

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2017

Peter Hilpold [Hrsg.]

Europa im Umbruch



Nomos

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2017

Peter Hilpold [Hrsg.]

Europa im Umbruch



Nomos

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4184-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-8453-8 (ePDF)

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Europäische Union (bzw. ihre Vorgängerinstitution) hat schon viele Krisen durchlebt, man denke nur an die Mitte der 1960er Jahre von Frankreich betriebene „Politik des leeren Stuhls“, der ebenfalls eine Grundsatzdiskussion über die zu verfolgende Integrationsphilosophie zugrunde lag. Auch die Finanz- und Wirtschaftskrise beginnend mit dem Jahr 2008 hat fundamentale Fragen nach der weiteren Orientierung der EU aufgeworfen. Noch nie waren die Herausforderungen, insbesondere gemessen an den Erwartungen, die noch vor wenigen Jahren in den Integrationsprozess gesetzt worden sind, derart enorm wie gegenwärtig.

Diese Herausforderungen sind auch deshalb so einzigartig, da sich hier ein interner Diskussionsprozess über zukünftige integrationspolitische Weichenstellungen mit von außen auf die Union zukommenden Bewährungsproben verknüpft. Die Union sucht ihre Rolle im internationalen System – und muss erkennen, dass sie im Vergleich zur Vergangenheit erheblich an Bedeutung verloren hat und dass sie das Spiel der Kräfte im internationalen Geschehen nicht mehr maßgeblich mitbestimmen kann. Dies ist umso ernüchternder für Mitgliedstaaten wie Großbritannien, die über einen Beitritt zur Gemeinschaft zumindest indirekt und ansatzweise zu alter Größe zurückzufinden suchten. Ein Ausweg wird nun über den Alleingang (Brexit) gesucht, wobei es zweifelhaft erscheint, ob dieser Weg tatsächlich zielführend ist. Es steht vielmehr zu befürchten, dass dadurch sowohl die Union als auch die sich loslösenden Mitgliedstaaten weiter geschwächt werden.

Maßgebliche externe Herausforderungen sind insbesondere die Flüchtlingskrise, angesichts welcher das Gemeinsame Europäische Asylsystem ins Wanken geriet, die immer noch nicht wirklich bewältigte Wirtschafts- und Finanzkrise sowie die Umgestaltungen in der Welthandelsordnung. Die Ablösung der WTO durch ein multipolares Netz von Freihandelsabkommen (Mega-Regionals) verlangt der EU ein entschlosseneres Auftreten auch in der Außenhandelspolitik ab, doch war diese stets eine Schwachstelle im EU-Recht. Der Versuch einer „Demokratisierung der Außenhandelspolitik“ hat den Außenauftritt weiter geschwächt, ohne dass dadurch eine befriedigende Verbesserung der demokratischen Partizipation erreicht worden wäre. Selbst der Binnenmarkt, einst ein Aushängeschild der EU und eines ihrer wichtigsten Vorzeigeelemente gerät, paradoxerweise aufgrund seines Erfolges, immer mehr in die Kritik. So scheint es für einzelne Mitgliedstaaten, und dazu zählte auch Großbritannien, ein Zuviel an Freizügigkeit zu geben, während in der Vergangenheit immer wieder die unzureichende Umsetzung dieser Grundfreiheit kritisiert worden ist. Mit all diesen Entwicklungen verbunden ist die Tätigkeit des EuGH, der seine integrationspolitische Rolle stets neu definieren muss.

Mit diesen und weiteren Fragen der EU-Integration hat sich eine internationale Tagung auseinandergesetzt, die Anfang Juli 2016 auf Schloss Prösels stattgefunden hat. Ein Teil der im Rahmen dieser Tagung gehaltenen Referate liegt nun in aktualisierter und erweiterter Fassung vor und wurde in diesem Beiheft der Zeitschrift „Europarecht“ zusammengefasst.

Innsbruck, im März 2017

Peter Hilpold

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
<i>Prof. Dr. Peter Hilpold, Innsbruck</i>	
Europa am Scheideweg: Brexit, Internationale Handelsbeziehungen, Wirtschafts- und Währungsunion, Flüchtlingskrise – Eine riskante Neupositionierung Europas nach innen und nach außen	7
<i>Andreas Witte, Frankfurt</i>	
Die Europäische Bankenunion als mehrgleisiges Reformvorhaben	29
<i>Prof. Dr. Thomas Cottier, Bern</i>	
Die WTO in der gemeinsamen Handelspolitik der Europäischen Union	45
<i>Prof. Dr. Elisa Baroncini, Bologna</i>	
The WTO Case-Law on the Relation Between the Marrakesh System and Regional Trade Agreements	57
<i>Prof. Dr. Stephan Breitenmoser, Basel / Michel Jutzeler, Basel</i>	
Das bilaterale Verhältnis der EU mit der Schweiz als pragmatische Lösung für den Brexit?	77
<i>Prof. Dr. Sabino Cassese, Rom</i>	
Bürger und Einwohner	103
<i>Prof. Dr. Gerhard Muzak, Wien</i>	
Aktuelle Herausforderungen für das Europäische und Österreichische Flüchtlingsrecht	109
<i>Prof. Dr. Giuseppe Cataldi, Napoli</i>	
Migrations in the Mediterranean between Protection of Human Rights and Border Control. An Italian Perspective	119

Europa am Scheideweg: Brexit, Internationale Handelsbeziehungen, Wirtschafts- und Währungsunion, Flüchtlingskrise – Eine riskante Neupositionierung Europas nach innen und nach außen

*Peter Hilpold**

I. Einleitung

Europa steht am Scheideweg, und zwar auf vielen Ebenen. Brexit, die Krise in der EU-Außenwirtschaftspolitik sowie im Bereich der Wirtschafts- und Währungsunion und auch die vielen letzthin deutlich gewordenen Schwachstellen in der Gemeinsamen Asylpolitik sind Problemfelder, die auf den ersten Blick wenig gemein haben, bei näherem Hinsehen aber auf fundamentale Herausforderungen im europäischen Integrationsprozess verweisen, die wiederum das Ziel der „immer engeren Union“ ganz grundsätzlich in Frage stellen. Im Rahmen dieser Abhandlung sollen die Wurzeln dieser Problematik herausgearbeitet und die gegenwärtig vorliegenden Lösungsansätze kritisch hinterfragt werden.

II. Der Brexit

Der Ausgang der Volksabstimmung in Großbritannien vom 23. Juni 2016¹ ist Ausdruck einer tiefen Vertrauenskrise in der EU, wobei allzu leichtfertig die Verantwortung dafür der EU als Institution zugeschoben wird und insbesondere gegenüber der Europäischen Kommission der Vorwurf erhoben wird, sie sei zu technokratisch, zu abgehoben, sie schaffe widersinnige Regelungen und habe den Kontakt zum Bürger verloren. Tatsächlich wird dabei übersehen, dass die Mitgliedstaaten (MS) selbst das Grundkonstrukt der EU bilden und die Regierungen der MS im Rechtssetzungsverfahren der EU eine maßgebliche Rolle spielen. Für die EU-Institutionen ist es sehr schwierig, ihre Leistungen und Erfolge den Bürgern in den MS zu kommunizieren. Der Informationsraum in den MS wird weitgehend von den Regierungen ausgefüllt und diese verfolgen geschickt eine Strategie der asymmetrischen Zuschreibung von politischen Erfolgen und Rückschlägen: Während sie die Erfolge für sich selbst vereinnahmen, ist es sehr bequem, Misserfolge und Fehlentwicklungen auf die EU abzuschieben, die kaum über geeignete Kommunikationskanäle für eine Rechtfertigung oder eine Gegendarstellung verfügt. Hinzu kommt die enorme Komplexität einer Rechtsordnung wie jener der EU, die jenseits des Völkerrechts, aber unterhalb der Staatlichkeit ange-

* Prof. Dr. Peter Hilpold lehrt an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck Europarecht, Völkerrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht.

1 Bekanntlich stimmten 16.141.241 der Wähler (und damit 48.1%) für den Verbleib Großbritanniens in der EU, 17.410.742 (und damit 51.9%) dagegen.

siedelt ist, einer Staatenvereinigung, die nur über einen begrenzten Kompetenzkatalog verfügt, doch dieser ist allein schon über die erweiternde Auslegung durch den EuGH und die einschränkende Wirkung des Subsidiaritätsprinzips² keineswegs klar.³

Die EU ist zudem in den letzten Jahren in vielen MS verstärkt zum Prügelknaben für alle möglichen Unzulänglichkeiten, für jede Form von Regierungsversagen und für jeden negativen externen Impuls geworden. Im mitgliedstaatsinternen Parteienwettbewerb wurde die EU zum bequemen Zielobjekt von Schuldzuschreibungen, wobei gerade extreme Gruppierungen bevorzugt die EU als Adressat von Fundamentalkritik wählten: Die EU wurde zum unmittelbar greifbaren Kristallisationspunkt von Zukunftsängsten im Allgemeinen und von Globalisierungsängsten im Besonderen, zum Referenzpunkt von Verschwörungstheorien, zum Symbol der Entfremdung des Einzelnen in einer immer komplexeren technokratischen Welt, in der hochqualifizierte und gut vernetzte Eliten zu den Gewinnern zählen, in der es aber auch Verlierer gibt: die Nichtqualifizierten, die den Anschluss in einer Gesellschaft nicht schaffen, in der Bildung und Wissen zum zentralen Wettbewerbsfaktor geworden sind und die nun auf dem Markt der niedrigqualifizierten Arbeit mit Menschen in Konkurrenz stehen, deren Zuzug gerade die Freizügigkeit im Binnenmarkt und der unzureichende Schutz der Außengrenzen der EU ermöglicht hat. Damit sind zentrale Faktoren für den Brexit angesprochen, die nachfolgend noch näher behandelt werden. Schon jetzt kann somit festgehalten werden, dass die Globalisierung auch Verlierer in Europa kennt. Ihre Zahl ist aber wahrscheinlich bei weitem nicht so groß, wie dies individuell empfunden wird. Eine breite Mittelschicht sieht sich nämlich ebenfalls häufig als Verliererin dieses Prozesses, da sie nicht Teil der Elite ist, die ihre Globalisierungsgewinne unbekümmert zur Schau stellt. In einem politisch, z.T. auch von den Medien aufgeheizten Klima kann es damit ohne weiteres vorkommen, dass sich größere Teile der Mittelschicht mit den wirklichen Verlierern verbünden und dann für eine extreme Position votieren, wie im Rahmen der Brexit-Entscheidung. Die Angehörigen der Mittelschicht, die ein solches Votum abgeben, übersehen aber die indirekten Wirkungen der Globalisierung und des Binnenmarktes auf ihre Wohlfahrtssituation. Sie mögen nicht zu den großen Gewinnern zählen, aber der Binnenmarkt und das – ohnehin nur ansatzweise – liberalisierte Außenhandelsregime der EU⁴ haben nachweislich erheblich zum Wirtschaftswachstum in der EU beigetragen. Der anstehende Austritt Großbritanniens aus der EU wird – sollte er vollzogen werden, worauf gegenwärtig alles hindeutet – nach allen vorliegenden seriösen Einschätzungen zu Wachstumsinderungen führen. EZB-Chef Mario Draghi rechnet mit

2 Art. 5 Abs. 3 EUV.

3 Zu erwähnen wäre darüber hinaus auch die Vertragslückenschließungskompetenz in Art. 352 AEUV, die zusätzliche Grauzonen schafft. Siehe kritisch zu dieser Kompetenz G.H. Roth, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten – Zusammenfassung und Schlussfolgerungen, in: Roth/Hilpold (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008, S. 561-607 sowie auch BVerfGE 12, 267 (393 ff.). Vgl. auch R. Streinz, in: ders., (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 2012, Art. 352 AEUV, S. 2738 ff.

4 Vgl. dazu P. Hilpold, Die EU im GATT/WTO-System, 2009.

einem Wachstumsrückgang von 0,1% für 2016, 0,2% für 2017 und bis 0,5% bis 2020 in der Eurozone.⁵ In einer EU, in der fehlendes Wachstum ohnehin bereits der zentrale Krisenfaktor ist, können bereits solche Dezimalzahlen erhebliche Konsequenzen zeitigen. Für Großbritannien sind die Folgewirkungen voraussichtlich noch gravierender. Sollte die Pfundschwäche anhalten, so könnte dies in einem ersten Moment exportfördernd wirken, doch langfristig wären die Konsequenzen wohl auch in diesem Bereich negativ: Großbritannien ist stark importabhängig, insbesondere im Rohstoffbereich, und zudem könnte das Problem der Auslandsverschuldung, das ohnehin bereits besorgniserregend ist, weiter an Gewicht gewinnen und schließlich die Schuldentragfähigkeit dieses Landes in Frage stellen.

Noch völlig offen ist, wie ein unabhängiges Großbritannien in Zukunft mit der EU zusammenwirken soll. Es würden sich mehrere Modelle dafür anbieten, wenngleich keines aufgrund der Besonderheiten des Beziehungsgeflechts Großbritannien – EU restlos als Lösungsmodell überzeugen kann. Folgende Ansätze kämen in Frage: „das norwegische Modell“ bzw. das „EWR-Modell“, das „Schweizer Modell“, das „kanadische Modell“ und das WTO-Modell bzw. das „australische Modell“.⁶ Zu Beginn wurde von Analysten primär an das erstgenannte, das „norwegische Modell“ (EWR-Modell), gedacht, das von einer starken Anlehnung an die EU und der weitgehenden Übernahme der Freiheiten aus dem Binnenmarkt gekennzeichnet ist. Damit könnte sich zwar ein funktionales Modell der Zusammenarbeit zwischen Großbritannien und der EU herausbilden, doch gleichzeitig würde damit die Sinnhaftigkeit des Brexit insgesamt in Frage gestellt werden, da dann nur Nachteile für den Austrittskandidaten resultieren würden: Ganz abgesehen von der politischen Frage der Realisierbarkeit dieses Modells⁷ wäre Großbritannien einmal zum autonomen Nachvollzug der EU-Gesetzgebung gezwungen und hätte diesbezüglich kein Mitspracherecht mehr. Zum anderen sieht dieses Modell gerade keine Ausnahmen im Bereich der Personenfreizügigkeit vor – und dieser Aspekt war bekanntlich maßgeblich für die Austrittsentscheidung. Die britische Premierministerin Theresa May hat mittlerweile aber klar zum Ausdruck gebracht, dass Großbritannien unter diesen Voraussetzungen am Binnenmarkt gar nicht teilhaben wolle, wobei klar wurde, dass die Einschränkung der Personenfreizügigkeit das überragende Anliegen war. Eine solche Einschränkung wäre klarerweise mit dem Verbleib im Binnenmarkt unvereinbar und deshalb war es nur konsequent, dass Großbritannien auf eine Zugehörigkeit zum Binnenmarkt verzichtete – mit all den damit verbundenen Konsequenzen. Schon unmittelbar

5 http://www.ilsole24ore.com/art/mondo/2016-06-28/draghi-brexite-rallentera-crescita-eurozona-impatto-pil-fino-05percento-occorre-risolvere-problemi-banche--192457.shtml?uuid=ADXO5nk&cmpid=nl_7+oggi_sole24ore_com.

6 Vgl. dazu im Detail „Brexit: Zurücklehnen ist gefährlich“, in: Die Presse v. 3.-4.12.2016, S. 6.

7 Der EWR ist als „Brückenschlag“ zwischen zwei Integrationszonen, der EU und der EFTA, konzipiert. Großbritannien müsste somit gemäß Art. 128 EWR-Abkommen zuerst der – einst verlassenen – EFTA beitreten, wogegen Norwegen bereits Widerstand angemeldet hat. Vgl. P.-Ch. Müller-Graff, Brexit – die unionsrechtliche Dimension, in: Kramme et al. (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen, 2016, S. 33-56 (54).

nach Bekanntwerden des Referendumsergebnisses ist aber von EU-Seite dezidiert erklärt worden, dass ein „Rosinenpicken“ nicht toleriert werde. Paradoxerweise hatte es vor dem Referendum von Seiten der EU bereits Zugeständnisse in diesem Bereich gegeben; auch ein Mehr wäre durchaus im Bereich des Möglichen gewesen.⁸

Ein EWR-Beitritt würde auch zu weiteren Kohäsionszahlungen verpflichten, wobei diese in einem völlig neuen Kontext ausgehandelt werden müssten – mit einem gewichtigen Mitspracherecht der übrigen EFTA-Staaten.

Die Befürworter des Brexit hatten zentral mit der „Wiedergewinnung der Souveränität“ argumentiert, wobei auch immer wieder auf die invasive EuGH-Rechtsprechung verwiesen wurde. Ein EWR-Beitritt würde dieses Problem allerdings noch weiter verschärfen bzw. erst richtig zum Entstehen bringen, da im Verhältnis zwischen EuGH und EFTA-Gerichtshof trotz aller Kooperationsrhetorik zwar keine rechtliche, aber eine klare faktische Dominanz des erstgenannten Gerichts gegeben ist.⁹ Eine Mitwirkung Großbritanniens am EFTA-Gerichtshof könnte diesem neues Gewicht verleihen, doch dürfte dies nicht ausreichen, um damit ein Mehr an Souveränität herauszuschlagen. Umgekehrt könnte der EuGH sogar noch integrationsfreudiger werden, wenn mit Großbritannien eine der integrationskritischen Stimmen aus der EU ausscheiden würde. Damit wäre also möglicherweise das für den Brexit zentrale Anliegen innerhalb der EU besser zu erreichen gewesen als außerhalb. Einmal mehr wird damit verdeutlicht, dass Integration keine altruistische Maßnahme, sondern ein zentrales Instrument für die Lösung von Fragestellungen ist, die die Handlungsmöglichkeiten eines Einzelstaates überschreiten.

Die weiteren ins Auge gefassten Kooperationsformen erscheinen noch weniger geeignet, die von Großbritannien angepeilten Ziele zu verwirklichen und insgesamt Großbritanniens Position im Vergleich zu jener im Rahmen einer EU-Mitgliedschaft zu verbessern. Das Schweizer Modell bilateraler Abkommen mit der EU mit sektoraler Beteiligung am Binnenmarkt hätte zwar den Vorteil, dass Großbritannien nicht von der Unterstützung der übrigen EFTA-Staaten abhängig wäre, andererseits wäre von dieser Seite dann auch keine Unterstützung zu erwarten. Großbritannien wäre sowohl bei der Aushandlung als auch bei der Implementierung des neuen Beziehungsgeflechts völlig auf sich allein gestellt, wobei die EU wiederum bemüht sein muss, keinen attraktiven Präzedenzfall für Austrittswillige zu schaffen, und die gerade von Großbritannien in Frage gestellte Personenfreizügigkeit wäre für die EU kaum verhandelbar – auch um diesbezügliche Begehren von Seiten der Schweiz nicht weiter zu bekräftigen. Zudem verbliebe die Verpflichtung des autonomen Nachvollzugs des abkommenrelevanten weiter-

8 Vgl. dazu die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 18./19. Februar 2016, EUCO 1/16, einem „rechtsverbindlichen und unumkehrbaren Beschluss aller 28 Staats- und Regierungschefs“ über einen „verstärkten Sonderstatus Großbritanniens in der EU“. Mit dieser Vereinbarung sollte „sämtlichen Anliegen von Premierminister Cameron Rechnung getragen [werden], ohne die Grundwerte der Union in Frage zu stellen“.

9 Vgl. Ch. H. Hausen, Das grundsätzliche Verhältnis der Rechtsprechung von EuGH und EFTA-Gerichtshof, in: RIW 1998, S. 842 ff.

entwickelten EU-Rechts und von Kohäsionszahlungen. Großbritannien hätte damit gewisse Freiräume bei der weiteren Gestaltung seiner Rechtsordnung erworben, allerdings zum Preis einer völligen Aufgabe der Einflussmöglichkeiten auf die Entwicklung des zu übernehmenden Rechts.

Auf den ersten Blick eine gewisse Attraktivität böte auch das erweiterte Freihandelsmodell bzw. das „kanadische Modell“. Dabei wären über alle Kooperationsbereiche hinweg maßgeschneiderte Lösungen zu suchen: grundsätzlich mit dem Bestreben, die Handelsbarrieren weitestgehend abzubauen, aber unter Zulassung zu vereinbarender Beschränkungen in sensiblen Bereichen. Es würde ein „WTO-Plus-Modell“ realisiert, wonach nicht nur Zölle und Handelsschranken völlig zu beseitigen, sondern auch weitgehende Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit und Anerkennung der Berufsqualifikationen anzustreben wäre. Parallel dazu wären umfassende Investitionsschutzregelungen zu vereinbaren. Letztlich müsste aber auch hier die Frage gestellt werden, ob der (begrenzte) Zugewinn an Handlungsspielräumen die zahlreichen Einschränkungen gegenüber dem jetzigen Binnenmarkt-Modell aufwiegen kann. Nicht zuletzt wären in diesem Kontext auch die erheblichen Kosten für die Ausarbeitung und die Administrierung dieses Modells in Rechnung zu stellen.

Sollte sich keines dieser Regelungsmodelle auf das Beziehungsgeflecht EU – Großbritannien einvernehmlich übertragen lassen, so bliebe auch bei einem „kalten Austritt“ nach zweijährigen erfolglosen Verhandlungen ein – allerdings sehr tief liegendes – Netz gespannt, nämlich jenes des WTO-Rechts (sog. „australisches Modell“). Dieses Modell wäre allerdings mit einem Durchschnittszollsatz von 3,9%, Spitzenzöllen, die auch weit darüber lägen, der Wiedereinführung von nichttarifären Handelsbeschränkungen, dem Wegfall einer koordinierten Wirtschaftspolitik und der Notwendigkeit verbunden, gesonderte Investitionsschutzabkommen zu schließen. Abrupt würden hier Barrieren geschaffen, die zu enormen Verwerfungen führen müssten. Nur dürftig würden diese Barrieren durch den sog. „Nachbarschaftsauftrag“ gemäß Art. 8 EUV, der die Union zur Entwicklung „besonderer Beziehungen zu den Ländern in ihrer Nachbarschaft“ verpflichtet, abgemildert.¹⁰

Der Brexit mag bis zu einem bestimmten Punkt Ergebnis spezifisch britischer Probleme sein. So hat der britische Verzicht auf Übergangsfristen für die Gewährung der Personenfreizügigkeit im Gefolge der Osterweiterung der EU 2004 sicherlich maßgeblich dazu beigetragen, dass ein derart starker – und schließlich von der britischen Bevölkerung auf breiter Ebene abgelehnter – Zuzug aus Osteuropa Platz gegriffen hat.¹¹ Im Kern sind die hier maßgeblichen britischen Probleme

10 Siehe dazu *P.-Ch. Müller-Graff*, (Fn 7), S. 49. Es verbliebe allein die (doch eher vage) Hoffnung, dass das Konzept des „Nachbarschaftsauftrags“ durch die EU neu definiert würde und gleichlaufend dazu jenes der „immer engeren Union der europäischen Völker“. So in den „Editorial Comments“, in: CMLR 2016, S. 1491-1500 (1500).

11 Gegenwärtig leben über 3,3 Millionen Bürger aus anderen EU-MS, darunter 800.000 Polen, in Großbritannien. Der Ausländeranteil in Großbritannien ist damit immer noch weit geringer als bspw. in der Schweiz, in Norwegen oder in Luxemburg. Er entspricht ungefähr dem der Bundesrepublik Deutschland. Für den EU-

me aber genuin europäische Probleme. Wie Analysen des Referendums ergeben haben, war das Abstimmungsverhalten der Briten altersspezifisch sehr unterschiedlich, wobei die jüngere Bevölkerung, also jener Bevölkerungsteil, der verhältnismäßig über einen höheren Ausbildungsstand verfügt, mobiler ist und die eigene Zukunft in einem sich immer stärker globalisierenden Umfeld erst gestalten muss, überwiegend für einen Verbleib in der EU votiert hatte, der ältere Bevölkerungsteil hingegen, der über einen kürzeren Planungshorizont verfügt, Beständigkeit betont und sich überwiegend über die Printmedien informiert, die in Großbritannien weitgehend EU-skeptisch bis EU-feindlich gesinnt sind, hingegen mehrheitlich für einen Austritt gestimmt hat. Die Brexit-Entscheidung war somit (auch) Ausdruck eines Generationenproblems und Folge der Überalterung der britischen Bevölkerung – ein Phänomen, das vielen EU-MS gemein ist. Und dieses Problem hat weiterreichende Konsequenzen. Damit verbunden ist nämlich generell ein Verlust an Dynamik und Innovationsfreudigkeit, Eigenschaften, die gerade in den Wachstumsregionen anzutreffen sind. Wenngleich in anderen EU MS möglicherweise solche Austrittsentscheidungen ausbleiben, und das schon allein deshalb, da die Regierungen vom Ergebnis des Hasardspiels Camerons¹² gelernt haben, so kann sich dieses Phänomen in vielen anderen Bereichen negativ auf die Wettbewerbsposition der EU auswirken.

Aber kann es hingenommen werden, dass 52% der Bevölkerung nicht nur über das eigene Schicksal, sondern auch über jenes der restlichen 48% eine derart weitreichende Entscheidung treffen kann, die für viele die wirtschaftliche Existenz bedrohen, zumindest aber nachhaltig verschlechtern kann? Es war sicherlich ein Fehler von Seiten der britischen Regierung gewesen, die (ohnehin nur politische) Bindungskraft einer solchen Befragung nicht von einem erhöhten Maß an Deutlichkeit des Abstimmungsergebnisses abhängig zu machen. Andererseits ist es für das britische Demokratieverständnis auch typisch, dass Mehrheitsentscheidungen als solche hinzunehmen sind und dass die 50 + 1 – Regel allgemeine Beachtung findet. Es ist dies ein Kernelement des sog. „Westminster“-Modells der Demokratie, das weltweit als die Basis für alle Demokratiemodelle gilt, das aber gerade in

Schnitt ist er aber relativ hoch und insbesondere ist er relativ rasch stark angestiegen, was entsprechende Ängste vor einer Überfremdung wachgerufen hat. Vgl. <http://www.nzz.ch/wirtschaft/wirtschaftspolitik/brexit-und-zuwanderung-der-ruf-nach-mehr-kontrolle-ld.88969>.

- 12 Retrospektiv betrachtet hat die Entscheidung *David Camerons*, den Verbleib Großbritanniens in der EU von einem Volksentscheid abhängig zu machen, auf breiter Ebene Kopfschütteln ausgelöst, zumal der frühere Premier ja selbst ein klarer Befürworter eines solchen Verbleibs gewesen ist. Dahinter steckte allerdings klares Kalkül, das aus damaliger Perspektive durchaus rational erschien. Das Referendums-Versprechen *Camerons* aus 2013 für den Fall der Wiederwahl 2015 beruhte auf zwei Überlegungen: Einmal wollte Cameron das breite Anti-EU-Sentiment parteipolitisch nutzen, zum anderen rechnete er damit, dieses Versprechen nicht einlösen zu müssen, da sich aus damaliger Sicht allenfalls ein knapper Wahlsieg ausgehen sollte. Ein Verbleib der Konservativen an der Regierung würde – so die damalige, durchaus plausible Prognose – das Eingehen einer Koalition erforderlich machen und der erwartbare Widerstand des Juniorpartners gegen einen EU-Austritt würde sich hervorragend als Ausrede eignen, die ursprüngliche Zusage nicht einhalten zu müssen. Der haushohe Sieg der Konservativen schuf dann einen nicht im Mindesten antizipierten Zugzwang. Nach anfänglichem Zögern musste Cameron sein Versprechen 2016 schließlich einlösen, wobei er – wiederum unter Fehleinschätzung der Grundstimmung in der britischen Bevölkerung – eine völlig unzureichende „Ja“-Kampagne führte. Vgl. dazu im Detail *A. Menon/J.-P. Salter*, Brexit: initial reflections, in: *International Affairs* 2016, S. 1297-1318, sowie *P. Craig*, Brexit: What Next? – Brexit: A Drama in Six Acts, in: *ELR* 2016, S. 447-468.

dem hier relevanten Punkt in vielen Ländern der Erde – und in mannigfacher Hinsicht auch in Großbritannien – eine wichtige Fortentwicklung erfahren hat, und zwar im Sinne einer sog. Konkordanzdemokratie¹³, die vom Bestreben gekennzeichnet ist, möglichst breite Bevölkerungsgruppen einzubinden und nicht bloß die (einfache, vielleicht auch nur hauchdünne Mehrheit) über die Minderheit, egal welcher Größe, bestimmen lässt. Es geht hier um einen umfassenden Interessensausgleich, um die Verwirklichung eines Wohlfahrtsmodells, das zwar nicht pareto-effizient sein kann, aber zumindest ansatzweise Gedanken dieses Modells verwirklicht: Gesellschaftliche Veränderungen, die zu Verbesserungen für eine Gruppe führen (die, wie gezeigt, beim Brexit darüber hinaus grundsätzlich fraglich sind), sollten die Position anderer nicht verschlechtern, zumindest aber sollte ein fairer Ausgleich möglich sein, der die Wohlfahrtssituation in einem Land insgesamt erhöht.¹⁴ Damit wäre bereits das nächste Thema angesprochen, dessen Problematik durch die Brexit-Abstimmung in noch nie dagewesener Klarheit offen gelegt worden ist: Die direkte Demokratie, Volksabstimmungen, sind derzeit en vogue. Sie gelten vielfach als Ausdruck „wahrer“ Demokratie, während die gängigen Formen indirekter, repräsentativer Demokratie nur einen schwachen Ersatz darstellten, ein Substitut, das nur deshalb Anwendung finde, da die Umsetzung von Formen direkter Demokratie nicht praktikabel – da zu aufwändig, zu kostspielig – sei. Die Brexit-Abstimmung hat die Tücken der Volksabstimmung – wieder einmal – verdeutlicht: Wie sollen die Vor- und Nachteile eines derartig komplexen Integrationsgebildes wie jenem der EU sinnvoll von der breiten Bevölkerung abgewogen werden, wenn es selbst vielen Juristen und Ökonomen schwer fällt, sich diesbezüglich ein klares Bild zu machen? Damit soll keineswegs einem elitären Demokratieverständnis das Wort geredet werden, sondern es soll allein darauf hingewiesen werden, dass technisch hochkomplexe Fragestellungen sich kaum für Volksabstimmungen eignen. Die indirekte Demokratie ist – trotz der vielfach daran geäußerten Kritik – in vielen Fällen besser geeignet, einen Ausgleich zwischen Mehrheit und Minderheit zu finden. Parlamentarische Gremien eignen sich weit besser dazu als Referenden mit „Ja“/„Nein“-Option.¹⁵ Dabei ist auch nach dem eigentlichen Gegenstand des Referendums zu differenzieren: Dieses Referendum war ganz deutlich an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientiert. Anders läge die Frage bspw. wenn über einen fortgesetzten Erweiterungsprozess abgestimmt werden sollte, der die EU über die traditionellen Grenzen Europas hinausführen würde und die Identität dieser Institution nachhaltig verändern

13 Siehe dazu grundlegend *A. Lijphart*, z.B. *Thinking about Democracy. Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice*, 2008.

14 Vgl. dazu das sog. Kaldor-Hicks-Theorem beruhend auf *J. R. Hicks*, *The foundations of welfare economics*, in: *Economic Journal*, 1939, S. 696-712 sowie *N. Kaldor*, *Welfare Propositions of economics and interpersonal comparisons of utility*, in: *Economic Journal*, 1939, S. 549-552.

15 Siehe auch *L. Greven*, *Sind die Völker verrückt geworden?*, in: *Die Zeit Online* v. 6.10.2016, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-10/direkte-demokratie-volksabstimmungen-referendum-kolumbien-brexite-volksinitiativen> (24.1.2017).

könnte. In einem solchen Fall wäre eine Volksabstimmung in den MS nicht nur sinnvoll, sondern wohl geboten.¹⁶

Es gibt auch Gegenstimmen, die davon ausgehen, dass ein Brexit heilsame Auswirkungen nicht nur für die (Rest-)EU, sondern auch für Großbritannien haben könnte. Nach dieser Ansicht könnte ein solcher Schritt zu einer Neupositionierung dieses Landes und zu einer Rückbesinnung auf alte Stärken führen. Der neue Wettbewerb zwischen Großbritannien und der EU könnte die Effizienz der Wirtschaft stärken und Großbritannien könnte international autonomer auftreten. Diese Ansicht übersieht aber vielerlei: Eine Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit setzt harte Einschnitte, insbesondere bei den Lohnkosten voraus, während sich das Gros der Brexit-Befürworter gerade nach weniger Härte, im Grunde nach weniger Wettbewerb sehnte. Bei den dafür nötigen Reformen wäre Großbritannien dann auf sich allein gestellt und könnte damit nicht mehr auf Abfederungsmechanismen durch EU-Fonds bauen – in vielem ist die EU durch den ihr zugrundeliegenden Solidaritätsgedanken wie ein großes Versicherungssystem zu sehen.¹⁷ Ob ein Brexit einer internationalen Neupositionierung Großbritanniens dienlich wäre, ist fraglich. Ganz abgesehen davon, dass die politischen Kompetenzen der EU ohnehin eher bescheiden sind und jene der MS nur sehr beschränkt überlagern, ist das Gewicht Großbritanniens als Einzelakteur zu gering, um nachhaltig auf der Weltbühne viel bewegen zu können.

Anfänglich wurde darüber spekuliert, ob ein Austritt noch verhindert werden könne. Es wurde auf den Umstand verwiesen, dass die Abstimmung nicht bindend sei, doch ist das politische Gewicht dieses Votums nicht zu unterschätzen, gerade in einem Land wie Großbritannien, das als Wiege der modernen Demokratie viel darauf hält, diese sowie die Ergebnisse demokratischer Abstimmungen unbedingt zu verteidigen. Als Ausweg wurde die Möglichkeit eines neuerlichen Referendums ins Spiel gebracht, vielleicht zu einem Zeitpunkt, wenn die ersten Auswirkungen der ersten Entscheidung nachhaltig deutlich geworden sind. Aber auch ein solches Votum würde neue Unwägbarkeiten schaffen. Selbst wenn dann die Mehrheitsverhältnisse genau umgekehrt wären, würde sich das beschriebene Dilemma neu präsentieren, dann allein mit umgekehrten Vorzeichen.

Rechtlich klar ist, dass das Austrittsverfahren gemäß Art. 50 EUV erst mit der formellen Einbringung des Austrittsbegehrens durch die Regierung beim Europäischen Rat eingeleitet wird („Trigger“-Mechanismus). Das Austrittsreferendum

16 Beanstandet wurde auch, dass dem Referendum im Gefüge der EU eine völlig asymmetrische Rolle zukomme: Während es kein Referendum auf EU-Ebene gebe (das somit identitätsstiftend auf gesamteuropäischer Ebene wirken könne), gibt es sehr wohl solche Referenden auf mitgliedstaatlicher Ebene, die somit zentrifugal wirkten). Vgl. *A. Auer*, The people have spoken: abide? A critical view of the EU's dramatic referendum (in)experience, in: *European Constitutional Law Review* 2016, S. 597–408 (405), der unter Verweis auf *F. Mendez u.a.* („Referendums and the European Union“, 2014, S. 218) diesbezüglich von einem „EU-Dilemma der direkten Demokratie“ spricht. Allerdings ist diese Asymmetrie durchaus konsequent, da es eben nach wie vor kein „EU-Volk“ gibt und die MS weiterhin die „Herren der Verträge“ sind.

17 Vgl. *P. Hilpold*, Solidarität im EU-Recht: 'Die Inseln der Solidarität' unter besonderer Berücksichtigung der Flüchtlingsproblematik und der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, in: *EuR* 2016, S. 373–404. Vgl. auch *A. Hatje*, Die EU auf dem Weg zur Solidarunion – Wandel durch Krise, in: *Hatje et al. (Hrsg.), Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union*, 2015, S. 73–84.

als solches ist rein innerstaatlicher Natur und EU-rechtlich ohne Belang. Die britische Premierministerin Theresa May trat im November 2016 allerdings allen Spekulationen entgegen, wonach letztlich von der Einbringung der Austrittserklärung abgesehen würde („*Brexit means Brexit*“) und am 29. März 2017 wurde das Verfahren auch tatsächlich eingeleitet. Damit stellt sich die Frage, ob eine einmal eingebrachte Austrittserklärung auch wieder zurückgenommen werden könne. Diese Frage wird – im Sinne des *favor contractus* - allgemein bejaht.¹⁸ Dabei wurde die Austrittserklärung als „empfangsbedürftige Willenserklärung“ definiert.¹⁹ Diese Erklärung schafft somit neue Rechtsbeziehungen und sie setzt einen Verhandlungsprozess in Gang, der sich aufwändig gestalten kann und aller Voraussicht nach auch bei den übrigen EU-MS und ihren Wirtschaftstreibenden zu kostenintensiven Dispositionen mit langfristigen Wirkungen führt. Am Ende mögen die EU und ihre Mitgliedstaaten aus politischen Gründen von der Geltendmachung eines Schadenersatzes absehen, wenn der zuerst austrittswillige Mitgliedstaat es sich dann doch anders überlegen sollte. In rechtlicher Hinsicht überzeugt es jedoch schon nach Maßgabe des Loyalitätsgebots nach Art. 4 Abs. 3 EUV nicht, wenn der betreffende Schaden einfach hingenommen werden muss. Art. 50 EUV schweigt sich dazu allerdings – wie zu vielen anderen Fragen des Austrittsverfahrens – aus.

Tatsache ist, dass die EU hier absolutes Neuland beschreitet. Die erhebliche Dauer der Mitgliedschaft – Großbritannien ist bekanntlich 1973 der EU beigetreten, also vor 44 Jahren - hat zu einer engen Verflechtung der beiden Rechtsrealitäten geführt. Großbritannien mit seiner ungeschriebenen Verfassung und einer Rechtswirklichkeit, die mittlerweile sehr stark vom EU-Recht geprägt ist, müsste an einen Gesamtakt, einen „*EU continuity act*“, denken, durch welchen – paradoxerweise gerade zum Zeitpunkt des EU-Austritts – ein Großteil des EU-Rechts im britischen Recht festgeschrieben würde.²⁰ Auf jeden Fall verhindert werden müssen größere Strukturbrüche und aus diesem Grunde muss Großbritannien auch unbedingt innerhalb von zwei Jahren nachdem die Austrittsabsicht offiziell dem Europäischen Rat mitgeteilt worden ist, einen tragfähigen „Scheidungsvertrag“ erreichen. Zwar wäre diese Frist auch konsensual verlängerbar, doch ab der genannten Mitteilung sitzt die EU am längeren Hebel. Ein „*dirty exit*“ („kalter Austritt“), ein Austritt ohne Vertrag, wäre für die EU voraussichtlich mit einer Erschütterung verbunden, für Großbritannien aber katastrophal.

Nicht von ungefähr war die EU in dieser Frage – zumindest anfänglich - gespalten: Während die Organe, wie die Europäische Kommission oder das Europäische Parlament, die sich traditionell für eine Festigung der europäischen Integration stark machen, also tatsächlich an eine „immer engere europäische Union“ glau-

18 Vgl. R. Streinz, Brexit – Weg, Ziele, Lösungsmöglichkeiten, in: Kramme et al. (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen, 2016, S. 17-32 (23) sowie V. Skouris, Brexit: Rechtliche Vorgaben für den Austritt aus der EU, in: EuZW 2016, S. 806-811 (807).

19 Ibid., R. Streinz, S. 22.

20 <http://derstandard.at/2000036519681/Der-Brexit-fuehrt-in-ein-rechtliches-Labyrinth>.

ben, auf einen raschen Austritt drängten, da sie darin eine Chance sehen, neuen Schwung in die europäische Integration zu bringen (und gegebenenfalls durchaus auch einen Wiedereintritt Großbritanniens zulassen würden, dann aber unter weit strengeren Bedingungen), zeigte sich der Rat, das Organ, in dem die Regierungen der MS unmittelbar vertreten sind, weit nachsichtiger und stärker bestrebt, einen stets souveränitätsbetonten Staat wie Großbritannien in der Union zu behalten. Mittlerweile scheint sich die EU aber insgesamt mit dem Unausweichlichen abgefunden zu haben.

Jede Überlegung, eine Schadensbegrenzung zu erreichen, sei es überhaupt über die – mittlerweile wenig realistisch gewordene – Verhinderung des Austritts oder über die Einigung auf eine gemeinsame partnerschaftliche Zukunft außerhalb der Union, aber unter weitgehender Beibehaltung der aktuellen Qualität der Rechtsbeziehungen, muss deshalb die Grundprobleme angehen, die entscheidend waren für das negative Votum in Großbritannien. Diese Probleme sind einmal faktischer Natur in dem Sinne, dass der europäische Integrationsprozess in vielerlei Hinsicht lückenhaft verlaufen ist und die erzielte Vergemeinschaftung mitgliedstaatliche Kompetenzen außer Kraft gesetzt hat, ohne an ihre Stelle tragfähige gemeinsame Lösungsansätze zu stellen, wodurch die Union gerade den von außen kommenden Herausforderungen vielfach nicht gerecht werden kann, während die mitgliedstaatlichen Reaktionskompetenzen in diesen Bereichen weitgehend beschnitten worden sind. Dies ist ganz augenscheinlich im Bereich der Wirtschafts- und Währungspolitik, im Bereich der Gemeinsamen Asylpolitik (GEAS) sowie in jenem der Außenwirtschaftspolitik der Fall. Auf diese Segmente wird nachfolgend im Detail einzugehen sein. Darüber hinaus ist die gegenwärtige Krise der EU aber auch in erheblichem Maße ideeller und endogener Natur, d.h. auf einem Legitimationsdefizit beruhend, das ganz maßgeblich von den Mitgliedstaaten und z.T. von der Union selbst verschuldet ist. Darauf wird abschließend einzugehen sein.

III. Die Fortentwicklung der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion

Wenn von der Krise der EU gesprochen wird, dann steht regelmäßig das Thema der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion (EWWU) im Vordergrund, spiegeln sich in dieser doch Potential und Grenze der europäischen Integration, wobei die Defizite dieses Konstrukts eine maßgebliche Ursache für die aktuelle Krise der EU darstellen, die Reparaturen an der EWWU der letzten Jahre aber auch gezeigt haben, dass EU und MS durchaus imstande sind, auf existenzielle Krisen für das Überleben der Union adäquat zu reagieren. Die ungemeine Dynamik, die die Entwicklung der EWWU in den letzten Jahren zeigte, ist damit Spiegelbild von Spannungen, die kennzeichnend für den europäischen Integrationsprozess insgesamt sind: Die EWWU wäre gleichsam als Schlussbaustein des Ge-

meinsamen Marktes, als dessen Krönung und Sublimierung gedacht²¹ gewesen und es kann kein Zweifel daran bestehen, dass allein schon die damit verbundene Senkung der Transaktionskosten zu erheblichen Wohlfahrtseffekten geführt hat. In Ermangelung einer Staatenqualität der EU und angesichts der Tatsache, dass für die Mehrheit der MS die Wahrung souveräner Rechte im Bereich der Wirtschaftspolitik (und im Bereich ihrer Voraussetzungen, etwa der Sozialpolitik) unabdingbar war, war an eine echte Vergemeinschaftung der Wirtschaftspolitik nicht zu denken. Es entstand eine EWWU asymmetrischer oder „hinkender“ Natur mit einer Währungsunion, die in ihrer Endphase völlig vergemeinschaftet sein sollte, während eine „Wirtschaftsunion“ als solche gar nicht ins Auge gefasst war. Gemäß Art. 121 AEUV war allein vorgesehen, dass die MS „ihre“ Wirtschaftspolitik als eine „Angelegenheit von gemeinsamem Interesse“ betrachten. Insbesondere auf Betreiben Deutschlands wurde 1997 zwar sekundärrechtlich ein „Stabilitäts- und Wachstumspakt“ geschaffen, der die wirtschafts- und haushaltspolitischen Voraussetzungen für die Stabilität der Währungsunion garantieren sollte, doch die Aufweichung dieses Paktes im 2005 – auf Betreiben Frankreichs und Deutschlands – entließ die MS wiederum weitgehend in die wirtschaftspolitische Unabhängigkeit – mit verheerenden Folgen, als die große Finanzkrise 2008 auch die EU erreichte. Ursache für die Untergrabung der EWWU war aber nicht nur Opportunismus kurzfristig planender, primär um Wiederwahl bemühter politischer Eliten, sondern auch eine völlig unzureichende Kenntnis der Wirkungszusammenhänge der EWWU. Aufgrund von massiven realen Lohnerhöhungen in einzelnen Ländern der Eurozone haben sich Wettbewerbsnachteile herausgebildet, die in Ermangelung einer Abwertungsmöglichkeit nicht mehr abgebaut werden konnten und schließlich zu einer enormen Staatsverschuldung führten.²² Der Wegfall des Wechselkursmechanismus – und damit der Möglichkeit des Ausgleichs von Wettbewerbsunterschieden durch „externe“, „echte“ Abwertungen – müsste in einer Währungsunion durch „interne“, „indirekte“ Abwertungen – d.h. durch Lohnsenkungen, Senkung staatlicher Ausgaben sowie durch die Senkung von Preisen und Löhnen – kompensiert werden.²³ Dies ist jedoch gleich in zweierlei Hinsicht weit schwieriger zu bewerkstelligen: Zum einen fehlen vielfach die Informationen über den punktuellen Anpassungsbedarf und zum anderen würde damit massiv in die Tarif- und Preisgestaltungsautonomie eingegriffen werden, was vielfach nach Maßgabe des geltenden Rechts nicht möglich ist. Die Problematik muss auf die zwischenstaatliche bzw. die europäische Ebene gehoben wer-

21 Siehe zu diesen Formulierungen, wenngleich im Ergebnis ablehnend, M. Seidel, Die Europäische Union mit oder ohne gemeinsame Währung, in: Euro-Journal pro management, 2/2013, S. 46-53.

22 Zu den Wirkungszusammenhängen vgl. Ch. Thimann, Die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Europäische Währungsunion, in: Kirchhof et al. (Hrsg.), Von Ursprung und Ziel der Europäischen Union, 2016, S. 135-154, der auf grundlegende Denkfehler in diesem Zusammenhang verweist. So wurde ein Lohnanstieg häufig mit der (höheren) internen Inflationsrate gerechtfertigt, doch sind in einer Währungsunion für die Wettbewerbsfähigkeit tatsächlich die nominalen Löhne ausschlaggebend. Weiters sind die Sozialbeiträge einzurechnen, die bspw. in Italien und in Frankreich weit höher sind als in Deutschland, Großbritannien oder der Schweiz (ibid., S. 143).

23 Vgl. M. Seidel, (Fn 21), S. 6 f.

den, es wird das Vorliegen einer Ausnahmesituation festgestellt, die internationale, die europäische Ebene greift in das nationale Wirtschaftsgefüge ein.²⁴ Während die externe Abwertung als technischer Vorgang begriffen wird, der ungeliebt, aber unvermeidlich erscheint und allenfalls einem anonymen Marktgeschehen zugerechnet wird, bedeutet die von außen aufgetragene „interne“ Abwertung einen Eingriff, der politisch und personell zurechenbar ist. In Unkenntnis komplexer Wechselkurs- und Wettbewerbsmechanismen (die selbst maßgeblichen Ökonomen oft nicht richtig vertraut sind) schreiben die Wähler die Härten der Austeritätspolitik den Politikern, den Regierungen der wirtschaftlich stärkeren EU MS bzw. überhaupt der EU zu, wobei diese zuletzt genannte Zuschreibung von den heimischen Politikern auch noch gefördert wird, da sie sich in der Informationsvermittlung in einer im Vergleich zu Brüssel besseren Lage wissen.

Im Zuge der Reaktion auf die Finanz- und Wirtschaftskrise der Jahre ab 2008 konnte die europäische Finanzarchitektur – unter maßgeblichem Beitrag der intergouvernementalen Ebene²⁵ - grundlegend umgestaltet werden²⁶: die Einführung eines Europäischen Stabilitätsmechanismus 2012 als finanzieller Rettungsanker für überschuldete MS, die Verabschiedung der Six-Pack-Maßnahmen 2011 sowie des Fiskalpaktes 2012 zur Sicherstellung einer verstärkten Haushaltsdisziplin und der sukzessive Aufbau einer Bankenunion zur Stabilisierung des finanziellen Sektors (die betreffenden Maßnahmen sind nach wie vor im Gange) sind herausragende Beispiele dafür.²⁷ Die EWWU hat dabei eine beachtliche Flexibilität an den Tag gelegt, wobei der EuGH die notwendig gewordenen Umgestaltungen und Erweiterungen pragmatisch unterstützte²⁸ – ein Pragmatismus, dem sich schließlich, unter vielen Vorbehalten, sogar das deutsche Bundesverfassungsgericht anschloss²⁹. Die für das Überleben der EWWU notwendig gewordenen Hilfen und Interventionen sind somit nicht durch einen kurzsichtigen Dogmatismus zu Fall gebracht worden³⁰, aber dennoch ist damit die dauerhafte Stabilität der EWWU

24 Vgl. Ch. Thimann, (Fn 22), S. 150.

25 Siehe zur „Unionsmethode“ Ch. Calliess, Nach der Krise ist vor der Krise: Integrationsstand und Reformperspektiven der Europäischen Union, in: Bröhmer (Hrsg.), Europa und die Welt, S. 73-97.

26 Vgl. dazu P. Hilpold, Eine neue europäische Finanzarchitektur – Der Umbau der Wirtschafts- und Währungsunion als Reaktion auf die Finanzkrise, in: Hilpold/Steinmair (Hrsg.), Eine neue europäische Finanzarchitektur, 2014, S. 3-82; ders., Die Überwindung der Finanz- und Wirtschaftskrise unter besonderer Berücksichtigung der regionalen Dimension, in: Hilpold/Steinmair/Perathoner (Hrsg.), Europa der Regionen, 2016, S. 111-124 sowie M. Ioannidis, Europe's New Transformations: How the EU Economic Constitution Changed During the Eurozone Crisis, in: CMLR 2016, S. 1237-1282.

27 Ibid.

28 So insbesondere in EuGH, Rs. C-370/12 (Pringle), Slg. 2012, I-13 sowie in EuGH, Rs. C-62/14 (Gauweiler u.a) EU:C:2015:400, wo es um die (letztlich bestätigte) Zulässigkeit von notfalls quantitativ unbegrenzten Ankäufen von Staatsanleihen am Sekundärmarkt ging.

29 So in der sog. OMT-Entscheidung des BVerfG, in dem dieses die Vorgabe der Vorlageentscheidung des EuGH aufgriff, das Kooperationsverhältnis gegenüber dem EuGH bestätigte und trotz Betonung seiner judikativen Letztverantwortung zur Überprüfung von Unionsrecht in Hinblick auf „ausbrechende Rechtsakte“ seine Deferenz gegenüber der Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH zum Ausdruck brachte. Vgl. F. Sander, BVerfG, EuGH und EZB im OMT-Verfahren – Wer bietet der Notenbank die Stirn?, in: EuZW 2016, S. 614-617.

30 EU-Kommissionspräsident Juncker brachte diese Haltung – etwas überspitzt formuliert, aber treffend – folgendermaßen auf den Punkt: „Auf die Verträge kommt es gar nicht an.“ Zitiert nach A. Rödder, 21.0: Eine kurze Geschichte der Gegenwart, 2016, S. 331.

keineswegs gesichert. Einige Mitglieder der Eurozone (insbesondere Griechenland und Italien) bleiben nach wie vor hochverschuldet und sie leiden unter Wettbewerbs- und Wachstumsschwäche. Laut allen bisherigen Erkenntnissen sind diese Schuldenstände auf Dauer kaum tragfähig³¹ und könnten insbesondere bei einem Wiederanstieg der Zinsen zu verheerenden Auswirkungen auf die Haushalte führen. Eine Lösung könnte in einer Umschuldung liegen, doch ist nicht ersichtlich, wie eine solche bei aufrechter EWWU-Mitgliedschaft rechtlich durchgeführt werden soll.³² Selbst wenn es vorerst zu keinem Wiederaufflammen der Finanzkrise kommen sollte, so bleibt – trotz des insoweit erfolgreichen Krisenmanagements der EU – in den wirtschaftlich gefährdeten Staaten der Eurozone das Gefühl einer politisch verursachten Krise und einer ungerechtfertigten Souveränitätseinbuße gegenüber starken EU-MS und der EU weit verbreitet. Maßgebliche Ursache dafür ist – wie gezeigt – die „hinkende“, unvollendete EWWU. Ihre weitere Festigung, ihre „Vollendung“, wird aber wiederum von den wirtschaftlich starken MS verhindert, da dies mit der Errichtung einer Transferunion verbunden wäre, wobei die dafür erforderlichen Solidarelemente in der EU aber nicht gegeben sind.³³ Die Vorgabe in der Präambel des EUV zur Schaffung einer „immer engeren Union“ findet hier eine klare Grenze. Dies lässt in zahlreichen MS – gleich wie in Großbritannien im Rahmen der Brexit-Diskussion – den Ruf nach einer „Wiedergewinnung der Souveränität“ verstärkt laut werden.³⁴ Paradoerweise waren es somit die ausgeprägten Souveränitätsvorbehalte bei der Einrichtung der EWWU, die letztlich die Forderungen nach noch größeren souveränen Spielräumen, nach einer Wiedererlangung staatlicher Handlungsfreiheit, hervorriefen. Eine letztlich unlösbare integrationspolitische Herausforderung.

IV. Die Flüchtlingskrise

Die Jahre 2015 und 2016 waren gekennzeichnet von einer beispiellosen Eskalation der Flüchtlingskrise – weltweit und für die EU im Besonderen. Die Zahl der Flüchtlinge weltweit stieg auf über 60 Millionen; eine Million Menschen versuchte auf dem Seeweg nach Europa zu kommen – im Jahr zuvor (2014) waren es

31 Siehe bspw. die jüngsten Mahnungen des IWF in Bezug auf Griechenland, <http://www.zeit.de/wirtschaft/2017-01/iwf-bericht-schulden-griechenland-eurozone> (4.2.2017).

32 Eine solche Umschuldung würde insbesondere einen eklatanten Verstoß gegen Art. 125 AEUV (Bail-out-Verbot) darstellen.

33 Eine Transferunion würde eine Solidargemeinschaft voraussetzen, wie sie regelmäßig in einem Staat gegeben ist, aber wohl kaum in einem „Staatenverbund“ erwartet werden kann. Dazu ist der Solidaritätsgedanken zu stark mit dem Reziprozitätsprinzip verbunden. Vgl. P. Hilpold, Solidarität im EU-Recht: 'Die Inseln der Solidarität' unter besonderer Berücksichtigung der Flüchtlingsproblematik und der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, in: EuR 2016, p. 373-404. Vgl. zu diesem Solidaritätskonzept grundlegend J. Isensee, Solidarität soziolethische Substanz eines Blankettbegriffs, in: Isensee (Hrsg.), Solidarität in Knappheit – Zum Problem der Priorität, 1998, S. 97-141.

Diese Überlegung wirft erneut die Frage auf, ob Wirtschafts- und Währungsunionen jenseits von Staatsgebilden überhaupt realisierbar sind – bekanntlich sind bislang alle diesbezüglichen historischen Versuche gescheitert.

34 Explizit gefordert wird dies bspw. in Italien durch die ständig erstarkende Grillini-Bewegung.

noch 200.000 gewesen.³⁵ Im Jahr 2016 wurde diese Zahl schon im Herbst erreicht – die Gesamtflüchtlingszahl des Jahres 2016 lag damit erneut deutlich über jener des Vorjahres. Seit mehreren Jahren reagieren einzelne EU-MS mit drastischen Maßnahmen auf diese Entwicklung und errichteten Grenzsperrn (so Griechenland 2012, Bulgarien 2013, Ungarn, Slowenien, Mazedonien und Österreich 2015) bzw. kündigten die Einführung von Quotenregelungen ein (Österreich 2016). Das in Aufbau begriffene Gemeinsame Europäische Asylsystem (GEAS) erwies sich als lückenhaft und in vielem widersprüchlich und ineffizient. So war es Ziel des „Dublin-Rechts“, klare Zuständigkeiten für die Asylprüfung zu schaffen, rechtsstaatliche Prüfverfahren zu garantieren und ein „*asylum shopping*“ sowie den „*refugee in orbit*“ (ziellos im EU-Raum herumwandernde Migranten) zu verhindern. Mit der Dublin II-Verordnung³⁶ wurde der Grundsatz eingeführt, dass das Ersteinreiseland für die Asylprüfung zuständig ist. Wenn sich dieses Land aber nicht bestimmen lässt, so wird der MS zuständig, in dem der Asylantrag (bzw. Schutzantrag) zuerst gestellt worden ist.³⁷ Diese Regelung wird abgerundet durch die Möglichkeit der Rücküberstellung an den eigentlich zuständigen Staat, die jedoch Ausnahmen kennt und im Übrigen oft nicht exekutierbar ist. Die Zuständigkeitsregel gemäß Ersteintritt würde naturgemäß die Staaten an den Außengrenzen (insbesondere im Süden und im Osten) mit der Durchführung der Asylverfahren unverhältnismäßig stark belasten. Eine solche Regel kann bei größeren Flüchtlingszuströmen nur dann funktionieren, wenn sie mit einem Solidarmechanismus (insbesondere einer Umverteilung der Flüchtlinge nach einem Quotensystem oder einem Finanzlastenausgleichssystem) verbunden ist. Für einen solchen Mechanismus konnte jedoch – trotz zahlreicher Bemühungen – bislang kein Konsens erzielt werden. Dies verleitete die Staaten an den Außengrenzen dazu, diese Regeln vielfach nicht zu exekutieren und die Flüchtlinge „durchzuwinken“, wohl wissend, dass die Rücküberstellung breitflächig nicht greift. Die divergierenden nationalen Asylprüfverfahren, die zu völlig unterschiedlichen Schutzquoten in den einzelnen MS führten³⁸, taten ein weiteres, die Schutzsuchenden zu Sekundärmigration innerhalb der EU zu bewegen. In der Bevölkerung entstand vielfach der Eindruck einer ungleichen Belastung, ausgehend von Maßnahmen der EU. Wiederum wurde der Ruf nach einer „Wiedergewinnung der Souveränität“ laut und es wurde zunehmend Druck auf die nationalen Regierungen ausgeübt, einseitige Maßnahmen zu treffen. Österreich hat im Frühjahr 2016 eine Verschärfung des Asylrechts beschlossen³⁹ und die Einführung einer „Obergrenze“ angekün-

35 Vgl. European Union Agency for Fundamental Rights, *Asylum and migration into the EU in 2015*, S. 5.

36 VO (EG) Nr. 343/2003 vom 18.2.2003, ABl. 2003 L 50, S. 1.

37 So Art. 3 Abs. 2 der Dublin III-Verordnung (VO EU Nr. 604/2013, ABl. L 180, S. 31).

38 Bspw. erreichte die Schutzquote für Flüchtlinge aus Eritrea und aus Afghanistan in Deutschland im Jahr 2015 nahezu 100%, während sie in Großbritannien bei 47% bzw. 36% lag. Flüchtlinge aus Pakistan erreichten hingegen in Italien eine Schutzquote von 44%, in Deutschland von 17%. Flüchtlinge aus Serbien erhielten zu 70% Schutz in Italien, während in Ungarn kein einziger Schutzantrag positiv beschieden wurde. Siehe <https://refugee-datathon-muc.org/vergleich-von-schutzquoten-in-europa-serbien-afghanistan-und-pakistan/>.

39 Siehe die am 27.4.2016 beschlossene Novelle zum Asylgesetz 2005, BGBl I Nr. 100/2005 idF BGBl I Nr. 24/2016.

digt, wonach – bei Nachweis einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit - im Jahr 2016 allein 37.500 Asylanträge zugelassen würden und in den Folgejahren diese Quote noch weiter herabgesetzt werden sollte. Diese Quotenregelung ist jedoch sowohl völkerrechts- als auch EU-rechtswidrig, da weder die Genfer Flüchtlingskonvention noch das GEAS solche Beschränkungen – die auf eine primär wirtschaftlich motivierte Regelung eines Massenzustroms ausgerichtet wären – zulassen.⁴⁰ In den Jahren 2015/2016 hat die EU selbst verstärkt versucht, Solidarmechanismen zu schaffen, die eine einigermaßen faire Lastenverteilung im Flüchtlingsbereich innerhalb der EU ermöglichen sollten.⁴¹ Die Umsetzung dieser Regelungen kann aber – mit Ausnahme des Abkommens mit der Türkei vom 18.3.2016⁴² – weitgehend als gescheitert angesehen werden.

Mit der Schaffung einer voll funktionsfähigen GEAS hätte die EU eine Jahrhundertherausforderung bewältigen und damit gleichzeitig weltweit einen Meilenstein setzen können, was die Ausbalancierung zentraler Interessen im internationalen Migrationsrecht, jene der Unionsbürger und jene der Schutzsuchenden, anbelangt. Das hätte allerdings einen Kraftakt erforderlich gemacht, durch welchen ganz wesentlich auch die Europa-Idee hätte weiter ausgeformt werden müssen. Dazu reichte die politische Kraft nicht und das Ergebnis waren mehrdeutige Formelkompromisse, was insbesondere auch bei der Verwendung des Solidaritätsbegriffs zum Ausdruck kommt. Obwohl Art. 80 AEUV die GEAS dem Solidaritätsprinzip unterwirft, erwies sich dieses Konzept – auch in Ermangelung einer klaren Definition und einer Justiziabilität – faktisch als unanwendbar. Die MS haben hier gezeigt, dass sie auch in zentralen Fragen gemeinsamen Interesses nur bereit sind, ein Mindestmaß an Souveränität an die EU abzutreten, wodurch kaum tragfähige Lösungen zustande kommen und in der Folge die Souveränität der MS erst recht gefährdet werden kann. Aufgrund der engen Verbindung von Migrationsfragen mit einem Kernbereich des Binnenmarktes, der Freizügigkeit, impliziert die „Wiedergewinnung der Souveränität“ in der Form der unilateralen Errichtung von Grenzbarrieren – ganz abgesehen von der Verletzung zentraler völkerrechtlicher Vorgaben - die Preisgabe fundamentaler integrationspolitischer Errungenschaften.⁴³

40 Vgl. ausführlich dazu P. Hilpold, Quotenregelungen zur Bewältigung des Flüchtlingsproblems – ein rechtlich gangbarer Weg?, in: *Migralex* 2016, S. 58-66 sowie *ders.*, Quotas as an instrument of burden-sharing in international refugee law – The many facets of an instrument still in the making, in: *International Journal of Constitutional Law* 2017 (im Erscheinen).

41 So wurde am 22.9.2015 auf der außerordentlichen Tagung des Rates für Justiz und Inneres ein Beschluss getroffen, wonach die Verteilung von 160.000 Flüchtlingen auf der Grundlage eines Schlüssels vorgenommen werden sollte, der Größe und Leistungsfähigkeit der Aufnahmeländer gemäß BIP positiv berücksichtigen sollte, die frühere Aufnahme von Flüchtlingen sowie die bestehende Arbeitslosigkeit dagegen negativ (d.h. quotenreduzierend).

42 Nähere Ausführungen der EU zu diesem Abkommen finden sich hier http://europa.eu/rapid/press-release_ME-MO-16-1221_en.htm (26.1.2017).

43 Vgl. zu dieser Thematik auch D. Thym, The „refugee crisis“ as a challenge to legal design and institutional legitimacy, in: 53 *CMLR* 2016, S. 1545-1574; Hailbronner/Thym, Grenzenloses Asylrecht? Die Flüchtlingskrise als Problem europäischer Rechtsintegration, in: *JZ* 2016, S. 753-763 sowie P. Hilpold, (Fn 40), 2017.

V. Außenwirtschaftsrecht– die Mega-Regionals

Die tiefe Identitätskrise der EU und ihre daraus resultierende Handlungsschwäche äußerten sich in den letzten Jahren im besonderen Maße auch im Außenwirtschaftsrecht. Von zentraler Bedeutung war dabei erneut die Abgrenzung von unionalen und mitgliedstaatlichen Kompetenzen, wobei diese Kompetenzfrage immer mehr zur Wertefrage gestaltet wurde: Auf welcher Ebene und in welcher Form lässt sich das Demokratieprinzip am wirksamsten umsetzen? In wie weit und in welcher Form können bzw. sollen basisdemokratische Elemente in die Entscheidungsfindung über die weitere Gestaltung der Außenwirtschaftsbeziehungen einfließen? Wie soll ein neues, faireres internationales Wirtschaftssystem, insbesondere unter Berücksichtigung der Entwicklungsproblematik gestaltet werden und welchen Beitrag können die EU und ihre Mitgliedstaaten dazu leisten? In der globalen Diskussion haben sich dazu gerade in den letzten Jahren grundlegende Paradigmenwechsel ergeben, die auch zu einem Überdenken der Struktur des EU-Außenwirtschaftsrechts zwingen.

So wird einmal die lange Zeit bestimmende Vorstellung, es könnte ein (potentiell) universell ausgerichtetes, weitgehend liberalisiertes Welthandelssystem unter Wahrung der nationalen Souveränität der beteiligten Staaten und unter Beibehaltung und weiterem Ausbau der demokratischen Entscheidungsfindung in diesen Staaten geschaffen werden, zusehends stärker in Frage gestellt. Am prononcier-testen dazu hat sich Dan Rodrik von der Harvard University mit seinem „Unmöglichkeitstheorem“ geäußert, wonach sich eine umfassende Wirtschaftsintegration auf internationaler Ebene durch Staaten, die an Wesenselementen ihrer Souveränität festhalten und ihr Handeln demokratisch legitimiert sehen möchten⁴⁴, nicht verwirklichen lässt.⁴⁵ Diese Problematik ist universell festzustellen, aber im EU-Kontext wird sie besonders intensiv verspürt und diskutiert. Parallel dazu ist ein grundlegendes Orientierungsproblem in Bezug auf die Wertorientierung der multilateralen Handelsordnung aufgetreten. Solange sich die GATT-Verhandlungsrunden primär mit Zollsenkungsbemühungen und – in wenn auch beschränkterer Form – mit dem Abbau von nichttarifären Handelsschranken beschäftigten, war – einmal das Ricardosche Freihandelsmodell grundsätzlich als richtig anerkannt – ein Werteproblem als solches nicht gegeben. Dies änderte sich aber mit der 2001 gestarteten Doha-Runde, die das Entwicklungsanliegen in den Vordergrund stellte, nachdem im Kreise der Entwicklungsländer verstärkt Kritik laut geworden war, im Rahmen der Uruguay-Runde zwar eine weitgehende Übernahme der multilateralen Handelsregeln akzeptiert zu haben, dafür aber unzureichende Gegen-

44 Dies gilt sowohl für die interne als auch für die externe Ebene, d.h. es wird der Anspruch erhoben, dass auch die Kooperationspartner Grundelemente einer „guten Regierungsführung“ („good governance“), so wie sie für die EU MS typisch ist und die auch in einem gefestigten Menschenrechtsschutzsystem Ausdruck findet, von den wirtschaftlichen Kooperationspartnern ebenfalls zu übernehmen hätten. Vgl. P. Hilpold, EU Development Cooperation at a Crossroads: The Cotonou Agreement of 23 June 2000 and the Principle of Good Governance, in: EFAR 2002, S. 53-72.

45 http://rodrik.typepad.com/dani_rodriks_weblog/2007/06/the-inescapable.html (19.1.2017).

leistungen erhalten zu haben. Wenn nun die neue Handelsrunde primär an der Entwicklungsperspektive ausgerichtet wurde, so stellte sich die Frage der Gegenleistung von neuem. Zudem wurde die – nach wie vor ungelöste – Frage akut, welche Länder zu den Entwicklungsländern zählen und wie lange dieser Status aufrecht bleiben sollte. Im GATT-System war das Konzept der „Graduierung“, des stufenweisen Abbaus von Präferenzen mit zunehmendem Entwicklungsstand, geschaffen worden, doch blieb dieser Ansatz rechtlich weitgehend indeterminiert. Auf der Welthandelskonferenz in Nairobi im Dezember 2015 wurden den am geringsten entwickelten Ländern zwar einzelne Zugeständnisse (insbesondere in Form von weiteren Fristerstreckungen hinsichtlich der vollen Anwendung der Welthandelsregeln) gemacht. Keine Einigung wurde aber in Bezug auf die Stellung der weiter entwickelten Schwellenländer (insbesondere China, Brasilien und Indien) erzielt.⁴⁶ Die zunehmende wirtschaftliche Stärke dieser Länder schafft Konfliktpotentiale zwischen weitergehender Integration und Wahrung nationaler Souveränität, die intern noch bestärkt werden können (demokratiepolitisches Element).

Nirgendwo ist das Unmöglichkeitstheorem aber – wie erwähnt – so ausgeprägt sichtbar geworden wie im EU-Kontext. Im Zuge des Abschlusses der Uruguay-Runde war die EU-Kommission bemüht gewesen, eine umfassende Außenhandelskompetenz der EU durchzusetzen, doch der EuGH hat im Gutachten 1/94 den zunehmenden diesbezüglichen Bedenken auf der Ebene der Mitgliedstaaten – wiederum befeuert durch wachsende interne Widerstände gegen das Phänomen der Globalisierung – Rechnung getragen und die Kompetenz zum Abschluss des WTO-Abkommens als geteilt qualifiziert.⁴⁷ Damit war die vertragliche Außenhandelskompetenz im WTO-Bereich im Wege des „gemischten Vertrages“ wahrzunehmen – eines besonderen Vertragskonstrukts, das zwar die Mitgliedstaaten neben der Union gleichberechtigt nach außen auftreten lässt und damit nicht nur ihre Souveränitätsansprüche, sondern auch die internen demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten in den einzelnen Mitgliedstaaten weitestgehend absichert, das aber andererseits zu nahezu unlösbaren Kompetenzabgrenzungsproblemen und zu offenen Grundsatzfragen in Bezug auf die Aufteilung der Verantwortlichkeit für die eingegangenen Verpflichtungen geführt hat.⁴⁸ Die Untragbarkeit die-

46 Diese möchten die erhöhten Industriezölle beibehalten, während die Industriestaaten im Gegenzug für eine eventuelle Zollsenkung in diesem Bereich nicht bereit sind, ihre Agrarmärkte zu öffnen. Vgl. E. Schmieg/B. Rudloff, Die Zukunft der WTO nach der Ministerkonferenz in Nairobi, in: SWP-Aktuell, 9.2.2016, S. 1-8 (5). Innerhalb der WTO hat sich im Zuge der Uruguay-Runde in Bezug auf die Mitgliederstruktur eine Verlagerung des Schwergewichts hin zu den Entwicklungsländern ergeben (diese machen mittlerweile 2/3 der Mitglieder aus) und in Bezug auf den politisch-wirtschaftlichen Einfluss sind nun die Schwellenländer dominant. Die EU hat in diesem Zusammenhang wesentlich an Einfluss verloren und sich auch aus diesem Grunde während der Doha-Runde verstärkt den Mega-Regionals zugewandt. Vgl. E.M. Schmitt/D. Kabus, Die Europäische Union als (Liberalisierungs-)Akteur in der Welthandelsorganisation WTO, in: Integration 2015, S. 214-230.

47 Vgl. P. Hilpold, Die EU im GATT/WTO-System, 2009.

48 Siehe ausführlich dazu Th. Cottier, Gemischte Abkommen der Europäischen Union: Grundlagen und Alternativen, in: Bungenberg/Hermann (Hrsg.), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union, 2016, S. 11-43.

ser Situation ist von den Mitgliedstaaten zwar – partiell – eingesehen worden. Die nationalen Souveränitätsvorbehalte waren aber nach wie vor zu groß für eine Behebung dieses Problems in den Verträgen von Amsterdam bzw. Nizza.⁴⁹ Mit dem am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrag von Lissabon sollte erstmals wieder ein Gleichlauf von Außenhandelskompetenz und WTO-Recht, die zu GATT-Zeiten bestanden hat, erreicht werden. Immer deutlicher zeigt sich aber, dass die EU-Außenhandelskompetenz nicht mehr zu jener Effizienz und Schlagkraft zurückfindet, mit der die E(W)G noch die Entwicklung des GATT-Rechts begleitet hat. Die Außenhandelskompetenz der EU würde voraussichtlich reichen, um ein multilaterales Handelsabkommen nach Maßgabe des Doha-Mandats ausschließlich durch die EU auf der Grundlage von Art. 207 AEUV abzuschließen. Seit 2001, dem Zeitpunkt des Starts der Doha-Runde, haben sich aber die Ansprüche an das Welthandelssystem grundlegend geändert. Die Erfolglosigkeit der multilateralen Handelsverhandlungen und der Wunsch nach vertiefter Integration, die im multilateralen Bereich nicht zu erreichen ist, haben zum Aufkommen der sog. „Mega“-Regionals geführt, d.s. regionale Integrationszonen von größerer räumlicher Dimension und bislang unerreichter Integrationstiefe.⁵⁰ Ursprünglich als Substitut zur weiteren Handelsintegration auf multilateraler Ebene gedacht, hat aber gerade das demokratiepolitische Element die Gefahr des Scheiterns (auch) dieses Ansatzes aufgeworfen, womit die EU im Netz der internationalen Handelsbeziehungen in eine Randlage gedrängt zu werden droht. Das mögliche bzw. wahrscheinliche Scheitern der zwei geplanten Freihandelsblöcke (CETA und TTIP), an denen die EU beteiligt wäre, ist nämlich in speziellem Maße auf Besonderheiten des demokratiepolitischen Entscheidungsprozesses beim Akteur EU zu finden – Besonderheiten, die kein anderer Akteur aufweist. Ausgehend von dem Bestreben nach einer verstärkten demokratischen Legitimierung des außenwirtschaftlichen Handelns der EU hat sich gleich auf mehreren Ebenen ein demokratiepolitisch begründetes Handlungsdilemma ergeben. Das Europäische Parlament ist nunmehr gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren an der Beschlussfassung über die gemeinsame Handelspolitik gleichberechtigt mit dem Rat beteiligt (Art. 207 Abs. 2 AEUV). Während das EP das Anti-Produkt-Piraterie-Abkommen ACTA nach massivem Widerstand von Seiten der Zivilgesellschaft 2012 zu Fall gebracht hat, sind das CETA-Abkommen (durchgängig) und das TTIP (zumindest anfänglich) vom EP problemlos mitgetragen worden. Das CETA-Abkommen wurde zwischen 2009 und 2014 ausgehandelt, wobei demokratiepolitische Fundamentalopposition erst im Zuge des Ratifikationsprozesses aufgetaucht ist. Diese wurde aber sichtlich von den TTIP-Verhandlungen beeinflusst und ging von der Ebene der Mitgliedstaaten und der Zivilgesellschaft aus und nicht vom EP. Während des gesamten Verhandlungsprozesses hat der Rat seine

49 Die zaghaften diesbezüglichen Versuche haben eher zu einer Erhöhung der Komplexität in der Kompetenzfrage geführt.

50 Zu den Bemühungen der EU, neue Freihandelsabkommen (auch) dieser Art abzuschließen, siehe European Commission, Overview of FAT and other Trade Negotiations, ajourniert zum Februar 2017.

Informationspflichten gegenüber dem EP gemäß Art. 218 Abs. 10 AEUV anstandslos erfüllt. Auch die Verhandlungen zum TTIP-Abkommen starteten im Jahr 2013 zunächst ohne größeres Aufsehen und unter wohlwollender Begleitung durch das EP. Erst nachträglich wurde der Umstand, dass das Verhandlungsmandat nicht veröffentlicht worden war, zum Politikum. Unter dem Druck der Öffentlichkeit hat dies die Kommission ein Jahr später nachgeholt. Die Saat für breites Misstrauen in der Öffentlichkeit war damit gesät, wenngleich dabei Wesentliches übersehen wurde:

- Die ursprüngliche Verschlusshaltung des Mandats beruhte nicht auf einem sinnstren Plan von Kommission und Rat zur Umgehung der vertraglichen Informations- und Transparenzverpflichtungen, sondern entspricht gängiger Praxis sowohl der EU als auch generell im völkerrechtlichen Bereich.⁵¹
- Nach der Veröffentlichung des Mandats wurde deutlich, dass dieses weder technisch noch politisch zu beanstanden war.

Die Kritik über angeblich mangelnde Transparenz wurde nun immer lauter und begann, den Erfolg dieses Verhandlungsprozesses insgesamt zu gefährden. Erneut wurden dabei aber wesentliche Umstände fehlgedeutet bzw. ignoriert: Handelsverhandlungen verlaufen regelmäßig unter Ausschluss der Öffentlichkeit, wobei im vorliegenden Fall nach jeder Verhandlungsrunde eine umfassende Rückkopplung mit dem EP, den Regierungen, den nationalen Parlamenten und der Zivilgesellschaft erfolgt ist.⁵² Diese Informationsprozesse sind von der breiteren Öffentlichkeit aber vielfach nicht wahrgenommen worden bzw. hat zu den Verhandlungsergebnissen, wohl aufgrund ihres anspruchsvollen technischen Charakters, im Anschluss keine vertiefte Diskussion stattgefunden. Die Informationspflicht wurde zu einer unzustellbaren Bringschuld.

Weitgehend unbeachtet von der Öffentlichkeit ist in der EU längst ein ausgefeiltes System zur systematischen Einbindung des EP, der nationalen Regierungen, der nationalen Parlamente und letztlich der Zivilgesellschaft in internationale Handelsverhandlungen entstanden: Dies geschieht bspw. über den Handelsausschuss INTA des EP, über den Sonderausschuss des Rates (den früheren 133er-Ausschuss), über die demokratische Legitimierung der Ratsmitglieder, die wiederum ihren nationalen Parlamenten gegenüber verantwortlich sind sowie über die bei diesen Institutionen angesiedelten Informationskanäle zur Zivilgesellschaft.⁵³ Diese Mechanismen sind selbst dann operativ, wenn das betreffende Abkommen in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fällt. Liegt schließlich ein gemischtes Abkommen vor, so wird ein paralleler Informationskanal gelegt, der Informationsfluss verstärkt und die demokratische Legitimierung nochmals poten-

51 Vgl. F. Hoffmeister, Wider die German Angst – Ein Plädoyer für die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP), in: AVR 2015, S. 35-67 (40).

52 Ibid., S. 39.

53 Vgl. R. Streinz, Repräsentative Demokratie und parlamentarische Kontrolle, in: Bungenberg/Hermann (eds.), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union, 2016, S. 71-118.

ziert. Allfällige Informationsdefizite sind in diesem Fall primär den Mitgliedstaaten und nicht der EU zuzuschreiben.

Es äußert sich hier ein ganz grundlegendes Dilemma: Noch nie sind in der modernen Wirtschaftsgeschichte Handelsverhandlungen unter derart umfassender (direkter und indirekter) Einbindung der Bevölkerung erfolgt und noch nie war gleichzeitig der Unmut über eine angeblich unzureichende demokratische Legitimierung von internationalen Abkommen so ausgeprägt. Der Versuch, die Gestaltung der Außenwirtschaftsbeziehungen zu demokratisieren, ist auf objektive Grenzen gestoßen und gleichzeitig hat der Versuch einer verstärkten demokratischen Fundierung dieser Politik – angesichts komplexer Informationsinstrumentarien und einer Materie, die nur mehr von Experten in allen Details verstanden (und oft trotzdem nicht beurteilt) werden kann – den Eindruck fehlender Transparenz und Einbindung geschaffen. Im Kontext der Unterzeichnung des CETA-Vertrages kam es sogar zu einer gezielten mitgliedstaatlichen Blockade, in deren Rahmen dem Verhandlungspartner Scheinzugeständnisse abgerungen wurden (die allein wiedergaben, was im Vertrag ohnehin schon stand), um der Bevölkerung gegenüber auf mitgliedstaatlicher Ebene eine Zustimmung zum Vertrag zu rechtfertigen.⁵⁴

Während das TTIP gänzlich zu scheitern droht, hat sich der Rat in Bezug auf das CETA aufgrund politischer Überlegungen für einen gemischten Vertrag entschieden – und dadurch jedem Mitgliedstaat die Möglichkeit eingeräumt, das Abkommen in seiner jetzigen Form zu Fall zu bringen. Im Gutachtensverfahren 2/15 über die Kompetenzverteilung beim Abschluss des geplanten Freihandelsabkommens der EU mit Singapur zeichnet sich eine Festlegung des EuGH wiederum auf eine geteilte Zuständigkeit ab⁵⁵, womit für die weitere Zukunft die geteilte Zuständigkeit beim Abschluss von „Mega-Regionals“ zur Regel werden dürfte, und zwar als rechtliche Verpflichtung und nicht allein als politische Konzession.

Sollten die „Mega-Regionals“ tatsächlich zum zentralen Ordnungsrahmen der Weltwirtschaft werden, so droht für die EU die Gefahr, in eine Randlage gedrängt zu werden. Angesichts des komplexen internen Entscheidungsmechanismus, der diffusen, wenn auch nicht weiter substantiierten Globalisierungsängsten großes Gewicht einräumt, wird es fraglich, in wie weit die EU überhaupt noch solche Verträge abschließen kann. Unter dieser Perspektive würde der Brexit Großbritannien einen völlig neuen Handlungsspielraum einräumen.

VI. Schlussbemerkungen

Im Rahmen dieser Abhandlung wurde – ausgehend von der „Brexit“-Entscheidung des britischen Volkes anhand von drei weiteren „Baustellen“ an der EU-Ar-

54 So sind wohl die interpretativen Erklärungen zu werten, die als Vorbedingung für eine Unterzeichnung ausbedungen worden sind.

55 Zumindest gehen die Schlussanträge von *GA Eleanor Sharpston* in diese Richtung.

chitektur die existenzielle Krise aufgezeigt, die die Union gegenwärtig durchlebt. Dem Konzept der „immer engeren Union“ wohnt zumindest implizit das Streben nach Staatlichkeit inne, vielleicht auch nur als unendlicher Näherungsprozess, der dieses Ziel nie definitiv erreicht, diesem aber dennoch immer näher kommt. Die Vorstellung jedoch, dass dieser Prozess linear durchgezogen werden könnte, gerät immer mehr ins Schwanken.

Die Gleichsetzung der europäischen Integration mit einem „Zahnrad mit Rücklaufsperr⁵⁶“ steht für einen vielfach vertretenen, rein positiv besetzten Integrationsbegriff, wobei bei diesem Modell – logisch zu Ende gedacht – auch Gefahren und Schattenseiten in Rechnung gestellt werden müssen: Maßgebliche Weichenstellungen werden unter Unsicherheit vorgenommen und der diesem Bild implizite Gedanke einer nicht vorhandenen bzw. nur unter sehr erschwerten Voraussetzungen gegebenen Korrekturmöglichkeit muss Fragen über die Gestaltung dieses Prozesses, über die Akzeptanz dieses Entscheidungsmechanismus aufwerfen. Die weitere Demokratisierung dieser Verfahren, auch unter verstärkter Berücksichtigung basisdemokratischer Beiträge, war als Versuch gedacht, sowohl die Legitimität als auch die Ergebnisqualität dieser Mechanismen zu stärken. Wie die Erfahrungen der letzten Jahre zeigen, wirft dieser Ansatz aber neue Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf. Der Glaube, von Europa aus, einem Kontinent, der bevölkerungsmäßig und wirtschaftlich ständig an Bedeutung verliert, den Globalisierungsprozess maßgeblich gestalten zu können, über einen Staatenverbund, in dem einerseits mitgliedstaatliche souveräne Rechte eifersüchtig verteidigt werden, andererseits der Gerichtshof den Integrationsprozess rechtsgestaltend in entscheidender Form vorangetrieben hat, erweist sich immer mehr als Illusion. Er mag auch nicht explizit positiviert worden sein, doch liegt er zweifelsohne der Gestalt der gegenwärtigen Entscheidungsmechanismen zugrunde, und gegenüber jedem Versuch einer diesbezüglichen Reform ist mit Fundamentalopposition zu rechnen.

Die Gestalt der EWWU und die harte Bewährungsprobe, die diese in der großen Finanz- und Wirtschaftskrise ab 2008 durchzustehen hatte, ist bester Beleg dafür, welche Gefahrenszenarien die für die Union typischen Kompromisse zwischen Integration und Wahrung mitgliedstaatlicher Souveränität aufwerfen können. Die Rettung der EWWU (und möglicherweise der Union selbst) erfolgte an den Grenzen des EU-Verfassungsrechts und war wohl nur deshalb möglich, da eben keine direktdemokratische Abstimmung in dieser Frage erfolgte. Wie oben ausgeführt, ist diese Krise aber noch nicht wirklich gelöst und es verbleibt auf jeden Fall bei allen Beteiligten eine tiefe Unzufriedenheit über den Lösungsansatz selbst. Eine wesentliche Ursache dafür liegt in der nach wie vor ungeklärten Frage hinsichtlich der Reichweite und der konkreten Bedeutung der Solidarität im europäischen

56 Siehe dazu *Ch. Thimann*, Die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die europäische Währungsunion, in: Kirchhof et al. (Hrsg.), *Von Ursprung und Ziel der Europäischen Union*, 2016, S. 135-154 (152).

Staatenverbund – was für die einen unzureichend war, geht für die anderen schon viel zu weit.

Die Fluchtbewegung nach Europa verstärkt auf mitgliedstaatlicher Ebene bei Teilen der Bevölkerung den Ruf nach Einschränkung des hohen Schutzstandards, während andere die Gefahr der Preisgabe zentraler menschenrechtlicher Errungenschaften sehen. Im außenwirtschaftlichen Bereich wird zusehends deutlicher, dass der Versuch, basisdemokratische Ansätze auf die Gestaltung der internationalen Wirtschaftsbeziehungen zu übertragen und dabei Fairnessvorstellungen rechtlich zu fassen, die selbst sozialwissenschaftlich und ökonomisch noch weitgehend umstritten sind, von Anfang an zum Scheitern verurteilt sein muss.

Die EU ist auf der Suche nach dem Demokratiemodell (den Demokratiemodellen?), das all diese Krisenbewältigungsprozesse effizient steuern und gleichzeitig die Funktionsfähigkeit der EU (intern und international) sicherstellen kann.⁵⁷ Es ist nicht gesichert, dass diese Suche erfolgreich verlaufen wird, zumal auch die neuen internen Entscheidungsmechanismen, die im Wesentlichen als Konzessionen gegenüber Forderungen nach verstärkter demokratischer Fundierung der EU gedacht waren, immer mehr zu ihrer Lähmung geführt haben.⁵⁸ Vielleicht ist es die Reminiszenz einer vergangenen Führungsrolle, die die EU als Ganze (bspw. im Kontext der internationalen Integrationsabkommen) bzw. einzelne ihrer Mitglieder (so am Beispiel des Brexit zu zeigen) zu gewagten Alleingängen veranlasst. Es handelt sich um bislang unbeschrittelte Pfade, um den Versuch, die kleinteilige und vielfältige Realität dieses Kontinents als Erfolgs- und zentralen Identifikationsfaktor auch in einer globalisierten Welt zu wahren. Ein Erfolg dieses Ansatzes ist nicht gänzlich ausgeschlossen, aber mit einer Unzahl an Unwägbarkeiten und Gefahren verknüpft. Diese betreffen zum einen die Position Europas in der Welt, zum anderen aber auch zahlreiche Errungenschaften nach innen. Die „immer engere Union“, die derzeit so stark angefeindet wird, hat den Einzelnen, das Individuum verstärkt in den Mittelpunkt gerückt⁵⁹. Ein Rückbau dieser Errungenschaften müsste notwendigerweise auch die Position des Unionsbürgers, seinen Rechtsstatus, unmittelbar berühren.⁶⁰

57 Vgl. dazu auch *A. Auer*, The people have spoken: abide? A critical view of the EU's dramatic referendum (in)experience, in: *European Constitutional Law Review* 2016, S. 397-408 (unter Bezugnahme auch auf die Schweizer Situation) sowie *Th. Jaeger*, Alle Macht dem Volk? Direkte Demokratie und ihr Missbrauch als Integrationsproblem, in: *EuZW* 2017, S. 127-131. Generell zur demokratiepolitischen Diskussion innerhalb der EU vgl. *A. Hatje*, Demokratie in der Europäischen Union – Plädoyer für eine parlamentarisch-verantwortliche Regierung der EU, in: *EuR* 2015, Beiheft 2, S. 39-51.

58 Zu beachten ist, dass auch ein eventuelles Freihandelsabkommen EU-Großbritannien wohl als gemischtes Abkommen abzuschließen wäre – mit all den damit verbundenen Blockademöglichkeiten jedes einzelnen MS.

59 Zentrale Rolle kommt dabei den Rechten des Unionsbürgers zu, die vom EuGH sicherlich sehr extensiv interpretiert worden sind. Vgl. *P. Hilpold*, Unionsbürgerschaft und Bildungsrechte oder: Der EuGH als 'Künstler', in: *Roth/Hilpold* (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten – Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten, 2008, S. 11-53. Zur problematischen Abkehr vom Konzept der „immer engeren Union“ vgl. *H. Neisser*, Die Europäische Union – zukünftige politische Perspektiven, in: *Wiener Blätter zur Friedensforschung* 2016, S. 16-20.

60 So sehr deutlich *A. Armstrong*, Editorial – Brexit and the Future of European Legal Studies, in: *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2016, S. 1-2.

Die Europäische Bankenunion als mehrgleisiges Reformvorhaben

Andreas Witte, Frankfurt*

Der Beitrag unternimmt den Versuch einer holistischen Gesamtschau auf das Projekt der Bankenunion. Hierzu wird zunächst der historische und wirtschafts-politische Hintergrund dargestellt, etwa in Form der Defizite des Status Quo, die sich in der Finanzkrise offenbarten. Sodann werden die Reformvorhaben, die kollektiv die Bankenunion bilden, dargestellt; sie stellen sich ein als vertikal (europäische versus nationale Ebene) und horizontal (nebeneinander bestehende Mechanismen für Aufsicht, Abwicklung und Einlagensicherung) in zahlreiche Bestandteile differenziertes Geflecht dar, aus dem sich ein hoher Grad an institutioneller und verfahrensmäßiger Komplexität ergibt. Angesprochen wird auch die Interaktion von institutioneller Architektur und anwendbarem materiellem Recht; sie stellt die Brücke zur EU-28 dar, mit der die Bankenunion weite Teile des materiellen Rechts teilt, stellt das Europarecht aber vor neuartige dogmatische Herausforderungen, um dieses Recht für die Institutionen der Bankenunion anwendbar zu machen.

I. Einführung und Status Quo vor der Finanzkrise

Das weltweit gängige Geflecht an regulatorischen Vorschriften für Banken, bestehend aus Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen, qualitativer Bankenaufsicht und Offenlegungspflichten, wird bereits seit geraumer Zeit üblicherweise in Form eines Drei-Säulen-Modells beschrieben: Drei nebeneinander stehende Pfeiler, die gemeinsam das Dach eines widerstandsfähigeren Finanzsystems tragen¹. Seit einigen Jahren jedoch wird zumindest in der Europäischen Union ein gänzlich anderes Modell diskutiert, das eine komplexe regulatorische Architektur für Banken unter Rückgriff auf drei Säulen beschreibt: Die Bankenunion, die auf den Pfeilern gemeinsame Bankenaufsicht, gemeinsamer Abwicklungsmechanismus und Harmonisierung der Einlagensicherung ruht. Bevor auf die drei Säulen im Einzelnen einzugehen ist, soll zunächst der historische und legislative Hintergrund des Vorhabens kurz skizziert werden.

* Principal Legal Counsel, Generaldirektion Rechtsdienste, Europäische Zentralbank; MJur, MSc (beide Oxford); Dipl.-Jur., Wirtschaftsjurist (beide Univ. Bayreuth). Die in diesem Beitrag vertretenen Ansichten sind diejenigen des Autors und müssen nicht notwendigerweise mit denen der Europäischen Zentralbank oder irgendeiner anderen Institution übereinstimmen.

¹ Das Säulenmodell trat erstmals prominent im ursprünglichen Text des Rahmenwerks Basel II auf: Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und der Eigenkapitalanforderungen. Basel, Bank für Internationalen Zahlungsausgleich 2004, <http://www.bis.org/publ/bcbs107ger.pdf> (abgerufen am 9.2.2017). Es ist, mit Modifikationen, auch im Nachfolgestandard Basel III präsent; siehe Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme. Basel, Bank für Internationalen Zahlungsausgleich 2010 (revidiert 2011), http://www.bis.org/publ/bcbs189_de.pdf (abgerufen am 9.2.2017).

Der rechtliche Rahmen für die Geschäftstätigkeit von Banken wurde auch nach Gründung der Europäischen Union – früher der Europäischen Gemeinschaft – als essentiell nationale Aufgabe betrachtet. Dies umfasste sowohl die regulatorische Seite, also den Erlass der gesetzlichen Vorschriften, nach denen sich Banken zu orientieren hatten, als auch die eigentliche Bankenaufsicht, also die Überwachung der Einhaltung dieser Vorschriften durch Aufsichtsbehörden. Erst in den Siebziger und Achtziger Jahren wurde durch eine Reihe von Rechtsakten ein – aus heutiger Sicht fast schon rudimentäres – harmonisiertes europäisches Regime geschaffen². Zu nennen sind auf europarechtlicher Seite hier insbesondere die Erste Bankrechtskoordinierungsrichtlinie³ über das Regime zur Erteilung von Banklizenzen; die Erste Konsolidierungsrichtlinie⁴ über die Aufsicht auf konsolidierter Basis, d.h. über eine Bankengruppe insgesamt anstatt lediglich auf Basis jedes Kreditinstituts im Sinne einer eigenen juristischen Person; sowie die Eigenmittelinrichtlinie⁵ und die Solvabilitätsrichtlinie⁶. Ab 1988 dienten diese Rechtsakte zur Umsetzung des Baseler Akkords („Basel I“)⁷ in Europa. Auffällig ist dabei, dass sich in den Anfangsjahren die Harmonisierungsbemühungen nicht zuletzt darauf konzentrierten, die Voraussetzungen für den durch die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit geforderten „europäischen Pass“ zu schaffen, also den Grundsatz, dass ein in einem Mitgliedstaat lizenziertes Unternehmen seine Dienstleistungen im gesamten Binnenmarkt anbieten darf, ohne in jedem nationalen Markt eine erneute Lizenz zu benötigen⁸. Es ging hier also eher darum, den Handlungsspielraum der Banken auszuweiten, anstatt ihn durch regulatorische Steuerung ihrer Risiken in geordnete Bahnen zu lenken.

II. Reformvorhaben in Reaktion auf die Finanzkrise

Durch die Finanzkrise, die sich in Europa zur Staatsschuldenkrise auswuchs, nahm diese Diskussion eine andere Stoßrichtung an. Dass die europäischen Finanzmärkte entlang nationaler Grenzen fragmentiert waren, weil die Bankenregulierung trotz Teilharmonisierung weiterhin im Grundsatz in nationaler Zuständigkeit lag, wurde nun nicht mehr primär als Hemmnis für den grenzüberschreitenden Handel gesehen, sondern auch als Gefahr für die Finanzstabilität und die öf-

2 Für einen kurzen Abriss der historischen Entwicklung der Bankenregulierung im Europarecht siehe *L. Quaglia*, *The European Union & Global Financial Regulation*, 2014, S. 46ff.

3 RL 77/780/EWG des Rates vom 17.12.1977.

4 RL 83/350/EWG des Rates vom 13.6.1983.

5 RL 89/299/EWG des Rates vom 17.4.1989.

6 RL 89/647/EWG des Rates vom 18.12.1989.

7 Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen. Basel, Bank für Internationalen Zahlungsausgleich 1988, <http://www.bis.org/publ/bcbs04ade.pdf> (abgerufen am 9.2.2017).

8 Schlüssel war hier die Zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie (RL 89/646/EWG des Rates vom 15.12.1989). Die primärrechtlichen Vorgaben des „europäischen Passes“ finden sich in der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (heute Artikel 49 und 56 AEUV, mit Ermächtigung zur sekundärrechtlichen Ausgestaltung in Artikel 53 und 62 AEUV; damals Artikel 52, 59, 57 und 66 EWG-Vertrag).

fentlichen Finanzen wahrgenommen. Mehrere in der Krise fatale Schwachstellen ergaben sich als Folge dieser nationalen Zuständigkeit⁹.

Zum Einen wurde ein „national bias“ in der Bankenaufsicht konstatiert¹⁰, bei dem riskante, aber im jeweiligen Markt weit verbreitete Transaktionen und Geschäftsmodelle nicht hinreichend hinterfragt und regulatorisch begrenzt wurden. Dies muss nicht einmal notwendigerweise aus bösem Willen heraus geschehen, sondern kann auch darin begründet gelegen haben, dass die zuständigen Regulierer und Aufseher die ihnen vertrauten Gegebenheiten als selbstverständlich hinnahmen.

Teilweise wurden auch vorhandene Risiken durchaus identifiziert, die zuständigen Aufseher reagierten darauf jedoch nicht mit den erforderlichen Maßnahmen. Dieses als „supervisory forbearance“ bezeichnete Phänomen kann zahlreiche Ursachen haben¹¹. Ein möglicher Grund liegt in politischem oder medialem Druck, dem sich die Aufseher und Regulierer ausgesetzt sehen, wenn die zu ergreifenden Maßnahmen zu (sozial-)politisch unerwünschten oder unpopulären Folgen führen würden. Beispielsweise könnte eine Behörde, die eine makroprudenzielle¹² Perspektive einnimmt und auch die zur Ergreifung entsprechender Gegenmaßnahmen erforderlichen Befugnisse hätte, versuchen, einer kreditfinanzierten Immobilienblase entgegenzuwirken, indem sie Banken zu einer konservativeren Kreditvergabepraxis drängt (etwa strengere loan-to-value-Grenzen für grundpfandrechlich abgesicherte Immobiliarkredite). Damit würde sie sich aber dem Vorwurf aussetzen, die aus Sicht der Immobilieneigentümer durchaus erfreulichen Preissteigerungen zu verlangsamen, umgekehrt aber denen, die noch kein Immobilien Eigentum besitzen, die Finanzierung zu erschweren oder unmöglich zu machen. Hieraus kann ein erheblicher politischer Druck auf die Behörde entstehen, solche Maßnahmen zu unterlassen, obwohl sie aus prudenzieller oder finanzstabilitätspolitischer Sicht vielleicht erforderlich wären¹³.

9 Für eine Darstellung der Nachteile national fragmentierter Bankenaufsicht sowie von Maßnahmen, die bereits vor Schaffung des SSM in der EU ergriffen wurden (vor allem Gründung der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde EBA) siehe *G. Ferrarini/F. Chiodini*, Nationally Fragmented Supervision over Multinational Banks as a Source of Global Systemic Risk, in: *E. Wymeersch/K.J. Hopt/G. Ferrarini (Hrsg.)*, Financial Regulation and Supervision – a Post-Crisis Analysis, 2012, S. 193-231.

10 Siehe hierzu beispielsweise *A.-K. Reinders/S. Feckl*, Auswirkungen einer komplexen neuen Aufsichtsstruktur, in: *O. Everling/K.-H. Goedeckemeyer (Hrsg.)*, Bankenrating, 2015, S. 445, 446f.

11 Siehe *B. Weder di Mauro/Klüh, Ulrich*, Reshaping Systemic Risk Regulation in Europe, *Brown Journal of World Affairs* 2010, S. 179, 182-184 für eine Übersicht verschiedener Gründe für „supervisory forbearance“ aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht.

12 Die makroprudenzielle Aufsicht ist seit Beginn der Finanzkrise ins Zentrum regulatorischer Aufmerksamkeit gerückt. Gemeint ist dabei eine aufsichtliche Perspektive, die die Stabilität des Finanzsystems insgesamt zum Ziel hat – im Gegensatz zur herkömmlichen „mikroprudenziellen“ Aufsicht, bei der es um die Nachhaltigkeit einer konkreten Bank oder Bankengruppe für sich geht. Für eine Gegenüberstellung der Mikro- und Makroebene siehe *S.G. Hanson/A.K. Kashyap/J.C. Stein*, A Macroprudential Approach to Financial Regulation, *Journal of Economic Perspectives* 2011, S. 3.

13 Ein viel diskutiertes Beispiel für eine sozialpolitisch gut gemeinte, finanzstabilitätspolitisch aber potentiell nachteilige Maßnahme stammt aus den USA. Die amerikanische Gesellschaft ist deutlicher als die stark mietenfreundliche deutsche auf die Wertschätzung privaten Wohneigentums ausgerichtet. Es war daher ein von der amerikanischen Politik verfolgtes Ziel, den Prozentsatz der Immobilieneigentümer auch in weniger gut verdienenden Bevölkerungsschichten zu erhöhen, zumal sich diese überproportional aus Angehörigen ethnischer Minderheiten zusammensetzten. Dieses Ziel war nur durch Senkung der Kreditvergabestandards zu er-

Auf einer allgemeineren und abstrakteren Ebene wurde ein verhängnisvoller Nexus zwischen Staatsfinanzen und Bankbilanzen beobachtet¹⁴. Dieser Nexus wirkte in beide Richtungen: Einerseits hielten viele Banken erhebliche Mengen an Staatsanleihen der eigenen Regierungen, deren Buchwert und Beleihungswert von der Nachhaltigkeit der Staatsfinanzen abhingen. Eine Verschlechterung der Bonität des Fiskus schlug daher auf die finanzielle Situation der Banken durch. Umgekehrt waren aber auch die Staatsfinanzen an die Solidität des Bankensektors geknüpft: Wie das Beispiel Lehman Brothers illustrierte, kann ein Insolvenzverfahren über eine systemrelevante Bank, durch das deren ökonomische Aktivitäten schlagartig unterbrochen werden, durch die Vernetzung der Finanzmarktakteure untereinander und durch den eintretenden Vertrauensverlust schwer vorhersehbare systemische Folgen haben (das bekannte Schlagwort lautet hier „too big to fail“). Daher zogen es zahlreiche Regierungen vor, ins Straucheln geratene Institute nicht dem Insolvenzverfahren zu überantworten, sondern mit öffentlichen Mitteln zu retten. Durch diese Bail-outs wurden Staatsfinanzen strapaziert und öffentliche Schuldenquoten erhöht; dies erwies sich etwa im Falle Irlands als verhängnisvoll, das vor der Krise über Jahre hinweg ausgeglichene oder nahezu ausgeglichene Staatshaushalte auswies, durch den Bail-out des inländischen Bankensektors aber auf einen Schlag mit erheblichen Lasten konfrontiert wurde und den Rettungsschirm („Economic Adjustment Programme“) der europäischen Partner und des IWF in Anspruch nehmen musste. Ein zentrales Petitum, das als Folge der Krise erhoben wurde, lag daher darin, diesen bidirektionalen Nexus zwischen Staatsfinanzen und Bankbilanzen zu durchbrechen.

Als politische Schlussfolgerung wurde hieraus gezogen, dass die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion nun vervollständigt werden müsse. Die Initiative kam zunächst von der Europäischen Kommission¹⁵, wurde von den in der Eurogruppe zusammenkommenden Regierungen der Staaten der Eurozone aufgegriffen¹⁶ und in einem Papier der „vier Präsidenten“ (d.h. der Präsidenten von Rat, Eurogruppe, Kommission und EZB)¹⁷ näher ausgestaltet: Nach der Europäisierung der Geldpolitik, die mit Einführung des Euro im Jahr 1999 erfolgt war,

reichen. Dies wurde in der Folge von politischer Seite nicht nur geduldet, sondern sogar aktiv vorangetrieben (z.B. Verbot des sogenannten „redlining“, also der unter Banken verbreiteten Praxis, an Bewohner von als einkommensschwach identifizierten Gegenden keine Kredite zu vergeben). Siehe *K.E. Scott*, *The Financial Crisis: Causes and Lessons*, *Journal of Applied Corporate Finance* 2010, S. 8. Wie groß die Auswirkungen waren, die speziell das „redlining“ auf die Qualität von Aktiva (sowohl in Bankbilanzen als auch als Bestandteil von Kreditverbriefungen), hatte, ist freilich umstritten; siehe hierzu z.B. den Bericht einer vom US-Kongress eingesetzten Untersuchungskommission: *Financial Crisis Inquiry Commission, The Financial Crisis Inquiry Report*, Washington 2011, S. xxvii, http://fcic-static.law.stanford.edu/cdn_media/fcic-reports/fcic_final_report_full.pdf (abgerufen am 9.2.2017).

14 Siehe hierzu Gemeinsame europäische Bankenaufsicht – Erster Schritt auf dem Weg zur Bankenunion. Frankfurt, Monatsbericht der Deutschen Bundesbank Juli 2013, S. 15, 16.

15 KOM MEMO/12/413, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-413_en.pdf (abgerufen am 9.2.2017), mit Verweis auf Äußerungen des damaligen Kommissionspräsidenten Barroso.

16 Eurogruppe, Euro area summit statement vom 29.6.2012, http://www.consilium.europa.eu/en/european-council/pdf/20120629-euro-area-summit-statement-en_pdf/ (abgerufen am 9.2.2017).

17 “Towards a genuine economic and monetary union”, 5.12.2012, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/134069.pdf (abgerufen am 9.2.2017).

sollten nun auch die bislang überwiegend national geregelten Bereiche Bankenaufsicht, Bankenabwicklung und Einlagensicherung europäisiert werden. Die bisherige Differenzierung zwischen Geldpolitik, über die auf europäischer Ebene beschlossen wurde, und anderen Bereichen, die mit der Geldpolitik in Wechselwirkung stehen, auf der anderen Seite zeigte sich als langfristig unbefriedigend. Daher rührte auch die Formulierung im Bericht der vier Präsidenten, wonach die Bankenunion den gemeinsamen Markt vervollständigt und erst eine die Wirtschafts- und Währungsunion erst zu einer „echten“ („genuine“) mache.

III. Die einzelnen Säulen der Bankenunion in ihrem gegenwärtigen Entwicklungsstand

1. Erste Säule: Der einheitliche Aufsichtsmechanismus SSM

a) Rechtliche Grundlagen

Die gemeinsame Bankenaufsicht, verkörpert durch den Single Supervisory Mechanism (SSM), stellt die erste und bislang auch am weitesten entwickelte und aktivste Säule der Bankenunion dar. Sie wurde durch eine Verordnung des Rates¹⁸, die sogenannte SSM-Verordnung, errichtet, die – im gegenwärtigen Stand des Europarecht ungewöhnlich – nicht im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens erlassen wurde, sondern in einem besonderen Gesetzgebungsverfahren, das Einstimmigkeit im Rat erforderte, aber nur eine Anhörung des Europäischen Parlaments¹⁹. Da zahlreiche technische Einzelheiten des institutionellen Gefüges des SSM zu detailliert waren, um in einem Sekundärrechtsakt geregelt zu werden, enthält die SSM-Verordnung in Art. 6 Abs. 7 und Art. 33 Abs. 2 eine Ermächtigungsgrundlage an die EZB, detaillierte Regeln zur Konkretisierung der SSM-Verordnung zu erlassen; diese Ermächtigung hat sie durch die SSM-Rahmenverordnung²⁰ ausgeübt, die stets im Zusammenspiel mit der SSM-Verord-

¹⁸ VO (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15.10.2013.

¹⁹ Dieses besondere Gesetzgebungsverfahren war von der gewählten Rechtsgrundlage, Art. 127 Abs. 6 AEUV, vorgegeben. Dennoch musste politischer Konsens mit dem Parlament hergestellt werden: Die SSM-Verordnung machte Änderungen an der Gründungsverordnung der EBA (VO (EG) Nr. 1093/2010 des EP und des Rates vom 24.10.2010, sog. EBA-Verordnung) erforderlich, die auf Grundlage des Art. 114 AEUV und daher im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zu erlassen waren. Die erforderliche EBA-Änderungs-Verordnung (VO (EU) Nr. 1022/2013 des EP und des Rates vom 22.10.2013) wurde gemeinsam mit der SSM-Verordnung in einem Paket verhandelt und behandelt. In der politischen Praxis erforderte die Schaffung des SSM als Gesamtpaket daher sowohl Einstimmigkeit im Rat (und zwar des Rates der 28, d.h. unter Einbeziehung der nicht am Euro teilnehmenden Mitgliedstaaten) als auch die Zustimmung des Parlaments. Die Staaten außerhalb der Eurozone setzten dabei eine Änderung der Abstimmungsmodalitäten in der EBA zu ihren Gunsten durch, denn in allen wichtigen Fragen gilt nun im obersten Gremium der EBA, dem Rat der Aufseher, das Prinzip der doppelten Mehrheit (Art. 44 Abs. 1 der EBA-VO in der geänderten Fassung): Beschlüsse bedürfen der Zustimmung der Mehrheit sowohl der Mitgliedstaaten mit als auch der Mitgliedstaaten ohne Teilnahme am Euro. Diese Regelung, die den „Outs“ überproportional großes Stimmgewicht in der EBA verleiht, kann realistischerweise nur als der politische Preis verstanden werden, den sie sich für ihre notwendige Zustimmung zur Schaffung des SSM haben bezahlen lassen.

²⁰ VO (EU) Nr. 468/2014 der EZB vom 16.4.2014.

nung, welche sie ausfüllt, zu lesen ist und die trotz ihres tertiärrechtlichen, d.h. aus dem europäischen Sekundärrecht abgeleiteten Charakters eine „echte“ Verordnung im europarechtlichen Sinne ist und daher unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten sowie Anwendungsvorrang vor nationalem Recht genießt²¹.

b) Institutionelle Architektur

Es handelt sich beim SSM nicht um eine neue Behörde mit eigener Rechtspersönlichkeit, sondern um einen Mechanismus, der bereits existierende Behörden in enger Abstimmung miteinander kooperieren lässt, nämlich die Europäische Zentralbank und die nationalen zuständigen Behörden der SSM-Mitgliedstaaten. Letztere werden im abkürzungsaffinen SSM-Sprachgebrauch als NCAs, National Competent Authorities, bezeichnet; bei ihnen handelt es sich um die bislang zuständigen nationalen Bankenaufsichtsbehörden. Die institutionellen Architekturen auf nationaler Ebene sind dabei durchaus vielfältig: Manche Mitgliedstaaten, darunter zum Beispiel Deutschland oder Österreich, verfolgten bislang das Konzept der Allfinanzaufsicht, bei der die drei klassischen Finanzmarktsektoren Banken, Versicherungen und Wertpapiermärkte unter einem Dach beaufsichtigt werden. In solchen Fällen bleiben die Versicherungs- und Wertpapierkompetenzen der NCAs von der Errichtung des SSM unberührt, während die Bankenaufsicht in den SSM eingebunden wird. In anderen Mitgliedstaaten, beispielsweise Italien, bestehen demgegenüber separate sektorale Aufsichtsbehörden. Auch hinsichtlich der Einbindung der Zentralbank in die Aufsicht variiert die Bandbreite erheblich und reicht von alleiniger Zuständigkeit der Zentralbank über diverse Mischsysteme wie in Deutschland und Österreich bis hin zu Mitgliedstaaten, in denen die Zentralbank keinerlei aufsichtliche Aufgaben wahrnimmt. Auf europäischer Ebene ist dem Konzept der Allfinanzaufsicht bis auf Weiteres eine Absage erteilt. Dies zeigt sich etwa an EBA, ESMA und EIOPA, die trotz ihrer Bezeichnung als Europäische Finanzaufsichtsbehörden keine tatsächliche Aufsicht im Sinne der täglichen Überwachung der Banken sowie des Erlasses von Einzelfallrechtsakten, die an Finanzmarktakteure adressiert sind, ausüben²², sondern eher normative Aufgaben bei der Entwicklung regulatorischer Texte wahrnehmen; diese Behörden sind sek-

21 Die EZB ist daher im Bereich der Bankenaufsicht nicht nur mit aufsichtlichen Befugnissen im engeren Sinne ausgestattet, sondern besitzt auch eigene normsetzende Befugnisse zum Erlass von allgemeinen Rechtsvorschriften (siehe hierzu Art. 4 Abs. 3 SSM-Verordnung, Art. 132 Abs. 1, 1. Spiegelstrich AEUV und Art. 34.1, 1. Spiegelstrich ESZB-Statut (das als Protokoll zu den Verträgen primärrechtlichen Rang einnimmt)). Grundsätzlich kann die EZB jede Befugnis, die ihr aus der SSM-Verordnung zukommt, auch in Form einer Verordnung ausüben, sofern dies nicht im konkreten Fall ausgeschlossen ist.

22 Eine Ausnahme ist hier teilweise ESMA, die im Bereich der Kreditratingagenturen und der Transaktionsregister weitreichende eigene Aufsichtsbefugnisse direkt gegenüber den beaufsichtigten Unternehmen besitzt. Siehe hierzu vor allem VO (EU) Nr. 1060/2009 des EP und des Rates vom 16.9.2009, deren Aufsichtsbefugnisse über Ratingagenturen durch VO (EU) Nr. 513/2011 des EP und des Rates vom 11.5.2011 von den nationalen Behörden auf die ESMA übertragen wurde.

toral differenziert. Auch die Aufsicht des SSM ist auf Banken und Bankengruppen²³ beschränkt und hat keine sektorübergreifende Kompetenz.

Der SSM hat nicht etwa die bankenaufsichtlichen Aufgaben der NCAs vollständig auf die EZB übertragen, sondern sieht eine komplexe, differenzierte Kompetenzverteilung und Kompetenzverzahnung der beiden Ebenen vor. Grundlegend ist dabei die in Art. 6 Abs. 4 SSM-Verordnung verankerte Unterscheidung zwischen signifikanten und weniger signifikanten Instituten. Die Kriterien stellen auf Größe, Relevanz für die Wirtschaft der Union oder eines Mitgliedstaates und Bedeutung der grenzüberschreitenden Tätigkeiten ab; sie sind in der SSM-Verordnung definiert und in der SSM-Rahmenverordnung näher konkretisiert.

Die so identifizierten signifikanten Banken – dies betrifft derzeit 129 Bankengruppen in der Eurozone, denn Signifikanz wird stets auf konsolidierter Gruppenebene festgestellt und erfasst dann jedes noch so kleine Kreditinstitut innerhalb der Gruppe – werden direkt von der EZB beaufsichtigt. Die weniger signifikanten Institute – in SSM-Terminologie LSIs genannt, Less Significant Institutions – werden weiterhin von den NCAs beaufsichtigt, wobei die EZB jedoch im Rahmen einer sogenannten „oversight“²⁴ zwar keine Einzelfallweisungen erteilen, wohl aber allgemeine Leitlinien aufstellen kann, um eine allzu große Divergenz der nationalen Aufsichtspraktiken zu verhindern²⁵. Diese LSIs machen etwa 3200 Bankengruppen in der Eurozone aus, gegenüber den 129 signifikanten Gruppen, stellen aber nur 16 Prozent der Gesamtbilanzsumme des Bankensektors in den am SSM teilnehmenden Mitgliedstaaten. Diese Arbeitsteilung bedeutet jedoch nicht, dass die NCAs bei der Beaufsichtigung der signifikanten Institute außen vor blieben, denn die Alltagsarbeit der laufenden Überwachung der Banken wird von gemischten Aufsichtsteams („Joint Supervisory Teams“, JSTs), bestehend aus Mitarbeitern der EZB und der nationalen Behörden, wahrgenommen. Sie üben ihre Arbeit über verschiedene Standorte – die der EZB und die der beteiligten NCAs – verteilt aus, stehen vor allem über Telekommunikation im täglichen Kontakt untereinander und werden sachlich von einem Koordinator, der Mitarbeiter der EZB ist, geleitet²⁶. Was noch wichtiger ist: Alle aufsichtlichen Entscheidungen werden

23 Aus deutscher Sicht ist dabei auch erwähnenswert, dass der Begriff des „Kreditinstituts“, wie er in der SSM-Verordnung zur Abgrenzung der Kompetenzen des SSM verwendet wird, europarechtlich zu verstehen ist und damit begrenzt auf Unternehmen, die das Einlagen- und Kreditgeschäft betreiben (siehe hierzu Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 der CRR – VO (EU) Nr. 575/2013 des EP und des Rates vom 26.6.2013). Diese Definition ist enger als die des Kreditinstituts im deutschen Recht nach § 1 Abs. 1 KWG. Mit anderen Worten: Der SSM ist – anders als die BaFin in Zeiten vor dem SSM – nicht nur begrenzt auf Kreditinstitute unter Ausschluss der Versicherungsunternehmen und der Wertpapiermärkte; auch der Begriff des Kreditinstituts wird aus Sicht des SSM enger verstanden als im deutschen Recht. Unternehmen, die Kreditinstitute nach KWG, aber nicht nach CRR sind, werden weiterhin von der BaFin nach den Vorschriften des deutschen Rechts beaufsichtigt und unterfallen nicht dem Regime des SSM.

24 Art. 6 Abs. 5 lit. c SSM-Verordnung. Die deutsche Fassung der SSM-Verordnung beschreibt dies etwas unglücklich als „Aufsicht über das Funktionieren des Systems“. Die englische Sprachfassung gibt hier weniger Anlass zu Missverständnissen, denn sie differenziert klar zwischen „supervision“ (über Kreditinstitute“) und „oversight“ (über die Tätigkeit der NCAs).

25 Art. 6 Abs. 5 SSM-Verordnung.

26 Art. 3 und 4 SSM-Rahmenverordnung. Die Leitungsbefugnisse des Koordinators sind allerdings auf inhaltliche Fragen begrenzt; er hat keine disziplinarischen oder personalrechtlichen Befugnisse über die von den NCAs gestellten JST-Mitglieder.

von einem hierfür eingerichteten Aufsichtsgremium (englisch Supervisory Board) beraten und dem EZB-Rat zur Letztentscheidung vorgelegt. Nach den von Art. 26 SSM-Verordnung vorgesehenen Entscheidungsprozessen werden von diesem Aufsichtsgremium fertige Beschlussentwürfe²⁷ verabschiedet und sodann dem EZB-Rat – entweder in physischer Sitzung oder im schriftlichen Umlaufverfahren – zur Letztentscheidung vorgelegt, wobei letzterer die Entwürfe des Aufsichtsgremiums nur annehmen oder ablehnen, nicht aber abändern, kann; Fehlen einer Ablehnung innerhalb einer definierten Frist wird ausdrücklich als Annahme verstanden (daher die Bezeichnung als „non-objection procedure“), mit dem Ergebnis, dass der Beschluss als vom EZB-Rat beschlossen gilt. Dieses sekundärrechtlich definierte Verfahren stellt den Versuch einer Quadratur des Kreises dar: Der SSM sollte eine von der Geldpolitik des Eurosystems²⁸ getrennte Governance erhalten, welche aber mit der primärrechtlich verankerten Stellung des EZB-Rates als oberstem Organ der EZB vereinbart werden musste.

Beide Organe setzen sich teilweise aus auf europäischer Ebene ernannten Mitgliedern, mehrheitlich jedoch aus Mitgliedern, die auf nationaler Ebene ernannt werden, zusammen: Der EZB-Rat aus den Gouverneuren der nationalen Zentralbanken (National Central Banks, NCBs) der Eurozone, das Aufsichtsgremium aus Vertretern der NCAs der am SSM teilnehmenden²⁹ Mitgliedstaaten. NCAs und NCBs (nicht jedoch die konkreten Mitglieder von EZB-Rat und Aufsichtsgremium) sind in vielen Mitgliedstaaten identisch³⁰, wenn auch die bankenaufsichtlichen Aufgaben im Rahmen des SSM von den natürlich weiterhin fortbestehenden geldpolitischen Aufgaben im Rahmen des Eurosystems innerhalb der EZB orga-

27 Dieser Begriff schließt die Beschlüsse im engeren Sinne als Rechtsakktypus (Art. 288 Abs. 4, Art. 132 Abs. 1, 2. Spiegelstrich AEUV) ein, ist aber nicht auf sie beschränkt.

28 Dieses setzt sich aus der EZB und den nationalen Zentralbanken der EU-Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, zusammen (Art. 282 Abs. 1 AEUV). Es hat keine Rechtspersönlichkeit, stellt aber den eigentlichen geldpolitischen Akteur der Eurozone dar. Das Eurosystem ist nicht Bestandteil der Bankenunion, steht aber in engem Zusammenhang damit, nicht zuletzt wegen der thematischen Verknüpfungen zwischen Bankenaufsicht und Geldpolitik und wegen der institutionellen Identität vieler der an Eurosystem und SSM teilnehmenden Institutionen.

29 Kraft Gesetzes nehmen die Staaten der Eurozone am SSM teil. EU-Mitgliedstaaten, deren Währung nicht der Euro ist, haben die Option, durch Vereinbarung einer „engen Zusammenarbeit“ mit der EZB nach Art. 7 SSM-Verordnung freiwillig am SSM teilzunehmen; durch eine solche Zusammenarbeit wird der Geltungsbereich des SSM-*acquis* im Ergebnis auf diese Mitgliedstaaten erstreckt. Das schafft Potential für Konflikte zwischen Aufsichtsgremium und EZB-Rat, denn kraft Primärrechts sind die Staaten, deren Währung nicht der Euro ist, nicht mit Sitz und Stimme im EZB-Rat repräsentiert (anders im Aufsichtsgremium). Zur Auflösung dieses Konfliktpotentials sieht Art. 7 Abs. 7 und 8 ein besonderes Einspruchsverfahren für solche Staaten vor, wenn der EZB-Rat einen Entwurf des Aufsichtsgremiums zurückweist.

30 In den Mitgliedstaaten, in denen dies nicht der Fall ist, hat die Zentralbank die Möglichkeit, einen eigenen Vertreter in das Aufsichtsgremium zu entsenden, ohne dass dies freilich eine zusätzliche Stimme bei Abstimmungen mit sich brächte: Art. 26 Abs. 1 UAbs. 2 SSM-Verordnung. Hier findet sich ein interessantes Beispiel für die Auslegung institutioneller Vorschriften: Der Wortlaut dieser Bestimmung lässt die Auslegung zu, dass das Stimmrecht von NCA- und Zentralbankvertreter gemeinsam, d.h. einvernehmlich ausgeübt wird. Die Lage ist anders bei der Parallelvorschrift für die EBA, wo Art. 40 Abs. 4 und 5 EBA-VO (die genaue Abgrenzung zwischen diesen beiden Absätzen für die Mitgliedstaaten, in denen neben einer NCA auch die Zentralbank teilweise Aufsichtsaufgaben wahrnimmt, ist nie geklärt worden) unzweideutig festlegen, dass das Stimmrecht bei der NCA liegt und die Zentralbank nur Beobachterstatus einnimmt. Dennoch geht die Praxis dahin, dies auch im Aufsichtsgremium des SSM im letzteren Sinne zu handhaben.

nisatorisch getrennt bearbeitet werden³¹. Obwohl die Mitglieder von EZB-Rat und Aufsichtsgremium ihre jeweiligen Aufgaben in ihrer persönlichen Eigenschaft wahrnehmen und weder an Instruktionen „von zuhause“ gebunden sind noch als Repräsentanten ihrer jeweiligen Mitgliedstaaten agieren³², wird auf diese Weise doch sichergestellt, dass die verschiedenen nationalen Perspektiven in den Schaltstellen des SSM eingebracht werden können.

c) Angewandtes materielles Recht

Neben seinen wirtschaftspolitischen Auswirkungen schlägt der SSM auch in juristischer Hinsicht neue Bahnen ein. Besonders bemerkenswert ist, dass die EZB bei der Wahrnehmung ihrer Aufsichtsaufgaben das europäische „Single Rulebook“ anwenden soll, also das gemeinsame Gesetzgebungswerk für die Tätigkeit von Banken in den 28 Mitgliedstaaten, dessen Entwicklung bereits vor Schaffung des SSM im Gange war. Dieses Regelwerk setzt sich allerdings nicht vollständig aus Verordnungen zusammen, sondern nach wie vor zu einem großen Teil aus Richtlinien – vor allem der Capital Requirements Directive IV, CRD IV³³ –, die nach gegenwärtiger Rechtslage nur sehr eingeschränkt unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten entfalten. Zur Lösung dieses Problems sahen die Verfasser der SSM-Verordnung vor, dass die EZB hier die Richtlinie in Form ihrer nationalen Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber anwenden soll (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 SSM-Verordnung)³⁴. Wir haben hier also den im System des Europarechts neuartigen Fall, dass eine europäische Behörde nationales Recht anwendet³⁵, während der umgekehrte Fall der Anwendung europäischen Rechts durch nationale Behörden spätestens seit *Van Gend & Loos*³⁶ natürlich trivial ist. Obwohl die EZB hier nationales Recht anwendet, sind die auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsakte – in der Regel Beschlüsse im Sinne von Art. 288 AEUV – doch von ihrer Natur her europäische, nicht nationale, Rechtsakte; die Doktrin der Ermessensgrenzen ergibt sich aus dem Europarecht³⁷, und eine richterliche Über-

31 Art. 25 SSM-Verordnung, näher konkretisiert durch den Beschluss Nr. EZB/2014/39 der EZB vom 17.9.2014. Er sieht insbesondere Details über die organisatorische Trennung von Bankenaufsicht und Geldpolitik innerhalb der EZB und die Einschränkungen für den Fluss von Informationen zwischen den beiden Funktionen vor.

32 Art. 130 AEUV (für den EZB-Rat), Art. 19 SSM-Verordnung (für das Aufsichtsgremium).

33 RL 2013/36/EU des EP und des Rates vom 26.6.2013.

34 Zum Problem der – keinesfalls immer offensichtlichen – Abgrenzung, welche nationalen Vorschriften eine Richtlinienumsetzung darstellen und welche nicht, siehe A. Witte, When does national law transpose a directive?, in: Tagungsband der ESCB Legal Conference 2016 in memory of Ron Luberti, S. 247 ff.

35 Für den Versuch einer dogmatischen Erklärung dieses Umstandes, der im Europarecht eine Neuigkeit darstellt, siehe A. Witte, The Application of National Banking Supervision Law by the ECB, MJ 2014, S. 89 ff.; dort auch eine Übersicht über die drei „Modi“ der Anwendung des Unionsrechts: Direkt über die Anwendung europäischer Verordnungen durch die EZB; über Instruktionen der EZB an NCAs zur Anwendung nationalen Rechts; sowie über die direkte Anwendung nationalen Rechts durch die EZB. Diese drei Modi wurden in der SSM-Verordnung etabliert, wie aber das Nebeneinander von Art. 18 Abs. 9 SRM-Verordnung (Instruktionen des SRB an NRAs, siehe unten Fußnote 44) und der Abwicklungsinstrumente in der SRM-Verordnung zeigt, könnten sich parallele Strukturen auch in den anderen Pfeilern der Bankenunion etablieren.

36 EuGH, Rs. 26/62 (Van Gend & Loos), ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, 3.

37 Dies kann deswegen von Bedeutung werden, weil nationales und europäisches Recht möglicherweise unterschiedliche dogmatische Konzepte für den Begriff des Ermessens zugrundelegen und sich daraus eine abwei-

prüfung ist nur vor dem Europäischen Gerichtshof möglich, der allein dazu befugt ist, Rechtsakte nach Europarecht zu annullieren³⁸.

2. Zweite Säule: Der einheitliche Abwicklungsmechanismus SRM

Eine weitere Konsequenz, die aus der Finanzkrise als „lesson learnt“ gezogen wurde, liegt in der politischen Einsicht, dass ein Abwicklungsregime für systemrelevante Banken notwendig ist. Bis zur Krise wurde, trotz einiger spezifischer Harmonisierungsbemühungen für den Bankensektor³⁹, auf Kreditinstitute im Wesentlichen dasselbe Insolvenzregime angewendet wie auf jedes andere Unternehmen auch. Dies kann, wie unter Abschnitt II erwähnt, im Beispiel systemrelevanter Banken unabsehbare Folgen für die Finanzstabilität haben und führte daher zu den bereits ausgeführten Bail-outs, die nicht nur die Staatsfinanzen erheblich belasteten, sondern auch den gesunden marktwirtschaftlichen Grundsatz aushebelten, dass der Investor, der eine Anlageentscheidung trifft und die darin enthaltenen Renditepotentiale genießt, auch die Verluste zu tragen hat, falls sich Risiken materialisieren. Konsequenz war der viel beschworene „moral hazard“-Effekt, bei dem Anreize zu einer übertriebenen Risikofreudigkeit gesetzt werden, in der Erwartung, im Ernstfall durch die Allgemeinheit schadlos gestellt zu werden. In ökonomischer Terminologie gesprochen, ergeben sich negative Externalitäten, denn das mit einer Investition verbundene Risiko ist nicht angemessen eingepreist⁴⁰. Die Politik erkannte daher die Notwendigkeit, ein Regime zu schaffen, das die bei Abwicklung einer Bank anfallenden Verluste den Investoren statt der Allgemeinheit zuweist – ähnlich wie es auch das Insolvenzverfahren tun würde, aber ohne die damit verbundene Destabilisierung des Finanzsystems.

Zu diesem Zweck wurde bereits vor der Schaffung der Bankenunion die europäische Bankensanierungs- und Abwicklungsrichtlinie BRRD (Bank Recovery and Resolution Directive) erarbeitet⁴¹. Sie sieht spezielle Abwicklungsinstrumente

chende richterliche Kontrollpflichten der Ausübung dieses Ermessens ergibt (siehe hierzu A. Witte, Gewaltenteilung im Völkerrecht?, AöR 2012, S. 226 ff., S. 227 Fn. 15).

38 Entweder direkt über Art. 263 AEUV, oder indirekt über eine Vorlage nach Art. 267 AEUV. Letztere ist auch für Gerichte unterhalb der letzten Instanz verpflichtend, wenn in einem anhängigen Verfahren die Gültigkeit eines EU-Rechtsaktes (wie beispielsweise eines EZB-Beschlusses) von Bedeutung wird und das Gericht diesen Rechtsakt für ungültig hält: EuGH, Rs. 314/85 (Foto-Frost), ECLI:EU:C:1987:452, Slg. 1987, 4199. Für die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen aufsichtliche Rechtsakte im Europarecht siehe A. Witte, Standing and Judicial Review in the New EU Financial Markets Architecture, JFR 2015, S. 226 ff.

39 Vor allem RL 2001/24/EG des EP und des Rates vom 4.4.2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten.

40 Das „too-big-to-fail“-Problem hat daher neben den erwähnten Finanzstabilitätsabwägungen auch eine wirtschaftspolitische und sogar eine wettbewerbspolitische Komponente: Die negativen Externalitäten führen zu Wohlfahrtsverlusten, weshalb sie im Sinne einer funktionierenden Marktwirtschaft internalisiert werden sollten. Dies kann durch risikoadäquate Bepreisung der Investitionen erreicht werden. Und die implizite Staatsgarantie, die sich für systemrelevante Banken ergibt, verleiht diesen günstigere Refinanzierungsmöglichkeiten und damit einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten, bei denen die Aussicht einer Abwicklung im Insolvenzverfahren glaubwürdiger ist.

41 RL 2014/59/EU des EP und des Rates vom 15.5.2014. Sie stellt für die EU, und dort für den Bankensektor, die Umsetzung eines vom Financial Stability Board in Basel, also auf globaler G20-Ebene, entwickelten soft-law-Standards dar, nämlich der Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions von 2011 (revidiert 2014), http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_141015.pdf (abgerufen am 9.2.2017).

wie etwa Brückenbanken oder Ausgliederung von Vermögenswerten vor, vor allem aber durch das vieldiskutierte Instrument des Bail-in: Die Kapitalinstrumente oder Forderungen von Anteilseignern oder Gläubigern sollen durch hoheitlichen Akt der Abwicklungsbehörde teilweise oder gänzlich abgeschrieben oder in Eigenkapital umgewandelt werden, um so Verluste zu absorbieren und die Eigenkapitalbasis zu stärken. Dies wirft eine ganze Reihe von rechtlichen Problemen in puncto grenzüberschreitende Anerkennung und Zusammenarbeit oder Schutz von Eigentumsrechten auf, über die bereits zahlreiche Werke im juristischen Schrifttum verfasst oder in Arbeit sind und mit denen sich auch Gerichte befassen werden. Soweit eine Injektion von Mitteln von außen nicht gänzlich vermieden werden kann, sollen diese Mittel aus einem Abwicklungsfonds stammen, der durch Beiträge der Banken gespeist wird; so sollen die Kosten, wenn schon nicht auf die Investoren der einzelnen Bank, jedenfalls innerhalb des Bankensektors begrenzt bleiben, anstatt dem allgemeinen Steuerzahler anheimzufallen.

Die BRRD war zum 1. Januar 2015, das Bail-in-Instrument zum 1. Januar 2016, in nationales Recht umzusetzen. Sie gilt für die gesamte EU-28 und greift daher geografisch über die Bankenunion hinaus. Die Bankenunion greift allerdings ihrerseits von der Integrationstiefe über die BRRD hinaus, denn anders als in der Richtlinie vorgesehen soll nun nicht nur das materielle Abwicklungsrecht, sondern auch die Entscheidung über seine Anwendung europäisiert werden: Die BRRD-Befugnisse, die in den nicht an der Bankenunion teilnehmenden Staaten von dortigen nationalen Abwicklungsbehörden⁴² ausgeübt werden, werden in der Bankenunion auf europäischer Ebene wahrgenommen. Dies ist in sich stimmig: Es wäre ein „misalignment“ mit wirtschaftspolitischen Externalitäten, wenn Banken auf einer Ebene, nämlich der europäischen, beaufsichtigt werden, aber eine andere Ebene – die nationale – in Gestalt der Bankenabwicklung die Konsequenzen aus dem Scheitern einer Bank ziehen müsste. Zu diesem Zweck wurde daher durch die sog. SRM-Verordnung⁴³, die inhaltlich in weiten Teilen der BRRD entspricht⁴⁴, der einheitliche Abwicklungsmechanismus (Single Resolution Mechanism, SRM) errichtet. Er übernahm seine Befugnisse zum 1. Januar 2016.

Im Ansatz weist das dort vorgesehene Zusammenwirken zwischen der europäischen Ebene – in Gestalt des Einheitlichen Abwicklungsausschusses (Single Resolution Board, SRB) in Brüssel – und der nationalen Ebene – in Gestalt der „National Resolution Authorities“, NRAs – Parallelen zum Aufbau des SSM zwi-

42 Zu deren Bestimmung die Mitgliedstaaten nach Art. 3 BRRD verpflichtet sind.

43 VO 806/2014 des EP und des Rates vom 15.7.2014.

44 Die SRM-Verordnung enthält in weiten Teilen die materiellen Vorschriften zu den einzelnen Abwicklungsinstrumenten, die nahezu wörtlich aus der BRRD kopiert wurden. Allerdings sieht Art. 7 Abs. 3 UAbs. 3 SRM-Verordnung vor, dass in zahlreichen Fällen auch im Rahmen des SRM bei der Abwicklung eines Kreditinstituts gerade nicht die (wegen des Verordnungscharakters unmittelbar anwendbaren) Vorschriften zu den Abwicklungsinstrumenten der SRM-Verordnung angewandt werden, sondern die BRRD in Form ihres nationalen Umsetzungsgesetzes. Die parallele Existenz von Abwicklungsinstrumenten in SRM-Verordnung und BRRD, mit weitgehend gleichem Inhalt, ist daher nach Ansicht des Verfassers in vielen Fällen unnötig, schadet allerdings auch nicht. In jedem Falle ist das vom SRB beschlossene „Abwicklungskonzept“ für die NRAs verbindlich; sie müssen es unter Anwendung ihrer nationalen Befugnisse umsetzen, wofür das SRB eine Weisungsbefugnis gegenüber den NRAs innehat (Art. 18 Abs. 9 SRM-Verordnung).

schen EZB und NCAs auf. Die institutionelle Mechanik ist jedoch deutlich komplexer, da gemäß der *Meroni*-Rechtsprechung⁴⁵ des EuGH das SRB als EU-Agentur, die durch Sekundärrecht gegründet wurde, keine weitreichenden eigenen Ermessensbefugnisse übertragen bekommen kann und daher die Einbindung von EU-Institutionen erforderlich war. Die SRM-Verordnung sieht daher in Art. 18 ein komplexes Zusammenwirken zwischen SRB, NRAs, Rat der EU, Europaparlament und – wegen der beihilferechtlichen Implikationen vieler Abwicklungsmaßnahmen – Kommission vor.

Eine bei den Verhandlungen zur SRM-Verordnung besonders umstrittene Frage betraf die institutionelle Ausgestaltung des Abwicklungsfonds. Eine sofortige Europäisierung des Fonds war nicht konsensfähig, dem Vernehmen nach deshalb, weil einige Mitgliedstaaten fürchteten, dass hierdurch Altlasten – d.h. Verlustpotential in Bankbilanzen, das noch aus Zeiten nationaler Bankenaufsicht stammt und auf dort entstandene Versäumnisse zurückgeht – auf die beitragszahlenden Banken soliderer Staaten abgewälzt würden. Der vom SRB verwaltete europäische Abwicklungsfonds bleibt daher für eine Übergangszeit von acht Jahren in nationale Kammern („compartments“) unterteilt, bei denen über einen komplizierten Lastenverteilungsmechanismus der einzelnen Kammern untereinander eine graduell zunehmende Europäisierung der Abwicklungsfinanzierung erteilt wird, bis nach Ablauf der acht Jahre diese Unterteilung in Kammern gänzlich aufgelöst wird. Die Details dieser Vergemeinschaftung sind in einem völkerrechtlichen Abkommen⁴⁶ geregelt, das die Mitgliedstaaten⁴⁷ untereinander abgeschlossen haben⁴⁸. Der SRM illustriert damit ganz besonders die in der Europapolitik häufige Beobachtung, dass die Mitgliedstaaten bei der Aufgabe von Souveränitätsrechten, die mit finanziellen Belastungen für sie oder heimische Unternehmen verbunden sind, besonders zögerlich vorgehen.

45 EuGH, Rs. 9/56 (*Meroni*), ECLI:EU:C:1958:7, Slg. 1958, 11. Diese Rechtsprechung wird bis heute aufrechterhalten, obwohl sie mittlerweile eher liberal gehandhabt wird, d.h. auch Entscheidungsspielräume für Agenturen gestattet, die auf den ersten Blick nach weitem Ermessen und wirtschaftspolitischem Gestaltungsspielraum aussehen: EuGH, Rs. C-270/12 (*ESMA-Leerverkaufsverbot*), ECLI:EU:C:2014:18, noch nicht in der amtlichen Sammlung.

46 „Agreement on the transfer and mutualisation of contributions to the Single Resolution fund [sic]“. CONSILIUM 8457/14, <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%208457%202014%20INIT> (abgerufen am 10.2.2017).

47 Vertragspartei des Abkommens sind alle EU-Mitgliedstaaten, es findet jedoch nur auf diejenigen Mitgliedstaaten, die am SSM (und damit auch dem SRM, siehe hierzu Art. 4 SRM-Verordnung) teilnehmen, Anwendung: Art. 12 des Abkommens.

48 Es handelt sich also um sog. begleitendes Unionsrecht, d.h. Völkerrecht der EU-Mitgliedstaaten untereinander zur Verfolgung von Zielen der Union; eine Regelung unmittelbar im Unionsrecht selbst war mangels Rechtsgrundlage in den Verträgen nicht machbar. Trotz dieser völkerrechtlichen Natur des Abkommens sieht es selbst eine Gerichtsbarkeit des EuGH für Streitfragen (Art. 14) und eine Auslegung und Anwendung in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht (Art. 2) vor. Es liegt daher nahe zu vermuten, dass sich in der zukünftigen Praxis kein spürbarer Unterschied zwischen dem Abkommen und dem „echten“ Unionsrecht ergeben wird.

3. Dritte Säule: Die europäische Einlagensicherung EDIS

Die dritte Säule der Bankenunion bildet schließlich die gemeinsame Einlagensicherung. Das Konzept der Einlagensicherung weist einen erheblichen Überschneidungsbereich zum Abwicklungsregime auf, was sich etwa in der Möglichkeit zeigt, Mittel des Einlagensicherungsfonds zur Abwicklungsfinanzierung heranzuziehen⁴⁹ und auch seine Europäisierung im Rahmen der Bankenunion gemeinsam mit Aufsicht und Abwicklung wirtschaftspolitisch rechtfertigt. Auch der mit der Errichtung von Einlagensicherungssystemen verfolgte Zweck weist Parallelen zur Abwicklung auf, denn es geht bei der Einlagensicherung nicht nur um das sozialpolitische Ziel, das Vermögen von Kleinsparern zu schützen, sondern auch darum, die Finanzstabilität zu wahren, indem das Vertrauen der Einleger in die Sicherheit ihrer Gelder gestärkt und „bank runs“ vermieden werden. Historisch betrachtet, ist das System der Einlagensicherung jedoch deutlich älter: In den USA wurde das landesweite Sicherungssystem FDIC 1933, während der Weltwirtschaftskrise, eingeführt; europarechtlich ist das Recht der Einlagensicherungssysteme – insbesondere der Umfang der zu schützenden Einlagen – seit den Neunziger Jahren harmonisiert⁵⁰. Die Systeme selbst und ihre Finanzierung sind jedoch nach wie vor national, und zahlreiche Ausnahmeregelungen – wie etwa die Anerkennung von Institutssicherungen – sind im Interesse nationaler Traditionen immer noch vorhanden. Dies soll sich nun unter dem Schlagwort EDIS – European Deposit Insurance Scheme – ändern. Die Kommission hat insoweit ein Rückversicherungsmodell vorgeschlagen⁵¹, bei dem die nationalen Einlagensicherungsfonds fortbestehen und durch einen europäischen Fonds (Deposit Insurance Fund, DIF) rückversichert werden. Dieser DIF würde vom SRB verwaltet; sedes materiae der einschlägigen unionsrechtlichen Regelungen wäre die SRM-Verordnung, die durch Hinzufügung der EDIS-Regelungen umfangreich geändert würde. Der Vorschlag wird allerdings nach wie vor kontrovers diskutiert, und das Gesetzgebungsverfahren ist noch nicht abgeschlossen; es ist daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht abzusehen, ob EDIS überhaupt kommt und wie es im Einzelnen aussehen wird. Auch hier zeigt sich die Zurückhaltung der Mitgliedstaaten bei der Europäisierung von Regelungsbereichen, bei denen „es ums Geld geht“.

49 Art. 109 BRRD, 79 SRM-Verordnung. Der dahinterstehende Gedanke liegt darin, dass die Abwicklung eine ansonsten stattfindende Insolvenz verhindert, bei der der Einlagensicherungsfonds ebenfalls leisten müsste. Dementsprechend ist die Beitragspflicht der Einlagensicherung gegenüber der Abwicklung auf die im Falle einer hypothetischen Insolvenz erforderliche Höhe begrenzt.

50 RL 94/19/EG des EP und des Rates vom 30.5.1994, die mittlerweile durch RL 2014/49/EU des EP und des Rates vom 16.4.2014 ersetzt, in ihren Grundzügen dort aber erhalten geblieben ist.

51 KOM (2015) 586 endg.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Bei der Bankenunion handelt es sich also nicht um ein monolithisches Gebilde – daher die im Titel gewählte Bezeichnung als mehrgleisiges Reformvorhaben. Obwohl sie auf einen im Jahr 2012 skizzierten Gesamtplan zurückgeht, der von Beginn an mehrere Komponenten vorsah, wurden diese in getrennten Rechtsakten eingeführt und auch institutionell separat errichtet – obwohl es freilich auf der nationalen Ebene, die ja in allen drei Säulen weiterhin fortbesteht und im Rahmen einer Kompetenzteilung mit der europäischen Ebene Aufgaben wahrnimmt, zu Überschneidungen kommen kann, denn es ist den Mitgliedstaaten gestattet, dieselbe Behörde sowohl zu ihrer NCA für Zwecke der Bankenaufsicht als auch zu ihrer NRA für Zwecke der Abwicklung zu bestimmen⁵². Das mag auf den ersten Blick zu unüberwindlich komplexen Entscheidungsprozessen führen. In Erinnerung ist hier insbesondere eine satirisch gemeinte Grafik, die der grüne Europaabgeordnete Sven Giegold während des Gesetzgebungsverfahrens zur SRM-Verordnung mit viel Öffentlichkeitswirkung veröffentlicht hat⁵³. Sie zeigt nur die Entscheidungsfindung im SRM allein; wenn man aber berücksichtigt, dass der SRM im Zusammenwirken mit den anderen Pfeilern der Bankenunion und auch dem Eurosystem gesehen werden muss, mit denen er ein sowohl horizontal (also über die drei Pfeiler hinweg) als auch vertikal (zwischen der europäischen und der nationalen Ebene) differenziertes Konstrukt bildet (siehe hierzu Abb. 1), so wird das komplexe institutionelle Gefüge spürbar, das sich hinter dem Gesamtkonzept „Bankenunion“ verbirgt.

Aus dem Blickwinkel der institutionellen Architektur weisen alle drei Säulen in sich weitreichende Parallelen auf, was auch nicht verwunderlich ist, da sie dem in der europäischen multi-level governance verbreiteten Modell eines netzwerkartigen Zusammenwirkens einer europäischen Zentrale mit ihren nationalen Gegenstücken folgt. Die sich hieraus ergebenden Herausforderungen für die Organisation und tägliche Arbeit sind erheblich, aber nicht unüberwindbar⁵⁴; mittlerweile hat beispielsweise der SSM eine gewisse Routine bei der Organisation der Verzahnung von EZB und NCAs entwickelt. Es ist zu erwarten, dass auch der SRM – und, so das Gesetzgebungsverfahren erfolgreich abgeschlossen wird, auch EDIS – hier ähnliche Koordinationsprozesse in der vertikalen Dimension (europäische versus nationale Ebene) entwickeln werden. Wie wiederum die drei Säulen der

52 Art. 3 Abs. 3 BRRD lässt dies nur ausnahmsweise zu – eine „Ausnahme“, von der in 15 der 19 Mitgliedstaaten, die an der Bankenunion teilnehmen, Gebrauch gemacht wurde. In neun dieser Staaten ist dieselbe Behörde, die als NCA und NRA fungiert, darüber hinaus auch NCB für geldpolitische Zwecke.

53 <http://www.sven-giegold.de/2016/single-resolution-board-commits-to-report-about-obstacles-to-resolution-in-national-and-eu-legislation/> (abgerufen am 9.2.2017).

54 An dieser Stelle sei angemerkt, dass das verbreitete Lamentieren über schwerfällige Koordinationsprozesse und eine nicht immer klare Kompetenzverteilung der EU im internationalen Vergleich bisweilen Unrecht tut. Beispielsweise sind in den USA in Form von FDIC, NCUA, OCC und den Federal Reserve Banks mindestens vier Behörden auf Bundesebene an der Aufsicht über Kreditinstitute beteiligt, wozu noch die Behörden der einzelnen Bundesstaaten (vor allem das recht aktive New Yorker DFS) sowie die SEC als Marktaufsicht hinzukommen.

Bankenunion in der horizontalen Dimension miteinander kooperieren, bleibt abzuwarten – in den einschlägigen Rechtsakten sind zahlreiche Kooperations- und Informationsaustauschpflichten von EZB, SRB und Einlagensicherungsträger untereinander vorgesehen⁵⁵, und auch der eine makroprudenziell-systemische Perspektive einnehmende, allerdings nur mit Beratungs- und Warnfunktionen ausgestattete Europäische Ausschuss für Systemrisiken (European Systemic Risk Board, ESRB) bietet sich als Forum für Kooperation an.

Abschließend erscheint es angemessen, einige Worte über die rechtsdogmatischen Implikationen der Bankenunion zu verlieren. Das materielle Unionsrecht, das in der Bankenunion Anwendung finden soll, besteht nach wie vor zu weiten Teilen aus Richtlinien. Um diese für die institutionellen Träger der Bankenunion, EZB und SRB, anwendbar zu machen, wurden verschiedene Lösungen gefunden, so etwa die direkte Anwendung nationalen Rechts durch die EU-Institutionen und -Agenturen⁵⁶, oder die Anwendung nationalen Rechts durch die nationale Behörde in Umsetzung verbindlicher Vorgaben, die durch die EU-Institutionen und – Agenturen in unionsrechtlicher Form gesetzt werden⁵⁷. Die rechtstheoretisch-dogmatischen und praktischen Probleme, die sich daraus ergeben können, sind mannigfaltig und in ihren verschiedenen Ausprägungen längst noch nicht alle virulent geworden (als Beispiele seien nur die Bereiche Rechtsschutz, Normenhierarchie und systematische Auslegung im Kontext des europäischen und/oder nationalen Verwaltungsrechts genannt)⁵⁸. Letzten Endes ist es de lege ferenda denkbar, dass sich in Hinblick auf diese praktischen Probleme entweder auf rechtspolitischer Seite der Unionsgesetzgeber zu einem verstärkten Erlass von Verordnungen statt Richtlinien in Zukunft entscheidet, oder auf rechtsdogmatischer Seite der EuGH seine bisherige Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien modifiziert und diese ausweitet, um eine direkte Anwendung der finanzmarktharmoni-

55 Beispielsweise Art. 53, 56 CRD IV; Art. 3 SSM-Verordnung; Art. 90 BRRD; Art. 30 Abs. 2, Art. 34 Abs. 5 und 6 und Art. 88 Abs. 6 SRM-Verordnung; Art. 14 Abs. 6-8 Einlagensicherungsrichtlinie.

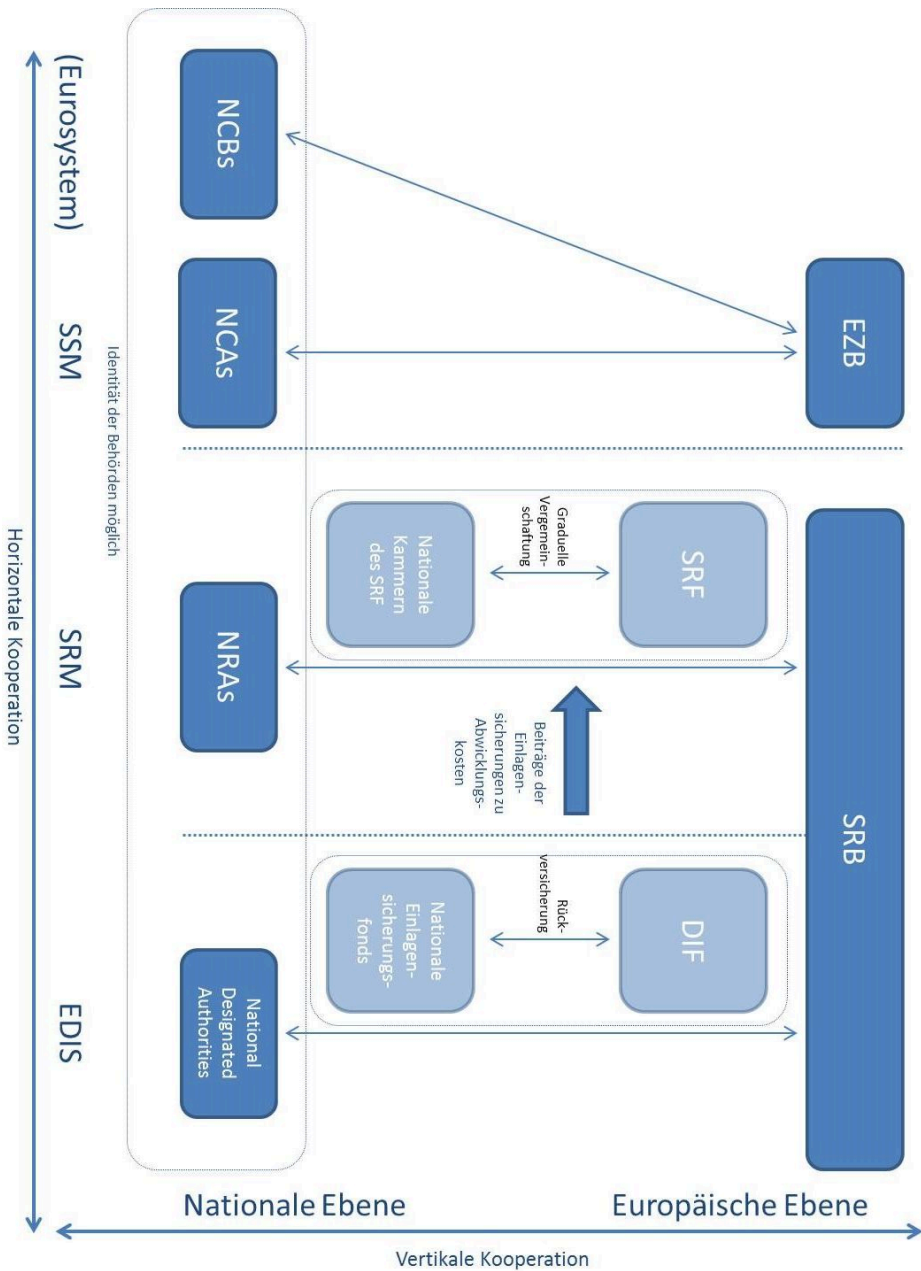
56 So vor allem die EZB im SSM, Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 SSM-Verordnung.

57 So etwa die Instruktionen, die die EZB im SSM an NCAs richten darf (Art. 9 Abs. 1 UAbs. 3 SSM-Verordnung, Art. 22 SSM-Rahmenverordnung), oder die Verbindlichkeit des vom SRB erlassenen „Abwicklungskonzepts“ mitsamt Instruktionsbefugnis des SRB gegenüber den NRAs bei der Abwicklung (Art. 18 Abs. 9 SRM-Verordnung).

58 Näher hierzu siehe Abschnitt III.1.c des vorliegenden Aufsatzes und die dort zitierte Literatur.

sierenden Richtlinien durch die Träger der Bankenunion auch gegenüber Privaten zu ermöglichen.

Abb. 1: Institutionelles Gefüge der Bankenunion (auf Grundlage des Kommissionsentwurfs zu EDIS)



Die WTO in der gemeinsamen Handelspolitik der Europäischen Union

Thomas Cottier, Bern*

I. Einleitung

Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen GATT von 1947 legte den Grundstein für die Konturen der EWG von 1956. In Abweichung von der Meistbegünstigung erlaubte das GATT Abkommen allein die Schaffung von Freihandelszonen und von Zollunionen; damit war zugleich auch die Grundentscheidung für eine vertiefte Integration in Europa getroffen; die EU wurde im Unterschied zur EFTA als Zollunion nach Artikel XXIV GATT und damit von Anfang mit einer gemeinsamen Aussenhandelspolitik konzipiert. Der wirtschaftliche Integrationsprozess entwickelte sich fortan in enger Verbindung von Binnenmarkt und Aussenhandel. Seit jeher spielte so das GATT eine zentrale Rolle. Seit Anbeginn des europäischen Integrationsprozesses beteiligte sich die Gemeinschaft an den Genfer Verhandlungen. Sie prägte gemeinsam mit den USA die Kennedy Runde, die Tokio Runde und die Uruguay Runde entscheidend mit. Anfänglich geprägt von der Verteidigung der gemeinsamen Agrarpolitik entwickelte sich die Haltung der Gemeinschaft und späteren Union in der gemeinsamen Handelspolitik zunehmend zu einem Instrument der Marktöffnung und Schaffung eines Regelwerks, das zugleich die Globalisierung ermöglichte wie auch Rechtsregeln unterwarf. Das Genfer Abkommen bildete das erste Forum, wo die Gemeinschaft in der Aussenpolitik mit einer Stimme sprach; später bei der Gründung der WTO im Jahre 1995 trat ihr die Union nebst den Mitgliedstaaten selbständig und in eigenem Namen bei. Die Union wurde auch zu einem der wesentlichen Akteure auf dem Gebiet der Streitbeilegung. Seit 1995 bis Mitte 2016 war sie in 96 Fällen als Klägerin und in 82 Fällen als beklagte Partei beteiligt. In 157 Verfahren beteiligte sie sich als Drittpartei und leistet auf diese Weise einen zusätzlichen Beitrag zur Rechtsentwicklung im Rahmen des WTO Fallrechts.¹ Die WTO ist so zentraler Bestandteil der Handelspolitik der Union und lässt sich nicht wegdenken.²

Gleichwohl bestehen heute Anzeichen der Schwächung; viele sprechen gar von Zerfall. Die Proliferation von präferenziellen Abkommen scheint die WTO zu verdrängen. Der Beitrag geht diesem Eindruck nach und diskutiert Möglichkeiten

* Prof. em. für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Bern, Senior Research Fellow, World Trade Institute und Adjunct Professor of Law, Universität Ottawa. Alle zitierten Websites wurden am 21.7.2016 besucht.

1 https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm.

2 Eingehend zum Verhältnis T. Cottier, L. Trimberg, Gemeinsame Handelspolitik, Vorbemerkung zu den Artikeln 206 und 207 AEUV, in: von der Groeben/Schwarz/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, 2015, Band IV, S. 270-292. Eine Darstellung der Grundlagen des WTO Rechts auch aus geschichtlicher Sicht findet sich bei T. Cottier, M. Oesch, International Trade Regulation: The Law and Policy of the WTO, the European Union and Switzerland, 2005. Weitere Hinweise zu den einzelnen Bereichen finden sich über den Index der Website der WTO, www.wto.org.

einer künftigen Ausrichtung der WTO. Sie liegen in Kürze gesagt in der Hinwendung zu sektoriellen Verhandlungen und Abkommen sowie einer institutionellen Stärkung der WTO als Grundlage einer rechtlich verfassten Welthandelsordnung. In diesen Herausforderungen und Zeiten des Umbruchs kann und muss die Union eine führende Rolle übernehmen.

II. Wahrnehmung und Realität

A. Die Proliferation von Präferenzabkommen

Nach dem erfolgreichen Abschluss der Uruguay Runde stand die WTO im Jahre 1995 im Mittelpunkt der Handelspolitik der Union. Seither hat sich dies verändert. Die im Jahre 2001 begonnene Doha Entwicklungsrunde blieb stecken und konnte bislang nicht abgeschlossen werden. Mit dem Beitritt Chinas im Jahre 2001 und später auch Russlands wurden die Karten neu gemischt; die Staatenwelt wandte sich zunehmend Präferenzabkommen zur Regelung von neuen Marktzutrittsrechten zu. Bereits seit dem Zusammenbruch der Sowjetunion nahm die Zahl solcher Abkommen erheblich zu; sie steigerte sich zusätzlich in den beiden ersten Dekaden des neuen Jahrhunderts und liess auch den regionalen Charakter im Zuge der Globalisierung hinter sich.³ Heute sind rund 800 Präferenzabkommen bekannt und in der Datenbank DESTA des World Trade Institutes WTI kodiert.⁴ Ueber 350 davon sind in der WTO registriert.⁵ Die Union verfügte Mitte 2016 weltweit neben eigentlichen Integrationsabkommen wie EWR und bilaterale Beziehungen zur Schweiz (und künftigen möglichen Abmachungen mit Grossbritannien nach der Brexit Abstimmung vom 23. Juni 2016) über 23 eigentliche Freihandelsabkommen, neben 3 Zollunionen, namentlich mit der Türkei. Sie steht im gleichen Zeitpunkt mit über 35 Staaten, der Andean Community, Mercosur und dem Gulf Council in entsprechenden Verhandlungen und baut intensiv an einem globalen Netz von präferenziellen Beziehungen.⁶

Die letzten Jahre sind sodann geprägt durch die Entwicklung neuer multilateraler Präferenzabkommen. Das Transpazifische Handelsabkommen (TPP) mit 12 Mitgliedstaaten, einschliesslich Japans, und gruppiert um die USA wurde 2015 abgeschlossen.⁷ Die Verhandlungen der USA und der EU zum transatlantischen Handels- und Investitionsabkommen TTIP sind im Gange⁸, ebenso die Arbeiten im Rahmen der ASEAN zum Abkommen über wirtschaftliche Zusammenarbeit

3 Eingehend A. Dür, M. Elsig (Hrsg.), *Trade Cooperation: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements*, 2015; *WTO*, *The WTO and Preferential Trade Agreements: From Co-existence to Coherence*, World Trade Report, 2011.

4 DESTA, <http://www.designoftradeagreements.org/www.designoftradeagreements.org/index.html>.

5 <http://rtais.wto.org/UI/PublicAllIRTAList.aspx>.

6 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf.

7 <https://ustr.gov/tpp/>.

8 <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>.

(RCEP) mit der Volksrepublik China.⁹ Die neueste Generation dieser Abkommen ist komplex und mit früheren Freihandelsabkommen und Assoziierungsabkommen im europäischen Raum kaum mehr vergleichbar. Sie umfassen nicht nur den Waren und Dienstleistungsverkehr, sondern regeln auch Investitionen, Umweltstandards und Arbeitnehmerrechte und teilweise kartellrechtliche Bestimmungen. Das Abkommen der EU mit Kanada gilt als Modell dieser neuesten Generation.¹⁰ Es beeinflusst auch die Arbeiten am TTIP sowie von Drittstaaten, etwa im Rahmen der EFTA.

B. Die Leistungen der WTO

Um die WTO ist es so in Presse und Öffentlichkeit still geworden. Die Aufmerksamkeit liegt heute anderswo, und viele Stimmen sprechen vom Niedergang des Multilateralismus im Lichte der seit Jahren stockenden Genfer Verhandlungen. Diese Wahrnehmung beeinflusst die Politik und ist auch eine Realität. Sie ist aber nicht die ganze Realität. Denn das Bild sieht bei Licht betrachtet wesentlich anders aus.

Erstens ist auf die Bedeutung der laufenden Verwaltung und Anwendung bestehender Abkommen hinzuweisen. Die damit verbundene Transparenz und Überwachung trägt wesentlich zur Umsetzung und Realisierung des geltenden WTO Rechts in den Mitgliedstaaten bei. Der Trade Policy Review Mechanism (TPRM) gibt regelmässig Aufschluss über die Handelspolitik der Mitgliedstaaten und trägt so indirekt zu einer kohärenteren Handelspolitik der WTO Mitgliedstaaten und der Umsetzung der Abkommen bei. Programme der Entwicklungszusammenarbeit und technischen Zusammenarbeit stehen sodann den Entwicklungsländern im Implementierungsprozess bei. Das Sekretariat der WTO spielt auch hier wichtige Aufgaben gemeinsam mit dem angegliederten International Trade Centre (ITC) wahr.

Zweitens können in den letzten Jahren durchaus auch Verhandlungserfolge in Genf verzeichnet werden: Die Verbesserung des Zugangs zu patentgeschützten Medikamenten, die Revision des Abkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, das Abkommen über Handelserleichterungen, sowie die im Umfeld der WTO in Genf laufenden Verhandlungen über Dienstleistungen (TISA), über Umweltprodukte (EGS) und über Zugang zu Informationstechnologie. Die im Dezember 2015 beschlossene Beseitigung der Exportsubventionen im Agrarbereich ist ein wesentlicher Meilenstein zur Förderung der Landwirtschaft in Entwicklungsländern.

Drittens und vor allem verkennen Politik und Öffentlichkeit weitgehend die zentrale Rolle der WTO Streitbeilegung. Seit 1995 hat sie sich zu einem Hauptpfeiler entwickelt. Mehr als 450 Streitfälle wurden seither im Rahmen der WTO anhängig gemacht und entschieden. Das duale System von Panels und Appellate Body

⁹ <http://dfat.gov.au/trade/agreements/rcep/pages/regional-comprehensive-economic-partnership.aspx>.

¹⁰ <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>.

als Berufungsinstanz hat sich bewährt und zu einem in hohem Masse nuancierten Fallrecht geführt, das die Prinzipien und Regeln des WTO Rechts auslegt und fallweise weiterentwickelt im Sinne eines kontinuierlichen Prozesses der Rechtsentwicklung. Das WTO Streitbeilegungsverfahren mit seinen Möglichkeiten der verfassten Retorsion und Gegenmassnahmen erwies als zentrales Instrument gegen die Einführung von protektionistischen Massnahmen zur Zeit der Finanz- und Schuldenkrise. Im Vergleich zu Krise der 1930s Jahre mit einem Einbruch von 50% des Welthandels, beschränkte sich diesmal der Rückgang vorübergehend auf 10% und erholte sich schon bald wieder auf den früheren Stand. Die Staaten griffen zwar vermehrt auf den Inländervorrang (*local content*) und auf Anti-dumping und Ausgleichsmassnahmen zurück. Im grossen und ganzen ist aber ein Rekurs auf rechtswidrige Einschränkungen ausgeblieben. Das geht meines Erachtens wesentlich auf die abschreckende Wirkung des WTO Rechts und seinen einmaligen Durchsetzungsmechanismen zurück.

Die WTO Ordnung hat sich so in der Krise bewährt. Das ist die primäre Realität, die aber nur wenig wahrgenommen wird, weil die Medien die WTO weiterhin fast ausschliesslich an den Verhandlungen, ihrem Scheitern und Erfolg messen und zu wenig Einsicht in die Funktionsweise der Abkommen und die Tragweite der Streitbeilegung und des Fallrechts haben. Dahinter versteckt sich nebenbei bemerkt auch eine Ausbildungslücke an den Hochschulen, welche die rechtlichen Rahmenbedingungen des Welthandels und der Globalisierung weiterhin stiefmütterlich behandeln und nur ausnahmsweise zur obligatorischen Grundausbildung zählen.

C. *Das Gemeine Recht des internationalen Handels*

Die genannten modernen Präferenzabkommen bauen alle auf den Disziplinen und Prinzipien des WTO Rechts. Sie übernehmen dessen Grundfiguren und führen sie weiter. Diese Abkommen können ohne diese Grundlage nicht verstanden, aber auch nicht wirklich angewendet werden. In den schwierigen Fragen des Ausgleichs von Marktöffnung und dem Schutz anderweitiger öffentlicher Interessen, wie zum Beispiel der Umwelt, verweisen sie oft wörtlich auf die Praxis zu den Ausnahmebestimmungen des WTO Rechts und inkorporieren damit auch die WTO Rechtsprechung. So hält Article 28.3 des CETA Abkommens mit Kanada ausdrücklich fest: “Article XX of the GATT 1994 is incorporated into and made part of this Agreement.”¹¹ Wer glaubt, sich vom WTO Recht abwenden zu können und sich auf die neuen Abkommen zu beschränken, täuscht sich im Befund, dass alle diese Abkommen zunehmend ein System bilden. Ich nenne dieses das gemeine internationale Handelsrecht (*the common law of international trade*).¹² Ein Blick auf die Geschichte zeigt denn auch, dass sich bilaterale und multilatera-

11 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (Fassung Sept. 2015).

12 Eingehend dazu und den weiteren Aspekten T. Cottier, *The Common Law of International Trade and the Future of the World Trade Organization*, *Journal of International Economic Law* 2015 (18), S. 3-20.

le Abkommen in einer dialektischen Beziehung entwickelt haben.¹³ Eine kritische Masse bilateraler Verträge bildete so oft erst die Grundlage einer Multilateralisierung. Das trifft zu für die Pariser und Berner Verbandsübereinkünfte von 1883 und 1886 im Bereich des geistigen Eigentums. Es trifft aber auch für das GATT 1947 zu, dessen Grundlagen in den reziproken Handelsverträgen der USA der Zwischenkriegszeit zu finden sind. Umgekehrt können sich präferentielle Abkommen wesentlich aus multilateralen Grundlagen entwickeln. Das gilt namentlich für die Liberalisierung der Dienstleistungen, die – vom EG Recht abgesehen – erst mit dem GATS Abkommen von 1995 ihren rechtsverbindlichen Anfang nahm. Andere neue Bereiche wiederum werden vorerst in Präferenzabkommen sondiert. Das gilt namentlich für besondere Umweltstandards, für den Schutz von Arbeitnehmerrechten und die zunehmende Verknüpfung von Handel und Investitionsschutz. Sie entwickeln den Schutz von Herkunftsbezeichnungen und des Traditionellen Wissens und eine verstärkte Zusammenarbeit im Bereich des Kartellrechts. Multilateralismus und Präferenzabkommen bilden so eine gemeinsame Grundlage einer offenen Handelsordnung. Das schliesst Konflikte und Handelsumleitungen nicht aus; gesamthaft dürfte indessen ihre Funktion als Baustein einer gemeinsamen Ordnung überwiegen. WTO Recht und Präferenzabkommen bilden so gemeinsam einen Rechtsbestand und müssen auch verschränkt angewendet und interpretiert werden. Das WTO Recht mit seinem Streitbeilegungsverfahren bildet dabei die zentrale Grundlage.

Das gilt umso mehr als die weitaus meisten Präferenzabkommen keine ständigen Organe der Streitbeilegung kennen. Zwar wird ein Verfahren zu Papier gebracht, oft wesentlich dem WTO Recht nachgebildet; es kommt aber in der Praxis kaum zum Tragen. Das hat verschiedene Gründe. Das können starke Asymmetrien in Grösse und Marktmacht sein, was namentlich für die Assoziierungsabkommen der EU zutrifft. Kaum ein Entwicklungsland kann es sich erlauben, gegen die EU zu klagen ohne gleichzeitig den Verlust von Vorteilen befürchten zu müssen. Asymmetrien führen, wie auch im Rahmen der NAFTA dazu, dass Streitigkeiten namentlich mit den USA weiterhin im Rahmen der WTO ausgetragen werden. Oder es fehlt schlicht an Ressourcen, Erfahrung und Institutionen. Viele Abkommen, so auch das umfassende TPP, sehen kein ständiges Sekretariat und keine ständigen Organe der Streitbeilegung vor. Aus der Rechtsgeschichte wissen wir indessen, dass sich das Recht nur in Zusammenhang mit starken Institutionen entwickeln und durchsetzen kann. Wo diese fehlen, bleibt es oft toter Buchstabe.

Aus all diesen Gründen bleibt die WTO zentraler Pfeiler der gemeinsamen Handelspolitik. Die Frage stellt sich, wie sie im Rahmen des heutigen Vorranges von Präferenzabkommen in den kommenden Jahren sinnvoll weiterentwickelt werden kann und welche Rolle die Union darin einnehmen sollte. Darauf ist im Rahmen der institutionellen Reformen in Ziffer IV(D) zurückzukommen.

13 Zum Folgenden eingehender *T. Cottier, Ch. Sieber-Gasser, G. Wermelinger*, The dialectical relationship of preferential and multilateral trade agreements, in: Dür/Elsig (Hrsg.), Trade Cooperation: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements, 2015, S. 465-496.

III. Vom Marktzugang zur Rechtssetzung

A. Die Verlagerung der Marktzugangsverhandlungen

Die heutigen Schwierigkeiten multilateraler Verhandlungen im Rahmen der WTO haben zahlreiche Gründe. Die Anwendung der WTO Prinzipien hat erfreulicherweise zu Wachstum auch in den Entwicklungs- und Schwellenländer geführt. Dies wiederum verstärkte deren Einfluss auf die Verhandlungen, nunmehr in einer multipolaren Welt. Diese können nicht mehr im früheren Sinn in einem transatlantischen Verhältnis vorgespurt werden, sondern müssen von Anfang an breit angelegt werden, unter Einschluss der BRICS Staaten, namentlich von Brasilien, Russland, Indien und China und Südafrika. Der Beitritt der Volksrepublik im Jahre 2001 und eine starke Ausrichtung auf ein auf Export basierendem Wachstum erklärt sodann die starke Zurückhaltung vieler Staaten, weitere Zugeständnisse auf multilateraler Ebene zu machen und diese vielmehr punktuell im Rahmen von Präferenzabkommen, zumeist unter Ausschluss Chinas, an die Hand zu nehmen.

Für die nächsten Jahre und vielleicht Dekaden ist davon auszugehen, dass aus diesen Gründen eigentliche Marktzugangsverhandlungen im Rahmen von Präferenzabkommen geführt werden. Das gilt sowohl für Zölle wie auch für die Beseitigung von nicht-tarifären Handelshemmnissen sowie für den Zugang zu Dienstleistungsmärkten, einschliesslich der Arbeitsmigration. Besondere Bedeutung kommt hier den multilateralen regionalen Abkommen zu. Die Annäherung oder Anpassung von technischen Standards und von Dienstleistungsregulierungen im Rahmen des TTIP wird sich auch auf Drittstaaten auswirken. Diese werden diese Normen soweit wie möglich unilateral übernehmen um den Marktzugang zu den Märkten der USA und der EU (gemeinsam 50% Welt BSP und 30% des Welthandels) nicht unnötig zu erschweren. Somit entstehen hier potentiell neue Goldstandards, welche in einer späteren Phase einer Multilateralisierung auch im Rahmen der WTO oder andern Spezialorganisationen offenstehen.

Diese Entwicklung hat zur Folge, dass die klassischen Bereiche der Marktzugangsverhandlungen nicht mehr länger in der WTO liegen. Diese und damit auch die Handelspolitik der Union müssen sich neu ausrichten. Die Frage stellt sich nach einer sinnvollen Arbeitsteilung zwischen präferenziellen und multilateralen Foren und welche Verhandlungsgegenstände sinnvollerweise künftig in der WTO auf komplementäre Art und Weise aufgenommen werden können. Es stellt sich, mit andern Worten, die Frage nach dem USP (*Unique Selling Point*) der WTO unter den heutigen handelspolitischen und geopolitischen Bedingungen.

B. Das Ende klassischer Handelsrunden

Vorerst ergibt sich klarerweise eine Ende der klassischen Handelsrunden. Die bis und mit der Uruguay Runde abgeschlossenen acht Runden basierten alle auf der

Multilateralisierung bilateral ausgehandelter Zollsenkungen und in der Ausarbeitung und Weiterentwicklung des Regelwerks, einschliesslich Dienstleistungen und geistiges Eigentum. Mit dem Wegfall von Markzugangsverhandlungen entfällt die Grundlage umfassender Paketverhandlungen. Die WTO wird sich künftig vermehrt einzelnen Fragen der Marktregulierung zuwenden, wie sich dies - ausserhalb der Doha Runde – seit 2001 in verschiedenen und auch erfolgreich abgeschlossenen thematischen Verhandlungen bereits manifestiert hat.¹⁴ Die WTO wird mit oder ohne Abschluss der Doha Entwicklungsagenda mit andern Worten zu einem Forum fortlaufender Projekte verlagern müssen, wie dies auch in andern internationalen Organisationen üblich ist. Das schliesst umfassendere Agenden und Themen wie namentlich das Verhältnis von Handel und Klimawandel und die Entwicklung entsprechender Instrumente nicht aus. Im Vordergrund werden dabei sogenannte *behind the border issues* stehen. Das sind Fragen, die den Status von Produkten unabhängig ihrer Herkunft auf dem Markt betreffen und der internen Gesetzgebung und Rechtssetzung der Mitgliedstaaten unterliegen. Sie sollen durch internationales Recht teilweise angeglichen und harmonisiert werden.

C. Sektorielle Verhandlungen

1. Beihilfen und Subventionen

Suchen wir nach Bereichen, denen sich Präferenzabkommen nicht annehmen, so fällt der Bereich der Beihilfen auf. Das Subventionsrecht bildet Gegenstand des WTO Rechts im Bereich der Industriegüter und der Landwirtschaft. In den Präferenzabkommen fehlen entsprechende Disziplinen regelmässig. Das erklärt sich damit, dass entsprechende Regeln notwendigerweise multilateral sein müssen. Zweiseitige Beschränkungen betreffen Dritte nicht und verschaffen diesen in der Folge auf den Märkten der Vertragsparteien des Präferenzabkommens Vorteile, da sie an die Beschränkung interner Stützungen nicht gebunden sind. Trittbrettfahren kann so nur im Rahmen einer multilateralen Ordnung verhindert werden.

Das Subventionsrecht bietet sich daher als zentralen Verhandlungsgegenstand der WTO an. Es geht darum, Staatsbeiträge auf wohlfahrtsfördernde Wirkungen auszurichten und protektionistische Effekte und Renten zu eliminieren. An Problemen fehlt es nicht, die es zu lösen gilt. Fragen stellen sich im Rahmen geltender Abkommen und Regeln, so namentlich die Frage der suspendierten nicht-einklagbaren Subventionen, vor allem mit Blick auf Forschung und Entwicklung, wo Rechtssicherheit heute fehlt. Sie stellen sich weiterhin im Bereich der Landwirtschaft und der Seefischerei, wo der Abbau von Produktionssubventionen einhergeht mit der Notwendigkeit einer nachhaltigen Bewirtschaftung oft gefährdeter Bestände. Die bisherigen Bemühungen in der WTO müssen unbedingt weitergeführt werden. Sie stellen sich neu auch für die Dienstleistungen. Das bestehende

14 S. Ziff. II(B).

Verhandlungsmandat in Art. XV GATS wurde bislang nicht eingelöst. Akute Probleme stellen sich im Bereich der Zivilluftfahrt, über die bestehenden Abkommen hinaus. Massive Beihilfen verschaffen Gesellschaften namentlich erdölproduzierenden Staaten unfair Wettbewerbsvorteile. Das WTO Recht schließt bislang den Linienverkehr und Landrechte nicht ein; die entsprechenden Grundlagen müssen vorerst verhandelt werden.

Neue Frage stellen sich sodann im Zusammenhang mit dem Klimawandel im Energiebereich. Ein sozial verträglicher Abbau von Subventionen für fossile Brennstoffe muss in kommenden Jahren in vielen Mitgliedstaaten der WTO unter Berücksichtigung von völlig ungelösten Fragen des Technologietransfers, der Interkonnektion von Pipelines und des Transitrechts eingeleitet werden. Anders als früher sind heute fast alle erdölproduzierenden Staaten auch Mitglieder der WTO, so dass ein Abkommen die kritische Masse erreichen kann.

2. Nachhaltig Produzierte elektrische Energie

Anzudenken ist sodann die Möglichkeit, eines sektoriellen Abkommens über elektrische Energie. Ihre Bedeutung für Nachhaltigkeit und Entwicklung muss nicht betont werden. Hier wird es um Fragen der Interkonnektion von grenzüberschreitenden Netzwerken gehen, um die Regelung von Smartgrids, Subventionen, Zugang zu Dienstleistungen, Investitionen und Technologietransfer. Die Frage der Differenzierung nach Art und Weise der Herstellung, den sog. *Production and Process Methods* (PPMs) wird zentrale Bedeutung zukommen und im Junktim mit Zugangsfragen zur Technologie zu verhandeln sein.¹⁵

Die Versorgung mit nachhaltig produzierter Energie wird wesentlich auch vom internationalen Handel abhängen. Nur wenn Energie auch dort produziert wird, wo die klimatischen Bedingungen für Wind und Sonnenenergie zuverlässig vorliegen, lässt sich eine stabile Versorgung in Ergänzung zur dezentralen Produktion sicherstellen. Die langfristige Idee eines globalen Netzes, wie es heute für das Internet besteht, und die Entwicklung eines eigentlichen Menschenrechts auf elektrische Energie vermögen hier zentrale Leitlinien einer neuen Aufgabe der WTO in Zusammenarbeit mit andern Organisationen vermitteln. Diese und weitere sektorielle Verhandlungen überwinden tradierte Unterscheidungen zwischen Gütern, Dienstleistungen, Investitionen, Wettbewerb und geistiges Eigentum, sondern werden umfassend und integrierend angegangen. Sie nehmen die regulatorischen Bedürfnisse der einzelnen Sektoren auf.

D. Horizontale Verhandlungen

Neben sektoriellen Verhandlungen werden sich weiterhin horizontale Themen im Rahmen bestehender Abkommen wie auch neuer Fragestellungen aufdrängen. Zu

¹⁵ Eingehend dazu T.Cottier, Renewable Energy and WTO Law: More Policy Space or Enhanced Disciplines?, Renewable Energy Law and Policy Review, 2014 (5), S. 40-51.

denken ist an die Entwicklung von Schutzmassnahmen (*Trade Remedies*) für Dienstleistungen auf der Grundlage des unlauteren Wettbewerbs, zumal Grenz- und Zollschatz hier im Unterschied zum Warenverkehr regelmässig nicht zur Verfügung steht. Zu denken ist die Regelung von Exportrestriktionen im Bereich von Mineralien und seltenen Metallen im Rahmen des GATT und von Lebensmitteln im Rahmen des Landwirtschaftsrechts. Im Bereich der Dienstleistungen stellen sich Fragen einer besseren Klassifizierung. Im geistigen Eigentum werden sich vor allem neue Fragen der Patentierbarkeit von gentechnologischen Produkten und Methoden (*biologics*) und des traditionellen Wissens und die Regelung von Private Public Partnership (PPP) stellen. Ein erneutes Interesse besteht an der Regelung des elektronischen Handels und die Wiederaufnahme der Arbeiten im Bereich des Wettbewerbsrechts und des Investitionsschutzes und seinem Verhältnis zur Handelsregulierung.

Diese Bereiche müssen vorerst im Rahmen von Arbeitsprogrammen in aufgearbeitet werden, wobei ihre Ergebnisse mitunter auch in präferenzielle Verhandlungen fliesssen können. Die Staaten werden dabei feststellen, dass sie im Unterschied zu präferenziellen Verhandlungen von der Expertise und dem Wissen des WTO Sekretariats wie auch zahlreicher Nichtregierungsorganisation im Rahmen einer lebhaft geführten Genfer Debatte profitieren können. Das wird vor allem ein Anreiz für jene Entwicklungsländer sein, die nicht über grössere Ressourcen in der Handelspolitik verfügen.

IV. Institutionelle Entwicklungen

A. Reform der Konsensdiplomatie

Die Zuwendung zu sektoriellen und gezielten horizontalen Verhandlungen wirft die Frage nach institutionellen Entwicklungen und Anpassungen in der Funktionsweise und den Entscheidungsmechanismen der WTO auf.¹⁶ Mit der Entwicklung hin zu einer multipolaren Welt und Verhandlungen mit stark wechselnden Koalitionen je nach Sachbereich muss das Konsensprinzip überdacht werden. Solange ein einziges Mitglied Resultate blockieren kann, bestehen keine hinreichenden Anreize, die genannten und weiteren Themen in Genf aufzunehmen. Eine formelle Abkehr vom Konsensprinzip hin zu einem System eines gewägten Stimmrechts ist dabei wenig wahrscheinlich.¹⁷ Möglich dürfte es aber sein, in der diplomatischen Praxis zu einem Grundsatz von Konsens-minus-Eins zu gelangen, wie

16 Eingehend D. P. Steger (Hrsg.), *Redesigning the World Trade Organization for the Twenty-First Century*, 2010; W. J. Davey (Hrsg.), *The Future of International Economic Law*, 2008.

17 Mögliche Modelle dazu bestehen durchaus, s. T. Cottier, S. Takenoshita, *The Balance of Power in WTO Decision-Making: Towards Weighted Voting in Legislative Response*, *Aussenwirtschaft*, 2003 (2), S. 171-214; *Ibid.*, *Decision-making and the Balance of Powers in WTO Negotiations: Towards Supplementary Weighted Voting*, in: Griller (Hrsg.), *At the Crossroads: The World Trading System and the Doha Round*, 2008, S. 181-229.

er ja bereits im Rahmen des erfolgreichen Streitbeilegungsverfahrens besteht. Die unterliegende Partei kann hier nach Durchführung des Appellationsverfahrens ein für sie belastende Entscheidung nicht abwenden. Das ist der entscheidende Unterschied zum früheren Verfahren unter dem GATT 1947 mit seinen zahlreichen Blockierungen gerade auch seitens der EG namentlich im Agrarbereich. Es ist nicht einzusehen, weshalb dies nicht auch auf die Verhandlungen übertragen werden kann – im Interesse neuer multilateraler Lösungen in Kerngebieten der WTO.

B. Stellung des WTO Sekretariats

Ueberdacht werden müsste auch die Funktion und Stellung des Sekretariats, das in den Verträgen nur rudimentär geregelt ist. Seine Aufgaben in den Verhandlungen, wie auch im Streitbeilegungsverfahren sollte transparent gemacht werden. Ueber die Stimme des Generaldirektors hinaus sollte das Sekretariat seine eigenen Auffassungen in Komites und im Streitbeilegungsverfahren einbringen können. Zu denken ist an die Einrichtung eines *Legal Counsel* für das Sekretariat, über die Beratung der Mitglieder von Panels und des Appellate Body und die Redaktionsarbeiten hinaus. So sollte das Sekretariat auch die Möglichkeit haben, Klage gegen säumige Mitgliedstaaten in die Wege zu leiten. Die Erfahrungen der Europäischen Union mit einer Kommission als Hüterin der Verträge müsste hier in vergleichsweise bescheidenem Umfang zum Vorbild genommen werden. Es geht nicht darum, die WTO zu einer supranationalen Organisation zu mutieren, sondern ihre Funktionsweise als internationale Organisation zu verbessern.

C. Zusammenarbeit mit der UNO und andern Organisationen

Mit Blick auf die sektoriellen Verhandlungen gilt es sodann, die Zusammenarbeit mit andern internationalen Organisationen auf neue Grundlagen zu stellen. Mit dem Rekurs auf Handelsinstrumente in fast allen Lebensbereichen, sei dies Entwicklung, Gesundheit, Umwelt und Klima, Arbeit und Migration, geistiges Eigentum, Menschenrechte oder selbst monetäre Fragen ergibt sich die Notwendigkeit einer engen Zusammenarbeit mit den Fachorganisationen der Vereinten Nationen, des IMF und der Weltbankgruppe sowie den Nicht-Regierungsorganisationen. Es kann nicht darum gehen, die Aufgaben anderer Spezialorganisation an sich zu ziehen, sondern in der Ausarbeitung angemessener Handelsregeln zu den sogenannten *Non-trade Concerns* enger zusammenzuarbeiten im Interesse einer besseren Koährenz. Der Standort Genf kann hier erneut eine Change sein, die *Global Governance* im Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts zu verbessern.

D. Erweiterung des Streitbeilegungsverfahrens

Als vielleicht wichtigste institutionelle Neuerung drängt sich die Erweiterung der Zuständigkeit des WTO Streitbeilegungsverfahrens auf Präferenzabkommen der

Mitgliedstaaten auf. Die heutige Rechtslage zeichnet sich durch eine klinische Isolation der beiden wie dargelegt komplementären Bereich aus. Panels und Appellate Body können heute ausstehende Abkommen nur marginal berücksichtigen; vor allem ist es ausgeschlossen, eine Klage gestützt auf ein Präferenzabkommen vor der WTO einzuleiten. Mit der Erweiterung der Zuständigkeit werden nicht nur die oft fehlenden Institutionen im Präferenzabkommen kompensiert und aufgefangen. Vor allem würde den Präferenzabkommen fortan das im Rahmen der WTO vorhandene Sachwissen und die grosse Erfahrung in der Durchführung von Schiedsverfahren zu Gute kommen. Es ließe sich auch materiell eine größere Kohärenz erreichen. Die Weiterentwicklung der WTO zu einem eigentlichen Welthandelsgerichtshof, allenfalls auch unter Einbezug der Investitionsverträge, verstärkt die zentrale Rolle der WTO, die Globalisierung rechtlich nicht zu ermöglichen, sondern sie auch rechtlich zu verfassen.¹⁸

V. Eine zentrale Aufgabe der Union

In der Weiterentwicklung der WTO kommt der Europäischen Union eine zentrale Rolle zu. Sie verfügt wie kein anderes Mitglied über Erfahrungen in der Ausgestaltung einer internationalen Organisation und ihrer Funktion im Rahmen eines Mehrebenensystems, das ich als Five Storey House bezeichne, von der lokalen, subföderalen, bundestaatlichen, kontental-regionalen zur globalen Ebene.¹⁹ Stärker als in andern Erdteilen sind die Arbeiten der Konstitutionalisierung des Völkerrechts in Europa dank den Erfahrungen im europäischen Integrationsprozess fortgeschritten und ausgeprägter vorhanden.²⁰ Sie sollten auch für die Weiterentwicklung der WTO und anderer internationaler Organisationen und damit auch für eine rechtlich verfasste globale Handelsordnung nutzbar gemacht werden. Die WTO wird, bei aller Aufmerksamkeit präferenzzieller Abkommen, auch weiterhin die massgebende Grundlage dieser Ordnung sein. Als solche muss sie in den kommenden Jahren neben horizontalen Verhandlungen zu bestehenden Abkommen vor allem mit sektoriellen Abkommen und institutionellen Neuerungen weiterentwickelt werden.

18 J. Flett, Referring PTA disputes to the WTO dispute settlement system, in: Dür/Elsig (Hrsg.), Trade Cooperation: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements, 2015, S. 555-579; M. A. Forere, The Relationship of WTO Law and Regional Trade Agreements in Dispute Settlement, 2015, S. 161-222.

19 T. Cottier, Towards a Five Storey House, in: Joerges/Petersmann (Hrsg.), Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law, 2011, S. 495; T. Cottier, M. Hertig, The Prospects of 21st Century Constitutionalism, in: von Bogdandy/Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Yearbook of United Nations Law, 2003 (7) S. 261-328.

20 S. J. Klabbers, A. Peters, G. Ulstein, The Constitutionalization of International Law, 2009.

The WTO Case-Law on the Relation Between the Marrakesh System and Regional Trade Agreements

Elisa Baroncini, Bologna*

I. Introduction

While the World Trade Organization (WTO) system¹ is the pillar of international trade, its difficulties to deepen and widen the multilateral trade discipline to meet the growing needs of a constantly more interconnected, sophisticated and articulated world economy have provoked the negotiations of many Regional Trade Agreements (RTAs),² in particular of mega-deals or mega-regionals³ like the Trans-Pacific Partnership (TPP),⁴ the Comprehensive Economic and Trade

* Associate Professor of International Law, Department of Legal Sciences, University of Bologna.

1 For the Agreement establishing the WTO and all the Multilateral and Plurilateral Marrakesh Agreements see *World Trade Organization, The Legal Texts - The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

2 It has been rightly stressed that in the past the expression "Regional Trade Agreements" accurately and adequately qualified the geopolitical reality of the treaty-systems they referred to, as RTAs aimed to promote and achieve greater economic integration among adjacent countries or States belonging to the same region. However, such geographical element is not anymore a constant feature of what is commonly indicated as an RTA. In fact, previously the major and most significant RTAs were economic integration treaties like MERCOSUR (the Southern Common Market), NAFTA (the North American Free Trade Agreement), the ASEAN Free Trade Area (AFTA) Agreement. On the contrary, nowadays, in particular since the beginning of the new millennium, economic integration efforts are looked for in agreements among countries belonging to different regions -as, for example the mega-regionals quoted in the text or the United States-Colombia Trade Promotion Agreement, the India-MERCOSUR Preferential Trade Agreement, of the other agreements belonging to the new generation of Free Trade Area Agreements (FTAs) sponsored by the EU, beyond TTIP and CETA, like the EU FTAs with Singapore or Vietnam (for the texts resulting from the end of negotiations see the website of the European Commission at the link <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/agreements/>, accessed on 25 January 2017). RTAs' activity has thus transcended regional boundaries, a situation which has also been recorded by the WTO Secretariat, in its WTO Trade Report 2011: "[o]ne half of the PTAs [Preferential Trade Agreements] currently in force are not strictly "regional". The advent of cross-regional PTAs has been particularly pronounced in the last decade. The trend towards a broader geographical scope of PTAs is even more pronounced for those PTAs that are currently under negotiation or have recently been signed (but are not yet in force). Practically all of these are of the cross-regional type" (World Trade Report 2011, *The WTO and Preferential Trade Agreements: From Co-existence to Coherence*, WTO Official Publications, Geneva, 2011, p. 6). However, in spite of the fact that in this official publication the WTO Secretariat used the expression "Preferential Trade Agreements" (!), in the official page of the WTO website and the official WTO documents, the WTO Secretariat and WTO Members continue to use, within the Marrakesh legal framework, the term of RTAs also for economic integration treaties regarding countries not belonging to the same region (see the official WTO webpage *Regional Trade Agreements and Preferential Trade Arrangements* at https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/rt_a_pta_e.htm, accessed on 25 January 2017, and note that, in spite of the WTO *World Trade Report 2011*, the WTO Secretariat uses the expression "Preferential Trade Arrangements" (PTAs) for the unilateral trade preferences granted by developed WTO Members to WTO developing countries as foreseen by the Enabling Clause). Beyond WTO Members' diplomats, also scholars and practitioners converge on the WTO terminological approach, and therefore we use in the present article the expression "Regional Trade Agreements" as including economic integration treaties having a cross-regional character. On this important lexical aspect see P. Van den Bossche, W. Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 648-649.

3 See J. Bacchus, Foreword, in Lester/Mercurio/Bartels (eds.), *Bilateral and Regional Trade Agreements - Commentary and Analysis*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. xiii-xv.

4 The TPP, signed on 4 February 2016 in Auckland, until 23 January 2017 had 12 Contracting parties, i.e. Japan - the only country to have already ratified the Pact - Malaysia, Vietnam, Singapore, Brunei, Australia, New Zea-

Agreement (CETA),⁵ the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP),⁶ or the Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP).⁷

The positive WTO rules concerning RTAs -i.e. Article XXIV of the GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) 1994, paragraphs 2(c) and 3(a) of the Enabling Clause,⁸ and Article V of the GATS (General Agreement on Trade in Services)- have inspired much controversy, generated quite considerable uncertainty, and consequently have not been fully implemented. Therefore, the practice is far from producing satisfying mechanisms coordinating the multilateral and regional systems.

The case-law, in particular, the WTO case-law, concerning the relations between WTO and RTAs systems becomes thus essential to provide for a clearer legal picture on the interaction of universal and regional trade rules, and so endow with a certain level of predictability the economic operators, stakeholders and civil society, and, more generally, all the interested and involved international actors. Such a contribution of clarity is nowadays particularly precious, because of the already emphasized unprecedented proliferation of RTAs having WTO Members as Contracting Parties.

The present article hence intends to analyze the existing WTO case-law on the topic, after a brief presentation of the state-of-the-art of the WTO discipline and practice concerning RTAs. In fact, in spite of being really few, the WTO reports have already fixed some important principles also on the relation between treaty-systems, suggesting how to harmoniously combine the WTO and RTAs substantive and institutional-procedural rules through the application of the international

land, Canada, Mexico, Chile, Peru, and the United States. However, on 23 January 2017, the new US President Trump signed a Presidential Memorandum on the withdrawal of the North-American country. See *Presidential Memorandum Regarding Withdrawal of the United States from the Trans-Pacific Partnership Negotiations and Agreement*, January 23, 2017, in *Federal Register*, 25 January 2017, p. 8497. For the text of TPP see the official website of the United States Trade Representative at the link <https://ustr.gov/tpp/> (accessed on 25 January 2017).

- 5 Such Agreement between the EU and Canada has been signed on 30 October 2016 in Brussels. Bill C-30, the legislation to implement CETA in Canada, was introduced in the House of Commons on October 31, 2016, and passed third reading in the House of Commons on February 14 2017; Bill C-30 was then introduced in the Senate on February 14, 2017. On 15 February 2017, the European Parliament voted by a margin of 408 to 254 to approve CETA. See *M. Blanchfield*, Trudeau Brussels-bound to sign CETA on Sunday, YorkRegion.com, 28 October 2016; Prime Minister Trudeau welcomes the European Parliament's approval of the Comprehensive Economic and Trade Agreement and Strategic Partnership Agreement, Ottawa, 15 February 2017; CETA: MEPs back EU-Canada Trade Agreement, Brussels, 15 February 2017. For the text of CETA see the website of the European Commission <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/> (accessed on 25 January 2017).
- 6 For a presentation and the texts of the negotiating documents on TTIP see the official website of the European Commission at the link http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_en.htm (accessed on 25 January 2017).
- 7 The RCEP is a proposed free trade agreement (FTA) between the ten member states of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) (Brunei, Cambodia, Indonesia, Laos, Malaysia, Myanmar, the Philippines, Singapore, Thailand, Vietnam) and the six states with which ASEAN has existing free trade agreements (Australia, China, India, Japan, South Korea and New Zealand). For a presentation of the RCEP negotiation see the text published by the Department of Foreign Affairs and Trade of the Australian Government at the link <http://dfat.gov.au/trade/agreements/rcep/Pages/regional-comprehensive-economic-partnership.aspx> (accessed on 25 January 2017).
- 8 *Decision on Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity, and Fuller Participation of Developing Countries*, GATT Document L/4903, BISD 26S/203 (28 November 1979) (Enabling Clause).

customary rules for treaty interpretation, as indicated by Article 3, para. 2 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU).

We will then propose some tentative conclusions, also considering the compatibility clauses and the so called forum rules adopted in one of the main mega-regionals, i.e. CETA, as such agreement has been very recently approved by the European Parliament and Canada's House of Commons.

II. Distinctive Features of the RTAs Discipline and Practice in the WTO System

RTAs, treaties through which governments aim to liberalize or facilitate trade on a regional basis or a group of countries, are promoted within the WTO system as long as they strengthen trade liberalization and sustainable economic development within the WTO Member Countries. Therefore, RTAs are conceived within the WTO system in order to build, complement and reinforce free-trade, as clearly stated in Article XXIV, para. 4, of the GATT, "[t]he contracting parties recognize the desirability of increasing freedom of trade by the development, through voluntary agreements, of closer integration between the economies of the countries parties to such agreements."

However, RTAs are by their nature discriminatory, while one of the cornerstones of the multilateral trading system is "the elimination of discriminatory treatment in international trade relations," as solemnly declared in the Preamble of the Agreement establishing the WTO. The Marrakesh Agreements thus provide a set of exceptions specifically devoted to regional agreements, in order "to ensure that regional trade agreements create more trade than they divert."⁹

With reference to trade in goods of RTAs, the relevant provision is Article XXIV of the GATT 1994, to be considered together with the WTO Understanding devoted to the interpretation of that provision.¹⁰ Pursuant to the recalled discipline, WTO Members are allowed to conclude preferential agreements provided the latter establish a free-trade area (FTA) or a customs union. In an FTA, only internal trade among the contracting parties has to be liberalized. In a customs union, beyond internal trade liberalization, also a joint regulation of trade with third

9 *P. Van den Bossche, D. Prévost, Essentials of WTO Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, at p. 131. On RTAs in the WTO see more extensively *P. Hilpold, Die EU im GATT/WTO-System*, Schulthess - Nomos, Innsbruck, 2009, pp. 19 ff.; and also *A. Fabbriotti, Gli accordi di integrazione economica regionale e il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Aracne, Roma, 2009; *M. Matsushita, T. J. Schoenbaum, P. C. Mavroidis, M. Hahn, The World Trade Organization - Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2015; *A.D. Mitchell, N.J.S. Lockhart, Legal Requirements for PTAs under the WTO*, in Lester/Mercuro/Bartels (eds.), *Bilateral and Regional Trade Agreements - Commentary and Analysis*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 81-114.

10 Understanding on the Interpretation of Article XXIV of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, available at the WTO official website at the link https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/10-24_e.htm (accessed on 25 January 2017).

countries has to be achieved. In both cases, Article XXIV of the GATT 1994 calls for the elimination of import duties and other restrictions to commerce concerning "substantially all the trade" between the States being part of the FTA or customs union -the so called "internal trade requirement"; when a customs union is considered, the parties have to apply "substantially the same duties and other regulation of commerce ... to the trade of territories not included in the union" -and this is the external trade requirement, creating a common external trade regime or a common commercial policy. Furthermore, as a consequence of the formation of a FTA or a customs union, trade with third States does not have to be more difficult or more restricted.

For RTAs also covering trade in services, Article V of the GATS has to be respected as well. Under this provision, RTAs are referred to as "economic integration agreements," and the requirements for justifying discriminatory regional agreements are similar to those contemplated in Article XXIV of the GATT 1994. Therefore, the economic integration agreement concerning services must have substantial sectoral coverage, provide for the absence or elimination of substantially all discrimination between or among the parties in the covered sectors, and not raise the overall level of barriers to trade in services in the covered sectors for third countries.

When the RTAs are among developing countries of the WTO, the 1979 Enabling Clause requires less demanding conditions for the preferential agreements, by comparison with those of Article XXIV of the GATT 1994. In fact, it simply states that "[r]egional or global arrangements entered into amongst less-developed contracting parties for the mutual reduction or elimination of tariffs and ... for the mutual reduction or elimination of non-tariff measures, on products imported from one another"¹¹ may be discriminatory provided that "[a]ny differential and more favourable treatment provided under [the Enabling Clause] ... [is] designed to facilitate and promote the trade of developing countries and not to raise barriers to or create undue difficulties for the trade of any other contracting parties."¹²

The WTO consistency of RTAs, in principle, has to be assessed by intergovernmental bodies, the WTO Committee on Regional Trade Agreements (CRTA), or the Committee on Trade and Development (CTD), the latter being competent to consider preferential agreements among developing countries. This means that such evaluation activity -establishing whether a RTA is compatible with the Marrakesh system- is *in primis* conceived, within the WTO legal framework, as oriented to produce a political decision, being both the Committees formed by representatives of the WTO Members.

The CRTA, which is the specialized body with the major activities on RTAs' evaluation, was set up in 1996 by the WTO General Council, and adopts its decision

11 Paragraph 2 (c) of the Enabling Clause.

12 Paragraph 3 (a) of the Enabling Clause.

by consensus.¹³ It has "to carry out the examination of agreements in accordance with the procedures and terms of reference adopted by the Council for Trade in Goods, the Council for Trade in Services or the Committee on Trade and Development, as the case may be, and thereafter present its report to the relevant body for appropriate action"¹⁴; and it has "to consider the systemic implications of such agreements and regional initiatives for the multilateral trading system."¹⁵ The CR-TA role was strengthened with the adoption, in December 2006, of the Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements (the "RTA Transparency Mechanism"),¹⁶ which clarifies and articulates the transparency obligations of WTO Members under Article XXIV:7(a) of the GATT 1994¹⁷ and Article V:7(a) of the GATS.¹⁸

Under the RTA Transparency Mechanism, the General Council tried to give a more precise content to the very generic indication of the recalled WTO obligations, requiring that WTO Members "promptly notify" the WTO membership with RTAs texts. Pursuant to the 2006 Decision, WTO Members are hence called to notify their participation to negotiations of new RTAs, the documents of such treaties once RTAs are signed, and the full text of a RTA "no later than directly following the parties' ratification of the RTA or any party's decision on application of the relevant parts of an agreement, and before the application of preferential treatment between the parties."¹⁹ Within the CRTA, all those notifications are considered and discussed, so that the minutes of CRTA meetings, together with the notified documents, are particularly important to assess new trends in trade regionalism. In principle, the CRTA should adopt a report on the WTO consistency of a notified RTA. However, the ever increasing scope of the new regional agreements, the very generic expressions used by the above recalled WTO provisions on RTAs' exceptions, and the positive consensus rule at the basis of the CRTA's decision making, are a series of concurring circumstances which reinforces the political sensitiveness of the definition of legitimacy for regionalism within the multilateral trade system. And such a series of circumstances makes difficult reaching a consensus for the CRTA reports on the WTO/RTAs relations.

13 WTO Doc. WT/L/127, *Committee on Regional Trade Agreements*, Decision of the WTO General Council of 6 February 1996.

14 WTO Doc. WT/L/127, cit., para. 1(a).

15 WTO Doc. WT/L/127, cit., para. 1(d).

16 WTO Doc. WT/L671, *Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements*, Decision of the WTO General Council of 14 December 2006.

17 Pursuant to which "[a]ny contracting party deciding to enter into a customs union or free-trade area, or an interim agreement leading to the formation of such a union or area, shall promptly notify the CONTRACTING PARTIES and shall make available to them such information regarding the proposed union or area as will enable them to make such reports and recommendations to contracting parties as they may deem appropriate."

18 According to such provision, "Members which are parties to any agreement referred to in paragraph 1 shall promptly notify any such agreement and any enlargement or any significant modification of that agreement to the Council for Trade in Services. They shall also make available to the Council such relevant information as may be requested by it. The Council may establish a working party to examine such an agreement or enlargement or modification of that agreement and to report to the Council on its consistency with this Article."

19 WTO Doc. WT/L671, cit., section B, para. 3.

The result is that the political pillar does not produce decisions on the WTO consistency of RTAs, nor does it clarify the very generic expressions -like, for instance "substantially all trade", or "substantially the same" (Article XXIV:8 of the GATT 1994)- of the WTO provisions specifically formulated to justify regional agreements. The burden to provide with concrete content those generic expressions is then left to the judicial pillar of the WTO. In the next paragraphs we will try to present the basic features of the relevant WTO case-law concerning RTAs.

III. The power to adjudicate RTAs acknowledged by the Appellate Body in the *Turkey - Textiles Case*

When the WTO entered into force, part of the doctrine claimed that in case the CRTA did not complete its evaluation on the WTO compatibility of a notified RTA, the WTO judges could not have jurisdiction to assess the overall consistency of such RTA with Article XXIV of the GATT 1994. Some scholars stressed that since WTO law reserved to a political body, i.e. the CRTA, the competence to review whether a RTA respected the Marrakesh requirements and was thus in harmony with trade liberalization rules, the intervention of a WTO judging body on a RTA not yet evaluated by the political pillar would have compromised and infringed the institutional balance determined by the WTO texts.²⁰ For those experts, the examination by a panel or the Appellate Body of a RTA "raised broad policy issues of concern for the WTO membership and could [thus] not be appropriately addressed in a dispute settlement proceeding normally involving only two Members."²¹

In the first dispute on which the Appellate Body had the chance to address such issue, i.e. the *Turkey - Textiles* case,²² the WTO Permanent Tribunal, reversing the conclusions of the Panel on the point,²³ unequivocally affirmed the complete

20 See *F. Roessler*, The Relationship between Regional Integration Agreements and the Multilateral Trade Order, in Bronckers/Quick (eds.), *New Directions in International Economic Law - Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer Law International, 2000, pp. 325-347.

21 WT/DSB/M/71, *Minutes of the Meeting Held in the Centre William Rappard on 19 November 1999*, 11 January 2000, Statement by the Representative of India, at p. 19.

22 Panel Report, *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WTO Doc. WT/DS34/R, adopted 19 November 1999; Appellate Body Report, *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WTO Doc. WT/DS34/AB/R, adopted 19 November 1999. On this dispute see *J. Mathis*, *WTO, Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, Legal Issues of European Integration 2000, pp. 103-114; *J.P. Trachtman*, Decisions of the Appellate Body of the World Trade Organization, *European Journal of International Law* 2000, pp. 217-240; *G. Marceau, C. Reiman*, When and How Is a Regional Trade Agreement Compatible with the WTO?, *Legal Issues of European Integration* 2001, pp. 297-336.

23 In what has been rightly qualified as "an equivocal approach" to the question of how far-reaching should a WTO adjudicatory body's RTA examination be (see *P. Hilpold*, Regional Integration According to Article XXIV GATT – Between Law and Politics, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2003, pp. 219-260, at p. 245), the Panel recalled first the function of the Committee on Regional Trade Agreements, noting that the CRTA "has been established, *inter alia*, to assess the GATT/WTO compatibility of regional trade agreements entered into by Members, a very complex undertaking which involves consideration by the CRTA, from the economic, legal and political perspectives of different Members, of the numerous facets of a regional trade agreement in relation to the provisions of the WTO" (Panel Report, *Turkey - Textiles*, para. 9.52, empha-

review power of the WTO judging bodies on the entirety of any RTA. In this controversy, India attacked Turkey because, as of 1 January 1996, the latter applied quantitative restrictions on imports of 19 categories of Indian textile and clothing products, considered by the claimant inconsistent with Articles XI and XIII of the GATT 1994 and Article 2.4 of the WTO Agreement on Textiles and Clothing.²⁴ Turkey adopted the attacked quantitative restrictions in order to complete the Customs Union with the EU, a process started in 1963 -when Turkey and the Council and Member States of the then European Economic Community signed the Ankara Agreement setting up the EC/Turkey Association, entered into force on 1 December 1964.²⁵ and finalized in 1995, with Decision 1/95 taken by the EC/Turkey Association Council -i.e. the common body conferred with the power to adopt the implementing measures necessary to achieve the purposes of the Ankara Agreement.²⁶ Therefore, the defendant invoked Article XXIV of the GATT 1994 to justify the introduction of trade barriers against Indian textiles. As the CRTA did not complete its evaluation on the compatibility of the EC/Turkey Custom Union as a whole with the WTO system, the issue was raised whether the WTO judging bodies, thus *in primis* the Panel, were competent to assess the overall consistency of a RTA with the GATT 1994. The Appellate Body held that WTO Members availing themselves of Article XXIV of the GATT 1994 in order to justify domestic measures otherwise incompatible with trade liberalization rules have first to explain and demonstrate how the RTA they are relying on is GATT-consistent. This means that WTO adjudicatory bodies have consequently the full judicial power to ascertain the overall compatibility of RTAs with the Marrakesh treaty-system.

sis added). Therefore, because of the global interdisciplinary approach on RTAs' evaluation characterizing the activity expressly conferred by the WTO system to the *ad hoc* special intergovernmental body, according to the Panel such a composite diplomatic assessment of a regional agreement could not be reduced to a technical legalistic exam by a WTO judicial body: "the issue regarding the *GATT/WTO compatibility of a customs union*, as such, is generally a matter for the CRTA since, as noted above, it involves a broad multilateral assessment of any such custom union, i.e. a matter which concerns the *WTO membership as a whole*" (*ibid.*, emphasis added). However, immediately after, with an incoherent legal motivation, the Panel, while rejecting its competence on the overall assessment of RTAs, nevertheless declared to have jurisdiction on reviewing the WTO compatibility of the specific measures adopted within an RTA: "[a]s to whether panels also have the jurisdiction to assess the overall WTO compatibility of a customs union, we recall that ... the terms of reference of panels must refer explicitly to the 'measures' to be examined by panels. We consider that *regional trade agreements may contain numerous measures, all of which could potentially be examined by panels, before, during or after the CRTA examination*, if the requirements laid down in the DSU are met. However, it is arguable that a customs union (or a free-trade area) as a whole would logically not be a 'measure' as such, subject to challenge under the DSU" (Panel Report, *Turkey - Textiles*, para. 9.53, emphasis added). We qualify as incoherent the Panel's approach on this aspect because a specific measure adopted to realize the object ad purpose of a WTO-inconsistent RTA cannot possibly be justified within the multilateral trade system: a WTO-incompatible regional agreement may not generate WTO-compatible implementing measures.

24 See Appellate Body Report, *Turkey - Textiles*, paras. 1 - 5.

25 Council Decision No 64/732/EEC of 23 December 1963 on the conclusion of the Agreement establishing an Association between the European Economic Community and Turkey, Agreement establishing an Association between the European Economic Community and Turkey, O.J. EC 1964 L217/3685; English official version of the text published in O.J. 1973 (Special Edition) C 113/2.

26 Decision No 1/95 of the EC-Turkey Association Council of 22 December 1995 on implementing the final phase of the Customs Union, in O.J. EC 1996 L35/1.

In particular, in the case at issue, Turkey invoked Article XXIV of the GATT 1994 claiming that the quantitative restrictions on textiles attacked by India were necessary to set up the EC/ Turkey Customs Union foreseen by the 1963 Ankara Association Agreement and accomplished by Decision 1/95 of the EC/Turkey Association Council. Therefore, the defendant had first to demonstrate, and the Appellate Body had first to establish, whether the requirements of sub-paragraphs 8(a) and 5(a) of Article XXIV of the GATT 1994 to set up a customs union were satisfied:

... Article XXIV may justify a measure which is inconsistent with certain other GATT provisions. However, in a case involving the formation of a customs union, this "defence" is available only when two conditions are fulfilled. First, the party claiming the benefit of this defence must demonstrate that the measure at issue is introduced upon the formation of a customs union that fully meets the requirements of sub-paragraphs 8(a) and 5(a) of Article XXIV. And, second, that party must demonstrate that the formation of that customs union would be prevented if it were not allowed to introduce the measure at issue. Again, *both* these conditions must be met to have the benefit of the defence under Article XXIV.

We would expect a panel, when examining such a measure, to require a party to establish that both of these conditions have been fulfilled. It may not always be possible to determine whether the second of the two conditions has been fulfilled without initially determining whether the first condition has been fulfilled. In other words, it may not always be possible to determine whether not applying a measure would prevent the formation of a customs union without first determining whether there *is* a customs union. In this case, the Panel simply assumed, for the sake of argument, that the first of these two conditions was met and focused its attention on the second condition.²⁷

IV. The quantum of the burden of proof to establish a *prima facie* case of the WTO consistency of an RTAs: the US - Line Pipe case

In this dispute on the legitimacy of a US tariff quota, the Panel could intervene on the level of evidence to fulfill by a defendant invoking Article XXIV of the GATT 1994 to justify an alleged WTO violation because of the existence on an RTA. In fact, Korea attacked the safeguard measure imposed by the United States on imports of circular welded carbon quality line pipe, which is a tubular product used primarily in the gathering and transmission of oil and gas. As the oil and gas industries have very fluctuating prices, the demand and pricing for line pipe necessary to transport those natural resources have similar cyclical swings. In order to preserve the US industry of line pipe, the International Trade Commission of the United States therefore introduced a quota of zero rate of duty for line pipe originating in each WTO Member, combined with a tariff duty for goods impor-

²⁷ Appellate Body Report, *Turkey - Textiles*, paras. 58 and 59.

ted exceeding the assigned quota. The safeguard measure, lasting for three years and one day, established a reduction for the rate of duty on the second and third year. However, the US trade defense instrument excluded Mexico and Canada from the remedy.²⁸

In front of the Panel, the US defended its safeguard measures also arguing to be entitled to treat imports from Canada and Mexico differently because of the existence of the North American Free Trade Agreement (NAFTA),²⁹ thus of a RTA providing for better trade conditions for its contracting parties. The US had consequently to demonstrate the consistency of NAFTA with Article XXIV of the GATT 1994. While assessing the US defense, the Panel had therefore the chance to dwell upon the level of evidence, i.e. the quantum of the burden of proof, that a disputant had to perform in order to establish a *prima facie* case of the consistency of an RTA with WTO law.

As NAFTA is, from the technical point of view, a regional agreement setting up a free-trade area, the WTO judging body first of all remarked that, under Article XXIV:5 of the GATT 1994, the formation of a free-trade area between the territories of WTO Members is allowed, provided the conditions set forth in sub-paragraphs b) and c) of the recalled provision are met.³⁰ The Panel then reported the definition of free-trade area codified in Article XXIV:8(b) of the GATT 1994, pursuant to which such area is "a group of two or more customs territories in which the duties and other restrictive regulations of commerce (except, where necessary, those permitted under Articles XI, XII, XIII, XIV, XV and XX) are eliminated on substantially all the trade between the constituent territories in products originating in such territories." Setting up a free-trade area, following the requirements of the WTO system, will thus "necessarily result in more favourable treatment for free-trade area partners than for non-free-trade area partners (in respect of whom 'duties and other restrictive regulations of commerce' are not eliminated)."³¹

Therefore, the discriminatory nature of the US safeguard measure on line pipe, -excluding from the tariff quota Canada and Mexico as Parties, together with the US, of NAFTA- can be justified by the North American Free Trade Agreement provided that the latter may be qualified as a FTA fulfilling the WTO conditions:

28 Cfr. Panel Report, *United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea*, WTO Doc. WT/DS202/R, adopted 8 March 2002, paras. 2.1 - 2.5.

29 The North American Free Trade Agreement among the United States, Mexico and Canada, entered into force on January 1, 1994. For the text of NAFTA see the official website of the Government of Canada <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/index.aspx?lang=eng> (accessed on 25 January 2017).

30 I.e. that i) "the duties and other regulations of commerce maintained in each of the constituent territories [of the FTA] ... and applicable ... to the trade of [WTO Members] ... not included in such area ... shall not be higher or more restrictive than the corresponding duties and other regulations of commerce existing in the same constituent territories prior to the formation of the free-trade area"; and, in case of the gradual definition of the free-trade area, that ii) the interim agreement specifically formulated to establish the various stages for reaching the FTA has to "include a plan and schedule for the formation of such a ... free-trade area within a reasonable length of time."

31 Panel Report, *US - Line Pipe*, para. 7.140.

NAFTA must "(1) comply with Article XXIV:5(b) and (c), and (2) eliminate duties and other restrictive regulations of commerce on 'substantially all' intra-NAFTA trade."³²

With reference to the burden of proof of the above indicated WTO conditions, the Panel, restating the AB conclusions in the *Turkey - Textiles* case, declared that "[a]s the party seeking to rely on an Article XXIV defence (or 'limited exception'), the onus is on the United States to demonstrate compliance with these conditions."³³

The United States then argued that "NAFTA provided for the elimination within ten years of all duties on 97 per cent of the Parties' tariff lines, representing more than 99 per cent of the trade among them in terms of volume," figures that the North-American administration considered as respecting the threshold established under Article XXIV:8 of the GATT 1994 for "elimination of duties on substantially all trade." With regard to the elimination of other restrictive regulations of commerce, the defendant remarked that "NAFTA applie[d] the principles of national treatment, transparency, and a variety of other market access rules to trade among the Parties ... [and] eliminated the application of global safeguard measures among [NAFTA Parties] under certain conditions." The US then stated that NAFTA did not raise "barriers to third countries, since none of the NAFTA Parties increased tariffs on trade with non-NAFTA measures," nor did "[t]he NAFTA Parties ... place other restrictive regulations of commerce on other WTO Members upon formation of the free-trade area."³⁴ The defendant finally made reference to the documents presented and the discussions held within the CRTA on the compliance of NAFTA with Article XXIV of the GATT 1994, containing "further explanation of the US views" on the compatibility of NAFTA with the WTO system, and since such series of reports, submissions and minutes of the meeting were "voluminous materials," the US decided not to "append them," preferring to "incorporate them into this submission by reference."³⁵

Korea claimed that NAFTA was not in compliance with Article XXIV of the GATT 1994 limiting its considerations to the fact that the CRTA was still considering the WTO compatibility of NAFTA, and "ha[d] not yet issued a final decision on the matter,"³⁶ a position reformulated by the Panel as Korea arguing that any RTA had to be automatically considered as WTO inconsistent until the CRTA would have issued "a final decision on the matter."³⁷

Having considered the positions of claimant and defendant, the WTO judging body concluded that

32 Panel Report, *US - Line Pipe*, para. 7.141.

33 Panel Report, *US - Line Pipe*, para. 7.142.

34 *Ibid.*

35 Response to Panel Question 2 to the United States at the second substantive meeting (see Panel Report, *US - Line Pipe*, Annex B-8).

36 Panel Report, *US - Line Pipe*, para. 7.143.

37 *Ibid.*

... the information provided by the United States in these proceedings, the information submitted by the NAFTA parties to the Committee on Regional Trade Agreements ("CR-TA") (which the United States has incorporated into its submissions to the Panel by reference), and the absence of effective refutation by Korea, establishes a prima facie case that NAFTA is in conformity with Article XXIV:5(b) and (c), and with Article XXIV:8(b).³⁸

V. The relation between RTA and WTO dispute settlement mechanisms in the AB Report of the Mexico - Taxes on Soft Drinks case

RTAs also provide for dispute mechanisms to settle controversies among the contracting parties on the interpretation and application of RTAs' rules. A very delicate issue of the relations between RTAs and WTO systems is of course the interaction between regional and multilateral dispute settlement proceedings.³⁹ The Appellate Body intervened on this highly sensitive aspect in the long trade war on sugar and alternative sweeteners between Mexico and the United States.⁴⁰ The latter attacked before the WTO adjudicatory bodies the so called Mexican "soft drink tax," which raised a 20 per cent tax on the transfer or importation of soft drinks and other beverages that used any sweetener other than cane sugar.⁴¹ Such measure was adopted by Mexico within a NAFTA controversy in order to induce the United States to respect the Mexican interpretation of the NAFTA obligation concerning exports of Mexican sugar into the North-American market. Therefore, according to the defendant, the Mexican discriminatory taxation had to be considered within the NAFTA dispute settlement system, and not, instead, by the WTO judging bodies.

The Appellate Body agreed with the United States legal reasoning. In the *Mexico - Taxes on Soft Drinks* case, it stated that "[t]he fact that a Member may initiate a WTO dispute whenever it considers that 'any benefits accruing to [that Member] are being impaired by measures taken by another Member' implies that that Member is *entitled* to a ruling by a WTO panel,"⁴² and pointed out that "[a] deci-

38 Panel Report, *US - Line Pipe*, para. 7.144.

39 See *L. Zoppo*, *La soluzione delle controversie commerciali tra Stati tra multilateralismo e regionalismo*, Jovene editore, Napoli, 2013.

40 Appellate Body Report, *Mexico - Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WTO Doc. WT/DS308/AB/R, adopted 24 March 2006. On the facts and legal issues of the dispute see *A. Alvarez Jimenez*, *The WTO AB Report on Mexico - Soft Drinks, and the Limits of the WTO Dispute Settlement System*, *Legal Issues of Economic Integration* 2006, pp. 319-333; *ICTSD Dialogue on the Mexico Soft Drinks Dispute: Implications for Regionalism and for Trade and Sustainable Development*, Geneva, Switzerland, May 30, 2006; *M. Kornis*, *US Corn Sweeteners and Mexican Sugar: Agreement at Last!*, *US International Trade Commission Journal of International Commerce and Economics*, December 2006; *W.J. Davey*, *A. Sapir*, *The Soft Drinks Case: The WTO and Regional Agreements*, *World Trade Review* 2009, pp. 5-23; *F. Roessler*, *Mexico - Tax Measures on Soft Drink and Other Beverages (DS308)*, *World Trade Review* 2009, pp. 25-30.

41 For a detailed reconstruction of the Mexican discipline on soft drinks taxation see the reconstruction made by the Panel established for the inter-American dispute: Panel Report, *Mexico - Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WTO Doc. WT/DS308/R, adopted 24 March 2006, paras. 2.1 - 2.6.

42 Appellate Body Report, *Mexico - Taxes on Soft Drinks*, para. 52.

sion by a panel to decline to exercise validly established jurisdiction would seem to ‘diminish’ the right of a complaining Member to ‘seek the redress of a violation of obligations’ within the meaning of Article 23 of the DSU, and to bring a dispute pursuant to Article 3.3 of the DSU.”⁴³

A margin of flexibility was nevertheless preserved by the permanent Tribunal, through an accurate choice of the words, in order to allow the WTO system to properly coordinate itself with RTA systems in circumstances of parallel proceedings. The Appellate Body thus underlined that in the *Mexico – Taxes on Soft Drinks* controversy a) the subject matter and the legal claims raised by the disputants before the NAFTA and before the WTO were not the same, b) “no NAFTA panel” has already “decided the ‘broader dispute’ to which Mexico ha[d] alluded,” and c) the Latin American country “ha[d] expressly stated” not to have exercised “the so-called ‘exclusion clause’ of Article 2005.6 of the NAFTA” pursuant to which “[o]nce dispute settlement procedures have been initiated under Article 2007 or dispute settlement proceedings have been initiated under the GATT, the forum selected shall be used to the exclusion of the other.”⁴⁴

The AB Members consequently concluded that they did not intend to “express any view on whether a legal impediment to the exercise of a panel’s jurisdiction would exist in the event that features such as those mentioned above were present,”⁴⁵ therefore leaving the door open to reconsider the strong assertion of the WTO authority should one or more of the above listed three circumstances be present.

VI. Harmonizing the interpretation of RTAs and WTO substantive provisions: the Appellate Body in the *Brazil - Retreaded Tyres* case

In the subsequent *Brazil - Retreaded Tyres* case, the Appellate Body showed to be ready to give attentive relevance to a previous arbitral award issued in the RTA system of the Southern Market, or *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR).⁴⁶ The dispute was started by the European Union against the Brazilian measure prohibiting imports of retreaded tyres,⁴⁷ with the exception of those tyres originating

43 Appellate Body Report, *Mexico - Taxes on Soft Drinks*, para. 53.

44 Appellate Body Report, *Mexico - Taxes on Soft Drinks*, para. 54.

45 *Ibid.*

46 Appellate Body Report, *Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WTO Doc. WT/DS332/AB/R, adopted 17 December 2007. The MERCOSUR was set up by the 1991 Treaty of Asunción, whose contracting parties are Argentina, Brazil, Paraguay, Uruguay and Venezuela, which was nevertheless suspended on December 1, 2016 because of the very difficult internal situation making impossible for Caracas to respect MERCOSUR obligations. On MERCOSUR see Toscano/Filho/Lixinski/Olmos Giupponi (eds.), *The Law of MERCOSUR*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2010. For the text of the Treaty of Asunción and the subsequent MERCOSUR treaties, protocols and agreements see the official MERCOSUR website at the link <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/4059/1/innova.front/normativa-y-documentos-oficiales> (accessed on 25 January 2017).

47 “Tyres are an integral component in passenger cars, lorries, and airplanes and, as such, their use is widespread in modern society. New passenger cars are typically sold with new tyres. When tyres need to be replaced, consumers in some countries may have a choice between new tyres or ‘retreaded’ tyres. This dispute concerns

from MERCOSUR countries. The so-called "MERCOSUR exemption" was introduced by the Brazilian authorities after the arbitral decision issued by a MERCOSUR Tribunal that, on the basis of a complaint by Uruguay, declared illegitimate the former general ban as it was a restriction of commerce between MERCOSUR countries incompatible with Brazil's obligations under that RTA.⁴⁸ The Latin American country succeeded to demonstrate that its import ban could be provisionally justified under Article XX, let. b) of the GATT 1994, because it was necessary to protect the environment and the health of the Brazilian people, put in danger by excessive quantities of waste tyres, impossible to dispose of in an appropriate and safe way.

However, the Appellate Body said that the requirements of the chapeau of Article XX of the GATT 1994 had not been satisfied by Brazil, as the Brazilian import ban arbitrarily and unjustifiably discriminated "between countries where the same conditions prevail," by exempting retreaded tyres originating from MERCOSUR countries. Brazil argued that the discriminatory nature of the import ban had to be justified because the respect, by the Latin American country, of the MERCOSUR ruling could not be viewed as "capricious" or "random," but, on the contrary, had to be qualified as an inescapable obligation under international law. The Geneva Tribunal, however, emphasized that "discrimination can result from a rational decision or behaviour, and still be 'arbitrary or unjustifiable', because it is explained by a rationale that bears no relationship to the objective of a measure provisionally justified under one of the paragraphs of Article XX, or goes against that objective."⁴⁹ Since the respect of the MERCOSUR award was completely unrelated to the value contemplated by Article XX, let. b) of the GATT 1994 -i.e. the "protect[ion of] human, animal or plant life or health"- the Appellate Body stated that the respect of the arbitral decision could not be considered as a justification of the discriminatory nature of the Brazilian import ban of retreaded tyres.

At first glance, it could seem that the WTO judiciary bluntly asserted its supreme and exclusive jurisdiction in case of any conflict with RTA dispute settlement mechanisms. However, the Appellate Body took care to point out that it would have been possible to coordinate the two systems of dispute resolution, arriving at decisions likely to be similar, had the Latin American country invoked Article 50(d)

the latter category of tyres. Retreaded tyres are used tyres that have been reconditioned for further use by stripping the worn tread from the skeleton (casing) and replacing it with new material in the form of a new tread, and sometimes with new material also covering parts or all of the sidewalls. Retreaded tyres can be produced through different methods, one of which is called "remoulding" (Appellate Body Report, *Brazil - Retreaded Tyres*, para. 118).

48 The award of the arbitral MERCOSUR tribunal is dated 9 January 2002, and it found that the Brazilian general ban of retreaded tyres was incompatible with MERCOSUR Decision CMC No. 22 of 29 June 2000, which obliged MERCOSUR countries not to introduce new *inter se* restrictions of commerce (see Appellate Body Report, *Brazil - Retreaded Tyres*, footnote 163 and the accompanying text, and Panel Report, *Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WTO Doc. WT/DS332/AB/R, adopted 17 December 2007, para. 2.13). On the present dispute see J.H.H. Weiler, *Brazil –Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres* (DS322), *World Trade Review* 2009, pp. 137-144; T. Brink, *Which WTO Rules Can a PTA Lawfully Breach?* Completing the Analysis in *Brazil – Tyres*, *Journal of World Trade* 2010, pp. 813- 846.

49 Appellate Body Report, *Brazil - Retreaded Tyres*, para. 232.

of the Treaty of Montevideo to justify the original general import ban toward the MERCOSUR contracting parties. Article 50(d) of MERCOSUR, in fact, "serves a function similar to that of Article XX(b) of the GATT 1994,"⁵⁰ having also a similar wording, as it states that "[n]o provision under the present Treaty shall be interpreted as precluding the adoption and observance of measures regarding: ... d. [p]rotection of human, animal and plant life and health."⁵¹ Therefore, considered the WTO Appellate Members, "Article 50(d) of the Treaty of Montevideo, as well as the fact that Brazil might have raised this defense in the MERCOSUR arbitral proceedings ... show, in our view, that the discrimination associated with the MERCOSUR exemption does not necessarily result from a conflict between provisions under MERCOSUR and the GATT 1994."⁵²

VII. The centrality of WTO exceptions' rules on RTAs for assessing their legitimacy and the importance of clarity when drafting RTAs in the Peru - Agricultural Products case

In this very recent dispute, Guatemala attacked the additional duties resulting from the operation of the Peruvian Price Range System (PRS), a mechanism set up in order to guarantee internal price stability for 45 agricultural products separated into four general categories -namely milk, yellow maize, rice, and sugar- and thus reduce, within the Peruvian market, fluctuations due to changes on worldwide prices.⁵³ The main purpose of the described discipline -hereinafter indicated as "the challenged measure"- is in particular to improve domestic competitiveness, protecting producers' and importers' interests: both the working categories, in fact, being in the condition to rely on a stable price, know in advance how much they would gain and how much they would have to pay for the sensitive agricultural products, "allowing [such] economic agents to operate efficiently and productively."⁵⁴ Furthermore, the consequent stability in food prices represents an important element for a developing country like Peru, as food is a major share in poor people's expenditure, and therefore fluctuations on food prices have major effects on their incomes. The PRS is based on a reference price for the affected products, reflecting the average international price over the preceding two weeks, along with a range composed by a floor price and a ceiling price, calculated on the international price over the last 60 months. Therefore, the attacked Peruvian measure imposes an additional duty on the transaction value of imports when the

50 Appellate Body Report, *Brazil - Retreaded Tyres*, para. 234.

51 The text of the MERCOSUR provision is reported in Appellate Body Report, *Brazil - Retreaded Tyres*, footnote 443.

52 Appellate Body Report, *Brazil - Retreaded Tyres*, para. 234.

53 See the Supreme Decree No. 115-2001-EF, published in the Official Journal "El Peruano" on 22 June 2001.

54 Cfr. the wording of the Peruvian Supreme Decree No. 115-2001-EF reported in Panel Report, *Peru - Additional Duties on Imports of Certain Agricultural Products*, WTO Doc. WT/DS457/R, adopted 31 July 2015, para. 7.118.

reference price is below the floor-price level, and establishes that the amount of such additional duty be "based on the difference between the floor price and the reference price." As Peru has bound at 68% *ad valorem* the custom duties on the products subject to the PRS, the additional levies required by Lima, combined with Peru's *ad valorem* duties, cannot exceed Peru's bound tariff rate. On the contrary, the PRS provides for the application of tariff rebates, thus of reductions when the reference price exceeds the ceiling price. Finally, tariffs are unaltered if the reference price is above the floor price and below the ceiling price.⁵⁵

Almost a decade after the enter into force of the PRS system, Guatemala and Peru agreed on the possibility to maintain such a mechanism by virtue of Annex 2.3, para. 9 of the FTA signed between the two countries on 6 December 2011, pursuant to which "Peru may maintain its Price Range System established in Supreme Decree No. 1152001EF and the amendments thereto." A similar explicit guarantee was negotiated by Peru in several FTAs with other trade partners, in order to benefit of the flexibility to maintain its PRS.⁵⁶

When Guatemala attacked the Peruvian measure before the WTO dispute settlement system, Lima also argued that the WTO Panel did not have jurisdiction: according to the defendant, by signing the FTA, Guatemala impliedly guaranteed to Peru not to initiate WTO proceedings with regard to the PRS. In fact, pursuant to Article 1.3 of the FTA, on the relationship with other international agreements, "[t]he Parties confirm their existing mutual rights and obligations under the WTO Agreement and other agreements to which they may be parties"; however, the same provision foresees the prevalence of the FTA in case of bilateral obligations incompatible with Marrakesh law: "[i]n the event of any inconsistency between this Treaty and the agreements referred to in paragraph 1, this Treaty shall prevail to the extent of the inconsistency, unless otherwise provided in this Treaty."

The Peru / Guatemala FTA formally was not binding during the Panel and AB proceedings: indeed, Guatemala ratified the Agreement,⁵⁷ but Peru had yet to con-

55 For an overview of the Peruvian measure attacked by Guatemala see Panel Report, *Peru - Agricultural Products*, paras. 7.97-7-167; Appellate Body Report, *Peru - Additional Duties on Imports of Certain Agricultural Products*, WTO Doc. WT/DS457/AB/R, adopted 31 July 2015, paras. 5.1-5.4; WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary (DSC), Panel Report, *Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products*, (WT/DS457/R), August 3, 2015, pp. 2-4; WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary (DSC), Appellate Body Report, *Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products*, (WT/DS457/AB/R), August 3, 2015, pp. 2-4.

56 See K. Saggi, M. Wu, Understanding Agricultural Price Range Systems as Trade Restraints: Peru - Agricultural Products, *World Trade Review* 2016, pp. 1-28, at p. 20. On the *Peru - Agricultural Products* dispute see also A. Raina, "The Day the Music Died": The Curious Case of Peru-Agricultural Products, *Global Trade and Customs Journal* 2016, pp. 71-85; G. Shaffer, L.A. Winters, FTAs as Applicable Law in WTO Dispute Settlement: Was the Appellate Body Wrong in Peru-Additional Duty (DS457)?, EUI Working Papers RSCAS 2016/65, November 2016. For the text of the Peru / Guatemala FTA see the Investment Policy Hub of the United Nations Conference on Trade and Development at the link <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/86/treaty/3293> (accessed on 25 January 2017).

57 As already mentioned in the text, the FTA was signed by both parties on 6 December 2011. Subsequently, the bilateral treaty was approved by the Guatemalan Congress on 4 July 2013 by Decree No. 5-2013 published in the *Journal of Central America* (Guatemala's official journal) on 23 July 2013, and then formally ratified by the Guatemalan President. Guatemala notified Peru with a letter dated 21 February 2014 that it had fulfilled

clude and implement the FTA in observance of its internal procedures.⁵⁸ Instead of declining the arguments on jurisdiction by Peru on the basis that the invoked FTA was not yet in force, the Appellate Body took nevertheless the chance of clarifying the delicate issue of the relation between FTAs and the WTO system, providing for highly important indications on the way in which RTAs have to be formulated in order to be WTO compatible.

Peru claimed that, even if the FTA was not in force, the Marrakesh Agreements had to be interpreted in light of such Agreement, as the latter would nevertheless represent "relevant rules of international law applicable in the relations between the [WTO] parties" to be taken into account when interpreting multilateral trade rules, according to what indicated by Article 31(3) let. c) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties,⁵⁹ the provision codifying international customary law on treaty interpretation, recalled by Article 3, para. 2 of the DSU. The Appellate Body rejected Peru arguments, rightly observing that "such an approach would suggest that WTO provisions can be interpreted differently, depending on the Members to which they apply and on their rights and obligations under an FTA to which they are parties."⁶⁰

The defendant then observed that the Peru / Guatemala FTA could be qualified as a bilateral agreement modifying the WTO obligations on PRS, as allowed by Article 41 of the 1969 Vienna Convention, concerning the possibility for two or more of the parties to a multilateral treaty to modify the latter as between themselves through an *ad hoc* agreement concluded among them. The Permanent Tribunal did not accept this argument as well: the AB judges observed that the recalled Article 41 is superseded by the *ad hoc* WTO provisions concerning the exceptions for regional trade agreements:

... the WTO Agreements contain specific provisions addressing amendments, waivers, or exceptions for regional trade agreements ..., which prevail over the general provisions of the Vienna Convention, such as Article 41. This is particularly true in the case of FTAs considering that Article XXIV of the GATT 1994 specifically permits departures from certain WTO rules in FTAs. However, Article XXIV conditions such departures on the fulfilment of the rule that the level of duties and other regulations of commerce, applicable in each of the FTA members to the trade of non-FTA members, shall not be higher or more restrictive than those applicable prior to the formation of the FTA.

the legal requirements for the entry into force of the FTA. See Appellate Body Report, *Peru - Agricultural Products*, Annex B-1, para. 9.

58 During the DSU proceedings, Peru stated not to have yet ratified the FTA, and underlined that, under Article 57 of its Political Constitution, the President of the Republic could ratify the FTA without having to obtain the prior approval of the Congress. Peru also declared that it did not exclude expressing its consent to be bound by the FTA, "provided that the balance agreed between Peru and Guatemala therein [was] respected," and that it was not proceeding "with the exchange of notifications at this time since the case brought by Guatemala has created uncertainty with regard to the existence of the balance negotiated." Cfr. Appellate Body Report, *Peru - Agricultural Products*, para. 7.33.

59 United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1155, p. 331, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a10.html> (accessed 25 January 2017).

60 Appellate Body Report, *Peru - Agricultural Products*, para. 5.106.

In the light of the above, we consider that the proper routes to assess whether a provision in an FTA that may depart from certain WTO rules is nevertheless consistent with the covered agreements are the WTO provisions that permit the formation of regional trade agreements –namely: Article XXIV of the GATT 1994, or the Enabling Clause ... as far as agreements between developing countries are concerned, in respect of trade in goods; and Article V of the General Agreement on Trade in Services (GATS) in respect of trade in services.⁶¹

However, as Peru did not invoke Article XXIV to justify its PRS, and as both disputants agreed during the DSU hearings that an agreement not yet in force, like the FTA at issue, could not benefit from the defence of Article XXIV of the GATT 1994, the Appellate Body decided there was no "need to consider whether the PRS [was] consistent with the requirements set forth in Article XXIV."⁶²

We have already reported that Peru alleged that Guatemala did not act in good faith when starting WTO proceedings, as requested by Articles 3.7 and 3.10 of the DSU.⁶³ In Peru's view, Guatemala, by signing the FTA containing the possibility of maintaining Lima's PRS, implicitly relinquished its right to challenge the Peruvian price range system before the WTO dispute settlement mechanism. The Appellate Body did not exclude the possibility for parties to a FTA to waive their rights under the WTO DSU. However, the Permanent Tribunal strongly stated that "any such relinquishment must be made clearly." Examining the legal arguments and the text itself of the FTA, which includes a provision declaring that "[i]n the event of any dispute that may arise under this Treaty or under another free trade agreement to which the disputing Parties are party or the *WTO Agreement*, the complaining Party may choose the forum for settling the dispute," the WTO adjudicatory body concluded that in the case at issue there was not "a clear stipulation of a relinquishment of Guatemala's right to have recourse to the WTO dispute settlement system" with the consequence that the claimant could not be "considered as having acted contrary to its good faith obligations under Articles 3.7 and 3.10 of the DSU when it initiated these proceedings to challenge the consistency of the PRS with the WTO covered agreements."⁶⁴

61 Appellate Body Report, *Peru - Agricultural Products*, paras. 5.112 and 5.113.

62 Appellate Body Report, *Peru - Agricultural Products*, para. 5.117.

63 The recalled DSU provisions say, respectively, that "[b]efore bringing a case, a Member shall exercise its judgement as to whether action under these procedures would be fruitful"; and that "the use of the dispute settlement procedures should not be intended or considered as contentious acts and that, if a dispute arises, all Members will engage in these procedures in good faith in an effort to resolve the dispute."

64 Appellate Body Report, *Peru - Agricultural Products*, para. 5.28.

VIII. Conclusions: relevance of the WTO case-law contribution for the primacy of the multilateral trade system and the positive law solutions in the new mega-regionals

The overview of the WTO case-law on RTAs clearly reveals the constant efforts of the Geneva adjudicatory bodies for the primacy of the multilateral trade system.⁶⁵ The Marrakesh legal framework continues to consider regional agreements as an important tool to strengthen economic integration, thus allowing derogations from the principle of non-discrimination. Such derogations to the WTO system have nevertheless to happen according to the *ad hoc* WTO provisions for RTAs -i.e. Article XXIV of the GATT 1994, paragraphs 2(c) and 3(a) of the Enabling Clause, and Article V of the GATS. Beyond stating the primacy of WTO law, the Geneva dispute settlement mechanism has also demonstrated that such primacy does not entail a diminishing role for preferential agreements. In fact, the Appellate Body showed that it is possible to interpret WTO law and RTAs in a harmonious way, i.e. without disregarding regional agreements in favour of WTO law, but reading the two treaty-systems together instead, as they usually share the common principle of sustainable economic development.

The WTO jurisprudence seems to have been taken into considerations by the negotiators of the current mega-regionals. In particular, in CETA, the agreement between the European Union and Canada which has recently been voted at the European Parliament,⁶⁶ there is a provision stating the primacy of WTO law, i.e. Article 1.5, devoted to the relation with the WTO and other agreements: "[t]he Parties affirm their rights and obligations with respect to each other under the WTO Agreement and other agreements to which they are party." With reference to the dispute settlement mechanism set up by CETA, the EU / Canada Agreement contemplates a provision on the choice of forum, basically leaving to the claimant the choice of the forum where to start a dispute.⁶⁷ Furthermore, CETA requests to the regional arbitration panels to take into considerations not only WTO law, but also the WTO case-law, in order to avoid divergent interpretative results. Article 29.17 of CETA, entitled "General rule of interpretation," then establishes that "[t]he arbitration panel shall interpret the provisions of this Agreement in accordance with customary rules of interpretation of public international law, including those set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties. The arbitration panel shall

65 On the primacy of the Marrakesh system with reference to regional trade agreements see *T. Cottier, M. Foltea, Constitutional Functions of the WTO and Regional Trade Agreements*, in Bartels/Ortino (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 43-76.

66 See the introductory paragraph.

67 See CETA Article 28.4, devoted to the "Choice of forum," pursuant to which "[w]here a dispute regarding any matter arises under this Agreement and under another international trade agreement to which the disputing Parties are party, including the WTO Agreement, the complaining Party may select the forum in which to settle the dispute. Once a complaining Party has requested the establishment of, or referred a matter to, a panel or other panel under an agreement referred to in paragraph 1, the forum selected shall be used to the exclusion of other fora."

also take into account relevant interpretations in reports of Panels and the Appellate Body adopted by the WTO Dispute Settlement Body."

It is thus evident that, though not perfect, both the WTO and RTAs systems have provisions capable of avoiding conflicting applications of the two sets of rules. The elimination of any damaging discrepancy, and the affirmation of the primacy of WTO law to give unity, coherence, fairness and effectiveness to international trade are therefore a matter of good faith -the principle at the basis of international law and relations- in the interpretation of both series of treaties.

Das bilaterale Verhältnis der EU mit der Schweiz als pragmatische Lösung für den Brexit?

Stephan Breitenmoser / Michel Jutzeler***

I. Einleitung

Am 23. Juni 2016 haben die Briten für den Austritt ihres Landes aus der Europäischen Union (EU) votiert.¹ Dieser als Brexit bezeichnete Austritt erfolgt jedoch erst nach Abschluss komplexer Verhandlungen zwischen der EU und Grossbritannien, bei denen die vielfältigen gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen zum grössten Teil wohl aufgelöst, zu einem kleineren Teil vielleicht weitergeführt und insgesamt mit beidseitigen Kompensations- und Entschädigungsleistungen aufgerechnet werden.² Die hierfür in Art. 50 EUV vorgesehene Frist von zwei Jahren kann durch einstimmigen Beschluss verlängert werden.³ Auch Verhandlungen über Übergangsfristen sowie über neue bi- und multilaterale Vertrags- und Assoziationsverhältnisse zwischen der EU, ihren Mitgliedstaaten und Grossbritannien sind möglich und dürften im Interesse aller Beteiligten wie auch Europas insgesamt liegen. Dabei stellt sich mitunter die Frage, ob und inwieweit einzelnen der insgesamt über 130 Verträge zwischen der EU und dem Drittstaat Schweiz⁴ Vorbildcharakter für das künftige Verhältnis zwischen der EU und Grossbritannien zukommen könnte.

Der vorliegende Beitrag zeigt die wichtigsten dieser Verträge auf, welche für die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen der EU und Grossbritannien von Inter-

* Prof. Dr. iur. Stephan Breitenmoser, Ordinarius für Europarecht an der Universität Basel und Richter am Bundesverwaltungsgericht.

** Michel Jutzeler, MLaw, wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Europarecht an der Universität Basel.

1 Dabei stimmten 51.9 % der Briten für einen Austritt aus der EU, während 48.1 % sich für einen Verbleib aussprachen (<https://www.nzz.ch/international/brexit/brexit-ergebnisse-grafik-karte-alle-resultate-aus-grossbritannien-auf-einen-blick-ld.90610>, zuletzt besucht am 9.2.2017).

2 Rechtliche Grundsätze und Regelungen hierfür finden sich in der Wiener Konvention über die Staatennachfolge in Verträge (WKRSV) vom 23. August 1978. Neuere Beispiele hierfür, wenn auch in sehr viel kleinerem schweizerischem Rahmen und Massstab sind die Loslösung des neu gegründeten Kantons Jura vom Kanton Bern und der Wechsel des Laufentals vom Kanton Bern zum Kanton Basel-Landschaft; vgl. *S. Besson/S. Breitenmoser/M. Sassöli/A. Ziegler*, Völkerrecht, Aide-mémoire, 2. Aufl. 2013, S. 112 ff., 162; *J. Müller/L. Wildhaber*, Praxis des Völkerrechts, 3. Aufl. 2001, S. 251 ff.

3 Vgl. *R. Bieber/A. Epiney/M. Haag/M. Kotzur*, Die Europäische Union, 12. Aufl. 2016, § 3, Rn. 42; *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 6, 2010, Rn. 77 ff.; *W. Heintschel von Heinegg*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Handkommentar, 2012, Art. 50 Rn. 9; *W. Meng*, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Art. 50 EUV, Rn. 6; *U. Becker*, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 50 EUV, Rn. 6; *M. Schweitzer/W. Hummer/W. Obwexer*, Europarecht, 2007, Rn. 3102 ff.; *R. Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentar zum EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 50, Rn. 6 ff.

4 Vgl. die Auflistung unter: https://www.eda.admin.ch/content/dam/dea/de/documents/publikationen_-dea/accords-liste_de.pdf (zuletzt besucht am: 25.1.2017). Bei den meisten dieser Abkommen handelt es sich freilich um Verträge technischer Art. Demgegenüber haben die nachfolgend beschriebenen Verträge substantielle Auswirkungen in den von ihnen geregelten Bereichen und prägen die bilateralen Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz massgeblich. Zahlreiche Abkommen wurden zudem durch Neben- und Zusatzabkommen sowie Briefwechsel ergänzt und konkretisiert.

esse sein könnten. Als dann werden die völkerrechtliche Rechtsnatur dieser Verträge sowie das daraus sich ergebende Spannungsverhältnis bei der Übernahme neuer Rechtsgrundlagen der EU dargestellt.

II. Handels- und Wirtschaftsabkommen

Die Schweiz pflegte seit ihrer (Neu-)Gründung im Jahre 1848 enge Handelsbeziehungen mit anderen europäischen Staaten und hat mit diesen schon früh zahlreiche völkerrechtliche Abkommen in den verschiedensten Bereichen geschlossen.⁵ Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) im Jahre 1957 führte in der Folge zu einer tiefgreifenden Änderung dieser Beziehungen.⁶ So stehen der Schweiz heute nicht mehr nur einzelne Nationalstaaten, sondern mit der EU eine neu- und einzigartige – zurzeit noch aus 28 Mitgliedstaaten bestehende – supranationale Organisation *sui generis*⁷ gegenüber, die mit ihren sowohl bundesstaatlichen als auch völkerrechtlichen Merkmalen⁸ als Staatenverbund bezeichnet wird.⁹

1. Das Freihandelsabkommen von 1972

Ein erster Meilenstein für die bilateralen Wirtschaftsbeziehungen war das noch heute geltende Freihandelsabkommen (FHA) von 1972,¹⁰ welches die EWG nach dem Scheitern einer grossen Freihandelszone für Industrieprodukte zwischen den damaligen OEEC-¹¹ und EWG-Staaten zeit- und inhaltsgleich mit den EFTA-Staaten ausgehandelt hatte und damit den Handel mit Industriegütern liberalisierte. Der grenzüberschreitende Handel mit bestimmten verarbeiteten landwirtschaftlichen Erzeugnissen, wie z.B. Kaffee und Schokolade, wurde – mit Sonderregelungen – in einem Protokoll Nr. 2 dem FHA unterstellt.¹² Nicht erfasst werden (unverarbeitete) landwirtschaftliche Produkte. Die Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs und die Regelung der Personenfreizügigkeit sind ebenfalls nicht Gegenstand des FHA. Dieses enthält in der Präambel und in Art. 15 aber eine sog.

5 Eine Auflistung sämtlicher völkerrechtlicher Abkommen der Schweiz findet sich unter: <https://www.eda.admin.ch/-eda/de/home/aussenpolitik/voelkerrecht/internationale-vertraege/datenbank-staatsvertraege.html> (zuletzt besucht am 25.1.2017).

6 Vgl. T. Cottier/N. Diebold/I. Kölliker/R. Liechti-McKee/M. Oesch/T. Payosova/D. Würger, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, 2014, S. 4 f.

7 Kritisch zu diesem Begriff M. Niedobitek (Hrsg.), 2014, § 1 Rn. 186.

8 Vgl. S. Breitenmoser, Die Europäischen Union zwischen Völkerrecht und Staatsrecht, ZaöRV 55 (1995), S. 951 ff.; M. Herdegen, Europarecht, 18. Aufl. 2016, § 5 Rn. 15 ff.

9 BVerfGE 89, 155, 181 ff.; Frenz (Fn. 3), Rn. 1 ff.; R. Streinz, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 137 f.

10 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22.7.1972 (FHA), ABl. EG 1972 L 300/139 / SR 0.632.401.

11 Die Organisation für europäische wirtschaftliche Zusammenarbeit (OEEC) wurde 1948 gegründet und 1960 mit dem Beitritt der USA und von Kanada in die OECD umgewandelt.

12 Protokoll Nr. 2 über bestimmte landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse vom 22.7.1972, ABl. EG 1972 L 300/189 / SR 0.632.401.2.

Entwicklungsklausel, welche es den Parteien ermöglichen soll, den Geltungsbereich des FHA auf weitere Bereiche auszudehnen, die nicht unter das Abkommen fallen.¹³

Das FHA enthält in Art. 23 überdies ein Beihilfe- und Kartellverbot sowie in Art. 25 FHA ein Dumpingverbot, welche dem EU-Wettbewerbsrecht nachgebildet sind und Beeinträchtigungen des Freihandels durch Wettbewerbsverzerrungen verhindern sollen.¹⁴ Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung ist freilich bis anhin gering geblieben, insbesondere weil das Bundesgericht deren direkte Anwendbarkeit – trotz ihres justiziablen Charakters – in zwei früheren Entscheiden¹⁵ verneinte.¹⁶

2. Das Versicherungsabkommen von 1989

Im Jahr 1989 schlossen die Schweiz und die EU nach 18-jähriger Verhandlungsdauer ein Versicherungsabkommen¹⁷ ab, welches die gegenseitige und gleichberechtigte Niederlassungsfreiheit für Unternehmen der direkten Schadensversicherung gewährt und diesen die Aufnahme und Ausübung der selbständigen Tätigkeit der Direktversicherung ermöglicht. Nicht erfasst werden jedoch der direkte grenzüberschreitende Vertrieb von Lebens- und Sachversicherungen sowie die Erbringung von grenzüberschreitenden Versicherungsdienstleistungen ohne Niederlassung im Vertragsstaat.¹⁸

3. Die Ablehnung des EWR

Am 2. Mai 1992 wurde zwischen der damaligen EG und ihren Mitgliedstaaten einerseits sowie den EFTA-Mitgliedern Island, Lichtenstein, Norwegen und der Schweiz andererseits das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum

13 Vgl. Cottier/Diebold/Kölliker/Liechti-McKee/Oesch/Payosova/Würger (Fn. 6), S. 210; T. Jaag/ J. Hänni, Europarecht, Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 4. Aufl. 2015, Rn. 4101c; D. Thürer/C. Hillemanns, Allgemeine Prinzipien, in: D. Thürer/R. Weber/W. Portmann/A. Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz EU, Handbuch, 2007, S. 39, 59.

14 Vgl. C. Seitz/S. Breitenmoser, Das europäische Beihilferecht im Bereich der staatlichen Steuerungsmassnahmen, in: A. Epiney/A. Egbuna-Joss/M. Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, 2006, S. 159, 172 ff.

15 BGE 104 IV 175 E. 2 (Adams) und BGE 105 II 49 E. 3 (Omo).

16 Zur entsprechenden Kritik im Schrifttum vgl. T. Cottier/N. Diebold, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, zur Anwendung und Auslegung von nachvollzogenem Recht und Staatsverträgen unterschiedlicher Generationen, SJER 2008/2009, S. 237, 246 ff.; C. Seitz, Der Geltungsbereich des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, neueste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und die Bedeutung für die Schweiz, ELR 2009, S. 97 ff.; R. Zäch/R. Heizmann, Die Anwendung des Cassis de Dijon-Prinzips durch die Schweiz im Verhältnis zum EWR, EuZW 2012, S. 876.

17 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EWG betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung vom 10.10.1989, ABl. EG 1991 L 205/3 / SR 0.961.1.

18 Vgl. A. Hauri et al., Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EU in der praktischen Anwendung, in: A. Epiney/S. Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, 2014, S. 447, 450.; D. Looschelders, Versicherungsverträge, in: H. Kronke/W. Melis/H. Kuhn, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2017, S. 163.

(EWR) ausgehandelt,¹⁹ dem die Schweiz in der Folge aber aufgrund einer negativen Referendumsabstimmung nicht beitreten konnte.²⁰

Der EWR stellt eine vertiefte europäische Freihandelszone mit freiem Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr dar, wobei die Bereiche Wirtschafts- und Währungsunion, Steuern, Zölle und Landwirtschaft nicht erfasst werden. Massgebend ist dabei weitgehend das EU-Recht. Bei Streitigkeiten über die Auslegung des für den EWR relevanten EU-Rechts können die EWR-Staaten den ebenfalls in Luxemburg ansässigen EFTA-Gerichtshof anrufen.²¹ Weil es sich beim EWR-Vertrag um ein dynamisches Abkommen handelt, sind die EFTA-Staaten verpflichtet, die (zukünftige) Weiterentwicklung des EU-Rechts, über das sie aber nicht mitbestimmen können, obligatorisch nachzuvollziehen.²² Aufgrund dieser in der schweizerischen öffentlichen Diskussion stark kritisierten Souveränitätseinschränkung ohne umfassende Mitentscheidungsrechte wurde der Beitritt der Schweiz zum EWR-Abkommen²³ in einer obligatorischen²⁴ Referendumsabstimmung vom 6. Dezember 1992 abgelehnt.²⁵ In der Folge wurde auch das am 26. Mai 1992, d.h. kurz vor dem EWR-Referendum eingereichte Beitrittsge- such der Schweiz an die EG zunächst eingefroren und schliesslich am 27. Juni 2016 wieder zurückgezogen.²⁶

4. Das Wettbewerbsabkommen von 2013

Im Mai 2013 haben die Schweiz und die EU ein Abkommen über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsrechte abgeschlossen.²⁷ Dieses bezweckt eine enge Kooperation der europäischen Wettbewerbsbehörden mit der schweizerischen Wettbewerbskommission (WEKO) und schafft insbesondere die Grundlage für den Austausch vertraulicher Informationen und damit von Ge-

19 Beschluss des Rats und der Kommission vom 13.12.1993 (94/1/EG, EGKS) über den Abschluss des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten sowie der Republik Österreich, der Republik Finnland, der Republik Island, dem Fürstentum Liechtenstein, dem Königreich Norwegen, dem Königreich Schweden und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ABl. EG 1994 L 1/3.

20 Bei einer Stimmbeteiligung von 78 % sprachen sich am 6.12.1992 50,3 % der Stimmentenden und 20 Kantone gegen den Beitritt aus. Demgegenüber stimmte in Lichtenstein nur sechs Tage später eine Mehrheit von 55,8 % für einen Beitritt zum EWR.

21 Art. 108 Abs. 2 EWR-Abkommen.

22 Vgl. O. Jacot-Guillarmod, Préambule, objectifs et principes (art. 1^{er} – 7 EEE), in: O. Jacot-Guillarmod (Hrsg.), EWR-Abkommen, Erste Analysen, 1992, S. 49 ff.

23 Mit dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) von 1992 (BGBl. II 1993 S. 266) wurde eine vertiefte Freihandelszone zwischen der EU und der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) geschaffen.

24 Art. 140 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999, SR 101. Kritisch Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht (Fn. 7), Rn. 644.

25 Vgl. oben Fn. 20.

26 Dieses Beitrittsge- such erwies sich sowohl beim EWR-Referendum als auch im Hinblick auf künftige Volksabstimmungen als Belastung für eine offene und konstruktive Diskussion über die Stellung der Schweiz in Europa.

27 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 17. Mai 2013, ABl. EU 2013 L 347/1 / SR 0.251.268.1.

schaftsgeheimnissen in konkreten Verfahren.²⁸ Dabei handelt es sich um ein rein verfahrensrechtliches Abkommen zur Leistung von Amtshilfe, das weder eine Rechtsharmonisierung noch die Bildung gemeinsamer Institutionen beinhaltet.²⁹ Ausgeschlossen ist die Rechtshilfe der schweizerischen Wettbewerbsbehörden an die EU-Kommission. Die Voraussetzungen an den Informationsaustausch sind je nach Schutzbedürftigkeit der Daten und Kooperationsbereitschaft des betroffenen Unternehmens unterschiedlich ausgestaltet. Der Austausch von Dokumenten und Beweismitteln ohne Einverständnis des betroffenen Unternehmens – etwa im Rahmen eines Verfahrens gegen ein internationales Kartell – ist nur unter bestimmten Bedingungen zulässig. Des Weiteren regelt das Abkommen die Verwendung der Daten. So dürfen die übermittelten Daten nach dem Grundsatz der Spezialität nur von den Wettbewerbsbehörden selber verwendet werden, was die Weitergabe der Informationen an Steuer- oder Strafverfolgungsbehörden ausschliesst.³⁰

III. Sektorielle I- und II-Verträge

Nach der Ablehnung des EWR-Abkommens im Jahr 1992 konnten nach längeren und schwierigen Verhandlungen in den Jahren 1999 und 2004 sieben bzw. neun sektorielle Verträge (sog. *Bilaterale I und Bilaterale II*) zwischen der EU und der Schweiz abgeschlossen werden. Diese Verträge haben in erster Linie zum Ziel, der Schweizer Wirtschaft den bereichsspezifischen und diskriminierungsfreien Zugang zum EU-Binnenmarkt zu gewährleisten. Darüber hinaus können die EU und die Schweiz ihre Zusammenarbeit in verschiedenen Bereichen wie Forschung, Verkehr und Filmförderung vertiefen. Im Rahmen der Bilateralen II beteiligt die Schweiz sich zudem an der justiziellen und polizeilichen Zusammenarbeit der EU, indem sie sich an das Schengener und das Dubliner Recht assoziiert sowie ein Betrugsbekämpfungsabkommen mit der EU abgeschlossen hat.³¹

28 Für die EU handelt es sich hierbei um ein Abkommen zweiter Generation, da es den Parteien – anders als bei den Abkommen der ersten Generation mit den USA, Kanada, Japan und Südkorea – auch die Übermittlung von Geschäftsgeheimnissen ermöglicht. Vgl. P. Ducrey, Das Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsrechte, Jusletter vom 30.9.2013, Rn. 31; P. Krauskopf/O. Schaller, Kooperation zwischen den Wettbewerbsbehörden – Schweiz und EU gehen neue Wege in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014 (Fn. 18), S. 273, 276 f.

29 Vgl. Botschaft des Schweizer Bundesrats zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 22.5.2013, BBl 2013 3959, 3964 ff.

30 Vgl. P. Krauskopf/O. Schaller (Fn. 28), S. 276 ff.

31 Vgl. Cottier/Diebold/Kölzler/Liechti-McKee/Oesch/Payosova/Würger (Fn. 6), S. 30 ff.; A. Epiney, Zu den „bilateralen“ Verträgen der EG bzw. ihren Mitgliedstaaten und der Schweiz, Einige Gedanken zur Einbindung der Schweiz in den *aquis communautaire*, in: GPR 2006, S. 2 ff.; M. Pieth/S. Eymann, Amts- und Rechtshilfe im Rahmen des Abkommens über die Betrugsbekämpfung zwischen der Schweiz und der EU, in: S. Breitenmoser/S. Gless/O. Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis, 2009, S. 343, 346 ff.; Schweitzer/Hummer/Obwexer (Fn. 3), Rn. 1088 ff.; D. Thürer/C. Hillemanns, Allgemeine Prinzipien, in: Bilaterale Verträge I & II (Fn. 13), S. 39, 59; Vgl. J. Vez, Die Bedeutung von Schengen und Dublin in der Praxis, in: S. Breitenmoser/S. Gless/O. Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis, Weiterentwicklung der Rechtsgrundlage, 2010, S. 1 ff.

1. Die Bilateralen I-Verträge von 1999

Nach den erfolgreichen EU-Vertragsrevisionen von Maastricht (1992) und Amsterdam (1997) sowie den Übertritten der EWR-Staaten Österreich, Schweden und Finnland zur EU (1995) handelte die Schweiz zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile mit der EU zunächst in sieben Bereichen sektorielle Verträge zur gegenseitigen Öffnung der Märkte aus, die am 21. Juni 1999 unterzeichnet und auf den 1. Juni 2002 in Kraft gesetzt wurden.³² Diese sieben sektoriellen Abkommen sind dadurch untrennbar miteinander verbunden, als die Kündigung eines Abkommens – ausser im Falle des Forschungsabkommens – ebenfalls die Kündigung der übrigen sechs Abkommen zur Folge hat (sog. *Guillotine-Klausel*). Als sog. gemischtes Abkommen müsste in einem solchen Fall das FZA aber von allen Vertragsstaaten, d.h. auch von allen EU-Mitgliedstaaten, gekündigt werden.³³

Die sieben Verträge betreffen die Personenfreizügigkeit, den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, den Luftverkehr, die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen sowie die wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit.

a) Freizügigkeitsabkommen (FZA)

Das FZA³⁴ sieht die Einführung der Freizügigkeit im Personenverkehr zwischen der Schweiz und den EU-Mitglied- sowie den EWR-Vertragsstaaten vor und umfasst neben der Arbeitnehmerfreizügigkeit die Niederlassungsfreiheit für Selbstständigerwerbende,³⁵ eine zeitlich auf drei Monate bzw. 90 Arbeitstage beschränkte Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs³⁶ sowie verschiedene Begleitrechte, wie etwa das Recht auf Familiennachzug, das Recht auf gleichberechtigten Immobilienerwerb oder das Recht auf Anerkennung der in einem Vertrags-

32 Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht (Fn. 7), Rn. 644 ff. Bei den Bilateralen I handelt es sich aus der Sicht des EU-Rechts um vertragliche Assoziierungen (Art. 217 AEUV); vgl. C. Tobler/G. Baur, Der Binnenmarkt ist (k)ein Schweizer Käse, Zum Assoziationsstatus der Türkei, der EWR/EFTA-Staaten und der Schweiz, insb. mit Bezug auf den EU-Binnenmarkt, in: A. Epiney/M. Kern/L. Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2014/2015, 2015, S. 331, 339 f.

33 Vgl. S. Breitenmoser/R. Weyeneth, Europäische Bezüge und Bilaterale Verträge, in: G. Biaggini/I. Häner/U. Saxer/M. Schott, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rn. 31.51; D. Grossen/C. de Coulon, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten, in: Bilaterale Verträge I & II (Fn. 13), S. 135, 141.

34 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA), ABl. EG L 114/6 / SR 0.142.112.681.

35 Das FZA gewährt die Niederlassungsfreiheit nur natürlichen – nicht aber juristischen – Personen, die in einem Vertragsstaat eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben möchten (Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA).

36 Das FZA gewährleistet nur die zeitlich befristete personenabhängige positive und negative Dienstleistungsfreiheit. Nicht Gegenstand des FZA ist die personenunabhängige grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen per Post, Internet oder Telefon. Insbesondere die grenzüberschreitende Erbringung von Versicherungs- und Bankdienstleistungen ist nicht erfasst. Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU bezüglich der Liberalisierung des Finanzdienstleistungsverkehrs wurden 2003 sistiert. Vgl. S. Breitenmoser/R. Weyeneth, Völker- und europarechtlicher Rahmen für die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen, in: Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht (Fn. 18), 143 f.

staat ordnungsgemäss erworbenen Ausbildungs- und Fähigkeitsnachweise.³⁷ Neben der EU sind auch die einzelnen EU-Mitgliedstaaten Vertragsparteien, da die EU in den vom FZA erfassten Bereichen der Einwanderungs- und Arbeitsmarktpolitik lediglich über eine geteilte Zuständigkeit verfügt. Es handelt sich beim FZA damit um ein sog. (multilaterales) gemischtes Abkommen.³⁸

Diese durch das FZA gewährleistete Arbeitnehmerfreizügigkeit beinhaltet das Recht auf Aufenthalt und auf Ausübung einer (unselbstständigen) Erwerbstätigkeit.³⁹ Sowohl Unionsbürger als auch Schweizer Bürger haben das Recht, sich in das Gebiet der anderen Vertragspartei zu begeben, um dort während sechs Monaten eine Stelle zu suchen. Sie haben dabei Anspruch auf die Hilfe, wie sie die Arbeitsämter dieses Staats gegenüber eigenen Staatsangehörigen leisten, dürfen jedoch von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden (Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 Anhang I FZA). Ansonsten statuiert Art. 9 Anhang I ein umfassendes Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot, welches es den Vertragsparteien verbietet, ausländische Arbeitnehmer hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen schlechter zu behandeln als inländische.⁴⁰ Auch Nichterwerbstätige haben ein Aufenthaltsrecht, sofern sie nachweisen, dass sie für sich selbst und ihre Familienangehörigen über ausreichende finanzielle Mittel sowie über eine hinreichende Krankenversicherung verfügen.⁴¹

Im Unterschied zu der seit 1999 in der EU weiterentwickelten Personenfreizügigkeit knüpft das FZA ausschliesslich an das Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft an. Denn der schweizerische Bundesrat hat es abgelehnt, Verhandlungen über den Einbezug und die Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie,⁴² welche im Anschluss an die *Maria Martinez-Sala*-Rechtsprechung des EuGH⁴³ die Freizügigkeit stark ausgeweitet und weiterentwickelt hat, überhaupt aufzunehmen.⁴⁴ Daher ist auch

37 Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht (Fn. 7), Rn. 666 ff.; Jaag/Hänni Europarecht (Fn. 13), Rn. 4110 ff.

38 Vgl. oben Fn. 33; Botschaft des Schweizer Bundesrats zum Protokoll zur Genehmigung des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EG vom 1.10.2004, BBl 5891, 5897; Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht (Fn. 7), Rn. 648.

39 Nach Art. 16 Abs. 2 FZA muss die Schweiz die Rechtsprechung des EuGH bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung am 21. Juni 1999 berücksichtigen (sog. Übernahme des EU-Besitzstands bzw. des *acquis communautaire*). Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung wird die Schweiz unterrichtet. Der Begriff des Arbeitnehmers ist daher nach der bis zum 21. Juni 1999 ergangenen Rechtsprechung des EuGH auszulegen.

40 Dasselbe gilt für steuerliche und soziale Vergünstigungen sowie die Möglichkeit zur Teilnahme am Unterricht von Berufsschulen und Umschulungen. Das FZA verbietet dabei nicht nur die direkte bzw. unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch die indirekte bzw. mittelbare Diskriminierung (vgl. N. Diebold, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts und Europarecht, 2016, Rn. 552 ff.). Das Diskriminierungsverbot des FZA gilt – gestützt auf Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA – auch im Rahmen privater Arbeitsverhältnisse (vgl. D. Grossen/C. de Coulon, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten, in: Bilaterale Verträge I & II [Fn. 13], S. 135, 143 ff.).

41 Art. 1 lit. c und Art. 6 FZA i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA.

42 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, vom 29.4.2004, ABl. EG 2004 L 158/77.

43 EuGH, *Maria Martinez Sala*, Urteil vom 12.5.1998, Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691.

44 Vgl. die Medienmitteilung des Bundesrats vom 14.6.2011, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-39604.html> (zuletzt besucht am 17.2.2017). Dies ist denn auch einer der Gründe, weshalb die EU mit der Schweiz über ein sog. institutionelles Rahmenabkommen verhan-

die entsprechende Rechtsprechung des EuGH für die Schweiz nicht verbindlich, obwohl das Bundesgericht bestrebt ist, Unterschiede in der Rechtsprechung gestützt auf den Grundsatz der Parallelität der Rechtsordnungen möglichst gering zu halten, sofern vergleichbare oder identische Begriffe infrage stehen.⁴⁵

Neben der Möglichkeit zur Einschränkung der Personenfreizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit⁴⁶ sieht das FZA in Art. 14 Abs. 2 FZA vor, dass im Falle schwerwiegender wirtschaftlicher oder sozialer Probleme geeignete Abhilfemassnahmen geprüft werden.⁴⁷

b) Landverkehrsabkommen

Das Landverkehrsabkommen⁴⁸ liberalisiert den Transport von Personen und Gütern im Bereich des Strassenverkehrs und ermöglicht den in der Schweiz und in einem EU-Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen, Personen und Güter von einem Staat in einen anderen zu transportieren.⁴⁹ Transportfahrten innerhalb eines Staates (sog. kleine Kabotage) werden demgegenüber nicht erfasst. Zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen und zur Liberalisierung des Transportwesens harmonisiert das Abkommen die beruflichen Zulassungsregeln sowie den Sozialschutz für LKW-Fahrer. Es ergänzt überdies das 1992 unterzeichnete Güterverkehrsabkommen.⁵⁰

c) Luftverkehrsabkommen (LVA)

Mit dem LVA⁵¹ erhalten Luftverkehrsunternehmen mit Sitz in der Schweiz auf der Grundlage der Gegenseitigkeit Zugang zum europäischen Luftverkehrsmarkt und sind damit berechtigt, Flüge zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten

deln will, bei dem es insbesondere um Fragen der einheitlichen Auslegung des EU-Rechts, der Übernahme von neuem EU-Recht und der Streitbeilegung bzw. der Zuständigkeit des EuGH geht.

45 Vgl. dazu unten Kap. VI Ziff. 2.

46 Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA. Zur Frage, ob auch sonstige zwingende Gründe des Allgemeinwohls geltend gemacht werden können, vgl. A. Epiney, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: A. Achermann/C. Amarelle/M. Caroni/A. Epiney/W. Kälin/P. Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 2012, S. 81, 90 f.

47 Vgl. C. Delli, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?, Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Diss. 2009, S. 136 ff.; Grossen/De Coulon, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten (Fn. 33), S. 148.

48 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse vom 21. Juni 1999 (Landverkehrsabkommen), ABl. EG L 114/91 / SR 0.740.72.

49 Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, Europäische Bezüge und Bilaterale Verträge (Fn. 33), Rn. 31.63.

50 Abkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Güterverkehr auf der Strasse und auf der Schiene vom 2.5.1992, AS 1993 1198. Im Jahr 2009 wurde dieses formell durch das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen vom 25. Juni 2009, SR 0.631.242.05, ergänzt und um den Bereich der Zollsicherheit erweitert.

51 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (Luftverkehrsabkommen, LVA), ABl. EG L 114/73 / SR 0.748.127.192.68.

ten sowie zwischen EU-Mitgliedstaaten durchzuführen.⁵² Im Bereich des Luftverkehrs übernimmt die Schweiz gestützt auf Art. 1 Abs. 2 LVA in umfassender Weise das EU-Wettbewerbsrecht und überträgt der Kommission die Befugnis zur Überwachung der Einhaltung der im LVA enthaltenen Wettbewerbsregeln,⁵³ weshalb das Abkommen mitunter als partielles Integrationsabkommen bzw. als Abkommen eigener Art (*sui generis*) zu qualifizieren.⁵⁴

d) Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen

Das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen⁵⁵ soll technische Handelshemmnisse im Verkehr mit Industriewaren beseitigen, indem für die Vermarktung eines Produkts in der EU und der Schweiz nur noch eine Konformitätsbewertung (Prüfung, Inspektion, Zertifizierung, Produktzulassung, etc.) erforderlich ist.⁵⁶

e) Abkommen über das Beschaffungswesen

Das Abkommen über das Beschaffungswesen⁵⁷ erweitert das WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen,⁵⁸ wodurch Unternehmen der Vertragsstaaten einen gleichberechtigten Zugang zu öffentlichen Aufträgen in den Sektoren Wasser, städtischer Verkehr und Energie erhalten. Das Abkommen enthält ein Diskriminierungsverbot und statuiert eine Pflicht zur internationalen Ausschreibung und Vergabe von Aufträgen für Güter, Dienstleistungen und Bauten, sofern gewisse finanzielle Schwellenwerte überschritten werden.⁵⁹

f) Landwirtschaftsabkommen

Das Landwirtschaftsabkommen⁶⁰ liberalisiert den gegenseitigen Handel mit bestimmten landwirtschaftlichen Produkten, insbesondere mit Käse, indem beste-

⁵² Art. 15 Abs. 1 LVA.

⁵³ Art. 8 und 9 LVA.

⁵⁴ Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, Europäische Bezüge und Bilaterale Verträge (Fn. 33), Rn. 31.72 ff. R. Dettling-Ott, Das sektorale Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft: Aspekte der Anwendbarkeit und eine erste Bilanz, ZSR 2006 I, S. 3; M. Oesch, Europarecht, Bd. I, 2015, Rn. 898 m.w.H.

⁵⁵ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen vom 21. Juni 1999, ABl. EG 1999 L 114/369 / SR 0.946.526.81.

⁵⁶ Die zuständigen schweizerischen Stellen können aufgrund einer positiven Konformitätsbewertung das für den Export in die EU benötigte CE-Zeichen vergeben, wodurch eine doppelte Bewertung durch Schweizer und EU-Institutionen entfällt.

⁵⁷ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999, ABl. EG L 114/430 / SR 0.172.052.68.

⁵⁸ WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.4.1994 (*Government Procurement Agreement*, GPA), SR 0.632.231.42.

⁵⁹ Vgl. Hauri et al., Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EU in der praktischen Anwendung (Fn. 18), S. 460 f.

⁶⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen vom 21. Juni 1999, ABl. EG L 114/132 / SR 0.916.026.81.

hende Importzölle aufgehoben werden. Im Rahmen der Bilateralen II-Verträge wurde das Abkommen auf verarbeitete landwirtschaftliche Produkte erweitert.⁶¹

g) Forschungsabkommen

Das trilaterale Forschungsabkommen,⁶² bei dem neben der EU und der Schweiz auch die Europäische Atomgemeinschaft (EAG) Vertragspartei ist, erlaubt es schweizerischen Universitäten und Unternehmen, an Forschungsprogrammen der EU teilzunehmen und sich gleichberechtigt um Fördermittel bei der Europäischen Kommission zu bewerben.⁶³ Der Einbezug der EAG erfolgte insbesondere wegen der grossen Bedeutung der friedlichen Nutzung der Kernenergie im Forschungsbereich.⁶⁴

2. Die Bilateralen II-Verträge von 2004

In der zweiten Verhandlungsrunde zwischen 2001 bis 2004 richtete sich das Interesse der Schweiz vor allem auf die Teilnahme am Dubliner Mechanismus zur Bestimmung der Zuständigkeit in Asylverfahren und am Schengener Informationssystem SIS, während die EU insbesondere an einer Einbindung der Schweiz in das von ihr angestrebte System der grenzüberschreitenden Besteuerung von Zinserträgen und der Betrugsbekämpfung interessiert war. Neben diesen Abkommen umfassen die Bilateralen II-Verträge die Abkommen über die Filmförderung, über verarbeitete landwirtschaftliche Produkte, über die statistische Zusammenarbeit, über die Beteiligung der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur und über die Vermeidung der Doppelbesteuerung von Ruhegehältern.

Im Unterschied zu den Bilateralen I-Verträgen sind die neun Bilateralen II-Verträge nicht mit einer *Guillotine*-Klausel untereinander verbunden. Einzig die Schengen- und Dublin Assoziierungsabkommen sind dadurch miteinander verknüpft, dass die Kündigung des einen Abkommens automatisch zur Kündigung des anderen führen würde.⁶⁵

61 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft zur Änderung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 in Bezug auf die Bestimmungen über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse vom 26.10.2004, ABl. EG 2005 L 23/19 / SR 0.632.401.23.

62 Abkommen über wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft andererseits vom 25. Juni 2007, ABl. EG L 114/468 / SR 0.420.513.1.

63 Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht (Fn. 7), Rn. 711.

64 Vgl. D. Thürier/C. Hillemanns, Allgemeine Prinzipien, in: Bilaterale Verträge I & II (Fn.13), S. 39.

65 Art. 17 Abs. i.V.m. 15 Abs. 4 SAA.

a) Schengen-Assoziierungsabkommen (SAA)

Mit dem Schengen-Assoziierungsabkommen⁶⁶ wurde die Schweiz an den Schengen-Raum angeschlossen und ist verpflichtet, auf systematische Grenzkontrollen an den Grenzen zu anderen Schengen-Staaten zu verzichten.⁶⁷ Weil die Schweiz aber zur Freihandelszone EFTA gehört und kein bilaterales Warenverkehrsabkommen mit der EU geschlossen hat, können bzw. müssen Warenkontrollen weiterhin durchgeführt werden. Als Ausgleichsmassnahme zum Wegfallen der Kontrollen an den Binnengrenzen wurde überdies die Zusammenarbeit der zwischen den Polizei- und den Strafjustizbehörden in den Formen der Amts- und Rechtshilfe sowie der allgemeinen Zusammenarbeit verstärkt.⁶⁸ Im Rahmen von Schengen beteiligt die Schweiz sich ebenfalls an der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an der Aussengrenze (Frontex).⁶⁹

Beim Schengen-Assoziierungsabkommen handelt es sich um ein sog. dynamisches Abkommen, d.h. die Schweiz übernimmt nicht nur den Schengener Besitzstand im Zeitpunkt der Unterzeichnung,⁷⁰ sondern verpflichtet sich überdies, die von der EU beschlossenen Rechtsakte und Massnahmen – unter Vorbehalt von Art. 7 SAA⁷¹ – umzusetzen und anzuwenden.⁷² Die Übernahme der Rechtsakte erfolgt aber nicht automatisch. Vielmehr kann die Schweiz bei jeder Weiterentwicklung autonom entscheiden, ob sie einen neuen Rechtsakt übernehmen will. Im Fall einer Nichtübernahme ist vorgesehen, dass der Gemischte Ausschuss⁷³ einvernehmlich nach einer Lösung sucht, andernfalls es in letzter Konsequenz zur Beendigung des SAA kommt.⁷⁴ Demgegenüber gilt die neue Rechtsprechung des EuGH zum Schengener Recht auch für die Schweiz.⁷⁵

66 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staats bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26. Oktober 2004 (Schengen-Assoziierungsabkommen, SAA), ABl. EG 2004 L 370/78 / SR 0.362.31.

67 Weiterhin zulässig sind jedoch Verdachtskontrollen, Stichproben und Schleierfahndungen, sofern diese auf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage beruhen und nicht die gleiche Wirkung zeitigen, wie systematische Grenzkontrollen; EuGH, verb. Rs C-188/10 (*Melki/Abdelli*), Slg. 2010, I-05667, Rn. 74 ff.

68 Die polizeiliche Zusammenarbeit umfasst den polizeilichen Informationsaustausch, die grenzüberschreitende Nacheile, die grenzüberschreitende Observation, die sog. kontrollierte Lieferung beim Betäubungsmittelhandel, die gegenseitige Entsendung von Polizeiverbindungsbeamten und die gegenseitige Unterstützung bei der Personen- und Sachfahndung unter Einbezug des SIS.

69 Vgl. P. Uebersax/R. Weitzel, FRONTEX und die Schweiz, Ein Blick auf die Regelung der Beteiligung der Schweiz und der Verantwortlichkeiten beim europäischen Aussengrenzschutz, in: S. Breitenmoser/S. Gless/O. Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis, Aktuelle Fragen, 2015, S. 145 ff.

70 Art. 2 Abs. 1 und 2 SAA. Ebenso Art. 1 Abs. 1 DAA.

71 Art. 7 SAA regelt das Verfahren zur Notifikation und Umsetzung der Weiterentwicklungen und gewährt der Schweiz für den Fall, dass gegen eine Weiterentwicklung das fakultative Referendum ergriffen wurde, eine Umsetzungsfrist von zwei Jahren.

72 Art. 2 Abs. 3 SAA. Ebenso Art. 1 Abs. 3 DAA. Seit der Unterzeichnung der Abkommen am 26. Oktober 2004 hat die EU der Schweiz 179 Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands und drei Weiterentwicklungen des Dublin/Eurodac-Besitzstands notifiziert. Davon mussten 26 Rechtsentwicklungen vom Parlament genehmigt werden. Vgl. auch Oesch (Fn. 54), Rn. 925 ff.

73 Vgl. nachfolgend Kap. IV Ziff. 4.

74 Vgl. J. Vez (Fn. 31), S. 1 ff.

75 Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, Europäische Bezüge und Bilaterale Verträge (Fn. 33), Rn. 31.79.

Bei der Weiterentwicklung des Schengener Rechts hat die Schweiz zwar ein Mitspracherecht im Rat (sog. *decision shaping*), aber kein Mitentscheidungsrecht (sog. *decision making*). Diese Pflicht zur Übernahme führt in diesen oft technischen, mitunter aber auch sicherheitspolitisch relevanten Bereichen des Schengener Rechts zu einer Teilintegration, weshalb das SAA auch als Teilintegrationsabkommen bzw. als Abkommen *sui generis* bezeichnet wird.⁷⁶

b) Dublin-Assoziierungsabkommen (DAA)

Mit dem Dublin-Assoziierungsabkommen⁷⁷ nimmt die Schweiz an der europäischen Asylzusammenarbeit teil und hat dazu die nunmehr geltende Dublin III-Verordnung übernommen, welche die Kriterien und das Verfahren für die Bestimmung des für die Durchführung des Asylverfahrens zuständigen Staates festlegt. Zu dem von der Schweiz übernommenen Dubliner Besitzstand gehören zudem die Durchführungsverordnung⁷⁸ und die sog. Eurodac-Verordnung,⁷⁹ mit welcher – zur Verhinderung von Mehrfachgesuchen – eine europaweite Fingerabdruck-Datenbank errichtet wurde.⁸⁰

Beim Dublin-Assoziierungsabkommen handelt es sich ebenfalls um ein dynamisches Abkommen, weshalb die Schweiz an die zukünftigen Weiterentwicklungen der vier Rechtsakte,⁸¹ welche die Schweiz übernommen hat, gebunden ist. Zudem ist jedes diesbezügliche Urteil des EuGH auch für die Schweiz massgebend.⁸²

⁷⁶ Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht (Fn. 7), Rn. 735.

⁷⁷ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staats für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags vom 26. Oktober 2004 (Dublin-Assoziierungsabkommen, DAA), KOM (2004) 593 / SR 0.142.392.68.

⁷⁸ Durchführungsverordnung [EU] Nr. 118/2014 der Kommission vom 30.1.2014 zur Änderung der Verordnung [EG] Nr. 1560/2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung [EG] Nr. 343/2003 des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, ABl. EU 2014 L 39/1 / / SR. 0.142.392.680.02.

⁷⁹ Verordnung (EU) Nr. 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europol auf den Abgleich mit Eurodac-Daten sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ABl. EU 2013 L 180/1 / SR. 0.142.392.680.03.

⁸⁰ Vgl. S. Progin-Theuerkauf, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2015, Art. 78 AEUV, Rn. 31. Für den Daten- und Rechtsschutz vgl. auch C. Gloor Scheidegger, Datenschutz und Rechtsschutz bei SIS, Eurodac und VIS, in: S. Breitenmoser/S. Gless/O. Lagodny (Hrsg.), Rechtsschutz bei Schengen und Dublin, 2013, S. 119 ff.

⁸¹ Vgl. die Übersicht unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/schengen-dublin/ueber-sichten/weitere-entwicklungen-dublin-d.pdf> (zuletzt besucht am 17.2.2017).

⁸² S. Progin-Theuerkauf, Entwicklungen im EU-Asylrecht und ihre Implikationen für die Schweiz, in: S. Breitenmoser/S. Gless/O. Lagodny, Rechtsschutz bei Schengen und Dublin, 2013, S. 231, 232 und 236 ff.

c) Betrugsbekämpfungsabkommen (BBA)

Das Abkommen über die Betrugsbekämpfung⁸³ steht in einem engen Zusammenhang mit dem Schengen-Assoziierungsabkommen und soll die Zusammenarbeit im Bereich der Betrugsbekämpfung insbesondere durch eine Intensivierung der Amts- und Rechtshilfe vertiefen. Im Vordergrund stehen die verstärkte Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von Betrugsdelikten in den Bereichen der indirekten Steuern, der Subventionen und des öffentlichen Beschaffungswesens sowie die Bekämpfung des Zigarettenschmuggels. Das BBA sieht vor, dass die Vertragsparteien sich im Rahmen der Amts- und Rechtshilfe auch Zwangsmassnahmen wie der Durchsuchung von Räumen oder der Beschlagnahme von Akten bedienen können, und zwar unter den gleichen Voraussetzungen wie im nationalen Recht.⁸⁴

d) Zinsbesteuerungsabkommen

Mit dem Zinsbesteuerungsabkommen⁸⁵ wird die Schweiz in das EU-System der grenzüberschreitenden Zinsbesteuerung eingebunden. Die Schweiz hat sich dazu verpflichtet, die Zinserträge auf schweizerischen Bankguthaben von natürlichen Personen mit steuerlichem Wohnsitz in der EU zurückzubehalten und an diese Wohnsitzstaaten abzuliefern. Der Steuerrückbehalt wurde schrittweise auf 35% erhöht. Die betroffene Person kann die Schweiz zur Meldung ihrer Zinserträge an den jeweiligen EU-Mitgliedstaat autorisieren, womit der Rückbehalt entfällt. Daneben wurde mit dem Zinsbesteuerungsabkommen die Quellenbesteuerung von grenzüberschreitenden Zahlungen von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen aufgehoben.⁸⁶ Durch die Einführung des automatischen Informationsaustauschs wird das Abkommen im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten in dem Sinne abgeschwächt, als Bankkundendaten periodisch an den Wohnsitzstaat zu übermitteln sind.⁸⁷

83 Abkommen über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen, die ihre finanziellen Interessen beeinträchtigen, vom 26. Oktober 2004 (Betrugsbekämpfungsabkommen, BBA), KOM (2004) 559 / SR 0.351.926.81.

84 Ausgeschlossen ist allerdings die Amts- und Rechtshilfe für Delikte im Bereich der direkten Steuern. Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, Europäische Bezüge und Bilaterale Verträge (Fn. 33), Rn. 31.89 ff.; M. Pieth/S. Eyermann (Fn. 31), 346 ff.

85 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind, vom 26. Oktober 2004 (Zinsbesteuerungsabkommen), ABl. EG 2004 L 385/30 / SR 0.641.926.81.

86 Vgl. T. Haag/J. Hänni, Europarecht, Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 4. Aufl 2015, Rn. 4142 ff.

87 Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, Europäische Bezüge und Bilaterale Verträge (Fn. 33), Rn. 31.93.

e) Abkommen betreffend die Filmförderung (MEDIA)

Mit dem MEDIA-Abkommen⁸⁸ partizipiert die Schweiz vollberechtigt an den Förderprogrammen der EU zur Förderung der europäischen Filmproduktion. Die Förderung bezieht sich im Wesentlichen auf die Entwicklung, den Vertrieb und die Vermarktung von Filmen und soll die Vielfalt und die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Filme – insbesondere gegenüber Hollywood – fördern.⁸⁹

f) Abkommen über verarbeitete Landwirtschaftsprodukte

Das Abkommen über verarbeitete Landwirtschaftsprodukte⁹⁰ ergänzt und ersetzt teilweise das Protokoll Nr. 2 des FHA aus dem Jahr 1972.⁹¹ Das Abkommen bezieht sich auf verarbeitete Landwirtschaftsprodukte (z.B. Teigwaren oder Schokolade), nicht aber auf Rohstoffe. Es beinhaltet Änderungen der im Protokoll Nr. 2 enthaltenen Produktelisten sowie eine Vereinfachung des Preisausgleichsmechanismus.⁹²

g) Statistikabkommen

Das Statistikabkommen⁹³ bezweckt die schrittweise Harmonisierung der statistischen Datenerhebung der Schweiz mit jener der EU. Durch die Erfassung und Übermittlung eurokompatibler statistischer Daten wird die Vergleichbarkeit hergestellt. Dabei passt sich die Schweiz an die Standards des statistischen Amtes der EU (Eurostat) an.⁹⁴

h) Umwelt-Abkommen

Das Abkommen über die Beteiligung der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur⁹⁵ ermöglicht der Schweiz die Teilnahme an der Europäischen Umweltagentur, welche Umweltdaten der europäischen Länder sammelt und analysiert sowie die EU-Kommission bei der Ausarbeitung umweltpolitischer Gesetzge-

88 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft im audiovisuellen Bereich zur Festlegung der Voraussetzungen und Bedingungen für die Beteiligung der Schweizerischen Eidgenossenschaft am Gemeinschaftsprogramm MEDIA 2007 vom 11. Oktober 2007, ABl. EG 2006 L 90/23 / SR 0.784.405.226.8.

89 Vgl. A. Götter/N. Grolimund, Medien, in: Bilaterale Verträge I & II (Fn.13), S. 867, 875 ff. Vgl. dazu auch R. Weber/S. Volz, MEDIA-Abkommen, Zukunftsperspektiven, Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und Europa im Filmbereich – Erkenntnisse und Aussichten, in: A. Epiney/S. Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, 2013, S. 317 ff.

90 Vgl. oben Fn. 61.

91 Vgl. oben Fn. 12.

92 Vgl. R. Senti, Abkommen über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse, in: Bilaterale Verträge I & II (Fn.13), S. 789, 797 ff.

93 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Zusammenarbeit im Bereich der Statistik vom 26. Oktober 2004, ABl. EU 2006 L 90/2 / SR 0.431.026.81.

94 Vgl. Jaag/Hänni Europarecht (Fn. 13), Rn. 4140 f.

95 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Beteiligung der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur und dem Europäischen Umweltinformations- und Umweltbeobachtungsnetz (EIONET) vom 26. Oktober 2004, ABl. EG 2006 L 90/36 / SR 0.814.092.681.

bungsprojekte unterstützt. Die Schweiz ist mit voller Mitsprache im Verwaltungsrat der Agentur vertreten, hat jedoch kein Stimmrecht, da dieses den EU-Mitgliedstaaten vorbehalten ist.⁹⁶

i) Abkommen über die Vermeidung der Doppelbesteuerung von Ruhegehältern

Durch dieses Abkommen⁹⁷ soll die Doppelbesteuerung von Pensionsgeldern, welche die EU an die in der Schweiz wohnhaften früheren Angestellten der Institutionen und Einrichtungen ausrichtet, beseitigt werden.⁹⁸

IV. Die Rechtsnatur der Abkommen zwischen der EU und der Schweiz

Alle Verträge zwischen der EU und der Schweiz sind völkerrechtlicher Natur und nicht Europarecht im engeren Sinne.⁹⁹ Beim Freizügigkeits-, Betrugsbekämpfungs- und Forschungsabkommen handelt es sich um multilaterale (gemischte) Verträge, die zwischen der Schweiz auf der einen Seite und der EU und sämtlichen EU-Mitgliedstaaten auf der anderen Seite geschlossen wurden. Die Qualifikation als völkerrechtliche Verträge bedeutet, dass die Geltung und der Rang der völkerrechtlichen Abkommen sich nach dem jeweiligen staatlichen bzw. supranationalen Recht der Vertragsparteien richten, während die Auslegung und Anwendung nach völkerrechtlichen Vorgaben erfolgen.

1. Geltung und Rang

Gemäss dem in der Schweiz – wie auch in der EU¹⁰⁰ – massgeblichen Grundsatz des Monismus gilt Völkerrecht, an das die Schweiz gebunden ist, ohne weitere Umsetzung als schweizerisches Recht.¹⁰¹ Dabei beansprucht das Völkerrecht gestützt auf Art. 26 und 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)¹⁰² grundsätzlich den Vorrang vor innerstaatlichem Recht. Die schweizerische Bundesver-

96 Vgl. *Hauri et al.*, Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EU in der praktischen Anwendung (Fn. 18), S. 470.

97 Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von in der Schweiz ansässigen ehemaligen Beamten der Organe und Agenturen der Europäischen Gemeinschaften vom 26. Oktober 2004, SR 0.672.926.81 (nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

98 Vgl. *T. Baumgartner*, Besteuerung von Ruhegehältern, in: *Bilaterale Verträge I & II* (Fn. 13), S. 893 ff.

99 Unter dem Begriff Europarecht im weiteren Sinne (i.w.S.) und damit als gewöhnliches regionales Völkerrecht ist das Recht aller europäischen internationalen Organisationen zu verstehen, im Gegensatz zum Europarecht im engeren Sinne (i.e.S.) als dem spezifischen supranationalen Recht der EU. Vgl. *Herdegen* (Fn. 8), § 1 Rn. 2 ff.

100 Vgl. EuGH, EMRK-Gutachten, Gutachten 2/94 vom 28.3.1996, ECLI:EU:C:1996:140; *Breitenmoser/Weyeneth*, Europarecht (Fn. 7), Rn. 754; *R. Bieber/A. Epiney/M. Haag* Die Europäische Union, 11. Aufl. 2015, S. 639 f.; *Jaag/Hänni* Europarecht (Fn. 13), Rn. 3524.

101 Vgl. Botschaft des Schweizer Bundesrats über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 135; *A. Peters*, Völkerrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2016, S. 197. Aus diesem Grund sind Sekundärrechtsakte – insb. auch Richtlinien –, auf welche die sektoriellen Verträge Bezug nehmen, Bestandteil des Landesrechts. Vgl. *S. Besson/S. Breitenmoser/M. Sassöli/A. Ziegler* (Fn. 2), S. 82 ff.

102 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, SR. 0.111, in Kraft getreten für die Schweiz am 6. Juni 1990.

fassung stellt für das Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht keine Kollisionsnorm auf,¹⁰³ verpflichtet Bund und Kantone aber in verschiedenen Bestimmungen zur Beachtung des Völkerrechts,¹⁰⁴ der prinzipielle Vorrang des Völkerrechts vor Landesrecht abgeleitet wird.¹⁰⁵ Nach einer wechselhaften Rechtsprechung¹⁰⁶ anerkennt das Bundesgericht in seiner neueren Judikatur zwar den grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts, verfolgt aber mit seiner weiterhin ausdrücklich vorbehaltenen sog. *Schubert*-Praxis und seiner neueren und wiederholt verfeinerten sog. *PKK*-Rechtsprechung zwei gegensätzliche Rechtsprechungslinien: Im *Schubert*-Fall entschied das Bundesgericht, dass ein Bundesgesetz im Konfliktfall dem Völkerrecht vorgehe, wenn der Gesetzgeber einen (allfälligen) Widerspruch zum älteren Völkerrecht bewusst in Kauf genommen habe.¹⁰⁷ Demgegenüber kam das Bundesgericht im *PKK*-Fall zum Ergebnis, dass völkerrechtliche Normen, welche dem Schutz der Menschenrechte dienen, im Konfliktfall stets den Vorrang vor Landesrecht beanspruchen würden, sofern Letzteres nicht völker- und menschenrechtskonform ausgelegt werden könne.¹⁰⁸ In einem neuen Fall hat das Bundesgericht nun auch im Zusammenhang mit dem FZA entschieden, dass diesem gegenüber bewusst abweichendem Gesetzesrecht der Vorrang zukomme und dass die *Schubert*-Praxis im Verhältnis zur EU und den von der Schweiz im Freizügigkeitsrecht staatsvertraglich eingegangenen Pflichten nicht gelte.¹⁰⁹

2. Anwendbarkeit

Von der Frage nach der Geltung ist die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Bestimmung zu unterscheiden. Dabei geht es um die Frage, ob sich ein einzelner vor einem innerstaatlichen Gericht direkt auf die an-

103 Einzig dem zwingenden Völkerrecht räumt die BV – als materielle Schranke der Verfassungsrevision – absoluten Vorrang ein (Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV); vgl. BGE 138 II 42, E. 3.1; BGer 2C_950/2012, Urteil vom 8.8.2013, E. 2.2.

104 Art. 5 Abs. 4; Art. 190; Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV.

105 Vgl. Botschaft des Schweizer Bundesrats über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 135; S. Breitenmoser, Das Verhältnis des Schweizer Verfassungsrechts zum Völker- und Europarecht, in: T. Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, Anspruch und Wirklichkeit einer großen Errungenschaft, 2010, S. 333, 336 ff.; G. Biaggini, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl. 2015, § 9 Rn. 28; A. Epiney, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney, Basler Kommentar der Bundesverfassung, 2015, Art. 5, Rn. 86 ff.; T. Tschumi/B. Schindler, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallerder, St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 5, Rn. 71 ff.

106 Nachdem das Bundesgericht ursprünglich das Völkerrecht als prinzipiell vorrangig erachtet hatte, ging es in einem Entscheid von 1933 von der Gleichrangigkeit aus (BGE 59 II 331 E. 4), liess die Frage in einem 1968 ergangenen Urteil (BGE 94 I 669 E. 6a) aber wieder offen und versuchte, den Konflikt auf dem Weg der völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts zu lösen. In seiner neusten Rechtsprechung geht es nunmehr wieder vom (grundsätzlichen) Vorrang aus (BGE 142 II 42; 138 II 524 E. 5.1; BGE 122 II 485 E. 3a; BGE 122 II 234 E. 4e). Vgl. Breitenmoser, Das Verhältnis des Schweizer Verfassungsrechts zum Völker- und Europarecht (Fn. 105), 345 ff.

107 BGE 99 Ib 39 E. 3; bestätigt in BGE 112 II 1 E. 8, und BGE 118 Ib 277 E. 3b.

108 BGE 125 II 417 E. 4c; bestätigt in BGE 128 IV 201 E. 1.3, BGE 139 I 16 E. 5, S. 28 ff., und BGE 139 I 31. Dabei geht das Bundesgericht über den Schutz der Menschenrechte hinaus von einem grundsätzlichen Vorrang auch des allgemeinen Völkerrechts aus.

109 BGE 142 II 35 E. 3.2 und 3.3.

gerufene völkerrechtliche Bestimmung berufen kann.¹¹⁰ Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH wie auch des Schweizer Bundesgerichts ist eine völkerrechtliche Norm als *self-executing* und damit als direkt anwendbar zu qualifizieren, wenn sie sich an die rechtsanwendenden Behörden richtet und die Rechtstellung des Einzelnen regelt sowie inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheids bilden zu können. Ausgeschlossen ist eine direkte Anwendbarkeit von reinen Programmartikeln und Normen, welche den rechtsanwendenden Behörden einen grossen Ermessensspielraum einräumen.¹¹¹

3. Auslegung

Entsprechend ihrer Rechtsnatur sind sämtliche sektoriellen Verträge nach den völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätzen von Art. 31 ff. WVK auszulegen.¹¹² Zu berücksichtigen sind demnach neben dem Wortlaut der jeweiligen Norm insbesondere ihr systematischer Zusammenhang, ihre Zwecksetzung sowie der Grundsatz von Treu und Glauben. Dies hat zur Folge, dass die auf den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit (sog. *effet utile*) gestützte Rechtsprechung des EuGH zum entsprechenden EU-Recht nicht unmittelbar auf das Abkommensrecht mit der Schweiz übertragen werden kann.¹¹³ Demgegenüber sind in den Bereichen des Schengener und Dubliner Rechts sowie – mit Bezug auf die Praxis der hierfür gemäss Art. 11 Abs. 1 und Art. 20 LVA zuständigen EU-Organen – im Luftverkehr aufgrund der dynamischen Assoziierung der Schweiz auch die seit der Unterzeichnung der entsprechenden Abkommen erfolgten Rechtsentwicklungen und -auslegungen durch den EuGH für die Schweiz unmittelbar anwendbar.¹¹⁴

Die Abkommen begründen keine von den Parteien unabhängige Instanz, welche über die Auslegung verbindlich entscheidet, weshalb die Möglichkeit unterschiedlicher Interpretationen durch die Vertragsparteien besteht. Immerhin sehen die sektoriellen Verträge – mit Blick auf das Ziel der einheitlichen Auslegung – jeweils vor, dass die Parteien sich im Rahmen des Gemischten Ausschusses gegenseitig über einschlägige nationale Urteile und die Rechtsprechung des EuGH informieren.¹¹⁵ Dies erachtet die EU als unbefriedigend, weshalb sie im Rahmen eines neu auszuhandelnden institutionellen Rahmenabkommens die Zuständigkeit

110 Vgl. S. Besson, *Droit internationale public, Abrégé de cours et résumés de jurisprudence*, 3. Aufl. 2016, S. 311 ff.; S. Besson/S. Breitenmoser/M. Sassöli/A. Ziegler (Fn. 2), S. 78 ff.; W. Graf Vitzthum/A. Proelß, *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2013, S. 81; Müller/Wildhaber (Fn. 2), S. 182; W. Kälin/A. Epiney/M. Caroni/J. Künzli, *Völkerrecht, Eine Einführung*, 4. Aufl. 2016, S. 128 ff.; A. Peters/I. Pagotto, *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz*, ius.full2/04, S. 54, 63 ff.

111 Vgl. BGE 126 I 240, E. 2b (bezgl. Art. 13 Abs. 2 lit. b und c UN-Pakt-I, SR 0.103.1); BGE 98 Ib 385 (bezgl. EFTA-Konvention, SR 0.632.31); BGE 140 II 185 (Übereinkommen über die Anerkennung von Qualifikationen im Hochschulbereich in der europäischen Region, SR 0.414.8); EuGH, Rs. 21/72 (*International Fruit Company NV*), Slg. 1972, 1219 ff.

112 BGE 133 V 329 E. 8.4; BGE 132 V 53 E. 6.3.

113 Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, *Europarecht* (Fn. 7), Rn. 757. Zu dem vom Schweizer Bundesgericht entwickelten Grundsatz der Parallelität der beiden Rechtsordnungen vgl. aber unten Kap. VI Ziff. 2.

114 Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, *Europäische Bezüge und Bilaterale Verträge* (Fn. 33), Rn. 31.93.

115 Art. 16 Abs. 2 FZA; Art. 8 SAA; Art. 5 DAA.

des EuGH statuieren möchte.¹¹⁶ Weil ein solches Abkommen aber den völkerrechtlichen Charakter der Verträge zwischen der EU und der Schweiz ändern würde und deshalb bei einer absehbaren Referendumsabstimmung wohl kaum Chancen auf eine Zustimmung der Schweizer Stimmbürgerinnen und Stimmbürger haben dürfte, werden vom Schweizer Bundesrat alternative Lösungsvorschläge mit dem EFTA-Gerichtshof geprüft.¹¹⁷

4. Institutionen und Organe

Die sektoriellen Verträge sehen keine supranationalen Organe vor. Es ist vielmehr zunächst Aufgabe der Vertragsparteien, die Verträge auf ihrem jeweiligen Gebiet umzusetzen und anzuwenden, weshalb auch die Gewährung von Rechtsschutz grundsätzlich in der Zuständigkeit der einzelstaatlichen Verwaltungsbehörden und Gerichten liegt.¹¹⁸ Anordnungen von Verwaltungsbehörden in Umsetzung der sektoriellen Abkommen sind demzufolge vor innerstaatlichen Instanzen anzufragen.¹¹⁹

Als völkerrechtliche Verbindungsorgane werden sog. Gemischte Ausschüsse eingesetzt, deren Aufgabe es ist, das ordnungsgemässe Funktionieren der Verträge zu überwachen, wozu insbesondere auch die Klärung von Fragen zur Auslegung und Anwendung der Verträge gehört.¹²⁰ So hat der Gemischte Ausschuss die Rechtsprechung des EuGH und der schweizerischen Gerichte zu verfolgen, um eine einheitliche Auslegung des unionsrechtlichen Besitzstands sicherzustellen.¹²¹ In Streitfällen über die Auslegung eines sektoriellen Abkommens muss somit der jeweilige Gemischte Ausschuss befasst werden. Dabei haben Beschlüsse – gemäss dem völkerrechtlichen Einstimmigkeitsprinzip – jeweils im Konsens zu erfolgen.¹²² Es ist den Vertragsparteien grundsätzlich nicht möglich, bei einer Streitigkeit über die Auslegung und Anwendung des sektoriellen Vertragsrechts eine unabhängige gerichtliche Instanz anzurufen. Lediglich das Abkommen über Zoll erleichterungen und Zollsicherheit sieht die Möglichkeit der Vertragsparteien zur Anrufung eines Schiedsgerichts im Fall von Retorsionsmassnahmen einer Partei vor.¹²³

116 Vgl. <https://www.eda.admin.ch/dea/de/home/verhandlungen-offene-themen/verhandlungen/institutionelle-fragen.html> (zuletzt besucht am 17.2.2017).

117 Vgl. D. Thürer, Gutachten über mögliche Formen der Umsetzung und Anwendung der bilateralen Abkommen vom 7. Juli 2011, abrufbar unter: https://www.eda.admin.ch/content/dam/dea/de/documents/studien/Gutachten-ueber-moegliche-Formen-Umsetzung-u-Anwendung-BA_de.pdf (zuletzt besucht am 17.2.2017).

118 Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet das Luftverkehrsabkommen, nach dem die EU-Organe selbst befugt sind, die Einhaltung der darin festgelegten Wettbewerbsbestimmungen zu überwachen und entsprechende Massnahmen zu treffen (Art. 11 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 2 LVA); vgl. oben Kap. III Ziff. 1 lit. c.

119 Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, Europäische Bezüge und Bilaterale Verträge (Fn. 33), Rn. 31.110 ff.; M. Oesch (Fn. 54), Rn. 928.

120 Vgl. Jaag/Hänni Europarecht (Fn. 13), Rn. 4025 ff.

121 Art. 16 Abs. 2 FZA; Art. 8 f. SAA; Art. 5 DAA.

122 Art. 14 Abs. 1 FZA; Art. 7 Abs. 4 SAA.

123 Anhang 3 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen vom 25.6.2009, ABl. 2009 L 199/24 / SR 0.631.242.05.

5. Besitzstand und Weiterentwicklungen

Bei den Bilateralen I-Verträgen handelt es sich ausschliesslich um statische Verträge, d.h. die Schweiz hat den unionsrechtlichen Besitzstand (*aquis*) nur in dem Umfang übernommen, wie er vor der Unterzeichnung der Verträge am 21. Juni 1999 bestand und in den jeweiligen Anhängen umschrieben ist. Die Änderung der in den Anhängen aufgeführten EU-Rechtsakte führt damit nicht automatisch zu einer Änderung des jeweiligen sektoriellen Vertrags, was mit dem Risiko eines Auseinanderdriftens von sektorielltem Vertragsrecht einerseits und von sich in den einschlägigen Bereichen stetig weiterentwickelndem EU-Recht andererseits verbunden ist. Der Schweiz ist es jedoch unbenommen, die Weiterentwicklungen gleichwohl freiwillig durch den sog. autonomen Nachvollzug sowohl bei der Rechtsetzung als auch im Rahmen der Rechtsprechung zu übernehmen. Die Schweiz hat sich in den sektoriellen Abkommen aber verpflichtet, die bei Unterzeichnung der Bilateralen I-Verträge bestehende Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen, soweit diese die in den Verträgen verwendeten Begriffe des EU-Rechts betrifft.¹²⁴

Im Unterschied zu den Bilateralen I-Verträgen und den meisten anderen Verträgen mit der EU sind die Assoziierungsabkommen zu Schengen und Dublin sowie das Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherheit¹²⁵ dynamische Verträge, mit der Folge, dass sie entsprechend der Rechtsentwicklung in der EU ständig anzupassen sind.¹²⁶ Im Rahmen des Luftverkehrsabkommens kommen dem gemischten Ausschuss bei der Feststellung und Übernahme neuer Rechtsvorschriften nach Art. 23 LVA zwar weitreichende Befugnisse zu, eine dynamische Übernahme findet dabei allerdings nicht statt.¹²⁷

V. Demokratieprinzip und Souveränitätsgrundsatz als Erschwernisse

Wegen der im schweizerischen Verfassungsrecht gewährleisteten direkt-demokratischen Initiativ- und Referendumsrechte können der Bundesrat und das Parlament die wichtigeren Abkommen nicht ohne Zustimmung des Volkes und der Kantone abschliessen. Dies hat einerseits eine beträchtliche Verlangsamung und Verzögerung bei der Annäherung der Schweiz an die EU zur Folge, andererseits können der Bundesrat und das Parlament dadurch dem oftmals starken politischen

124 Vgl. T. Cottier/N. Diebold, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, Zur Anwendung und Auslegung des nachvollzogenen Rechts und Staatsverträgen unterschiedlicher Generation, in: A. Epiney/N. Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, 2009, S. 237 ff.

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

126 Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht (Fn. 7), Rn. 767; Jaag/Hänni Europarecht (Fn. 13), Rn. 4018b.

127 Vgl. S. Breitenmoser/C. Seitz, Das Beihilferecht im Luftverkehrsbereich, in: A. Epiney/S. Theuerkauf/ F. Rivièrè (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, S. 197, 199.

und wirtschaftlichen Druck der EU stärker und selbstbewusster entgegentreten. Aus diesem Grund war die EU z.B. bereit, den an sich Schengen-relevanten Europäischen Haftbefehl aus dem Schengener Recht auszuklammern, weil zu befürchten war, dass eine entsprechende Referendumsabstimmung und damit die Assoziierung der Schweiz an Schengen daran scheitern würden.¹²⁸

1. Staatsvertragsreferendum

Nach Art. 141 Abs. 1 lit. d BV unterliegen völkerrechtliche Verträge, die unbestimmt und unkündbar sind (Ziff. 1) oder die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert (Ziff. 3), dem fakultativen Referendum.¹²⁹ Dies führte dazu, dass gegen verschiedene Staatsverträge mit der EU das Referendum ergriffen wurde und die entsprechenden Vorlagen dem Volk zur Abstimmung unterbreitet werden mussten. So wurden die Bilateralen I, die Assoziierung an Schengen und Dublin sowie die Weiterführung und Erweiterung der Personenfreizügigkeit auf Rumänien und Bulgarien in einer fakultativen Referendumsabstimmung angenommen.¹³⁰ Die Abstimmung über den Beitritt zum EWR-Abkommen wurde trotz Verneinung dessen supranationalen Charakters aus politischen Gründen und unter Bezugnahme auf die obligatorische Referendumsabstimmung über das Freihandelsabkommen, bei dem aber die verfassungsrechtliche Grundlage noch anders war, dem obligatorischen Referendum unter Einbezug des Ständemehrs unterstellt.¹³¹

2. Abstimmungen mit Auswirkungen auf das Verhältnis zur EU

Gestützt auf das in Art. 139 Abs. 1 BV statuierte Initiativrecht auf Teilrevision der Bundesverfassung wurden in den letzten Jahren verschiedene Initiativen lanciert und angenommen, welche in einem Spannungsverhältnis zum Völker- und Europarecht sowie zum Rechtsstaatsprinzip stehen.¹³² In Bezug auf das Verhältnis zur EU und insbesondere zum FZA besonders problematisch sind dabei die von Volk und Ständen angenommenen Abstimmungen über die Masseneinwanderung und die Ausschaffung.

128 Botschaft des Schweizer Bundesrats zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen („Bilaterale II“) vom 1. Oktober 2004, BBl 5964, 6085 f.

129 Dieses kommt zustande, wenn es 50'000 Stimmberechtigte oder acht Kantone innerhalb von 100 Tagen seit der Veröffentlichung des Erlasses verlangen (Art. 141 BV).

130 Vgl. W. Hummer, Integrationspolitische Alternativen der Schweiz, EuZ 2012, S. 128 ff.

131 Kritisch Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht (Fn. 7), Rn. 644.

132 Zu erwähnen sind die Abstimmungen über die sog. Verwahrungsiniziative (Art. 123a BV) vom 8. Februar 2004, über die Verjährungsiniziative (Art. 123b BV) vom 30. November 2008, über das Minarettverbot (Art. 72 Abs. 3 BV) vom 29. November 2009 sowie über die Ausschaffungsiniziative (Art. 121 Abs. 3 lit. b und Abs. 4 BV) vom 28. November 2010 und über die Masseneinwanderungsiniziative (Art. Art. 121a BV) vom 9. Februar 2014.

a) Die Masseneinwanderungsinitiative (MEI)

Die MEI verlangte zum Zwecke der Beschränkung der Einwanderung vom Bundesrat die Einführung von jährlichen Höchstzahlen und Kontingenten für Ausländer aus der EU und Drittstaaten. Die Statuierung einer zahlenmässigen absoluten Obergrenze für Zuwanderer aus der EU ist aber mit dem FZA grundsätzlich nicht in Einklang zu bringen. Die im Dezember 2016 vom Parlament beschlossene Umsetzungsgesetzgebung sieht deshalb lediglich einen sog. „Inländervorrang light“ vor, der zwar Stellensuchende, welche bei der Regionalen Arbeitsvermittlung (RAV) gemeldet sind, bevorzugt, ansonsten aber den freien Personenverkehr zwischen der Schweiz und den EU/EFTA-Länder nicht beschränkt.¹³³

b) Die Ausschaffungsinitiative

Die Ausschaffungsinitiative forderte, dass Ausländer, die wegen spezifischer, abschliessend aufgezählter Delikte (sog. Katalogstraftaten) rechtskräftig verurteilt würden, unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht verlieren sollten. Ein solcher Ausweisungsautomatismus ohne Prüfung des Einzelfalls unter Abwägung aller betroffenen Interessen verstiesse aber nicht nur gegen die EMRK,¹³⁴ sondern wäre auch mit der Personenfreizügigkeit, welche nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden kann, nicht zu vereinbaren.¹³⁵ Die zwischenzeitlich erlassene Ausführungsgesetzgebung belässt den Gerichten deshalb einen – wenn auch sehr geringen – Ermessensspielraum.¹³⁶

3. Souveränität

Bei dynamischen Abkommen, deren Weiterentwicklungen die Schweiz nachvollziehen muss, ohne dass ihr ein Mitentscheidungsrecht zustünde, besteht überdies ein Spannungsverhältnis gegenüber dem Grundsatz der Souveränität. Beim EWR wird die einzelstaatliche Souveränität durch die beschränkten Mitwirkungsmöglichkeiten im Rahmen des sog. *decision shaping* aufgrund der vielfältigen Regelungsbereiche entsprechend stark eingeschränkt, weshalb die diesbezügliche Referendumsabstimmung negativ ausfiel.¹³⁷ Doch selbst bei statischen Abkommen

133 Vgl. dazu die Mitteilung des Staatssekretariats für Migration, abrufbar unter: www.sem.admin.ch/sem/de/home/themen/fza_schweiz-eu-efta/umsetzung_vb_zuwanderung.html.

134 Ein solch strikter Schematismus mit Automatismen und ohne Prüfung des Einzelfalls stünde insbesondere im Widerspruch zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit, wie dies der EGMR in seiner *Boutif-/Üner- und Emre-Rechtsprechung* zu Art. 8 EMRK unter Heranziehung zahlreicher Kriterien anschaulich festgestellt hat: EGMR, Urteil v. 2.8.2001 – 54273/00 (*Boutif/Schweiz*), Ziff. 46 ff.; EGMR, Urteil v. 22.5.2008 – 42034/04 (*Emre/Schweiz*), Ziff. 64 ff.; EGMR (Grosse Kammer), Urteil vom 18.10.2006 – 46410/99 (*Üner/Niederlande*) Ziff. 58 ff.

135 So erfordert etwa die Auslieferung aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung im Geltungsbereich des FZA eine konkrete und gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit Vgl. EuGH Rs. 348/96 (*Calfa*), Slg. 1999, I-11.

136 Art. 66b ff. des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

137 Vgl. oben Kap. II Ziff. 3.

besteht ein gewisser Anpassungsdruck seitens der Schweiz, wenn sie vermeiden will, dass unterschiedliche Rechtslagen indirekt zu Handelshemmnissen führen. Deshalb werden ausgewählte Erlasse der EU von der Schweiz im Rahmen des sog. autonomen Nachvollzugs mitunter freiwillig übernommen.¹³⁸

VI. Die Massgeblichkeit der Rechtsprechung

1. Die Relevanz der EuGH-Rechtsprechung

Der EuGH hat insbesondere in Vorlageverfahren wichtige Fragen zur Auslegung des FZA geklärt:

a) *Grimme*

Im Fall *Grimme* hat der EUGH entschieden, dass die im FZA vorgesehene Niederlassungsfreiheit nicht auf juristische Personen ausgeweitet werden könne. Zur Begründung führte er an, dass die Assoziierung der Schweiz an das EU-Recht im Wege von sektoriellen Abkommen völkerrechtlicher Natur sei, weshalb auch die integrationsfreundliche Auslegung des EU-Binnenmarktrechts durch die EU-Organen nicht ohne Weiteres auf das FZA übertragen werden könne.¹³⁹

b) *Hengartner und Gasser*

Im Fall *Hengartner und Gasser* war die Frage zu beantworten, ob eine bei Schweizer Staatsangehörigen durch das österreichische Bundesland Vorarlberg erhobene und gegenüber Inländern höhere Jagdabgabe gegen das Diskriminierungsverbot verstosse. Der EuGH hatte zunächst die Anwendbarkeit des FZA, und zwar der darin verankerten (passiven) Dienstleistungsfreiheit, bejaht. Er führte jedoch aus, das FZA kenne „keine spezifische Regelung“, wonach das Diskriminierungsverbot Dienstleistungsempfängern „im Rahmen der Anwendung fiskalischer Regelungen über gewerbliche Transaktionen, die eine Dienstleistung zum Gegenstand haben“, zugutekomme.¹⁴⁰

c) *Ettwein*

Im Fall *Ettwein* beurteilte der EuGH die Vereinbarkeit einer Verfügung des Finanzamts Konstanz gegenüber der gleichnamigen Adressatin mit dem FZA. Das Finanzamt Konstanz hatte darin Frau Ettwein eine im deutschen Recht für den Fall der gemeinsamen Veranlagung von Eheleuten vorgesehene steuerliche Ver-

138 Dieses ist sodann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung „im Zweifel europarechtskonform auszulegen“; BGE 129 III 335 E. 6.

139 EuGH, Rs. C-351/08 (*Grimme*), Slg. 2009, I-10777, Rn. 26 ff., bestätigt in EuGH, Rs. C-541/08 (*Fokus Invest*), Slg. 2010, I-01025, Rn. 31.

140 EuGH, C-70/09 (*Hengartner und Gasser*), Slg. 2010, I-07233, Rn. 40 ff.

günstigung mit der Begründung verweigert, dass sie und ihr Ehemann ihren Wohnsitz in die Schweiz verlegt hätten. Der EuGH kam zum Ergebnis, dass Frau Ettwein als selbständig erwerbende Grenzgängerin im Anwendungsbereich des FZA stehe und das Diskriminierungsverbot verletzt worden sei.¹⁴¹

d) *Bergström*

Im Urteil *Bergström* beurteilte der EuGH die Vereinbarkeit einer Regelung im schwedischen Sozialrecht mit dem FZA. Der zugrunde liegende Fall betraf eine schwedische Staatsbürgerin, die in der Schweiz erwerbstätig war und in der Folge nach Schweden zurückkehrte, wo sie ein Kind gebar. Die Bemessung des Elterngelds hing von der Dauer der Erwerbstätigkeit in Schweden ab. Die Sozialversicherung weigerte sich jedoch, die Beitragszeit in der Schweiz zu berücksichtigen. Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens kam der EuGH zum Ergebnis, dass das FZA anwendbar sei und die schwedische Regelung einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 2 FZA darstelle. Denn die Personenfreizügigkeit werde beeinträchtigt, wenn ein Staatsangehöriger einer Vertragspartei in seinem Herkunftsland einen Nachteil einzig aus dem Grund erleide, dass er sein Freizügigkeitsrecht ausübt habe.¹⁴²

e) *Zürcher Flughafenfall*

In einem Entscheid aus dem Jahr 2013 entschied der EuGH, dass die Beschränkung der nächtlichen Anflüge auf den Flughafen Zürich über deutsches Hoheitsgebiet keine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 LVA sei. Das LVA erfasse lediglich die Ausübung von Verkehrsrechten.¹⁴³

2. *Rechtsprechung des Bundesgerichts*

Das Schweizer Bundesgericht berücksichtigt bei der Auslegung und Anwendung der Bestimmungen der sektoriellen Abkommen auch die neuere Praxis des EuGH gestützt auf den in seiner neueren Rechtsprechung entwickelten Grundsatz der sog. parallelen Rechtslagen,¹⁴⁴ obwohl es sich beim überwiegenden Teil dieser Verträge um statische Abkommen handelt, bei denen die Schweiz den EU-Besitzstand (*acquis*) nur in dem Umfang übernommen hat, wie er vor der Unterzeichnung bestanden hat.¹⁴⁵ Die Nichtberücksichtigung dieser Rechtsprechung würde aber zu einer wachsenden Diskrepanz zwischen der Rechtslage in der Schweiz und der EU und damit zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, was den Zugang

141 EuGH, C-425/11 (*Ettwein/Finanzamt Konstanz*), EU:C:2013:121, Rn. 41 ff.

142 EuGH, C-257/10 (*Försäkringskassan/Elisabeth Bergström*), Slg. 2011, I-13227.

143 EuGH, C-547/10 (*Schweiz/Kommission*), ECLI:EU:C:2013:139.

144 Um das mit den sektoriellen Verträgen verfolgte Ziel der parallelen Rechtslage nicht zu gefährden, bezieht das Bundesgericht die nach dem Stichtag ergangenen Rechtsprechungsänderungen des EuGH in angemessener Weise in seine Beurteilung mit ein. Das gilt allerdings nur, soweit das Abkommen auf unionsrechtliche Grundsätze zurückgreift.

145 Vgl. BGE 136 II 5; BGE 139 II 393.

zum Binnenmarkt – entgegen Sinn und Geist der sektoriellen Verträge – letztlich erschweren würde.

VII. Folgerungen für die Brexit-Verhandlungen

Die sektoriellen Verträge zwischen der Schweiz und der EU sind eine pragmatische Zwischenlösung zwischen traditioneller völkerrechtlicher Kooperation und europarechtlicher Integration. Sie könnten deshalb durchaus auch für andere europäische Staaten, welche – wie die Schweiz – der EU oder dem EWR aus Gründen der Wahrung der Entscheidungsbefugnisse nationaler Instanzen und einer bewusst betonten Souveränität nicht beitreten können oder aus diesen austreten wollen bzw. müssen, ein Modell für einen Kompromiss sein, der letztlich im Interesse sowohl der EU selber als auch Europas insgesamt liegen dürfte.

Nach dem Brexit-Votum befindet sich Grossbritannien mit Bezug auf sein europa- und völkerrechtliches Verhältnis zur EU in einer vergleichbaren Lage wie die Schweiz: Einerseits dürfte für die Briten aufgrund ihres selbstbewussten und starken Verständnisses ihrer einzelstaatlichen Souveränität in Zeiten von Globalisierung und Interdependenz – das diesbezüglich oft verwendete Stichwort heisst „*global Britain*“ – eine institutionelle Eingliederung weder in die EU noch in ein dynamisches EWR-Abkommen in Frage kommen. Andererseits ist der Zugang zum EU-Binnenmarkt, um etwa weiterhin an der Dienstleistungs-, Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit teilzunehmen, für Grossbritannien von zentraler Bedeutung. Und als eine prüfenswerte Alternative zum sog. „*hard Brexit*“, der eine vollständige Loslösung vom Binnenmarkt beinhalten würde und damit letztlich weder von der EU noch von Grossbritannien selbst gewollt sein kann, wäre anstelle eines gänzlichen Verzichts auf die Personenfreizügigkeit unter Umständen eine nach Schweizer Vorbild begrenzte und lediglich auf den Begriff der Arbeitnehmer abstellende, d.h. nicht mit der Unionsbürgerschaft verbundene, Freizügigkeit mit Höchstgrenzen sowie Schutz- und Ventilklauseln in Erwägung zu ziehen. Hierfür müsste freilich vorher in der EU offen darüber diskutiert werden, ob das Festhalten an der uneingeschränkten Personenfreizügigkeit als absolute Vorbedingung für die Teilnahme am Binnenmarkt aufrechterhalten oder im langfristigen Interesse auch der EU relativiert werden kann bzw. soll, zumal dieses Anliegen eines der Hauptargumente von EU-Gegnern auch in anderen Mitgliedstaaten ist.¹⁴⁶

Vor diesem Hintergrund wäre der Abschluss einzelner sektorieller Abkommen mit der EU für Grossbritannien durchaus eine für alle Seiten sinnvolle und pragmatische Option. Dabei müsste es sich wohl aber um statische Verträge handeln, deren gerichtliche Kontrolle für Grossbritannien aufgrund ihres völkerrechtlichen

146 Vgl. hierzu nun auch die sog. *Bruegel-Studie* (*Europe after Brexit: A proposal for a continental partnership*) vom 25.8.2016, abrufbar unter: <http://bruegel.org/wp-content/uploads/2016/08/EU-UK-20160829-final-1.pdf> (zuletzt besucht am 17.2.2017).

Charakters nicht dem EuGH, sondern den britischen Gerichten selbst obliegen würde. Denkbar wäre auch die Einsetzung eines transnationalen Schiedsgerichts oder – im Falle einer Assoziierung oder eines Beitritts zur EFTA – des EFTA-Gerichtshofs. Zur Überwachung des ordnungsgemässen Funktionierens der Verträge sowie zur Klärung gegenseitiger Fragen mit Bezug auf die Anwendung und Auslegung der auszuhandelnden Freihandels- oder Assoziierungsverträge und zur Weiterentwicklung des völkerrechtlichen Vertragsverhältnisses wäre – wie bei der Schweiz – die Einsetzung Gemischter Ausschüsse ein ebenfalls bewährtes, wenn auch von der EU als schwerfällig kritisiertes Instrument.

Demgegenüber kommt aufgrund des starken Souveränitätsverständnisses von Grossbritannien und des britischen Parlaments der Abschluss dynamischer Verträge wohl kaum in Frage, zumal die Briten dabei mit Bezug auf die Weiterentwicklung des Rechts lediglich über *decision shaping*-, nicht aber über *decision making*-Rechte verfügen würden und sie zur Übernahme von neuem EU-Recht und der Rechtsprechung des EuGH in den betreffenden Gebieten verpflichtet wären.

Eine Assoziation an das Dubliner und Schenger Recht, an dem Grossbritannien bereits als EU-Mitgliedstaat nicht bzw. nur teilweise beteiligt ist, dürfte im Rahmen der Brexit-Verhandlungen zunächst ohnehin nicht angestrebt werden.

Der bilaterale und auf einzelne sektorielle Verträge beschränkte Weg, wie ihn die Schweiz zusammen mit der EU eingeschlagen und seit vielen Jahren erfolgreich weiterentwickelt hat, ist zwar steinig und mit langwierigen Verhandlungen verbunden, die von beiden Seiten zahlreiche Ein- und Zugeständnisse erfordern. Er ermöglicht aber eine flexible Anbindung von Drittstaaten an die EU und damit eine – wohl im Interessen aller Beteiligten liegende – Absicherung und Stärkung der EU als europäisches Friedens-, Werte- und Wirtschaftsprojekt. Da eine erneute Integration Grossbritanniens in die EU und damit ein Rücktritt vom Austritt gegenwärtig nicht realistisch erscheint, wäre der Abschluss sektorieller Verträge Grossbritanniens mit der EU eine pragmatische Lösung, zumal bei den entsprechenden Verhandlungen auch auf den mit der Schweiz gewonnenen Erfahrungsschatz zurückgegriffen werden könnte und dabei die entsprechenden bilateralen Abkommen als erfolgreiche Beispiele mit inzwischen erprobtem Modell- oder Vorbildcharakter zur Verfügung stehen würden.

Bürger und Einwohner

*Sabino Cassese**

Die Nation besteht aus Bürgern, Mitgliedern einer relativ stabilen Gemeinschaft, die als Volk definiert wird, die sich zu einer eigenen Geschichte bekennt, einige Identitätsmerkmale (und somit Unterscheidungsmerkmale gegenüber anderen nationalen Gemeinschaften)¹ aufweist und relativ offen ist².

Die nationalen Gemeinschaften haben sich jedoch verändert, seitdem ein beachtlicher Teil der Ansässigen in anderen Ländern geboren wurde, wobei die Angehörigen dieses Bevölkerungsteils unterschiedlichst bezeichnet werden (auf Englisch „non-citizen“, „alien“, „migrant“ oder „economic, documented/undocumented, regular/irregular, skilled, temporary immigrant, illegal immigrant“, „asylum seeker“ oder „asylum shopper“, „refugee“, in allen möglichen Varianten, darunter auch „climate refugee“): Dies betrifft ein Viertel der Bevölkerung in Australien, ein Fünftel in Kanada, mehr als ein Sechstel in Österreich, Schweden und Belgien, mehr als ein Zehntel in den USA, Deutschland, Frankreich und dem Vereinigten Königreich³. 1960 betrug die Zahl derjenigen, die in einem Land lebten, das nicht ihrem Geburtsland entsprach, 77 Millionen; 1990 waren es 150 Millionen; 2013 232 Millionen; 2015 244 Millionen (mehr als 3 % der Weltbevölkerung), davon 136 Millionen in Entwicklungsländern⁴.

* Prof. Dr. Sabino Cassese war Richter am italienischen Verfassungsgerichtshof, ist Emeritus der Università degli Studi „La Sapienza“ (Rom) und lehrt Geschichte der politischen Institutionen an der Scuola Normale di Pisa. Der Autor bedankt sich bei Mag. phil. Andreas Raffener (Dissertant aus Geschichte; Bozen/Innsbruck) für die Übersetzung des italienischen Manuskripts ins Deutsche.

1 P. Weil, *Le sens de la République*, Paris, Grasset, 2015, S. 72–76.

2 Seit 1868 wird man mit der Geburt in den Vereinigten Staaten amerikanischer Bürger („ius soli“). In Frankreich, während des „Ancien Régime“ folgte die Staatsbürgerschaft noch dem Wohnsitzkriterium; mit der Französischen Revolution wurde es zu einem Personenrecht unabhängig vom Staat: Der Code Napoléon (1803) regelt den Grundsatz, wonach die Nationalität der Abstammung („ius sanguinis“) folgt. Man kann die Staatsbürgerschaft auch nach 5 Jahren Ehe mit einer Französin/einem Franzosen erwerben. (P. Weil, Fn 2, S. 30–31).

3 Am Beispiel der Entwicklungen in den USA kann gezeigt werden, wie die Rechtsordnungen durch eine verstärkte Einwanderung unter Druck geraten. Bis 1929 war die Einreise in die Vereinigten Staaten ohne Genehmigung keine Straftat. Seit 1929 gibt es hingegen einen diesbezüglichen Straftatbestand – mit kontinuierlich erhöhtem Strafmaß (*D. A. Slansky, Crime, Immigration, and Ad Hoc Instrumentalism*, in: *New Criminal Law Review* 2012, S. 157 ff).

1997 gab es nur 9 Strafverfolgungen gegen illegale Einwanderer, 2009 waren es 90.000. 2005 wurden 40.000, 2009 393.000 Personen abgeschoben. Bis 2014 wurden insgesamt 4,5 Mio. illegale Einwanderer abgeschoben.

4 UN, *Trends in International Migrants Stock: the 2015 revision*; *UN Desa, International Migration Report*, 2015, S. 3. Siehe auch die Studien des „Migration Policy Institute“. Einige andere Daten sind ebenfalls von Interesse. In den Vereinigten Staaten kommen auf 325 Mio. Einwohnern 11 Mio. illegale Einwanderer. (Weil, *Le Sens*, a.a.O., S. 151). In der Europäischen Union (500 Mio. Einwohner, 2014) wurden 625.000 Asylanträge gestellt. In Frankreich (65 Mio. Einwohner) wurden nach 2007 180.000 bis 210.000 legale und 25.000 bis 40.000 illegale Einwanderer pro Jahr eingetragen. (Siehe Weil, *Le Sens*, a.a.O. S. 146–148. Die Gewährung von Aufnahme und Asyl ist aber noch nicht mit Integration gleichzusetzen und hat auch nicht die Verleihung der Staatsbürgerschaft zur Folge. In Frankreich erwerben jedes Jahr 25.000 bis 40.000 Einwanderer, deren regulärer Status geklärt ist, die Staatsbürgerschaft (Siehe P. Weil, Fn 2, S. 15). Zusätzliche Daten bei *M. Livi Bacci, Le popolazioni islamiche in Europa*, in: *Il Mulino* 2015, S. 303 ff).

Die Regeln für den Erwerb und den Verlust der Staatsbürgerschaft sowie für die eventuelle Zulassung von Mehrfachstaatsbürgerschaften variieren von Staat zu Staat. Die einzelnen Kriterien betreffen das Alter, den Wohnort, die Schulbildung, die Verfügbarkeit von finanziellen Ressourcen, den Familienstand. Für eine ver-

In Italien beträgt die Zahl der Ausländer mit legalem Wohnsitz circa 5 Millionen (8,1 % der ansässigen Bevölkerung). Sie entsprechen 10,8 % der Beschäftigten, 9 % der Schüler in den Schulen, 8,2 % der Unternehmer, 8,5 % der Steuerzahler (und leisten einen Beitrag von 5,6 % des gesamten erklärten Einkommens sowie von 5 % der Steuereinnahmen)⁵.

Solch eine große Anzahl an Menschen, die aus anderen Ländern stammen, führt zu unterschiedlichen Problemen. Zunächst einmal stellt sich die Frage, was die Gesamtheit unterscheidet und die Bürger verbindet sowie was ihnen eine Identität verschafft. Ein Land, eine gemeinsame Sprache, eine gemeinsame Geschichte und Erinnerung an diese Geschichte⁶, eine gemeinsame Kultur und gemeinsame Prinzipien sowie gemeinsame Institutionen? Verschaffen familiäre oder soziale Bindungen das Recht, Teil einer nationalen Gemeinschaft zu werden?

Zweitens stellt sich die Frage, wer ein Bürger ist. Der Rechtsinhaber oder der Inhaber von Rechten und Pflichten (dem Vaterland zu dienen, Steuern zu bezahlen, am politischen Leben der Zugehörigkeitsgemeinschaft teilzuhaben, etc.)? Besteht die Staatsbürgerschaft aus dem Anspruch auf Rechten⁷ und basiert sie auf einer eindeutigen Übereinstimmung zwischen der Ordnung und den Menschen⁸?

Drittens stellt sich die Frage, welche dieser Elemente ausschließlich sind. Kann man, selbst wenn man aus unterschiedlichen Ländern stammt, nicht zusammen im selben Land wohnen, ist es nicht möglich, eine Fremdsprache zu lernen, können die Institutionen eines anderen Landes nicht respektiert werden und kann es nicht eine gemeinsame Kultur geben?

Viertens ist anzumerken, dass keine nationale Gemeinschaft hermetisch verschlossen ist. Dennoch variiert das Maß an Offenheit. Und somit stellt sich die Frage, wie die Menschen ausgewählt werden sollen, die in eine Gemeinschaft eingefügt werden: aufgrund ihrer Nationalität (wie vor kurzem bei der Öffnung Deutschlands für syrische Migranten), ihrer Bildung, ihrer Steuerleistung? Und wie beliebig wird diese Entscheidung getroffen? Werden bei der Auswahl lediglich die Interessen der Aufnahmegemeinschaft berücksichtigt (wie im Fall der selektiven Immigration in den USA, wo Wissenschaftler und Menschen mit Hochschulbildung mit offenen Armen aufgenommen werden, da sie im Vergleich zu Menschen ohne Qualifikationen einen größeren Beitrag zum Leben der nationalen Gemeinschaft leisten können) oder werden auch die Interessen derjenigen beachtet, die aufgenommen werden möchten und aus ihrer ursprünglichen Gemeinschaft geflohen sind? Muss nicht das Recht auf den Erwerb einer Staatsbürger-

gleichende Wertung *P. Weil*, *Le sens*, Fn 2, S. 132 und *E. Grosso*, *Una cittadinanza funzionale. Ma a cosa?*, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLV 2 (2015), S. 482 ff.

5 *Fondazione Moressa*, Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione, 2015, passim.

6 *P. Weil*, (Fn 2), S. 67–68.

7 Nach der bekannten Formel von *H. Arendt*, Hannah Arendt's "Right to Have Rights": A Philosophical Context for Human Security, in: *Journal of Human Rights*, 2010, S. 279 ff.

8 *P. Mindus*, Ancora sulla teoria funzionale della cittadinanza. Risposta ai critici, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLV 2 (2015), S. 523.

schaft, das auf dem Völkerrecht⁹ beruht, geachtet werden, oder müssen nicht zumindest internationale Einschränkungen bezüglich der staatlichen Befugnis zur Aberkennung der Staatsbürgerschaft respektiert werden, durch die die Menschen „staatenlos“ werden (siehe die Urteile *Rottmann* des Gerichtshofs der Europäischen Union¹⁰, *Pham v. Secretary of State for the Home Department* des „Supreme Court of the United Kingdom“¹¹ und *Expelled Dominicans and Haitians* des „Inter-American Court of Human Rights“¹²)? Kann hingegen die illegale Einwanderung als ein Verbrechen angesehen werden (das italienische Verfassungsgericht hat sich 2010¹³ zur illegalen Einwanderung als erschwerenden Umstand geäußert, aber bei vielen Beschlüssen des Gerichtshofs der Europäischen Union ging es um die „Kriminalisierung“ der illegalen Einwanderung von Ausländern)¹⁴?

Fünftens stellt sich die Frage, in welchem Maß jeder Staat mehrfache Zugehörigkeiten, eine doppelte oder auch dreifache Staatsbürgerschaft duldet oder den eigenen Bürgern ein weiteres Zugehörigkeitsrecht zuspricht, wie im Fall der Vereinigten Staaten, wo jede eingebürgerte Person sowohl ein Bürger der Vereinigten Staaten als auch des Staates ist, in dem sie ansässig ist; oder wie bei der Europäischen Union, wo die Bürger der Mitgliedsstaaten als weitere Staatsbürgerschaft noch die europäische erworben haben (Art 8 des Vertrags über die Europäische Union), auch wenn diese Staatsbürgerschaft „abgeschwächter Natur“¹⁵.

Letztendlich werden die Staaten mit einem großen Anteil an Einwohnern, die aus anderen Ländern stammen, zu Orten, an denen nicht nur Bürgern, sondern allen Einwohnern viele der Rechte anerkannt werden müssen, die ansonsten nur Bürgern zustehen (im Grunde alle Rechte mit Ausnahme der politischen¹⁶). Und dies geschieht, da die Staaten selbst die Menschen nicht diskriminieren dürfen¹⁷ und die Menschenwürde anerkennen müssen¹⁸, weil auch Ausländer Menschenrechte

9 Art. 15 der „Universal Declaration of Human Rights“ sieht vor, dass „everyone has the right to a nationality. No one shall be arbitrarily deprived of his nationality nor denied the right to change his nationality“. Darüber hinaus gibt es internationale Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit (ein Verzeichnis auf der Internetseite des US Department of State: <http://www.state.gov/j/prm/policyissues/issues/c50242.htm>).

10 EuGH, Rs. C-135/2008 (*Rottmann*), Slg. 2010, I – 1449.

11 UKSC (= Oberster Gerichtshof des Vereinigten Königreichs) 19 (25.3.2015).

12 28.8.2014.

13 CC (= italienischer VfGH) Urteile Nr. 249 und 250 aus dem Jahr 2010.

14 Zu diesem Thema siehe auch das Urteil EuGH, Rs. C-61/11 (el Dridi) Slg. 2011, I-3015 sowie die nachfolgenden Urteile EuGH, Rs. C-329/11 (*Achughbabian*), Slg. 2011, I-12695, EuGH, Rs. 430/11 (*Sagor*), ECLI:EU:C:2012:777 und EuGH, Rs. C-290/14 (*Celaj*), ECLI:EU:C:2015:640.

15 *E. Fumero/F. Strumia*, Stranieri integrati e cittadini emarginati? Profili evolutivi di una nozione sociale della cittadinanza europea, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, S. 426.

16 *A. Morrone*, Le forme di cittadinanza nel terzo millennio, in: *Quaderni costituzionali* 2015, S. 303 ff. (314).

17 Siehe dazu die Entscheidung des US-amerikanischen Obersten Gerichtshofes *Zadvidas v. Davis*, 533 U.S. 678, 693 (2001), nach der alle Personen in den USA, inklusive der Ausländer, Anspruch auf ein faires Verfahren („*due process*“) haben, unabhängig von der Tatsache, ob ihre Anwesenheit illegal, vorübergehend oder dauerhaft ist. Siehe dazu auch den Inter-American Court of Human Rights, *Vélez Lóor v. Panama*, 23.11.2010 und bereits zitiert EuGH El Dridi (Fn 14).

18 Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC – 18/03 Requested by the United Mexican States, Sept. 17, 2003 (das Recht auf Arbeit als Recht der Würde) und spanischer VfGH, Entscheidung Nr. 236/2007, 7.11.2007 (das Recht auf Zugang zur Bildung für illegale Einwanderer ist nicht zwingend vorgeschrieben, garantiert ist jedoch die Gewährleistung der Achtung der Menschenwürde). Siehe dazu auch *Mathews v. Diaz* und *Ambach v. Norwich* della „United States Supreme Court“, 426 US 67 (1976) e 441 US 68

besitzen, die auf internationalen Verträgen beruhen und unabhängig von den Staaten und den nationalen Normen gelten, durch die sich die Ordnungen dem Völkerrecht öffnen (Pflichten der nationalen Gemeinschaft gegenüber der Völkergemeinschaft: Art 10 der ital. Verfassung; Art 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention¹⁹; Präambel, Art 3, Art 31,32 und 33 der Flüchtlingskonvention von 1951). Aus diesen stammt die Unterscheidung zwischen den Rechten und der Zugehörigkeit zur ursprünglichen Gemeinschaft bzw. zur Nation; eine Abwertung der Staatsbürgerschaft; die Notwendigkeit, die Rechte der Ausländer und die Staatsbürgerschaft aus zwei verschiedenen Perspektiven zu sehen und erstere nicht auf das nationale Gesetz, sondern auf die überstaatlich anerkannten Menschenrechte zurückzuführen²⁰. Daraus resultiert allerdings auch ein zerstörerisches Potential gegenüber der Verfassung, die eine Charta der Bürger ist und eine nationale Gemeinschaft repräsentiert.

Der Umstand, dass nur eine Minderheit der ansässigen Ausländer, die das Recht auf den Erwerb einer Staatsbürgerschaft haben, diese beantragen²¹, zeigt, dass eine neue Form der Territorialität bezüglich der staatlichen Befugnisse entstanden ist und dass die Ausländer mit Ausnahme des Stimmrechts und im Allgemeinen der politischen Rechte dieselben Rechte wie die Bürger besitzen²².

In Bezug auf die Anerkennung der Rechte werden ebenfalls Voraussetzungen eingeführt oder Pflichten auferlegt (Gemeinschaft mit Rechten und Pflichten: Art 2 der ital. Verfassung). Die verbreitetste Voraussetzung besteht aus den „durational requirements“, nach dem Prinzip „the longer the stay, the stronger the claim“ (ein mindestens vierjähriger Aufenthalt im Land, wie der britische Premierminister Cameron im Vereinigten Königreich vorgeschlagen hat, oder für 1 Jahr, wie es die Christlich-Soziale Union in Bayern (CSU), Deutschland, vorgeschlagen hat). Aber auch die Pflicht, eine Eingliederungsprüfung abzulegen (Sprachkenntnisse und Wissen über die Gesellschaft) wurde als rechtmäßig anerkannt²³. Die Voraussetzung für eine befristete Aufenthaltsdauer in einem Land hängt auch mit der Beteiligung an der Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen durch das Steuersystem zusammen. Sie können aber auch vom Zivildienst abhängen, wie das italienische Verfassungsgericht mit dem Urteil Nr. 119 von 2015 erklärt hat, welches sich auf ein Gesetz bezieht, das legal im Land ansässige Ausländer von dieser

(1979), und Union of Refugee Women della “Constitutional Court of South Africa”, CCT 39/06 (12.12.Az2006).

19 Urteile Nr. 187 aus dem Jahr 2010 und Nr. 329 aus dem Jahr 2011.

20 D. Jacobson, Rights across borders. Immigration and the decline of citizenship, Baltimore and London, the Johns Hopkins 1997, S. 73. ff, 107 ff, 127 ff.; M. Savino, Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori, 2012, S. 17–18, 22, 27, 41, 46. Siehe auch C. Joppke, Citizenship and Immigration, 2010.

21 In den Vereinigten Staaten sind weniger als 20 Prozent der eingewanderten Mexikaner eingebürgert, und weniger als 10 Prozent der Einwanderer nach Deutschland beabsichtigen, die deutsche Staatsbürgerschaft zu erwerben. Überdies sorgte sowohl in den Vereinigten Staaten als auch in anderen Ländern wie etwa Kanada die Ankündigung, dass die Regierungen den Einwanderern die Rechte verweigern können, für einen Wettlauf um die Einbürgerung. (D. Jacobson, Rights across borders, a.a.O., S. 218.

22 A. B. Sajoo, A Review of David Jacobson, Rights Across Borders, in: McGill Law Journal 1998, S. 217.

23 EuGH, Rs. C-153/14 (Minister van Buitenlandse Zaken), ECLI:EU:C:2015:453, über die Einreise und den Aufenthalt für die Familienzusammenführung auf der Grundlage des Art. 7.2 Dir. 2003/86 vom 22. 9. 2003 (bezugnehmend auf zwei niederländische Gesetze aus dem Jahr 2000).

Dienstleistung ausschloss²⁴. Laut Gericht sei dies eine Art von Solidarbeitrag für eine Gemeinschaft, in der man lebt, und der nicht nur den Bürgern vorbehalten werden darf (dasselbe müsste für das Erbringen von persönlichen „Gegenleistungen“ gelten, wie vor kurzem vorgeschlagen wurde²⁵)²⁶.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass sich auch bezüglich des personellen Elements der Staaten widersprüchliche Entwicklungen ergeben haben. Die nationalen Bürgergemeinschaften verteidigen sich, indem sie sich verschließen; sie nehmen aber gleichzeitig Nichtstaatsangehörige auf und integrieren diese. Gleichzeitig verleihen sie ihnen bürgerliche, wirtschaftliche und soziale Rechte²⁷, ohne ihnen politische Rechte einzuräumen.

24 In Bezug auf dieses Urteil und generell, was die italienischen Verfassungsrechtsprechung in diesem Bereich anbelangt, *M. Cartabia*, Gli “immigrati” nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà (im Erscheinen).

25 *S. Polimeni*, Un imprevedibile circuito virtuoso. Disciplina dell’immigration regime ed esigenze di sviluppo locale (Randnotiz der l. reg. calabrese N. 18/2009), unveröffentlichtes Typoskript S. 11.

26 Für eine Überprüfung der verschiedenen “membership conditionality structures” *G. Baldi/S. W. Goodman*, Migrants into Members: Social Rights, Civic Requirements, and Citizenship in Western Europe, in: *West European Politics*, 2015, S. 1152 ff. Siehe auch *Q. Camerlengo* – L. Rampa, I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica, in: *Quaderni costituzionali* 2015, N. 1, S. 59 ff.

27 *S. Cassese*, I diritti sociali degli “altri”, in “*Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2015, S. 677 ff.

Aktuelle Herausforderungen für das Europäische und Österreichische Flüchtlingsrecht

Gerhard Muzak*

I. Das Europäische Flüchtlingsrecht

Der internationale Schutz gehört zu jenen Bereichen, die durch Unionsrecht determiniert sind. Art. 78 AEUV sieht eine gemeinsame Politik vor, Abs. 2 spricht sogar von einem gemeinsamen europäischen Asylsystem. Nichtsdestotrotz sind die zentralen Fragen der Voraussetzungen der Schutzgewährung und des Asylverfahrens bloß durch RL geregelt: Die VerfahrensRL 2013/32/EU¹ und die Status-RL 2011/95/EU² räumen den Mitgliedstaaten in vielen Punkten Spielräume ein; noch größer sind die Unterschiede in der Vollzugspraxis, was sich etwa an den Anerkennungsquoten verschiedener Staatsbürger widerspiegelt. Der immer wieder diskutierte unmittelbare Vollzug durch Unionsorgane³ erscheint in weiter Ferne. Der durch Unterschiede bedingten Gefahr des „asylum-shoppings“ soll die in der Öffentlichkeit wohl bekannteste asylrechtliche Sekundärrechtsnorm, die sogenannte Dublin3-Verordnung (EU) Nr. 2013/604,⁴ entgegenwirken. Ein strukturelles Defizit der Gestaltung des Zuständigkeitssystems bildet die Zuständigkeit jenes Mitgliedstaats, über den der Asylwerber eingereist ist, als Regelfall.⁵ Dies ist derzeit mit Griechenland sehr häufig gerade jener Staat, bezüglich welchem die Judikatur aufgrund des mangelhaft funktionierenden Asylsystems die Unzulässigkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen annimmt.⁶ Im Sommer und Herbst 2015 wurde dieses System im Ergebnis ineffektiv, indem sämtliche an der sogenannten „Balkan-Route“ liegende Mitgliedstaaten weder ein Dublin-Verfahren anwendeten noch unter Ausübung des Selbsteintrittsrechts ein Asylverfahren in der Sache

* Dr. Gerhard Muzak ist außerordentlicher Universitätsprofessor am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien.

1 RL 2013/32/EU des EP und des Rates vom 26.6.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl. EU 2013 L 180/60.

2 RL 2011/95/EU des EP und des Rates vom 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. EU 2011 L 337/9.

3 Vgl. etwa D. Thym, in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 2015, Art. 78 AEUV, Rn. 11.

4 VO (EU) Nr. 2013/604 des EP und des Rates vom 26.6.2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl. EU 2013 L 180/31.

5 Vorschläge zur Reform der Kriterien diskutiert R. Marx, Ist die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin-II-VO) noch reformfähig?, ZAR 2012, S. 188.

6 Vgl. z.B. VfSlg. 19.205, 19.652; EuGH, Rs. C-411/10 (N.S.), Slg. 2011, I-13905; EGMR (Große Kammer), Urteil v. 21.1.2011 - 30696/09 (M.S.S. gegen Belgien und Griechenland); S. Lauer, Verletzung der Artikel 3 und 13 EMRK durch die Situation des Asylwesens in Griechenland, migralex 2011, S. 81; U. Brandl, M.S.S. gegen Belgien und Griechenland und Folgewirkungen für andere Dublinstaaten und für Griechenland, FABI 2011, S. 5.

durchführten, sondern die Asylwerber teils sogar ohne Registrierung der Personaldaten in den nächsten Staat weiterreisen ließen. Eine derartige Vorgangsweise ist in der Dublin3-VO nicht vorgesehen.

II. Maßnahmen und Reformüberlegungen anlässlich der Flüchtlingskrise

Durch die Beschlüsse (EU) 2015/1523⁷ und (EU) 2015/1601⁸ wurden vorläufige Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland getroffen⁹. Dabei wurde erstmals die Kompetenzgrundlage des Art. 78 Abs. 3 AEUV in Anspruch genommen, die den Rat ermächtigt, vorläufige Maßnahmen zugunsten von Mitgliedstaaten, die sich aufgrund eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen in einer Notlage befinden, zu erlassen. Als solche ist die Umsiedlung von insgesamt 160.000 Antragstellern in andere Mitgliedstaaten vorgesehen. Diese erfordert die Zustimmung des Umsiedlungsmitgliedstaates, die aber nur bei Gefahren für die nationale Sicherheit oder die öffentliche Ordnung oder schwerwiegenden Gründen für Ausnahmen von der AnerkennungsRL 2011/95/EU verweigert werden darf. Damit wird eine Ausnahme vom Grundsatz der Zuständigkeit des Ersteinreisestaates nach Art. 13 Dublin3-VO begründet.¹⁰ Weiters ist eine operative Unterstützung von Italien und Griechenland durch andere Mitgliedstaaten mittels der vom EASO, Frontex und anderen zuständigen Agenturen koordinierten Tätigkeiten (Identifizierung, Registrierung, Bereitstellung von Informationen, Rückführungsaktionen) vorgesehen. Bemerkenswert erscheint, dass die RL 2001/55/EG des Rates vom 20.7.2001 für den Fall eines Massenzustroms von Vertriebenen nicht herangezogen wurde.¹¹ Diese ermöglicht Aufenthaltsrechte aufgrund eines Beschlusses des Rats gerade für derartige krisenhafte Situationen. Offensichtlich konnte betr. eines solchen Beschlusses hinsichtlich Syrien und Afghanistan keine politische Einigung erzielt werden. Das österr. Fremdenrecht sieht für Massenfluchtbewegungen ein Aufenthaltsrecht durch VO der BReg vor (§ 62 AsylG); auch von diesem gleichartigen

7 Beschluss (EU) 2015/1523 des Rates vom 14.9.2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland, ABl. EU 2015 L 239/146; geändert durch Beschluss (EU) 2016/1754 des Rates vom 29.9.2016, ABl. EU 2016 L 268/82.

8 Beschluss (EU) 2015/1601 des Rates vom 22.9.2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland, ABl. EU 2015 L 248/80. Vgl. auch den Durchführungsbeschluss (EU) 2016/408 des Rates vom 10.3.2016 über die zeitweilige Aussetzung der Umsiedlung von 30 % der Antragsteller, die Österreich auf der Grundlage des Beschlusses (EU) 2015/1601 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland zugewiesen wurden, ABl. EU 2016 L 74/36.

9 Vgl. R. Lehner, Bailout in der Flüchtlingskrise: Zum Notfallumsiedlungsbeschluss des Rates der EU vom 22.9.2015, ZAR 2015, S. 365.

10 Vgl. Lehner (Fn. 9), S. 369.

11 Vgl. A. Schmidt, Die vergessene Richtlinie 2001/55/EG für den Fall eines Massenzustroms von Vertriebenen als Lösung der aktuellen Flüchtlingskrise, ZAR 2015, S. 205. Diese RL stützt sich auf Art. 78 Abs. 2 lit. c AEUV, der eine gemeinsame Regelung für den vorübergehenden Schutz von Vertriebenen im Falle eines Massenzustroms vorsieht.

innerstaatlichen Instrumentarium, dessen Unionsrechtskonformität fraglich ist,¹² wurde nicht Gebrauch gemacht.

Seit Herbst 2015 wurden auch verschiedene neue Rechtsakte vorgeschlagen wie eine VO betreffend einer gemeinsamen Liste sicherer Herkunftsstaaten,¹³ und eine VO über ein Einreise/Ausreisensystem (EES) an den Außengrenzen.¹⁴ Bereits beschlossen wurde eine Empfehlung betreffend temporärer interner Grenzkontrollen in Ausnahmefällen.¹⁵ Einen weitgehenden Schritt in Richtung der Verwirklichung eines gemeinsamen Asylsystems würde die Regelung der Anerkennung des Schutzstatus und eines gemeinsamen Verfahrens in Verordnungsform bedeuten. Es erscheint aber fraglich, ob die diesbezüglich kürzlich erfolgten Vorschläge¹⁶ Chancen auf Realisierung haben. Reformiert werden sollen neuerlich das Dublin-Zuständigkeitssystem¹⁷ sowie Eurodac.¹⁸ Gerade eine Reform des Dublin-Systems erscheint mir auch im Lichte des Grundsatzes der Solidarität und gleichmäßigen Lastenverteilung iSd Art. 80 AEUV notwendig. Die Situation der letzten Monate hat die Probleme, die mit der – faktisch gegebenen – Wahl des Aufnahmemitgliedstaates durch die Asylwerber verbunden ist, veranschaulicht. Sinnvoll erschiene mir eine gleichmäßige Aufteilung in Relation zur Wohnbevölkerung, wobei die Zuteilung vom Antragsteller nicht vorhersehbar sein sollte; Ausnahmen

12 Vgl. G. Muzak, in Mayer/Stöger (Hrsg.), EUV/AEUV, 2012, Art. 78 AEUV, Rn. 73.

13 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Erstellung einer gemeinsamen EU- Liste sicherer Herkunftsstaaten für die Zwecke der Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes und zur Änderung der Richtlinie 2013/32/EU, COM (2015) 452 final.

14 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Einreise-/Ausreisensystem (EES) zur Erfassung der Ein- und Ausreisedaten sowie der Einreiseverweigerungsdaten von Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und zur Festlegung der Bedingungen für den Zugang zum EES zu Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungszwecken und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 767/2008 und der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011, COM (2016) 194 final.

15 Durchführungsbeschluss (EU) 2016/894 des Rates vom 12.5.2016 mit einer Empfehlung für zeitlich befristete Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen, die das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährden, ABl. EU 2016 L 151/8.

16 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines gemeinsamen Verfahrens zur Gewährung internationalen Schutzes in der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 2013/32/EU, COM (2016) 467 final; Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anspruch auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes sowie zur Änderung der Richtlinie 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, COM (2016) 466 final.

17 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung), COM (2016) 270 final.

18 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist], für die Feststellung der Identität illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europol's auf den Abgleich mit Eurodac-Daten (Neufassung), COM (2016) 272 final.

wären allerdings bei Bestehen eines Aufenthaltsrechts naher Angehöriger in einem Mitgliedstaat iSd Art. 8 EMRK vorzusehen.

Im Zentrum der öffentlichen Diskussion steht ein angeblich im Frühjahr 2016 zwischen der EU und der Türkei geschlossenes Abkommen, das die Türkei zur Rücknahme illegal aus der Türkei in die EU eingereisten Fremden verpflichtet, wobei im Gegenzug die EU andere in der Türkei aufhältige Fremde im Umrechnungsschlüssel eins zu eins aufnehmen muss. An sich könnte sich ein solcher Vertrag auf die Ermächtigungen des Art. 79 Abs. 3 betr. Übereinkommen mit dritten Ländern zur Rückübernahme von Drittstaatsangehörigen bzw. des Art. 78 Abs. 2 lit. g AEUV zur Partnerschaft und Zusammenarbeit mit Drittländern zur Steuerung von Flüchtlingsströmen stützen.¹⁹ Tatsächlich wurde 2016 kein solcher völkerrechtlicher Vertrag geschlossen.²⁰ Allerdings besteht bereits seit 2014 ein Rücknahmeübereinkommen zwischen der EU und der Türkei²¹, das eine Rücknahmeverpflichtung der Türkei betr. illegal aus der Türkei in die EU einreisende Fremde normiert (Art. 4).²² Eine Rückübernahme solcher Personen durch EU-Staaten ist zwar ebenso vorgesehen (Art. 6), dies gilt aber ausschließlich für den – praktisch wohl sehr seltenen – Fall, dass die illegale Einreise aus der EU in die Türkei erfolgt, nicht hingegen für Personen, die aus dritten Staaten wie Syrien in die Türkei kommen.²³

Dieses Rücknahmeübereinkommen sollte gem. dessen Art. 24 Abs. 3 erst mit 1.10.2017 in Kraft treten. Mit Beschluss (EU) 2016/551²⁴ wurde nach einer Einigung mit der Türkei am Gipfeltreffen vom 29.10.2015 eine Vorverlegung des Inkrafttretens auf 1.6.2016 als im Gemischten Rückübernahmeausschuss zu Durchführungsbestimmungen des Abkommens zu vertretender Standpunkt iSd Art. 218 Abs. 9 AEUV beschlossen. Es erscheint allerdings fraglich, ob eine Vorverlegung des zeitlichen Geltungsbereichs eine Durchführungsbestimmung bildet. Die Ansiedelung syrischer Staatsbürger in der EU gewissermaßen als Gegenleistung für die Rückübernahme illegal eingereister Personen ist überhaupt nur in einer Erklä-

19 Dazu vgl. etwa M. Graßhof, in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar³, 2012, Art. 78 AEUV, Rn. 22. Freilich ist auch diesfalls das Refoulementverbot einzuhalten; vgl. Muzak (Fn. 12), Art. 78, Rn. 42.

20 In einem nach Redaktionsschluss ergangenen Beschluss hat auch das EuG das Vorliegen eines diesbezüglichen völkerrechtlichen Vertrags zwischen der EU und der Türkei verneint und sich daher für unzuständig erklärt (EuG 28. 2. 2017, T-192/16).

21 Abkommen zwischen der EU und der Republik Türkei über die Rückübernahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt, ABl. EU 2014, L 134/3. Dessen Abschluss basiert auf dem Beschluss (EU) 2014/252 des Rates vom 14.4.2014, ABl. EU 2014 L 134/1.

22 Art. 4 des Abkommens sieht dies für Inhaber türkischer Visa (lit. a) und Aufenthaltstitel (lit. b) sowie für jene Fremde, die nach einem Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Türkei oder einer Durchreise durch ihr Hoheitsgebiet illegal und auf direktem Wege in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten eingereist sind (lit. c).

23 Die Aufnahme von in der Türkei auffälligen syrischen Staatsbürgern ist in Art. 4 Abs. 3a des Beschlusses (EU) 2015/1601 des Rates vom 22.9.2015 als eine Möglichkeit der Mitgliedstaaten zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen im Zusammenhang mit vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland vorgesehen.

24 Beschluss (EU) 2016/551 des Rates vom 23.3.2016 zur Festlegung des im Namen der Europäischen Union im Gemischten Rückübernahmeausschuss im Hinblick auf einen Beschluss des Gemischten Rückübernahmeausschusses zu Durchführungsbestimmungen für die Anwendung der Art. 4 und 6 des Abkommens zwischen der Europäischen Union und der Republik Türkei über die Rückübernahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt ab 1. Juni 2016 zu vertretenden Standpunkts, ABl. EU 2016 L 95/9.

zung vom 18.3.2016 anlässlich eines Treffen von Mitgliedern des Europäischen Rats mit ihrem türkischen Amtskollegen genannt²⁵. Für den in der Öffentlichkeit kolportierten Inhalt einer Übernahme weiterer Drittstaatsangehöriger durch die EU bedürfte es aber einer formellen Vertragsänderung, der von den zuständigen Organen abzuschließen und wohl auch vom Europäischen Parlament zu genehmigen wäre. Vom Bestehen einer Genehmigungspflicht gem. Art. 218 Abs. 6 lit. a AEUV wegen besonderer Bedeutung für das Unionssystem ging man jedenfalls beim Abschluss des ursprünglichen Abkommens aus.

Inhaltlich hängt die Zulässigkeit einer derartigen Kooperation mit der Türkei davon ab, ob diese ein sicherer Drittstaat²⁶ iSd Art. 38 AsylverfahrensRL ist. Es ist umstritten, ob die dafür erforderliche Einhaltung des Refoulementverbots (Art. 38 Abs. 1 lit. c und d) durchgehend gewährleistet ist; weiters muss die Möglichkeit der Asylantragstellung erfüllt sein (Art. 38 Abs. 1 lit. e). Letzterer Punkt erscheint deshalb problematisch, weil die Türkei infolge eines geographischen Vorbehalts nicht in vollem Umfang völkerrechtlich an die GFK gebunden ist.²⁷ Bisher wurde das in Art. 39 der VerfahrensRL vorgesehene Konzept des sicheren europäischen Drittstaates nicht verwirklicht; auch das österreichische AsylG nennt die Türkei nicht als einen jener Staaten, für die Drittstaatssicherheit vermutet wird.

III. Die österreichische Asylgesetznovelle 2016

1. „Asyl auf Zeit“

Am 1.6.2016 ist die als Reaktion auf die Flüchtlingskrise erlassene AsylG-Nov 2016²⁸ in Kraft getreten. Ein Kernpunkt bildet hierbei eine Änderung der Regelungen für den Fall des Wegfalls der Schutzbedürftigkeit. Dies wurde in der öffentlichen Diskussion als „Asyl auf Zeit“ bezeichnet. Die StatusRL lässt nämlich eine Befristung des Schutzstatus auf zunächst drei Jahre zu.²⁹ Auch die GFK verpflichtet nicht zur Einräumung des in der österr. Rechtsordnung traditionellen unbefristeten Aufenthaltsrechts. Eine nähere Betrachtung des Inhalts der Neurege-

25 Vgl. die Erklärung EU-Türkei vom 18.3.2016, Pressemitteilung des Europäischen Rates 144/16 vom 18.3.2016, dazu die Mitteilungen der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat betr. Berichte über die Fortschritte bei der Umsetzung der Erklärung EU-Türkei, vom 20.4.2016, COM (2016) 231 final; vom 15.6.2016 COM (2016) 349 final; vom 28.9.2016 COM (2016) 634 final. In Aussicht genommen wurden in diesem Zusammenhang auch Visaliberalisierungen (vgl. Punkt 6 des ersten Berichts).

26 Grundlegend dazu J. Rohrböck, Fragen der Drittstaatsicherheit (Teil 1), *migralex* 2004, S. 51.

27 Vgl. das Rechtsgutachten vom 14.3.2016 von R. Marx zur unionsrechtlichen Zulässigkeit des Plans der Staats- und Regierungschefs der Europäischen Union die Türkei als „sicherer Drittstaat“ zu behandeln, publiziert im Internet unter www.ramarx.de.

28 § 3 Abs. 4 bis 4b iVm § 7 Abs. 2a AsylG 1997 idF BGBl. 2016 I 24. Vgl. dazu K. F. Hinterberger, Das österreichische Asylgesetzänderungsgesetz 2016, *ZÖR* 2016, S. 185, 189 ff.

29 Art. 24 der RL 2011/95/EU des EP und des Rates vom 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. EU 2011 L 337/9.

lungen zeigt allerdings, dass das angekündigte Konzept nicht verwirklicht wurde. Im Wesentlichen wurde eine Verpflichtung zur jährlichen Überprüfung des Bestehens einer Verfolgungsgefahr in den ersten drei Jahren ab Schutzgewährung geschaffen; bei entsprechenden Anhaltspunkten ist – wie bisher – ein Aberkennungsverfahren einzuleiten. Eine echte Befristung des Status in dem Sinne, dass dieser nach drei Jahren abläuft und zu dessen Verlängerung ein entsprechender Antrag erforderlich ist, ist darin nicht zu erblicken.³⁰

2. „Notstandsverordnung“

Noch mehr Beachtung hat aber ein anderer Punkt gefunden: Am 20.1.2016 erklärten Mitglieder der BReg in einer Pressekonferenz, es solle eine Höchstgrenze von 37.500 Anträgen für das Jahr 2016 gelten.³¹ In weiterer Folge wurden zu diesem Thema Gutachten von *Funk* und *Obwexer* eingeholt, die im Ergebnis eine solche Obergrenze zutreffend als rechtswidrig erkannten, gleichzeitig aber die Zulässigkeit anderer „Notstandsmaßnahmen“ bejahten.³² Als Ergebnis wurde durch einen Abänderungsantrag im Innenausschuss im Rahmen der erwähnten Nov ein 5. Abschnitt „Sonderbestimmungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit während der Durchführung von Grenzkontrollen“ eingefügt. Vorgesehen ist darin eine Ermächtigung an die BReg gem. § 10 Abs. 2 GrenzkontrollG, während der Gültigkeitsdauer einer VO über die befristete Einführung von Grenzkontrollen mittels VO festzustellen, dass die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit gefährdet sind, wobei auf die Anzahl der Antragsteller und die Beeinträchtigung des Funktionierens staatlicher Systeme einzugehen ist (§ 36 AsylG).³³ Die Rechtsfolgen einer solchen VO bestehen in einer Suspendierung zentraler – z.T. auch unionsrechtlich gebotener – asylrechtlicher Regelungen. Vorgesehen ist die Einrichtung sogenannter Registrierstellen durch VO des BMI (§ 37 AsylG), wobei Anträge auf Internationalen Schutz von nicht zur Einreise berechtigten Fremden beim Grenzübergang an der Binnengrenze persönlich bei einem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu stellen sind (§ 38 Abs. 1).³⁴ Anstelle des regulären Verfahrens in der Erstaufnahmestelle ist die Zulässigkeit der Zurückweisung und Zurückschiebung zu prüfen und sind gegebenenfalls solche Zwangsmaßnah-

30 In diesem Sinne heißt es auch in den Mat. (AB 1097 BlgNR 25. GP): „Ändert sich an den relevanten Umständen im Herkunftsstaat nichts bzw. liegen keine sonstigen Aberkennungsgründe vor, erfolgt ex lege eine Verlängerung der Aufenthaltsberechtigung auf unbefristete Dauer“.

31 Dies erfolgte nach einem „Asylgipfel“ zwischen Bund, Länder und Gemeinden. Später wurde diese Zahl als Richtwert bezeichnet. Auch für die Folgejahre wurden entsprechende Zahlen beschlossen (35.000 für 2017, 30.000 für 2018, 25.000 für 2019). Rechtliche Relevanz haben diese Festlegungen nicht.

32 28 *W. Oberwexer / B.-C. Funk*, Gutachten – Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den beim Asylgipfel am 20.1.2016 in Aussicht genommenen Richtwert für Flüchtlinge, 2016.

33 Gem. § 36 Abs. 3 AsylG kann eine solche VO für eine Gültigkeitsdauer von bis zu sechs Monaten erlassen und höchstens drei Mal um bis zu sechs Monate verlängert werden.

34 Auch bei Absicht der Asylantragstellung innerhalb des Bundesgebiets nach rechtswidriger Einreise ist eine Vorführung an die Registrierstelle zur Sicherung der Zurückschiebung vorgesehen (§ 38 Abs. 2 AsylG).

men durchzuführen (§ 38 Abs. 3 AsylG); der ansonsten vorgesehene faktische Abschiebeschutz besteht nicht (§ 39 AsylG).

Eine Prüfung der Grundrechtskonformität der Neuregelung führt zu dem Ergebnis, dass den einschlägigen EMRK-Rechten in materieller Hinsicht Rechnung getragen wird. In jenen Fällen, in denen die Zwangsakte das Refoulementverbot oder das Recht auf Privat- und Familienleben verletzen würden, dürfen diese auch bei Anwendbarkeit einer solchen NotstandsVO nicht gesetzt werden.³⁵ Problematisch erscheint allerdings, ob ein effektiver Rechtsschutz iSd Art. 13 EMRK bzw. Art. 47 GRC gegeben ist. Mangels Verpflichtung zur inhaltlichen Prüfung des Asylantrags besteht der einzige Rechtsschutz in der Maßnahmenbeschwerde beim zuständigen Verwaltungsgericht gegen diesen Zwangsakt; wird dieser stattgegeben, ist die Einreise zu gestatten und es erfolgt die Behandlung des Antrags auf internationalen Schutz (§ 41 Abs. 2). Allerdings kann die Maßnahmenbeschwerde faktisch nur vom Ausland, vom Territorium des jeweiligen Nachbarstaats Österreichs erhoben werden. Ob dies unter Rechtsschutzgesichtspunkten ausreicht, kann nicht generell gesagt werden, sondern wird man im Einzelfall im Lichte der tatsächlichen Situation im jeweiligen Staat zu beurteilen haben. Im Zuge verfassungskonformer Interpretation wird man diesen Aspekt in die Prüfung des Refoulementverbots miteinbeziehen müssen; letztlich hängt die tatsächliche Effektivität des Rechtsmittels eng mit der Gefahr einer gegen Art. 3 EMRK verstoßenden Kettenabschiebung zusammen.

Auf unionsrechtlicher Ebene stützt sich Österreich auf die ordre-public-Klausel des Art. 72 AEUV.³⁶ Es ist allerdings in fraglich, ob diese tatsächlich derart weitgehenden Ausnahmen vom Sekundärrecht durch innerstaatliche Regelungen zulässt. Hier stellt sich auch die – vom EuGH bisher nicht beantwortete – Frage, ob Art. 78 Abs. 3 AEUV, der den Rat zu vorläufigen Maßnahmen bei plötzlichem Zustrom von Drittstaatsangehörigen ermächtigt, diesen Sachverhalt abschließend regelt.³⁷ Der zulässige Inhalt derartiger unionsrechtlicher Regelungen besteht nämlich gerade in der Suspendierung von Sekundärrecht.³⁸ Der österreichische Gesetzgeber geht davon aus, dass konkurrierend auch mitgliedstaatliche Regelungen auf Grundlage des Art. 72 AEUV zulässig wären. Im September 2016 wurde vom BMI ein Begutachtungsentwurf³⁹ für eine derartige „Notstandsverordnung“ ausgesendet.

35 § 40 Abs. 2 sieht für solche Maßnahmen die Interessensabwägung iSd Art. 8 EMRK durch Verweisung auf § 9 Abs. 2 BFA-VG vor. § 38 Abs. 2 AsylG verweist auf die zur Einhaltung des Refoulementverbots geltenden Regelungen der §§ 41 und 45 FPG.

36 AB 1097 BlgNR 25. GP.

37 Die Unionsrechtskonformität der österr. Regelung verneint in diesem Sinne P. Hilpold, Quotenregelungen zur Bewältigung des Flüchtlingsproblems – ein rechtlich gangbarer Weg, *migralex* 2016, S. 58, 65.

38 Muzak (Fn. 12), Art. 78 AEUV, Rn. 45; aA Thym (Fn. 3), Art. 78 AEUV, Rn. 48.

39 Dieser Entwurf wurde auf der Homepage des BMI www.bmi.gv.at publiziert. Die Begutachtungsfrist endete am 5.10.2016.

IV. Einführung von Grenzkontrollen in Folge der Flüchtlingskrise

Die Flüchtlingskrise hatte auch zur Folge, dass mehrere Staaten vorübergehend Grenzkontrollen an den Binnengrenzen wiedereinführten. Der Schengener Grenzkodex⁴⁰ erlaubt dies den Mitgliedstaaten für den Fall der ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit als letztes Mittel (Art. 25f.) für einen Zeitraum von zunächst 30 Tagen, der Gesamtzeitraum darf sechs Monate, bei außergewöhnlichen Umständen zwei Jahre nicht übersteigen; ein Verfahren zur Konsultation der Kommission ist vorgesehen (Art. 27⁴¹); ausnahmsweise kann auch der Rat Binnengrenzkontrollen empfehlen (Art. 29 Abs. 2).

Das österr. GrenzkontrollIG sieht in § 10 Abs. 2 eine Ermächtigung an den BMI zur Erlassung einer VO vor, wonach während eines bestimmten Zeitraums auch bestimmte Abschnitte der Binnengrenze nur an Grenzübergangsstellen überschritten werden dürfen. Im August 2015 wurde eine entsprechende VO erlassen und mehrfach verlängert.⁴² Bemerkenswert erscheint, dass trotz Erlassung dieser VO im Spätsommer 2015 Fremde weitgehend nicht, zunächst nicht einmal stichprobenartig und auch nicht im Inland kontrolliert wurden, was im Lichte der fremdenpolizeilichen Zielsetzungen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit fragwürdig erscheint. Obwohl die VO für das gesamte Bundesgebiet gilt, erfolgten tatsächlich Grenzkontrollen nur sporadisch und an einzelnen besonders von der Flüchtlingswelle betroffenen Übergängen (insb. Nickelsdorf, Spielfeld). Die derzeit nach wie vor recht massive Fluchtbewegung in die EU spricht für eine Beibehaltung der Grenzkontrollen, wobei die generelle Ermächtigung angesichts der doch relativ klar nachvollziehbaren Fluchtrouten in Frage zu stellen ist; auch spricht § 10 Abs. 2 GrenzkontrollIG von „bestimmten Abschnitten“ der Binnengrenze.

V. Resümee

Die Reaktionen der europäischen Staaten wie auch der Union zeigen, dass diese durch die Flüchtlingskrise überrascht bis überfordert wurden. Von den nunmehr diskutierten Lösungsansätzen ist vor allem die Kooperation mit der Türkei umstritten. Letztlich erfordern Lösungen zur Bewältigung dieser schwierigen Herausforderungen eine breite Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten; leider scheint die Bereitschaft dazu nur zum Teil vorhanden zu sein.

40 VO (EU) Nr. 2016/399 des EP und des Rates vom 9.3.2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. EU 2016 L 77/1.

41 Ausnahmsweise darf dies in Fällen, die ein sofortiges Handeln erfordern, ohne Konsultationsverfahren für 10 bzw. 20 Tage erfolgen (Art. 28).

42 Vgl. zuletzt die „siebte“ VO des Bundesministers für Inneres, mit der die Verordnung der Bundesministerin für Inneres über die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen geändert wird (BGBl. 2016 II 111).

Ich möchte abschließend aber einen in der Diskussion kaum beachteten Aspekt, nämlich jenen des Rechtsstaates betonen. Im Sommer und Herbst 2015 kam es sowohl auf unionsrechtlicher als auch auf österreichischer innerstaatlicher Ebene zu massiven Vollzugsdefiziten. Weder das Dublin-System noch das österr. Fremdenpolizeirecht wurden angewendet. Dass dies aufgrund des großen Zustroms nicht lückenlos möglich war, erscheint nachvollziehbar. Der Umstand, dass dies zum Teil nicht einmal versucht wurde, war nicht nur geeignet, den Zustrom von Fremden zu vergrößern; letztlich wurden dadurch auch Gefahren für die öffentliche Ordnung und Sicherheit erhöht.

Nun geht man in Österreich den umgekehrten Weg, indem Höchstzahlen von obersten Organen genannt werden, die nie beschlossen wurden und auch völkerrechtswidrig wären. Ein konsequenter Vollzug des geltenden Rechts würde möglicherweise ohnehin dazu führen, dass diese nicht erreicht werden. Eine Ungleichbehandlung ab einem bestimmten Punkt erscheint aber auch nach Inkrafttreten der AsylG-Nov 2016 fragwürdig, zumal die Verordnungsermächtigung des § 36 AsylG nicht mit Zahlen arbeitet; mangels rechtlicher Verankerung wird über deren Berechnung auch auf politischer Ebene gestritten. Ähnlich rechtsstaatlich fragwürdig erscheint die Vorgangsweise von EU und Türkei; ein derartiger Inhalt bedürfte eines formellen Vertrags etwa iSd einer Änderung des Rücknahmeübereinkommens aus 2014.

Die Ereignisse der letzten Jahre haben im Asylrecht erstmals ein Problem gebracht, das bisher zwar von einzelnen Seiten behauptet, aber nicht wirklich bestanden hat, nämlich den quantitativen Aspekt. Ein derartig massiver Zustrom von Asylantragstellern, der zudem auf einige wenige Mitgliedstaaten fokussiert ist, erfordert zweifellos besondere Regelungen. Hier gilt es die Gratwanderung zu meistern, die dadurch zu befürchtende Überforderung des Asyl- aber auch Fremdenpolizeisystems, aber auch der Beeinträchtigungen des Sozialsystems, der medizinischen Versorgung und politischer Konflikte abzuwehren,⁴³ ohne die grundrechtlichen Garantien zu verletzen. Diese Regelungen sollten aber – wie jedes staatliche Handeln – auf Basis des Rechts erfolgen. Ein Handeln ohne gesetzliche Basis oder sogar gegen das Gesetz ist in einem Rechtsstaat grundsätzlich fragwürdig, ganz gleich ob dies zugunsten oder zu Lasten der Betroffenen erfolgt.

43 Im AB zur AsylG-Nov 2016 (1097 BlgNR 25. GP) werden diese Gefahren ausführlich und nachvollziehbar begründet.

Migrations in the Mediterranean between Protection of Human Rights and Border Control. An Italian Perspective

Giuseppe Cataldi*

1. Introduction. Humanitarian needs, border management and the activity of prevention and repression of crimes

Its extensive coastal area, its position in the center of the Mediterranean, its proximity to the Southern shores, its membership in the European Union (EU). All these aspects concur in making Italy an absolute protagonist in all the international issues that take place in this Sea. It was therefore inevitable that Italy should hold a primary role in the management of the migratory flows that are taking place throughout Europe.

Because of the economic crisis and the widespread political instability that exists throughout the African continent, and that has become more acute because of the “Arab Springs”, the departure of migrants seeking a better life in Europe is now a constant, one that certainly cannot be defined as an “emergency” but rather as a physiological and structural datum. As we are all aware the right of each human being to migrate (set out in Art. 13, para. 2 of the Universal Declaration of Human Rights, establishing that every individual has the right to leave any country, including his own, and Art. 12, para. 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966) is not matched by the corresponding duty of the State of destination to welcome such an individual¹. Thus the massive phenomenon of unauthorized migration, in respect of which a general distinction is generally made between forced migration, caused by the need to escape political persecutions or contingent events (war, revolution, environmental disasters) and migration for economic reasons as a result of endemic and unbearable poverty². We must nevertheless express reservations concerning this distinction. Indeed, it is not always easy to make a distinction between economic migrants and forced migrants. First of all, current international migrations are a mixture while the routes and methods of transportation used are similar. Furthermore, since there are no legal channels of entry available, both economic migrants and asylum seekers use the same criminal organisations to organise their journeys. And the conditions of the individual in the course of migration can vary significantly³.

* Prof. Dr. Giuseppe Cataldi is Professor of International Law at the University of Napoli “L’Orientale”, Director of the “EU Jean Monnet Centre of Excellence on the protection of Migrants’ Rights in the Mediterranean”.

1 On the “*Asymmetrical Right to Emigrate*” see T. Scovazzi, Human Rights and Immigration at Sea, in R. Rubio-Marin (ed.), Human Rights and Immigration, Oxford, 2014, p. 212.

2 On the different meanings of “irregular migrants” see S. Trevisanut, *Immigrazione irregolare via mare*. Diritto internazionale e diritto dell’Unione europea, Naples, 2012, p. 1.

3 Consider for example a person leaving his country in search of a better life who, once he reaches his country of destination, becomes aware of his homosexual orientation, one that is harshly punished in his homeland. In light

The transit of migrants is highly dramatic in the Mediterranean because migration by sea, though a minority percentage of the entire phenomenon, involves serious risks to human life if one considers the type of transportation used. It is a fact that transnational criminal organisations control and profit from the entire chain of migratory movements, from departure, frequently from sub-Saharan countries, to transit through the desert, to detention in “clearing houses” based along the southern shore of the Mediterranean, to embarkation on “mother” ships from which the migrants are then transferred to small, dilapidated boats directed toward the shores of European countries, up to the “assistance” required by the migrants once they reach land to arrive at their final chosen destination. The “corridors” most frequently used by these boats are: The Channel of Sicily, the Ionian Sea and the Straits of Gibraltar. Even after the collapse of Syria, and the consequent increase in using “land routes” through Turkey, Greece, Macedonia, Serbia, Hungary, these corridors continue to be used.

How do we deal with this phenomenon? The legal instruments available, national and supranational, appear to be inadequate and often obsolete. Responding to (actual or alleged) “emergencies” has been, and still is, for example, the underlying principle of Italian migration policy since 1989 when the so called “*Martelli Law*” was passed, a principle that has been applied every time, from the “North-Africa emergency”, to the “Balkan emergency”, the “terrorism emergency” and the “nomad emergency”. The intervention of the EU was also sought throughout all these phases and the Union never failed to give proof of its immobility when faced with the escalation of migratory flows across the Mediterranean and the increased number of tragedies at sea, all because of the ever-present discord among its Member States. The challenge, for countries of the Northern Shore and especially for a EU that with the Lisbon Treaty decided to implement a common migration policy, is that of conciliating humanitarian aspects, always a priority, with the need for border control and the prevention and suppression of criminal acts. Naturally, as so many have requested, the problem needs to be solved at the root, by acting on the causes that lead people to abandon their homeland, and thus the solution is to be found “on land” rather than at sea, but obviously, this issue is significant enough to merit much greater attention than can be provided in this article.

On a strictly humanitarian level, the most significant example of an intervention is Operation *Mare Nostrum*, inaugurated by Italy following the tragedy that took place off the coast of Lampedusa’s island on October 3, 2013, that caused more than 350 victims. This operation, which lasted up to the end of 2014, was strictly national, though wholly in compliance with EU principles. Means and men from

of the changed circumstances, such a person could legitimately aspire to international protection. Another example could be that of a woman who has freely left her country of origin, who becomes the victim of human traffickers during the migration, submitting an application for asylum to remove herself from the punishment of traffickers or her family of origin in the event of repatriation. Or a departure for economic or family reasons from a country that subsequently undergoes a coup d’état or is involved in a conflict thus making it impossible for said person to return as he would be subjected to danger.

various administrations were used in a vast area of the Mediterranean (up to the Libyan coastline), and the number of interventions carried out and human lives saved was truly enormous. But the high cost of this operation, and the criticism of many partners of the Union, led to its cessation. The primary criticism set forth both by the domestic political opposition as well as by European governments (especially Greece and Spain) alleging that the undertaking would serve as an incentive, a “calling effect”, to departures, as there was a greater possibility of being intercepted in a vast area, “saved” by Italian Coast Guard cutters and accompanied to the ports of the peninsula. A criticism obviously negated by the tragic events that took place in the months following the conclusion of *Operation Mare Nostrum*.⁴ The incentive to departures, and this is confirmed by the numbers and by the continuous tragedies at sea, is only determined by the socio-political conditions of the countries of origin and of transit, to which we must add a few contingent initiatives, such as the construction of “walls” of containment along the land borders of EU Member States and by Third Countries, the energetic means of dissuasion used by Greece and Spain to push back migrants (as noted by several humanitarian organizations), and the new restrictive visa policies implemented by many countries of northern Europe.

Operation Mare Nostrum was replaced by *Operation Triton*, which had very different characteristics. First, though the operation is conducted in maritime spaces close to the Italian coastline (with an initial limit of 30 miles, later brought to 138 miles after the tragedy at sea of 18 April 2015), is managed and financed by the EU, specifically with the involvement of the *Frontex Agency*.⁵ Second, the primary purpose of this operation is border surveillance, though in observance, as affirmed by its Executive Director, of the need to protect human life at sea⁶. It follows that rescue at sea of migrants continues to be entrusted to the authorities of coastal States, *in primis* Italian ones. We believe this consideration to be a valid one even after the extraordinary meeting of the European Council held on 23 April 2015, convened following the tragedy at sea of April 18. The final document triples the financial commitment of the EU and states that Council members reached an agreement to intensify the fight against migrant trafficking. However, no importance is given to the need to institute an extraordinary humanitarian operation in the Mediterranean and in countries of origin and of transit. Rescue and assistance operations thus remain functional to the prevention and suppression of illegal immigration, in compliance with the original mandate of *Operation Triton*.

4 Departures take place continuously, as do the tragedies at sea, such as the tragedy occurring on the night of 18 April 2015, with an estimated number of between 700 and 900 dead.

5 Frontex (complete name: “European Agency to coordinate cooperation along the external borders of Member States of the European Union”). The agency was created by the EU institutions, with headquarters in Warsaw, and is tasked with coordinating border patrols along air, maritime and land borders of all EU Member States, as well as implementation of the agreements with countries bordering the Union for readmission of migrants from non-EU countries who were denied entry along the borders.

6 As stated upon launching Operation Triton (see Frontex web site): “According to the mandate of Frontex, the primary focus of operation Triton will be border control, however I must stress that, as in all our maritime operations, we consider saving lives an absolute priority for our agency”.

Recent developments prove that, rather than leading to the much-desired reversal, the EU continues along its path of combating illegal immigration by sea this time by recurring to a military mission. We refer to EUNAVFORMED, soon renamed EUNAVFORMED – Operation Sophia, a naval operation intended to “[...] *dismantle the business model of human trafficking networks in the south central Mediterranean by implementing systematic measures to identify, stop and disable the means used or suspected of being used [...] by traffickers*”.⁷ The mission calls for three successive phases of operations. First, the identification and monitoring of criminal networks, followed by the exercise of police powers against suspected traffickers, and finally the destruction of suspicious crafts. Furthermore, the mission was originally to have taken place both in international waters and in Libyan waters, as the majority of migrants undertake the route toward northern shores of the Mediterranean from Libyan coasts. In practice, however, as happened in previous contexts – *in primis* the interventions to combat Somali piracy – access to foreign territorial waters for purposes of enforcement is subordinate to either the consent of the coastal state – in this case Libya – or to a resolution of the UN Security Council. Lacking Libyan authorisation (and we doubt that at the time of this writing there even is an effective Libyan authority that could issue such an authorisation), the EU succeeded in obtaining only a very timid and ambiguous mandate from the UN Security Council, authorising the use of force against traffickers, but limited only to the high seas.⁸ In June 2016 the mandate for the first European anti-trafficking military mission was extended⁹; in addition to the one year extension, two tasks were added to the mission, one concerning the training of the Libyan coast guard and navy, the other referring to the contribution to implementation of the United Nations embargo on weapons.¹⁰

7 See Art. 1 Council Decision (PESC) 2015/778 of 18 May 2015, relating to a EU military operation in the south central Mediterranean, published in O.J. EU 2015 L 122/31. In doctrine, see *G. Bevilacqua*, The Use of Force against the Business Model of Migrant Smuggling and Human Trafficking to Maintain International Peace and Security in the Mediterranean, in *G. Cataldi* (ed.), *A Mediterranean Perspective on Migrants' Flows in the European Union: Protection of Rights, Intercultural Encounters and Integration Policies*, p. 119, available on: http://www.jmccemigrants.eu/jmcc/wp-content/uploads/2016/06/mediterranean_perspective.pdf; *E. Papastavridis*, EUNAVFOR Operation Sophia and the question of jurisdiction over transnational organized crime at sea, in *Questions of International Law*, 2016, available on: <http://www.qil-qdi.org/eunavfor-med-operation-sophia-question-jurisdiction-transnational-organized-crime-sea/>.

8 On this point see Security Council Resolution n. 2240 of 9 October 2015. Commentary by *M. Gestri*, EUNAVFORMED: Fighting Migrant Smuggling under UN Security Council Resolution 2240 (2015), in *The Italian Yearbook of International Law*, 2015, p. 21; *I. Papanicolopulu*, Immigrazione irregolare via mare ed esercizio della giurisdizione: il contesto normativo internazionale e la recente prassi italiana, in *A. Antonucci, I. Papanicolopulu, T. Scovazzi* (eds.), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016; *I. Tani*, Le forme di contrasto al fenomeno dell'immigrazione irregolare attraverso il Mediterraneo nell'ambito dell'Unione europea, *ibidem*, p. 155.

9 See Council Decision (PESC) 2016/993 of 20 June 2016 amending Decision (PESC) 2015/778, relating to a EU military operation in the south central Mediterranean, published in O.J. EU 2016 L 162/18.

10 The Security Council has imposed, amended and reconfirmed a weapons embargo against Libya by resolutions 1970 (2011), 1973 (2011), 2009 (2011), 2040 (2012), 2095 (2013), 2144 (2014), 2174 (2014), 2213 (2015), 2214 (2015) and 2278 (2016). For a general picture see *S. Carrera and V. Den Hertog*, Whose Mare? Rule of Law Challenges in the field of European Border Surveillance in the Mediterranean, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 79, January 2015, p. 17.

After the humanitarian needs, always to be considered a priority, and the question of border management, the activity of prevention and repression of crimes is without doubt a significant aspect in managing the phenomenon of migration by sea, both from the aspect of the right to exercise force against a ship and the persons on board, and the right to exercise jurisdiction, obviously using different methods and rules according to the marine spaces involved¹¹. Traffickers are unquestionably criminals and the criminal legislation of the States involved should be applied against them, specifically within the context of the Palermo Protocol of 2000 against the contraband of migrants by land, sea and air, supplementing the United Nations Convention against transnational organized crime¹², and encouraging international cooperation among police forces and courts. On this point, we underline the importance of some recent decisions of the Italian *Corte di Cassazione*, whose common denominator is the illegal conduct, directly attributable to a unitary criminal intent, that takes place partly in spaces under Italian jurisdiction and partly on the high seas. Some time ago the criminal organisations involved in the traffic of human beings came up with a new system, one as effective as it is cynical, to facilitate the transit by sea of unauthorised immigrants, minimising the risk of being intercepted by the police forces of the landing State. A “mother ship” takes off from North African coasts and, once on the high seas, transfers the migrants to inflatable dinghies or small boats lacking any safety measures, usually leaving one of the migrants with no knowledge of sailing to steer the raft toward the coasts of the northern Mediterranean. At this point the “mother ship” heads back to the port from which it left, after launching a rescue signal (SOS) in order to involve, and thus instrumentalise, police units of the landing State (usually Italy). The landing State cannot of course help but intervene for humanitarian reasons, carrying out what is technically known as a SAR (Search and Rescue) intervention, in accordance with the 1979 International Convention on Search and Rescue at Sea. The obligation in question has been reiterated, specifically regarding Italy, by the famous ECtHR (Grand Chamber) Judgment of 22 February 2012 (*Hirsi Jamaa et al/Italy*), which also clarified the validity of the obligation of *non-refoulement* in maritime spaces, that is that the high seas are to be equated to a national frontier, requiring application of the same principles as in the event of “occupation” by the military ships of a State (in this case Italy) involved in the rescue and ascertainment of the refugee status of the persons on board. Consequently, Italy was convicted because of its forced accompaniment to Libya (in application of the bilateral Treaty Italy-Libya) of the persons rescued¹³. Italian case

11 On this issue in general, and with ample references to relevant Italian legislation, see contributions provided in T. Scovazzi (ed. by), (fn. 8), and U. Leanza and F. Graziani, *Poteri di enforcement e di jurisdiction in materia di traffico di migranti via mare: aspetti operativi nell'attività di contrasto*, in *La Comunità internazionale*, 2014, p. 163.

12 United Nations Convention and Protocols against transnational organised crime, adopted by the General Assembly on 15 November 2000 and 31 May 2001.

13 Commentary by A. Liguori, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2012, p. 415.

law very effectively highlighted that according to penal law (Art. 54.3 of the Italian Criminal Code), in the cases brought before the courts the action of the rescuers is considered as the “*action of an indirect perpetrator*”. The rescue is thus considered, “*not as an unforeseeable event but one that is foreseen, wanted and caused*”, and that since the state of need is attributable to and caused by traffickers, the activity of the latter is “punishable in our nation” even though carried out in an extraterritorial context¹⁴.

Without underestimating the need to prevent and suppress the above described phenomenon, it must be said that it is too simple to conclude that migrants are the victims of traffickers with no scruples who profit from the trips they organise for thousands of desperate persons. In fact, illegal migrants are above all the victims of a frontier or, to be more precise, they are victims of those who persist in not understanding that a frontier and the pushbacks that are its consequences are not useful in dealing with a collective human drama that is assuming increasingly daunting proportions because of the despair that leads these persons to leave, even at the risk of their lives, and to escape situations that have been created with the complicity of western governments. The trafficker, as much of a criminal as he may be, is the natural element of a global situation in which, while merchandise and capital continue to regularly and freely cross the frontiers, human beings, or better yet, the most unfortunate of human beings, cannot. And it is certainly not possible to believe that the best way to lessen the number of victims at sea is to attempt to enter into cooperation agreements with the countries of origin and transit. The times required for these negotiations are long, and in the meantime persons continue to die. In addition, the majority of migrants are escaping from dictatorships and wars fueled by those very countries with which the EU would like to negotiate.

To say that negotiations for the stipulation of new bilateral agreements are an “immediate priority” means recognising that the cooperation of countries like the Sudan, Eritrea, Niger, Chad, Gambia and Mali is necessary in order to stop and detain migrants before they can reach Europe.

2. The question of Refugees

A few words should be said regarding the issue of refugees. On June 26, 2013, the EU adopted what is known as the “asylum packet”, consisting of two directives and two regulations (the “Dublin System”), to which we must add a recast of the “qualification” directive adopted in 2011¹⁵. This reform, though introducing

14 Among the many cases, see for example, Corte di Cassazione, Penal Section I, 23 January 2015, n. 3345; Corte di Cassazione, Penal Section I, 27 May 2014, n. 14510; Corte di Cassazione, Penal Section I, 23 May 2014, n. 36052. For a Commentary see G. Cataldi, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2014, p. 475.

15 Directive 2013/32/EU establishing a common procedure for granting and withdrawing international protection, and 2013/33/EU, laying down standards for the acceptance of applicants for international protection; regulations 604/2013/EU, establishing the criteria and mechanisms to determine the Member State responsible

novelties and improvements compared to the past, does not appear to be an appropriate instrument to aid in reaching the final objective, that is “*independent of the Member State in which the application for asylum is presented...ensure that similar cases are treated in a similar manner, reaching the same result*”¹⁶, because of the ample discretionary power that is granted to Member States.

Following the entry and the identification of the asylum seeker, competence for reviewing the application for international protection belongs to a single Member State, usually the one in which the initial entry of the migrant, legal or illegal, took place (exceptions are envisaged in the greater interest of minors and to ensure the right to family unification). The goal is to prevent the asylum seeker from submitting an application to several Member States (asylum shopping), as well as to decrease the number of “orbiting” asylum claimants, that is migrants who are transported from Member State to Member State. According to the Dublin regulation, if a person who had submitted an application for asylum in one country of the Union, or was identified upon entering that country, enters another member country, he must be sent back to the former. This mechanism is based on trust between Member States that consider themselves mutually “safe” for purposes of application of Union principles and norms on asylum, principles based on the 1951 Geneva Convention on refugees and thus, first of all, on the principle of *non-refoulement*.

Implementation of the criterion of “initial entry” nevertheless produced a disproportionate degree of pressure on border States that have not always been capable of adequately fulfilling the needs of acceptance and review of asylum applications¹⁷. This criterion also contributes to the increase in deaths at sea, as migrant traffickers organise longer and riskier trips to Italy instead, for example, to Malta and Cyprus, aware that there is a better chance of acceptance of applications for international protection in Italy. Finally, the belief that Member States must always be considered mutually secure for purposes of reception has been refuted by European Courts. The ruling handed down by the ECtHR (Grand Chamber), Judgment of 21 January 2011 (M.S.S./Belgium and Greece), condemned Belgium for having sent an asylum seeker back to Greece, the country of initial entry, pursuant to the Dublin Regulation¹⁸. The Strasbourg judges stated that compliance

for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person, and 603/2013/EU, on Eurodac (system for the comparison of digital fingerprints of asylum applicants and some categories of illegal immigrants). These acts were adopted in accordance with the ordinary legislative procedure (art. 294 TFEU – former art. 251 TEC) that, together with the Lisbon Treaty, has become the primary legislative procedure of the EU decision-making process. On December 13, 2011, Directive 2011/95/EU was adopted, establishing the standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted, replacing Directive 2004/83/EU. See G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori (eds.), *Il Diritto di asilo in Europa*, Naples, 2014.

16 Cfr. Stockholm Program – An open and secure Europe saving and protecting citizens, in O.J. EU 2010 C 115.

17 On this topic see the European Agenda on Immigration of 13 May 2005. In 2014 five Member States (including Italy) processed 72% of all asylum applications.

18 On case law relating to the Dublin Regulation, see A. Liguori, *Clausola di sovranità e regolamento “Dublino III”*, in G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori, (fn. 15), p. 43. and Conference Reports on “Il sistema di Dub-

with the EU Law does not exempt from responsibility for violation of Art. 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR), prohibiting “inhuman and degrading treatment”, in light of the conditions of asylum seekers in Greece. The more so considering that the Dublin Regulation contemplates a clause “of sovereignty” that allows the Member State to assume responsibility for the request for protection even when not of its competence. Even more interesting and recent is the ECtHR (Grand Chamber) Judgment of 4 November 2014, (*Tarakhel/Switzerland*). Before Switzerland’s refusal to grant asylum to an Afghan family because they had to be returned to Italy, country of initial entry, the refugees appealed before the Court of Strasbourg, also in accordance with Art. 3 of the ECHR. The Court sentenced the Convened State because, according to the data provided by the Italian Interior Ministry, there was an obvious discrepancy between the number of asylum applications and the places available in SPRAR structures (Protection System for Asylum Seekers and Refugees). Switzerland therefore had the duty not to automatically apply the Dublin System, since the lack of “systemic deficiencies” in Italy (deficiencies noted by the Court in respect of Greece in the previously cited case) cannot exempt the State from ascertaining whether there is a real risk of inhuman and degrading treatment in the country of destination, especially when minors are involved, as in this specific case.

Similar principles were also affirmed by the ECJ, specifically in the preliminary ruling handed down on 21 December 2012, Case C-411/10 (N.S.) referred by a court of the United Kingdom. The ECJ confirmed the presumption of safe country status to be attributed mutually among Member States, a presumption that, however, is not absolute, but relative; it thus established the obligation to suspend transfers in cases in which the authorities of the sending State “*cannot ignore the fact that systemic deficiencies in the asylum procedure and conditions for welcoming asylum applicants in the Member State are serious and proven grounds for believing that the applicant may risk being subjected to inhuman or degrading treatment*”, as such is forbidden by Art. 4 of the EU CFR.

Other issues concerning the common European asylum system were raised concerning persons belonging to “vulnerable categories”, specifically minors, who can be subjected to administrative detention, in addition to accelerated procedures in examining the application for international protection, and who thus appear not to be sufficiently protected. Even the correct and uniform assessment of the concept of “safe third country” to which to send the foreigner is far from being defined. Is the “safety” requirement the only valid one? And how can this be ascertained? It is certainly not sufficient for Third States to simply meet the requirements of ratifying treaties on human rights or to provide government assurance, as frequently pointed out by the case law of the ECtHR.

lino versus la libertà di movimento dei rifugiati in Europa”, held in Rome, in the Chamber of Deputies, on 24 February 2014, published in *Diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2014, p. 96.

Indeed, it is not surprising that the Dublin system, the object of much criticism by the European Commission as well as by doctrine and by associations active in the defense of human rights, is being reviewed. The 2015 European crisis of migrants saw an even sharper division, compared to the past, among Member States regarding the overall approach and the measures to be adopted. On 23 June, 2015 Hungary began to push back migrants along the border with Serbia. On August 24, 2015, Germany on the other hand decided to suspend the Dublin Regulation as it applied to Syrian refugees and to process their applications for asylum directly, announcing that it would welcome all refugees from that country. This last position, though commendable from a humanitarian aspect, poses the problem of “selective acceptance”. There is no doubt that there are serious and unexpected situations that require an immediate response, but it is difficult to diversify persons having the same rights, according to nationality. This is also in conflict with the 1951 Geneva Convention on recognition of refugee status, which prohibits any discrimination in benefiting from guaranteed rights.

On September 23, 2015, the EU Council of Ministers endorsed the proposal of the Commission, instituting a mechanism for resettlement to other countries, mainly Germany, France and Spain, of part of the asylum applicants in Italy, Greece and Hungary. The quota assigned to each country will depend on its NGP, level of unemployment, number of inhabitants and the number of asylum claims already processed. Nations that refuse to welcome the migrants will have to pay financial penalties. The quota system however has the drawback of not considering the aspirations of asylum applicants who may have acquaintances, ties and desires that do not necessarily coincide with their assigned destinations. It will also be necessary to avoid hazardous voyages by sea, without preventing those who are escaping from reaching safe havens. The decision was adopted exceptionally by a qualified majority rather than unanimously, making it clear and evident that there was a split between the countries ready to commit themselves as a sign of greater solidarity, and others reluctant to assume their responsibilities, among these especially the countries of eastern Europe. Thus, the plan of the European Commission to relocate 120 thousand asylum applicants in obvious need of international protection was approved, but unfortunately, as is clear from the reports of the Commission on the progress achieved regarding mechanisms of emergency relocation and resettlement, to date we cannot say that the goal has been reached as the number is much lower than had been envisaged¹⁹.

The substantial failure of the quota system led the EU to outsource not only border controls, a practice begun some time ago, but also the “reception” of asylum

19 On the report of 18 May 2016, see http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1763_it.htm. For EU Commission’s proposals refer to: Refugee Crisis: European Commission takes decisive action: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5596_en.htm?locale=en.

applicants and management of migrations directed toward Europe, as had partly already been foreseen by the May 2015 European Agenda on Immigration²⁰.

Also emblematic regarding cooperation with Third Countries is the Statement the EU signed with Turkey in March 2016²¹: not an *agreement* in the technical sense, but an *understanding*, one that is removed from ordinary procedures to reach an agreement, that is from the intervention of the European Parliament and oversight by the ECJ. This is a document – whose juridical nature is not clear – that leads to significant consequences regarding the fate of persons, as it assigns to Turkey the responsibility of receiving asylum applicants and processing procedures to review requests for protection on behalf of the EU, even though aware that said country has never renounced the so called geographic reservation included in the 1951 Geneva Convention and that, strictly speaking, only European citizens could be granted refugee status in that country (the situation has remained more or less the same following the rather modest legislative actions taken by the Turkish government in March 2016). In addition, notwithstanding the denunciations of NGOs²², testifying to the violence and abuse to which the asylum applicants in Turkey are subjected, the undignified conditions of reception/detention centers, Syrian children exploited and forced to work in Turkish factories²³, and in spite of the fact that Turkey is building a wall along its border with Syria²⁴, the *Statement* is considered a *model of reference* for cooperation with Third countries. The scheme adopted is the “one to one” plan: for every “unauthorized” migrant that Turkey receives from European borders, the EU receives a Syrian refugee from Turkey. All part of a vaster context that contemplates financial aid to the Turkish government, guarantees relating to negotiations for visas to Turkish citizens and Turkey’s membership in the EU.

We are not convinced that Turkey, like other “*priority countries*” identified by the Commission, can be considered safe in respect of international standards on human rights, and specifically according to the ECtHR’s case law. The latter has always firmly stated that it is not sufficient for the country to which the migrant is transferred to have ratified human rights treaties to eliminate the risk of torture and inhuman and degrading treatment. On the contrary, it is essential that human rights be tangibly respected. On the other hand, even EU secondary legislation, and specifically Art. 38 of Directive 2013/32/EU (the “procedures” directive), sets out that for a Third country to be considered “safe” it must comply with a series of conditions, among which is respect of the principle of *non-refoulement*,

20 Regarding this issue refer to observations contained in AIDA Document, *Admissibility, responsibility and safety in European asylum procedures*, 2016, available on www.asylumineurope.org.

21 The text is available on www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/. Commentary by: G. Fernandez Arribas, *The EU-Turkey Agreement: A Controversial Attempt at Patching up a Major Problem*, European Papers Insight, 17 October 2016, p. 1.

22 Refer to HRW, *Turkey: Border guards kill and injure asylum seekers*, 10 May 2016; ECRE, *Turkey violently rejects asylum seekers and clamps down on human rights*, 13 May 2016; HRW, *UN: Press Turkey to open border*, 20 May 2016.

23 <http://www.tpi.it/mondo/regno-unito/bambini-siriani-rifugiati-turchia-sfruttati-vestiti-regno-unito>.

24 <http://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-syria-turkey-idUSKCN11Y1MB>.

and must offer the possibility for the person in flight to apply for refugee status and to be granted protection in compliance with the Geneva Convention. Furthermore, state authorities should perform an individual review of the concrete case to verify that the person does not run the risk being subjected to persecution or grievous harm.

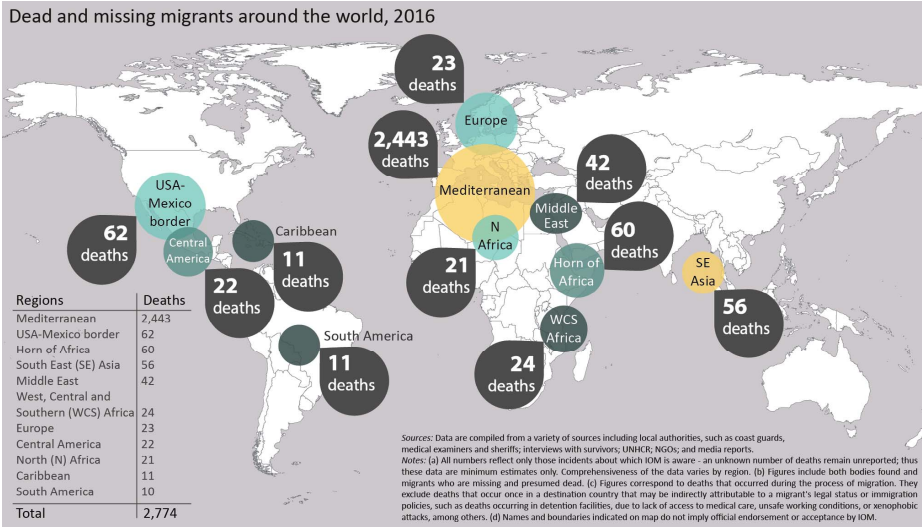
One final observation concerns Italy, a country that, at Art. 10, para. 3 of the Constitution includes a provision on the right of asylum that is among the most advanced in Europe, a provision that calls for the acceptance of persons who do not enjoy fundamental rights, thus not only those who are persecuted, as set out in the 1951 Geneva Convention. It is nevertheless a fact that, to date, there is no organic law that implements this constitutional principle, and only the “substitutive responsibility” of the judge has at times obviated this deficiency (see the decision of the *Corte di Cassazione*, Joint Civil Sections, 26 May 1997, No. 4674).

3. Conclusions

History teaches that the civilizations that have placed walls to the arrival of migrant populations have quickly been crushed and defeated, while openings and the “melting pot” have encouraged the social, economic and civil progress of States. Modern Europe is the daughter of the “silk road”, of exchanges between fixed and nomad cultures taking place through an open corridor that allows for the flow of life. In addition, over the past decade research has highlighted the connection that exists between migration and local development, not only in the territories of reception but also in those of origin thanks to the transnational activism that the diaspora, once integrated into the economic-social fabric of the country of reception, provides to the benefit of the country of origin. Europe has chosen to found a supranational Union by tearing down walls. Foreign citizens residing in Europe are approximately 35 million, 8.4% of the population. In twenty years, between 1990 and 2010, Europe has attracted 28 million migrants, three times the number arriving between 1970 and 1990. It is thanks to them that Europe has developed and grown. But what does the future hold in this time of crisis, of a return to nationalisms and walls? The future, in a Europe that is collapsing demographically and that sees a 30% increase in the number of senior citizens and a 29% decrease in the number of young people over the next twenty years, lies in welcoming new migrants; not as a social duty but as an inevitable project if we are to ensure the future of the “common European home”. In other words, Europe, with a demographic growth factor three quarters of which is attributable to migration, can be saved only by migrants.

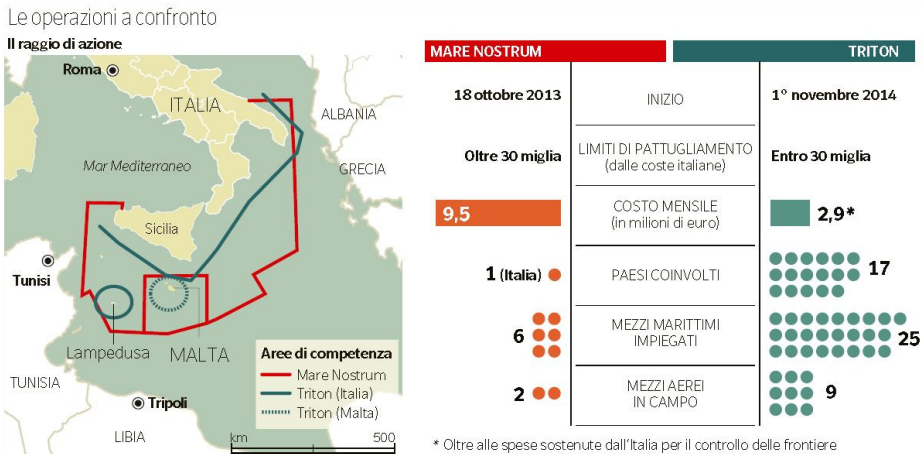
In conclusion, it is our belief that the time has come to exit the logic of emergency. It is time for the EU and the individual States to finally formulate a real and lasting policy to manage migrations, a shared policy that finally implements the Lisbon Treaty and the CFR. Because the true emergency, as we well know, is the

South-South emergency, with four million Syrian refugees in Lebanon and Jordan, a territory that is significantly more contained than that of the 27 Member States of the Union. The priority is to act on the causes that induce migrants to leave. Secondly, any decision concerning management of migration flows cannot negate the foundation and essence of European Union legislation, and thus the imperatives of “solidarity” and respect of human rights. Finally, cooperation among States is indispensable for the prevention and repression of crimes connected to migrant trafficking managed by transnational criminal organisations²⁵.



Source: Missing Migrants Project, International Organization for Migration (IOM)
<http://missingmigrants.iom.int/>

25 For all issues discussed refer to the activities of the “Jean Monnet Centre of Excellence on Migrants’ Rights in the Mediterranean”, University of Naples “L’Orientale” (www.jmcmigrants.eu). See in particular the volume: G. Cataldi (ed.), *A Mediterranean Perspective on Migrants’ flows in the European Union. Protection of Rights, Intercultural Encounters and Integration Policies*, Naples, 2016, which can be downloaded from the website, as it can also be the “Stakeholders Charter of Naples”, with the title “from Mare Nostrum to Triton and the Way Forward to Deal with Migration in the Mediterranean Sea”.



Fonti: ministero dell'Interno, Frontex, Commissione europea, Unhcr – cifre aggiornate al 27 dicembre 2014

Corriere della Sera

Source: <http://www.nextquotidiano.it/operazione-triton-cosi-ottomila-migranti-mese-sbarcano-in-italia/>

MARE NOSTRUM

18 October 2013

Over 30 miles

9.5

1 (Italy)

6

2

Start date

Patrol Limits (from Italian coastlines)

Cost per month (in millions of euro)

(Nations involved)

Ships used

Aircraft in field

TRITON

1 November 2014

Within 30 miles

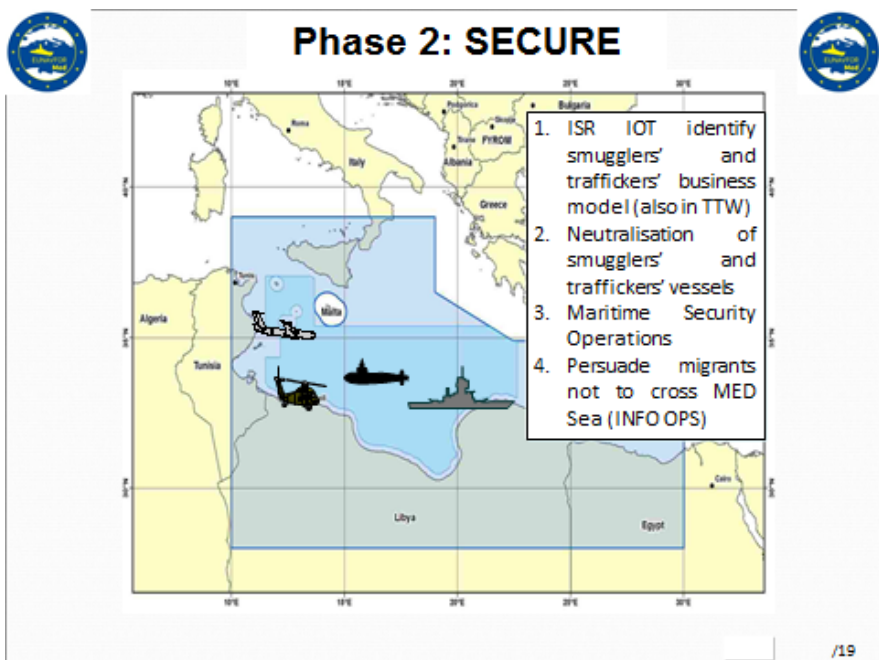
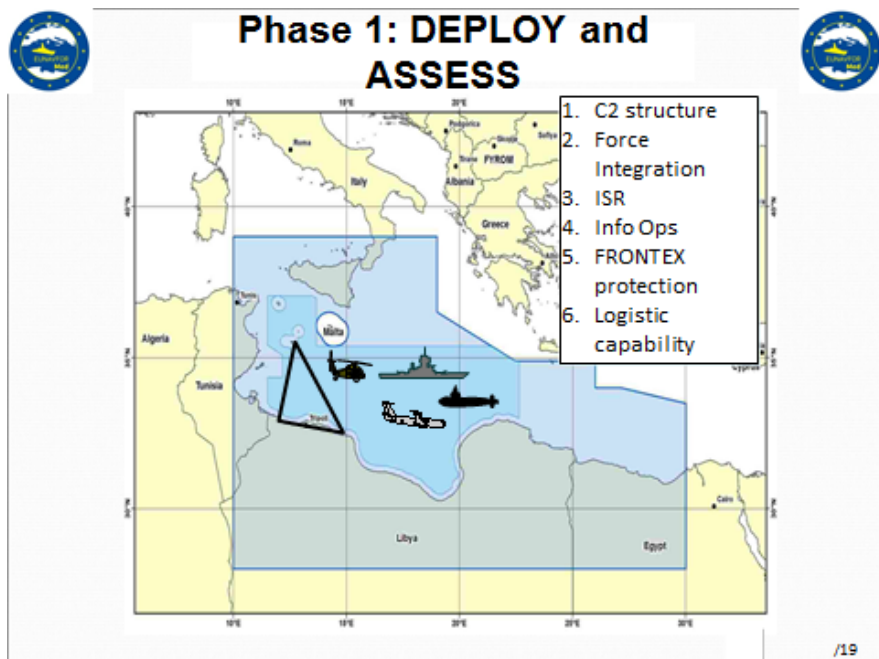
2.9*

17

25

9

In addition to Italian expenditures for border control



Fonte: EUNAVFOR MED – Operazione Sophia