

Rechtsschutz und Streitbeilegung im Bilateralen Recht

Zu den Implikationen eines Einbezugs des EuGH im Vergleich zum *status quo*

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Rechtsschutz und Streitbeilegung im Bilateralen Recht. Zu den Implikationen eines Einbezugs des EuGH im Vergleich zum *status quo*, 14 S., Jusletter vom 19.12.2022.

Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

*Nach dem Abbruch der Verhandlungen über das sog. Institutionelle Abkommen (InstA) im Mai 2021 steht mit Blick auf die Schaffung stabiler bilateraler Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU derzeit offenbar ein auch neue materielle Abkommen umfassender Paketansatz («Bilaterale III») im Vordergrund. Auch bei diesem wird die Streitbeilegung ein wichtiges Thema bleiben. Der nachfolgende Beitrag skizziert die Streitbeilegung und den Rechtsschutz in den geltenden Abkommen (*status quo*), bevor – ausgehend von dem sehr engen rechtlichen Spielraum – der Einbezug des EuGH bei der Streitbeilegung aufgezeigt und in Bezug zum *status quo* gesetzt wird.*

I. Einleitung

Seit dem Abbruch der Verhandlungen über das sog. Institutionelle Abkommen (InstA) im Mai 2021¹ finden sog. exploratorische Gespräche zwischen der Schweiz und der Europäischen Kommission statt, dies mit dem Ziel, sich stellende Fragen bzw. Divergenzen soweit zu klären, dass Verhandlungen über eines oder mehrere neue Abkommen (einschliesslich der Regelung der sog. institutionellen Fragen²) aufgenommen werden können. Zwar sind offenbar – nach

¹ Vgl. ausführlich und mit zahlreichen weiteren Nachweisen zur Entstehung (und zum Scheitern) des InstA *Stephan Breitenmoser*, Das Scheitern des Institutionellen Rahmenabkommens (InstA) zwischen der Schweiz und der EU: Gründe und Ausblick, in: Astrid Epiney/Petru Emanuel Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021, Bern/Zürich 2021, 325 ff.; s. auch den Überblick bei *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: Ferdinand Wollenschläger (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht (EnzEuR) Band 10: Europäischer Freizügigkeitsraum – Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht, Baden-Baden 2021, 447 ff., Rz. 42 ff.

² Spätestens seit 2008 insistiert die EU auf der Notwendigkeit der Klärung dieser institutionellen Fragen. Im Zentrum des Interesses stehen dabei die Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstandes und seine Auslegung, die Überwachung der Einhaltung der Abkommen in der und durch die Schweiz sowie die Streitbeilegung. Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 1 sowie *Thomas Cottier*, Die Souveränität und das institutionelle Rahmenabkommen, SJZ 2019, 345 ff.; *Matthias Oesch*, Schweiz – Europäische Union, Zürich 2020, Rn. 101 ff.; *Astrid Epiney*, Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne – aspects choisis, Cahiers fribourgeois de droit européen no 30, Fribourg 2022, 1 ff., 11 ff.

mittlerweile rund 18 Monaten Gesprächen – inzwischen gewisse Fortschritte zu verzeichnen: So steht derzeit wohl ein breiterer «Paketansatz» im Vordergrund, der neben der Regelung der erwähnten institutionellen Fragen auch den Abschluss neuer materieller Abkommen (insbesondere in den Bereichen Strom / Elektrizität, Lebensmittelsicherheit und Gesundheit) umfasst und als «Bilaterale III» bezeichnet werden kann.³ Nichtsdestotrotz ist derzeit nicht absehbar, wann eigentliche Verhandlungen aufgenommen werden, zumal hierfür zumindest in der Schweiz wohl auch noch ein Verhandlungsmandat des Bundesrates verabschiedet werden müsste. Dies dürfte wohl darauf beruhen, dass in bestimmten Bereichen noch zu viele Fragen offen sind bzw. die Annäherung der Positionen noch nicht hinreichend fortgeschritten ist. In einem Punkt dürfte jedoch die Position der Europäischen Kommission kaum verhandelbar sein: Da sie auf einem Streitbeilegungsmechanismus, in dessen Rahmen bei Bedarf auch Fragen der Auslegung der Marktzugangsabkommen geklärt werden können, besteht und von dieser Position nach allen bisherigen Verlautbarungen⁴ kaum abrücken wird,⁵ ist ein in welcher Form auch immer ausgestalteter Beizug des EuGH für die Auslegung derjenigen Bestimmungen der Abkommen, welche EU-Recht übernehmen, unausweichlich: Denn der EuGH betont in ständiger Rechtsprechung, aus der Autonomie der Unionsrechtsordnung folge eine Autonomie des Systems der gerichtlichen Kontrolle, so dass der EuGH in seiner Rechtsfindung frei sein müsse, soweit es (direkt oder indirekt) um die Auslegung des Unionsrechts gehe, was insbesondere eine (implizite) Bindung des EuGH an die Rechtsprechung anderer Gerichte ausschliesse.⁶ Da dieser Grundsatz vom EuGH aus dem Primärrecht abgeleitet wird, welches

³ Vgl. *Fabian Schäfer/Tobias Gafafer/Christoph G. Schmutz*, Bei der Energie schaltet Brüssel auf stur, NZZ vom 24.11.2022, 7; s. auch die Analyse von *Priscilla Imboden*, Warten auf den Bundesrat, Die Republik vom 23.11.2022 (www.republik.ch).

⁴ S. ebenso mit Nachweisen diverser Verlautbarungen der Union *Michael Hahn/Yann Fauconnet*, Streitbeilegungsverfahren in den künftigen Verträgen Schweiz – EU, FS Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1117 (1119 ff.).

⁵ Daher dürfte das von *Ambühl/Scherer* vorgeschlagene Modell, welches letztlich nur eine schiedsgerichtliche Überprüfung der Verhältnismässigkeit von Ausgleichsmassnahmen vorsieht (vgl. *Michael Ambühl/Daniela S. Scherer*, Schweiz – EU: Wie weiter?, Jusletter vom 2.8.2021; s. auch *Michael Ambühl/Daniela S. Scherer*, Zum Entwurf des Institutionellen Abkommens – auf der Suche nach einem Interessenausgleich, Jusletter vom 4.2.2019) nicht realistisch sein bzw. von der Union nicht akzeptiert werden, implizierte es doch im Ergebnis einen Verzicht auf einen Streitbeilegungsmechanismus in Bezug auf die Binnenmarktregelungen.

⁶ Grundlegend Gutachten 1/91 (EWR I), ECLI:EU:C:1991:490, Rn. 30 ff.; Gutachten 1/92 (EWR II), ECLI:EU:C:1992:189, Rn. 21 ff. Vgl. zu diesen Gutachten teilweise kritisch *Astrid Epiney*, La Cour de justice des Communautés européennes et l'Espace économique européen, SZIER 1992, 275 ff. Bestätigt wurde dieser Ansatz in einer Reihe weiterer Urteile, vgl. insbesondere Gutachten 1/09 (Europäisches Patentgericht), ECLI:EU:C:2011:123; EuGH, Rs. C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158; EuGH, Rs. C-109/20 (Polen/PL Holdings), ECLI:EU:C:2021:875; EuGH, Rs. C-741/19 (Komstroy), ECLI:EU:C:2021:655; EuGH, Gutachten 1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (CETA). Das zuletzt genannte Gutachten illustriert, dass die Autonomie des Systems gerichtlicher Kontrolle der Einrichtung eines gerichtlichen Streitbeilegungsmechanismus' in einem völkerrechtlichen Vertrag der EU mit einem Drittstaat nicht grundsätzlich entgegensteht. So erachtete der EuGH das im CETA vorgesehene System als unionsrechtskonform, da es nicht dazu führe, dass die Auslegung von Unionsrecht übertragen werde; ebensowenig seien die Unionsorgane daran gehindert, nach den Vorgaben der Verträge zu agieren. Das CETA-Gericht stehe ausserhalb des Gerichtssystems der EU und sei nur für die Auslegung des CETA nach völkerrechtlichen Regeln zuständig. Vgl. zu dieser Rechtsprechung in unserem Zusammenhang, m.w.N., *Hahn/Fauconnet*, FS Stephan Breitenmoser (Fn. 4), 1117

beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge zu beachten ist, muss auch ein Vertrag mit der Schweiz diesen Anforderungen Rechnung tragen, so dass der Handlungsspielraum der Europäischen Kommission hier sehr beschränkt ist (immer soweit es um die Auslegung von aus dem Unionsrecht übernommenen Abkommensbestimmungen geht), ein Aspekt, der in der innenpolitischen Diskussion um «fremde Richter» mitunter vergessen geht.⁷

Vor diesem Hintergrund und angesichts des Umstands, dass in der politischen Diskussion teilweise nach wie vor betont wird, der EuGH dürfe von vornherein auf gar keinen Fall eine Rolle bei der Streitbeilegung spielen, soll im Folgenden die Ausgestaltung von Streitbeilegung und Rechtsschutz in den geltenden Abkommen (status quo) skizziert werden (II.), bevor auf den Einbezug des EuGH – ausgehend von dem im InstA vorgesehenen Mechanismus, an den wohl auch in Zukunft grundsätzlich angeknüpft werden wird – bei der Streitbeilegung eingegangen wird (III.) und ein vergleichendes Fazit gezogen sowie Perspektiven formuliert werden (IV.).

II. Status quo: Streitbeilegung und Rechtsschutz in den Bilateralen Abkommen

Bei den Bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Union – wobei in der Regel zwischen den sog. Bilateralen I aus dem Jahr 1999 (2002 in Kraft getreten) und den sog. Bilateralen II aus dem Jahr 2004 unterschieden wird, zu denen noch zahlreiche weitere Abkommen hinzukommen⁸ – handelt es sich zwar um jeweils getrennte Abkommen, welche durchaus auch mitunter ins Gewicht fallende Unterschiede aufweisen. Dessen ungeachtet gibt es eine Reihe von Gemeinsamkeiten, insbesondere soweit die Marktzugangsabkommen

(1123 ff.); *Steffen Hindelang*, Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law: The CJEU's Judgment in *Achmea* Put in Perspective, ELR 2019, 83 ff.; sehr instruktiv auch *Rocky Glaser*, Die Autonomie der Unionsrechtsordnung als Schranke der unionalen Unterwerfung unter eine internationale Gerichtsbarkeit – Versuch einer Konturierung anhand des Abkommens über Handel und Zusammenarbeit zwischen EU und Vereinigtem Königreich, EuR 2022, 460 ff.

⁷ Vgl. aber deutlich z.B. *Michael Ambühl/Daniela S. Scherer*, Zum Grad der Verrechtlichung im Verhältnis Schweiz – Europäische Union, FS Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1097 (1103): Die Schweiz solle «hier nicht auf Flexibilität hoffen», und falls bei Streitfällen eine «gerichtliche Beurteilung des Falls angestrebt wird, wird das entsprechende Gericht an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gebunden sein. Mit einer gerichtlichen Beurteilung des Streitfalls wird ein hoher Verrechtlichungsgrad in der Streitbeilegung angestrebt, mit dem man an einer expliziten Rolle des Europäischen Gerichtshofs nicht vorbeikommt».

⁸ Vgl. zu den Bilateralen Abkommen bzw. der Ausgestaltung der Beziehungen Schweiz – EU den Überblick bei *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zürich 2012, 95 ff.; *Thomas Cottier/Nicolas Diebold/Isabel Kölliker/Rachel Liechti McKee/Matthias Oesch/Tetyana Payosova/Daniel Wüger*, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014, *passim*; *Clémence Mazille*, L'institutionnalisation de la relation entre l'Union européenne et la Suisse: Recherche sur une construction européenne, Basel 2018, *passim*; *Matthias Oesch*, Switzerland and the European Union: General Framework, Bilateral Agreements, Autonomous Adaptation, Bern 2018, 19 ff.; *Michael Hahn*, Je t'aime... Moi non plus : Rechtsfragen des Verhältnisses Schweiz – EU; ZBJV 2021, 77 ff.

betroffen sind (wobei das Luftverkehrsabkommen sowie gewisse andere Abkommen hier aber Besonderheiten aufweisen, auf welche jedoch in diesem Rahmen nicht eingegangen werden soll).⁹ Diese betreffen auch und gerade die sog. institutionellen Fragen und hier insbesondere die in diesem Beitrag im Vordergrund stehenden Fragen der Streitbeilegung und des Rechtsschutzes. Diese folgen den auch bei sonstigen völkerrechtlichen Verträgen zum Zuge kommenden Grundsätzen, wobei nach der Skizzierung der Streitbeilegung zwischen den Vertragsparteien (1.) im Rahmen der Erörterung des Rechtsschutzes Einzelner auch auf die Besonderheiten der Auslegung der Abkommen (insbesondere durch die schweizerische Rechtsprechung) hingewiesen werden soll (2.).

1. Streitbeilegung

Die Marktzugangsabkommen mit der Union kennen – abgesehen von den erwähnten Besonderheiten beim Luftverkehrsabkommen – keinen eigentlichen Streitbeilegungsmechanismus für den Fall, dass die Vertragsparteien in Bezug auf die Tragweite der vertraglichen Verpflichtungen uneinig sind, unterschiedliche Ansichten über die Auslegung bestimmter vertraglicher Bestimmungen vertreten oder / und einen Verstoss der jeweils anderen Vertragspartei gegen ihre Verpflichtungen geltend machen. In einer solchen Situation sehen die Abkommen lediglich die im Rahmen der Gemischten Ausschüsse – welche aus Vertretern der Vertragsparteien zusammengesetzt sind und einvernehmlich entscheiden¹⁰ – erfolgende Meinungs austausche vor, die es übrigens durchaus häufig erlauben, solche Meinungsverschiedenheiten beizulegen.

Beispielhaft sei hier auf die Regelung im Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA) hingewiesen: Nach Art. 14 FZA ist der Gemischte Ausschuss – der bei Bedarf, jedoch mindestens einmal jährlich, zusammentritt und einvernehmlich entscheidet – für die Verwaltung und ordnungsgemässe Anwendung des Abkommens zuständig, (Art. 14 FZA). Die Union wird darin von der Kommission vertreten, wobei der Standpunkt der Union zuvor vom Rat auf Vorschlag der Kommission und im Einklang mit den entsprechenden Bestimmungen des AEUV festzulegen ist.¹¹ Im Einzelnen ist der Gemischte Ausschuss für Informationsaustausch und Konsultationen (Art. 14 Abs. 3 FZA) und für die Beilegung von

⁹ Zu diesen *Christa Tobler*, Erneuerte institutionelle Regeln zur Durchsetzung des bilateralen Rechts im Spannungsfeld zwischen Völkerrecht und EU-Recht?, FS Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1165 (1167); spezifisch zum Luftverkehrsabkommen *Oesch*, Schweiz – EU (Fn. 2), Rn. 75.

¹⁰ Vgl. zu den Gemischten Ausschüssen die instruktive Übersicht bei *Joel Günthardt*, Rechtsschutz gegen Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse Schweiz – Europäische Union, FS Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1107 ff.

¹¹ Art. 2 Beschluss des Rates und – bezüglich des Abkommens über die wissenschaftliche und technische Zusammenarbeit – der Kommission vom 4.4.2002 über den Abschluss von sieben Abkommen mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft (2002/309/EG, Euratom), ABl. 2002 L 114, 1.

Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien (Art. 19 FZA) zuständig. Weiter entscheidet er über die Auswirkungen der nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen EuGH-Rechtsprechung (Art. 16 Abs. 2 S. 3 FZA). Vor einer Änderung der einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften und im Falle einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in den durch das Abkommen geregelten Bereichen ist der Gemischte Ausschuss zu unterrichten, der einen Meinungsaustausch darüber führt (Art. 17 FZA). Sodann ist er mit den Vorschlägen der Vertragsparteien zur Änderung des Abkommens zu befassen, welche die Durchführung der innerstaatlichen bzw. unionsinternen Zustimmungsverfahren erfordert (Art. 18 FZA). Die Anhänge II und III FZA können allerdings durch den Gemischten Ausschuss selbst modifiziert werden (Art. 18 Satz 2 2. Hs. FZA), so dass ihm insofern gewisse Legislativbefugnisse zukommen.

Dieses völkerrechtlich geprägte System impliziert, dass es im Fall von Streitigkeiten, welche nicht einvernehmlich beigelegt werden können, keine Möglichkeit gibt, die Frage verbindlich für die Vertragsparteien zu klären. Sollte eine Vertragspartei der Ansicht sein, die andere Vertragspartei komme ihren Verpflichtungen nicht nach, so steht lediglich ein Rückgriff auf die im allgemeinen Völkervertragsrecht vorgesehenen Reaktionsmöglichkeiten offen. Nicht zu verkennen ist aber, dass insbesondere Retorsionen oder Repressalien auch diverse Nachteile aufweisen, so dass auf diese eher selten zurückgegriffen wird, was sich aber durchaus ändern kann (zumal die Union bereits im Zuge der Verzögerungen bei der Einigung über die institutionellen Fragen durchaus gewisse Retorsionsmassnahmen ergriffen hat)¹² und insbesondere für den «schwächeren» Partner nachteilig ist.

Ergänzend sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Bilateralen Binnenmarktabkommen zwar in der Regel vorsehen, dass die Anhänge der Abkommen – welche auf EU-Sekundärrecht verweisen – durch einen Beschluss des zuständigen Gemischten Ausschusses modifiziert werden können, was eine Aufdatierung bzw. Aktualisierung der Abkommen ermöglicht und mit Blick auf deren Zielsetzung – partielle Teilnahme der Schweiz am EU-Binnenmarkt auf der Grundlage harmonisierter Regelungen – ebenso sinnvoll wie notwendig ist. Allerdings besteht keine Pflicht zur Aufdatierung bzw. dazu, einen entsprechenden Beschluss zu fassen,¹³ so dass sich eine Partei – aus welchen (politischen) Gründen auch immer – einer solchen Aktualisierung widersetzen kann und auch kein Rechtsschutz gegen fehlende Zustimmung der Aufdatierung existiert.¹⁴ Das InstA hätte diese

¹² Hierzu im Einzelnen *Epiney*, Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre (Fn. 2), 14 ff.

¹³ Hierzu z.B. *Matthias Oesch*, Die bilateralen Abkommen Schweiz – EU und die Übernahme von EU-Recht, AJP 2017, 638 ff.; *Joel Günthardt*, Die Nichtaufdatierung der bilateralen Abkommen Schweiz-EU am Beispiel der Diplomanerkennung, SJZ 2022, 159 ff.; *Stefan Tsakanakis*, Die Nachführung des Anhangs zum MRA Schweiz-EU bei Gesetzesänderungen, AJP 2021, 181 ff.

¹⁴ Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass im EU-Recht Rechtsschutz gegen erfolgte Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse eröffnet ist, dies entweder (für privilegierte Klagebefugte) auf dem Weg der Nichtigkeitsklage (s. EuGH, Rs. C-656/11 (Grossbritannien/Rat), ECLI:EU:C:2014:97, zu diesem Urteil *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2014 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches

Situation durch den Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme und damit einer grundsätzlichen Pflicht der Vertragsparteien, Aktualisierungen der Anhänge zuzustimmen und Weiterentwicklungen zu übernehmen (wobei die Reichweite dieser Pflicht Fragen aufwirft bzw. präzisierungsbedürftig ist bzw. war),¹⁵ modifiziert, da im Falle der Ablehnung einer Übernahme der Streitbeilegungsmechanismus zum Zuge gekommen wäre bzw. hätte kommen können, da das Schiedsgericht auch mit der Frage hätte befasst werden können, ob eine bestimmte Weiterentwicklung des Unionsrechts auch eine Weiterentwicklung des Bilateralen Rechts dargestellt hätte. Dies wäre im Übrigen grundsätzlich¹⁶ nicht eine Frage gewesen, mit welcher der EuGH zu befassen gewesen wäre, hätte hier doch die Auslegung von eigenständigen Vorschriften der Abkommen und nicht von übernommenem Unionsrecht zur Debatte gestanden.¹⁷

2. Rechtsschutz und Auslegung

In Bezug auf den Rechtsschutz Einzelner kommt im Rahmen der Bilateralen Abkommen der völkerrechtliche Grundsatz zum Zuge, wonach jede Vertragspartei für die Umsetzung bzw. Kontrolle und damit auch den Rechtsschutz zuständig ist. Dieser wird somit gemäss den einschlägigen Regelungen im schweizerischen Recht bzw. im Unionsrecht gewährt, wobei die Marktzugangsabkommen hier teilweise grundsätzliche Vorgaben enthalten. So ist z.B. gemäss Art. 11 FZA den in den Anwendungsbereich des Abkommens fallenden Personen Rechtsschutz zu gewähren: Nach Art. 11 Abs. 1, 2 muss bei den zuständigen nationalen Behörden Beschwerde erhoben werden können, über die innerhalb einer angemessenen Frist zu entscheiden ist, und Art. 11 Abs. 3 FZA garantiert ein Recht auf eine gerichtliche Überprüfung dieses Beschwerdeentscheids.

Während in der Europäischen Union bei Klagen Einzelner gegen Massnahmen somit die nationalen Gerichte Rechtsschutz gewähren und der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens befasst werden kann, ist der Rechtsschutz in der Schweiz rein

Jahrbuch für Europarecht 2014/2015, Zürich/Bern 2015, 53 (94 f.) oder inzidenter, z.B. falls Einzelne Adressaten von Verfügungen sind, welche auf durch den Beschluss eines Gemischten Ausschusses übernommenem Unionsrecht beruhen (s. insoweit auch die Rechtsprechung des EuGH zur Überprüfung von *soft law*, vgl. EuGH, Rs. C-501/18 (Balgarska Narodna Banka), ECLI:EU:C:2021:249; EuGH, Rs. C-16/16 P (Belgien/Kommission), ECLI:EU:C:2018:79. Zu dieser Rechtsprechung *Astrid Epiney*, Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2021 : Europäisches Verfassungsrecht, NVwZ 2022, 1263 (1271 f.). Unklar ist, ob und inwieweit eine solche akzessorische Überprüfung auch in der Schweiz möglich wäre, hierzu die (nicht ganz klaren) Ausführungen von *Günthardt*, FS Breitenmoser (Fn. 10), 1107 (1115 f.).

¹⁵ Hierzu im Einzelnen *Astrid Epiney*, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU, Jusletter vom 17.12.2018, Rn. 19 ff.

¹⁶ Allenfalls in Betracht gekommen wäre eine Art vorfrageweise Befassung des EuGH mit Auslegungsfragen zum Unionsrecht, z.B. der Tragweite der Unionsbürgerschaft im Unionsrecht.

¹⁷ Dies verkennen *Ambühl/Scherer*, FS Breitenmoser (Fn. 7), 1097 (1104), wenn sie darauf hinweisen bzw. kritisieren, dass die Frage der Pflicht zur Übernahme der RL 2004/38 (Unionsbürger- oder Freizügigkeitsrichtlinie) letztlich durch den EuGH zu klären gewesen wäre.

national ausgestaltet, wobei das Bundesgericht in letzter Instanz bei Klagen Einzelner wegen Verletzung abkommensrechtlich gewährter Rechte zuständig ist. Damit einher geht – wie bei allen völkerrechtlichen Verträgen ohne eine obligatorische Streitbeilegung bzw. Mechanismen, welche eine einheitliche Anwendung und Auslegung der Verträge gewährleisten – das Risiko einher, dass es zu einer Divergenz bei der Auslegung der abkommensrechtlichen Bestimmungen durch die verschiedenen Jurisdiktionen kommt.

Soweit die Bilateralen Abkommen betroffen sind, ist aber zu beachten, dass das Bundesgericht auf der Grundlage der völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen, das Gegenstand zahlreicher Urteile des Bundesgerichts ist (während die anderen Binnenmarktabkommen bislang nicht oder allenfalls vereinzelt vor dem Bundesgericht relevant wurden), insofern von einem Grundsatz der parallelen Auslegung abkommensrechtlicher Bestimmungen ausgeht, als die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens an unionsrechtliche Garantien anknüpfen, sei dies nun wörtlich oder (nur) sinngemäss. M.a.W. sind die Bestimmungen des FZA aufgrund der Zielsetzung des Abkommens, eine (weitgehend) parallele Rechtslage im Verhältnis zur Schweiz wie innerhalb der Union zu schaffen, grundsätzlich in Anlehnung an die unionsrechtliche Bedeutung auszulegen, dies soweit an Unionsrecht angeknüpft bzw. dieses übernommen wird. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat diese Grundsätze seit dem diesbezüglichen Leitentscheid¹⁸ immer wieder – unter Einbezug der grundsätzlichen Maßgeblichkeit der neueren Rechtsprechung des EuGH¹⁹ – klar betont (jedenfalls soweit die II. Öffentlich-rechtliche Abteilung betroffen ist),²⁰ und auch die Rechtsprechung des EuGH geht zumindest inzwischen ebenfalls in diese Richtung (unter Einschluss der grundsätzlichen Relevanz neuerer Urteile des Gerichtshofs für die Auslegung des Abkommens, soweit dieses auf Begriffe des

¹⁸ BGE 136 II 5. S. sodann z.B. BGer 29.10.2018 – 2C_688/2017 sowie, besonders instruktiv BGE 140 II 112; BGE 142 II 35. Für einen Überblick über die relevante Rspr. des Bundesgerichts vgl. die regelmässigen Berichte im Jahrbuch für Migrationsrecht, zuletzt *Astrid Epiney/Sophia Rovelli*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Véronique Boillet/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2021/2022, Bern 2022, 285 ff.

¹⁹ Von der nur aus „triftigen Gründen“ und keineswegs „leithin“ abgewichen werden dürfe, vgl. BGE 136 II 5. Bis heute ist in der insgesamt facettenreichen Rechtsprechung des Bundesgerichts kein einziges Beispiel des Vorliegens eines solchen „triftigen Grundes“ zu finden.

²⁰ Bemerkenswert ist jedoch eine jüngere Rspr. der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (s. insbesondere BGer 22.5.2019 – 6B_378/2018), die betont, das FZA sei primär wirtschaftlicher Natur, so dass die Möglichkeit der Einschränkung der durch das Abkommen garantierten Rechte aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Art. 5 Anhang I FZA) nicht eng, sondern gemäss dem Wortlaut auszulegen sei. Da das Bundesgericht aber gleichzeitig auch auf die Rechtsprechung des EuGH verweist und bei der konkreten Anwendung des Art. 5 Anhang I FZA letztlich doch auf den Einzelfall und die Massgeblichkeit der Verhältnismässigkeit verweist, bleibt unklar, inwieweit das Bundesgericht tatsächlich im Ergebnis von der diesbezüglichen Rechtslage im Unionsrecht abweichen will, zumal dieses den Mitgliedstaaten auch in Bezug auf die Beendigung des Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumt. Insoweit bleibt die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten. Zu diesem Urteil ausführlich *Astrid Epiney*, Strafrechtliche Landesverweisung und FZA, Jusletter v. 19.8.2019.

Unionsrechts zurückgreift, werden solche neueren Urteile doch regelmässig zitiert und im Rahmen der Begründung herangezogen).²¹ Zwar kann die Anwendung dieses Grundsatzes der Parallelität der Auslegung im Einzelnen durchaus Schwierigkeiten bereiten, womit gewisse Rechtsunsicherheiten einhergehen können. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob in einer konkreten Bestimmung tatsächlich auf unionsrechtliche Konzepte zurückgegriffen wird.²² Die erörterten Grundsätze werden hierdurch aber nicht in Frage gestellt, und auch in der Literatur stösst der Ansatz der (schweizerischen und europäischen) Rechtsprechung auf fast einhellige Zustimmung.²³

In Bezug auf die Normenhierarchie geht das Bundesgericht davon aus, dass dem Freizügigkeitsabkommen – welches ausgehend von dem in der Bundesverfassung niedergelegten monistischen System als solches seit seinem Inkrafttreten auch innerstaatlich Geltung entfaltet²⁴ – Vorrang gegenüber innerstaatlichem Recht jeden Ranges zukommt.²⁵ Soweit die hierfür in der Schweiz – auf der Grundlage der völkerrechtlichen Auslegung des Abkommens – zum Zuge kommenden Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit (Regelung der Rechtsstellung Einzelner, Justiziabilität bzw. hinreichende Bestimmtheit sowie Verpflichtung innerstaatlicher Behörden) gegeben sind,²⁶ sind die Bestimmungen der Bilateralen Abkommen unmittelbar wirksam, so dass sich (begünstigte) Einzelne auf sie berufen können. So ist zum Beispiel in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen davon auszugehen, dass grundsätzlich all diejenigen Bestimmungen, die die Rechte der Einzelnen betreffen (dies sind die meisten materiellrechtlichen Bestimmungen des Abkommens),

²¹ Vgl. EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-425/11 (Ettwein), ECLI:EU:C:2013:121; EuGH, Rs. C-656/11 (Vereinigtes Königreich/Rat), ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705; EuGH, Rs. C-581/17 (Wächter), ECLI:EU:C:2019:138.

²² Vgl. insoweit, mit zahlreichen Beispielen, *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, 81 (84 ff.).

²³ S. z.B. *Oesch*, Schweiz – EU (Fn. 2), Rn. 77 ff.; *Epiney*, EnzEuR Band 10 (Fn. 1), Rz. 15 f.; *Epiney*, Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre (Fn. 2), 8 f., jeweils m.w.N.

²⁴ Vgl. zur Stellung der Bilateralen Abkommen im nationalen (schweizerischen) Recht ausführlich m.w.N. *Daniel Thürer/Carolyn Hillemanns*, Allgemeine Prinzipien, in: Thürer, Daniel ua (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich, 2007, 39 (42 ff.).

²⁵ BGE 142 II 35; s. aber auch die etwas andere Akzentsetzung in einem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung: BGE 6B_378/2018 vom 22.5.2019. Vgl. im Einzelnen zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, mwN, *Astrid Epiney*, Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: eine politische oder eine rechtliche Frage? Ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um den Vorrang des Völkerrechts und die Bindungswirkung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Jusletter v. 16.12.2013; spezifisch in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen auch *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012 (Fn. 21), 81 (107 ff.); *Astrid Epiney*, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, Jusletter v. 14.3.2016. Zur Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung *Epiney*, Jusletter v. 19.8.2019 (Fn. 19).

²⁶ Zu diesen ausführlich m.w.N. im Zusammenhang mit den Bilateralen Abkommen *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Umsetzung der Bilateralen Verträge II, in: Astrid Epiney/Florence Rivière/Sarah Theuerkauf/Markus Wyssling (Hrsg.) Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, Bern/Zürich, 2005, 287 ff.; vgl. auch *Yvo Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I, 137 ff.

unmittelbar anwendbar sind; sie betreffen den Aufenthaltsrechtlichen Status von Unionsbürgern bzw. räumen diesen entsprechende Rechte ein, deren hinreichende Bestimmtheit im Übrigen durch die Rechtsprechung des EuGH weitgehend geklärt ist, und richten sich an die Behörden.²⁷ Auch bei anderen Bilateralen Abkommen, welche Marktzugangsrechte verankern, ist grundsätzlich – wenn auch noch nicht umfassend vom Bundesgericht geklärt – von der unmittelbaren Anwendbarkeit der entsprechenden Bestimmungen auszugehen.

Bemerkenswert ist im Übrigen, dass der Vorrang des FZA – parallel wie die Situation bei menschenrechtlichen Verträgen – nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch dann zum Zuge kommt, wenn der Gesetzgeber in einem Bundesgesetz «bewusst» von einer sich aus dem Abkommen ergebenden Verpflichtung abweichen wollte (was nach der sog. «Schubert-Rechtsprechung» grundsätzlich eine Ausnahme vom Vorrang des Völkerrechts vor Bundesgesetzen begründet),²⁸ entsprechend der Situation bei menschenrechtlichen Abkommen.²⁹ Zur Begründung verweist das Bundesgericht auf die demokratische Legitimation des FZA, die Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes für die Berechtigten (die toter Buchstabe bliebe, wenn die Gerichte abweichendes nationales Recht anwenden müssten), den Vorrang des FZA in den EU-Mitgliedstaaten sowie die sektorielle Beteiligung am Binnenmarkt und die damit einhergehende Rechtsangleichung. Im Ergebnis – wenn auch nicht in allen Facetten der Begründung³⁰ – überzeugt dieser Ansatz des Bundesgerichts, wobei die diesbezüglichen Ausführungen (entgegen einer weit verbreiteten Ansicht³¹) übrigens wohl auch kein *obiter dictum* darstellen, stehen die Erwägungen des Bundesgerichts doch im Zusammenhang mit der im Urteil aufgeworfenen und für das Ergebnis relevanten Frage nach den bei der Auslegung des Abkommens heranzuziehenden Auslegungsgrundsätzen.³² Allerdings lässt das Urteil einige

²⁷ Ebenso *Thürer/Hillemanns*, in: *Bilaterale I & II* (Fn. 23), 39 (47); *Fabrice Filliez*, Application des accords sectoriels par les juridictions suisses: quelques repères, in: *Felder, Daniel/Kaddous, Christine* (Hrsg.), *Accords Bilatéraux Suisse – UE (Commentaires)*, Bâle 2001, 183 (193 ff.); *Botschaft des Bundesrates*, BBl. 1999 6437.

²⁸ Grundlegend BGE 99 Ib 39 E. 4; bestätigt z.B. in BGE 112 II 1 E. 8; 118 Ib 277 E. 3b. Teilweise wird angenommen, das Bundesgericht habe in BGE 139 I 16 die Schubert-Praxis aufgegeben, da es formuliert habe, eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung bleibe regelmässig unanwendbar (E. 5.1 a.E.), vgl. so *Yvo Hangartner*, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, *AJP* 2013, 698 (701 f.); ähnlich wohl auch *Séverine Knuchel*, Initiatives populaires et droit international: quelques réflexions sur le chiffre IV de l'initiative populaire fédérale „Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en oeuvre)“, *Jusletter* v. 12.11.2013, Rz. 11, die davon spricht, dass sich das Bundesgericht von der Schubert-Rechtsprechung distanziert habe. Zwingend ist diese Auslegung des bundesgerichtlichen Urteils jedoch nicht, da „regelmässig“ Raum für Ausnahmen lässt; auch spricht die in dem Urteil auch erfolgende Bezugnahme auf die Schubert-Rechtsprechung eher dafür, dass man diese nicht (zudem noch in einem *obiter dictum*) aufgeben wollte, hätte eine derart weitgehende Rechtsprechungsänderung doch wohl klarer formuliert werden müssen.

²⁹ BGE 142 II 35 E. 3.2; s. auch schon BGE 133 V 367 E. 11.4-11.6.

³⁰ So treffen gewisse der angeführten Aspekte auf zahlreiche völkerrechtlichen Abkommen zu, so insbesondere der Hinweis auf die demokratische Legitimation, womit an sich die Schubert-Rechtsprechung als solche – unabhängig von den besonderen Charakteristika eines Abkommens – in Frage gestellt wird.

³¹ S. zum Beispiel *Oesch*, *Schweiz – EU* (Fn. 2), Rz. 53.

³² Hierzu im Einzelnen *Epiney*, *Jusletter* vom 14.3.2016 (Fn. 24), Rz. 13 ff.

Fragen unbeantwortet,³³ so insbesondere diejenige, ob diese Ausnahme von der Schubert-Rechtsprechung auch für andere Binnenmarktabkommen mit der Union gilt. Da diese in verschiedener Hinsicht ähnliche Charakteristika aufweisen wie das Freizügigkeitsabkommen und die vom Bundesgericht angeführten Aspekte auch auf diese zutreffen, spricht Vieles für eine Bejahung dieser Frage, wenn es auch nicht bei allen Binnenmarktabkommen um menschenrechtsähnliche Rechte geht (wie beim Freizügigkeitsabkommen).

Jedenfalls können die konkreten Implikationen dieser Rechtsprechung durchaus weitgehend sein: So ist es zum Beispiel denkbar, dass das Bundesgericht im Falle einer Rechtsstreitigkeit wegen bestimmter sog. flankierender Massnahmen zum Schluss kommt, dass diese mit dem Abkommen unvereinbar sind und – in Anwendung der skizzierten Rechtsprechung – müsste es diesfalls dem Abkommen Vorrang einräumen. Da in Bezug auf gewisse flankierende Massnahmen (insbesondere die sog. Achttage-Regel sowie gewisse Aspekte der Kautionen) durchaus Zweifel an ihrer Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen bestehen,³⁴ ist es daher durchaus möglich, dass das Bundesgericht die Anwendung dieser Massnahmen als unzulässig erachtet und entsprechende Beschwerden – so sie erhoben werden – gutheisst.³⁵

III. Einbezug des EuGH bei der Streitbeilegung

Wie eingangs³⁶ erwähnt, verfügt die Europäische Kommission für den Fall, dass betreffend die Binnenmarktabkommen eine gerichtliche Streitbeilegung angestrebt wird, über wenig Handlungsspielraum, soweit die Rolle des EuGH betroffen ist: Dieser ist mit Bezug auf die Auslegung von dem Unionsrecht entsprechenden Abkommensbestimmungen zwingend und explizit einzubeziehen, damit – so die Rechtsprechung³⁷ – die Autonomie des Unionsrechts und des EuGH gewahrt werden kann. Eine Sonderkonstellation stellt die hier nicht weiter zu diskutierende im EWR gefundene Lösung dar,³⁸ bei der jedoch der EuGH im Ergebnis ebenfalls eine entscheidende Rolle spielt.

³³ S. hierzu im Einzelnen *Astrid Epiney*, Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen, in: Achermann, Alberto ua (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016*, Bern 2016, 3 (18 ff.); s. auch *Oesch*, Schweiz – EU (Fn. 2), Rz. 53.

³⁴ Vgl. hierzu im Einzelnen, m.w.N., *Astrid Epiney/Lena Hehemann*, Die Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, Jusletter vom 8. April 2019, insbesondere Rz. 31; *Markus Notter*, Nationaler Lohnschutz? Bemerkungen zur Ablehnung des Rahmenabkommens, EIZ Standpunkte Nr. 1, Zürich 2021 (zugänglich unter <https://eizpublishing.ch>).

³⁵ Wobei das Bundesgericht sich durchaus in einer schwierigen Situation befände, vgl. insoweit die Ausführungen bei *Notter*, Nationaler Lohnschutz (Fn. 33), 11 ff., der von politischem Druck spricht, dem das Bundesgericht ausgesetzt wäre.

³⁶ Oben I.

³⁷ S. Fn. 6.

³⁸ Hierzu sehr instruktiv *Yvonne Schleiss-Alakus*, Besonderheiten des Rechtsschutzes im Europäischen Wirtschaftsraum, FS Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1223 ff. Teilweise wird für die Streitbeilegung zwischen der Schweiz und der EU ein «Andocken» an den EFTA-Gerichtshof befürwortet, vgl. in diese Richtung *Breitenmoser*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021 (Fn. 1), 325 (348); *Georges Baur*, Schweiz-EU: Doch an die EFTA-

Ein solcher Einbezug des EuGH bei der Streitbeilegung kann auf sehr unterschiedliche Art und Weise erfolgen. Das im InstA (Art. 9, 10 und Protokoll 3 InstA) vorgesehene System – welches wohl auch im Falle einer Einigung mit der Union über die eingangs erwähnten «Bilateralen III» im Grundsatz zum Zuge käme, wobei gewisse Präzisierungen oder Modifikationen durchaus denkbar sind³⁹ – verpflichtete die Vertragsparteien, Streitigkeiten über die Auslegung des Abkommens oder der erfassten sektoriellen Abkommen ausschliesslich nach dem in dem Institutionellen Abkommen selbst vorgesehenen Verfahren zu regeln.⁴⁰ Dieses sah die Einrichtung eines Schiedsgerichts vor, das in seinem Anwendungsbereich (der das InstA selbst sowie die erfassten Marktzugangsabkommen umfasste, wobei das Schiedsgericht selbst über seine Zuständigkeit zu entscheiden gehabt hätte) nach Misslingen einer Einigung der Vertragsparteien innerhalb einer bestimmten Frist von jeder Vertragspartei hätte befasst werden können. Falls die vor das Schiedsgericht gebrachte Frage die Auslegung oder die Anwendung von EU-Rechtsakten, die in die Abkommen integriert wurden, oder in die Abkommen übernommene unionsrechtliche Begriffe betrifft, hätte das Schiedsgericht den EuGH anrufen müssen, der über diese Frage entschieden hätte. Das Urteil des EuGH wäre für das Schiedsgericht, das letztlich über die konkrete Streit- oder Auslegungsfrage hätte entscheiden müssen, bindend gewesen. Deutlich wird damit, dass dieses Verfahren dem

Institutionen «andocken»? Warum ein ignorierte Ansatz aktuell bleibt, in: Astrid Epiney/Petru Emanuel Zlatescu (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2021/2022, Bern/Zürich 2022, 353 ff. Dies erforderte jedoch substantielle und auf diverse Schwierigkeiten stossende Anpassungen der vertraglichen Grundlagen des EFTA-Gerichtshofs, ganz abgesehen von den sonstigen (politischen) Schwierigkeiten und dem Umstand, dass die Streitbeilegung und die Überwachung in der EFTA-Säule des EWR bedeutend weiter geht als im InstA vorgesehen war (insbesondere aufgrund der Möglichkeit der Vorabentscheidung sowie der Zuständigkeiten der EFTA-Aufsichtsbehörde). S. insoweit auch den Vergleich des EWR-Ansatzes mit dem Bilateralen Ansatz bei *Sebastian Heselhaus*, Aktuelle Spielräume für ein Institutionelles Rahmenabkommen, *EuZ* 5/2022, 5 ff.

³⁹ M.a.W. wären zwar Anpassungen wohl denkbar; jedoch dürften die in der Diskussion vorgeschlagenen grundsätzlich anderen Modelle (s. den Überblick bei *Tobler*, FS Stephan Breitenmoser (Fn. 9), 1165 (1172 f.) entweder keine Streitbeilegung in Bezug auf die Binnenmarktregelungen gewährleisten (was von der EU kaum akzeptiert würde, s.o. I.) oder den Anforderungen der Rechtsprechung des EuGH (s.o. I.) nicht Rechnung tragen. Vgl. in diesem Zusammenhang zu den sich in Bezug auf das im InstA vorgesehene Streitbeilegungsverfahren stellenden Fragen neben den Nachweisen Fn. 39 *Stephan Breitenmoser/Simon Hirsbrunner*, Der Entwurf für ein Institutionelles Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der EU: offene Fragen im Schnittpunkt zwischen Europa- und Völkerrecht, in: Astrid Epiney/Petru Emanuel Zlatescu (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2020/2021, Bern/Zürich 2021, 511 (534 ff.).

⁴⁰ Vgl. im Einzelnen zu diesem Verfahren *Benedikt Pirker*, Zum Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen, Jusletter vom 3.6.2019; *Benedikt Pirker*, Das Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen zwischen Eigenständigkeit und Autonomie, *ASA Bulletin* 2019, 592 ff.; *Yann Fauconnet*, Streitbeilegungsmechanismus im Institutionellen Abkommen, Jusletter vom 12.4.2021; *Jens Brauneck*, Sanfter Hegemon EU: Der Streitbeilegungsmechanismus im Institutionellen Abkommen EU-Schweiz, *EuZW* 2021, 149 ff.; *Thomas Cottier*, Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU: Kernstück des Abkommens und Instrument schrittweiser Rechtsentwicklung, in: Astrid Epiney/Petru Emanuel Zlatescu (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2020/2021, Bern/Zürich 2021, 353 ff.; s. auch *Epiney*, Jusletter vom 17.12.2018 (Fn. 14), Rz. 45 f.; *Tobler*, FS Stephan Breitenmoser (Fn. 9), 1165 (1168 f.).

Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) nachgebildet war, und der Gerichtshof hätte denn auch die entsprechenden internen Verfahrensregeln analog anwenden müssen.

Falls die unterlegene Partei das Urteil des Schiedsgerichts nicht akzeptiert hätte, hätte die andere Vertragspartei Ausgleichsmassnahmen ergreifen können. Die Verhältnismässigkeit dieser Ausgleichsmassnahmen hätte vom Schiedsgericht auf Antrag einer der Parteien überprüft werden können. In diesem Rahmen hätte wohl auch geprüft werden können, ob das Ergreifen der Ausgleichsmassnahmen *per se* gerechtfertigt gewesen wäre, so dass es auch um die Frage hätte gehen können, ob die andere Vertragspartei das Urteil des Schiedsgerichts tatsächlich nicht befolgt hat.

Das Streitbeilegungsverfahren wäre somit obligatorisch für die Parteien gewesen, die sich nicht einseitig der Jurisdiktion des Schiedsgerichts und damit (indirekt) des EuGH hätten entziehen können. Nichtsdestotrotz weist es gewisse politische Elemente auf: So würden schon bei der Einleitung des Verfahrens, insbesondere der Befassung des Schiedsgerichts, politische Gesichtspunkte eine Rolle spielen, könnten die Vertragsparteien doch auf die Einleitung verzichten. Einzelne bzw. betroffene Wirtschaftsteilnehmer könnten weder direkt noch indirekt ein Verfahren einleiten. Aber auch die implizit im Abkommen vorgesehene Möglichkeit, sich dann doch nicht an das Urteil des Schiedsgerichts zu halten, dies aber um den Preis von Ausgleichsmassnahmen, weist letztlich einen politischen Charakter auf. Vor diesem Hintergrund wäre nicht zu erwarten gewesen, dass es allzu oft zu einer Befassung des Schiedsgerichts gekommen wäre, haben die Vertragsparteien doch ein sehr grosses Interesse an einer einvernehmlichen Lösung möglicher Differenzen, eine Feststellung, die nach wie vor auch im Rahmen möglicher „Bilateraler III“ Bestand hätte. Gleichwohl sollte die Bedeutung der Möglichkeit der Einleitung eines Schiedsverfahrens nicht unterschätzt werden, steht damit doch beiden Vertragsparteien der Weg einer verbindlichen und nicht politisch geprägten Streitbeilegung zur Verfügung, was eine gewisse Vorwirkung entfalten dürfte und übrigens gerade für den schwächeren Vertragspartner, die Schweiz, von überragender Bedeutung ist.

Nicht vorgesehen war im InstA ein Vorabentscheidungsverfahren, und es ist nicht davon auszugehen, dass ein solches im Zuge der Regelung der institutionellen Fragen zwischen der Schweiz und der EU – so die exploratischen Gespräche zu Verhandlungen führen und diese abgeschlossen werden können – eingeführt würde. Ein solches Verfahren führte im Übrigen zu einer bedeutenden Ausdehnung der Zuständigkeiten des EuGH in Bezug auf das Bilaterale Recht. Denn die nationalen Gerichte könnten dem EuGH bei Verfahren, in welchen in ein Binnenmarktabkommen übernommenes Unionsrecht relevant ist, Auslegungsfragen unterbreiten, und die Urteile des EuGH müssten nach der Rechtsprechung des EuGH⁴¹ für die vorlegenden Gerichte verbindliche Wirkung entfalten. Damit könnte der EuGH nicht nur von den Vertragsparteien angerufen werden, sondern er könnte *a priori* in jedem Verfahren, welches von Einzelnen zur Wahrung ihrer Rechte initiiert würde, mit Auslegungsfragen von Bilateralen Abkommen befasst werden. Während – wie erwähnt – die Vertragsparteien wohl allenfalls in

⁴¹ S. die Nachweise in Fn. 6.

Ausnahmefällen an den EuGH gelangen würden, würden Einzelne – wie sie dies auch schon heute tun – ihre Rechte häufig wahrnehmen wollen, was potentiell mit zahlreichen Verfahren vor dem EuGH einherginge.

Auch vor diesem Hintergrund ist zusammenfassend somit davon auszugehen, dass eine Befassung des EuGH im Rahmen der Lösung der sog. institutionellen Fragen im Wesentlichen parallel zur Regelung im InstA – allenfalls mit gewissen Präzisierungen – ausfallen würde. Soweit der Rechtsschutz Einzelner betroffen ist, bliebe es damit beim *status quo*, so dass es in der Schweiz allein nationalen Gerichten obliegt, Rechtsschutz zu gewähren, dies übrigens – wie erwähnt – im Gegensatz zur Europäischen Union, wo das Vorabentscheidungsverfahren zum Zuge kommt. Dabei geht das Bundesgericht vom Grundsatz einer parallelen Auslegung aus, dies soweit die Abkommen Unionsrecht übernehmen und das Ziel einer parallelen Rechtslage im Verhältnis Schweiz – EU wie innerhalb der Union verfolgen und keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass vom Unionsrecht abweichende Regelungen zum Zuge kommen sollen.⁴²

IV. Fazit und Perspektiven

Im Ergebnis ist auf der Grundlage obiger Ausführungen somit Folgendes festzuhalten:

- Der Rechtsschutz im Rahmen der Bilateralen Abkommen in der Schweiz erfolgt – soweit die Rechte Einzelner betroffen sind – durch die zuständigen nationalen Gerichte. Dabei geht das Bundesgericht einerseits davon aus, dass in Bezug auf Abkommensbestimmungen, die Unionsrecht übernehmen bzw. an dieses anknüpfen, im Verhältnis zum EU-Recht ein Grundsatz der parallelen Auslegung zum Zuge kommt und andererseits jedenfalls dem Personenfreizügigkeitsabkommen (möglicherweise aber auch anderen Binnenmarktabkommen) umfassender Vorrang gegenüber nationalem Recht – unter Einschluss von Bundesgesetzen, selbst soweit der Gesetzgeber bewusst von den völkerrechtlichen Vorgaben abweichen wollte – zukommt. Damit besteht die reale Möglichkeit, dass das Bundesgericht – so es mit einem entsprechenden Rechtsstreit befasst wird – Bestimmungen nationalen Rechts, welche gegen Vorgaben eines Binnenmarktabkommens verstossen, die Anwendung versagt. Relevant werden könnte dies insbesondere in Bezug auf die sog. flankierenden Massnahmen.
- An dieser Situation würde sich im Falle des Einbezugs des EuGH durch die Regelung der sog. institutionellen Fragen nichts ändern, da zu erwarten ist, dass der EuGH lediglich auf Initiative einer der Vertragsparteien tätig werden würde. Allerdings könnte – im Gegensatz zur Situation auf der Grundlage der geltenden Abkommen – im Zuge des Durchlaufens des Streitbeilegungsverfahrens und eines Urteils des EuGH, welches Abkommensbestimmungen auslegt, ggf. ein Verstoß bestimmter, auf schweizerischen

⁴² S. schon oben II.2.

Regelungen beruhender Praktiken gegen Vorgaben eines Binnenmarktabkommens festgestellt werden, dies unabhängig davon, ob Einzelne Rechtsschutz suchen.

Vor diesem Hintergrund erschliesst sich, dass die Rechtslage in der Union unter Einschluss der Rechtsprechung des EuGH bereits nach der geltenden Rechtslage eine bedeutende Rolle für die Auslegung und Tragweite der Binnenmarktabkommen in der Schweiz spielt, dies auf der Grundlage des Grundsatzes der parallelen Auslegung sowie des Vorrangs der Binnenmarktabkommen vor nationalem Recht. Zwar würde sich die Situation durch eine Regelung der Streitbeilegung über die Klärung der sog. institutionellen Fragen durchaus insofern ändern, als sich damit der EuGH im Zuge der Anrufung eines Schiedsgerichts durch die Vertragsparteien – ohne dass Einzelne tätig werden – über die Auslegung von aus dem Unionsrecht übernommenen Abkommensbestimmungen äussern könnte; allerdings sollte die tatsächliche Tragweite einer solchen Kompetenz nicht überbewertet werden, da es nur in Ausnahmefällen zu solchen Verfahren käme und letztlich entscheidend ist, dass die schweizerische Rechtsprechung bereits heute bei aus dem Unionsrecht übernommenen Vorgaben an die Rechtsprechung des EuGH anknüpft und Abkommensbestimmungen Vorrang einräumt.

Daher erscheint es mit Blick auf die (möglicherweise) anstehenden Verhandlungen mit der Europäischen Union über ein Paket «Bilaterale III», in welches auch die institutionellen Fragen integriert werden, zielführend, in Bezug auf diejenigen unionsrechtlichen Regelungen, die (inklusive ihrer Weiterentwicklungen) grundsätzlich in die Binnenmarktabkommen mit der Schweiz übernommen werden (sollen), diejenigen Aspekte zu identifizieren, bei welchen eine Übernahme aus schweizerischer Sicht problematisch sein könnte und nach Lösungen zu suchen, um den möglichen Schwierigkeiten durch materiell-rechtliche Regelungen begegnen zu können. Dies ist zwar insofern keine einfache Aufgabe, als die Union Ausnahmen vom für alle geltenden Binnenmarktrecht grundsätzlich skeptisch bis ablehnend gegenübersteht. Gleichzeitig zeigen aber die Erfahrungen (u.a. auch das Verhandlungsergebnis beim InstA, in dessen Rahmen doch erhebliche materielle Sonderregelungen zu verzeichnen waren, deren Bedeutung meines Erachtens bei der Bewertung des Verhandlungsergebnisses unterschätzt wurde), dass die Verankerungen von «Sonderregeln» durchaus gelingen kann. In Betracht kommen im Wesentlichen zwei Methoden:

- Erstens können bestimmte Regelungen oder Vorgaben «immunisiert» werden, indem festgehalten wird, dass sie nicht von den vertraglichen Vorgaben tangiert werden bzw. als mit diesen in Einklang stehend angesehen werden, ein Ansatz, der zum Beispiel bei den flankierenden Massnahmen im InstA gewählt wurde. Sowohl der EuGH im Rahmen einer Streitbeilegung als auch die schweizerischen Gerichte wären selbstredend an solche Festlegungen gebunden; ebenso wären sie – so jedenfalls die Regelung im InstA – von der dynamischen Rechtsübernahme ausgeschlossen. Es geht mitunter vergessen, dass bei derartigen, in einem Abkommen verankerten «Bereichsausnahmen» auch für den Fall, dass dem EuGH im Rahmen der Streitbeilegung eine gewisse Rolle zukommt, die

Situation klarer und aus der Sicht der Schweiz vorteilhafter sein kann als bei der Fortgeltung des *status quo*, wie das Beispiel des Entsenderechts bzw. der flankierenden Massnahmen zeigt, bei denen es nicht ausgeschlossen bzw. gar plausibel ist, dass das Bundesgericht sie für mit dem Freizügigkeitsabkommen unvereinbar erklärt, falls es mit der Frage befasst werden sollte.

- Zweitens könnte über sog. Schutzklauseln vorgesehen werden, dass bestimmte abkommensrechtliche Pflichten bei Überschreiten gewisser «Grenzwerte» nicht mehr zum Zuge kommen. Dieser Mechanismus ist auch im Unionsrecht durchaus bekannt; auch im Rahmen der Bilateralen Abkommen wurde verschiedentlich – etwa bei der Zuwanderung – auf ihn zurückgegriffen.

Insgesamt ist es daher zielführend (so eine stabile Regelung der Beziehungen Schweiz – EU auf der Grundlage der Bilateralen Abkommen angestrebt werden), einerseits die Rolle des EuGH bei der Streitbeilegung (soweit es um die Auslegung übernommenen Unionsrechts geht) zu akzeptieren (gleiches gilt übrigens für die dynamische Rechtsübernahme), gleichzeitig aber andererseits über die Regelung materieller Fragen den zentralen Interessen der Schweiz Rechnung zu tragen. Nicht zu verkennen ist freilich, dass es weder möglich sein wird, allen «Wünschen» der Schweiz auf diese Weise Rechnung zu tragen, noch in Bezug auf alle denkbaren Auslegungsfragen in den Abkommen eine in jeder Beziehung klare Antwort zu geben bzw. diese zu formulieren. Gerade letzteres ist jedoch kein Alleinstellungsmerkmal der Abkommen mit der Union; vielmehr können Rechtstexte im Allgemeinen und mitunter durch Kompromissformulierungen geprägte internationale Abkommen im Besonderen in keiner Konstellation so gestaltet werden, dass mit letzter Sicherheit alle, sich häufig auch erst in Zukunft stellenden Auslegungsfragen beantwortet werden können. Insofern geht es letztlich darum, ein Verhandlungsergebnis in seiner Gesamtheit zu würdigen und eine Interessen- und Risikoabwägung unter Einbezug aller relevanter Gesichtspunkte (zu denen übrigens auch die Frage nach den Risiken eines Nichtzustandekommens eines Vertrages zählt) vorzunehmen. Es bleibt zu hoffen, dass diese Abwägung im Falle erfolgreicher Verhandlungen über «Bilaterale III» möglichst rational erfolgen kann und hierbei auch berücksichtigt wird, dass die Verrechtlichung von Konfliktlösungen auf internationaler Ebene nicht nur einen Gewinn an Rechtssicherheit für alle Beteiligten mit sich bringt, sondern auch eine Absage an das Recht des Mächtigeren bedeutet,⁴³ was in erster Linie den politisch oder wirtschaftlich weniger mächtigen Staaten dient.

⁴³ Vgl. hierzu z.B. *Richart Senti*, Streitschlichtung und regionale Freihandelsabkommen – Von der «power oriented» zur «rule oriented» Schlichtung, EuZ 2018, 147 ff.