrar- und Lebensmittelbereich, Produktsicherheit und öffentliche Gesundheit, Elektrizität, Emissionshandel, Chemikalienrecht, Satellitennavigation, Friedensförderung sowie Zusammenarbeit mit der Europäischen Verteidigungsagentur, vgl. zum jeweiligen Stand europa.admin.ch.

⁴ FN 3.

⁵ Vgl. NZZ v. 3.2.2011, S. 15.

⁶ Vgl. zur Problematik bzw. den verschiedenen Interessen und zum derzeitigen Stand der Dinge NZZ v. 3.2.2011, S. 15. Im Juli 2010 wurde beschlossen, eine bilaterale Arbeitsgruppe EU – Schweiz einzusetzen, die die angesprochenen institutionellen Fragen erörtern soll. Erste Ergebnisse wurden für Ende 2010 erwartet. Vgl. NZZ v. 20.7.2010, S. 9; NZZ v. 21.7.2010, S. 9. Ergebnisse wurden aber bislang noch nicht veröffentlicht.

se), sind der EU doch bezüglich der Einrichtung einer für beide Parteien obligatorischen Gerichtsbarkeit aufgrund der sog. EWR-Gutachten⁷ enge Grenzen gesetzt.

Vor diesem Hintergrund und geht die Zielsetzung des folgenden Beitrags dahin, nach den Perspektiven der institutionellen Ausgestaltung zukünftiger Bilateralen Abkommen zu fragen, dies jeweils auf der Grundlage eines Überblicks über die institutionelle Struktur der bestehenden Bilateralen Abkommen. Dabei wird im Folgenden unter „institutioneller Ausgestaltung“ oder „institutioneller Struktur“ die Frage der Anlehnung der Abkommen an den unionsrechtlichen Besitzstand, inklusive der (möglichen) Anpassung an dessen Weiterentwicklung sowie der Auslegung der Abkommen, verstanden. Damit erschliessen sich auch die wesentlichen im Folgenden zu berücksichtigenden Aspekte: Reichweite der „Anlehnung“ des Inhalts der Abkommen an den unionsrechtlichen Besitzstand (II.1.), Weiterentwicklung der Abkommen (II.2.), Auslegung der Abkommen (II.3.) und Rechtsschutzaspekte (II.4.).⁸ Auf dieser Grundlage sollen die europapolitischen Perspektiven aus rechtlicher Sicht bewertet werden (III.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbemerkung (IV.).

⁷ EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079; s. auch EuGH, Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, I-2821. Zu diesen Gutachten und ihrer Tragweite EPINEY ASTRID, La Cour de justice des Communautés européennes et l'Espace économique européen, SZIER 1992, S. 275 ff.

⁸ Dabei werden die m.E. wichtigen Aspekte in Bezug auf die Bestandsaufnahme der bereits bestehenden Aspekte hier nur kurz umrissen. Vgl. ausführlich zu den angesprochenen Aspekten, die in früheren Untersuchungen thematisiert wurden, EPINEY ASTRID, Zur rechtlichen Tragweite eines Einbezugs der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des Dienstleistungsverkehrs, Zürich 2011 (im Erscheinen), Abschnitt D.I.; EPINEY ASTRID, Die europarechtlichen Optionen „Bilateraler Weg“ und EU-Beitritt: ein Vergleich aus rechtlicher Sicht, in: Dieter Freiburghaus/Astrid Epiney (Hrsg.), Beziehungen Schweiz – EU. Standortbestimmung und Perspektiven, Zürich 2010, S. 41 ff.; EPINEY ASTRID/MEIER ANNEKATHRIN/MOSTERS ROBERT, Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht, Expertenberichte im Auftrag der Arbeitsgruppe „Europa – Reformen der Kantone“, Zürich 2006, S. 77 ff.

II. Zentrale institutionelle Charakteristika Bilateralen Abkommen

1. Zur Reichweite der „Anlehnung“ an den unionsrechtlichen Besitzstand

Die Frage nach der Reichweite der „Übernahme“ von Teilen des unionsrechtlichen Besitzstandes in ein (Bilaterales) Abkommen zwischen der Schweiz und der EU ist auf der Grundlage des Gegenstands bzw. des materiellen Anwendungsbereichs eines Abkommens zu sehen: In all denjenigen Fällen, in denen ein Abkommen die „Integration“ der Schweiz in einen Teil des Unionsrechts anstrebt, erfolgt in der Regel eine relativ weitgehende Anlehnung an das bereits bestehende Unionsrecht. Dessen Umfang wird einerseits durch den eigentlichen Regelungszweck bzw. -schwerpunkt des jeweiligen Abkommens, andererseits durch mit diesen in enger Verbindung stehenden Bereichen bestimmt.

Diese „Übernahme“ unionsrechtlicher Bestimmungen in Bilateralen Abkommen mit der Schweiz erfolgt in den derzeit bestehenden Abkommen entweder durch einen direkten Verweis auf unionsrechtliche Akte⁹ oder aber durch eine Anlehnung der Formulierung abkommensrechtlicher Bestimmungen an unionsrechtliche Regelungen.¹⁰ Abgesehen von derartigen, sich vom Unionsrecht inspirierenden abkommensrechtlichen Bestimmungen enthalten die Bilateralen Abkommen aber auch mitunter (wobei dies jedenfalls in den politisch und rechtlich bedeutenden Bereichen die Ausnahme darstellt) „autonome“ Bestimmungen, also solche, die sich nicht in irgendeiner Form an den unionsrechtlichen Besitzstand anlehnen.

Welche Inhalte nun genau ein Abkommen hat, welche der angesprochenen Methoden gewählt wird und damit inwieweit eine Anlehnung an den unionsrechtlichen Besitzstand erfolgt, hängt natürlich vom genauen Inhalt und den Zielsetzungen, die mit einem Abkommen verfolgt werden, ab. Festzuhalten bleibt aber jedenfalls, dass in denjenigen Fällen, in denen es um eine teilweise Einbindung der Schweiz in gewisse Unionspolitiken bzw. um Bereiche, die bereits durch das EU-Recht geregelt sind, geht, aus politischer Sicht in aller Regel lediglich die auf die eine oder andere Art zu

⁹ Indem in Anhängen zu einem Abkommen Sekundärrechtsakte aufgeführt werden, die die Schweiz im Ergebnis anzuwenden hat („gleichwertige Rechtsetzung“). S. z.B. Anhang II, III Personenfreizügigkeitsabkommen oder Anhang I Landverkehrsabkommen.

¹⁰ Vgl. z.B. Anhang I Personenfreizügigkeitsabkommen, das teilweise wörtlich unionsrechtliche Bestimmungen übernimmt.

bewerkstelligende (teilweise oder ganze) Übernahme des einschlägigen unionsrechtlichen Besitzstands in Betracht kommt.¹¹

Zwar ist eine andere „Technik“ in Bezug auf die Formulierung der Abkommensinhalte durchaus vorstellbar. So könnten die EU und die Schweiz etwa „echte“ gegenseitige Abkommen abschliessen, die z.B. einen gegenseitigen Marktzugang gewähren, ohne an den unionsrechtlichen Besitzstand anzuknüpfen. Allerdings dürfte diese Variante von Abkommen zwischen der EU und der Schweiz in Zukunft kaum mehr eine Rolle spielen:

- Erstens dürfte die Europäische Union aus politischer Sicht nicht bereit sein, mit der Schweiz Abkommen in Bereichen zu schliessen, in denen bereits ein einschlägiger unionsrechtlicher Besitzstand besteht, ohne dass die Schweiz diesen unionsrechtlichen Besitzstand auch zu übernehmen hat. Denn für die Union ist es schwierig vertretbar, dass ein Drittstaat z.B. Zugang zu bestimmten Aspekten des Binnenmarkts hat (letztlich ähnlich wie ein Mitgliedstaat), ohne jedoch die für die EU-Mitgliedstaaten verbindlichen Vorgaben beachten zu müssen.
- Zweitens dürften aber auch die Interessen der Schweiz in aller Regel (jedenfalls soweit es um Marktzugang geht) dahin gehen, in den unionsrechtlichen Besitzstand eingebunden zu werden, da nur auf diese Weise sichergestellt werden kann, dass die angestrebte Liberalisierung tatsächlich vollständig und gegenseitig erfolgt, dürfte die Union – und insoweit ist eine Verbindung zum erstgenannten Punkt festzustellen – doch nicht bereit sein, einen solchen Marktzugang ohne die Übernahme des einschlägigen unionsrechtlichen Besitzstands zu gewähren.

Damit kann festgehalten werden, dass auch in zukünftigen Bilateralen Abkommen in aller Regel eine sehr enge Anlehnung an den unionsrechtlichen Besitzstand erfolgen wird. Dabei ist die auf Seiten der EU bestehende Tendenz, den Umfang des in ein Abkommen einzubeziehenden unionsrechtlichen Besitzstandes eher weit zu definieren, nicht zu übersehen. So besteht z.B. offenbar die Tendenz, im Zusammenhang mit dem derzeit aktuellen Dossier Elektrizität¹² auch eine Reihe umweltrechtlicher Aspekte zu regeln, so dass die Schweiz nach dem Willen der Kommission nicht nur

¹¹ Dies hat auch der Bundesrat in seiner Botschaft zu den Bilateralen I bestätigt, vgl. BBl 1999, 6158 f.; s. auch DIGGELMANN OLIVER, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik: Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, Bern 2005, S. 116; BAUDENBACHER CARL, Rechtsprechung: Rechtssicherheit als Standortfaktor, in: Katja Gentinetta/Georg Kohler (Hrsg.), Souveränität im Härte-test. Selbstbestimmung unter neuen Vorzeichen, Zürich 2010, S. 247 ff.; MAIANI FRANCESCO, Legal Europeanization as Legal Transformation: some Insights from Swiss „Outer Europe“, EUI Working Papers, 2008/32, S. 6.

¹² Vgl. den Hinweis auf diejenigen Dossiers, in denen derzeit der Abschluss neuer Abkommen in Betracht gezogen wird, in FN 3.

den „Elektrizitätsacquis“, sondern auch Rechtsakte in den Bereichen Umweltverträglichkeit, integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung sowie Naturschutz übernehmen soll.¹³ Häufig wird sich die Schweiz aus politischen Gründen solchen Anliegen auch dann nicht verschliessen können, wenn sie der Ansicht ist, der Zusammenhang mit dem Hauptzweck des jeweiligen Abkommens sei nicht gegeben oder zumindest nicht eng genug, was man etwa in Bezug auf den Konnex der in Frage stehenden naturschutzrechtlichen Regelungen mit dem Elektrizitätssektor mit guten Gründen vertreten kann.

In Bezug auf die Form der Übernahme des Unionsrechts in den Abkommen dürfte jedenfalls das Interesse der EU dahin gehen, verstärkt mit direkten Bezugnahmen auf bestehendes Unionsrecht zu arbeiten, kann doch auf diese Weise eine möglichst weitgehende Verbindlichkeit der unionsrechtlichen Vorgaben auch für die Schweiz erreicht werden und zudem die Weiterentwicklung der Abkommen¹⁴ erleichtert werden. Es ist denn auch bezeichnend, dass gerade in der in dieser Beziehung weitgehenden Schengen-Assoziierung – die von der Europäischen Union als eine Art Mindeststandard für weitere Abkommen angesehen wird¹⁵ – ausschliesslich mit dieser Technik gearbeitet wird.

2. Zur Weiterentwicklung der Abkommen

Der völkerrechtliche Charakter der Bilateralen Abkommen impliziert, dass sie grundsätzlich (formell) statische Verpflichtungen enthalten, so dass eine Modifikation des EU-Rechts, auf das in einem Abkommen Bezug genommen wird, grundsätzlich nicht „automatisch“ auch Eingang in das Abkommen findet. Allerdings sehen die Abkommen vor dem Hintergrund, dass ihre Zielsetzung in der Regel auch darin besteht, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage wie innerhalb der EU zu gewährleisten, spezifische Bestimmungen für die Übernahme neuer legislativer Bestimmungen des EU-Rechts vor, wobei diese nur dann zum Zuge kommen, wenn der Verweis auf den unionsrechtlichen Besitzstand durch eine Bezugnahme auf Sekundärrechtsakte erfolgt.

Im Einzelnen können in den bestehenden Abkommen drei Kategorien von Übernahmemechanismen unterschieden werden:

- Erstens kann dem aus Vertretern der Vertragsparteien zusammengesetzten Gemischten Ausschuss die Kompetenz eingeräumt werden, die entsprechenden Anhänge des betreffenden Abkommens zu modifizieren. Da der Aus-

¹³ Hierzu ausführlich EPINEY ASTRID/FURGER DAVID/HEUCK JENNIFER, „Umweltplanungsrecht“ in der Europäischen Union und Implikationen für das schweizerische Recht, Zürich 2011, S. 1 ff.

¹⁴ Hierzu noch sogleich unten II.2.

¹⁵ Vgl. NZZ v. 9.12.2008, 16. S. auch noch FN 19.

schluss einstimmig entscheidet, impliziert diese Variante (auf die insbesondere in Abkommen der „Bilateralen I“ zurückgegriffen wird), dass eine Anpassung der Abkommen an die Weiterentwicklung in der EU auch unterbleiben kann.

- Zweitens kann eine grundsätzliche Pflicht der Schweiz zur Übernahme auch der Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands verankert werden, wobei es der Schweiz aber unbenommen bleibt, die Weiterentwicklungen unter Durchlaufen der ordentlichen (Gesetzgebungs-) Verfahren „umzusetzen“. Erfolgt jedoch keine Übernahme bestimmter Weiterentwicklungen, wird das Abkommen grundsätzlich – nach Ablauf einer bestimmten Frist – beendet. Damit geht zwar auch dieses Modell nicht von einer „automatischen“ Übernahmespflicht der einschlägigen Weiterentwicklungen des Unionsrechts aus; im Falle des Scheiterns einer solchen Übernahme jedoch droht mit der Beendigung des Abkommens eine „Sanktion“. Vor diesem Hintergrund lässt dieser Mechanismus der Schweiz im Ergebnis relativ wenig bzw. kaum einen Spielraum, soweit die Übernahme der entsprechenden Weiterentwicklungen betroffen ist, da im Falle einer Ablehnung das gesamte Abkommen in Frage gestellt wird.¹⁶ Verankert wurde dieses Modell bislang in der Schengen-/ Dublin-Assoziierung.
- Ein ähnliches, wenn auch weniger weitgehendes Modell sieht zwar keine Beendigung des Abkommens im Falle fehlender Übernahme vor, ermöglicht aber der EU, im Falle des Ausbleibens der Übernahme von Weiterentwicklungen des Unionsrechts verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen, wobei der Gemischte Ausschuss ein Schiedsgericht anrufen kann, um die Verhältnismässigkeit solcher Ausgleichsmassnahmen zu überprüfen. Dieses Modell wurde bislang erst bei einem neueren Abkommen, nämlich dem Abkommen über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen („24-Stunden-Regel“)¹⁷, herangezogen.¹⁸

Vor dem Hintergrund des Bestrebens der EU, in Zukunft eine vollumfängliche Einbindung der Schweiz in den entsprechenden Teil des unionsrechtlichen Besitzstands sicherzustellen, wobei auch Weiterentwicklungen einzubeziehen sind, ist – auch

¹⁶ Insofern kann man also von einem „Alles oder Nichts-Prinzip“ sprechen, vgl. schon EPINEY ASTRID/MEIER ANNEKATHRIN/THEUERKAUF SARAH, „Schengen“: ein neuer Prüfstein für die Schweiz, Plädoyer 2005, S. 38 ff.; s. ebenso BAUDENBACHER (FN 11), S. 247 (258).

¹⁷ Vgl. den Text in BBl 2009 8953. Das Abkommen wird seit dem 1. Juli 2009 vorläufig angewendet.

¹⁸ Die EU hatte hier offenbar zunächst eine automatische Suspendierung des Abkommens im Falle einer Ablehnung der Übernahme von Weiterentwicklungen des Unionsrechts favorisiert, vgl. BAUMGARTNER ESTHER ET AL., Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EU in der praktischen Anwendung, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Zürich/Bern 2010, S. 417 (420 ff.).

nach den Aussagen von Vertretern der EU selbst¹⁹ – zu erwarten, dass die EU als Mindeststandard für zukünftige Abkommen ein Modell, das demjenigen der Schengen-Assoziierung nachgebildet ist, fordern wird. Es dürfte für die Schweiz schwierig sein, sich diesem Anliegen grundsätzlich zu verschliessen, wenn auch punktuelle Ausnahmen nicht ausgeschlossen erscheinen. Das etwas weniger weitgehende Modell, das dem neuen Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherheit zugrundeliegt, wird von Vertretern der Europäischen Union insofern als „Sonderfall“ bezeichnet, als es um ein sehr technisches Abkommen gehe, das keinesfalls verallgemeinerungsfähig sei.²⁰

3. Zur Auslegung der Abkommen

Die Einbindung der Schweiz – über Bilaterale Abkommen – in Teile des unionsrechtlichen Besitzstands wirft die komplexe und hier nicht weiter zu vertiefende²¹ Frage auf, ob und inwieweit die entsprechenden Abkommensbestimmungen parallel zur Rechtslage im Unionsrecht auszulegen sind. Diese Frage ist – da es sich um völkerrechtliche Verträge handelt – ausgehend von völkerrechtlichen Auslegungsmethoden und jeweils gesondert für die verschiedenen Abkommen zu beantworten. Jedenfalls in den Fällen, in denen der Regelungszweck des Abkommens klar erkennen lässt, dass eine parallele Rechtslage angestrebt wird, spricht grundsätzlich Vieles für eine parallele Auslegung, wobei jedoch noch der zeitliche Bezugsrahmen zu präzisieren ist. Eine solche parallele Auslegung muss grundsätzlich auch und gerade unter

¹⁹ Vgl. schon die entsprechende Verlautbarung des Rates vom Dezember 2008, hierzu den Bericht in NZZ v. 9.12.2008, S. 16. Die im Juli 2010 diesbezüglich geführte Diskussion ist insofern nicht wirklich neu, soweit es um die Stellungnahme von EU-Ratspräsident VAN ROMPUY geht, der deutlich gemacht hat, dass die EU davon ausgeht, auch die Weiterentwicklungen des jeweiligen sektorspezifischen Besitzstands bzw. des in Bilaterale Abkommen einbezogenen unionsrechtlichen Besitzstands seien zu übernehmen, dies möglicherweise gar in Bezug auf bestehende Abkommen, in denen dies (noch) nicht in dieser Form vorgesehen ist, vgl. NZZ v. 20.7.2010, S. 9. S. zum derzeitigen Stand, wobei sich hier wohl nichts Entscheidendes verändert haben dürfte, NZZ v. 3.2. 2011, S. 15.

²⁰ Vgl. NZZ v. 7.7.2010.

²¹ Vgl. ausführlich zur Auslegung der Bilateralen Abkommen EPINEY/MEIER/MOSTERS (FN 8), S. 185 ff.; spezifisch zur Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens EPINEY ASTRID/ZBINDEN PATRIZIA, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Freiburg 2009, S. 7 ff.; allgemein zur Auslegung völkerrechtlicher Abkommen der EU, unter Einschluss solcher, die (teilweise) auf EU-Recht zurückgreifen, KLEIN ECKART, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der Europäischen Gemeinschaft mit Drittstaaten, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstands durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zürich 2006, S. 1 ff.; BIEBER ROLAND, Die Bedeutung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis, Zürich 2011, S. 1 ff.

Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH erfolgen, wie dies auch teilweise ausdrücklich in den Bilateralen Abkommen vorgesehen ist.²² Allerdings ist die Antwort auf die Frage nach einer parallelen Auslegung in Bezug auf die derzeit bestehenden Abkommen durchaus mit grossen Unsicherheiten und Schwierigkeiten verbunden: Schon das Vorliegen eines Rückgriffs auf unionsrechtliche Begriffe kann streitig sein; weiter ist die Massgeblichkeit der Weiterentwicklung der Auslegung auf EU-Ebene – insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH – unklar. Insgesamt besteht daher in Bezug auf die Auslegung der Bilateralen Abkommen eine nicht zu unterschätzende Rechtsunsicherheit.

Die Problematik der Sicherstellung einer einheitlichen Anwendung und Auslegung der Abkommen in der EU einerseits und in der Schweiz andererseits ist eng mit derjenigen nach der Auslegung der Abkommen verknüpft. Soweit ersichtlich wurde diese Frage bislang im Wesentlichen im Rahmen der Schengen-Assoziierung ausdrücklich geregelt, während die übrigen Abkommen – sieht man einmal von dem spezifische Charakteristika aufweisenden Luftverkehrsabkommen ab – keine entsprechenden Mechanismen kennen, so dass Anwendung und Auslegung der Abkommen in der Verantwortung der Vertragsparteien stehen. Die Schengen-Assoziierung hingegen geht davon aus, dass eine einheitliche Anwendung und Auslegung des im Abkommen integrierten unionsrechtlichen Besitzstands zu gewährleisten ist; kommt über eine entsprechende Frage im Gemischten Ausschuss keine Einigung zustande, wird das Beendungsverfahren ausgelöst (vgl. Art. 8-10 Schengen-Assoziierung). Es ist zu erwarten, dass die EU bei zukünftigen Abkommen mindestens auf einem solchen bzw. einen vergleichbaren Mechanismus bestehen wird, kann doch nur auf diese Weise sichergestellt werden, dass die in einem Bilateralen Abkommen integrierten unionsrechtlichen Bestimmungen parallel wie im Rahmen des Unionsrechts ausgelegt werden.

Eine andere Möglichkeit – der die EU wohl mehr Sympathie entgegenbrächte als die Schweiz – wäre die Betrauung des EuGH mit der Kompetenz, auch mit Wirkung für die Schweiz über die Auslegung der Bilateralen Abkommen oder einzelner Bilateralen Abkommen zu entscheiden, letztlich in Anlehnung an die Situation, die im Rahmen des Luftverkehrsabkommens gefunden wurde. Solchen Urteilen des EuGH müsste wohl verbindliche Wirkung zukommen. Ausgeschlossen ist jedoch – auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH²³ – die Einrichtung eines Schiedsgerichts, das für beide Parteien verbindlich über die Auslegung von an den unionsrechtlichen Besitzstand angelehnten Bestimmungen Bilateralen Abkommen entscheiden würde.

²² So etwa in Art. 16 Abs. 2 FZA.

²³ Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079; s. auch Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, I-2821.

4. Rechtsschutzaspekte

In Bezug auf den Rechtsschutz im Rahmen Bilateralen Abkommen ist zwischen zwei Aspekten zu unterscheiden:

- Geht es um den Rechtsschutz Einzelner, hat jede Vertragspartei – ggf. unter Beachtung abkommensrechtlicher Vorgaben – nach dem einschlägigen internen Recht Rechtsschutz zu gewähren. In den derzeit bestehenden Abkommen ist keine Möglichkeit schweizerischer Gerichte vorgesehen, dem EuGH Vorabentscheidungsfragen vorzulegen.
- Geht es um Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien, kommt bei den derzeit bestehenden Verträgen dem Gemischten Ausschuss eine zentrale Rolle zu. Gerichtliche Streitbeilegungsmechanismen sind grundsätzlich nicht vorgesehen und jedenfalls in Bezug auf abkommensrechtliche Vorgaben, die dem Unionsrecht entsprechen, auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH²⁴ ausgeschlossen.

III. Bewertung: zu den europapolitischen Optionen der Schweiz

Zusammengefasst dürften zukünftige Bilaterale Abkommen – jedenfalls soweit sie (auch) auf den Marktzugang der Schweiz in bestimmten Bereichen abzielen und / oder in Bereichen erfolgen, in denen bereits ein unionsrechtlicher Besitzstand zu verzeichnen ist – nach dem Gesagten folgende Charakteristika in Bezug auf ihre institutionelle Ausgestaltung aufweisen:

- *Reichweite der Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstands:* Der relevante unionsrechtliche Besitzstand – wobei dieser in der Tendenz jedenfalls von der EU eher weit interpretiert wird – wäre zu übernehmen, wobei diese Übernahme in Zukunft wohl in erster Linie durch einen Verweis auf die einschlägigen EU-Rechtsakte erfolgte. Auch die Weiterentwicklungen des vom Abkommen erfassten unionsrechtlichen Besitzstands wären wohl grundsätzlich zu übernehmen. Im Gegenzug würde wohl ein *decision shaping* nach dem Vorbild der Schengen-Assoziierung verankert werden können.
- *Auslegung und Anwendung:* Entsprechend der Rechtslage in der Schengen-Assoziierung wäre grundsätzlich in der Schweiz eine parallele Auslegung und Anwendung des Abkommens wie in der EU sicherzustellen. Dies impliziert eine Pflicht zur Beachtung der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung sowohl

²⁴ Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079; s. auch Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, I-2821.

zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens als auch letztlich ihrer Weiterentwicklung.²⁵ Die Sicherstellung der effektiven Beachtung dieses Grundsatzes könnte im Wesentlichen wohl entweder durch die Einrichtung eines Beendigungsmechanismus nach dem Vorbild der Schengen-Assoziierung oder aber durch die Übertragung entsprechender Befugnisse an den EuGH erfolgen.

- *Rechtsschutz und Streitbeilegung:* In Bezug auf den Rechtsschutz dürften grundsätzlich die nationalen bzw. in der Union bestehenden Mechanismen zum Zuge kommen. Die Einrichtung eines Schiedsgerichts bei Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien, die nicht dem Unionsrecht nachgebildete Abkommensbestimmungen betreffen, erscheint möglich.
- *Beendigung des Abkommens:* Sollte die Schweiz die Übernahme einer Weiterentwicklung ablehnen, würde das Abkommen nach Ablauf einer gewissen Frist automatisch beendet, es sei denn, der Gemischte Ausschuss entscheide etwas anderes.

Immer wieder diskutiert wird die Frage, ob nicht ein „Rahmenabkommen“ den Interessen der Schweiz näher komme und insbesondere eine effizientere und einheitlichere Verwaltung und Ausgestaltung der Bilateralen Abkommen (in institutioneller Sicht) ermögliche.²⁶ Abgesehen davon, dass nach wie vor unklar ist, was genau in einem solchen Rahmenabkommen figurieren soll und wie sein zeitlicher Anwendungsbereich definiert werden soll (in Bezug auf die Erfassung bereits bestehender Abkommen),²⁷ so dass der genaue Mehrwert eines solchen Abkommens (abgesehen von gewissen politischen Faktoren) noch etwas im Dunkeln bleibt, ist aber jedenfalls festzuhalten, dass kaum zu erwarten ist, dass die Europäische Union in institutioneller Sicht weniger weitgehende Verpflichtungen der Schweiz verankern würde als die soeben skizzierten. Weiter erscheint es wenig wahrscheinlich, dass die EU der Schweiz in einem wie auch immer ausgestalteten Rahmenabkommen „günstigere“ Bedingungen einräumt als sie im Rahmen des EWR zur Anwendung kommen.

²⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Äusserungen von EU-Ratspräsident VAN ROMPUY, der darauf hinweist, dass der in Bilateralen Abkommen übernommene Besitzstand homogen ausgelegt und angewandt werden müsse, vgl. NZZ v. 20.7.2010, S. 9.

²⁶ Vgl. etwa das entsprechende Positionspapier der KdK, vgl. NZZ v. 8.7.2010. S. auch schon den Aussenpolitischen Bericht des Bundesrats v. 2.9.2009, S. 36. Aus der Literatur etwa VAHL/GROLIMUND (FN 2), S. 116 ff.

²⁷ S. zu diesem Punkt etwa NZZ v. 10.7.2010: Während die KdK der Meinung ist, ein solches Rahmenabkommen solle nur für zukünftige Abkommen zum Zuge kommen, vertritt der Vertreter der Europäischen Kommission in der Schweiz die Ansicht, ein solches Abkommen müsse auch für alle bisherigen Abkommen zur Anwendung kommen. S. auch NZZ v. 17.7.2010, S. 11; NZZ v. 21.7.2010, S. 9, wonach man in der EU wohl der Meinung ist, ein solcher Rahmen müsse sich letztlich vom EWR inspirieren.

Die Frage nach der Wünschbarkeit neuer Bilateralen Abkommen ist letztlich eine politische Frage, die hier nicht beantwortet werden kann und soll. Allerdings konnten die angestellten Überlegungen gewisse Parameter aufzeigen, die bei dieser politischen Bewertung zu berücksichtigen sind. So brächten neue Abkommen zwar auf der einen Seite den gewünschten Marktzugang oder sonstige Vorteile, auf der anderen Seite jedoch führten sie aufgrund der weitgehenden Pflicht zur Übernahme auch des zukünftigen Unionsbesitzstands zu einem zunehmenden „Souveränitätsverlust“, ganz abgesehen von den Lücken beim Rechtsschutz und den Schwierigkeiten bei der Auslegung eines solchen Abkommens. Nun ist nicht zu verkennen, dass diese Feststellung selbstredend auch für die bestehenden Bilateralen Abkommen weitgehend (wenn auch in unterschiedlichem Mass) gilt; der Abschluss neuer Bilateralen Abkommen in den derzeit in Aussicht genommenen Bereichen²⁸ würde die materielle Reichweite der Bilateralen Verträge und damit auch ihre institutionellen Schwächen aber in nicht unerheblicher Weise ausweiten. Sobald aber die „Bandbreite“ der Einbindung der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand auf der Grundlage Bilateralen Abkommen ein gewisses Ausmass erreicht, dürfte es nur noch sehr schwer möglich sein, die angesprochenen rechtlichen und institutionellen Probleme befriedigend zu meistern. Sicher sind die Grenzen hier insofern fließend, als ein nicht zu überschreitendes Ausmass an „Teilintegration“ nicht allgemein-abstrakt festgelegt werden kann und hier selbstverständlich auch qualitative Kriterien eine bedeutende Rolle spielen. Diese „faktische Grenze“ des „Bilateralen Weges“ sollte aber gleichwohl im Auge behalten werden, zumal in der Schweiz in zahlreichen, nicht von den Bilateralen Abkommen erfassten Bereichen ein „autonomer Nachvollzug“ der Rechtsetzung in der EU zu beobachten ist.

Aufgeworfen wird damit die Frage, ob die Vorteile neuer Bilateralen Abkommen nicht auch auf andere Weise verwirklicht werden könnten, so dass die erwähnten (institutionellen) Nachteile nicht oder zumindest weniger zu gewärtigen sind, bzw. ob die Perspektive neuer Bilateralen Abkommen im Vergleich zu anderen europapolitischen Optionen wirklich vorzuziehen ist. In Betracht kommen hier derzeit im Wesentlichen zwei Alternativen:

- Erstens – und nicht überraschend – brächte ein Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union nicht nur einen ungehinderten und vollumfänglichen Zugang zum Binnenmarkt mit sich, sondern ermöglichte darüber hinaus eine Mitbestimmung in den Organen der EU, gewährleistete einen effektiven Rechtsschutz sowie eine gewisse Rechtssicherheit. Allerdings wäre damit eine echte Abtretung von Hoheitsrechten in einem gewissen Ausmass – das über den Anwendungsbereich der Bilateralen Abkommen hinausginge – verbunden, so dass die Frage zu beantworten ist, ob dies politisch gewünscht ist. Hinzuwei-

²⁸ Vgl. FN 3.

sen ist aber jedenfalls darauf, dass die Bilateralen Abkommen die schweizerischen Hoheitsrechte zwar formal nicht berühren, ihre praktische Handhabung und ihre Ausgestaltung jedoch letztlich dazu führt, dass die Schweiz das einschlägige Unionsrecht wie ein EU-Mitgliedstaat zu übernehmen hat, ohne allerdings von den Vorteilen einer Mitgliedschaft zu profitieren. Die entscheidende Frage geht damit dahin, ob die Schweiz bereit ist, auch in denjenigen Bereichen der Unionszuständigkeiten, die (noch) nicht Gegenstand Bilateralen Abkommen sind oder sein werden und in denen auch kein autonomer Nachvollzug erfolgt, Hoheitsrechte abzutreten.

- Neben dieser eher rationalen Frage dürften aber einige weitere Faktoren dafür entscheidend sein, dass ein Beitritt der Schweiz zur EU zur Zeit politisch nicht oder nur sehr schwer realisierbar erscheint, wobei das „Totschweigen“ dieses Themas durch die politischen Parteien und teilweise auch Verantwortungsträger sicher nicht hilft.²⁹ Vor diesem Hintergrund dürfte es sich lohnen, über die andere Option nachzudenken, nämlich einen Beitritt zum EWR.³⁰ Die bereits jetzt bestehenden Bilateralen Abkommen umfassen nämlich bereits weite Teile des EWR und verschiedene, derzeit in Betracht gezogener neuer Dossiers sind auch im Rahmen des EWR (teilweise) geregelt; angenommen ist im Wesentlichen der Dienstleistungssektor, da es bislang (noch) kein spezifisches Dienstleistungsabkommen gibt und das Personenfreizügigkeitsabkommen den Dienstleistungssektor nur sehr partiell erfasst, jedenfalls auf der Grundlage der Rechtsprechung.³¹ Dann aber fragt es sich, warum man dem EWR nicht beitreten sollte, dies soweit auch die Liberalisierung des Dienstleistungssektors erwünscht ist bzw. akzeptierbar erscheint.³² Denn der EWR weist zweifellos gewisse Schwächen in institutioneller Hinsicht auf; er ist aber diesbezüglich den Bilateralen Abkommen weit überlegen:
 - So besteht im Rahmen des EWR ein echter institutioneller Überbau, der für alle vom EWR erfassten Bereiche zum Zuge kommt, während bei den Bilateralen Abkommen die Institutionen – die auch weit hinter denjenigen des EWR zurückbleiben – in jedem einzelnen Abkommen vorgesehen sind. Es ist nicht zu erwarten, dass die Schweiz mit dem

²⁹ Vgl. hierzu die Beiträge in EPINEY ASTRID/FREIBURGHaus DIETER (Hrsg.), *Beziehungen Schweiz – EU. Standortbestimmung und Perspektiven*, Zürich 2010.

³⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die einen Beitritt zum EWR befürwortenden Überlegungen bei BAUDENBACHER (FN 11), S. 247 ff.; s. auch FRANZ BLANKART, NZZ am Sonntag vom 25.10.2009, S. 22. S. auch den Vergleich der europapolitischen Optionen EWR und Bilaterale Abkommen bei VAHL/GROLIMUND (FN 2), S. 89 ff.

³¹ Vgl. hierzu EPINEY ASTRID, *Zu Tragweite und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU*, GPR 2011, S. 64 ff.

³² Derzeit steht der Abschluss eines Bilateralen Dienstleistungsabkommens jedoch nicht im Vordergrund, der Bundesrat beschloss zuletzt Anfang 2010, dass ein solches Abkommen jedenfalls zur Zeit nicht wünschbar sei, vgl. NZZ v. 25.2.2011.

vielfach beschworenen „Rahmenabkommen“ einen ebenso weitgehenden institutionellen Rahmen erreichen könnte, stellte sich dann doch die Frage, warum sie nicht dem EWR beitrifft, zumal es politisch schwierig sein dürfte, Nicht-EWR-Staaten einen ähnlichen institutionellen Überbau wie EWR-Staaten zuzugestehen.

- Damit in engem Zusammenhang steht der Umstand, dass die Mitwirkung der EWR-Staaten bei der EU-Gesetzgebung im Vergleich zu derjenigen, die zumindest in den meisten Bilateralen Abkommen vorgesehen ist, weiter geht bzw. institutionalisierter angelegt ist.³³
- Von besonderer Bedeutung ist die Ausgestaltung des Rechtsschutzes: Durch das „Zwei-Säulen-Modell“ des EWR sind für die EFTA-Staaten die EFTA-Institutionen zuständig, so insbesondere die Überwachungsbehörde und der EFTA-Gerichtshof, in dem jeder EFTA-Staat vertreten ist. Bei den Bilateralen Abkommen hingegen kommt die Schweiz sehr häufig unter Druck, weil die Kommission diese oder jene Auffassung in Bezug auf die Auslegung der Abkommen vertritt, und ein (direkter) Rechtsschutz vor dem EuGH oder einer anderen gerichtlichen Instanz ist nicht gegeben.
- Daraus folgt, dass auch die Rechtssicherheit im Rahmen des EWR gewährleistet ist, da durch die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs eine verbindliche Auslegung des EWR-Rechts für die EFTA-Staaten erfolgt und zudem als gesichert gelten darf, dass dem Unionsrecht entsprechende Bestimmungen des EWR grundsätzlich parallel auszulegen sind.

Vor diesem Hintergrund dürfte es aus institutioneller Sicht wenig überzeugend sein, neue Bilaterale Abkommen anzustreben, ohne zumindest die Frage nach einem EWR-Beitritt ernsthaft zu stellen, womit auch dessen institutionelle Vorteile (im Vergleich zum „Bilateralen Weg“) zum Zuge kommen könnten, ganz abgesehen davon, dass sich der Verhandlungsprozess bei den Bilateralen Abkommen wohl je länger, je schwieriger gestalten wird und diese sich auch darüber hinaus durch eine kaum zu überbietende Komplexität auszeichnen.³⁴

Damit sollen jedoch nicht die institutionellen Nachteile des EWR negiert werden; vielmehr dürfte ein EU-Beitritt aus institutioneller Sicht insgesamt zweifellos vorteilhafter sein, könnte er doch auch die Frage nach der echten Mitbestimmung „lö-

³³ Zu diesem Aspekt z.B. VAHL/GROLIMUND (FN 2), S. 98 f.

³⁴ Diesen Aspekt auch hervorhebend etwa EP, Internal Market beyond the EU: EEA and Switzerland, 2010. 37.

sen“. Allerdings ist – wie erwähnt – nicht zu verkennen, dass diese Option aus materieller Sicht mehr Bereiche umfasst als ein EWR-Beitritt oder die Fortführung des Bilateralen Weges (wenn sich die Bedeutung dieses Aspekts auch mit dem Abschluss zusätzlicher Abkommen relativierte) und dass ihr aus politischer Sicht in der Schweiz derzeit (noch) grosse Skepsis beschieden ist, die aber möglicherweise auch damit zusammenhängt, dass das Bewusstsein des faktischen Souveränitätsverlusts, den gerade die Bilateralen Abkommen mit sich bringen, kaum wirklich thematisiert wird, ganz zu schweigen von den sonstigen Nachteilen der Bilateralen Abkommen.

IV. Schluss

Zum Zeitpunkt der Redaktion dieses Beitrags war nicht abzusehen, ob, zu welchem Zeitpunkt und inwieweit die ins Stocken geratenen Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU über neue (Bilaterale) Abkommen abgeschlossen werden können. Die Zukunft wird zeigen, ob sich die EU und die Schweiz auf für beide Seiten zufrieden stellende Lösungen einigen können, insbesondere soweit die institutionellen Fragen betroffen sind. Es erscheint allerdings wenig wahrscheinlich, dass die Schweiz in struktureller und institutioneller Hinsicht in Bezug auf die neuen Dossiers Lösungen verhandeln kann, die „souveränitätsschonender“ sind als die Schengen-Assoziierung. Die Ausführungen konnten aufzeigen, dass der Bilaterale Weg auf dieser Grundlage beachtliche institutionelle Defizite aufweist, die sich mit einer Ausweitung der von Bilateralen Abkommen erfassten Bereiche akzentuiert.

Ein EU-Beitritt, aber auch ein EWR-Beitritt, wäre aus institutioneller Sicht daher zweifellos vorteilhafter, wenn man auch über die Wünschbarkeit dieser Optionen insgesamt unterschiedlicher Meinung sein kann. Allerdings dürften sich derzeit jedoch keine politischen Mehrheiten für die eine oder andere dieser weitergehenden Optionen finden lassen. Damit bleibt beim derzeitigen Stand der Dinge aus realpolitischer Sicht nur die Fortführung des Bilateralen Weges, wobei m.E. die Diskussion über die anderen europapolitischen Optionen geführt werden sollte, dies im Hinblick auf eine mögliche Entscheidung in einigen Jahren. Auch kann sich diese politische Situation schneller ändern als mitunter angenommen wird.

Dies ändert aber nichts daran, dass die dringlichste Frage derzeit dahin geht, auf welche Weise die Schweiz ihre politischen Interessen im Rahmen des Abschlusses (neuer) Bilateralen Abkommen möglichst optimal verfolgen kann. Da die im Ergebnis dynamische Übernahme des relevanten unionsrechtlichen Besitzstands wohl kaum zu vermeiden sein dürfte, lohnte es sich m.E. darüber nachzudenken, wie auf dieser Grundlage zumindest der Rechtsschutz und die Rechtssicherheit für die Schweiz verstärkt werden könnten, wobei folgende Aspekte überlegenswert erscheinen:

- Erstens könnte es sich aufdrängen, die Einbindung der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand und die Zielsetzung einer dynamischen Parallelität der Rechtslage innerhalb der EU und zwischen der EU und der Schweiz unmissverständlich zu verankern, dies im Hinblick auf die möglichst weitgehende Vermeidung von der Rechtssicherheit abträglichen schwierigen Auslegungsfragen.
- Der Rechtsschutz Einzelner ist jedenfalls auf nationaler Ebene zu gewährleisten. Nicht völlig ausschliessen sollte man aber die Option, dass schweizerische Gerichte den EuGH um eine Vorabentscheidung ersuchen können, was allerdings die Verbindlichkeit der Urteile des EuGH implizierte. Ein solcher Schritt wäre allerdings letztlich nur die Konsequenz aus dem Grundsatz der „dynamischen Parallelität“ der Rechtslage.
- Auch könnte zumindest in Erwägung gezogen werden, dem EuGH die Befugnis zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien zu übertragen: Eine gerichtliche Streitbeilegung dürfte insgesamt sowohl der Rechtssicherheit dienen als auch letztlich dem in der Regel aus politischer Sicht schwächeren Partner zugute kommen.
- Zwar dürfte die EU – wie erwähnt – davon ausgehen, dass im Falle einer Ablehnung einer Übernahme weiterentwickelten EU-Rechts sowie von bedeutenden Abweichungen in der Anwendung und Auslegung das ganze Abkommen dahinfallen müsste, so wie dies letztlich in der Schengen-Assoziierung vorgesehen ist. Nicht völlig ausgeschlossen erscheint es aber, diesen Grundsatz durch einen Hinweis auf die Notwendigkeit der Verhältnismässigkeit einer solchen Beendigung etwas zu relativieren, stellt dieser Grundsatz doch auch einen unionsrechtlichen Grundsatz dar. Die Frage nach dem Vorliegen dieser Voraussetzung könnte dann von einem Schiedsgericht überprüft werden.

Eine „Verrechtlichung“ der (neuen) Bilateralen Abkommen im skizzierten Sinn führte zu einer Einbindung des EuGH und damit dem Einbezug einer Gerichtsinstanz, an der die Schweiz nicht beteiligt ist (und als Nichtmitglied auch nicht beteiligt sein kann). Dieses nicht bestreitbare Defizit ist aber den Vorteilen einer solchen Lösung gegenüberzustellen, zumal auch ein einziger Schweizer Richter ein Gremium als solches nicht entscheidungserheblich beeinflussen könnte: Sie ermöglichte die Beantwortung rechtlicher Fragen durch ein rechtliches Verfahren und trüge damit zu einem effektiven Rechtsschutz, einer Erhöhung der Rechtssicherheit und zum Schutz der politisch in der Regel schwächeren Schweiz bei, indem die sich stellenden Anwendungs- und Auslegungsfragen einer für beide Partner verbindlichen gerichtlichen Streitbeilegung unterworfen würden.

