

Brexit und Drittstaaten: Das Beispiel Schweiz

Michael Hahn*

Inhalt

A. Einführung	432
B. Der status quo Schweiz-EU/Vereinigtes Königreich	434
I. Zur wirtschaftlichen Bedeutung der Handelsbeziehungen Schweiz-EU und Schweiz-Vereinigtes Königreich	434
II. Ein dichtes Vertragsnetz Schweiz-EU	435
III. „Autonomer“ Nachvollzug	437
C. Herausforderungen und Chancen für Drittstaaten im Allgemeinen	439
I. Mind the Gap	439
II. Handelspolitische Schutzmaßnahmen und andere WTO-relevante Aspekte	441
III. Mögliche Lösungsansätze	442
1. Vorbemerkung	442
2. Beibehaltung des vertraglichen status quo	443
3. Die neuen vertraglichen Grundlagen	444
D. Zu einigen Besonderheiten im bilateralen Verhältnis Schweiz-Vereinigtes Königreich im Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit	444
I. Der Freundschafts-, Handels- und Niederlassungsvertrag Schweiz-UK von 1855	445
II. Altes Recht und „Grandfathering“	446
E. Der Brexit: Eine Herausforderung für den Drittstaat Schweiz	448

* Professor Dr. Michael Hahn ist der Direktor des Instituts für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, Direktor am World Trade Institute der Universität Bern sowie Dozent am Europa-Institut der Universität des Saarlandes. Mein herzlicher Dank gilt Rachel Liechti, lic. iur., und Andrea Schläpfer, MLaw, für ihre Unterstützung beim Erstellen dieses Beitrags.

A. Einführung

Die gerade begonnenen Verhandlungen „über die Einzelheiten des Austritts“ (Art. 50 Abs. 1 AEUV) des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland (Vereinigtes Königreich, UK) aus der Union (Brexit)¹ und vor allem ihr Ergebnis werden von dieser Zeitschrift in den kommenden Monaten und Jahren intensiv begleitet werden. Zwar führt die Austrittserklärung des Vereinigten Königreichs vom 29. März 2017 ohne weiteres dazu, dass gemäß Art. 50 Abs. 3 EUV zwei Jahre danach die Verträge auf das Land keine Anwendung mehr finden werden. Allerdings ist die vom Vertrag bevorzugte Lösung ein Austrittsvertrag, der zuvörderst die Einzelheiten des Austritts regeln und darüber hinaus nach Möglichkeit „de[n] Rahmen für die künftigen Beziehungen dieses Staates zur Union“ niederlegen soll.²

Dem Vereinigten Königreich ist daran gelegen, diesen zukunfts zugewandten Aspekt der Verhandlungen zeitgleich mit den Vereinbarungen zur Regelung der Einzelheiten des Austritts zu führen, während die Europäische Union die Gestaltung der Zukunft von der angemessenen rechtlichen Bewältigung (oder jedenfalls hinreichendem diesbezüglichem Verhandlungsfortschritt) des Brexit abhängig machen will.

Im Rahmen der Vorbereitungen auf die Verhandlungen haben private und staatliche Stellen³ intensiv die verschiedenen rechtlichen Lösungsansätze analysiert, die von der EU und jenen Handelspartnern erarbeitet worden sind, die nicht Mitglied der EU sind, indes wegen ihrer weitgehenden Integration mit der Wirtschaft der EU volle oder zumindest teilweise Beteiligung am Binnenmarkt anstreben: Neben dem besonders weitgehenden Vertrag über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) existiert das *Turkish Model* einer Zollunion, sowie das *Swiss Model*, das durch eine Vielzahl von (über 120) sektoriellen Abkommen gekennzeichnet ist, die insgesamt eine weitgehende – aber keineswegs vollständige – Partizipation am Binnenmarkt ermöglichen.⁴ Aus der Sicht der Union ist das in der Schweiz als „bilateraler Weg“ bekannte

1 Am 23.6.2016 entschieden sich knapp 52 % der Bürger des Vereinigten Königreichs in einem Referendum für einen Austritt aus der EU; dazu eingehend www.parliament.uk/eu-referendum (15.9.2017); am 29.3.2017 notifizierte die Regierung des Vereinigten Königreichs ihre Entscheidung, aus der EU austreten zu wollen, www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/03/29-euco-50-statement-uk-notification/ (15.9.2017). Übersicht der rechtlichen Herausforderungen und Parameter bei *Thiele*, Der Austritt aus der EU – Hintergründe und rechtliche Rahmenbedingungen eines „Brexit“, *EuR* 2016, S. 281 ff.; *Skouris*, Brexit: Rechtliche Vorgaben für den Austritt aus der EU, *EuZW* 2016, S. 806 ff.; *Hillion*, Le retrait de l'Union européenne. Une analyse juridique, *RTDE* 2016, S. 719 ff.; *Jacqué*, Brexit. Une analyse factuelle, *RTDE* 2016, S. 689 ff.; *Craig*, Brexit: A Drama in Six Acts, *ELR* 2016, S. 447 ff.; sowie die Beiträge bei *Kramme/Baldus/Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Brexit und die Juristischen Folgen*, 2017.

2 Insoweit Bedenken bei *Pechstein*, in: *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, *EnzEuR* Bd. 1, 2014, S. 843.

3 Siehe beispielsweise eingehend *Webb/Booth*, *Brexit: Trade aspects*, House of Commons Briefing papers CBP-7694 v. 4.7.2017.

4 Siehe dazu bereits in dieser Zeitschrift *Ziegler*, Die De-facto-Mitgliedschaft der Schweiz in der EU: Binnen- und Aussenbeziehungen, *ZEuS* 2007, S. 247 ff.; siehe neuerdings *Epiney*, Die Beziehungen Schweiz – EU als Modell für die Gestaltung des Verhältnisses Großbritanniens zur EU?, in: *Kramme et al.*, (Fn. 1), S. 77 ff.

Konglomerat zahlreicher sektorieller Abkommen an sein Ende gelangt,⁵ sofern nicht durch die Schaffung eines institutionellen Rahmens die rechtliche und praktische Komplexität des Nebeneinanders statischer sektorieller Abkommen reduziert werden kann. Die Zollunion mit der Türkei ihrerseits wirft zu viele Probleme auf, um aus der Sicht der Union noch als Modell dienen zu können.⁶

Gegenstand der folgenden Ausführungen soll indes nicht etwa eine vergleichende Analyse sein, welche Elemente der verschiedenen Lösungen für das künftige Verhältnis zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU am ehesten als Inspirationsgrundlage genutzt werden kann; die britische Premierministerin hat ohnehin die Nützlichkeit solcher Modelle bestritten und strebt für das Vereinigte Königreich eine maßgeschneiderte (*bespoke*) Lösung an, die idealerweise die gewünschten Vorteile der Mitgliedschaft ohne ihre Lasten kombiniert.⁷

Anliegen dieses Beitrages ist es vielmehr, die Schwierigkeiten von EU-Partnern (Drittstaaten) aufzuzeigen, die ihre Handelsbeziehungen mit der EU und dem Mitgliedstaat Vereinigtes Königreich auf eine sichere Grundlage gestellt zu haben glaubten und nunmehr prüfen müssen, ob und inwieweit ihre Handelsbeziehungen mit der zweitgrößten europäischen und fünftgrößten globalen Volkswirtschaft noch auf stabilem Grund stehen. Zugleich soll dieser Beitrag auch dazu dienen, die Leserschaft der ZEuS auf die Besonderheiten des Verhältnisses zwischen der Schweiz und der EU hinzuweisen.⁸

5 Vgl. Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Rates zu einem homogenen erweiterten Binnenmarkt und den Beziehungen der EU zu nicht der EU angehörenden westeuropäischen Ländern, 16583/14 v. 16.12.2014, Rn. 44: „Eine Voraussetzung für die weitere Entwicklung eines bilateralen Ansatzes ist nach wie vor die Schaffung eines gemeinsamen institutionellen Rahmens für bestehende und künftige Abkommen über die Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt der EU, der die Homogenität und die Rechtssicherheit im Binnenmarkt gewährleisten soll. Der Rat begrüßt, dass im Mai Verhandlungen über einen derartigen Rahmen aufgenommen worden sind, erwartet, dass weitere Anstrengungen unternommen werden, um diese Verhandlungen voranzutreiben, und weist erneut darauf hin, dass ohne einen solchen Rahmen keine weiteren Abkommen über die Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt geschlossen werden. Darüber hinaus wird der Rat vor einer Entscheidung über den Abschluss dieser Verhandlungen über institutionelle Fragen sowie etwaiger weiterer Verhandlungen über den Zugang der Schweiz zum Binnenmarkt eine umfassende Bewertung der Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz vornehmen.“

6 Siehe aus der Praxis etwa das Positionspapier des BDI, Modernisierung der Zollunion EU-Türkei: Notwendige Verbesserungen für den Warenhandel, Januar 2017, S. 16-34.

7 Siehe *May*, Florence speech: a new era of cooperation and partnership between the UK and the EU, www.gov.uk/government/speeches/pms-florence-speech-a-new-era-of-cooperation-and-partnership-between-the-uk-and-the-eu (23.9.2017): „[L]et us not seek merely to adopt a model already enjoyed by other countries. Instead let us be creative as well as practical in designing an ambitious economic partnership which respects the freedoms and principles of the EU, and the wishes of the British people“.

8 Siehe eingehend *Cottier et al.*, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, 2014.

B. Der status quo Schweiz-EU/Vereinigtes Königreich

Sämtliche EU-Mitgliedstaaten – darunter immerhin vier G7-Staaten und daneben einige der erfolgreichsten Volkswirtschaften der Welt – sind im Hinblick auf ihre außenwirtschaftsrechtlichen Beziehungen rechtlich nicht mehr imstande, autonom zu handeln. In einigen Teilbereichen (etwa: Energie, Luftverkehr, Investitionsschutzrecht) mag die Verheißung des heutigen Art. 207 AEUV, dass die Mitgliedstaaten nach Außen mit einer Stimme sprechen und ihre diesbezüglichen Kompetenzen der Union vollständig zur Ausübung übertragen, später geübt haben, als dies etwa im Hinblick auf Industriegüter der Fall war. Indes gibt es praktisch kaum einen Bereich außenwirtschaftsrechtlicher Interessen, in dem nicht zumindest die Beteiligung der Union erforderlich wäre.⁹ Das rechtsgeschäftliche Instrument, das dieses symbiotische Miteinander in den Außenwirtschaftsbeziehungen zum Ausdruck bringt, ist der gemischte Vertrag, der trotz der ausschließlichen Kompetenz der Union für die „gemeinsame Handelspolitik“ gemäß Art. 207 AEUV zum regelmäßigen *Modus operandi* geworden ist. Dies ist aus vielerlei Gründen unbefriedigend,¹⁰ was spätestens bei Abschluss des CETA deutlich geworden ist.¹¹ Der unlängst veröffentlichte Vorschlag des Kommissionspräsidenten,¹² in Zukunft die Fälle echter *Mixity* vom Hauptvertrag zu trennen, und somit bei ambitionierten Projekten ein zumindest aus zwei Verträgen bestehendes Paket abzuschließen, deutet darauf hin, dass der gemischte Vertrag nach der jüngsten Rechtsprechung des Gerichtshofes¹³ seltener werden wird.

Aus der skizzierten Rechtslage folgt, dass bei dem derzeit von der Londoner Regierung angestrebten Austritt aus der Europäischen Union ein erhebliches Bedürfnis bei Drittstaaten bestehen wird, die wirtschaftlichen Beziehungen mit dem Vereinigten Königreich auf eine neue Grundlage zu stellen.

I. Zur wirtschaftlichen Bedeutung der Handelsbeziehungen Schweiz-EU und Schweiz-Vereinigtes Königreich

Die Schweiz ist aufs Engste mit der europäischen und vor allem der deutschen Volkswirtschaft verbunden: über die Hälfte der schweizerischen Ausfuhren werden an in der Union ansässige Kunden geliefert; dabei entfällt der Löwenanteil auf die deutschen Grenzregionen, insbesondere das südliche Baden-Württemberg. Fast drei Viertel ihrer Exporte bezieht die Schweiz von Lieferanten aus der Europäischen Union. Für

9 Siehe Europäische Kommission, Kommission begrüßt Einigung zur Gewährleistung der Vereinbarkeit der zwischenstaatlichen Energieabkommen mit dem EU-Recht, Pressemitteilung IP-16-4311 v. 7.12.2016.

10 Siehe dazu European Commission, Secretariat-General and Legal service, Vademecum on the External Action of the European Union, SEC(2011)881/3, S. 37 ff.

11 Siehe dazu: Weiserber, CETA und TTIP: Abschluss als gemischte Abkommen und Entscheidung über die vorläufige Anwendung, Jean-Monnet Saar Blueprint, Februar 2017.

12 Siehe Politico v. 31.8.2017, Juncker proposes fast-tracking EU trade deals.

13 EuGH, Gutachten 2/15, *Singapur-Abkommen*, EU:C:2017:376.

die EU¹⁴ ist die Schweiz, gemessen am Wert des wechselseitigen Handels, der dritt-wichtigste Handelspartner. Trotz der besonders engen wirtschaftlichen Verflochtenheit mit den unmittelbaren Nachbarn Deutschland, Italien, Frankreich und Österreich bestehen auch zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich enge Handelsbeziehungen: das Vereinigte Königreich ist der fünfte Absatzmarkt für Schweizer Warenexporte (CHF 11,7 Mrd., 2015), der achte Herkunftsmarkt für Warenimporte (CHF 6,5 Mrd.) und der sechstwichtigste Herkunftsort von Direktinvestitionen in der Schweiz. Die Schweiz ihrerseits ist der fünftwichtigste Absatzmarkt für Waren- und Dienstleistungsexporte aus dem Vereinigten Königreich und (trotz russischer und arabischer Konkurrenz) immer noch der siebtwichtigste Direktinvestor im Vereinigten Königreich. 150 tägliche Flugbewegungen verbinden die Schweiz und das Vereinigte Königreich, wo jeweils um 40.000 Staatsbürger¹⁵ des jeweils anderen Landes, zumeist hochqualifizierte Beschäftigte im Finanzsektor, leben und arbeiten.

II. Ein dichtes Vertragsnetz Schweiz-EU

Das in der Schweiz als „bilaterale Verträge“ und „bilateraler Weg“ bezeichnete Beziehungsgeflecht zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union (und ihren Mitgliedstaaten) ist eng, unübersichtlich und hinsichtlich Regelungsdichte und Zuschnitt ausgesprochen heterogen.

Für den grenzüberschreitenden Warenhandel ist das Freihandelsabkommen von 1972 (FHA)¹⁶ weiterhin die wichtigste Grundlage. Es handelt sich dabei um ein FHA der ersten Generation, beschränkt auf den industriellen Warenhandel (Kapitel 25-97 der Brüsseler Nomenklatur)¹⁷ und ohne die weitergehenden Ambitionen, welche die heutigen *Deep and Comprehensive Free Trade Agreements* der Union kennzeichnen. Während mittlerweile verarbeitete landwirtschaftliche Erzeugnisse teilweise erfasst werden,¹⁸ bleiben allerdings landwirtschaftliche Erzeugnisse weiter außerhalb des Anwendungsbereichs des Abkommens.¹⁹

Nahezu genauso wichtig wie das FHA ist für die schweizerische Exportwirtschaft das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen

14 Für Einzelheiten siehe http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/september/tradoc_111571.pdf und http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/september/tradoc_113450.pdf (15.9.2017).

15 Am 1.1.2017 waren über 34.000 Schweizer Bürgerinnen und Bürger im Vereinigten Königreich bei der Schweizer Botschaft registriert und über 41.000 Bürgerinnen und Bürger des Vereinigten Königreichs in der Schweiz.

16 Abkommen v. 22.7.1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, SR 0.632.401.

17 Art. 2 FHA.

18 Protokoll Nr. 2 v. 22.7.1972 über bestimmte landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse, SR 0.632.401.2.

19 Für weitere Einzelheiten siehe www.eda.admin.ch/dea/de/home/bilaterale-abkommen/ueberblick/bilaterale-abkommen-2/landwirtschaftliche-verarbeitungsprodukte.html (15.9.2017).

(MRA Schweiz-EU).²⁰ Nach dessen besonders weitgehenden Bestimmung in Art. 1 Abs. 2²¹ können die Vertragsparteien ihre jeweiligen Produktstandards als gleichwertig anerkennen, mit der Folge, dass die Bescheinigung der Behörden des jeweiligen Exportstaates als ausreichende Bestätigung für die Marktgängigkeit anerkannt werden. Die Union hat der Schweiz in 20 Kategorien (u.a. Maschinen, persönliche Schutzausrüstungen, Spielzeug, Medizinprodukte, Gasverbrauchseinrichtungen und Heizkessel, Druckgeräte, Funkanlagen und Telekommunikationsendgeräte, Baugeräte und Baumaschinen, Messgeräte und Fertigpackungen, Kraftfahrzeuge, Land- und forstwirtschaftliche Zugmaschinen, Inspektion der guten Herstellungspraxis für Arzneimittel (GMP) und Zertifizierung der Chargen, Bauprodukte, Aufzüge, Biozid-Produkte, Seilbahnen, Explosivstoffe für zivile Zwecke) diese Gleichwertigkeit mit der aktuellen Gesetzgebung der Union zuerkannt. Diese besonders weitgehende Anerkennung ist an die Entwicklung des Unionsrechts (durch ein vereinfachtes Vertragsänderungsverfahren) anzupassen, was gelegentlich aus politischen Gründen länger dauert, als die Schweizer Seite dies wünschen würde. Soweit Produkte nicht in diese privilegierten Kategorien fallen, greifen andere Bestimmungen des Abkommens, aufgrund derer die Berichte, Bescheinigungen, Zulassungen und Konformitätskennzeichen der anerkannten Konformitätsbewertungsstellen sowie die Konformitätserklärungen berechtigter Hersteller der jeweils anderen Vertragspartei (mit weniger weitgehenden Wirkung) anerkannt werden.

Der Sicherung der Leichtgängigkeit des Warenverkehrs dient darüber hinaus eine Reihe weiterer Abkommen: Zu nennen ist insbesondere das Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherheit von 2009,²² das eine Vereinbarung von 1990 ergänzt. Es anerkennt, dass die Schweiz ein der EU gleichwertiges Regime im Bereich der zollrechtlichen Sicherheitsmaßnahmen aufweist, und nimmt in der Folge die Schweiz von den üblicherweise für Drittstaaten geltenden zollrechtlichen Sicherheitsmaßnahmen aus; die Zuerkennung dieser privilegierten Stellung ist an die Beibehaltung der diesbezüglichen Parallelität der beiden Rechtsordnungen geknüpft.

20 Abkommen v. 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (MRA), SR 0.946.526.81.

21 Die Vorschrift lautet: „Zur Vermeidung doppelter Verfahren in den Fällen, in denen die schweizerischen Anforderungen mit denen der Gemeinschaft als gleichwertig beurteilt werden, anerkennen die Gemeinschaft und die Schweiz gegenseitig die von den anerkannten Konformitätsbewertungsstellen ausgestellten Berichte, Bescheinigungen und Zulassungen sowie die Konformitätserklärungen des Herstellers, mit denen die Übereinstimmung mit ihren jeweiligen Anforderungen in den in Artikel 3 genannten Bereichen bescheinigt wird. In den Berichten, Bescheinigungen, Zulassungen und Konformitätserklärungen des Herstellers wird insbesondere angegeben, dass die betreffenden Produkte mit den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft übereinstimmen. Die in den Rechtsvorschriften einer Vertragspartei vorgeschriebenen Konformitätskennzeichen sind auf den Waren anzubringen, die im Gebiet dieser Vertragspartei in Verkehr gebracht werden.“

22 Abkommen v. 25.6.2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmaßnahmen, SR 0.631.242.05.

Im Unterschied zum Warenhandel sind die vertraglichen Marktzugangsregeln für den Dienstleistungshandel vergleichsweise schwach ausgestaltet. Das gilt indes nicht für den Luft- und Landverkehr: Das Luftverkehrsabkommen²³ wurde zwar zu spät geschlossen, um das Ende der *Swissair* zu vermeiden, integriert aber die Schweiz in das EU-Luftfahrtregime und hat entscheidend dazu beigetragen, dass der Flughafen Zürich das dritte Drehkreuz des Lufthansa-Konzerns geworden ist. Das Landverkehrsabkommen²⁴ stellt hinsichtlich des Alpen transitverkehrs einen Ausgleich zwischen den beiderseitigen Interessen (nicht-kontingentierte Alpen transit einerseits, Kostenpflichtigkeit und Vorrang der Schiene andererseits) dar. Die wenigen anderen Abkommen gehen deutlich weniger weit: Im Versicherungsabkommen von 1989²⁵ anerkennen die EU und die Schweiz wesentliche Teile des aufsichtsrechtlichen Regimes für Nichtlebensversicherungen, räumen sich aber kaum darüber hinausgehende Marktzugangserleichterungen ein. Demgegenüber erlaubt es das Freizügigkeitsabkommen (FZA),²⁶ während 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr Dienstleistungen im Sinne des AEUV im Gebiet des jeweiligen Vertragspartners zu erbringen. Politisch und wohl auch wirtschaftlich noch wichtiger ist der Umstand, dass das FZA den Schweizer Arbeitsmarkt in den der Union integriert.

Über hundert weitere Abkommen regeln so vielfältige Vertragsgegenstände wie etwa die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden, die Übernahme des Schengen- und Dublin-acquis, Doppelbesteuerung, automatischen Informationsaustausch zwischen Steuerbehörden, Kultur oder Forschung und Entwicklung und tragen so zur Integration des Drittstaates Schweiz in die Rechtsordnung der EU bei,²⁷ denn nahezu sämtliche Abkommen sind sektorielle Übernahmen von geltendem EU-Recht, die lediglich in Vertragsform gegossen werden.

III. „Autonomer“ Nachvollzug

Der durch diese über hundert Abkommen vertraglich gesicherte Marktzugang ermöglicht keineswegs die volle Partizipation am Binnenmarkt, weswegen die Schweiz ihre Rechtsordnung regelmäßig und systematisch an die der Europäischen Union anpasst, sofern dadurch die Marktzugangskosten ihrer Exportwirtschaft reduziert werden können (und keine übergeordneten politischen Einwände bestehen). Diese Praxis

23 Abkommen v. 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, SR 0.748.127.192.68.

24 Abkommen v. 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und StraÙe, SR 0.740.72.

25 Abkommen v. 10.10.1989 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung, SR 0.961.1.

26 Abkommen v. 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.112.681.

27 Dazu unlängst BGer 2C_716/2014 v. 26.11.2015, wo ausdrücklich von „Integration“ die Rede ist und *Costa v. ENEL* und *Van Gend en Loos* zitiert werden.

wird als „autonomer Nachvollzug“ bezeichnet, und in der Tat ist die Schweiz – anders als beispielsweise ein Mitgliedstaat, der nach Art. 288 AEUV von Rechts wegen verpflichtet ist – hinsichtlich der Anpassung an das Recht der Union rechtlich frei („autonom“). Die Schweiz setzt dabei wohl ähnlich viele wirtschaftsrechtliche Richtlinien um wie ihre europäischen Nachbarn.²⁸ Die für die Schweizer Wirtschaft erfreuliche Folge dieser „autonomen“ Anpassung an das Recht des Binnenmarktes besteht darin, dass entweder die Schweizer Regelungen im Rahmen der MRA-Anpassungen gemäß Art. 1 Abs. 2 MRA als gleichwertig anerkannt werden,²⁹ oder aber die Wahrscheinlichkeit steigt, dass Marktzugang aufgrund der zunehmend in EU-Rechtsakten enthaltenen Drittlandregime ermöglicht wird. Diese stellen Äquivalenzregeln für außerhalb der EU erzeugte oder gewonnene Produkte auf – einschließlich Güter (z.B. Medikamente) und Dienstleistungen (z.B. Versicherungen oder Daten) sowie die jeweiligen Herstellungsmethoden –, von deren Einhaltung der Zugang zum Binnenmarkt abhängt. Gegenstand der Äquivalenzanforderungen kann die Rechtsordnung des Drittstaates sein,³⁰ aber auch der einzelne Akteur,³¹ der den Anforderungen der EU genügen muss. So finden sich beispielsweise in Richtlinie 2001/83 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel³² zahlreiche Bestimmungen, denen zufolge ausländische Medikamente nur dann den Zugang zum EU-Binnenmarkt erhalten, wenn ihre Herstellung und Produktion den Bedingungen entsprechen, die von der Union für ihre Medikamentenhersteller aufgestellt worden sind.³³ Neuerdings finden sich besonders viele Beispiele auch im Finanzmarktrecht.³⁴ All diesen Normen sind zwei Grundanliegen gemeinsam. Zunächst soll (1) der Schutzzweck der Norm (etwa: Stabilität des Finanzsystems, Zuverlässigkeit der Daten) durch die EU-verfas-

28 Zur Tragweite der Europakompatibilität der schweizerischen Gesetzgebung siehe *Cottier et al.*, (Fn. 8), S. 142-145.

29 Art. 1 Abs. 2 MRA; siehe Fn. 21.

30 Siehe Art. 79 VO (EU) Nr. 536/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln und zur Aufhebung der RL 2001/20/EG zu den Kontrollen durch die Union bezüglich Äquivalenz des Rechtssystems, ABL L 158 v. 27.5.2014, S. 1.

31 Siehe Art. 78 VO (EU) Nr. 536/2014 i.V.m. DurchführungsVO (EU) 2017/556 über die Einzelheiten der Inspektionsverfahren hinsichtlich der guten klinischen Praxis gemäß der VO (EU) Nr. 536/2014 (DVO 2017/556) zu den Inspektionen durch die Mitgliedstaaten bezüglich Inspektionen einzelner klinischer Prüfungen durch die Mitgliedstaaten, ABL L 80 v. 25.3.2017, S. 7.

32 RL 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.11.2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, ABL L 311 v. 28.11.2001, S. 67.

33 Siehe insbesondere Art. 6 Abs. 1 VO (EG) Nr. 726/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung der Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABL L 136, v. 30.4.2004, S. 1: „Jedem Antrag auf Genehmigung eines Humanarzneimittels sind die [...] im Anhang I der Richtlinie 2001/83/EG genannten Angaben und Unterlagen ausdrücklich und vollständig beizufügen. Die Unterlagen müssen eine Bestätigung darüber enthalten, dass die klinischen Versuche, die außerhalb der Europäischen Union durchgeführt wurden, den ethischen Anforderungen der Richtlinie 2001/20/EG [neuer der Verordnung 536/2014] entsprechen.“

34 Siehe etwa Commission staff working document, EU equivalence decisions in financial services policy: an assessment, SWD(2017)102 final v. 27.2.2017.

sungsrechtlich abgesicherte Offenheit des Binnenmarktes für ausländische Produkte und Akteure nicht gefährdet werden. Das wird dadurch erreicht, dass der Zugang von der weitgehenden (äquivalenten) Einhaltung der Voraussetzungen der EU-Rechtsordnungen abhängig gemacht wird. Obgleich dies selten³⁵ ausdrücklich gesagt wird, ist sodann (2) auch die Verhinderung regulatorischer Arbitrage gewollt: damit ist gemeint, dass es den Drittstaatsakteuren nicht gestattet werden soll, im Wettbewerb auf dem EU-Binnenmarkt einen Vorteil daraus zu ziehen, dass der Regulierungsrahmen im Drittstaat weniger streng ist. Dieser Schutzzweck kann unmittelbar ökonomisch motiviert sein (Schutz der heimischen Wirtschaft vor Konkurrenz aus Drittstaaten, die mit weniger regulatorischen Lasten belegt ist) oder aber ethisch-prinzipiell aufgeladen sein: die EU ist nicht nur gehalten, Grundrechte in ihrem eigenen Territorium zu schützen, sondern projiziert diese Werte gemäß Art. 21 EUV auch nach außen, indem sie beispielsweise nicht zulässt, dass im Ausland gewonnene Daten genutzt werden, die eigenen ethischen Standards nicht genügen.

Da es keine Äquivalenz *tel quel* gibt, sondern die Anforderungen dem jeweils anzuwendenden Rechtsakt zu entnehmen sind, kann jeweils im Einzelfall eine umfassende Prüfung vorgenommen werden, ob das anzuwendende Recht, aber auch die Anwendungspraxis nach Ansicht der zuständigen Akteure im Vergleich zur europäischen Rechts- und Verwaltungspraxis gleichwertig ist. Für Drittstaaten bedeutet dies in der Praxis, dass die zuständigen Behörden, Unternehmen und Verbände genauestens beobachten, wie sich die EU-Rechtsordnung in Bereichen entwickelt, in denen gewichtige Exportinteressen bestehen. Exportiert ein Drittstaat mehr als 50% seiner Ausfuhren in die EU – wie das derzeit für die Schweiz gilt und künftig für das Vereinigte Königreich der Fall sein wird – wird die Rechtsentwicklung in der EU permanent verfolgt und gegebenenfalls nachvollzogen werden müssen, um die Gleichwertigkeit sicher zu stellen.³⁶

C. Herausforderungen und Chancen für Drittstaaten im Allgemeinen

I. Mind the Gap³⁷

Soweit keine abweichenden Regelungen getroffen werden, entfalten Verträge, die zwischen der EU und einem Drittstaat geschlossen wurden, nach dem Austritt keinerlei Wirksamkeit mehr hinsichtlich des Vereinigten Königreichs. Durch den wirk-

35 Ein Beispiel findet sich in einem Schreiben der ESMA v. 7.7.2017, www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-151-573_letter_to_com_vp_esma_views_on_tc_regimes.pdf (15.9.2017).

36 Vgl. etwa die insoweit als Sprachrohr des Finanzplatzes auftretende NZZ v. 22.9.2017: *Gabriel*, Vermögensverwalter zufrieden mit Fidleg – So leicht wie möglich reguliert, doch gerade noch knapp in dem Rahmen, den die EU als „gleichwertig“ anerkennen könnte: Die Unabhängigen Vermögensverwalter kommen im neuen Finanzdienstleistungsgesetz gut weg; vgl. demgegenüber *Emmenegger*, Fidleg als Carte blanche für spekulative Anlageberatung, NZZ v. 7.9.2017.

37 So jetzt auch offiziell unter www.eda.admin.ch/content/dam/dea/en/documents/fs/FS-Brexit_en.pdf (15.9.2017).

sam gewordenen Austritt erstreckt sich die Wirkung von Verträgen der Union nach dem Grundsatz der beweglichen Vertragsgrenzen³⁸ weder auf das Territorium noch die Staatsangehörige oder die im Vereinigten Königreich ansässigen juristischen Personen. Ein Beispiel eines wirkungslos gewordenen Vertrags wäre das Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der EU,³⁹ das 1972 nahezu wortgleich zwischen der seinerzeitigen EWG und sämtlichen EFTA-Mitgliedstaaten geschlossen worden ist.⁴⁰

Auf den ersten Blick weniger eindeutig stellen sich die Dinge hinsichtlich der sogenannten gemischten Verträge dar, mithin Verträgen, die vom Drittstaat mit der Europäischen Union und ihren (sämtlichen) Mitgliedstaaten geschlossen worden sind. Bleibt in diesen Fällen das vertragliche Band, das (auch) zwischen dem Vereinigten Königreich und dem Drittstaat besteht, unbeschadet des Ausscheidens aus dem „Staatenverbund“ der EU bestehen? Auch in diesen Fällen wird regelmäßig davon auszugehen sein, dass das Ausscheiden des Vereinigten Königreichs dazu führt, dass der Vertrag nicht mehr auf das bilaterale Verhältnis UK-Drittstaat anwendbar ist. Art. 6 des als gemischtes Abkommen abgeschlossenen modernen WTO^{plus}-Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kolumbien/Peru⁴¹ veranschaulicht, dass in der Tat typischerweise die Verpflichtung des Vereinigten Königreichs *als Mitgliedstaat* geschuldet ist und nicht als außerhalb des Verbunds stehender Staat:

- „(1) Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet der Ausdruck
- “Vertragspartei” die Europäische Union oder ihre Mitgliedstaaten oder die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer sich aus dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ergebenden Zuständigkeiten (im Folgenden “EU-Vertragspartei”) oder jeden unterzeichnenden Andenstaat;
 - “Vertragsparteien” einerseits die EU-Vertragspartei und andererseits jeden unterzeichnenden Andenstaat.“

Aufgrund seines (künftigen) Ausscheidens aus der Union *kann* der Vertrag vom Vereinigten Königreich nicht mehr erfüllt werden, weil dieser nur Mitgliedstaaten berechnen und verpflichten soll. Damit scheidet ein ausgetretener Mitgliedstaat regelmäßig *ratione personis* aus dem Anwendungsbereich eines gemischten Vertrages aus, ohne dass es von Rechts wegen irgendwelcher weiterer Rechtsgeschäfte bedürfte. Dass solche im Sinne von Rechtssicherheit und Stabilität wünschenswert sind, dürfte das Vereinigte Königreich und seine Partner zu entsprechenden Aktivitäten motivieren.

Jedoch kommt es immer auf den Einzelfall an. Der Absatz 2 des wiedergegebenen Artikels stellt klar, dass selbstverständlich dann *stand alone*-Verpflichtungen beste-

38 Vgl. Art. 29 WVK: „Sofern keine abweichende Absicht aus dem Vertrag hervorgeht oder anderweitig festgestellt ist, bindet ein Vertrag jede Vertragspartei hinsichtlich ihres gesamten Hoheitsgebiets.“

39 Siehe Fn. 16.

40 Siehe dazu EuGH, Rs. 104/81, *Mainz gegen C.A. Kupferberg und Cie.*, EU:C:1982:362, zum FHA zwischen der EWG und Portugal.

41 Handelsübereinkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits sowie Kolumbien und Peru andererseits, ABl. L 354 v. 21.12.2012, S. 1.

hen, wenn solche vereinbart worden sind. Ob diese Verpflichtungen als vom restlichen Vertrag teilbar angesehen werden können, muss durch Auslegung ermittelt werden:

„(2) Wenn dieses Übereinkommen spezifische und individuelle Verpflichtungen in Bezug auf einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder für einen unterzeichnenden An- denstaat vorsieht, wird in diesem Übereinkommen auf das betreffende Land beziehungs- weise die betreffenden Länder Bezug genommen“.

Dieser ausdrückliche Zusatz stellt aber auch klar, dass eine solche parzellenscharfe Verpflichtung des Vereinigten Königreichs normativ die Ausnahme sein wird. Der Regelfall ist die Beendigung der Geltung des gemischten Abkommens für das Verei- nigte Königreich. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf das EWR-Abkom- men.⁴²

Im Regelfall wird somit der Austritt des Vereinigten Königreichs dazu führen, dass der bis zu diesem Zeitpunkt stattfindende wirtschaftliche Austausch seiner vertragli- chen Grundlage verlustig werden wird. Dieser Befund bedeutet nicht, dass sich die rechtlichen Parameter des zwischenstaatlichen Handels verschlechtern müssen: es bleibt den jeweiligen Handelspartnern unbenommen, einseitig und ohne entspre- chende vertragliche Verpflichtungen weitgehende Marktzugangsrechte einzuräumen. Indes sind solche unilateralen Lösungen ohne weiteres änderbar. Wie Brexit in Erin- nerung ruft, sind zwar auch Verträge kündbar bzw. hinsichtlich ihrer Wirkung be- endbar; dennoch bleiben sie einstweilen für aktive Handelsnationen erstrebenswert. Die erfolgreichen Brexit-Befürworter betonten vor dem Abstimmungskampf stets, wie sehr der Austritt es erleichtern würde, mit gleichgesinnten Nationen zügig weit- gehende Handelsverträge schließen zu können, ohne durch nicht-handelsaktive oder -skeptische Mitgliedstaaten behindert zu werden.

II. Handelspolitische Schutzmaßnahmen und andere WTO-relevante Aspekte

Drittstaaten, deren Exporte in das Vereinigte Königreich am Vorabend des *Brexit- day* durch handelspolitische Schutzmaßnahmen der EU verteuert werden, werden verlangen, dass diese Maßnahmen nach der Wirksamkeit des Austritts beendet wer- den. Eine autonome Weiterführung erscheint ohne die Durchführung von den drei

42 Vgl. Art. 2 lit. (c) EWR-Abkommen: „Vertragsparteien‘ im Falle der Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten: die Gemeinschaft und die EG-Mitgliedstaaten oder die Gemeinschaft oder die EG-Mitgliedstaaten. Die jeweilige Bedeutung dieses Begriffs ist im Einzelfall abzuleiten aus den einschlägigen Bestimmungen dieses Abkommens und aus den Zuständig- keiten der Gemeinschaft bzw. der Mitgliedstaaten, wie sie sich aus dem Vertrag zur Grün- dung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ergeben“. Unter Außerachtlassung dieser Bestimmung wird im Vereinigten Königreich von Brexit-Gegnern verfehlt Hoffnung in die Vorschrift des Art. 127 gesetzt: „Jede Vertragspartei kann von diesem Abkommen zu- rücktreten, sofern sie dies mindestens zwölf Monate zuvor den übrigen Vertragsparteien schriftlich mitteilt. Nach der Mitteilung des beabsichtigten Rücktritts treten die übrigen Vertragsparteien unverzüglich zu einer diplomatischen Konferenz zusammen, um zu er- wägen, in welchen Punkten das Abkommen geändert werden muß.“

einschlägigen WTO-Abkommen⁴³ verlangten Verfahren nicht mit den Verpflichtungen des Vereinigten Königreichs als WTO-Vertragspartei vereinbar. Selbstverständlich kann und sollten auch insoweit bilaterale Absprachen möglich sein, die indes gemäß Art. I GATT nicht etwa kooperationswillige Partner des Vereinigten Königreichs begünstigen dürfen. Sofern umgekehrt handelspolitische Schutzmaßnahmen von Drittstaaten gegen britische Produkte auf Untersuchungen des spezifischen Verhaltens von Akteuren aus dem Vereinigten Königreich beruhen, können sie weiter angewandt werden.

Die WTO hat angekündigt, im Rahmen der WTO weiterhin die von der EU eingegangen und in Listen (*Schedules*, Art. II GATT, Art. XX GATS) zusammengefassten Marktzugangsverpflichtungen anwenden zu wollen. Ob das Vereinigte Königreich hierzu ohne weiteres berechtigt ist, soll hier nicht weiter aufgegriffen werden. Indes legt es die vergleichsweise große Offenheit des EU-Marktes nahe, dass insoweit bei Drittstaaten nur eine geringe Neigung bestehen dürfte, diese Rechtsfrage einer autoritativen Klärung zuzuführen. In jedem Fall spricht sowohl die Staatenpraxis als auch die analog anwendbare Vorschrift des Art. XXVI:5(c) GATT für die Vertretbarkeit der Position des Vereinigten Königreichs.⁴⁴ Drittstaaten werden indes darauf achten, dass bei bestimmten Zollkontingenten der Austritt des Vereinigten Königreichs nicht etwa dazu führt, dass sie schlechter gestellt sind als zuvor.

III. Mögliche Lösungsansätze

1. Vorbemerkung

Ob und wie Verträge vom Vereinigten Königreich und seinen Handelspartnern geschlossen werden können, hängt ganz maßgeblich vom Ausgang der Austrittsverhandlungen ab. Zum derzeitigen Zeitpunkt, dem Herbst 2017, 18 Monate vor dem Ende der in Art. 50 EUV verankerten (nahezu grotesk knappen) Zweijahresfrist, scheint es durchaus möglich, dass der „*hard Brexit*“ den die Premierministerin angekündigt hat, Realität wird. Der Austritt wird gemäß Art. 50 Abs. 3 EUV nach zwei Jahren wirksam, es sei denn, ein optionaler Austrittsvertrag modifiziert diesen festgelegten Normalfall. Einigkeit besteht darin, dass dieser normative Standardfall wirt-

43 Antidumping-Übereinkommen, ABl. L 336 v. 23.12.1994, S. 103; Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen, ABl. L 336 v. 23.12.1994, S. 156; Übereinkommen über Schutzmaßnahmen, ABl. L 336 v. 23.12.1994, S. 184.

44 Zum Ganzen eingehend *Bartels*, *The UK's status in the WTO after Brexit* v. 23.9.2016, www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/407396411.pdf (15.9.2017), mit Hinweisen auf den „halben“ Präzedenzfall *Rhodesien und Nyasaland*. Siehe dazu *Central African Federation – Joint Statement issued by the United Kingdom and Southern Rhodesian Delegations for the Information of the Contracting Parties*, GATT-Doc L/132 v. 22.9.1953. Diese Notifikation wurde von den GATT-Vertragsparteien am 6.10.1953 erörtert, GATT-Doc. SR.8/13 v. 12.10.1953. Vgl. auch *Central African Federation – Joint Notification by the Governments of the United Kingdom and Southern Rhodesia*, GATT-Doc. L/172 v. 6.11.1953; *GATT Contracting Parties, Federation of Rhodesia and Nyasaland – Declaration of 1.11.1954*, GATT-Doc. L/278 v. 11.11.1954.

schaftlich und politisch außerordentlich schädliche Folgen zeitigen könnte. Die Premierministerin strebt deswegen mittlerweile an, ein solches *cliff edge*-Szenario tunlichst zu vermeiden.⁴⁵

Die vielleicht wahrscheinlichste Variante der künftigen vertraglichen Lösungen des Verhältnisses zwischen dem Drittstaat Vereinigtes Königreich und der EU wird irgendwo auf einem Kontinuum zwischen CETA⁴⁶ und dem EWR einzuordnen sein. In diesem Fall kann das Vereinigte Königreich mit seinen außerhalb der EU angesiedelten Handelspartnern ohne weiteres Verträge abschließen; dementsprechend bieten sich entsprechende explorierende Gespräche an, wobei die Verhandlungen mit der EU die Kapazität für weitere komplexe Verhandlungen reduziert. Solche Gespräche verstoßen nicht gegen die Verpflichtung des Mitgliedstaates Vereinigtes Königreich, die ausschließliche Kompetenz der Union im Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik gemäß Art. 206, 207 und 3 Abs. 1 AEUV zu beachten.

Da das Vereinigte Königreich angekündigt hat, die Marktzugangsverpflichtungen der EU übernehmen zu wollen, wären Drittstaaten insoweit nicht schlechter gestellt als zuvor.⁴⁷ Etwaige Probleme hinsichtlich der Effektivierung vereinbarter Zollkontingente sollten vermieden werden können, wenn das von der EU zugesagte Volumen insgesamt eingehalten werden wird.⁴⁸

2. Beibehaltung des vertraglichen status quo

Insbesondere angesichts der objektiven Schwierigkeit des Vereinigten Königreichs, parallel zu den komplizierten Verhandlungen mit der EU auch künftige Verträge mit Nicht-EU-Staaten zu verhandeln, kommt der *provisorisch-temporären* Sicherung des *status quo* durch Übergangslösungen große Bedeutung zu. Entsprechenden politischen Willen vorausgesetzt, lassen sich vergleichsweise schnelle und pragmatische Lösungen denken, die jedenfalls übergangsweise sicherstellen könnten, dass zwischen dem Vereinigten Königreich und dem Drittstaat der Inhalt der bisherigen Verträge UK-EU (bzw. der EU und ihren Mitgliedstaaten) weiterhin zwischen dem Drittstaat und dem Vereinigten Königreich gelten sollen. So könnten beispielsweise die Schweiz oder Kanada mit dem Vereinigten Königreich vereinbaren, dass zwischen den beiden Seiten die gleichen Verpflichtungen gelten sollen, wie sie zwischen Kanada bzw. der Schweiz und der EU gelten. Allerdings scheint es nicht nur aus politischen Gründen (wegen der Bezugnahme auf von der EU abgeschlossene und nach Ansicht der Brexit-

45 Vgl. Financial Times v. 8.8.2017, Banking watchdog warns of risks from cliff-edge Brexit. Sam Woods issues starkest alert yet on stability threats to financial system; siehe nunmehr Financial Times v. 22.9.2017, EU gives guarded welcome to May's conciliatory Florence speech – PM sets out plans to keep Britain in EU in all but name until 2021.

46 Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen der EU und Kanada, www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/10/28-eu-canada-trade-agreement/ (15.9.2017).

47 Ob und inwieweit diese Vorgehensweise haltbar ist, und sich in der Tat auf die Praxis der Organisation stützen kann, wird hier nicht weiter untersucht; siehe dazu eingehend *Bartels*, (Fn. 44).

48 Siehe etwa *Shaffer*, Brexit: Is the UK set for WTO limbo?, New Law Journal v. 9.5.2017.

Kampagne zu wenig ambitionierte Handelsverträge) nahezu ausgeschlossen, dass solche Übergangslösungen von Ausnahmen abgesehen mehr sein könnten, als eine kurzfristige Überbrückungshilfe. Zahlreiche Partner der EU haben diese Marktzutrittsrechte Zug und Zug gegen Zugangsrechte zu einem Markt mit 550 Millionen Konsumenten zugesagt. So wichtig das Vereinigte Königreich ist: seine Bevölkerung und Wirtschaft stellen lediglich etwa 15 % dieses Wertes dar. Deshalb kann dieses „Weiter-so“ kaum als Modell dienen.

3. Die neuen vertraglichen Grundlagen

Drittstaaten und das Vereinigte Königreich werden die Handelsabkommen schließen, die in beiderseitigem Interesse liegen; Prognosen verbieten sich insoweit von selbst. Dabei dürfte dem Vereinigten Königreich bei großen Agrarexportnationen (etwa: Australien, Chile, Kanada, Neuseeland, Peru, USA) zugutekommen, dass es deutlich weniger Interessen im Hinblick auf landwirtschaftliche Produkte hat, als dies bei der EU der Fall ist. Wenngleich die pauschale Übernahme der bisherigen Verträge mit der EU nicht der Regelfall sein wird, haben mehrere dem UK besonders verbundene Staaten signalisiert, den bisherigen *status quo* als Grundlage für die Verhandlungen über künftige Beziehungen heran zu ziehen. Dazu zählt neuestens Kanada;⁴⁹ Japan, das sich mit der EU auf ein DCFTA im Prinzip verständigt hat,⁵⁰ erwägt anscheinend, bereits bei Vertragsschluss eine Erweiterung auf das künftige Drittland Vereinigtes Königreich vorzusehen.

D. Zu einigen Besonderheiten im bilateralen Verhältnis Schweiz-Vereinigtes Königreich im Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit

Die bilateralen Beziehungen zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich beginnen nicht erst 1972, wenngleich heute der Großteil der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den beiden Staaten auf der Grundlage der zwischen der EU und der Schweiz geschlossenen Verträge abläuft. Indes ist nicht ohne Interesse, dass sowohl nach der Vertragsdatenbank des Eidgenössischen Departements für Auswärtige Angelegenheiten⁵¹ als auch der *UK Treaties Online*-Datenbank⁵² knapp 50 bilaterale „Alt-Verträge“ existieren, die weiterhin in Kraft sind und lediglich in ihrer Anwendbarkeit durch überlagernde EU-geführte Verträge gehemmt waren. In diesem Sinne sind die Außenministerien sämtlicher Drittstaaten, aber auch das Vereinigte König-

49 Huffington Post v. 18.11.2017, Theresa May, Justin Trudeau Say Canada And U.K. Working Toward New Trade Deal, They say CETA will be the „basis“ for the new agreement.

50 Europäische Kommission, EU and Japan reach agreement in principle on Economic Partnership Agreement, Pressemitteilung IP.17.1902 v. 6.7.2017.

51 Vgl. www.eda.admin.ch/eda/de/home/aussenpolitik/voelkerrecht/internationale-vertraege/datenbank-staatsvertraege.filterResults.term.country367.organization-1.topic-1.html (15.9.2017).

52 Vgl. <http://treaties.fco.gov.uk/treaties/treaty.htm;jsessionid=A5FE8035F1975533228EAE9040607763> (15.9.2017).

reich gut beraten, eine sorgfältige Anamnese des Bestands der bilateralen vertraglichen Beziehungen vorzunehmen.

I. Der Freundschafts-, Handels- und Niederlassungsvertrag Schweiz-UK von 1855

Sowohl des Vereinigte Königreich als auch die Schweiz haben in den letzten Jahrzehnten ihre Stellung als führende Finanzmarktplätze ausgebaut. Hinsichtlich des Rangs der City of London ist an dieser Stelle wenig zu sagen. Aber auch die Schweiz ist sowohl beim Rohstoffhandel als auch bei der Vermögensverwaltung einer der weltweit führenden Standorte. Demgemäß bestehen enge Beziehungen zwischen den in London, Zürich, Zug und Genf ansässigen Dienstleistern, die sich nicht zuletzt in der hohen Mobilität dieser Personen niederschlagen. Die derzeit durch das Personenfreizügigkeitsabkommen gesicherte Freizügigkeit der in der Finanzwirtschaft beschäftigten Arbeitnehmer und unabhängigen Dienstleister ist demgemäß im beiderseitigen Interesse, ist aber in der politischen Diskussion beider Staaten nicht von vornherein der allgemeinen Zustimmung sicher.⁵³

Insoweit besteht indes nur eingeschränkter Handlungsbedarf: der Freundschafts-, Handels- und Niederlassungsvertrag vom 6. September 1855 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Ihrer Majestät der Königin des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Irland,⁵⁴ der – soweit ersichtlich – weder gekündigt, noch sonst beendet wurde, sondern lediglich durch das geltende FZA überlagert worden ist – sieht weitgehende Rechte in Bezug auf die Freizügigkeit vor: Nach Art. 1 Satz 1 werden

„Schweizer Bürger [...] in allen Gebieten des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Irland unter denselben Bedingungen und auf dem gleichen Fusse wie britische Untertanen zum Aufenthalte in allen Kantonen der Schweiz unter den gleichen Bedingungen und auf demselben Fusse wie Schweizer Bürger anderer Kantone zugelassen.“

Die folgende Konkretisierung in Art. 1 Sätze 2 und 3⁵⁵ deutet zwar darauf hin, dass die seinerzeitigen Verhandlungsführer nur an selbständige Dienstleister und Gewerbe-

53 Siehe etwa NZZ v. 6.9.2017, Grossbritannien will nach Brexit Einwanderung beschränken.

54 Freundschafts-, Handels- und Niederlassungsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Ihrer Majestät der Königin des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Irland, SR 0.142.113.671; siehe auch die dazugehörige Zusatzvereinbarung v. 30.3.1914, SR 0.142.113.671.1.

55 “Die Bürger und Untertanen der beiden kontrahierenden Teile können demnach, vorausgesetzt, dass sie den Landesgesetzen Genüge leisten, mit ihren Familien jeden Gebietsteil des andern Staates frei betreten, sich daselbst niederlassen, wohnen und bleibend aufhalten. Sie mögen, zum Zwecke des Aufenthaltes und des Handelsbetriebes, Wohnsitze und Warenmagazine mieten und innehaben und gemäss den Gesetzen des Landes jeden Beruf oder jedes Gewerbe ausüben, oder mit gesetzlich erlaubten Artikeln sowohl im grossen als im kleinen Handel treiben, und zwar entweder in eigener Person oder durch beliebige Unterhändler oder Agenten, welche anzustellen sie für geeignet halten, vorausgesetzt, dass diese Unterhändler oder Agenten auch ihrerseits die erforderlichen Bedingungen erfüllen, um zum Aufenthalte im Lande zugelassen zu werden.“

treibende dachten, und nicht etwa an abhängig beschäftigte Bankangestellte. Indes ließe sich auch ein Verständnis der Vorschrift vertreten, demzufolge die in Art. 1 Satz 2 ff. dargelegten Beispielfälle eben dieses sind – die Aufzählung von Beispielen – und die eigentlich operationelle Vorschrift Art. 1 Satz 1 ist. Versteht man diesen eingangs wiedergegebenen Satz als eine umfassende wechselseitige Zusage, den Staatsangehörigen der jeweils anderen Vertragspartei Inländergleichbehandlung hinsichtlich wirtschaftlicher Betätigung und Wohnsitznahme einzuräumen, dürfte ein Bürger des Vereinigten Königreichs in Genf eine unselbständige Arbeit genauso aufnehmen wie ein Baselbieter und die Genfer Hedgefonds Managerin in London. Auch eine vermittelnde Ansicht, der zufolge auch abhängig erbrachte „gehobene Handelsdienste“ (die beispielsweise durch einen den Durchschnittsverdienst deutlich übersteigenden Jahreslohn definiert werden könnten) erfasst werden, käme den Interessen der besonders interessierten Wirtschaftskreise entgegen. Politischen Willen der beiden Exekutiven vorausgesetzt, könnten die beiden Partner Vereinigtes Königreich und Schweiz diese Vorschrift im oben skizzierten Sinne autoritativ auslegen und auf diese Weise ohne eine neue vertragliche Regelung (oder bereits vor dem Abschluss der ambitionierten neuen vertraglichen Grundlagen) das „gute alte“ zwischenstaatliche Recht zu ihrem beiderseitigen Vorteil nutzen.

II. Altes Recht und „Grandfathering“

Im Abkommen zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland über Soziale Sicherheit von 1968 legen die Vertragspartner fest, dass ihre jeweiligen Staatsangehörigen grundsätzlich in den Genuss der für Inländer geltenden Regelungen kommen (Art. 3).⁵⁶ Gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. b des Abkommens erstreckt sich diese grundsätzliche Zusage auf die Alters- und Hinterlassenversicherung (AHV),⁵⁷ die Invalidenversicherung (IV),⁵⁸ die Familienzulagen in der Landwirtschaft⁵⁹ sowie mit gewissen wichtigen Einschränkungen die Kranken- und Unfallversicherung.⁶⁰ Dieses Abkommen ist durch das Inkrafttreten des FZA – insbesondere des Anhangs II zur Koordinierung der Systeme der soziale Sicherheit – sistiert worden, hat aber weiterhin Bestand und würde – sollten keine anderweitigen Vereinbarungen zwischen den Parteien getroffen werden – nach einem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU für diejenigen Bereiche, die vom sachlichen Geltungsbereich erfasst sind, wieder gelten.⁶¹

56 Abkommen v. 21.2.1969 zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über Soziale Sicherheit (mit Schlussprotokoll), SR 0.831.109.367.1.

57 SR 831.10.

58 SR 831.20.

59 SR 836.1.

60 SR 832.10. Heute BG über die Krankenversicherung.

61 So auch ausdrücklich das Schweizerische Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU (Brexit), www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/int/brexit.html (15.9.2017).

Diesem Rechtszustand kommt nicht zuletzt deshalb besondere Bedeutung zu, weil sozialversicherungsrechtliche *Anwartschaften* von der Vorschrift des Art. 23 des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz-EU nicht erfasst werden.⁶²

Diese Vorschrift bestimmt, dass im „Falle der Kündigung oder der Nichtverlängerung des Abkommens die erworbenen Ansprüche von Einzelnen (*droits acquis par les particuliers*) unberührt“ bleiben. Die Vertragsparteien verpflichten sich weiterhin, „für die Anwartschaften (*droits en cours d'acquisition*)“ eine Regelung im gegenseitigen Einvernehmen zu treffen.

Hinsichtlich sozialversicherungsrechtlicher Anwartschaften, nicht aber im Hinblick auf bereits bestandskräftig zugesprochene Leistungen, besteht also lediglich eine Verhaltenspflicht der Schweiz und des Vereinigten Königreichs eine einvernehmliche Lösung in gutem Glauben anzustreben,⁶³ sofern diese Vorschrift überhaupt *unmittelbar* anwendbar ist. Dies ist nach dem Wortlaut nicht der Fall. Das FZA wird (wohl) nicht gekündigt werden; der zweite Anwendungsfall, die Nichtverlängerung, stand gemäß Art. 25 FZA sieben Jahre nach Inkrafttreten des Abkommens 2009 an und hat sich erledigt.⁶⁴ Allerdings ging es den Vertragsparteien offenkundig darum, durch Art. 23 die Subjekte der Personenfreizügigkeit für den Fall zu schützen, dass das FZA keine Anwendung mehr finden würde. Dies ist, wie oben dargelegt, nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs der Fall, sofern nicht abweichende Regelungen getroffen werden.⁶⁵ Insofern ist Art. 23 FZA im bilateralen Verhältnis Schweiz-UK zugunsten von schweizerischen und britischen Staatsbürgern anzuwenden.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie „erworbene Ansprüche von Einzelnen (*droits acquis par les particuliers*)“ zu verstehen sind. Der Begriff erworbene Ansprüche ist nirgendwo definiert. Aber die Qualifikation „erworben/*acquis*“ soll offensichtlich nur eine *Teilmenge* der Rechte erfassen, die natürlichen Personen nach dem FZA zustehen können. Ein Verständnis, dem zufolge sämtliche Rechte erfasst werden sollen, die – im Vertrauen auf den Schutz des FZA – *aktiv genutzt* worden sind, wird in ausgewogener Weise einerseits dem Schutz der die Freizügigkeit nutzenden natürlichen Personen gerecht und sichert andererseits, dass die Vertragsparteien sich nur Ansprüchen durch Personen ausgesetzt sehen, welche die abstrakten Rechte des FZA konkret genutzt haben.⁶⁶ Personen, die beispielsweise in das Territorium der jeweils anderen Parteien gezogen sind, um dort eine Arbeit aufzunehmen oder um sich selbständig niederzulassen und ihre Tätigkeit aufgenommen haben, sind hinsichtlich sämtlicher Rechte geschützt, die nach dem FZA an diese Erwerbstätigkeit akzessorisch geknüpft sind. Die ihr Arbeitsverhältnis angetreten habende britische

62 SR 0.142.112.681; dazu *Tobler*, Und wenn das Abkommen wegfällt? Erworbene Ansprüche nach Art. 23 FZA, in: Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht/Annuaire du droit de la migration 2015/2016, 2016, S. 46 f.; sowie *Epiney*, „Brexit“ und FZA, Jusletter v. 20.3.2017, S. 6.

63 So auch *Borgbi*, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, 2010, Rn. 772.

64 Siehe *Epiney*, (Fn. 62), Rn. 5 f.

65 *Tobler*, (Fn. 62), S. 51-53; *Epiney*, (Fn. 62), S. 4 f.

66 Siehe z. B. *Borgbi*, (Fn. 63), Rn. 51-53 mit weiteren Hinweisen Rn. 772; *Tobler*, (Fn. 62), S. 51-53; *Epiney*, (Fn. 62), S. 6 f.

Bankangestellte einer Schweizer Bank kann somit nicht nur weiter in der Schweiz leben und arbeiten, sondern auch etwa ihre Familie nachkommen lassen. Da ihr Recht in der Schweiz zu arbeiten (in Abweichung von der Rechtslage vor Abschluss des FZA) nicht an einen bestimmten Arbeitgeber geknüpft ist, darf sie auch den Arbeitgeber wechseln, um sich beruflich zu entwickeln.

Die Arbeitsaufnahme mag die prototypische und deutlich erkennbare Ausnutzung der Möglichkeiten des FZA darstellen, die geeignet ist, eine geschützte Rechtsposition im Sinne des Art. 23 FZA (*droits acquis*) zu begründen. Indes sollte jede tatsächliche wie rechtliche Ausnutzung ausreichen, etwa der Abschluss des Arbeitsvertrages oder Erwerb (oder Anmietung) von Geschäftsräumen für die selbständige Tätigkeit. Hingegen schafft das Liebäugeln mit einem Wechsel keine durch Art. 23 FZA geschützte Rechtsposition, da keine erkennbare Nutzung der abstrakten Möglichkeiten erkennbar wurde und damit nicht von einem auch nach außen hin erkennbaren Erwerb einer Rechtsposition gesprochen werden kann, der einen schützenswerten *status quo ante* auch nach Auslaufen des Vertrages sichert.

E. Der Brexit: Eine Herausforderung für den Drittstaat Schweiz

Am 22. September 2017 hat Premierministerin *May* in Florenz den prinzipiellen Vorschlag unterbreitet, den Austritt innerhalb der Regelfrist von zwei Jahren wirksam werden zu lassen, indes im Anschluss daran eine Übergangszeit von etwa zwei Jahren hinzu zu fügen, in denen der *status quo* – bis auf die Mitgliedschaft *an sich* – erhalten bliebe, einschließlich vollem Zugang zum Gemeinsamen Markt, Budgetbeiträge „als ob“ das Vereinigte Königreich noch Mitglied sei usw. Damit soll eine einmalige und wohlvorbereite Anpassung der privaten und sonstigen Akteure an die neue Situation ermöglicht werden. Offenbar soll diese Übergangszeit auch die Außenbeziehungen erfassen.

Der Schweiz und anderen Drittstaaten würde eine solche zeitliche Erstreckung erlauben, mit geringerem Zeitdruck eine Bestandsaufnahme der rechtlichen Grundlagen ihres Wirtschaftsverkehrs mit dem Vereinigten Königreich vorzunehmen und ihre Verhandlungsstrategien für die Zeit nach dem „echten“ Brexit vorzubereiten. Insbesondere erhöht der Zeitgewinn die Chancen für eine besonders ambitionierte Lösung hinsichtlich der für beide Volkswirtschaften besonders wichtigen Finanzdienstleistungsbranchen.

Allerdings hat für die Schweiz der Vorschlag von Premierministerin *May*, sollte er in welcher Form auch immer, angenommen werden, den Schönheitsfehler, dass damit möglicherweise die Union 2017 noch Kapazität hat, sich auf die bilaterale Situation Schweiz-EU zu konzentrieren. Die EU strebt an, noch 2017 einen Rahmenvertrag schließen zu können, welcher

„der Schaffung eines gemeinsamen institutionellen Rahmens für bestehende und künftige Abkommen über die Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt der EU [dient, und] der

die Homogenität und die Rechtssicherheit für Bürgerinnen und Bürger und Unternehmen gewährleisten soll.“⁶⁷

Bislang war die Schweiz durch Brexit eher ungünstig betroffen, weil pragmatische Lösungen zugunsten des Sonderfalls Schweiz nunmehr wegen der (politischen) Präjudizwirkung unwahrscheinlicher geworden sind. Vielleicht aber bietet die Tatsache, dass Lösungen zwischen der Schweiz und der EU nunmehr Vorbildcharakter zukommen könnte, auch die Chance, an die Dinge mit frischen Augen heran zu treten.

67 Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen der EU zur Schweizerischen Eidgenossenschaft, Pressemitteilung 93/17 v. 28.2.2017, Rn. 5.

