

Zur Gewährleistung von „Homogenität“ in Verträgen der EU mit Drittstaaten unter besonderer Berücksichtigung der Bilateralen Abkommen Schweiz - EU

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zur Gewährleistung von „Homogenität“ in Verträgen der EU mit Drittstaaten unter besonderer Berücksichtigung der Bilateralen Abkommen Schweiz – EU, in: Marten Breuer/Astrid Epiney/Andreas Haratsch/Stefanie Schmahl/Norman Weiß (Hrsg.), FS für Eckart Klein, Berlin 2013, 541-552. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

In manchen der von der EU mit Drittstaaten abgeschlossenen Abkommen finden sich Bestimmungen, die sich entweder sehr stark an EU-Recht anlehnen oder gar direkt auf EU-Recht (insbesondere Sekundärrechtsakte) verweisen. Derartige völkervertragsrechtliche Bestimmungen werfen komplexe Auslegungsfragen auf, insbesondere soweit es um ihre (mögliche) parallele Auslegung wie die entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen geht.¹ Darüber hinaus fragt es sich, ob und auf welche Weise aus institutioneller Sicht ggf. sichergestellt werden kann, dass die Vertragsparteien (wobei es aus der Sicht der EU hier im Wesentlichen um die Drittstaaten geht) solche Abkommen bzw. Abkommensbestimmungen auch in Anlehnung an das Unionsrecht auslegen und anwenden, dies für den Fall, dass sich ein solcher Grundsatz in Anwendung der einschlägigen (völkerrechtlichen) Auslegungsmethoden nachweisen lässt.

Diese Fragestellungen sind insbesondere in den Konstellationen relevant, in denen es in den völkerrechtlichen Abkommen letztlich um eine Art partielle Teilnahme am Binnenmarkt oder anderen bedeutenden Teilen des unionsrechtlichen Besitzstands geht. Denn hier haben Drittstaaten auf der einen Seite privilegierten Zugang zu einigen „Vorteilen“ einer EU-Mitgliedschaft, ohne jedoch – da es sich um völkerrechtliche Abkommen handelt – die „Nachteile“ in der Form strenger Kontrollmechanismen und einer obligatorischen gerichtlichen Kontrolle (durch den EuGH) in Kauf nehmen zu müssen. Relevant geworden ist dies in der Vergangenheit in erster Linie im Rahmen des Europäischen Wirtschaftsraums,² und derzeit aktuell ist diese Fragestellung im Zusammenhang mit der institutionellen

¹ Eine Fragestellung, mit der sich auch der Jubilar eingehend befasst hat, vgl. *E. Klein, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der EG mit Drittstaaten*, in: *A. Epiney/F. Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“*, 2006, 1 ff.

² Zur institutionellen Ausgestaltung des EWR, m.w.N., *M. Vahl/N. Grolimund, Integration ohne Mitgliedschaft. Die Bilateralen Verträge der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft*, 2007, 94 ff.; *A. Epiney, Zur rechtlichen Tragweite eines Einbezugs der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des Dienstleistungsverkehrs*, 2011, 59 ff.; s. auch *EP, Internal Market beyond the EU: EEA and Switzerland*, 2010, 12 ff.

Ausgestaltung der sog. Bilateralen Abkommen der Schweiz mit der EU.³ Dieser „Bilaterale Weg“ steckt derzeit 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 zusätzlichen Dossiers⁴ und damit über das konkrete weitere Vorgehen nicht einigen: 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 Bereichen⁵ die ihrer Ansicht nach zentralen institutionellen Fragen einer Lösung zuzuführen sind, so dass nicht parallel über die materiellen Aspekte und die institutionellen Fragen verhandelt werden soll, strebt die Schweiz diesbezüglich ein paralleles Vorgehen an.⁶ Auch inhaltlich sind in Bezug auf diese institutionellen Fragen (die in erster Linie die „automatische“ Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstands und seiner Weiterentwicklung, die „einheitliche“ Auslegung der Abkommen, die Kontrolle der Anwendung der Abkommen in der Schweiz und die gerichtliche Streitbeilegung betreffen) beachtliche Differenzen zu verzeichnen.⁷

Soweit die Ausgestaltung der gerichtlichen Kontrolle solcher Abkommen betroffen ist, geht es jedoch nicht nur um politische Differenzen; vielmehr sind hier auch unionsrechtliche Grenzen zu beachten. Vor diesem Hintergrund geht die Zielsetzung des folgenden Beitrags dahin, unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH den rechtlichen Handlungsspielraum in Bezug auf die Regelung der gerichtlichen Kontrolle der Auslegung und Anwendung solcher Abkommen aufzuzeigen (III.), dies auf der Grundlage der Skizzierung der für die Auslegung solcher Abkommen zur Anwendung kommenden

³ Im Zuge der Ablehnung des Europäischen Wirtschaftsraums in einem Referendum 1992 haben die Schweiz und die EU durch den Abschluss sog. Bilateralen oder Sektorieller Abkommen in verschiedenen Bereichen ihre Beziehungen in für mindestens eine der Parteien wichtigen Bereichen geregelt. Bislang wurden zwei große „Pakete“ solcher Abkommen abgeschlossen, nämlich die „Bilateralen I“ im Jahr 1999 (Inkrafttreten 2002) und die „Bilateralen II“ im Jahr 2004 (sukzessives Inkrafttreten seitdem mit einer Ausnahme). Das erste Paket umfasst folgende Bereiche: Personenfreizügigkeit, Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr, öffentliches Auftragswesen, s. den Text aller Abkommen in ABl. 2002 L 114, 1 ff.; das zweite Paket betrifft folgende Bereiche: Besteuerung der Ruhegehälter von in der Schweiz ansässigen EU-Beamten, verarbeitete Landwirtschaftsprodukte, Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur, Statistik, Teilnahme der Schweiz an verschiedenen Programmen in den Bereichen Bildung, Berufsbildung und Jugend, „Schengen/Dublin“, Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung, s. den Text der Bilateralen II in BBil. 2004, 5965 ff. Hinzukommen einige weitere Abkommen. Vgl. zu den Bilateralen Abkommen, m.w.N., A. *Epiney/B. Metz/B. Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, 2012, 95 ff.

⁴ Es geht hier im Wesentlichen um folgende Gebiete: 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.

⁵ Fn. 4.

⁶ Vgl. NZZ v. 3.2.2011, 15; NZZ v. 21.3.2012, 1, 11.

⁷ Hierzu *Epiney*, Dienstleistungsverkehr (Fn. 2), 2 f. S. zur Problematik bzw. den verschiedenen Interessen und zum derzeitigen Stand der Dinge auch NZZ v. 3.2.2011, 15; NZZ v. 21.3.2012, 1, 11. 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, 9; NZZ v. 21.7.2010, 9. Ergebnisse wurden aber bislang noch nicht veröffentlicht. Weiter gab der Bundesrat Gutachten über diese Fragen in Auftrag, die jedoch nicht veröffentlicht wurden.

Grundsätze (II.). Dies erlaubt es, danach zu fragen, auf welche Weise die Zielsetzungen solcher „Integrationsabkommen“ verwirklicht werden können, dies am Beispiel der Abkommen Schweiz – EU (IV.).

II. Zu den Voraussetzungen der Auslegung völkerrechtlicher Abkommen der EU mit Drittstaaten in Anlehnung an die Auslegung des EU-Rechts

Falls völkerrechtliche Abkommen der EU mit Drittstaaten Bestimmungen enthalten, die an das EU-Recht angelehnt sind bzw. dieses übernehmen, stellt sich die Frage, ob und inwieweit auch bei der Auslegung derartiger Vorschriften eine Anlehnung an das EU-Recht erfolgen soll. Ausgehend von den hier maßgeblichen völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätzen⁸ kann jedenfalls nicht schon aus einem parallelen Wortlaut auf eine parallele Auslegung geschlossen werden. Vielmehr ist unter Berücksichtigung von Ziel und Gegenstand des jeweiligen Abkommens bzw. der Abkommensbestimmungen danach zu fragen, ob die unionsrechtliche Auslegung auch für diese zum Zuge kommen soll. Auf dieser Grundlage sind in denjenigen Fällen, in denen Abkommen mit Drittstaaten Teile des *acquis* übernehmen und die Zielsetzung des jeweiligen Abkommens gerade dahin geht, das in der EU geltende Rechtsregime auf das Verhältnis zu Drittstaaten auszuweiten, die entsprechenden Abkommensbestimmungen grundsätzlich parallel zu den einschlägigen Vertragsbestimmungen auszulegen; ist dies zu verneinen, so kommt eine „automatische“ Übertragung der unionsrechtlichen Auslegungsgrundsätze nicht in Betracht. Maßgeblich sind damit die entsprechende Zielsetzung des Abkommens bzw. der jeweiligen Abkommensbestimmungen sowie ihr Gegenstand.⁹

Allerdings ändern auch solche allgemeinen Grundsätze nichts daran, dass die Auslegung konkreter Bestimmungen häufig mit Unsicherheiten behaftet sein wird, dies auch in denjenigen Fällen, in denen es grundsätzlich um Abkommen geht, die eine „Einbindung“ des Drittstaats in einen Teil des unionsrechtlichen Besitzstands bezwecken: Schon das Vorliegen eines Rückgriffs auf unionsrechtliche Begriffe bzw. die genaue Reichweite eines solchen Rückgriffs kann fraglich sein; weiter ist die Maßgeblichkeit der Weiterentwicklung der Auslegung auf EU-Ebene – insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH – häufig unklar. Daher besteht in Bezug auf die genaue Tragweite solcher abkommensrechtlichen Bestimmungen – jedenfalls, soweit die Reichweite ihrer Anlehnung an EU-Recht betroffen ist – häufig eine nicht zu unterschätzende Rechtsunsicherheit, zumal solche Abkommen in Anwendung der allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätze von den Vertragsparteien jeweils „autonom“ ausgelegt werden.

⁸ Vgl., m.w.N., Klein (Fn. 1), 1 (11 ff.); aus der Rechtsprechung schon EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329; EuGH, Rs. 104/81 (Hauptzollamt Mainz/Kupferberg), Slg. 1982, 3641 (3663); s. sodann etwa EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 11 f. EuGH, Rs. C-465/01 (Kommission/Österreich), Slg. 2004, I-8291; EuGH, Rs. C-467/02 (Cetinkaya), Slg. 2004, I-10895.

⁹ Ausführlich, m.w.N. aus Literatur und Rechtsprechung, *Epiney/Metz/Pirker* (Fn. 3), 5 ff. (auch unter beispielhafter Bezugnahme auf eine Reihe völkerrechtlicher Abkommen der EU mit Drittstaaten).

Dies kann am Beispiel des Personenfreizügigkeitsabkommens der EU (und ihrer Mitgliedstaaten) und der Schweiz (FZA) – zu dem es bereits einige wenige Urteile des EuGH und zahlreiche Urteile des Schweizerischen Bundesgerichts gibt – aufgezeigt werden: Die Zielsetzung des Abkommens geht gemäß seiner Präambel dahin, die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen“ zu verwirklichen. Offenbar geht es also um eine Einbindung der Schweiz in einen Teil des unionsrechtlichen Besitzstands, eine Zielsetzung, die in Art. 1 FZA näher konkretisiert wird. Die Formulierungen des Abkommens lehnen sich denn auch im Abkommenstext selbst und in Anhang I sehr eng an die entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen an, und in den Anhängen II, III wird gar direkt auf Sekundärrechtsakte Bezug genommen, die für beide Vertragsparteien maßgeblich sind.

Gleichwohl wirft die Auslegung konkreter Abkommensbestimmungen immer wieder komplexe Auslegungsfragen auf, wie anhand der bisherigen Rechtsprechung des EuGH illustriert werden kann:¹⁰

- In der Rs. C-351/08¹¹ ging es um die Frage, ob sich auch juristische Personen auf die im Abkommen verankerte Niederlassungsfreiheit berufen können. Der Gerichtshof hält zunächst allgemein fest, die Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen lasse sich nicht „automatisch“ auf die entsprechenden Bestimmungen des Abkommens übertragen, sofern dies nicht im Abkommen selbst vorgesehen sei. Er unterlässt es jedoch zu präzisieren, unter welchen Voraussetzungen davon ausgegangen werden kann, dass „dies“ im Abkommen vorgesehen ist. Vielmehr wendet er sich sogleich der Frage zu, ob auch juristische Personen in den Schutzbereich der im Abkommen gewährleisteten Niederlassungsfreiheit fallen, was er im Ergebnis in Anlehnung an den Wortlaut der in Frage kommenden Bestimmungen des Abkommens verneint, dies im Gegensatz zur Dienstleistungsfreiheit, seien die juristischen Personen doch ausdrücklich in Art. 5 Abs. 1 FZA erwähnt.
- In der Rs. C-70/09¹² stand eine österreichische Regelung zur Debatte, wonach gegen Zahlung einer „Pacht“ der „Pächter“ in einem bestimmten Gebiet zur Ausübung der Jagd berechtigt ist, wobei der zu entrichtende Betrag für Personen mit Wohnsitz im Inland und Unionsbürger niedriger ausfällt als für sonstige Personen, so dass auch von in der Schweiz wohnhaften Schweizer Bürgern der höhere Tarif verlangt wurde. Der Gerichtshof stellt zunächst fest, der „Pachtvertrag“ beziehe sich auf eine Dienstleistung, die im Ausgangsfall auch einen grenzüberschreitenden Charakter aufweise, so dass die schweizerischen Pächter als Empfänger einer Dienstleistung anzusehen seien, die sich für den Empfang dieser Dienstleistung nach Österreich begeben. Der EuGH erachtet

¹⁰ Vgl. hierzu bereits ausführlich *Epiney/Metz/Pirker* (Fn. 3), 157 ff.

¹¹ EuGH, Rs. C-351/08 (Grimme), Slg. 2009, I-10777; s. letztlich die parallele Entscheidung in EuGH, Rs. C-541/08 (Fokus Invest), Slg. 2010, I-1025. S. auch EuGH, Rs. C-13/08 (Hauser), Slg. 2008, I-11087, wo der Gerichtshof feststellt, das in Art. 15 Anhang I FZA verankerte Diskriminierungsverbot sei auch für selbständige Grenzgänger anwendbar.

¹² EuGH, Rs. C-70/09 (Hengartner), Urt. v. 15.7.2010.

jedoch die im Abkommen garantierte Dienstleistungsfreiheit nicht als einschlägig, da das Freizügigkeitsabkommen keine spezifische Regelung enthalte, wonach Dienstleistungsempfängern der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Rahmen der Anwendung fiskalischer Regelungen über gewerbliche Transaktionen, die eine Dienstleistung zum Gegenstand haben, zugute kommt. Letztlich nicht näher geprüft wird die Einschlägigkeit des Art. 2 FZA, die pauschal abgelehnt wurde, ohne auf die Frage der parallelen Auslegung dieser Bestimmung mit Art. 18 AEUV einzugehen.

Damit stellt der Gerichtshof auch hier ausdrücklich auf den Wortlaut der vertraglichen Bestimmungen ab, wobei eine gewisse Zurückhaltung des Gerichtshofs in Bezug auf eine parallele Auslegung des Abkommens mit unionsrechtlichen Bestimmungen nicht zu verkennen ist, deren Begründung (die Schweiz sei dem EWR nicht beigetreten) jedoch kaum überzeugt: Denn der Umstand, dass die Schweiz nicht am EWR teilnimmt, bedeutet gerade nicht, dass Abkommen, die lediglich Teilbereiche des EWR betreffen (wie das Freizügigkeitsabkommen), nicht das Ziel einer solchen teilweisen Einbindung der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand verfolgen können. Weiter wäre zu wünschen gewesen, dass sich der Gerichtshof mit der rechtlichen Tragweite des Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA (Grundsatz der Auslegung von in das Abkommen übernommenen unionsrechtlichen Begriffen gemäß der vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung des EuGH) – der in dem Urteil nicht erwähnt wird – auseinander gesetzt hätte. Bemerkenswert ist nämlich, dass der Gerichtshof auf der einen Seite bei der Frage, ob es im Ausgangssachverhalt um eine Dienstleistung geht, ersichtlich auf den unionsrechtlichen Begriff abstellt; der Gerichtshof verweist hier sogar auf ein Urteil des EuGH zum AEUV, das nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangen ist.¹³ Damit dürfte der Gerichtshof davon ausgehen, dass der Begriff der Dienstleistung im Freizügigkeitsabkommen deckungsgleich mit demjenigen des Unionsrechts ist, so dass im Abkommen offensichtlich ein unionsrechtlicher Begriff herangezogen wurde; dann aber hätte es sich aufgedrängt, zur Begründung der Heranziehung der Rechtsprechung des EuGH auf Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA zu verweisen. Auf der anderen Seite dürfte er in Bezug auf Art. 2 FZA einen solchen Rückgriff verneinen, legt er diese Bestimmung doch offensichtlich gerade nicht wie Art. 18 AEUV aus, dem Art. 2 FZA wohl nachgebildet ist. Hier hätte interessiert, warum der Gerichtshof eine Anknüpfung an Unionsrecht letztlich verneint und damit Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA nicht zur Anwendung gelangt.

- Schließlich¹⁴ ist auf das Urteil des Gerichtshofs in der Rs. C-506/10¹⁵ hinzuweisen. Hier ging es um die Auslegung des Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA, der den Grundsatz der

¹³ EuGH, Rs. C-70/09 (Hengartner), Urt. v. 15.7.2010, Rn. 33, wo auf EuGH, Rs. C-97/98 (Jägerskiöld), Slg. 1999, I-7319 (Urt. v. 21.10.1999) hingewiesen wird.

¹⁴ S. darüber hinaus noch EuGH, Rs. C-257/10 (Bergström), Urt. v. 15.12.2011: Hier stand eine sozialversicherungsrechtliche Frage im Vordergrund, nämlich diejenige, ob bei einem in einem Mitgliedstaat geltend gemachten Anspruch auf Familienleistungen in Gestalt eines einkommensabhängigen Ausgleichs für die Kinderbetreuung die diesbezüglichen

Gleichbehandlung betreffend den Zugang zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung für Selbständige verankert. Der Gerichtshof hält hier in Bezug auf die allgemeinen Grundsätze, die bei der Auslegung des Abkommens zum Zuge kommen, fest, dass die Schweiz sich zwar nicht für eine Teilnahme am EWR und am EU-Binnenmarkt entschieden habe, aber gleichwohl durch eine Vielzahl von Abkommen mit der Union verbunden sei, die weite Bereiche abdeckten und spezifische Rechte und Pflichten vorsähen, die in mancher Hinsicht den im Vertrag festgelegten entsprächen; die allgemeine Zielsetzung dieser Abkommen (einschließlich des FZA) bestehe darin, die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz zu intensivieren. Ausgehend von diesen Grundsätzen legt der Gerichtshof zunächst den Begriff der Diskriminierung – unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH vor dem Datum der Unterzeichnung des Abkommens – ebenso wie im Unionsrecht aus, so dass dieser auch materielle Diskriminierung umfasse. Weiter greift er auch bei der Auslegung des Rechtfertigungsgrundes der öffentlichen Ordnung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA auf die einschlägigen unionsrechtlichen Grundsätze zurück, indem er diese Einschränkung eng auslegt und die Anliegen der Raumordnung sowie der angemessenen Aufteilung landwirtschaftlicher Flächen nicht unter diese Ausnahme subsumiert. Interessanterweise weist der Gerichtshof zwar darauf hin, dass die genannten Anliegen unter bestimmten Umständen berechtigte Ziele des Allgemeininteresses darstellen könnten; allerdings prüft er nicht wirklich, ob derartige Anliegen auch die durch das Abkommen gewährleisteten Rechte einschränken können (wie dies im EU-Recht bei materiellen Diskriminierungen der ständigen Rechtsprechung entspricht), sondern beschränkt sich darauf festzuhalten, dass Vorschriften wie die im Ausgangsverfahren fraglichen unter keinen Umständen dem Begriff „öffentliche Ordnung“ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA zugeordnet werden und die aufgrund dieses Abkommens eingeräumten Rechte einschränken könnten. Diese Schlussfolgerung kann entweder darauf beruhen, dass der Gerichtshof der Ansicht ist, zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls könnten die durch das Abkommen eingeräumten Rechte grundsätzlich nicht beschränken, oder aber, dass es sich im konkreten Fall um Anliegen handelt, die von vornherein keine solchen zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls darstellen können, was angesichts des Umstands, dass es hier letztlich um wirtschaftliche Erwägungen ging (nämlich „Wettbewerbsverzerrungen“ dadurch zu vermeiden, dass Schweizer Pächter die in Deutschland auf gepachtetem Land produzierten Produkte in der Schweiz teurer verkaufen können als in Deutschland und damit eine höhere Pacht in Deutschland zu

Anspruchsvoraussetzungen auch durch Arbeit und Versicherung in der Schweiz erfüllt werden können und ob diese Arbeit in der Schweiz bei der Berechnung der Höhe dieses Anspruchs zu berücksichtigen ist. Der Gerichtshof bejahte beide Fragen in Anwendung der entsprechenden Vorschriften der VO 1408/71 und stellte damit die Schweiz in dieser Beziehung vollumfänglich einem EU-Mitgliedstaat gleich.

¹⁵ EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), Urt. v. 6.10.2011.

zahlen bereit waren als deutsche Landwirte), nahe liegen könnte; denn ein allgemeiner Ausschluss der Möglichkeit der Einschränkung der Abkommensrechte durch zwingende Ziele des Allgemeinwohls schränkte den Gestaltungsspielraum der Vertragsparteien zumindest in gewissen Konstellationen weitergehend ein als dies im Unionsrecht der Fall ist. Jedenfalls lehnt sich der EuGH bei der Auslegung der in Frage stehenden Begriffe des Abkommens in diesem Urteil unter Hinweis auf die Zielsetzung des Abkommens eng bzw. quasi vollumfänglich an die Rechtslage im Unionsrecht an und weist insbesondere auch darauf hin, dass zahlreiche Verpflichtungen der Abkommen der Union mit der Schweiz unionsrechtlichen Vorschriften entsprechen.

Das Schweizerische Bundesgericht hatte sich bereits in zahlreichen Urteilen zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zu äußern,¹⁶ wobei es regelmäßig bei zentralen Begriffen bzw. Konzepten des Freizügigkeitsabkommens davon ausgeht, dass unionsrechtliche Begriffe übernommen wurden und daher die entsprechenden abkommensrechtlichen Bestimmungen in Anknüpfung an die Rechtsprechung des EuGH auszulegen seien. So lehnt sich das Bundesgericht z.B. bei folgenden Fragen an die (mitunter auch nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene) Rechtsprechung des EuGH und damit an das Unionsrecht an: Begriff des Arbeitnehmers,¹⁷ Beendigung des Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit¹⁸ oder die Qualifizierung auch von Stiefkindern als nachzugsberechtigter Familienangehöriger.¹⁹ Zudem betonte das Bundesgericht in einem neueren Grundsatzurteil²⁰, dass für die Berücksichtigung neuer EuGH-Rechtsprechung das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage maßgebend sei. Um dieses Ziel nicht zu gefährden, werde das Gericht auch Rechtsprechung des EuGH nach Vertragsunterzeichnung in „angemessener Weise“ in seine Beurteilung einbeziehen und dieser „Rechnung tragen“, soweit das Abkommen auf unionsrechtliche Grundsätze zurückgreife. Da dem EuGH nicht die verbindliche Auslegungshoheit für die Schweiz zukomme, stehe es dem Bundesgericht aber weiterhin offen, aus „triftigen Gründen“ zu einer anderen Rechtsauffassung als der EuGH zu kommen. Allerdings würden „nicht leichthin“ abweichende Auffassungen vertreten.²¹ Damit geht das Gericht nicht nur von einem Grundsatz der parallelen Auslegung von Abkommensbestimmungen, die sich an das Unionsrecht anlehnen, sondern darüber hinaus von einer grundsätzlichen „Übernahme“ auch neuer Urteile des EuGH aus. Auch dieser Ansatz ändert jedoch nichts daran, dass die genaue Reichweite des Rückgriffs auf unionsrechtliche Begriffe und die Voraussetzungen, unter denen das Bundesgericht – wenn

¹⁶ Vgl. die periodischen Überblicke über die Rechtsprechung des Bundesgerichts jeweils im Jahrbuch für Migrationsrecht, zuletzt A. *Epiney/B. Metz*, in: Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010, 2010, 243 ff.

¹⁷ BG, 2A.753/2004, Ur. v. 29.4.2005; BGE 131 II 339, Erw. 3.1.

¹⁸ BGE 136 II 5; BGE 130 II 488; BGE 130 II 176.

¹⁹ BGE 136 II 65.

²⁰ BGE 136 II 5.

²¹ BGE 136 II 5. Vgl. ausführlich zu diesem Urteil schon *Epiney/Metz* (Fn. 16), 243 (259 ff.).

auch „nicht leichthin“ – von der Rechtsprechung des EuGH abzuweichen bereit ist, mit Unsicherheiten behaftet sind.

III. Zur gerichtlichen Kontrolle der Auslegung und Anwendung völkerrechtlicher Abkommen der EU mit Drittstaaten: die Schranken des EU-Rechts nach der Rechtsprechung des EuGH

Vor dem Hintergrund solcher Unklarheiten bei der Auslegung von Abkommensbestimmungen, die sich an Unionsrecht anlehnen, wird immer wieder die Frage diskutiert, auf welche Weise durch eine (ggf. für beide Parteien zum Zuge kommende) gerichtliche Kontrolle eine einheitliche Auslegung des Abkommensrechts sichergestellt werden kann. Die hierfür in Betracht kommenden „Modelle“ müssen notwendigerweise die diesbezüglich vom Gerichtshof bislang in erster Linie in zwei Gutachten formulierten Vorgaben beachten:

- In seinem Gutachten zum Abkommen zur Schaffung des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR)²² betonte der Gerichtshof, dass der Autonomie der Rechtsordnung der EU (auch) eine Autonomie des Systems der gerichtlichen Kontrolle entsprechen müsse. In ihrer Rechtsfindung müssten die Richter des EuGH also frei sein. Dies sei jedoch in Bezug auf den (ursprünglich vorgesehenen) EWR-Gerichtshof nicht gegeben: Denn da sich das EWR-Abkommen in materiell-rechtlicher Hinsicht sehr weitgehend an Unionsrecht anlehne und zudem eine homogene Auslegung dieser Bestimmungen im gesamten EWR-Raum anstrebe, könne die Rechtsprechung des EWR-Gerichtshofs Auswirkungen auf diejenige des EuGH entfalten, was mit dem im Vertrag verankerten System der gerichtlichen Kontrolle nicht in Einklang stehe.
- In seinem Gutachten 1/09²³ bestätigte der Gerichtshof diesen Ansatz im Zusammenhang mit dem Entwurf des Übereinkommens über das sog. Europäische Patentgericht, das für eine Reihe von Klagen Einzelner im Zusammenhang mit Patenten ausschließlich zuständig sein und hierbei auch Unionsrecht auslegen und anwenden soll. Zudem hält der EuGH hier noch fest, das geplante Gericht träte für die Anwendung des Unionsrechts an die Stelle nationaler Gerichte, die dem Gerichtshof keine Vorabentscheidungsersuchen mehr unterbreiten könnten, so dass es das durch die Unionsverträge geschaffene System der gerichtlichen Kontrolle und die Zuständigkeiten der Unionsorgane und der Mitgliedstaaten in diesem Zusammenhang, die für die Wahrung der Natur des Unionsrechts wesentlich seien, verfälschte. An diesem Schluss ändere auch die vorgesehene Möglichkeit des Patentgerichts, dem EuGH

²² Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079 (EWR I), Rn. 30 ff.; s. auch Gutachten 2/92, Slg. 1992, I-2821 (EWR II), Rn. 21 ff. Vgl. zu beiden Gutachten teilweise kritisch A. *Epiney*, *La Cour de justice des Communautés européennes et l'Espace économique européen*, SZIER 1992, 275 ff.

²³ Gutachten 1/09, Gutachten v. 8.3.2011 (Europäisches Patentgericht). Zu diesem etwa *Delile*, RMCUE 2011, 642 ff.; *Müller*, EuR 2011, 575 ff.

Vorabentscheidungsersuchen zu unterbreiten, nichts, da das Patentgericht als internationales Gericht nicht den Kontrollmechanismen des Unionsrechts (Möglichkeit Einzelner, ggf. Schadensersatz aufgrund einer Verletzung des EU-Rechts durch ein mitgliedstaatliches Gericht zu erlangen, und die Vertragsverletzungsklage) unterliege. Damit verdeutlicht der EuGH, dass der bereits im Gutachten 1/09 entwickelte Grundsatz auch dann zum Zuge kommt, wenn das internationale Gericht dem EuGH Vorabentscheidungsersuchen vorlegen kann bzw. muss.

Aus dieser Rechtsprechung des Gerichtshofs lässt sich ableiten, dass ein durch einen völkerrechtlichen Vertrag begründetes Gerichtssystem kein (einziges) Element des gerichtlichen Streitbeilegungsmechanismus in der EU in seiner Wirkung beeinträchtigt darf. Eine solche Beeinträchtigung wird jedenfalls dann angenommen, wenn ein solches internationales Gericht für beide Parteien (und damit auch den EuGH) verbindlich über die Auslegung von Abkommensbestimmungen entscheidet, die dem EU-Recht nachgebildet sind, dies offenbar unabhängig von der Frage, ob eine parallele Auslegung dieser Bestimmung im Verhältnis zum Unionsrecht anzunehmen ist oder nicht, da allein die „Gefahr“ einer Beeinträchtigung der Unabhängigkeit des Gerichtshofs bzw. seiner Rechtsprechung für ausreichend erachtet wird. Allerdings – wie der Gerichtshof auch ausdrücklich betont – impliziert dieser Ansatz nicht die grundsätzliche Unzulässigkeit internationaler Gerichte in von der EU abgeschlossenen Abkommen mit Drittstaaten. Diese sind vielmehr immer unter der Voraussetzung zulässig, dass sie das durch die Verträge geschaffene gerichtliche System und die Autonomie der Unionsrechtsordnung nicht beeinträchtigen, was im Wesentlichen dann der Fall sein wird, wenn solche Gerichte „nur“ Abkommensrecht, das keinen Bezug zum (internen) EU-Recht aufweist, anzuwenden und auszulegen haben.

IV. Schluss: zu den Möglichkeiten der Sicherstellung einer „einheitlichen Auslegung“ völkerrechtlicher Abkommen im Verhältnis zum EU-Recht am Beispiel der Abkommen Schweiz – EU

Die Rechtsprechung des EuGH lässt damit sehr enge Grenzen erkennen, soweit es um die Einrichtung gerichtlicher Organe durch mit Drittstaaten abgeschlossene völkerrechtliche Verträge geht: Eine Übertragung der gerichtlichen Zuständigkeit an ein solches Gericht mit Bindungswirkung für die Vertragsparteien kommt letztlich immer schon dann nicht in Betracht, wenn die Abkommensbestimmungen dem Unionsrecht nachgebildet sind und die Abkommen zumindest grundsätzlich erkennen lassen, dass eine parallele Auslegung wie im Unionsrecht angestrebt wird. Diese Voraussetzungen liegen aber bei fast allen Bilateralen Abkommen der Schweiz mit der EU vor, so jedenfalls beim bereits erwähnten Personenfreizügigkeitsabkommen, aber auch bei anderen bedeutenden Abkommen, wie etwa dem Landverkehrsabkommen oder der Schengen-/Dublin-Assoziierung.²⁴

²⁴ Vgl. zu den einzelnen Abkommen den Überblick, m.w.N., bei *Epiney/Metz/Pirker* (Fn. 3), 95 ff.

Aufgeworfen wird damit die bereits eingangs angesprochene Frage, auf welche Weise dem Anliegen der Union, eine einheitliche Anwendung und Auslegung der Abkommen im Verhältnis zur Rechtslage in der EU sowie einen (internationalen) gerichtlichen Kontroll- und Streitbeilegungsmechanismus sicherzustellen, realisiert werden kann, dies auch vor dem Hintergrund, dass davon auszugehen ist, dass auch zukünftige Abkommen der Schweiz mit der EU auf dem bestehenden (und weiterentwickelten) unionsrechtlichen Besitzstand aufbauen werden. Auf der Grundlage der skizzierten Rechtsprechung des Gerichtshofs bleiben letztlich nur zwei grundsätzliche Möglichkeiten:

- Erstens könnten dem EuGH selbst auch mit Wirkung gegenüber der Schweiz Kompetenzen eingeräumt werden, so dass die Schweiz im Anwendungsbereich der Abkommen im Wesentlichen wie ein Mitgliedstaat der Gerichtsbarkeit des EuGH unterworfen wäre. Diese – bereits im Luftverkehrsabkommen in weiten Teilen verwirklichte – Variante brächte in Bezug auf die Rechtssicherheit gewichtige Vorteile mit sich, dürfte aber in der Schweiz auf beachtliche Akzeptanzprobleme stoßen und erscheint daher kaum realisierbar.
- Zweitens könnten die Zuständigkeiten des für die Auslegung des EWR-Rechts in den EFTA-Staaten zuständigen EFTA-Gerichtshofs erweitert werden. So könnte man diesen Gerichtshof (ggf. unter Beteiligung eines Schweizer Vertreters) auch mit gewissen Zuständigkeiten für die Auslegung und Streitbeilegung im Zusammenhang mit den Bilateralen Abkommen ausstatten.²⁵ Ein solches „Andocken“ an den EFTA-Gerichtshof (und diesfalls wohl auch an die EFTA-Überwachungsbehörde) stößt aber auf die Schwierigkeit, dass nicht einsichtig ist, warum auch Richter aus Norwegen, Island und Liechtenstein über die Auslegung der Bilateralen Abkommen nur in der Schweiz entscheiden können sollen. Der EFTA-Gerichtshof, dem zweifellos große Verdienste in Bezug auf die Auslegung des EWR-Rechts zukommen, ist für den multilateralen Integrationsansatz des EWR konstruiert worden; er dürfte zumindest ohne größere Modifikationen (etwa im Sinne einer Art de facto-(Teil-)EWR-Mitgliedschaft der Schweiz, was die Komplexität der Struktur der Bilateralen Abkommen wohl nicht wirklich reduzierte) keine Zuständigkeiten in Bezug auf Nicht-EWR-Staaten übernehmen können, ohne dass hier nicht gewisse institutionelle Inkohärenzen zu gewärtigen wären.²⁶

Angesichts dieser letztlich beschränkten Möglichkeiten der Einrichtung eines Gerichts, das mit der Auslegung des dem Unionsrecht nachgebildeten Abkommensrechts sowie ggf. mit der Feststellung einer Abkommensverletzung betraut wäre, stellt sich die Frage, ob das Ziel einer „einheitlichen Auslegung“ nicht auch auf andere Weise erreicht werden könnte. Analysiert

²⁵ In diese Richtung dezidiert der derzeitige Präsident des EFTA-Gerichtshofs, C. Baudenbacher, vgl. NZZ v. 29.10.2011, 13.

²⁶ Eine andere, hier nicht zu diskutierende Frage ist, ob es für die Schweiz nicht vorteilhafter wäre, dem EWR beizutreten, statt den „Bilateralen Weg“ fortzuführen (wenn schon ein Beitritt aus politischer Sicht derzeit nicht in Betracht kommt), vgl. hierzu A. *Epiney*, FS Marc Amstutz, 2012, 35 (47 ff.).

man nämlich – unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung zu den Bilateralen Abkommen (im Wesentlichen dem Personenfreizügigkeitsabkommen) in der Schweiz und in der EU – die Schwierigkeiten bei der Auslegung der Abkommen, so betreffen diese im Wesentlichen solche Abkommensbestimmungen, die (lediglich) sinngemäß an Unionsrecht anknüpfen und in Bezug auf welche im Abkommen keine klare Aussage der Reichweite der „Anlehnung“ an Unionsrecht zu erkennen ist, dies insbesondere auch, weil Elemente der dynamischen Rechtsübernahme fehlen. Diese Rechtsunsicherheit ist aber nicht in erster Linie darauf zurückzuführen, dass es keine obligatorische Gerichtsbarkeit für die Schweiz „über“ dem Bundesgericht gibt, sondern beruht maßgeblich auf der diesbezüglich nicht immer klaren Ausgestaltung der Abkommen selbst, die den Rechtsanwender vor teilweise sehr schwierige Auslegungsfragen stellt.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass der EuGH einerseits und das Bundesgericht andererseits in Bezug auf die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens durchaus unterschiedliche Akzente setzen: Während das Bundesgericht in einer mittlerweile gefestigten Rechtsprechung im Ergebnis von dem Grundsatz ausgeht, dass sich das Abkommen an EU-Recht anlehnen will, so dass im Zweifel von einer parallelen Auslegung des Abkommens mit unionsrechtlichen „Vorbildern“ auszugehen ist, was im Grundsatz auch die Berücksichtigung neuer Rechtsprechung des EuGH impliziert, ist der EuGH selbst in seiner bisherigen Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen deutlich zurückhaltender: Er betont die Unterschiede des Abkommens im Verhältnis zum EWR und dürfte daraus, zumindest in Bezug auf gewisse Fragen (wie etwa die Auslegung des allgemeinen Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit), nicht nur schließen, dass das Freizügigkeitsabkommens eine weniger weitgehende Integration als der EWR anstrebe, sondern auch, dass in Bezug auf eine parallele Auslegung abkommensrechtlicher Bestimmungen mit EU-Recht Zurückhaltung geboten sei.²⁷

Insgesamt drängt sich vor diesem Hintergrund der Schluss auf, dass die Antwort auf die Frage, auf welche Weise eine parallele Auslegung von Bestimmungen Bilateralen Abkommen, die an EU-Recht angelehnt sind, mit den unionsrechtlichen „Vorbildern“ sichergestellt werden kann, weniger auf einer institutionellen Ebene i.e.S., denn auf der Ebene der Rechtsetzung – d.h. einer klaren Ausgestaltung der Abkommen, soweit Umfang und Reichweite der Anlehnung an das EU-Recht betroffen sind – zu suchen sein könnte. Die Schengen-/Dublin-Assoziierungen dürften denn auch durchaus in diese Richtung weisen: Diese knüpfen ausdrücklich an Unionsrecht an, und ihnen ist im Ergebnis auch eine Verpflichtung der Schweiz zur Beachtung der Rechtsprechung des EuGH zu entnehmen, wobei sich beide Aspekte auch auf Weiterentwicklungen beziehen, so dass diesen Abkommen letztlich ein recht klar formulierter Grundsatz der parallelen Auslegung im Verhältnis zum

²⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. 11 ff.

Unionsrecht zu entnehmen ist.²⁸ Es ist zu erwarten, dass bei einer derartigen Ausgestaltung eines völkerrechtlichen Abkommens sowohl der EuGH als auch das Bundesgericht diesem Grundsatz auch zum Durchbruch verhelfen.

Zwar können auch auf diese Weise nicht alle Probleme gelöst werden; insbesondere vermag auch eine derartige Ausgestaltung eines Abkommens nicht zu verhindern, dass das Bundesgericht möglicherweise zuerst mit einer bestimmten Auslegungsfrage befasst ist und diese dann entscheiden muss, ohne auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zurückgreifen zu können. Auch wäre ohne die Ermöglichung eines Vorabentscheidungsverfahrens für Schweizer Gerichte nicht in allen Fällen gewährleistet, dass das Unionsrecht bzw. die Rechtsprechung des Gerichtshofs „richtig“ ausgelegt bzw. angewandt wird. Gleichwohl dürfte auf diese Weise jedoch – ohne die „Preisgabe“ des grundsätzlich völkerrechtlichen Ansatzes der Abkommen – dem Anliegen einer „einheitlichen Auslegung“ und auch einer effektiven Beachtung der abkommensrechtlichen Vorgaben im Drittstaat Schweiz Rechnung getragen werden können. Im Falle einer Ausweitung eines solchen Ansatzes auf beachtliche (weitere) Bereiche des unionsrechtlichen Besitzstands sind aber die europapolitischen Optionen „Bilateraler Weg“ und EU-Beitritt wieder neu zu bewerten, könnte doch ggf. über den Abschluss Bilateralen Abkommen eine Teilnahme der Schweiz an weiten Teilen des unionsrechtlichen Besitzstands realisiert werden, ohne dass diese an seiner Entstehung mitwirken kann, was aus institutioneller Sicht wenig befriedigend erscheint.

²⁸ Im Einzelnen hierzu *Epiney/Metz/Pirker* (Fn. 3), 151 ff., 175 ff., 198