

Die Streitbeilegung in den Bilateralen Abkommen Schweiz–EU

Andreas Glaser/Heidi Dörig

Inhaltsübersicht

- A. Politische Streitbeilegung versus Rechtsunion
 - I. Die EU als Rechtsunion
 - II. Zwei-Säulen-Struktur der Bilateralen Verträge
- B. Klassische Streitbeilegung durch Gemischte Ausschüsse
 - I. Aufgaben und Zuständigkeiten
 - II. Bedeutung der Gemischten Ausschüsse für die Streitbeilegung
- C. Ansätze gerichtlicher Streitbeilegungsverfahren
 - I. Übernahme des Systems der Rechtsunion
 - II. Einsetzung eines Schiedsgerichts
- D. Unionsrechtskonforme Anwendung als funktionales Äquivalent
 - I. Dynamische Rezeption der EuGH-Rechtsprechung
 - II. Vorrang des Unionsrechts
 - III. Verfahrensrechtliche Absicherung
- E. Ausblick: Institutionalisierte gerichtliche Streitbeilegung
 - I. Errichtung eines Schiedsgerichts
 - II. Unionsrechtlicher Rahmen
 - III. Vorbild Assoziierungsabkommen EU–Ukraine
 - IV. Offene Fragen bei der Streitbeilegung Schweiz–EU

A. Politische Streitbeilegung versus Rechtsunion

I. Die EU als Rechtsunion

Gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV sichert der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Der in dieser Vorschrift angelegte materiell-rechtsstaatliche Gehalt, nicht nur des Gerichtssystems der EU, sondern des gesamten institutionellen Gefüges wird im Prinzip der Rechtsunion¹ (ehemals: „Rechtsgemeinschaft“) gebündelt.² „Die Union ist eine Rechtsunion, in der den Betroffenen das Recht zusteht, die Rechtmäßigkeit

¹ EuGH, Rs. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 (Inuit Tapiriit Kanatami u.a./Parlament und Rat), Rz. 91; EuGH, Rs. C-45/15 P, ECLI:EU:C:2017:402 (Safa Nicu Sepahan/Rat), Rz. 35.

² Vom „Verfassungsprinzip der Rechtsgemeinschaft“ spricht daher *Jürgen Bast*, Rechtsschutz im europäischen Verwaltungsrecht, in: Leible/Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2014, § 35 Rz. 11 f.

nationaler Entscheidungen oder jeder anderen nationalen Handlung, mit der eine Handlung der Union auf sie angewandt wird, gerichtlich anzufechten.“³

Das Konzept der Rechtsunion bedingt die Existenz geeigneter Instrumente zur Bekämpfung von Verletzungen des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten.⁴ Hierzu dient in erster Linie das Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258, Art. 259 AEUV). Der EuGH befindet auf Antrag der Kommission oder eines anderen Mitgliedstaats abschliessend darüber, ob Unionsrecht verletzt wurde. Die Aufgabe, in der Rechtsordnung der Union die gerichtliche Kontrolle zu gewährleisten, kommt allerdings nicht nur dem EuGH, sondern auch den nationalen Gerichten zu.⁵ Eine überragend wichtige Rolle für die Zusammenarbeit des EuGH mit den nationalen Gerichten bei der gemeinsamen Erfüllung des Rechtsschutzauftrages spielt das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV).⁶ Durch die den höchsten innerstaatlichen Gerichten auferlegte Verpflichtung zur Vorlage an den EuGH (Art. 267 Abs. 3 AEUV) wird dessen Auslegungsmonopol verfahrensrechtlich abgesichert.

II. Zwei-Säulen-Struktur der Bilateralen Verträge

Die Ausgestaltung der Bilateralen Verträge Schweiz–EU folgt demgegenüber einer anderen Grundkonzeption. An die Stelle der Rechtsunion tritt eine genuin politische Streitbeilegung. Die Bilateralen Abkommen sehen daher im Regelfall kein gemeinsames Rechtsdurchsetzungssystem vor.⁷ Die ordentlichen Behörden und Gerichte der Vertragsparteien sind im Sinne einer Zwei-Säulen-Struktur jeweils für Anwendung, Vollzug und Rechtsschutz im eigenen Kompetenzbereich zuständig, übergreifende Überwachungsbehörden oder gemeinsame Gerichte existieren nicht.⁸

Folgerichtig ist in den Bilateralen Verträgen bei Meinungsverschiedenheiten zwischen der Schweiz und der EU oder ihren Mitgliedstaaten grundsätzlich auch keine dem Vertragsverletzungsverfahren vergleichbare Streitbeilegung vorgesehen.⁹ In Bezug auf den Individualrechtsschutz von Personen, die sich auf bilaterales Recht berufen, gilt für den Zuständigkeitsbereich der EU und ihrer Mitgliedstaaten das eingangs skizzierte Rechtsschutzsystem im Rahmen der Rechtsunion. Die schweizerischen Gerichte haben bei Auslegungsfragen weder die Pflicht noch die

³ EuGH, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*), Rz. 31.

⁴ *Carsten Nowak*, Vertragsverletzungsverfahren, in: *Leible/Terhechte* (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht* (EnzEuR Bd. 3), 2014, § 10 Rz. 1.

⁵ EuGH, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*), Rz. 32.

⁶ EuGH, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*), Rz. 43.

⁷ *Astrid Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite eines Einbezugs der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des Dienstleistungsverkehrs, 2011, 3.

⁸ *Matthias Oesch*, *Europarecht*, Bd. I, 2015, Rz. 905 f.; *Marius Wahl/Nina Grolimund*, *Integration without Membership: Switzerland's Bilateral Agreements with the European Union*, 2006, 40; *Christa Tobler/Jacques Beglinger*, *Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts Schweiz – EU*, Bd. 1, 2013, Rz. 75 f.

⁹ *Tobias Jaag/Julia Hänni*, *Europarecht – Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht*, 2014, Rz. 4049.

Möglichkeit, den EuGH zwecks Vorabentscheidung anzurufen, sondern legen die fraglichen Bestimmungen eigenständig aus.¹⁰ Es fehlt also an einem Instrument, mit dem die einheitliche Auslegung der Vertragsbestimmungen durch die Vertragsparteien auf gerichtlichem Weg erzwungen werden könnte.

In beiden Konstellationen, also wenn zwischen den Vertragsparteien selbst eine Streitigkeit entsteht oder wenn die jeweilige letztinstanzliche Auslegung des Vertragsrechts im Zusammenhang mit Verfahren des Individualrechtsschutzes divergiert, sind im Regelfall die Gemischten Ausschüsse zur klassischen diplomatisch-politischen Streitbeilegung berufen. Deren Wirkungsweise und Relevanz für die Streitbeilegung soll im Folgenden aufgezeigt werden (B.). Im Anschluss daran wird der vereinzelt anzutreffende Ausnahmefall vorgestellt, in dem gemeinsame Verfahren vorgesehen sind (C.). Auf der Grundlage einer Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Wirkungen der Bilateralen Verträge in der schweizerischen Rechtsordnung (D.) wird abschliessend ein Ausblick auf die derzeit in der rechtspolitischen Diskussion befindlichen Ansätze zu einer stärkeren Verrechtlichung des Streitbeilegungsmechanismus im Verhältnis Schweiz–EU gewagt (E.).

B. Klassische Streitbeilegung durch Gemischte Ausschüsse

I. Aufgaben und Zuständigkeiten

Derzeit bestehen in Bezug auf die Bilateralen Verträge 24 Gemischte Ausschüsse.¹¹ Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Gemischten Ausschüsse ergeben sich jeweils aus den spezifischen Bestimmungen der einzelnen Verträge.¹² Im Folgenden wird exemplarisch auf das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz–EU (FZA)¹³ Bezug genommen. Zum Aufgabenbereich des zuständigen Gemischten Ausschusses gehören die Information und die Konsultation der Gegenpartei, wenn Änderungen der innerstaatlichen Rechtsordnung im Wege der Rechtsetzung oder einer Änderung der Rechtsprechung vorgesehen sind und dies Auswirkungen auf das Abkommen haben könnte.¹⁴ Im Gemischten Ausschuss findet ein Meinungsaustausch über die Folgen dieser Rechtsentwicklung für das ordnungsgemässe Funktionieren

¹⁰ BGE 130 II 113 E. 6.1; BGE 138 V 258 E. 5.3.1. Siehe dazu auch *Andreas Glaser*, Umsetzung und Durchführung des Rechts der Bilateralen Verträge in der Schweiz, in: ders./Langer (Hrsg.), *Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation*, 2015, 133, 156 f.

¹¹ Liste der Gemischten Ausschüsse Schweiz–EU der Direktion für eidgenössische Angelegenheiten (DEA) vom September 2017, abrufbar unter: <https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/d/ocuments/publikationen_dea/cm-liste_de.pdf> (zuletzt besucht am 11.05.2018).

¹² *Thomas Cottier et al.*, *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, 2014, Rz. 157.

¹³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681).

¹⁴ Siehe Art. 14 Abs. 3 und Art. 17 Abs. 1 FZA; ferner *Jaag/Hänni* (Fn. 9), Rz. 4033.

des Abkommens statt.¹⁵ Überdies kann der Gemischte Ausschuss Änderungen der Anhänge des Abkommens vornehmen.¹⁶

Eine weitere wichtige Aufgabe des Gemischten Ausschusses besteht in der im vorliegenden Zusammenhang interessierenden Streitbeilegung.¹⁷ So können die Vertragsparteien den Gemischten Ausschuss mit allen Streitigkeiten über die Auslegung oder die Anwendung des Abkommens befassen.¹⁸ Der Gemischte Ausschuss kann die Streitigkeit beilegen.¹⁹ Insbesondere prüft er alle Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung des ordnungsgemässen Funktionierens des Abkommens.²⁰ Für den Fall des Scheiterns der Schlichtungsbemühungen des Gemischten Ausschusses sehen verschiedene Abkommen die völkerrechtlich allgemein anerkannten Retorsionsmöglichkeiten wie beispielsweise einseitige Schutzmassnahmen oder die Suspendierung des Vertrags vor.²¹ Als *ultima ratio* kommt die Kündigung eines Abkommens in Betracht.²² Wird eines der sieben Abkommen der Bilateralen Verträge I gekündigt, treten automatisch auch die anderen sechs ausser Kraft („Guillotine-Klausel“).²³

II. Bedeutung der Gemischten Ausschüsse für die Streitbeilegung

1. Theoretische Gleichwertigkeit im Rahmen der Rechtsunion

Der Bundesrat ging in der Botschaft zu den Bilateralen Verträgen davon aus, dass diese auf dem Prinzip der „herkömmlichen zwischenstaatlichen Zusammenarbeit“ beruhen.²⁴ Den Gemischten Ausschüssen würden keine nationalen Kompetenzen übertragen, sondern es handle sich lediglich um eine vom Parlament zu genehmigende Kompetenzdelegation des Bundesrates.²⁵ Nach dieser Sichtweise haben die Gemischten Ausschüsse keinen supranationalen Charakter, sondern sind klassische völkerrechtliche Organe.²⁶ Nach anderer Ansicht sind die Gemischten Ausschüsse hingegen beschränkte supranationale Institutionen, da die in ihrem Rahmen vorgesehene Zusammenarbeit über traditionell völkerrechtliche Kooperationsformen

¹⁵ Art. 17 Abs. 2 FZA.

¹⁶ Art. 18 FZA.

¹⁷ Vgl. *Glaser* (Fn. 10), 152; *Oesch* (Fn. 8), Rz. 907.

¹⁸ Art. 19 Abs. 1 FZA.

¹⁹ Art. 19 Abs. 2 Satz 1 FZA.

²⁰ Art. 19 Abs. 2 Satz 3 FZA. Dazu *Jaag/Hänni* (Fn. 9), Rz. 4038 f.

²¹ *Oesch* (Fn. 8), Rz. 929.

²² *Jaag/Hänni* (Fn. 9), Rz. 4041.

²³ Art. 25 Abs. 4 FZA.

²⁴ Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6157.

²⁵ BBl (Fn. 24), 6157; siehe auch *Daniel Wüger/Samuèle Scarpelli*, Die vernachlässigten institutionellen Aspekte der Bilateralen Verträge und die Aushandlung eines Rahmenvertrags, in: *Epiney/Egbuna-Joss/Wyssling* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2005/2006, 2006, 287, 291 f.

²⁶ *Stephan Breitenmoser/Robert Weyneth*, Die Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, *EuZW* 2012, 854, 856.

hinausgehe.²⁷ Dabei wird auf die Befugnis der Gemischten Ausschüsse verwiesen, Anhänge zu den Abkommen zu ändern.²⁸

Hinsichtlich der Streitbeilegung bei Meinungsverschiedenheiten bei der Durchführung der Bilateralen Verträge können die Gemischten Ausschüsse jedenfalls nur auf diplomatischem Weg entscheiden und nicht als unabhängiges Rechtsprechungsorgan.²⁹ Sie können sich also lediglich um eine gütliche Einigung bemühen und keine für die Vertragsparteien bindenden Entscheide treffen.³⁰ Dementsprechend haben auch Privatpersonen keine Möglichkeit, Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse anzufechten, selbst wenn sie dadurch wie durch eine Verfügung betroffen sind.³¹ Gegen Anordnungen völkerrechtlicher Organe kann weder Nichtigkeitsklage beim EuGH noch eine Beschwerde beim Bundesgericht erhoben werden. Allenfalls kommt eine akzessorische Prüfung in Betracht.³²

Unklar ist die rechtliche Tragweite von Feststellungsbeschlüssen der Gemischten Ausschüsse. Im FZA beispielsweise ist vorgesehen, dass der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Partei die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH nach Unterzeichnung des Abkommens feststellt.³³ Für die Verwaltungsbehörden in der Schweiz wird ein solcher Beschluss als verbindlich angesehen, für die Gerichte und insbesondere für das Bundesgericht kann dies allerdings mit Blick auf deren Unabhängigkeit gegenüber Verwaltungsbehörden nicht gelten. Bei einer allfälligen Abweichung des Bundesgerichts von einem Feststellungsbeschluss käme dementsprechend wiederum das politisch-diplomatische Streitbeilegungsverfahren im Gemischten Ausschuss zum Zug.³⁴

Die Streitbeilegung in den Gemischten Ausschüssen ist ungeachtet ihres politisch-diplomatischen Charakters im Vergleich zur gerichtsförmigen Streitbeilegung im Rahmen der Rechtsunion nicht von minderer Qualität. Sie kann vielmehr als gleichwertig gelten, soweit die Schweiz in den Binnenmarkt und schweizerische Behörden in den Europäischen Verwaltungsverbund integriert sind. Die Möglichkeit der Streitbeilegung im Rahmen der Gemischten Ausschüsse anstelle des Vertragsverletzungsverfahrens beeinträchtigt daher nicht den auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens fussenden bindenden Charakter transnationaler Verwaltungsentscheidungen,³⁵ die von schweizerischen Behörden auf der Grundlage der

²⁷ *Wüger/Scarpelli* (Fn. 25), 287, 289.

²⁸ *Wüger/Scarpelli* (Fn. 25), 292.

²⁹ *Daniel Felder*, *Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels*, in: ders./Kaddous (Hrsg.), *Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires)*, 2001, 117, 135.

³⁰ *Christine Kaddous*, *Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne*, in: *Felder/dies.* (Hrsg.), *Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires)*, 2001, 77, 97 f.; *Wüger/Scarpelli* (Fn. 25), 314.

³¹ *Wüger/Scarpelli* (Fn. 25), 307.

³² *Tobias Jaag/Magda Zihlmann*, *Institutionen und Verfahren*, in: *Thürer/Weber/Portmann/Kellerhals* (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 2007, Rz. 65.

³³ Art. 16 Abs. 2 FZA.

³⁴ *Jaag/Zihlmann* (Fn. 32), Rz. 56.

³⁵ Zu Begriff und Wirkungsweise transnationaler Verwaltungsentscheidungen im Rahmen des Europäischen Verwaltungsverbunds *Andreas Glaser*, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, 2013, 554 ff.

Bilateralen Verträge im Europäischen Verwaltungsverbund erlassen wurden.³⁶ Solange folglich die Verfügung einer schweizerischen Behörde nicht zurückgezogen oder von einem schweizerischen Gericht aufgehoben worden ist, müssen die EU-Mitgliedstaaten diese Verfügung beachten, sofern ihr auf der Grundlage der Bilateralen Verträge transnationale Wirkung zukommt.³⁷ Das Gericht eines EU-Mitgliedstaates ist deshalb nicht befugt, die Gültigkeit der Verfügung zu überprüfen.³⁸ Der aus Art. 4 Abs. 3 EUV abgeleitete Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gilt somit uneingeschränkt auch zwischen schweizerischen Behörden und solchen der EU-Mitgliedstaaten.

2. *Praktische Bedeutungslosigkeit für die Streitbeilegung*

In der Praxis ist bislang kein einziger Beschluss eines Gemischten Ausschusses im Zusammenhang mit der Streitbeilegung ergangen. Die Beschlüsse bewegen sich vielmehr vorwiegend im Rahmen der Rechtsetzungsfunktion der Gemischten Ausschüsse. Neben der Änderung von Anhängen und Protokollen ergingen vereinzelt Beschlüsse zur Annahme der Geschäftsordnung und teilweise zur Änderung der Abkommen selbst.³⁹

Dies liegt zum einen daran, dass die Durchführung der Bilateralen Verträge sowohl seitens der Schweiz als auch seitens der EU-Mitgliedstaaten kaum zu relevanten Beanstandungen Anlass bietet. Eine Streitbeilegung erübrigt sich insoweit mangels Streitigkeiten. Dies ist in Bezug auf die Schweiz massgeblich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zurückzuführen (dazu unten D.).

Zum anderen gelang es dem zuständigen Gemischten Ausschuss in den wenigen Streitfragen nicht, eine Beilegung der Streitigkeit herbeizuführen. Dies zeigt sich am Beispiel der Acht-Tage-Regelung, wonach ein entsandter Arbeitnehmer die Arbeit frühestens acht Tage, nachdem der Einsatz bei der zuständigen kantonalen Behörde gemeldet worden ist, aufnehmen darf.⁴⁰ Diese Vorschrift ist nach Auffassung der EU als direkte Diskriminierung und damit als unvereinbar mit dem FZA einzustufen.⁴¹ Auch das Europäische Parlament äusserte sich kritisch zu dieser Regelung.⁴² Im Gemischten Ausschuss konnte aber trotz mehrfacher Befassung keine Einigung erzielt werden.⁴³

³⁶ EuGH, Rs. C-620/15, ECLI:EU:C:2017:309 (A-Rosa Flussschiff), Rz. 60.

³⁷ EuGH, Rs. C-620/15, ECLI:EU:C:2017:309 (A-Rosa Flussschiff), Rz. 43.

³⁸ EuGH, Rs. C-620/15, ECLI:EU:C:2017:309 (A-Rosa Flussschiff), Rz. 49.

³⁹ Siehe die Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/opc/de/european-union/joint-committees/index.html>> (zuletzt besucht am 11.05.2018).

⁴⁰ Art. 6 Abs. 3 Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG; SR 823.20).

⁴¹ *Christa Tobler*, Die flankierenden Massnahmen der Schweiz in einem erneuerten System des bilateralen Rechts, Jusletter vom 30. September 2013, Rz. 61.

⁴² Bericht des Europäischen Parlaments vom 29. Juni 2010 über das Thema EWR–Schweiz: Hindernisse für die vollständige Verwirklichung des Binnenmarktes (2009/2176(INI)), Nr. 12.

⁴³ Medienmitteilung des Staatssekretariats für Migration vom 14. Juni 2011, Schweiz–EU: Elfes Treffen des Gemischten Ausschusses zum Freizügigkeitsabkommen, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-39604.html>> (zuletzt besucht am 11.05.2018).

Dies dürfte auf die spezifische Funktionsweise der Gemischten Ausschüsse zurückzuführen sein. Diese sind jeweils paritätisch mit Vertretern der Schweiz und der EU besetzt.⁴⁴ Die Delegation der Schweiz umfasst mindestens einen Vertreter der Direktion für europäische Angelegenheiten (DEA) sowie der weiteren involvierten Amtsstellen des Bundes und allenfalls Vertreter der Schweizer Mission in Brüssel. Bei Geschäften, welche die Kantone betreffen, nimmt auch eine Vertretung der Kantone an den Verhandlungen teil. Die genaue Zahl der Mitglieder der jeweiligen Vertretung ist nicht von Belang, da die Delegierten an die Weisungen des Bundesrates beziehungsweise der Kommission gebunden sind und die Vertretungen der Schweiz und der EU ihre Stimme jeweils gesamthaft abgeben.⁴⁵ Die Ausschüsse können Beschlüsse nur in gegenseitigem Einvernehmen der Schweiz und der EU fassen.⁴⁶ Sie entscheiden somit nach dem Einstimmigkeitsprinzip, was eine Streitbeilegung in spezifisch rechtlich umstrittenen Streitfragen verhindert.

C. Ansätze gerichtlicher Streitbeilegungsverfahren

I. Übernahme des Systems der Rechtsunion

Das Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU (LVA),⁴⁷ das im Rahmen der Bilateralen I abgeschlossen wurde, wird aufgrund einiger Besonderheiten auch als partielles Integrationsabkommen oder Abkommen *sui generis* bezeichnet.⁴⁸ Neben der Befugnis des Gemischten Ausschusses zur Änderung der Anhänge⁴⁹ und der weitgehenden Übernahme des EU-Luftverkehrsrechts sind im Bereich des LVA die EU-Organe zur Streitschlichtung zuständig.⁵⁰ In Abweichung vom Zwei-Säulen-Prinzip, wonach die jeweiligen nationalen Organe und der Gemischte Ausschuss zuständig sind,⁵¹ obliegt hier die Durchführung des Abkommens teilweise auch hinsichtlich der Schweiz den zuständigen Organen der EU, insbesondere der Europäischen Kommission.⁵² Für alle Fragen betreffend die Gültigkeit von Entscheidungen und Beschlüssen der Kommission ist ausschliesslich der EuGH zuständig.⁵³ Insoweit gilt somit das System der Rechtsunion mit abschliessender Entscheidungs- und Auslegungskompetenz des EuGH.

In den Anwendungsbereich des LVA fiel der langjährige Streit zwischen der Schweiz und Deutschland über eine deutsche Fluglärmregelung, welche die An- und Abflüge zum Flughafen Zürich beschränkte. Aufgrund der verfahrensrechtli-

⁴⁴ *Stephan Breitenmoser/Robert Weyeneth*, *Europarecht – Unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz – EU*, 2017, Rz. 1510.

⁴⁵ *Breitenmoser/Weyeneth* (Fn. 44), Rz. 856; *Jaag/Hänni* (Fn. 9), Rz. 4026 f.

⁴⁶ *Jaag/Hänni* (Fn. 9), Rz. 4029a; *Kaddous* (Fn. 30), 92.

⁴⁷ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (SR 0.748.127.192.68).

⁴⁸ *Breitenmoser/Weyeneth* (Fn. 44), Rz. 734.

⁴⁹ Art. 23 Abs. 4 LVA.

⁵⁰ *Breitenmoser/Weyeneth* (Fn. 44), Rz. 734; *Cottier et al.* (Fn. 12), Rz. 615.

⁵¹ *Christa Tobler*, Anmerkungen zum EuGH Urteil Rs. C-547/10, *EuZW* 2013, 429, 432.

⁵² Art. 18 Abs. 2 LVA; siehe dazu *Oesch* (Fn. 8), Rz. 908.

⁵³ Art. 20 LVA.

chen Besonderheit des Abkommens wandte sich die Schweiz analog zu einem Vertragsverletzungsverfahren (Art. 259 AEUV) mit einer Beschwerde gegen die deutsche Verordnung an die Europäische Kommission und gelangte gegen deren abschlägige Entscheidung unmittelbar an den EuGH, allerdings im Wege einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV. Der EuGH hielt das Argument der Schweiz, sie müsse aufgrund des Abkommens den EU-Mitgliedstaaten verfahrensrechtlich gleichgestellt werden, nicht für durchschlagend. Selbst für den Fall, dass die Rechtsstellung der Schweiz derjenigen eines Mitgliedstaats entspreche, sei für die Klage nicht der EuGH, sondern das Gericht (EuG) zuständig.⁵⁴ Der EuGH liess damit die Frage offen, ob die Schweiz hinsichtlich des Rechtsschutzes den Mitgliedstaaten gleichzustellen ist.

Das EuG gelangte zum Schluss, dass die von Seiten Deutschlands erlassenen Beschränkungen durch das Ziel des Umweltschutzes gerechtfertigt seien.⁵⁵ Mit verfahrensrechtlichen Aspekten beschäftigte sich das Gericht demgegenüber nicht.⁵⁶ Der EuGH stützte dieses Urteil, indem er eine parallele Auslegung des Abkommens und der Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit ablehnte.⁵⁷ Die Auslegung der unionsrechtlichen Vorschriften über den Binnenmarkt könnten mangels ausdrücklicher Anordnung nicht automatisch auf die Auslegung des LVA übertragen werden. Der EuGH verneinte somit für den Bereich des Luftverkehrs eine Integration der Schweiz in den EU-Binnenmarkt.⁵⁸

II. Einsetzung eines Schiedsgerichts

Vereinzelt ist in den Bilateralen Abkommen ein gesondertes Schiedsverfahren vorgesehen. Anwendungsfälle aus der Praxis sind jedoch nicht bekannt.⁵⁹ Im Anwendungsbereich eines Abkommens betreffend Versicherungen⁶⁰ können Streitigkeiten, die im Gemischten Ausschuss nicht beigelegt werden konnten, von jeder Vertragspartei vor ein aus drei Mitgliedern bestehendes Schiedsgericht gebracht werden.⁶¹ Jede Vertragspartei bestellt einen Schiedsrichter.⁶² Die beiden bestellten

⁵⁴ EuGH, Rs. C-70/04, ECLI:EU:C:2005:468 (Schweizerische Eidgenossenschaft/Kommission), Rz. 21 f.

⁵⁵ EuG, Rs. T-319/05, ECLI:EU:T:2010:367 (Schweiz/Kommission), Rz. 202.

⁵⁶ *Tobler* (Fn. 51), 433.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-547/10 P, ECLI:EU:C:2013:139 (Schweiz/Kommission), Rz. 78 ff.

⁵⁸ *Tobler* (Fn. 51), 433.

⁵⁹ *Oesch* (Fn. 8), Rz. 930; *Christa Tobler*, Schiedsgerichte im bilateralen Recht?, SZIER 2012, 3.

⁶⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung vom 10. Oktober 1989 (SR 0.961.1).

⁶¹ Art. 38 Abs. 2 Satz 1 Versicherungsabkommen.

⁶² Art. 38 Abs. 2 Satz 3 Versicherungsabkommen.

Schiedsrichter wählen einen Obmann, der nicht Staatsangehöriger der Schweiz oder eines Mitgliedstaates der Union sein darf.⁶³ Die Entscheidungen des Schiedsgerichts sind für die Vertragsparteien bindend.⁶⁴ Dies bedeutet, dass keine Rechtsmittel an ein weiteres Gericht zulässig sind. Auch ein Vorabentscheidungsverfahren an den EuGH ist nicht vorgesehen.

Begrenzt auf die Frage der Verhältnismässigkeit von Ausgleichsmassnahmen ist im Zollabkommen⁶⁵ geregelt, dass der Gemischte Ausschuss beschliessen kann, ein spezifisches Schiedsverfahren einzuleiten.⁶⁶ Zur Klärung einer Streitigkeit werden drei Schiedsrichter bestimmt.⁶⁷ Das Schiedsgericht kann mit Mehrheitsbeschluss Entscheidungen erlassen.⁶⁸ Diese Entscheidungen sind bindend und können nicht angefochten werden. Auslegungsfragen zu Bestimmungen, die sich mit den entsprechenden Bestimmungen des Unionsrechts decken, können jedoch nicht im Rahmen dieses Schiedsverfahrens geklärt werden.⁶⁹

D. Unionsrechtskonforme Anwendung als funktionales Äquivalent

I. Dynamische Rezeption der EuGH-Rechtsprechung

Dass die Gemischten Ausschüsse bislang für die Streitbeilegung keine Bedeutung erlangt haben, wurzelt massgeblich in der präventiv auf Streitvermeidung ausgerichteten Rechtsprechung des Bundesgerichts.⁷⁰ Dieser Rechtsprechung liegt der Zweck der Bilateralen Abkommen zugrunde. Beide Parteien sollen alle erforderlichen Massnahmen treffen, damit gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den in Bezug genommenen Rechtsakten der EU Anwendung finden.⁷¹ Um eine derart bezweckte möglichst parallele Rechtslage in Unionsrecht und bilateralem Recht zu bewirken, weicht das Bundesgericht über den Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 FZA hinaus, wonach die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem 21. Juni 1999 massgebend ist, von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH generell nur bei Vorliegen „triftiger“ Gründe ab.⁷²

⁶³ Art. 38 Abs. 2 Satz 4 Versicherungsabkommen.

⁶⁴ Art. 38 Abs. 7 Versicherungsabkommen.

⁶⁵ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen vom 25. Juni 2009 (SR 0.631.242.05).

⁶⁶ *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, 2012, 153; siehe auch Art. 29 Abs. 3 Satz 2 Zollabkommen.

⁶⁷ Anhang III Abs. 1 Zollabkommen.

⁶⁸ Anhang III Abs. 4 Satz 2 Zollabkommen.

⁶⁹ Art. 29 Abs. 3 Satz 3 Zollabkommen.

⁷⁰ Ebenso *Oesch* (Fn. 8), Rz. 928.

⁷¹ Art. 16 Abs. 1 FZA.

⁷² BGE 142 II 35 E. 3.1; BGE 143 II 57 E. 3.6; BGer, Urteil 2C_743/2017 vom 15. Januar 2018, E. 4.1. Siehe dazu ferner *Astrid Epiney/Daniela Nüesch*, Inländervorrang und Freizügigkeitsabkommen, AJP 2018, 6, 7 f.

Bei der dynamischen Rezeption der EuGH-Rechtsprechung recurriert das Bundesgericht ausdrücklich auch auf den Auslegungsgrundsatz des „*effet utile*“,⁷³ wie er für die Rechtsunion und die Fortentwicklung des Unionsrechts durch den EuGH prägend ist. Insgesamt stützt sich das Bundesgericht im Bereich der Bilateralen Abkommen bei der Auslegung des nationalen Organisations- und Verfahrensrechts auf die durch den EuGH unter dem Titel des unionsverwaltungsrechtlichen Grundsatzes der Effektivität entwickelten Vorgaben.⁷⁴ Für den Geltungsbereich des FZA leitet das Bundesgericht den Grundsatz der Gleichwertigkeit aus der Verankerung der Nichtdiskriminierung in Art. 2 FZA und den Grundsatz der Effektivität aus der Bestimmung zum Rechtsschutz in Art. 11 FZA ab.⁷⁵ Der Effektivitätsgrundsatz wirkt sich somit insbesondere bei den verfahrensrechtlichen Vorgaben aus (siehe unten III.).

II. Vorrang des Unionsrechts

Ausserdem billigte das Bundesgericht jedenfalls dem FZA auch in solchen Fällen Vorrang zu, in denen das Parlament im Sinne der Schubert-Praxis bewusst gegen Bestimmungen des FZA (im Sinne der Auslegung durch den EuGH) verstösst.⁷⁶ Begründet wird dies unter anderem mit dem Argument, dass das Recht der Bilateralen Abkommen in den EU-Mitgliedstaaten aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts (Art. 4 Abs. 3 EUV) Vorrang vor dem jeweiligen innerstaatlichen Recht besitzt. Unter Bezugnahme auf die klassischen Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *van Gend en Loos* und *Costa/E.N.E.L.* führt das Bundesgericht aus, dass auch im Einzelfall eine Abweichung nicht in Betracht komme, weil es bei den Bilateralen Verträgen über die Realisierung der teilweise übernommenen Grundfreiheit um eine Angleichung der Rechtsordnung in Form einer sektoriellen Beteiligung am Binnenmarkt gehe.

III. Verfahrensrechtliche Absicherung

Die unionsrechtskonforme Auslegung des bilateralen Vertragsrechts durch das Bundesgericht wie auch der Vorrang des Unionsrechts werden durch die verfahrensrechtlichen Vorgaben abgesichert. Die durch die Bilateralen Verträge mit Rechten ausgestatteten Individuen werden nämlich gleichsam für die objektive Durchsetzung des Vertragsrechts aktiviert. Die unter das FZA fallenden Personen haben das Recht, hinsichtlich der Anwendung der Bestimmungen dieses Abkommens bei den zuständigen Behörden Beschwerde einzulegen.⁷⁷ Gegen Entscheidungen über Beschwerden oder das Nichtergehen einer Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist können sie bei dem zuständigen nationalen Gericht Berufung einlegen.⁷⁸

⁷³ BGE 142 II 35 E. 5.2.

⁷⁴ *Glaser* (Fn. 10), 144.

⁷⁵ BGE 128 V 315 E. 1c; bestätigt durch BGE 130 V 132 E. 3.1; BGE 138 V 533 E. 2.2.

⁷⁶ BGE 142 II 35 E. 3.2.

⁷⁷ Art. 11 Abs. 1 FZA.

⁷⁸ Art. 11 Abs. 3 FZA.

E. Ausblick: Institutionalisierte gerichtliche Streitbeilegung

I. Errichtung eines Schiedsgerichts

Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 2. März 2018 das Verhandlungsmandat vom 18. Dezember 2013 zur Weiterentwicklung der Bilateralen Verträge in Bezug auf die institutionellen Fragen präzisiert, um eine Einigung mit der EU für die Streitbeilegung auf Basis einer unabhängigen, schiedsrichterlichen Lösung zu erzielen. Diese soll zum Zug kommen, wenn der zuständige Gemischte Ausschuss die Streitigkeit nicht beilegen kann.

Das bisherige institutionelle Gefüge bietet kaum Anhaltspunkte, an denen sich die angestrebte Lösung orientieren könnte. Die klassische politisch-diplomatische Streitbeilegung wird als nicht mehr ausreichend angesehen. Ein auf die Beurteilung von Ausgleichsmassnahmen beschränktes Schiedsgericht wie im Zollabkommen, das noch dazu Fragen des Unionsrechts nicht entscheiden darf, wird den ambitionierten Zielsetzungen kaum gerecht. Die ursprüngliche Idee eines unmittelbaren Einbezuges des EuGH, ähnlich wie sie im LVA vorgesehen ist, wurde inzwischen aus politischen Gründen aufgegeben.⁷⁹

In Betracht käme mit Blick auf den vorhandenen Bestand von Streitbeilegungsverfahren somit einzig ein Schiedsgericht nach dem Vorbild des Versicherungsabkommens. Dessen Ausgestaltung könnte aber mit den Vorgaben des Unionsrechts und insbesondere der insoweit strengen Handhabung durch den EuGH kollidieren, da dem Schiedsgericht abschliessende Entscheidungs- und Auslegungskompetenzen auch in Fragen des Unionsrechts zukämen (dazu im Einzelnen II.). Vorbildwirkung könnte daher das mit dem Unionsrecht vereinbare Schiedsgerichtsmodell im Assoziierungsabkommen EU–Ukraine entfalten (siehe III.). Auch bei einer grundsätzlichen Anlehnung an dessen Ausgestaltung blieben für das Verhältnis Schweiz–EU verschiedene Fragen offen (siehe IV.).

II. Unionsrechtlicher Rahmen

Das Unionsrecht lässt Schiedsgerichte nur in engem Rahmen zu. Gemäss Art. 344 AEUV sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge ausschliesslich nach den in den Verträgen vorgesehenen Verfahren zu regeln. Das einschlägige Verfahren für Streitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten ist das Vertragsverletzungsverfahren. Nach Befassung der Kommission kann ein Mitgliedstaat den EuGH anrufen, wenn er der Auffassung ist, dass ein anderer Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstossen hat (Art. 259 Abs. 1 und 2 AEUV). Ausserdem kann eine Streitigkeit zwischen den Mitgliedstaaten aufgrund eines Schiedsvertrags beim EuGH anhängig gemacht werden, sofern die Streitigkeit mit dem Gegenstand der Verträge in Zusammenhang steht (Art. 273 AEUV). Art. 344 AEUV sichert somit die Zuständigkeit des EuGH

⁷⁹ Siehe dazu noch *Andreas Glaser/Lorenz Langer*, Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, SZIER 2013, 563, 570 f.

für die Auslegung und Anwendung der Verträge im Hinblick auf Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten.⁸⁰

Der EuGH hat kürzlich die rigide Haltung gegenüber Schiedsgerichten eindrücklich bekräftigt. Eine internationale Übereinkunft darf gemäss Art. 344 AEUV die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung und damit die Autonomie des Rechtssystems der Union, deren Wahrung der EuGH sichert, nicht beeinträchtigen.⁸¹ Danach sind im Rahmen des Gerichtssystems der EU, das der Einheitlichkeit der Auslegung des Unionsrechts dient, gemäss Art. 19 EUV allein die nationalen Gerichte und der EuGH zur Sicherung der vollen Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten berufen.⁸² Vor allem das Vorabentscheidungsverfahren als Schlüsselement des Gerichtssystems darf durch internationale Verträge nicht ausgehebelt werden.⁸³ Dies wäre indessen der Fall, wenn Schiedsgerichte in einem endgültigen Entscheid Unionsrecht verbindlich auslegen oder anwenden könnten.⁸⁴

Dem Urteil wird erhebliche Bedeutung für die Fortentwicklung der Rechtsunion zugeschrieben.⁸⁵ Ob und inwieweit sich dessen Schlussfolgerungen indes auf Abkommen der EU und/oder der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten übertragen lassen, ist völlig offen.⁸⁶ Das Urteil bezieht sich auf ein Investitionsschutzabkommen zwischen zwei EU-Mitgliedstaaten. Der Unterschied zur hier interessierenden Konstellation liegt zum einen darin, dass es sich mit der Schweiz um einen Vertragspartner handelt, der nicht EU-Mitglied ist. Zum anderen geht es bei den in Bezug genommenen Abkommen nicht um Investitionsschutz, sondern um den Marktzugang. Nichtsdestotrotz lässt sich festhalten, dass der EuGH ein Schiedsgericht, das Unionsrecht auslegt, nur dann billigt, wenn dieses bei Zweifeln über die Gültigkeit oder die Auslegung von Unionsrecht zur Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH verpflichtet ist.

III. Vorbild Assoziierungsabkommen EU–Ukraine

Den unionsrechtlichen Vorgaben entspricht das Assoziierungsabkommen EU–Ukraine,⁸⁷ das daher insoweit auch als Vorbild für eine mögliche Ausgestaltung des Verhältnisses Schweiz–EU dienen kann. Das Abkommen enthält zunächst einen allgemeinen Streitbeilegungsmechanismus. Danach ist der Assoziationsrat um Beilegung einer Streitigkeit über die Auslegung oder Umsetzung des Abkommens

⁸⁰ Christoph Herrmann, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2010, Art. 344 AEUV Rz. 1.

⁸¹ EuGH, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (Achmea), Rz. 32.

⁸² EuGH, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (Achmea), Rz. 35 f.

⁸³ EuGH, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (Achmea), Rz. 37.

⁸⁴ EuGH, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (Achmea), Rz. 42.

⁸⁵ Roland Klages, Autonomie sticht Schiedsklausel, EuZW 2018, 217, 218; Robin Dominik Miller, Autonomie des Unionsrechts versus Schiedsgerichtsbarkeit, EuZW 2018, 357, 358.

⁸⁶ Zurückhaltend Miller (Fn. 85), 362; weitergehend, wenn auch in der Sache kritisch Jörg Gundel, Unwirksame Schiedsklausel in unionsinternem Investitionsschutzabkommen, NVwZ 2018, 727, 728. Mit ausführlicher Begründung gegen die Übertragbarkeit auf Abkommen mit Drittstaaten Patricia Sarah Stöbener de Mora, Das Achmea-Urteil zum Intra-EU-Investitionsschutz, EuZW 2018, 363, 367 f.

⁸⁷ Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Ukraine andererseits, ABl. 2014 L 161, 3.

oder seine Anwendung nach Treu und Glauben zu ersuchen.⁸⁸ Dies entspricht der gegenwärtigen politisch-diplomatischen Streitbeilegung durch die Gemischten Ausschüsse im Verhältnis Schweiz–EU.

Für Streitigkeiten über die Auslegung oder Umsetzung der Vorschriften in Titel IV betreffend Handel und Handelsfragen oder seine Anwendung nach Treu und Glauben gilt abweichend vom allgemeinen Streitbeilegungsmechanismus ein gesondertes Verfahren.⁸⁹ Danach kann eine Partei um die Einsetzung eines Schiedspanels ersuchen, wenn es den Vertragsparteien nicht gelungen ist, eine Streitigkeit durch Konsultationen beizulegen.⁹⁰ Das Schiedspanel setzt sich aus drei Schiedsrichtern zusammen.⁹¹ Die möglichen Schiedsrichter figurieren auf einer Liste von 15 Personen.⁹² Zum einen schlägt jede Vertragspartei fünf Personen vor, zum anderen wählen die Parteien fünf Personen aus, die nicht die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzen und die im Schiedspanel den Vorsitz führen sollen.⁹³ Alle Schiedsrichter, die als Mitglied eines Schiedspanels bestellt werden, müssen unabhängig sein und in persönlicher Eigenschaft handeln, sie dürfen keine Weisungen von einer Organisation oder Regierung entgegennehmen und nicht der Regierung einer Vertragspartei nahestehen.⁹⁴ Die Zusammensetzung eines Schiedspanels soll jeweils einvernehmlich erfolgen, ansonsten entscheidet das Los.⁹⁵ Das Schiedspanel hat grundsätzlich innerhalb von 120 Tagen zu entscheiden.⁹⁶

Die Entscheidungen des Schiedspanels sind für die Vertragsparteien bindend.⁹⁷ Das Schiedspanel soll grundsätzlich einvernehmlich entscheiden, wenn dies jedoch nicht möglich ist, entscheidet die Mehrheit über die strittige Frage.⁹⁸ Stellt sich im Rahmen einer Streitigkeit eine Frage zur Auslegung einer Bestimmung des EU-Rechts, so entscheidet das Schiedspanel die Frage nicht, sondern legt sie dem EuGH zur Entscheidung vor.⁹⁹ Derartige Bestimmungen des Unionsrechts betreffen technische Handelshemmnisse, gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Massnahmen, Zoll- und Handelserleichterungen, Niederlassung, Dienstleistungshandel und elektronischen Geschäftsverkehr, öffentliches Beschaffungswesen und Wettbewerb oder erlegen einer Vertragspartei auf andere Weise durch Bezugnahme auf eine Bestimmung des EU-Rechts eine Verpflichtung auf.¹⁰⁰ Die Entscheidung des EuGH ist für das Schiedspanel bindend.¹⁰¹

⁸⁸ Art. 477 Abs. 1 Satz 1.

⁸⁹ Art. 477 Abs. 1 Satz 2.

⁹⁰ Art. 306 Abs. 1.

⁹¹ Art. 307 Abs. 1.

⁹² Art. 323 Abs. 1 Satz 1.

⁹³ Art. 323 Abs. 1 Satz 2 und 3.

⁹⁴ Art. 323 Abs. 3.

⁹⁵ Art. 307 Abs. 2 und 3.

⁹⁶ Art. 310 Abs. 1 Satz 1.

⁹⁷ Art. 321 Abs. 2 Satz 1.

⁹⁸ Art. 321 Abs. 1 Satz 1.

⁹⁹ Art. 322 Abs. 2 Satz 1.

¹⁰⁰ Art. 322 Abs. 1.

¹⁰¹ Art. 322 Abs. 2 Satz 3.

IV. Offene Fragen bei der Streitbeilegung Schweiz–EU

Sollte sich der Streitbeilegungsmechanismus in einem künftigen Rahmenabkommen Schweiz–EU grundsätzlich an denjenigen im Assoziierungsabkommen EU–Ukraine anlehnen, bleiben im Detail verschiedene wichtige Fragen offen. Für die praktische Bedeutsamkeit eines allfälligen Schiedsgerichts dürften diese eine wesentliche Rolle spielen. Je näher sich das Verfahren am bisherigen Verfahren der Gemischten Ausschüsse bewegt, umso weniger weitreichend dürften die potenziellen Änderungen sein. Auf der Kehrseite dürften die Auswirkungen umso grösser sein, je rechtsförmiger das Verfahren des Einbezuges des EuGH ausgestaltet ist.

Zunächst kommt es darauf an, ob die Einberufung eines Schiedsgerichts einseitig oder nur im gegenseitigen Einvernehmen erfolgen kann.¹⁰² Eine wichtige Stellenschraube für die Praxisrelevanz des Schiedsgerichtsmodells ist ausserdem, ob das Schiedsgericht zur Anrufung des EuGH verpflichtet oder nur berechtigt wäre. Dabei stellt sich die Frage, ob und bei welchem Organ ein rechtswidriges Unterlassen eines Vorabentscheidungsersuchens gerügt beziehungsweise wie ein Einbezug des EuGH effektiv durchgesetzt werden könnte – ein Problem, das sich auch in den EU-Mitgliedstaaten stellt. Ein Äquivalent zum Vertragsverletzungsverfahren ist in einem künftigen Rahmenabkommen indes nicht vorgesehen. Mit Blick auf die Voraussetzungen ist bedeutsam, ob ein Ersuchen um Vorabentscheidung die einstimmige Entscheidung des Schiedsgerichts voraussetzt. Hinsichtlich der Folgen eines Urteils des EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren wäre fraglich, ob und inwieweit das Schiedsgericht dieses zu berücksichtigen hat.

Ungeachtet der konkreten Ausgestaltung des Schiedsverfahrens sind jedoch die je nach Blickwinkel gehegten Befürchtungen beziehungsweise Erwartungen im Hinblick auf die Institutionalisierung zu relativieren. Angesichts der überschaubaren Zahl rechtlicher Konflikte zwischen der Schweiz und der EU beziehungsweise ihren Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit den Bilateralen Verträgen dürften Schiedsgerichtsverfahren – einschliesslich der Anrufung des EuGH – ähnlich wie die Streitbeilegung in den Gemischten Ausschüssen die seltene Ausnahme bleiben. Die Hauptrolle bei der präventiven Streitbeilegung wird nach wie vor das Bundesgericht spielen.

Selbst wenn es auf der Grundlage des Rahmenabkommens regelmässig zur Einberufung des Schiedsgerichts käme, wären weder im Vergleich zur geltenden Rechtslage noch zum früher diskutierten unmittelbaren Einbezug des EuGH weitreichende materiell-rechtliche Folgen zu erwarten. Da nahezu alle Bestimmungen der Bilateralen Verträge aus dem Unionsrecht stammen, könnte das Schiedsgericht – bei Anlehnung an das Modell des Assoziierungsabkommens EU–Ukraine – mutmasslich höchstens ausnahmsweise eigenständig entscheiden. Im Regelfall müsste es eine Vorabentscheidung des EuGH einholen. Die Entscheidung des EuGH wäre für das Schiedsgericht bindend. Da sich das Bundesgericht bereits heute massgeblich an der Rechtsprechung des EuGH orientiert, handelte es sich letztlich einzig um eine verfahrensmässige Änderung.

¹⁰² Theoretisch wäre auch denkbar, dass das Schiedsgericht von Individuen mit Streitfällen befasst werden könnte. Dies hätte weitreichende Auswirkungen auf die Praxis, ist aber, soweit ersichtlich, nicht Gegenstand der Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU.

Die beschriebene Ausgangslage könnte sich indes fundamental ändern, wenn das Schiedsgerichtsmodell von der Implementierung bislang ausgeklammerter Binnenmarktregelungen in der Schweiz begleitet würde, wie etwa im Bereich des Beihilfenrechts, der Eisenbahnliberalisierung oder der umfassenden Anwendung der Dienstleistungsfreiheit ohne flankierende Massnahmen.