
Ein Sonderzug ist nicht gratis zu haben

Will die Schweiz ihren bilateralen Weg mit der EU weitergehen, kommt sie um ein institutionelles Rahmenabkommen nicht umhin. Es würde etwas Ordnung und Rechtssicherheit in die komplexen Vertragswerke bringen.

Von Markus Notter, 11.07.2018

In kaum einem Mitgliedsland wird so viel über die EU diskutiert wie im Nichtmitglied Schweiz. Den Stichworten begegnen wir in regelmässigen Abständen: institutionelles Abkommen, mit und ohne Rahmen. Bilaterale I und II, Schengen/Dublin, Assoziierung, fremde Richter, dynamische Rechtsübernahme, homogene Auslegung, Schiedsgericht, Überwachungsbehörde, Marktzugangsabkommen und Guillotine. Wenn Sie bereits jetzt Kopfschmerzen haben, sind Sie in guter Gesellschaft.

Egal zu was: Die Meinungen gehen meist stark auseinander, die Diskussionen sind heftig und emotional. Immer scheinen alle zu wissen, worum es geht. Die Guillotine-Klausel zum Beispiel müsse weg und durch die Zulassung von verhältnismässigen Ausgleichsmassnahmen ersetzt werden, habe ich gelesen. Ich überlasse es Ihnen, ob Sie das auch so sehen.

Ein Stichwort aber dominiert alles: die roten Linien. Ich weiss gar nicht, woher dieser Begriff kommt. Es gibt zwar rote Ampeln, die einem Halt befehlen. Rote Linien aber kennt man zumindest im Strassenverkehr keine. Aber das macht nichts. Man weiss, was gemeint ist. Und so scheint es mit allen anderen Begriffen auch zu sein: Man weiss, was gemeint ist.

Aber stimmt das wirklich? Ich weiss nicht, wie es Ihnen geht. Mir ist nicht immer klar, was sich hinter diesen Begriffen versteckt. Das liegt auch an den Begriffen selbst. Es sind nicht immer rechtlich definierte Begriffe, sondern solche aus dem Politmarketing. Sie wollen oft mehr verschleiern als erklären. Und das Verhältnis der Schweiz zur EU ist im Detail sehr vertrackt. Das hat mit einem Grundproblem in diesem Verhältnis zu tun.

Die Krux im Verhältnis Schweiz/EU

Die Schweiz ist im wörtlichen Sinn in einer besonderen Lage. Sie liegt mit-tendrin im EU-Europa. Die Geografie ist ein Faktum. Und die wirtschaftliche Verflechtung auch. All das spricht eigentlich für eine EU-Mitgliedschaft. Gleichzeitig hat die Schweiz aber Gründe, nicht dabei sein zu wollen. Über die Stichhaltigkeit dieser Gründe wollen wir hier nicht urteilen.

Das Grundproblem der Schweiz ist also, dabei sein zu müssen, aber nicht dabei sein zu wollen. Das ist eine logische Unmöglichkeit, aus der man nur schwer herauskommt. Die Europa-Politik der Schweiz ist deshalb seit jeher geprägt vom Versuch, so weit wie möglich mit am Tisch zu sitzen, ohne aber alle Pflichten eines Mitgliedstaates übernehmen zu müssen. Und in

der Folge davon natürlich auch, ohne die diesbezüglichen Rechte zu genießen.

Heute ist das Verhältnis Schweiz/EU durch ein dichtes Netz von über hundert Abkommen geregelt. Vom Handel mit Käse und Uhren aus den 1960er-Jahren bis zur Verknüpfung der jeweiligen Systeme für den Handel mit Treibhausgas-Emissionen im Jahre 2017. Die Liste des Bundes mit den Abkommen zwischen der Schweiz und der EU umfasst 27 eng bedruckte Seiten (und das ist quasi nur das Inhaltsverzeichnis zum Buch). Sie sind in Form und Inhalt geprägt von ihrer Entstehungszeit und Geschichte. Manche sind alleine mit der EU oder ihren Vorgänger-Institutionen abgeschlossen worden, andere gleichzeitig auch mit den Mitgliedstaaten.

Im Detail kennen sich nur Fachspezialisten aus. Als Einzelner kann man nicht den Überblick über alle Vertragsinhalte haben. Die Gesamtheit dieser Vertragswerke wird als «bilaterales Recht» bezeichnet. Man kann die Abkommen grob unterscheiden in solche,

- die dem **wirtschaftlichen Austausch** dienen;
- die der Schweiz eine **Beteiligung an EU-Programmen** eröffnen;
- die die **Zusammenarbeit von Behörden** regeln;
- die die Teilnahme am **Schengen/Dublin-System** ermöglichen.

Nicht wenige Abkommen übernehmen EU-Recht wörtlich oder verweisen darauf. Sie sind dem EU-Recht nachgebildet oder gar mit ihm identisch, sie tragen einfach ein Kreuzlein anstelle der Sterne. Vor allem die Verträge, die nach dem EWR-Nein von 1992 unter dem Titel Bilaterale I und II abgeschlossen wurden, enthalten solche Bestimmungen. Das ist auch sinnvoll. Denn sie sollen ja den Zugang zum europäischen Binnenmarkt in bestimmten Sektoren sichern oder die Teilnahme an einem Regelungssystem (Schengen/Dublin) ermöglichen. Das kann aber nur funktionieren, wenn die Bestimmungen für den gesamten Raum EU/Schweiz einheitlich sind. Man kann auf dem gleichen Feld nur nach den gleichen Regeln Fussball spielen. Wenn jede Mannschaft eigene Regeln hat, muss man das Spiel abbrechen.

Wie soll man nun dieses dicht verwobene Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU zutreffend beschreiben? Assoziierung ist ein Begriff, der im Titel des Abkommens zur Schengen-Zusammenarbeit verwendet wurde. Trifft er nicht auf das gesamte Verhältnis Schweiz/EU zu? Ist die Schweiz nicht ein assoziiertes Mitglied der EU? Der Kanton Zürich bezeichnete sich zum Beispiel als assoziiertes Mitglied der umliegenden Regierungskonferenzen. Man ging hin und bezahlte auch einen Beitrag, durfte aber nicht mitstimmen. Da ist das Verhältnis Schweiz/EU um einiges enger.

Nun gut, diese Umschreibung würde wahrscheinlich hüben wie drüben zu Stirnrünzeln führen, obwohl sie zutreffender wäre als der Begriff «Bilateralismus». Aber wie gesagt, gewisse Bezeichnungen aus dem Politmarketing wollen mehr verschleiern als erklären.

Wie funktioniert der «Bilateralismus»?

Es gibt keine einheitlichen Regelungen, wie die Abkommen ausgelegt, angewendet oder überwacht werden. Das ist in den einzelnen Vertragswerken unterschiedlich und mehr oder weniger geregelt. Viele Abkommen kennen einen Gemischten Ausschuss für ihre Verwaltung. Fragen über die Anwendung, aber auch Streitigkeiten über die richtige Auslegung oder die Weiterentwicklung werden dort besprochen. Die Gemischten Ausschüsse be-

stehen aus Fachbeamten beider Seiten. Beschlüsse kommen in diesen Gremien nur einvernehmlich zustande.

Wenn man sich also nicht einigen kann, bleibt die Frage unbeantwortet.

Die Verwaltung dieser vielen Abkommen ist deshalb recht aufwendig und im Ganzen auch unübersichtlich. Es wurde deshalb auch in der Schweiz die Idee eines «Rahmenabkommens» diskutiert, das diese Vertragsverwaltung nach einheitlichen Kriterien bündeln könnte. Über das Stadium der Idee ist die Angelegenheit aber nicht hinausgekommen.

Insgesamt funktioniert dieser «Bilateralismus» recht gut. Die Gerichte der Schweiz und der EU, beziehungsweise ihrer Mitgliedstaaten, wenden sie an und gewähren Privaten einen funktionierenden Rechtsschutz. Soweit die Verträge EU-Recht übernehmen oder diesem nachgebildet sind, berücksichtigt das Schweizerische Bundesgericht die Auslegung des Europäischen Gerichtshofes.

In den Verträgen wird das Bundesgericht nur verpflichtet, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu beachten, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt war. Es ergibt aber Sinn, auch eine spätere einleuchtende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu berücksichtigen, schliesslich ist er mit EU-Recht am besten vertraut und für seine einheitliche Auslegung geschaffen worden. Das Ziel der einheitlichen Regelung kann auch nur so erreicht werden.

Keine Regelung gibt es für den Fall, dass sich die Schweiz und die EU über die Auslegung einer Vertragsbestimmung nicht einig sind. Wenn Marie-France aus Paris beispielsweise in der Schweiz wirtschaftlich tätig sein will, muss sie das acht Tage im Voraus den Behörden melden. Nach Auffassung der EU wird damit das Personenfreizügigkeitsabkommen verletzt. Nach Auffassung der Schweiz ist es eine zulässige flankierende Massnahme. Wer hat recht? Der Gemischte Ausschuss wird hier keinen Konsens finden.

Die Eigenart der EU

Wer diese institutionellen Fragen diskutieren will, muss verstehen, wie die EU funktioniert. Sie ist ein besonderes Gebilde. Die Juristen sagen – wie immer, wenn sie nicht weiterwissen –, die EU sei eine Staatengemeinschaft *sui generis*, also eigener Art. Es gibt in der Geschichte staatlicher Gebilde keine eindeutigen Vorbilder.

Sie ist kein Bundesstaat und kein Staatenbund. Sie ist eine Rechtsgemeinschaft von Staaten, die von ihren Mitgliedern staatliche Zuständigkeiten in begrenzten Bereichen übertragen bekommen hat. Sie kann zur Rechtsdurchsetzung – anders als ein Bundesstaat – nicht als *Ultimo Ratio* auf eine Bundesintervention zurückgreifen. Sie kann nur mit dem Entzug von Mitgliedschaftsrechten oder Finanzmitteln reagieren.

Die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts von Cabo da Roca in Portugal bis Białystok in Polen und von Kiruna in Schweden bis Ierapetra in Griechenland ist eine grosse Herausforderung. Wer die Schwierigkeiten des schweizerischen Bundesstaates bei der Rechtsdurchsetzung etwa des eidgenössischen Raumplanungsrechts im hintersten Kanton kennt, kann sich davon eine Vorstellung machen.

Deshalb gibt es in der EU Instrumente zur Sicherung einer einheitlichen – in der EU spricht man von homogener – Rechtsanwendung. Die nationa-

len Gerichte müssen bei ihren Entscheiden, die sich auf EU-Recht stützen, in einem Vorabentscheidungsverfahren die Auslegung dieses Rechts beim Europäischen Gerichtshof abholen. So wird eine einheitliche Auslegung sichergestellt, ohne dass der Streitfall selber von einem EU-Gericht entschieden werden muss.

Die EU-Kommission hat zudem die Funktion einer Überwachungsbehörde. Stellt sie fest, dass ein Mitgliedstaat die Verträge nicht einhält, muss sie ein Vertragsverletzungsverfahren in die Wege leiten. Können sich Kommission und Mitgliedstaat nicht einigen, entscheidet der Gerichtshof. Es sollen also keine politischen Zielsetzungen mit diesem Verfahren verfolgt werden. Es geht um die Sicherstellung der Einhaltung der Rechtspflichten aus den EU-Verträgen. Deshalb soll ein Gericht darüber befinden. Diese Mechanismen gehören zur DNA der EU. Im Rahmen des EWR gibt es analoge Mittel.

Im Verhältnis zur Schweiz gibt es solche «überstaatlichen Mechanismen» nicht. Und es wäre auch sehr schwierig, sie nach gleichem Vorbild aufzubauen. Die Schweiz ist eben im Gegensatz zur EU oder zum EWR ein Einzelstaat, der sich ja gerade nicht dieser besonderen Rechtsgemeinschaft anschliessen will. Und für sich alleine kann er keine «überstaatlichen Mechanismen» schaffen.

Die Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen

Die EU will also bei den Marktzugangsabkommen mit der Schweiz einheitliche Spielregeln für den Binnenmarkt. Die Einheitlichkeit kann auf verschiedene Weise gefährdet sein. Das EU-Recht entwickelt sich weiter, die Abkommen bleiben aber in der Zeit stehen, in der sie abgeschlossen wurden. Zudem kann die Auslegung innerhalb der EU und der Schweiz unterschiedlich sein. Oder eine Vertragsseite kann ein Abkommen mangelhaft oder gar nicht umsetzen. Was dann?

Ursprünglich waren die bilateralen Abkommen nach dem EWR-Nein der Schweiz aus Sicht der EU wohl als Übergangslösung gedacht. Diese Unzulänglichkeiten schienen für eine begrenzte Zeit vertretbar. Nachdem ein Beitritt der Schweiz auf absehbare Zeit unwahrscheinlich geworden ist, beurteilt man im Rest Europas die Situation anders.

Seit 2009 hat die EU mehrfach festgestellt, dass sie mit der Schweiz neue Marktzugangsabkommen nur noch abschliessen werde, wenn die institutionellen Fragen für die bestehenden und für neue Marktzugangsabkommen vertraglich geregelt werden können. Mit anderen Worten: Die EU will aufräumen mit den Rechtsunsicherheiten und dem Dschungel der Vertragsverwaltung.

Das bereits weit verhandelte Stromabkommen, aber auch andere mögliche neue Abkommen sind seither blockiert. Zudem macht die EU neustens auch auf andere Weise Druck: Sie hat die Gleichwertigkeit der Börsenaufsichtsregelung der Schweiz nur noch befristet anerkannt und droht somit, die Schweizer Börse in die Bredouille zu bringen. Ein unfreundlicher, aber nicht rechtswidriger Akt. Es gibt keinen rechtlichen Anspruch auf Anerkennung der Gleichwertigkeit, selbst wenn diese objektiv gegeben ist.

Seit 2014 haben beide Seiten ein Verhandlungsmandat. Die Verhandlungen betreffen einzig und allein die relevanten Marktzugangsabkommen. Zwei Bereiche wurden bisher vor allem diskutiert:

-

Die bestehenden Verträge sollen den Veränderungen des EU-Rechts angepasst werden. Das ist nicht völlig neu. Schon heute finden solche Anpassungen im Rahmen der Gemischten Ausschüsse laufend statt. Nur sind die Vertragsparteien derzeit nicht zu Anpassungen verpflichtet. Änderungen werden quasi freiwillig vorgenommen. Das Recht soll auch künftig zwar nicht automatisch übernommen werden, dies steht nicht zur Diskussion, wohl soll es aber eine Verpflichtung geben. Der Schweizer Gesetzgeber darf nach wie vor entscheiden, muss aber mit Konsequenzen rechnen, wenn er es nicht tut. Im Rahmen der Schengen/Dublin-Assoziierung gibt es das schon. Der Schweiz wird dabei eine gewisse Mitsprache bei der Erarbeitung des neuen EU-Rechts und genügend Zeit eingeräumt, ihr innerstaatliches Rechtsetzungsverfahren verfassungskonform durchzuführen. Die wirklich heikle Frage ist, was passieren soll, wenn die Schweiz eine Übernahme von geändertem EU-Recht ablehnt. Gilt dann das ganze Abkommen nicht mehr, oder soll die EU lediglich Ausgleichsmassnahmen treffen können?

- **Für die Schlichtung eines Streits und den Entscheid darüber soll ein gerichtliches Element eingesetzt werden.** Lange war das unter dem Stichwort «fremde Richter» in der Schweiz das Megathema. Inzwischen hat sich das heisse Eisen abgekühlt, und es zeichnet sich eine Schiedsgerichtslösung unter Einbezug des Europäischen Gerichtshofs für die Auslegung des EU-relevanten Rechts ab. Dafür gibt es Vorbilder in anderen Abkommen.

Ursprünglich wünschte die EU darüber hinaus ein überstaatliches Überwachungsverfahren, dieser Punkt wird nicht mehr verhandelt.

In neuester Zeit sind zwei weitere Aspekte in den Vordergrund gerückt: die Frage der staatlichen Beihilfen und der flankierenden Massnahmen zum Schutz der Arbeitnehmer-Interessen. In der Frage der staatlichen Beihilfen dürften die Verhandlungen in Absichtserklärungen münden, von rechtlichen Verpflichtungen wird wohl abgesehen. Das Thema wird also dorthin verschoben, wo es auch hingehört: in die entsprechenden sektoriellen Abkommen.

Bei den flankierenden Massnahmen will der Bundesrat an seiner «roten Linie» festhalten, gleichzeitig aber mit den Sozialpartnern über eine Modifikation der Mittel (also der bisherigen Acht-Tage-Regelung) sprechen – wobei die bisherige Schutzwirkung dieselbe bleiben soll. Ob das möglich ist, wird sich zeigen. Weshalb Bundesrat Cassis dieses heikle Thema öffentlich zur Diskussion gestellt hat, ohne bei den Gewerkschaften zu sondieren, bleibt sein Geheimnis. Jedenfalls ist klar, dass ein Abkommen gegen die SVP und die Gewerkschaften keinerlei Chance hat. Da wird man sich finden müssen.

There's No Such Thing as a Free Lunch

Die Schweiz hat sich für den Sonderzug entschieden. Das institutionelle Abkommen ist der Preis, den sie dafür zahlen muss. Man kann an diesem Abkommen, wie immer es aussehen wird, sicherlich einiges aussetzen. Verhandlungen sind immer ein Geben und Nehmen. Eines muss man sich aber bewusst sein: Das Grundproblem im Verhältnis zur EU kann auch damit nicht beseitigt werden. Möglichst nahe dabei sein zu müssen, ohne dazugehören zu wollen, ist nun einmal eine schwierige Nummer.

Über den Autor

Markus Notter, promovierter Jurist, war von 1996 bis 2011 Zürcher Regierungsrat und Vorsteher der Direktion der Justiz und des Innern. Als Mitglied des Leitenden Ausschusses der Konferenz der Kantonsregierungen vertrat er die Kantone in der Schweizer Europa-Politik. Heute ist er unter anderem Präsident des Europa-Instituts an der Universität Zürich und Lehrbeauftragter für Staats- und Verwaltungsrecht.