
Die «Bilateralen III» und ihre möglichen Auswirkungen auf das Migrationsrecht

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Die „Bilateralen III“ und ihre möglichen Auswirkungen auf das Migrationsrecht, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Véronique Boillet/Martina Caroni/Astrid Epiney/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2023/2024, Bern 2024, S. 1-44.

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

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht.....	1
I. Einleitung	1
II. Ausgangslage.....	3
1. Status quo	3
2. Die «institutionellen Fragen» und das (Scheitern des) InstA	9
3. Auf dem Weg zu den «Bilateralen III»?	11
III. Die «Bilateralen III» – ein Überblick auf der Grundlage des <i>Common understanding</i>	12
IV. «Bilaterale III» und Personenfreizügigkeit.....	15
1. Zur dynamischen Rechtsübernahme	16
2. Zur Weiterentwicklung des FZA	23
3. Zur Streitbeilegung	37
V. Schluss.....	42

I. Einleitung

Seit März 2024 sind nunmehr offizielle Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU über die «Stabilisierung und Weiterentwicklung der bilateralen

Beziehungen»¹ im Gang, dies auf der Grundlage von entsprechenden Mandaten sowohl des Bundesrates² als auch der Europäischen Union.³ Vorangegangen waren – im Anschluss an das Scheitern des sog. Institutionellen Abkommens (InstA) – «exploratorische Gespräche»⁴ zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, welche mit einem *Common Understanding* abgeschlossen wurden, das die Basis für die im Anschluss aufzunehmenden Verhandlungen umreissen soll. Angesichts des in den erwähnten Dokumenten zugrundegelegten «Paketansatzes» sowie des Ziels der Verhandlungen – wie erwähnt die «Stabilisierung und Weiterentwicklung der bilateralen Beziehungen» – rechtfertigt es sich in jeder Beziehung, von (möglichen) «Bilateralen III» zu sprechen.

Diese berühren eine Vielzahl von Bereichen und Themata. Neben den sog. institutionellen Fragen, welche bereits im InstA adressiert waren, geht es auch um eine Reihe materiell-rechtlicher Bereiche, die teilweise neu sind. Ein zentrales Thema sowohl bereits in den exploratorischen Gesprächen als auch in den laufenden Verhandlungen und der innenpolitischen Diskussion ist die (Weiterentwicklung der) Personenfreizügigkeit: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU⁵ ist Teil der Binnenmarktabkommen, die von der Regelung der institutionellen Fragen betroffen sein wird, so dass der Abschluss der «Bilateralen III» auch beachtliche Implikationen für das Migrationsrecht entfaltet. Vor diesem Hintergrund besteht das Ziel des vorliegenden Beitrags darin, diese möglichen Auswirkungen – unter Einbezug insbesondere auch der institutionellen Fragen (in erster Linie dynamische Rechtsübernahme und Streitbeilegung) – zu erörtern (IV.), dies auf der Grundlage einer Skizzierung

¹ So der Einführungstext des vom Bundesrat am 8. März verabschiedeten Verhandlungsmandats. Dieses sowie alle weiteren in diesem Beitrag zitierten offiziellen Dokumente des Bundesrates – unter Einschluss des sog. *Common understanding* (in der englischen Originalversion und einer inoffiziellen deutschen Übersetzung) zu den Verhandlungen sind zugänglich auf www.admin.ch.

² S. Anm. 1.

³ Beschluss des Rates vom 7. März über die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft über institutionelle Bestimmungen in Abkommen zwischen der EU und der Schweizerischen Eidgenossenschaft mit Bezug zum Binnenmarkt, über ein Abkommen über die Teilnahme der Schweizerischen Eidgenossenschaft an Programmen der Union und über einen Mechanismus zur Ermöglichung finanzieller Beiträge der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Ratsdokument Nr. 7031/24, abrufbar unter www.consilium.europa.eu.

⁴ So die Bezeichnung des Bundesrates in seinem «Bericht zu den exploratorischen Gesprächen zwischen der Schweiz und der EU zur Stabilisierung und Weiterentwicklung ihrer Beziehungen» vom 15. Dezember 2023.

⁵ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681; ABl. 2002 L 114, 6 ff.

der Ausgangslage (II.) und eines kurzen Überblicks über den Inhalt des Verhandlungspakets (III.), bevor ein kurzes Fazit formuliert wird (V.).

Zu beachten ist freilich, dass sich die Ausführungen notwendigerweise nur (aber immerhin) auf die bislang veröffentlichten Dokumente stützen; diese – wobei in erster Linie das erwähnte *Common Understanding* sowie die Verhandlungsmandate der Schweiz und der EU im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung sind – stellen jedoch keinen Vertragstext bzw. keinen Entwurf eines Vertragstextes dar, sondern formulieren den grundsätzlichen politischen Konsens der (zukünftigen) Vertragsparteien bzw. die Zielsetzungen der Verhandlungen. In diesen geht es dann darum, diese Grundsätze bzw. Zielsetzungen in einen eigentlichen Vertragstext zu «übersetzen»; erst dieser wird es dann erlauben, eine fundierte und «vorläufig abschliessende» Analyse der rechtlichen Tragweite der «Bilateralen III» vorzunehmen, ein Aspekt, der insbesondere deshalb von Bedeutung ist, weil die erwähnten Dokumente durchaus einige Fragen offenlassen.

Dessen ungeachtet sind doch die grossen Linien und Grundsätze erkennbar, so dass diese nachfolgend – unter Einschluss der offenen Fragen – im Einzelnen erläutert werden sollen, dies mit einem Akzent auf der Personenfreizügigkeit. Dabei geht es hier nur (aber immerhin) um die Tragweite des in Aussicht genommenen Pakets der «Bilateralen III» und damit um die hiermit (möglicherweise) einhergehenden völkerrechtlichen Pflichten; ausgespart bleibt die Frage der nationalen Umsetzung, also z.B. diejenige nach der genauen Ausgestaltung nationaler Aufenthaltstitel.

Abgestellt wird dabei auf das *Common understanding*, ist dies doch das Dokument, auf welches sich die Parteien grundsätzlich geeinigt haben. Die Verhandlungsmandate sowohl der Schweiz als auch der EU lehnen sich zwar eng an das *Common understanding* an; gleichwohl sind aber gewisse Nuancen oder zusätzliche Elemente zu verzeichnen (auf welche ggf. – soweit im vorliegenden Zusammenhang sinnvoll – hingewiesen wird).

II. Ausgangslage

1. Status quo

Seit der Ablehnung des EWR-Beitritts durch Volk und Stände am 6.12.1992 beruhen die Beziehungen der Schweiz zur EU bekanntlich auf dem sog. bilateralen Ansatz – bilateral insofern, als auf der einen Seite die Schweiz, auf der anderen die EU und (teilweise) ihre Mitgliedstaaten stehen, dies im Gegensatz zum EWR, der die Beziehungen einer (immer kleiner gewordenen) Staatengruppe (die EFTA-Staaten, ausser der Schweiz) zur EU regelt. Inzwischen gibt es zwei „Pakete“ sog. bilateraler Abkommen, die sektoriell eine Reihe von Bereichen regeln⁶ und häufig eine Einbindung der Schweiz in

⁶ Die «Bilateralen I» betreffen die Bereiche Personenfreizügigkeit, Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Auftragswesen. Für die Texte aller Abkommen siehe BBl 1999, 6489 ff.; ABl. 2002 L 114, 1 ff. Die im Oktober 2004 unterzeichneten und

den Unionsbesitzstand vorsehen; hinzu kommen zahlreiche weitere Verträge.⁷ Insgesamt kommt jedoch sowohl aus rechtlicher als auch aus wirtschaftlicher und politischer Sicht den beiden Paketen bilateraler Abkommen zweifellos eine besondere Bedeutung zu.

Fünf Abkommen der «Bilateralen I» (darunter das Personenfreizügigkeitsabkommen)⁸ sind sog. Binnenmarktabkommen: Sie zielen darauf ab, die Schweiz in den jeweiligen Teil des EU-Binnenmarktes einzubinden, so dass sie im Wesentlichen parallel wie ein EU-Mitgliedstaat am Binnenmarkt teilnehmen kann, auch wenn die Abkommen mitunter gewisse Abweichungen in spezifischen Bereichen enthalten.⁹ Hervorzuheben sind in unserem Zusammenhang folgende Charakteristika dieser Binnenmarktabkommen:¹⁰

anschliessend zu unterschiedlichen Zeitpunkten in Kraft getretenen «Bilateralen II» umfassen 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, Betrugsbekämpfung, Zinsbesteuerung, Schengen/Dublin-Assoziierung. Vgl. Text und Botschaft zu den Bilateralen II in BBl. 2004, 5965 ff.

⁷ Vgl. zu den Beziehungen Schweiz – EU im Allgemeinen und den Bilateralen Abkommen im Besonderen *Matthias Oesch*, Schweiz – Europäische Union. Grundlagen. Bilaterale Abkommen. Autonomer Nachvollzug, Zürich 2020, *passim*; die Beiträge in *Marc Maresceau/Christa Tobler* (Hrsg.), *Switzerland and the EU – A Challenging relationship*, Leiden 2023; s. auch schon ausführlich *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, S. 95 ff.; *Thomas Cottier u.a.*, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014, *passim*; *Clémentine Mazille*, L’institutionnalisation de la relation entre l’Union européenne et la Suisse: Recherche sur une construction européenne, Zürich 2018, *passim*; für einen Überblick auch *Benedikt Pirker/Astrid Epiney*, The Integration of Switzerland into the Framework of EU Law by Means of the ‘Bilateral Agreements’, in: Peter-Christian Müller-Graff/Ola Mestad (Hrsg.), *The Rising Complexity of European Law*, Berlin 2014, S. 39 (40 ff.); *Astrid Epiney/Sian Affolter*, The Swiss Way: 120 Agreements but no Perspective?, in: Giegerich/Schmidt/Zeitzmann (Hrsg.), *Flexibility in the EU and Beyond. How Much Differentiation Can European Integration Bear?*, Baden-Baden 2017, S. 297 ff.

⁸ Neben den Abkommen über den Luftverkehr, den Landverkehr, die Landwirtschaft und die technischen Handelshemmnisse.

⁹ S. z.B. Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA, wonach das Abkommen weder den «Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen» für die unter Art. 24 Anhang I FZA fallenden Studierenden regelt.

¹⁰ Ausführlich hierzu schon *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (Anm. 7), S. 96 ff.; s. sodann z.B. *Epiney/Affolter*, in: *Flexibility in the EU and Beyond* (Anm. 7), S. 297 ff.; *Astrid Epiney*, Brexit und die bilateralen Abkommen Schweiz – EU, in: Kramme/Baldus/Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Brexit. Privat- und wirtschaftsrechtliche Folgen*, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, S. 201, 204 ff.; s. weiter *Michael Hahn*, Je t’aime... Moi non plus: Rechtsfragen des Verhältnisses Schweiz – EU, ZBJV 2021, S. 77 ff.; *Oesch*, Schweiz – EU (Anm. 7), S. 43 ff.

- Ziel der Abkommen ist die (partielle) Teilnahme am EU-Binnenmarkt, so dass sie einen gewissen Integrationscharakter aufweisen.
- Vor diesem Hintergrund übernehmen weite Teile der Abkommen EU-Recht, dies entweder, indem unionsrechtliche Begriffe (wie z.B. Arbeitnehmer, öffentliche Ordnung oder Diskriminierung) direkt in den Text des Abkommens aufgenommen werden oder indem (in den Anhängen) auf EU-Sekundärrecht verwiesen wird, welches für die Schweiz verbindlich ist bzw. in Bezug auf welches sie eine gleichwertige Rechtslage sicherzustellen hat.
- Dabei weisen die Abkommen auch in Bezug auf den aus dem Unionsrecht «übernommenen» materiellen Inhalt zwar insofern einen statischen Charakter auf, als keine (dynamische oder gar «automatische») Anpassung der Abkommen an das sich weiterentwickelnde Unionsrecht vorgesehen ist. Indessen gehen die Abkommen durchaus grundsätzlich davon aus, dass eine solche Anpassung erfolgen soll. Denn das Ziel der Abkommen, eine Einbindung der Schweiz in die entsprechenden Teile des EU-Binnenmarktes sicherzustellen, kann von vornherein nur dann erreicht werden, wenn die Rechtslage im Verhältnis zur Schweiz parallel wie innerhalb der Union ausgestaltet ist,¹¹ was die Integration der einschlägigen Weiterentwicklungen des Unionsrechts in die Abkommen bedingt. So können in der Regel die Anhänge der Abkommen – soweit sie Verweise auf EU-Sekundärrechtsakte enthalten – durch einstimmigen Beschluss des jeweiligen Gemischten Ausschusses geändert werden (vgl. z.B. Art. 18 FZA).¹² Dessen ungeachtet impliziert dieses System, dass eine Übernahme der einschlägigen Weiterentwicklungen des Unionsrechts in die Abkommen auch unterbleiben kann, da sich jeder Vertragspartner – aus welchen Gründen auch immer – im Gemischten Ausschuss gegen eine

¹¹ Damit unterscheidet sich die Teilnahme am Binnenmarkt gerade von einem reinen Freihandelsregime. Vgl. hierzu die nach wie vor im Grundsatz aktuelle Antwort des Bundesrates auf das Postulat Keller-Sutter (2014). S. auch *Astrid Epiney*, Binnenmarkt und Freihandel sind zwei unterschiedliche Konzepte, NZZ vom 15. Januar 2021; ausführlich *Hanspeter Tschäni*, Schweiz – EU: Teilnahme am EU-Binnenmarkt oder ein umfassendes Freihandelsabkommen?, EIZ Standpunkte Nr. 4, Zürich 2022.

¹² Dies ist in den vergangenen Jahren bzw. Jahrzehnten auch regelmässig geschehen; so wurden z.B. die Anhänge II und III FZA an die Weiterentwicklungen des Unionsrechts angepasst. Vgl. hierzu die regelmässigen bzw. jährlichen Berichte über die Entwicklungen der Abkommen im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht, zuletzt *Nicola Hofer/Marcel Amrein/Marie Bertholon/Katharina Burren/Marc Chevallier/Michael Kiefer/Luca Laloli/Nina Meier/Daniel Michel/Gian Carli Stäubli*, Schweizerische Praxis im Europarecht und Bilaterale Abkommen / La pratique suisse en matière de droit européen et les Accords bilatéraux, in: *Epiney/Progin-Theuerkauf/Dahinden/Zlatescu* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2022/2023, Zürich/Bern 2023, S. 495 ff.

Anpassung entscheiden kann.¹³ Hinzu kommt, dass gewisse Teile der Abkommen nicht durch den Gemischten Ausschuss angepasst werden können, dies obwohl sie auf unionsrechtliche Inhalte und Begriffe zurückgreifen. In unserem Zusammenhang ist hier insbesondere Anhang I FZA von Bedeutung: Dieser regelt die einzelnen Freizügigkeitsrechte und greift in seinem Text weitgehend Formulierungen sekundärrechtlicher Bestimmungen auf, die in der EU inzwischen in der RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie)¹⁴ geregelt sind (wobei die RL 2004/38 freilich auch die bis dahin geltenden Regelungen teilweise übernimmt). Insoweit kann es also zu einem «Auseinanderdriften» der Rechtslage in der EU und in Bezug zur Schweiz kommen, womit die Teilnahme der Schweiz am Binnenmarkt entsprechend eingeschränkt wird; im Laufe der Zeit besteht hier auch die Gefahr einer eigentlichen Erosion der Abkommen, insbesondere soweit keine Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse mehr zustande kommen (wie in den letzten Jahren wegen der entsprechenden Weigerung der Union).¹⁵

- In institutioneller Hinsicht greifen die Abkommen auf das «klassische» völkerrechtliche Instrumentarium zurück: Die Abkommen sehen grundsätzlich jeweils einen Gemischten Ausschuss vor, der aus Vertretern

¹³ Insofern besteht ein bedeutender Unterschied zu den Assoziierungsabkommen Schengen / Dublin (Abkommen über die Assoziierung der Schweiz bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (Schengen-Assoziierungsabkommen, SAA, SR 0.362.31, und Abkommen über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (Dublin-Assoziierungsabkommen, DAA, SR 0.142.392.68), in welchen bereits eine dynamische Übernahme vorgesehen ist. Bislang wurden bereits mehrere hundert Weiterentwicklungen notifiziert und übernommen, dies nach Durchlaufen des jeweiligen ordentlichen Verfahrens in der Schweiz (was in einigen Fällen auch die Unterstellung unter das fakultative Referendum erforderte, da die Anpassung des schweizerischen Rechts durch den Erlass eines Bundesgesetzes erfolgte). Vgl. auch hierzu die jährlichen Berichte im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht (Anm. 12). Zum «Übernahmemechanismus» im SAA und DAA *Astrid Epiney*, Schengen, Dublin und die Schweiz, AJP 2002, S. 300 ff.; *Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Annekathrin Meier*, Schengen/Dublin, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU. Handbuch, Zürich 2007, S. 903, 916 ff.; *Reto Gruber*, Die Übernahme und Umsetzung von Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands – ausgewählte institutionelle Aspekte, in: Epiney/Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Zürich 2010, S. 479 ff.; *Markus Mohler*, Gedanken zur Schengen-/Dublin-Rechtsübernahme aus rechtsstaatlicher und demokratierechtlicher Sicht, FS Stephan Breitenmoser, Basel 2022, S. 1143, 1146 ff.

¹⁴ RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158, 77.

¹⁵ S. noch sogleich II.2.

der Union einerseits und der Schweiz andererseits zusammengesetzt ist und einstimmig entscheidet. Die Kompetenzen dieser Gemischten Ausschüsse betreffen im Wesentlichen drei grosse Bereiche: Informationsaustausch, Streitbeilegung und – wie eben erwähnt – die Fassung verbindlicher Beschlüsse in Bezug auf die Anpassung der Anhänge der Abkommen (soweit dies ausdrücklich vorgesehen ist). Auslegung, Anwendung und Überwachung der Einhaltung der Abkommen erfolgt nach dem im Völkerrecht gängigen «Zwei-Säulen-Prinzip» durch jede Vertragspartei. Dieses System impliziert auch, dass es zu unterschiedlichen Auslegungen kommen kann und im Fall anhaltender Streitigkeiten kein Mechanismus besteht, der deren (verbindliche) Beilegung ermöglicht.

Zusammenfassend kann also mit Bezug zu den Binnenmarktabkommen und damit auch zum Personenfreizügigkeitsabkommen festgehalten werden, dass es sich in inhaltlicher Hinsicht und in Anbetracht ihrer Zielsetzung (Teilnahme am EU-Binnenmarkt) um «Integrationsabkommen» handelt. Gleichzeitig sind sie aber aus institutioneller Sicht als „klassische“ völkerrechtliche Verträge ausgestaltet.

Dessen ungeachtet ist auch festzustellen, dass die Abkommen insgesamt in verschiedener Hinsicht sehr gut funktionieren und ihre Zielsetzungen in materieller Hinsicht jedenfalls sehr weitgehend erreichen, was auch und gerade für das Personenfreizügigkeitsabkommen gilt. So gibt es nur sehr wenige Streitigkeiten über die Auslegung der Abkommen, die nicht im Gemischten Ausschuss beigelegt werden können;¹⁶ im Personenfreizügigkeitsabkommen sind dies im Wesentlichen gewisse Aspekte der sog. flankierenden Massnahmen der Schweiz (wie die sog. Acht-Tage-Regelung oder die Ausgestaltung gewisser Kautionspflichten für Unternehmen, welche Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden).¹⁷ Auch hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung¹⁸ nicht nur den Grundsatz der parallelen Auslegung

¹⁶ Vgl. auch hierzu die jährlichen Berichte im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht (Anm. 12).

¹⁷ Hierzu im Einzelnen, m.w.N., *Astrid Epiney/Lena Hehemann*, Die Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, Jusletter vom 11. März 2019; zum Entsenderecht weiter z.B. *Kurt Pärli* (Hrsg.), Entsendegesetz. Kommentar, 2. Aufl., Bern 2022; *Markus Notter*, Nationaler Lohnschutz? Bemerkungen zur Ablehnung des Rahmenabkommens, EIZ Standpunkte Nr. 1, Zürich 2021.

¹⁸ Grundlegend BGE 136 II 5; s. sodann z.B. BGE 142 II 35; BGE 143 II 57; BGE 144 II 113. Zu den Grundsätzen der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens, m.w.N., *Oesch*, Schweiz – EU (Anm. 7), S. 77 ff.; *Astrid Epiney*, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht – Zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26.11.2015, Jusletter vom 14. März 2016; *Astrid Epiney*, § 4. Multilaterales Migrationsrecht: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: *Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser/Vetterli* (Hrsg.), Ausländerrecht. Eine umfassende

derjenigen abkommensrechtlichen Bestimmungen, welche aus dem Unionsrecht übernommen wurden, mit dem EU-Recht entwickelt, sondern geht allgemein davon aus, dass auch die neuere, nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des FZA zu beachten ist.¹⁹ In inzwischen mehreren hundert Urteilen zum Freizügigkeitsabkommen konnte das Bundesgericht auf dieser Grundlage eine konsolidierte und insgesamt konsistente Rechtsprechung²⁰ entwickeln, welche auf dem Grundsatz der parallelen Auslegung beruht und somit in Bezug auf die Schweiz eine parallele Rechtslage – soweit das Abkommen auf unionsrechtliche Begriffe zurückgreift – wie innerhalb der Union gewährleistet. Auch der EuGH geht in seinen (wenigen) Urteilen zumindest

Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Basel 2022, S. 187, Rn. 4.32 ff.; *Benedikt Pirker*, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl 2015, 295; ausführlich bereits *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (Anm. 7), *passim*.

¹⁹ Wenn auch die jüngere Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung hier gewisse Relativierungen erkennen lässt, deren Implikationen jedoch enigmatisch bleiben, vgl. BGE 145 IV 364 E. 3.5.2, 3.6 und 3.7 (s. auch schon BGE 145 IV 55): 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 abstellt, 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. Zu dieser Rechtsprechung ausführlich *Astrid Epiney*, Strafrechtliche Landesverweisung und FZA, Jusletter vom 19. August 2019. Auch die nachfolgenden Urteile der Strafrechtlichen Abteilung bringen hier nur wenig Klarheit, vgl. insoweit die Chroniken der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahrbuch für Migrationsrecht, s. zuletzt *Astrid Epiney/Evamaría Hunziker*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Achermann/Amarelle/Boillet/Caroni/Epiney/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023, Bern 2023, S. 339, 373 ff., sowie den Beitrag in diesem Band.

²⁰ An dieser Gesamteinschätzung ändern auch gewisse Kritikpunkte an der Rechtsprechung nichts. Vgl. insoweit zusammenfassend *Epiney*, in: Ausländerrecht (Anm. 18), Rn. 4.32 ff. (mit einigen Beispielen aus verschiedenen Gebieten). S. auch den jährlichen Rechtsprechungsüberblick im Jahrbuch für Migrationsrecht (vgl. Anm. 19).

inzwischen ebenfalls in diese Richtung,²¹ nachdem in den ersten Urteilen einige eher missverständliche Passagen zu verzeichnen waren.²²

2. Die «institutionellen Fragen» und das (Scheitern des) InstA

Die erwähnte Diskrepanz zwischen dem «Integrationscharakter» der Binnenmarktabkommen einerseits und ihrer rein völkerrechtlich ausgestalteten institutionellen Struktur andererseits ist der Hintergrund für die von der Union seit vielen Jahren formulierten Anliegen in Bezug auf die institutionelle Ausgestaltung der bilateralen Abkommen: Aus Sicht der Union kommt eine Weiterentwicklung der bestehenden Binnenmarktabkommen (und damit die Zustimmung der Union zur Übernahme von Modifikationen des Binnenmarktrechts in die Abkommen im Gemischten Ausschuss) und der Abschluss neuer Binnenmarktabkommen nur unter der Voraussetzung einer Einigung der Vertragsparteien über die sog institutionellen Fragen in Betracht. Im Zentrum des Interesses stehen dabei die (dynamische) Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstands und seine Auslegung, die Überwachung der Einhaltung der Abkommen in der und durch die Schweiz sowie die Streitbeilegung.²³

²¹ Unter Einschluss der grundsätzlichen Relevanz neuerer Urteile des Gerichtshofs für die Auslegung des Abkommens, soweit dieses auf Begriffe des Unionsrechts zurückgreift, werden solche neueren Urteile doch regelmässig zitiert und im Rahmen der Begründung herangezogen. Vgl. EuGH, Rs. C-581/17, *Wächter*, ECLI:EU:C:2019:138; EuGH, Rs. C-478/15, *Radgen*, ECLI:EU:C:2016:705; EuGH, Rs. C-241/14, *Bukovansky*, ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-425/11, *Ettwein*, ECLI:EU:C:2013:121; EuGH, Rs. C-506/10, *Graf*, ECLI:EU:C:2011:643.

²² Vgl. EuGH, Rs. C-70/09 (Hengartner), ECLI:EU:C:2010:430; hierzu ausführlich *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Anm. 7), S. 157 ff. m.w.H.

²³ Vgl. zur Problematik schon *Astrid Epiney*, Beziehungen Schweiz – EU: Status quo und Perspektiven in: Schellenbauer/Schwarz (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015, 25 (60 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, Rn. 25 ff. S. sodann z.B. *Andreas Glaser/Lorenz Langer*, Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, *SZIER* 2013, 563 ff.; *Joëlle de Sépibus*, Ein institutionelles Dach für die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, in: *Epiney/Diezig* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014*, Zürich/Bern 2014, 397 ff.; *Matthias Oesch/Gabriel Speck*, Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz – EU und der EuGH, in: *Epiney/Hehemann* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017*, Zürich/Bern 2017, 257 ff.; *Andreas Glaser/Heidi Dörig*, Die Streitbeilegung in den Bilateralen Abkommen Schweiz–EU, in: *Epiney/Hehemann* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018*, Zürich/Bern 2018, 451 ff.; ausführlich *Mazille*, L'institutionnalisation de la relation entre l'UE et la Suisse (Anm. 7), 456 ff.

Entsprechende Verhandlungen zwischen den Parteien kamen im Dezember 2018 zu einem vorläufigen Abschluss, und ein Entwurf eines Institutionellen Abkommens wurde veröffentlicht.²⁴ Allerdings verzichtete der Bundesrat auf eine Unterzeichnung und führte eine breit angelegte Konsultation durch, nach deren Abschluss er zwar im Juli 2019 seine grundsätzliche Zustimmung zum Abkommen (unter Einschluss der die dynamische Rechtsübernahme sowie die Streitbeilegung betreffenden Aspekte) signalisierte, jedoch in drei Bereichen (staatliche Beihilfen, Unionsbürgerrichtlinie und Lohnschutz bzw. flankierende Massnahmen) Klärungen für notwendig erachtete, wie er in einem Brief an den damaligen Kommissionspräsidenten *Jean-Claude Juncker* formulierte. Die Union trat hierauf grundsätzlich ein (wenn sie auch betonte, der vorliegende Entwurf könne nicht mehr «nachverhandelt» werden). Letztendlich entschied der Bundesrat jedoch am 26. Mai 2021, den Abkommensentwurf nicht zu unterzeichnen (dies wohl zum einen angesichts der Entwicklung der innenpolitischen Auseinandersetzungen und zum anderen der aus seiner Sicht nicht zufriedenstellenden Ergebnisse der «Klärungsgespräche» mit der EU) und brach die Verhandlungen mit der Union offiziell ab.²⁵

Die Union reagierte auf dieses Scheitern und den letztlich einseitigen Abbruch der Gespräche bzw. der Verhandlungen mit einer Reihe von (rechtlich zulässigen) Massnahmen, so wie sie dies auch im Vorfeld angekündigt hatte:²⁶

- So stimmt die Union im Gemischten Ausschuss grundsätzlich keiner Übernahme von Weiterentwicklungen des die Binnenmarktabkommen betreffenden Unionsrechts in die Abkommen zu, so dass die bestehenden Abkommen nicht mehr aufdatiert werden und der Binnenmarktzugang somit sukzessive erodiert.

²⁴ Vgl. den Text unter www.admin.ch. Zu dem Abkommen bereits *Astrid Epiney*, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU. Überblick und erste Einschätzung, 18 S., Jusletter vom 17.12.2018; *Stephan Breitenmoser*, Das Scheitern des Institutionellen Rahmenabkommens (InstA) zwischen der Schweiz und der EU: Gründe und Ausblick, in: *Epiney/Zlatescu* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021, Zürich 2021, S. 325, 329 ff.

²⁵ S. im Einzelnen zur Entstehungsgeschichte des InstA und die Entwicklungen im Vorfeld des Verhandlungsabbruchs *Joëlle Kuntz*, Eine Chronologie des Institutionellen Rahmenabkommens, in: *Bernauer/Gentinetta/Kuntz* (Hrsg.), Eine Aussenpolitik für die Schweiz im 21. Jahrhundert, Zürich 2021, S. 93 ff.; *Oesch*, Schweiz – EU (Anm. 7), S. 62 ff., 73 f.; ausführlich auch *Breitenmoser*, SJER 2020/2021 (Anm. 24), S. 325 ff.

²⁶ S. insbesondere die Schlussfolgerungen des Rates unter www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/02/19/council-conclusions-on-eu-relations-with-the-swiss-confederation. Zu diesen Implikationen des Abbruchs der Verhandlungen im Einzelnen *Epiney*, Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre (Anm. 23) Rn. 30 ff.

- Weiter werden keine neuen Binnenmarktabkommen – wie z.B. im Elektrizitätssektor oder im Bereich der Lebensmittelsicherheit – abgeschlossen.
- Die Schweiz wird nicht mehr an gewissen Programmen der Union als vollassoziertes Mitglied beteiligt, so insbesondere an dem Forschungsprogramm *Horizon Europe*.
- Schliesslich dürfte auch insgesamt eine Verschlechterung des „Grundtenors“ der Beziehungen Schweiz – EU festzustellen sein, was sich in verschiedener Weise (so z.B. in einseitigen Entscheidungen wie bei der Nichtanerkennung der Börsenäquivalenz) äussern kann.

3. Auf dem Weg zu den «Bilateralen III»?

Der (in internationalen Beziehungen in dieser Form – gelinde gesagt – sehr unübliche) Abbruch der Gespräche über den Entwurf des InstA durch den Bundesrat zog zunächst eine gewisse Abkühlung des Verhältnisses der Schweiz mit der EU nach sich. Letztlich einigte man sich aber, formelle Gespräche aufzunehmen, und am 25. Februar 2022 beschloss der Bundesrat, Sondierungsgespräche – nicht Verhandlungen – mit der EU zu führen, um die «offenen Punkte in den Gesamtbeziehungen Schweiz-EU anzugehen», damit der bilaterale Weg auf eine «langfristig solide Grundlage gestellt werden» kann, was nur mit einem «guten und geregelten Verhältnis zur EU möglich ist».²⁷ Diese konnten im Oktober 2023 abgeschlossen werden, dies nach 20 Monaten und insgesamt elf Gesprächsrunden auf diplomatischer und 46 Gesprächen auf technischer Ebene sowie diversen Sitzungen und Kontakten mit verschiedenen Kreisen in der Schweiz.²⁸

Abgeschlossen wurden die exploratorischen Gespräche mit dem eingangs erwähnten *Common understanding*, welches das gemeinsame Verständnis der Schweiz und der EU (bzw. der Delegationen) für die Eckpunkte der im Anschluss aufzunehmenden Verhandlungen festhält. Auf dieser Grundlage formulierte der Bundesrat einen Entwurf für ein Verhandlungsmandat, welches er in eine Konsultation schickte. Unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Konsultation beschloss er am 8. März 2024 das definitive Verhandlungsmandat,²⁹ und die EU verabschiedete am 12. März 2024 ihr Verhandlungsmandat.³⁰ Seitdem sind die Verhandlungen im Gange, dies mit dem Ziel, ausgehend vom *Common understanding* sowie den erwähnten

²⁷ So die Formulierungen des Bundesrates, vgl. Bericht zu den exploratorischen Gesprächen zwischen der Schweiz und der EU zur Stabilisierung und Weiterentwicklung ihrer Beziehungen vom 15. Dezember 2023, S. 5 (verfügbar unter www.admin.ch).

²⁸ Vgl. Bericht des Bundesrates (Anm. 27), S. 2.

²⁹ Zugänglich unter www.admin.ch.

³⁰ Vgl. www.consilium.europa.eu.

Verhandlungsmandaten zu einem Entwurf eines Abkommenspakets³¹ zu kommen.

III. Die «Bilateralen III» – ein Überblick auf der Grundlage des *Common understanding*

Wie eingangs erwähnt, ist es beim derzeitigen Stand der Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU noch nicht möglich, verlässliche Aussagen über den genauen Inhalt der möglichen zukünftigen Abkommen zu formulieren. Jedoch lässt das *Common understanding* nicht nur die groben Umrisse, sondern auch die konzeptionellen und inhaltlichen Grundentscheidungen der beiden Parteien erkennen, wenn auch – wie die Verhandlungsmandate erkennen lassen – zum einen noch nicht alle Fragen geklärt sind und zum anderen der Text des *Common understanding* selbst gewisse (Auslegungs-) Fragen aufwirft.

Zusammenfassend zeichnen sich auf dieser Grundlage folgende zentrale Merkmale und konzeptionelle Weichenstellungen der «Bilateralen III» ab:

- Im Gegensatz zum InstA werden nicht mehr nur die sog. institutionellen Fragen³² adressiert, sondern die Parteien streben den Abschluss eines Abkommenspakets an. Dieses umfasst gemäss Ziff. 1 *Common understanding* folgende Elemente, welche im weiteren Text grösstenteils präzisiert werden:³³
 - institutionelle Regelungen, welche in die bestehenden fünf Binnenmarktabkommen³⁴ sowie in künftigen Binnenmarktabkommen verankert werden sollen, wobei sie aber parallel ausgestaltet sein sollen (Ziff. 11 *Common understanding*);
 - neue Abkommen in den Bereichen Strom, Lebensmittelsicherheit und Gesundheit, deren mögliche Inhalte ebenfalls näher umrissen werden (vgl. die Präzisierungen in Ziff. 2-4 *Common understanding*);
 - sektorielle Regelungen für staatliche Beihilfen in den Abkommen über Luft- und Landverkehr sowie im zukünftigen Stromabkommen (Ziff. 17 *Common understanding*);
 - Beteiligung der Schweiz an Unionsprogrammen, wie insbesondere *Horizon Europe* (Präzisierungen in Ziff. 5 *Common understanding*);

³¹ S. insoweit sogleich den Überblick unter III.

³² S.o. II.2.

³³ Auf die dynamische Rechtsübernahme und die Streitbeilegung (inkl. der Ausgleichsmassnahmen) wird unter IV. noch vertieft eingegangen.

³⁴ Nicht ganz klar wird aus dem Dokument ersichtlich, auf welche Weise diese Verankerung erfolgen soll. Aufdrängen könnte sich hier der Abschluss von Protokollen zu den einzelnen Abkommen.

- eine Verstetigung des sog. Kohäsionsbeitrags der Schweiz sowie Beteiligung der Schweiz an den Kosten für Informationssysteme, zu denen sie Zugang hat (Ziff. 18, 19 *Common understanding*);
- ein Dialog über die Finanzmarktregulierung und ein sog. «hochrangiger Dialog» (Ziff. 6, 7 *Common understanding*).
- Soweit die Binnenmarktabkommen auf unionsrechtliche Begriffe zurückgreifen, sollen diese – auf der Grundlage der völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze – parallel wie im EU-Recht und damit im Einklang mit der vor und nach der Unterzeichnung der Abkommen ergangenen Rechtsprechung des EuGH ausgelegt werden (Ziff. 8 *Common understanding*).

Ziff. 8 *Common understanding* lautet wie folgt:

«Die Europäische Kommission und die Schweiz teilen die Auffassung, dass alle Binnenmarktabkommen und die EU-Rechtsakte, auf die in diesen Abkommen Bezug genommen wird, einheitlich und gemäss den Grundsätzen des Völkerrechts ausgelegt und angewendet werden sollten. Insbesondere sollten die Bestimmungen der in dieser Ziffer genannten Abkommen und EU-Rechtsakte, soweit ihre Anwendung EU-Rechtsbegriffe impliziert, im Einklang mit der vor und nach der Unterzeichnung dieser Abkommen ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ausgelegt werden.»³⁵

Diese Formulierung ist etwas unglücklich und wirft Auslegungsfragen auf. Insbesondere fragt es sich, wie die Wendung «soweit ihre Anwendung EU-Rechtsbegriffe impliziert» auszulegen ist. Zwar zeigt der englische Originaltext, dass der Bezug nicht die EU-Rechtsakte, sondern die «Abkommen» sind (die deutsche Fassung ist hier grammatikalisch nicht eindeutig). Noch nicht beantwortet ist damit aber die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Anwendung der Abkommen «EU-Rechtsbegriffe implizieren». Insbesondere der Hintergrund der einheitlichen Auslegung – nämlich die Teilnahme der Schweiz am Binnenmarkt in den betroffenen Gebieten – legt es hier nahe, dass auf die «Übernahme» von EU-Recht in die Abkommen abgestellt wird, was durch Verweise auf Sekundärrecht oder parallele Formulierungen in den Abkommen erfolgen kann, wobei jedenfalls die sich nach

³⁵ S. auch die englische Originalformulierung: «The European Commission and Switzerland share the view that all bilateral agreements in the fields related to the internal market in which Switzerland participates and the EU legal acts to which reference is made in such agreements should be interpreted and applied uniformly in accordance with the principles of public international law. In particular, to the extent that their application involves concepts of Union law, the provisions of the agreements and EU legal acts referred to in this paragraph should be interpreted in accordance with the case-law of the Court of Justice of the EU prior and subsequent to the signature of these agreements»

völkerrechtlichen Grundsätzen richtende Auslegung der entsprechenden Bestimmungen ergeben muss, dass auch tatsächlich eine Parallelität anzunehmen ist.³⁶

- Für das Funktionieren der Binnenmarktabkommen sei eine dynamische Rechtsübernahme zu gewährleisten, deren Tragweite und Ausgestaltung etwas präzisiert wird (Ziff. 9 *Common understanding*).
- Mit Blick auf Streitigkeiten zwischen den Parteien über die Auslegung der Abkommen ist ein obligatorisches Streitbeilegungsverfahren vorgesehen (Ziff. 10 *Common understanding*).
- Bei Verstössen gegen das Abkommen soll die jeweils andere Partei verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen in einem der Binnenmarktabkommen ergreifen können (Ziff. 12 *Common understanding*).
- In Bezug auf die bestehenden Binnenmarktabkommen werden mit Blick auf die Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme «Ausnahmen» (*exceptions*) und teilweise (so in Bezug auf die Personenfreizügigkeit) darüber hinaus «Absicherungen» (*safeguards*) formuliert (vgl. Ziff. 13, 14 *Common understanding* für die Personenfreizügigkeit bzw. die Arbeitnehmerentsendung, Ziff. 16 *Common understanding* für den Landverkehr).³⁷
- Für die Zeit, während die Verhandlungen zu diesem Paket laufen, werden gewisse Eckpunkte für den *modus vivendi* formuliert: So soll die Schweiz insbesondere an den Unionsprogrammen beteiligt werden und die notwendige und sinnvolle Zusammenarbeit in den Bereichen Strom und Gesundheit soll sichergestellt werden, dies ggf. auf einer *ad hoc*-Basis (Ziff. 20 *Common understanding*).

³⁶ Wobei eine solche Parallelität nicht «automatisch» bei wortgleichen Bestimmungen anzunehmen ist, vgl. die sog. Polydor-Rechtsprechung: EuGH, Rs. C-270/80, *Polydor*, ECLI:CU:1982:43; s. auch die Folgerechtsprechung z.B. in EuGH, Rs. C-547/10 P, *Schweiz/Kommission*, ECLI:EU:C:2013:139 (Flughafenurteil); s. aber auch die andere Akzentsetzung in Bezug auf das FZA in EuGH, Rs. C-581/17, *Wächter*, ECLI:EU:C:2019:138; EuGH, Rs. C-478/15, *Radgen*, ECLI:EU:C:2016:705; EuGH, Rs. C-241/14, *Bukovansky*, ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-425/11, *Ettwein*, ECLI:EU:C:2013:121; EuGH, Rs. C-506/10, *Graf*, ECLI:EU:C:2011:643. Zum Problemkreis nur *Matthias Oesch*, Der EuGH und die Schweiz, Zürich 2023, S. 83 ff.; ausführlich auch schon *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (Anm. 7), S. 5 ff.

³⁷ Auf diese sowie die weiteren besonderen Bestimmungen betreffend die Personenfreizügigkeit wird unten näher eingegangen, vgl. IV.2.

IV. «Bilaterale III» und Personenfreizügigkeit

Bereits die obige Skizzierung des Inhalts des *Common understanding* sowie ein kurzer Blick auf das Dokument lässt erkennen, dass insbesondere die Personenfreizügigkeit zu einem der zentralen Themata für die Verhandlungen gehört.³⁸ Auch sind in diesem Bereich die dynamische Rechtsübernahme und die Streitbeilegung von besonderer Bedeutung. In diesem Sinn sollen nachfolgend zunächst die Grundsätze der dynamischen Rechtsübernahme erörtert werden (1.), bevor auf dieser Grundlage auf die materiellen Weichenstellungen des *Common understanding* im Bereich der Freizügigkeit (2.) und die Streitbeilegung (3.) eingegangen werden soll.

Nicht weiter vertieft werden soll in diesem Beitrag, ob ein Abschluss der «Bilateralen III» mit einer (weitgehenden) «Übernahme» der RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) mit Art. 121a Abs. 4 BV vereinbar wäre. Nach dieser Bestimmung – welche, wie der gesamte Art. 121a BV sowie die Übergangsbestimmung in Art. 197 Ziff. 11 BV, im Zuge der Annahme der sog. «Masseneinwanderungsinitiative» in die Verfassung eingefügt wurde – sieht vor, dass keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, die gegen «diesen Artikel» verstossen. Der Zusammenhang mit Art. 197 Nr. 11 Abs. 1 BV erhellt, dass es bei Art. 121a Abs. 4 BV nicht um bestehende, sondern um neue völkerrechtliche Abkommen geht, worunter grundsätzlich³⁹ aber auch Änderungen bestehender Verträge fallen. Allerdings ist Art. 121a Abs. 4 BV insofern auslegungsbedürftig, als seine Verpflichtungswirkung davon abhängt, welche rechtliche Tragweite Art. 121a Abs. 1-3 BV haben, die ja weite Gestaltungsspielräume eröffnen.⁴⁰ Vor diesem Hintergrund spricht Vieles – übrigens auch der systematische Zusammenhang mit Art. 121a Abs. 5 BV – dafür, Art. 121a Abs. 4 BV im Zusammenhang mit der Umsetzungsgesetzgebung zu sehen, so dass nur insoweit keine neuen völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, wie sie mit der

³⁸ Womit die Bedeutung der anderen Bereiche keinesfalls minimisiert werden soll. So dürfte gerade das zukünftige Stromabkommen noch zahlreiche Fragen aufwerfen.

³⁹ Etwas anderes gilt m.E. jedoch, wenn nicht die vertraglichen Verpflichtungen selbst geändert werden, sondern lediglich der Kreis der Berechtigten erweitert wird, wie dies im Falle der Ausdehnung des Abkommens auf Kroatien der Fall war. Hier liegt m.E. schon gar kein neuer völkerrechtlicher Vertrag im Sinn des Art. 121a BV vor, so dass diese Bestimmung von vornherein nicht zur Anwendung gelangt. Vgl. im Einzelnen *Astrid Epiney*, Zur Auslegung von Art. 121a Abs. 4 BV im Zusammenhang mit dem möglichen Abschluss des Kroatien-Protokolls zum FZA, Jusletter vom 15. Juni 2015, Rn. 23 ff.

⁴⁰ Ausführlich bereits *Astrid Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV, Jusletter v. 2. Juni 2014. Inzwischen wurde auch die Umsetzungsgesetzgebung erlassen, welche bekanntlich nicht mit Höchstzahlen und Kontingenten operiert, vgl. Art. 21a AIG. Vgl. zu dieser, m.w.N., *Véronique Boillet/Francesco Maiani*, in: Martenet/Dubey (Hrsg.), *Commentaire romand – Constitution fédérale*, Basel 2021, Art. 121a, Rn. 32 ff.; *Daniela Thurnherr*, in: Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar*, 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 121a, Rn. 66 ff.

Umsetzungsgesetzgebung – welche erst die rechtliche Tragweite des Art. 121a Abs. 1-3 BV präzisiert – im Widerspruch stehen.⁴¹

1. Zur dynamischen Rechtsübernahme

a) Grundsatz

Ziff. 9 *Common understanding* ist dem Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme gewidmet. Danach soll das gute Funktionieren der Binnenmarktabkommen durch eine (beiderseitige) Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme derjenigen EU-Rechtsakte, welche eine Weiterentwicklung des in ein Binnenmarktabkommen übernommenen EU-übernommenen unionsrechtlichen Besitzstands darstellen, gewährleistet werden, wobei auf die «Wahrung» der bestehenden Ausnahmen sowie die Notwendigkeit von Ausnahmen und Absicherungen hingewiesen wird. Bei der Übernahme in die Abkommen sind die verfassungsrechtlichen (Gesetzgebungs-) Verfahren in der Schweiz – unter Einschluss allfälliger Referenden – gebührend zu berücksichtigen. Im Gegenzug soll die Schweiz «so früh wie möglich» in den Gesetzgebungsprozess über neue EU-Rechtsakte in den betreffenden Bereichen einbezogen werden.

Im Wortlaut der (nicht offiziellen) deutschen Übersetzung lauten die massgeblichen Passagen der Ziff. 9 *Common understanding* wie folgt:

«Die Europäische Kommission und die Schweiz teilen die Auffassung, dass das gute Funktionieren der bestehenden und künftigen Binnenmarktabkommen durch eine Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme gewährleistet werden sollte, sofern die bereits bestehenden Ausnahmen gewahrt bleiben und für die Ausnahmen, Prinzipien und Absicherungen eine Lösung gefunden wird. Im Laufe der Verhandlungen sollten die Europäische Kommission und die Schweiz wo nötig Rechtsakte besprechen, die zwischen dem Abschluss der exploratorischen Gespräche und dem Abschluss der Verhandlungen verabschiedet werden, sofern nicht die in den bestehenden Binnenmarktabkommen vorgesehenen Anpassungsmechanismen zur Anwendung gelangen. Bestimmungen oder Rechtsakte der EU, die in den Anwendungsbereich einer Ausnahme von der Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme fallen, unterliegen dieser Verpflichtung nicht. (...) Damit die Schweiz ihre Standpunkte einbringen kann, sollte sie frühzeitig und so umfassend wie möglich in den Entscheidungsfindungsprozess über neue EU-Rechtsakte in den von den betroffenen bilateralen Abkommen abgedeckten Bereichen einbezogen werden. Alle relevanten EU-Rechtsakte sollten so rasch als möglich nach ihrer Verabschiedung in die Binnenmarktabkommen aufgenommen werden, wobei die

⁴¹ Damit ist dann auch die unmittelbare Anwendung der Bestimmung in dem Sinn, dass sie unabhängig von der Umsetzungsgesetzgebung angewandt werden könnte, zu verneinen. Vgl. im Einzelnen *Epiney*, Jusletter vom 15. Juni 2015 (Anm. 39), Rn. 15 ff.

verfassungsrechtlichen Verfahren der Schweiz (einschliesslich Referendum) gebührend zu berücksichtigen sind. (...)»⁴²

Damit knüpft die im *Common understanding* vorgesehene dynamische Rechtsübernahme an die bereits im InstA verankerten Grundsätze an: Nach Art. 5, 12 ff. InstA sollten Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands, der von den in den Anwendungsbereich des Institutionellen Abkommens fallenden Bilateralen Abkommen erfasst ist, schnellstmöglich übernommen werden.⁴³ Vor diesem Hintergrund ist zu erwarten, dass sich auch die Konkretisierung der Grundsätze und Mechanismen der dynamischen Rechtsübernahme in den „Bilateralen III“ weitgehend an die bereits im InstA formulierten Regelungen anlehnen werden; die Unterschiede zum InstA dürften denn auch weniger in den Grundsätzen, denn der Formulierung der Ausnahmen und Absicherungen zu sehen sein.

In Bezug auf den grundsätzlichen Mechanismus der dynamischen Rechtsübernahme erscheinen vor diesem Hintergrund und in Anknüpfung an Art. 12 ff. InstA in erster Linie folgende Aspekte von Bedeutung:⁴⁴

⁴² Die englische Originalfassung lautet wie folgt: «The European Commission and Switzerland share the view that the proper functioning of the existing and future bilateral agreements in the fields related to the internal market in which Switzerland participates should be guaranteed by an obligation of dynamic alignment provided the exceptions already existing are safeguarded and a solution is agreed on the exceptions, principles and safeguards. In the course of the negotiations, the European Commission and Switzerland should discuss, where necessary, acts adopted between the conclusion of the exploratory talks and the completion of the negotiations, unless the mechanisms on adaptation foreseen in the existing agreements in the fields related to the internal market in which Switzerland participates apply. Provisions or acts of EU law falling within the scope of an exception from the dynamic alignment obligation are not subject to that obligation. (...) To ensure that it can put forward its views, Switzerland should be involved at an early stage, participating as widely as possible in the decision-shaping process of new EU legal acts in the fields covered by the bilateral agreements concerned. All relevant EU legal acts should be as quickly as possible after their adoption incorporated in all bilateral agreements in the fields related to the internal market in which Switzerland participates, giving due regard to Switzerland's constitutional procedures (including referenda) (...)»

⁴³ Vgl. im Einzelnen zu dem im InstA vorgesehenen Grundsatz und dem Verfahren *Astrid Epiney*, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU. Überblick und erste Einschätzung, Jusletter vom 17. Dezember 2018, Rn. 19 ff.; *Astrid Epiney/Sian Affolter*, Das Institutionelle Abkommen – unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerrichtlinie, in: Achermann/Boillet/Caroni/Epiney/Künzli/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2018/2019, Bern 2019, S. 43, 50 ff.

⁴⁴ S. insoweit auch schon *Astrid Epiney*, Die dynamische Rechtsübernahme im Entwurf des Institutionellen Abkommens, EuZ 2021, S. 4, 10 f., worauf die nachfolgenden Ausführungen teilweise zurückgreifen.

- Erarbeitung und Erlass des betreffenden Unionsrechtsakts werden sich nach den einschlägigen unionsrechtlichen Regeln richten. Sie erfolgen somit durch die Union, so dass die Schweiz nicht mitentscheiden kann.
- Jedoch werden der Schweiz umfangreiche Beteiligungsmöglichkeiten – sie soll „so umfassend wie möglich“ einbezogen werden – eingeräumt werden, dies in einem frühen Stadium des Gesetzgebungsprozesses. Die Einzelheiten werden hier präzisiert werden müssen; es ist jedoch davon auszugehen, dass die Schweiz in allen relevanten Arbeitsgruppen etc. vertreten sein wird und dass von diesen Mitwirkungsrechten auch die Vorbereitung delegierter Rechtsakte und von Durchführungsrechtsakten erfasst sein wird. In Anbetracht des Umstands, dass die Entscheidungsfindung in der Union weitgehend nach dem Konsensprinzip erfolgt und dass bei (zumindest gewichtigen) Bedenken der Schweiz in aller Regel auch ein oder mehrere EU-Mitgliedstaaten entsprechende Überlegungen anstellen werden, sollte die Tragweite dieser Beteiligungsmöglichkeiten nicht unterschätzt werden. Gerade die Erfahrungen in der Schengen-/Dublin-Assoziierung, die bereits solche Rechte vorsieht, dürfte insgesamt gezeigt haben, dass die Einflussmöglichkeiten der Schweiz recht effektiv sind.
- Sobald der betreffende Rechtsakt auf Unionsebene verabschiedet ist, wird die Schweiz informiert, und es ist davon auszugehen, dass damit die Verpflichtung zur Übernahme initiiert wird, wobei hier die Einzelheiten (z.B. die Frage, ob der zuständige Gemischte Ausschuss noch eine entsprechende formelle Entscheidung treffen muss) zu präzisieren sein werden.
- Da die verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahren in der Schweiz (unter Einschluss allfälliger Referenden) „berücksichtigt“ werden sollen, ist davon auszugehen, dass die Fristen für die Übernahme bzw. die Anpassung des schweizerischen Rechts entsprechend ausgestaltet sein werden, wobei auch hier die Einzelheiten zu regeln sein werden.

Das InstA sah diesbezüglich vor, dass für den Fall der Anwendbarkeit spezifischer verfassungsrechtlicher Anforderungen (womit insbesondere der Erlass eines dem Referendum unterstehenden Rechtsakts gemeint war), eine entsprechende Mitteilung der Schweiz erfolgt und sie diesfalls über eine Frist von zwei Jahren verfügte, um der Union die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen mitzuteilen; im Falle des Ergreifens des Referendums hätte sich diese Frist um ein Jahr verlängert. In der Zwischenzeit wären die vorgesehenen Modifikationen grundsätzlich provisorisch anzuwenden gewesen.

Dieser Übernahmemechanismus entspricht im Wesentlichen demjenigen, der bereits heute im Rahmen der Schengen-/Dublin-Assoziierung zum Zuge kommt. Er impliziert in Bezug auf die vom Institutionellen Abkommen erfassten Abkommen der Bilateralen I (sowie die zukünftigen

Binnenmarktabkommen) insofern eine durchaus bedeutende Entwicklung, als die erfassten Abkommen allesamt zwar bereits heute die Anpassung an die Rechtsentwicklung in der Union vorsehen, indem die Gemischten Ausschüsse die Anhänge modifizieren können; allerdings besteht – im Gegensatz zur Schengen-/Dublin-Assoziierung – kein Grundsatz und keine Pflicht der Anpassung.

Nicht zu verkennen ist, dass damit eine dynamische Übernahme des weiterentwickelten unionsrechtlichen Besitzstands vorgesehen wird, womit der Handlungsspielraum der Schweiz durchaus spürbar beschränkt wird. Allerdings geht es insofern nicht um eine automatische Übernahme, als die innerstaatlichen Gesetzgebungsverfahren vollumfänglich durchlaufen werden können. Angesichts des Umstands, dass zahlreiche unionsrechtliche Rechtsakte im Rahmen der Umsetzung einen mitunter beträchtlichen Gestaltungsspielraum einräumen, ist dies durchaus von grosser Bedeutung. Zu beachten ist weiter, dass die grosse Mehrheit der Weiterentwicklungen des Unionsrechts in den erfassten Bereichen technischer Natur ist und keine wirklich wichtigen gesetzgeberischen Entscheidungen impliziert, woran auch einzelne, auch politisch bedeutsame Weiterentwicklungen – welche gerade im Bereich der Personenfreizügigkeit möglich sind – nichts ändern. Auch sei nicht unerwähnt, dass die Schweiz in zahlreichen Gebieten durchaus ein grosses Interesse an einer solchen dynamischen Rechtsübernahme hat, so insbesondere in allen Gebieten, in denen es um die Anerkennung technischer Vorschriften geht, was für den Zugang zum Binnenmarkt von zentraler Bedeutung ist. Schliesslich könnte die Schweiz auch die Übernahme einzelner Weiterentwicklungen ablehnen, dies allerdings unter Inkaufnahme allfälliger verhältnismässiger Ausgleichsmassnahmen.⁴⁵

b) *Insbesondere: zum Anwendungsbereich der Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme*⁴⁶

Die dargelegte Übernahmepflicht neuen EU-Rechts kommt nur unter der Voraussetzung zum Tragen, dass es um EU-Recht geht, welches eine Weiterentwicklung der bestehenden Abkommen darstellt. Diese Voraussetzung figuriert zwar nicht explizit in Ziff. 9 1. Satz *Common understanding*, der den Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme formuliert, ergibt sich aber in etwas verklausulierter Form aus der Passage in Ziff. 9 *Common understanding*, welche auf den Einbezug der Schweiz in die

⁴⁵ Vgl. insoweit unten IV.3. im Zusammenhang mit dem Streitbeilegungsverfahren.

⁴⁶ Vgl. hierzu schon *Epiney*, EuZ 2021 (Anm. 44), S. 4, 11 ff., worauf die folgenden Ausführungen zum Teil zurückgreifen.

EU-Rechtsetzung Bezug nimmt, wenn dort von EU-Rechtsakten «in den von den betroffenen bilateralen Abkommen abgedeckten Bereichen» die Rede ist.

In Art. 5 InstA figuriert die wohl parallel zu verstehende Formulierung, wonach es um die Rechtsakte der EU gehen muss, „die in den Bereichen der betroffenen Abkommen erlassen werden“.⁴⁷

Das *Common understanding* – wie schon das Institutionelle Abkommen – schweigt sich aber darüber aus, unter welchen Voraussetzungen genau ein Rechtsakt in einem Bereich erlassen wird, der von einem bilateralen Abkommen abgedeckt ist, so dass eine Weiterentwicklung des betreffenden Abkommens mit der Folge des Greifens des Grundsatzes der dynamischen Rechtsübernahme anzunehmen ist.

Diese Problematik stellt sich bereits in paralleler Weise im Rahmen der Schengen-/Dublin-Assoziierung sowie in Bezug auf den EWR. In der Praxis werden diese Fragen hier bislang pragmatisch gelöst, indem auf Unionsebene beim Erlass des entsprechenden Sekundärrechtsakts eine Entscheidung darüber erfolgt, ob der jeweilige Rechtsakt Teil des betreffenden Besitzstands ist und er ggf. mit einem diesbezüglichen Hinweis versehen wird. Fehlt ein solcher Bezug, so erfolgt keine Übernahme, und ggf. bleibt die „alte“ Bezugnahme bestehen, dies obwohl der entsprechende Rechtsakt (meist nach einer Übergangszeit) in der Union nicht mehr gilt. Dabei kann die Frage, ob ein neuer Rechtsakt Teil des jeweiligen Besitzstands ist, mitunter durchaus umstritten sein und ist somit nicht immer zweifelsfrei zu beantworten.

So erschliesst es sich z.B. mit Bezug auf den Schengen/Dublin-Besitzstand nicht auf den ersten Blick, warum die neue Datenschutzgrundverordnung (VO 2016/679)⁴⁸ nicht Teil dieses Besitzstands sein soll, während die Datenschutzrichtlinie (RL 95/46)⁴⁹, welche durch die Datenschutzgrundverordnung abgelöst wird, in den Anhängen zur Schengen- und Dublin-Assoziierung aufgeführt ist.

Dabei geht es bei der Frage, ob ein bestimmter neuer Rechtsakt Teil des entsprechenden Besitzstands ist, zweifellos um eine Rechtsfrage (handelt es sich doch um abkommensrechtliche Begriffe bzw. Konzepte), so dass sie ggf.

⁴⁷ Im französischen Originaltext lautet die Formulierung wie folgt: «les actes juridiques de l'Union européenne adoptés dans les domaines couverts par les accords concernés».

⁴⁸ VO 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, 8.

⁴⁹ RL 95/46 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281, 31.

(bei Eröffnung eines Verfahrens) vom EuGH überprüft werden kann;⁵⁰ allerdings wurde bislang keine Nichtigkeitsklage gegen Rechtsakte erhoben, in denen diese Frage relevant sein könnte, und derzeit ist nicht abzusehen, ob ein entsprechendes Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet werden könnte. Zu beachten ist im Übrigen, dass die Schweiz im Rahmen der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV als Drittstaat nicht zu den privilegierten Klägern gehört, so dass sie nur dann Klage erheben könnte, wenn sie als unmittelbar (und ggf. individuell) betroffen anzusehen wäre (Art. 263 Abs. 4 AEUV), was *a priori* nicht ausgeschlossen erscheint.⁵¹ Jedenfalls gibt es bislang keine gerichtlich belastbare Praxis für die Präzisierung der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine solche Weiterentwicklung angenommen werden kann, und die Praxis jedenfalls im Rahmen der Schengen/Dublin-Assoziierung legt die Annahme nahe, dass hier mitunter auch politische Gründe eine Rolle spielen, dies ungeachtet des Umstands, dass es um eine Rechtsfrage geht und die hier tätigen Organe ein möglicherweise eingeräumtes Ermessen im Rahmen der rechtlichen Vorgaben auszuüben haben.

Im Ergebnis dürfte die Frage nach dem Vorliegen einer Weiterentwicklung des vom Anwendungsbereich eines der Bilateralen Abkommen umfassten Besitzstands im Einzelfall auf der Grundlage einer Analyse der rechtlichen Tragweite einerseits des in Frage stehenden Unionsrechts, das in das jeweilige Abkommen überführt wurde, andererseits des neu erlassenen Unionsrechts zu eruieren sein. Dabei wird in aller Regel eine Weiterentwicklung immer dann vorliegen, wenn ein Sekundärrechtsakt, auf den in dem betreffenden Abkommen hingewiesen wird, modifiziert wird. Allerdings kann auch bei neuen Rechtsakten eine solche Weiterentwicklung anzunehmen sein, und nicht jede Modifikation eines in ein erfasstes Abkommen integrierten Sekundärrechtsakts muss immer zwingend eine Weiterentwicklung des betreffenden unionsrechtlichen Besitzstands im Sinne des betreffenden Abkommens sein. Auch ist es denkbar, dass ein neuer EU-Rechtsakt nur teilweise eine Weiterentwicklung von durch ein Abkommen erfassten Bereichen darstellt.

Deutlich wird damit auch, dass die Frage, ob ein Rechtsakt in einem Bereich anzusiedeln ist, der von einem bilateralen Abkommen abgedeckt wird, *a priori* – wobei auch hier der Vertragstext (im Gegensatz zum InstA) Präzisierungen enthalten könnte – nicht in Bezug auf die Gesamtheit eines Rechtsakts parallel zu beantworten ist, sondern es durchaus denkbar ist, dass sie in Bezug auf einen Teil eines EU-Rechtsakts

⁵⁰ Vgl. schon, mit Bezug auf den Schengen-Besitzstand, *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Anm. 7), S. 153.

⁵¹ Ohne dass dieser Frage freilich hier im Einzelnen nachgegangen werden kann. Jedenfalls sind nach der Rechtsprechung des EuGH auch Drittstaaten juristische Personen im Sinn des Art. 263 Abs. 4 AEUV, vgl. EuGH, Rs. C-872/19 P, *Venezuela/Rat*, ECLI:EU:C:2021:507.

bejaht und in Bezug auf einen anderen Teil desselben EU-Rechtsakts verneint werden kann.

Vor diesem Hintergrund dürften in Bezug auf die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme folgende Grundsätze relevant sein:

- Die Aufhebung oder Modifikation eines bestehenden Rechtsakts auf Unionsebene, der in ein sektorielles Abkommen integriert ist, dürfte grundsätzlich in einem Bereich anzusiedeln sein, der von dem betreffenden Abkommen abgedeckt ist.
- Das Vorliegen eigentlicher Weiterentwicklungen dürfte grundsätzlich dann zu bejahen sein, wenn die neue Rechtslage an die bislang geltende Rechtslage anknüpft und die Vorgaben bzw. Rechte «in dieselbe Richtung» fortgeschrieben werden.
- Bei neuen Rechtsakten kann eine Weiterentwicklung dann zu bejahen sein, wenn diese geltendes und in das jeweilige Abkommen übernommenes EU-Recht ergänzen, wobei es hier selbstredend auf die Intensität des Zusammenhangs ankommt.
- Keine Weiterentwicklung dürfte in der Regel in denjenigen Konstellationen vorliegen, in welchen – möglicherweise auf der Grundlage anderer konzeptioneller Grundentscheidungen – eigentliche neue Vorgaben oder Rechte vorgesehen werden, ohne dass ein notwendiger Zusammenhang mit den bestehenden Vorgaben besteht. M.a.W. ist hier nach dem Konnex der neuen Vorgaben mit dem in einem Abkommen übernommenen unionsrechtlichen Besitzstand zu fragen: Je loser dieser ist, desto eher dürfte das Vorliegen einer Weiterentwicklung zu verneinen sein.

Deutlich wird damit, dass die genaue Reichweite der Pflicht zur Anpassung der Abkommen an die Entwicklung des Unionsrechts durchaus Fragen aufwirft. Dabei dürfte es schwierig sein, alle diesbezüglichen Abgrenzungsfragen zweifelsfrei generell-abstrakt in einem Abkommenstext zu klären; vielmehr wird es wohl kaum vermeidbar sein, eine generische Formulierung zu wählen, welche dann auf den Einzelfall anzuwenden ist.

c) *Ausnahmen*

Das *Common understanding* sieht insbesondere im Bereich der Personenfreizügigkeit und der Arbeitnehmerentsendung (aber auch im Landverkehr) sog. «Ausnahmen» vor.⁵² Soweit diese greifen, soll der Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme nicht zur Anwendung kommen. M.a.W. soll der Schweiz garantiert werden, dass es bestimmte nationale

⁵² Zu diesen, soweit die Personenfreizügigkeit betroffen ist, unten IV.2.b), d).

Regelungen in jedem Fall beibehalten kann, was insbesondere auf zwei Ebenen von Bedeutung ist:

- Erstens vermag auch eine Weiterentwicklung des EU-Rechts im Anwendungsbereich des jeweiligen Abkommens, mit welcher eine nationale Regelung entsprechenden Inhalts (möglicherweise) nicht in Einklang steht, nichts daran zu ändern, dass die Schweiz diese beibehalten kann. Insofern handelt es sich um eine eigentliche Ausnahme vom Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme.
- Zweitens kann die Schweiz diese Regelungen auch dann aufrechterhalten, falls sie mit dem geltenden Recht nicht in Einklang stehen sollten. Insofern sind sie auch gegenüber Urteilen des Schiedsgerichts bzw. der Auslegung der entsprechenden unionsrechtlichen Vorschriften durch den EuGH «immunisiert».

Insgesamt wird durch die Ausnahmen somit sichergestellt, dass die erwähnten Massnahmen oder Grundsätze jedenfalls als im Einklang mit dem entsprechenden Abkommen angesehen werden, dies auch für den Fall, dass ähnliche Massnahmen (in Zukunft) in der Union als unionsrechtswidrig eingestuft werden sollten. Insofern wird der Schweiz mit diesen Ausnahmen ein grösserer Gestaltungsspielraum eingeräumt als den EU-Mitgliedstaaten.

2. Zur Weiterentwicklung des FZA

Im *Common understanding* sind von (in der nicht offiziellen deutschen Version) knapp 14 Seiten insgesamt fünf Seiten der Personenfreizügigkeit, unter Einschluss der Arbeitnehmerentsendung, gewidmet (wobei die Grundsätze der dynamischen Rechtsübernahme sowie der Streitbeilegung noch hinzukommen), was für sich allein schon die grosse Bedeutung und auch die Komplexität dieses Bereichs für die Verhandlungen und den zukünftigen Abkommensentwurf illustriert.

Hintergrund ist der bereits erwähnte⁵³ Umstand, dass die eigentlichen Freizügigkeitsrechte im Anhang I FZA geregelt sind, welcher nicht durch den Gemischten Ausschuss geändert werden kann und (auch) daher seit der Unterzeichnung des Abkommens am 21. Juni 1999 keine Änderungen erfahren hat. Hingegen hat sich das Unionsrecht hier in verschiedener Hinsicht weiterentwickelt, und zahlreiche Rechtsakte, deren Inhalt bzw. Formulierungen (teilweise) Eingang in Anhang I FZA gefunden haben, wurden mittlerweile durch neue Rechtsakte ersetzt. Von besonderer Bedeutung sind hier die RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie)⁵⁴ sowie die VO 492/2011

⁵³ Oben II.1.

⁵⁴ Anm. 14.

(Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung).⁵⁵ Damit ist es zu einem gewissen Auseinanderdriften der Rechtslage in der Union und in Bezug zur Schweiz gekommen, wobei dies insofern etwas zu relativieren ist, als die neuen Rechtsakte in vielen Bestimmungen die bis dahin geltenden Regelungen aufnehmen und / oder die konkretisierende Rechtsprechung des EuGH kodifizieren, so dass insoweit trotz der neuen Regelungen in der EU in vielen Bereichen gleichwohl nach wie vor eine Parallelität der Rechtslage fortbesteht.⁵⁶ Hinzu kommen weitere neue Rechtsakte der Union, welche die Freizügigkeit in der Union betreffen und die genannten Rechtsakte ergänzen und / oder weiterentwickeln. Zu erwähnen sind insbesondere die VO 2019/1157⁵⁷, welche verschärfte Anforderungen für die Sicherheitsstandards für Personalausweise und Aufenthaltsdokumente formuliert, und die VO 2016/589 (EURES-Verordnung),⁵⁸ welche einen Rahmen für die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten zur Erleichterung der Ausübung der Freizügigkeit schafft, dies insbesondere durch die Einrichtung eines Europäischen Netzes der Arbeitsvermittlungen (EURES). Entsprechend den Grundsätzen der dynamischen Rechtsübernahme⁵⁹ sieht das *Common understanding* grundsätzlich vor, dass bestehende und künftige «EU-Rechtsakte im Bereich der Freizügigkeit» zu übernehmen sind (a). Gleichzeitig sind diesbezüglich aber auch «Ausnahmen» («*exceptions*») und «Absicherungen» («*safeguards*») vorgesehen (b, c). Ein eigener Abschnitt ist der Arbeitnehmerentsendung gewidmet (d).

Daneben ist noch auf die hier nicht weiter zu erörternde Ziff. 15 *Common understanding* hinzuweisen: Diese sieht vor, dass die Bestimmungen über

⁵⁵ VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1.

⁵⁶ S. im Einzelnen hierzu, mit Bezug zur RL 2004/38, *Astrid Epiney/Sian Affolter*, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter vom 11. März 2019, Rn. 3 ff.; *Epiney/Affolter*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2018/2019 (Anm. 43), S. 43 ff.; s. auch schon *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Achermann/Amarelle/Caroni/Epiney/Kälin/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2011/2012, Bern 2012, S. 81, 98 ff.

⁵⁷ VO 2019/1157 zur Erhöhung der Sicherheit der Personalausweise von Unionsbürgern und der Aufenthaltsdokumente, die Unionsbürgern und deren Familienangehörigen ausgestellt werden, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben, ABl. 2019 L 188, 67. Die Verordnung wurde zwar im März 2024 vom EuGH wegen unzutreffender Rechtsgrundlage für ungültig erklärt (EuGH, Rs. C-61/22, *Landeshauptstadt Wiesbaden*, ECLI:EU:C:2024:251); es ist jedoch zu erwarten, dass sie weitgehend identisch mit zutreffender Rechtsgrundlage neu verabschiedet werden wird.

⁵⁸ VO 2016/589 über ein Europäisches Netz der Arbeitsvermittlungen (EURES), den Zugang von Arbeitnehmern zu mobilitätsfördernden Diensten und die weitere Integration der Arbeitsmärkte, ABl. 2016 L 107, 1.

⁵⁹ S.o. IV.1.

Niederlassungsbewilligungen, insbesondere in Bezug auf die erforderliche Mindestdauer des vorgängigen Aufenthalts, nichtdiskriminierend ausgestaltet sein sollen. In der Sache dürfte es hier um die Gleichbehandlung der Unionsbürger untereinander gehen, dies vor dem Hintergrund, dass die Schweiz mit den Mitgliedstaaten der EU-15 (also vor der Erweiterung der EU um die mittel- und osteuropäischen Staaten sowie Zypern und Malta im Jahr 2004) bilaterale Niederlassungsverträge abgeschlossen hat, welche – allerdings nicht ganz parallel ausgestaltete – Voraussetzungen für den Erwerb einer Niederlassungsbewilligung vorsehen. Da es mit den neuen Mitgliedstaaten keine solchen Abkommen gibt, sind die Rechte für die Unionsbürger – je nach ihrer Staatsangehörigkeit – unterschiedlich ausgestaltet, so dass Ziff. 15 *Common understanding* auf eine nicht näher ausgeführte Weise Gleichbehandlung in Bezug auf verschiedene EU-Staatsangehörige herbeiführen soll (zwischen jenen aus den neuen Mitgliedstaaten, mit denen es noch keine bilateralen Niederlassungsvereinbarungen gibt, und jenen aus den EU-15, die sich auf solche Niederlassungsvereinbarungen berufen können).

a) *Grundsatz: dynamische Rechtsübernahme im Bereich der Freizügigkeit*

Nach Ziff. 13 *Common understanding* soll im Bereich der Freizügigkeit die dynamische Übernahme bestehender und künftiger EU-Rechtsakte durch die Schweiz vorgesehen werden.

Im Wortlaut der (nicht offiziellen) deutschen Übersetzung lautet die entsprechende Passage wie folgt:

«Die Europäische Kommission und die Schweiz teilen die Auffassung, dass das Abkommen zwischen der Schweiz und der EU vom 21. Juni 1999 über die Freizügigkeit (FZA) gemäss dem Grundsatz in Ziffer 9 so angepasst werden sollte, dass im Bereich der Freizügigkeit die dynamische Übernahme bestehender und künftiger EU-Rechtsakte durch die Schweiz vorgesehen ist. Anpassungen des FZA sollten nicht zu einer Verminderung der Rechte führen, die EU-Bürgerinnen und -Bürger sowie Schweizer Staatsangehörige derzeit aufgrund des FZA haben. Darüber hinaus bekräftigen die Schweiz und die EU das gemeinsame Ziel, den Missbrauch der durch die Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates verliehenen Rechte im Einklang mit Artikel 34 dieser Richtlinie zu verhindern und dagegen vorzugehen, insbesondere in Bezug auf den Zugang zur Sozialhilfe».⁶⁰

⁶⁰ Der englische Originaltext lautet wie folgt: «The European Commission and Switzerland share the view that in line with the principle in paragraph 9, the Agreement between Switzerland and the EU of 21 Juni 1999 on the Free Movement of Persons (FMOPA) should be adapted to provide for the dynamic alignment by Switzerland on current and future EU legal acts in the area of free movement of persons. Any adaptations to the FMOPA should not result in a reduction of the rights currently enjoyed by EU citizens and Swiss nationals under the FMOPA. Moreover, Switzerland and the EU confirm the common objective of preventing and acting against abuse of rights conferred by Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the

Damit wird spezifisch für das Personenfreizügigkeitsabkommen die Pflicht zur Übernahme weiterentwickelten EU-Rechts verankert. Zentral für die rechtliche Tragweite dieser Verpflichtung ist – neben den noch zu erörternden Ausnahmen und Absicherungen – ihr Anwendungsbereich: Ziff. 13 *Common understanding* nimmt Bezug auf EU-Rechtsakte «im Bereich der Freizügigkeit», so dass die Auslegung und ggf. die im Vertragstext – wobei aus rechtstechnischer Sicht hier wohl um ein Protokoll zum bestehenden Abkommen abgeschlossen werden wird⁶¹ – enthaltenen diesbezüglichen Präzisierungen für die Tragweite der Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme davon abhängen, unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsakt «im Bereich der Freizügigkeit» angesiedelt ist.

Diese Frage ist auf der Grundlage der bereits oben⁶² angestellten Überlegungen zu beantworten, wobei aber auch die in Ziff. 13, 14 *Common understanding* figurierenden Präzisierungen zu beachten sind. Diese lassen insbesondere erkennen, dass gewisse Rechtsakte, in Bezug auf welche die dynamische Rechtsübernahme grundsätzlich – vorbehaltlich des Greifens von Ausnahmen – zum Zuge kommt, als Weiterentwicklung des Personenfreizügigkeitsabkommens anzusehen sind. Dies betrifft – neben der Revision der RL 96/71 (Entsenderichtlinie)⁶³ durch die RL 2018/957⁶⁴ und die RL 2014/67 (Durchsetzungsrichtlinie)⁶⁵ – insbesondere die RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie): Zwar stellt diese zweifellos eine Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts in der EU und damit zumindest teilweise auch des FZA – welches an das EU-Freizügigkeitsrecht anknüpft bzw. dieses übernimmt – dar. Gleichzeitig beruht die RL 2004/38 auf dem Konzept der Unionsbürgerschaft, welches anerkanntermaßen gerade keinen Eingang in das FZA gefunden hat, so dass mit sehr guten Gründen die Ansicht vertreten werden konnte, gewisse Teile der RL 2004/38 – nämlich diejenigen, die massgeblich auf die Unionsbürgerschaft rekurrieren, wie insbesondere das Daueraufenthaltsrecht – stellten gerade keine Weiterentwicklung des

Council, in accordance with Article 35 of that Directive, notably in relation to access to social assistance.”

⁶¹ Im Bereich der Freizügigkeit stellt sich dann noch die Frage, ob Anhang I FZA neu formuliert wird oder – mit Ausnahmen – auf die einschlägigen EU-Rechtsakte, insbesondere die RL 2004/38 und die VO 492/2011 – verwiesen wird. Der «dynamische Ansatz» dürfte eher für Letzteres sprechen.

⁶² IV.2.b).

⁶³ RL 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18, 1.

⁶⁴ RL 2018/957 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 2018 L 173, 16.

⁶⁵ RL 2014/67/EU zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 2014 L 159, 11.

Personenfreizügigkeitsabkommens dar.⁶⁶ Da Ziff. 13 *Common understanding* aber davon ausgeht, dass die RL 2004/38 – vorbehaltlich der ausdrücklich erwähnten Ausnahmen – zu übernehmen ist, dürfte diese Frage damit durch die Vertragsparteien selbst in dem Sinn geklärt sein, dass die RL 2004/38 als solche in ihrer Gesamtheit einen Bereich betrifft, der vom Personenfreizügigkeitsabkommen abgedeckt ist.

Diese ausdrückliche Klärung könnte auch noch insofern relevant sein, als sie Anhaltspunkte dafür erkennen lassen könnte, unter welchen Voraussetzungen zumindest im Bereich der Personenfreizügigkeit von einer Weiterentwicklung auszugehen ist: Denn sie könnte die Annahme nahelegen, dass auch grundsätzlich auf dem Konzept der Unionsbürgerschaft beruhende EU-Rechtsakte von der dynamischen Rechtsübernahme erfasst werden (wobei es den Vertragsparteien aber auch in Zukunft wohl immer freistehen wird, einvernehmlich gewisse Ausnahmen vorzusehen).

b) *Ausnahmen*

Ziff. 13 *Common understanding* sieht drei Kategorien von Ausnahmen von der dynamischen Rechtsübernahme im Bereich der Personenfreizügigkeit vor:⁶⁷

- Erstens soll der *status quo* in Bezug auf die Einschränkungen der Freizügigkeitsrechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit (vgl. Art. 5 Anhang I FZA) aufrechterhalten werden. In diesem Sinn präzisiert das *Common understanding*, dass die in Kapitel VI RL 2004/38 enthaltenen Weiterentwicklungen, welche über die bestehenden Verpflichtungen hinausgehen, wobei ausdrücklich auf den in Art. 28 Abs. 2, 3 RL 2004/38 verankerten verstärkten Schutz vor Ausweisung sowie die Rechtsprechung des EuGH zu diesen Bestimmungen hingewiesen wird, nicht von der dynamischen Rechtsübernahme erfasst sein sollen. Die genannten Bestimmungen enthalten denn auch eine eigentliche Neuerung gegenüber dem bis dahin geltenden EU-Recht, indem für Personen mit Daueraufenthaltsrecht (Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38) und Personen mit zehnjährigem Aufenthalt oder Minderjährige (Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38) ein weitergehender Schutz vor Ausweisungen vorgesehen ist (eine solche darf im ersten Fall nur aus «schwerwiegenden Gründen» der öffentlichen Ordnung und Sicherheit und im zweiten Fall nur aus «zwingenden

⁶⁶ So denn auch – mit ausführlicher Begründung – *Epiney/Affolter*, Jusletter vom 11. März 2019 (Anm. 56), Rn. 20 ff.; *Epiney/Affolter*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2018/2019 (Anm. 43), S. 43, 69 ff.

⁶⁷ Nachfolgend soll – wie auch in den weiteren Abschnitten – auf die genauen Zitate aus dem *Common understanding* verzichtet werden, sondern ggf. lediglich auf massgebliche Formulierungen in Anführungszeichen hingewiesen werden; darüber hinaus sei auf den unter www.admin.ch veröffentlichten Text verwiesen.

Gründen der öffentlichen Sicherheit» erfolgen,⁶⁸ womit höhere Anforderungen an den «Schweregrad» der geforderten Gefährdung durch den Betreffenden gestellt werden).

Anzumerken ist, dass die sonstigen Vorgaben zur Aufenthaltsbeendigung in Art. 27 ff. RL 2004/38 zumindest im Wesentlichen das bis dahin geltende EU-Recht, welches Eingang in das Personenfreizügigkeitsabkommen gefunden hat, aufgreift: Diese Bestimmungen betreffen die Voraussetzungen, unter denen der Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränkt werden kann und formulieren einige, bereits in der (durch die RL 2004/38 aufgehobenen) RL 64/221 enthaltene Grundsätze (ausschliessliche Massgeblichkeit des persönlichen Verhaltens des Betroffenen, kein «Automatismus» von strafrechtlicher Verurteilung und Ausweisung, vgl. so schon Art. 3 Abs. 1, 2 RL 64/221), fügen dem aber noch eine Reihe weiterer Anforderungen bzw. Präzisierungen hinzu, so den Ausschluss wirtschaftlicher Gründe, die Massgeblichkeit des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, die Unzulässigkeit generalpräventiver Erwägungen und die Anforderung, dass das persönliche Verhalten eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen muss, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38). Weiter sind bei der Entscheidung über die Ausweisung die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen im Hoheitsgebiet, sein Alter, sein Gesundheitszustand, seine familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration im Aufnahmemitgliedstaat und das Ausmaß seiner Bindungen zum Herkunftsstaat zu berücksichtigen (Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38). All diese Anforderungen hat der EuGH bereits auf der Grundlage der RL 64/221 bzw. der primärrechtlichen Vorschriften und in Anknüpfung an den Verhältnismässigkeitsgrundsatz entwickelt,⁶⁹ und sie werden auch in ständiger Rechtsprechung vom Bundesgericht vollumfänglich herangezogen.⁷⁰ Daher ist davon auszugehen, dass Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38 die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert und mit diesen Vorgaben keine eigentlichen Neuerungen verbunden sind. Insofern ist auch die neue Rechtsprechung des EuGH zu Art. 27 Abs. 1, 2, 28 Abs. 1 RL 2004/38 grundsätzlich beachtlich.

Insofern ist fraglich, ob es in Kapitel VI RL 2004/38 wirklich noch weitere Weiterentwicklungen gibt, die nicht bereits aufgrund von Art. 5 Anhang I FZA für die Schweiz verbindlich sind. Insbesondere stellt sich nach wie vor die Frage, ob Art. 121 Abs. 3-6 BV (die durch die sog. Ausschaffungsinitiative in die Bundesverfassung

⁶⁸ Zu dieser «dritten Stufe» der Einschränkungen des Aufenthaltsrechts EuGH, Rs. C-145/09, *Tsakouridis*, ECLI:EU:C:2010:708 (Berechnung des zehnjährigen Aufenthalts, der eine im Vergleich zu Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38 erheblich höhere «Hürde» der Ausweisung darstelle). Siehe auch EuGH, Rs. C-348/09, *P.I.*, ECLI:EU:C:2012:300.

⁶⁹ Vgl. z.B. EuGH, Rs. 30/77, *Bouchereau*, ECLI:EU:C:1977:172, Rn. 25 ff.; EuGH, verb. Rs. 115-116/81, *Adoui et Cornuaille*, ECLI:EU:C:1982:183, Rn. 5 ff.; EuGH, Rs. C-348/96, *Calfa*, ECLI:EU:C:1999:6, Rn. 24 ff.; EuGH, Rs. 249/86, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:1989:204, Rn. 17; EuGH, Rs. C-100/01, *Olazabal*, ECLI:EU:C:2002:712, Rn. 40 ff.

⁷⁰ S. z.B. BGer 2C 991/2017 vom 1.2.2018; BGer 2C 401/2017 vom 26.3.2018; BGE 139 I 16. Siehe ansonsten die Nachweise in den jährlichen Übersichten über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA im Jahrbuch für Migrationsrecht (s. schon Anm. 19).

eingefügt wurden) und die in Art. 66a StGB erfolgte Umsetzung mit dem FZA vereinbar sind,⁷¹ was freilich keine neue bzw. keine durch die «Bilateralen III» aufgeworfene Frage darstellt.⁷²

Hinzuweisen ist allerdings auf die Art. 33 Abs. 2 RL 2004/38 betreffende Ausnahme. Diese Bestimmung betrifft die Ausweisung als Nebenstrafe und sieht vor, dass für den Fall, dass eine Ausweisungsverfügung mehr als zwei Jahre nach ihrem Erlass vollstreckt wird, zu prüfen ist, ob von dem Betroffenen immer noch eine gegenwärtige und tatsächliche Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit ausgeht oder seit dem Erlass der Ausweisungsverfügung eine materielle Änderung der Umstände eingetreten ist. Auf der Grundlage von Ziff. 13 *Common understanding* sollen diesbezüglich aber weiter die Anforderungen des FZA gelten, was letztlich ermöglicht, dass eine solche Prüfung nur von Amts wegen erfolgen kann.

- Die zweite Ausnahme betrifft das neu in die RL 2004/38 eingeführte sog. Daueraufenthaltsrecht, welches in weiten Teilen eine «echte» Weiterentwicklung des bis dahin geltenden EU-Rechts darstellt.⁷³ Dieses Recht soll im Verhältnis zur Schweiz nur für Personen gelten, die sich insgesamt fünf Jahre rechtmässig als Arbeitnehmer oder Selbständige im Aufnahmestaat aufgehalten haben (unter Einschluss der Familienangehörigen), wobei eine Unterbrechung durch Zeit mit rechtmässigem Aufenthalt als Nichterwerbstätige möglich sein soll, so dass die Betroffenen nicht fünf Jahre ununterbrochen unselbständig oder selbständig tätig sein müssen. Weiter soll es möglich sein, Zeiträume von sechs Monaten oder mehr, während denen die Person vollständig auf Sozialhilfe angewiesen ist, bei der Berechnung nicht zu berücksichtigen.

⁷¹ Vgl. zum Problemkreis, m.w.N., *Sarah Progin-Theuerkauf*, Expulsion pénale et ALCP, ZSR 2020 I, 35 ff.; *Cesla Amarelle*, L'expulsion pénale dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, Jusletter du 4 septembre 2023; *Babak Fargahi/Valerio Priuli/Fanny de Weck*, Die ersten Urteile des Bundesgerichts zur Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB), Jusletter vom 15. April 2019; *Astrid Epiney*, Strafrechtliche Landesverweisung und FZA. Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019; s. auch *Astrid Epiney*, Zum Vorrang des FZA bei der Landesverweisung. Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 6B_205/2023 vom 17. August 2023.

⁷² Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Schweiz in Ziff. 13 *Common understanding* einseitig erklärt hat, dass es ihr möglich sei, mit dieser so formulierten Ausnahmebestimmung die RL 2004/38 ohne eine Änderung der Bundesverfassung zu übernehmen.

⁷³ Nach Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38 steht jedem Unionsbürger, der sich rechtmässig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, ein Daueraufenthaltsrecht zu. Das Recht auf Daueraufenthalt kann, wenn einmal erworben, nur durch eine Abwesenheit von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren verloren werden (Art. 16 Abs. 4 RL 2004/38) und erstreckt sich auch auf drittstaatsangehörige Familienangehörige, die sich mit dem betroffenen Unionsbürger ebenfalls während fünf Jahren rechtmässig und ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben. Ein Aufenthalt gilt dann als rechtmässig, wenn er die Voraussetzungen der RL 2004/38 erfüllt.

- Schliesslich sollen gewisse Ausnahmen von den Sicherheitsanforderungen für Personalausweise (vgl. Art. 3 VO 2019/1157) gelten.

Soweit die Ausnahmen nicht greifen, soll damit die RL 2004/38 massgeblich sein. Dabei ist freilich daran zu erinnern, dass diese in weiten Teilen an die bis dahin gehende Rechtslage anknüpft und diese übernimmt, wobei mitunter auch die (präzisierende) Rechtsprechung des EuGH kodifiziert wird. Andere Bereiche stellen letztlich eine in ihren Auswirkungen nicht zu überschätzende Weiterentwicklungen des Rechtsbestands dar; dies gilt insbesondere für die Erweiterung des Kreises der nachzugsberechtigten Familienangehörigen auf Lebenspartner in eingetragener Partnerschaft (Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38), das voraussetzungslose Kurzaufenthaltsrecht für einen Zeitraum von drei Monaten (Art. 6 As. 1 RL 2004/38), die in Art. 7 RL 2004/38 präzisierten Aufenthaltsrechte (welche teilweise die Rechtsprechung des EuGH kodifizieren, teilweise aber auch gewisse Rechte, insbesondere Verbleiberechte, verdeutlichen) sowie die in verschiedenen Bestimmungen erfolgten Präzisierungen des Verfahrens und der prozeduralen Rechte der Betroffenen.⁷⁴

Zu erinnern ist im Übrigen – ohne dass diese Thematik hier weiter erörtert werden soll – daran, dass weder der VO 492/2011 noch der RL 2004/38 ein umfassender Anspruch auf Zugang zu Sozialhilfe zu entnehmen ist. Vielmehr ist der Aufenthalt von Nichterwerbstätigen nach der RL 2004/38 u.a. davon abhängig, dass sie über hinreichende Existenzmittel verfügen, und die VO 492/2011 kennt lediglich für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen einen umfassenden Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfeleistungen; letztere Ansprüche bestehen aber bereits heute auf der Grundlage des Personenfreizügigkeitsabkommens.⁷⁵

Weder dem *Common Understanding* noch den jeweiligen Verhandlungsmandaten sind explizite Aussagen darüber zu entnehmen, wie mit den einzelnen bereits jetzt im Freizügigkeitsabkommen enthaltenen Ausnahmen umgegangen werden soll. Zu erinnern ist z.B. an Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA, wonach das Abkommen weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter Art. 24 Anhang I FZA fallenden Studierenden regelt.⁷⁶ Zwar könnte der Grundsatz der

⁷⁴ Vgl. im Einzelnen zu den Neuerungen der RL 2004/38 im Vergleich zur Rechtslage nach dem FZA *Epiney/Affolter*, Jusletter vom 11. März 2019 (Anm. 56), Rn. 6 ff.; *Epiney/Affolter*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2018/2019 (Anm. 43), S. 43, 57 ff.

⁷⁵ Vgl. im Einzelnen zum Thema *Epiney/Affolter*, Jusletter vom 11. März 2019 (Anm. 56), Rn. 10; *Epiney/Affolter*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2018/2019 (Anm. 43), S. 43, 63 ff.

⁷⁶ Zu dieser Bestimmung, bei welcher fraglich ist, wie der Begriff «Zugang zur Ausbildung» auszulegen ist (insbesondere, ob er auch Studiengebühren erfasst), m.w.N. *Astrid Epiney*, Zur Vereinbarkeit diskriminierender Studiengebühren mit dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, FS Kay Hailbronner, Heidelberg 2013, S. 401 ff.

Übernahme der RL 2004/38 und die Nichterwähnung der bestehenden Ausnahmen in Ziff. 13 *Common Understanding* dafür sprechen, dass solche Ausnahmen nicht mehr zum Zuge kommen sollen. Allerdings ist daran zu erinnern, dass der allgemein die dynamische Rechtsübernahme betreffende Ziff. 9 *Common Understanding* ausdrücklich auf die «Wahrung» der bestehenden Ausnahmen Bezug nimmt, was es – zusammen mit ihrer derzeitigen expliziten Verankerung im Abkommen – nahelegt, dass es sich hier um bereits konzedierte ausdrückliche Ausnahmen handelt, die somit auch weiterhin Bestand haben sollten. Dies müsste in der Logik von Ausnahmebestimmungen übrigens unabhängig von der Frage gelten, ob und inwieweit die entsprechenden Ausnahmen zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens am 21. Juni 1999 auch dem damals geltenden EU-Recht entsprachen oder nicht.

c) *Absicherungen*

aa. Die einzelnen Elemente

Neben den eben erwähnten «Ausnahmen» führt Ziff. 13 *Common understanding* «Absicherungen» (*safeguards*) auf:

- Eine «unangemessene Belastung für die Sozialhilfesysteme» soll vermieden werden. Daher soll einer Reihe von Personengruppen der Zugang zu Sozialhilfe verweigert werden können:
 - Personen, die nicht Arbeitnehmende, Selbständige oder Personen sind, die diesen Status behalten sowie ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts (ohne Prüfung der persönlichen Situation);
 - Nichterwerbstätigen, welche über keine ausreichenden Existenzmittel für sich und ihre Familienangehörigen verfügen;
 - Arbeitssuchende und Personen, die den Arbeitnehmer- oder Selbständigen-Status verloren haben, ohne Prüfung der persönlichen Situation.

Fraglich ist in Bezug auf diese Fallkonstellationen, inwieweit auch auf der Grundlage der RL 2004/38 der Zugang zu Sozialhilfe für diese Personengruppen verweigert werden kann. *A priori* kann hier folgendes festgehalten werden:⁷⁷

Nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, Nichterwerbstätigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts Sozialhilfe zu gewähren.

Nichterwerbstätigen steht grundsätzlich nur dann ein Aufenthaltsrecht zu, wenn sie u.a. über genügend Existenzmittel verfügen. Zwar darf die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen nach Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 «nicht automatisch» zu einer Ausweisung führen; indessen ist davon auszugehen, dass der Aufenthalt gleichwohl bei Sozialhilfebezug unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit beendet werden darf.

⁷⁷ Vgl. zum Thema auch schon ausführlich, m.w.N., *Epiney/Affolter*, Jusletter vom 11. März 2019 (Anm. 56), Rn. 10.

Arbeitssuchende – soweit sie nicht (mehr) als Arbeitnehmer anzusehen sind – haben nach Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4 lit. b RL 2004/38 keinen Anspruch auf Sozialhilfe.

Im Ergebnis dürften die «Absicherungen» in Bezug auf die Sozialhilfe damit der Rechtslage nach der RL 2004/38 entsprechen.

- Sodann werden die Voraussetzungen für die Beibehaltung des Arbeitnehmerstatus für Personen, die unfreiwillig arbeitslos geworden sind, in Bezug auf die Zusammenarbeit mit den öffentlichen Arbeitsverwaltungen präzisiert (Registrierung, Erfüllen allfälliger weiterer Voraussetzungen und Anforderungen, welche aber nicht diskriminierend sein müssen). Diese Absicherung solle «getreu dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit» angewendet werden.
- Verhältnismässige und nicht diskriminierende administrative Meldepflichten für Arbeitgeber betreffend Stellenantritte (wie z.B. das schweizerische Meldeverfahren für kurzfristige Erwerbstätigkeit) sollen von der dynamischen Übernahme unberührt bleiben, dies mit Blick auf die Durchführung effizienter Arbeitsmarktkontrollen durch die Behörden.⁷⁸ Solche Verwaltungsvorschriften sollen das Aufenthaltsrecht der Personen nicht beeinträchtigen, auch nicht im Hinblick auf den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts.

Bemerkenswert ist, dass Streitigkeiten über die «Auslegung oder Anwendung dieser Vorschriften» gemäss den allgemeinen Grundsätzen über die Streitbeilegung geregelt werden sollen.⁷⁹

bb. Rechtswirkungen

Das *Common understanding* präzisiert nicht, welche Rechtswirkungen diesen «Absicherungen» zukommen sollen. Der systematische Zusammenhang mit den Ausnahmen – welche auch im Rahmen der Streitbeilegung relevant sind⁸⁰ – legt es aber nahe, dass es sich hier nicht um eigentliche Abweichungen von den Vorgaben der RL 2004/38, sondern um eine Art gemeinsame auslegende Erklärungen handeln soll, die sich auf die Auslegung des zukünftigen Abkommens sowie des in dieses übernommene Unionsrecht beziehen.

In Bezug auf ihre möglichen Rechtswirkungen ist allerdings klarzustellen, dass zwar nach allgemeinem Völkerrecht solche Erklärungen für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge relevant und heranzuziehen sind.⁸¹ Soweit jedoch Unionsrecht betroffen ist, sind sie für den EuGH unbeachtlich: Denn dem

⁷⁸ Daneben erklärt die Schweiz einseitig, dass sie wenn nötig Massnahmen ergreifen wird, um sicherzustellen, dass Selbständige diese Vorschriften nicht umgehen.

⁷⁹ Zu dieser unten IV.3.

⁸⁰ Vgl. noch unten IV.3.

⁸¹ Vgl. nur Art. 31 Abs. 2 lit. b Wiener Konvention über das Recht der Verträge.

EuGH obliegt nach ständiger Rechtsprechung die letztverbindliche Auslegung des EU-Rechts, wäre doch ansonsten die Autonomie des EU-Rechts und des Systems gerichtlicher Kontrolle beeinträchtigt.⁸² Die hier massgeblichen und im Einzelnen komplexen Vorgaben schliessen es aus, dass die Unionsorgane (Rat und Parlament sowie ggf. die Kommission) über «auslegende Erklärungen», welche mit Drittstaaten ausgehandelt werden, die Tragweite des Unionsrechts insoweit beeinflussen können, als sie mit Bezug auf Unionsrecht Erklärungen formulieren, welche für die Auslegung der betreffenden Unionsrechtsakte massgeblich wären. Vielmehr ist das vom Unionsgesetzgeber nach den einschlägigen unionsrechtlichen Verfahren erlassene Unionsrecht ausschliesslich auf der Grundlage unionsrechtlicher Grundsätze auszulegen.

Relevant könnten die Absicherungen – je nachdem, wie der Vertragstext letztlich formuliert wird – jedoch für die Auslegung des Abkommens bzw. des Zusatz- oder Änderungsprotokolls sein, denn insoweit kommen die völkerrechtlichen Grundsätze vollumfänglich zur Anwendung. So könnten sie z.B. herangezogen werden, um eine im Verhältnis zum Unionsrecht abweichende Auslegung einer abkommensrechtlichen Bestimmung zu

⁸² Grundlegend EuGH, Gutachten 1/91, ECLI:EU:C:1991:490 (EWR I); EuGH, Gutachten 1/92, ECLI:EU:C:1992:189 (EWR II); s. auch die Folgerechtsprechung: EuGH, Gutachten 1/09 (Europäisches Patentgericht), ECLI:EU:C:2011:123; EuGH, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454 (EMRK); EuGH, Rs. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158; EuGH, Gutachten 1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (CETA); EuGH, Rs. C-109/20, *Polen/PL Holdings*, ECLI:EU:C:2021:875; EuGH, Rs. C-741/19, *Komstroy*, ECLI:EU:C:2021:655. Aus der Literatur z.B. *Maximilian van der Beck*, Die Autonomie des Unionsrechts. Inkonsistenzen in der EuGH-Rechtsprechung zum Investitionsschutzrecht, *EuZW* 2024, S. 252 ff.; *Patricia Nacimiento*, *Achmea* and its Aftermath – How did we get there, where do we go from here?, *ZEuS* 2023, 465 ff.; *Alan Dashwood*, Republic of Moldova v Komstroy LCC: Arbitration under Article 26 ECT outlawed in Intra-EU Disputes by Obiter Dictum, *ELR* 2022, S. 127 ff.; *Koen Lenaerts/José A. Gutiérrez-Fons/Stanislas Adam*, Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order, *ZaöRV* 2021, S. 47 ff.; *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, S. 460 ff.; mit Bezug zur Schweiz *Marco Muser/Christa Tobler*, Schiedsgerichte in den Aussenverträgen der EU – Neue Entwicklungen unter Einbezug der institutionellen Verhandlungen Schweiz-EU, *Jusletter* vom 28. Mai 2018; *Astrid Epiney*, Rechtsschutz und Streitbeilegung im Bilateralen Recht. Zu den Implikationen eines Einbezugs des EuGH im Vergleich zum status quo, *Jusletter* vom 19. Dezember 2022, Rn. 2, 15 ff.; *Michael Hahn/Yann Fauconnet*, Streitbeilegungsverfahren in den künftigen Verträgen Schweiz – EU, *FS* Stephan Breitenmoser, Basel 2022, S. 1117, 1123 ff.; *Christa Tobler*, Tempora Mutantur – das bilaterale Recht in einem sich wandelnden institutionellen EU-Umfeld, in: *Epiney/Progin-Theuerkauf/Dahinden/Zlatescu* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2022/2023, Zürich 2023, S. 459, 465 ff.

begründen, dies selbst wenn die Begriffe und Konzepte dem Unionsrecht nachgebildet sind.⁸³ Damit wird die genaue rechtliche Tragweite der «Absicherungen» massgeblich von dem letztlich vereinbarten Vertragstext abhängen. Jedenfalls soweit dieser – wie heute Anhang I FZA – nicht auf EU-Sekundärrechtsakte und damit die RL 2004/38 als solche verweist, sondern die entsprechenden Rechte selbst formuliert, wenn auch in Anlehnung an das EU-Recht, werden die Absicherungen zu berücksichtigen sein bzw. der Text dürfte entsprechend den Absicherungen formuliert werden, womit er möglicherweise (leicht) abweichend vom Unionsrecht auszulegen wäre. Diesfalls läge dann im Ergebnis eben doch eine Ausnahme vor, der allerdings eine deutlich weniger weite Tragweite als den «richtigen» Ausnahmen zukäme, dies insbesondere soweit die Streitbeilegung und die Pflicht der Übernahme zukünftiger EU-Rechtsakte betroffen ist.

Ungeachtet dieser grundsätzlichen Bemerkungen dürften zumindest weite Teile der «Absicherungen» letztlich gemäss der RL 2004/38 geltendes Unionsrecht wiederholen.

d) *Arbeitnehmerentsendung*

Ziff. 14 *Common understanding* bekräftigt zunächst den im FZA bereits verankerten Grundsatz des Aufenthaltsrechts (einschliesslich Arbeitnehmerentsendung) zur Erbringung von Dienstleistungen während bis zu 90 Tagen pro Kalenderjahr, dies bei gleichzeitiger Gewährleistung der Rechte der Arbeitnehmer «in vollem Umfang». Nichtdiskriminierende und verhältnismässige Kontrolle seien notwendig, um die Dienstleistungsfreiheit und die korrekte und wirksame Anwendung der Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes zu gewährleisten und Missbrauch sowie Umgehung zu verhindern. Der Grundsatz «gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort» stelle einen gemeinsamen Grundsatz dar und erlaube ein angemessenes und ausreichendes Schutzniveau bei gleichzeitiger Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs sicherzustellen.

Weiter werden folgende konkrete Aspekte erwähnt:

⁸³ Vgl. insoweit allgemein zu den Grundsätzen, welche für die Auslegung von durch die Union abgeschlossenen völkerrechtliche Verträge gelten (unter Einbezug der Konstellation, dass unionsrechtliche Begriffe übernommen werden, was nämlich nicht zwingend eine parallele Auslegung wie im Unionsrecht begründet), die Nachweise in Anm. 36.

- Innerhalb von drei Jahren soll die Schweiz die RL 96/71 (Entsenderichtlinie)⁸⁴ in der durch die RL 2018/957⁸⁵ geänderten Fassung sowie die RL 2014/67 (Durchsetzungsrichtlinie)⁸⁶ übernehmen.
- Ebenfalls innerhalb von drei Jahren soll die Schweiz in das sog. Binnenmarkt-Informationssystem (IMI) aufgenommen werden. Dieses System erleichtert die Verwaltungszusammenarbeit und erlaubt damit auch die Effektivität von Kontrollen vor Ort.
- Kontrollsysteme sollen geeignet, wirksam und nichtdiskriminierend sein, und die nach nationalem Recht zuständigen Vollzugsorgane sollen in ihrem Hoheitsgebiet wirksame Kontrollen durchführen, um die Einhaltung der geltenden Bestimmungen zu gewährleisten.
- Die Verantwortung für die Durchführung solcher Kontrollen liegt bei den nach nationalem Recht benannten Behörden und sonstigen Stellen, wobei ausdrücklich auf das duale Vollzugssystem der Schweiz, welches auch die Sozialpartner einschliesst, hingewiesen und klargestellt wird, dass die Kontroll- und Sanktionsbefugnisse dieser Einrichtungen gewahrt und respektiert werden.

Wie schon das InstA sieht auch das *Common understanding* in seiner Ziff. 14 «Ausnahmen» (*exceptions*) vor, wobei diese teilweise im Vergleich zum InstA etwas ausgeweitet bzw. präzisiert werden:⁸⁷

- Dienstleistungserbringer aus dem EU-Ausland können verpflichtet werden, sich vor dem Beginn ihrer Arbeiten anzumelden, damit die Durchführung von Kontrollen vor Ort in bestimmten Bereichen ermöglicht wird. Vorgesehen werden darf eine Anmeldefrist von höchstens vier Arbeitstagen, die auf der Grundlage einer objektiven und branchenspezifischen Risikoanalyse, die regelmässig zu überprüfen ist, zu beschliessen ist. Anzahl und Dichte von Kontrollen werden von der Schweiz «autonom» festgelegt, wobei auch hier eine «autonome und objektive» Risikoanalyse notwendig sein soll. Jedenfalls sollen die Kontrollen verhältnismässig und nichtdiskriminierend sein.
- Dienstleistungserbringer, die in der Vergangenheit ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachgekommen sind, sollen zur Leistung einer verhältnismässigen Kautionspflicht vor der Erbringung weiterer Dienstleistungen verpflichtet werden können, dies auch hier auf der Grundlage einer autonomen und branchenspezifischen Risikoanalyse. Im Falle der

⁸⁴ Anm. 63.

⁸⁵ Anm. 64.

⁸⁶ Anm. 65.

⁸⁷ Zur Tragweite solcher Ausnahmen, insbesondere in Bezug auf die Frage, ob sie implizieren, dass in dieselbe Richtung gehende weitere Massnahmen (wie z.B. eine Ausweitung der Anmeldefrist oder der Kautionspflicht) unzulässig sind, was wohl grundsätzlich zu bejahen sein dürfte, wenn auch punktuelle Massnahmen zulässig bleiben könnten, *Epiney/Hehemann*, Jusletter vom 8. April 2019 (Anm. 17), Rn. 37 ff.

Nichtzahlung der Kautions soll die Schweiz verhältnismässige Sanktionen – unter Einschluss einer Dienstleistungssperre – verhängen können, bis die Kautions bezahlt ist.

- Zur Bekämpfung der «Scheinselbständigen» kann vorgesehen werden, dass diese *a posteriori* eine Reihe von abschliessend aufgeführten Dokumenten zur Verfügung stellen müssen, die eine effektive Kontrolle erlauben.

Schliesslich ist noch auf die sog. *non-regression-clause* hinzuweisen: Soweit eine Weiterentwicklung des EU-Rechts zu einer erheblichen Abschwächung des geltenden Entsenderechts in der EU führt, soll diese für die Schweiz nicht bindend sein, so dass sie vom Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme ausgenommen ist.

Die Formulierung im Common understanding lautet wie folgt:

«Die Europäische Kommission und die Schweiz teilen das Ziel, das zwischen der Schweiz und der EU vereinbarte Schutzniveau für entsandte Arbeitnehmende nach der Übernahme der Richtlinien 2014/67 und 96/71/EG, in der durch die Richtlinie 2018/957 geänderten Fassung, durch die Schweiz aufrechtzuerhalten. Änderungen an diesen Rechtsakten oder neue EU-Rechtsakte im Bereich der Entsendung von Arbeitnehmenden sollten für die Schweiz nicht bindend sein, wenn dadurch das Schutzniveau der entsandten Arbeitnehmenden in Bezug auf die Beschäftigungsbedingungen, insbesondere Entlohnung und Spesen, erheblich geschwächt oder verringert würde. Jede Änderung des Schutzniveaus für entsandte Arbeitnehmende sollte in ihrer Gesamtheit beurteilt werden, unter Berücksichtigung aller oben erwähnten relevanten Bestimmungen. Der in diesem Dokument beschriebene Streitbeilegungsmechanismus sollte Anwendung finden.»⁸⁸

Diese im Vergleich zum InstA neue Klausel stellt eine Rückversicherung für die Schweiz dar mit dem Ziel zu verhindern, dass der Arbeitnehmerschutz im Bereich der Arbeitnehmerentsendung erheblich abgeschwächt werden kann bzw. muss. Zu beachten ist freilich, dass die Klausel eher restriktiv formuliert ist: Es muss sich um eine «erhebliche» Schwächung der Verringerung des Schutzniveaus handeln, was unter Berücksichtigung der Gesamtheit der einschlägigen Regeln zu beurteilen ist. Damit handelt es sich hier zwar

⁸⁸ Die englische Originalversion lautet wie folgt: «The European Commission and Switzerland share the objective to maintain the level of protection of posted workers as agreed between Switzerland and the EU once Switzerland has taken over the Directives 2014/67 and 96/71/EC as amended by Directive 2018/957. Switzerland should not be bound by amendments to these instruments or by new EU legal instruments in the area of posting of workers where their effect is to meaningfully weaken or reduce the level of protection of posted workers with regard to the terms and conditions of employment, notably remuneration and allowances. Any change to the level of protection of posted workers should be assessed in its globality, taking into account all relevant provisions as described above. The dispute resolution mechanism set out in this document should apply.»

ebenfalls um eine eigentliche Ausnahmeklausel; jedoch ist sie anders gestaltet als die oben erwähnten, da sie nicht auf gewisse, recht präzise formulierte Massnahmen bzw. Regelungen des schweizerischen Rechts Bezug nimmt, die jedenfalls beibehalten werden dürfen, sondern ihr Greifen hängt von der Ausgestaltung des zu übernehmenden Unionsrechts ab. Jedenfalls wird im Falle der Uneinigkeit über das Vorliegen der erwähnten Voraussetzungen das Schiedsgericht entscheiden können.

3. Zur Streitbeilegung

In Bezug auf das Streitbeilegungsverfahren knüpft das Common Understanding an das bereits im InstA vorgesehene System an,⁸⁹ wobei aber gewisse Aspekte präzisiert werden sollen.⁹⁰

Ziff. 10 *Common understanding*, die das Streitbeilegungsverfahren adressiert, lautet wie folgt:

«Die Europäische Kommission und die Schweiz teilen die Auffassung, dass die Parteien im Falle von Schwierigkeiten bei der Auslegung oder Anwendung der Binnenmarktabkommen Konsultationen in den jeweiligen sektoriellen Ausschüssen abhalten und eine für beide Seiten annehmbare Lösung finden sollten. Gelingt es einem sektoriellen Ausschuss nicht, eine Lösung für eine solche Schwierigkeit zu finden, sollten die Parteien die Möglichkeit haben, ein Schiedsgericht, in dem beide Parteien vertreten sind, zur Beilegung der Streitigkeit anzurufen. Wirft der Streitfall eine Frage zur Auslegung oder Anwendung einer in Ziffer 8 zweiter Satz genannten Bestimmung auf und ist die Auslegung dieser Bestimmung für die Beilegung der Streitigkeit

⁸⁹ Zu diesem im Einzelnen *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, S. 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, S. 149 ff.; *Thomas Cottier*, Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU: Kernstück des Abkommens und Instrument schrittweiser Rechtsentwicklung, in: *Epiney/Emanuel Zlatescu* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021, Bern/Zürich 2021, S. 353 ff.; s. auch *Epiney*, Jusletter vom 17. Dezember 2018 (Fn. 43), Rz. 45 f.; *Christa Tobler*, Erneuerte institutionelle Regeln zur Durchsetzung des bilateralen Rechts im Spannungsfeld zwischen Völkerrecht und EU-Recht?, FS Stephan Breitenmoser, Basel 2022, S. 1165 (1168 f.).

⁹⁰ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass dieses Modell auch in anderen Abkommen der EU mit Drittstaaten zu finden ist, darunter nicht nur osteuropäische Staaten, sondern auch Grossbritannien. Vgl. für einen Überblick *Andreas Th. Müller*, Was sind «concepts of Union law»?., in: *Epiney/Progin-Theuerkauf/Dahinden/Durkam* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2023/2024, Zürich 2024 (im Erscheinen), D.; s. auch *Benedict Vischer*, Feilen am Streitbeilegungssystem in den bilateralen Beziehungen, Jusletter vom 22. Januar 2024, Rn. 3.

relevant und für eine Entscheidung durch das Schiedsgericht erforderlich, so sollte das Schiedsgericht diese Frage dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Entscheidung vorlegen; Letztere wäre für das Schiedsgericht bindend. Betrifft die Streitigkeit die Auslegung oder Anwendung einer Bestimmung, die in den Anwendungsbereich einer Ausnahme von der Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme nach Ziffer 9 fällt, und impliziert diese Streitigkeit nicht eine Auslegung oder Anwendung von EU-Rechtsbegriffen, sollte das Schiedsgericht über den Streitfall entscheiden, ohne den Gerichtshof der Europäischen Union einzubeziehen.»⁹¹

Auf der Grundlage des *Common understanding* dürften für das Verfahren folgende Grundsätze und Verfahrensschritte zur Anwendung kommen:

- Der Anwendungsbereich des Streitbeilegungsverfahrens bezieht sich auf die «Binnenmarktabkommen», in denen das Verfahren jeweils geregelt werden soll.⁹² Erfasst sind damit die Abkommenstexte mitsamt den Anhängen. Eine Auslegung der Abkommen liegt auch dann vor, wenn es um die Frage geht, ob ein bestimmter neuer EU-Rechtsakt Teil der Weiterentwicklung des von dem jeweiligen Abkommen erfassten Bereichs ist, eine Problematik, die sich sowohl «positiv» als auch «negativ» stellen kann.
- Ganz allgemein dürfte das Schiedsgericht selbst über seine Zuständigkeit entscheiden.
- Das Verfahren dürfte im Wesentlichen wie folgt ablaufen:
 - Treten zwischen den Vertragsparteien Differenzen betreffend die Auslegung oder Anwendung des betreffenden Abkommens auf, wäre zunächst im Gemischten Ausschuss eine Einigung zu suchen, so dass der erste Schritt in jedem Fall ein politischer wäre.

⁹¹ Die englische Originalfassung lautet wie folgt: «The European Commission and Switzerland share the view that, in the event of difficulty of interpretation or application of the bilateral agreements in the fields related to the internal market in which Switzerland participates, the parties should consult each other in the respective sectoral committees to find a mutually acceptable solution. If a sectoral committee does not manage to find a solution to the abovementioned difficulty, the parties should have the possibility to ask an arbitral tribunal, where both parties are represented, to settle the dispute. Where the dispute raises a question concerning the interpretation or application of a provision referred to in paragraph 8 second sentence, and if the interpretation of that provision is relevant to the settlement of the dispute and necessary to enable the arbitral tribunal to decide on the matter, the arbitral tribunal should refer that question to the Court of Justice of the EU for a ruling that would be binding on the arbitral tribunal. Where the dispute raises a question concerning the interpretation or application of a provision that falls within the scope of an exception from the dynamic alignment obligation set out in paragraph 9 and where such dispute does not involve the interpretation or application of concepts of Union law, the arbitral tribunal should decide the dispute without referring to the Court of Justice of the EU.»

⁹² S. insoweit schon oben III. in Bezug auf die grundsätzliche Architektur der Regelung der institutionellen Fragen.

- Kommt eine solche Einigung der Vertragsparteien innerhalb einer bestimmten Frist nicht zustande, könnte jede Vertragspartei ein paritätisch zusammengesetztes Schiedsgericht befassen. Eine Möglichkeit Einzelner oder nationaler Gerichte, das Schiedsgericht anzurufen, ist nicht vorgesehen.
- Falls die dem Schiedsgericht vorgelegte Streitigkeit die Auslegung oder die Anwendung von EU-Rechtsakten, die in die Abkommen integriert wurden, oder in die Abkommen übernommene unionsrechtliche Begriffe betrifft, müsste das Schiedsgericht den EuGH anrufen, der über deren Auslegung zu entscheiden hätte.⁹³ Diese Pflicht soll somit nur unter einer doppelten Voraussetzung zum Zuge kommen: Erstens muss es um einen in das betreffende Abkommen übernommenen EU-Rechtsbegriff gehen.⁹⁴ Solche liegen zweifellos dann vor, wenn auf einen EU-Sekundärrechtsakt verwiesen wird; fraglich kann das Vorliegen eines unionsrechtlichen Begriffs aber sein, wenn es lediglich um parallele Formulierungen wie im Unionsrecht geht. Hier ist dann jeweils durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich um einen unionsrechtlichen oder um einen „autonomen“ Begriff handelt.⁹⁵ Ausdrücklich und insoweit im Vergleich zum InstA

⁹³ Vgl. im Einzelnen instruktiv zu den verschiedenen sich in diesem Kontext stellenden (Auslegungs-) Fragen *Müller*, SJER 2023/2024 (Anm. 90); s. auch schon (mit Bezug zum InstA, bei welchem diese Fragen freilich parallel gelagert waren) *Benedikt Pirker*, Das Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen zwischen Eigenständigkeit und Autonomie, ASA Bulletin 2019, S. 592 ff.

⁹⁴ Die Frage, ob ein bestimmter EU-Rechtsakt eine Weiterentwicklung des Personenfreizügigkeitsabkommens darstellt, könnte zumindest grundsätzlich wohl vom Schiedsgericht allein entschieden werden, da es hierbei um die Auslegung des Abkommens als solchem geht; nicht ausgeschlossen ist indessen eine vorfrageweise Relevanz eines unionsrechtlichen Begriffs.

⁹⁵ Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob das Schiedsgericht auch dann vorlegen müsste, wenn es zur Ansicht gelangt, es gehe zwar um einen unionsrechtlichen Begriff, welcher aber – aufgrund der sog. Polydor-Rechtsprechung, s. Anm. 36 – abweichend vom EU-Recht auszulegen ist. Auch wenn diese Konstellation gerade in den Binnenmarktabkommen sehr selten vorkommen dürfte, da diese ja gerade die «Teilintegration» der Schweiz in den Binnenmarkt bezwecken, so dass Ziel und Zweck der Abkommen in aller Regel für eine parallele Auslegung sprechen (s. insoweit schon die Nachweise in Anm. 18), ist sie doch von einem gewissen, auch grundsätzlichen Interesse mit Bezug zum Spielraum des Schiedsgerichts. Vgl. insoweit *Pirker*, Jusletter vom 3. Juni 2019 (Anm. 89), Rn. 12; *Muser/Tobler*, Jusletter vom 28. Mai 2019 (Anm. 83), Rn. 63; *Vischer*, Jusletter vom 22. Januar 2024 (Anm. 90), Rn. 35 ff.; *Sebastian Heselhaus*, Aktuelle Spielräume für ein Institutionelles Rahmenabkommen, EuZ 2022, S. 1, 26 (welche ebenfalls grundsätzlich bei einem Rückgriff auf unionsrechtliche Begriffe auch die Vorlagepflicht bejahen bzw. vom Grundsatz einer parallelen Auslegung ausgehen); s. aber auch mit guten Gründen die andere Akzentsetzung bei *Cottier*, SJER 2020/2021 (Anm. 89), S. 353, 364 ff. (wobei hier nicht überzeugend ist,

präzisierend hält das *Common understanding* fest, dass eine Anrufung des EuGH nicht erfolgen soll, wenn es um einen Bereich bzw. eine Bestimmung geht, die in den Anwendungsbereich einer Ausnahme von der Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme fällt, so dass die Auslegung der rechtlichen Tragweite der Ausnahmen in die alleinige Kompetenz des Schiedsgerichts fallen soll, wobei sich hier in Bezug auf die genaue Reichweite der Anrufungspflicht gewisse Fragen stellen.⁹⁶ Wird das Vorliegen eines EU-Rechtsbegriffs bejaht, muss dessen Auslegung – zweitens – für die Entscheidung der Streitigkeit relevant und notwendig sein. Damit dürften hier letztlich die im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens entwickelten Grundsätze – unter Einschluss des Grundsatzes des *acte clair*⁹⁷ – zum Zuge kommen.⁹⁸

Jedenfalls ist die Frage nach der Anrufungspflicht durch das Schiedsgericht zu entscheiden, dies wohl unter Einschluss der Frage, ob ein in das jeweilige Abkommen übernommener unionsrechtlicher Begriff parallel wie im Unionsrecht auszulegen ist oder nicht.⁹⁹

- Das Urteil des EuGH wäre für das Schiedsgericht, das letztlich über die konkrete Streitfrage entscheiden muss, bindend. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Verbindlichkeit lediglich auf die Auslegung der betreffenden unionsrechtlichen Vorschrift bezieht, während ihre konkrete Anwendung auf die Streitigkeit dem Schiedsgericht obliegt.

dass bei gewissen unionsrechtlichen Konzepten, wie insbesondere denjenigen der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismässigkeit, keine parallele Auslegung – in den Binnenmarktabkommen – wie im EU-Recht gefordert wäre).

⁹⁶ So ist die Formulierung im *Common understanding* etwas missverständlich, da dieses darüber hinaus noch verlangt, dass keine Auslegung oder Anwendung unionsrechtlicher Begriffe zur Debatte steht. Fraglich ist, was hiermit gemeint sein könnte, da bei der Verneinung des Vorliegens unionsrechtlicher Begriffe die Anrufungspflicht bereits nach den allgemeinen Grundsätzen nicht zur Anwendung kommt. Auch darüber hinaus ist denkbar, dass die Auslegung von Ausnahmen zumindest vorfrageweise unionsrechtliche Begriffe beschlägt. Insofern ist auch auf Erw. 10 des Verhandlungsmandates der Union zu verweisen, in der betont wird, das Schiedsgericht solle dem EuGH Fragen zur verbindlichen Entscheidung vorlegen, wenn die Anwendung von Bestimmungen der Abkommen mit Bezug zum Binnenmarkt Begriffe des Unionsrechts, dies einschliesslich möglicher Ausnahmen und Garantien, umfasst. Vgl. zur Problematik Müller, SJER 2023/2024 (Anm. 90), E.III. S. auch Oesch, Der EuGH und die Schweiz (Anm. 35), S. 151 f., 165; Breitenmoser, SJER 2020/2021 (Anm. 24), S. 325, 337 f., 342; Cottier, SJER 2020/2021 (Anm. 89), S. 353, 361 ff.

⁹⁷ Grundlegend EuGH; Rs. C-283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335; s. aus der jüngeren Rechtsprechung EuGH, Rs. C-561/19, *Consorzio Italian Management*, ECLI:EU:C:2021:799.

⁹⁸ Vgl. im Einzelnen und ähnlich wie hier Müller, SJER 2023/2024 (Anm. 90), E.II.

⁹⁹ Insoweit wohl a.A. Müller, SJER 2023/2024 (Anm. 90), E.I.

- Das Urteil des Schiedsgerichts wäre für die Parteien bindend.
- Dessen ungeachtet adressiert das *Common understanding* – wie auch schon das InstA – die Möglichkeit der Nichtbeachtung des Urteils: Falls die unterlegene Partei nämlich einen Schiedsspruch nicht akzeptiert bzw. sich nicht an diesen hält, soll die andere Vertragspartei Ausgleichsmassnahmen ergreifen können. Die Verhältnismässigkeit dieser Ausgleichsmassnahmen soll vom Schiedsgericht auf Antrag einer der Parteien überprüft werden können. In diesem Rahmen könnte wohl auch geprüft werden, ob das Ergreifen der Ausgleichsmassnahmen *per se* gerechtfertigt gewesen wäre, so dass es auch um die Frage gehen könnte, ob die andere Vertragspartei das Urteil des Schiedsgerichts tatsächlich nicht befolgt hat.

Die Frage der Ausgleichsmassnahmen ist in Ziff. 12 *Common understanding* wie folgt adressiert:

«Stellt ein Schiedsgericht fest, dass eine Partei gegen eines dieser Abkommen verstossen hat, und ist die andere Partei der Ansicht, dass der Entscheid des Schiedsgerichts von der vertragsbrüchigen Partei nicht befolgt wurde, sollte diese andere Partei die Möglichkeit haben, im betroffenen Abkommen oder in jedem anderen Binnenmarktabkommen eine Auswahl von verhältnismässigen Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen. Die von den Ausgleichsmassnahmen betroffene Partei sollte die Möglichkeit haben, die Verhältnismässigkeit dieser Massnahmen durch das Schiedsgericht beurteilen zu lassen».¹⁰⁰

Deutlich wird damit, dass die Ausgleichsmassnahmen nur ein Binnenmarktabkommen – allerdings auch ein anderes Binnenmarktabkommen als dasjenige, welches Gegenstand der Streitbeilegung war – betreffen können. Auch spricht der Text von einer «Auswahl von verhältnismässigen Ausgleichsmassnahmen», so dass vorstellbar ist, dass diese näher präzisiert werden. Schliesslich legt der Wortlaut der Ziff. 12 *Common understanding* nahe, dass die Verhältnismässigkeit der Ausgleichsmassnahmen *ex post* auf Antrag der «unterlegenen» Partei geprüft werden können. Die Schweiz strebt in ihrem Verhandlungsmandat an, dass eine *ex ante*-Prüfung vorgesehen wird.¹⁰¹

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass auch das Streitbeilegungsverfahren nichts daran ändern dürfte, dass die Vertragsparteien – aus welchen Gründen auch immer – Retorsionen (also «unfreundliche», aber nicht rechtswidrige Massnahmen) ergreifen können. Allerdings dürfte es das Verhandlungspaket nahelegen, dass die Union auch eine Verpflichtung eingehen wird, die Schweiz an einer Reihe von Programmen – wie *Horizon Europe* – grundsätzlich zu beteiligen, so dass z.B. ein Ausschluss von diesen Programmen – im Gegensatz zur

¹⁰⁰ Der englische Originaltext lautet wie folgt: «In case an arbitral tribunal finds that a party has breached one of these agreements and if the other party considers that the breaching party has not complied with the arbitral tribunal's decision, this other party should have the possibility to take a range of proportionate compensatory measures in the agreement concerned or in any other agreement in the field related to the internal market in which Switzerland participates. The party affected by compensatory measures should have the possibility to submit to the arbitral tribunal the question of the proportionality of these measures.».

¹⁰¹ Vgl. Erw. 6.7 des Verhandlungsmandats (Anm.).

geltenden Rechtslage – keine Retorsion mehr wäre, sondern gegen die Verpflichtung der Union aus den Abkommen verstiesse.

Deutlich wird damit, dass dieses Verfahren in Bezug auf die Zusammenarbeit des Schiedsgerichts mit dem EuGH dem Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) nachgebildet werden soll. Es soll obligatorisch für die Parteien sein, die sich nicht einseitig der Jurisdiktion des Schiedsgerichts und damit (indirekt) des EuGH entziehen könnten. Nichtsdestotrotz weist es gewisse politische Elemente auf: So wäre zunächst nach Möglichkeit auf politischer Ebene eine für beide Parteien annehmbare Lösung zu suchen. Sodann würden 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 ist nicht zu erwarten, dass es allzu oft zu einer Befassung des Schiedsgerichts kommen würde, haben die Vertragsparteien doch ein sehr grosses Interesse an einer einvernehmlichen Lösung möglicher Differenzen. 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.

V. Schluss

Insgesamt dürfte somit der Abschluss der «Bilateralen III» durchaus verschiedene Implikationen für das Migrationsrecht entfalten. Materiell ist insbesondere der grundsätzliche Einbezug der RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) – allerdings mit gewissen Ausnahmen – von Bedeutung, wenn hier auch insofern zu relativieren ist, als die RL 2004/38 in weiten Teilen an das bislang geltende Unionsrecht anknüpft und in Bezug auf die konzeptionelle Neuerung der RL 2004/38 – das Daueraufenthaltsrecht – für die Schweiz eine Ausnahme gelten soll.

Bedeutsam sind sodann – und vielleicht insbesondere – die institutionellen Aspekte. Aber auch hier ist zu beachten, dass die dynamische Rechtsübernahme und die Streitbeilegung zwar eine echte qualitative Weiterentwicklung des Bilateralen Weges im Allgemeinen und der Personenfreizügigkeit im Besonderen darstellt. Dessen ungeachtet sollten die

effektiven tatsächlichen Differenzen zum *status quo* nicht überschätzt werden, zumal die Möglichkeit des «Ausscherens» – freilich um den Preis verhältnismässiger Ausgleichsmassnahmen – besteht. Jedenfalls sind die Grundsätze der dynamischen Rechtsübernahme und der Streitbeilegung kaum verhandelbar, stellen sie doch nach Ansicht der Union – und wohl auch in der Logik des Binnenmarktes – notwendige Voraussetzungen der Teilnahme eines Drittstaats am EU-Binnenmarkt dar.

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) sowie den Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme zu akzeptieren, 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 (so ist fraglich, ob die von der Schweiz angestrebte «Schutzklausel»¹⁰² realisierbar ist), 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 Stärkeren bedeutet,¹⁰³ was in erster Linie den politisch oder wirtschaftlich weniger mächtigen Staaten dient.

¹⁰² Vgl. Punkt 8.3 des Verhandlungsmandats der Schweiz: «Die Schweiz ist bestrebt, die Mechanismen des FZA zur Bewältigung unerwarteter Auswirkungen zu konkretisieren.»

¹⁰³ Vgl. hierzu z.B. *Richart Senti*, Streitschlichtung und regionale Freihandelsabkommen – Von der «power oriented» zur «rule oriented» Schlichtung, *EuZ* 2018, 147 ff.

