

Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU: Überblick und erste Einschätzung

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU: Überblick und erste Einschätzung, Jusletter vom 17. Dezember 2018. Es ist möglich, dass die im Jusletter publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Am 7. Dezember 2018 veröffentlichte der Bundesrat den Entwurf des Rahmenabkommens bzw. des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU (der bislang nur in französischer Sprache verfügbar ist), ohne allerdings selbst eine Einschätzung zu formulieren. In der nächsten Zeit sollen die betroffenen Kreise konsultiert werden, um auf dieser Grundlage über die Unterzeichnung bzw. das weitere Vorgehen zu entscheiden. Gleichzeitig bekräftigt die Europäische Union, dass der vorliegende Entwurf nicht mehr „nachverhandelt“ werden könne. Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über Aufbau und Inhalt des Entwurfs und formuliert eine erste Einschätzung.

I. Einleitung

Der „Bilaterale Weg“ erlaubt es der Schweiz, in bedeutende Teile des EU-Binnenmarkts integriert zu sein sowie in weiteren Gebieten (wie in so unterschiedlichen Bereichen wie der Beteiligung an den EU-Forschungsprogrammen oder der Schengen-/Dublin-Kooperation) mit der Europäischen Union zu kooperieren bzw. an weiteren Teilen des unionsrechtlichen Besitzstands teilzunehmen. Insgesamt stellt der in mehreren Volksabstimmungen demokratisch legitimierte Bilaterale Weg für die Schweiz (aber wohl auch für die Union) eine Erfolgsgeschichte dar,¹ was auch für die mitunter umstrittene Personenfreizügigkeit gilt.² Nichtsdestotrotz sieht er sich bereits seit einigen Jahren bedeutenden Herausforderungen und auch Infragestellungen ausgesetzt, die teilweise (aus Schweizer Sicht) „hausgemacht“ sind (wie insbesondere diverse Volksinitiativen und das Inkrafttreten von Verfassungsartikeln, die zumindest in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Personenfreizügigkeit stehen),³ ihre

¹ S. insoweit z.B. die Beiträge in *Patrik Schellenbauer/Gerhard Schwarz* (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015,

² Vgl. die Untersuchung der (positiven) Effekte der Freizügigkeit z.B. bei *Patrik Schellenbauer*, *Wirtschaft und Arbeitsmarkt unter neuem Regime*, in: *Patrik Schellenbauer/Gerhard Schwarz* (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015, 81 ff., m.w.N.

³ Vgl. insoweit *Astrid Epiney*, *Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen*, in: *Alberto Achermann u.a.* (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016*, 2016, 3 ff.

Ursache aber auch teilweise in von Seiten der Union an die Schweiz herangetragenen Anliegen finden.

So betont die Union seit mehreren Jahren, eine Weiterentwicklung der Bilateralen Abkommen und insbesondere der Abschluss neuer Abkommen, die einen Marktzugang und damit eine weitergehende Beteiligung am Binnenmarkt implizieren (woraan die Schweiz ein Interesse haben kann, so etwa im Elektrizitäts- oder Dienstleistungsbereich), kämen nur unter der Voraussetzung einer Einigung der Vertragsparteien über die Lösung der sog. institutionellen Fragen in Betracht. Diese Anliegen unterstreicht die Union damit, dass sie zu verstehen gibt, im Falle eines Scheiterns der diesbezüglichen Verhandlungen auf sonstige Kooperationen oder Entscheidungen, zu denen sie rechtlich nicht verpflichtet ist, möglicherweise verzichten zu wollen. Diese können für die Schweiz von grosser Bedeutung sein, wie z.B. die Beteiligung an den EU-Forschungsprogrammen, die Anerkennung der Gleichwertigkeit der Schweizer Börse oder auch der Beschluss über die Äquivalenz des Datenschutzniveaus in der Schweiz (die für die wirtschaftlich sehr bedeutsame grenzüberschreitende Übermittlung von Personendaten eine grosse Rolle spielt). Aber auch abgesehen von dem Umstand, dass die Schweiz als Kleinstaat keinerlei Interesse an einem politischen und wirtschaftlichem «Seilziehen» mit der Union hat, liegt der Abschluss eines Institutionellen Abkommens auch insofern in ihrem Interesse, als auf diese Weise auch für die Schweiz eine grössere Rechtssicherheit erreicht werden kann. Dies ist z.B. in Bezug auf die automatische Anpassung des für die Wirtschaft sehr bedeutsamen Abkommens über technische Handelshemmnisse, aber auch für die Streitbeilegung von Bedeutung, hat doch die Schweiz als kleinerer Partner ein grosses Interesse an einer vorwiegend oder zumindest auch durch rechtliche Verfahren geregelten Streitbeilegung, bei der politischer Druck eine geringere Rolle spielt.

Im Zentrum des Interesses der institutionellen Fragen stehen dabei die Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstandes und seine Auslegung, die Überwachung der Einhaltung der Abkommen in der und durch die Schweiz sowie die Streitbeilegung.⁴ Die Verhandlungen dauerten mehrere Jahre, und konnten im November 2018 zumindest vorläufig durch eine Einigung auf einen Vertragsentwurf abgeschlossen werden. Dieser wurde am 7. Dezember 2018 veröffentlicht, und der Bundesrat will nun die betroffenen Kreise konsultieren, um auf

⁴ Vgl. zur Problematik *Astrid Epiney*, Beziehungen Schweiz – EU: Status quo und Perspektiven in: Patrik Schellenbauer/Gerhard Schwarz (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015, 25 (60 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: *Astrid Epiney/Stefan 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: *Astrid Epiney/Lena 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: *Astrid Epiney/Lena Hehemann* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018*, Zürich/Bern 2018, 451 ff.; ausführlich *Clémentine Mazille*, *L'institutionnalisation de la relation entre l'Union européenne et la Suisse. Recherche sur une construction européenne*, Zürich 2018, 456 ff.

dieser Grundlage über die Unterzeichnung bzw. das weitere Vorgehen zu entscheiden. Nachfolgend wird ein Überblick über die wesentlichen Elemente des Entwurfs gegeben (II.), um auf dieser Grundlage eine erste, notwendigerweise vorläufige Gesamteinschätzung des Verhandlungsergebnisses zu formulieren (III.) sowie ein kurzes Fazit zu ziehen (IV.).

II. Der Entwurf des Institutionellen Abkommens (InstA): ein Überblick

1. Vertragsparteien

Vertragsparteien des Institutionellen Abkommens (der Begriff Rahmenabkommen wird im Abkommen nicht verwendet) sind die Europäische Union und die Schweiz; die EU-Mitgliedstaaten sind keine Vertragsparteien. Es handelt sich also – im Gegensatz zum vom Anwendungsbereich des Abkommens⁵ erfassten Freizügigkeitsabkommen – nicht um ein sog. gemischtes Abkommen, das auch von allen Mitgliedstaaten ratifiziert werden muss. Offenbar geht die Union also davon aus, dass sie für den Abschluss des Abkommens allein zuständig ist, was wohl vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass die materiell-rechtliche Zuständigkeit der Union nach der Rechtsprechung des EuGH die Kompetenz einschliesst, diese Verpflichtungen mit organisatorischen Bestimmungen zu flankieren, womit auch ein Streitbeilegungsverfahren vorgesehen werden dürfe, in dessen Rahmen ein Schiedsgericht verbindlich über Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien entscheiden kann.⁶

Da das vom Anwendungsbereich des geplanten Institutionellen Abkommens erfasste Freizügigkeitsabkommen jedoch seitens der Union ein gemischtes Abkommen ist, fragt es sich, ob der Union tatsächlich die ausschliessliche Zuständigkeit für den Abschluss des Institutionellen Abkommens zukommt. Die Frage nach der Reichweite der ausschliesslichen Kompetenzen der Union ist immer wieder Gegenstand von Verfahren vor dem EuGH und gehört zu einer der komplexeren Fragen der Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten.⁷ Für die Kompetenz der Union, das Abkommen allein – ohne die

⁵ Hierzu noch unten II.3.b).

⁶ EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376 (Freihandelsabkommen mit Singapur). Allerdings müssen die Regelungen über die Streitbeilegung die Vorgaben des Primärrechts beachten, was insbesondere impliziert, dass das «Auslegungsmonopol» des EuGH in Bezug auf das Unionsrecht gewahrt werden muss. Vgl. aus der Rechtsprechung grundlegend EuGH; Rs. 1/91 (EWR I), ECLI:EU:C:1991:490; s. sodann insbesondere EuGH, Gutachten 2/2013 (EMRK), ECLI:EU:C:2014:2454; EuGH, Gutachten 1/09 (Europäisches Patentgericht), ECLI:EU:C:2011:123; EuGH, Rs. C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158.

⁷ S. aus der jüngeren Rechtsprechung z.B. EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376 (Freihandelsabkommen mit Singapur); EuGH, Rs. C-114/12 (Kommission/Rat), ECLI:EU:C:2014:2151; EuGH, Gutachten 1/13 (Übereinkommen über internationale Kindesentführungen), ECLI:EU:C:2014:2303. Aus der Literatur zum Thema z.B. den Überblick bei *Marcel Haag*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag/Markus Kotzur, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 13. Aufl., Baden-Baden 2019, § 36, Rn. 16 ff.; vertiefend z.B. *Merijn Chamon*, Implied exclusive powers in the ECJ's post-Lisbon Jurisprudence: The continued development of the *ERTA* doctrine, CMLRev. 2018,

Mitgliedstaaten – abzuschliessen, spricht, dass es (wie auch der Titel illustriert)⁸ nur diejenigen Abkommen betrifft, die den Zugang der Schweiz zum EU-Binnenmarkt zum Gegenstand haben: Soweit Waren und Dienstleistungen betroffen sind, geht der EuGH davon aus, dass die sich aus Art. 207 AEUV ergebende ausschliessliche Zuständigkeit der Union im Falle der Regelung des Waren- und Dienstleistungshandels einschlägig ist. Soweit weitere Bereiche (wie gewisse Aspekte des Land- und Luftverkehrs oder die Personenfreizügigkeit) geregelt werden, sind zahlreiche diesbezügliche Aspekte bereits im Binnenverhältnis geregelt, so dass Verträge der Mitgliedstaaten in den vom geplanten Abkommen erfassten Bereichen die gemeinsamen Regeln beeinträchtigen könnten (wofür es nach der Rechtsprechung bereits ausreichend ist, dass die Verpflichtungen in den Anwendungsbereich der gemeinsamen Regeln fallen).⁹ Spezifisch in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Union seit seiner Unterzeichnung im Jahr 1999 zahlreiche Sekundärrechtsakte erlassen hat, die (auch) die Freizügigkeit von Drittstaatsangehörigen bzw. deren Aufenthaltsrechte und Aufenthaltsbedingungen in den Mitgliedstaaten betreffen. Vor allem aber haben die Union und ihre Mitgliedstaaten das Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz abgeschlossen, so dass es dessen Regeln beeinträchtigen könnte, wenn die Mitgliedstaaten einzeln Abkommen mit der Schweiz über die im Institutionellen Abkommen geregelten Fragen abschliessen könnten. Insofern spricht also in der Tat Vieles dafür, dass die Union das Institutionelle Abkommen allein abschliessen darf.

Nicht zu verkennen ist jedoch, dass auf diese Weise die Union über den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages die Tragweite eines gemischten Vertrages, an dem eben auch die Mitgliedstaaten beteiligt sind, modifizieren kann, dies ohne die Zustimmung der Mitgliedstaaten. Soweit ersichtlich wurde diese Problematik in der Rechtsprechung bislang noch nicht thematisiert (und auch das Problem dürfte sich so noch nicht gestellt haben); hinzuweisen ist aber jedenfalls darauf, dass diese Konsequenz auch vor dem Hintergrund der Entwicklung des Unionsrechts zu sehen ist.

2. Aufbau

Das Institutionelle Abkommen besteht aus folgenden Teilen:

- Der Hauptteil stellt das „Herzstück“ des Abkommens dar und enthält die wesentlichen Verpflichtungen der Vertragsparteien.

1101 ff.; *Marianne Dony*, Retour sur les compétences externes implicites de l'Union, CDE 2018, 109 ff.; *Carsten Nowak/Maya Sofie Masuhr*, «EU only»: Die ausschliesslichen impliziten Aussenkompetenzen der Europäischen Union – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 4.9.2014 in der Rs. C-114/12, EuR 2015, 189 ff.

⁸ «Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe».

⁹ Vgl. EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376 (Freihandelsabkommen mit Singapur); Gutachten 3/15, ECLI:EU:C:2017:114 (Vertrag von Marrakesch). S. auch die Nachweise in Fn. 7.

- In drei Protokollen – die integrale Bestandteile des Abkommens sind (Art. 19 InstA) – werden spezifische Fragen geregelt: Protokoll 1 betrifft die Massnahmen zum Schutz des schweizerischen Arbeitsmarkts, Protokoll 2 enthält eine Reihe von Ausnahmen vom Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme und Protokoll 3 regelt das Verfahren vor dem Schiedsgericht.
- Hinzu kommt ein Anhang, welcher für das Luftverkehrsabkommen eine Reihe unionsrechtlicher Regelungen und Mitteilungen in Bezug auf staatliche Beihilfen aufführt, die auch für die Schweiz – wie für einen EU-Mitgliedstaat – zu beachten sind (wobei dieser Anhang in das Luftverkehrsabkommen zu integrieren wäre).

Schliesslich haben die Vertragsparteien drei gemeinsame Erklärungen angenommen, die als solche nicht rechtsverbindlich sind, jedoch bei der Auslegung des Abkommens herangezogen werden können und / oder Aufschluss über die zukünftige Entwicklung gewisser Aspekte der Beziehungen Schweiz – EU geben können. In den Erklärungen werden folgende Aspekte angesprochen (wobei auf die beiden erstgenannten Punkte auch in der Präambel des Abkommens hingewiesen wird):

- Das Freihandelsabkommen aus dem Jahr 1972 soll vor dem Hintergrund der Entwicklungen modernisiert werden, und ggf. soll im Rahmen des Gemischten Ausschusses des Freihandelsabkommens beschlossen werden, dass dem durch das Institutionelle Abkommen eingerichteten Schiedsgericht auch im Rahmen des Freihandelsabkommens Kompetenzen zur Streitbeilegung zukommen.¹⁰
- Die Sachdienlichkeit des Kohäsionsbeitrags der Schweiz wird unterstrichen und ihre Bereitschaft, einen solchen zu leisten, begrüsst.
- Die Integration des staatliche Beihilfen betreffenden Anhangs X in das Luftverkehrsabkommen wird angekündigt.

3. *Wesentliche Inhalte*

a) Zielbestimmung (Art. 1 InstA)

Das Institutionelle Abkommen sieht in seinem Anwendungsbereich einen neuen institutionellen Rahmen vor (vgl. Art. 1 Abs. 2 InstA), dies im Hinblick auf die Zielsetzung des Abkommens, für die Wirtschaftsteilnehmer und die Einzelnen eine grössere Rechtssicherheit zu garantieren und ihre Gleichbehandlung soweit sicherzustellen, wie die Schweiz am Binnenmarkt teilnimmt; hierzu sollen „conditions homogènes“ (also eine umfassende Homogenität der anwendbaren Vorschriften und ihrer Auslegung) gewährleistet werden (Art. 1 Abs. 1 InstA).

¹⁰ Hierfür gibt es auch einen Entscheidungswurf, der den Dokumenten über das Institutionelle Abkommen beigelegt ist.

Art. 1 Abs. 3 InstA listet überblicksartig diejenigen Aspekte auf, die durch das Abkommen geregelt werden und sich mit den durch die Union bereits seit 2008 formulierten Anliegen¹¹ decken, nämlich das Verfahren der Übernahme neuer Rechtsentwicklungen in der Union in den Rahmen der Abkommen, die Auslegung, die Überwachung der Anwendung der Abkommen sowie die Streitbeilegung. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass ausdrücklich auf die Grundsätze des Völkerrechts Bezug genommen wird, und in der Tat sieht das Abkommen zwar einerseits eine umfassende Integration der Schweiz in den von seinem Anwendungsbereich erfassten unionsrechtlichen Besitzstand vor und weist insofern einen Integrationscharakter auf; andererseits greift es aber auch auf klassische völkerrechtliche Grundsätze und Mechanismen zurück.¹²

b) Anwendungsbereich (Art. 2 InstA)

Nach Art. 2 Abs. 1 InstA findet das Abkommen nur auf diejenigen Bilateralen Abkommen¹³ Anwendung, die sich auf den Zugang zum EU-Binnenmarkt beziehen, wobei ausdrücklich auch zukünftige Abkommen erfasst sind (was derzeit insbesondere für das geplante Stromabkommen von Bedeutung ist).

Soweit die bestehenden Abkommen betroffen sind, listet Art. 2 Abs. 2 InstA die erfassten Abkommen abschliessend auf. Es handelt sich um folgende Abkommen der Bilateralen I aus dem Jahr 1999:

- Freizügigkeitsabkommen;¹⁴
- Luftverkehrsabkommen;¹⁵
- Landverkehrsabkommen;¹⁶
- Landwirtschaftsabkommen;¹⁷

¹¹ Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 4.

¹² Vgl. insoweit auch noch unten III.

¹³ Es ist bemerkenswert, dass das Institutionelle Abkommen ausdrücklich den Begriff «Bilaterale Abkommen» verwendet, womit eine Anlehnung an die in der Schweiz gebräuchliche Terminologie erfolgte; soweit ersichtlich, wurde in der Union bislang zumindest meist nicht von «bilateralen», sondern von «sektoriellen» Abkommen gesprochen.

¹⁴ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen), SR 0.142.112.681.

¹⁵ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (Luftverkehrsabkommen), SR 0.748.127.192.68.

¹⁶ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (Landverkehrsabkommen), SR 0.740.72.

¹⁷ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen (Landwirtschaftsabkommen), SR 0.916.026.81.

- Abkommen über den Abbau technischer Handelshemmnisse.¹⁸

Bemerkenswert ist der Ausschluss des Freihandelsabkommens aus dem Jahr 1972.¹⁹ Allerdings soll dieses – so die gemeinsame Erklärung der Vertragsparteien – modernisiert werden, wobei die Erklärung hier zwar die Bereiche der Modernisierung auflistet, ohne jedoch wirkliche inhaltliche Festlegungen erkennen zu lassen. Dies ändert aber nichts daran, dass das im Institutionellen Abkommen vorgesehene Streitbeilegungsverfahren auch im Falle von Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung des Freihandelsabkommens zum Zuge kommen soll; da ein entsprechender Entscheidentwurf dem Entwurf über das Institutionelle Abkommen beigelegt ist, spricht Vieles dafür, dass beide Beschlüsse miteinander verbunden sind und im Falle des Abschlusses des Institutionellen Abkommens auch ein entsprechender Beschluss des Gemischten Ausschusses des FHA gefasst werden soll. Allerdings geht es hier offenbar nur (aber immerhin) um eine politische Verknüpfung, wobei die Union auf deren Verwirklichung bestehen dürfte bzw. könnte.

Relevant ist der Ausschluss des Freihandelsabkommens vom Anwendungsbereich des Institutionellen Abkommens vor diesem Hintergrund insbesondere für die Verpflichtung zur Rechtsübernahme weiterentwickelten Unionsrechts und die Auslegungsgrundsätze. In der Sache erscheint dieser Ausschluss des Freihandelsabkommens auch vor dem Hintergrund sinnvoll, dass die Zielsetzung einer eigentlichen Integration der Schweiz in den Binnenmarkt 1972 so nicht erkennbar war, dies im Gegensatz zu den erwähnten Abkommen aus dem Jahr 1999.

Hervorzuheben ist somit der insgesamt doch beschränkte Anwendungsbereich des Institutionellen Abkommens: Nur die direkt den Zugang zum Binnenmarkt erfassenden Abkommen sind erfasst; andere bedeutende Abkommen – wie z.B. die Schengen-/Dublin-Assoziierung – sind somit von seiner Anwendung ausgeschlossen, dies obwohl auch bei ihnen mitunter eine Parallelität der Rechtsentwicklung und eine eigentliche Einbindung der Schweiz in den relevanten unionsrechtlichen Besitzstand angestrebt (und realisiert) wird. Dieser Ansatz ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass es um den Zugang der Schweiz zum EU-Binnenmarkt geht (den diese ausdrücklich wünscht und der in ihrem Interesse ist), so dass es folgerichtig erscheint, hier institutionelle Regeln vorzusehen, die eine parallele Rechtslage in der Union einerseits und im Verhältnis zur Schweiz andererseits gewährleisten können (was gewisse Sonderregeln nicht ausschliesst).²⁰

c) Auslegung (Art. 4, 18 InstA)

¹⁸ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (Abkommen über die technischen Handelshemmnisse), SR 0.946.526.81.

¹⁹ SR 0.632.401.

²⁰ Hierauf wird zurückzukommen sein, vgl. unten II.3.d). S. auch die Bewertung unter III.

Art. 4 Abs. 1 InstA formuliert den Grundsatz der parallelen Auslegung derjenigen Bestimmungen der Abkommen, die auf Unionsrecht verweisen, mit dem Unionsrecht, und Art. 4 Abs. 2 InstA nimmt ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EuGH Bezug und sieht vor, dass im Fall des Rückgriffs des Institutionellen Abkommens oder der in seinen Anwendungsbereich fallenden Abkommen die betreffenden Bestimmungen im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH ausgelegt werden, wobei ausdrücklich auch die nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung einbezogen wird. Dieser Grundsatz der parallelen Auslegung wird durch die Präambel unterstrichen, die darauf hinweist, dass die Vorgaben der Bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU teilweise den unionsrechtlichen Bestimmungen entsprechen.

In der Sache dürfte diese Bestimmung keine wirkliche Modifikation der Auslegungsgrundsätze der erfassten Abkommen mit sich bringen: Schon jetzt gehen sowohl das Bundesgericht²¹ als auch der EuGH²² – im Wesentlichen im Zusammenhang mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen, das bislang in der Rechtsprechung im Vordergrund stand – von einem derartigen Grundsatz der parallelen Auslegung aus, dies in Anknüpfung an die völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze. Obwohl Art. 16 Abs. 2 FZA in Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH nur die bis zur Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung aufführt, beziehen das Bundesgericht und der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung auch die nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung ein, und das Bundesgericht hat gar den Grundsatz formuliert, dass auch diese grundsätzlich zu beachten sei.²³ In der Literatur ist dieser Ansatz auf breite Zustimmung gestossen.²⁴

²¹ S. grundlegend BGE 136 II 5; vgl. sodann z.B. BGE 140 II 112; BGE 142 II 35.

²² S. insbesondere EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-425/11 (Ettwein), ECLI:EU:C:2013:121; EuGH, Rs. C-656/11 (Vereinigtes Königreich/Rat), ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705.

²³ Vgl. den Leitentscheid in BGE 136 II 5.

²⁴ Vgl. im Einzelnen zur Auslegung der Abkommen (insbesondere des Personenfreizügigkeitsabkommens) *Benedikt Pirker*, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl. 2015, 295 (296 ff.); *Francesco Maiani*, La „saga Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I, 27 ff.; *Matthias Oesch*, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, SJZ 2016, 53 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: Bernhard Altermatt/Gilbert Casarus (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013, Zürich 2013, 141 ff.; *Matthias Oesch*, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl. 2014, 171 ff.; *Thomas Cottier*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, ZSR 2015 I, 325 ff.; 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, 169 ff. Für einen Überblick über die relevante Rechtsprechung des Bundesgerichts die regelmässigen Berichte im Jahrbuch für Migrationsrecht, zuletzt *Astrid Epiney/Daniela Nüesch*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2017/2018, Bern 2018, 273 ff.

Allerdings beantwortet auch das Institutionelle Abkommen damit nicht die Frage, ob und inwieweit tatsächlich ein Rückgriff auf unionsrechtliche Begriffe und Konzepte erfolgt. Dies ist in einigen Konstellationen zwar klar, so insbesondere im Fall des Verweises auf EU-Sekundärrecht. In anderen Fällen ist diese Frage inzwischen durch die Rechtsprechung geklärt, so z.B. in Bezug auf die Frage, wer als Arbeitnehmer anzusehen ist oder unter welchen Voraussetzungen ein rechtmässiger Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beendet werden darf. Es wird aber immer wieder auch Bestimmungen bzw. Konstellationen geben, in denen diese Problematik (noch) nicht geklärt ist. Für solche Fälle könnte in Zukunft der im Institutionellen Abkommen vorgesehene Streitbeilegungsmechanismus zum Zuge kommen.

d) Rechtsentwicklung (Art. 5 i.Vm. Art. 12-14 InstA)

aa) Grundsätze

Art. 5 InstA sieht den Grundsatz der schnellstmöglichen Übernahme von Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands, der von den in den Anwendungsbereich des Institutionellen Abkommens fallenden Bilateralen Abkommen erfasst ist, in den Rahmen des jeweiligen Abkommens vor. Auf diese Weise soll die durch die Abkommen angestrebte Parallelität der Rechtslage auch dauerhaft gewährleistet werden, was für die Verwirklichung ihrer Zielsetzungen zentral ist.

Art. 12-14 InstA enthalten die für das Übernahmeverfahren massgeblichen Vorgaben:

- Erarbeitung und Erlass des betreffenden Unionsrechtsakts erfolgen nach den einschlägigen unionsrechtlichen Regeln durch die Union, so dass die Schweiz nicht mitentscheiden kann. Jedoch sieht Art. 12 InstA umfangreiche Beteiligungsmöglichkeiten der Schweiz vor, die relativ detailliert formuliert sind und auch den Erlass delegierter Rechtsakte und von Durchführungsrechtsakten erfassen. 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 der zuständige Gemischte Ausschuss trifft die für seine Integration in das jeweilige Abkommen notwendigen Entscheidungen.

- Sollten für das Inkrafttreten der Modifikation des Abkommens in der Schweiz spezifische verfassungsrechtliche Anforderungen zum Zuge kommen (womit insbesondere der Erlass eines dem Referendum unterstehenden Rechtsakts gemeint ist), teilt die Schweiz dies der Union mit. Diesfalls verfügt sie über eine Frist von zwei Jahren, um der Union die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen mitzuteilen; im Falle des Ergreifens des Referendums verlängert sich diese Frist um ein Jahr. In der Zwischenzeit sind die vorgesehenen Modifikationen grundsätzlich provisorisch anzuwenden.

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 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;²⁵ allerdings besteht kein Grundsatz und keine Pflicht der Anpassung.

Nicht zu verkennen ist, dass damit eine dynamische Übernahme des weiterentwickelten unionsrechtlichen Besitzstands vorgesehen wird,²⁶ womit der Handlungsspielraum der Schweiz durchaus spürbar beschränkt wird. Zu beachten ist jedoch, dass es insofern nicht um eine automatische Übernahme geht, 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. Schliesslich sei auch 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.

- bb) Zum Vorliegen einer Weiterentwicklung des unionsrechtlichen Besitzstands – unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerrichtlinie

²⁵ Im Einzelnen zu diesen Übernahmemechanismen und den Weiterentwicklungsmöglichkeiten *Astrid Epiney*, Die Beziehungen Schweiz – EU als Modell für die Gestaltung des Verhältnisses Grossbritanniens zur EU?, in: Malte Kramme/Christian Baldus/Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen, Baden-Baden 2017, 77 ff., 83 ff.

²⁶ Zu den Folgen der Nichtübernahme noch unten II.3.i).

Das Institutionelle Abkommen schweigt sich allerdings darüber aus, unter welchen Voraussetzungen genau eine Weiterentwicklung des betreffenden unionsrechtlichen Besitzstands anzunehmen ist; es weist hier lediglich auf die «domaines couverts par les accords concernés» (Art. 5 InstA) hin. In aller Regel wird eine solche 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.

In der Praxis werden diese Fragen im Rahmen der Schengen-/Dublin-Assoziierung 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 der jeweilige Rechtsakt enthält ggf. einen diesbezüglichen Hinweis. 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. Die Frage, ob ein neuer Rechtsakt Teil des Schengen/Dublin-Besitzstands ist, kann mitunter durchaus umstritten sein und ist somit nicht immer zweifelsfrei zu beantworten. So erschliesst es sich z.B. nicht auf den ersten Blick, warum die neue Datenschutzgrundverordnung (VO 2016/679)²⁷ nicht Teil dieses Besitzstands sein soll, während die Datenschutzrichtlinie (RL 95/46)²⁸, 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 Schengen-Besitzstands ist, zweifellos um eine Rechtsfrage (denn der Begriff des Schengen-Besitzstands ist ein unionsrechtlicher Begriff), so dass sie vom EuGH überprüft werden kann;²⁹ 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 wird. Zu beachten ist im Übrigen, dass die Schweiz keine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV erheben könnte, da sie nicht aktiv legitimiert ist. Auf der Grundlage des Institutionellen Abkommens könnte allerdings das Schiedsgericht angerufen werden, wenn die Schweiz oder die Europäische Union der Ansicht ist, ein bestimmter EU-Rechtsakt sei zu Unrecht als Weiterentwicklung des von dem jeweiligen Abkommen erfassten Besitzstands bezeichnet worden oder hätte als eine solche

²⁷ 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.

²⁸ RL 95/46 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281, 31.

²⁹ Vgl. schon *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 24), 153.

Weiterentwicklung angesehen werden müssen. Denn in einer solchen Konstellation ginge es um die Auslegung des Art. 5 i.V.m. Art. 12 ff. InstA, insbesondere um die Frage, ob ein Rechtsakt den vom Anwendungsbereich des jeweiligen Abkommens erfassten Bereichen («dans les domaines couverts») betrifft.³⁰

Im Übrigen ist hervorzuheben, dass die Integration neuer EU-Rechtsakte in den Rahmen eines der Bilateralen Abkommen durch den sektoriellen Gemischten Ausschuss in Anwendung der in dem jeweiligen Abkommen vorgesehenen Verfahren erfolgt; falls notwendig, soll der Ausschuss die Revision des betreffenden Abkommens vorschlagen, damit der betreffende Rechtsakt in das Abkommen integriert werden kann (Art. 13 Abs. 2 InstA). Man wird hieraus ableiten können, dass auch die Zuständigkeiten in dem betreffenden Abkommen zu beachten sind. So sehen die Abkommen in der Regel vor, dass lediglich gewisse Anhänge durch den Gemischten Ausschuss modifiziert werden können, die ihrerseits Listen von massgeblichen EU-Rechtsakten enthalten, während dies für den Text selbst des Abkommens oder von Anhängen grundsätzlich nicht möglich ist. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob und inwieweit eine Weiterentwicklung des Unionsrechts, die (möglicherweise) auch durch das jeweilige Abkommen erfasste Bereiche betrifft, auch eine Modifikation derjenigen Teile der Abkommen betreffen kann, die an sich nicht durch den Gemischten Ausschuss geändert werden können. Während die Zielsetzung des Institutionellen Abkommens eher für die Bejahung dieser Frage spricht (kann doch nur auf diese Weise die Parallelität der Rechtsentwicklung und die Homogenität sichergestellt werden), könnte Art. 13 Abs. 2 InstA in dem Sinn ausgelegt werden, dass er eine solche «Aushebelung» der Kompetenzen und Verfahren der materiellen Abkommen ausschliesst. Hierfür kann auch der in dieser Bestimmung enthaltene Hinweis darauf, dass der sektorielle Gemischte Ausschuss ggf., d.h. falls notwendig, die Revision des betreffenden Abkommens vorschlagen soll, angeführt werden. Eine Pflicht zur Revision dürfte jedenfalls nicht angenommen werden können.

Deutlich wird damit, dass die Frage nach der genauen Reichweite Anpassung der Abkommen an die Entwicklung des Unionsrechts durchaus Fragen aufwirft, die noch nicht geklärt erscheinen. Illustriert werden kann dies am Beispiel der Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38):³¹ Diese Richtlinie regelt umfassend die Freizügigkeit der Unionsbürger, inklusive ihrer Familienangehörigen. Bei ihrem Erlass standen zwei Aspekte im Vordergrund: Einerseits sollten die das Aufenthaltsrecht regelnden sekundärrechtlichen Bestimmungen in einen einzigen Rechtsakt zusammengeführt werden.³² Andererseits sollte die tatsächliche Ausübung des Freizügigkeitsrechts erleichtert werden, indem administrative Hürden verringert werden, der Status von Familienangehörigen möglichst umfassend definiert wird, ein Recht auf

³⁰ Zur Auslegung und Streitbeilegung noch unten II.3.

³¹ 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.

³² So löste die RL 2004/38 insbesondere folgende Aufenthaltsrichtlinien ab: RL 90/364/EWG (allg. Aufenthaltsrecht), ABl. L 180/1990, 26; RL 93/96/EG (Studenten), ABl. L 317/1993, 59; RL 90/365/EWG (Rentner), ABl. L 180/1990, 28.

Daueraufenthalt für die Unionsbürger eingeführt wird und die Möglichkeiten der Verweigerung des Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eingeschränkt werden.³³ Damit entwickelte die Richtlinie sicherlich die Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger weiter. Inhaltlich enthält die Richtlinie auf der einen Seite eigentliche Weiterentwicklungen und im Verhältnis zur bis zu ihrem Inkrafttreten geltenden Rechtslage zusätzliche Rechte (z.B. das Recht auf Daueraufenthalt); auf der anderen Seite greift sie aber auch in diversen Artikeln die Rechtsprechung des EuGH auf und präzisiert bereits vor ihrem Erlass geltende Vorgaben. Das Institutionelle Abkommen erwähnt die Unionsbürgerrichtlinie nicht, so dass die Frage aufgeworfen wird, ob diese in Anwendung des Art. 5 InstA zu übernehmen sein würde. Ohne dass es in diesem Rahmen möglich wäre, diese Frage abschliessend zu beurteilen, bestehen jedenfalls an einer Pflicht zur vollumfänglichen Übernahme in das Freizügigkeitsabkommen gewichtige Zweifel:

- Zunächst ist ganz allgemein darauf hinzuweisen, dass das Freizügigkeitsabkommen das Konzept der Unionsbürgerschaft – welches zum Zeitpunkt seiner Unterzeichnung bereits existierte – nicht übernommen hat. Daher dürften jedenfalls nicht umfassend alle Aspekte der Richtlinie als vom Regelungsbereich des Freizügigkeitsabkommens erfasst anzusehen sein. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Richtlinie zwar in den Rechtsbestand des EWR – der ebenfalls Freizügigkeitsrechte kennt, ohne jedoch die Unionsbürgerschaft übernommen zu haben – überführt wurde, dies jedoch mit deutlichen Abstrichen, deren Tragweite jedoch auslegungsbedürftig ist.³⁴ Insofern wäre also im Einzelnen zu präzisieren, welche Aspekte der Unionsbürgerrichtlinie tatsächlich von der «Integrationsklausel» des Art. 5 InstA erfasst wären.
- Sodann ist bemerkenswert, dass die eigentlichen Freizügigkeitsrechte im Freizügigkeitsabkommen nicht durch einen Verweis auf EU-Sekundärrechtsakte verankert werden, sondern im Anhang I FZA im Einzelnen ausformuliert werden, wobei sich die Formulierungen weitgehend an das 1999 (Zeitpunkt der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens) geltende Sekundärrecht anlehnen. Dem Gemischten Ausschuss kommt keine Kompetenz zu, diesen Anhang zu modifizieren, so dass sich die soeben skizzierte Frage stellt, ob in einer solchen Konstellation Art. 5 InstA tatsächlich zum Zuge kommt oder nicht.

Nur am Rande und ohne dass dem in diesem Rahmen nachgegangen werden kann, ist darauf hinzuweisen, dass die konkrete zusätzliche Tragweite der Unionsbürgerrichtlinie im Verhältnis zum Freizügigkeitsabkommen häufig überschätzt werden dürfte: Zwar gibt es durchaus neue

³³ In Bezug auf den zuletzt genannten Punkt und im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsabkommen ist von Bedeutung, dass die RL 2004/38 auch die RL 64/221 aufhob. Weiter hob sie neben den bereits in Fn. 32 erwähnten folgende Rechtsakte auf: RL 68/360, RL 72/194, RL 73/148, RL 75/34, RL 75/35.

³⁴ Hierzu *Christa Tobler*, Personenfreizügigkeit mit und ohne Unionsbürgerrichtlinie – Reise- und Aufenthaltsrechte im Ankara-Abkommen, dem FZA Schweiz-EU und dem EWR-Recht, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, Zürich/Bern 2018, 433 (438 ff.).

Rechte; gleichzeitig aber stellen weite Teile der Richtlinie lediglich Kodifizierungen der Rechtsprechung oder Konkretisierungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (wie z.B. bei der Frage nach der Zulässigkeit der Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung) dar, und häufig werden bereits bislang geltende Bestimmungen im Ergebnis übernommen.³⁵ Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung des EuGH in den letzten Jahren den Mitgliedstaaten in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit nicht erwerbstätigen Unionsbürgern im Aufnahmestaat Zugang zu Sozialhilfe zu gewähren ist, einen denkbar weiten Gestaltungsspielraum einräumt, so dass die Mitgliedstaaten diesen Zugang beschränken können bzw. die betreffenden Personen unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ausweisen können.³⁶ Soweit hingegen der Zugang von Erwerbstätigen und ihren Familienangehörigen zu Leistungen sozialer Sicherheit und zu Sozialhilfe betroffen ist, ergeben sich die entsprechenden Rechte bereits heute weitgehend aus dem Freizügigkeitsabkommen.³⁷ Deutlich wird damit auch, dass die Modifikation des EU-Rechts auf legislativer Ebene nicht zwingend zu einer Änderung der massgeblichen Rechtslage führen muss, so dass auch – in Anknüpfung an die für die Auslegung der Abkommen zum Zuge kommenden Grundsätze – im Falle einer Änderung des EU-Rechts, die als solche nicht Eingang in das Abkommen findet (weil dieses noch auf das „alte“ Recht verweist, wie etwa in Art. 5 Anhang I FZA auf die RL 64/221, oder weil die Formulierungen des Abkommens an die bisherige Rechtslage angelehnt sind), durch Auslegung der einschlägigen Abkommensbestimmungen eine Parallelität mit der Rechtslage in der Union sichergestellt bzw. fortgeführt werden kann.

cc) Von der Homogenität der Rechtsentwicklung ausgenommene Bereiche – unter besonderer Berücksichtigung der sog. Flankierenden Massnahmen

³⁵ So überrascht es dann auch nicht, dass das Bundesgericht mitunter durchaus auf die RL 2004/38 Bezug nimmt, um Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens auszulegen, dies jeweils mit dem Hinweis, dass die neue Rechtslage in der Union auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zu beachten sei, vgl. z.B. BGE 136 II 5. S. auch BG, 2C_558/2009, Urt. v. 26.4.2010, wo das Bundesgericht auf Art. 8 Abs. 1-3 RL 2004/38, die bislang auch in der Union nicht explizit geregelte Pflichten der Unionsbürger zur Anmeldung o.ä. betreffen, hinweist und als Auslegungshilfe für die Frage nach der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung mit dem Freizügigkeitsabkommen heranzieht.

³⁶ EuGH, Rs. C-299/14 (Jobcenter Recklinghausen, ECLI:EU:C:2016:114; EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic), ECLI:EU:C:2015:597; EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), ECLI:EU:2014:2385; EuGH, Rs. C-158/07 (Förster), Slg. 2008, I-8507. Zur Problematik instruktiv *Stamatia Devetzi/Frank Schreiber*, Diskriminierungsfreier Zugang zu Sozialleistungen – nur noch nach Maßgabe der Unionsbürger-Richtlinie?, in: ZESAR 2016, 15 ff.; *Dominik Steiger*, Freizügigkeit in der EU und Einschränkungen von Sozialleistungen für EU-Ausländer – Vom Verlust der richtigen Balance zwischen den Interessen der Mitgliedstaaten und den Rechten des Einzelnen sowie der Notwendigkeit einer primärrechtskonformen Auslegung der Freizügigkeitsrichtlinie, EuR 2018, 304 ff.; *Sandra Mantu/Paul Minderhoud*, EU citizenship and social solidarity, MJ 2017, 703 ff.; *Thomas Oberhäuser/Eva Steffen*, Rechtswidriger Leistungsausschluss für Unionsbürger, ZAR 2017, 149 ff.

³⁷ Vgl. hierzu die Beiträge in *Astrid Epiney/Teresia Gordzielik* (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen / Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques, Zürich 2015; .

Die Protokolle 1 und 2 nehmen gewisse Bereiche von der Pflicht zur Übernahme von Weiterentwicklungen des erfassten Besitzstands aus bzw. räumen der Schweiz das explizite Recht auf Beibehaltung bestimmter Regelungen ein.

Protokoll 2 listet diverse solcher Ausnahmen auf, die in den sektoriellen Abkommen (konkret im Freizügigkeitsabkommen, im Landverkehrsabkommen und im Landwirtschaftsabkommen) selbst bereits verankert sind, so z.B. das Sonn- und Feiertagsfahrverbot für Lastwagen oder die Nichtexportierbarkeit bestimmter Sozialversicherungsleistungen. Im Umkehrschluss wird man aus dieser expliziten Verankerung derartiger Ausnahmen folgern können, dass alle sonstigen Weiterentwicklungen des Unionsrechts, die seit der Unterzeichnung der Abkommen erfolgten, jedoch (noch) nicht in diese übernommen wurden, von der Übernahmepflicht erfasst sind, ein Ansatz, der im Zusammenhang mit der Unionsbürgerrichtlinie³⁸ von Bedeutung sein könnte.

Protokoll 1 betrifft Massnahmen zum Arbeitnehmerschutz. In einer langen Präambel wird hier zunächst die Bedeutung einerseits des Lohnschutzes, andererseits des diskriminierungsfreien Marktzugangs sowie der unionsrechtlichen Massnahmen zur Gewährleistung des Arbeitnehmerschutzes betont. Nr. 1 Protokoll 1 sieht auf dieser Grundlage Folgendes vor:

- Auf der Grundlage des Grundsatzes «Gleicher Lohn für gleiche Arbeit» dürfen die Vertragsparteien ein adäquates und verhältnismässiges Schutzniveau garantieren, damit einerseits die Dienstleistungsfreiheit verwirklicht, andererseits der Missbrauch und die Umgehung bestehender Vorgaben verhindert wird.
- Die Schweiz wird die RL 96/71³⁹ in ihrer durch die RL 2018/957⁴⁰ revidierten Fassung (Entsenderichtlinie) sowie die RL 2014/67⁴¹ (sog. Durchsetzungsrichtlinie) innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten des Abkommens umsetzen.
- Die Schweiz wird in das Binnenmarktinformationssystem⁴² integriert. Dieses System erleichtert die Verwaltungszusammenarbeit und erlaubt damit auch die Effektivität von Kontrollen vor Ort.

Darüber hinaus steht Nr. 2 Protokoll 1 der Schweiz ausdrücklich das Recht zu, folgende Massnahmen zur Gewährleistung des Lohnniveaus bzw. des Arbeitnehmerschutzes zu ergreifen:

- Dienstleistungserbringer aus dem EU-Ausland können verpflichtet werden, sich vor dem Beginn ihrer Arbeiten anzumelden. Vorgesehen werden darf eine Anmeldefrist von höchstens vier Arbeitstagen, die auf der Grundlage einer objektiven und

³⁸ Zu dieser bereits oben.

³⁹ RL 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18, 1.

⁴⁰ 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.

⁴¹ RL 2014/67 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 2014 L 159, 11.

⁴² Vgl. VO 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“), ABl. 2012 L 316, 1.

branchenspezifischen Risikoanalyse, die regelmässig zu überprüfen ist, beschlossen werden darf.

- Sollten Dienstleistungserbringer in der Vergangenheit ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachgekommen sein, können sie zur Leistung einer verhältnismässigen Kautionspflicht vor der Erbringung weiterer Dienstleistungen verpflichtet werden, wobei auch hier eine branchenspezifische Risikoanalyse notwendig 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.

Auf diese Weise ist sichergestellt, dass die erwähnten Massnahmen jedenfalls als im Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen angesehen werden, dies auch für den Fall, dass ähnliche Massnahmen (in Zukunft) in der Union als unionsrechtswidrig eingestuft werden sollten. Gleichzeitig beschränken sie jedoch insofern den Handlungsspielraum der Schweiz, als auf dasselbe Instrumentarium zurückgreifende strengere nationale Massnahmen (also eine längere Voranmeldefrist, eine weitergehende Kautionspflicht oder weitergehende Dokumentationspflichten für Selbständige bzw. potentielle «Scheinselbständige») grundsätzlich unzulässig sein dürften, ist doch aus der ausdrücklichen Aufführung der maximal zulässigen Massnahmen *e contrario* zu schliessen, dass strengere Massnahmen zumindest in aller Regel als unverhältnismässig anzusehen sind (was es möglicherweise nicht ausschliesst, dass ganz punktuell aufgrund sehr hoher Risiken auch hier strengere Massnahmen ergriffen werden könnten).

Dies bedeutet freilich nicht, dass die Schweiz nicht andere Massnahmen zur Aufrechterhaltung des Lohnniveaus ergreifen kann. M.a.W. dürfte Protokoll 1 InstA lediglich im Verhältnis zu den dort aufgeführten Schutzmassnahmen verstärkenden Massnahmen entgegenstehen; andere Massnahmen – also solche, die auf ein anderes Instrumentarium zurückgreifen – sind nicht *per se* als mit dem Abkommen unvereinbar anzusehen, sondern können (wie sich auch aus dem allgemeinen Hinweis in Nr. 1 erster Psiegelstrich Protokoll 1 InstA ergibt, wonach zur Sicherstellung des Grundsatzes «Gleicher Lohn für gleiche Arbeit» angemessene Massnahmen ergriffen werden können) mit diesem vereinbar sein, wenn sie die diesbezüglichen Vorgaben (also insbesondere den Grundsatz der Verhältnismässigkeit) beachten sowie mit dem für die Schweiz verbindlichen Richtlinien (insbesondere die RL 96/71 und die RL 2014/67 vereinbar sind. Letzteres hängt wesentlich davon ab, ob und inwieweit eine bestimmte nationale Massnahme in den Anwendungsbereich dieser Richtlinien fällt bzw. ob die Richtlinien in Bezug auf die geregelte Frage eine abschliessende Regelung treffen. Im Einzelnen handelt es sich hier um eine sehr komplexe Fragestellung, die nur nach genauer Analyse einerseits der nationalen Massnahme, andererseits der inhaltlichen Tragweite der einschlägigen

sekundärrechtlichen Regelung beantwortet werden kann.⁴³ Festzuhalten ist aber, dass der Kreis «verbotener» Produkte oder Handlungsweisen im Sekundärrecht häufig gerade nicht abschliessend umschrieben wird.⁴⁴

Deutlich wird damit auch, dass Protokoll 1 InstA den Handlungsspielraum der Schweiz möglicherweise weniger weit einschränkt als dies auf den ersten Blick den Anschein haben mag. Vielmehr kann seine grundsätzliche Tragweite wie folgt zusammengefasst werden:

- Die ausdrücklich in Nr. 2 Protokoll 1 InstA aufgeführten Massnahmen stehen jedenfalls in Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen; eine eigene Verhältnismässigkeitsprüfung erübrigt sich im Falle der Beachtung der in dieser Bestimmung aufgeführten Vorgaben.
- Strengere, in dieselbe Richtung gehende Anforderungen an Dienstleistungserbringer sind grundsätzlich als unzulässig anzusehen. Dies schliesst jedoch punktuelle, verhältnismässige und aufgrund einer genauen Risikoanalyse strengere Massnahmen nicht a priori aus; ihre Verhältnismässigkeit ist aber im Einzelnen zu prüfen, wobei die Beweislast bei der Schweiz liegen dürfte.
- Andere Massnahmen – also solche, die auf eine andere Konzepte oder andere Schutzansätze zurückgreifen – sind nicht von vornherein unzulässig. Vielmehr können sie im Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen stehen, sofern sie seine Vorgaben beachten. Von besonderer Bedeutung wird hier häufig die Verhältnismässigkeit und die Frage nach der Abgeschlossenheit der sekundärrechtlichen Regelungen sein. In Bezug auf letztere ist hervorzuheben, dass die revidierte Entsenderichtlinie den Grundsatz «Gleicher Lohn bei gleicher Arbeit am gleichen Ort» ausdrücklich verankert.⁴⁵

Jedenfalls untersteht aber die Frage, ob eine schweizerische Massnahme im Hinblick auf die Gewährleistung des Lohnschutzes die Vorgaben des Abkommens beachtet, der Jurisdiktion des Schiedsgerichts. M.a.W. ist dieser Bereich nicht vom Anwendungsbereich des Streitbeilegungsmechanismus' ausgeschlossen.

e) Überwachung und Anwendung der Abkommen (6, 7 InstA)

⁴³ Vgl. hierzu im Einzelnen, allerdings mit Bezug zu umweltrechtlichen Regelungen, *Astrid Epiney*, Umweltrecht in der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2019 (im Erscheinen), 5. Kap., Rn. 65 ff.

⁴⁴ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-573/12 (*Alands Vindkraft*), ECLI:EU:C:2014:2037. Auch in Bezug auf die Entsenderichtlinie EuGH, Rs. C-396/13 (*Sähköalojen ammattiliitto ry*), ECLI:EU:C:2015:86, wo der Gerichtshof den Spielraum des nationalen Gesetzgebers in Bezug auf die Definition des Mindestlohns eher weit gefasst wird; s. auch EuGH, Rs. C-115/14 (*RegioPost*), ECLI:EU:C:2015:760, wo der Gerichtshof die Frage, ob die Vergabe öffentlicher Aufträge von der Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestlohns abhängig gemacht werden darf, bejahte. Vgl. zu diesen Urteilen *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2015 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: *Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016, Zürich/Bern 2016, 63 (82 ff.).

⁴⁵ Vgl. zur Revision der RL 96/71 *Manuel Kellerbauer*, Zur Reform der EU-Entsenderichtlinie: Arbeitnehmerschutz durch gleichen Lohn für gleiche Arbeit?, *EuZW* 2018, 846 ff.

In Bezug auf die in Art. 6, 7 InstA geregelte Überwachung und Anwendung der Abkommen kooperieren die Vertragsparteien in Bezug auf die Überwachung, tauschen sich diesbezügliche Informationen aus und diskutieren in diesem Zusammenhang relevante Fragen (Art. 6 InstA). Im Übrigen ergreift jede Vertragspartei die für die Anwendung der Abkommen notwendigen Massnahmen (wie auch Art. 18 InstA betont), und im Rahmen der Gemischten Ausschüsse überwachen bzw. beobachten die Vertragsparteien gemeinsam die Anwendung der Abkommen und diskutieren ggf. diesbezügliche Fragen (Art. 7 Abs. 1, 2 InstA). Im Falle von Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf die Beachtung der Abkommen durch die andere Vertragspartei kommt das Streitbeilegungsverfahren zur Anwendung; spezifische Zuständigkeiten von Unionsorganen müssen explizit im materiellen Abkommen vorgesehen sein (Art. 7 Abs. 3 InstA).

Deutlich wird damit, dass in Bezug auf die Überwachung letztlich klassische völkerrechtliche Grundsätze zum Zuge kommen: Jede Vertragspartei sorgt selbst für die Kontrolle und Anwendung der Abkommen, so dass letztlich das für das Völkerrecht typische „Zwei-Säulen-Prinzip“ gilt, wonach jede Vertragspartei in ihrem Hoheitsgebiet die Einhaltung der eingegangenen Verpflichtungen sicherstellt. Allerdings wird dieser Grundsatz durch eine obligatorische Streitbeilegung ergänzt; dies ist zwar nicht standardmässig in völkerrechtlichen Verträgen vorgesehen; jedoch kommen durchaus sehr unterschiedlich ausgestaltete Streitbeilegungsmechanismen immer häufiger vor.

f) Staatliche Beihilfen (Art. 8A-8C und Anhang X InstA)

Art. 8A-8C InstA formulieren die Grundsätze in Bezug auf staatliche Beihilfen. Diese finden beim derzeitigen Stand der Dinge ausschliesslich auf das Luftverkehrsabkommen Anwendung; jedoch kommen sie ggf. für zukünftige Abkommen ebenfalls zum Zuge (Art. 8a Abs. 1 InstA), was wohl insbesondere für das Stromabkommen von Bedeutung sein dürfte. Dies impliziert auch, dass jeweils eine ausdrückliche Bezugnahme in dem jeweiligen sektoriellen Abkommen notwendig ist und dass die materiellen Vorgaben bezüglich der staatlichen Beihilfen nicht als solche unmittelbar anwendbar sind, auch wenn sich die Formulierung des Art. 8a Abs. 2 InstA an das Unionsrecht anlehnt. Dies ändert freilich nichts daran, dass im Falle der Massgeblichkeit der beihilferechtlichen Vorgaben ggf. bedeutende Implikationen für die Kantone zu gewärtigen wären, allerdings nur in den erfassten Sektoren und nicht bereichsübergreifend, eine Fragestellung, der hier jedoch nicht im Einzelnen nachgegangen werden kann.

In Bezug auf die Überwachung ist bemerkenswert, dass das Abkommen das Zwei-Pfeiler-Modell verankert, so dass in der Union und in der Schweiz je eigene Behörden die Anwendung der Beihilferegeln überwachen. Dabei muss das in der Schweiz angewandte System demjenigen

der Union gleichwertig sein, was insbesondere eine grosse Unabhängigkeit der Überwachungsbehörde, gewisse Genehmigungsvorbehalte sowie die Möglichkeit der Rückforderung der Beihilfen impliziert.

g) Streitbeilegung (Art. 9-11 und Protokoll 3 InstA)

Gemäss Art. 9 InstA verpflichten sich die Vertragsparteien, Streitigkeiten über die Auslegung des Abkommens oder der erfassten sektoriellen Abkommen ausschliesslich nach dem in dem Institutionellen Abkommen selbst vorgesehenen Verfahren zu regeln. Art. 10 InstA sieht hier die Einzelheiten vor, und Protokoll 3 InstA enthält diverse Verfahrensvorschriften für das Schiedsgericht. Es ist in diesem Rahmen nicht möglich, die Einzelheiten dieses Verfahrens zu analysieren, so dass ein kurzer Überblick über das Verfahren ausreichen soll:

- Der Anwendungsbereich des Streitbeilegungsmechanismus‘ bezieht sich auf die Auslegung und Anwendung sowohl des Institutionellen Abkommens selbst als auch auf die erfassten sektoriellen Abkommen und die Rechtsakte, die in diesen erwähnt werden (also im Wesentlichen das EU-Sekundärrecht, auf das in den Anhängen der sektoriellen Abkommen verwiesen wird). Erfasst ist damit auch die Frage, ob ein bestimmter Rechtsakt Teil der Weiterentwicklung des von dem jeweiligen Abkommen erfassten Bereichs ist (was z.B. in Bezug auf die Unionsbürgerrichtlinie relevant sein kann). Aber auch der Nichteinbezug eines neu erlassenen Rechtsakts wäre erfasst, da sich auch diesbezüglich die Frage nach der Auslegung des Art. 5 i.V.m. Art. 12 ff. InstA stellt, nämlich ob ein EU-Rechtsakt ein von einem sektoriellen Abkommen erfassten Bereich betrifft. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das Schiedsgericht selbst über seine Kompetenz entscheidet (Art. III.6 Abs. 1 Protokoll 3 InstA).
- Treten diesbezügliche Schwierigkeiten bzw. Fragen auf, so konsultieren sich die Vertragsparteien im Rahmen des jeweiligen sektoriellen Gemischten Ausschusses, um eine einvernehmliche Lösung zu finden (Art. 10 Abs. 1 InstA).
- Kann innerhalb von drei Monaten keine solche einvernehmliche Lösung gefunden werden, kann die Schweiz oder die EU das Schiedsgericht anrufen, das nach Massgabe des Protokolls 3 entscheidet. Das Schiedsgericht besteht aus drei oder fünf Mitgliedern, wobei je eines bzw. je zwei von jeder Vertragspartei bestimmt werden und diese sich sodann auf das verbleibende Mitglied einigen (Art. II.1, II.2 InstA).
- Falls die vor das Schiedsgericht gebrachte Frage die Auslegung oder die Anwendung von EU-Rechtsakten, die in die Abkommen integriert wurden, oder in die Abkommen übernommene unionsrechtliche Begriffe betrifft, so ruft das Schiedsgericht den EuGH an, der über diese Frage entscheidet. Das Urteil des EuGH ist für das Schiedsgericht bindend

(Art. 10 Abs. 3 InstA). Das Verfahren ähnelt dem Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV), und der Gerichtshof wendet denn auch die entsprechenden internen Verfahrensregeln analog an (Art. Iii.9 Abs. 5 Protokoll 3 InstA).

- Der auf dieser Grundlage ergangene Entscheid des Schiedsgerichts ist von den Parteien zu befolgen (Art. 5 InstA).
- Respektiert die unterlegene Partei das Urteil des Schiedsgerichts nicht, so kann die andere Vertragspartei Ausgleichsmassnahmen ergreifen, die auch die ganze oder teilweise Suspendierung des betroffenen Abkommens umfassen kann (Art. 10 Abs. 6 InstA). Bemerkenswert ist, dass es ausreichend ist, wenn eine Vertragspartei der Ansicht ist, die andere Partei respektiere seine Verpflichtungen nicht bzw. befolge nicht das Urteil des Schiedsgerichts.
- Die Verhältnismässigkeit der erwähnten Ausgleichsmassnahmen kann vom Schiedsgericht auf Antrag einer der Parteien überprüft werden (falls im Gemischten Ausschuss keine Lösung gefunden werden kann), Art. 10 Abs. 7 InstA. In diesem Rahmen kann wohl auch geprüft werden, ob das Ergreifen der Ausgleichsmassnahmen per se gerechtfertigt war, so dass es auch um die Frage gehen kann, ob die andere Vertragspartei das Urteil des Schiedsgerichts tatsächlich nicht befolgt hat.

Das Streitbeilegungsverfahren ist somit obligatorisch für die Parteien, die sich nicht einseitig der Jurisdiktion des Schiedsgerichts und des EuGH entziehen können. Nichtsdestotrotz weist es doch gewisse politische Elemente auf: So werden schon bei der Einleitung des Verfahrens, insbesondere der Befassung des Schiedsgerichts, politische Gesichtspunkte eine Rolle spielen, können die Vertragsparteien doch auf die Einleitung verzichten. Einzelne bzw. betroffene Wirtschaftsteilnehmer können weder direkt noch indirekt ein Verfahren einleiten. Aber auch die implizit im Abkommen vorgesehene Möglichkeit, sich dann doch nicht an das Urteil des Schiedsgericht 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 wird, 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 übrigens gerade für den schwächeren Vertragspartner, die Schweiz, von überragender Bedeutung ist.

h) Kooperation (Art. 15, 16 InstA)

Art. 15 InstA sieht die Einrichtung eines horizontalen Gemischten Ausschusses vor, der eine Gesamtsicht über die Beziehungen Schweiz – EU gewährleisten, die Koordination der

verschiedenen sektoriellen Gemischten Ausschüsse sicherstellen und die Anwendung des Institutionellen Abkommens überwachen soll.

Gemäss Art. 16 InstA wird ein Gemischter Parlamentarischer Ausschuss eingerichtet ist, der aus gleich vielen Mitgliedern des Europäischen Parlaments und der Bundesversammlung zusammengesetzt ist. Es soll durch seine Debatten und den in seinem Rahmen geführten Dialog zu einem besseren Verständnis zwischen den Vertragsparteien in den erfassten Bereichen beitragen.

i) Verhältnis zu den materiellen Abkommen (Art. 17, 22 InstA)

Soweit das Verhältnis zu den erfassten sektoriellen Abkommen betroffen ist, sieht Art. 17 Abs. 1 InstA vor, dass weder deren Anwendungsbereich, noch ihre Ziele, noch ihren materiellen Inhalt modifiziert wird. Falls es Inkompatibilitäten zwischen dem Institutionellen Abkommen und den sektoriellen Abkommen geben, kommt ersterem Vorrang zu (Art. 17 Abs. 2 InstA).

Man wird aus diesen Bestimmungen ableiten können, dass jedenfalls der materielle Inhalt (also z.B. der Anwendungsbereich) der sektoriellen Abkommen von dem Institutionellen Abkommen nicht berührt wird. Weniger klar ist hingegen, ob aus Art. 17 Abs. 2 InstA implizit abgeleitet werden kann, dass die institutionellen Bestimmungen der sektoriellen Abkommen grundsätzlich durch das Institutionelle Abkommen verdrängt werden oder ob diese Bestimmung lediglich Eventualitäten betrifft und im Fall unvorhergesehener Unvereinbarkeiten von Bedeutung sein soll. Während die Zielsetzungen des Abkommens (insbesondere die in Art. 1 Abs. 1 erwähnte Homogenität) eher für den zuerst genannten Ansatz sprechen, deuten andere Bestimmungen des Abkommens selbst – so insbesondere der in Art. 13 Abs. 2 InstA figurierende Hinweis auf die Verfahren in den sektoriellen Abkommen und auf die ggf. notwendige Revision des Abkommens – eher auf den zuletzt genannten Ansatz hin. In diesem Sinn wäre das Abkommen insgesamt als Ergänzung zu den sektoriellen Abkommen zu verstehen, das grundsätzlich zusätzlich zum Zuge kommen soll und nur in Ausnahmefällen – bei echten Unvereinbarkeiten – die Vorgaben der sektoriellen Abkommen verdrängen soll.

Art. 22 Abs. 2 InstA stellt eine Verbindung des Institutionellen Abkommens mit den betroffenen sektoriellen Abkommen her: Falls sich die Parteien im Falle des Ausserkrafttretens des ersteren nicht auf eine Weiterführung der sektoriellen Abkommen innerhalb einer Frist von drei Monaten einigen können, treten diese automatisch innerhalb der in ihnen selbst vorgesehenen Fristen ausser Kraft. Diesfalls bleiben die bereits begründeten Rechte und Pflichten der Einzelnen und der Wirtschaftsteilnehmer unberührt (Art. 22 Abs. 3 InstA).

Damit wird also eine Guillotineklausel eingeführt. Dabei kann sich die in Art. 22 Abs. 2 InstA vorgesehene mögliche Einigung der Vertragsparteien wohl auch auf einzelne der erfassten Verträge beziehen, so dass nicht eine „Alles oder Nichts-Lösung“ gefunden werden muss.

Allerdings würde – in Verbindung mit der fortbestehenden Guillotineklausel in den Bilateralen I – bereits das Ausserkrafttreten einer der Abkommen der Bilateralen I ausreichen, um das gesamte Paket hinfällig werden zu lassen.

III. Vorläufige Bewertung

Die Bewertung des nunmehr vorliegenden Entwurfs des Institutionellen Abkommens muss notwendigerweise vor dem Hintergrund erfolgen, dass es um den Rahmen für diejenigen Bilateralen Abkommen geht, die eine (teilweise) Teilnahme der Schweiz am EU-Binnenmarkt garantieren sollen, so dass der Zugang der Schweiz zu diesem Binnenmarkt in Frage steht. Dieser Binnenmarkt gehorcht in der Union einer Reihe von Regeln, die für sein Funktionieren notwendig sind und denen sich die Mitgliedstaaten – nicht immer ohne Mühe – unterworfen haben. Aus dieser Optik impliziert auch die Teilhabe eines Drittstaats (der der Union nicht beitreten will) am Binnenmarkt, dass man sich zumindest an gewisse dieser Regeln hält, auch wenn man sie nicht mitgestalten kann.

Freilich gibt es auch insoweit bei der Aushandlung der entsprechenden Abkommen einen gewissen Gestaltungsspielraum, und hierauf zählte denn auch die Schweiz bei den Verhandlungen. Ihr Interesse lag im Wesentlichen darin, gewisse politisch hoch sensible Fragen entweder in ihrem Sinn zu regeln oder aber aus dem Abkommen ganz auszuklammern. Im Einzelnen standen für die Schweiz hier insbesondere die sog. Flankierenden Massnahmen, die Frage nach der Pflicht zur Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie sowie Streitbeilegung im Vordergrund, während die dynamische Rechtsübernahme zwar auch diskutiert wurde, man sich hier aber relativ rasch einigen konnte.

Diese teilweise durchaus auseinander laufenden Interessen sollten jedoch nicht den Blick darauf verstellen, dass es letztlich im Interesse beider Parteien liegt, eine Lösung zu finden, welche die Nachhaltigkeit des Bilateralen Weges, soweit der Zugang zu Teilen des Binnenmarkts betroffen ist, sicherzustellen. Dies impliziert jedenfalls die Homogenität der Rechtsentwicklung, die Parallelität der Auslegung der geltenden Regeln und einen jedenfalls auch rechtlich ausgestalteten Streitbeilegungsmechanismus. Die Verankerung entsprechender Grundsätze in einem Vertragswerk und die «Verrechtlichung» der Streitbeilegung ist im Übrigen auch insoweit im Interesse der Schweiz, als sie eine grössere Rechtssicherheit mit sich bringt und die Möglichkeit des Einsatzes politischen Drucks beschränkt, was dem kleineren Vertragspartner ein wichtiges Anliegen sein müsste. Insofern ist der Abschluss des Institutionellen Abkommens ist für die Schweiz von grosser Bedeutung: Es gewährleistet nicht nur die Zukunftsfähigkeit des Bilateralen Weges, sondern bringt auch Rechtssicherheit für die Schweiz.

Das vorliegende Verhandlungsergebnis erscheint insgesamt sehr ausgewogen und berücksichtigt in vielen Aspekten die Interessen der Schweiz (so insbesondere bei der

Streitbeilegung und gewissen Ausnahmen). Zwar ist nicht zu verkennen, dass es den Handlungsspielraum der Schweiz – wie jeder völkerrechtliche Vertrag – einschränkt, insbesondere durch die vorgesehene dynamische Anbindung an die Entwicklung des Unionsrechts. Auch konnte die Schweiz nicht alle ihre Anliegen vollumfänglich durchsetzen. So wird etwa der Spielraum in Bezug auf die Massnahmen zum Lohnschutz eingeschränkt, und die Unionsbürgerrichtlinie wird nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Auch ist die Tragweite gewisser Vorgaben des Abkommens noch nicht abschliessend geklärt, und es ist zu erwarten, dass sich hier noch Entwicklungen ergeben werden (was freilich kein Alleinstellungsmerkmal des Institutionellen Abkommens ist, sondern bei Rechtstexten häufig vorkommt), so dass auch der Streitbeilegung durchaus eine gewisse Rolle zukommen wird. Auf der anderen Seite gewährleistet das Abkommen aber auch einen umfassenden Zugang der Schweiz zu weiten Teilen des EU-Binnenmarkts und sie wird insoweit im Wesentlichen gleich wie ein EU-Mitgliedstaat behandelt. Gleichzeitig werden ihr gewisse – im Vergleich zu den EU-Mitgliedstaaten – «Sonderrechte» eingeräumt, und gerade die Streitbeilegung sowie die Reichweite der grundsätzlichen Pflicht zur Übernahme von Weiterentwicklungen lassen auch Raum für politische Bewertungen und Lösungen. Zu erinnern ist weiter daran, dass die materiellen Implikationen insbesondere der Unionsbürgerrichtlinie, aber auch der Beschränkung des Handlungsspielraums der Schweiz bei den Flankierenden Massnahmen nicht nur teilweise noch nicht abschliessend geklärt sind, sondern zumindest in (weiten) Teilen nicht überbewertet werden sollten.

IV. Fazit

Im Ergebnis geht es damit letztlich um eine politische Abwägung, in deren Rahmen auch die inhaltlichen Aspekte vertieft diskutiert werden sollten (so insbesondere die m.E. häufig überschätzten Implikationen der Unionsbürgerrichtlinie oder die tatsächlich bestehenden Unterschiede zwischen dem EU-Entsenderecht und der Rechtslage in der Schweiz). Auch ist wohl zu beachten, dass ein «Nachverhandeln» mit der Union offenbar nicht möglich ist und wohl sehr schwierig wäre (und ein für die Schweiz «besseres» Ergebnis auch kaum realisierbar erscheint) und der Verzicht auf das Institutionelle Abkommen nicht nur die Zukunftsfähigkeit des Bilateralen Weges gefährdete, sondern auch diverse sonstige Nachteile (z.B. fehlender Zugang zu den Forschungsrahmenprogrammen oder eine Nichtanerkennung der Schweizer Börse) für die Schweiz zu erwarten wären. Bei einem solchen «politischen Kräfteressen» würde die Schweiz wohl letztlich den Kürzeren ziehen.

Für die Schweiz als wirtschaftlich, politisch und kulturell international verflochtenes Land ist die verlässliche und stabile Gestaltung der Beziehungen zur Europäischen Union von zentraler Bedeutung. Die Vorstellung, die Schweiz könne ohne einen gesicherten Zugang zum EU-

Binnenmarkt ihren Wohlstand und ihre Innovationskraft ohne Weiteres aufrecht erhalten, erscheint angesichts der tatsächlichen Abhängigkeiten wenig überzeugend, und ein Verharren in der Illusion einer unbeschränkten «Souveränität» erscheint nicht zukunftsfähig. Es wäre daher dringend an der Zeit, sich auf allen Ebenen diese bedeutenden Fragen möglichst rational und unter Bezugnahme auf die inhaltlichen Fragen und die Fakten zu diskutieren. Hier sind Politik, Wirtschaft, Verbände, Wissenschaft und die gesamte Gesellschaft gefordert, und es gilt, den auf dem Tisch liegenden Vertragsentwurf zu bewerten (unter Einbezug der m.E. grossen Risiken der Nichtentscheidung).