

Die dynamische Rechtsübernahme im Entwurf des Institutionellen Abkommens

Aufgezeigt am Beispiel der Unionsbürgerrichtlinie

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Die dynamische Rechtsübernahme im Entwurf des Institutionellen Abkommens, EuZ 2021, 4-23.

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

I. Einleitung

Seit der Veröffentlichung des Entwurfs des Rahmenabkommens bzw. des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU (InstA) am 7. Dezember 2018 werden diverse Aspekte des Entwurfs diskutiert, wobei gerade in letzter Zeit die Frage der sog. dynamischen Rechtsübernahme (wieder) vermehrt thematisiert wird. Dies ist insofern bemerkenswert, als gerade dieser Aspekt eines der Kernelemente der seit vielen Jahren im Verhältnis Schweiz – EU diskutierten sog. institutionellen Fragen darstellt.¹ Auf der Grundlage der Skizzierung der Ausgangslage (II.) und eines Überblicks über die wesentlichen Inhalte des InstA (III.) soll dies zum Anlass genommen werden, den diesbezüglichen Mechanismus im Abkommen zu erörtern und die durch diesen aufgeworfenen (Rechts-) Fragen zu erörtern (IV.). Besonderes Augenmerk gilt dabei der Frage, inwieweit die Unionsbürgerrichtlinie auf der Grundlage des InstA von der Pflicht zur im Entwurf grundsätzlich vorgesehenen dynamischen Übernahme weiterentwickelten EU-Rechts erfasst ist bzw. welche rechtliche Tragweite dem InstA diesbezüglich zukommt. Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbemerkung, in welcher der neu vorgesehene Mechanismus in Bezug auf seine Implikationen für den Handlungsspielraum der Schweiz bewertet wird (V.).

¹ Vgl. zu den Hintergründen bzw. zur Entstehungsgeschichte des Entwurfs des Institutionellen Abkommens die Hinweise bei *Astrid Epiney*, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU: Überblick und erste Einschätzung, Jusletter vom 17. Dezember 2018, Rz. 1 ff. S. ansonsten zum Entwurf des InstA *Michael Ambühl/Daniela Scherer*, Zum Entwurf des Institutionellen Abkommens, Jusletter vom 4. Februar 2019; *Marino Baldi*, Zu den Auswirkungen des geplanten Rahmenabkommens mit der EU, Jusletter vom 18. März 2019; *Christa Tobler*, Wie weiter mit dem Institutionellen Abkommen? Varianten zum Umgang mit den drei heiklen Punkten, Jusletter vom 20. Januar 2020; *Thomas Cottier*, Die Souveränität und das institutionelle Rahmenabkommen, SJZ 2019, 345 ff.; *Markus Notter*, Institutionelles Rahmenabkommen – ein europapolitischer Zwischenruf, EuZ 2019, 4 ff.; *Stephan Breitenmoser/Simon Hirsbrunner*, Der Entwurf für ein Institutionelles Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der EU: offene Fragen im Schnittpunkt zwischen Europa- und Völkerrecht, in: *Astrid Epiney/Petru Zlatescu* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2019/2020, Zürich/Bern 2020, 511 ff.

II. Zur Ausgangslage

Seit der Ablehnung des EWR-Beitritts durch Volk und Stände am 6.12.1992 beruhen die Beziehungen der Schweiz zur EU auf dem sog **bilateralen Ansatz** – bilateral insofern, als auf der einen Seite die Schweiz, auf der anderen die EU und (teilweise) ihre Mitgliedstaaten stehen, dies im Gegensatz zum EWR, der die Beziehungen einer (immer kleiner gewordenen) Staatengruppe (die EFTA-Staaten, ausser der Schweiz) zur EU regelt. Inzwischen gibt es zwei „Pakete“ sog bilateraler Abkommen, die sektoriell eine Reihe von Bereichen regeln² und häufig eine Einbindung der Schweiz in den Unionsbesitzstand vorsehen;³ hinzu kommen zahlreiche weitere Verträge. Insgesamt kommt jedoch sowohl aus rechtlicher als auch aus wirtschaftlicher und politischer Sicht den beiden Paketen bilateraler Abkommen zweifellos eine besondere Bedeutung zu.

Einige dieser Bilateralen Abkommen sind sog. **Binnenmarktabkommen**: Sie zielen darauf ab, die Schweiz in den jeweiligen Teil des EU-Binnenmarktes einzubinden, so dass sie im Wesentlichen parallel wie ein EU-Mitgliedstaat am Binnenmarkt teilnehmen kann, dies ungeachtet gewisser Sonderregelungen. Zu diesen Binnenmarktabkommen gehören fünf Abkommen der Bilateralen I, die vom Anwendungsbereich des InstA erfasst werden.⁴ Aufgrund der **Zielsetzung** der Abkommen (**Teilnahme am EU-Binnenmarkt**) weisen sie einen gewissen **Integrationscharakter** auf. Gleichzeitig sind sie aus institutioneller Sicht als „klassische“ **völkerrechtliche Verträge** ausgestaltet. Insofern handelt es sich grundsätzlich nicht um eigentliche Integrationsverträge in dem Sinn einer echten Einbindung in die Integration der EU-Staaten bzw. die EU. Dieser grundsätzliche Ansatz hat sich sowohl in der inhaltlichen Ausgestaltung der Abkommen (die auf den Prinzipien der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung bzw. Standards beruhen und gerade keine eigentliche Integration in den

² Die «Bilateralen I» betreffen die Bereiche Personenfreizügigkeit, Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Auftragswesen betreffen. Für die Texte aller Abkommen siehe BBl 1999, 6489 ff.; ABl. 2002 L 114, 1 ff. Die im Oktober 2004 unterzeichneten und anschliessend zu unterschiedlichen Zeitpunkten in Kraft getretenen «Bilateralen II» umfassen folgende Bereiche: Besteuerung der Ruhegehälter von in der Schweiz ansässigen EU-Beamten, verarbeitete Landwirtschaftsprodukte, Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur, Statistik, Teilnahme der Schweiz an verschiedenen Programmen in den Bereichen Bildung, Berufsbildung und Jugend, Betrugsbekämpfung, Zinsbesteuerung, Schengen/Dublin-Assoziierung. Vgl. Text und Botschaft zu den Bilateralen II in BBl. 2004, 5965 ff.

³ Vgl. zu den bilateralen Verträgen ausführlich und m.w.N. Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „bilateralen Abkommen“, Zürich 2012, 95 ff.; Thomas Cottier u.a., Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014, *passim*; Clémentine Mazille, L’institutionnalisation de la relation entre l’Union européenne et la Suisse: Recherche sur une construction européenne, Zürich 2018, *passim*; Matthias Oesch, Switzerland and the European Union: General Framework, Bilateral Agreements, Autonomous Adaptation, Bern 2018, 19 ff.; für einen Überblick auch Benedikt Pirker/Astrid Epiney, The Integration of Switzerland into the Framework of EU Law by Means of the ‘Bilateral Agreements’, in: Peter-Christian Müller-Graff/Ola Mestad (Hrsg.), The Rising Complexity of European Law, Berlin 2014, 39 (40 ff.).

⁴ Vgl. zum Anwendungsbereich des InstA unten III.

unionsrechtlichen Besitzstand vorsehen) als auch in der institutionellen Struktur (die „klassisch völkerrechtlich“ ausgestaltet ist) niedergeschlagen, dies mit Ausnahme des Luftverkehrsabkommens.⁵ Hinzuweisen ist insbesondere auf folgende **Charakteristika der Marktzugangsabkommen** der Bilateralen I (mit Ausnahme des Luftverkehrsabkommens):⁶

- Die einzelnen Abkommen der beiden Pakete bilateraler Abkommen stellen jeweils **getrennte, in sich geschlossene Verträge** dar. So sind auch grundsätzlich bei allen Abkommen relevante Fragen, wie etwa Streitbeilegung oder institutionelle Ausgestaltung, jeweils in den verschiedenen Abkommen für jeden Bereich geregelt.
- Gleichzeitig sind die Abkommen **rechtlich miteinander verknüpft**: Die sieben Abkommen der Bilateralen I stellen insofern ein „Paket“ dar, als die Abkommen – wie in den jeweiligen Schlussbestimmungen niedergelegt – nur zusammen in Kraft treten konnten, und die Nichtverlängerung oder Kündigung eines der Abkommen dazu führt, dass auch alle anderen Abkommen ausser Kraft treten bzw. nicht mehr angewandt werden (sog. Guillotine-Klausel).
- Der **materielle Inhalt** der Abkommen – der weitgehend das einschlägige Unionsrecht übernimmt – ist grundsätzlich **statisch** ausgestaltet, woran auch die häufig anzutreffende Anknüpfung an den unionsrechtlichen Besitzstand sowie die regelmässig vorgesehene Möglichkeit der Weiterentwicklung – insbesondere im Hinblick auf die Anpassung der Abkommensinhalte an die Entwicklung des EU-Rechts – in struktureller Sicht wenig ändern, wobei hier jedoch beim Luftverkehrsabkommen Besonderheiten zu verzeichnen sind.
- Im Übrigen erfassen die verschiedenen Abkommen jeweils nur bestimmte, im Verhältnis etwa zum EWR relativ beschränkte Bereiche, so dass von einem **sektorspezifischen Vorgehen** gesprochen werden kann und es gerade nicht (wie beim EWR) um eine umfassende Teilnahme am Binnenmarkt geht, wenn die Gesamtheit der Abkommen auch zu einer sehr weitgehenden Einbindung der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand, insbes. auch den Binnenmarktbefreiung, führt.
- Aufgrund des völkerrechtlichen Charakters der Abkommen obliegen **Anwendung und Auslegung** der Abkommen jeweils den zuständigen Behörden und Gerichten der **Vertragsparteien**, wenn auch einzelne Abkommen hier weitergehende Vorgaben vorsehen.
- Schliesslich ist auf die **institutionelle Struktur** der Abkommen hinzuweisen: Die Abkommen sehen grundsätzlich jeweils einen Gemischten Ausschuss vor, der aus Vertretern der Union einerseits und der Schweiz andererseits zusammengesetzt ist und

⁵ Das in verschiedener Hinsicht eine „echte“ Integration in den unionsrechtlichen Besitzstand vorsieht, insbesondere in Bezug auf die Befugnisse der Organe der Union.

⁶ Vgl. insoweit auch schon *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn.), 96 ff.; Astrid Epiney, § 9. Brexit und die bilateralen Abkommen Schweiz – EU, in: Malte Kramme/Christian Baldus/Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Brexit. Privat- und wirtschaftsrechtliche Folgen*, Baden-Baden 2020, 201 (204 ff.).

einstimmig entscheidet. Die Kompetenzen dieser Gemischten Ausschüsse betreffen im Wesentlichen drei grosse Bereiche: Informationsaustausch, Streitbeilegung und Fassung verbindlicher Beschlüsse in Bezug auf die Anpassung der Anhänge der Abkommen (soweit dies ausdrücklich vorgesehen ist).

Im Zusammenhang mit der in diesem Beitrag im Vordergrund stehenden **dynamischen Rechtsentwicklung** ist somit von Bedeutung, dass die bestehenden Verträge eine solche Entwicklung gerade nicht vorsehen, dies auch soweit die Abkommen auf Unionsrecht zurückgreifen bzw. unionsrechtliche Konzepte oder Bestimmungen in den Rahmen der Abkommen integrieren, eine Integration, die im Wesentlichen entweder durch eine direkte Bezugnahme auf unionsrechtliche Rechtsakte (häufig in den Anhängen), welche dann durch die Schweiz zu beachten sind bzw. in Bezug auf welche eine gleichwertige Rechtslage sicherzustellen ist, oder durch eine Übernahme unionsrechtlicher Begriffe in die Texte der Abkommen bzw. ihrer Anhänge erfolgt. Dieser statische Ansatz impliziert, dass im Falle der Weiterentwicklung des Unionsrechts jeweils ein ausdrücklicher Beschluss gefasst werden muss, die Abkommen an diese anzupassen bzw. die Weiterentwicklungen zu übernehmen. Eine solche Anpassung der Abkommen ist in der Regel insoweit vorgesehen, als in den Anhängen der Abkommen auf Sekundärrechtsakte Bezug genommen wird. Zuständig ist der jeweilige Gemischte Ausschuss, welcher einvernehmlich entscheidet.⁷

Deutlich wird damit, dass dieses System impliziert, dass eine Anpassung auch unterbleiben kann, da sich jeder Vertragspartner – aus welchen Gründen auch immer – im Gemischten Ausschuss gegen eine Anpassung entscheiden kann. Hinzu kommt, dass gewisse Teile der Abkommen nicht durch den Gemischten Ausschuss angepasst werden können, dies obwohl sie auf unionsrechtliche Inhalte und Begriffe zurückgreifen. Beispielhaft sei hier auf Anhang I FZA verwiesen, welcher die einzelnen Freizügigkeitsrechte regelt und in seinem Text weitgehend Formulierungen sekundärrechtlicher Bestimmungen aufgreift, die in der EU inzwischen in der RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) geregelt sind (wobei die RL 2004/38 freilich auch die bis dahin geltenden Regelungen teilweise übernimmt). Vor diesem Hintergrund vermag die derzeitige Ausgestaltung der Bilateralen I ihre Zielsetzung – eine Integration in den EU-Binnenmarkt – insofern nur lückenhaft zu gewährleisten, als ein «Auseinandertriften» der Rechtslage im Falle fehlender Anpassung der Abkommen an die Entwicklung des Unionsrechts nicht verhindert werden kann. Dem will die im InstA vorgesehene dynamische Rechtsübernahme begegnen. Hinzu kommen mitunter Unsicherheiten über die Auslegung der Abkommen und das Fehlen eines Streitbeilegungsmechanismus⁷ für den Fall, dass sich die Vertragsparteien über die rechtliche Tragweite der Abkommen bzw. einzelner ihrer Bestimmungen nicht einigen können.

⁷ Zu den verschiedenen Übernahmemechanismen und den Möglichkeiten der Weiterentwicklung bzw. Anpassung der Abkommen an die Rechtsentwicklung in der EU *Astrid Epiney*, Die Beziehungen Schweiz – EU als Modell für die Gestaltung des Verhältnisses Grossbritanniens zur EU?, in: Malte Kramme/Christian Baldus/Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen, Baden-Baden 2017, 77 ff., 83 ff.

Vor diesem Hintergrund sind die von der Union seit vielen Jahren formulierten Anliegen in Bezug auf die **institutionelle Ausgestaltung der bilateralen Abkommen** zu sehen: So betont die Union, eine Weiterentwicklung der bilateralen Abkommen und insbesondere der Abschluss neuer Abkommen, die einen Marktzugang und damit eine weitergehende Beteiligung am Binnenmarkt implizieren (woran die Schweiz ein Interesse haben kann, so etwa im Elektrizitäts- oder Dienstleistungsbereich), kämen nur unter der Voraussetzung einer Einigung der Vertragsparteien über die Lösung der sog institutionellen Fragen in Betracht. Im Zentrum des Interesses stehen dabei die Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstands und seine Auslegung, die Überwachung der Einhaltung der Abkommen in der und durch die Schweiz sowie die Streitbeilegung.⁸ Die Union hat in diesem Zusammenhang immer wieder betont, dass grundsätzlich eine automatische Übernahme neuen Unionsrechts im erfassten Bereich sowie eine parallele Auslegung der Begriffe und Rechtsakte, die aus dem Unionsrecht übernommen werden, gewährleistet sein müsse. Weiter seien internationale Mechanismen der Überwachung und Streitbeilegung vorzusehen, wobei die Union offenbar der EWR als Leitbild dient.⁹

Die Regelung dieser Fragen ist zumindest teilweise auch im **Interesse der Schweiz**: So gewährleistet eine «obligatorische» Anpassung der Abkommen an die Rechtsentwicklung in der Union die Dauerhaftigkeit des Binnenmarktzugangs, und ein Streitbeilegungsmechanismus ist durchaus auch und gerade im Interesse der kleineren Vertragspartei. Ganz allgemein ist von grosser Bedeutung, dass ein solches Abkommen eine gewisse Rechtssicherheit in Bezug auf die Weiterentwicklung der Bilateralen Abkommen brächte und sie auf eine solide Grundlage stellte.

In Bezug auf gewisse Fragen aber **divergiert die Interessenlage zwischen der Schweiz und der Union**, so insbesondere bezüglich möglicher Ausnahmen von der dynamischen Rechtsübernahme, die Art und Weise der Streitbeilegung, die in ein Abkommen aufzunehmenden horizontalen Vorgaben (z.B. in Bezug auf staatliche Beihilfen) oder der Anwendungsbereich eines Institutionellen Abkommens. Nach vielen Jahren der Verhandlungen kamen diese im Dezember 2018 zu einem vorläufigen Abschluss, und ein Entwurf des Institutionellen Abkommens – der den Interessen beider Seiten angemessen Rechnung tragen

⁸ Vgl. zur Problematik Astrid Epiney, Beziehungen Schweiz – EU: Status quo und Perspektiven in: Patrik Schellenbauer/Gerhard Schwarz (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015, 25 (60 ff.). S. sodann z.B. Andreas Glaser/Lorenz Langer, Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, SZIER 2013, 563 ff.; Joëlle de Sépibus, Ein institutionelles Dach für die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014*, Zürich/Bern 2014, 397 ff.; Matthias Oesch/Gabriel Speck, Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz – EU und der EuGH, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017*, Zürich/Bern 2017, 257 ff.; Andreas Glaser/Heidi Dörig, Die Streitbeilegung in den Bilateralen Abkommen Schweiz–EU, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018*, Zürich/Bern 2018, 451 ff.; ausführlich Mazille, L'institutionnalisation de la relation entre l'UE et la Suisse (Fn. 3), 456 ff.

⁹ Vgl. schon NZZ v. 21.12.2012.

soll – wurde veröffentlicht.¹⁰ Im folgenden Abschnitt sollen die wesentlichen Aspekte des Entwurfs skizziert werden.

III. Der Entwurf des Institutionellen Abkommens – ein Überblick

Die wesentlichen Eckpunkte des **Entwurfs des Institutionellen Abkommens (InstA)** können wie folgt zusammengefasst werden:¹¹

- Das InstA sieht **gemeinsame institutionelle Regelungen für die Marktzugangsabkommen** Schweiz-EU vor. Sein Anwendungsbereich ist auf einige abschliessend aufgeführte Abkommen (Land- und Luftverkehr, Landwirtschaft, Personenfreizügigkeit und technische Handelshemmnisse) sowie auf zukünftige Marktzugangsabkommen beschränkt. Das InstA ist insofern mit diesen sektoriellen Abkommen verknüpft, als diese im Falle des Ausserkrafttretens des InstA grundsätzlich auch dahinfallen (wobei in Bezug auf die bereits abgeschlossenen Abkommen die Möglichkeit einer anderweitigen Regelung ausdrücklich erwähnt wird), was vor dem Hintergrund der Zielsetzung des InstA zu sehen ist.
- Diese geht dahin, für die **Wirtschaftsteilnehmer und die Einzelnen eine grössere Rechtssicherheit** zu garantieren und ihre **Gleichbehandlung** soweit sicherzustellen, wie die Schweiz am Binnenmarkt teilnimmt, dies auf der Grundlage der Homogenität der Rechtsentwicklung. In diesem Sinn formuliert das Abkommen den **Grundsatz der parallelen Auslegung** derjenigen Bestimmungen der Abkommen, die auf Unionsrecht verweisen, mit dem Unionsrecht, wobei (wie ausdrücklich betont wird) auch die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu beachten ist.
- **Weiterentwicklungen des EU-Rechts** im Anwendungsbereich des InstA sollen in den Rahmen des jeweiligen Abkommens übernommen werden, womit die angestrebte Parallelität der Rechtslage dauerhaft gewährleistet werden soll. Das für die Weiterentwicklung vorgesehene Verfahren stellt sicher, dass die internen

¹⁰ Vgl. den Text unter www.admin.ch. Allerdings verzichtete der Bundesrat (vorläufig) auf eine Unterzeichnung und führte eine breit angelegte Konsultation durch, nach deren Abschluss er im Juli 2019 seine grundsätzliche Zustimmung zum Abkommen (unter Einschluss der die dynamische Rechtsübernahme sowie die Streitbeilegung betreffenden Aspekte) signalisierte, jedoch in drei Bereichen (staatliche Beihilfen, Unionsbürgerrichtlinie und Lohnschutz bzw. flankierende Massnahmen) Klärungen für notwendig erachtete, wie er in einem Brief an den damaligen Kommissionspräsidenten Jean-Claude Juncker formulierte. Die Union trat hierauf grundsätzlich ein, wobei diesbezügliche konkrete Vorschläge (z.B. für gemeinsame Erklärungen der Vertragsparteien) seitens des Bundesrates noch ausstehen, da das Dossier wegen der im September 2020 klar abgelehnten sog. Begrenzungsinitiative, welche letztlich die Kündigung des Personenfreizügigkeitsabkommens verlangte, Verzögerungen erfuhr. Die Europäische Union ihrerseits betont, der vorliegende Entwurf könne nicht mehr «nachverhandelt» werden. Der aktuelle Stand der Verhandlungen wird jeweils (in recht allgemeiner Form) auf www.admin.ch umrissen. S. insoweit auch die informativen Ausführungen bei *Christa Tobler/Jacques Beglinger*, Brevier zum institutionellen Abkommen Schweiz – EU, 2020 (Dokument verfügbar unter http://www.eur-charts.eu/wp-content/uploads/2020-08/Tobler-Beglinger-Brevier-Institutionelles-Abkommen_2020-08.1.pdf).

¹¹ Vgl. zum Abkommensentwurf die Nachweise in Fn. 1.

Gesetzgebungsverfahren (unter Einschluss des Erlasses referendumsfähiger Rechtsakte) gewahrt werden, was angesichts des durch zahlreiche unionsrechtliche Rechtsakte eingeräumten mitunter beträchtlichen Gestaltungsspielraums durchaus von grosser Bedeutung ist. Auf diese dynamische Rechtsübernahme und ihre Reichweite wird nachfolgend (IV.) im Einzelnen eingegangen.

- Bezüglich der **staatlichen Beihilfen** formuliert das InstA gewisse Grundsätze, welche derzeit ausschliesslich auf das Luftverkehrsabkommen Anwendung finden, jedoch in Bezug auf zukünftige Abkommen zum Zuge kommen sollen (was insbesondere für das Stromabkommen relevant ist). Diese Regelungstechnik impliziert, dass jeweils eine ausdrückliche Bezugnahme in dem jeweiligen sektoriellen Abkommen notwendig ist und dass die materiellen Vorgaben bezüglich der staatlichen Beihilfen nicht als solche unmittelbar anwendbar sind. Die Überwachung der Einhaltung der Regelungen über staatliche Beihilfen sollen in der Schweiz und in der EU durch jeweils eigene, unabhängige Behörden erfolgen.
- Ein Kernstück des InstA stellt das **Streitbeilegungsverfahren** dar: Falls die Vertragsparteien eine Streitigkeit über Anwendung oder Auslegung der erfassten Abkommen nicht im Rahmen des Gemischten Ausschusses beilegen können, kann die Schweiz oder die EU ein Schiedsgericht (bestehend aus drei oder fünf Personen, wobei je eine bzw. zwei von jeder Vertragspartei bestimmt werden, die sich auf die verbleibende Person einigen) anrufen. Dieses entscheidet verbindlich, wobei es im Falle der Betroffenheit von in die Abkommen übernommenen EU-Rechts den EuGH anzurufen hat, dessen Urteile zu beachten sind. M.a.W. stellt das Urteil bzw. Gutachten des Gerichtshofs eine autoritative Auslegung der entsprechenden Abkommensbestimmungen für beide Parteien dar,¹² und das Schiedsgericht muss bei der Entscheidung über die ihm vorgelegte Streitfrage dieses beachten. Befolgt die unterlegene Partei ein Urteil des Schiedsgerichts nicht, so kann die andere Vertragspartei verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen ergreifen, wobei die Einhaltung dieser Anforderungen durch das Schiedsgericht überprüft werden kann.¹³
- Soweit das **Verhältnis zu den erfassten sektoriellen Abkommen** betroffen ist, sieht Art. 17 Abs. 1 InstA vor, dass weder deren Anwendungsbereich, noch ihre Ziele, noch ihr

¹² Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass Gutachten und Urteile des EuGH – wie sich aus dessen Rechtsprechung ergibt – verbindlich sein müssen, vgl. EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079; EuGH, Gutachten 1/09 (Europäisches Patentgericht), Slg. 2011, I-1137; s. auch Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, I-2821.

¹³ Diese Ausgestaltung der Streitbeilegung erfuhr eine Entwicklung; zunächst gingen Bundesrat und EU davon aus, dass ein Schiedsgericht nur für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit von Gegenmassnahmen zuständig sein soll und ansonsten jede Partei bei Uneinigkeit im Gemischten Ausschuss direkt den EuGH anrufen könnte, ein Vorschlag, der in erster Linie wegen der Rolle des EuGH auf Kritik gestossen war (propagiert wurde stattdessen teilweise ein Einbezug des EFTA-Gerichtshofs), vgl. z.B. *Christa Tobler*, Die Erneuerung des bilateralen Wegs: eine wachsende Annäherung an den EWR in den zur Diskussion gestellten Modellen, Jusletter, v. 3.6.2013. S. aber auch die grundsätzliche Zustimmung zum Einbezug des EuGH bei *Epiney*, in: *Bilateralismus* (Fn. 8), 25 (65 ff.).

materieller Inhalt modifiziert wird. Falls es Inkompatibilitäten zwischen dem Institutionellen Abkommen und den sektoriellen Abkommen geben sollte, kommt ersterem Vorrang zu (Art. 17 Abs. 2 InstA).

- Art. 22 Abs. 2 InstA stellt eine Verbindung des Institutionellen Abkommens mit den betroffenen sektoriellen Abkommen her: Falls sich die Parteien im Falle des Ausserkrafttretens des ersteren nicht auf eine Weiterführung der sektoriellen Abkommen innerhalb einer Frist von drei Monaten einigen können, treten diese automatisch innerhalb der in ihnen selbst vorgesehenen Fristen ausser Kraft. Für die nach Inkrafttreten des InstA abgeschlossenen Abkommen ist vorgesehen, dass diese im Falle der Kündigung des InstA gemeinsam mit diesem ausser Kraft treten. Damit wird also eine (weitere) **Guillotineklausel** eingeführt. Dabei kann sich die in Art. 22 Abs. 2 InstA vorgesehene mögliche Einigung der Vertragsparteien wohl auch auf einzelne der erfassten Verträge beziehen, so dass nicht eine „Alles oder Nichts-Lösung“ gefunden werden muss. Allerdings würde – in Verbindung mit der fortbestehenden Guillotineklausel in den Bilateralen I – bereits das Ausserkrafttreten einer der Abkommen der Bilateralen I ggf. ausreichen, um das gesamte Paket hinfällig werden zu lassen.¹⁴

IV. Der Mechanismus der sog. dynamischen Rechtsübernahme¹⁵

1. Grundsätze

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

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

- **Erarbeitung und Erlass** des betreffenden **Unionsrechtsakts** erfolgen nach den einschlägigen unionsrechtlichen Regeln durch die Union, so dass die Schweiz nicht mitentscheiden kann. Jedoch sieht Art. 12 InstA umfangreiche Beteiligungsmöglichkeiten der Schweiz vor, die relativ detailliert formuliert sind und auch den Erlass delegierter Rechtsakte und von Durchführungsrechtsakten erfassen. In

¹⁴ Kritisch zu dieser Klausel *Ambühl/Scherer*, Jusletter vom 4. Februar 2019 (Fn. 1); *Breitenmoser/Hirsbrunner*, SJER 2019/2020 (Fn. 1), 511 (522 ff.).

¹⁵ S. insoweit schon *Epiney*, Jusletter vom 17.12.2018 (Fn. 1); *Astrid Epiney/Sian Affolter*, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter vom 11. März 2019; *Astrid Epiney/Lena Hehemann*, Die Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, Jusletter vom 8. April 2019. Die nachfolgenden Ausführungen greifen teilweise auf diese bereits durchgeführten Untersuchungen zurück.

Anbetracht des Umstands, dass die Entscheidungsfindung in der Union weitgehend nach dem Konsensprinzip erfolgt und dass bei (zumindest gewichtigen) Bedenken der Schweiz in aller Regel auch ein oder mehrere EU-Mitgliedstaaten entsprechende Überlegungen anstellen werden, sollte die Tragweite dieser Beteiligungsmöglichkeiten nicht unterschätzt werden. Gerade die Erfahrungen in der Schengen-/Dublin-Assoziierung, die bereits solche Rechte vorsieht, dürfte insgesamt gezeigt haben, dass die Einflussmöglichkeiten der Schweiz recht effektiv sind.

- Sobald der betreffende Rechtsakt auf Unionsebene verabschiedet ist, wird die **Schweiz informiert**, und der zuständige Gemischte Ausschuss trifft die für seine Integration in das jeweilige Abkommen notwendigen Entscheidungen.
- Sollten für das Inkrafttreten der Modifikation des Abkommens in der Schweiz spezifische **verfassungsrechtliche Anforderungen** zum Zuge kommen (womit insbesondere der Erlass eines dem Referendum unterstehenden Rechtsakts gemeint ist), teilt die Schweiz dies der Union mit. Diesfalls verfügt sie über eine Frist von zwei Jahren, um der Union die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen mitzuteilen; im Falle des Ergreifens des Referendums verlängert sich diese Frist um ein Jahr. In der Zwischenzeit sind die vorgesehenen Modifikationen grundsätzlich provisorisch anzuwenden.

Dieser Übernahmemechanismus entspricht im Wesentlichen demjenigen, der bereits heute im Rahmen der Schengen-/Dublin-Assoziierung zum Zuge kommt. Er impliziert in Bezug auf die vom Institutionellen Abkommen erfassten Abkommen der Bilateralen I insofern eine durchaus bedeutende Entwicklung, als die erfassten Abkommen allesamt zwar bereits heute die Anpassung an die Rechtsentwicklung in der Union vorsehen, indem die Gemischten Ausschüsse die Anhänge modifizieren können;¹⁶ allerdings besteht kein Grundsatz und keine Pflicht der Anpassung.

Nicht zu verkennen ist, dass damit eine **dynamische Übernahme des weiterentwickelten unionsrechtlichen Besitzstands** vorgesehen wird, womit der Handlungsspielraum der Schweiz durchaus spürbar beschränkt wird. Zu beachten ist jedoch, dass es insofern nicht um eine automatische Übernahme geht, als die innerstaatlichen Gesetzgebungsverfahren vollumfänglich durchlaufen werden können. Angesichts des Umstands, dass zahlreiche unionsrechtliche Rechtsakte im Rahmen der Umsetzung einen mitunter beträchtlichen Gestaltungsspielraum einräumen, ist dies durchaus von grosser Bedeutung. Zu beachten ist weiter, dass die grosse Mehrheit der Weiterentwicklungen des Unionsrechts in den erfassten Bereichen technischer Natur ist und keine wirklich wichtigen gesetzgeberischen Entscheidungen impliziert. Schliesslich sei auch nicht unerwähnt, dass die Schweiz in zahlreichen Gebieten durchaus ein grosses Interesse an einer solchen dynamischen Rechtsübernahme hat, so insbesondere in allen Gebieten, in denen es um die Anerkennung

¹⁶ Zu diesen Übernahmemechanismen schon oben II.

technischer Vorschriften geht, was für den Zugang zum Binnenmarkt von zentraler Bedeutung ist.

2. Zum Vorliegen einer Weiterentwicklung des unionsrechtlichen Besitzstands – unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerrichtlinie

Die dargelegte Übernahmespflicht neuen EU-Rechts kommt nur unter der Voraussetzung zum Tragen, dass es um EU-Recht geht, welches in den „Anwendungsbereich“ des jeweiligen sektoriellen Abkommens fallendes Recht weiterentwickelt. Das Institutionelle Abkommen schweigt sich aber darüber aus, unter welchen **Voraussetzungen** genau eine **Weiterentwicklung des betreffenden unionsrechtlichen Besitzstands** anzunehmen ist; es weist hier lediglich auf die «domaines couverts par les accords concernés» (Art. 5 InstA) hin. In der Praxis werden diese Fragen im Rahmen der **Schengen-/Dublin-Assoziierung** oder in Bezug auf den **EWK** – in beiden Konstellationen ist die Problematik parallel gelagert – bislang pragmatisch gelöst, indem auf Unionsebene beim Erlass des entsprechenden Sekundärrechtsakts eine Entscheidung darüber erfolgt, ob der jeweilige Rechtsakt Teil des betreffenden Besitzstands ist und ggf. wird er mit einem diesbezüglichen Hinweis versehen. Fehlt ein solcher Bezug, so erfolgt keine Übernahme, und ggf. bleibt die „alte“ Bezugnahme bestehen, dies obwohl der entsprechende Rechtsakt (meist nach einer Übergangszeit) in der Union nicht mehr gilt. Dabei kann die Frage, ob ein neuer Rechtsakt Teil des jeweiligen Besitzstands ist, mitunter durchaus umstritten sein und ist somit nicht immer zweifelsfrei zu beantworten. So erschliesst es sich z.B. mit Bezug auf den Schengen/Dublin-Besitzstand nicht auf den ersten Blick, warum die neue Datenschutzgrundverordnung (VO 2016/679)¹⁷ nicht Teil dieses Besitzstands sein soll, während die Datenschutzrichtlinie (RL 95/46)¹⁸, welche durch die Datenschutzgrundverordnung abgelöst wird, in den Anhängen zur Schengen- und Dublin-Assoziierung aufgeführt ist. Dabei geht es bei der Frage, ob ein bestimmter neuer Rechtsakt Teil des EWK- oder des Schengen/Dublin-Besitzstands ist, zweifellos um eine Rechtsfrage (handelt es sich doch um unionsrechtliche Begriffe), so dass sie vom EuGH überprüft werden kann;¹⁹ allerdings wurde bislang keine Nichtigkeitsklage gegen Rechtsakte erhoben, in denen diese Frage relevant sein könnte, und derzeit ist nicht abzusehen, ob ein entsprechendes Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet wird. Zu beachten ist im Übrigen, dass die Schweiz keine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV erheben könnte, da sie nicht aktiv legitimiert ist. Letztlich gibt es somit bislang keine gerichtlich belastbare Praxis für die Präzisierung der

¹⁷ VO 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, 8.

¹⁸ RL 95/46 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281, 31.

¹⁹ Vgl. schon *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 3), 153.

Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine solche Weiterentwicklung angenommen werden kann, und die Praxis jedenfalls im Rahmen der Schengen/Dublin-Assoziierung legt die Annahme nahe, dass hier mitunter auch politische Gründe eine Rolle spielen, dies ungeachtet des Umstands, dass es um eine Rechtsfrage geht und die hier tätigen Organe ein möglicherweise eingeräumtes Ermessen im Rahmen der rechtlichen Vorgaben auszuüben haben.

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

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

Deutlich wird damit, dass die genaue Reichweite der Pflicht zur Anpassung der Abkommen an die Entwicklung des Unionsrechts durchaus Fragen aufwirft, die noch nicht geklärt erscheinen. Illustriert werden kann dies am Beispiel der **Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38)**.²⁰ Diese Richtlinie regelt umfassend die Freizügigkeit der Unionsbürger, inklusive ihrer Familienangehörigen. Bei ihrem Erlass standen zwei Aspekte im Vordergrund: Einerseits sollten die das Aufenthaltsrecht regelnden sekundärrechtlichen Bestimmungen in einen einzigen Rechtsakt zusammengeführt werden.²¹ Andererseits sollte die tatsächliche Ausübung des Freizügigkeitsrechts erleichtert werden, indem administrative Hürden verringert werden, der Status von Familienangehörigen möglichst umfassend definiert wird, ein Recht auf Daueraufenthalt für die Unionsbürger eingeführt wird und die Möglichkeiten der Verweigerung des Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit explizit eingeschränkt werden.²² Damit entwickelte die Richtlinie sicherlich die Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger weiter, knüpft aber auch in weiten Teilen an die bisherige Rechtslage an. Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage können die in der **RL 2004/38 figurierenden Bestimmungen bzw. Rechte in fünf grosse Kategorien** eingeteilt werden (wobei darüber hinaus aufgrund der Zusammenfassung der diversen Rechtsakte in einem einzigen Rechtsakt auch gewisse Systematisierungen zu verzeichnen sind):

- Erstens knüpfen zahlreiche Bestimmungen an die bis dahin geltenden Rechtsakte an bzw. **übernehmen bereits vorher bestehende Regelungen** (wenn auch mitunter mit einer etwas abweichenden Formulierung). Zu erwähnen sind hier insbesondere folgende Rechte bzw. Bestimmungen: Aufenthaltsrecht für Nichterwerbstätige (Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38), zahlreiche Aspekte der Rechte der Aufenthaltsberechtigten (Art. 23 RL 2004/38), die meisten Aspekte des Daueraufenthaltsrechts für Arbeitnehmende (Art. 17 RL 2004/38) und ihre Familienangehörigen (bislang unter der Bezeichnung Verbleiberechte geregelt) sowie Teile der die Beendigung des Aufenthaltsrechts betreffenden Bestimmungen (Art. 27 ff. RL 2004/38). Soweit eine solche Anknüpfung erfolgt (wobei dies jeweils differenziert zu betrachten ist), führte der Erlass der RL 2004/38 somit nicht zu einer Modifikation der Rechtslage und auch die Rechtsprechung des EuGH zu den «alten» Richtlinien bleibt relevant, und im Rahmen des FZA ist auch diejenige zu die «alte» Rechtslage aufgreifenden Bestimmungen der RL 2004/38 von Bedeutung.²³

²⁰ RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158, 77.

²¹ So löste die RL 2004/38 insbesondere folgende Aufenthaltsrichtlinien ab: RL 90/364/EWG (allg. Aufenthaltsrecht), ABl. L 180/1990, 26; RL 93/96/EG (Studenten), ABl. L 317/1993, 59; RL 90/365/EWG (Rentner), ABl. L 180/1990, 28.

²² In Bezug auf den zuletzt genannten Punkt und im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsabkommen ist von Bedeutung, dass die RL 2004/38 auch die RL 64/221 aufhob. Weiter hob sie neben den bereits in Fn. 21 erwähnten folgende Rechtsakte auf: RL 68/360, RL 72/194, RL 73/148, RL 75/34, RL 75/35.

²³ Als Beispiel sei hier auf das Grundsatzurteil des Bundesgerichts hingewiesen, in dem dieses die grundsätzliche Massgeblichkeit auch der neueren Rechtsprechung des EuGH festhielt: Bei der Frage der Anwendbarkeit der Regeln über den Familiennachzug des Freizügigkeitsabkommens auch auf Fallgestaltungen, in denen die

- Zweitens wird in einigen Bestimmungen die **Rechtsprechung des EuGH** aufgegriffen und ausdrücklich in der RL 2004/38 verankert, so z.B. in weiten Teilen der Art. 27 ff. RL 2004/38, welche die Beendigung des Aufenthalts regeln, aber auch z.B. in Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38, wonach die Inanspruchnahme von Sozialhilfe «nicht automatisch» zu einer Ausweisung führen darf, oder im Ergebnis auch in Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38, der ein Art. 18 AEUV entsprechendes Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit verankert und damit auch an die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 AEUV anknüpft.
- Drittens kann an bereits **vorher gewährleistete Rechte angeknüpft** werden; diese können aber in ihrem **Umfang erweitert** werden, wobei es eher um eine «quantitative» denn um eine «qualitative» Weiterentwicklung geht. Als Beispiel können hier die Regelungen betreffend die Familienzusammenführung bzw. den Familiennachzug angeführt werden: Hier wurde (nur, aber immerhin) der Kreis der nachzugsberechtigten Personen erweitert, dies unter ansonsten vollumfänglicher Anknüpfung an das bereits bis dahin verankerte «Grundkonzept» des Familiennachzugs (wobei hier aber beachtliche Präzisierungen in der Rechtsprechung zu verzeichnen sind, die aber nicht im Zusammenhang mit der in der RL 2004/38 erfolgten (Neu-)Regelung des Familiennachzugs stehen dürften). Gleiches gilt für gewisse Aspekte des Daueraufenthaltsrechts für Arbeitnehmende und ihre Familienangehörigen; hier wurden die (quantitativen) Voraussetzungen in einigen wenigen Punkten etwas gelockert.²⁴
- Viertens wurden teilweise **bislang nicht geregelte Bereiche** präzisiert, womit eine Einschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums einhergeht. Hinzuweisen ist hier insbesondere auf die (erstmalig so in der RL 2004/38 verankerten) Regelungen betreffend Verwaltungsmodalitäten.²⁵
- Schliesslich enthält die RL 2004/38 teilweise auch **echte Neuerungen bzw. Erweiterungen betreffend die Rechte der Unionsbürger**. Dies ist im Wesentlichen und insbesondere (neben dem Recht auf quasi voraussetzungslosen Kurzaufenthalt von bis zu

nachziehenden Personen noch keinen rechtmässigen Aufenthalt im Gebiet einer der Vertragsparteien haben, übernahm das Bundesgericht den (bejahenden) Ansatz eines Urteils des EuGH (EuGH, Rs. C-127/08 (Metock), Slg. 2008, I-6241), das sich auf die einschlägigen Bestimmungen der RL 2004/38 bezog, dies mit dem Argument, dass die Richtlinie inhaltlich für die zu beurteilende Frage des Familiennachzugs keine wesentlichen Neuerungen mit sich gebracht habe, vgl. BGE 136 II 5.

²⁴ Vgl. Astrid Epiney/Gaëtan Blaser, L'accord sur la libre circulation des personnes et l'accès aux prestations étatiques – un aperçu, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen / Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques, Zürich 2015, 37 (44).

²⁵ Bezeichnend ist in Bezug auf derartige Regelungen auch, dass das Bundesgericht mitunter durchaus auf die RL 2004/38 Bezug nimmt, um Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens auszulegen, dies jeweils mit dem Hinweis, dass die neue Rechtslage in der Union auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zu beachten sei, vgl. z.B. BGE 136 II 5. S. auch BG, 2C_558/2009, Urt. v. 26.4.2010, wo das Bundesgericht auf Art. 8 Abs. 1-3 RL 2004/38, die bislang auch in der Union nicht explizit geregelte Pflichten der Unionsbürger zur Anmeldung o.ä. betreffen, hinweist und als Auslegungshilfe für die Frage nach der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung (die für Unionsbürger bestimmte Anmeldepflichten am Wohnort vorsah) mit dem Freizügigkeitsabkommen heranzieht, indem es darauf hinweist, auch nach der RL 2004/38 seien solche, nicht im FZA geregelte Vorgaben zulässig.

drei Monaten, Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38) in Bezug auf die Einführung des sog. Daueraufenthaltsrechts für Unionsbürger der Fall. So steht jedem Unionsbürger, der sich rechtmässig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, ein Daueraufenthaltsrecht zu (Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38). Das Recht auf Daueraufenthalt kann, wenn einmal erworben, nur durch eine Abwesenheit von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren verloren werden (Art. 16 Abs. 4 RL 2004/38) und erstreckt sich auch auf drittstaatsangehörige Familienangehörige, die sich mit dem betroffenen Unionsbürger ebenfalls während fünf Jahren rechtmässig und ununterbrochen – wobei hier die gleichen Ausnahmeregelungen wie für den Unionsbürger gelten – im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben. Ein Aufenthalt gilt dann als rechtmässig, wenn er die Voraussetzungen der RL 2004/38 erfüllt, so dass nicht erwerbstätige Unionsbürger die für einen rechtmässigen Aufenthalt vorgesehenen Voraussetzungen erfüllen müssen. Ein Daueraufenthaltsrecht kann somit „nicht etwa durch einen fünfjährigen faktischen Aufenthalt gleichsam ersessen“²⁶ werden.

Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der Tatsache, dass die **RL 2004/38** eine Reihe bestehender Rechtsakte, die Grundlage für die Formulierung des Anhangs I FZA waren, aufhebt, ist davon auszugehen, dass jedenfalls **weite Teile der Richtlinie Weiterentwicklungen des bestehenden Freizügigkeitsrechts auf der Grundlage des FZA** darstellen. Gleichzeitig ist zu beachten, dass die **Unionsbürgerschaft** – ebenso wie im EWR-Recht – gerade **nicht Teil des Freizügigkeitsabkommens** ist, so dass diejenigen Aspekte der RL 2004/38, die aus der **Unionsbürgerschaft abgeleitet sind, keine Weiterentwicklung des FZA** darstellen können. Versucht man vor diesem Hintergrund, die soeben dargelegten Grundsätze auf die m.E. wichtigsten Aspekte der mit der RL 2004/38 einhergehenden Weiterentwicklungen²⁷ anzuwenden, so drängen sich folgende **Schlüsse** auf:

- Soweit die Erweiterung des Kreises der erfassten **nachzugsberechtigten Familienangehörigen** betroffen ist, ist wohl eine Weiterentwicklung des bestehenden Freizügigkeitsrechts auf der Grundlage des FZA zu bejahen.
- Das neu in der RL 2004/38 verankerte **voraussetzungslose Kurzaufenthaltsrecht** dürfte letztlich eine Fortschreibung bereits bestehender Rechte sein, kennt doch auch das Freizügigkeitsabkommen bereits Aufenthaltsrechte von Nichterwerbstätigen.
- Soweit die **bisherige Rechtsprechung des EuGH** in Bezug auf durch das FZA erfasste Rechte bzw. Vorgaben kodifiziert wurde, liegt sicherlich eine Weiterentwicklung vor.
- All diejenigen Bestimmungen der RL 2004/38, die gewisse **prozedurale Rechte** präzisieren, sind wohl ebenfalls als Weiterentwicklungen anzusehen, da sie der Effektivität der eingeräumten Rechte Vorschub leisten sollen.

²⁶ Daniel Thym, Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, 81 (87).
²⁷ Zu diesen im Einzelnen *Epiney/Affolter*, Jusletter vom 11.3.2019, Rz. 6 ff.

- Hingegen stellt das **Daueraufenthaltsrecht** nach der hier vertretenen Ansicht **keine Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts, wie es für das FZA von Relevanz ist**, dar. Denn dieses Recht geht insofern qualitativ klar über die bislang im FZA verankerten Rechte hinaus, indem es nach Ablauf einer gewissen Zeit für die Berechtigten ein (abgesehen von einem vorherigen rechtmässigen Aufenthalt) voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht verankert. Die im FZA vorgesehenen Aufenthaltsrechte kommen jedoch allesamt nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (Arbeitnehmereigenschaft, hinreichende Existenzmittel, u.a.m.) zum Zuge, wobei der Aufenthalt im Zuge des Wegfallens der jeweiligen Voraussetzungen beendet werden kann, so dass es *per se* kein Aufenthaltsrecht gibt, das nicht an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist, deren Vorliegen nachgewiesen werden muss, womit sie auch nicht (mehr) gegeben sein können. Bezeichnend ist denn auch, dass das Daueraufenthaltsrecht gemäss Erw. 17 RL 2004/38 mit der Begründung eingeführt wurde, dass „wenn Unionsbürger, die beschlossen haben, sich dauerhaft in dem Aufnahmemitgliedstaat niederzulassen, das Recht auf Daueraufenthalt erhielten, [...] dies ihr Gefühl der Unionsbürgerschaft verstärken und entscheidend zum sozialen Zusammenhalt – einem grundlegenden Ziel der Union – beitragen [würde]“.²⁸ Weder die Verstärkung des „Gefühls der Unionsbürgerschaft“ noch der soziale Zusammenhalt sind jedoch Ziele des FZA. Dieses stellt vielmehr ein Marktzugangsabkommen dar und soll das Konzept der Personenfreizügigkeit – und nicht, wie bereits mehrfach erwähnt, das Konzept der Unionsbürgerschaft, das zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA bereits existierte – auf die Schweiz ausweiten. Daher sprechen die besseren Gründe dagegen, dass das Recht auf Daueraufenthalt im Falle einer Übernahme der RL 2004/38 für das bilaterale Recht von Relevanz wäre. Dies hätte dann auch Auswirkungen auf die diejenigen Aspekte der RL 2004/38, die mit dem Daueraufenthaltsrecht verbunden sind, so die erschwerte Ausweisung von Daueraufenthaltsberechtigten sowie der Zugang daueraufenthaltsberechtigter Personen zu Sozialhilfe, die – so man der hier vertretenen Ansicht folgt – ebenfalls nicht relevant für das FZA wären.
- Ebenso könnte man mit guten Gründen vertreten, dass der **bedingte Anspruch auf Sozialhilfe für Nichterwerbstätige** (ausgehend von Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38) letztlich einen Ausfluss aus der Unionsbürgerschaft darstellen:²⁹ So begründete der EuGH diesen

²⁸ Zum Daueraufenthaltsrecht aus der Rechtsprechung auch EuGH, Rs. C-162/09 (Lassal), Slg. 2010, I-9217: Die RL 2004/38 sei in Anbetracht ihres Kontexts und ihrer Ziele nicht eng auszulegen und dürfe keinesfalls ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt werden; das Recht auf Daueraufenthalt trage entscheidend zum sozialen Zusammenhalt bei und sei (auch) vorgesehen worden, um das „Gefühl der Unionsbürgerschaft“ zu verstärken. S. auch EuGH, verb. Rs. C-147/11, C-148/11 (Czop und Punakova), ECLI:EU:C:2012:538; EuGH, Rs. C-378/12 (Onuekwere), ECLI:EU:C:2014:13; EuGH, Rs. C-244/13 (Ogieriakhi), ECLI:EU:C:2014:2068.

²⁹ Im Ergebnis ebenso, mit Bezug zur Rechtsprechung des EFTA-GH, *Christa Tobler*, Auswirkungen einer Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie für die Schweiz. Sozialhilfe nach bilateralem Recht als Anwendungsfall des Polydor-Prinzips, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), *Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen*, Zürich 2015, 55 (78 ff.).

durch Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 kodifizierten Grundsatz mit dem Aufenthaltsrecht der Unionsbürger und der besonderen Bedeutung des Unionsbürgerstatus.³⁰ Hinzu kommt, dass Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA bereits heute eine von der Rechtslage in der Union ausdrücklich abweichende Bestimmung enthält.

3. *Zum Verfahren*

Die Integration neuer EU-Rechtsakte in den Rahmen eines der Bilateralen Abkommen erfolgt durch den sektoriellen **Gemischten Ausschuss** in Anwendung der in dem jeweiligen Abkommen vorgesehenen Verfahren; falls notwendig, soll der Ausschuss die **Revision des betreffenden Abkommens** vorschlagen, damit der betreffende Rechtsakt in das Abkommen integriert werden kann (Art. 13 Abs. 2 InstA). Diese Regelung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Abkommen in der Regel vorsehen, dass lediglich gewisse Anhänge durch den Gemischten Ausschuss modifiziert werden können, die ihrerseits Listen von massgeblichen EU-Rechtsakten enthalten, während dies für den Text selbst der Abkommen oder von gewissen ausformulierten Anhängen grundsätzlich nicht möglich ist. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang bemerkt, dass in der Schweiz auch die Modifikation von Anhängen der Abkommen durch den Gemischten Ausschuss als Modifikation eines völkerrechtlichen Vertrags angesehen wird, was in Bezug auf das innerstaatliche Genehmigungsverfahren von Bedeutung ist.³¹

Die Bezugnahme, in Art. 13 Abs. 2 InstA, einerseits auf einen vom Gemischten Ausschuss zu fassenden Beschluss, andererseits, soweit notwendig, auf einen vom Gemischten Ausschuss zu beschliessenden Vorschlag zur Revision des betreffenden Abkommens lässt erkennen, dass bei der Übernahme von Weiterentwicklungen des Unionsrechts in den Rahmen der erfassten sektoriellen Abkommen die **Zuständigkeiten in dem betreffenden sektoriellen Abkommen** zu beachten sind, so dass der Gemischte Ausschuss die Übernahme von Weiterentwicklungen nur dann beschliessen kann (und muss, dies im Gegensatz zur geltenden Rechtslage), wenn sie Modifikationen von Teilen des Abkommens betrifft, die nach den einschlägigen Bestimmungen des Abkommens auch vom Gemischten Ausschuss beschlossen werden können. Dieser Ansatz erscheint trotz der mit ihm einhergehenden Relativierung der Zielsetzung des Institutionellen Abkommens, die Parallelität der Rechtsentwicklung und die Homogenität sicherzustellen, auf der Grundlage des Art. 13 Abs. 2 InstA zwingend, kann diese Bestimmung doch nur in dem Sinn ausgelegt werden, dass die in dem sektoriellen Abkommen vorgesehenen Verfahren und Kompetenzen zu beachten sind, ein Aspekt, auf den Art. 13 Abs. 2 InstA auch ausdrücklich

³⁰ EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), ECLI:EU:C:2001:458.

³¹ S. insoweit EDA/EVD/EJPD, Aide-mémoire: Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, 6. September 2007, 6, online unter https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/publikationen_dea/Aide-m%C3%A9moire-final_fr.pdf.

Bezug nimmt («conformément à la procédure établie dans l'accord concernée»). Damit kann also unterschieden werden:

- Soweit die Übernahme der in Frage stehenden Weiterentwicklung des Unionsrechts die Modifikation von Teilen eines Abkommens betrifft, die durch den Gemischten Ausschuss geändert werden können, hat der Gemischte Ausschuss so rasch wie möglich einen entsprechenden **«Übernahmebeschluss»** zu treffen. Damit stünde es nicht mit den Verpflichtungen aus dem Abkommen in Einklang, wenn eine der beiden Vertragsparteien der Übernahme nicht zustimmen würde. Insofern werden also die institutionellen Bestimmungen der sektoriellen Abkommen durch das Institutionelle Abkommen überlagert.
- Soweit die Übernahme einer Weiterentwicklung des Unionsrechts auf der Grundlage des jeweiligen sektoriellen Abkommens hingegen nicht durch den Gemischten Ausschuss erfolgen kann, sondern eine **Modifikation des Abkommens** selbst bedingt, kann dieser die Übernahme eben auch nicht beschliessen, sondern muss im Hinblick auf die Übernahme eine entsprechende **Änderung des betreffenden Abkommens vorschlagen**. Hiermit einher geht jedenfalls eine Pflicht beider Parteien, auf die Formulierung eines entsprechenden Vorschlags einzutreten, so dass etwa eine «Verweigerungshaltung» nicht mit dem Institutionellen Abkommen in Einklang stünde. Die Frage, ob und ggf. inwieweit eine Pflicht der Vertragsparteien anzunehmen ist, den Vorschlag einer bestimmten Modifikation des betreffenden Abkommens mitzutragen bzw. diesem zuzustimmen, betrifft letztlich die Problematik des **Begriffs der Weiterentwicklung des in den Anwendungsbereich des betreffenden Abkommens übernommenen Unionsrechts**: Soweit das Vorliegen einer solchen Weiterentwicklung zu bejahen ist, dürfte auch eine Pflicht der Vertragsparteien, einem entsprechenden Vorschlag grundsätzlich zuzustimmen, anzunehmen sein. Allerdings müssen sich die Vertragsparteien auf entsprechende Formulierungen einigen, so dass diese grundsätzliche Pflicht der Zustimmung **keine** eigentliche **Pflicht zu einer Einigung auf einen bestimmten Text** impliziert. Dieser Schluss erscheint schon deshalb zwingend, weil der Gemischte Ausschuss einstimmig entscheidet und Art. 13 Abs. 2 InstA ja auf die Verfahrensbestimmungen der sektoriellen Abkommen verweist. Hinzu kommt, dass eine «Einigungspflicht» dann nicht denkbar ist, wenn zwei Parteien zustimmen müssen, ohne dass der einen Partei eine Art Vorrangstellung zukommt. Allerdings kann die Abgrenzung zwischen der grundsätzlichen Pflicht der Zustimmung und der Möglichkeit der Vertragsparteien, bestimmte Formulierungen abzulehnen, Schwierigkeiten bereiten; hier kommt ggf. die Streitbeilegung zum Zug. Hat der Gemischte Ausschuss einen Vorschlag für eine Modifikation des betreffenden Abkommens unterbreitet, muss diese Modifikation noch erfolgen, wobei – mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Institutionellen Abkommen – das ordentliche Vertragsschlussverfahren zu durchlaufen

ist. Möglicherweise könnte aber aus Art. 5 InstA – wonach die Vertragsparteien sicherstellen, dass die Übernahme von Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands, der von den in den Anwendungsbereich des Institutionellen Abkommens fallenden Bilateralen Abkommen erfasst ist, schnellstmöglich erfolgt – geschlossen werden, dass die Vertragsparteien verpflichtet wären, das betreffende Abkommen entsprechend den Vorschlägen des Gemischten Ausschusses zu modifizieren. Ein solcher Schluss erscheint jedoch wenig überzeugend, da er letztlich eine Aushebelung der Anforderung der Modifikation der Abkommen implizierte, wäre doch der Entscheid des Gemischten Ausschusses als solcher verbindlich, obwohl ihm keine Befugnis zur Änderung des betreffenden Teils des jeweiligen Abkommens zukommt. Gerade dies steht aber – wie gezeigt – nicht in Einklang mit Art. 13 Abs. 2 InstA. Damit muss also im Gefolge des Vorschlags des Gemischten Ausschusses das normale **Vertragsschlussverfahren** durchlaufen werden, ohne dass ein bestimmtes Ergebnis vorgegeben wäre oder die Vertragsparteien zum Abschluss verpflichtet wären. Allerdings sind die Vertragsparteien durch das Prinzip von Treu und Glauben sowie den auch im InstA erwähnte Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (s. Art. 13 Abs. 3 InstA in Bezug auf die Übernahme von Weiterentwicklungen) verpflichtet, entsprechend den Zielsetzungen des Abkommens sich für eine den Zielen des InstA entsprechende Weiterentwicklung der Abkommen einzusetzen. Spezifisch in Bezug auf die RL 2004/38 sowie die durch eine (teilweise) Übernahme dieses Rechtsakts notwendige Modifikation von Anhang I FZA ist noch daran zu erinnern, dass Anhang I FZA schon auf der Grundlage der Rechtslage im Jahr 1999 (Jahr der Unterzeichnung des Abkommens) im Verhältnis zum Unionsrecht diverse besondere Bestimmungen enthält (insbesondere Art. 24 Anhang I FZA), was bei einer (teilweisen) Übernahme der RL 2004/38 wohl zu berücksichtigen wäre. Hinzu kommt, dass das Freizügigkeitsabkommen auf Unionsseite ein gemischtes Abkommen darstellt, womit sich die Frage stellt, ob auch Modifikationen durch alle Mitgliedstaaten nach Durchlaufen ihrer verfassungsrechtlichen Genehmigungsverfahren zu ratifizieren wären oder ob angesichts der zwischenzeitlichen Entwicklung des Unionsrechts von einer alleinigen bzw. ausschliesslichen Kompetenz der Union auszugehen ist, eine Frage, der in diesem Rahmen nicht weiter nachgegangen werden kann.

Damit kann im **Ergebnis** zusammenfassend festgehalten werden, dass eine (teilweise) **Übernahme der RL 2004/38** – die im InstA ja nicht erwähnt wird – in folgenden **Schritten** erfolgen müsste:

- In einem ersten Schritt müsste im Gemischten Ausschuss eruiert werden, inwieweit die RL 2004/38 eine Weiterentwicklung des in den Rahmen des FZA übernommenen Unionsrechts darstellt.

- Auf dieser Grundlage erarbeitet der Gemischte Ausschuss einen Vorschlag zur Revision des FZA bzw. von Anhang I FZA. Hier sind die Vertragsparteien zur loyalen Zusammenarbeit verpflichtet, so dass sie auf diese Arbeiten eintreten und konstruktiv auf einen Vorschlag hinarbeiten müssen, wobei aber keine «absolute» Pflicht zur Einigung nachweisbar ist.
- Auf dieser Grundlage muss der Vertrag in Anwendung der hier massgeblichen völker- und unionsrechtlichen (soweit die Vertragsparteien auf Seiten der Union betroffen sind) Vorgaben revidiert werden. Eine Pflicht der Vertragsparteien zum Abschluss kann dem Abkommen nicht entnommen werden; allerdings haben die Vertragsparteien den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zu beachten.

Deutlich wird damit auch, dass im Ergebnis **keine «lineare» Pflicht nachweisbar ist, die RL 2004/38 in das FZA zu übernehmen**; allerdings bestehen diverse verfahrensrechtliche Pflichten, die sich ggf. zu einer «Übernahmepflicht» verdichten könnten.

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

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

Protokoll 2 listet **diverse** solcher **Ausnahmen** auf, die in den sektoriellen Abkommen (konkret im Freizügigkeitsabkommen, im Landverkehrsabkommen und im Landwirtschaftsabkommen) selbst bereits verankert sind, so z.B. das Sonn- und Feiertagsfahrverbot für Lastwagen oder die Nichtexportierbarkeit bestimmter Sozialversicherungsleistungen. Im Umkehrschluss wird man aus dieser expliziten Verankerung derartiger Ausnahmen folgern können, dass alle sonstigen Weiterentwicklungen des Unionsrechts, die seit der Unterzeichnung der Abkommen erfolgten, jedoch (noch) nicht in diese übernommen wurden, von der Übernahmepflicht erfasst sind, ein Ansatz, der im Zusammenhang mit der Unionsbürgerrichtlinie von Bedeutung ist, so dass es bei dieser darauf ankommt, ob und inwieweit sie als Weiterentwicklung des vom Freizügigkeitsabkommen erfassten Besitzstands anzusehen ist und ob sie in das Abkommen integriert werden kann, obwohl sie den an sich nicht durch den Gemischten Ausschuss modifizierbaren Anhang I FZA betrifft.

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

- Auf der Grundlage des **Grundsatzes «Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort»** dürfen die Vertragsparteien ein adäquates und verhältnismässiges Schutzniveau garantieren, damit einerseits die Dienstleistungsfreiheit verwirklicht, andererseits der Missbrauch und die Umgehung bestehender Vorgaben verhindert wird.
- Die Schweiz wird die **RL 96/71**³² in ihrer durch die RL 2018/957³³ revidierten Fassung (**Entsenderichtlinie**) sowie die **RL 2014/67**³⁴ (sog. **Durchsetzungsrichtlinie**) innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten des Abkommens umsetzen.
- Die Schweiz wird in das **Binnenmarktinformationssystem**³⁵ integriert. Dieses System erleichtert die Verwaltungszusammenarbeit und erlaubt damit auch die Effektivität von Kontrollen vor Ort.

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

- **Dienstleistungserbringer** aus dem EU-Ausland können verpflichtet werden, sich vor dem Beginn ihrer Arbeiten anzumelden. Vorgesehen werden darf eine **Anmeldefrist von höchstens vier Arbeitstagen**, dies auf der Grundlage einer objektiven und branchenspezifischen Risikoanalyse, die regelmässig zu überprüfen ist, zu beschliessen ist.
- Sollten Dienstleistungserbringer in der Vergangenheit ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachgekommen sein, können sie zur Leistung einer verhältnismässigen **Kaution** vor der Erbringung weiterer Dienstleistungen verpflichtet werden, wobei auch hier eine branchenspezifische Risikoanalyse notwendig ist.
- Zur Bekämpfung der **«Scheinselbstständigen»** kann vorgesehen werden, dass diese *a posteriori* eine Reihe von abschliessend aufgeführten **Dokumenten** zur Verfügung stellen müssen, die eine effektive Kontrolle erlauben.

Damit stehen die erwähnten Massnahmen jedenfalls im Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen, dies auch für den Fall, dass ähnliche Massnahmen (in Zukunft) in der Union als unionsrechtswidrig eingestuft werden sollten. Gleichzeitig beschränken sie jedoch insofern den **Handlungsspielraum** der Schweiz, als auf **dasselbe Instrumentarium zurückgreifende strengere nationale Massnahmen** (also eine längere Voranmeldefrist, eine weitergehende Kautionspflicht oder weitergehende Dokumentationspflichten für Selbständige bzw. potentielle «Scheinselbständige») grundsätzlich unzulässig sein dürften, ist doch aus der ausdrücklichen Aufzählung der maximal zulässigen Massnahmen *e contrario* zu schliessen,

³² RL 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18, 1.

³³ RL 2018/957 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 2018 L 173, 16.

³⁴ RL 2014/67 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 2014 L 159, 11.

³⁵ Vgl. VO 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“), ABl. 2012 L 316, 1.

dass strengere Massnahmen zumindest in aller Regel als unverhältnismässig anzusehen sind (was es möglicherweise nicht ausschliesst, dass ganz punktuell aufgrund sehr hoher Risiken auch hier strengere Massnahmen ergriffen werden könnten).

Dies bedeutet freilich nicht, dass die Schweiz nicht **andere Massnahmen zur Aufrechterhaltung des Lohnniveaus** ergreifen kann. M.a.W. dürfte Protokoll 1 InstA lediglich im Verhältnis zu den dort aufgeführten Schutzmassnahmen verstärkenden Massnahmen entgegenstehen; andere Massnahmen – also solche, die auf ein anderes Instrumentarium zurückgreifen – sind nicht *per se* als mit dem Abkommen unvereinbar anzusehen, sondern können (wie sich auch aus dem allgemeinen Hinweis in Nr. 1 erster Psiegelstrich Protokoll 1 InstA ergibt, wonach zur Sicherstellung des Grundsatzes «Gleicher Lohn für gleiche Arbeit» angemessene Massnahmen ergriffen werden können) mit diesem vereinbar sein, wenn sie die diesbezüglichen Vorgaben (also insbesondere den Grundsatz der Verhältnismässigkeit) beachten sowie mit dem für die Schweiz verbindlichen Richtlinien (insbesondere die RL 96/71 und die RL 2014/67) vereinbar sind. Letzteres hängt wesentlich davon ab, ob und inwieweit eine bestimmte nationale Massnahme in den Anwendungsbereich dieser Richtlinien fällt bzw. ob die Richtlinien in Bezug auf die geregelte Frage eine abschliessende Regelung treffen. Im Einzelnen handelt es sich hier um eine sehr komplexe Fragestellung, die nur nach genauer Analyse einerseits der nationalen Massnahme, andererseits der inhaltlichen Tragweite der einschlägigen sekundärrechtlichen Regelung beantwortet werden kann.³⁶ Festzuhalten ist aber, dass der Kreis «verbotener» Produkte oder Handlungsweisen im Sekundärrecht häufig gerade nicht abschliessend umschrieben wird.³⁷

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

- Die ausdrücklich in Nr. 2 Protokoll 1 InstA **aufgeführten Massnahmen** stehen jedenfalls **in Einklang** mit dem Freizügigkeitsabkommen; eine eigene Verhältnismässigkeitsprüfung erübrigt sich im Falle der Beachtung der in dieser Bestimmung aufgeführten Vorgaben.
- Strengere, in **dieselbe Richtung** gehende Anforderungen an Dienstleistungserbringer sind **grundsätzlich als unzulässig** anzusehen. Dies schliesst jedoch punktuelle, verhältnismässige und aufgrund einer genauen Risikoanalyse ergriffene strengere

³⁶ Vgl. hierzu im Einzelnen, allerdings mit Bezug zu umweltrechtlichen Regelungen, Astrid Epiney, Umweltrecht in der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2019, 5. Kap., Rn. 65 ff.

³⁷ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-573/12 (Alands Vindkraft), ECLI:EU:C:2014:2037. S. in Bezug auf die Entsenderichtlinie EuGH, Rs. C-396/13 (Sähköalojen ammattiliitto ry), ECLI:EU:C:2015:86, wo der Gerichtshof den Spielraum des nationalen Gesetzgebers in Bezug auf die Definition des Mindestlohns eher weit fasst; s. auch EuGH, Rs. C-115/14 (RegioPost), ECLI:EU:C:2015:760, wo der Gerichtshof die Frage, ob die Vergabe öffentlicher Aufträge von der Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestlohns abhängig gemacht werden darf, bejahte. Vgl. zu diesen Urteilen Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2015 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016, Zürich/Bern 2016, 63 (82 ff.).

Massnahmen nicht *a priori* aus; ihre Verhältnismässigkeit ist aber im Einzelnen zu prüfen, wobei die Beweislast bei der Schweiz liegen dürfte.

- **Andere Massnahmen** – also solche, die auf andere Konzepte oder andere Schutzansätze zurückgreifen – sind nicht von vornherein unzulässig. Vielmehr können sie im **Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen** stehen, sofern sie seine Vorgaben beachten. Von besonderer Bedeutung wird hier häufig die **Verhältnismässigkeit** und die Frage nach der Abgeschlossenheit der sekundärrechtlichen Regelungen sein. In Bezug auf letztere ist hervorzuheben, dass die revidierte Entsenderichtlinie den Grundsatz «Gleicher Lohn bei gleicher Arbeit am gleichen Ort» ausdrücklich verankert und auch darüber hinaus dem Anliegen des Arbeitnehmerschutzes insgesamt ein eher grösseres Gewicht einräumen dürfte.³⁸

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

5. Zur Streitbeilegung

Gemäss Art. 9 InstA verpflichten sich die Vertragsparteien, **Streitigkeiten über die Auslegung des Abkommens oder der erfassten sektoriellen Abkommen** ausschliesslich nach dem in dem Institutionellen Abkommen selbst vorgesehenen Verfahren zu regeln. Art. 10 InstA sieht hier die Einzelheiten vor (wobei die Einsetzung eines Schiedsgerichts, welches unter gewissen Voraussetzungen den EuGH anruft, vorgesehen ist), und Protokoll 3 InstA enthält diverse Verfahrensvorschriften für das Schiedsgericht.³⁹

Besteht zwischen der Schweiz und der EU in Bezug auf die Frage, ob ein bestimmter EU-Rechtsakt oder Teile desselben als **Weiterentwicklung des von dem jeweiligen Abkommen erfassten Besitzstands** anzusehen ist bzw. sind, könnte auf der Grundlage dieser Bestimmungen das Schiedsgericht angerufen werden. Der Anwendungsbereich des Streitbeilegungsmechanismus' bezieht sich nämlich nach Art. 10 Abs. 1 InstA auf die Auslegung und Anwendung sowohl des Institutionellen Abkommens selbst als auch auf die erfassten sektoriellen Abkommen und die Rechtsakte, die in diesen erwähnt werden. Alle oben erwähnten Fragen betreffen letztlich die Auslegung des Abkommens, so dass das Schiedsgericht im Falle einer Uneinigkeit zwischen den Vertragsparteien im Gemischten

³⁸ Vgl. zur Revision der RL 96/71 *Manuel Kellerbauer*, Zur Reform der EU-Entsenderichtlinie: Arbeitnehmerschutz durch gleichen Lohn für gleiche Arbeit?, *EuZW* 2018, 846 ff.

³⁹ Vgl. zu den grossen Linien des Streitbeilegungsverfahrens *Epiney*, Jusletter vom 17.12.2018 (Fn. 1), Rn. 45 f.; s. ansonsten z.B. *Benedikt Pirker*, Zum Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen, Jusletter vom 3. Juni 2019; *Thomas Cottier*, Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz – EU, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann/Petru Emanuel Zlatescu (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2018/2019, Zürich/Bern 2019, 359 ff.

Ausschuss angerufen werden könnte. Konkret ginge es in einer solchen Konstellation um die Auslegung des Art. 5 i.V.m. Art. 12 ff. InstA, insbesondere um die Frage, ob ein Rechtsakt die vom Anwendungsbereich des jeweiligen Abkommens erfassten Bereiche («dans les domaines couverts») betrifft.

Allerdings dürften diese Fragen nicht die Auslegung oder die Anwendung von EU-Rechtsakten, die in die Abkommen integriert wurden, oder in die Abkommen übernommene unionsrechtliche Begriffe betreffen, so dass das „Zwischenverfahren“ der **Anrufung des EuGH** (vgl. Art. 10 Abs. 3 InstA) **nicht zum Zuge kommt** bzw. kommen sollte, wobei die Frage, ob dem EuGH vorgelegt wird, vom Schiedsgericht selbst entschieden wird. Denn alle erwähnten Fragen betreffen letztlich nur die Auslegung des Institutionellen Abkommens bzw. die Tragweite der in diesem enthaltenen Vorgaben, da die Frage der Übernahme weiterentwickelten Unionsrechts in den Rahmen der sektoriellen Abkommen ein spezifisches Thema des InstA ist, welches keine Entsprechung im Unionsrecht findet, so dass es gerade nicht um einen aus dem Unionsrecht übernommenen Begriff, sondern um die Tragweite des Institutionellen Abkommens bzw. der sektoriellen Abkommen selbst geht. Denkbar ist jedoch, dass in diesem Zusammenhang die Auslegung des Unionsrechts inzidenter eine Rolle spielen kann, so z.B. bei der Frage, ob bestimmte Inhalte der Unionsbürgerrichtlinie Ausfluss des Unionsbürgerstatus' sind oder nicht. Soweit es um die Frage nach der Zulässigkeit von Massnahmen im Hinblick auf den **Lohnschutz** geht, ist die Sachlage ebenfalls weniger klar als es auf den ersten Blick erscheinen mag. Vieles spricht hier dafür, dass bei der Auslegung des Protokolls selbst bzw. der von der dynamischen Rechtsentwicklung ausgenommenen Bereiche keine vom Unionsrecht übernommene Begriffe in Frage stehen, so dass das Schiedsgericht den EuGH nicht befassen müsste. Hingegen stünde im Zusammenhang mit der Zulässigkeit sonstiger Lohnschutzmassnahmen wohl übernommenes Unionsrecht zur Debatte.

Sollte das Schiedsgericht entscheiden, eine bestimmte Weiterentwicklung des Unionsrechts betreffe den Anwendungsbereich der betroffenen Abkommen und sei daher von der Schweiz und der EU zu übernehmen (soweit der Gemischte Ausschuss eine solche Übernahme entscheiden könnte), wäre eine solche Entscheidung für die Vertragsparteien **bindend**. Falls eine der Vertragsparteien eine solche Weiterentwicklung gleichwohl nicht übernehmen möchte, könnte die andere Vertragspartei (**verhältnismässige**) **Ausgleichsmassnahmen** ergreifen, wobei deren Verhältnismässigkeit wiederum vom Schiedsgericht beurteilt werden könne. Soweit jedoch die Übernahme einer Weiterentwicklung eine Modifikation des Abkommens selbst erforderte, wäre die Situation insofern deutlich komplexer, als das Schiedsgericht diesfalls lediglich im Grundsatz festhalten könnte, dass eine bestimmte Weiterentwicklung von der dynamischen Rechtsentwicklung erfasst ist, während – wie oben dargelegt – eine eigentliche Erfolgspflicht zur Vertragsmodifikation nicht nachgewiesen werden kann.

V. Schlussbemerkung

Die dynamische Rechtsübernahme stellt zweifellos einen **qualitativ bedeutenden Schritt** in Bezug auf die **Integration der Schweiz in den EU-Binnenmarkt** und eine neue Stufe der Beziehungen Schweiz – EU dar, welche letztere deutlich intensiviert. Nicht zu verkennen ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Reichweite der Pflicht zur Übernahme weiterentwickelten Unionsrechts durchaus auslegungsbedürftig ist, wobei eine solche Auslegungsbedürftigkeit durchaus kein Alleinstellungsmerkmal des InstA ist. Auch würde es für die Schweiz sehr schwierig werden, sollte sie die Übernahme einer bestimmten Weiterentwicklung – aus welchen Gründen auch immer – einmal ablehnen wollen (was sie kann, wobei die EU diesfalls mit Ausgleichsmassnahmen reagieren kann, deren Verhältnismässigkeit durch das Schiedsgericht überprüft werden kann), so dass der Schweiz im Ergebnis eine weitreichende Pflicht zum „Nachvollzug“ des von der EU ohne entscheidungserhebliche Beteiligung der Schweiz erlassenen Unionsrechts obliegt.

Auf der anderen Seite betrifft diese Pflicht nur die **Binnenmarktabkommen**, und es erscheint durchaus **systemimmanent**, dass ein Drittstaat, welcher gleichberechtigten Zugang zu weiten Teilen des Binnenmarkts haben soll, auch die diesen bestimmenden Regeln übernehmen soll. Hiervon zeugen auch die schon bislang regelmässig erfolgenden Anpassungen der Abkommen an die Weiterentwicklung des Unionsrechts. Aus dieser Perspektive kann die dynamische Rechtsübernahme als ein **Korrelat des Binnenmarktzugangs** angesehen werden, dessen Bedeutung zwar nicht unterschätzt, aber angesichts des begrenzten Anwendungsbereichs des InstA auch nicht überschätzt werden sollte, ganz abgesehen davon, dass solche Anpassungen in den allermeisten Fällen auch im Interesse der Schweiz sind, die durch das InstA auch gegenüber politisch motivierten Entscheidungen der Union, gewisse Weiterentwicklungen nicht in die Abkommen zu übernehmen, geschützt wäre.

Letztlich geht es in diesem Zusammenhang somit um eine politische Risikoabwägung, die in den Gesamtkontext des InstA und die Beziehungen Schweiz – EU einzubetten ist.⁴⁰ Das vorliegende Verhandlungsergebnis – wobei der Entwurf sowohl **Elemente eines «Integrationsvertrages»** aufweist als auch auf eher **klassische völkerrechtliche Grundsätze** und Funktionsweisen zurückgreift – erscheint insgesamt **ausgewogen** und berücksichtigt in vielen Aspekten die Interessen der Schweiz. Zwar ist nicht zu verkennen, dass es den Handlungsspielraum der Schweiz – wie jeder völkerrechtliche Vertrag – einschränkt, insbesondere durch die in diesem Beitrag im Vordergrund stehende dynamische Anbindung an die Entwicklung des Unionsrechts. Auch konnte die Schweiz nicht alle ihre Anliegen vollumfänglich durchsetzen (gerade mit Bezug auf die Unionsbürgerrichtlinie und die sog. Flankierenden Massnahmen), und im Rahmen der Streitbeilegung wird dem EuGH durchaus eine gewisse Rolle zukommen. Auf der anderen Seite gewährleistet das Abkommen aber auch

40

S. in diesem Zusammenhang auch die Bewertung des Abkommens bei *Cottier*, SJZ 2019 (Fn. 1), 345 ff.

einen umfassenden Zugang der Schweiz zu weiten Teilen des EU-Binnenmarkts, und sie wird insoweit im Wesentlichen gleich wie ein EU-Mitgliedstaat behandelt. Gleichzeitig werden ihr gewisse – im Vergleich zu den EU-Mitgliedstaaten – «Sonderrechte» eingeräumt, und gerade die Streitbeilegung sowie die Reichweite der grundsätzlichen Pflicht zur Übernahme von Weiterentwicklungen lassen auch Raum für politische Bewertungen und Lösungen. Zu erinnern ist weiter daran, dass zahlreiche nunmehr ausdrücklich im InstA erwähnte Aspekte an die Zielsetzungen der sektoriellen Abkommen anknüpfen und in weiten Teilen bereits der heutigen Rechtslage oder Praxis entsprechen (so die parallele Auslegung oder die Anpassung der Abkommen durch die Übernahme von Weiterentwicklungen des EU-Rechts). Angesichts dieser Gesichtspunkte erscheint das mit einem Scheitern des InstA verbundene Risiko letztlich grösser als dasjenige, das mit seinem Abschluss einherginge. Insofern ist zu hoffen, dass sich die Parteien in Bezug auf die klärungsbedürftigen Punkte noch verständigen können, z.B. durch gemeinsame auslegende Erklärungen.