

Die Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU – Recht, Politik und persönliche Kontakte

I. Ausgangspunkt

Die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) sind seit mindestens dreissig Jahren eines der zentralen politischen Themen in der Schweiz. Als langjähriger Direktor des Europa Instituts an der Universität Zürich (EIZ)¹ befasst sich Andreas Kellerhals von Amtes wegen in mannigfaltiger Weise mit diesem Thema.

Das Verhältnis Schweiz – EU basiert schwergewichtig auf den drei Säulen Recht, Politik und persönliche Kontakte.

II. Recht

1. Bilaterales Recht

Die Rechtsgrundlagen für die Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU finden sich bekanntlich in einer grossen Zahl *völkerrechtlicher Verträge*,² so insbesondere im Freihandelsabkommen von 1972 sowie in den Bilateralen Abkommen I von 1999 und II von 2004. Diese und einige weitere Abkommen³

* Prof. Dr. iur., em. Professor für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der Universität Zürich, Mitglied des Vorstands des Europa Instituts an der Universität Zürich.

¹ Das EIZ ist ein assoziiertes Institut der Universität Zürich in der Rechtsform eines privatrechtlichen Vereins; es wurde 1992 gegründet.

² Sie werden oft als *bilaterale Abkommen* bezeichnet. Dies ist unpräzise, da bei einzelnen Abkommen auf Seiten der EU auch die Mitgliedstaaten oder die Europäische Atomgemeinschaft Vertragsparteien sind.

³ Insgesamt sind es über 100 Abkommen einschliesslich Änderungsbeschlüsse. Vgl. dazu etwa THÜRER DANIEL/WEBER ROLF H./PORTMANN WOLFGANG/KELLERHALS ANDREAS (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Handbuch, Zürich 2007; JAAG TOBIAS/HÄNNI JULIA, *Europarecht. Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, 440 ff.; OESCH MATTHIAS, *Europarecht*, Bern 2015, 615 ff.; OESCH MATTHIAS, *Switzerland and the European Union*.

gewähren der Schweiz den Zugang zum europäischen Binnenmarkt (freier Waren- und Personenverkehr, Luftverkehr usw.), ermöglichen ihr die Mitwirkung an Programmen oder Einrichtungen der EU (Bildung, Forschung, Statistik, Umweltagentur usw.) oder regeln die Zusammenarbeit mit der EU in bestimmten Sachbereichen (Polizei- und Asylwesen, Wettbewerbspolitik usw.). Sie legen unter anderem fest, welche Verordnungen und Richtlinien der EU auch in der Schweiz Anwendung finden, welche Bedeutung die Rechtsprechung der EU-Gerichte dazu hat und wie bei der Weiterentwicklung des EU-Rechts sowie bei Meinungsverschiedenheiten mit Bezug auf die Anwendung und Auslegung der Abkommen vorzugehen ist.

2. Innerstaatliches Recht

Daneben befassen sich zahlreiche innerstaatliche Regelungen auf *Gesetzes- und Verordnungsstufe*⁴ mit dem Verhältnis zur EU. Diese dienen in der Regel der Umsetzung einzelner Verträge sowie der Anpassung des schweizerischen Rechts an die Vorgaben der Abkommen mit der EU.⁵ Unter dem Einfluss der Beziehungen zur EU hat sich der Gesetzgebungsprozess in der Schweiz erheblich beschleunigt.

Wenn vertragliche Pflichten bestehen, bestimmte EU-Regelungen in das schweizerische Recht zu übernehmen, ist die *Freiheit des Gesetzgebers* beschränkt. Kannte der Gesetzgeber bei der Genehmigung eines Abkommens das zu übernehmende Recht, so ist dies kein Problem. Müssen dagegen Regelungen umgesetzt werden, die bei der Übernahme der Pflicht zur Umsetzung nicht bekannt waren, so bedeutet diese Pflicht eine Einschränkung der Souveränität des Gesetzgebers; damit überlässt er die eigentliche Gesetzgebungsarbeit den Organen der EU.

General Framework, Bilateral Agreements, Autonomous Adaptation, Zürich/St. Gallen 2018; Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA (Hrsg.), Die bilateralen Abkommen Schweiz – Europäische Union, Ausgabe 2017 (<www.eda.admin.ch/europa/publikationen>).

⁴ Der *Verordnungsbegriff* hat in der Schweiz und in der EU eine unterschiedliche Bedeutung: Die EU-Verordnungen gemäss Art. 288 Abs. 2 AEUV entsprechen, soweit sie im ordentlichen oder in einem ausserordentlichen Gesetzgebungsverfahren gemäss Art. 289 und Art. 294 AEUV erlassen werden, den schweizerischen Gesetzen. Die schweizerischen Verordnungen sind Erlasse der Exekutive; sie entsprechen den delegierten Verordnungen und den Durchführungsverordnungen der Kommission oder des Rates gemäss Art. 290 und Art. 291 Abs. 2-4 AEUV.

⁵ So z.B. verschiedene Bestimmungen des Ausländergesetzes (AuG; SR 142.20), die Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP; SR 142.203), das Schengen-Informationsaustausch-Gesetz (SIAG; SR 362.2) sowie das Entsendegesetz (SR 823.20). Vgl. für weitere Beispiele JAAG/HÄNNI (FN 3), 458 ff.

Formell ist die Freiheit des Gesetzgebers immerhin gewahrt, wenn er bei der Übernahme oder Umsetzung einer EU-Regelung auch beschliessen kann, davon abzuweichen, wenn er also das Letztentscheidungsrecht hat. Dies ist bei der sogenannten *dynamischen Übernahme von EU-Recht* der Fall, wie sie in den Assoziierungsabkommen Schengen und Dublin vorgesehen ist⁶ und durch das vorgesehene Rahmenabkommen auf weitere Bereiche ausgedehnt werden soll. Die Nicht-Übernahme oder Nicht-Umsetzung ist allerdings mit Konsequenzen verbunden, indem die EU Gegenmassnahmen bis hin zur Kündigung des betreffenden Vertrags beschliessen kann; sind mehrere Abkommen durch eine Guillotine-Klausel miteinander verbunden, wie bei den Bilateralen I sowie bei Schengen und Dublin, so hat die Kündigung eines Vertrags das Dahinfallen der verbundenen Verträge zur Folge.⁷ Die Nicht-Übernahme von neuem EU-Recht ist dadurch mit einschneidenden Konsequenzen verbunden, was auf einen faktischen Übernahmезwang hinausläuft. Das ist der Preis, den die Schweiz für den Zugang zum Binnenmarkt und die Beteiligung an EU-Programmen als Nicht-Mitglied der EU, ähnlich wie die EWR/EFTA-Staaten, zu leisten hat.

Leider fehlt im schweizerischen Recht eine *grundlegende Verfassungsbestimmung* zu den Beziehungen zur Europäischen Union. Anlässlich der Verfassungsrevision von 1999 wurde die Aufnahme eines Europa-Artikels in die Bundesverfassung (BV) in Erwägung gezogen, schliesslich aber abgelehnt, weil die Vorstellungen darüber zu stark voneinander abwichen; mit einem Europa-Artikel wäre die Bundesverfassung von 1999 wohl nie angenommen worden. Die BV ist „europaneutral“; sie weist ein Europadefizit auf.⁸

Allerdings nehmen *einzelne Verfassungsbestimmungen* Bezug auf die Beziehungen zur EU, indem sie bestimmte vertragliche Regelungen einschränken wollen. Paradebeispiele dafür bilden Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV betreffend Steuerung der Zuwanderung, die durch die Masseneinwanderungsinitiative 2014 Eingang in die Bundesverfassung fanden.⁹ Auch Art. 121 Abs. 3-6 BV

⁶ Vgl. Art. 7 des Schengen-Assoziierungs-Abkommens (SAA; SR 0.362.31).

⁷ Vgl. z.B. Art. 25 Abs. 3 und 4 des Freizügigkeitsabkommens (FZA; SR 0.142.112.681); Art. 17 Abs. 2 SAA.

⁸ So HÄBERLE PETER, Die Verfassung im „Kontext“, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 17 ff., N 41. Vgl. dazu auch ZIEGLER ANDREAS R./ODENDAHL KERSTIN, in: St. Galler Kommentar BV, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Bundesverfassung und Völkerrecht, N 39.

⁹ AS 2014, 1391. Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 7. Dezember 2012, BBl 2013, 291 ff.

stehen in einem Spannungsverhältnis zur Personenfreizügigkeit; sie bildeten Gegenstand der 2010 angenommenen Ausschaffungsinitiative.¹⁰

3. Richterrecht

Neben dem geschriebenen Recht spielt auch dessen Auslegung durch die Gerichte eine wichtige Rolle. Die Auslegung des bilateralen Rechts obliegt in der Schweiz – abgesehen von vereinzelt Ausnahmen¹¹ – den zuständigen kantonalen und eidgenössischen Behörden und Gerichten, letztinstanzlich dem Bundesgericht.

Einzelne Abkommen schreiben vor, dass die schweizerischen Gerichte bei der Auslegung der für die Schweiz verbindlichen EU-Regelungen die Rechtsprechung der EU-Gerichte vor dem Abschluss des Abkommens berücksichtigen.¹² Das Bundesgericht richtet sich bei seiner *Rechtsprechung zu EU-Regelungen* auch nach der neueren Rechtsprechung des EuGH und weicht von dieser nur beim Vorliegen triftiger Gründe ab; dies wird damit begründet, dass das Ziel eines einheitlichen Marktes nur erreicht werden kann, wenn eine parallele Rechtslage besteht, indem die Rechtsnormen einheitlich ausgelegt und angewendet werden.¹³

Gegenstand richterlicher Beurteilung bildet immer wieder die Frage des *Verhältnisses zwischen dem nationalen Verfassungs- und Gesetzesrecht einerseits und dem bilateralen Recht andererseits*. Mehrfach hat das Bundesgericht entschieden, dass gestützt auf den völkerrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda* die Abkommen mit der EU nicht durch abweichendes Verfassungs- oder sogar Gesetzesrecht ausser Kraft gesetzt werden können; die *Schubert-Praxis* findet zumindest auf das Freizügigkeitsabkommen keine Anwendung.¹⁴ Diese Rechtsprechung hat die Selbstbestimmungsinitiative provoziert, die den Vorrang des Verfassungsrechts vor dem Völkerrecht verlangt und im Herbst 2018 der Abstimmung von Volk und Ständen unterliegt.¹⁵

¹⁰ AS 2011, 1199. Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 24. Juni 2009, BBl 2009, 5097 ff.

¹¹ Das Luftverkehrsabkommen (LVA) sieht für Teilbereiche die Zuständigkeit der EU-Kommission sowie der EU-Gerichte vor; vgl. Art. 18 Abs. 2 und Art. 20 LVA (SR 0.748.127.192.68).

¹² So z.B. Art. 16 Abs. 2 FZA.

¹³ Vgl. BGE 140 II 112 E. 3.2; 139 II 393 E. 4.1.1; 136 II 5 E. 3.4.

¹⁴ BGE 142 II 35 E. 3.2 und 3.3.

¹⁵ Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 5. Juli 2017, BBl 2017, 5355 ff.

III. Politik

Sowohl innerstaatlich wie auch zwischenstaatlich entstehen rechtliche Regelungen erst, nachdem sich die Politik mit einer Thematik befasst hat. Entsprechend bilden die Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU Gegenstand häufiger politischer Auseinandersetzungen in der Schweiz sowie zwischen der Schweiz und der EU.

Zu kaum einem Thema haben seit der denkwürdigen Abstimmung über den Beitritt der Schweiz zum EWR im Jahr 1992 so viele *Volksabstimmungen* stattgefunden wie über das Verhältnis zur EU. Gegenstand von Abstimmungen von Volk und Ständen bildeten zwei Volksinitiativen, die – beide erfolglos – eine Ergänzung der Bundesverfassung durch einen europakritischen bzw. europafreundlichen Artikel verlangten.¹⁶ Mehrere Volksinitiativen, insbesondere die Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3-6 BV), die von Volk und Ständen abgelehnte Durchsetzungsinitiative,¹⁷ die Masseneinwanderungsinitiative und die später zurückgezogene Volksinitiative „Raus aus der Sackgasse“ (Rasa)¹⁸ bezogen sich auf das umstrittenste Thema der bilateralen Beziehungen, die Personenfreizügigkeit. Mit solchen Vorstössen soll die Änderung oder Aufhebung von Abkommen mit der EU erzwungen werden.

Sodann unterlagen die bilateralen Abkommen I von 1999, das Schengen- und das Dublin-Abkommen von 2004, die Ausdehnung des Geltungsbereichs und Bestätigung des Freizügigkeits-Abkommens in den Jahren 2005 und 2009 sowie das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit den Staaten Osteuropas von 2006 der Volksabstimmung, nachdem gegen die entsprechenden Beschlüsse der Bundesversammlung das Referendum ergriffen worden war.

Dass die Politik neben dem Recht in der Europafrage eine eigenständige Bedeutung hat, zeigt sich nicht nur daran, dass immer wieder politische Vorstösse unternommen werden, um eine bestimmte Europa-Politik oder einzelne Aspekte davon festzuschreiben oder abzuändern. Auch die *Umsetzung* der *verfassungsrechtlichen Vorgaben* folgt manchmal mehr politischen als rechtlichen Grund-

¹⁶ Volksinitiativen „EU-Beitrittsverhandlungen vors Volk“, abgelehnt in der Volksabstimmung vom 8. Juni 1997, und „Ja zu Europa“, abgelehnt in der Volksabstimmung vom 4. März 2001; vgl. dazu die Botschaften des Bundesrates vom 23. August 1995, BBl 1995 IV 832 ff., und vom 27. Januar 1999, BBl 1999 IV 3830 ff.

¹⁷ Abgelehnt in der Volksabstimmung vom 28. Februar 2016. Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 20. November 2013, BBl 2013, 9459 ff.

¹⁸ Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 26. April 2017, BBl 2017, 3341 ff.; Rückzug: BBl 2018, 215.

sätzen. Besonders deutlich ist dies bei der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative zutage getreten. Die in Art. 121a BV enthaltenen Vorgaben, dass die Zahl der ausländerrechtlichen Bewilligungen durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente zu begrenzen sei, ist mit der Anpassung des Ausländergesetzes („Inländervorrang light“, Art. 21a, 29a und 61a AuG)¹⁹ nicht erfüllt worden. So begrüssenswert dies aus politischer Sicht ist, so problematisch ist es aus verfassungsrechtlicher und rechtsstaatlicher Perspektive. Die mangelhafte Umsetzung verfassungsrechtlicher Vorgaben untergräbt die Autorität der Verfassung. Aus dieser Sicht wäre die mit der Rasa-Initiative angestrebte Streichung von Art. 121a BV oder eine Anpassung der Bestimmungen, etwa durch Ergänzung eines Vorbehalts zugunsten europarechtlicher Verpflichtungen,²⁰ besser gewesen als das Stehenlassen des unerfüllten Gesetzgebungsauftrags.

Die EU übt *politischen Druck* aus, wenn sie den Abschluss neuer Abkommen oder die Erneuerung der Beteiligung an befristeten EU-Programmen von einem bestimmten Verhalten der Schweiz abhängig macht. Das ist seit einigen Jahren insbesondere der Fall im Zusammenhang mit dem von der EU gewünschten Rahmenabkommen. Dieses soll verschiedene institutionelle Fragen regeln, damit darüber nicht bei jedem neuen Abkommen erneut verhandelt werden muss. Dabei geht es einerseits um die Sicherstellung der inhaltlichen Übereinstimmung des schweizerischen Rechts mit dem gemäss Vertrag für die Schweiz massgebendem EU-Recht auch nach dessen Änderung; andererseits soll die korrekte Anwendung des bilateralen Rechts mit der Möglichkeit der rechtsverbindlichen Streitentscheidung sichergestellt werden.²¹ Die Ausübung von politischem Druck durch die EU-Kommission kommt in der Schweiz schlecht an und führt eher zu einer Verhärtung als zu einer Entspannung der Beziehungen zur EU.

IV. Persönliche Kontakte

Beziehungen basieren zu einem wesentlichen Teil auf persönlichen Kontakten. Dies gilt nicht nur im persönlichen Bereich, sondern trifft auch auf die zwischenstaatlichen Beziehungen und damit auf das *Verhältnis zwischen der*

¹⁹ Änderung des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2016, AS 2018, 733.

²⁰ Vgl. dazu JAAG TOBIAS, Die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union nach dem 9. Februar 2014, in: FS für Daniel Thürer, Zürich/St. Gallen 2015, 323 ff., 326 ff.

²¹ Vgl. dazu TOBLER CHRISTA/BEGLINGER JACQUES, Brevier zum institutionellen Abkommen Schweiz – EU, 2018 (<www.eur-charts.eu/downloads>).

Schweiz und der Europäischen Union zu. Dies ist auch die Rechtfertigung dafür, dass die Staaten untereinander sowie mit internationalen Organisationen diplomatische Beziehungen pflegen und sich ihre Vertreter/innen immer wieder zu Besprechungen oder Konferenzen treffen. So unterhält die Schweiz eine Mission (Botschaft) bei der Europäischen Union in Brüssel, und die Europäische Union ist mit einem Botschafter in der Schweiz präsent. Auch auf höchster politischer Ebene finden regelmässig Kontakte statt, die medienwirksam inszeniert werden, in neuerer Zeit etwa mit Bildern über die schweizerische Bundespräsidentin und den Präsidenten der Europäischen Kommission, die sich küssenderweise begrüßen.

Zu persönlichen Kontakten zwischen der Schweiz sowie Vertreterinnen und Vertretern der Europäischen Union trägt Andreas Kellerhals als Direktor des Europa Instituts an der Universität Zürich Wesentliches bei. Es gelingt ihm immer wieder, im Namen des EIZ hohe Vertreter der Europäischen Union und von deren Mitgliedstaaten für *Vorträge oder Veranstaltungen* wie die jährlichen Churchill Lectures zu gewinnen. So treten in hoher Kadenz Präsident und Mitglieder der aktuellen oder früheren Europäischen Kommission und der EU-Gerichte sowie der mitgliedstaatlichen Regierungen an der Universität Zürich auf.²² Neben der Durchführung von Weiterbildungsveranstaltungen zum Recht der EU und der Schweiz sowie der Herausgabe der Zeitschrift für Europarecht (EuZ) und weiterer Schriften bildet die Organisation derartiger Veranstaltungen einen zentralen und erfolgreichen Aufgabenbereich des EIZ unter der Leitung von Andreas Kellerhals.

All diese Aktivitäten sind wichtige Beiträge zur Förderung des Verständnisses von Recht und Politik der EU sowie von deren Beziehungen zur Schweiz. Damit macht sich Andreas Kellerhals mit dem EIZ in vorbildlicher Weise verdient nicht nur für die Universität Zürich, sondern auch für die Europaidee und die Beziehungen zwischen der Schweiz und EU. Dafür gebührt ihm unser *herzlicher Dank*.

²² Viele an solchen Veranstaltungen gehaltene Vorträge finden Niederschlag in den jährlich vom EIZ publizierten Bänden mit wichtigen Referaten zu aktuellen Entwicklungen der Europäischen Union und von deren Beziehungen zur Schweiz. Vgl. z.B. KELLERHALS ANDREAS (Hrsg.), *70 Jahre Churchill-Rede in Zürich – Europa wohin? Referate zu Fragen der Zukunft Europas 2016*, Zürich/Basel/Genf 2017; KELLERHALS ANDREAS (Hrsg.), *Herausforderungen für die Schweiz und Europa. Referate zu Fragen der Zukunft Europas 2015*, Zürich/Basel/Genf 2016.