

Gutachten
zur dynamischen Rechtsübernahme
und zur Natur von Ausgleichsmassnahmen nach den Entwürfen
der Abkommen Schweiz – Europäische Union vom 20.12.2024

Rechtsgutachten im Auftrag des
Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA)
Generalsekretariat

erstattet von

Prof. Dr. iur. Michael Hahn, LL.M. (Michigan)

Direktor des Instituts für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht der Universität Bern

Direktor am World Trade Institute der Universität Bern

Bern, den 29. August 2025

Inhaltsverzeichnis

<i>Excecutive Summary</i>	1
A. Auftrag	4
B. Frage 1: Erweitert die «Verpflichtung zur dynamischen Anpassung» den Anwendungsbereich der Bilateralen?.....	5
I. Einleitung	5
II. Das Verhältnis Schweiz – EU bleibt auch künftig ein Verhältnis der Gleichordnung auf Grundlage eines völkerrechtlichen Vertrags	8
III. Das Kennzeichen der «aktualisierten» Binnenmarktabkommen der Bilateralen I: dynamische Rechtsübernahme (Anpassung) im unveränderten («statischen») Anwendungsbereich.....	8
1. Die neuen Abkommen Schweiz – EU schreiben im Wesentlichen den Anwendungsbereich («Scope») der Bilateralen 1999 fest	9
a. Konkretisierung in Art. 1 Abs. 2 des IP-FZA	12
b. Die Auflistung der in Bezug genommenen EU-Sekundärrechtsakte in Anhang I n.F.....	13
IV. Die Parameter des statischen Anwendungsbereiches.....	15
1. Die Reformverträge bestimmen den Anwendungsbereich.....	15
2. Die heutigen Bilateralen enthalten – mit Ausnahme zahlreicher Diskriminierungsverbote – keine Regelungen, die Kernbereiche des Arbeitsrechts betreffen	15
a. Land- und Luftverkehrsabkommen	16
b. Freizügigkeitsabkommen (FZA)	16
(i) Zum Anwendungsbereich des aktuell geltenden FZA	16
(ii) Die Petrifizierung des bisherigen Anwendungsbereichs durch die Reformverträge.....	18
3. Vergleichender Blick auf die Lage beim EWR-Abkommen.....	23
V. Ergebnis Frage 1.....	24
C. Frage 2: Verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen in den bilateralen Abkommen Schweiz-EU als Reaktion auf das Nichteinhalten vertraglicher Verpflichtungen der Gegenpartei	25
I. Rechtliche Grundlagen: Überblick.....	26
1. Artikel 11 des Entwurfs des Institutionellen Protokolls.....	26
2. Artikel 14a des Entwurfs des FZA n.F. (Schutzklausel).....	29

II.	Unilaterale Ausgleichsmassnahmen im geltenden Wirtschaftsvölkerrecht ...	30
1.	WTO-Recht	31
a.	«Compensation» nach Artikel 22 Abs. 1 DSU	32
b.	Art. XXVIII des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens 1994 (GATT).....	33
c.	Antidumpingzölle («Anti-Dumping Duties») und (Subventions-)Ausgleichszölle («Countervailing Duties»).....	34
d.	Ausgleichsmassnahmen im Falle von Schutzmassnahmen («Safeguard Measures»)	35
e.	Nichtverletzungsbeschwerde («Non-Violation Complaint») (Art. XXIII Abs. 1(b) GATT).....	38
2.	EWK-Abkommen.....	39
a.	Art. 111 Abs. 3 EWK-Abkommen	39
b.	Art. 114 EWK-Abkommen	40
3.	Entwurf eines Abkommens zur Begründung einer Assoziierung zwischen der Europäischen Union und dem Fürstentum Andorra bzw. der Republik San Marino	41
a.	Ausgleichsmassnahmen («Compensatory Measures») gemäss Art. 90 Abs. 7 AAASM.....	42
b.	Ausgleichsmassnahmen («Rebalancing Measures») gemäss Art. 97 Abs. 8 und 98 Abs. 5 AAASM	43
c.	Ausgleichsmassnahmen gemäss Andorra Protokoll	43
4.	Abkommen EU-UK über Handel und Zusammenarbeit (TCA)	44
a.	Abhilfemassnahmen («Temporary Remedies» nach einem vom Schiedsgericht festgestellten Verstoss gegen das TCA und «Remedial Measures»)	45
b.	Ausgleichsmassnahmen («Compensatory Measures» und «Rebalancing Measures»)	46
(i)	Ausgleichsmassnahmen («Compensatory Measures») gemäss Art. 501 TCA.....	46
(ii)	Ausgleichende Anpassungen («Compensatory Adjustments») gemäss Art. 290 TCA.....	46
(iii)	«Rebalancing Measures» gemäss Art. 411 TCA.....	47
(iv)	«Rebalancing Measures» gemäss Artikel 773 TCA.....	48
5.	Fazit: Ausgleichsmassnahmen in der Staats- und Vertragspraxis.....	49
III.	Auslegung von Art. 11 der Institutionellen Protokolle	52

1.	Einleitung	52
2.	Ausschluss allgemeinen Völkerrechts.....	54
a.	Kein Schadensersatz, kein Beugezwang	54
b.	Relevanz des Ausschlusses von Repressalien.....	54
3.	Keine erleichterte Beendigung der Verträge infolge Vertragsverletzung..	57
4.	Keine Strafen oder Sanktionen.....	57
a.	Strafen und Sanktionen im Wirtschaftsvölkerrecht	57
b.	Insbesondere: keine Übernahme des Sanktionsregimes der EU für fehlbare Mitgliedstaaten.....	58
5.	Die Wiederherstellung eines Gleichgewichts als Ziel der Ausgleichsmassnahme («Compensatory Measure»).....	59
a.	Ausgleich wirtschaftlicher Beeinträchtigungen als primäres Ziel	60
b.	Berechnung der wirtschaftlichen Beeinträchtigungen	62
c.	Nicht-wirtschaftliche Dimensionen.....	65
6.	Der zulässige Korridor für Ausgleichsmassnahmen	67
a.	Ausgleich zunächst im Rahmen des betroffenen Abkommens?	67
b.	Die Zukunftsgerichtetheit von Ausgleichsmassnahmen	69
c.	Zum Verhältnis von Ausgleichsmassnahmen und privaten Rechten ...	70
7.	Das Erfordernis der Verhältnismässigkeit.....	72
a.	Verhältnismässigkeit im allgemeinen Recht der Staatenverantwortlichkeit.....	72
b.	Verhältnismässigkeit im internationalen Handelsrecht.....	73
c.	Verhältnismässigkeitsprüfung im Rahmen des Art. 11 IP i.V.m. Art. III.6 Abs. 3 SchiedsGA.....	74
(i)	Die Massnahme muss geeignet sein, das legitime Ziel (Behebung des Ungleichgewichts) zu erreichen	76
(ii)	Erforderlichkeit.....	77
(iii)	Verhältnismässigkeit im engeren Sinne: Zweck-Mittel Relation .	79
IV.	Ergebnis Frage 2.....	79

Executive Summary

Frage 1

Inwiefern sind die Bedenken, dass durch die künftige dynamische Rechtsübernahme Rechtsentwicklungen in den heutigen Bilateralen I und in neuer künftig abgeschlossener Binnenmarktabkommen zu übernehmen sind, die über den bisherigen Scope der Abkommen hinausgehen, begründet?

Inwieweit ist die Schweiz verpflichtet, Rechtsakte zu übernehmen, welche Kernbereiche des individuellen Arbeitsrechts (Mindestlöhne, 35-Stunden-Woche, Ferienansprüche, Mutterschafts- oder Elternurlaub etc.), die heute innenpolitisch chancenlos wären bzw. geeignet wären, den liberalen Arbeitsmarkt der Schweiz zu gefährden?

- 1) Bedenken, wonach durch die dynamische Rechtsübernahme Rechtsentwicklungen in den bestehenden Abkommen der Bilateralen I sowie in künftig neu abgeschlossenen Binnenmarktabkommen zu übernehmen sind, die über den bisherigen Anwendungsbereich («Scope») der Abkommen hinausgehen, sind unbegründet. Die Anwendungsbereiche der bisherigen Binnenmarktabkommen bleiben unverändert. Im Rahmen (und damit in den Grenzen) dieses «statischen» Anwendungsbereichs werden die erfassten Rechtsakte der EU jeweils aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrages (GA-Beschluss) übernommen. Dabei sind die innerstaatlichen Voraussetzungen für den Abschluss eines Staatsvertrages einzuhalten.
- 2) Hypothetische Rechtsakte der Union, welche Kernbereiche des Arbeitsrechts (etwa Mindestlöhne, eine 35-Stunden-Woche, Ferienansprüche, Mutterschafts- und Elternurlaub etc.) regeln, fallen nicht in den Anwendungsbereich des FZA. Dieser *Status quo* wird beibehalten und festgeschrieben («petrifiziert»). Die in Anhang I des FZA neuer Fassung («n.F.») gelisteten Rechtsakte der Union, deren Modifikationen bei Inkrafttreten dieses Abkommens übernommen werden müssen, bestätigen, dass das FZA keine Verpflichtung zur Übernahme von Arbeitsrecht begründet. Erfasst sind ausnahmslos Rechtsakte, die Fragen der Nichtdiskriminierung, der Einreise, des Aufenthalts und der Lebensbedingungen von Arbeitnehmenden und ihren Familienangehörigen (sowie die damit verbundenen Verwaltungsaspekte) betreffen. Dagegen finden sich in der Liste keine EU-Rechtsakte, die auf Art. 153 AEUV gestützt sind, also solche, die insbesondere der Förderung der Beschäftigung, der Angleichung der Arbeitsbedingungen, dem sozialen Schutz, dem sozialen Dialog, der Entwicklung des Arbeitskräftepotenzials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau oder der Bekämpfung von Ausgrenzungen dienen.

Frage 2

Der Begriff der Ausgleichsmassnahme wird weder in den ausgehandelten Binnenmarktabkommen noch im sonstigen bilateralen Recht näher definiert. Wie ist er zu verstehen; welche rechtlichen Prinzipien kommen bei der Gestaltung von «verhältnismässigen» Ausgleichsmassnahmen im Lichte der Staatenpraxis und der Rechtsprechung internationaler Spruchkörper zur Anwendung?

Was lässt sich daraus ableiten und übertragen in Bezug auf den Inhalt möglicher Ausgleichsmassnahmen im künftigen Verhältnis CH-EU?

Wann wären Ausgleichsmassnahmen verhältnismässig bzw. unverhältnismässig oder willkürlich?

- 1) Das Instrument der verhältnismässigen Ausgleichsmassnahme stellt die einzige Reaktionsmöglichkeit der in ihren Rechten aus den Binnenmarktabkommen Schweiz-EU verletzten Vertragspartei dar. Dadurch soll im Regelfall ein Ungleichgewicht der wechselseitigen wirtschaftlichen Vorteile ausgeglichen werden, das durch einen Vertragsverstoss herbeigeführt wurde. Ausgleichsmassnahmen zielen somit darauf ab, (temporär) ein neues Gleichgewicht von Geben und Nehmen herzustellen.
- 2) Sie stellt keine nach allgemeinem Völkerrecht bei Vertragsverletzungen an sich zulässige Zwangsmassnahme (*countermeasure*, Repressalie) dar.
- 3) Ausgleichsmassnahmen kommen erst dann in Betracht, wenn das Schiedsgericht einen Vertragsverstoss festgestellt hat. Die die Ausgleichsmassnahmen planende Partei muss die Gegenseite umfassend und mit erheblichem zeitlichen Vorlauf von ihrem Vorhaben unterrichten. Es besteht die Möglichkeit, die Ausgleichsmassnahmen einvernehmlich auszugestalten. Ausgleichsmassnahmen stehen am Ende eines langen Prozesses, sodass Überraschungen ausgeschlossen sind.
- 4) Regelmässig wird die Ausgleichsmassnahme darin bestehen, der Gegenseite Vorteile vorzuenthalten, die ihr ausschliesslich aufgrund eines Binnenmarktabkommens zustehen. Dies geschieht als Reaktion auf die ursprüngliche Nichtgewährung von Vorteilen, die der Ausgleichsmassnahmen ergreifenden Partei ihrerseits aufgrund des Vertrages zugestanden hätten. Dabei darf die Ausgleichsmassnahme die Gegenseite nicht stärker beeinträchtigen, als es den Auswirkungen der ursprünglichen Vertragsverletzung entspricht. Dadurch wird das in den Binnenmarktabkommen vereinbarte Gleichgewicht auf einem neuen Niveau wiederhergestellt. In diesem Sinne kann die Ausgleichsmassnahme als «Preis für die Vertragsverletzung» bezeichnet werden. Indes heilt sie die ursprüngliche Vertragsverletzung nicht.

- 5) Ausgleichsmassnahmen stellen keinen Ausgleich für entstandenen Schaden dar; vielmehr dienen sie (lediglich) dazu, das durch den Vertragsverstoss verursachte Ungleichgewicht von Geben und Nehmen mit Blick auf die Zukunft (*pro futuro*) wiederherzustellen. Dabei muss gegebenenfalls auf die eingetretenen Auswirkungen zurückgegriffen werden, um gesollte und nach Vertragsverstoss eingetretene Entwicklung zu vergleichen; diese Differenz kann sodann durch die Ausgleichsmassnahme ausgeglichen werden.
- 6) Soweit die Auswirkungen eines Vertragsverstosses weniger in den ökonomischen (und buchhalterisch bestimmbaren) Folgen bestehen, sondern vielmehr in der Verletzung grundrechtähnlicher Bestimmungen (etwa: Nichtdiskriminierungsgebot) oder aber das Interesse der Vertragsparteien beeinträchtigen, mit den Abkommen und deren Streitbeilegungsverfahren eine belastbare Grundlage ihrer bilateralen Beziehungen zu schaffen, werden die Ausgleichsmassnahmen auf das Ungleichgewicht der wechselseitigen Rechte und Pflichten abstellen. In einem solchen Fall dürfen Ausgleichsmassnahmen nach Wesen und Ausmass auf Rechte der Gegenseite abstellen, die jenen ähnlich sind, welche durch den ursprünglichen Vertragsverstoss beeinträchtigt worden sind.
- 7) Die vergleichende Betrachtung der untersuchten wirtschaftsvölkerrechtlichen Verträge weist aus, dass sämtliche der dort vorgesehenen Reaktionsmöglichkeiten auf vorangegangene Vertragsverstösse dem Verhältnismässigkeitsgebot genügen müssen. Dabei hat sich im Rahmen der existierenden Praxis ein Standard entwickelt, der dem in beiden Vertragsparteien geltenden ähnelt.
- 8) Auf der Grundlage dieses Verhältnismässigkeitsstandards gilt: Nur Ausgleichsmassnahmen, die geeignet sind, ein durch die Vertragsverletzung entstandenes Ungleichgewicht zu beseitigen, unter gleich effektiven Massnahmen die mildeste darstellen und zugleich die im Vertrag niedergelegten Ziele sowie geschützten Interessen angemessen berücksichtigen, sind verhältnismässig und damit rechtmässig.

A. Auftrag

- ¹ Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten – EDA – (Generalsekretariat) hat dem Verfasser den folgenden Gutachtensauftrag erteilt:

«1. Ausgangslage

Im europapolitischen Diskurs bestehen bzgl. der dynamischen Rechtsübernahme, ausserhalb der Diskussion um einen möglichen Souveränitätsverlust, Ängste über unbeabsichtigte langfristige Folgen auf heute noch nicht zu erwartende Bereiche wie den liberalen Arbeitsmarkt oder die Zuwanderung. Es wird angezweifelt, dass die dynamische Rechtsübernahme, wie in den Binnenmarktabkommen vorgesehen, innerhalb des derzeit geltenden Rechtsrahmens der Binnenmarktabkommen (Scope) beschränkt bleibt, sondern durch Entschiede der EU, auf andere heute noch nicht zu bezeichnende Bereiche/Rechtsakte ausgedehnt werden kann. Es wird primär auf Kapitel 6 im VHM und die daraus resultierenden Änderungen der bestehenden und neuen Binnenmarktabkommen Bezug genommen.

Die CH und die EU können im Falle des Nichteinhaltens vertraglicher Verpflichtungen der Gegenpartei «verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen» treffen. Es bestehen hierzu Bedenken im Hinblick auf die unerwünschte Beeinflussung des schweizerischen politischen Entscheidungsfindungsprozesses sowie in Bezug auf die Berechnung, Höhe, Inhalt und Ausgestaltung solcher «verhältnismässiger Ausgleichsmassnahmen» im Vergleich zu «unverhältnismässigen» oder «willkürlichen» Ausgleichsmassnahmen.

2. Gegenstand/Aufgabenstellung/Kompetenzen

Frage 1

Inwiefern sind die Bedenken, dass durch die künftige dynamische Rechtsübernahme Rechtsentwicklungen in den heutigen Bilateralen I und in neuen künftig abgeschlossenen Binnenmarktabkommen zu übernehmen sind, die über den bisherigen Scope der Abkommen hinausgehen, begründet?

Inwieweit ist die Schweiz verpflichtet, Rechtsakte zu übernehmen, welche Kernbereiche des individuellen Arbeitsrechts (Mindestlöhne, 35-Stunden-Woche, Ferienansprüche, Mutterschafts- oder Elternurlaub etc.), die heute innenpolitisch chancenlos wären bzw. geeignet wären, den liberalen Arbeitsmarkt der Schweiz zu gefährden?

Frage 2

Der Begriff der Ausgleichsmassnahme wird weder in den ausgehandelten Binnenmarktabkommen noch im sonstigen bilateralen Recht näher definiert. Wie ist er zu verstehen; welche rechtlichen Prinzipien kommen bei der Gestaltung von «verhältnismässigen» Ausgleichsmassnahmen im Lichte der Staatenpraxis und der Rechtsprechung internationaler Spruchkörper zur Anwendung?

Was lässt sich daraus ableiten und übertragen in Bezug auf den Inhalt möglicher Ausgleichsmassnahmen im künftigen Verhältnis CH-EU?

Wann wären Ausgleichsmassnahmen verhältnismässig bzw. unverhältnismässig oder willkürlich?

- 2 Im Folgenden soll zunächst Frage 1 beantwortet werden, nämlich ob und inwieweit die Bedenken begründet sind, dass die dynamische Rechtsübernahme (im Folgenden auch «dynamische Anpassung»¹) zum Einfallstor für (rein hypothetische, über-) ambitionierte arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften der EU werden könnte, die weder heute noch in absehbarer Zukunft der Mehrheitsmeinung in der Schweizer Legislative entsprächen (Frage 1). Die Studie kommt zum Ergebnis, dass dies nicht der Fall ist.
- 3 Frage 2 zielt auf die nähere Bestimmung von Inhalt und Tragweite der erlaubten Reaktion auf Nichteinhaltung der vertraglichen Verpflichtungen. Dabei wird, dem ausdrücklichen Wunsch des EDA entsprechend, verwandten Regelungen sowie diesbezüglicher Praxis besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

B. Frage 1: Erweitert die «Verpflichtung zur dynamischen Anpassung» den Anwendungsbereich der Bilateralen?

I. Einleitung

- 4 Mit dem vorgelegten Vertragspaket strebt der Bundesrat (BR) die Fortsetzung des «bilateralen Wegs» an, der in den letzten Jahren fragil geworden ist.² Die «voie bilatérale» geniesst in der schweizerischen Bevölkerung und Wirtschaft breite Unterstützung³:

¹ Siehe beispielhaft Art. 5 des Institutionellen Protokolls zum Freizügigkeitsabkommen (IP-FZA), der die Integration von Rechtsakten der Union in das Abkommen zum Gegenstand hat; vgl. auch Art. 10 Abs. 3 S. 2 IP-FZA («Verpflichtung zur dynamischen Anpassung»).

² Seit dem 26. Mai 2021 wird das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, SR 0.946.526.81 (Abkommen über technische Handelshemmnisse, *Mutual Recognition Agreement*, MRA) nicht mehr aufdatiert. Siehe Europäische Kommission, DG for Health and Food Safety, Brussels, 26 May 2021, *Notice to Stakeholders: Status of the EU-Switzerland Mutual Recognition Agreement (MRA) for Medical Devices*, health.ec.europa.eu/system/files/2021-05/mdcg_eu-switzerland_mra_en_0.pdf.

³ Siehe beispielsweise gfs.bern im Auftrag der Interpharma, *Bilaterale im Zeichen neuer Verträge, Standort Schweiz 2025 – Europafragen*, März 2025; *economiesuisse* und der Schweizerische

Der durch die Binnenmarktabkommen ermöglichte privilegierte Zugang zum EU-Binnenmarkt, aber auch sonstige Vorteile, etwa die für zahlreiche Branchen, insbesondere forschende Pharmaindustrie, bedeutsame Beteiligung an EU-Forschungsprogrammen werden geschätzt und tragen zur Attraktivität des Standortes Schweiz bei.

- 5 In seinem Auftrag weist das EDA darauf hin, dass unbeschadet dessen interessierte Kreise die Besorgnis hegten, die nunmehr ins Auge gefasste «dynamischen Rechtsübernahme» («dynamic alignment») könne zur Übernahme auch von Regeln führen, die über den bisherigen Anwendungsbereich jener Binnenmarktabkommen hinausgehen. Es wird befürchtet, dass auf diese Weise – und im Unterschied zum Status quo – Kernbereiche der liberalen schweizerischen Rechtsordnung «europäisiert» werden könnten.
- 6 Die in den Institutionellen Protokollen (IP)⁴ vorgesehene *dynamische Anpassung* stellt sich in Tat und Wahrheit als Mechanismus zur Aufdatierung der jeweiligen Binnenmarktabkommen dar. Dabei wird mit dem «Aufdatierungsbeschluss» des Gemischten Ausschusses (im Folgenden: GA) jeweils ein eigener (neuer) völkerrechtlicher Vertrag geschlossen, der jeweils unter dem Vorbehalt der internen Voraussetzungen für die wirksame Vereinbarung eines völkerrechtlichen Abkommens steht. Damit kann von einer «automatischen» Rechtsübernahme keine Rede sein.⁵

Arbeitgeberverband (SAV), *Bilaterale III: Wirtschaft unterstützt das Paket und fordert unternehmensfreundliche Umsetzung*, Medienmitteilung, 11.07.2025, <https://www.economiesuisse.ch/de/artikel/bilaterale-iii-wirtschaft-unterstuetzt-das-paket-und-fordert-unternehmensfreundliche>, economiesuisse, *Bilaterale III: Eine Chance für die Schweiz*, Medienmitteilung, 15.12.2023; Swissmem, *Swissmem beschliesst Zustimmung zu den Bilateralen III – liberaler Arbeitsmarkt muss aber gewahrt bleiben*, <https://www.swissmem.ch/de/engagement/politik/bilaterale-iii.html>; Schweizerischer Arbeitgeberverband, *Bilaterale III: Arbeitgeber begrüßen Abschluss der Verhandlungen*, Medienmitteilung, 20. Dezember 2024, <https://www.arbeitgeber.ch/allgemein/bilaterale-iii-arbeitgeber-begruessen-abschluss-der-verhandlungen/>; Interpharma, *Zugang zu Exportmärkten sichern*, <https://www.interpharma.ch/themen/starke-wirtschaftliche-rahmenbedingungen/zugang-zu-exportmaerkten-sichern/>; Schweizerische Bankiervereinigung, *Bilateralen Weg Schweiz-EU sichern und weiterentwickeln*, <https://www.swissbanking.ch/de/medien/news/bilateraler-weg-schweiz-eu-sichern-und-weiterentwickeln>.

- 4 Diese werden den vier bestehenden Binnenmarktabkommen beigelegt, sodass folgende institutionelle Protokolle bestehen: Institutionelles Protokoll zum FZA (IP-FZA), Institutionelles Protokoll zum Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (IP-MRA), Institutionelles Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (IP-LandVA) sowie Institutionelles Protokoll über den Luftverkehr (IP-LuftVA). Eine Ausnahme bildet das Landwirtschaftsabkommen. Gemäss dem Verhandlungsergebnis besteht dieses Abkommen aus zwei Teilen: einem Agrarteil sowie einem Teil zur Lebensmittelsicherheit. Während das Änderungsprotokoll zum Landwirtschaftsabkommen keine Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme vorsieht, enthält das Protokoll zum Landwirtschaftsabkommen zur Errichtung eines gemeinsamen Lebensmittelsicherheitsraums eine solche Verpflichtung in Art. 13.
- 5 Die scheinbaren Ausnahmen hierzu betreffen Bereiche, in denen die Einheitlichkeit der Standards Voraussetzung für das technische Funktionieren der jeweiligen Märkte darstellen; zudem ist die Schweiz befugt, in diesen Fällen zu widersprechen. Siehe Art. 15 des Protokolls zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen zur Errichtung eines

- 7 Dies sei am Beispiel des für Frage 1 zentralen Freizügigkeitsabkommens⁶ veranschaulicht: Die *künftigen Änderungen* der in Anhang I des FZA «neuer Fassung» (n.F.) gelisteten EU-Rechtsakte⁷ sollen schnellstmöglich durch Beschluss des paritätisch besetzten GA in das Abkommen integriert werden (Art. 5 Abs. 1 IP-FZA).⁸ Der GA-Beschluss stellt einen völkerrechtlichen Vertrag dar, mit dem das FZA n.F. modifiziert würde. Da das entsprechend geänderte Binnenmarktabkommen in den monistischen Rechtsordnungen beider Vertragsparteien ohne weiteren Umsetzungsakt gilt,⁹ würde diese Modifikation die Rechtslage in der Schweiz unmittelbar verändern.
- 8 Aus diesem Grund steht die Aufdatierung des jeweiligen Binnenmarktabkommens und der Beschluss des Gemischten Ausschusses unter dem Vorbehalt der Erfüllung der innerstaatlichen Voraussetzungen für den Abschluss eines Staatsvertrages, Art. 166 BV. Die Schweizer Vertreterin bzw. der Schweizer Vertreter ist zur Mitwirkung an der Aufdatierung des Vertrages nur befugt, sofern die hierfür erforderliche

gemeinsamen Lebensmittelsicherheitsraums: «Vorübergehende Anwendung von auf der Grundlage der in Anhang I aufgeführten Rechtsakte erlassenen Rechtsakte

1. Wenn ein auf der Grundlage der in Anhang I aufgeführten Rechtsakte erlassener Rechtsakt in der Union anwendbar ist, bevor der betreffende Beschluss des Gemischten Ausschusses für Lebensmittelsicherheit nach Artikel 13 Absatz 4 gefasst wurde, wendet die Schweiz jenen Rechtsakt ab dem Tag seiner Anwendung in der Union vorübergehend an, damit die gleichzeitige Anwendung gewährleistet ist.

Eine vorübergehende Anwendung gemäss Unterabsatz 1 endet mit dem Inkrafttreten des Beschlusses des Gemischten Ausschusses für Lebensmittelsicherheit nach Artikel 13 Absatz 8 oder mit dessen vorläufiger Anwendung nach Artikel 14 Absatz 3, es sei denn, der Gemischte Ausschuss für Lebensmittelsicherheit beschliesst einen späteren Zeitpunkt.» Siehe insb. Artikel 14 Absatz 3 S. 1 Hs. 2.

Siehe auch Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über Elektrizität (im Folgenden: Stromabkommen), Anhang I (Strom), Vermerk zu VO 2015/1222, 7. (b) (vi): «neue oder geänderte TCM, die von ACER gemäss dem in der Verordnung (EU) 2015/1222 festgelegten Verfahren angenommen werden, werden von der schweizerischen Regulierungsbehörde innerhalb eines Monats zum Bestandteil der schweizerischen Regulierung gemacht. Die TCM sind ab dem Zeitpunkt ihrer Anwendung in der Union in der Schweiz vorläufig anwendbar. Die vorläufige Anwendung endet mit der Aufnahme als Bestandteil der schweizerischen Regulierung durch die schweizerische Regulierungsbehörde.»

⁶ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

⁷ Siehe dazu *infra* unter Rz. 42 ff.

⁸ Art. 5 Abs. 1 IP-FZA: «Zur Gewährleistung der Rechtssicherheit und der Homogenität des Rechts im Bereich betreffend den Binnenmarkt, an dem die Schweiz durch das Abkommen teilnimmt, sorgen die Union und die Schweiz dafür, dass die in den Bereich des Abkommens fallenden Rechtsakte der Union nach ihrer Verabschiedung so rasch wie möglich in das Abkommen integriert werden.» Diese Verpflichtung nennt Art. 10 Abs. 3 «Verpflichtung zur dynamischen Anpassung».

⁹ Art. 5 Abs. 2 IP-FZA: «Rechtsakte der Union, die gemäss Absatz 4 in das Abkommen integriert werden, werden durch ihre Integration Teil der Schweizer Rechtsordnung, gegebenenfalls vorbehaltlich der vom Gemischten Ausschuss beschlossenen Anpassungen.» Der in Bezug genommene Absatz 4 lautet: «Der Gemischte Ausschuss handelt gemäss Absatz 1 und fasst so rasch wie möglich einen Beschluss zur Änderung der Anhänge I bis III des Abkommens, einschliesslich der erforderlichen Anpassungen.»

Genehmigung nach Massgabe des schweizerischen Verfassungsrechts¹⁰ durch die Bundesversammlung oder den Bundesrat erteilt worden ist.¹¹

II. Das Verhältnis Schweiz – EU bleibt auch künftig ein Verhältnis der Gleichordnung auf Grundlage eines völkerrechtlichen Vertrags

- 9 Die Beziehungen zwischen der Schweiz und ihrer Nachbarin sind völkerrechtlicher Natur: Sie richten sich nach dem allgemeinen Völkerrecht, vor allem aber nach den von den beiden Akteuren geschlossenen Verträgen. Konkret bestimmen im Falle ihres Inkrafttretens ausschliesslich die am 20.12.2024 ausverhandelten Reformverträge, ob und wie die Schweiz an das rechtliche Regime des Binnenmarktes «andockt»; das Recht der EU ist insoweit nicht massgeblich.
- 10 Damit ist die aufgeworfene Frage, inwieweit die Schweiz verpflichtet sein könnte, Regeln zu übernehmen, welche Kernbereiche des schweizerischen Arbeitsrechts ändern würden, durch Auslegung dieser Verträge gemäss Artikel 31 und 32 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) zu ermitteln.¹²

III. Das Kennzeichen der «aktualisierten» Binnenmarktabkommen der Bilateralen I: dynamische Rechtsübernahme (Anpassung) im unveränderten («statischen») Anwendungsbereich

- 11 Die Verpflichtung zur Ermöglichung der dynamischen Anpassung betrifft gemäss Art. 5 der Institutionellen Protokolle (IP) nur solche EU-Regelungen, welche für die Bereiche des EU-Binnenmarktes massgeblich sind, «an denen die Schweiz teilnimmt».¹³ An welchen Bereichen die Schweiz am Binnenmarkt teilnimmt, wird durch

¹⁰ Siehe Art. 141 und 141a BV, SR 101.

¹¹ Vgl. Art. 7a RVOG, SR 172.010:

«1 Der Bundesrat kann völkerrechtliche Verträge selbstständig abschliessen, ändern oder kündigen, soweit er durch ein Bundesgesetz oder einen von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtlichen Vertrag dazu ermächtigt ist. [...]

2 Er kann völkerrechtliche Verträge von beschränkter Tragweite selbstständig abschliessen. [...]

3 Von beschränkter Tragweite sind namentlich völkerrechtliche Verträge oder Änderungen von völkerrechtlichen Verträgen, die: a. für die Schweiz keine neuen Pflichten begründen oder keinen Verzicht auf bestehende Rechte zur Folge haben; b. dem Vollzug von Verträgen dienen, die von der Bundesversammlung genehmigt worden sind und lediglich die im Grundvertrag bereits festgelegten Rechte, Pflichten oder organisatorischen Grundsätze näher ausgestalten; c. sich an die Behörden richten und administrativ-technische Fragen regeln.»

¹² Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, abgeschlossen in Wien am 23. Mai 1969, SR 0.111.

¹³ Die Formulierungen in den Abkommen variieren leicht: «die Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt der Union» oder «unter Wahrung [...] des sektoriellen Charakters [der] Beteiligung [der Schweiz] am Binnenmarkt der Union» oder auch «Bereichen des Binnenmarkts, an denen

das jeweilige Marktzugangsabkommen (Binnenmarktabkommen) festgelegt. Dieses bestimmt zugleich, welche EU-Regeln Gegenstand der grundsätzlichen Aufdatierungsverpflichtung sind.

- 12 Bevor unter Zugrundelegung von Wortlaut, Kontext sowie Sinn und Zweck des jeweiligen Vertrages¹⁴ geprüft wird, welchen Gehalt sein Anwendungsbereich hat, ist zu klären, ob die der Anpassung in Art. 5 IP eigene «Dynamik» auch den *Umfang* der zu übernehmenden Regeln betrifft. Wäre dies der Fall, wäre der Anwendungsbereich also *nicht* «statisch» – die Schweiz hätte dann das Recht der EU betreffend Arbeitnehmende «dynamisch» zu übernehmen. Die Frage nach dem Ausmass des zu übernehmenden Rechts hätte sich dann erübrigt: Künftig wäre sämtliches neue EU-Recht in das FZA n.F. zu übernehmen.¹⁵
- 13 Allerdings wird die Auslegung ergeben, dass der Anwendungsbereich statisch ist. Deshalb wird in einem zweiten Schritt zu klären sein, *welchen Inhalt* der Anwendungsbereich des FZA n.F. (und gegebenenfalls andere Binnenmarktabkommen mit Bezug auf Arbeitnehmende) umfasst.

1. Die neuen Abkommen Schweiz – EU schreiben im Wesentlichen den Anwendungsbereich («Scope») der Bilateralen 1999 fest

- 14 Art. 1 Abs. 1 und 2 IP-FZA bestimmen:

«Ziel dieses Protokolls ist es, den Vertragsparteien sowie den Wirtschaftsakteuren und Privatpersonen in dem Bereich betreffend den Binnenmarkt, der in den Geltungsbereich des Abkommens fällt, grössere Rechtssicherheit, Gleichbehandlung und gleiche Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten.

Zu diesem Zweck sieht dieses Protokoll neue institutionelle Lösungen vor, die einen kontinuierlichen und ausgewogenen Ausbau der Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien ermöglichen. Unter Berücksichtigung der

die Schweiz teilnimmt» (Präambel der IP-FZA); «Bereich betreffend den Binnenmarkt, der in den Geltungsbereich des Abkommens fällt» (Art. 1 Abs. 1 IP-FZA); «Bereichen betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt» bzw. «Bereich betreffend den Binnenmarkt, an dem die Schweiz teilnimmt» (siehe etwa Art. 1 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 und 2, Art. 5 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1; Anlage über das Schiedsgericht Art. II.2 Abs. 4, Art. III.6 Abs. 3, Art. IV.2 Abs. 4, Art. IV.6 Abs. 2 IP-FZA). Siehe aber auch Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über den regelmässigen finanziellen Beitrag der Schweiz zur Verringerung der wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheiten in der Europäischen Union, Präambel, 2. Erwägungsgrund: «Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt».

¹⁴ «Object and purpose», vgl. Art. 31, 32 WVK (Fn. 12).

¹⁵ Auch in diesem Fall käme es indes nicht zur direkten Anwendbarkeit von EU-Arbeitnehmerschutznormen in der Schweiz. Beim Arbeitnehmerschutz stellt sich die Frage, ob es sich nicht sogar um wichtige rechtssetzende Bestimmungen i.S.v. Art. 141 Abs. 3 lit. d Ziff. 3 BV handelt (vgl. auch Art. 164 BV). Dies würde in jedem Fall die Möglichkeit eines fakultativen Staatsvertragsreferendums eröffnen, womit eine Übernahme gegen den «Volkswillen» a priori ausgeschlossen wäre.

Grundsätze des Völkerrechts legt dieses Protokoll namentlich institutionelle Lösungen für das Abkommen fest, die allen bisherigen und künftigen bilateralen Abkommen in den Bereichen betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt, gemeinsam sind, *ohne den Geltungsbereich oder die Ziele des Abkommens zu ändern* [...] [Herv. d. Verf.]»¹⁶

- 15 Die durch die Institutionellen Protokolle und die Änderungsprotokolle geänderten Binnenmarktabkommen behalten den im Jahr 1999 festgelegten Anwendungsbereich grundsätzlich bei. Denn sie knüpfen ausdrücklich an die vor über 20 Jahren ausverhandelten Abkommen von 1999 an, die seit 2002 in Kraft sind. Nur soweit eine ausdrückliche Ergänzung vorgenommen wurde («as amended and supplemented by this Protocol»), ändert sich der bisherige Anwendungsbereich.¹⁷ Die genuin «neuen» Binnenmarktabkommen, etwa das Stromabkommen, gehen selbstverständlich über den Anwendungsbereich der bisherigen Abkommen hinaus. Angesichts der Konkretisierung der Frage im Hinblick auf das Arbeitsrecht sind diese hier nicht weiter zu untersuchen.
- 16 Die auf den ersten Blick komplizierte Struktur des Vertragswerkes stellt sicher, dass die Binnenmarktabkommen von 1999 lediglich punktuell aufdatiert und angepasst werden. Hätte man hingegen die Architektur der von der Union unlängst ausgehandelten Assoziierungsabkommen mit Andorra und San Marino,¹⁸ des TCA¹⁹ oder des EWR-Vertrages²⁰ übernommen und das Verhältnis zur Union in einer gesamthaften vertraglichen Regelung sichern wollen, wäre es schwergefallen, die Anwendungsbe-
reiche der bisherigen Binnenmarktabkommen jeweils trennscharf beizubehalten. Hin-
gegen ist dies bei den hier zu untersuchenden Vertragsentwürfen ohne weiteres der
Fall; dieses Ergebnis entsprach erklärtermassen dem Wunsch des Bundesrates.

¹⁶ «The objective of this Protocol is to guarantee, for the Contracting Parties, economic operators and individuals, greater legal certainty, equal treatment and a level playing field in the *parts of the internal market falling under the scope of the Agreement between the European Community and its Member States*, of the one part, and the Swiss Confederation, of the other, on the free movement of persons *as amended and supplemented by this Protocol* (hereinafter referred to as the Agreement).» [Herv. d. Verf.] Ähnliche Formulierung befinden sich auch im IP-MRA, IP-LandVA sowie im IP-LuftVA.

¹⁷ So heisst es beispielsweise im Protokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen zur Errichtung eines gemeinsamen Lebensmittelsicherheitsraums: «in Ergänzung des geänderten [Landwirtschaftsabkommens]»; «Zweck dieses Protokoll ist es, den Geltungsbereich des [Landwirtschaftsabkommens] auf die gesamte Lebensmittelkette auszuweiten [...]».

¹⁸ Siehe European Commission, Proposal for a Council Decision on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Agreement establishing an association between the European Union and the Principality of Andorra and the Republic of San Marino respectively, COM(2024) 189 final, Annexes, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52024PC0189#footnote1>.

¹⁹ Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Grossbritannien und Nordirland andererseits, ABl. L 149 vom 30.4.2021, S. 10.

²⁰ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl. L 1 vom 3.1.1994, S. 3.

- 17 Der statische Charakter der «Brücke» zwischen schweizerischer und EU-Rechtsordnung scheint bei erstem Hinsehen nur schwer mit dem Anliegen vereinbar, der Schweiz die volle Teilhabe an der Dynamik des EU-Binnenmarkts und seiner Rechtsordnung zu vermitteln. Indes liegt dieser Sichtweise eine verkürzte (und insoweit irreführende) Beschreibung des Status quo sowie der Rechtslage nach Inkrafttreten des Vertragspakets vom 20.12.2024 zugrunde: Im Unterschied zu den EWR-Staaten nimmt die Schweiz gerade nicht «am Binnenmarkt» teil, sondern lediglich an einzelnen Bereichen des Binnenmarkts («sektorieller Charakter der Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt der Union», «Bereich betreffend den Binnenmarkt, der in den Geltungsbereich des Abkommens fällt», «Abkommen in den Bereichen betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt»)²¹. Die Demarkationslinien der Sektoren des Binnenmarktregimes, deren künftige Änderungen durch GA-Beschluss in den Vertrag zu übernehmen sind, werden durch die vor einem Vierteljahrhundert geschlossenen «Bilateralen I» von 1999/2002, durch eine jahrzehntelange Staatspraxis sowie durch die diese Staatspraxis im wesentlichen konsolidierenden Änderungsprotokolle definiert.
- 18 Um die Bedeutung dieses Umstandes recht würdigen zu können, erscheint ein kurzer historischer Rückblick angezeigt: Nachdem Volk und Stände am 6. Dezember 1992 den Vorschlag zurückgewiesen hatten, das *gesamte* EU-Binnenmarktrecht zu rezipieren, schlug der Bundesrat beim nächsten Anlauf zu geordneten Beziehungen mit der EU eine deutlich weniger weitgehende Anbindung an den EU-Binnenmarkt vor, als dies im EWR-Entwurf vorgesehen gewesen war.²² Das Votum des 6. Dezembers 1992 berücksichtigend, beschränkte man sich bewusst auf vergleichsweise enge Bereiche des Binnenmarktes, sodass die Bilateralen I nur eine Teilmenge des Binnenmarktrechts übernahmen.

19

²¹ So die Formulierungen in den IP, Präambel, Art. 1 Abs. 1 und 2; siehe dazu auch EuGH Rs. C-351/08, *Grimme*, ECLI:EU:C:2009:697: «26. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das [FZA] eines von sieben sektorspezifischen Abkommen ist, die die Vertragsparteien am 21. Juni 1999 unterzeichnet haben [...] [27.] [...] Die Schweizerische Eidgenossenschaft hat damit das Vorhaben eines integrierten wirtschaftlichen Ganzen mit einem einheitlichen Markt, gestützt auf gemeinsame Regeln für seine Mitglieder, abgelehnt und es vorgezogen, in bestimmten Bereichen bilaterale Vereinbarungen mit der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten abzuschließen. Daher ist die Schweizerische Eidgenossenschaft nicht dem Binnenmarkt der Gemeinschaft beigetreten, mit dem alle Hindernisse beseitigt werden sollen, um einen Raum vollständiger Freizügigkeit entsprechend einem nationalen Markt zu schaffen [...]»; ähnlich auch Rs. C-70/09 *Hengartner and Gasser* ECLI:EU:C:2010:430, Rz. 41; Rs. C-541/08 *Fokus Invest AG* ECLI:EU:C:2010:74, Rz. 27 ff.; Rs. C-355/16 *Picart* ECLI:EU:C:2018:184, Rz. 29.

²² Vgl. EFTA Court, Case E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, Rz. 59: «[...] the EEA Agreement is an international treaty *sui generis* which contains a distinct legal order of its own. [...] The depth of integration of the EEA Agreement is less far-reaching than under the EC Treaty, but the scope and the objective of the EEA Agreement goes beyond what is usual for an agreement under public international law.»

Diese *bloss sektorielle* Integration²³ wird durch das Vertragspaket vom 20.12.2024 fortgesetzt. Lediglich die Regelungsdynamik wird verstärkt, während der Anwendungsbereich unverändert bleibt. Dieses Verständnis des FZA wird durch das Institutionelle Protokoll (IP-FZA) bekräftigt und konkretisiert.²⁴

a. Konkretisierung in Art. 1 Abs. 2 des IP-FZA

20 Dieses Gutachten hat die Frage zu behandeln, inwieweit die Schweiz beim Abschluss des FZA n.F. völkerrechtlich gehalten wäre, (hypothetische) ambitionierte arbeits- und sozialrechtliche EU-Gesetzgebung zu übernehmen. Da das FZA gemäss seiner Präambel u.a. dem Zweck dient, für *Arbeitnehmende* Personenfreizügigkeit auf der Grundlage der in der EU geltenden Regeln herbeizuführen, könnte die dynamische Rechtsübernahme künftigen Rechts im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit allenfalls ein prädestiniertes Einfallstor für zukünftige Entwicklungen des EU-Rechts in diesem Bereich sein. Dann würde, so die zugrunde zu legende Befürchtung, der Entscheid des EU-Gesetzgebers, wie er seine Kompetenzen im Bereich der Personenfreizügigkeit oder der Sozialpolitik ausnutzen will, das Ausmass der Rechtsübernahme bestimmen.

21 Diese Befürchtung ist indes unbegründet: Art. 1 Abs. 2 IP-FZA stellt sicher, dass der Anwendungsbereich begrenzt bleiben wird:

«[D]ieses Protokoll [sieht] neue institutionelle Lösungen vor, die einen kontinuierlichen und ausgewogenen Ausbau der Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien ermöglichen. Unter Berücksichtigung der Grundsätze des Völkerrechts legt dieses Protokoll namentlich institutionelle Lösungen für das Abkommen fest, die allen bisherigen und künftigen bilateralen Abkommen in *den Bereichen betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt, gemeinsam sind, ohne den Geltungsbereich oder die Ziele des Abkommens zu ändern*, insbesondere: (a) das Verfahren zur *Angleichung* des Abkommens an die für das Abkommen relevanten Rechtsakte der Union [...] [Herv. d. Verf.]²⁵»

22 Damit wird eindeutig festgehalten, dass unbeschadet der vorgesehenen Internalisierung künftigen EU-Sekundärrechts in die vertragliche Beziehung, das «Andocken» der Schweiz an die Rechtsordnung der EU seinem Ausmass nach streng limitiert ist, und

²³ Siehe EuGH in Rs. C-547/10 P, *Schweizerische Eidgenossenschaft / Kommission (Flughafen Zürich)*, ECLI:EU:C:2013:139, Rz. 79: «die Schweizerische Eidgenossenschaft [ist] nicht dem Binnenmarkt der Union beigetreten, mit dem alle Hindernisse beseitigt werden sollen, um einen Raum vollständiger Freizügigkeit entsprechend einem nationalen Markt zu schaffen, der u. a. die Dienstleistungsfreiheit umfasst (vgl. Urteile Grimme, Rz. 27, sowie vom 15. Juli 2010, Hengartner und Gasser, C-70/09, Slg. 2010, I-7233, Rz. 41).»

²⁴ Institutionelles Protokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit.

²⁵ «[...] [T]his Protocol provides new institutional solutions facilitating a continuous and balanced strengthening of economic relations between the Contracting Parties. Taking account of the principles of international law, this Protocol lays down in particular institutional solutions for the Agreement, which are common to the agreements concluded or to be concluded in *the fields related to the internal market in which Switzerland participates, without changing the scope or the objectives of the Agreement*, notably: (a) the procedure to align the Agreement on legal acts of the European Union relevant to the Agreement [...] [Herv. d. Verf.]

zwar auf den durch die Verträge determinierten Anwendungsbereich. Die Kombination von (ausgewähltem und ausgehandeltem) «statischem Anwendungsbereich», einerseits, und «dynamischer Aufdatierung» sämtlicher Binnenmarktabkommen, andererseits, wird damit ein Kennzeichen der reformierten Beziehungen Schweiz – EU werden.

- 23 Dieser Befund unterscheidet die geänderten Binnenmarktabkommen sowohl vom EWR-Vertrag²⁶ als auch von dem Assoziierungsabkommen, das die EU mit Andorra und San Marino²⁷ ausgehandelt hat. Diese weisen nicht die souveränitätsschonenden engen sektoriellen Anwendungsbereiche auf, welche der Bundesrat vor dem Hintergrund des sechs Jahre zuvor ausgesprochenen «Neins» des Stimmvolkes in den Bilateralen I erreichen konnte. Vielmehr ist dort *das* Recht des EU-Binnenmarktes zu übernehmen.

b. Die Auflistung der in Bezug genommenen EU-Sekundärrechtsakte in Anhang I n.F.

- 24 Der Vertragsentwurf enthält eine weitere Absicherung gegen eine unerwünschte Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung ausserhalb des bisherigen Anwendungsbereichs: Im FZA n.F. wird Anhang I des Abkommens dahingehend geändert, dass nicht mehr das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende EU-Recht paraphrasiert wird, wie das bislang der Fall ist.²⁸ Vielmehr wird nunmehr im Abschnitt 1, UAbs. 1 festgehalten, dass

«[f]ür die Zwecke der Anwendung der Artikel 2 bis 9 dieses Abkommens [...] die in Abschnitt 2 dieses Anhangs aufgeführten Rechtsakte der Union [gelten] vorbehaltlich des Grundsatzes der dynamischen Anpassung gemäss Artikel 5 des Institutionellen Protokolls zu diesem Abkommen sowie vorbehaltlich der in Absatz 7 dieses Artikels aufgeführten Ausnahmen.²⁹»

²⁶ Dort heisst es in Art. 1 Abs. 2 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, Fn. 20: «Zur Verwirklichung der in Absatz 1 genannten Ziele umfasst die Assoziation im Einklang mit den Bestimmungen dieses Abkommens: a) den freien Warenverkehr, b) die Freizügigkeit, c) den freien Dienstleistungsverkehr, d) den freien Kapitalverkehr, e) die Einrichtung eines Systems, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt und die Befolgung der diesbezüglichen Regeln für alle in gleicher Weise gewährleistet, sowie f) eine engere Zusammenarbeit in anderen Bereichen wie Forschung und Entwicklung, Umwelt, Bildungswesen und Sozialpolitik.»

²⁷ Siehe Fn. 18.

²⁸ Änderungsprotokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (ÄP-FZA), Anhang I («Änderungen des Anhangs I des Abkommens»); wie *infra* (Rz. 35 ff.) gezeigt wird, kann dennoch bereits ein Anwendungsbereich ermittelt werden, der deutlich enger als «das Recht der EU zur Personenfreizügigkeit» oder gar zuzüglich «dem Recht der EU betreffend die Rechte von Arbeitnehmenden und Sozialpolitik» ist.

²⁹ Anhang I, Änderungen des Anhangs I des ÄP-FZA, Abschnitt 1: «[f]or the purpose of the application of Articles 2 to 9 of the Agreement, the legal acts of the European Union listed in Section 2 of this Annex, shall apply subject to the principle of dynamic alignment referred to in Article 5 of the Institutional Protocol, as well as subject to the exceptions listed in paragraph 7 of that Article [...]».

- 25 Im folgenden Abschnitt 2 werden die Rechtsakte des Unionsrechts gelistet, die (vorbehaltlich der Ausnahmen!) Gegenstand der dynamischen Anpassung («dynamic alignment») sein sollen. Ähnlich werden die Dinge in Anhang 2 und 3 angegangen. Diese Rechtsakte stellen im Hinblick auf die Personenfreizügigkeit den per 20.12.2024 einvernehmlich definierten Bezugspunkt für die in Art. 5 IP-FZA vorgesehene Dynamisierung der «in den Bereichen des Abkommens fallenden Rechtsakte der Union» («legal acts of the European Union relevant to the Agreement») dar. Die gelisteten Rechtsakte definieren nicht etwa an sich den Anwendungsbereich; dieser ergibt sich vielmehr aus den operationellen Vertragsbestimmungen des FZA n.F. Aber die ausgehandelte Liste hält fest, was die Vertragsparteien als in den Anwendungsbereich fallend ansahen: Die zu diesem Zeitpunkt bestehenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen des EU-Rechts zählen nicht dazu.
- 26 Wie sehr das Bild eines petrifizierten Anwendungsbereichs den Vorstellungen der Vertragsparteien entspricht, zeigt sich auch am Beispiel einer Ausnahmebestimmung in Anhang I Abschnitt 2 des ÄP-FZA: Dort wird die Verordnung (EU) 2018/1724 über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors zu Informationen, Verfahren, Hilfs- und Problemlösungsdiensten³⁰ in das FZA aufgenommen; künftige Änderungen dieser Verordnung werden im Verhältnis Schweiz-EU grundsätzlich nachzuvollziehen sein. Dabei weist diese Verordnung eine Besonderheit auf. Ihr Inhalt liegt nach übereinstimmender Einschätzung der Vertragsparteien *teilweise* ausserhalb des Anwendungsbereichs des Abkommens:
- «Einige der in Anhang I der Verordnung (EU) 2018/1724 genannten Bereiche und einige der in Anhang II dieser Verordnung genannten Verfahren fallen nicht in den Geltungsbereich dieses Abkommens. Die Aufnahme dieser Verordnung in dieses Abkommen berührt den Geltungsbereich dieses Abkommens nicht.»
- 27 Diese Formulierung bestätigt wiederum das bisherige Ergebnis der Auslegung des massgeblichen Vertrages zwischen der Schweiz und der EU: Die Vertragsparteien erklären, dass zum Zeitpunkt des Verhandlungsabschlusses ein fest definierter, statischer Anwendungsbereich besteht, der nur eine kleine Teilmenge des Europäischen Binnenmarktrechts und eine noch kleinere Teilmenge des die Arbeitnehmenden betreffenden EU-Rechts erfasst. Dieser «Scope» ergibt sich nicht etwa aus dem Unionsrecht, sondern ausschliesslich aus dem jeweiligen völkerrechtlichen Vertrag, hier dem ÄP-FZA. In einem Streitfall hätte damit das Schiedsgericht abschliessend zu entscheiden; die Voraussetzungen für die Anrufung des EuGH liegen nicht vor (Art. III.9 der Anlage über das Schiedsgericht (SchiedsGA)).

³⁰ «32018 R 1724: Verordnung (EU) 2018/1724 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 2. Oktober 2018 über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors zu Informationen, Verfahren, Hilfs- und Problemlösungsdiensten und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 (ABl. L 295 vom 21.11.2018, S. 1), geändert durch [...]».

- 28 Damit kann die erste Teilfrage von *Frage 1* (*«Inwiefern sind die Bedenken, dass durch die künftige dynamische Rechtsübernahme Rechtsentwicklungen in den heutigen Bilateralen I und in neuen künftig abgeschlossenen Binnenmarktabkommen zu übernehmen sind, die über den bisherigen Scope der Abkommen hinausgehen, begründet?»*) beantwortet werden: Die «dynamische Rechtsübernahme» findet ausschliesslich im Rahmen des Anwendungsbereichs des jeweiligen Abkommens statt (etwa: FZA n.F.); dieser entspricht grundsätzlich dem bisherigen Anwendungsbereich und wurde nur vereinzelt und punktuell modifiziert. Die Bedenken, man habe sich nunmehr in umfassender Weise verpflichtet, «das» wirtschaftsrelevante EU-Recht zu übernehmen, sind daher unbegründet.

IV. Die Parameter des statischen Anwendungsbereiches

1. Die Reformverträge bestimmen den Anwendungsbereich

- 29 Nach dem Vorhergesagten steht fest, dass unter Zugrundelegung von Wortlaut, Kontext sowie Sinn und Zweck («object and purpose») des Vertrages der Anwendungsbereich der Abkommen grundsätzlich statisch ist und den Zustand vom 21.6.1999 petrifiziert, allenfalls abgeändert durch die neuen Abkommen (Protokolle). Diese Erkenntnis klärt indes noch nicht, welche Bandbreite und welchen Inhalt der seit 1999 (weitgehend) unveränderte Anwendungsbereich aufweist. Dies soll im Folgenden ermittelt und dem jeweils einschlägigen Abkommensentwurf im Lichte von Wortlaut, Kontext sowie Sinn und Zweck unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte entnommen werden (Art. 31 und 32 WVK).

2. Die heutigen Bilateralen enthalten – mit Ausnahme zahlreicher Diskriminierungsverbote – keine Regelungen, die Kernbereiche des Arbeitsrechts betreffen

- 30 Der dieser Studie zugrunde liegende Auftrag fragt spezifisch danach, «[i]nwiefern [...] die Schweiz [allenfalls] verpflichtet [sei], Rechtsakte zu übernehmen, *welche Kernbereiche des individuellen Arbeitsrechts (Mindestlöhne, 35-Stunden-Woche, Ferienansprüche, Mutterschafts- oder Elternurlaub etc.)*, die heute innenpolitisch chancenlos wären bzw. geeignet wären, den liberalen Arbeitsmarkt der Schweiz zu gefährden.³¹
- 31 Damit sind insbesondere diejenigen Binnenmarktabkommen zu untersuchen, die das Recht der Arbeitsverhältnisse betreffen. Aufgrund dessen können von vornherein das Landwirtschaftsabkommen und das Abkommen über technische

³¹ Es sei darauf hingewiesen, dass solche Regelungen zumeist nicht existieren. Soweit es eine Regelung zu Mindestlöhnen [etwa Richtlinie (EU) 2022/2041] gibt, ist diese auf Art. 153 AEUV gestützt, auf den etwa das EWR-Abkommen, nicht aber die hier zu untersuchenden Reformverträge Bezug nehmen. Schweden und Dänemark sind der Ansicht, dass der AEUV keine Kompetenz zum Erlass dieser Richtlinie gibt; der Generalanwalt stimmt dieser Ansicht zu; siehe sogleich Fn. 54.

Handelshemmnisse ausser Betracht bleiben: Denn diese Abkommen regeln Aspekte des Warenverkehrs, nicht jedoch das rechtliche Regime für Arbeitnehmer und ihre individuellen oder kollektiven Rechte.

a. Land- und Luftverkehrsabkommen

- 32 Das Land- und das Luftverkehrsabkommen regeln neben der Dienstleistungserbringung zu Lande und in der Luft auch Aspekte des speziellen Arbeitsrechts der Berufsgruppen, die bei diesen Dienstleistungen mitwirken oder sie massgeblich ausführen. Zu denken ist u.a. an Piloten und anderes fliegendes Personal (Kabinenpersonal), Zugführer und sonstige auf Zügen tätigen Arbeitnehmende, oder auch Camionneure.
- 33 Alle diese Regelungen betreffen indes sehr spezielle, zum Teil besonders schutzbedürftige und für die Arbeitnehmerschaft insgesamt durchaus untypische Tätigkeiten. Regelungen von Ruhezeiten und anwendbarem Recht bei Arbeitsplätzen, die sich während der Arbeitszeit zwischen zwei oder mehr Jurisdiktionen bewegen, stellen keine «Kernbereiche des Arbeitsrechts» dar, sondern, ganz im Gegenteil, sehr spezielle Regelungen für eine kleine Anzahl von Beschäftigten, die in den Genuss dieser Regelungen kommen. Aus diesem Grunde kann auf eine detaillierte Betrachtung und Analyse dieser Vorschriften verzichtet werden.

b. Freizügigkeitsabkommen (FZA)³²

- 34 Anders liegen die Dinge indes beim FZA. Dort geht es um die Freizügigkeit der Arbeitnehmenden und der Selbständigen, sowie um die auf 90 Tage begrenzte Freizügigkeit von Dienstleistungserbringenden (und damit einhergehend um den Regelungskomplex «entsandte Arbeitnehmende»).

(i) Zum Anwendungsbereich des aktuell geltenden FZA

- 35 Das geltende FZA enthält keinerlei Regelungen, die so verstanden werden könnten, dass damit an den (zum Teil weit entwickelten) Korpus des EU-Arbeitsrechts³³ «angedockt» würde. Artikel 1 und 2 sowie 7 bis 9 FZA verdeutlichen, worum es – im Hinblick auf Arbeitnehmende³⁴ – im gesamten FZA geht, nämlich:

³² Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

³³ Siehe etwa Richtlinie (EU) 2022/2041 vom 19. Oktober 2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ABl. 2022 L 275, S. 33; Richtlinie 2008/104/EG vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABl. 2008 L 327, S. 9; Richtlinie 2003/88/EG vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. 2003 L 299, S. 9 sowie Richtlinie (EU) 2019/1152 vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, ABl. 2019 L 186, S. 105.

³⁴ Das FZA regelt auch die Rechte von Selbständigen und bestimmten Nichterwerbstätigen; diese sind nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

- die Einräumung eines Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbstständiger sowie des Rechts auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien (Art. 1 lit. a);
- die Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer (Art. 1 lit. d);
- die Nichtdiskriminierung der Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten (Art. 2).³⁵

36

Anhang I spezifiziert die mit der Freizügigkeit zusammenhängenden Rechte (Art. 7)³⁶:

- das Recht auf Gleichbehandlung mit Inländern in Bezug auf den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und deren Ausübung sowie auf die Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen;
- das Recht auf berufliche und geographische Mobilität, das es den Staatsangehörigen der Vertragsparteien gestattet, sich im Hoheitsgebiet des Aufnahmes- taates frei zu bewegen und den Beruf ihrer Wahl auszuüben;
- das Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei nach Beendigung einer Erwerbstätigkeit;
- das Aufenthaltsrecht der Familienangehörigen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit;
- das Recht der Familienangehörigen auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit;
- das Recht auf Erwerb von Immobilien im Zusammenhang mit der Ausübung der im Rahmen dieses Abkommens eingeräumten Rechte;
- während der Übergangszeit: das Recht auf Rückkehr in das Hoheitsgebiet einer Vertragspartei nach Beendigung einer Erwerbstätigkeit oder eines Aufenthalts in diesem Gebiet zwecks Ausübung einer Erwerbstätigkeit sowie Recht auf Umwandlung einer befristeten in eine ständige Aufenthaltserlaubnis.³⁷

37

Darüber hinaus regeln die Vertragsparteien in Anhang II die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. Dabei bestimmen sie insbesondere: Gleichbehandlung

³⁵ «Die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, werden bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert.»

³⁶ «Die Vertragsparteien regeln insbesondere die folgenden mit der Freizügigkeit zusammenhängenden Rechte gemäss Anhang I: a) Recht auf Gleichbehandlung mit den Inländern in Bezug auf den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und deren Ausübung sowie auf die Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen [...]»

³⁷ Siehe auch die Überschriften der Art. 6 – 11 des Anhangs I zum FZA, die sich mit «Arbeitnehmern» befassen: Aufenthaltsregelungen (Art. 6); (Sonderregelungen für) abhängig beschäftigte Grenzgänger (Art. 7); Berufliche und geographische Mobilität (Art. 8); Gleichbehandlung (Art. 9); Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung (Art. 10); sowie Zusammenarbeit im Bereich der Arbeitsvermittlung (Art. 11). Offensichtlich ist insoweit keinerlei Andocken an das EU-Arbeitsrecht vorgesehen.

sowie Zusammenrechnung aller Versicherungszeiten (im Hinblick auf den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs, sowie für die Berechnung der Leistungen). In Anhang III des FZA treffen die beiden Vertragspartner die erforderlichen Massnahmen zur gegenseitigen Anerkennung der Berufsqualifikationen (Diplome, Zeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise) und zur Koordinierung ihrer Rechts- und Verwaltungsvorschriften über den Zugang zu unselbständigen und selbständigen Erwerbstätigkeiten und deren Ausübung sowie die Erbringung von Dienstleistungen.

- 38 An keiner Stelle wird an horizontale EU-Rechtsakte angeknüpft, die in ihrem Anwendungsbereich so breit sind, dass sie sämtliche Bereiche des Arbeitsrechts erfassen würden.
- 39 Vielmehr finden sich lediglich Regelungen, die den Zugang zum jeweiligen Arbeitsmarkt regeln, oder Bestimmungen, welche die ausländerrechtlichen Aspekte der Einreise und des Aufenthalts sowie die Aufenthaltsbeendigung und -dauer betreffen. Einzige Ausnahme sind die weitgehenden Diskriminierungsverbote, namentlich das Verbot, Arbeitnehmende auf Grund ihrer Herkunft zu benachteiligen (etwa: Art. 2; Art. 7 lit. a FZA, Art. 9 und 10 Anhang I zum FZA).
- 40 Damit wird deutlich, dass die Vertragsparteien des FZA lediglich sicherstellen wollten, dass Arbeitgeberschaft und Arbeitnehmerschaft beider Vertragsparteien aktiver und passiver Zugang zum Arbeitsmarkt der jeweils anderen Seite eröffnet werde, ohne durch diskriminierende und übermässig belastende (ausländer-)rechtliche Regelungen behindert zu werden. Das Schweigen der Verträge im Hinblick auf arbeitsrechtliche Mindeststandards oder gar harmonisierte Regeln lässt nur den Schluss zu, dass weder ein Raum harmonisierten Arbeitsrechts geschaffen wird, noch gar die Schweiz zur Übernahme des in der EU geltenden Arbeitsrechts verpflichtet wurde.
- 41 Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten: Im heutigen FZA finden sich – von den Anti-Diskriminierungsvorschriften abgesehen – keinerlei Regelungen, die «Kernbereiche des Arbeitsrechts betreffen».

(ii) Die Petrifizierung des bisherigen Anwendungsbereichs durch die Reformverträge

- 42 Das durch die Reformverträge abgeänderte FZA n.F. könnte diesen engen Anwendungsbereich erweitert haben. Namentlich die Stichworte «dynamische Anpassung» aber auch Begriffe wie «Einheitlichkeit» – es heisst in der Präambel «im Bewusstsein, in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt, Einheitlichkeit sicherzustellen» – scheinen in interessierten Kreisen die Befürchtung ausgelöst zu haben, dass das Arbeits- und Sozialrecht der EU künftig in den schweizerischen Rechtsraum drängen könne, von denen der Standort Schweiz allenfalls durch

Ausgleichsmassnahmen³⁸ «freigekauft» werden könnte. Indes ergibt die Analyse des Vertragstextes, dass auch diese Befürchtung unbegründet ist.

- 43 Wie bereits festgehalten wurde, bleiben die Anwendungsbereiche der bisherigen Verträge grundsätzlich unverändert. Damit bleibt es bei dem engen Anwendungsbereich, der eingangs unter (i) zusammengefasst wurde.
- 44 Soweit Änderungen vorgenommen wurden, sind diese geringfügig. Ein gutes Beispiel ist die Klarstellung, dass die sog. Unionsbürgerrichtlinie 2004/38³⁹ in den Anwendungsbereich des FZA n.F. fällt: Sie wird einvernehmlich in Abschnitt 2 des Anhangs I des FZA n.F. aufgenommen. An anderer Stelle vereinbaren die Parteien Einschränkungen des Anwendungsbereichs, sodass aus schweizerischer Sicht problematische Regelungen dauerhaft nicht übernommen werden müssen.⁴⁰

³⁸ Dazu sogleich Rz. 55 ff.

³⁹ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABl. L 158, 30.4.2004, S. 77).

⁴⁰ Siehe die «Gemeinsame Erklärung zur Unionsbürgerschaft»: Danach wird die Richtlinie 2004/38 in das Abkommen integriert, «vorbehaltlich der in diesem Abkommen vorgesehenen Ausnahmen». Der Grund wird ebenfalls genannt: «Das mit dem Vertrag von Maastricht eingeführte Konzept der Unionsbürgerschaft [...] findet keine Entsprechung im Freizügigkeitsabkommen.»

Siehe auch Artikel 7e («Daueraufenthalt») ÄP-FZA:

«Die Schweiz und die Mitgliedstaaten können beschliessen, das Recht auf Daueraufenthalt nach Artikel 16 der Richtlinie 2004/38/EG¹ nur Unionsbürgern bzw. Schweizer Staatsangehörigen zu gewähren, die sich während insgesamt fünf Jahren rechtmässig als Arbeitnehmende oder Selbstständige im Aufnahmestaat aufgehalten haben, einschliesslich derjenigen, die diesen Status gemäss der genannten Richtlinie behalten, sowie den Familienangehörigen dieser Personen. Sofern die zu berücksichtigenden Zeiträume Teil eines einzigen Zeitraums mit rechtmässigem Aufenthalt im Aufnahmestaat sind, müssen sie nicht durchgehend sein, sondern können durch Zeiträume mit rechtmässigem Aufenthalt als Nichterwerbstätige unterbrochen sein.

Für die Berechnung der für den Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt erforderlichen Zeiträume gemäss dem ersten Unterabsatz können die Schweiz und die Mitgliedstaaten beschliessen, Zeiträume von sechs Monaten oder mehr, in denen die Person vollständig auf Sozialhilfe angewiesen ist, nicht zu berücksichtigen.

Vorbehaltlich der Gemeinsamen Erklärung über die Verweigerung von Sozialhilfe und die Aufenthaltsbeendigung vor Erwerb des Daueraufenthalts und gemäss Artikel 10 Absatz 6 des Institutionellen Protokolls zu diesem Abkommen sind die in Artikel 7 der Richtlinie 2004/38/EG enthaltenen Aufenthaltsbestimmungen weiterhin auf Personen anwendbar, welche die Voraussetzungen für das Recht auf Daueraufenthalt nicht erfüllen.»

Artikel 7h («Ausweisung»):

«Im Hinblick auf Beschränkungen des Einreise- und Aufenthaltsrechts von Staatsangehörigen der jeweils anderen Vertragspartei aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit

- 45 Hinzu kommt, dass – wie eingangs im Zusammenhang mit der Klärung der statischen Natur des Anwendungsbereiches dargelegt – die Vertragsparteien den aktuellen Anwendungsbereich dank der Auflistung der einschlägigen EU-Sekundärrechtsakte wesentlich präziser als bisher definiert haben. Denn wie bereits in Rz. 24 ausgeführt, beschreiben die «in Abschnitt 2 dieses Anhangs aufgeführten Rechtsakte der Union» den Anwendungsbereich, in dem die Anpassungsverpflichtung besteht.
- 46 Zusätzlich zum geltenden Anhang I, der *in der Sache* das zum 21.6.1999 geltende Freizügigkeitsrecht der Europäischen Union paraphrasiert⁴¹, werden nunmehr zum Stichtag 20.12.2024 spezifisch und konkret die Rechtsakte der Europäischen Union in Bezug genommen, die allenfalls aufzudatieren sind. Diese in Abschnitt 2 gelisteten Rechtsakte konkretisieren den Anwendungsbereich der Verpflichtung zur

bleiben die vor Inkrafttreten des Änderungsprotokolls geltenden Verpflichtungen der Schweiz und der Mitgliedstaaten aus dem Abkommen bestehen.

Daher finden die folgenden Weiterentwicklungen, die durch Kapitel VI der Richtlinie 2004/38/EG¹ eingeführt wurden und über diese Verpflichtungen hinausgehen, namentlich der in Artikel 28 Absätze 2 und 3 vorgesehene verstärkte Schutz vor Ausweisung, sowie die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu diesen Bestimmungen keine Anwendung. Darüber hinaus können die Schweiz und die Mitgliedstaaten bei Ausweisungen nach Artikel 33 Absatz 2 der Richtlinie anstelle der in dieser Bestimmung vorgesehenen Verfahren dafür sorgen, dass die Ausweisungen gemäss den Anforderungen des Abkommens vor Inkrafttreten des Änderungsprotokolls durchgeführt werden.» [Herv. d. Verf.]

Siehe auch Artikel 23b («Übergangsregelungen»):

«In Bezug auf Fragen, die unter die Richtlinie 2004/38/EG¹ fallen, gilt die Übergangsregelung gemäss diesem Absatz: a) Es gibt einen Übergangszeitraum, der am Tag des Inkrafttretens des Änderungsprotokolls beginnt und 24 Monate nach diesem Zeitpunkt endet.»

⁴¹ Art. 9 des Annex I FZA («Gleichbehandlung») regelt u.a. mit Bezug auf das Arbeitsrecht: «(1) Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, darf auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer. [...]

(4) Alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend den Zugang zur Beschäftigung, die Beschäftigung, die Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen sind von Rechts wegen insoweit nichtig, als sie für ausländische Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Vertragsparteien sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen.

(5) Ein Arbeitnehmer, der die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzt und im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei beschäftigt ist, hat Anspruch auf gleiche Behandlung hinsichtlich der Zugehörigkeit zu Gewerkschaften und der Ausübung gewerkschaftlicher Rechte, einschliesslich des Wahlrechts und des Zugangs zu Verwaltungs- oder Führungsämtern in einer Gewerkschaft; er kann von der Teilnahme an der Verwaltung von Körperschaften des öffentlichen Rechts und der Ausübung eines öffentlich-rechtlichen Amtes ausgeschlossen werden. Er hat ferner das Recht auf Wählbarkeit zu den Arbeitnehmervertretungen in den Betrieben.

Diese Bestimmungen berühren nicht die Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, durch die den Arbeitnehmern aus der anderen Vertragspartei im Aufnahmestaat weitergehende Rechte eingeräumt werden.»

Auch bei der «Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung» (Art. 10 des Annex I FZA) darf nicht zwischen Inländern und Ausländern unterschieden werden, es sei denn die Tätigkeit umfasst «die Ausübung hoheitlicher Befugnisse [...] und [dient] der Wahrung der allgemeinen Interessen des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften».

dynamischen Rechtsübernahme (Anpassung). Sämtliche dieser Rechtsakte zeichnen sich durch hohe Spezifität aus: Sie betreffen jeweils gezielt Aspekte, die das geltende FZA schon bisher ansprach.

- 47 Im Einzelnen geht es in diesen Rechtsakten etwa um die schulische Betreuung der Kinder von Wanderarbeitnehmenden⁴², die Rechte der Arbeitnehmenden und Selbständigen der beiden Vertragsparteien, sich im Hoheitsgebiet der beiden Vertragsparteien frei zu bewegen und aufzuhalten⁴³, die Freizügigkeit der Arbeitnehmenden⁴⁴, Massnahmen zur Erleichterung der Ausübung der Rechte, die Arbeitnehmenden im Rahmen der Freizügigkeit zustehen⁴⁵, die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors zu Informationen, Verfahren, Hilfs- und Problemlösungsdiensten für Wanderarbeitnehmende⁴⁶, die Erhöhung der Sicherheit der Personalausweise von ihr Recht auf Freizügigkeit ausübenden Staatsangehörigen der beiden Vertragsparteien⁴⁷,

⁴² Richtlinie 77/486/EWG vom 25. Juli 1977 über die schulische Betreuung der Kinder von Wanderarbeitnehmern (ABl. L 199 vom 6.8.1977, S. 32).

⁴³ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABl. L 158 vom 30.4.2004, S. 77, berichtigt in ABl. L 229 vom 29.6.2004, S. 35, ABl. L 30 vom 3.2.2005, S. 27 und ABl. L 197 vom 8.7.2005, S.34).

«Die Richtlinie gilt für die Zwecke dieses Abkommens mit folgenden Anpassungen: (a) Dieses Abkommen gilt für Staatsangehörige der Vertragsparteien. Ihren Familienangehörigen im Sinne der Richtlinie, die eine Drittstaatsangehörigkeit besitzen, stehen jedoch bestimmte aus der Richtlinie abgeleitete Rechte zu [...]».

⁴⁴ Verordnung (EG) Nr. 635/2006 der Kommission vom 25. April 2006 zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben (ABl. L 112 vom 26.4.2006, S. 9);
Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L 141 vom 27.5.2011, S. 1), «geändert [...] Die Verordnung gilt für die Zwecke dieses Abkommens mit folgenden Anpassungen [...]».

⁴⁵ Richtlinie 2014/54/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Massnahmen zur Erleichterung der Ausübung der Rechte, die Arbeitnehmern im Rahmen der Freizügigkeit zustehen (ABl. L 128 vom 30.4.2014, S. 8). «Die Richtlinie gilt für die Zwecke dieses Abkommens mit folgenden Anpassungen [...]».

⁴⁶ Verordnung (EU) 2018/1724 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 2. Oktober 2018 über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors zu Informationen, Verfahren, Hilfs- und Problemlösungsdiensten und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 (ABl. L 295 vom 21.11.2018, S. 1), «geändert durch [...] «Einige der in Anhang I der Verordnung (EU) 2018/1724 genannten Bereiche und einige der in Anhang II dieser Verordnung genannten Verfahren fallen nicht in den Geltungsbereich dieses Abkommens. Die Aufnahme dieser Verordnung in dieses Abkommen berührt den Geltungsbereich dieses Abkommens nicht.

Die Verordnung gilt für die Zwecke dieses Abkommens mit folgenden Anpassungen: [...]» [Herv. d. Verf.].

⁴⁷ Verordnung (EU) 2019/1157 zur Erhöhung der Sicherheit der Personalausweise von Unionsbürgern und der Aufenthaltstitel, die Unionsbürgern und deren Familienangehörigen ausgestellt werden, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben (ABl. L 188 vom 12.7.2019, S. 67).

«Die Verordnung gilt für die Zwecke dieses Abkommens mit folgenden Anpassungen: [...]».

entsandte Arbeitnehmende⁴⁸, die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems («IMI-Verordnung»)⁴⁹, die Erhebung und den Austausch von Nutzerstatistiken und Rückmeldungen der Nutzer zu den Diensten des einheitlichen digitalen Zugangstors gemäss der Verordnung (EU) 2018/1724⁵⁰ sowie die Schaffung und Ausgestaltung eines europäischen Netzes der Arbeitsvermittlungen (EURES), den Zugang von Arbeitnehmenden zu mobilitätsfördernden Diensten und die weitere Integration der Arbeitsmärkte.⁵¹

⁴⁸ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. L 18 vom 21.1.1997, S. 1), «geändert durch [...]».

⁴⁹ Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems und zur Aufhebung der Entscheidung 2008/49/EG der Kommission (ABl. L 316 vom 14.11.2012, S. 1), «geändert durch [...]»

Die Schweiz nutzt das Binnenmarkt-Informationssystem (IMI) als Drittland für den Austausch von Informationen, einschliesslich personenbezogener Daten, mit IMI-Akteuren innerhalb der Union, um gegebenenfalls für die Zwecke dieses Abkommens Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit umzusetzen.

Für die Zwecke dieses Abkommens erachtet die Kommission den Schutz personenbezogener Daten durch die Schweiz weiterhin als angemessen im Sinne von Artikel 23 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012, solange die Entscheidung 2000/518/EG in Kraft bleibt. Für die Zwecke dieses Anhangs und gemäss Artikel 4 der Richtlinie 96/71/EG und den Artikeln 6 und 7, Artikel 10 Absatz 3 sowie den Artikeln 14 bis 18 der Richtlinie 2014/67/EU nutzt die Schweiz das IMI im Einklang mit den in diesen Artikeln für den Austausch dargelegten Prinzipien und Modalitäten. [...]

Die Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 gelten für die Zwecke dieses Abkommens mit folgenden Anpassungen: [...]

Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems («IMI-Verordnung») (ABl. L 159 vom 28.5.2014, S. 11).

«Die Richtlinie gilt für die Zwecke dieses Abkommens mit folgenden Anpassungen: [...]».

⁵⁰ Durchführungsverordnung (EU) 2020/1121 der Kommission vom 29. Juli 2020 über die Erhebung und den Austausch von Nutzerstatistiken und Rückmeldungen der Nutzer zu den Diensten des einheitlichen digitalen Zugangstors gemäss der Verordnung (EU) 2018/1724 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 245 vom 30.7.2020, S. 3).

⁵¹ Verordnung (EU) 2016/589 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. April 2016 über ein Europäisches Netz der Arbeitsvermittlungen (EURES), den Zugang von Arbeitnehmern zu mobilitätsfördernden Diensten und die weitere Integration der Arbeitsmärkte und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 492/2011 und (EU) Nr. 1296/2013 (ABl. L 107 vom 22.4.2016, S. 1), «geändert durch [...]»

Die Verordnung gilt für die Zwecke dieses Abkommens mit folgenden Anpassungen: [...]

Durchführungsbeschluss (EU) 2017/1255 der Kommission vom 11. Juli 2017 über ein Muster für die Beschreibung der nationalen Systeme und Verfahren zur Zulassung von Einrichtungen als EURES-Mitglieder und -Partner (ABl. L 179 vom 12.7.2017, S. 18).

Durchführungsbeschluss (EU) 2017/1256 der Kommission vom 11. Juli 2017 über Muster und Verfahren für den Austausch auf Unionsebene von Informationen über die nationalen Arbeitsprogramme für die Tätigkeiten des EURES-Netzes (ABl. L 179 vom 12.7.2017, S. 24).

- 48 Die «Gemeinsame Erklärung zur Unionsbürgerschaft» verdeutlicht zudem, wie nach Ansicht der Vertragsparteien vorzugehen ist, wenn ein an sich in das Binnenmarktabkommen zu übernehmender Sekundärrechtsakt der EU zu Kernbereichen der Arbeitnehmerfreizügigkeit mit Konzepten «angereichert» wird, die ausserhalb des Anwendungsbereiches liegen: In einem solchen Fall ist lediglich eine partielle Übernahme angezeigt, und zwar ausschliesslich jener Teile, die für das FZA relevant sind und in dessen Anwendungsbereich fallen.⁵²
- 49 Durch die Auflistung im FZA n.F. lässt sich nunmehr exakt bestimmen, auf welche Rechtsgebiete sich die Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme bezieht.⁵³ Kernbereiche des Arbeitsrechts sind hiervon nicht erfasst: In der Liste fehlen jene Rechtsakte, welche die Grundlage des EU-Arbeitsrechts bilden (siehe oben Fn. 33). Auch der Umstand, dass die «Gemeinsame Erklärung zur Unionsbürgerschaft» ausschliesslich *künftige* Abgrenzungen anspricht, verdeutlicht, dass die Vertragsparteien per 20.12.2024 keinerlei Zweifel daran hatten, dass sich der Anwendungsbereich, wie hier dargelegt, auf ausländerrechtliche Regelungen für Arbeitnehmende und ihre Familienangehörige sowie auf Nichtdiskriminierungsregeln beschränkt.

3. Vergleichender Blick auf die Lage beim EWR-Abkommen

- 50 Die aktuellen (und insbesondere die hypothetischen⁵⁴) Gesetzgebungsakte der Union, die in der Schweiz als unvereinbar mit dem arbeitsrechtlichen Regime des

Durchführungsbeschluss (EU) 2017/1257 der Kommission vom 11. Juli 2017 über die notwendigen technischen Standards und Formate für ein einheitliches System zur Ermöglichung des Abgleichs von Stellenangeboten mit Stellengesuchen und Lebensläufen auf dem EURES-Portal (ABl. L 179 vom 12.7.2017, S. 32).

Durchführungsbeschluss (EU) 2018/170 der Kommission vom 2. Februar 2018 über einheitliche detaillierte Spezifikationen für die Datenerhebung und -analyse zur Überwachung und Bewertung der Funktionsweise des EURES-Netzes (ABl. L 31 vom 3.2.2018, S. 104).

Durchführungsbeschluss (EU) 2018/1020 der Kommission vom 18. Juli 2018 zur Annahme und Aktualisierung der Liste der Fähigkeiten, Kompetenzen und Berufe der europäischen Klassifikation zum Zweck des automatisierten Abgleichs über die gemeinsame IT-Plattform von EURES (ABl. L 183 vom 19.7.2018, S. 17).

Durchführungsbeschluss (EU) 2018/1021 der Kommission vom 18. Juli 2018 zur Festlegung der technischen Standards und Formate, die für die Anwendung des automatisierten Abgleichs über die gemeinsame IT-Plattform unter Nutzung der europäischen Klassifikation und für die Interoperabilität zwischen den nationalen Systemen und der europäischen Klassifikation benötigt werden (ABl. L 183 vom 19.7.2018, S. 20).

⁵² «Gemeinsame Erklärung zur Unionsbürgerschaft»: «Die Relevanz wird gemäss dem Freizügigkeitsabkommen, einschliesslich der Bestimmungen des Institutionellen Protokolls zum Abkommen, bestimmt.»

⁵³ Vgl. im Einzelnen die in den o.g. Fussnoten aufgeführten Regelungen.

⁵⁴ Dabei werden in der öffentlichen Diskussion teilweise gänzlich unbegründete Befürchtungen vorgetragen. So stellt etwa die aktuelle Mindestlohnrichtlinie [Richtlinie (EU) 2022/2041] den Gipfel der Ambitioniertheit dar, den die EU in diesem (ausserhalb des Anwendungsbereichs des FZA liegenden) Bereich aufbringt. Nach Ansicht Dänemarks, Schwedens sowie des mit der Sache befassten Generalanwalts ist dieser Rechtsakt überdies nichtig, da er ohne tragfähige Rechtsgrundlage erlassen wurde: Rechtssache C-19/23, Königreich Dänemark/Europäisches Parlament

erfolgreichen Werkplatzes Schweiz angesehen werden, stützen sich nicht auf den für die Arbeitnehmerfreizügigkeit massgeblichen Titel des AEUV, sondern auf Titel X (Art. 151-161 AEUV), der der Sozialpolitik gewidmet ist.

- 51 Danach verfolgen die «Union und die Mitgliedstaaten [...] folgende Ziele: die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotenzials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen.»⁵⁵
- 52 Im Unterschied zum EWR⁵⁶ enthalten weder das heutige FZA noch das FZA n.F. Bezüge zu Titel X (Art. 151-161 AEUV) des AEUV – und damit auch nicht zu Art. 153 AEUV, der die Grundlage der arbeitsrechtlichen Rechtsakte der EU bildet. Das Anliegen, einen wie auch immer gearteten einheitlichen Raum des Arbeitsrechts zu schaffen, ist sowohl dem heutigen FZA als auch dem FZA n.F. völlig fremd: Ziel ist vielmehr der diskriminierungsfreie Zugang von Arbeitnehmenden zu den jeweiligen Arbeitsmärkten, bzw. die Möglichkeit von und Selbständigen im Gebiet des jeweiligen Vertragspartners tätig sein zu dürfen. Dies geht einher mit der massgeschneiderten Anpassung des Ausländerrechts, um dieses Anliegen zu ermöglichen.

V. Ergebnis Frage 1

- 53 Bedenken, wonach durch die dynamische Rechtsübernahme Rechtsentwicklungen in den bestehenden Abkommen der Bilateralen I sowie in künftig neu abgeschlossenen Binnenmarktabkommen zu übernehmen sind, die über den bisherigen Anwendungsbereich («*Scope*») der Abkommen hinausgehen, sind unbegründet. Die Anwendungsbereiche der bisherigen Binnenmarktabkommen bleiben unverändert. Im Rahmen (und damit in den Grenzen) dieses «statischen» Anwendungsbereichs werden die erfassten

und Rat der Europäischen Union, ECLI:EU:C:2025:11, Schlussanträge des Generalanwalts vom 14 Januar 2025. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass der EU-Gesetzgeber in diesem Bereich verstärkte Aktivitäten aufnimmt.

- 55 Art. 153 AEUV, der die Rechtsgrundlage der existierenden arbeitsrechtlichen Regeln der Union ist, lautet in Auszügen:

«(1) Zur Verwirklichung der Ziele des Artikels 151 *unterstützt und ergänzt* die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf folgenden Gebieten:

- a) Verbesserung insbesondere der *Arbeitsumwelt* zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer,
- b) *Arbeitsbedingungen*, [...]
- d) Schutz der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrags,
- e) Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer,
- f) Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung, vorbehaltlich des Absatzes 5 [...]» [Herv. d. Ver.]

- 56 Dort heisst es in Art. 1 Abs. 2, dass die Assoziation auch eine «engere Zusammenarbeit in anderen Bereichen wie [...] *Sozialpolitik*» umfasst [Herv. d. Ver.].

Rechtsakte der EU jeweils aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrages (GA-Beschluss) übernommen. Dabei sind die innerstaatlichen Voraussetzungen für den Abschluss eines Staatsvertrages gemäss Art. 166 BV und Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV einzuhalten.

- 54 Hypothetische Rechtsakte der Union, welche Kernbereiche des Arbeitsrechts (etwa Mindestlöhne, 35-Stunden-Woche, Ferienansprüche, Mutterschafts- und Elternurlaub etc.) regeln, fallen nicht in den Anwendungsbereich des FZA. Dieser *Status quo* wird beibehalten und festgeschrieben («petrifiziert»). Die in Anhang I des FZA n.F. gelisteten Rechtsakte der Union, deren Modifikationen bei Inkrafttreten des FZA n.F. übernommen werden müssen, bestätigen, dass das FZA keine Verpflichtung zur Übernahme von Arbeitsrecht begründet. Erfasst sind ausnahmslos Rechtsakte, die Fragen der Nichtdiskriminierung, der Einreise, des Aufenthalts und der Lebensbedingungen von Arbeitnehmenden und ihren Familienangehörigen (sowie die damit verbundenen Verwaltungsaspekte) betreffen. Dagegen finden sich in der Liste keine EU-Rechtsakte, die auf Art. 153 AEUV gestützt sind, also solche, die insbesondere der Förderung der Beschäftigung, der Angleichung der Arbeitsbedingungen, dem sozialen Schutz, dem sozialen Dialog, der Entwicklung des Arbeitskräftepotenzials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau oder der Bekämpfung von Ausgrenzungen dienen.

C. Frage 2: Verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen in den bilateralen Abkommen Schweiz-EU als Reaktion auf das Nichteinhalten vertraglicher Verpflichtungen der Gegenpartei

Auszug aus dem Pflichtenheft und Aufgabenstellung

«[...] Die CH und die EU können im Falle des Nichteinhaltens vertraglicher Verpflichtungen der Gegenpartei «verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen» treffen. Es bestehen hierzu Bedenken im Hinblick auf die unerwünschte Beeinflussung des schweizerischen politischen Entscheidungsfindungsprozesses sowie in Bezug auf die Berechnung, Höhe, Inhalt und Ausgestaltung solcher «verhältnismässiger Ausgleichsmassnahmen» im Vergleich zu «unverhältnismässigen» oder «willkürlichen» Ausgleichsmassnahmen. [...]

Der Beauftragte soll diese Bedenken nach Massgabe der beiden folgenden Fragen prüfen.

[...] **Frage 2:** Der Begriff der Ausgleichsmassnahme wird weder in den ausgehandelten Binnenmarktabkommen noch im sonstigen bilateralen Recht näher definiert. Wie ist er zu verstehen; welche rechtlichen Prinzipien kommen bei der Gestaltung von «verhältnismässigen» Ausgleichsmassnahmen im Lichte der Staatenpraxis und der Rechtsprechung internationaler Spruchkörper zur Anwendung?

Was lässt sich daraus ableiten und übertragen in Bezug auf den Inhalt möglicher Ausgleichsmassnahmen im künftigen Verhältnis CH-EU?

Wann wären Ausgleichsmassnahmen verhältnismässig bzw. unverhältnismässig oder willkürlich?»

I. Rechtliche Grundlagen: Überblick

1. Artikel 11 des Entwurfs des Institutionellen Protokolls

- 55 Die Entwürfe der Institutionellen Protokolle (IP), die den bisherigen Binnenmarktabkommen beigelegt werden sollen,⁵⁷ sehen vor, dass bei schiedsgerichtlich festgestellter Verletzung der vertraglichen Verpflichtung die obsiegende Partei das Recht hat, einseitig verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen, sofern die unterlegene Partei den Schiedsentscheid nicht, oder nicht hinreichend, umsetzt. Die davon betroffene Vertragspartei kann die Verhältnismässigkeit der Ausgleichsmassnahmen überprüfen lassen. Im Einzelnen lautet etwa Art. 11 IP-FZA:

«1. Wenn die Vertragspartei, die gemäss Schiedsgericht gegen das Abkommen verstossen hat, der anderen Vertragspartei nicht innerhalb einer angemessenen Frist gemäss Artikel IV.2 Absatz 6⁵⁸ der Anlage mitteilt, welche Massnahmen sie zur Umsetzung des Schiedsspruchs ergriffen hat, oder wenn die andere Vertragspartei der Auffassung ist, dass durch die mitgeteilten Massnahmen dem Schiedsspruch nicht Folge geleistet wird, kann diese andere Vertragspartei im Rahmen des Abkommens oder eines anderen bilateralen Abkommens in den Bereichen betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt, verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen (im Folgenden „Ausgleichsmassnahmen“) ergreifen, um ein mögliches Ungleichgewicht zu beheben. Sie notifiziert der Vertragspartei, die gemäss Schiedsgericht gegen das Abkommen verstossen hat, die Ausgleichsmassnahmen, die in der Notifikation anzugeben sind. Diese Ausgleichsmassnahmen werden drei Monate nach ihrer Notifikation wirksam.

2. Fasst der Gemischte Ausschuss innerhalb eines Monats nach dem Datum der Notifikation der geplanten Ausgleichsmassnahmen keinen Beschluss zur Aussetzung, Änderung oder Aufhebung dieser Ausgleichsmassnahmen, so kann jede Vertragspartei die Frage der Verhältnismässigkeit dieser Ausgleichsmassnahmen gemäss Anlage der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellen.

3. Das Schiedsgericht entscheidet innerhalb der in Artikel III.8 Absatz 4 der Anlage vorgesehenen Fristen.

4. Ausgleichsmassnahmen gelten nicht rückwirkend. Insbesondere bleiben die bereits vor dem Wirksamwerden der Ausgleichsmassnahmen erworbenen Rechte und Pflichten von Privatpersonen und Wirtschaftsakteuren unberührt.»

⁵⁷ Ein Sonderfall bildet das Landwirtschaftsabkommen, siehe eingangs Fn. 4.

⁵⁸ Anmerkung nur hier; Artikel IV.2 Absatz 6 der Anlage über das Schiedsgericht lautet: «In den Fällen nach Artikel 10 [Verfahren bei Auslegungs- oder Anwendungsschwierigkeiten] Absatz 2 des Protokolls setzt das Schiedsgericht nach Einholung der Stellungnahmen der Parteien im Schiedsspruch und unter Berücksichtigung der internen Verfahren der Parteien eine angemessene Frist zur Umsetzung des Schiedsspruchs im Sinne von Artikel 10 Absatz 5 des Protokolls.»

- 56 Der Begriff der «Ausgleichsmassnahmen» in Art. 11 IP knüpft an das ggf. gestörte Gleichgewicht von Geben und Nehmen zu Lasten der jeweils anderen Partei aufgrund der Nichteinhaltung einer vertraglichen Verpflichtung an. Um ein neues Gleichgewicht zu finden, darf die Gegenseite die das Gleichgewicht störende Massnahme ausgleichen.
- 57 Von Bedeutung ist, dass der Vertragstext ausdrücklich anerkennt, dass nicht jede Vertragsverletzung zwangsläufig ein zum Ausgleich berechtigendes Ungleichgewicht herbeiführt. Sowohl der in der englischen Sprachfassung verwendete Begriff «*potential imbalance*» als auch die deutsche Übersetzung «*mögliches Ungleichgewicht*», machen deutlich, dass die Vertragsverletzung an sich nicht bereits zu Ausgleichsmassnahmen berechtigt. Vielmehr muss ein weiteres Element hinzutreten, welches das «mögliche» Ungleichgewicht in ein «tatsächliches», «real existierendes» Ungleichgewicht wandelt.
- 58 Neben dieser unter Abschnitt III. (Rz. 175 ff.) näher zu beleuchtenden Definition legt Art. 11 IP weitere tatbestandlichen Voraussetzungen fest, die kumulativ vorliegen müssen, damit die Anwendung von Ausgleichsmassnahmen mit dem Vertrag vereinbar ist.
- 1) In einem (vorangegangenen) Schiedsverfahren hat das Schiedsgericht den Verstoß gegen das Abkommen durch die mit den Ausgleichsmassnahmen anvisierte Partei festgestellt.
 - 2) Die für das Ungleichgewicht verantwortliche Partei teilt nicht mit, welche Massnahmen sie zur Umsetzung des Schiedsspruchs ergriffen hat, oder die obsiegende Vertragspartei ist der Auffassung, dass die von der unterlegenen Partei angekündigten Massnahmen dem Schiedsspruch nicht Folge leisten; alternativ erscheinen die getätigten oder angekündigten Massnahmen aus Sicht der in ihren Rechten beeinträchtigten Partei als unzulänglich.
 - 3) Die (geplanten) Ausgleichsmassnahmen müssen mindestens drei Monate vor ihrem Inkrafttreten notifiziert werden. Sie dürfen nicht durch einen Beschluss des Gemischten Ausschusses (Joint Committee) annulliert oder modifiziert worden sein.
- 59 Einen Monat nach der Notifikation können beide Streitparteien das Schiedsgericht anrufen, um die Verhältnismässigkeit der vorgesehenen Ausgleichsmassnahmen überprüfen zu lassen, sofern diese Zwangspause («cooling-off-Periode») vom Gemischten Ausschuss – also von den einvernehmlich entscheidenden Vertragsparteien – nicht genutzt werden konnte, um die «Aussetzung, Änderung oder Aufhebung» der Ausgleichsmassnahmen vorzunehmen (Art. 11 Abs. 2 1. Hs. IP-FZA).
- 60 Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, ein Eilverfahren anzustrengen. Gemäss Art. III.10 der Anlage über das Schiedsgericht (SchiedsGA) kann jede der beiden

Streitparteien zu jedem Zeitpunkt des Schiedsverfahrens beim Schiedsgericht die Aussetzung der Ausgleichsmassnahmen beantragen.

- 61 Die Antragstellerin muss den Streitgegenstand, die Umstände, aus denen sich die Dringlichkeit ergibt, sowie die Sach- und Rechtsgründe vortragen, welche die provisorische Aussetzung tragen können («die die Gewährung der beantragten vorläufigen Massnahmen *prima facie* rechtfertigen»). Der Antrag muss gemäss Art. III.10 Abs. 1 SchiedsGA Beweise bzw. Beweisangebote enthalten. Der Antrag ist der Gegenseite und dem Schiedsgericht zuzustellen. Das Schiedsgericht beschliesst innerhalb eines Monats nach der Einreichung des Antrags die Aussetzung der streitgegenständlichen Ausgleichsmassnahmen, sofern die folgenden Bedingungen kumulativ erfüllt sind:

«(a) Das Schiedsgericht erachtet den Fall, den die Partei, welche die vorläufigen Massnahmen beantragt, in ihrem Antrag vorgelegt hat, *prima facie* als begründet;

(b) das Schiedsgericht ist der Auffassung, dass die Partei, welche die vorläufigen Massnahmen beantragt, bis zu seinem endgültigen Schiedsspruch einen schweren und nicht wiedergutzumachenden Schaden erleiden würde, wenn die Ausgleichsmassnahmen nicht ausgesetzt würden; und

(c) der Schaden, der der Partei, welche die vorläufigen Massnahmen beantragt, durch die sofortige Anwendung der strittigen Ausgleichsmassnahmen entstünde, wiegt schwerer als das Interesse an einer sofortigen und wirksamen Anwendung dieser Massnahmen.»⁵⁹

- 62 Im Rahmen dieses Zwischenverfahrens ist die Anrufung des EuGH ausgeschlossen. Das mag sich zwar von selbst verstehen, weil die sich in dieser Situation allenfalls stellenden Rechtsfragen solche des bilateralen Rechts und nichts des Unionsrechts sind; indes wird dies durch Art. III.10 Abs. 5 SchiedsGA ausdrücklich klargestellt.⁶⁰ Etwaige verfügte *interim measures* entfallen, sobald die endgültige Entscheidung in der Sache ergangen ist.⁶¹

- 63 Die Ausgleichsmassnahmen werden im Rahmen des ursprünglich verletzten Abkommens oder im Rahmen der anderen Binnenmarktabkommen ergriffen. Dabei dürfen sie gemäss Art. 11 Abs. 4 IP keine rückwirkende Wirkung entfalten; insbesondere bleiben die wohlerworbenen Rechte von natürlichen Personen und wirtschaftlichen

⁵⁹ Art. III.10 Abs. 4 SchiedsGA.

⁶⁰ Art. III.10 Abs. 5 SchiedsGA lautet: «Die Aussetzung des Verfahrens nach Artikel III.9 Absatz 2 Unterabsatz 2 findet keine Anwendung in Verfahren nach diesem Artikel.»

⁶¹ Art. III.10 Abs. 6 SchiedsGA: «Eine Entscheidung des Schiedsgerichts gemäss Absatz 4 ist nur einstweiliger Natur und greift dem Schiedsspruch nicht vor.»

Art. III.10 Abs. 7 SchiedsGA: «Sofern die Entscheidung des Schiedsgerichts gemäss Absatz 4 dieses Artikels kein früheres Datum für die Beendigung der Aussetzung festlegt, wird die Aussetzung im Zeitpunkt des endgültigen Schiedsspruchs gemäss Artikel 11 [Ausgleichsmassnahmen] Absatz 2 des Protokolls hinfällig.»

Akteuren aller Art unberührt.⁶² Art. III.10 Abs. 8 SchiedsGA bekräftigt, dass die Vertragsparteien den Interessen ihrer Staatsangehörigen Privater erhebliches Gewicht einräumen, auch wenn ihnen keine Parteistellung zukommen soll:

«Zur Vermeidung von Missverständnissen gilt für die Zwecke dieses Artikels, dass das Schiedsgericht bei der Abwägung der Interessen der Partei, welche die vorläufigen Massnahmen beantragt, und der Interessen der anderen Partei die Interessen von Privatpersonen und Wirtschaftsakteuren der Parteien berücksichtigt, was aber nicht dazu führt, dass solchen Privatpersonen und Wirtschaftsakteuren vor dem Schiedsgericht Parteistellung eingeräumt wird.»

- 64 Das Tatbestandsmerkmal der Verhältnismässigkeit überrascht auf den ersten Blick. Denn wenn die Reaktion auf die vorangegangene Schlecht- oder Nichterfüllung des Vertrages im Ausgleich des dadurch verursachten Ungleichgewichts liegt, ist dieses Ungleichgewicht bei einem ambitionierten Freihandelsvertrag(spaket) typischerweise quantitativ messbar und ökonometrisch fassbar.
- 65 Die Auslegung (*infra* unter III.7, Rz. 210 ff.) wird ergeben, dass hiermit insbesondere – ähnlich wie in anderen wirtschaftsvölkerrechtlichen Verträgen – eine Nutzung des Ausgleichsmechanismus zu verstehen ist, der das Funktionieren des Vertrages möglichst wenig beeinträchtigt, ohne indes die in ihren Rechten verletzte Partei auf ineffektive Massnahmen zu beschränken.
- 66 Da dem Schiedsgericht nach der Notifizierung der Ausgleichsmassnahme (Art. III.8 Abs. 4 SchiedsGA) sechs Monate Zeit für die Entscheidung über die Verhältnismässigkeit eingeräumt wird, kann es sein, dass die Frage der Verhältnismässigkeit im ordentlichen Verfahren erst drei Monate nach Anwendung der Ausgleichsmassnahmen vom Schiedsgericht beurteilt wird. Das eingangs (Rz. 60 ff.) skizzierte Eilverfahren schützt vor einer willkürlichen Ausnutzung dieses Umstandes.

2. Artikel 14a des Entwurfs des FZA n.F. (Schutzklausel)

- 67 Die neu aufgenommene Schutzklausel des Art. 14a FZA n.F. sieht zugunsten der in ihrem Interesse auf Vertragserfüllung verletzten Partei eine anders formulierte «angemessene Ausgleichsmassnahme» («rebalancing measure») vor. Artikel 14a FZA n.F. erlaubt es jeder der beiden Vertragsparteien, sich in Fällen (1) schwerwiegender wirtschaftlicher oder sozialer Probleme, die (2) kausal auf die Anwendung des FZA zurückzuführen sind, an den Gemischten Ausschuss zu wenden, um diesen zu ersuchen, geeignete Schutzmassnahmen zur Abhilfe zu treffen (Abs. 1). Sofern der Gemischte Ausschuss nicht binnen 60 Tagen einen Entscheid über eine zur Behebung der Situation geeignete Massnahme trifft, kann die sich auf schwerwiegende *wirtschaftliche* Schwierigkeiten berufende Partei das Schiedsgericht anrufen (Abs. 2). Diese Option besteht für die sich lediglich auf soziale Schwierigkeiten berufende Partei nicht. Sofern

⁶² Artikel 11 Abs. 4 IP: «Ausgleichsmassnahmen gelten nicht rückwirkend. Insbesondere bleiben die bereits vor dem Wirksamwerden der Ausgleichsmassnahmen erworbenen Rechte und Pflichten von Privatpersonen und Wirtschaftsakteuren unberührt.»

das Schiedsgericht die doppelte Voraussetzung für das Ergreifen von Schutzmassnahmen als gegeben ansieht, darf die in Schwierigkeiten («difficulties») geratene Partei «geeignete Schutzmassnahmen» («appropriate measures») ergreifen, um die Situation zu bewältigen.

- 68 Sofern durch diesen einseitigen (aber ggf. zulässigen!) Ausstieg aus dem Regelwerk das Gleichgewicht der vertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten gestört ist, kann die Gegenseite «angemessene Ausgleichsmassnahmen» ergreifen («appropriate rebalancing measures») (Abs. 3), um dieses Ungleichgewicht zu beseitigen. Dabei ist sie auf den Vertrag beschränkt, in dem die ursprüngliche Störung aufgetreten ist.⁶³ Im Unterschied zu «verhältnismässigen Ausgleichsmassnahmen» («compensatory measures») des Art. 11 der Institutionellen Protokolle stellen diese Ausgleichsmassnahmen keine Reaktion auf rechtlich unzulässiges Verhalten dar. Vielmehr erlauben sie, unilateral das Gleichgewicht von Geben und Nehmen, allenfalls dauerhaft, wiederherzustellen, wenn die Gegenseite zwar zulässigerweise, aber zum Nachteil der Vertragspartnerin, vom vertraglich vereinbarten Regime abgewichen ist.
- 69 Für besonders dringliche und ernsthafte Schwierigkeiten sind ein Eilverfahren sowie vorläufige Schutz- und Ausgleichsmassnahmen vorgesehen.⁶⁴

II. Unilaterale Ausgleichsmassnahmen im geltenden Wirtschaftsvölkerrecht

- 70 Der diesem Gutachten zugrunde liegende Auftrag weist darauf hin, dass der Begriff der Ausgleichsmassnahme weder in den ausgehandelten Binnenmarktabkommen noch im sonstigen bilateralen Recht näher definiert wird. Das Gutachten soll deshalb auf die «Staatenpraxis und [die] Rechtsprechung internationaler Spruchkörper» zurückgreifen und prüfen, inwieweit sie für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals «verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen» herangezogen werden können.
- 71 Zwar ist die in Art. 11 IP getroffene Regelung in dieser Form neu. Indes lassen sich in verschiedenen wirtschaftsvölkerrechtlichen Verträgen Regelungskonzepte finden, die Ähnlichkeit mit den in den IP als Reaktion auf schiedsgerichtlich festgestellte Vertragsverletzungen vorgesehenen unilateralen Ausgleichsmassnahmen («compensatory measures») aufweisen. Dazu zählen auch die Ausgleichsmassnahmen, die in Ansehung von *rechtmässigen* Veränderungen des Gleichgewichts von Geben und Nehmen, etwa als Reaktion auf Schutzmassnahmen, getroffen werden, wie sie in Art. 14a FZA n.F. und ähnlichen Regelungen vorgesehen sind.

⁶³ Art. 14a Abs. 6: «Die in den Absätzen 2 bis 5 genannten Schutz- und Ausgleichsmassnahmen sind innerhalb des Geltungsbereichs dieses Abkommens zu ergreifen.»

⁶⁴ Dabei wird ausdrücklich in Art. 14a Abs. 5 auf Artikel III.10 SchiedsGA (mit Ausnahme von Abs. 4 Buchstabe c) («Interim measures») verwiesen.

- 72 Bereits das 1999 abgeschlossene Luftverkehrsabkommens (LuftVA) sieht die Möglichkeit vor, Massnahmen zu ergreifen, die «das Gleichgewicht dieses Abkommens» aufrechterhalten sollen. Art. 31 LuftVA bestimmt, dass sich die in ihren vertraglichen Rechten verletzt sehende Vertragspartei gegen die Partei, die es «ab[lehnt], eine sich aus diesem Abkommen ergebende Verpflichtung zu erfüllen [...] geeignete zeitweilige Schutzmassnahmen treffen [kann], um das Gleichgewicht dieses Abkommens aufrechtzuerhalten», sofern alle anderen nach diesem Abkommen anwendbaren Verfahren erschöpft sind. Bislang bestand für keine der Vertragsparteien Anlass, von dieser Ausnahmenvorschrift Gebrauch zu machen. Gleichwohl verdeutlicht die Vorschrift, dass das Konzept des Gleichgewichts – von Geben und Nehmen, von Rechten und Pflichten – in den vertraglichen Beziehungen zwischen der Schweiz und der Union bereits bislang mitgedacht wurde, einschliesslich des Rechts auf einseitige Wiederherstellung des Gleichgewichts im Bedarfsfall. Allerdings unterliegt diese Bestimmung derzeit keiner schiedsgerichtlichen Kontrolle, sodass sie bei weniger rechtstreuen Partnern zur Belastung oder gar Gefährdung der bilateralen Beziehung hätte eingesetzt werden können.
- 73 Aus der Vielzahl völkerrechtlicher Verträge, in denen Ausgleichsmechanismen vorgesehen sind, wurden ausschliesslich solche ausgesucht, an deren Entstehung die Schweiz oder die EU beteiligt waren. Sodann sollte ein erkennbarer Bezug zum Verhältnis Schweiz-EU bestehen. Deshalb fiel die Wahl auf das WTO-Abkommen⁶⁵, das EWR-Abkommen⁶⁶, den Entwurf des Assoziierungsabkommens mit den Mikrostaaten Andorra und San Marino (AAASM)⁶⁷ sowie das Handelsabkommen der EU mit dem Vereinigten Königreich («Trade and Cooperation Agreement», TCA).⁶⁸

1. WTO-Recht

- 74 Das Streitbeilegungsverfahren des WTO-Abkommens hat seine Rechtsgrundlage in Art. XXIII GATT⁶⁹ und der Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung (*Dispute Settlement Understanding*, DSU)⁷⁰. Die ganz überwiegende Mehrheit der im Rahmen des DSU angestregten Verfahren betreffen sogenannte «violation complaints», bei denen die Beschwerdeführer die Verletzung ihrer Rechte aus den

⁶⁵ Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20.

⁶⁶ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl. L 1 vom 3.1.1994, S. 3-522.

⁶⁷ European Commission, COM/2024/ 189 final, Proposal for a COUNCIL DECISION on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Agreement establishing an association between the European Union and the Principality of Andorra and the Republic of San Marino respectively, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52024PC0189#footnote1>.

⁶⁸ Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Grossbritannien und Nordirland andererseits, ABl. L 149 vom 30.4.2021, S. 10.

⁶⁹ Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (GATT), SR. 0.632.21; Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20, Anhang 1.A1, Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen 1994 (GATT 1994).

⁷⁰ Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20, Anhang 2.

verschiedenen WTO-Abkommen geltend machen. Ziel ist dabei jeweils die Abstellung der Rechtsverletzung, ohne dass – in Abweichung vom allgemeinen Völkerrecht der Staatenverantwortlichkeit – ein Anspruch auf Schadensersatz besteht.

- 75 Dem mit einer verbindlichen Entscheidung des *Dispute Settlement Body* endenden «Erkenntnisverfahren» schliesst sich ein «Vollstreckungsverfahren» an. In dessen Rahmen ist die in ihren Rechten verletzte Partei unter strengen prozeduralen und materiellen Voraussetzungen befugt, *Zwangsmassnahmen* einzusetzen, um ihren Anspruch auf Abstellung durchzusetzen. Ziel ist dabei die Ausübung von Beugezwang, um die rechtsverletzende Partei zur Aufgabe des rechtswidrigen Verhaltens zu veranlassen. Die Zwangsmassnahmen («suspension of concessions», «retaliation»⁷¹) bedürfen einer Autorisierung durch den Dispute Settlement Body (DSB), die zu erteilen ist, sofern die Massnahmen verhältnismässig sind.
- 76 Auf die umfangreiche schiedsgerichtliche Praxis zum WTO-Vollstreckungsverfahren wird später zurückzukommen sein. Zwar sehen die IP Schweiz-EU bei Vertragsverletzungen keinerlei Zwangsmassnahmen, sondern lediglich Ausgleichsmassnahmen vor. Dennoch ist die WTO-Praxis auch insoweit von Interesse: Denn bei der Bestimmung dessen, was konkret als *verhältnismässige* Ausgleichsmassnahme anzusehen ist (*infra* C.III.7), wird auf die in dieser schiedsgerichtlichen Praxis entwickelten, besonders strengen Verhältnismässigkeitsanforderungen zurückgegriffen werden können.
- 77 Darüber hinaus finden sich im WTO-Recht eine Reihe von Instrumenten, die in ihren Rechten oder kommerziellen Interessen verletzten Vertragsparteien erlauben, das durch den Vertrag festgelegte Gleichgewicht im Störungsfall wiederherzustellen und ggf. neu zu kalibrieren.

a. «Compensation» nach Artikel 22 Abs. 1 DSU

- 78 Gemäss Art. 22 Abs. 1 DSU werden Zwangsmassnahmen entbehrlich, wenn zwischen den Parteien ein «Ausgleich» («compensation») stattfindet. Solch ein Ausgleich erfolgt freiwillig («is voluntary») und muss alle Vorschriften des betroffenen Abkommens einhalten, mithin typischerweise *sämtlichen* Vertragsparteien zugutekommen.⁷² In der Sache werden solche Ausgleiche nur einvernehmlich erfolgen, da die einseitige Gewährung eines Ausgleichs nicht das Recht der obsiegenden Beschwerdeführerin verdrängen würde, nach entsprechender Autorisierung durch den DSB verhältnismässige Zwangsmassnahmen einzusetzen.

⁷¹ So die Bezeichnung in Van den Bossche, P., Zdouc, W., *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, Fifth Edition, 2022, S. 216; Matsushita, M. et al, *The World Trade Organization*, Oxford University Press, Third Edition, 2015, S. 96, 112. Siehe auch Hahn, Michael, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie*, Springer, 1996, S. 156 ff.

⁷² Das Meistbegünstigungsgebot findet sich in sämtlichen WTO-Abkommen, etwa in Art. I GATT und Artikel II des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen [GATS], Anhang 1B des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20.

79 Die vereinzelt gebliebene Staatspraxis ist nur lückenhaft dokumentiert.⁷³ So eröffnete beispielweise die Europäische Union im Anschluss an ihre Niederlage im Fall *EC-Hormones*⁷⁴ ein Zollkontingent für Premium-Rindfleisch, das trotz formaler Einhaltung des Meistbegünstigungsgrundsatzes in der Sache (zunächst) nur den USA nützte und damit aus deren Sicht das Gleichgewicht von Geben und Nehmen im Zusammenhang mit Marktzugangskonzessionen wiederherstellte. Auch die USA gewährten Brasilien erhebliche zusätzliche Konzessionen im Anschluss an den Entscheid in *US – Upland Cotton*.⁷⁵ Gemäss dieser Praxis⁷⁶ ist der Ausgleich nach Art. 22 Abs. 1 DSU zukunftsgerichtet und kompensiert nicht etwa vergangene Schäden, sondern berücksichtigt Vergangenes zur Bestimmung des zukunftsgerichteten Ausgleichs.⁷⁷ Hier besteht eine Ähnlichkeit mit der in Art. 11 Abs. 2 IP vorgesehen «Änderung» der Ausgleichsmassnahme, die ebenfalls nur einvernehmlich erfolgen kann.

b. Art. XXVIII des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens 1994 (GATT)

80 Art. XXVIII GATT⁷⁸ erlaubt den WTO-Mitgliedern, ihre im Rahmen des Abkommens den anderen WTO-Mitgliedern gewährten Zollzugeständnisse nachträglich zu ändern oder zurückzunehmen, sofern sie zuvor Verhandlungen mit den hauptsächlich beteiligten Mitgliedern führen. Falls die Verhandlungen⁷⁹ über eine einvernehmliche

⁷³ Es scheint zahlreiche Arrangements zu geben, deren Inhalt im Einzelnen nicht bekannt ist. Siehe aber den Fall *Japan – Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/19, WT/DS10/19, WT/DS11/17, *Mutually Acceptable Solution on Modalities for Implementation* [Einvernehmliche Lösung bezüglich der Modalitäten der Umsetzung], 12. Januar 1998, in dem mit Kanada, den USA und der Europäischen Gemeinschaft eine einvernehmliche Lösung erzielt wurde.

⁷⁴ *EC – Hormones (US)*, WT/DS26. Siehe insbesondere WT/DS26/28, Joint Communication from the European Communities and the United States, 30. September 2009; WT/DS26/29 Joint Communication from the European Communities and the United States, 17. April 2014 sowie Übereinkunft zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Europäischen Union über die Zuweisung eines Teils des Zollkontingents für hochwertiges Rindfleisch an die Vereinigten Staaten gemäß der überarbeiteten Vereinbarung über die Einfuhr von Rindfleisch von nicht mit bestimmten Wachstumshormonen behandelten Tieren und die erhöhten Zölle der Vereinigten Staaten auf bestimmte Erzeugnisse der Europäischen Union (2014), ABl. L 316, 6.12.2019, S. 3.

⁷⁵ *US – Upland Cotton*, WT/DS267/46, *Notification of a Mutually Agreed Solution*, 23. Oktober 2014. Die USA zahlten u.a. 300 Millionen US-Dollar an das *Brazilian Cotton Institute* für technische Unterstützung und Kapazitätsaufbau im brasilianischen Baumwollsektor sowie für internationale Zusammenarbeit in diesem Bereich.

⁷⁶ Siehe auch *US – Clove Cigarettes*, WT/DS406/17, *Notification of a Mutually Agreed Solution*, 9. Oktober 2014.

⁷⁷ Matsushita, M. et al, *The World Trade Organization*, Oxford University Press, Third Edition, 2015, S. 132 f.; Van den Bossche, P., Zdouc, W., *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, Fifth Edition, 2022, S. 216; Palmeter D., Mavroidis P.C., Meagher N., *Remedies*, in: *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2022, 457-517, S. 462.

⁷⁸ S. Fussnote 69.

⁷⁹ Der rechtliche Rahmen für die Regeln und Verfahren zur Neuverhandlung von Zugeständnissen umfasst zudem Anlage I GATT 1994 zu Artikel XXVIII (SR 0.632.21), die Vereinbarung zur Auslegung des Artikels XXVIII GATT 1994 sowie den Beschluss über die Verfahren zur Änderung und Berichtigung der Liste der Zollzugeständnisse.

Neugewichtung von Rechten und Pflichten nicht erfolgreich sind, erlaubt Artikel XXVIII Abs. 3 (a) GATT dennoch eine Abweichung von der ursprünglich eingegangenen Verpflichtung. In diesem Fall sind die ungünstig betroffenen Vertragsparteien berechtigt, Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen, mittels derer «im wesentlichen gleichwertige Zugeständnisse zurück[genommen werden], die ursprünglich mit der antragstellenden Vertragspartei vereinbart worden sind» (Art. XXVIII Abs. 3 (a) und (b) GATT).

- 81 Die Staatenpraxis fehlt oder ist zumindest nicht öffentlich. Bekannt ist, dass in der überwiegenden Mehrheit der Fälle Verhandlungen nach Art. XXVIII GATT mit einer Einigung zwischen den beteiligten Parteien abgeschlossen werden konnten.⁸⁰ Bislang ist kein Fall bekannt, in dem WTO-Mitglieder aufgrund von Art. XXVIII Abs. 3 unilateral gleichwertige Zugeständnisse zurückgezogen haben.⁸¹

**c. Antidumpingzölle («Anti-Dumping Duties») und
(Subventions-)Ausgleichszölle («Countervailing Duties»)**

- 82 Während Art. XXVIII GATT bislang vor allem als Hintergrund für schiedlich-friedliche diplomatische Einigungen diente, stellt eine andere Kategorie von unilateralen Ausgleichsmassnahmen ein intensiv genutztes Instrument dar: Ausgleichsmassnahmen gegen sogenannte «unfaire Handelspraktiken», mithin Dumping⁸² und Subventionen.⁸³
- 83 Sofern Dumpingpraktiken oder von ausländischen Staaten gewährte Subventionen zu einem Anstieg der Importe führen, welcher den heimischen Produzenten der gleichartigen Ware erhebliche Schädigung zufügt oder zuzufügen droht, darf der betroffene Staat eine zusätzliche Einfuhrabgabe («Antidumpingzoll»/«Ausgleichszoll») erheben; diese darf über die im Rahmen von Artikel II GATT festgelegten Zollbindungen hinausgehen.
- 84 Das in den Artikeln VI und XVI GATT verankerte Recht der GATT-Vertragsparteien, ihre Handelsinteressen einseitig zu schützen, stellt einen integralen Bestandteil des WTO-Acquis dar und wurde im Antidumping-Abkommen (ADA)⁸⁴ sowie im Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen (SCMA)⁸⁵ weiter ausgearbeitet und erweitert. Während Dumping an sich nicht rechtswidrig ist, sind

⁸⁰ WTO Analytical Index, *GATT 1994 – Article XXVIII (Practice)*, Rz. 28.

⁸¹ WTO Analytical Index, *GATT 1994 – Article XXVIII (Practice)*, Rz. 28.

⁸² Als Dumping bezeichnet das WTO-Recht den Verkauf von Waren in Auslandsmärkten unter dem Preis im Ursprungsland; vgl. Van den Bossche, P., Zdouc, W., *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, Fifth Edition, 2022, S. 754 ff.

⁸³ Zum ganzen: Matsushita, M. et al, *The World Trade Organization*, Oxford University Press, Third Edition, 2015, S. 299 ff.

⁸⁴ Übereinkommen zur Durchführung des Artikels VI des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens 1994, Anhang 1A.8 des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20.

⁸⁵ Anhang 1A.13 des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20.

bestimmte Subventionen jedenfalls dann rechtswidrig, wenn sie die Interessen der anderen Handelspartner beeinträchtigen.⁸⁶

- 85 Im Unterschied zum sonstigen Rechtsfolgenrecht des GATT und der WTO, demzufolge Selbsthilfe- und Selbstdurchsetzungsmassnahmen grundsätzlich eine autoritative Entscheidung der Organisation vorgeschaltet ist, kommt Vertragsparteien, deren ökonomischen Interessen⁸⁷ durch Subventionen (oder durch Dumpingpraktiken) anderer GATT-Mitglieder beeinträchtigt werden, das Recht zu, diese Beeinträchtigung unilateral durch die Erhebung von «Ausgleichszöllen» abzustellen und das wettbewerbliche Gleichgewicht wiederherzustellen, das vor der Anwendung dieser «unfairen Handelspraktiken» bestand. Allerdings können diese einseitigen Massnahmen im Nachhinein im Rahmen des WTO-Streitbeilegungsmechanismus auf ihre WTO-Kompatibilität überprüft werden.
- 86 Das einschlägige WTO-Recht macht detaillierte Vorgaben zur *Berechnung* dieser «Ausgleichszölle».⁸⁸ Die Obergrenze für die Höhe der Ausgleichsmassnahme wird daher durch den Umfang der für die nachteilige Einwirkung kausalen Handlung – die Dumpingspanne oder die gewährte Subvention – begrenzt, auch wenn der durch Dumping oder Subventionierung verursachte Schaden darüber hinausgehen sollte.
- 87 Sowohl in Ansehung von Dumping als auch von Subventionen dürfen Ausgleichsmassnahmen nur dann ergriffen werden, wenn der die Massnahmen ergreifende Staat zuvor in einem «fairen und objektiven» Verfahren feststellt, dass die vertraglichen Voraussetzungen für deren Verhängung erfüllt sind. ADA und ASCM enthalten detaillierte Vorgaben hinsichtlich der zu berücksichtigenden Daten und der auszuschliessenden (konkurrierenden) Ursachen. Damit soll neben dem angestrebten fairen Verfahren vor allem auch die (ex-post) Überprüfbarkeit durch nationale Gerichte und WTO-Streitbeilegungsorgane sichergestellt werden.

d. Ausgleichsmassnahmen im Falle von Schutzmassnahmen («Safeguard Measures»)

- 88 Art. XIX GATT 1994 sowie das Übereinkommen über Schutzmassnahmen der WTO (SGA)⁸⁹ gestatten den Mitgliedstaaten ausnahmsweise, die Einfuhr von Waren zu

⁸⁶ Das SCMA unterscheidet zwischen verbotenen und anfechtbaren Subventionen. Verboten sind gem. Art. 3 SCMA Subventionen, wenn ihre Gewährung de jure oder de facto von der Exportleistung abhängig ist. Ebenfalls unzulässig sind Subventionen, die an die Bedingung geknüpft sind, dass heimische Waren anstelle von eingeführten Waren verwendet werden. Alle übrigen Subventionen sind anfechtbar, sofern sie nachteilige Auswirkungen auf die Interessen anderer WTO-Mitglieder haben.

⁸⁷ Dies schliesst die Interessen der wirtschaftlichen Operateure ein.

⁸⁸ Siehe Art. 2 ff. ADA und Art. 14 ff. ASCM. Vgl. dazu etwa Panel Report, *Argentina – Poultry Anti-Dumping Duties*, WT/DS241/R, Rz. 7.365; Mitchell, A., *Proportionality and Remedies in WTO Disputes*, European Journal of International Law, Volume 17, Issue 5, 1 November 2006, 1008, S. 996.

⁸⁹ Anhang 1A.14 des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20.

beschränken, um inländische Industriezweige vor besonders gravierenden Schädigungen durch stark ansteigende Importe zu schützen, und zwar selbst dann, wenn weder den ausländischen Herstellern noch dem ausländischen Staat irgendein Vorwurf gemacht werden könnte.⁹⁰

89 Auch dieses handelspolitische Schutzinstrument ist dem Konzept des Gleichgewichts von Geben und Nehmen verpflichtet.⁹¹ WTO-Mitglieder, die Schutzmassnahmen ergreifen, sind gemäss Artikel 8.2 SGA gehalten, anderen Mitgliedern eine Kompensation anzubieten, um negative Auswirkungen, die durch die Verhängung der Schutzmassnahmen auf den zwischenstaatlichen Handel entstehen können, auszugleichen. Gelingt keine einvernehmliche Regelung dieser Frage, sind die durch die Schutzmassnahme besonders betroffenen Staaten⁹² berechtigt, ihrerseits einseitige Massnahmen zu ergreifen,⁹³ ohne zuvor die Genehmigung eines WTO-Gremiums einzuholen.⁹⁴ Allerdings stellt das WTO-Recht wiederum durchaus anspruchsvolle prozedurale und materielle Bedingungen auf, deren Einhaltung sowohl ex-ante durch den Rat für Warenverkehr (*Council for Trade in Goods*) als auch ex-post in einem quasi-gerichtlichen Verfahren überprüft werden kann.

90 Hinsichtlich des Umfangs der nach dem Abkommen über Schutzmassnahmen zulässigen Ausgleichmassnahme gilt, dass er «im Wesentlichen [auf] gleichwertige Zugeständnisse oder sonstige Verpflichtungen gemäss dem GATT 1994» beschränkt ist. Dabei ging es in der bisherigen Praxis der WTO stets darum, der das vereinbarte Gleichgewicht von Geben und Nehmen aufhebenden Partei im Gegenzug an sich zustehende Vorteile zu entziehen.⁹⁵ Die Ausgleichsmassnahme bezweckt somit nicht,

⁹⁰ Die hierfür geltenden Voraussetzungen sind jedoch sehr streng. Siehe etwa Matsushita, M. et al, *The World Trade Organization*, Oxford University Press, Third edition, 2015, S. 410 ff.

⁹¹ Matthew R. N., David T. H., *Article 8 of the Safeguards Agreement: Reforming the Right to Rebalance*, Journal of Civil Right and Economic Development, Volume 23, Fall 2008, Issue 3, S. 715 mit weiteren Verweisen.

⁹² Piérola-Castro F., *Article 8, Level of Concessions and Other Obligations*, in: *WTO Agreement on Safeguards and Article XIX of GATT: A Detailed Commentary*, Cambridge University Press, 2022, S. 253-273, S. 260.

⁹³ Siehe etwa Hahn, M., *Balancing or Bending? Unilateral Reaction to Safeguard Measures*, Journal of World Trade 39(2), 301-326, 2005; vgl. auch Panel Report: *Turkey – Additional Duties (US)*, WT/DS561/R, Rz. 7.24: «[...] das Panel versteht den Begriff der Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Verpflichtungen dahingehend, dass betroffene Mitglieder unter bestimmten Bedingungen vorübergehend die Anwendung von Zollzugeständnissen oder anderen GATT-Verpflichtungen gegenüber dem Mitglied, das die Schutzmassnahme anwendet, aussetzen dürfen.» [Übersetzung d. Verf.]

⁹⁴ Insbesondere, ohne eine verbindliche Entscheidung des Dispute Settlement Body (DSB) über die Rechtmässigkeit der betreffenden Schutzmassnahmen abwarten zu müssen.

⁹⁵ Etwa in Form einer Erhöhung der Zölle über die vereinbarten Zollbindungen hinaus (WTO, Council for Trade in Goods, Committee on Safeguards, G/L/738, G/SG/N/12/NOR/1), der Einführung von Kontingenten (WTO, Committee on Safeguards, G/L/453, G/SG/35) oder von Zollkontingenten auf ausgewählte Produkte (WTO, Committee on Safeguards, G/L/251). Bis 2018 kamen solche Ausgleichsmassnahmen nur selten vor, doch seither hat sich die Situation verändert. S. eine Liste von Aussetzungen von Zugeständnissen und anderen Verpflichtungen, die

den Staat, der die Schutzmassnahme anwendet, zu sanktionieren oder gar zu bestrafen.⁹⁶ Vielmehr soll sie einen angemessenen Ausgleich erzielen und dabei keinesfalls über das erforderliche Mass (*necessary*) hinaus gehen.⁹⁷

- 91 Das Ausmass der ausgesetzten Zugeständnisse sollte jeweils dem Umfang der durch die Schutzmassnahme verursachten Auswirkungen entsprechen.⁹⁸ Dabei wurden in der Praxis unterschiedliche Methoden angewandt, um die auszusetzenden Zugeständnisse oder sonstigen Verpflichtungen zu berechnen. Als Grundlage dienten unter anderem: die Höhe der aufgrund der Schutzmassnahmen erhobenen (erhöhten) Zölle;⁹⁹ die Höhe der durch die Schutzmassnahmen entstandenen Handelsverluste;¹⁰⁰ sowie eine Schätzung der Zölle, die ohne den durch die Schutzmassnahmen bedingten Rückgang der Exporte erhoben worden wären¹⁰¹. Dabei wurden jeweils vergangene Entwicklungen

gem. Art. 12 Abs. 5 des SGA dem Rat für Warenverkehr notifiziert wurden: *WTO Analytical Index, Agreement on Safeguards – Article 8 (Practice)*, S. 2 ff., https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/safeguards_art8_oth.pdf. Vgl. auch Yano, H., *Rebalancing the Trading Scale? Recent Trends in the Implementation of Article 8 of the Safeguard Agreement*, *Global Trade and Customs Journal*, Volume 19, Issue 2, S. 110.

⁹⁶ Piérola-Castro F., *Article 8, Level of Concessions and Other Obligations*, in: *WTO Agreement on Safeguards and Article XIX of GATT: A Detailed Commentary*, Cambridge University Press, 2022, 253-273, S. 264.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ S. z.B. WTO, Council for Trade in Goods, Committee on Safeguards, G/L/143/Suppl. 1: «India hereby notifies the Council for Trade in Goods of its decision to suspend concessions or other obligations under the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (GATT 1994) and the Agreement on Safeguards that are substantially equivalent to the amount of trade affected by the measures of the UK. [...] India wishes to clarify that suspension of concessions shall be equivalent to the amount of trade affected by the United Kingdoms' measures.»

⁹⁹ S. z.B. WTO, Council for Trade in Goods, Committee on Safeguards, G/L/1359/Rev. 2: «It is calculated that 1.92 Billion US Dollars of Turkish exports to the EU of the products concerned fall out of the scope of the tariff-rate quotas [imposed by the EU on certain products with an out-of-quota duty of 25%]. Hence, duty collected from this portion of exports amounts to 480 million US Dollars. Accordingly, Turkey's proposed suspension of concessions would result in an equivalent amount of duty collected from products originating in the EU.» Siehe auch WTO, Council for Trade in Goods, Committee on Safeguards, G/L/1528, G/SG/N/12/TUR/10: «In 2019 [the most representative year before the application of the safeguard measures], 8,95 million US Dollars of Turkish exports to Indonesia of the products concerned were realized. Hence, duty collected from these exports amounts to 24,17 million US Dollars. Accordingly, Türkiye's proposed suspension of concessions would result in an equivalent amount of duty collected from products originating in Indonesia.»

¹⁰⁰ S. z.B. WTO, Committee on Safeguards, G/L/453, G/SG/35: Die Berechnung der Verluste, die Polen durch die Anwendung quantitativer Einschränkung für die Einfuhr von polnischem Zucker durch die Slowakei entstanden sind, basiert auf der Differenz zwischen dem durchschnittlichen Volumen der polnischen Zuckerexporte in die Slowakei in den drei Jahren vor der Einführung der Schutzmassnahmen durch die Slowakei und der für Polen im Rahmen der slowakischen Schutzmassnahme festgelegten Quote. S. auch G/L/251, G/SG/N/12/EEC/1: Der voraussichtliche Verlust der Europäischen Gemeinschaften wurde auf der Grundlage der durchschnittlichen Exporte der EG in die USA in den Jahren vor der Einführung der US-Schutzmassnahme berechnet.

¹⁰¹ S. z.B. WTO, Council of Trade in Goods, Committee on Safeguards, G/L/1431/Suppl. 1: Indien schlug Aussetzung von Zugeständnissen vor, deren Wert äquivalent zu dem Rückgang seiner Exporte zum Vereinigten Königreich sein sollte.

und Schädigungen herangezogen, jedoch nicht um diese zu ersetzen¹⁰², sondern um zu berechnen, wie ein künftiges neues Gleichgewicht hergestellt werden könne. Keine dieser Massnahme wurde bisher von den WTO-Streitbeilegungsorganen auf ihre Vereinbarkeit mit Artikel 8.2 des SGA geprüft.¹⁰³

e. Nichtverletzungsbeschwerde («Non-Violation Complaint»)
(Art. XXIII Abs. 1(b) GATT)

- 92 Gemäss Artikel XXIII Abs. 1(b) GATT in Verbindung mit Artikel 26 Abs.1 DSU¹⁰⁴ kann ein Mitglied der WTO verlangen, dass ein neues Gleichgewicht von Geben und Nehmen begründet wird, sofern seine legitimen Erwartungen¹⁰⁵ im Hinblick auf die GATT-Vertragsbeziehung durch die Massnahmen eines anderen Vertragspartners zu-nichte gemacht oder geschmälert wurden («nullification and impairment»)¹⁰⁶. Das gilt unabhängig davon, ob die streitgegenständlichen Massnahmen gegen spezifische GATT-Regeln verstossen.
- 93 Unbeschadet des Umstandes, dass die Praxis dieses Instrument ausserordentlich sparsam eingesetzt hat,¹⁰⁷ zeigt seine Existenz, dass die WTO-Vertragsparteien dem Konzept des *Gleichgewichts* der ausgehandelten Marktzugangsverpflichtungen konstitutive Bedeutung beimessen.¹⁰⁸
- 94 Im Falle einer erfolgreichen Nichtverletzungsbeschwerde («Non-Violation Complaint») steht dem beschwerdeführenden Staat das Recht auf Rekalibrierung des durch den Beschwerdegegner gestörten Gleichgewichts der Marktzugangsverpflichtungen

¹⁰² Schadensersatz ist im Rahmen des WTO-Rechts nicht vorgesehen, vgl. Rz. 75.

¹⁰³ Die WTO-Streitbeilegungsorgane haben sich bislang nur in zwei Fällen zu Art. 8.2 SGA geäussert: im Panel Report, *Turkey – Additional Duties (US)*, WT/DS561/R und im Panel Report, *China – Additional Duties (US)*, WT/DS558/R. In *Turkey – Additional Duties (US)* (Rz. 7.32 ff) betonte das Panel – und in *China – Additional Duties* (Rz. 7.65) bestätigte es –, dass Artikel 8.2 das Vorliegen einer von einem anderen Mitglied ergriffenen Schutzmassnahme voraussetzt. Da die ursprüngliche Massnahme der Gegenpartei (*in casu* der Vereinigten Staaten) auf einer Bestimmung des GATT 1994 beruhte, die nicht Artikel XIX wäre, stellte das Panel fest, dass das SGA auf diese Massnahmen keine Anwendung findet.

¹⁰⁴ Anhang 2 des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20, Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung.

¹⁰⁵ Damit Erwartungen auf einen Vorteil als legitim gelten, dürfen die beanstandeten Massnahmen zum Zeitpunkt der Aushandlung der Zollzugeständnisse nicht vernünftigerweise vorhersehbar gewesen sein, Panel Report, *Japan – Film*, WT/DS44/R, Rz. 10.72 ff.

¹⁰⁶ Panel Report, *Japan – Film*, WT/DS44/R, Rz. 10.50.

¹⁰⁷ Siehe Panel Report, *Japan – Film*, WT/DS44/R, Rz. 10.30: «an exceptional remedy»; Panel Report, *EC – Asbestos*, WT/DS135/R, Rz. 8.276: «an exceptional course of action». Vgl. auch Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, WT/DS135/AB/R, Rz. 186 ff. Der Grund für diese Zurückhaltung ist naheliegend: Die Mitglieder handeln verbindliche Regeln aus; halten sie sich daran, sollen ihre Massnahmen nicht infrage gestellt werden, Panel Report, *Japan – Film*, WT/DS44/R, Rz. 10.36.

¹⁰⁸ Zur Entstehungsgeschichte: Petersmann, E.-U., *Violation-Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law*, German Yearbook of International Law 34 (1991), S. 175 ff.; Petersmann, E.-U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, Brill | Nijhoff, 1997, S. 135 ff.

zu. Dies kann entweder dadurch erfolgen, dass der Handelspartner einen Ausgleich für die beeinträchtigenden Auswirkungen seiner Massnahme anbietet – typischerweise durch andere Zugeständnisse, die dem Wert der ursprünglichen Zugeständnisse entsprechen – oder indem der obsiegende Staat eine gleichwertige eigene Marktzugangskonzession zurückzieht.¹⁰⁹ Das Ziel dieses Instruments ist die Herstellung eines für beide Seiten zufriedenstellenden neuen Gleichgewichts.¹¹⁰

- 95 In den wenigen WTO-Fällen, in denen sich Mitgliedstaaten auf Art. XXIII Abs. 1(b) GATT 1994 berufen haben, wurden diese Argumente entweder aufgrund des Prinzips der Prozessökonomie («judicial economy») nicht geprüft oder es konnte nach Auffassung der WTO-Streitbeilegungsorgane nicht nachgewiesen werden, dass eine Massnahme der Gegenpartei einen Vorteil der Beschwerdeführerin zu-nichte gemacht oder beeinträchtigt habe.¹¹¹ Neuerdings haben die Vereinigten Staaten den Vorschlag unterbreitet, im Falle der Anrufung nationaler Sicherheitsinteressen den von den Auswirkungen dieser Massnahme beeinträchtigten Vertragsparteien das «Re-balancing» über das Instrument der *Non-Violation-Complaint* zu ermöglichen.¹¹²

2. EWR-Abkommen

- 96 Auch das EWR-Abkommen¹¹³ (EWR) sieht zwei Möglichkeiten vor, «zum Ausgleich etwaiger Ungleichgewichte» Massnahmen zu ergreifen, um die Balance von Rechten und Verpflichtungen wiederherzustellen.

a. Art. 111 Abs. 3 EWR-Abkommen

- 97 Art. 111 Abs. 3 (i.V.m. Art. 113, 112 Abs. 2) EWR berechtigt die Vertragsparteien, Massnahmen «zum Ausgleich etwaiger Ungleichgewichte»¹¹⁴ zu ergreifen, falls diese aus einer unterschiedlichen Auslegung einer EWR-Vorschrift resultieren, «die in

¹⁰⁹ Bagwell, K., Staiger, R. W., *Domestic Policies, National Sovereignty, and International Economic Institutions*, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 116, No. 2 (May, 2001), S. 524.

¹¹⁰ Appellate Body Report, *India – Patents (US)*, WT/DS50/AB/R, Rz. 41.

¹¹¹ S. WTO Analytical Index, *DSU – Information tables, Table of non-violation claims in WTO disputes*, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/tableofcases_e.pdf.

¹¹² *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body*, Geneva, January 27, 2023: «[I]t has been the U.S. view that the appropriate remedy where a Member is impacted by another Member's essential security measures is to seek a non-violation [...] claim. The reality is we designed a WTO where rebalancing could take place without interfering with a Member's sovereign responsibilities in the area of national security.» Siehe dazu auch Lamp, N., *At the Vanishing Point of Law: Rebalancing, Non-Violation Claims, and the Role of the Multilateral Trade Regime in the Trade Wars*, Journal of International Economic Law 22 (2019), S. 721–742.

¹¹³ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl. L 1 vom 3.1.1994, S. 3-522.

¹¹⁴ Das Konzept des Ungleichgewichts wird im Abkommen nicht näher definiert. Vgl. Norberg S. et al., *The European Economic Area, EEA Law: A Commentary on the EEA Agreement*, Fritzes, 1993, S. 281; Arnesen, F. et al., *Agreement on the European Economic Area, A Commentary*, C.H. Beck, Hart, Nomos, Universitätsforlaget, 2018, S. 876.

ihrem wesentlichen Gehalt» mit einer entsprechenden EU-Vorschrift identisch ist.¹¹⁵ Voraussetzung ist, dass nicht innerhalb nützlicher Frist eine einvernehmliche Lösung erzielt werden kann *oder* die beteiligten Vertragsparteien sich nicht darauf verständigen konnten, ihren Streit dem EuGH vorzulegen.

- 98 Die Vertragspartei, die eine Massnahme gem. Art. 111 Abs. 3 zu ergreifen gedenkt, muss ihre Position im Gemeinsamen Ausschuss substantiiert darlegen. Zudem muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Streitgegenstand und dem geltend gemachten Ungleichgewicht dargelegt werden. Massnahmen, die nach Art. 111 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 112 Abs. 2 getroffen werden, sind in ihrem Anwendungsbereich und ihrer Dauer auf das zur Behebung der Schwierigkeiten *unbedingt erforderliche* Mass zu beschränken. Vorrang ist jenen Massnahmen einzuräumen, die das Funktionieren des Abkommens *so wenig wie möglich* beeinträchtigen. Eine Massnahme, die zwar das Ungleichgewicht behebt, dabei aber das Funktionieren des Abkommens stärker beeinträchtigt als eine alternative Massnahme, die das angestrebte Ziel gleichermassen erreicht, verletzt das Abkommen.
- 99 Die Überprüfung der Ausgleichsmassnahmen obliegt dem Gemeinsamen Ausschuss. Sollte der Streit über den Umfang oder die Dauer der Massnahmen dort nicht beigelegt werden, kann die Angelegenheit gemäss Art. 111 Abs. 4 EWR einem Schiedsgericht vorgelegt werden.¹¹⁶ Abgesehen davon, dass diesen Ausgleichsmassnahmen kein schiedsgerichtlicher Entscheid in dem ursprünglichen Streit vorgeschaltet sein muss, weist diese Vorschrift durchaus Ähnlichkeiten mit Art. 11 IP auf.

b. Art. 114 EWR-Abkommen

- 100 Ähnlich wie dies gemäss Art. 14a FZA n.F. der Fall sein soll, berechtigt Art. 114 EWR eine Vertragspartei, die von den Schutzmassnahmen¹¹⁷ einer anderen Vertragspartei betroffen ist, «angemessene Ausgleichsmassnahmen» zu ergreifen, sofern die zuvor ergriffene Schutzmassnahme ein Ungleichgewicht zwischen den im Abkommen vereinbarten Rechten und Pflichten verursacht. Wann im Einzelnen ein Ungleichgewicht vorliegt, wird vom EWR-Abkommen nicht spezifiziert.
- 101 Vor dem Hintergrund der von den Vertragsparteien anerkannten Zulässigkeit von Schutzmassnahmen bei ernstlichen wirtschaftlichen, gesellschaftlichen oder

¹¹⁵ In Streitfällen, die Bestimmungen des EWR betreffen, die nicht inhaltlich mit dem Unionsrecht identisch sind, können Vertragsparteien keine Massnahmen nach Art. 111 Abs. 3 EWR ergreifen.

¹¹⁶ «Betrifft der Streit den Umfang oder die Dauer von Schutzmaßnahmen gemäß Artikel 111 Absatz 3 oder Artikel 112 oder die Angemessenheit von Ausgleichsmaßnahmen gemäß Artikel 114 und gelingt es dem Gemeinsamen EWR-Ausschuss nicht, den Streit innerhalb von drei Monaten, nachdem er angerufen wurde, beizulegen, so kann jede Vertragspartei den Streitfall gemäß den Verfahren des Protokolls 33 dem Schiedsgericht unterbreiten. Fragen, die die Auslegung der in Absatz 3 genannten Bestimmungen dieses Abkommens betreffen, dürfen in einem solchen Verfahren nicht behandelt werden. Der Schiedsspruch ist für die Streitparteien verbindlich.»

¹¹⁷ Artikel 112 EWR-Abkommen.

ökologischen Schwierigkeiten sektoraler oder regionaler Natur überrascht nicht, dass die Verhältnismässigkeitsanforderungen an eine Ausgleichsmassnahme gemäss Art. 114 Abs. 1 EWR streng sind.¹¹⁸ Eine Vertragspartei darf nur solche Massnahmen ergreifen, die *unbedingt erforderlich* sind, um das durch die Schutzmassnahmen verursachte Ungleichgewicht zu beheben und hat stets Massnahmen zu bevorzugen «die das Funktionieren des EWR *so wenig wie möglich* stören».¹¹⁹

- 102 Gemäss Art. 114 Abs. 2 EWR gelten für Ausgleichsmassnahmen die Verfahrensregeln des Art. 113 EWR. Dies bedeutet, dass die Vertragspartei, welche die Ausgleichsmassnahmen ergreifen möchte, dies vorab mitteilen und alle «sachdienlichen Informationen» zur Verfügung stellen muss. Bezüglich der Überprüfung der Ausgleichsmassnahmen greift die soeben (Rz. 98 f.) vorgestellte Regelung.

3. Entwurf eines Abkommens zur Begründung einer Assoziierung zwischen der Europäischen Union und dem Fürstentum Andorra bzw. der Republik San Marino

- 103 Das im Dezember 2023 von der Europäischen Kommission sowie dem Fürstentum Andorra bzw. der Republik San Marino ausgehandelte Abkommen (AAASM)¹²⁰ wartet derzeit auf Unterzeichnung und Ratifikation.
- 104 Das Assoziierungsabkommen wird Andorra und San Marino die vollständige (und nicht nur sektorielle) Teilnahme am Binnenmarkt der EU (die vier Freiheiten – den freien Verkehr von Personen (Art. 14 ff.), Waren (Art. 6 ff.), Dienstleistungen (Art. 24 ff.) und Kapital (Art. 27 ff.) – sowie gleiche Wettbewerbsbedingungen (Art. 38 ff.) umfasst) ermöglichen und die Zusammenarbeit in weiteren Politikbereichen (Art. 50 ff.) wie Arbeitsschutzrecht, Sozialpolitik, Umweltschutz, Forschung, Bildung usw. verstärken. Der Zugang zum Binnenmarkt und die Verknüpfung mit dessen rechtlichem Regime wird dem der EWR-Vertragsparteien ähnlich sein.¹²¹
- 105 Allerdings geht der vereinbarte institutionelle Rahmen hinsichtlich seiner Integration in die Organstruktur der EU weit über die Lösungen des EWR hinaus. Neben bereits existierenden oder durch das neue Abkommen geschaffenen Organen – den Gemeinsamen Ausschüssen und Unterausschüssen, dem Assoziationsausschuss, dem Parlamentarischen Assoziationsausschuss, dem Beratenden Assoziationsausschuss der Wirtschafts- und Sozialpartner – fällt insbesondere auf, dass etwa der Europäischen

¹¹⁸ Arnesen, F. et al., (Fn. 114), S. 889.

¹¹⁹ Herv. d. Verf.; Arnesen, F. et al., (Fn. 114), S. 889.

¹²⁰ European Commission, COM/2024/ 189 final, Proposal for a COUNCIL DECISION on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Agreement establishing an association between the European Union and the Principality of Andorra and the Republic of San Marino respectively, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52024PC0189#footnote1>.

¹²¹ Europäische Kommission, Pressemitteilung, 25.04.2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_24_2286.

Kommission¹²² und dem Gerichtshof der EU ganz unmittelbar Entscheidungsbefugnisse mit Wirkung für und gegen die beiden Mikrostaaten zukommen sollen. So ist der EuGH im Streitbeilegungsverfahren für die Auslegung und Anwendung des Assoziierungsabkommens zuständig.¹²³ An mehreren Stellen sieht das Abkommen die Möglichkeit für die Vertragsparteien vor, Ausgleichmassnahmen zu ergreifen.

**a. Ausgleichmassnahmen («Compensatory Measures») gemäss
Art. 90 Abs. 7 AAASM**

- 106 Im Falle von Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung des Abkommens oder eines darin genannten EU-Rechtsakts können gemäss Art. 90 AAASM Ausgleichmassnahmen ergriffen werden, sofern ein Urteil des EuGH nicht innerhalb von zwölf Monaten ab dem Datum des Urteils umgesetzt worden ist und im Rahmen des Gemeinsamen Ausschusses keine einvernehmliche Lösung gefunden werden kann.
- 107 In einem solchen Fall können sich die Vertragsparteien bereits im Gemeinsamen Ausschuss über eine Ausgleichmassnahme einigen, um ein durch die fehlerhafte Anwendung des Abkommens entstandenes Ungleichgewicht zu beheben. Kommt keine Einigung zustande, kann die Vertragspartei, die eine fehlerhafte Anwendung des Abkommens geltend macht, auch einseitig Ausgleichmassnahmen ergreifen, einschliesslich der Aussetzung des gesamten Abkommens oder einzelner Teile davon. Der Umfang und die Dauer dieser Massnahmen sind auf das unbedingt erforderliche Mass zur Behebung der Situation zu beschränken und sie dürfen das Funktionieren dieses Abkommens so wenig wie möglich beeinträchtigen.
- 108 Die von einer solchen Massnahme betroffene Vertragspartei kann dem Gemeinsamen Ausschuss ihre Stellungnahmen mit dem Ziel vorlegen, eine Entscheidung über die Verhältnismässigkeit dieser Massnahmen zu erwirken. Kann der Gemeinsame Ausschuss innerhalb von drei Monaten nach Anrufung keine Entscheidung treffen, kann jede Vertragspartei die Verhältnismässigkeit dieser Massnahmen in einem Schiedsverfahren prüfen lassen.¹²⁴

¹²² Siehe insbesondere die Artikel 40 und 46, die der Europäischen Kommission eine Schlüsselrolle bei der Überwachung und Durchsetzung der Wettbewerbs- und Beihilferegeln zuweisen.

¹²³ Art. 90 («Settlement of disputes between Associated Parties»); weitere Zuständigkeiten des EuGH ergeben sich aus Art. 46 Abs. 4 in Bezug auf die gemeinsamen Beihilferegeln (ähnlich Art. 108 Abs. 2 AEUV), gemäss den Art. 91 und 92 hinsichtlich der Rechtmässigkeitsprüfung von Rechtsakten (bzw. des Unterlassens von Rechtsakten) der EU Organen und sonstigen EU Einrichtungen im Rahmen des AAASM (ähnlich Art. 263 ff. AEUV), gem. Art. 93 in Bezug auf Schadensersatz aufgrund ausservertraglicher Haftung für durch die EU-Organen oder sonstige Einrichtungen verursachten Schäden (ähnlich Art. 340 AEUV) sowie gem. Art. 94 im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens zur Auslegung des AAASM und zur Rechtmässigkeit der Rechtsakten der EU Organen (ähnlich Art. 267 AEUV). Damit würde die Assoziierung von San Marino und Andorra (sofern das Abkommen ratifiziert wird) die bislang weitreichendste (justizielle) Integration von Drittstaaten in die Rechtsordnung der EU darstellen.

¹²⁴ «[...] (8) The Associated Party affected by the measures referred to in paragraph 7 may submit its observations to the Joint Committee with a view to a decision on the proportionality of those measures. If the Joint Committee is unable to take a decision within a period of three months

109 Ausgleichsmassnahmen berühren gem. Art. 90 Abs. 8 AAASM nicht die den Einzel-
nen zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens zustehenden vertraglichen Rechte und Pflich-
ten.¹²⁵

***b. Ausgleichsmassnahmen («Rebalancing Measures») gemäss
Art. 97 Abs. 8 und 98 Abs. 5 AAASM***

110 Art. 97 Abs. 8 berechtigt eine Vertragspartei, die von Schutzmassnahmen einer ande-
ren Vertragspartei betroffen ist, «proportionate rebalancing measures» (verhältnismäs-
sige Ausgleichsmassnahmen) zu ergreifen, sofern die zuvor ergriffene Schutzmass-
nahme ein Ungleichgewicht zwischen den im Abkommen vereinbarten Rechten und
Pflichten verursacht.

111 Wann ein Ungleichgewicht vorliegt, wird im Abkommen nicht näher definiert. Auslö-
ser für Ausgleichsmassnahmen sind vorausgegangene Schutzmassnahmen nach
Art. 97 Abs. 1, die nur bei Vorliegen von «serious economic, societal or environmental
difficulties of a sectorial or regional nature» (ernsthaften wirtschaftlichen, gesell-
schaftlichen oder ökologischen Schwierigkeiten sektoraler oder regionaler Art) zuläs-
sig sind.

112 Ähnlich wie im EWR sind die Anforderungen an die Verhältnismässigkeit einer Aus-
gleichsmassnahme gemäss Art. 97 Abs. 8 streng. Eine Vertragspartei darf nur solche
Massnahmen ergreifen, die *unbedingt erforderlich* («strictly necessary») sind, um das
durch die Schutzmassnahmen verursachte Ungleichgewicht zu beheben und muss stets
Massnahmen den Vorzug geben, die das Funktionieren des Abkommens *so wenig wie
möglich* stören. Offensichtlich soll in dieser Situation eine Eskalation des Konflikts
vermieden werden.

113 Das Abkommen sieht in Artikel Art. 98 Abs. 5 auch Ausgleichsmassnahmen als Re-
aktion auf eine besondere Art von Schutzmassnahmen vor – nämlich auf solche, die
im Falle eines Terroranschlags oder einer Natur- oder menschengemachten Katastro-
phe eine assoziierte Vertragspartei ergreift.

c. Ausgleichsmassnahmen gemäss Andorra Protokoll

114

after the matter has been referred to it, either Associated Party may submit the question of the
proportionality of those measures to arbitration in accordance with Framework Protocol 6. No
question concerning the interpretation of this Agreement, as referred to in paragraph 3, may be
addressed in arbitration. The arbitration ruling shall be binding on the Associated Parties. [...]»

¹²⁵ «[...] Where compensatory or suspension measures have been taken pursuant to paragraph
6 or 7, the rights of individuals by virtue of this Agreement on the date on which those
measures come into effect shall be preserved, as shall the concomitant obligations under this
Agreement. » [Herv. d. Verf.]

Zusammen mit dem Assoziierungsabkommen sollte auch das Andorra Protokoll unterzeichnet werden,¹²⁶ das das 2004 abgeschlossene Kooperationsabkommen EU-Andorra¹²⁷ ersetzen wird. Ein zentrales Element des Protokolls ist die Gründung einer Zollunion für *alle* Güter.

- 115 In Bezug auf den Tabakhandel sieht Art. 12 die Möglichkeit vor, Schutzmassnahmen («Tobacco safeguard measures») zu ergreifen. Als Reaktion auf die Anwendung solcher Schutzmassnahmen sind in Verbindung mit Art. 97 Abs. 8 des Rahmenabkommens (AAASM) auch Ausgleichsmassnahmen («rebalancing measures») vorgesehen; auf die obigen Ausführungen wird verwiesen. Darüber hinaus sieht Art. 24 des Protokolls Ausgleichsmassnahmen im Rahmen von zollrechtlichen Sicherheitsmassnahmen vor. Auch diese Massnahmen müssen verhältnismässig sein und auf das «erforderliche» Mass zur Behebung der Situation beschränkt werden.

4. Abkommen EU-UK über Handel und Zusammenarbeit (TCA)

- 116 Das am 30. Dezember 2020 unterzeichnete und seit dem 1. Januar 2021 vorläufig anwendbare Abkommen über Handel und Zusammenarbeit («Trade and Cooperation Agreement», TCA)¹²⁸ trat am 1. Mai 2021 offiziell in Kraft. Es bildet die Grundlage für eine umfassende Zusammenarbeit post-Brexit zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich.
- 117 Gegenstand des Abkommens sind – über den Warenhandel¹²⁹ hinaus – weitere Bereiche der wirtschaftlichen Zusammenarbeit wie Dienstleistungen und Investitionen (Art. 123 ff.), Digitaler Handel (Art. 196 ff.), Geistiges Eigentum (Art. 219 ff.), öffentliche Auftragsvergabe (Art. 276 ff.), Energie (Art. 299 ff.), Wettbewerbspolitik (Art. 358 ff.), arbeits- und sozialrechtliche Normen (Art. 386 ff.), Umwelt und Klima (Art. 390 ff.), Luftverkehr (Art. 417 ff.), Strassentransport (Art. 459 ff.) sowie Fischerei (Art. 493 ff.). Im TCA sind zudem die *Zusammenarbeit im Bereich der Polizei und Justiz in strafrechtlichen Angelegenheiten* (Teil Drei) sowie die *Teilnahme an Programmen der Union* (Teil Fünf) vorgesehen. Zugleich gehen manche Bestimmungen, wohl aufgrund Brexit-bedingter Verhärtungen, wesentlich weniger weit, als dies in manch anderen Verträgen der EU der Fall ist. Ein Beispiel hierfür ist das Fehlen gemeinsamer Regeln zur Gleichwertigkeitsanerkennung von Konformitätsbewertungen

¹²⁶ Proposal for a Council Decision on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Agreement establishing an association between the European Union and the Principality of Andorra and the Republic of San Marino respectively, Brussels, 26.4.2024 COM(2024) 189 final, ANNEX – PART 2/14.

¹²⁷ Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Fürstentum Andorra, ABl. L 135 vom 28.5.2005, S. 14-18.

¹²⁸ Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Grossbritannien und Nordirland andererseits, ABl. L 149 vom 30.4.2021, S. 10-2539.

¹²⁹ Die Artikel 21 ff. TCA verbieten sämtliche Zölle auf Waren mit Ursprung in den Vertragsparteien. Zudem untersagt Art. 26 Ein- und Ausfuhrbeschränkungen. Damit stellt das TCA ein Abkommen mit 0% Zöllen und 0 Quoten dar.

(MRA), wie sie – wenn auch in unterschiedlicher Form und unterschiedlichem Umfang – in den Abkommen der EU mit der Schweiz und Kanada zu finden sind.¹³⁰

- 118 Das TCA sieht in mehreren Bereichen der Zusammenarbeit vor, dass die Vertragsparteien einseitige Massnahmen gegen die jeweils andere Partei ergreifen können.

a. Abhelfemassnahmen («Temporary Remedies» nach einem vom Schiedsgericht festgestellten Verstoss gegen das TCA und «Remedial Measures»)

- 119 Abhelfemassnahmen («remedial measures») sowie einstweilige Abhelfemassnahmen («temporary remedies») sind vorgesehen, wenn ein Verstoss gegen eine aus dem Abkommen resultierende Verpflichtung vorliegt oder mutmasslich vorliegt.
- 120 Einstweilige Abhelfemassnahmen («temporary remedies») dürfen erst dann ergriffen werden, wenn ein Verstoss zuvor durch ein Schiedsgericht festgestellt wurde. Bei der Ausgestaltung der einschlägigen Bestimmungen orientierten sich die Vertragsparteien erkennbar am Regelwerk der WTO.¹³¹
- 121 Wie der Titel von Artikel 749 TCA («Einstweilige Abhelfemassnahmen»/«Temporary Remedies») bereits andeutet, sind sowohl eine Aussetzung von Verpflichtungen als auch ein vereinbarter Ausgleich als vorübergehende Massnahmen gedacht. Sie dienen als Instrumente, um sicherzustellen, dass beide Vertragsparteien letztendlich all ihren Verpflichtungen aus dem Abkommen nachkommen. Diese Massnahmen sollten nicht mehr angewendet werden, sobald die Beschwerdegegnerin durch geeignete Umsetzungsmassnahmen wieder im Einklang mit dem Abkommen steht (Art. 749 Abs. 13 TCA) oder die Vertragsparteien die Streitigkeit durch eine einvernehmliche Lösung beigelegt haben (Art. 756 TCA).
- 122 Demgegenüber ermöglichen die Regeln zu Abhelfemassnahmen («remedial measures») ein rasches einseitiges Handeln der Vertragsparteien ohne vorherige schiedsgerichtliche Feststellung eines Verstosses. Dies ist etwa gemäss Art. 374 Abs. 3 TCA zulässig, sofern Beweise vorliegen, dass eine Subvention der anderen Vertragspartei erhebliche negative Auswirkungen auf den Handel oder die Investitionen zwischen den Vertragsparteien hat oder eine ernsthafte Gefahr solcher Auswirkungen besteht. Vergleichbares gilt gemäss Art. 469 TCA bei Verstössen gegen Standards bei

¹³⁰ Welche Folgen dieses Fehlen für die Handelsbeziehungen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich hat, wird dargelegt in Barnard, C. & Leinarte, E., *Movement of goods under the TCA*, Global Policy, 13 (Suppl. 2), 106–118, S. 114.

¹³¹ Vgl. Teil C.II.1; siehe auch Fella, S., *The UK-EU Trade and Cooperation Agreement, governance and dispute settlement*, House of Commons Library, 3. August 2021, S. 32; Hestermeyer, H. in *Uncorrected oral evidence: Future UK-EU relations: governance*, House of Lords, Select Committee on the European Union, 2. Februar 2021, S. 12; Peers, S., *Analysis 4 of the Brexit deal: Dispute settlement and the EU/UK Trade and Cooperation Agreement*, EU Law Analysis, 8. Januar 2021.

Landtransporten sowie gemäss Art. 506 TCA im Fall einer mutmasslichen Nichteinhaltung der vereinbarten Regeln im Bereich der Fischerei.

- 123 Sämtliche Kategorien von Abhilfemassnahmen unterliegen der Möglichkeit einer Anfechtung und Überprüfung durch ein Schiedsgericht. Werden beim Erlass von Massnahmen gemäss Artikel 374 und 506 TCA die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen nicht eingehalten, ist die betroffene Vertragspartei berechtigt, ihrerseits mit der Aussetzung eigener Verpflichtungen zu reagieren. Durch diese Regelungssystematik enthält das TCA mehrstufige Kontroll- und Reaktionsmechanismen, die es den Vertragsparteien ermöglichen sollen, auf Vertragsverstösse zügig zu reagieren und etwaige durch die Regelverletzung verursachte Ungleichgewichte im gegenseitigen Verhältnis effektiv zu beseitigen.

b. Ausgleichsmassnahmen («Compensatory Measures» und «Rebalancing Measures»)

(i) Ausgleichsmassnahmen («Compensatory Measures») gemäss Art. 501 TCA

- 124 Artikel 501 TCA¹³² regelt, wie eine Vertragspartei auf den Entzug oder die Einschränkung des Zugangs zu Gewässern der anderen Vertragspartei¹³³ reagieren kann und welche Ausgleichsmassnahmen in diesem Fall ergriffen werden können.
- 125 Wenn eine Vertragspartei den Zugang zu ihren Fischereizonen einschränkt oder entzieht, kann die Gegenseite Massnahmen ergreifen, um die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Auswirkungen dieser Massnahme auszugleichen. Diese Ausgleichsmassnahmen müssen sich an den Auswirkungen der ursprünglichen Massnahmen der Gegenseite orientieren («den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Auswirkungen der Änderung des Umfangs und der Bedingungen für den Zugang zu den Gewässern angemessen») und auf zuverlässigen Beweisen – nicht nur auf Vermutungen und entfernten Möglichkeiten – beruhen. Vorrangig sollten solche Massnahmen ergriffen werden, die das Funktionieren des Abkommens am wenigsten beeinträchtigen.

(ii) Ausgleichende Anpassungen («Compensatory Adjustments») gemäss Art. 290 TCA

- 126 Art. 290, 292 und 293 TCA regeln die Situation, in der eine Vertragspartei beabsichtigt, ihre Marktzugangsverpflichtungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens (nach Anhang 25 Abschnitt B) nachträglich zu ändern. Eine solche Änderung ist zulässig, sofern die Gegenseite den angemessenen ausgleichenden Anpassungen (*appropriate compensatory adjustments*) zustimmt. Ziel dieser Anpassung ist es, ein vergleichbares Marktzugangsniveau aufrechtzuerhalten.

¹³² Article 501, *Compensatory measures in case of withdrawal or reduction of access*.

¹³³ Art. 500, *Access to waters*.

127 Erachtet die andere Vertragspartei die vorgeschlagene Anpassung als unzureichend, steht ihr das Recht zu, Einspruch zu erheben. Kann in der Folge keine Einigung erzielt werden, so ist der Streit im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens nach Teil Sechs TCA zu klären.

(iii) «Rebalancing Measures» gemäss Art. 411 TCA

128 Teil Zwei Teilbereich Eins Titel XI des TCA («Gleiche Wettbewerbsbedingungen für einen offenen und fairen Wettbewerb und eine nachhaltige Entwicklung») enthält Regeln, die einerseits das *Recht auf Regulierung*¹³⁴ der Vertragsparteien in Bezug auf Subventionen, Arbeits- und Sozialstandards, Umwelt- und Klimaschutz, Wettbewerb und Besteuerung anerkennen. Zugleich soll ein Mechanismus für Ausgleichsmassnahmen sicherstellen, dass regulatorische Differenzen den fairen Wettbewerb zwischen den Vertragsparteien nicht beeinträchtigen.

129 Im Gegensatz zu den üblichen *positions de départ* bei Handelsverhandlungen, bei denen von unterschiedlichen Regelungen ausgehend eine Harmonisierung oder Gleichwertigkeit angestrebt wird, verfügten das Vereinigte Königreich und die EU in den vom EU-Recht erfassten Bereichen zum Zeitpunkt des Brexits über identische Standards. Da jedoch das Vereinigte Königreich nach dem Brexit nicht bereit war, einem Mechanismus zur Übernahme von EU-Recht zuzustimmen¹³⁵ und das *Right to Regulate* als Ausdruck seiner Souveränität betonen wollte,¹³⁶ sollen die Level-Playing-Field-Bestimmungen einer signifikanten Abweichung von Standards entgegenwirken.

130 Artikel 411 regelt, wie die EU und das Vereinigte Königreich auf erhebliche Unterschiede in wichtigen regulatorischen Bereichen (Arbeits-, Sozial-, Umwelt- und Klimaschutz sowie die Subventionskontrolle) reagieren können, wenn diese den fairen Wettbewerb und den Handel zwischen den Parteien beeinträchtigen. Vorgesehen ist ein Mechanismus – von den einen als *kurz und brutal*,¹³⁷ von den anderen als *innovativ und komplex*¹³⁸ charakterisiert – der «angemessene Ausgleichsmassnahmen» gestattet, sofern die vom TCA vorausgesetzte Gleichwertigkeit von Standards durch eine

¹³⁴ Article 356, *Right to regulate, precautionary approach and scientific and technical information* [Recht auf Regulierung, Vorsorgeansatz und wissenschaftliche und technische Informationen].

¹³⁵ Nach manchen Autoren stellt aber Art. 411 TCA eine «defensive Version der dynamischen Angleichung» dar: Defensiv insofern, als es anstelle fortlaufender Harmonisierung eine weitere Möglichkeit bietet, die jeweils andere Seite unter Druck zu setzen. Siehe Lydgate, E., Szysczak E., Winters, L.A., Anthony, C., *Taking Stock of the UK-EU Trade and Cooperation Agreement: Governance, State Subsidies and the Level Playing Field*, UKTPO, Briefing Paper 54, Januar 2021, S. 5.

¹³⁶ S. beispielsweise den Brief von David Frost, dem britischen Chefunterhändler, an Michel Barnier, den EU-Chefunterhändler: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/886168/Letter_to_Michel_Barnier_19.05.20.pdf.

¹³⁷ S. Barnard, C. in *Uncorrected oral evidence: Future UK-EU relations: governance*, House of Lords, Select Committee on the European Union, 2. Februar 2021, S. 15.

¹³⁸ Collins, D., *Standing the Test of Time: The Level Playing Field and Rebalancing Mechanism in the UK-EU Trade and Cooperation Agreement (TCA)*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2021, 12, 617–636, S. 618, 620.

Vertragspartei nicht eingehalten und dadurch Auswirkungen auf das wettbewerbliche Gleichgewicht herbeigeführt werden. Ein Schiedsverfahren soll sicherstellen, dass solche Massnahmen objektiv geprüft und nicht willkürlich eingesetzt werden.

- 131 Der Schwellenwert für die Auslösung solcher Massnahmen ist hoch angesetzt: Sie sind nur zulässig, wenn aufgrund *erheblicher* Unterschiede *wesentliche Auswirkungen* («material impact») auf den Handel oder die Investitionen entstehen.¹³⁹ Die Verwendung von Adjektiven «erheblich» und «wesentlich» spricht dafür, dass deutlich spürbare Auswirkungen auf den Handel und Investitionsströme, die regelmässig quantifizierbar sein werden, von Art. 411 TCA vorausgesetzt werden.¹⁴⁰
- 132 *Rebalancing measures* nach Art. 411 TCA «sind hinsichtlich ihres Umfangs und ihrer Dauer auf das zur Behebung der Situation unbedingt erforderliche und verhältnismässige Mass zu beschränken», dabei sind Massnahmen zu wählen, «die das ordnungsgemäße Funktionieren des Abkommens möglichst wenig beeinträchtigen». Voraussetzung für das Ergreifen von Ausgleichsmassnahmen ist weiterhin, dass die aus der fehlenden Äquivalenz der Standards folgenden negativen Auswirkungen durch zuverlässige Nachweise belegt werden und nicht lediglich auf Vermutungen beruhen.

(iv) «Rebalancing Measures» gemäss Artikel 773 TCA

- 133 Artikel 773 TCA ermöglicht es einer Vertragspartei, einseitig Schutzmassnahmen zu ergreifen, wenn «ernste wirtschaftliche, gesellschaftliche oder ökologische Schwierigkeiten sektoraler oder regionaler Art» auftreten und voraussichtlich anhalten werden. Solche Massnahmen sind in ihrem Umfang und ihrer Dauer auf das zur Neutralisierung der Auswirkungen unbedingt erforderliche Mass zu beschränken und dürfen das Abkommen nicht übermässig beeinträchtigen.
- 134 Falls die Schutzmassnahmen ein Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten aus dem Abkommen verursachen, kann die andere Vertragspartei «angemessene Massnahmen zur Wiederherstellung des Gleichgewichts» («rebalancing measures») ergreifen. Auch hier gilt das Prinzip der Verhältnismässigkeit.

¹³⁹ Englische Version: «If *material impacts* on trade or investment between the Parties are arising as a result of *significant divergences* between the Parties in the areas referred to in paragraph 1 [...]» [Herv. d. Verf.] Im Kontext der Bestimmungen zu Arbeitsstandards entschied beispielsweise das Schiedsgericht im Verfahren *In the Matter of Guatemala – Issues Relating to the Obligations Under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR* [Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement] (June 14, 2017), dass «action or inaction that is in a manner ‘affecting trade’ must influence or make a material impression upon some aspects of trade, that is, upon the cross-border exchange of goods and services.» Diese Art von Massnahmen musste einen Wettbewerbsvorteil im Handel zwischen Handelspartnern verschaffen, um unter das Abkommen zu fallen. Siehe Rz. 167-168 und 192.

¹⁴⁰ Collins, D., *Standing the Test of Time: The Level Playing Field and Rebalancing Mechanism in the UK-EU Trade and Cooperation Agreement (TCA)*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2021, 12, S. 623 f.

- 135 Jede Vertragspartei kann ohne vorherige Konsultation ein Schiedsverfahren nach Artikel 739 TCA einleiten, um die Rechtmässigkeit der gemäss diesem Artikel ergriffen Massnahmen anzufechten.

5. Fazit: Ausgleichsmassnahmen in der Staats- und Vertragspraxis

- 136 Der im Vorgriff auf die detaillierte Auslegung von Artikel 11 IP vorgenommene rechtsvergleichende Blick auf andere multi- und bilaterale wirtschaftsvölkerrechtliche Verträge zeigt: Es gibt Vorbilder für das in Art. 11 IP vorgesehene Konzept, der in ihren Rechten verletzten Partei als Reaktion auf einen Vertragsverstoss das Recht zu gewähren, die kausalen negativen Auswirkungen dadurch zu minimieren, dass das gestörte Gleichgewicht der wechselseitigen Vorteile auf neuem Niveau wiederhergestellt wird. Die grundlegende strukturelle Voraussetzung, nämlich das von den Vertragsparteien definierte Gleichgewicht von wechselseitigen Vorteilen und Pflichten, ist dem völkerrechtlichen Vertragsrecht allgemein, aber insbesondere dem Wirtschaftsvölkerrecht inhärent: Die Präambel des WTO-Abkommens (WTO-A) greift auf eine lange Tradition zurück¹⁴¹, wenn sie betont, dass es ein Charakteristikum dieses Vertrages sei, dass Rechte und Pflichten in einem «reciprocal and mutually advantageous» Verhältnis zu stehen hätten.¹⁴²
- 137 Während bei völkerrechtlichen Verträgen über andere Materien – etwa natürliche Lebensgrundlagen, Klima und Menschenrechte – das Gleichgewicht von Rechten und Pflichten unter dem Gesichtspunkt der Reziprozität nur schwer erfassbar ist, kann bei wirtschaftsvölkerrechtlichen Verträgen das Gleichgewicht von Geben und Nehmen typischerweise sehr viel einfacher (ökonomisch-buchhalterisch) bestimmt werden. Die Binnenmarktabkommen bilden beispielsweise «ein kohärentes Ganzes, das ein Gleichgewicht von Rechten und Pflichten zwischen der Union und der Schweiz gewährleistet» («coherent whole which ensures a *balance of rights and obligations* between the European Union and Switzerland»)¹⁴³.
- 138 Wie die Binnenmarktabkommen sieht keine der oben skizzierten wirtschaftsvölkerrechtlichen Regimes einen Anspruch der Vertragsparteien auf Schadensersatz vor¹⁴⁴; lediglich die Abstellung des vertragswidrigen Verhaltens wird geschuldet.

¹⁴¹ Siehe auch die Präambel des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1947), SR 0.632.21.

¹⁴² [auf der Grundlage der Gegenseitigkeit und zum gemeinsamen Nutzen] Präambel, 3. Absatz des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20.

¹⁴³ Artikel 3 IP [Herv. d. Verf.]. Gemäss dem Erläuternden Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens des EDA vom 13. Juni 2025 hat diese Bestimmung keine konkrete rechtliche Wirkung, S. 71.

¹⁴⁴ In Abweichung von diesem Grundsatz empfahlen einige GATT Panels in einer Reihe von Fällen, die Antidumpingzölle betrafen, eine Entschädigung für bereits entstandene Schäden in Form der Rückerstattung von Zöllen zu leisten; siehe z.B. GATT Panel Report, *New Zealand – Finnish Transformers* (L/5814 - 32/S/55), Rz. 4.11; GATT Panel Report, *US – Swedish Steel* (ADP/47),

- 139 Das WTO-Recht und teilweise auch das TCA sehen typischerweise zwei verschiedene Typen von Selbsthilfemassnahmen (im weitesten Sinne) vor: Zu nennen sind zunächst Durchsetzungsmassnahmen im engeren Sinne («remedies»). Dabei handelt es sich um domestizierte klassische Repressalien: Ein an sich vertragswidriges Verhalten (die Aussetzung vertraglich geschuldeter Konzessionen) ist vorübergehend zulässig – gerechtfertigt –, bis ihr Ziel, die rechtsuntreue Gegenseite zur Aufgabe ihres Verhaltens zu veranlassen, erreicht wird. Zwar bekräftigt dieses schneidige sekundäre Recht die Geltung des verletzten primären Rechtssatzes. Dennoch hat diese Vorgehensweise den Nachteil, dass die ursprüngliche Störung fortbesteht. Massnahme und Gegenmassnahme bleiben als doppelte offene Wunden bestehen und bergen das Potenzial, die vertragliche Beziehung dauerhaft zu belasten.¹⁴⁵
- 140 Die Ausgleichsmassnahmen des Art. 11 IP lehnen sich an die zweite Kategorie der *Rebalancing*-Mechanismen an, die bei der vorgenommenen skizzenhaften Bestandsaufnahme in sämtlichen Abkommen (WTO-A, TCA, EWR, AAASM) anzutreffen waren.¹⁴⁶ Dabei dürfen die Vertragsparteien jeweils auf eine Störung der vertraglichen Balance mit selbstgewählten Ausgleichsmassnahmen reagieren, die im Nachhinein auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden können. Das nach allgemeinem Völkerrecht bestehende Recht auf Schadensersatz wird ausgeschlossen.
- 141 Solche pragmatischen Ausgleichsmassnahmen stellen weder die Verbindlichkeit der vereinbarten Regelung in Frage noch degradieren sie diese zu blossen Obliegenheiten. Vielmehr bekräftigt die zügige Reaktionsmöglichkeit die Bedeutung der verletzten Regelungen. Zugleich erhöht sich durch die einseitige, temporäre und schiedsgerichtlich überprüfbare Wiederherstellung eines Gleichgewichts von Geben und Nehmen die Wahrscheinlichkeit, dass ein Streit nicht eskaliert.
- 142 Stets geht es bei den untersuchten Abkommen darum, die negativen Auswirkungen der Massnahmen der Gegenseite (gesamthaft) auszugleichen oder zu reduzieren. So wird beispielsweise bei Anti-Subventionszöllen der angestrebte Vorteil der Subvention – erhöhte Wettbewerbsfähigkeit – durch die zollbedingten Preiserhöhungen zunichte gemacht. Gleiches gilt für Anti-Dumping Zölle, welche den «unfairen» Preis auf Normalniveau hochschleusen. Bei den gänzlich anders konzipierten Ausgleichsmassnahmen nach TCA und AAASM kann dasjenige gleichwertige eigene Zugeständnis ausgesetzt werden, das die eigenen Interessen am wenigsten beeinträchtigt und zugleich, unbeschadet der Verpflichtung, den wirtschaftlichen Wert der auszusetzenden

Rz. 5.24; GATT Panel Report, *US – Cement* (ADP/82), Rz. 5.43, 6.2. Siehe dazu Koulen, M., *Evolving dispute settlement practice with respect to anti-dumping in the late 1980s and early 1990s*, in: *History of Law and Lawyers in the GATT/WTO*, Marceau, G. (Hrsg.), Cambridge University Press and the WTO, 2015, S. 208–220 sowie Palmeter D., Mavroidis P.C., Meagher N., *Remedies*, in: *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2022, 457–517, S. 462. Auch das Panel im Verfahren *Australia – Automotive Leather II*, WT/DS126/RW (Art. 21.5 DSU) vertrat eine ähnliche Auffassung, Rz. 6.20.

¹⁴⁵ Beispiel: WT/DS/26, *EC – Hormones (US)*.

¹⁴⁶ Siehe C.II.1.b. ff.; C.II.2. ff.; C.II.3. ff.; C.II.4. ff. dieses Gutachtens.

Konzession am erlittenen Nachteil auszurichten, am effektivsten ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn gezielt jene wirtschaftlichen Kreise getroffen werden, die die vertragswidrige Politik stützen oder gar fordern.

- 143 Indem Art. 11 der Institutionellen Protokolle zu den Binnenmarktabkommen die Ausgleichsmassnahme als *einzig* zulässiges Instrument für die in ihren Rechten beeinträchtigte Partei zur Verfügung stellen, greift er das Konzept auf, als Reaktion auf einen Vertragsverstoss nicht etwa die Einhaltung des Vertrages durchzusetzen, sondern es vielmehr zu ermöglichen bei ausnahmsweisen¹⁴⁷ Störungen rasch zu einer Neukalibrierung des wechselseitigen Verhältnisses zu gelangen. Die Entscheidung, solches unilaterales «Re-Balancing» der Durchsetzung des Primäranspruchs vorzuziehen, schafft dennoch einen Anreiz, die eigene ursprüngliche Verpflichtung einzuhalten.
- 144 In diesem Sinne stellen Ausgleichsmassnahmen den institutionalisierten Versuch dar, auf die nicht abgestellte Vertragsverletzung zu reagieren, indem die von der Nicht- oder Schlechterfüllung verursachte Störung (und vor allem deren beeinträchtigende Auswirkungen) aus dem Weg geräumt wird, ohne allerdings der sich vertragskonform handelnden Partei die Möglichkeit zu nehmen, ihre Interessen effektiv wahrzunehmen.
- 145 Dabei sind die vorgestellten Mechanismen durchaus unterschiedlich: Die *Trade Defence Instruments* der WTO (C.II.1.c.) unterscheiden sich deutlich von «Rebalancing»-Mechanismen in EWR und TCA, die den Ausgleichsmassnahmen des Art. 11 IP ausgesprochen ähnlich sind. Durchweg berechtigen sie aber die in ihren Rechten oder Interessen verletzten Parteien, als *ultima ratio* einseitig und ohne vorherige spezifische Autorisierung durch ein Streitbeilegungsorgan das vertraglich vorausgesetzte Gleichgewicht von Geben und Nehmen wiederherzustellen.
- 146 Sämtliche vertraglich vorgesehenen Ausgleichsmassnahmen stehen jeweils am Ende eines langen Prozesses, der durch umfangreiche und detaillierte Informations- und Konsultationspflichten, «Cooling-off»-Perioden sowie weitere prozedurale und materielle Begrenzungen geprägt ist; zu nennen sind insbesondere allgemeine und besondere Verhältnismässigkeitsanforderungen. Dem weiteren Funktionieren des Vertrages wird stets besondere Bedeutung beigemessen.
- 147 Ausnahmslos sind gerichtliche, quasi-gerichtliche oder schiedsgerichtliche Verfahren vorgesehen, um nachträglich die Einhaltung der verfahrensmässigen und inhaltlichen Vorgaben zu überprüfen. Diese werden dadurch ernstzunehmende Voraussetzungen für die Rekalibrierung des vertraglichen Gleichgewichts.
- 148 Auffällig ist auch das Ausmass – über die verschiedenen Abkommen hinweg – an Informationen, welche die unilateral vorgehende Partei der Gegenseite zukommen lassen muss. Damit wird nicht nur sichergestellt, dass die Gegenseite (und ggf. ein später hinzugezogenes Streitbeilegungsorgan) die Rechtmässigkeit, bzw.

¹⁴⁷ Bleibt ein vereinbartes Verhaltensregime ständig und systemisch unbeachtet, verliert es – unabhängig von seiner rechtlichen Qualität – jegliche normative Relevanz.

Verhältnismässigkeit prüfen kann.¹⁴⁸ Vielmehr zwingt dies bereits vorab dazu, die Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit der Ausgleichsmassnahme zu prüfen, was angesichts der Arbeitsteiligkeit der Aussenwirtschaftsverwaltungen der Vertragsparteien regelmässig dazu führen wird, dass eine ursprünglich nicht beteiligte Stelle eine zweite Meinung abzugeben hat, was wiederum regelmässig eine nochmalige inhaltliche Kontrolle nach sich ziehen wird.

III. Auslegung von Art. 11 der Institutionellen Protokolle

1. Einleitung

- 149 Das in Artikel 11 IP vorgesehene Instrument der Ausgleichsmassnahme («compensatory measure») als Reaktion auf die Auswirkungen einer vorangegangenen Vertragsverletzung lässt sich überblicksartig anhand des Bilds einer Balkenwaage veranschaulichen, in der sich Leistung und Gegenleistung – Geben und Nehmen – im Gleichgewicht befinden.
- 150 Stört eine Partei dieses Gleichgewicht indem sie ihrer Verpflichtung nicht nachkommt, darf die andere Seite es wiederherstellen, indem sie ihrerseits geschuldete Leistungen nicht wie vorgesehen in die Waagschale gibt.¹⁴⁹ Das bedeutet konkret, dass eigene Verpflichtungen, die nach Art, Ausmass und Interessenlage gleichwertige positive Auswirkungen für die vertragsbrüchige Partei gehabt hätten, ausgesetzt werden dürfen. Wenn beispielsweise eine Vertragspartei Kontingente für Arbeitnehmende einführt, welche ungünstige Auswirkungen für die Beschäftigung von Arbeitnehmern der Gegenseite nach sich ziehen, und anschliessend den Entscheid des Schiedsgerichts, der diese Massnahme als vertragswidrig qualifiziert, nicht umsetzt, kann die Gegenseite ihrerseits FZA-Verpflichtungen suspendieren, die für die vertragswidrig handelnde Partei von besonderem Interesse sind. Angesichts der Möglichkeit (deren Voraussetzungen unter Rz. 193 ff. zu prüfen sind), für den Ausgleich potenziell die

¹⁴⁸ Im Rahmen des EWR hätte die unilateral vorgehende Partei ggf. die Handelseffekte der Schutzmassnahme bzw. der beanstandeten Auslegung einer EWR-Bestimmung zu quantifizieren und darzulegen, wann und in welchem Umfang nach ihrer Ansicht das Gleichgewicht der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien im Rahmen des EWR beeinträchtigt wurde (so auch Norberg S. et al., (Fn. 114), S. 281. Darüber hinaus trägt sie die Pflicht, das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen der vorgängigen Schutzmassnahme bzw. der beanstandeten Auslegung der betreffenden EWR-Bestimmung und dem geltend gemachten Ungleichgewicht nachzuweisen. Schliesslich obliegt es ihr, eine Massnahme auszuwählen, die den erlittenen Nachteil zwar effektiv kompensiert, zugleich aber das Funktionieren des EWR so wenig wie möglich beeinträchtigt. Denn die Vertragsparteien haben vereinbart, dass nicht jede äquivalente Massnahme als Reaktion ergriffen werden darf, sondern nur eine, die «unbedingt erforderlich» ist, wobei der Vertragstext, an den die Ausgleichsmassnahme ergreifenden Staat appelliert, «vorrangig solche Maßnahmen zu ergreifen, die das Funktionieren des EWR am wenigsten stören». Siehe auch Art. 114 EWR (*proportionate rebalancing measures*) sowie Art. 97 Abs. 8 und Art. 98.5 AAASM.

¹⁴⁹ Vgl. Hahn, M., *Balancing or Bending? Unilateral Reaction to Safeguard Measures*, Journal of World Trade 39(2): 301-326, 2005.

Gesamtheit der Binnenmarktabkommen heranzuziehen¹⁵⁰, ist vorstellbar, dass Ausgleichsmassnahmen andere Verträge betreffen als den ursprünglich verletzten (dazu sogleich unter Rz. 193 ff.). So kann bei einem (hypothetischen) Verstoss gegen Verpflichtungen aus dem *Personenfreizügigkeitsabkommen* etwa das *Waren* betreffende Abkommen über Konformitätsbewertungen (MRA)¹⁵¹ für bestimmte Produktgruppen, z.B. Maschinen, suspendiert werden, jedoch nur insoweit, als dadurch höchstens eine gleichwertige, wertmässige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Gegenpartei herbeigeführt wird. Andernfalls läge keine verhältnismässige Ausgleichsmassnahme vor, sondern eine darüber hinaus gehende Massnahme.

151 Der nur im WTO-Bereich vorhandenen Praxis lässt sich beispielhaft entnehmen, dass ein Gleichgewicht alternativ dadurch wiederhergestellt werden kann, dass die an sich geschuldete Leistung (im Einvernehmen mit der Gegenseite) durch eine andere Konzession ersetzt wird: Dies unternahm die EU im *Hormones-Fall*.¹⁵² Auf diese Weise wird dann ein «neues» Gleichgewicht geschaffen. Eine solche einvernehmliche, indirekte «Rekalibrierung» eines Binnenmarktabkommens durch einvernehmliche Anpassungen der Ausgleichsmassnahmen gem. Art. 11 Abs. 2 IP («Fasst der Gemischte Abkommen keinen [...] Beschluss zur [...] Änderung [...] dieser Ausgleichsmassnahmen») erfordert einen GA-Beschluss und zöge mithin eine Vertragsänderung nach sich. Wie eingangs dargelegt,¹⁵³ erfordert dies auf beiden Seiten, dass die internen Verfahren für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge eingehalten werden.

152 Die Binnenmarktabkommen sehen Ausgleichsmassnahmen als *einzig* Reaktionsmöglichkeiten des Vertragspartners auf die vorangegangene Schlechterfüllung der vertraglichen Verpflichtung durch die Gegenseite vor. Damit weichen sie deutlich sowohl vom allgemeinen Völkerrecht als auch den Bestimmungen der EU-Gründungsverträge ab (siehe *infra* Rz. 169 ff.). Deshalb soll, bevor geklärt wird, wozu Ausgleichsmassnahmen gemäss Art. 11 IP (positiv) *berechtigen*, zunächst angesprochen werden, wozu Art. 11 gerade *nicht* berechtigt.

¹⁵⁰ Siehe Art. 3 Abs. 1 IP-FZA («Die bestehenden und künftigen bilateralen Abkommen zwischen der Union und der Schweiz in den Bereichen betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt, bilden ein *kohärentes Ganzes, das ein Gleichgewicht von Rechten und Pflichten zwischen der Union und der Schweiz gewährleistet.*» [Herv. d. Verf.]) und Art. 11 Abs. 1 IP-FZA, demzufolge die in einem Schiedsverfahren obsiegende Seite «im Rahmen des Abkommens oder eines anderen bilateralen Abkommens in den Bereichen betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt, verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen [ergreifen kann] [...], um ein mögliches Ungleichgewicht zu beheben. [...]».

¹⁵¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, SR 0.946.526.81, Anhang 1, Kapitel 1.

¹⁵² Siehe Nachweise in Fn. 74.

¹⁵³ *Supra*, Rz. 8.

2. Ausschluss allgemeinen Völkerrechts

a. *Kein Schadensersatz, kein Beugezwang*

- 153 Die in ihren Rechten aus einem völkerrechtlichen Vertrag verletzte Partei hat nach den in den *ILC Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts*¹⁵⁴ (*ILC Draft Articles*) konsolidierten Regeln des allgemeinen Völkerrechts nicht nur Anspruch auf Abstellung des rechtswidrigen Verhaltens (Art. 30 *ILC Draft Articles*) und Erfüllung (Art. 29 *ILC Draft Articles*). Vielmehr stehen ihr des Weiteren u.a. Schadensersatzansprüche zu (Art. 31 und 36 *ILC Draft Articles*), welche sie mittels verhältnismässigen Beugezwangs (*Countermeasures*, Repressalien, Art. 49 *ILC Draft Articles*) durchsetzen darf.
- 154 Indem Art. 11 IP der in ihrem Recht auf Vertragserfüllung verletzten Vertragspartei Ausgleichsmassnahmen als *einzig* Reaktionsmöglichkeit einräumt, werden implizit sowohl Schadensersatzansprüche als auch andere nach dem allgemeinen Recht der Staatenverantwortlichkeit bestehende Reaktionsmöglichkeiten ausgeschlossen. Denn gemäss Art. 55 *ILC Draft Articles* finden die allgemeinen Regeln keine Anwendung, wenn Inhalt der Staatenverantwortlichkeit und die zur Verfügung stehenden Massnahmen spezifisch geregelt worden sind. Genau dies ist hier der Fall: Die IP stellen der in ihren Rechten auf vertragliche Erfüllung beeinträchtigten Partei ausschliesslich Ausgleichsmassnahmen als (einseitige) Reaktionsmöglichkeit auf vertragliche Schlecht- oder Nichterfüllung zur Verfügung.
- 155 Das gilt namentlich für alle Formen der Repressalien («countermeasures»), mit denen die verletzte Seite nach allgemeinem Völkerrecht der Staatenverantwortlichkeit in zulässiger Weise auf die Willensbildung der Gegenseite Einfluss nehmen darf, um diese zu vertragskonformem Verhalten zu motivieren. Es versteht sich, dass im Falle eines systemischen Scheiterns des vertraglichen Streitbeilegungsverfahrens – etwa weil eine Seite *ständig* dessen Regeln missachtet – der betroffene Vertragspartner auf seine Rechte nach dem allgemeinen Recht der Staatenverantwortlichkeit zurückgreifen darf. Tritt also der höchst unwahrscheinlicher Fall ein, dass das Streitbeilegungsverfahren systemisch versagt und damit irrelevant wird, entfällt auch seine Sperrwirkung.¹⁵⁵

b. *Relevanz des Ausschlusses von Repressalien*

- 156 Der Ausschluss von Repressalien ist aus schweizerischer Perspektive von prinzipieller Bedeutung: Indem der Vertrag die Möglichkeit von Referenden anerkennt, nehmen die Vertragsparteien bei lebensnaher Betrachtungsweise die Möglichkeit von

¹⁵⁴ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries* [Artikelentwürfe der VN-Völkerrechtskommission zur Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Handeln, ILC-Artikel], Resolution der VN-Generalversammlung, 85. Plenarsitzung, 12. Dezember 2001, A/56/589 Corr. 1, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Deutsche Übersetzung der Artikelentwürfe (ohne ILC-Kommentare): John Richard Eydner, <http://eydner.org/dokumente/darsiwaev.PDF>.

¹⁵⁵ So auch Arangio-Ruiz, G., *Fourth Report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/444, Add.2, para. 115; Hahn, (Fn. 71), S. 194.

Entscheiden in Kauf, die nicht zwingend dem vertraglich Gewollten entsprechen. So ist es vorstellbar, dass Bundesversammlung oder Volk der Aufdatierung eines Binnenmarktabkommens *nicht* zustimmen. Der Souverän hat in der Vergangenheit wiederholt Vorschlägen des Bundesrates und seiner Verwaltung eine Absage erteilt und dabei auch die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Eidgenossenschaft in Kauf genommen.¹⁵⁶ Vor diesem Hintergrund wäre es mit der Akzeptanz des Risikos vertragsinkompatibler Volksentscheide nicht vereinbar gewesen, wenn diese der EU allenfalls ein Recht auf *Beugezwang* eingeräumt hätten.

- 157 Auch auf die Exekutive darf demnach kein Beugezwang ausgeübt werden, etwa um diese zu veranlassen, rasch neue, das ursprüngliche Votum korrigierende Referenden zu veranlassen. Zwar sind direktdemokratische Entscheide keineswegs unumstösslich¹⁵⁷ und bestehen keine zeitlichen Schranken für neue Abstimmungen über identische oder ähnliche Abstimmungsgegenstände.¹⁵⁸ Doch entspricht es einer schweizerischen Tradition, eine vom Volk beschlossene Rechtslage erst nach längerer Zeit erneut zur Abstimmung zu stellen. Der Gegenseite war diese Verfassungskonvention bekannt, wie die Inbezugnahme direktdemokratischer Instrumente (Art. 6 Abs. 2 IP) zeigt. Daher kann im Falle einer ausnahmsweisen Ablehnung der Integration eines vom Anwendungsbereich eines Binnenmarktabkommens erfassten EU-Rechtsakts in guten Treuen nicht verlangt werden, dass das Stimmvolk kurzfristig erneut über denselben Gegenstand abstimmt.
- 158 Gerade deshalb ist es aus staatspolitischen Gründen von besonderer Bedeutung, dass das Staatsvolk weiss, dass sein vom vertraglich Geschuldeten abweichender Entscheid nicht etwa Zwangsmassnahmen auslöst, sondern der Union allenfalls das Recht einräumt, Verpflichtungen aus «ihrer» Waagschale zu entfernen, um so die Balance des Gebens und Nehmens wiederherzustellen. Kein «Ausgleich» läge vor, wenn diese Reaktion für die Schweiz grössere wirtschaftliche Belastungen verursachte, als die Union als Folge der ursprünglichen Vertragsverletzung erlitten hätte. Voraussetzung ist in jedem Fall, dass die Union das gesamte Verfahren vor dem Schiedsgericht (Art. III.1-III.14 SchiedsGA) erfolgreich durchlaufen hat und die Nichtabstellung der gerügten Vertragsverletzung das bloss «mögliche» Ungleichgewicht in ein «tatsächliches» Ungleichgewicht gewandelt hat. Wie dies zu bemessen ist, wird sogleich in Rz. 175 ff. untersucht.
- 159 Das bedeutet nicht, dass die vom Schiedsgericht festgestellte Verletzung des Vertrages durch die Anwendung einer Ausgleichsmassnahme geheilt wäre. Vielmehr bleibt die Schweiz dem Grunde nach verpflichtet, nach bestem Bemühen («in good faith», Art. 10 Abs. 5 IP) die Umsetzung des betreffenden Entscheids des Schiedsgerichts

¹⁵⁶ Minarett-Entscheidung, jetzt Art. 72 Abs. 3 BV, die auf eine Initiative zurückging.

¹⁵⁷ Wie etwa die Entwicklung des Frauenstimmrechts deutlich macht, vgl. z. B. Bundesamt für Statistik, *Die Einführung des Frauenstimmrechts*, <https://www.swissstats.bfs.admin.ch/collection/ch.admin.bfs.swissstat.de.issue211721022100/article/issue211721022100-05>.

¹⁵⁸ Vgl. für die Volksinitiative Art. 139 BV e contrario, siehe z.B. die erneute Volksinitiative über Konzernverantwortung («Für verantwortungsvolle Grossunternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt», Zustandekommen am 17.06.2025).

anzustreben. Indes bedeutet dies im Lichte der schweizerischen – der EU bekannten¹⁵⁹ – Staatspraxis, dass das Volk erst nach längerer Zeit erneut mit dieser Angelegenheit zu befassen sein wird.

- 160 Eine andere Sicht der Dinge, die darauf hinausliefe, das Volk *in extremis* andauernd mit einer in einer Abstimmung abgelehnten Änderung der schweizerischen Rechtslage zu befassen, würde im Anwendungsbereich der Binnenmarktabkommen in der Sache in die direktdemokratischen Mechanismen der Bundesverfassung eingreifen. Eine Änderung der direkt-demokratischen Verfasstheit der Schweiz war indes nicht Gegenstand der Verhandlungen und ist dementsprechend auch nicht im Vertragsentwurf vorgesehen. Ganz im Gegenteil: Im IP wird ausdrücklich auf die direktdemokratischen Instrumente Bezug genommen. Damit nimmt der Vertragstext zur Kenntnis, dass es Situationen geben mag, in denen es trotz besten Willens den schweizerischen Staatsorganen nicht möglich sein wird, an der Integration von EU-Rechtsakten in den jeweiligen Vertrag gemäss Art. 5 Abs. 1 der Institutionellen Protokolle mitzuwirken.
- 161 Ganz in diesem Sinne verzichten die beiden Vertragsparteien auf die nach allgemeinem Völkerrecht selbstverständliche Möglichkeit, auf die Gegenseite durch Beugezwang Druck auszuüben. Ausgleichsmassnahmen sind eben keine Übelzufügung, um den Rechtsuntreuen zur Rückkehr zum Recht zu veranlassen. Vielmehr stellen sie eine Form der unilateralen Nachteilsreduktion zugunsten der vertragstreuen Partei dar. Diese kann auf diese Weise den ihr zugefügten Nachteil vergleichsweise rasch reduzieren. Dazu passt, dass Ausgleichsmassnahmen (regelmässig) nach dem ökonomischen Gewicht des vorenthaltenen Vorteils bemessen werden (siehe dazu *infra* C.III.5.). Damit sind Ausgleichsmassnahmen der *Preis*, die vertraglich festgelegte und nach Art und Ausmass bestimmbare Konsequenz einer Vertragsverletzung. Je nach der absehbaren Höhe des Preis-Signals mag durchaus ein Anreiz gesetzt werden, sich vertragskonform zu verhalten.
- 162 Diese Konsequenz unterscheidet sich ihrem Wesen nach nicht von den Konsequenzen innenpolitischer Entscheide: Wenn beispielsweise das Volk qua Verfassung eine soziale Transferleistung einführt, ist ebenfalls absehbar, dass entweder die Steuerlast steigt oder existierende staatliche Leistungen gekürzt werden müssen. Dass somit ein «Preis» zu zahlen sein wird, steht fest, ebenso wie die Massstäbe, die die Höhe des «Preises» bestimmen. Viele wichtige Details bleiben indes zum Zeitpunkt der Abstimmung unbestimmt und werden erst im Nachhinein von den zuständigen Organen festgelegt. In gleicher Weise wissen die Schweizer Staatsorgane und das Volk, dass die Gegenseite, wenn sie eine vertraglich geschuldete Konzession zurückhalten, in Art und Ausmass gleichartige Vorteile vorenthalten wird; erst im Nachhinein mag sich im Einzelfall herausstellen, welche Massnahme dies konkret sind.

¹⁵⁹ Siehe *supra* Rz. 156 f.

3. Keine erleichterte Beendigung der Verträge infolge Vertragsverletzung

- 163 Die Reformverträge übernehmen die im Schengen-Assoziierungsabkommen (SAA)¹⁶⁰ und dem Dublin Assoziierungsabkommen (DAA)¹⁶¹ vorgesehene vereinfachte Beendigungsmöglichkeit des Vertrages nicht.
- 164 Nach diesen beiden Abkommen ist die Schweiz zwar rechtlich frei, die EU-Regelungen *nicht* nachzuvollziehen (Art. 7 Abs. 4 SAA, Art. 4 Abs. 6 DAA), muss allerdings dann in Kauf nehmen, dass die vertraglichen Beziehungen quasi-automatisch abgewickelt werden.¹⁶² Dieser Mechanismus sorgt dafür, dass die langwierigen Verfahrensschritte entfallen, die normalerweise Voraussetzung für aussenpolitische Massnahmen der EU sind.
- 165 Damit wohnt einer solchen quasi-automatischen Lösung ein erhebliches Schadens- und Drohpotential inne: Weil die Koordination zwischen Kommission, Rat und Mitgliedstaaten für die Vertragsbeendigung entbehrlich ist, kann sie rasch erfolgen. Angesichts der Bedeutung, die den bilateralen Wirtschaftsbeziehungen für die wirtschaftliche Wohlfahrt des Landes zukommt, wäre eine solche Vorgehensweise, trotz der scheinbar grösseren Freiheit im Hinblick auf die Rechtsübernahme, deutlich weniger souveränitätsschonend gewesen als die gefundene Lösung. Denn andernfalls hätte jede Vertragsverletzung ausgereicht, um eine der Grundlagen des bilateralen Handels zu beseitigen.
- 166 Unbeschadet dessen bleibt das in sämtlichen bilateralen Verträgen von 1999/2002 vorgesehene Recht zur Kündigung des Vertrages bestehen. Dieses Recht ist in sämtlichen wirtschaftsvölkerrechtlichen Verträgen vorgesehen¹⁶³, zumeist mit einer kurzen Kündigungsfrist von 6 Monaten. Indes ist kein Beispiel aus den letzten Jahrzehnten dafür bekannt, dass dieses Recht in Friedenszeiten von Handelspartnern genutzt worden wäre.

4. Keine Strafen oder Sanktionen

a. Strafen und Sanktionen im Wirtschaftsvölkerrecht

- 167 Wie eingangs klargestellt wurde, ist eine Ausgleichsmassnahme gerade keine (ausnahmsweise erlaubte) Übelzufügung, mit der ein sich nicht völkerrechtskonform verhaltender Staat mittels Beugezwang dazu gebracht werden soll, sich wieder rechtmässig zu verhalten. Das gilt erst recht für die Kategorie der Strafe, die dem allgemeinen

¹⁶⁰ SR 0.362.31.

¹⁶¹ SR 0.142.392.68.

¹⁶² Art. 7 Abs. 4 Schengen-Assoziierungsabkommen: «Für den Fall, dass a) die Schweiz ihren Beschluss notifiziert, den Inhalt eines Rechtsakts oder einer Massnahme [...] nicht zu akzeptieren; oder b) die Schweiz die Notifizierung nicht innerhalb [...] vorgesehenen Frist [...] vornimmt; oder c) die Schweiz die Notifizierung nicht nach Ablauf der Referendumsfrist, oder im Falle eines Referendums innerhalb der [...] vorgesehenen Frist vornimmt [...] wird dieses Abkommen als beendet angesehen, es sei denn, der Gemischte Ausschuss beschliesst [...] etwas anderes.»

¹⁶³ Vgl. etwa Art. 25 Abs. 3 FZA; Art. XV WTO-Abkommen; Art. 779 TCA.

Völkerrecht ohnehin fremd ist. «Strafen» finden sich im Völkerrecht nur im Rahmen des Völkerstrafrechts, mithin vertraglichen Regimes, die schwerste Verstöße gegen humanitäre und sonstige dem Schutz von Leib und Leben dienenden Regelungen sanktionieren. Auch Sanktionen des UN-Sicherheitsrates nach Kapitel VII der UN-Charta mag man umgangssprachlich als «Strafen» bezeichnen. Beides hat mit dem in Art. 10 und 11 IP eingerichteten System der Streitbeilegung und der Reaktion auf vorangegangene Verstöße gegen die bilateralen Verträge nichts zu tun.

- 168 Die Schweiz hat nach allgemeinem Völkerrecht keinen Anspruch auf privilegierten Zugang zum EU-Binnenmarkt. Ein solcher Anspruch ergibt sich vielmehr aus den 1999 (sowie gegebenenfalls 2024) ausgehandelten Binnenmarktabkommen. Hält indes die Schweiz ihre Verpflichtung aus diesen Verträgen nicht ein, hat die EU ihrerseits bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 11 IP das Recht, gleichwertige Verpflichtungen auszusetzen, um die im Vertrag definierte «balance of rights and obligation» wiederherzustellen. Dies ist keine Strafe, sondern eine Form der Selbsthilfe, wie sie in Privatrechtsverkehr selbstverständlich angewandt würde.

b. Insbesondere: keine Übernahme des Sanktionsregimes der EU für fehlbare Mitgliedstaaten

- 169 Auch der Werkzeugkasten der EU-internen Reaktionen auf die Nichteinhaltung vertraglicher Verpflichtungen findet in den Institutionellen Protokollen keine Entsprechung. So sieht beispielsweise Art. 260 AEUV einen veritablen Sanktionsmechanismus gegenüber Mitgliedstaaten vor, welche Entscheiden des EuGH nicht Folge leisten (Art. 260 Abs. 2 AEUV) oder Richtlinien nicht fristgerecht umsetzen (Art. 260 Abs. 3 AEUV).¹⁶⁴
- 170 Der EuGH kann in diesen Fällen einen Pauschalbetrag sowie zusätzlich ein tägliches Zwangsgeld verhängen, um den betreffenden Mitgliedstaat zu veranlassen, den Verstoss möglichst bald abzustellen. Dabei dient der Pauschalbetrag der Sanktionierung des fortgesetzten Verstosses für den Zeitraum zwischen dem Urteil, das den ursprünglichen Verstoss feststellt (Art. 258 AEUV), und dem Urteil nach Art. 260 AEUV. Die Verhängung des Zwangsgeldes erfolgt für jeden weiteren Tag, an dem der Staat dem Urteil nach Art. 260 AEUV nicht nachkommt. Beide Sanktionen – insbesondere das Zwangsgeld – haben vorrangig Beugecharakter und sollen die Einhaltung des Unionsrechts durch den Mitgliedstaat sicherstellen. Um dies zu erreichen, soll «die Sanktion höher sein als der wirtschaftliche Vorteil, den der Mitgliedstaat aus dem Verstoss zieht».¹⁶⁵

¹⁶⁴ Siehe etwa Wolfram Cremer, *Art. 260 AEUV*, in: Callies, Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Auflage, C.H.Beck, 2022; Matthias Pechstein, *Artikel 260*, in: Pechstein, Nowak, Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV, GRC, AEUV*, 2. Auflage, Band IV, Mohr Siebeck, 2023; Ulrich Ehrlicke, *AEUV 260*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Auflage, C.H.Beck, 2018; Jürgen Schwarze, Nina Wunderlich, *Art. 260 AEUV*, in: Becker, Hatje, Schoo, Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Nomos, 4. Auflage 2019.

¹⁶⁵ Mitteilung der Kommission - Finanzielle Sanktionen in Vertragsverletzungsverfahren (2023/C 2/01), ABl. C 2 vom 4.1.2023, S. 8.

- 171 Die Berechnung dieser Sanktionen erfolgt auf Basis eines einheitlichen Grundbetrags, der mit Koeffizienten für die Schwere des Verstosses¹⁶⁶, dessen Dauer sowie die zur Verhinderung eines erneuten Verstosses erforderliche Abschreckungswirkung multipliziert wird.¹⁶⁷ Letztere wird durch den länderindividuellen Faktor *n* abgebildet, der sich aus dem Verhältnis des Bruttoinlandsprodukts des betreffenden Mitgliedstaats zum durchschnittlichen BIP der Mitgliedstaaten ergibt.¹⁶⁸ Die Kommission unterbreitet dem EuGH Vorschläge zur Höhe des Pauschalbetrags und des Zwangsgelds, die endgültige Festlegung der Beträge steht im Ermessen des Gerichtshofs.
- 172 Solche auch aus dem hiesigen Verwaltungsvollstreckungsrecht in ähnlicher Form bekannte Instrumente mögen in einem Rechtssystem angebracht sein, in welchem der Vorrang und die unmittelbare Anwendbarkeit des EU-Rechts konstituierend sind. Im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU, das durch völkerrechtliche Gleichordnung geprägt ist¹⁶⁹, wären sie gänzlich unpassend.
- 173 Deshalb haben die beiden Vertragsparteien solche für die EU-Mitgliedstaaten vorbehaltene Mechanismen auch nicht vorgesehen, sondern sich mit der *verhältnismässigen Ausgleichsmassnahme* ein Instrument geschaffen, das im Unionsrecht keine Entsprechung findet.

5. Die Wiederherstellung eines Gleichgewichts als Ziel der Ausgleichsmassnahme («Compensatory Measure»)

- 174 Ausgleichsmassnahmen dienen dazu, das Gleichgewicht von Geben und Nehmen wiederherzustellen, oder, um an der Bezeichnung im Englischen anzuknüpfen, die durch die Vertragsverletzung erlittenen Nachteile temporär und *pro futuro* zu kompensieren. Somit ist der erste Schritt zur Bestimmung dessen, was eine Ausgleichsmassnahme sein kann, eine Typologie möglicher Abweichungen zu entwickeln.

¹⁶⁶ Die Schwere des Verstosses wird anhand eines von der Kommission festgelegten Koeffizienten bewertet, der zwischen 1 und 20 liegt. Bei der Festlegung berücksichtigt die Kommission unter anderem die Bedeutung der verletzten unionsrechtlichen Vorschriften sowie die Auswirkung des Verstosses auf allgemeine und besondere Interessen. Mitteilung der Kommission - Finanzielle Sanktionen in Vertragsverletzungsverfahren (2023/C 2/01), ABl. C 2 vom 4.1.2023, S. 8.

¹⁶⁷ Für Details s. Mitteilung der Kommission - Finanzielle Sanktionen in Vertragsverletzungsverfahren (2023/C 2/01), ABl. C 2 vom 4.1.2023; Mitteilung der Kommission – Aktualisierung der Daten für die Berechnung der finanziellen Sanktionen, die die Kommission dem Gerichtshof der Europäischen Union bei Verletzungsverfahren vorschlägt (C/2024/1123), ABl. C vom 26.1.2024 sowie Mitteilung der Kommission, Änderung der Methode für die Berechnung der finanziellen Sanktionen, die die Kommission dem Gerichtshof der Europäischen Union bei Verletzungsverfahren vorschlägt (C/2025/1481), ABl. C vom 5.3.2025.

¹⁶⁸ Siehe Mitteilung der Kommission, Änderung der Methode für die Berechnung der finanziellen Sanktionen, die die Kommission dem Gerichtshof der Europäischen Union bei Verletzungsverfahren vorschlägt (C/2025/1481), ABl. C vom 5.3.2025, S. 2.

¹⁶⁹ Vgl. aus dem IP-FZA etwa die Präambel, Art. 1 Abs. 2 oder Art. 7 Abs. 1.

a. Ausgleich wirtschaftlicher Beeinträchtigungen als primäres Ziel

- 175 Der Wortlaut der Bestimmung stellt klar, dass nicht jede Nichtbefolgung eines schiedsgerichtlichen Entscheids Ausgleichsmassnahmen rechtfertigt. Denn sie dürfen nur dann ergriffen werden, falls die Nichtbefolgung der schiedsgerichtlichen Feststellung eines Vertragsverstosses¹⁷⁰ «ein Ungleichgewicht» nach sich zieht.¹⁷¹ Der Vertragswortlaut hält ein Ungleichgewicht als Folge der Vertragsverletzung lediglich für «möglich» («in order to remedy a *potential* imbalance»). Folglich muss zusätzlich zur Vertragsverletzung ein weiteres Element vorliegen, welches die «blosse» Vertragsverletzung zum zulässigen Auslöser von Ausgleichsmassnahmen werden lässt. Denn ohne dieses zusätzliche Element würde *jede* Vertragsverletzung Ausgleichsmassnahmen rechtfertigen, was angesichts des Wortlauts keine vertretbare Interpretation wäre: Bei der Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages ist dem im Wortlaut niedergelegten, objektivierten Willen der Vertragsparteien Gewicht zu verleihen.¹⁷² Das bedeutet aber auch, dass nach der Logik des Art. 11 IP das Gleichgewicht von Rechten und Pflichten, das ja durch den Vertrag definiert wird, nicht durch jede, sondern allenfalls durch eine besonders qualifizierte Rechtsverletzung gestört wird.
- 176 Bei der Beantwortung der Frage, welches Element zum Vertragsverstoss hinzutreten muss, damit aus einem bloss «möglichem» Ungleichgewicht ein real existierendes wird, ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Binnenmarktabkommen wirtschaftsvölkerrechtliche Verträge darstellen, die primär der Einräumung wirtschaftlich relevanter Chancen und Möglichkeiten für die ökonomischen Operateure und Arbeitnehmenden beider Vertragsparteien dienen. Damit wird der Katalysator, der eine «blosse» Vertragsverletzung zum Auslöser einer berechtigten Ausgleichsmassnahme werden lässt, typischerweise die wirtschaftliche Beeinträchtigung der Gegenseite sein, mithin die unerwünschten Auswirkungen des Vertragsverstosses. Diese Beeinträchtigung besteht im Entzug der Chancen und Möglichkeiten von Privatpersonen und privaten wirtschaftlichen Akteuren; nur ausnahmsweise werden die Vertragsparteien selbst – etwa staatliche oder staatseigene Betriebe – unmittelbar betroffen sein.
- 177 Bereits der Begriff der «Ausgleichsmassnahme («compensatory measure») impliziert in einem wirtschaftsvölkerrechtlichen Vertrag einen *wirtschaftlichen* Ausgleich, sei es durch die Abschöpfung eines vertragswidrigerweise erworbenen Vorteils oder die Kompensation für einen vertragswidrigerweise verweigerten Vorteil. Das stimmt mit der eingangs vorgenommen rechtsvergleichenden Betrachtung überein: Sämtliche

¹⁷⁰ Cf. Art. 10 Abs. 1 und 2 des IP: « Im Falle von Schwierigkeiten bei der Auslegung oder Anwendung des Abkommens oder eines Rechtsakts der Union, auf den im Abkommen Bezug genommen wird, beraten sich die Vertragsparteien im Gemischten Ausschuss [...]. Gelingt es dem Gemischten Ausschuss [...] nicht, eine Lösung für die Schwierigkeiten gemäss Absatz 1 zu finden, so kann jede Vertragspartei verlangen, dass ein Schiedsgericht die Streitigkeit [...] entscheidet.»

¹⁷¹ Herv. d. Verf.

¹⁷² EC – *Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, Rz. 175: «[...] the ordinary meaning of a treaty term must be seen in the light of the intention of the parties ‘as expressed in the words used by them against the light of the surrounding circumstances’.»

vorgestellten (durchweg sehr ambitionierten) wirtschaftsvölkerrechtlichen Abkommen stellen Instrumente zur Verfügung, mittels derer (zunächst) unilateral das Gleichgewicht der einander versprochenen wirtschaftlichen Vorteile («advantages», Präambel der IP) – wiederhergestellt werden kann. Das gilt selbst für das ausserordentlich weitgehende Integrationsabkommen AAASM, in dem grundsätzlich der EuGH als das oberste Streitbeilegungsorgan vorgesehen ist. Obwohl die beiden Mikrostaaten in der Sache weitestgehend in den Binnenmarkt und die Organisationsstruktur der Union integriert sind, prüft ein *Schiedsgericht* – und nicht etwa der EuGH – die Ausgleichsmassnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit den vertraglichen Anforderungen (*supra*, C.II.3.). Denn während Streitigkeiten über die Einhaltung der Gründungsverträge geradezu kennzeichnend für das EU-Rechtssystem sind, ist das Instrument der Ausgleichsmassnahme dem EU-Recht fremd. Diese prozessuale Ausgestaltung im AAASM verdeutlicht, dass Ausgleichsmassnahmen selbst in den ambitioniertesten EU-Assoziierungsabkommen nicht etwa ein Konzept des EU-Rechts darstellen, sondern ein völkerrechtliches Instrument zur Einhegung und Bewältigung einer Vertragsverletzung sind.

- 178 Im Unionsrecht darf und kann es eine (verhältnismässige) Ausgleichsmassnahme («compensatory measure», «rebalancing measures») ebenso wenig geben wie im schweizerischen Wirtschaftsverwaltungsrecht: Das Unionsrecht ist einzuhalten und gegebenenfalls durchzusetzen (siehe *supra* Rz. 169 ff.), nicht etwa durch einvernehmlich vereinbarte¹⁷³ oder *ad hoc* auf die Zukunft ausgerichtete Ausgleichsmassnahmen zu modifizieren.¹⁷⁴ Das Konzept der (verhältnismässigen) Ausgleichsmassnahme findet daher nur in wirtschaftsvölkerrechtlichen Verträgen Anwendung. Diese grundsätzlich auf die wirtschaftliche Balance abstellende Betrachtungsweise entspricht der Natur eines Handelsabkommens, dessen Ziel es ist, die «wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien» («economic relations between the Contracting Parties»)¹⁷⁵ auszubauen. Da das Konzept der *verhältnismässigen Ausgleichsmassnahme* somit bilaterales völkerrechtliches Vertragsrecht darstellt, kann Art. III.10 Abs. 5 SchiedsGA (deklaratorisch) klarstellen, dass der EuGH insoweit keine Rolle spielt.
- 179 Sind tatsächliche Auswirkungen einer Vertragsverletzung *de minimis* und vernachlässigbar, läge bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise kein auszugleichendes Ungleichgewicht vor. Jenseits dieses Schwellenwertes wird ökonometrisch festzustellen sein, welchen wirtschaftlichen Wert die Vorenthaltung der streitgegenständlichen Vertragsverletzung hat, damit das rechte Mass des «Ausgleichs» («compensation», «rebalancing») vorgenommen werden kann. Beeinträchtigungen, die nicht die zurechenbare

¹⁷³ Der Gemischte Ausschuss kann die geplanten Ausgleichsmassnahmen einvernehmlich ändern («amend»), was nichts anderes bedeutet, als dass die Vertragsparteien einvernehmlich *ad hoc* eine Rekalibrierung ihrer vertraglichen Beziehung vornehmen können, Art. 11 Abs. 2 IP-FZA.

¹⁷⁴ Siehe Art. 11 Abs. 4 IP: «Ausgleichsmassnahmen gelten nicht rückwirkend.»

¹⁷⁵ Präambel IP-FZA.

Folge der schiedsgerichtlich festgestellten Vertragsverletzung sind, bleiben selbstverständlich ausser Betracht.

b. Berechnung der wirtschaftlichen Beeinträchtigungen

- 180 Um den zulässigen Umfang einer gerechtfertigten (verhältnismässigen) Ausgleichsmassnahme zu berechnen, muss das Ausmass der kausal verursachten wirtschaftlichen Beeinträchtigungen gemessen werden, sodass das maximale Ausmass der wirtschaftlichen Vorteile bestimmt werden kann, die durch die Ausgleichsmassnahme entzogen werden dürfen.
- 181 Dabei stehen die für die Berechnung zugrunde gelegten Daten zwangsläufig aus der Vergangenheit. Das ändert aber nichts daran, dass nicht etwa der Schaden berechnet wird, dessen Ersatz wegen der Beschränkung auf die Ausgleichsmassnahme ausgeschlossen wurde. Der Rückgriff auf vergangene Daten dient vielmehr allein der Bestimmung des Ausmasses der durch das vertragswidrige Verhalten verursachten Reduktion der *künftigen* wirtschaftlichen Vorteile, bzw. der entstehenden Nachteile.
- 182 Würde die Schweiz beispielsweise ein jährliches Kontingent für neue EU-Arbeitnehmende einführen, dieses jedoch so grosszügig bemessen, dass es in Wirklichkeit weit über der höchsten Zahl der EU-Zuwanderungen in den Jahren vor seiner Einführung läge und sämtliche arbeitswilligen sowie mit einem Arbeitsvertrag ausgestatteten EU-Staatsangehörigen ihre Arbeitsstelle antreten können, wäre mithilfe ökonomischer Daten zu prüfen, ob diese Massnahme negative Auswirkungen für EU-Arbeitnehmenden gezeitigt hätte. Ein Vergleich statistischer Daten zur EU-Migration vor und nach Einführung der Kontingente könnte Aufschluss über die Auswirkung der Massnahme geben. Ergäbe sich dabei ein negativer Trend für die EU-Einwanderung, der nicht auf eine andere Ursache zurückzuführen wäre, wären Ausgleichsmassnahmen der Union zulässig – allerdings nur in dem Umfang, in dem die zu erwartenden Vorteile für EU-Staatsbürger gegenüber einem vertragskonformen Zustand verringert wären.
- 183 Unbeschadet des «schneidigeren» Charakters der WTO-Durchsetzungsmassnahmen¹⁷⁶ bietet die umfangreiche WTO-Praxis im Hinblick auf die Sicherstellung der Äquivalenz der Gegenmassnahmen («level of suspension») wichtige Erfahrungen und Erkenntnisse, die bei der Bemessung der Differenz zwischen künftigem realem Zustand und hypothetischem Zustand («als ob» es keine Vertragsverletzung gegeben

¹⁷⁶ Entscheidung des Schiedsrichters, *EC – Bananas III (US) (Article 22.6 – EC)*, WT/DS27/ARB, Rz. 6.3; Entscheidung des Schiedsrichters, *EC – Hormones (Article 22.6 – Canada)*, WT/DS48/ARB, Rz. 39; Entscheidung des Schiedsrichters, *EC – Bananas III (Ecuador) (Article 22.6 – EC)*, Rz. 76; siehe auch Pauwelyn J., *The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations?*, in: Bown C.P., Pauwelyn, J. (Hrsg.), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, S. 34-72, S. 38.

hätte) auch bei der Bemessung des auszugleichenden *Ungleichgewichts* herangezogen werden können.¹⁷⁷

184 Denn beim spezialisierten WTO-Repressalienrecht bestimmt das Ausmass der durch die Verletzung der WTO-Vorschriften verursachten «Zunichtemachung oder Schmälerung» («nullification or impairment») von vertraglichen Vorteilen den Umfang der zulässigen Gegenmassnahme (Art. 22 Abs. 4 DSU).¹⁷⁸ Wegen des in Artikel 22 Abs. 4 DSU verankerten Äquivalenzprinzips¹⁷⁹ darf eine Verpflichtung keinesfalls in einer «strafenden» Weise ausgesetzt werden.¹⁸⁰

185 Im Schiedsverfahren nach Art. 22 Abs. 6 DSU ist das konkrete Ausmass der Zunichtemachung oder Schmälerung von Vorteilen anhand eines objektiven Massstabs festzustellen.¹⁸¹ Dabei wird häufig die kontrafaktische Analyse angewendet, bei der

¹⁷⁷ Im Rahmen des GATT erfasst das Konzept der «Zunichtemachung und Schmälerung» («nullification and impairment») diese Differenz zwischen dem hypothetischen (wirtschaftlichen) Status quo *ohne Störung* und der realen Situation *nach Störung* der vertraglichen Beziehung.

¹⁷⁸ Eine Ausnahme bilden die Artikel 4.10 und 4.11 des SCMA in Bezug auf verbotene Subventionen. Danach können betroffene Mitglieder auf eine verbotene Subvention mit «angemessenen Gegenmassnahmen» reagieren. Die WTO-Rechtsprechung hat klargestellt, dass in diesem Rahmen keine rechtliche Verpflichtung besteht, dass Gegenmassnahmen in Form der Aussetzung von Zugeständnissen oder anderen Verpflichtungen dem Umfang der Zunichtemachung oder Beeinträchtigung entsprechen müssen (Entscheidung des Schiedsrichters, *Brazil – Aircraft (Article 22.6 – Brazil)*, WT/DS46/ARB, Rz. 3.57 ff.; Entscheidung des Schiedsrichters, *US – FSC (Article 22.6 – US)*, WT/DS108/ARB, Rz. 5.47-5.49). Allerdings dürfen die Gegenmassnahmen nicht unverhältnismässig sein (Fussnoten 9 und 10 des SCMA). In diesem Kontext gelten Massnahmen als «angemessen», wenn ihre Höhe dem gesamten Subventionsbetrag entspricht (Entscheidung des Schiedsrichters, *Brazil – Aircraft (Article 22.6 – Brazil)*, Rz. 3.60).

¹⁷⁹ Ob diese Äquivalenz gewahrt bleibt, kann Gegenstand eines Schiedsverfahrens nach Art. 22.6 und 22.7 DSU sein. Die Schiedsrichter stellten fest, dass «dieser Begriff eine Entsprechung, Gleichwertigkeit oder ein Gleichgewicht zwischen zwei miteinander verbundenen Ebenen impliziert – nämlich zwischen dem Umfang der auszusetzenden Zugeständnisse auf der einen Seite und dem Ausmass der Zunichtemachung oder Beeinträchtigung auf der anderen.» S. Entscheidung des Schiedsrichters, *EC – Bananas III (US) (Article 22.6 – EC)*, WT/DS27/ARB, Rz. 4.1 ff. Diese Gleichwertigkeit muss in quantitativen Massstäben bestimmt werden, Entscheidung des Schiedsrichters, *EC – Hormones (US) (Article 22.6 – EC)*, WT/DS26/ARB und *EC – Hormones (Canada) (Article 22.6 – EC)*, WT/DS48/ARB, Rz. 20. Der Schiedsrichter stellte im *EC – Hormones (Canada) (Artikel 22.6 – EC)*, WT/DS48/ARB, Rz. 21, ausserdem fest, dass der «Gesamthandelswert» den von ihm festgestellten Umfang der Handelsbeeinträchtigung nicht überschreiten dürfe.

Um die Gleichwertigkeit sicherzustellen, müssen die Schiedsrichter in einem solchem Verfahren zunächst das Ausmass der Zunichtemachung oder Schmälerung von Vorteilen und anschliessend das Niveau der Aussetzung der Vorteile festlegen. Dabei richten sie ihren Fokus insbesondere auf das Volumen der Handelsströme und versuchen, das Ausmass der entgangenen Handelsströme zu schätzen, die aufgrund des WTO-widrigen Verhaltens ausgeblieben sind (siehe z.B. *EC – Hormones (US) (Article 22.6 – EC)*, WT/DS26/ARB, Rz. 42 f., *EC – Hormones (Canada) (Article 22.6 – EC)*, WT/DS48/ARB, Rz. 41 f.)

¹⁸⁰ Siehe z.B. Entscheidung des Schiedsrichters, *EC – Bananas III (US) (Article 22.6 – EC)*, WT/DS27/ARB, Rz. 6.3; *US – 1916 Act (EC) (Article 22.6 – US)*, WT/DS136/ARB, Rz. 5.8; *US – Upland Cotton (Article 22.6 – US I)*, WT/DS267/ARB/1, Rz. 4.109; *US – Countervailing Measures on Supercalendered Paper from Canada (Article 22.6 – US)*, WT/DS505/ARB, Rz. 3.5.

¹⁸¹ Entscheidung des Schiedsrichters, *EC – Bananas III (US) (Article 22.6 – EC)*, WT/DS27/ARB, Rz. 6.10.

Schiedsrichter die tatsächliche Handelssituation in Folge einer rechtswidrigen Massnahme mit dem hypothetischen Soll-Zustand («a counterfactual situation») vergleichen, in dem die beklagte Partei die rechtswidrige Massnahme entweder widerrufen oder die Empfehlungen und Entscheide des DSB auf andere Weise ordnungsgemäss umgesetzt hätte.¹⁸² Ziel dieser Analyse ist es, den Handelseffekt der rechtswidrigen Massnahme zu quantifizieren.¹⁸³ Dabei verlangt die Rechtsprechung eine nachvollziehbare Darlegung, welche wirtschaftlichen Vorteile eingetreten (bzw. welche Nachteile vermieden worden) wären, wenn die Vertragsverletzung entsprechend dem DSB-Entscheid eingestellt worden wäre.¹⁸⁴ In der bisherigen Rechtsprechung wurden beispielsweise entgangene Ausfuhren in Drittstaaten,¹⁸⁵ inländische wirtschaftliche Auswirkungen¹⁸⁶ sowie die abschreckende Wirkung einer rechtswidrigen Massnahme auf das kommerzielle Verhalten inländischer Unternehmen¹⁸⁷ nicht in die Berechnung des Ausmasses der Zunichtemachung oder Schmälerung von Vorteilen einbezogen, da diese Positionen als zu spekulativ angesehen wurden.¹⁸⁸ Grosser Wert wird auf die Darlegung des Kausalzusammenhangs zwischen der ursprünglichen Massnahme und dem zur Gegenmassnahme berechtigenden Nachteil gelegt.¹⁸⁹

- 186 In den eingangs skizzierten völkerrechtlichen Verträgen, die zumeist deutlich ambitionierter sind als das WTO-Abkommen, gibt es keinerlei Praxis zu den vertraglich vorgesehenen Ausgleichsmassnahmen. Das Bedürfnis, funktionsfähige Streitbelegungs-

¹⁸² Beispielsweise verglich der Schiedsrichter in *EC – Bananas III* im Verfahren nach Art. 22.6 DSU den Wert der relevanten Einfuhren der Europäischen Gemeinschaften aus den Vereinigten Staaten unter dem tatsächlichen Bananenimportregime (zuvor im Streitbeilegungsverfahren als WTO-rechtswidrig festgestellt) mit ihrem Wert unter einem hypothetischen, WTO-konformen Regime (einer «kontrafaktischen» Situation). Entscheidung des Schiedsrichters, *EC – Bananas III (US) (Artikel 22.6 – EC)*, WT/DS27/ARB, Rz. 7.1. Siehe auch Entscheidung des Schiedsrichters, *Canada – Aircraft Credits and Guarantees (Article 22.6 – Canada)*, WT/DS222/ARB, Rz. 3.21 ff.; Entscheidung des Schiedsrichters, *EC – Hormones (Canada) (Article 22.6 – EC)*, WT/DS48/ARB, Rz. 37 ff.; Entscheidung des Schiedsrichters, *US – COOL (Article 22.6 – United States)*, WT/DS384/ARB, Rz. 6.32; Entscheidung des Schiedsrichters, *US – Tuna II (Mexico) (Article 22.6 – US)*, WT/DS381/ARB, Rz. 4.4-4.5; Entscheidung des Schiedsrichters, *US – Anti-Dumping Methodologies (China) (Article 22.6 – US)*, WT/DS471/ARB, Rz. 5.2.

¹⁸³ Entscheidung des Schiedsrichters, *US – Offset Act (Byrd Amendment) (Article 22.6 – Brazil)*, WT/DS217/ARB/BRA, Rz. 3.70-3.71.

¹⁸⁴ Entscheidung des Schiedsrichters, *US – Tuna II (Mexico) (Article 22.6 – US)*, WT/DS381/ARB, Rz. 4.4-4.5. Siehe auch, Entscheidung des Schiedsrichters, *US – Anti-Dumping Methodologies (China) (Article 22.6 – US)*, WT/DS471/ARB, Rz. 5.2, 5.7-5.8, 5.39-5.40; Entscheidung des Schiedsrichters, *US – Supercalendered Paper (Article 22.6 – US)*, WT/DS505/ARB, Rz. 6.50.

¹⁸⁵ Entscheidung des Schiedsrichters, *EC – Bananas III (US) (Article 22.6 – EC)*, WT/DS27/ARB, Rz. 6.12.

¹⁸⁶ Entscheidung des Schiedsrichters, *US – COOL (Article 22.6 – United States)*, WT/DS384/ARB, WT/DS386/ARB, Rz. 5.16, 5.18 und 5.21.

¹⁸⁷ Entscheidung des Schiedsrichters, *US – 1916 Act (EC) (Article 22.6 – US)*, WT/DS136/ARB, Rz. 5.72.

¹⁸⁸ Entscheidung des Schiedsrichters, *EC – Hormones (US) (Article 22.6 – EC)*, WT/DS26/ARB, Rz. 41; Entscheidung des Schiedsrichters, *US – Supercalendered Paper (Article 22.6 – US)*, WT/DS/505/ARB, Rz. 3.4.

¹⁸⁹ Entscheidung des Schiedsrichters, *EC – Hormones (US) (Article 22.6 – EC)*, WT/DS26/ARB, Rz. 77.

und Selbsthilfemechanismen in die Verträge aufzunehmen, geht offenkundig Hand in Hand mit der Erkenntnis, dass ihre optimale Nutzung in einer auf Dauer angelegten, für beiden Seiten vorteilhaften Wirtschaftsbeziehung gerade im Nichtgebrauch besteht.

187 *Faute de mieux* kann jedoch die im Rahmen des deutlich heterogeneren Welthandels-systems ergangene Rechtsprechung beispielhaft herangezogen werden, um die wirtschaftlichen Folgen einer Vertragsverletzung für die jeweilige Gegenseite zu bemessen. Die *Panel*- und *Appellate Body*-Berichte zeigen, wie die Differenz zwischen den legitimerweise als Folge des Vertrages zu erwartenden (günstigen) wirtschaftlichen Gegebenheiten und dem durch die Vertragsverletzung beeinflussten realen Stand der Dinge gemessen werden kann. Diese Differenz bildet die Ausgangsgrösse für die Ausgleichsmassnahme, die bei einseitigem (nicht abgestimmten) Verhalten regelmässig im Entzug von Vorteilen bestehen wird, die eine gleichwertige Auswirkung haben werden. Dabei ist das konkrete Ausmass der Zunichtemachung oder Schmälerung von Vorteilen¹⁹⁰ anhand eines objektiven Massstabs festzustellen. Obwohl ein solches hypothetisches Szenario zwangsläufig auf Annahmen basiert und daher ein gewisses Mass an Unsicherheit aufweist, muss es den Massstab der Plausibilität und Zumutbarkeit erfüllen und insbesondere auf glaubwürdigen, sachlichen und überprüfbaren Informationen beruhen. Besondere Bedeutung kommt dem Nachweis der Kausalität von ursprünglicher Vertragsverletzung und dem Nachteil zu, der Voraussetzung für die Reaktion ist.

c. *Nicht-wirtschaftliche Dimensionen*

188 Allerdings sind nicht sämtliche Verpflichtungen der Binnenmarktabkommen ausschliesslich wirtschaftlicher Natur. Darüber hinausgehend (wenn auch in engem Zusammenhang stehend) besteht ein rechtlich geschütztes Interesse beider Parteien dieser Dauerbeziehung daran, dass der Vertrag beiderseits grundsätzlich nach besten Kräften getreulich erfüllt wird.¹⁹¹ Die exzeptionelle Vertragsverletzung – etwa das ausnahmsweise Abweichen von der Anpassungsverpflichtung nach Art. 5 IP-FZA oder das ausnahmsweise Nichteinhalten des Versprechens, in guten Treuen den Entscheiden des Schiedsgerichts Folge zu leisten – gefährdet als «Ausreisser» diesen grundsätzlichen Anspruch auf Regelmässigkeit und Verlässlichkeit nicht. Diesen Störungen kann mit der anhand des kausalen wirtschaftlichen Nachteils bemessenen Ausgleichsmassnahme abschliessend begegnet werden. Anders mögen die Dinge liegen, wenn eine Vertragspartei laufend oder wiederholt den Vertrag verletzt, selbst wenn in den jeweiligen Einzelfällen ein unmittelbarer Nachteil nicht oder nur in geringfügigem Umfang vorliegt. In diesem Fall erscheint es kaum vertretbar, der wiederholt in ihren Rechten verletzten Partei die Möglichkeit zu verweigern, angesichts der Relevanz wiederholter Vertragsverletzungen mit einer Ausgleichsmassnahme zu reagieren, bei der nicht die wirtschaftlichen Folgen der Vertragsverstosses – und damit das (Un-)Gleichgewicht

¹⁹⁰ Vgl. IP, Präambel, 2. Absatz.

¹⁹¹ Siehe etwa Art. 5 Abs. 9 und Art. 10 Abs. 5 IP.

der ökonomischen Vor- und Nachteile – die primäre Bezugsgrösse bilden, sondern das Gleichgewicht der gegenseitigen Rechte und Pflichten.

- 189 Zudem gehen zentrale Regelungen der Binnenmarktabkommen über die Einräumung wirtschaftlicher Chancen hinaus und begründen grundrechtsähnliche Verpflichtungen zugunsten von Individuen und wirtschaftlichen Akteuren, namentlich im Zusammenhang mit dem sämtliche Binnenmarktabkommen prägenden Diskriminierungsverbot.¹⁹² Wenn etwa Schweizerinnen und Schweizer, die im EU-Mitgliedsstaat S als Arbeitnehmende beschäftigt sind, wegen der Nichtgleichstellung mit EU-/EWR-Staatsangehörigen keine Immobilien mit direktem Zugang zum Meer («waterfront property») erwerben dürfen, wird dies das wirtschaftliche Interesse der Schweizerinnen und Schweizer – und auch der Eidgenossenschaft – an der vollen Beteiligung am europäischen Arbeitsmarkt nur marginal berühren. Unbeschadet dessen würde die *de iure* Diskriminierung schweizerischer Staatsangehöriger das dem FZA n.F. zugrundeliegende Gleichgewicht wechselseitiger Rechte und Pflichten spürbar beeinträchtigen: Die diskriminierungsfreie Behandlung der Staatsangehörigen der Vertragsparteien, die als Arbeitnehmende im Territorium der jeweils anderen Vertragspartei tätig sind, ist einer der wichtigsten vertraglichen Verpflichtungen.
- 190 Deswegen erscheint es naheliegend, in einem solchen Fall, in dem zwar keine oder minimale wirtschaftliche Nachteile entstehen, zugleich aber zentrale vertragliche Rechte betroffen sind, der in ihren vertraglichen Rechten verletzten Partei zu gestatten, in erster Linie auf die Natur des verletzten Rechts und die Schwere der Beeinträchtigung abzustellen. Solche Gesichtspunkte werden im allgemeinen Völkerrecht vielfach unter dem Prüfungspunkt Verhältnismässigkeit angesprochen.¹⁹³ Die Ausgleichsmassnahme dürfte dann ein Recht verletzen, das in etwa die gleiche Wertigkeit hätte wie das verletzte Recht, müsste sich aber immer noch am Ausmass der ursprünglichen Verletzung orientieren. In solchen Fällen wird besonders darauf zu achten sein, dass die Ausgleichsmassnahmen verhältnismässig sind (dazu sogleich).

¹⁹² Siehe auch Art. 1 Abs. 1 IP.

¹⁹³ RIAA XVIII, Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France, 9 December 1978 S. 417 ff.; Rz. 83, https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XVIII/417-493.pdf: «[J]udging the ‘proportionality’ of counter-measures is not an easy task and can at best be accomplished by approximation. [...], it is essential, in a dispute between States, to take into account not only the injuries suffered by the companies concerned but also the importance of the questions of principle arising from the alleged breach. The Tribunal thinks that it will not suffice, in the present case, to compare the losses suffered by Pan Am on account of the suspension of the projected services with the losses which the French companies would have suffered as a result of the counter-measures; it will also be necessary to take into account the importance of the positions of principle [...] If the importance of the issue is viewed within the framework of the general air transport policy adopted by the United States Government and implemented by the conclusion of a large number of international agreements with countries other than France, the measures taken by the United States do not appear to be clearly disproportionate when compared to those taken by France.»

- 191 Ein Beispiel wäre die eingangs skizzierte «grosszügige Kontingentierung». Diese mag, in der hier diskutierten Variante, ohne wirtschaftliche Folgen bleiben. Dennoch verletzt sie das zentrale Versprechen des diskriminierungsfreien Zugangs zum schweizerischen Arbeitsmarkt; darüber hinaus verletzt sie die zentrale Zusage, einen verlässlichen rechtssicheren Rahmen für Arbeitnehmende und Selbständige zu schaffen. Deswegen wären, je nach den Umständen des Einzelfalls, Ausgleichsmassnahmen zulässig, die sich am Rang des verletzten Rechts und der Schwere des Verstosses orientieren müssten.
- 192 Wenn die Vertragsverletzung beispielsweise versehentlich erfolgte, liegen die Dinge anders, als wenn die Massnahme gezielt gesetzt wird. Wenn etwa im obigen «Küstengrundstück»-Beispiel das Gesetz ursprünglich verhindern sollte, dass jene Grundstücke, die *in extremis* als Brückenkopf für feindliche Landungstruppen dienen könnten, Ausländern gehören, und diese Rechtslage später dahingehend geändert wird, dass EU- und EWR-Angehörige wie Staatsbürger behandelt werden, wobei schlicht übersehen wird, dass die Schweiz insoweit wie die übrigen EFTA-Staaten zu behandeln ist, stellt sich die Lage anders dar, als wenn in Reaktion auf bestimmte schweizerische Positionierungen in auswärtigen Angelegenheiten nunmehr die Schweiz als «unzuverlässig» aus dem Kreis der nicht-diskriminierten Staaten ausgenommen wird.

6. Der zulässige Korridor für Ausgleichsmassnahmen

a. Ausgleich zunächst im Rahmen des betroffenen Abkommens?

- 193 Dem Wortlaut nahezu sämtlicher Binnenmarktabkommen nach können die Ausgleichsmassnahmen «im Rahmen des Abkommens *oder* eines anderen bilateralen Abkommens betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt»¹⁹⁴ getroffen werden. Damit weicht der standardmässige Vertragstext zugunsten des «Interesses an [einer] sofortigen und wirksamen Anwendung»¹⁹⁵ der Ausgleichsmassnahmen von der vereinzelt zu findenden Regelung ab, dass ausschliesslich im Rahmen des betroffenen Abkommens Reaktionen zulässig sind.¹⁹⁶
- 194 Es stellt sich die Frage, welche Spielräume der zu Ausgleichsmassnahmen berechtigten Partei zustehen: Kann sie frei Verpflichtungen aus sämtlichen Binnenmarktabkommen aussetzen, soweit der dadurch herbeigeführte wirtschaftliche Nachteil nicht höher ist als der ursprünglich erlittene, wirtschaftliche Nachteil (oder ausnahmsweise nach Art und Ausmass gleichwertig wäre) oder muss zunächst geprüft werden, ob eine Massnahme im Rahmen des ursprünglich verletzten Vertrages zu ergreifen ist?

¹⁹⁴ Art. 11 IP-FZA; Herv. d. Verf.

¹⁹⁵ Art. III. 10. Abs. 4. b) SchiedsGA.

¹⁹⁶ So etwa in Art. 7b des Änderungsprotokolls zum Landwirtschaftsabkommens gemäss dem Ausgleichsmassnahmen nur «im Rahmen dieses Abkommens oder des Protokolls zur Errichtung eines gemeinsamen Lebensmittelsicherheitsraums ergriffen» werden können.

- 195 Richtigerweise ist diese Frage im letztgenannten Sinne zu beantworten. Aufgrund des Wortlautes, namentlich der Verwendung des Begriffs «oder» («im Rahmen des Abkommens *oder* eines anderen bilateralen Abkommens betreffend den Binnenmarkt»), wäre es nicht unvertretbar, eine Gleichrangigkeit zwischen ursprünglich verletztem Vertrag und den anderen Verträgen anzunehmen. Diese Sicht der Dinge liefe darauf hinaus, es vollständig der die Ausgleichsmassnahme planenden Vertragspartei zu überlassen, ob die Ausgleichsmassnahme im ursprünglich verletzten Vertrag ergriffen oder auf andere Verträge gestützt wird.
- 196 Wäre eine gänzlich freie Wahl gewollt gewesen, hätte dies ohne Weiteres durch eine entsprechende Formulierung klargestellt werden können, die es eindeutig freigestellt hätte, Verpflichtungen in einem beliebigen Binnenmarktabkommen auszusetzen – *ein-schliesslich solcher innerhalb des Anwendungsbereichs des ursprünglich verletzten Vertrages*. Gerade eine solche eindeutige Formulierung wurde jedoch nicht gewählt. Vielmehr wird ausdrücklich *zunächst* der ursprünglich gestörte Vertrag («im Rahmen des Abkommens») genannt und erst im Anschluss auf die «anderen bilateralen» Abkommen «betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt» verwiesen. Diese Reihung kann durchaus als Rangfolge verstanden werden.
- 197 Zu dem zumindest ambivalenten Wortlaut, der zwischen dem *ursprünglich* verletzten Vertrag und den *anderen* Binnenmarktabkommen unterscheidet, tritt die aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz fliessende Verpflichtung hinzu, das mildeste Mittel zu verwenden (dazu im Einzelnen unten Rz. 216 ff.). Damit erscheint eine Lesart vorzuzugswürdig, die neben dem Interesse an der Ermöglichung wirksamer Ausgleichsmassnahmen auch dem Funktionieren des Vertrages und der Deeskalation des jeweiligen Streits angemessen Rechnung trägt. Damit bietet es sich – entsprechend dem Wortlaut! – an, eine Abstufung zwischen der Reaktion innerhalb des ursprünglich gestörten Vertragsverhältnisses, einerseits, und Ausgleichsmassnahmen innerhalb der Gesamtheit der Binnenmarktabkommen, andererseits, vorzunehmen.
- 198 Danach ist die Ausgleichsmassnahmen ergreifende Partei zur Prüfung verpflichtet, inwieweit das legitime «Interesse an einer wirksamen Anwendung» der Ausgleichsmassnahme innerhalb der ursprünglich gestörten Vertragsbeziehung verwirklicht werden kann. Nur wenn dies nicht der Fall ist, sollte auf andere Binnenmarktverträge zugegriffen werden dürfen. Dies wäre im Rahmen des schiedsgerichtlichen Verfahrens zur Überprüfung der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 11 Abs. 2 IP im Einzelnen darzulegen (siehe unter Rz. 228 ff.).
- 199 In zahlreichen Fällen wird die Zulässigkeit einer vertragsübergreifenden Ausgleichsmassnahme ohne Weiteres zu bejahen sein, weil die Interessen der Vertragsparteien an dem jeweiligen Binnenmarktabkommen deutlich asymmetrisch sind: So hat etwa die Union im Rahmen des Landverkehrsabkommens auf den ersten Blick nur begrenzte Möglichkeiten, eine «wirksame Anwendung» einer Ausgleichsmassnahme vorzunehmen. Gleiches gilt für die Schweiz beispielsweise im Hinblick auf das Luftverkehrsabkommen. In diesen Fällen die rechtstreue Partei auf ineffektive

Ausgleichsmassnahmen zu verweisen, wäre mit dem ausdrücklich vereinbarten Anliegen, «wirksame» Ausgleichsmassnahme zu ermöglichen, nicht vereinbar.

- 200 Deshalb sollte die schlüssige Darlegung der in ihren Rechten verletzten Partei, wonach eine Aussetzung im selben Vertragsverhältnis für sie nachteilig wäre, ausreichen, um auf die Gesamtheit der Binnenmarktabkommen zugreifen zu können. Zur Verdeutlichung am Beispiel des LuftVA: Würde die EU bzw. ein Mitgliedstaat der EU in Verletzung des Luftverkehrsabkommens den planmässigen Verkehr am Flughafen Zürich (mittelbar) einschränken, mag aus schweizerischer Sicht eine auch nur teilweise Suspendierung des LuftVA – etwa durch ein Lande- und Abflugverbot am Flughafen Genf für EU-Operateure – ausscheiden, sofern letzteres eine signifikante Eigenschädigung bedeutet. Aus diesem Grunde könnte dann beispielsweise auf Ausgleichsmassnahme im Rahmen des LandVA zurückgegriffen werden, etwa durch die Einschränkung des Zugangs von Lastkraftwagen zum schweizerischen Strassennetz. Der Umstand, dass die Binnenmarktabkommen ein kohärentes Ganzes («coherent whole») bilden sollten (so etwa Art. 3 Abs.1 IP-FZA), ist offenkundig dem Anliegen geschuldet, der in ihren Rechten verletzten Partei effektive und zugleich möglichst minimal eigenschädliche Rebalancierungsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen.
- 201 In anderen Fällen wird es jedoch durchaus möglich sein, innerhalb des ursprünglich verletzten Abkommens einen effektiven Ausgleich vorzunehmen. Dann erscheint es im Interesse des guten Funktionierens des Vertrages sowie einer wünschenswerten Deeskalation angebracht, die Ausgleichsmassnahme innerhalb des ursprünglich gestörten Vertragsverhältnisses zu ergreifen. In solchen Konstellationen sind Ausgleichsmassnahmen ausserhalb desselben Abkommens unzulässig.

b. Die Zukunftsgerichtetheit von Ausgleichsmassnahmen

- 202 Ausgleichsmassnahmen stellen – wie die Bezeichnung nahelegt und Art. 11 Abs. 4 IP («Ausgleichsmassnahmen gelten nicht rückwirkend») bekräftigt – keinen Schadenersatz dar, sondern eine zukunftsgerichtete Rebalancierung des Gleichgewichts von Geben und Nehmen. Daran ändert nichts, dass die Berechnung der Differenz zwischen Geschuldetem und tatsächlich Geleistetem vielfach einen kontrafaktischen *Rückblick* erfordert.¹⁹⁷
- 203 Wie eingangs bereits erwähnt wurde, kann dies sogar bedeuten, dass eine Ausgleichsmassnahme zur Modifikation des Vertrags führen kann: Art. 11 Abs. 2 IP sieht vor, dass die beiden Vertragsparteien im Rahmen des Gemischten Ausschusses die geplante Ausgleichsmassnahme einer Partei ändern («amend») können. Das läuft darauf hinaus, dass beide Seiten eine pragmatische, schiedlich-friedliche Re-Justierung des Gleichgewichts wechselseitiger «Vorteile» vornehmen können. Ein solcher Beschluss

¹⁹⁷ Vgl. C.III.5. b.

des Gemischten Ausschusses würde eine Vertragsänderung darstellen; insoweit stellt diese Bestimmung eine *lex specialis* zu sonstigen Revisionsvorschriften¹⁹⁸ dar.

204 Allerdings würde eine solche Ausgleichsmassnahme nicht rückwirkend wohlerworbene Rechte beseitigen. Art. 11 Abs. 4 IP bestimmt ausdrücklich, dass «die bereits vor der dem Wirksamwerden der Ausgleichsmassnahmen erworbenen Rechten und Pflichten von Privatpersonen und Wirtschaftsakteuren unberührt [bleiben]». Wann im Einzelnen ein Rechtserwerb («acquisition») in diesem Sinne vorliegt, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Jedenfalls wird man aber verlangen müssen, dass im Vertrauen auf den Status quo vor einer etwaigen *de iure* oder *de facto* Modifikation des Binnenmarktabkommens Dispositionen getroffen worden sind, um in den Genuss dieser Besitzstandswahrungsklausel zu kommen. Begünstigt werden soll also nicht jede Person, die hypothetisch die im Vertrag vorgesehenen Möglichkeiten hätte wahrnehmen können, sondern nur diejenigen Privaten, die im Vertrauen auf die bestehende Rechtslage vor der Ausgleichsmassnahme konkrete Schritte unternommen haben, welche ihre Rechtsposition verändern. Dazu zählen beispielsweise im Rahmen des FZA Vermögensdispositionen im weitesten Sinne, etwa die Abwicklung und Begründung von Anstellungs- und Mietverhältnissen oder der Erwerb von Immobilien im Falle von Arbeitnehmenden oder Personen, die im Aufenthaltsstaat keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, aber über ausreichende finanzielle Mittel verfügen (Art. 6 FZA, Art. 24 Anhang I).

c. Zum Verhältnis von Ausgleichsmassnahmen und privaten Rechten

205 Während Art. 11 Abs. 4 IP klarstellt, dass Ausgleichsmassnahmen bereits entstandene Individualansprüche unberührt lassen, ist ebenso eindeutig, dass *pro futuro* Individualrechte durch Ausgleichsmassnahmen entfallen können. Soweit die Ausgleichsmassnahme unilateral ergriffen wird, ergibt sich das *e contrario* aus Art. 11 Abs. 4 IP: Die Lage für diejenigen Privaten, die von ihren aus den Abkommen fliessenden Rechten bislang keinen Gebrauch gemacht haben, darf und kann durch die Anwendung einer Ausgleichsmassnahme geändert werden, da nur die wohlerworbenen Rechte geschützt werden. Der Umstand, dass die Ausgleichsmassnahme durch GA-Beschluss einvernehmlich modifiziert («amend») werden kann, zeigt, dass die Vertragsparteien die alleinigen «Herren der Verträge» sind.

206 Zwar sollen die Privaten in den Genuss von Rechtssicherheit und anderer für sie positiven Auswirkungen der Binnenmarktabkommen kommen. Ändern jedoch die Vertragsparteien den Vertrag, sei es *ad hoc* gemäss Art. 10 Abs. 2 IP oder regulär durch eine ordentliche Vertragsänderung, etwa gemäss Art. 18 FZA n.F., verändert sich ihre Rechtsposition, ohne dass sie einen Anspruch auf Erhalt des *Status quo ante* hätten, sofern nicht ausdrücklich eine (Wert-)Sicherungsklausel («grandfathering clause») wie Art. 11 Abs. 4 IP ihre Interessen (und Dispositionen) schützt.

¹⁹⁸ Etwa Art. 5 IP oder Art. 18 FZA n.F.

- 207 Damit ist auch klargestellt, dass Ausgleichsmassnahmen nicht dazu dienen, etwaige individuellen Erfüllungs- oder Schadenersatzansprüche der «Wirtschaftsakteuren und Privatpersonen» beider Vertragsparteien durchzusetzen. Die Anlage über das Schiedsgericht¹⁹⁹ stellt im Zusammenhang mit *interim measures* klar, dass bei den Entscheidungen über Künftiges die Interessen der Individuen zu *berücksichtigen* sind; das entspricht dem ausdrücklichen Anliegen des Vertrages auch den Privaten «grössere Rechtssicherheit, Gleichbehandlung und gleiche Wettbewerbsbedingungen» («greater legal certainty, equal treatment and a level playing field») in den Bereichen zu verschaffen, in denen die Schweiz am Binnenmarkt teilnimmt.²⁰⁰ Diese *Berücksichtigung* kann im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung, aber auch andernorts – etwa bei der Bestimmung des Ausmasses der auszugleichenden wirtschaftlichen Nachteile – eine Rolle spielen.
- 208 Würde man bei den Ausgleichsmassnahmen indes Schadenersatz- oder Erfüllungsansprüche Privater vollständig inkludieren, würde durch die Hintertür der explizit ausgeschlossene rückwirkende Effekt faktisch wiederhergestellt und Schadenersatzansprüche *inter partes* eingeführt werden. Diese wurden aber gerade durch die Beschränkung auf nicht-rückwirkende Ausgleichsmassnahmen ausgeschlossen.
- 209 Gewiss sind bei der Berechnung der «Handelseffekte» einer Vertragsverletzung – die Voraussetzung für die Bestimmung des maximalen Ausmasses einer Ausgleichsmassnahme – die Auswirkungen auf eigene Rechtssubjekte (ihre Interessen und ihre Rechte) abzuschätzen. Dies geschieht jedoch nicht, um diesen Rechtssubjekten Schadenersatz zu verschaffen, sondern um die bereits eingetretenen Auswirkungen bei der Bemessung der Höhe der Ausgleichsmassnahme zu berücksichtigen, um so die Gegenseite in vergleichbarem Umfang zu belasten und dadurch das Gleichgewicht der vertraglichen «Vorteile, Rechte und Pflichten»²⁰¹ zu rekalisieren. Ausgleichsmassnahmen sind also nicht als Summe der individuellen Schadenersatzansprüche zu verstehen. Wäre eine vertragswidrige Massnahme beispielsweise drei Jahre lang mit einer Beeinträchtigung der Rechte im Wert von 10 p.a. verbunden gewesen, ergäbe sich daraus nicht automatisch eine Ausgleichsmassnahme im Umfang von 30. Vielmehr wäre die in einem bestimmten Zeitraum (etwa: jährlich) bewirkte Vorteilminderung für die Bemessung der Ausgleichsmassnahme zugrunde zu legen: Sie wäre so auszugestalten, dass im entsprechenden künftigen Zeitrahmen kein wirtschaftlicher Nachteil der Gegenseite entstünde, der die «Magnitude 10» überstiege.

¹⁹⁹ Art. III.10 Abs. 8 SchiedsGA: «Zur Vermeidung von Missverständnissen gilt für die Zwecke dieses Artikels, dass das Schiedsgericht bei der Abwägung der Interessen der Partei, welche die vorläufigen Massnahmen beantragt, und der Interessen der anderen Partei die Interessen von Privatpersonen und Wirtschaftsakteuren der Parteien berücksichtigt, was aber nicht dazu führt, dass solchen Privatpersonen und Wirtschaftsakteuren vor dem Schiedsgericht Parteistellung eingeräumt wird.»

²⁰⁰ Art. 1 Abs. 1 IP.

²⁰¹ Präambel IP, 2. Absatz.

7. Das Erfordernis der Verhältnismässigkeit

- 210 Ausgleichsmassnahmen müssen verhältnismässig sein; das Schiedsgericht überprüft auf Antrag, ob die Ausgleichsmassnahmen dieses Kriterium erfüllen.
- 211 Das Tatbestandsmerkmal «verhältnismässige Ausgleichsmassnahme» ist ein den geänderten und neuen Binnenmarktabkommen eigenes Konzept. Das Unionsrecht kennt zwar den Grundsatz der Verhältnismässigkeit bestens (s. Rz. 220). Indes ist das Konzept der «verhältnismässigen Ausgleichsmassnahmen» dem Unionsrecht fremd, wie bereits weiter oben dargelegt wurde: Selbst im Entwurf des Integrationsabkommens mit den Mikrostaaten Andorra und San Marino, der ansonsten den EuGH als Streitbelegungsorgan einsetzt (s. Rz. 105), wird die Verhältnismässigkeit von Ausgleichsmassnahmen durch ein Schiedsgericht geprüft (C.II.3.). Welche Anforderungen eine Ausgleichsmassnahme erfüllen muss, um im bilateralen Kontext Schweiz-EU als verhältnismässig zu gelten, wird – mangels in den IP ausgearbeiteter Kriterien – aus den Regeln des allgemeinen Völkerrechts, die in diesem Kontext Anwendung finden (s. dazu Rz. 154 f.), aus den zweckähnlichen Regelungen und der Rechtsprechung im Rahmen des Wirtschaftsvölkerrechts sowie aus den Facetten des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, die dem Schweizer und dem EU-Recht gemeinsam sind, abgeleitet.

a. Verhältnismässigkeit im allgemeinen Recht der Staatenverantwortlichkeit

- 212 Im Recht der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit ist anerkannt, dass die Reaktion auf völkerrechtliches Unrecht in verhältnismässiger Weise zu erfolgen hat.²⁰² Während der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ursprünglich eher als Übermassverbot konzipiert war («nicht mit Kanonen auf Spatzen schiessen»),²⁰³ wurde er in der späteren Rechtsprechung internationaler Gerichte zu Reaktionen auf völkerrechtliches Unrecht deutlich detaillierter,²⁰⁴ jedoch immer noch wesentlich grobmaschiger als dies etwa in der Schweiz oder der EU der Fall ist.

²⁰² Siehe Art. 51 *ILC Draft Articles*, der auf einer reichen Praxis gründet: «Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.» Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, UN-Doc A/56/10, S. 134.

²⁰³ *Portuguese Colonies case* (Naulilaa incident), UNRIIAA, vol. II (Sales No. 1949.V.1), S. 1011, 1028): «[...] even if one were to admit that the law of nations does not require that the reprisal should be approximately in keeping with the offence, one should certainly consider as excessive and therefore unlawful reprisals out of all proportion to the act motivating them».

²⁰⁴ RIAA XVIII, Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France, (Fn. 193): «It is generally agreed that all counter-measures must, in the first instance, have some degree of equivalence with the alleged breach: this is a well-known rule. [...] It has been observed, generally, that judging the “proportionality” of counter-measures is not an easy task and can at best be accomplished by approximation. In the Tribunal’s view, it is essential, in a dispute between States, to take into account not only the injuries suffered by the companies concerned but also the importance of the questions of principle arising from the alleged breach. The Tribunal thinks that it will not suffice, in the present case, to compare the losses suffered by

b. Verhältnismässigkeit im internationalen Handelsrecht

213 Hingegen hat sich im Rahmen des internationalen Handelsrechts, insbesondere im WTO-Recht, im Zusammenhang mit Tatbestandsmerkmalen wie «Notwendigkeit» und «Angemessenheit» ein Verhältnismässigkeitsstandard herausgebildet, der durchaus Ähnlichkeit mit dem Konzept der Verhältnismässigkeit im schweizerischen und EU-Verwaltungsrecht aufweist. Unabhängig davon, ob es in verschiedenen Kontexten des Wirtschaftsvölkerrechts, um die Verhältnismässigkeit einer Ausgleichmassnahme, einer Gegenmassnahme oder einer Massnahme zum Schutz eines legitimen Interesses geht, das mit wirtschaftlichen Interessen konkurriert und eine Abweichung von einer Grundregel rechtfertigt²⁰⁵, ist stets im Rahmen einer Abwägung zwischen (an sich unerwünschter) Handelsbeeinträchtigung und (erwünschter effektiver) Zielerreichung die am wenigsten handelsbeschränkende Massnahme zu wählen. In diesem Sinne bekennen sich etwa die EWR- (s. *supra* C.II.2.) sowie TCA-Vertragsparteien (s. *supra* C.II.4.) ausdrücklich zu Massnahmen, die das Funktionieren der Abkommen «so wenig wie möglich stören». Eine Massnahme, die zwar das Ungleichgewicht behebt, zugleich aber das Funktionieren des Abkommens stärker beeinträchtigt als eine andere äquivalente Massnahme, wäre «nicht unbedingt erforderlich» und daher unzulässig (Rz. 98, 101, 112, 132).

214 In ganz ähnlicher Weise hat sich die Praxis im Rahmen der WTO entwickelt. So führte der *Appellate Body* in seiner Entscheidung im Fall *Korea-Beef*²⁰⁶ aus:

«164. [...] In sum, determination of whether a measure, which is not "indispensable", may nevertheless be "necessary" within the contemplation of Article XX(d), involves in every case a process of weighing and balancing a series of factors which prominently include *the contribution made by the compliance measure to the enforcement of the law or regulation at issue, the importance of the common interests or values protected by that law or regulation, and the accompanying impact of the law or regulation on imports or exports.*

165. The panel in *United States – Section 337* described the applicable standard for [...] in the following terms:

Pan Am on account of the suspension of the projected services with the losses which the French companies would have suffered as a result of the counter-measures; it will also be necessary to take into account the importance of the positions of principle which were taken when the French authorities prohibited changes of gauge in third countries. If the importance of the issue is viewed within the framework of the general air transport policy adopted by the United States Government and implemented by the conclusion of a large number of international agreements with countries other than France, the measures taken by the United States do not appear to be clearly disproportionate when compared to those taken by France. Neither Party has provided the Tribunal with evidence that would be sufficient to affirm or reject the existence of proportionality in these terms, and the Tribunal must be satisfied with a very approximative appreciation.»

²⁰⁵ S. etwa Art. XX GATT (Fn. 69) sowie Art. XV GATS (Fn. 72).

²⁰⁶ *Korea – Various Measures on Beef*, WT/DS161/AB/R, Rz. 164 ff. (Herv. d. Verf.); siehe auch *EC – Asbestos (Canada)*, WT/DS135/AB/R, Rz. 170; *Brazil – Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, Rz. 178 und *US – Gambling*, WT/DS285/AB/R, Rz. 307.

It was clear to the Panel that a contracting party cannot justify a measure inconsistent with another GATT provision as "necessary" [...] if an alternative measure which it could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it. By the same token, in cases where a measure consistent with other GATT provisions is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of inconsistency with other GATT provisions.²⁰⁷

166. The standard described by the panel in *United States – Section 337* encapsulates the general considerations we have adverted to above. [...]»

- 215 Damit hat sich im Recht des multilateralen Handelssystems ein allgemeiner Standard der Verhältnismässigkeit herausgebildet, der sehr stark dem bekannten dreigliedrigen Test für Verhältnismässigkeit im schweizerischen und EU-Recht ähnelt.²⁰⁸

c. Verhältnismässigkeitsprüfung im Rahmen des Art. 11 IP
i.V.m. Art. III.6 Abs. 3 SchiedsGA

- 216 Weder das Tatbestandsmerkmal «notwendig» noch die Formulierung «Massnahme[n sind] zu wählen, die das Funktionieren dieses Abkommens so wenig wie möglich stören»²⁰⁹ erscheinen in den verschiedenen Bestimmungen über die Ausgleichsmassnahme der Institutionellen Protokolle. Mit dem Prädikat «verhältnismässig» werden jedoch die zentralen Anliegen der Verhältnismässigkeitspraxis rezipiert: die Äquivalenz zur Verletzung und der Einsatz des mildesten Mittels, wie sie sich im Kontext der eingangs skizzierten wirtschaftsvölkerrechtlichen Verträge und namentlich im WTO-Recht entwickelt haben.
- 217 Wenn bereits im Rahmen des vergleichsweise locker gestrickten WTO-Abkommens strenge Verhältnismässigkeitsanforderungen gelten, erscheint dies erst recht im Rahmen des ambitionierten Pakets der Binnenmarktabkommen angebracht. Das Instrument der *verhältnismässigen Ausgleichsmassnahme* ist kein isoliertes Tatbestandsmerkmal, sondern integraler Bestandteil eines engmaschigen Netzes von verfahrensrechtlichen Vorschriften: Es geht darum, sowohl effektive Reaktionen auf Vertragsverletzungen zu ermöglichen als auch (vor dem Hintergrund der bisherigen beidseits guten Erfahrungen) Gelegenheit zur De-Eskalation einzuräumen.
- 218 Das manifestiert sich bereits anhand des Umstandes, dass die IP dafür sorgen, dass Ausgleichsmassnahmen niemals überraschen werden: Sie kommen erst ins Spiel, nachdem ein vollständiges Streitbeilegungsverfahren durchlaufen wurde. Sodann müssen sie notifiziert und erörtert werden. In Eil- und ordentlichen Verfahren kann sodann die Verhältnismässigkeit geprüft werden. Diese verfahrensmässige Einhegung des Instruments der Ausgleichsmassnahme bekräftigt das Anliegen der Vertragsparteien, einen Rahmen zu schaffen, der ungeachtet des Anliegens, effektive

²⁰⁷ Panel report, *United States – Section 337*, BISD 36S/345, Rz. 5.26.

²⁰⁸ Vgl. Matsushita, M. et al, *The World Trade Organization*, Oxford University Press, Third Edition, 2015, S. 727 f.

²⁰⁹ EWR-Abkommen, Fn. 66, Art. 114. Abs. 1.

Ausgleichsmassnahmen zu ermöglichen, in der Sache das Bestreben aufgreift, das Funktionieren des Vertrages «so wenig wie möglich [zu] stören».

- 219 Allerdings ist zu beachten, dass das Schiedsgericht nach dem Wortlaut Art. III.6 Abs. 3 SchiedsGA nicht sämtliche Voraussetzungen für das Ergreifen einer Ausgleichsmassnahme zu prüfen hat, sondern lediglich deren Verhältnismässigkeit.

«In den Fällen nach Artikel 11 Absatz 2 des Protokolls hat das Schiedsgericht, das die Hauptstreitigkeit verhandelt hat, den Auftrag, über die Verhältnismässigkeit der strittigen Ausgleichsmassnahmen zu befinden, einschliesslich der Fälle, in denen diese Massnahmen ganz oder teilweise im Rahmen eines anderen bilateralen Abkommens in den Bereichen betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt, getroffen wurden.»

- 220 Auch wenn diese Studie das Tatbestandsmerkmal «verhältnismässige Ausgleichsmassnahme» zwangsläufig dergestalt untersuchte, dass jeder seiner beiden Bestandteile einzeln beleuchtet wurde, bilden sie gemeinsam das einschlägige Tatbestandsmerkmal «verhältnismässige Ausgleichsmassnahme». Die Beschränkung der Kognition des Schiedsgerichts auf die Frage der Verhältnismässigkeit reduziert jedoch die Kontrollichte des schiedsgerichtlichen Entscheids sowie die Darlegungslast der bereits in einem ersten Verfahren obsiegt habenden Partei (s. dazu unten Rz. 224 f.).

- 221 Der Begriff der Verhältnismässigkeit beschreibt bereits in seiner primitivsten Form («Nicht mit Kanonen auf Spatzen schiessen») das Verhältnis von Mittel zu Zweck. In seinen am weitesten ausgebildeten Formen, etwa im Recht der Vertragsparteien²¹⁰, stellt er ein feingliedriges Raster dar, mit dem eine potentiell rechtmässige Massnahme auf ihre Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit sowie sonstige Vereinbarkeit mit der Rechtsordnung (etwa: kein Verstoß gegen Grundrechte) abgeglichen wird.

- 222 Das Schiedsgericht wird bei seinen Entscheidungen Standards anwenden, die sich sowohl auf die wirtschaftsvölkerrechtlichen Präjudizien stützen als auch berücksichtigen, dass beide Vertragsparteien aus vielerlei Gründen ein sehr ähnliches Verständnis des Konzepts der Verhältnismässigkeit aufweisen. Unabhängig davon, ob das Schiedsgericht sich mehr auf zwischenstaatliche Vorbilder oder das gemeinsame Verständnis

²¹⁰ BGE 148 II 392 E. 8.2.1 S. 409: «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels *geeignet* und *erforderlich* ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der damit verbundenen Belastungen als *zumutbar* erweist. Es muss mit anderen Worten eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation bestehen [...]» [Herv. d. Verf.]; siehe auch BGE 136 I 1 E. 4.3.2 S. 8 f.; BGE 142 I 76 E. 3.5.1 S. 84; BGE 143 I 403 E. 5.6.3 S. 412. Aus der Rechtsprechung des EuGH siehe stellvertretend etwa EuGH, Rs. 265/87, *Schräder*, ECLI:EU:C:1989:303, Rz. 21: «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gehört nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den allgemeinen Grundsätzen des [Unionsrechts]. Nach diesem Grundsatz sind Massnahmen [...] nur rechtmässig, wenn sie zur Erreichung der zulässigerweise mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziele geeignet und erforderlich sind. Dabei ist, wenn mehrere geeignete Massnahmen zur Auswahl stehen, *die am wenigsten belastende zu wählen*; ferner müssen die auferlegten Belastungen in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.» [Herv. d. Verf.] Siehe auch EuGH, Rs. 120/78, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, ECLI:EU:C:1979:42, Rz. 8; EuGH, C-331/88, *Fedesa*, ECLI:EU:C:1990:391, Rz. 13 und Verb. Rs. C-133/93, C-300/93 und C-362/93, ECLI:EU:C:1994:364, Rz. 41.

der Vertragsparteien stützen wird: Eine Massnahme ist dann verhältnismässig (und damit rechtmässig), wenn sie *geeignet* ist, zur Erreichung eines legitimen Ziels beizutragen, das *mildeste Mittel* darstellt und die Zweck-Mittel-Relation (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne) wahrt. In Tat und Wahrheit sind die drei Prüfungspunkte Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne) integrale Bestandteile einer komplexen gesamthaften Abwägung, ob die eingesetzten Massnahmen nach den vorgegebenen Parametern mit dem vorgegebenen Zweck – der Wiederherstellung des Gleichgewichts auf neuem Niveau – kompatibel sind.

(i) Die Massnahme muss geeignet sein, das legitime Ziel (Behebung des Ungleichgewichts) zu erreichen

- 223 Eine «verhältnismässige Ausgleichsmassnahme» setzt als erstes voraus, dass sie *geeignet* ist, ein Ungleichgewicht zu beseitigen, das kausal durch die in einem schiedsgerichtlichen Entscheid festgestellte Vertragsverletzung verursacht worden ist.
- 224 Dass das Schiedsgericht nur die Verhältnismässigkeit, nicht aber die Voraussetzungen der Ausgleichsmassnahme, zu prüfen hat, ergibt sich aus dem Wortlaut: Das Vorliegen eines Schiedsurteils und eines Ungleichgewichts wäre demnach vorauszusetzen, nicht aber Gegenstand der Prüfung. Die Ausblendung der tatbestandlichen Voraussetzungen einer rechtmässigen Ausgleichsmassnahme ist jedoch nur scheinbar. Im Hinblick auf die erste Voraussetzung gilt gemäss Art. III.6 SchiedsGA, dass ausschliesslich «das Schiedsgericht, das die Hauptstreitigkeit verhandelt hat» zuständig ist. Damit muss bereits bei der Prüfung der Zuständigkeit feststehen, dass die erste Voraussetzung einer rechtmässigen Ausgleichsmassnahme vorliegt, nämlich ein Entscheid in der «Hauptstreitigkeit».
- 225 Die zweite Voraussetzung einer rechtmässigen Ausgleichsmassnahme – das Vorliegen eines Ungleichgewichts (s. dazu Rz. 175) – stellt an sich dogmatisch eine Vorfrage zur Prüfung der Verhältnismässigkeit dar. Der im Wortlaut erkennbare Wille, ein in seiner Komplexität reduziertes, auf die Prüfung der Verhältnismässigkeit konzentriertes Verfahren zur Verfügung bereitzustellen, muss jedoch mit dem ebenso klaren Entscheid der Vertragsparteien in Einklang gebracht werden, einen effektiven Rechtsschutz gegen den Missbrauch des schneidigen Instruments der Ausgleichsmassnahme zu gewährleisten. Ein schwerer Missbrauch und eklatanterer Verstoss gegen das Gebot der Verhältnismässigkeit als die Verhängung einer Ausgleichsmassnahme ohne jeden Anlass ist kaum vorstellbar. Deshalb wird im Schiedsverfahren im Rahmen der Geeignetheit geprüft werden müssen, inwieweit das Vorliegen eines Ungleichgewichts überhaupt eine geeignete Massnahme *möglich* macht.
- 226 Dies bedeutet, dass auch im Rahmen dieser Prüfung die schwierige Frage zu beantworten sein wird, ob Ausgleichsmassnahmen möglich und damit geeignet sind in (Ausnahme-) Fällen, wenn eine im vorherigen Schiedsverfahren als vertragswidrig festgestellte Massnahmen keine oder nur minimale wirtschaftlichen Nachteile verursacht – und daher kein ökonomisch messbares Ungleichgewicht vorliegt – jedoch aufgrund der Verletzung zentraler vertraglicher Rechte (etwa dem grundrechtsähnlich

ausgestalteten Diskriminierungsverbot) das Gleichgewicht von Rechten und Pflichten gestört ist (s. oben Rz. 191 f.).

227 Da sich das Schiedsgericht auf die Prüfung der Verhältnismässigkeit konzentrieren soll, obliegt es in der ersten Linie der Partei, welche die mangelnde Verhältnismässigkeit der Ausgleichsmassnahme geltend macht und bereits deren Geeignetheit bestreitet, darzulegen, dass durch die ursprüngliche Vertragsverletzung ein deutlich kleineres oder ggf. gar kein Ungleichgewicht herbeigeführt wurde. Denn wenn die Ausgleichsmassnahme nicht etwa die Balance wiederherstellt, sondern erstmals das vertragliche determinierte Gleichgewicht stört, ist sie nicht geeignet, den einzigen zulässigen Zweck einer Ausgleichsmassnahme – ein Ungleichgewicht auszugleichen – zu erreichen. Im Gegenzug wird es im Einzelfall der Ausgleichsmassnahmen ergreifenden Vertragspartei obliegen darzulegen, weshalb ein Ungleichgewicht von wirtschaftlichen Vorteilen oder von Rechten und Pflichten eingetreten ist. In Abwesenheit eines ökonometrisch messbaren Ungleichgewichts wird dies durch den Rang und Bedeutung der verletzten vertraglichen Verpflichtung zu begründen sein.

228 Des Weiteren ist im Rahmen der Geeignetheit zu prüfen, ob die Ausgleichsmassnahme in den Anwendungsbereich der Binnenmarktabkommen fällt bzw. nicht ausgeschlossen ist. Die teilweise Suspendierung des FHA 1972²¹¹ und die Einführung von Zöllen, etwa auf Personenkraftwagen, als Reaktion auf die Verletzung des FZA oder des LandVA mag ein wirtschaftlich äquivalenter Ausgleich für die Auswirkungen der vorangegangenen Vertragsverletzung sein. Sie wäre allerdings *a priori* ungeeignet, weil rechtswidrig: Ausgleichsmassnahmen sind gemäss Art. 11 IP nur zulässig, soweit sie «im Rahmen des [ursprünglich verletzten] Abkommens oder eines anderen bilateralen Abkommens in den Bereichen betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt» erfolgen. Das FHA fällt nicht in diese Kategorie.

(ii) Erforderlichkeit

229 Eine Ausgleichsmassnahme ist nur dann verhältnismässig, wenn sie unter den verfügbaren Optionen das mildeste Mittel darstellt. Dies setzt voraus, dass dargelegt werden kann, dass der effektive Gebrauch des in Art. 11 IP zur Verfügung gestellten Instruments nicht in einer Weise hätte getätigt werden können, die das Funktionieren des Vertrages weniger beeinträchtigt hätte.

230 Unverhältnismässig ist demgemäss jede Ausgleichsmassnahme, die nicht das mildeste Mittel zur effektiven Rebalancierung darstellt.

231 Das ist zunächst dann der Fall, wenn Ausgleichsmassnahmen «ganz oder teilweise im Rahmen eines anderen bilateralen Abkommens in den Bereichen betreffend den Binnenmarkt, an denen die Schweiz teilnimmt, getroffen wurden» (Art. III.6 Abs. 3 SchiedsGA), obwohl eine effektive Reaktion auch innerhalb des ursprünglich

²¹¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, SR 0.632.401.

verletzten Vertrages möglich gewesen wäre. Wie oben dargelegt (Rz. 196), besteht insoweit eine Rangfolge. Eine Ausgleichsmassnahme, welche diese nicht beachtet und dadurch zur Eskalation der Vertragsstörung beiträgt, ginge über das erforderliche Mass hinaus und wäre damit unverhältnismässig.

- 232 Allerdings ist der die Ausgleichsmassnahme ergreifende Staat, der Opfer einer vorangegangenen Rechtsverletzung war, lediglich verpflichtet, schlüssig darzulegen, weshalb eine Reaktion innerhalb desselben Abkommens nicht möglich wäre. Die IP und die SchiedsGA lassen erkennen, dass dem auf blosser Ausgleichsmassnahme beschränkten Opfer eines Vertragsverstosses insoweit erheblicher Spielraum zukommen soll: Seine Einschätzung, das erste Urteil sei nicht umgesetzt worden, unterliegt dennoch einer Plausibilitätskontrolle.
- 233 Indes geht die Anforderung, das jeweils mildeste Mittel zu wählen, jeweils einher mit der Berechtigung, das mildeste *effektive* Mittel anzuwenden. Eine Ausgleichsmassnahme, die in hohem Masse zur Eigenschädigung führt, ist nicht effektiv. Ein rationaler Akteur wird sie, je nach dem Verhältnis von Einwirkung auf die Gegenseite und eigenen Einbussen, unterlassen. Deshalb steht die Erforderlichkeit einer Taktik nicht entgegen, die maximale Einwirkung (im Rahmen von Geeignetheit und Übermassverbot) und minimale Eigenschädigung kombiniert. In diesem Zusammenhang mögen sich auch Massnahmen in Rahmen mehrerer oder gar sämtlicher Binnenmarktabkommen anbieten. Denn Ausgleichsmassnahmen dürfen auch «*teilweise* im Rahmen eines anderen bilateralen Abkommens in den Bereichen betreffend den Binnenmarkt, and denen die Schweiz teilnimmt»²¹² getroffen werden. Weisen die Auswirkungen für den in seinen Rechten verletzten Staat beispielsweise die «Magnitude 10» auf, kann er in mehreren Vertragsverhältnissen Rechte der Gegenseite aussetzen – jedoch nur insoweit, als die Auswirkungen kumulativ die «Magnitude 10» nicht übersteigen.
- 234 Während die genaue Bestimmung der Obergrenze einer Ausgleichsmassnahme im Einzelnen schwierig sein mag – die Praxis internationaler und nationaler Gerichte legt nahe, dass hierbei volkswirtschaftliche Sachverständige eine gewisse Rolle spielen werden – gilt jedenfalls: Ausgleichsmassnahme, deren Auswirkungen die des ursprünglichen Vertragsverstosses übersteigen, stellen nicht das mildeste Mittel dar und sind daher unverhältnismässig. Würde etwa die EU sämtliche Anhänge des MRA oder auch nur einen wirtschaftlich besonders bedeutsamen Anhang aussetzen, nur weil eine neue Regelung der EU – etwa zur Anhebung des Höchstalters von LKW-Chauffeure um 1 Jahr – entgegen Art. 5 IP-LandVA nicht übernommen wurde, wäre dies eine Massnahme, die den Anforderungen an Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit nicht genügt.

²¹² Art. III.6 Abs. 3 SchiedsGA [Herv. d. Verf.].

(iii) Verhältnismässigkeit im engeren Sinne: Zweck-Mittel Relation

- 235 Der letzte Schritt der Verhältnismässigkeitsprüfung, die Überprüfung der Zweck-Mittel-Relation, wird in der Praxis vielfach nicht vollständig durchgeführt, weil zumeist bereits in den vorangehenden Prüfungsschritten die Weichen in die eine oder andere Richtung gestellt werden. Dabei ist entscheidend, dass die durch die Ausgleichsmassnahme auferlegten Belastungen in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen, nämlich dem Ausgleich des Ungleichgewichts, das durch die im Hauptverfahren unterlegene Partei verursacht wurde.
- 236 Da dies vielfach bereits im Rahmen der Evaluierung der Erforderlichkeit erfolgt, wird eine solche Abwägung – sei es durch das Schiedsgericht oder vorab zwischen den Vertragsparteien – insbesondere dann erforderlich, wenn gerade nicht der Normalfall einer Reaktion auf die wirtschaftlichen Folgen eines Vertragsverstosses vorliegt, sondern Fälle, in denen es «ums Prinzip» geht. Dies betrifft etwa eklatante systemische Grundrechtsverletzung von Staatsangehörigen durch Polizeibehörden oder eine Vielzahl vergleichsweise kleiner Rechtsverletzungen, die indes in ihrer Gesamtheit die Verlässlichkeit des Vertragspartners und damit das gesamthafte Gleichgewicht von Rechten und Pflichten in Frage stellen. In solchen Konstellationen wird – sei es im Schiedsverfahren oder losgelöst davon – besonders darauf zu achten sein, dass sich Aktion und Reaktion in einem angemessenen Verhältnis bewegen. Dabei ist insbesondere auf die vergleichbare Wertigkeit derjenigen Rechtsposition abzustellen, die durch Aktion und Reaktion beeinträchtigt werden.
- 237 Auch die Schwere des ursprünglichen Vertragsverstosses (oder der ursprünglichen Vertragsverstösse) wird zu berücksichtigen sein. Wenn die ursprüngliche Verletzung besonders schwerwiegend ist, oder Ausdruck eines Abgleitens in die nur okkasionelle Beachtung der vertraglichen Verpflichtungen, werden dem Ernst der Lage entsprechend stärkere Massnahmen zulässig sein, als dies bei einer weniger schwerwiegenden Verletzung der Fall wäre.

IV. Ergebnis Frage 2

- 238 Das Instrument der verhältnismässigen Ausgleichsmassnahme stellt die einzige Reaktionsmöglichkeit der in ihren Rechten aus den Binnenmarktabkommen Schweiz-EU verletzten Vertragspartei dar. Dadurch soll im Regelfall ein Ungleichgewicht der wechselseitigen wirtschaftlichen Vorteile ausgeglichen werden, das durch einen Vertragsverstoss herbeigeführt wurde. Ausgleichsmassnahmen zielen somit darauf ab, (temporär) ein neues Gleichgewicht von Geben und Nehmen herzustellen.
- 239 Sie stellt keine nach allgemeinem Völkerrecht bei Vertragsverletzungen an sich zulässige Zwangsmassnahme dar; sie heilt die ursprüngliche Rechtsverletzung nicht.
- 240 Ausgleichsmassnahmen kommen erst dann in Betracht, wenn das Schiedsgericht einen Vertragsverstoss festgestellt hat. Die die Ausgleichsmassnahmen planende Partei muss die Gegenseite umfassend und mit erheblichem zeitlichen Vorlauf von ihrem

Vorhaben unterrichten. Es besteht die Möglichkeit, einvernehmlich die Ausgleichsmassnahmen auszugestalten. Ausgleichsmassnahmen stehen am Ende eines langen Prozesses, sodass Überraschungen ausgeschlossen sind.

- 241 Regelmässig wird die Ausgleichsmassnahme darin bestehen, der Gegenseite Vorteile vorzuenthalten, die ihr aufgrund eines Binnenmarktabkommens zustehen. Dies geschieht als Reaktion auf die ursprüngliche vertragswidrige Nichtgewährung von Vorteilen, die der Ausgleichsmassnahmen ergreifenden Partei ihrerseits aufgrund des Vertrages zugestanden hätten. Dabei darf die Ausgleichsmassnahme die Gegenseite nicht stärker beeinträchtigen, als es den Auswirkungen der ursprünglichen Vertragsverletzung entspricht. Dadurch wird das in den Binnenmarktabkommen vereinbarte Gleichgewicht auf einem neuen Niveau wiederhergestellt. In diesem Sinne kann die Ausgleichsmassnahme als «Preis für die Vertragsverletzung» bezeichnet werden. Unbeschadet dessen heilt sie die ursprüngliche Vertragsverletzung nicht.
- 242 Ausgleichsmassnahmen stellen keinen Ausgleich für entstandene Schäden dar; vielmehr dienen sie (lediglich) dazu, das durch den Vertragsverstoss verursachte Ungleichgewicht von Geben und Nehmen mit Blick auf die Zukunft (*pro futuro*) wiederherzustellen. Dabei muss gegebenenfalls auf die eingetretenen Auswirkungen zurückgegriffen werden, um gesollte und nach Vertragsverstoss eingetretene Entwicklung zu vergleichen.
- 243 Soweit die Auswirkungen eines Vertragsverstosses weniger in den ökonomischen (und buchhalterisch bestimmbaren) wirtschaftlichen Folgen bestehen, sondern vielmehr in der Verletzung grundrechtähnlicher Bestimmungen (etwa: Nichtdiskriminierungsgebot) oder aber das Interesse der Vertragsparteien beeinträchtigen, mit den Abkommen und deren Streitbeilegungsverfahren eine belastbare Grundlage ihrer bilateralen Beziehungen zu schaffen, werden die Ausgleichsmassnahme auf das Ungleichgewicht der wechselseitigen Rechte und Pflichten abstellen. In einem solchen Fall dürfen Ausgleichsmassnahmen nach Wesen und Ausmass auf Rechte der Gegenseite abstellen, die jenen ähnlich sind, welche durch den ursprünglichen Vertragsverstoss beeinträchtigt worden sind.
- 244 Die vergleichende Betrachtung der untersuchten wirtschaftsvölkerrechtlichen Verträge weist aus, dass sämtliche der dort vorgesehenen Reaktionsmöglichkeiten auf vorangegangene Vertragsverstösse dem Verhältnismässigkeitsgebot genügen müssen. Dabei hat sich im Rahmen der existierenden Praxis ein Standard entwickelt, der dem in den beiden Vertragsparteien geltenden ähnelt.
- 245 Auf der Grundlage dieses Verhältnismässigkeitsstandard gilt: Nur Ausgleichsmassnahmen, die geeignet sind, ein durch die Vertragsverletzung entstandenes Ungleichgewicht zu beseitigen, unter gleich effektiven Massnahmen die mildeste darstellen und zugleich die im Vertrag niedergelegten Ziele sowie geschützten Interessen angemessen berücksichtigen, sind verhältnismässig und damit rechtmässig.