

**Dr. Dr. h.c. Daniel Thürer, LL.M. (Cambridge)**  
**em. Prof. der Universität Zürich**

*Unter Mitarbeit von Prof. Dr. Thomas Burri, LL.M. (Brügge)*

## **Gutachten über mögliche Formen der Umsetzung und Anwendung der Bilateralen Abkommen<sup>1</sup>**

Dieses Gutachten hat einen thematisch beschränkten Charakter. Es geht um die Skizzierung möglicher Reformen bei der institutionellen Umsetzung der bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU). Der Anstoss für solche Reformbestrebungen stammt von der Europäischen Union und wurde in einem Papier des EU-Rates vom 14. Dezember 2010 über die Beziehungen der Europäischen Union zu den EFTA-Staaten wie folgt umschrieben:

„Da effiziente Regelungen für die Übernahme von neuem EU-Besitzstand, einschliesslich der laufenden Rechtsprechung des EuGH, und für die Überwachung und Durchsetzung der bestehenden Abkommen fehlen, gewährleistet dieser (sc. der bisherige sektorenbezogene) Ansatz in den Teilen des Binnenmarktes und den Bereichen der EU-Politik, an denen sich die Schweiz beteiligt, nicht die notwendige Einheitlichkeit. Dies hat zu Rechtsunsicherheit für Behörden, Wirtschaftsakteure und mit den einzelnen Bürgern geführt.“<sup>2</sup>

Der Bundesrat hat mich beauftragt, ein Gutachten mit folgendem Mandat zu erstellen:

- *Aufzeigen der möglichen institutionellen Optionen zur Überwachung und Durchsetzung der korrekten Anwendung der Abkommen Schweiz - EU in der Schweiz;*
- *Beurteilung dieser Optionen nach souveränitätspolitischen und staatsrechtlichen Aspekten (inkl. Föderalismus und Gewaltentrennung) sowie*

---

<sup>1</sup> Literaturangaben sind auf ein Minimum beschränkt. Für einen wissenschaftlichen Aufsatz würde natürlich auf eine Vielzahl weiterer Autoren und Analysen verwiesen. Soweit eigene Abhandlungen zitiert werden, geschieht dies nur, um auf weitergehende Begründungen von Gedanken hinzuweisen, die im Rahmen dieses Gutachtens nur angedeutet werden konnten.

<sup>2</sup> Conclusions on EU relations with EFTA countries, Rat der EU, 14. Dezember 2010, 17423/1/10 Rev 1, Para. 42.

*im Lichte der Effizienz der Überwachung zur Verwirklichung der Ziele der Abkommen.*

Ich versuche, die mir gestellte Aufgabe am Anfang und Ende des Gutachtens in einen grösseren thematischen Rahmen zu stellen. Der Kern der Überlegungen liegt aber bei der Erarbeitung von Grundzügen für mögliche Modelle der institutionellen Reform und in der Abwägung ihrer jeweiligen Vorteile und Nachteile aus Sicht der Schweiz und der Europäischen Union; die herausgearbeiteten Optionen werden einer generellen Beurteilung nach souveränitätspolitischen und staatsrechtlichen Aspekten (inkl. Föderalismus und Gewaltenteilung) sowie der Effizienz der Überwachung zur Verwirklichung der Ziele der Abkommen unterzogen.

Die Fragen eines allfälligen künftigen EU-Beitritts oder eines erneuten Anlaufs für einen EWR-Beitritt stehen im hier gegebenen Rahmen nicht zur Diskussion.<sup>3</sup>

Es ergibt sich die folgende Struktur des Gutachtens:

## I. Bilateralismus: Situierung, Status quo und Grenzen der Reform

### A. Situierung im Gesamtbild

1. *EU-Ordnung*
2. *EWR-Ordnung*
3. *Bilaterale Ordnung*

B. Status quo: Zum bisher praktizierten Parallelismus der Überwachung und Durchsetzung auf Seite Schweiz und der EU

C. Zentrale Mechanismen zur Überwachung der bilateralen Abkommen?

1. *Kooperation mit dem EuGH?*
2. *Gemeinsame Organe?*
3. *Unausweichlichkeit eines „Zwei Säulen“-Approach*

## II. Modelle zwischen Status quo und zentraler Überwachung

A. Einpassung in die EFTA/EWR-Ordnung

B. Einpassung in die Schweizer Ordnung

---

<sup>3</sup> Beim Ganzen ist zu beachten, dass sich der Integrationsprozess, in einem weiten Sinn verstanden, im Fluss befindet. Prozesse verlaufen, europapolitisch und europarechtlich, weitgehend „pfadgebunden“, doch sind veränderte Konstellationen denkbar; auch auf schweizerischer Seite sind neue Entwicklungen denkbar. Zum Ganzen vgl. etwa Ben Rosamond, *Theories of European Integration*, London 2000; Daniel Thürer, *Europa zwischen Erfahrung und Experiment*, in: *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 2008, S. 7 ff.

C. Neuartige, durch die EFTA-Ordnung inspirierte Organstruktur

### III. Generelle Beurteilung der Optionen

- A. Stärkung des Rule of Law
- B. Auswirkungen auf den Föderalismus
- C. Einfügung in das direkt-demokratische System der Schweiz
- D. Souveränitätspolitische Aspekte

### IV. Strategische Prioritäten

## **I. Bilateralismus: Situierung, Status quo und Grenzen der Reform**

### A. Situierung im Gesamtbild des europäischen Integrationsprozesses

Europa befindet sich seit dem Zweiten Weltkrieg in einem epochalen Prozess der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Umgestaltung. Einen wichtigen Impuls gab Winston Churchill in seiner Zürcher Rede vom 19. September 1946, in der er zur Schaffung einer Art von Vereinigten Staaten Europas aufrief, in deren Rahmen mächtige und kleine Staaten gleichberechtigt nebeneinander stünden. Grundidee für die Schaffung neuer Institutionen war – das dürfen wir nicht aus den Augen verlieren – die Sicherung des Friedens auf dem Kontinent. Verschiedene Wege der Entwicklung zeichneten sich ab. Dominierende Institution ist heute die Europäische Union. Weitere (hier relevante) Formen der Ausgestaltung des europäischen Integrationsprozesses sind der Europäische Wirtschaftsraum (EWR) und der bilaterale Ansatz. Die drei Formen der Ausgestaltung sind von einander nicht fein säuberlich getrennt, sondern miteinander verknüpft und sollen zum besseren Verständnis des Ganzen kurz vorgestellt werden.

## 1. EU-Ordnung<sup>4</sup>

Die Organstruktur der Europäischen Union (EU) war, in den Grundzügen, bereits im EWG-Vertrag von 1951 angelegt. Sie wurde vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als neu und ohne Vorbild bezeichnet. Sie ist im Wesentlichen gekennzeichnet durch vier Strukturelemente: 1) die demokratische Vertretung der in der Union vereinigten Völker im Europäischen Parlament (demokratisches Prinzip); 2) die Teilnahme der in der Union vereinigten Staaten im Ministerrat bzw. Europäischen Rat („föderatives“ Prinzip); 3) die Wahrnehmung der Gesamtinteressen durch die Kommission (Prinzip des „Sachverständes“); 4) die Wahrung des Rechts durch den Gerichtshof (Rechtsprinzip). Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften befand in den fundamentalen Urteilen *Van Gend & Loos* vom 5. Februar 1963 und *Costa/ENEL* vom 15. Juli 1964<sup>5</sup>, dass das Gemeinschaftsrecht in den Mitgliedstaaten direkt gelte und Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten genieße. Der Aufgabenbereich der Union, ursprünglich auf Wirtschaftsfragen beschränkt, erstreckt sich heute, in freilich unterschiedlicher Dichte, auf praktisch sämtliche Gebiete der öffentlichen Gestaltung. Die Europäische Union stellt eine Wertegemeinschaft dar.<sup>6</sup> Der Kreis der Mitglieder hat sich Schritt für Schritt von ursprünglich 6 Staaten auf heute 27 Staaten erweitert. Die in unserem Zusammenhang besonders wichtigen Unionsorgane sind die Kommission, der mitunter die Aufgabe einer Wächterin über die Einhaltung des Unionsrechts anvertraut ist, und der Europäische Gerichtshof. Beide Organe wurden wegen ihrer

---

<sup>4</sup> Vgl. Roland Bieber, Astrid Epiney und Marcel Haag, *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*, 9. Aufl., Baden-Baden 2011; Tobias Jaag, *Europarecht – Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht*, 3. Aufl., Zürich 2010; Pierre Pescatore, *Einführung in das europäische Gemeinschaftsrecht – Grundzüge und Entwicklungsstand der EG-Rechtsordnung*, in: *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* 1991, S. 25 ff.; Daniel Thürer, *Der Verfassungsstaat als Glied der europäischen Gemeinschaft*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 50, 1991, S. 101 ff.; ders., *Schweizer Verfassungsordnung vor der Herausforderung durch die europäische Integration: Perspektiven, Prinzipien und heisse Eisen*, in: *Perspektive Schweiz – Übergreifendes Verfassungsdenken als Herausforderung*, Zürich 1998, S. 177 ff. – Zum Verhältnis Schweiz – EU vgl. Thomas Cottier und Rahel Liechti McKee (Hrsg.), *Die Schweiz und Europa: wirtschaftliche Integration und institutionelle Abstinenz*, Zürich 2010.

<sup>5</sup> EuGH, *Van Gend en Loos*, 26/62, Slg. 1963, 3, 5. Februar 1963; EuGH, *Costa v. ENEL*, 6/64, Slg. 1964, 614, 15. Juli 1964.

<sup>6</sup> Vgl. Art. 2 EUV (Werte der Union): „<sup>1</sup>Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschliesslich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören.<sup>2</sup>Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet.“

besonderen Dynamik schon als „Motoren“ der Rechtsentwicklung bezeichnet. Der Gerichtshof kann im Wesentlichen mit drei direkten Klagen befasst werden: der Vertragsverletzungsklage wegen Verstößen der Mitgliedstaaten gegen Unionsrecht, der Nichtigkeitsklage zur Nichtigkeitserklärung von rechtswidrigen Beschlüssen der Unionsorgane und der Schadenersatzklage; daneben ist in Form des Vorabentscheidungsverfahrens ein indirekter Rechtsweg vorgesehen, der über die nationalen Gerichte zum Europäischen Gerichtshof führt. Der Gerichtshof entwickelte eine sehr weitgreifende, auf eine effektive Verwirklichung des Vertragsziels („effet utile“) ausgerichtete, gestaltende Methode der Auslegung.

## 2. EWR-Ordnung<sup>7</sup>

Eine wichtige Etappe in der Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft war 1992 die Vollendung einer europäischen Binnenmarktordnung. In der Folge trat zwischen den Europäischen Gemeinschaften und den zwölf Mitgliedstaaten einerseits sowie den sieben EFTA-Staaten andererseits das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) in Kraft. Ziel des Vertragswerks war es, „einen dynamischen und homogenen Europäischen Wirtschaftsraum zu errichten, der auf gemeinsamen Regeln und gleichen Wettbewerbsbedingungen beruht“ (Präambel, Absatz 4). Das anvisierte Ziel der Vertragspartner, eine homogene Rechtsfortbildung im EWR-Raum unter voller Wahrung der Autonomie der Europäischen Gemeinschaft wie auch der EFTA-Staaten zu gewährleisten, liess sich zwar formell verwirklichen; materiell aber war das gewählte System von Gemeinschafts- und völkerrechtlichen Parallelordnungen durch eine ausgeprägte Prädominanz der EG als des stärkeren Verhandlungspartners gekennzeichnet; angesichts des Konsensdrucks für die EWR/EFTA-Staaten zur Übernahme von EG-Recht (kollektiv wahrzunehmendes Vetorecht der EWR/EFTA-Staaten) und des sich aus knappen Fristansetzungen ergebenden Zeitdrucks zur Übernahme von EG-Rechtsakten vermochte sich der EWR als starke, eigenständige Rechtsordnung neben der Europäischen Union nie richtig zu entfalten; den Einwirkungsmöglichkeiten, die den EFTA-Staaten im

---

<sup>7</sup> Vgl. Franz Blankart, EWR und bilaterale Verträge, in: *Europäer – Botschafter – Mensch: Liber amicorum für Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein*, Schaan 2007, S. 43 ff.; Daniel Thürer, *Strukturen und Verfahren des EWR-Rechts – Hinweise auf eine noch zu wenig bekannte Vertragsdimension*, in: *Schweizerische Juristen-Zeitung* 1992, S. 409 ff.

Rahmen der EU-internen Willensbildung eröffnet wurden („decision shaping“), scheint aber ein gewisses Entwicklungspotenzial nicht abzugehen.

Das Abkommen über den „Europäischen Wirtschaftsraum“ (EWR-Abkommen) wurde, unter massgeblicher Mitwirkung der Schweiz, zwischen den damaligen EFTA-Staaten und der Europäischen Gemeinschaft (EG) ausgehandelt, um grosse Teile des Binnenmarktrechts der EG (heute EU) auf den EFTA-Raum auszudehnen. Die Schweiz hatte, in einer Volksabstimmung vom 6. Dezember 1992, den Beitritt zum EWR abgelehnt, doch wurden in der Folge weite Teile des EWR-Abkommens in die mit der Europäischen Union abgeschlossenen Bilateralen Verträge übernommen. Der EWR ist mit einem institutionellen „Überbau“ versehen, der Mitwirkungsrechte der EFTA-Staaten an der Ausformung des sekundärrechtlichen „*acquis communautaire*“ (heute eher: *acquis de l'Union*) durch die EU sowie Prozeduren zu dessen Übernahme und Anwendung durch die EFTA-Staaten und gemeinsame Kontrollorgane vorsieht. Die zentralen Organe zur Überwachung des EWR-Rechts sind die (der EU-Kommission nachgebildete) Europäische Überwachungsbehörde („European Surveillance Authority“, ESA) und der (dem Europäischen Gerichtshof nachgebildete) EFTA-Gerichtshof. In unserem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob und inwiefern diese Organe, als solche oder in modifizierter Form, mit der Überwachung der Umsetzung der Bilateralen Verträge betraut werden könnten.

Die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofes zum EWR schmiegt sich eng an die entsprechende Rechtsprechung des EuGH zum EU-Binnenmarkt an, und zwar auch der neuen, d. h. nach Unterzeichnung des EWR-Abkommens ergangenen, Rechtsprechung des EuGH. Diese Linie des EFTA Gerichtshofes fusst i) auf dem Homogenitätskapitel des EWR-Abkommens (Art. 105), das an sich keine Verpflichtung der EWR/EFTA-Staaten enthält, neuer Rechtsprechung des EuGH Folge zu leisten, ii) auf dem Errichtungsübereinkommen (ErrÜ), mit dem die EWR/EFTA-Staaten die EFTA-Überwachungsbehörde und den EFTA-Gerichtshof errichtet<sup>8</sup> und mittels dessen sich die EWR/EFTA-Staaten einseitig verpflichtet haben, der neuen Rechtsprechung des EuGH gebührend Rechnung zu tragen („Pay due account“-Klausel in Art. 3(2.) ErrÜ), und iii) auf dem übergreifenden Ziel der

---

<sup>8</sup> Eine konsolidierte Fassung des Errichtungsübereinkommens ist bei der ESA in Englisch erhältlich: [www.eftasurv.int](http://www.eftasurv.int) (unter „About the authority“, „Legal documents“).

Homogenität des EWR und des EU-Binnenmarktes. Die Homogenitätslinie des EFTA-Gerichtshofes hatte sich bereits in seinem ersten Urteil (in Sachen *Restamark*<sup>9</sup>) gezeigt. Besonders eindeutig schien sie auf, als der EFTA-Gerichtshof in der Rechtssache *Sveinbjörnsdóttir*<sup>10</sup> die Haftung der EWR/EFTA-Staaten wegen nicht korrekter Umsetzung einer Richtlinie analog der bahnbrechenden *Francovich*<sup>11</sup>-Entscheidung des EuGH begründete (und dies ähnlich frei wie der EuGH). Noch eindeutiger wurde diese Homogenitätslinie, als der EFTA-Gerichtshof im Urteil *L'Oréal Norge*<sup>12</sup> eine Vermutung zugunsten der Parallelität des EWR und des EU-Binnenmarktes herleitete, die einzig durch zwingende Gründe widerlegt werden kann.<sup>13</sup>

In ähnlicher Weise wie der EFTA-Gerichtshof in Bezug auf den EuGH lehnt sich auch die ESA an die EU-Kommission an. Sie tauscht gemäss Art. 5(2)(c) des

---

<sup>9</sup> EFTAGerichtshof, *Restamark*, E-1/94, EFTA CR 1994/95, 15, 16. Dezember 1994, Paras. 32-34.

<sup>10</sup> EFTAGerichtshof, *Sveinbjörnsdóttir*, E-9/97, EFTA CR 1998, 95, 10. Dezember 1998, Paras. 50-60, insbesondere Para. 59, in welchem der EFTA-Gerichtshof festhielt, dass der EWR ein internationaler Vertrag *sui generis* sei, der eine eigene Rechtsordnung enthielt (*“an international treaty sui generis, which contains a distinct legal order of its own”* [Hervorhebung hinzugefügt], mit Verweis auf EFTA-Gerichtshof, *Mag Instrument*, E-2/97, EFTA CR 1997, 127, 3. Dezember 1997).

<sup>11</sup> EuGH, *Francovich*, C-6 und 9/90, Slg. 1991 I-5357, 19. November 1991.

<sup>12</sup> EFTA Gerichtshof, *L'Oréal Norge*, E-9 und 10/07, EFTA CR 2008, 259, 8. Juli 2008, Paras. 27 und 31.

<sup>13</sup> Dem Urteil *L'Oréal Norge* ging die einzige bekannte Divergenz zwischen den Rechtsprechungen des EuGH und dem EFTA-Gerichtshof voraus. Der EFTA-Gerichtshof hatte im Urteil *Maglite* im Jahr 1997 auf der Grundlage der im EWR anwendbaren Markenrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft Norwegen gestattet, die internationale Erschöpfung anzuwenden. Im Jahr 1998 hatte der EuGH im ähnlich gelagerten Fall *Silhouette* entschieden, dass unter der Markenrichtlinie zwingend die regionale Erschöpfung Anwendung finde. Im Urteil *L'Oréal Norge* kam der EFTA Gerichtshof auf sein Urteil *Maglite* zurück, schloss sich bezüglich regionaler Erschöpfung dem Urteil des EuGH in Sachen *Silhouette* an und befand, dass eine Vermutung zugunsten der Parallelität des EWR und des EU-Binnenmarktes bestehe, die nur bei zwingenden Gründen nicht greife (*L'Oréal Norge*, Paras. 27 und 31). Bezüglich Differenzen in den Rechtsprechungen befand der EFTA-Gerichtshof grundsätzlich, dass diese in gewisser Weise normal seien: *“The institutional system of the European Economic Area foresees two courts at the international level, the EFTA Court and the ECJ, interpreting the common rules. It is an inherent consequence of such a system that from time to time the two courts may come to different conclusions in their interpretation of the rules.”* (Para.28) [Hervorhebung hinzugefügt] Siehe EFTA Court, *Mag Instrument*, oben Fussnote 10, und EuGH, *Silhouette*, C-355/96, Slg. 1998 I-4799, 16. Juli 1998. Im Detail siehe Benedikt Pirker, *“Interpreting Multi-Sourced Equivalent Norms: Judicial Borrowing in International Courts”*, in Yuval Shany und Tomer Brode (Hrsg.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Oxford 2011, S. 93-114. Unter Umständen könnte eine weitere Divergenz entstehen aus dem Urteil EuGH, *Rimbaud*, C-72/09, Slg. 2010 I-0000, 28. Oktober 2010 (siehe Schlussanträge des Generalanwalts zu *Rimbaud*, die in Fussnote 39 für den breiteren Ansatz des EFTA-Gerichtshofes in Sachen direkte Besteuerung auf EFTAGerichtshof, *Fokus Bank*, E-1/04, EFTA CR 2004, 11, 23. November 2004, verweisen).

Errichtungsübereinkommens Informationen mit der EU-Kommission aus, kooperiert mit dieser und konsultiert sie. Die ESA hat ihren Sitz auch in Brüssel.

### 3. Bilaterale Ordnung<sup>14</sup>

Die Schweiz ist mit der Europäischen Union durch bilaterale Abkommen verbunden. Herausragend in dieser Entwicklung war, als erste Generation bilateraler Verträge, das von der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft abgeschlossene Freihandelsabkommen von 1972.<sup>15</sup> 1999 wurden – als Bilaterale I – sieben Abkommen abgeschlossen<sup>16</sup>, gefolgt 2004 – als Bilaterale II – von neun weiteren Abkommen.<sup>17</sup> Diese Verträge haben einen sektoriellen Charakter. Heute fordert die EU eine institutionelle Grundlage für den Bilateralismus mit der Schweiz.

In jüngerer Zeit hat sich die Gerichtsbarkeit der Union in acht Entscheidungen unmittelbar mit der bilateralen Ordnung befasst. Sechs dieser acht Entscheidungen betrafen das Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz.<sup>18</sup> Nach einem ersten Urteil

---

<sup>14</sup> Daniel Thüerer, Rolf H. Weber, Wolfgang Portmann und Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge Schweiz – EU: Ein Handbuch*, Zürich 2007.

<sup>15</sup> Interessant wäre es, Vorläufern des europäischen Freihandels- und Freizügigkeitssystems in der Geschichte des schweizerischen Bundesstaates nachzugehen: der seinerzeit im internationalen Vergleich „einzigartigen“ Handels- und Gewerbefreiheit oder der im 19. Jahrhundert international vereinbarten Freizügigkeitsordnung usw. Vgl. etwa Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel*, Bern 1982, S. 211 ff.

<sup>16</sup> Die Abkommen betreffen die wissenschaftliche und technische Zusammenarbeit (Forschungsabkommen), das öffentliche Beschaffungswesen, die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (Beseitigung technischer Handelshemmnisse), den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen (Agrarabkommen), den Luftverkehr, den Landverkehr und die Personenfreizügigkeit.

<sup>17</sup> Themenbereiche sind: Ruhegehälter von pensionierten EU-Beobachtern; verarbeitete Landwirtschaftsprodukte; Medien; Statistik; Umwelt; Zinsbesteuerung; Betrugsbekämpfung; sowie polizeiliche und juristische Zusammenarbeit in den Bereichen Asyl und Migration („Schengen“ und „Dublin“).

<sup>18</sup> Die sechs Urteile waren EuGH, *Stamm und Hauser*, C-13/08, Slg. 2008 I-11087, 22. Dezember 2008; EuGH, *Grimme*, C-351/08, Slg. 2009 I-10777, 12. November 2009; EuGH, *Fokus*, C-541/08, Slg. 2010-0000, 11. Februar 2010; EuGH, *Hengartner und Gasser*, C-70/09, Slg. 2010 I-0000, 15. Juli 2010; EuGH, *Schwemmer*, C-16/09, Slg. 2010 I-0000, 14. Oktober 2010; und EuGH, *Xhymshiti*, C-247/09, Slg. 2010 I-0000, 18. November 2010. Die Gerichtsbarkeit der EU befasst sich zudem mit den Problemen, die im Zusammenhang mit dem Flughafen Zürich-Kloten stehen: EuG, *Schweiz v. Kommission*, T-319/05, Slg. 2010 II-0000, 8. September 2010, als Beschwerde beim EuGH hängig als C-70/04 (in diesem Verfahren wird bekanntermassen ein Nachteil der Schweiz als Aussenseiterin offensichtlich: Ihr Status wird auf denjenigen einer profanen juristischen Person reduziert [EuG, *Schweiz v. Kommission*, T-319/05 (Beschluss) Slg. 2006 II-



zur Diskriminierung von selbständig tätigen Grenzgängern<sup>19</sup> umriss der EuGH in mehreren Urteilen den Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens<sup>20</sup> und erklärte die traditionelle, Völkerrechts-orientierte *Polydor*-Rechtsprechung<sup>21</sup> für anwendbar.<sup>22</sup> Diese Rechtsprechung geht davon aus, dass eine Bestimmung in einem Abkommen mit einem Drittstaat nicht alleine deswegen gleich zu interpretieren ist wie die korrespondierende Bestimmung des EU-Binnenmarktrechts, weil die beiden Bestimmungen gleich lauten; vielmehr sei die Bestimmung im Lichte der Ziele des Abkommens auszulegen.<sup>23</sup>

Während diese ersten Urteile über die eigentliche Substanz des Freizügigkeitsabkommens wenig aussagen (sondern eher über den Anwendungsbereich), sind die zwei jüngsten Urteile des EuGH zum Freizügigkeitsabkommen aussagekräftiger. Im Entscheid *Xhymshiti* vom Spätherbst 2010 urteilte der EuGH klar, dass die im Binnenmarkt erfolgte Ausdehnung der Anwendbarkeit der Verordnung 1408/71<sup>24</sup> (über die Koordinierung der Sozialversicherung) auf Drittstaatenangehörige unter dem Freizügigkeitsabkommen nicht anwendbar sei, da dessen Anhang, der die Verordnung 1408/71 enthält, nicht geändert worden war.<sup>25</sup> Mittelbar stellte der EuGH auch klar, dass die Unionsbürgerschaft an dieser Einschätzung nichts änderte.<sup>26</sup> Das Urteil in Sachen

---

2073, 7. Juli 2006]); ausserdem wurde ein Nichtigkeitsverfahren per Beschluss als unzulässig erklärt: EuG, *Champagne*, T-212/02 (Beschluss), Slg. 2007 II-2017, 3. Juli 2007.

<sup>19</sup> EuGH, *Stamm und Hauser*, oben Fussnote 18.

<sup>20</sup> Keine Freizügigkeit für juristische Personen und nur beschränkte Dienstleistungsfreiheit: EuGH, *Grimme*, oben Fussnote 18, Paras. 26 ff.; bestätigt in EuGH, *Fokus*, oben Fussnote 18, Paras. 26 ff. (einschliesslich vertiefter Diskussion der von den EU Verträgen einseitig auf Drittstaaten erstreckten Kapitalverkehrsfreiheit, Paras. 38 ff.); Nicht-Diskriminierung nicht anwendbar auf Besteuerung von Dienstleistungsempfängern: EuGH, *Hengartner und Gasser*, oben Fussnote 18, insbesondere Para. 40.

<sup>21</sup> EuGH, *Polydor*, 270/80, Slg. 1982, 329, 9. Februar 1982.

<sup>22</sup> EuGH, *Grimme*, oben Fussnote 18, Para. 29.

<sup>23</sup> EuGH, *Polydor*, oben Fussnote 23, Paras. 15-16.

<sup>24</sup> Verordnung zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, Rat, 14. Juni 1971, Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (ABl. L 149 vom 5. Juli 1971, S. 1; konsolidierte Fassung im Abl. L. 28 vom 30. Januar 1997, S. 1).

<sup>25</sup> EuGH, *Xhymshiti*, oben Fussnote 18, Paras. 34-37. Die Folge davon war, dass Herr und Frau Xhymshiti, beide albanische Staatsangehörige, die in Deutschland wohnten, für ihre Kinder, die beide EU Bürger waren, das übliche zusätzliche Kindergeld in Deutschland nicht erhielten, obwohl Herr Xhymshiti in der Schweiz arbeitete und Kindergeld bezog.

<sup>26</sup> EuGH, *Xhymshiti*, oben Fussnote 18, Para. 41 ff.

*Schwemmer*<sup>27</sup> ist ungleich komplexer. In diesem Fall ging es in einer ähnlichen Konstellation um das deutsche und schweizerische Kindergeld unter der Verordnung 1408/71. Im Ergebnis befand es der EuGH für unrechtmässig, dass die deutschen Behörden das deutsche Kindergeld um den Betrag des schweizerischen Kindergelds kürzten, obwohl der in der Schweiz arbeitende Vater des Kindes keinen Antrag in der Schweiz auf Kindergeld gestellt hatte. Interessant sind für die Belange des Gutachtens vor allem zwei Punkte in *Schwemmer*. Zum Einen der Hinweis des EuGH, dass die in dem Fall relevanten Bestimmungen der Verordnung 1408/71 seit der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens keine Änderung in der EU erfahren haben;<sup>28</sup> zum Anderen, dass sich der EuGH in *Schwemmer* ausgiebig auf seine Rechtsprechung beruft, die seit der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangen ist; dies aber immer im Verbund mit Urteilen, die aus der Zeit vor der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens stammen.

Diese Rechtsprechung des EuGH ist noch jung; sie weist noch keine klar geschnittenen Konturen auf, und man darf sie nicht überinterpretieren.<sup>29</sup> Dennoch kann man daraus ersehen, wie der EuGH mit dem Freizügigkeitsabkommen verfährt: Obwohl das Freizügigkeitsabkommen keine Verpflichtung der Vertragsparteien enthält, neue Rechtsprechung des EuGH (d. h. solche, die seit der Unterzeichnung des Abkommens ergangen ist) anzuwenden (siehe Art. 16(2) des Abkommens), tut dies der EuGH trotzdem (wie in *Schwemmer*), ausser es gibt konkrete Anzeichen dafür, dass dies nicht getan werden sollte (wie in *Xhymshiti*, weil die Verordnung in der EU geändert worden war, nicht aber unter dem Freizügigkeitsabkommen).

In der Schweiz hat das Bundesgericht bereits in weit über hundert Fällen zum Freizügigkeitsabkommen geurteilt. Es hat die Verfassungsprinzipien der Union

---

<sup>27</sup> EuGH, *Schwemmer*, oben Fussnote 18.

<sup>28</sup> EuGH, *Schwemmer*, oben Fussnote 18, Para. 32.

<sup>29</sup> Insbesondere fehlt nach wie vor eine klare Aussage darüber, ob unter dem Freizügigkeitsabkommen lediglich ein Nicht-Diskriminierungsansatz oder auch ein Marktzugangsansatz Anwendung findet (siehe: Internal Market beyond the EU: EEA and Switzerland (Briefing paper by Directorate General for Internal Policies for the European Parliament), Christa Tobler, Jeroen Hardenbol und Balász Mellár, Januar 2010, IP/A/IMCO/NT/2009-12 PE 429.993, S. 25; siehe aber für Dienstleistungen in der Schweizer Säule BGer, *C. v. Ufficio dell'assicurazione invalidità*, 8C\_192/2007 (BGE 133 V 624), 22. Oktober 2007: Kein Marktzugangsansatz bei Dienstleistungen).

(direkter Effekt und Vorrang) auf das Abkommen angewandt.<sup>30</sup> Während das Bundesgericht in der früheren Rechtsprechung noch einigermaßen deutlich unterschied zwischen alter und neuer (d. h. vor, bzw. nach der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangener) Rechtsprechung des EuGH,<sup>31</sup> ging es bald zu einem pragmatischeren Vorgehen über und stützte sich auch auf neuere Urteile des EuGH ab.<sup>32</sup> Im Leitentscheid BGE 136 II 5<sup>33</sup> hat das Bundesgericht nun nicht nur das Umdenken des EuGH in Sachen Familienzusammenführung mit Drittstaatenangehörigen, die unmittelbar von ausserhalb der EU zuziehen,<sup>34</sup> nachvollzogen,<sup>35</sup> sondern auch befunden, dass die bilaterale Ordnung und der EU-Binnenmarkt parallel zu laufen haben, es sei denn, es lägen triftige Gründe dafür vor, dass sie nicht parallel laufen sollten.<sup>36</sup> Kurzum, das Bundesgericht wird neuer Rechtsprechung des EuGH folgen, wenn keine triftigen Gründe vorliegen, von ihr abzuweichen. Was genau ein triftiger Grund in diesem Sinne sein könnte, hat das

<sup>30</sup> Grundsätzliche Anerkennung des Vorrangs des Freizügigkeitsabkommens in BGer, *A. v. Dipartimento federale*, 2A.410/2004 (BGE 131 II 352), 14. April 2005 (Paras. 1.3.1-1.3.3); bestätigt in BGer, *S. v. Office cantonal*, I 728/04 (BGE 131 V 390), 26. September 2005 (Para. 5.2); Vorrang auch vor "späterem" Bundesgesetz: BGer, *Segretario di Stato v. C.*, C 101/04 (BGE 133 V 367), 9. Mai 2007 (Para. 11). Zur Diskrepanz bezüglich direktem Effekt unter dem Freihandelsabkommen, siehe: Internal Market beyond the EU: EEA and Switzerland (Briefing paper by Directorate General for Internal Policies for the European Parliament), Tobler, Hardenbol und Mellár, oben Fussnote 30, S. 29.

<sup>31</sup> BGer, *A. und B. v. Departement für Justiz*, 2A.91/2003 (BGE 130 II 1), 4. November 2003, und BGer, *Office fédéral v. X.*, 2A.246/2003 (BGE 130 II 113), 19. Dezember 2003.

<sup>32</sup> BGer, BGE 133 V 367, oben Fussnote 30, para. 9.7.2, (basierend auf den Schlussanträgen des Generalanwalts in EuGH, *Collins*, C-138/02, Slg. 2004 I-2703, 23. März 2004) und BGer, *X. v. Regierungsrat*, 2A.273/2003 (BGE 130 II 176), 7. April 2004 (re EuGH, *Carpenter*, C- 60/00, Slg. 2002 I-6279, 11. Juli 2002).

<sup>33</sup> BGer, *X. v. Sicherheitsdirektion*, 2C\_196/2009 (BGE 136 II 5), 29. September 2009 (triftige Gründe); bestätigt in BGer, *A. v. Sicherheitsdirektion*, 2C\_269/2009 (BGE 136 II 65), 5. Januar 2010, und BGer, *X. v. Migrationsamt*, 2C\_558/2009 (BGE 136 II 329), 26. April 2010 (para. 2.3); implizit bestätigt in BGer, *A.X. v. Office*, 2C\_574/2010, 15. November 2010.

<sup>34</sup> Der EuGH hat im Urteil *Metock* im Jahre 2008 die aus dem Jahre 2003 stammende *Akrich*-Rechtsprechung aufgegeben. Die *Metock*-Entscheidung fusst teilweise auf der Unionsbürgerschaft. Siehe EuGH, *Akrich*, C-109/01, Slg. 2003 I-9607, 23. September 2003, und EuGH, *Metock*, C-127/08, Slg. 2008 I-6241, 25. Juli 2008. Für eine detaillierte Besprechung siehe Thomas Burri, "Do Lawyers Knead the Dough? How Law, Chaos, and Uncertainty Interact", 1 *European Journal of Risk Regulation* (4) (2010), S. 371-381, insbesondere S. 375 ff.

<sup>35</sup> BGer, BGE 136 II 5, oben Fussnote 33, Para. 3.7. Das Bundesgericht übernimmt in diesem Entscheid die Unionsbürgerschaftsrichtlinie der EU nicht einfach *tel quel*, sondern weist im Detail nach, warum die *Metock*-Entscheidung auch unter dem Freizügigkeitsabkommen zu gelten hat (siehe Paras. 3.6.1-3.6.3). (Siehe Richtlinie über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, Europäisches Parlament und Rat, 29. April 2004, 2004/38/EG, Abl. L 158/77 vom 30. April 2004).

<sup>36</sup> BGer, BGE 136 II 5, oben Fussnote 18, Para. 3.4

Bundesgericht offen gelassen. Es hat nur angedeutet, dass es einen solchen Grund nicht leichthin annehmen werde. Aus der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung lassen sich nur bedingt triftige Gründe ablesen.<sup>37</sup> Immerhin kann man anhand der jüngsten Rechtsprechung zur Besteuerung natürlicher Personen erkennen,<sup>38</sup> dass das Bundesgericht das Freizügigkeitsabkommen eher weit versteht (und Ausnahmen von der Freizügigkeit eher eng, insbesondere wenn diese nur bedingt eine Entsprechung im EU-Binnenmarkt haben).<sup>39</sup>

In Frage stehen in diesem Gutachten, wie dargelegt, Modalitäten der Überwachung und Durchsetzung der „Bilateralen Abkommen Schweiz – EU“. Dabei scheint es wichtig, im Auge zu behalten, dass es hier letztlich um einen Teilaspekt aus den komplexen Rechtsgebilden der (in einem weiten Sinn verstandenen) europäischen Integration geht. Bei allen (z.T.) technischen Fragen, die der Integrationsprozess

---

<sup>37</sup> In BGer, *M. v. Ufficio dell'assicurazione*, I 667/05 (BGE 132 V 423), 24. Juli 2006, hat das Bundesgericht die Erwägungen des EuGH im Urteil EuGH, *Jauch*, C-215/99, Slg. 2001 I-1901, 8. März 2001, nicht angewandt, namentlich weil eine ausdrückliche Entscheidung des gemischten Ausschusses den Anhang des Freizügigkeitsabkommens (d. h. die Verordnung 1408/71, inkl. deren Annex, wie sie für die Schweiz relevant ist) an die Entwicklung in der EU angepasst hatte. Daraus kann man eventuell ersehen, dass der übereinstimmende Willen der Abkommensparteien, „Sekundärgesetzgebung“ (wie die Verordnung 1408/71) zu ändern, ein „triftiger Grund“ ist. Das ist alles andere als selbstverständlich, insbesondere angesichts der Tatsache, dass der EuGH Änderungen in der sekundären Gesetzgebung (d. h. auch in der Verordnung 1408/71) regelmässig auf Vereinbarkeit mit den Gründungsverträgen prüft (und sich insbesondere durch die Anhänge der Verordnung 1408/71 kaum einschränken lässt – wie man in *Jauch* sieht). Es wäre also analog durchaus denkbar, dass das Bundesgericht eine Änderung des Anhangs des Freizügigkeitsabkommens durch den Gemischten Ausschuss auf Vereinbarkeit mit dem Abkommen selbst prüft (also z. B. mit dem Diskriminierungsverbot). Dass das Bundesgericht dies nicht zu tun gewillt ist, während der EuGH dies entsprechend tut (im Verhältnis Gründungsverträge gegenüber Verordnungen), zeigt wie unterschiedlich die beiden Gerichte ihre Rolle interpretieren: Der EuGH begreift sich als echtes Verfassungsgericht, während das Bundesgericht sich bloss als Gesetzesgericht versteht. Natürlich muten diesen unterschiedlichen Verständnisse geradezu paradox an, wenn man, mit der herkömmlichen Ansicht, die Schweiz als Verfassungsstaat und die EU *nicht* als Staat begreift. Die Vorgehensweise des Bundesgerichts ist davon abgesehen problematisch, weil es sich beim Gemischten Ausschuss nicht um das Schweizer Parlament handelt (dem das Bundesgericht sich gemäss Schweizer Verfassung unterzuordnen hat), sondern um einen Körper mit sehr beschränkter demokratischer Legitimation. Dessen Entscheide denjenigen des EuGH vorzuziehen, ist daher zumindest fragwürdig.

<sup>38</sup> BGer, *X. v. Administration fiscale*, 2C\_319/2009 (BGE 136 II 241), 26. Januar 2010. Für Details siehe Thomas Burri, „Workers and Case-law as Vehicles of the European Hegemon“, LXIII *Studia Diplomatica* (3-4) (2010), S. 119-136, S. 124-129.

<sup>39</sup> Allerdings hat das Bundesgericht die Frage des Marktzugangs (d. h. ob ein *Market Access*-Ansatz oder lediglich ein Nicht-Diskriminierungsansatz Anwendung findet, siehe oben Fussnote 29) bis anhin nicht entschieden. Es ist jedoch bereits eine implizite Aussage, dass das Bundesgericht das wichtigste Urteil des EuGH in Sachen Marktzugang, das Urteil *Bosman* (EuGH, *Bosman*, C-415/93, Slg. 1995 I-4921, 15. Dezember 1995) lediglich im Vorbeigehen erwähnte (BGer, BGE 133 V 367, oben Fussnote 30, Para. 11) oder nicht einschlägig diskutierte (BGer, *Mutu v. Chelsea*, 4A\_458/2009, 10. Juni 2010, Para. 4.4.3.1).

aufwirft, soll mit anderen Worten die übergreifende Idee nicht vergessen werden, die hinter den einzelnen Normen und Praktiken steht und ohne welche die sich jeweils stellenden europarechtlichen Fragen letztlich nicht adäquat verstanden werden können.<sup>40</sup>

## B. Status quo: Zur bisher praktizierten Parallelisierung der Überwachung und Durchsetzung auf Seite Schweiz und der EU

Nach dem heute geltenden Zustand des Rechts wachen beide Parteien je für sich über die korrekte Umsetzung der bilateralen Verträge. Auf Seite der Europäischen Union sind dies vor allem die Kommission und der Gerichtshof der Europäischen Union (bzw. der Europäische Gerichtshof Erster Instanz) und auf Schweizer Seite die jeweils sachlich zuständigen administrativen und richterlichen Behörden des Bundes und der Kantone. Eine getrennte, beidseitige Überwachung (Parallelität) entspricht der völkerrechtlichen „Logik“ in der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen der Schweiz und der EU. Wir sind auf die einschlägige Praxis soeben im vorausgehenden Abschnitt eingegangen, doch seien zwei wegweisende Entscheide des Bundesgerichts hier noch „expressis verbis“ hervorgehoben.

- BGE 129 III (1993) 335 ff., 350:  
„Nachvollzogenes Binnenrecht ist im Zweifel europakonform auszulegen... Wird ... die schweizerische Ordnung einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt. ...Die Angleichung in der Rechtsanwendung darf sich dabei nicht bloss an der europäischen Rechtslage orientieren, die im Zeitpunkt der Anpassung des Binnenrechts durch den Gesetzgeber galt. Vielmehr hat sie auch die Weiterentwicklung des Rechts, mit dem eine Harmonisierung angestrebt wurde, im Auge zu behalten.“
- BGE 136 II 5 (2010) 3.4 (betr. Familiennachzug):  
„Gemäss Art. 15 Abs. 2 FZA (sc. Freizügigkeitsabkommen) ist für die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) massgebend. Das Bundesgericht kann aber, ohne dazu verpflichtet zu sein, zum Zwecke der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens auch seither ergangene Urteile des Gerichtshofs heranziehen ... Um das Abkommensziel einer parallelen

---

<sup>40</sup> Vgl. Daniel Thürer, Europa zwischen Erfahrung und Experiment, in: Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE), 2008/1, S.7 ff.; ders., Intégration européenne: Idées de base - Documentation, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2007.

Rechtslage nicht zu gefährden, wird das Bundesgericht in angemessener Weise nach dem Stichtag (21. Juni 1999) ergangene Rechtsprechungsänderungen des EuGH in seine Beurteilung einbeziehen und ihnen Rechnung tragen. Das gilt allerdings nur, soweit das Abkommen auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze zurückgreift. Da der EuGH nicht berufen ist, für die Schweiz über die Auslegung des Abkommens verbindlich zu bestimmen, ist es dem Bundesgericht überdies nicht verwehrt, aus triftigen Gründen zu einer anderen Rechtsauffassung als dieser zu gelangen. Es wird dies aber mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichthin tun.“

Das Bundesgericht versteht die Vorschrift des Art. 16 Abs. 2 FZA, wonach Begriffe der Abkommen, die aus dem Gemeinschaftsrecht stammen, unter Berücksichtigung der vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung ergangenen einschlägigen Rechtsprechung des EuGH auszulegen sind, praktisch als vertraglich vereinbartes „Befolungsgebot“; die Urteile des EuGH werden als „massgebend“ bezeichnet. Und Art. 16 (2) (2) FZA, wonach die Schweiz über die Rechtsprechung des EuGH nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung der Abkommen unterrichtet wird, versteht das Bundesgericht praktisch als „Berücksichtigungsobliegenheit“; abgewichen wird nur bei Vorliegen triftiger Gründe und jedenfalls nicht leichthin.<sup>41</sup>

Der Approach der parallelen Rechtshandhabung hat bisher an sich gut funktioniert und im Ergebnis zu konvergierenden Lösungen geführt. Das Bundesgericht ist wegen der direkten Geltung und (gegebenenfalls) unmittelbaren Anwendbarkeit des Völkerrechts in der schweizerischen Rechtsordnung als Wächter über die Einhaltung der bilateralen Verträge in der Schweiz geeignet und hat einen integrationsfreundlichen Kurs eingeschlagen. Der Gesichtspunkt der Europafreundlichkeit als Rechtsargument, den ich schon vor Jahren postuliert hatte,<sup>42</sup> ist vom Bundesgericht der Sache nach mit fortschreitender Konsequenz herangezogen worden.

---

<sup>41</sup> So die Terminologie von Carl Baudenbacher, Wie sollen Konflikte im Verhältnis Schweiz – EU gelöst werden? In: Rolf Sethe, Andreas Heinemann, Reto M. Hilty, Peter Nobel und Roger Zäch (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 829 ff.

<sup>42</sup> Vgl. Daniel Thürer, Europaverträglichkeit als Rechtsargument – Zu den Wegen und Möglichkeiten schweizerischer Rechtsanpassung an die neue Integrationsdynamik der Europäischen Gemeinschaft, in: Walter Haller, Alfred Kölz, Georg Müller und Daniel Thürer (Hrsg.), Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich Schindler, Basel/Frankfurt a.M. 1989, S. 561 ff. (mit Hinweisen auch auf die frühere, z.T. dissonante Rechtsprechung); ders., Von der sog. „Europaverträglichkeit“: Rechtsgestaltungsprinzip aus Verlegenheit oder Vehikel zur „stillen Revolutionierung“ der Schweizerischen Rechtsordnung? In: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1993/I, S. 91 ff.

## C. Zentrale Mechanismen zur Überwachung der bilateralen Abkommen?

### 1. Kooperation mit dem EuGH?

Grundsätzlich verfügt die EU bereits über einen voll ausgebauten Überwachungsapparat. Es könnte demnach als effizient betrachtet werden, diesen auch ganz oder teilweise in den Dienst der Umsetzung bilateraler Vertragsregime zu stellen, etwa indem das Bundesgericht in das Vorabentscheidungsverfahren des EuGH eingebunden und/oder der Kommission Umsetzungsbefugnisse eingeräumt würden. Eine solche „Lösung“ stiesse allerdings von vorneherein auf Bedenken. Sie liefe dem systematischen Gedanken zuwider, wonach sich die EU-Mitgliedstaaten gemeinsam rigiden Kontrollmechanismen unterworfen haben, weil sie letztlich selbst die Schöpfer („Herren“) des gemeinsamen, auf sie alle und nur auf sie anzuwendenden Rechts sind. Eine einseitige Unterstellung der Schweiz unter die EU-Organe liefe aber auf eine einseitige Abhängigkeit der Schweiz von der (eigendynamischen) Rechtsentwicklung in der Europäischen Union hinaus. Auch erhöbe sich, wegen des supranationalen Charakters eines solchen Modells, in der Schweiz möglicherweise – je nach Tragweite der konkreten Vorlage – der Ruf nach Unterstellung unter das obligatorische Volks- und Ständereferendum<sup>43</sup>, das (zurzeit) mit Gewissheit einen negativen Ausgang fände.

### 2. Gemeinsame Organe?

Nicht im Widerspruch zum völkerrechtlichen Charakter der bilateralen Verträge stünde an sich die Einsetzung eines gemeinsamen Überwachungsmechanismus. Dies hat die Schweiz immer wieder in Form von Schiedsgerichten getan. Eine

---

<sup>43</sup> Zwar ist in Art. 140 Abs. 1 lit. a BV lediglich vorgesehen, dass der Beitritt zu einer „supranationalen Gemeinschaft“ Volk und Ständen zu unterbreiten ist. Merkmale der supranationalen Gemeinschaft sind: von Vorgaben der Mitgliedstaaten unabhängige Organe, Mehrheitsentscheidungen, direkt in den Mitgliedstaaten geltendes, gegebenenfalls auch für Private unmittelbar verbindliches Recht und relativ weitreichende Kompetenzen (Daniel Thürer, St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 140, N 18). Die Unterstellung der Schweiz unter die Jurisdiktion des EuGH würde aber, wie immer ausgestaltet, keinen Beitritt zu einer supranationalen Gemeinschaft bedeuten noch käme sie einem solchen gleich. Allerdings würde ein „supranationales Element“ ins schweizerische Justizsystem eingefügt und es könnte – wenn m.E. auch zu Unrecht – in der Bundesversammlung argumentiert werden, dass sie die Kompetenz habe, auch für einen solchen Fall das obligatorische Volks- und Ständereferendum anzuordnen. (Weiteres siehe hinten im >Abschnitt III/D).

gemeinsame Instanz böte Gewähr für eine einheitliche, widerspruchsfreie Interpretation und Anwendung sowie Fortbildung des Rechts. Ein solcher Mechanismus könnte für alle (oder verschiedene) Bilateralen Abkommen zuständig sein. Er könnte einstufig oder mehrstufig (z.B. eine administrative und eine gerichtliche Ebene umfassend) aufgebaut sein.

Allein der Raum für gemeinsame Institutionen der EU und der Schweiz ist - so attraktiv ein solches Vorgehen auf den ersten Blick erscheinen mag - im Rahmen einer bilateralen Ordnung eng begrenzt, insbesondere was die Gerichtsbarkeit angeht. Es besteht seitens der EU wenig Spielraum. Entscheidende Schranken wurden durch das erste Gutachten des EuGH zum Europäischen Wirtschaftsraum im Jahr 1991<sup>44</sup> und das Gutachten des EuGH zum Patentgerichtshof vom Frühjahr 2011<sup>45</sup> gesetzt. Gemäss dem ersten EWR-Gutachten kann sich die Union unter geltendem Primärrecht nicht gegenüber Drittstaaten dazu verpflichten, dass ein anderes Gericht als der EuGH den *acquis de l'Union* interpretiert. Der EuGH hat dies im Gutachten zum Patentgerichtshof vor wenigen Monaten bekräftigt. In diesem Gutachten hat der EuGH zudem die Struktur der Gerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten der Union weitgehend fixiert. Danach kann anstelle der nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten kein den Mitgliedstaaten gemeinsames Gericht (wie etwa ein Europäischer Patentgerichtshof) treten, selbst wenn dieses Gericht sich durch eine zwingende Vorlagepflicht von Fragen, welche die Interpretation des *acquis* betreffen, zur Kooperation mit dem EuGH verpflichtet. Die Struktur der Gerichtsbarkeit in der EU, die Deutungshoheit des EuGH und die Dynamik der Ordnung der EU werden durch diese Rechtsprechung geschützt. Das wird typischerweise durch die Formel des Schutzes der „Autonomie der Rechtsordnung der EU“ ausgedrückt.

Gemeinsame Überwachungs- und Kontrollorgane für die Schweiz und die EU, so einleuchtend ein solches Konzept im Lichte der „Philosophie“ des Bilateralismus auf den ersten Blick erschiene und so „elegant“ sie sich an sich präsentierten, sind

---

<sup>44</sup> EuGH, 1. Gutachten zum EWR, 1/91, Slg. 1991 I 6079, 14. Dezember 1991 (siehe die Auszüge in Anhang II). Hier nahm der EuGH Abstand davon, dass der vorgesehene EWR-Gerichtshof als ein gemeinsames Justizorgan für die beiden Organisationen zuständig gewesen wäre, Bestimmungen des EWR-Rechts, die ihren Ursprung im Gemeinschaftsrecht haben, in für die Gemeinschaft verbindlicher Weise auszulegen.

<sup>45</sup> EuGH, Gutachten zum Patentgerichtshof, 1/09, Slg. 2011 I- 0000, 8. März 2011 (siehe die Auszüge in Anhang II).



letztlich kaum machbar. Was bleibt, sind – was in der Folge weiter zu erarbeiten ist – verschiedene Spielarten eines „parallelen“ Ausbaus des Bilateralismus.

### 3. Unausweichlichkeit des „Zwei Säulen“-Approach

Es ergibt sich aus dem Gesagten, dass gemäss der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der Bilateralen Verträge für gemeinsame Mechanismen der Rechtsprechung kaum Raum bleibt. Es bleibt die sog. „Zwei Säulen“-Struktur: In der ersten Säule (der EU-Säule) ist der EuGH ausschliesslich (aber in Zusammenarbeit mit den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten der Union) für die Interpretation des *acquis* (und der mit dem Drittland abgeschlossenen Abkommen) für den Raum der EU zuständig; in der zweiten Säule ist ein anderes Gericht zuständig für die Interpretation des *acquis* (und des Abkommens), aber ausschliesslich für das Gebiet des Drittstaates, d.h. „innerhalb“ der zweiten Säule.

Was bleibt, ist also zwischen der Skylla des Status quo der parallelen Rechtshandhabung und der Charybdis der Schaffung eines symmetrischen, gemeinsamen Rechtsanwendungsmechanismus zu navigieren. Es kommt dabei, wie ich meine, eine beschränkte Zahl von Modellen in Betracht, wie sie nachfolgend erläutert werden sollen.

## **II. Modelle zwischen Status quo und zentraler Überwachung**

Für die Umsetzung und Anwendung der Bilateralen Verträge unterscheiden wir drei Optionen der Weiterentwicklung: die eine lehnt sich an die EWR-EFTA-Ordnung an (Abschnitt A); die zweite Option sieht eine Weiterentwicklung auf dem Wege der Einpassung in die Schweizer Ordnung vor (Abschnitt B); die dritte Option liegt gewissermassen zwischen den genannten Ansätzen und beinhaltet eine neuartige, durch die EFTA-Ordnung inspirierte Organstruktur (Abschnitt C). Weitere grundsätzliche Entwicklungsvarianten lassen sich m.E. realistischerweise nicht ausmachen.

## A. Einpassung in die EWR/EFTA-Ordnung

Dieser Ansatz beruht auf einer Zwei Säulen-Struktur. Grundidee dieses ersten Ansatzes ist, dass sich die Schweizer Seite der bilateralen Ordnung in die EFTA-Säule des EWR einpasst. Damit gehen keine Änderungen der rechtlichen Ordnung der Schweiz einher. Aber das Monitoring der bilateralen Ordnung wird externalisiert, d. h. von den Schweizer Institutionen auf dritte Institutionen übertragen. In diesem Sinne ist es für die Schweiz ein „Maximal-Ansatz“. Den bestehenden Organen, der EFTA-Überwachungsbehörde und dem EFTA-Gerichtshof, welche bis anhin lediglich das EWR-Monitoring<sup>46</sup> der drei EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen betrieben haben, wird nach diesem Modell zusätzlich das Monitoring der Schweizer Seite der bilateralen Ordnung anvertraut. Die Organe werden freilich soweit wie möglich an die spezifischen Bedürfnisse der bilateralen Ordnung angepasst.

Als primäre Rechtsgrundlage dient unter diesem Ansatz ein Staatsvertrag, den die Schweiz mit den EWR/EFTA-Staaten schliesst. Dieser Staatsvertrag wird auf die Aussenkompetenzen in der Bundesverfassung gestützt (Art. 54 Abs.1 und Art. 184 BV). Mit dem Staatsvertrag wird das Errichtungsübereinkommen, mit dem die EFTA Überwachungsbehörde und der EFTA-Gerichtshof geschaffen wurden (ErrÜ), für die Bedürfnisse der bilateralen Ordnung angepasst. Der Schweiz erwachsen aus dem neuen Staatsvertrag („Beitritt“ zum Errichtungsübereinkommen) keine unmittelbaren Verpflichtungen gegenüber der EU, denn die EU ist zwar als Vertragspartei an der bilateralen Ordnung, nicht aber am Staatsvertrag mit den EWR/EFTA-Staaten beteiligt. Es bietet sich aber an – zumindest aus der Sicht der Union – ein zusätzliches Abkommen zwischen der Schweiz und der Union zu schliessen, in welchem die Schweiz auch gegenüber der Union verpflichtet wird, das Monitoring der bilateralen Ordnung der Überwachungsbehörde und dem EFTA-Gerichtshof zu übertragen. Dieses Abkommen ist zwar für das Funktionieren des neuen Monitoring nicht unabdingbar. Doch ist angesichts der Koppelung der institutionellen Dimension der bilateralen Ordnung an die zur Zeit verhandelten bilateralen Dossiers kaum zu erwarten, dass die Union eine Verpflichtung der Schweiz gegenüber den EWR/EFTA-Staaten allein als ausreichende Konzession erachtet, denn diese

---

<sup>46</sup> Monitoring wird hier, grob gesagt, als Überbegriff für die Rollen der Exekutive und der Judikative im Rahmen der hier zur Diskussion stehenden Ordnung verwendet.

Verpflichtung wäre ja für die Schweiz einseitig, d. h. unabhängig von der Union, mit den EWR/EFTA-Staaten nachverhandelbar.

Die EFTA-Überwachungsbehörde und der EFTA-Gerichtshof sind unabhängig und nicht weisungsgebunden. Dies ist bereits in Art. 4 und 8 des Errichtungsübereinkommens für die EFTA-Überwachungsbehörde und in Art. 30 für den EFTA-Gerichtshof ausreichend festgehalten. Für die Belange der bilateralen Ordnung wird die Überwachungsbehörde modifiziert. Dabei steht ein Mitglied der Überwachungsbehörde mit entsprechendem Hintergrund (Schweizer Nationalität, siehe Art. 7 ErrÜ), das gemäss Art. 9 ErrÜ einstimmig ernannt wird, im Vordergrund. Auch eine Verwaltungsabteilung der Überwachungsbehörde, die ausschliesslich für die bilaterale Ordnung zuständig ist („Swiss Desk“), wird errichtet.

Der EFTA-Gerichtshof setzt sich gegenwärtig gemäss Art. 28 Errichtungsübereinkommen aus drei Richtern zusammen, für die keine besonderen Nationalitätsvorschriften gelten und die einstimmig von den Vertragsparteien des Errichtungsübereinkommens ernannt werden (Art. 30 Abs.1 ErrÜ). Ob überhaupt und, wenn ja, inwiefern die Zusammensetzung des EFTA-Gerichtshofs geändert wird, ist letztlich Verhandlungssache. Unter Umständen können vergangene Änderungen des Errichtungsübereinkommens hier Anhaltspunkte geben. Aus Schweizer Sicht ist sicher ein Richter, der Bezug zur bilateralen Ordnung hat, wünschenswert.<sup>47</sup> Allerdings gibt es auch gravierende Bedenken gegen eine Veränderung des EFTA-Gerichtshofs gemäss der zu beurteilenden Ordnung. Der EFTA-Gerichtshof hat (wie auch die Überwachungsbehörde) wegen der Beschlussfassung aus einer ungeraden Anzahl von Personen zu bestehen. Dies beschränkt die Möglichkeiten für eine besondere Zusammensetzung des EFTA-Gerichtshofes für die Befassung mit der bilateralen Ordnung: es kann nicht ohne Weiteres ein „Schweizer“ Richter zu den drei Richtern, aus denen der EFTA-Gerichtshof für die Belange des EWR besteht, hinzu stossen. Auch ist kaum vorstellbar, dass ein regulärer „EWR-Richter“ für die Belange der bilateralen Ordnung wegfällt, da sich unweigerlich die Frage stellt, welcher der drei Richter das sein sollte. Allerdings vertragen sich solche Abänderungen der richtenden Institution je nach der

---

<sup>47</sup> Unter Umständen ist denkbar, dass jeweils zwei zusätzliche Richterinnen für die bilaterale Ordnung beigezogen werden.

betroffenen Ordnung insgesamt nur schwer mit dem Grundgedanken der richterlichen Unabhängigkeit. Es waren unter anderem solche Erwägungen, welche im Jahr 1991 den EuGH dazu bewogen hatten, den vom ursprünglichen EWR-Abkommen vorgesehenen, übergreifenden EWR-Gerichtshof („Eine Säule“-Struktur) abzulehnen.<sup>48</sup> Man kann sich daher auch mit gewissem Recht fragen, ob nicht ähnliche Bedenken auf den EFTA-Gerichtshof zutreffen. Verträgt sich ein Doppelmandat der EFTA Richter (richtend unter dem EWR *und* unter der bilateralen Ordnung) überhaupt mit deren „voller inneren Unabhängigkeit“<sup>49</sup>? Hat ausserdem der EFTA-Gerichtshof nicht auch die Autonomie der EWR/EFTA-Ordnung zu wahren? Gibt es nicht unter Umständen auch Reflexwirkungen von Urteilen zur „schmaleren“ bilateralen Ordnung auf die „breitere“ EWR-Ordnung?

Die Kompetenzen der EFTA-Überwachungsbehörde bezüglich der bilateralen Ordnung werden gemäss dem bestehenden Errichtungsübereinkommen gestaltet. Insbesondere kann sie eine Vertragsverletzungsklage gegen die Schweiz erheben, Empfehlungen, Guidelines, und Opinions abgeben und die Umsetzung der bilateralen Ordnung insgesamt kontrollieren (siehe Art. 5-6 ErrÜ). Anders als im EWR und im Errichtungsübereinkommen sind die Entscheidungskompetenzen bezüglich Wettbewerb in der bilateralen Ordnung (vorerst) eingeschränkt (Art. 5 Abs.1b ErrÜ). Unter Umständen ist der Informationsaustausch zwischen der Überwachungsbehörde (bzw. deren Schweizer Abteilung) und der EU-Kommission besonders anzusprechen und vielleicht restriktiver als in 5 Abs.2c ErrÜ, auszugestalten, soweit das praktikabel ist. In der EWR-Praxis scheint der Informationsfluss von der Überwachungsbehörde zur EU-Kommission (hohe Durchlässigkeit) teilweise ein Problem zu sein.

Die Überwachungsbehörde kann gemäss Art. 31 ErrÜ die Klage der Verletzung der bilateralen Ordnung („Vertragsverletzungsklage“) durch die Schweiz vor dem EFTA-Gerichtshof erheben. Eine Abschwächung dieser Klage für den Fall, dass die gesetz- bzw. verfassungsgebende Tätigkeit in der Schweiz Gegenstand des Verfahrens ist, ist unter diesem Ansatz kaum realisierbar. Es gibt ein fakultatives „Vorabentscheidungsverfahren“: Schweizer Gerichte können, müssen aber nicht,

---

<sup>48</sup> EuGH, 1. Gutachten zum EWR, siehe oben Fussnote 44.

<sup>49</sup> EuGH, 1. Gutachten zum EWR, siehe oben Fussnote 44, Para. 52.

Interpretationsfragen dem EFTA-Gerichtshof vorlegen (siehe Art. 34 ErrÜ). Ein Nichtigkeitsverfahren gegen Entscheide der EFTA-Überwachungsbehörde gemäss Art. 36 ErrÜ ist zwar grundsätzlich denkbar, doch hängt der Anwendungsbereich der Nichtigkeitsklage von den Bereichen der bilateralen Verträge ab (Wettbewerbsrecht ist vorerst nur beschränkt Teil der bilateralen Ordnung). Die Unterlassungsklage gemäss Art. 37 ErrÜ würde unter der bilateralen Ordnung nur eingeschränkt zur Anwendung gelangen, auch weil Wettbewerbsrecht nur bedingt betroffen ist und weil lediglich ein Staat, die Schweiz, involviert ist. Ähnliches gilt für die Klage auf Schadensersatz wegen Verletzung der bilateralen Ordnung durch die Überwachungsbehörde gemäss Art. 39 ErrÜ. Darüber hinaus haben Individuen die Möglichkeit, vor Schweizer Gerichten im üblichen Verfahren auf Schadensersatz wegen Verletzung der bilateralen Ordnung durch die Schweizer Behörden zu klagen (insbesondere nach Feststellung der Verletzung durch den EFTA Gerichtshof; unter Umständen auch unter Anwendung des Vorabentscheidungsverfahrens). Aufgrund der Zwei Säulen-Struktur besteht keine Kompetenz des EFTA-Gerichtshofs, Streit zwischen der Union und der Schweiz zu schlichten (vgl. Art. 32 ErrÜ).

Bezüglich der praktischen Ausgestaltung der Überwachungsbehörde und des EFTA-Gerichtshofes besteht naturgemäss wenig Flexibilität. Die Sitze in Brüssel (Überwachungsbehörde) und in Luxemburg (EFTA-Gerichtshof) stehen kaum zur Disposition. Die Arbeitssprache der Überwachungsbehörde und des EFTA-Gerichtshofes ist Englisch. Daran wird sich unter der bilateralen Ordnung wenig ändern. Denkbar wäre einzig, dass die Verwaltungsabteilung der Überwachungsbehörde, welche für die bilaterale Ordnung zuständig ist, informell in (einzelnen) schweizerischen Landessprachen kommuniziert.

Der EWR/EFTA-Ansatz hat gewisse Vorteile für die Schweiz. Zunächst ist der Ansatz effizient, da bereits bestehende Institutionen in Anspruch genommen werden können. Es müssen keine neuen Institutionen geschaffen werden. Den bereits zahlreichen europäischen Institutionen werden keine weiteren hinzugefügt. Die Expertise der bestehenden EWR-Institutionen kann genutzt werden. Der Ansatz ist in seiner Gestaltung relativ vorhersehbar. Es besteht eine relativ hohe Planungssicherheit. Die Verhandlungen sind nicht übermässig kompliziert (vorausgesetzt es besteht bei den EWR/EFTA-Staaten eine gewisse

Verhandlungsbereitschaft). Es besteht auch relativ wenig Rechtfertigungsdruck gegenüber der Union, da die Union sich mit diesem Ansatz am ehesten anfreunden kann. Entsprechend muss die Schweiz relativ wenig Verhandlungskapital einsetzen. Der Ansatz zeigt auch eine gewisse Solidarität mit den EFTA-Staaten. Dies könnte sich namentlich als wichtig erweisen, wenn weitere EWR/EFTA-Staaten der Union beitreten. Zumindest bei Island ist das durchaus denkbar.<sup>50</sup>

Nachteilig könnte dieser Ansatz für die Schweiz in doppeltem Sinne sein. Zum Einen fragt sich, ob der Ansatz in der Schweiz politisch vermittelbar ist, da der EWR, an den sich der Ansatz letztlich anlehnt, in der Schweiz seit der Abstimmung vom Jahr 1992 – zumindest bei Teilen der Bevölkerung – mit einem Stigma belegt ist. Zum Anderen besteht eine gewisse Gefahr der Sogwirkung des EWR („spill-over-Wirkung“). Gewiss, die Herangehensweisen des EuGH, des EFTA-Gerichtshofes und des Bundesgerichts an die Problematik der Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung unterscheiden sich nicht grundlegend, wie oben bereits dargestellt wurde. Allerdings ist denkbar, dass der EFTA-Gerichtshof das Vorliegen „triftiger Gründe“ dafür, dass die bilaterale Ordnung *nicht* parallel zum Binnenmarkt laufen sollte, zurückhaltender beurteilt, als dies das Bundesgericht bisher getan hat. Entsprechend würde sich die bilaterale Ordnung dann stärker an die EWR/EFTA-Ordnung anschmiegen, als es Institutionen, die einzig für die bilaterale Ordnung zuständig wären (Ansatz 2 und 3), tun würden. Insgesamt dürften diese Unterschiede aber höchstens gradueller Natur und damit relativ gering sein.

Für die Union ist der hier diskutierte Ansatz der einfachste. Es besteht ein stabiler Rahmen und entsprechend ist die Planungssicherheit hoch. Die Verhandlungen können mit diesem Ansatz von der EU ferngehalten werden, da primär das Errichtungsübereinkommen anzupassen wäre. Der Ansatz ist auch insgesamt relativ Ressourcen-schonend, da die EU keine neuen Institutionen zu betreuen hat, denn die Europäischen Institutionen vermehren sich nicht weiter. Obwohl es denkbar ist, dass die Union sich von diesem Ansatz verspricht, dass die Schweiz längerfristig zum EWR hingezogen wird, gibt es dafür keine konkreten Anzeichen. Die Nachteile für die Union sind gering. Unter Umständen ist denkbar, dass die bilaterale Ordnung

---

<sup>50</sup> Internal Market beyond the EU: EEA and Switzerland (Briefing paper by Directorate General for Internal Policies for the European Parliament), Tobler, Hardenbol und Mellár, oben Fussnote 29, S. 39.

Reflexwirkungen auf den EWR hat, da sich dieselben Institutionen mit zwei Ordnungen befassen. Allenfalls könnte die analoge Anwendung der Logik des ersten Gutachtens des EuGH zum EWR die Ausgestaltung des hier diskutierten Ansatzes behindern.

## B. Einpassung in die Schweizer Ordnung

Die Grundidee dieses Ansatzes ist, dass sich das Monitoring der Schweizer Seite der bilateralen Ordnung in die Schweizer Ordnung einpasst. Mit diesem, ebenfalls auf einer Zwei Säulen-Struktur basierenden Ansatz sind nur minimale Anpassungen der Schweizer Ordnung verbunden (darum „Minimal-Ansatz“). Eine schweizerische Umsetzungsstelle („Implementing Body“) und eine besondere Kammer des Bundesgerichts werden mit dem Monitoring betraut.

Gestützt auf Art. 178 Abs. 3 BV (bezüglich der Umsetzungsstelle) und Art. 188 Abs. 2 BV (bezüglich des Bundesgerichts) werden die gesetzlichen Grundlagen in der Schweiz geschaffen und insbesondere das Bundesgerichtsgesetz (BGG) abgeändert. Unter Umständen wird zusätzlich ein Abkommen mit der EU abgeschlossen (gestützt auf die Aussenkompetenzen, Art. 54 Abs. 1 und 184 BV), in welchem die Schweiz verpflichtet wird, das Monitoring so auszugestalten, wie es hier beschrieben wird. Damit wird die Einseitigkeit des Ansatzes abgeschwächt.

Sowohl die Umsetzungsstelle wie die besondere Kammer des Bundesgerichtes sind unabhängig und nicht weisungsgebunden. Bezüglich der Umsetzungsstelle ist dies ausdrücklich im Bundesgesetz festzuhalten. Für das Bundesgericht versteht sich dies sowohl aus der Bundesverfassung wie aus dem Bundesgerichtsgesetz. Die Besetzung beider Organe ist offen. Analog der Überwachungsbehörde für die EWR/EFTA-Ordnung empfiehlt sich ein Dreiergremium (allenfalls ein Fünfergremium) für die Umsetzungsstelle. Für das Bundesgericht bietet sich ein Dreiergremium (allenfalls ein Fünfergremium) im Sinne von Art. 20 Abs. 2 BGG an. Sowohl die Mitglieder der Umsetzungsstelle wie die Richter der besonderen Kammer des Bundesgerichts werden von der Bundesversammlung gewählt (Art. 168 Abs. 1 und Abs. 2 BV). Die Richter werden direkt in die besondere Kammer gewählt. Dabei ist theoretisch denkbar, dass die Union gewisse Mitwirkungsbefugnisse hat. Die Union

könnte zum Beispiel vor der Wahl angehört werden, sie könnte ein (nicht exklusives) Vorschlagsrecht haben, oder sie könnte auch ein Zustimmungsrecht haben. Angesichts der Wahlmodalitäten, die für die ESA und den EFTA-Gerichtshof gemäss Errichtungsübereinkommen gelten, drängen sich freilich solche Mitwirkungsbefugnisse nicht auf. Unter Umständen können auch Art. 253 AEUV (Vertrag von Lissabon) über die Wahl der Richter des EuGH Denkanstösse entnommen werden.

Die Umsetzungsstelle betreibt zusammen mit der besonderen Kammer des Bundesgerichts das Monitoring der Schweizer Seite der bilateralen Ordnung. Die Umsetzungsstelle hat in allem, was die bilaterale Ordnung betrifft, Beratungskompetenz, dies insbesondere gegenüber den kantonalen Behörden, aber auch den Bundesbehörden, einschliesslich Bundesrat und Parlament. Freilich hat die Umsetzungsstelle nur Anhörungsrechte, keine Zustimmungsrechte. Sie kann Interpretationsrichtlinien bezüglich der bilateralen Ordnung erlassen. Sie kann in direkten Kontakt mit der EU-Kommission (und der EFTA-Überwachungsbehörde) treten. Unter Umständen kann man diese Kontaktmöglichkeiten formalisieren, um die Durchlässigkeit einzuschränken, bzw. die Unabhängigkeit von der EU Kommission zu garantieren.

Die Umsetzungsstelle hat, soweit die bilaterale Ordnung betroffen ist, umfassende Teilnahmerechte in allen Gerichtsverfahren, analog einem Bundesdepartement (siehe Art. 89 Abs. 2(a) BGG, Art. 111 Abs. 2 BGG; Art 76 Abs. 2 BGG; Art. 81 Abs. 1(b) BGG; freilich nicht nur vor dem Bundesgericht, sondern auch vor den übrigen Gerichten der Schweiz). Die besondere Kammer des Bundesgerichts ist immer letztinstanzlich zuständig, wenn die bilaterale Ordnung betroffen ist. Um die Unabhängigkeit der besonderen Kammer zu sichern und sie aus der üblichen Gerichtsordnung herauszulösen, kann die besondere Kammer selbständig Präjudizien und Praxis ändern. Dafür wird Art. 23 BGG abgeändert.

Die Umsetzungsstelle kann, nach Durchlaufen eines Vorverfahrens, das eine begründete Stellungnahme einschliesst, direkt ein Verfahren einleiten vor der besonderen Kammer des Bundesgerichts wegen Verletzung der bilateralen Ordnung durch kantonale oder Bundesbehörden (einschliesslich Entscheide des



Bundesrates). Das in diesem Verfahren ergehende, bundesgerichtliche Urteil ist bindend. Gegenstand des Verfahrens kann jegliches Verhalten sein (Gesetzgebung, Verwaltungspraxis, Unterlassen). Dieses besondere Verfahren wird als gesondertes Kapitel ins Bundesgerichtsgesetz eingefügt (unter Umständen unter dem 6. Kapitel des BGG [die Klage]).

Bezüglich gesetz-, bzw. verfassungs- und quasi-gesetzgeberischer Tätigkeit sind verschiedene Modalitäten möglich, soweit hier Verhandlungsspielraum besteht. Denkbar ist ein vollständiger Ausschluss der entsprechenden Rechtsakte des Bundes vom Verletzungsverfahren vor der besonderen Bundesgerichtskammer. Allerdings ist höchst fraglich, ob dies für die EU akzeptabel wäre. Möglich ist auch ein vollständiger Einbezug der Rechtsakte in das Verletzungsverfahren, was allerdings neuartig wäre für die Schweizer Ordnung. Als Zwischenansatz denkbar ist die Verbindung des Ausschlusses der Rechtsakte des Bundes vom Verletzungsverfahren mit einem besonderen Präventivverfahren, das analog dem Gutachtenverfahren des EuGH für internationale Abkommen ausgestaltet wird. In diesem Präventivverfahren kann die Umsetzungsstelle (wie auch die Bundesorgane) vor Erlass eines Aktes die besondere Kammer des Bundesgerichtes um ein (verbindliches) Gutachten über die Vereinbarkeit des Aktes mit der bilateralen Ordnung anfragen. Damit wird präventiv, auf einer frühen Stufe bereits der Erlass von Akten, die der bilateralen Ordnung widersprechen, verhindert und offene Konfrontationen werden abgemildert. Rein technisch könnte natürlich die verfassunggebende Gewalt, soweit sie unmittelbar tätig wird (Verfassungsinitiative), aus diesem besonderen Verfahren ausgeklammert werden. Ob dies allerdings für die EU akzeptabel wäre, ist fraglich. Bei allen drei in diesem Absatz beschriebenen Modalitäten dient Art. 189 Abs. 4 BV als Verfassungsgrundlage für das zur Verwirklichung des Minimal-Ansatzes zu erlassende Bundesgesetz. Es bestehen bei keiner der drei Modalitäten Bedenken bezüglich Verfassungsmässigkeit.

Individuen haben die Möglichkeit, vor Schweizer Gerichten im üblichen Verfahren auf Schadenersatz zu klagen bei Verletzung der bilateralen Ordnung durch die Schweizer Behörden, insbesondere bei Feststellung der Verletzung durch die besondere Kammer des Bundesgerichtes. Ein Schadensersatzverfahren wegen Verhaltens der Umsetzungsstelle, das der bilateralen Ordnung widerspricht, steht

(vorerst) nicht im Vordergrund, da die Umsetzungsstelle keine direkten Vollzugskompetenzen hat und Wettbewerbsrecht nur bedingt betroffen ist. Wie bei Ansatz 1 besteht auch hier aufgrund der „Zwei Säulen-Struktur“ keine Schlichtungskompetenz der besonderen Kammer des Bundesgerichts für Streitigkeiten zwischen der EU und der Schweiz.

Bei der konkreten Ausgestaltung der Umsetzungsstelle besteht Verhandlungsspielraum. Die Umsetzungsstelle kann zum Beispiel in Bern oder an der Peripherie der Schweiz, etwa in Basel, Genf, im Tessin, in St. Gallen oder an ähnlichen Orten, errichtet werden. Ein Sitz ausserhalb der Schweiz steht bei diesem Ansatz weniger im Vordergrund. Ähnliches gilt für die besondere Kammer des Bundesgerichtes, wobei Lausanne als die natürliche Lösung erscheint. Die Finanzierung der besonderen Organe erfolgt durch die Schweiz. Diese Organe bedienen sich der schweizerischen Amtssprachen.

Für die Schweiz hat der Minimal-Ansatz mehrere Vorteile. Er bietet nicht nur eine hohe Erwartungssicherheit, da das Bundesgericht sich in der Schweiz bewährt hat und unerwartete Entwicklungen relativ unwahrscheinlich sind. Der Ansatz ist zudem relativ kompatibel mit der institutionellen Struktur der Schweiz. Die bestehenden Institutionen müssen nur minimal angepasst werden. Das Gleichgewicht zwischen den Schweizer Institutionen, wie es traditionsgemäss in der Schweiz besteht, wird belassen, bzw. nur soweit verändert wie absolut unabdingbar. Der Ansatz ist zudem nicht sehr Ressourcen-intensiv. Er ist auch auf der politischen Ebene relativ gut vermittelbar. Auf der Seite der Nachteile steht vor allem die Unsicherheit darüber, ob dieser Ansatz von der EU als genügend beurteilt wird. Sind die Kernelemente dieses Ansatzes ausreichend, um den Forderungen der Union nach unabhängiger, supranationaler Überwachung nachzukommen? Erkennt sich die EU in diesem Ansatz wieder, oder sieht sie darin bloss ein rein innerstaatliches, Schein-Umstrukturieren? Als nachteilig kann man auch ansehen, dass das Schweizer Gerichtssystem, insbesondere das Bundesgericht, verändert wird, wenn auch nur so wenig wie möglich. Es werden neue Elemente in bestehende und bewährte Strukturen eingeführt. Eine besondere Kammer des Bundesgerichts, die nur für den Kern der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, die bilaterale Ordnung, zuständig ist, fügt sich nur bedingt organisch ins Bundesgericht ein. Zudem werden,

je nach Ausgestaltung, auch die nationale und die internationale Ordnung vermischt. Damit wird die Trennlinie zwischen nationalem und internationalem Recht verwischt.

Für die EU schlägt positiv zu Buche, dass keine zusätzlichen „internationalen“ Strukturen geschaffen werden. Der Schweizer Weg des Bilateralismus wird relativ tief gehalten, bzw. nicht unnötig hochgezogen. Der Weg bleibt einzigartig und wird nicht durch zusätzliche, international stark sichtbare Institutionen als Modell herausgestellt. Die Gefahr der Nachahmung durch andere Drittstaaten bleibt dadurch gering. Keine (oder weniger bedeutende) institutionelle Rivalen der EU-Kommission und des EuGH werden geschaffen. Für die EU entsteht auch nur minimaler Aufwand. Nachteilig ist für die EU vor allem der geringe Grad der Herauslösung der Organe aus der Schweizer Ordnung. Es dürfte seitens der EU Skepsis darüber bestehen, ob dieser Ansatz eine Verbesserung gegenüber dem jetzigen Zustand bringt.

### C. Neuartige, durch die EFTA-Ordnung inspirierte Organstruktur

Das Monitoring der bilateralen Ordnung wird in diesem Ansatz nach demjenigen der EWR/EFTA-Ordnung modelliert, hängt aber damit nicht zusammen. Eine Umsetzungsstelle („Implementing Body“) und ein richterliches Forum („Judicial Forum“) werden der bilateralen Ordnung auf der Schweizer Seite beigefügt („Zwei Säulen-Struktur“). Diese Organe sind weniger stark in die Schweizer Ordnung eingebettet als unter Ansatz 2.

Der Ansatz basiert auf einem Abkommen mit der EU. Die Verfassungsgrundlagen dazu finden sich in Art. 54 Abs.1 und 184 BV. Das Abkommen wird durch ein Bundesgesetz analog dem Errichtungsübereinkommen zwischen den EWR/EFTA-Staaten umgesetzt. Grundsätzlich wäre auch unter diesem Ansatz denkbar, dass ein Bundesgesetz allein die nötigen Strukturen schafft, doch dürfte auch hier diese „einseitige“ Errichtung (d. h. ohne Verpflichtung gegenüber der EU) für die Union nicht ausreichen.

Sowohl die Umsetzungsstelle wie das gerichtliche Forum sind unabhängig und nicht weisungsgebunden. Dies ist ausdrücklich im Abkommen bzw. im Bundesgesetz

festzuhalten (analog Art. 108 EWR, Art. 4, 8 [bzgl. EFTA-Überwachungsbehörde] und 30 [bzgl. EFTA-Gerichtshof] ErrÜ). Die Zusammensetzung beider Organe ist offen. Bei der Umsetzungsstelle bietet sich ein Dreier-Gremium (allenfalls ein Fünfer-Gremium), beim gerichtlichen Forum ein Fünfergremium (allenfalls ein Dreier-Gremium) an. Grundsätzlich muss das gerichtliche Forum nicht unbedingt ständig sein.

Die Bestellung der Umsetzungsstelle und des gerichtlichen Forums würde bei strikter Analogie zum Errichtungsübereinkommen, das sich auf die EFTA-Überwachungsbehörde und den EFTA-Gerichtshof bezieht, einseitig durch die Schweiz erfolgen. Diesfalls wäre die Bundesversammlung dafür zuständig. Die Analogie ist jedoch nicht zwingend, denn die EWR/EFTA-Säule besteht aus drei Staaten, die Schweizer Säule der bilateralen Ordnung aber lediglich aus der Schweiz. Entsprechend sind Mitwirkungsbefugnisse der EU bei der Bestellung eher denkbar (etwa ein Vorschlagsrecht, Anhörungsrecht oder ein Zustimmungsrecht). Dabei ist jedoch zu beachten, dass das aktive Amt eines Richters im EuGH und dasjenige eines Richters im gerichtlichen Forum gemäss dem ersten EWR-Gutachten unvereinbar sind.<sup>51</sup> Die Vereinbarkeit eines Amtes in der Umsetzungsstelle mit einem aktiven Amt in der Kommission der EU ist schon aus rein praktischen Gründen ausgeschlossen.

Das Monitoring der Schweizer Seite der bilateralen Ordnung funktioniert zunächst gleich wie bei Ansatz 2. Die Umsetzungsstelle hat in allem, was die bilaterale Ordnung betrifft, Beratungskompetenz, insbesondere gegenüber den kantonalen Behörden, aber auch den Bundesbehörden, einschliesslich Bundesrat und Parlament. Freilich hat die Umsetzungsstelle nur Anhörungsrechte, keine Zustimmungsrechte. Sie kann Interpretationsrichtlinien bezüglich der bilateralen Ordnung erlassen. Sie kann in direkten Kontakt mit der EU Kommission (und der EFTA-Überwachungsbehörde) treten. Unter Umständen kann man diese Kontaktmöglichkeiten formalisieren, um die Durchlässigkeit einzuschränken, bzw. die Unabhängigkeit von der EU Kommission zu garantieren.

---

<sup>51</sup> EuGH, 1. Gutachten zum EWR, oben Fussnote 44.

Die Umsetzungsstelle kann, nach einem Vorverfahren, beim gerichtlichen Forum ein Verfahren wegen Verletzung der bilateralen Ordnung durch die kantonalen oder Bundesbehörden einleiten, wobei Friktionen mit Art. 188 BV Abs. 1 nicht übersehen werden dürfen. Die Zuständigkeit des gerichtlichen Forums erstreckt sich hier auf sämtliche Verhaltensweisen, inklusive gesetz-, bzw. verfassungsgeberische Tätigkeiten der Bundesbehörden. Unter Umständen ist allerdings auch hier, ähnlich wie bei Ansatz 2, ein gutachtliches, präventives, bindendes Sonderverfahren vor dem gerichtlichen Forum bei Verfassungsänderungen, evtl. bei Bundesgesetzgebung, möglich.

Die Schweizer Gerichte sind berechtigt, Interpretationsfragen bezüglich der bilateralen Ordnung dem gerichtlichen Forum vorzulegen, das einen bindenden Entscheid darüber fällt. Die Möglichkeit besteht, dass letztinstanzliche Gerichte, insbesondere das Bundesgericht, dazu verpflichtet werden. Der Entscheid des gerichtlichen Forums ist Teil des ordentlichen Verfahrens, welches bis zum Entscheid des gerichtlichen Forums sistiert wird. Das Bundesgericht entscheidet damit weiterhin in der Sache letztinstanzlich, allerdings ist es dabei an den Entscheid des gerichtlichen Forums gebunden. Grundsätzlich ist denkbar, dass dieses Vorabentscheidungsverfahren (wie bei Art. 34 ErrÜ) fakultativ und nicht bindend ausgestaltet oder ganz weggelassen wird. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass ein Wegfallen des Vorabentscheidungsverfahrens die Bedeutung des Verletzungsverfahrens verstärkt. Namentlich die Gerichte kommen in diesem Fall unweigerlich ins Visier des Verletzungsverfahrens (das von der Umsetzungsstelle ausgelöst wird). Es wird wahrscheinlicher, dass ein Bundesgerichtsentscheid zum Anlass für ein Verletzungsverfahren vor dem gerichtlichen Forum wird.

Wie bei Ansatz 2 haben Individuen die Möglichkeit, vor Schweizer Gerichten im üblichen Verfahren auf Schadenersatz zu klagen bei Verletzung der bilateralen Ordnung durch die Schweizer Behörden, insbesondere bei Feststellung der Verletzung der bilateralen Ordnung durch das gerichtliche Forum. Ein Schadenersatzverfahren wegen Verhaltens der Umsetzungsstelle, das der bilateralen Ordnung widerspricht, steht (vorerst) nicht im Vordergrund, da die Umsetzungsstelle keine direkten Vollzugskompetenzen hat und kein

Wettbewerbsrecht betroffen ist.<sup>52</sup> Wie bei Ansatz 1 besteht auch hier dank der „Zwei Säulen-Struktur“ keine Schlichtungskompetenz des gerichtlichen Forums für Streitigkeiten zwischen der EU und der Schweiz.

Die Modalitäten der Ausgestaltung der Umsetzungsstelle und des gerichtlichen Forums sind offen. Die Umsetzungsstelle und das gerichtliche Forum können ihre Sitze in der Schweiz oder in Brüssel haben. Typischerweise wählt man örtlich unterschiedliche Sitze für die Umsetzungsstelle und das gerichtliche Forum. Es müssen aber nicht zwingend beide im gleichen Land angesiedelt werden. Unter Umständen wäre Strassburg eine Alternative für den Sitz des gerichtlichen Forums. Die räumliche Nähe insbesondere der Umsetzungsstelle zur EU Kommission und zur ESA ist ein nicht zu unterschätzender Faktor. Die Finanzierung der Umsetzungsstelle und des gerichtlichen Forums erfolgt durch die Schweiz. Die Arbeitssprachen der Organe sind die schweizerischen Amtssprachen.

Für die Schweiz ist der Ansatz aus verschiedenen Gründen vorteilhaft. Zunächst ist hervorzuheben, dass unter diesem Ansatz, im Gegensatz zu Ansatz 1, eine eigentliche eigene „Lösung“ für die Schweiz besteht. Die Eigenständigkeit des bilateralen Weges („Dritter Weg“) spiegelt sich in den dafür zuständigen Organen. Weiter ist vorteilhaft, dass das bestehende, bewährte Gerichtssystem (insbesondere das Bundesgericht) unangetastet bleibt, zumindest strukturell, denn die neuen Organe sind davon weitgehend getrennt. Dadurch wird auch dem Überschwappen der Logik des EWR (insbesondere der Homogenität) auf die bilaterale Ordnung vorgebeugt. Da die EWR/EFTA-Institutionen ganz aus dem Spiel bleiben, beeinflusst deren Stigma die politische Diskussion nicht. Der Ansatz ist damit in der Schweiz leichter und objektiver vermittelbar. Nachteilig für die Schweiz ist namentlich, dass zwei neue Organe geschaffen werden müssen. Das ist relativ Ressourcen-intensiv. Im Vergleich zu Ansatz 2 besteht ein geringerer Grad an „Kontrolle“ über die Organe. Allerdings hängt dies von der Ausgestaltung ab, insbesondere bezüglich der Kompetenzen des gerichtlichen Forums, gesetz- und verfassungsgebende Tätigkeit

---

<sup>52</sup> Es ist allerdings denkbar, dass die Kompetenzen, welche die Kommission der EU im Bereich Wettbewerb aufgrund des Luftverkehrabkommens hinsichtlich der Schweiz genießt, auf die Umsetzungsstelle verlagert werden. Aus Kohärenzgründen wäre dies grundsätzlich zu begrüßen. In diesem Fall wäre allerdings ein entsprechendes Verfahren vorzusehen, mit welchem die Entscheide der Umsetzungsstelle vor dem gerichtlichen Forum angefochten werden können (analog den Nichtigkeitsverfahren vor dem EuGH, bzw. dem EFTA-Gerichtshof).

zu überprüfen. Damit verknüpft ist auch die politische Akzeptanz und die Vermittelbarkeit.

Für die Union besteht der Vorteil in diesem Ansatz darin, dass die Organe stärker aus dem schweizerischen System herausgelöst werden als unter Ansatz 2. Es besteht eine relativ hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Organe unabhängig von der Schweizer Exekutive und der Legislative agieren. Der Forderung nach Internationalität/Supranationalität wird stärker nachgekommen als unter Ansatz 2. Die EU erkennt sich selbst in dem Ansatz stärker als bei Ansatz 2, da die Mechanismen ähnlicher sind, insbesondere das Vorabentscheidungsverfahren. Für die EU ist zudem der Aufwand minimal. Für die EU könnte sich als nachteilig erweisen, dass unter diesem Ansatz der bilaterale Weg sichtbarer ist als unter Ansatz 2. Damit besteht eine erhöhte Gefahr, dass Dritte den bilateralen Weg nachzuahmen versuchen. Zudem werden den bereits zahlreichen Europäischen Akteuren weitere Institutionen hinzugefügt. Es ist auch mehr Errichtungs- und Betreuungsaufwand nötig als unter Ansatz 1.

### **III. Generelle Beurteilung der Optionen**

#### A. Stärkung des Rule of Law

In allen drei Modellen erfährt die richterliche Kontrolle eine Stärkung. Die Tendenz zur Verrechtlichung und richterlichen Überwachung ist ein Kennzeichen des europäischen Integrationsprozesses in seinen verschiedenen Ausgestaltungen. Bereits im Statut des Europarates von 1949 wurde die Rechtsstaatlichkeit zu den zentralen Grundprinzipien der Organisation gezählt, und sie erfuhr in der Praxis des Gerichtshofes der EU eine ausgeprägte Ausgestaltung. Im Rahmen der Europäischen Union gehört das Rechtsprinzip zu den tragenden Konstruktionsprinzipien. Die EU wird denn auch mit Grund als "Rechtsgemeinschaft" bezeichnet. Ein Richter des Europäischen Gerichtshofes (Antonio Tizzano) beschrieb das "Rule of Law"-Prinzip als eines der „defining characteristics of a Community that is first of all a community of principles and values at the heart of which are

fundamental rights, constitutionalism, democracy and rule of law“.<sup>53</sup> Entsprechend wird auch bei der Verwirklichung aller hier genannter Modelle je die richterliche Funktion gestärkt: des EFTA-Gerichtshofes, des Bundesgerichts oder eines neu zu schaffenden „Judicial Forum“. Funktionen, die heute auf dem Wege der Diplomatie und der Administration wahrgenommen werden, würden sich tendenziell zu den richterlichen Behörden hin verschieben. Dieser Systemwandel hätte beträchtliche Vorzüge: Verfahren, die nunmehr hinter verschlossenen Türen stattfinden, würden einen höheren Grad an Transparenz erfahren<sup>54</sup>; an die Stelle oft schleppender, oft nie abgeschlossener Verfahren träten verbindliche, rechtskräftige Entscheidungen, gesteuert durch den Zwang zur Einhaltung von Fristen und geregelt nach Massgabe prozessualer Fairnessgebote; an die Stelle von Ermessen bei Entscheiden (oder Unterlassungen von Entscheiden) träte eine (weitergehende) Begründungspflicht.<sup>55</sup> Verrechtlichung hat natürlich auch Schattenseiten wie Formalisierungen oder Verzerrungen von Sachfragen, und gerade in der Schweiz begegnet man ihr mit Skepsis. Im Bereich des Wirtschaftsrechts und bei der Anwendung von Regelungen mit einem vorab technischen Charakter, die hier im Vordergrund stehen, sind aber auch Vorzüge unverkennbar: Nichts ist wichtiger für die Sicherung von Prosperität, sagen Wirtschaftler wie Juristen gleicherweise, als Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit, Rechtssicherheit und Verlässlichkeit des Rechts. Das Individuum oder die Unternehmung, an die sich die Bilateralen Abkommen (wie auch grosse Teile des Unionsrechts) vor allem wenden, wollen - für Investitionen, Handelsgeschäfte usw. - ihre Rechte und Pflichten kennen; Klarheit der Regeln und ihrer Anwendung ist in solchen Angelegenheiten oft wichtiger als Erwägungen über die inhaltlicher „Richtigkeit“. Es versteht sich, dass – gemessen am Status quo – spezielle Überwachungs- und Justizorgane neben ihren rechtsstaatlichen wohl auch beträchtliche Effizienzvorzüge mit sich brächten. Es böte sich hier eine, wie ich meine, auch durchaus im Eigeninteresse der Schweiz liegende Chance an, die (unabhängige und unparteiische, professionell funktionale) „Dritte Gewalt“ im Staat, wenn auch nur punktuell, zu stärken oder eine solche Stärkung der Justizfunktion zumindest zu überprüfen.

---

<sup>53</sup> Vgl. Lord Tom Bingham, *The Rule of Law*, London 2011, S. 117.

<sup>54</sup> Die Rechtsprechung – gerade auch der europäischen Gerichte – ist gut erschlossen; allerdings sollte der Zugang in der Universitätsausbildung und an Weiterbildungsseminaren noch vermehrt erklärt und geübt werden.

<sup>55</sup> Vgl. Baudenbacher, a.a.O., S. 826.



## B. Auswirkungen auf den Föderalismus<sup>56</sup>

Die meisten Rechtsgebiete, die von den bilateralen (bestehenden oder allenfalls noch abzuschliessenden) Abkommen ganz oder teilweise erfasst sind, fallen innerstaatlich in die Kompetenzsphäre des Bundes. Es sind, mit Ausnahme etwa des Steuerwesens, der Anerkennung von Diplomen und des Submissionswesens, kaum weit gespannte Aufgabenfelder auszumachen, die einen genuin kantonalen Charakter hätten. Allerdings werden, gemäss dem in der Schweiz vorherrschenden System des Vollzugsföderalismus, die meisten zentral erlassenen Regeln dezentral durch die Kantone durchgeführt. Wird eine Aufgabe staatsvertraglich geregelt, so fällt gemäss einer wohl herrschenden Rechtsauffassung grundsätzlich auch die Vollzugskompetenz an den Bund („minus in maiore“), doch kann die Durchführung der Verträge auch an die Kantone delegiert werden oder bei diesen belassen bleiben.<sup>57</sup> Wenn also, wie unter allen diskutierten Modellen erwogen, innerstaatlich eine zentrale Umsetzungsinstanz geschaffen und einer richterlichen Instanz (nach Durchlaufen der zur Verfügung stehenden Justizinstanzen der Kantone) das „letzte Wort“ der Streitentscheidung gegeben werden soll, so bedeutet dies keine Verletzung des verfassungsmässig geordneten föderalistischen Systems der Schweiz.

Auf der Ebene der föderalistischen Praxis könnte allerdings dargetan werden, dass die Kantone, einzeln oder im Verbund (z.B. im Rahmen der Konferenz der Kantonsregierungen oder im Rahmen von - allenfalls politisch sensiblen - Delegationen in Gemischten Ausschüssen) ihre Anliegen und Interessen besser und wirksamer einbringen und vertreten können, als wenn sie auf Bundesebene mit einer spezifisch geschaffenen Umsetzungsinstanz bzw. mit einer (allenfalls europarechtlich

---

<sup>56</sup> Zum Ganzen vgl. Daniel Thürer, Kantone und EWR-Abkommen, in: Olivier Jacot-Guillarmod (Hrsg.), EWR-Abkommen – Erste Analysen, Zürich/Bern 1992, S. 771 ff.

<sup>57</sup> Zum Ganzen vgl. etwa Daniel Thürer und Philippe Weber, Zur Durchführung von Europäischem Gemeinschaftsrecht durch die Gliedstaaten eines Bundesstaates, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1991, S. 429 ff.; ders., Die Schweizerische Bundesversammlung und die Europäische Gemeinschaft – Zu den Chancen einer verstärkten parlamentarischen Legitimierung des europäischen Gemeinschaftsrechts im nationalen Rahmen, in: Parlamentsdienste (Hrsg.), Das Parlament – „Oberste Gewalt des Bundes“?, Bern 1992, S. 443 ff.

ausgerichteten) Gerichtsinstantz konfrontiert sind. Solche neuen Überwachungs- und Kontrollverfahren würden aber im Grossen und Ganzen bei der Einbettung des Vollzugs der Bilateralen Verträge in die schweizerische Rechtsordnung doch einen Transparenz- und Effizienzgewinn mit sich bringen, was auch föderalismuspolitisch kein Nachteil wäre. Jedenfalls lässt sich kaum dartun, dass im Rahmen eines der genannten Systeme die Autonomie von Kantonen und Gemeinden, gemessen am heute bestehenden Rechtszustand, gravierende Einbussen erlitten, schon gar nicht wäre dies beim 2. Modell („Einpassung in die Schweizer Ordnung“) der Fall.

Insgesamt wird in der Einrichtung besonderer Umsetzungs- und Kontrollverfahren auf Bundesebene eine gewisse Stärkung der Administrativgewalt im Staat und allenfalls ein gewisses Zurücktreten der schweizerischen Föderalistradition sichtbar, doch entspräche dies einer allgemeinen staatsrechtlichen und -politischen Tendenz und würde auf jeden Fall hinsichtlich Intensität keinen eigentlichen „Einbruch“ in das föderative System bedeuten. Jedenfalls stünden solche Reformen nicht im Widerspruch zur Bundesverfassung (so wie auch die Schaffung der Wettbewerbskommission als entfernt analoger Fall im Einklang mit dem verfassungsrechtlichen Kompetenzsystem stand).

### C. Einfügung in das direkt-demokratische System der Schweiz

Die hier erwogenen Rechtsänderungen müssten z.T. auf völkerrechtlichem Weg und z.T. auf Grund von innerstaatlichen Massnahmen eingeführt werden.

In Bezug auf die *völkerrechtliche Ebene* ist festzuhalten, dass keine der erwähnten Massnahmen eines obligatorischen Volks- und Ständereferendums bedürfte.<sup>58</sup> Ein

---

<sup>58</sup> Vgl. Giovanni Biaggini, BV-Kommentar – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kurzkommentar zur Bundesverfassung, Art. 140 BV, Zürich 2007; die hier zitierten Autoren treten dafür ein, dass die Aufzählung der Fälle eines obligatorischen Referendums abschliessend sei (Hangartner/Kley) oder dass nur in eng begrenzten Ausnahmefällen auch weitere Verträge dem obligatorischen Referendum unterstellt werden könnten: Biaggini verlangt, dass es sich um einen Vertrag von „ausserordentlicher Bedeutung“ handeln müsste, der den in Abs. 1 lit. b ausdrücklich genannten Kategorien nahe kommt, und Rhinow verlangt „staatspolitische Gründe“. Bemerkenswert ist, dass die Bundesversammlung betreffend die Assoziierung an „Schengen“ und „Dublin“ von einer Unterstellung unter das obligatorische Referendum absah. Vgl. auch Daniel Thürer, Art. 140 Abs. 1 Bst. B BV, in: Bernhard Ehrenzeller, Philippe Mastroradi, Rainer J. Schweizer, Klaus Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008; ders., Verfassungsrecht und

solches Verfahren ist nur für Beitritte zu einem System der Kollektiven Sicherheit und – hier einzig relevant – einer supranationalen Gemeinschaft vorgesehen. Keine der hier erörterten Reformen würde aber einen Beitritt zu einer supranationalen Gemeinschaft (sprich EU) bedeuten oder einem solchen gleich kommen. Auch wenn man sich auf den (m.E. fragwürdigen) Standpunkt stellte, die beiden in Art. 140 Abs. 1 lit. b BV genannten Fälle des obligatorischen Referendums liessen Raum für weitere, implizite Fälle des obligatorischen Staatsvertragsreferendums, würden die hier in Frage stehenden Revisionsprojekte nicht eine Tragweite aufweisen, die sie in die Nähe der verfassungsrechtlich vorgesehenen Fälle des obligatorischen Referendums brächte. Weder handelt es sich bei diesen Reformvorschlägen um grundlegende Umorientierungen der schweizerischen Aussenpolitik noch würden sie weit und tief in die staatsrechtliche Struktur der Schweiz eingreifen, wie dies möglicherweise beim EWR-Abkommen der Fall war. Auch ist m.E. ganz allgemein davor zu warnen, dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum – ein „schweres Geschütz“ der Demokratisierung der „auswärtiger Gewalt“, wie es sonst in keinem Staat besteht – einen überdimensionierten Stellenwert einzuräumen, da dies zu einer Lähmung der aussenpolitischen Handlungsfähigkeit und in letzter Konsequenz zur Gefahr einer Isolierung des Landes führen könnte. Für bedeutsame staatsvertragliche Massnahmen (wie Regelungen, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert) stünde – wie im Zusammenhang mit den einzelnen Fällen erwähnt – das fakultative Staatsvertragsreferendum gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d BV zur Verfügung.

Was *innerstaatliche Massnahmen* betrifft, müsste auf Bundesebene jeweils eine genügende gesetzliche Grundlage geschaffen werden, und die Bestellung der einschlägigen Organe wäre durch ein demokratisch legitimiertes, repräsentatives Organ vorzunehmen.

Die hier zur Diskussion gestellten Reformen würden, in allen drei Varianten, die (halb-direkte) Demokratie als ein Fundamentalprinzip des schweizerischen Staates jedenfalls nicht grundlegend in Frage stellen.

#### D. Souveränitätspolitische Überlegungen

Die Schweiz war im Rahmen ihrer Integrationsbestrebungen bis heute stets bemüht, ihre Unabhängigkeit so wenig wie möglich einzuschränken. So hatte sie sich aktiv an der Ausarbeitung eines (souveränitätsschonenden) Freihandelssystems zwischen EFTA-Staaten und der Europäischen Gemeinschaft bemüht, und das Freihandelsabkommen von 1972 mit der Schweiz steht als einziger der seinerzeit in diesem Rahmen geschlossenen Verträge noch heute in Kraft; das EWR-Abkommen (als ein zwischen Gemeinschaftsrecht und Völkerrecht gelegenes Ordnungssystem) wurde 1992 von Volk und Ständen verworfen; und auch das bilaterale System ist vom Willen der Schweiz geprägt, souveränitätspolitisch nur die geringstmöglichen Zugeständnisse zu machen. Die Einfügung einer institutionellen Dimension in das bilaterale System würde die Souveränität als solche formell kaum einschränken, da solche Massnahmen kraft autonomer Beschlussfassung der Schweiz eingeführt würden. Die Souveränitätsfrage stellt sich vorab in Bezug auf den Modus der Übernahme von EU-Recht durch die Schweiz, die aber nicht Gegenstand dieses Gutachtens ist.

Ich versuche nun aber, die Souveränitätsproblematik aus einem etwas grundsätzlicheren Blickwinkel anzugehen. Die Bundesverfassung von 1874 nannte in ihrer Präambel als einziges aussenpolitisches Ziel die „Erhaltung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen aussen“. Damit verkörperte sie das Prinzip der (selbstbezogenen) Souveränität als höchstes Ziel der staatlichen Aussenpolitik. Diese Verfassungsbestimmung war Ausdruck der Gedankenwelt des Nationalstaates des 19. Jahrhunderts, die heute – vor allem in Europa – als überwunden gilt. Die geltende schweizerische Bundesverfassung spricht eine andere Sprache. In der Präambel ist die Rede von „Bestreben, den Bund zu erneuern, um Freiheit und Demokratie, Unabhängigkeit und Frieden in Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt zu stärken“. Art. 2 (Zweckartikel) statuiert in Abs. 4: Die Schweizerische Eidgenossenschaft „setzt sich ein für die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und für eine friedliche und gerechte internationale Ordnung“. Und in Art. 54 BV heisst es:

<sup>1</sup> Die auswärtigen Angelegenheiten sind Sache des Bundes.

<sup>2</sup> Der Bund setzt sich ein für die Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz und für ihre Wohlfahrt; er trägt namentlich bei zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen.“

In diesen Bestimmungen spiegelt sich ein Wandel der Verfassung, in dem die alte Souveränitätsdoktrin relativiert und durch ein Konzept der Staatlichkeit ersetzt ist, das - neben der selbstverständlichen Wahrnehmung eigener Interessen - inhaltlich auch geprägt ist durch eine Mitverantwortung für die Interessen und Werte anderer Staaten und Völker und das Wohlergehen von Menschen ausserhalb des Landes, aber auch für den Aufbau und Ausbau der internationalen Gemeinschaft im Spannungsfeld zwischen Universalität und Diversität. Hier handelt es sich nicht nur um ein schönes „Leitmotiv“ des aussenpolitischen Verhaltens oder ein unverbindliches „Programm“, sondern um einen verfassungsmässigen Auftrag.

Diese weiten, werthafte und „noblen“ Ziele der schweizerischen Aussenpolitik sollen letztlich nicht aus den Augen verloren werden, wenn von „souveränitätspolitischen Interessen“ der Schweiz die Rede ist. Sie kompensieren Arrangements wirtschaftlicher Natur, soweit diese einen primär pragmatischen, nutzenbezogenen Charakter haben. Es sollte aber nicht übersehen werden, dass auch solche Vertragwerke selbst Teil eines Ganzen sind und in diesem Lichte eine konstruktive Bedeutung entfalten können. Zwar fehlt den Bilateralen Verträgen die Motivation, „einen Beitrag zum Aufbau Europas“ zu leisten, wie sie noch in der Präambel der Freihandelsabkommen von 1972 aufgenommen wurde. Dennoch ist nicht zu verkennen, dass auch der Bilateralismus einen gesamteuropäischen Bezug hat. Früher war hierzulande und im Ausland die Sichtweise verbreitet, wonach die schweizerische Verfassungsgeschichte eine eigentliche Quelle von Anregungen für die Zukunft Europas“ darstelle.<sup>59</sup> Es ist hier nicht der Ort, solchen Ideen nachzugehen. Es sei bloss festgehalten, dass das Konzept der Souveränität heute zwei Komponenten umfasst: die Fähigkeit eines Staates, seine eigenen, handfesten Interessen und diejenigen seiner Individuen und Unternehmen wahrzunehmen, aber auch effektiver Treuhänder übergeordneter Ordnungswerte zu sein.

---

<sup>59</sup> So Alfred Kölz, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte – Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004, S. 921 ff.

#### IV. Strategische Prioritäten

Ein EU-Beitritt scheint unter den heutigen Bedingungen keine reelle Handlungsmöglichkeit zu sein, zu sehr stünde er zurzeit im Widerspruch zum Identitätsbewusstsein der meisten Schweizerinnen und Schweizer. Ein Beitritt zum EWR, mit seiner heutigen oder einer verkleinerten Zusammensetzung, scheint schon vielversprechender (vor allem wegen seiner Möglichkeiten der Beteiligung am „Decision Shaping“ im Rahmen der Erarbeitung von EU-Rechtsakten). Beide Formen der Beteiligung am Integrationsprozess stehen hier aber nicht zur Diskussion. Es geht darum, die institutionellen Möglichkeiten des „Dritten Weges“ der Bilateralen Abkommen auszuloten, ihn nach Gesichtspunkten der Interessenoptimierung zu ordnen. Folgende Gesichtspunkte scheinen wesentlich:

1. Zunächst zur Ausgangssituation. Die vorstehenden Untersuchungen haben ergeben, dass – objektiv betrachtet – die Bilateralen Abkommen, welche die Schweiz mit der Europäischen Union abgeschlossen hatte, erstaunlich gut funktionierten. Natürlich beruhten die Rechtsvorstellungen beider Partner auf unterschiedlichen Sichtweisen: auf der EU-Seite steht die Intention im Vordergrund, dass ihr sich rasch entwickelndes Recht, das Ausfluss ihrer eigenen, autonomen Rechtsordnung ist, sich möglichst gleichförmig und gleichzeitig auch auf die Schweiz erstreckt; aus Schweizer Sicht handelt es sich bei den Bilateralen Abkommen um völkerrechtliche Verträge, die – auf den Grundlagen der Gleichberechtigung der Partner beruhend – dem Land optimale Bedingungen der Integration in den europäischen Binnenmarkt sicherstellen sollen. Trotz divergierender Systemansätze und einem beträchtlichen Machtgefälle zwischen den Abkommenspartnern ist es bei der Abwicklung der Verträge nie zu massiven Störungen oder gar Krisen gekommen. Die Umsetzung im Rahmen von komplexen Mechanismen, wie sie vor allem in den Gemischten Ausschüssen wahrgenommen wird, scheint einigermassen reibungslos funktioniert zu haben, und die Rechtsprechung der Schweiz scheint sich unspektakulär auf die Linie hin entwickelt zu haben, dass sie sich bei der Auslegung der Abkommen an der Rechtsprechung des Europäischen

Gerichtshofes orientiert, wenn keine triftigen Gründe bestehen, davon abzuweichen.<sup>60</sup> Was, aus Sicht der (formellen und substanziellen) Vertragssymmetrie, störend ist, ist allerdings die Tatsache, dass das zu übernehmende Recht einseitig von der EU geschaffen und geformt worden ist, ohne dass die Schweiz in der Regel nennenswerte Möglichkeiten besessen hätte, dieses mit zu gestalten.<sup>61</sup> Auf der bilateralen Ebene scheint sich aber doch ein Weg abgezeichnet zu haben, der es der Schweiz – eher pragmatisch-funktional als logisch-elegant – ermöglichte, sich in den europäischen Binnenmarkt einzufügen und ihr dabei doch ein beträchtliches Mass an Eigengestaltung offen zu halten. Aus schweizerischer Sicht besteht so gesehen keine Notwendigkeit, an den Grundlagen dieses Systems zu rütteln.

2. Auf EU-Seite werden Vorstösse unternommen, dass die institutionellen Grundlagen der Umsetzung der Abkommen einer Überprüfung und Weiterentwicklung unterzogen werden. Die Infragestellung der bestehenden Strukturen bedeutet für die Schweiz auch eine Chance, darüber nachzudenken, ob Reformen und – wenn ja – was für Reformen institutioneller Natur auch allgemein im Interesse der Schweiz liegen könnten. Die vorliegenden Untersuchungen haben gezeigt, dass die Spielräume auf EU-Seite beschränkt sind: Insbesondere lässt es die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht zu, dass sich die beiden Vertragspartner einem gemeinsamen Gerichtsmechanismus unterwerfen, der – direkt oder indirekt – den *acquis de l'Union* präjudiziell beeinflussen und die Autonomie der EU-Rechtsordnung beeinträchtigen könnte. Es bleibt wohl, zumindest für die Rechtsprechung, beim System des Parallelismus der Rechtsanwendung durch die je zuständigen Organe auf Seite der Schweiz wie der Europäischen Union. Es wurden in diesem Gutachten drei Modelle der institutionellen Reform – weitere Alternativen scheinen nicht ersichtlich zu sein – herausgearbeitet, und es wurde versucht, je die Vor- und Nachteile der einzelnen Optionen aufzuzeigen. Wir haben sie bezeichnet als „Einpassung in die EWR/EFTA Ordnung“, „Einpassung in die Schweizer Ordnung“ und „Neuartige, durch die EFTA-Ordnung inspirierte Organstruktur“. Alle diese drei Optionen stellen m.E.

---

<sup>60</sup> Vgl. vorn Abschnitt II/B.

an sich valable Formen einer (institutionellen) Evolution des bisher pragmatisch entwickelten „Status quo“ dar. Sie stehen als solche nicht im Widerspruch zur schweizerischen Werteordnung und Interessenlage und sollten ernsthaft in Betracht gezogen und vertieft erörtert werden.

3. Es stellt sich die Frage, welche Prioritäten-Ordnung der Bundesrat seiner Agenda für die Verhandlungen mit der EU zugrunde legen soll. Setzt er eine Hierarchie der Verhandlungsziele? M.E. sollte zunächst, im Sinne einer Umschreibung der Ausgangsposition, darauf hingewiesen werden, dass der gegenwärtige Rechtszustand aus Schweizer Sicht grundsätzlich zu keinen gravierenden Klagen Anlass gegeben hat. Sollte eine Änderung erwogen werden, wie dies die EU anstrebt, so sollte m.E. verhandlungstaktisch nach der Methode vorgegangen werden, dass je jenem Modell der Vorzug gegeben wird, das weniger weit von der Ausgangslage des heute geltenden Rechtszustandes abweicht. Erste Priorität würde demnach die Option „Einpassung in die Schweizer Ordnung“ geniessen. In zweiter Priorität wäre die Option „Neuartige, durch die EFTA-Ordnung inspirierte Organstruktur“ zu verfolgen. Als letzte Priorität erschiene aus Schweizer Sicht die Option „Einpassung in die EWR/EFTA-Ordnung“. Es ist denkbar, dass aus der Perspektive der EU die Prioritäten-Ordnung anders, ja gerade umgekehrt aussähe.
4. Die Abstufung der Optionen, wie sie hier aufgezeichnet wurden, erfolgte gemäss institutionellen Kriterien. Es stellt sich für den Bundesrat natürlich die weitere Frage, ob und inwiefern er weitere substanzielle Verhandlungsdossiers (etwa im Bereich der Energie, der Chemie, der Landwirtschaft etc.) vorantreiben will. Die Frage ist dann, was für einen „institutionellen Preis“ die Schweiz zu zahlen bereit ist. Solche Abwägungsfragen sind Aufgabe der (politischen und diplomatischen) Verhandlungen und bilden nicht Gegenstand dieses Gutachtens.
5. Ein generelles Anliegen ist, um zum Abschluss auf den Ausgangspunkt zurückzukommen, von grosser – wenn auch nicht partikulär-unmittelbarer – Bedeutung. Der Bundesrat ist kraft der ihm im Staat verfassungsmässig zuerkannten „Leadership“ (Art. 174 BV: „Der Bundesrat ist die oberste leitende



und vollziehende Behörde des Bundes“) auch für die Ausrichtung der Schweizer Aussenpolitik als Ganzer und die wirtschaftliche Entfaltung des Landes (mit)verantwortlich. Viele Autoren hatten, im Inland und im Ausland, der Schweiz auch ein gewisses Potenzial zuerkannt, gewissermassen Modell oder Inspirationsgeber für den Aufbau und Ausbau europäischer und internationaler Organisation zu sein.<sup>62</sup> Auch wenn man nicht so weit gehende Ambitionen verfolgt, scheint es mir trotz aktuell gerade vorherrschenden Stimmungslagen wichtig, auch die politisch-ideelle Kraft der Schweiz nicht aus den Augen zu verlieren und folgende Prinzipien zu verfolgen: Stärke von innen heraus nach aussen entfalten durch Besinnung auf die eigene (auch weltoffene) Identität des Landes; Pflege gut-nachbarlicher Beziehungen („good neighbourhood“), aber auch universalistischer Werte etwa im Bereich der Menschenrechte, des humanitären Wirkens und insbesondere des humanitären Völkerrechts<sup>63</sup>; Eintreten für Erhaltung und Schutz der Umwelt (einschliesslich des Klimas); Förderung einer Kultur der „Einheit in Vielfalt“ und der schöpferischen Pluralität; und - „last but not least“ - überzeugende, strikte Rechtstreue und loyale, verlässliche Partnerschaft Anderen gegenüber. So gesehen stellen etwa die hier behandelten Einzelfragen Teile eines grossen, komplexen Ganzen dar. Der „Dritte Weg“ des Bilateralismus könnte durchaus auch gesamteuropäisch attraktive Alternativen für die Weiterentwicklung der bestehenden Systeme generieren; diese haben sich weitgehend „pfadgebunden“ entfaltet, doch gehen aus dem Verhalten von Aussenseitern oft Anstösse für die Entwicklung von Alternativen und wertvolle Pfad-Korrekturen im Interesse des Ganzen hervor.

### Zusammenfassung

Drei Ansätze werden im Gutachten vorgeschlagen, um die Umsetzung der bilateralen Ordnung weiter zu entwickeln. In allen drei Ansätzen werden für die Schweizer Seite der bilateralen Ordnung besondere Institutionen vorgeschlagen. Für die Umsetzung auf der Seite der Union bleiben die üblichen Organe der EU zuständig (Gerichtshof

---

<sup>62</sup> Vgl. hierzu Urs Altermatt, Die Schweiz in Europa, Frauenfeld 2011.

<sup>63</sup> Vgl. Thomas Buergenthal und Daniel Thürer, Menschenrechte, Ideale, Instrumente, Institutionen, Zürich/Baden-Baden 2010.

und Kommission der EU). Diese „Zwei Säulen“-Struktur entspricht den zwingenden Vorgaben des Gerichtshofes der Union.

Im *ersten Ansatz* wird die Umsetzung der Schweizer Seite der bilateralen Ordnung den EWR/EFTA-Organen anvertraut (EFTA-Überwachungsbehörde und EFTA-Gerichtshof). Diese werden an die Interessen und Bedürfnisse der Schweiz angepasst. Praktisch gestaltet sich diese Lösung weitgehend als „Beitritt“ der Schweiz zum Übereinkommen zwischen den drei EFTA-Staaten (Island, Norwegen, Liechtenstein), mit dem die EFTA-Überwachungsbehörde und der EFTA-Gerichtshof errichtet wurden. Die Chancen dieses Ansatzes hängen nicht zuletzt von der Verhandlungsbereitschaft der drei EFTA-Staaten ab.

Im *zweiten Ansatz* verbleibt die Umsetzung der bilateralen Ordnung weitgehend innerhalb der Schweizer Ordnung. Allerdings wird eine unabhängige Umsetzungsstelle geschaffen, welche Beratungskompetenzen hat und in gerichtlichen Verfahren auftreten kann. Eine besondere Kammer des Bundesgerichts ist für die gerichtliche Umsetzung der bilateralen Ordnung in der Schweiz zuständig. Diese kann von der Umsetzungsstelle befasst werden mit der Rüge, dass schweizerisches Verhalten die bilaterale Ordnung verletze.

Der *dritte Ansatz* steht zwischen den beiden anderen Ansätzen. Gemäss dem Vorbild der EFTA-Institutionen werden eine Umsetzungsstelle und ein gerichtliches Forum geschaffen, welche die Umsetzung der bilateralen Ordnung in der Schweiz betreiben. Der Unterschied zum zweiten Ansatz besteht darin, dass die Organe stärker aus der Schweizer Ordnung herausgelöst werden. Dies äussert sich vor allem in einem Vorabentscheidungsverfahren, in welchem das gerichtliche Forum über die Interpretation der bilateralen Ordnung urteilt, und darin, dass die Umsetzungsstelle und das gerichtliche Forum in gewissem Rahmen auch das gesetz- und verfassungsgebende Verhalten der Bundesinstitutionen überprüfen.

Jeder der drei Ansätze hat seine Vor- und Nachteile. Diese werden im Gutachten dargestellt. Welcher der drei Ansätze gewählt wird, ist abhängig von der Verhandlungsposition der Union und vom Verhandlungskapital, das die Schweiz

bereit ist einzusetzen. Ein politischer Positionsbezug seitens des Bundesrates steht jedoch am Anfang des Prozesses.

Die genannten Ansätze werden im Gutachten in einen umfassenderen Rahmen gestellt: es werden Kontexte des Bilateralismus und mögliche Varianten und Grenzen der Reform aufgezeigt, die Reformvorschläge einer generellen Beurteilung unterzogen und strategische Prioritäten skizziert.

Das Gutachten bezweckt, zuhanden des Bundesrates Grundlagen für eine möglichst sachliche und informierte Entscheidungsfindung zusammenzustellen.

Zürich, den 7. Juli 2011

Prof. D. Thürer