EXIMIUS
HERVORRAGENDE BEITRÄGE ZU DEN RECHTSWISSENSCHAFTEN
CONTRIBUTIONS EXCELLENTES AUX SCIENCES JURIDIQUES
EXCELLENT CONTRIBUTIONS TO THE LEGAL SCIENCES
07

Der autonome Nachvollzug als Grundlage für die Anerkennung der Gleichwertigkeit im Verhältnis zwischen der Schweiz und der Europäischen Union

GABRIEL STEFFEN

DIKE

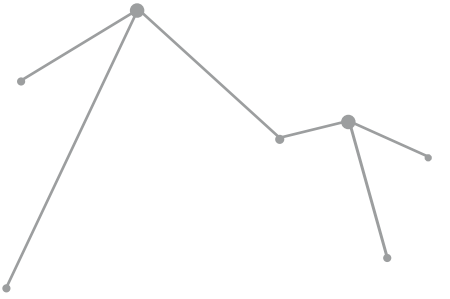
Gabriel Steffen

Der autonome Nachvollzug als Grundlage für die Anerkennung der Gleichwertigkeit im Verhältnis zwischen der Schweiz und der Europäischen Union

EXIMIUS

07

HERVORRAGENDE BEITRÄGE ZU DEN RECHTSWISSENSCHAFTEN
CONTRIBUTIONS EXCELLENTES AUX SCIENCES JURIDIQUES
EXCELLENT CONTRIBUTIONS TO THE LEGAL SCIENCES



Der autonome Nachvollzug als Grundlage für die Anerkennung der Gleichwertigkeit im Verhältnis zwischen der Schweiz und der Europäischen Union

GABRIEL STEFFEN

DIKE

ZÜRCHER DISSERTATION

Abdruck der von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich genehmigten Dissertation.

Open-Access-Gold
Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Publiziert von:
Dike Verlag
Weinbergstrasse 41
CH-8006 Zürich
info@dike.ch
www.dike.ch

Text © Gabriel Steffen 2026

ISBN (Hardback): 978-3-03891-887-5 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)
ISBN (PDF): 978-3-03929-111-3

DOI: https://doi.org/10.3256/978-3-03929-111-3

Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.

myclimate
neutral

Für Esther, Paul und Emanuel

Vorwort und Dank

Wer sich mit den Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union auseinandersetzt, trifft früher oder später auf das Thema des autonomen Nachvollzugs. National- und Ständerat sowie der Bundesrat haben in den vergangenen 38 Jahren ohne völkerrechtliche Verpflichtung Bundesgesetze und -verordnungen in vielen verschiedenen Rechtsbereichen und in unterschiedlicher Intensität an EU-Recht angeglichen. Im Rahmen meiner Dissertation hatte ich die Möglichkeit, mich vertieft mit diesem faszinierenden Thema auseinanderzusetzen. Am Ausgangspunkt meiner Forschung stand die Frage, welche Ziele mit dem autonomen Nachvollzug verfolgt werden und welche Wirkung durch die Angleichung von Schweizer Recht an EU-Recht ohne rechtliche Verpflichtung erreicht werden soll und kann. Meine Dissertation legt den Fokus auf eine zentrale Wirkungsweise des autonomen Nachvollzugs, bei welcher der autonome Nachvollzug zu einer Anerkennung der Gleichwertigkeit führt. Die vorliegende Arbeit ist während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Professor Glaser von Oktober 2021 bis Juli 2025 entstanden.

Ganz herzlich danke ich Prof. Dr. iur. Andreas Glaser für seine grosse sowie stets engagierte und motivierende Unterstützung beim Erarbeiten der vorliegenden Dissertation. Er schafft es, Studierende wie Assistierende für das öffentliche Recht und die Wissenschaft zu begeistern. Seine engagierte und hilfsbereite Art bleibt für mich ein Vorbild. Ebenfalls danke ich Prof. Dr. iur. Matthias Oesch herzlich für die Zweitbegutachtung und die wertvollen Anregungen.

Mein Dank gebührt zudem Florianne Ammann, Clara Beer und Elias Studer, die mich als Hilfsassistierende mit ihren Recherchen unterstützt haben. Speziell möchte ich auch Dr. iur. Katja Gfeller für die Durchsicht und die wertvollen Inputs zu meiner Arbeit und Esther Steffen für das sorgfältige Korrekturlesen des Manuskripts danken.

Schliesslich möchte ich meinen Kolleginnen und Kollegen am Zentrum für Demokratie Aarau (ZDA) und am Lehrstuhl, insbesondere Irina Lehner und Martina Stirnimann, die in ihren Dissertationen ebenfalls zu den Beziehungen Schweiz-EU forschten, für den sehr geschätzten und freundschaftlichen Austausch danken.

Literatur, Gesetzgebung und Rechtsprechung wurden bis zum Januar 2026 berücksichtigt.

Aarau, Mai 2026 Gabriel Steffen

Inhaltsübersicht

Vorwort und Dank VII
Inhaltsverzeichnis XI
Abkürzungsverzeichnis XXXV
Literaturverzeichnis XLIII
Verzeichnis der Materialien und weiterer Dokumente LV
Rechtsquellenverzeichnis LXV

§ 1 Ausgangslage und Fragestellung 1

§ 2 Aufbau der Arbeit 3

§ 3 Autonomer Nachvollzug 5
A. Definition des autonomen Nachvollzugs 5
B. Europarechtskonforme Auslegung und Anwendung 18
C. Historische Entwicklung 24

§ 4 Anerkennung der Gleichwertigkeit 55
A. Begriffsverwendung 55
B. Definition 56
C. Funktion der Anerkennung der Gleichwertigkeit 59

§ 5 Autonomer Nachvollzug als Grundlage für die Anerkennung der Gleichwertigkeit 71
A. Gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit 71
B. Einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit 72
C. Aspekte der Bewertung 72

§ 6 Industrieprodukte 75
A. Einführung 75
B. Entwicklung des grenzüberschreitenden Handels Schweiz–EU 85
C. Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des MRA 94
D. Bewertung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 104

§ 7 Agrarprodukte **159**

A. Einführung 159

B. Entwicklung des grenzüberschreitenden Handels Schweiz–EU 167

C. Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des Agrarabkommens 176

D. Bewertung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 206

§ 8 Emissionshandel **263**

A. Einführung 263

B. Entwicklung des grenzüberschreitenden Emissionshandels Schweiz–EU 274

C. Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des EHS-Abkommens 285

D. Bewertung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 300

§ 9 Finanzdienstleistungen **321**

A. Einführung 321

B. Entwicklung der grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen Schweiz–EU 343

C. Mechanismus der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 353

D. Bewertung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 378

§ 10 Schlussbetrachtungen **423**

A. Einordnung des Zugangsmechanismus in den Gesamtkontext der Beziehungen Schweiz–EU 423

B. Bedeutung des autonomen Nachvollzugs 424

C. Bewertung des Zugangsmechanismus 427

D. Zukünftige Bedeutung des autonomen Nachvollzugs und der Anerkennung der Gleichwertigkeit 446

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Dank VII
Inhaltsübersicht IX
Abkürzungsverzeichnis XXXV
Literaturverzeichnis XLIII
Verzeichnis der Materialien und weiterer Dokumente LV
Rechtsquellenverzeichnis LXV

§ 1 Ausgangslage und Fragestellung 1

§ 2 Aufbau der Arbeit 3

§ 3 Autonomer Nachvollzug 5

A. Definition des autonomen Nachvollzugs 5
I. Übersicht 5
II. Charakteristische Merkmale 5
1. Erstes Merkmal: Rechtliche Grundlage 6
1.1 Fehlen einer völkerrechtlichen Verpflichtung zur Rechtsangleichung 6
1.2 Bedeutung der fehlenden völkerrechtlichen Verpflichtung 6
1.3 Autonomie des Nachvollzugs 7
1.4 Abgrenzung zur Rechtsangleichung mit völkerrechtlicher Verpflichtung 7
1.5 Bedeutung des autonomen Nachvollzugs im Zusammenhang mit bilateralen Abkommen 8
1.5.1. Autonomer Nachvollzug zur erstmaligen Angleichung 8
1.5.2. Autonomer Nachvollzug zur Aktualisierung der Angleichung 9
2. Zweites Merkmal: Zweck des autonomen Nachvollzugs 10
2.1 Herstellung von Kompatibilität zur Erreichung europapolitischer Ziele 10
2.1.1. EU-Rechts-Kompatibilität als unmittelbarer Zweck 10
2.1.2. Erreichung der Ziele der Schweizer Europapolitik als mittelbarer Zweck 11
2.2 Anerkennung der Gleichwertigkeit als europapolitisches Ziel 12
2.3 Abgrenzung zur Rechtsangleichung im Rahmen der Rechtsvergleichung 13
2.3.1. Methode der Rechtsvergleichung 13
2.3.2. Unterschied zum autonomen Nachvollzug 14

2.3.3. Grad der Übereinstimmung als Indiz 15
III. Abgrenzung in der Praxis 16
1. Praktische Bedeutung der Abgrenzung 16
2. Abgrenzung anhand der Materialien 16
2.1 Bundesgesetz: Botschaft und weitere Materialien 17
2.2 Bundesverordnung: Anträge an den Bundesrat und weitere Materialien 17
2.3 Informationspflicht seit 1988 18
B. Europarechtskonforme Auslegung und Anwendung 18
I. Grundidee 18
II. Rezeption in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung 19
III. Europarechtskonforme Auslegung im Rahmen der Schweizer Methodologie 20
IV. Abstufungen der europarechtskonformen Auslegung in der Praxis 21
V. Auslegung von durch EU-Recht inspiriertem Schweizer Recht 22
1. Dogmatische Unterscheidung 22
2. Auswirkungen für die Auslegung 23
3. Synthese 23
C. Historische Entwicklung 24
I. Übergeordnete Entwicklungen 25
1. Rechtsangleichung in den 1950er und 1960er Jahren 25
2. Bedeutungszunahme der Rechtsangleichung ab den 1970er Jahren 26
2.1 Freihandelsabkommen auf der Grundlage des EWG-Vertrags 26
2.2 Punktuelle Zusammenarbeit auf der Grundlage von EWG-Sekundärrecht 26
3. Entwicklungen der 1980er Jahre als Treiber für den autonomen Nachvollzug 29
3.1 Bestrebungen zur Vollendung des Binnenmarkts ab 1985 29
3.1.1. Weissbuch zur Vollendung des Binnenmarkts 1985 30
3.1.2. Einheitliche Europäische Akte 1986 31
3.1.3. Wirkung 31
3.2 Verstärkung der Zusammenarbeit EWG–EFTA 31
3.2.1. Ziel eines dynamischen europäischen Wirtschaftsraums ... 32
3.2.2. Homogenität im europäischen Wirtschaftsraum 33
3.2.3. Schwierigkeiten und Kritik bezüglich der Zusammenarbeit 34
3.2.4. Zwischenfazit 36
II. Anfänge der Politik des autonomen Nachvollzugs 1988 36
1. Steigerung der Schweizer Europafähigkeit 36
2. Europafreundliche Rechtsetzung 37
2.1 Zielsetzung 37
2.2 Autonomer Nachvollzug in anderen EFTA-Staaten 38

2.3 Instrument zur Förderung der europafreundlichen Rechtsetzung 38
2.4 Erhoffte Anwendung der Anerkennung der Gleichwertigkeit 39
3. Gescheiterter Beitritt zum EWR-Abkommen 39
3.1 Neue Form der Assoziierung 39
3.2 Inhalt des EWR-Abkommens 40
3.3 Rechtsübernahme im Rahmen des EWR-Abkommens 40
3.4 Haltung des Bundesrats 41
3.5 Ablehnung des EWR-Beitritts der Schweiz 42
3.6 Auswirkungen auf den autonomen Nachvollzug 42
III. Bedeutungszuwachs des autonomen Nachvollzugs ab 1993 43
1. Folgeprogramm nach dem EWR-Nein 43
2. Autonomer Nachvollzug als zentrale Massnahme 43
3. Autonomer Nachvollzug in der Praxis 44
3.1 *Swisslex*-Vorlagen 45
3.2 Autonomer Nachvollzug im Rahmen der marktwirtschaftlichen Erneuerung 45
4. Wirkung des autonomen Nachvollzugs 46
4.1 Autonomer Nachvollzug als bedeutender materieller Legislativfaktor 46
4.2 Betonung der Grenzen des autonomen Nachvollzugs 47
IV. Phase nach Unterzeichnung der bilateralen Verträge ab 2004 47
1. Entwicklung der Funktion des autonomen Nachvollzugs 48
2. Politische Zurückhaltung 48
V. Bedeutungszuwachs der institutionellen Fragen ab 2008 49
1. Politische Entwicklungen im Verhältnis Schweiz–EU 49
2. Auswirkungen auf den autonomen Nachvollzug 51
2.1 Autonomer Nachvollzug als immer einsetzbares Instrument 51
2.2 Autonomer Nachvollzug in der Praxis 51
VI. Neuer Versuch der Weiterentwicklung der vertraglichen Beziehungen seit 2021 52
1. Politische Entwicklungen im Verhältnis Schweiz–EU 52
2. Wirkung des autonomen Nachvollzugs 52
3. Systematischer autonomer Nachvollzug 54

§ 4 Anerkennung der Gleichwertigkeit 55
A. Begriffsverwendung 55
B. Definition 56
I. Formen der Anerkennung der Gleichwertigkeit 56
1. Gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit 56
2. Einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit 56
II. Gegenstand der Anerkennung der Gleichwertigkeit 57

III. Erfordernis der Gleichwertigkeit ... 57
IV. Rechtliche Folgen der Anerkennung der Gleichwertigkeit ... 59
C. Funktion der Anerkennung der Gleichwertigkeit ... 59
I. Notwendigkeit der Anerkennung ... 59
1. Geltung des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips ... 59
2. Handelshemmende Wirkung aus dem Territorialitätsprinzip ... 60
3. Überblick über die Lösungsansätze ... 61
3.1 *National Treatment* ... 61
3.2 Internationale Harmonisierung von Vorschriften ... 61
II. Anerkennung als rechtliche Brücke ... 62
III. Gleichwertigkeit als materielle Voraussetzung ... 63
1. Notwendigkeit der Gleichwertigkeit ... 63
2. Grundlage für gegenseitiges Vertrauen ... 63
IV. Anerkennung der Gleichwertigkeit im Verhältnis EU–Drittstaaten ... 64
1. Anwendungsbereich ... 64
2. Politischer Hintergrund ... 65
3. Konzeptionelle Grundlage ... 65
V. Verhältnis zum unionalen Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ... 66
1. Entwicklung des unionalen Prinzips der gegenseitigen Anerkennung ... 66
2. Unterschiede und Gemeinsamkeiten ... 68
2.1 Parallele Funktion ... 68
2.2 Unterschiedliche Rechtsgrundlage und unterschiedlicher Anwendungsbereich ... 68
2.3 Bedeutung der Gleichwertigkeit ... 68
3. Zwischenfazit ... 69

§ 5 Autonomer Nachvollzug als Grundlage für die Anerkennung der Gleichwertigkeit ... 71

A. Gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit ... 71
B. Einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit ... 72
C. Aspekte der Bewertung ... 72
I. Rechtssicherheit im Kontext der Anerkennung der Gleichwertigkeit ... 73
II. Handlungsspielraum im Kontext der Anerkennung der Gleichwertigkeit ... 73
1. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung ... 73
2. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsanwendung und -auslegung ... 74

§ 6 Industrieprodukte ... 75

A. Einführung ... 75
I. Bedeutung des grenzüberschreitenden Warenhandels Schweiz–EU ... 75

II. Problematik der technischen Handelshemmnisse 76
1. Definition und Auswirkungen der technischen Handelshemmnisse 76
2. Handelshemmnisse durch unterschiedliche Rechtsvorschriften 77
3. Handelshemmnisse durch Nichtanerkennung von Konformitätsbewertungen 78
III. Massnahmen zur Reduktion der technischen Handelshemmnisse 79
1. Gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen 80
2. Harmonisierung der Produktevorschriften 83
2.1 Harmonisierung in der EU 83
2.2 Harmonisierung ausserhalb der EU 84
2.3 Wirkung der Harmonisierung 85
B. Entwicklung des grenzüberschreitenden Handels Schweiz–EU 85
I. Etappen der Entwicklung 85
1. Entwicklung bis 1993 85
2. Entwicklung ab 1993 86
II. Autonomer Nachvollzug im Produkterecht 88
1. Rechtsangleichung im sektoriellen Produkterecht 89
2. THG als horizontales Rahmengesetz 90
III. Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (MRA) 92
1. Verhandlungsverlauf 92
2. Besonderheit des Abkommens 93
C. Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des MRA 94
I. Funktionsweise des MRA 94
1. Klassische gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen ... 95
2. Vereinfachte gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen 97
II. Gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit 98
1. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der vereinfachten Anerkennung 98
2. Der autonome Nachvollzug als Grundlage für die Gleichwertigkeit ... 99
III. Wirkung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 100
1. Beseitigung beider Arten von technischen Handelshemmnissen 100
2. Vertiefte Integration der Schweiz in den EU-Binnenmarkt 101
3. Relativierung der Integrationswirkung 102
3.1 Unterschiede zur Situation gemäss EWR-Abkommen 102
3.2 Fragile Integrationswirkung 103
D. Bewertung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 104
I. Rechtssicherheit im Verfahren der Gleichwertigkeitsanerkennung 104
1. Möglichkeit der Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung . 104
2. Kompetenz des Gemischten Ausschusses 105

3. Verfahrensschritte ... 106
3.1 Notifikation von Rechtsänderungen ... 106
3.2 Grundsatzentscheid im innerstaatlichen Recht ... 106
3.3 Verfahren der Aktualisierung auf Ebene des Abkommens ... 107
4. Der Gleichwertigkeitsentscheid als Schwachpunkt ... 108
4.1 Praktische Bedeutung ... 108
4.2 Ursprung der Problematik ... 110
4.3 Möglichkeiten zur Verbesserung der Problematik ... 111
4.3.1. Änderung des Grundmechanismus ... 111
4.3.2. Stärkung der institutionellen Mechanismen ... 111
4.3.2.1. Dynamische Rechtsübernahme ... 112
4.3.2.1.1. Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme ... 112
4.3.2.1.2. Gleichwertigkeitsmethode ohne formelle Gleichwertigkeits-anerkennung ... 112
4.3.2.2. Streitbeilegung ... 113
4.3.2.3. Mögliche Konstellationen der Verweigerung der Aktualisierung ... 114
4.3.2.3.1. Streitigkeit bezüglich der Gleichwertigkeit von Schweizer Vorschriften ... 115
4.3.2.3.2. Streitigkeit in einem anderen Binnenmarktabkommen ... 115
4.3.2.4. Zwischenfazit ... 115
II. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung ... 116
1. Materielle Produkteanforderungen ... 117
1.1 Rechtslage in der EU ... 117
1.1.1. Altes Konzept ... 118
1.1.2. Neues Konzept ... 119
1.2 Autonomer Nachvollzug im Schweizer Recht ... 121
1.2.1. Umsetzung des neuen Konzepts im Schweizer Recht ... 122
1.2.2. Vom neuen Konzept abweichende Anforderungen im Schweizer Recht ... 123
1.3 Handlungsspielraum ... 124
1.3.1. In Bezug auf die grundlegenden Anforderungen an Produkte ... 124
1.3.1.1. Praktische Handhabung im Schweizer Recht ... 124
1.3.1.2. Vergleich mit EU-Mitgliedstaaten ... 127
1.3.2. In Bezug auf die Bezeichnung von technischen Normen ... 128
2. Konformitätsbewertung ... 129
2.1 Relevanz der Konformitätsbewertung für die Gleichwertigkeitsanerkennung ... 129
2.2 Verfahren der Konformitätsbewertung ... 130

2.2.1. Rechtlicher Rahmen in der EU 130
2.2.2. Autonomer Nachvollzug im Schweizer Recht 131
2.2.3. Handlungsspielraum 132
2.2.3.1. Praktische Handhabung im Schweizer Recht 132
2.2.3.2. Vergleich mit EU-Mitgliedstaaten 134
2.2.3.3. Bewertung 134
2.3 Anforderungen an Konformitätsbewertungsstellen 135
2.3.1. Bedeutung im Rahmen von Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen ... 135
2.3.2. Sicherstellung der Gleichwertigkeit durch Vorgaben im MRA 135
2.3.3. Relevanz für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit 136
2.3.4. Handlungsspielraum 137
3. Gesamtbewertung des Handlungsspielraums in der Rechtsetzung 138
3.1 Keine völkerrechtliche Verpflichtung zur Angleichung 139
3.2 Rechtsangleichung als Ziel des nationalen Rechts 139
3.3 Internationalität des technischen Rechts 140
III. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsanwendung und -auslegung 140
1. Rechtsanwendung im Rahmen der Marktüberwachung 140
1.1 Wandel durch das neue und das globale Konzept 140
1.2 Staatliche Marktüberwachung 141
1.3 Auswirkungen auf die Tätigkeitsfelder von Behörden 142
2. Ausgestaltung der Marktüberwachung in der EU und der Schweiz .. 143
2.1 Marktüberwachung in der EU 143
2.1.1. Sicherstellung einer einheitlichen und wirksamen Marktüberwachung 143
2.1.2. Unionale Verfahren der Marktüberwachung 144
2.2 Marktüberwachung in der Schweiz 146
2.2.1. Gleichwertige Anforderungen und Kompetenzen 146
2.2.2. Weniger detaillierte Verfahrensvorschriften 147
3. Rechtsanwendung durch Schweizer Behörden 147
3.1 Begrenzte Vorgaben im allgemeinen Teil des Abkommens 147
3.2 Freiwillige Beteiligungsmöglichkeiten der Schweiz an EU-Koordinierungsmassnahmen 148
3.3 Partielle Einbindung der Schweiz in die unionalen Marktüberwachungsverfahren 149
3.3.1. Verfahren bei nicht auf das nationale Hoheitsgebiet beschränkten Risiken aufgrund Nichtkonformität 149
3.3.1.1. Informationsverpflichtungen 149
3.3.1.2. Einbindung in das Schutzklauselverfahren der EU 151
3.3.2. Verfahren bei Risiken trotz Konformität 152

3.3.3. Vorgehen bei Uneinigkeit zwischen der Schweiz und der EU ... 152
3.4 Bewertung ... 153
3.4.1. Fragmentarische Einbindung in den EU-Verwaltungsverbund ... 153
3.4.2. Auswirkungen auf den Handlungsspielraum der Marktüberwachungsbehörden in der Schweiz ... 154
4. Rechtsauslegung durch Schweizer Gerichte ... 154
4.1 Keine Verpflichtung aus dem MRA ... 154
4.2 Europarechtskonforme Auslegung ... 155
4.3 Auswirkungen des Einbezugs in die EU-Verfahren der Marktüberwachung ... 156
4.3.1. Potenzielle Einschränkung des Spielraums bei der Auslegung ... 156
4.3.2. Relativierung aus praktischer Perspektive ... 157

§ 7 Agrarprodukte ... 159

A. Einführung ... 159
I. Übersicht ... 159
II. Technische Handelshemmnisse im Bereich der Agrarprodukte ... 160
1. SPS-Massnahmen als technische Handelshemmnisse ... 160
1.1 Gesundheitsrisiken im grenzüberschreitenden Handel ... 160
1.2 SPS-Massnahmen als Mittel zur Risikoreduktion ... 161
1.3 Handelshemmender Charakter der SPS-Massnahmen ... 162
2. Massnahmen zur Reduktion der technischen Handelshemmnisse ... 163
2.1 Harmonisierung der SPS-Massnahmen ... 164
2.2 Anerkennung der Gleichwertigkeit ... 164
2.2.1. Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des SPS-Übereinkommens ... 165
2.2.2. Rechtsrahmen der EU gegenüber Drittstaaten ... 165
3. Vermarktungsnormen als technische Handelshemmnisse ... 166

B. Entwicklung des grenzüberschreitenden Handels Schweiz–EU ... 167
I. Interessenlage in der Agrarpolitik ... 167
II. Etappen der Entwicklung ... 168
1. Entwicklung bis 1993 ... 168
1.1 Erster Schwerpunkt auf Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen ... 168
1.2 Bedeutungszuwachs der technischen Handelshemmnisse ... 169
1.2.1. Entwicklung innerhalb der EWG ... 170
1.2.2. Entwicklung im EWR-Abkommen ... 171

2. Entwicklung ab 1993 171
2.1 Situation der Schweiz nach dem EWR-Nein 171
2.2 Vorgehen der Schweiz im Rahmen des Folgeprogramms 1993 .. 172
III. Autonomer Nachvollzug im Bereich der Agrarprodukte 173
1. Übersicht 173
2. Autonomer Nachvollzug in den einzelnen Produktebereichen 173
IV. Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen 174
1. Verhandlungsverlauf 174
2. Inhalt des Abkommens 175
C. Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des Agrarabkommens 176
I. Funktionsweise 176
1. Anwendungsbereich 176
2. Grundmechanismus 178
2.1 Zentrale Elemente 178
2.2 Bereiche mit konkludenter Gleichwertigkeitsanerkennung 179
3. Unterschiede in der formellen Ausgestaltung der Gleichwertigkeitsanerkennung 180
3.1 Unterschiede in Bezug auf den Gegenstand der Gleichwertigkeit 180
3.2 Unterschiede in Bezug auf den geforderten Grad der Übereinstimmung 180
3.3 Folgen der unterschiedlichen Ausgestaltung 181
4. Typen der Gleichwertigkeitsanerkennung 182
4.1 Typ 1: Gleichwertigkeitsanerkennung in Bezug auf die Wirkung der Vorschriften 182
4.2 Typ 2: Gleichwertigkeitsanerkennung in Bezug auf die Vorschriften 183
II. Bedeutung des autonomen Nachvollzugs für die Gleichwertigkeitsanerkennung 184
1. Bedeutung für die Herstellung der Gleichwertigkeit 184
1.1 Autonomer Nachvollzug als Instrument für die Angleichung 184
1.2 Erstmalige Herstellung der Gleichwertigkeit 184
1.2.1. Angleichung im Rahmen des autonomen Nachvollzugs . 184
1.2.1.1. Beispiel tierische Produkte (Anhang 11 Teil II) 185
1.2.1.2. Beispiel Saatgut (Anhang 6) 186
1.2.2. Angleichung im Rahmen einer rechtlichen Verpflichtung ... 187
1.2.2.1. Verpflichtung in Gemeinsamen Erklärungen 188
1.2.2.1.1. Pflanzengesundheit (Anhang 4) 188
1.2.2.1.2. Spirituosen (Anhang 8) 189
1.2.2.2. Verpflichtung im Bereich der Futtermittel (Anhang 5) 189
1.2.2.3. Zwischenfazit 191

1.3 Aktualisierung der Gleichwertigkeit 191
1.3.1. Notwendigkeit der Aktualisierung 191
1.3.2. Aktualisierung im Rahmen des autonomen Nachvollzugs .. 192
1.3.2.1. Beispiel Bio-Produkte (Anhang 9) 192
1.3.2.2. Aktualisierung in den Bereichen Pflanzengesundheit, Spirituosen und Futtermittel 193
1.4 Fazit 193
2. Bedeutung für die Aufnahme des Mechanismus in das Agrarabkommen 194
III. Wirkung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 195
1. Erleichterung der Handelsformalitäten 196
1.1 Formen der Handelsformalitäten 196
1.2 Gegenseitige Anerkennung von Bescheinigungen 197
1.2.1. Pflanzengesundheit (Anhang 4) 197
1.2.2. Saatgut (Anhang 6) 198
1.2.3. Bio-Produkte (Anhang 9) 198
1.3 Herabgesetzte Anforderungen an die Formalität 199
1.4 Einbezug der Schweiz in das System der EU 199
1.4.1. Lebende Tiere und tierisches Vermehrungsmaterial (Anhang 11 Teil I) 199
1.4.2. Tierische Produkte (Anhang 11 Teil II) 200
1.4.3. Wirkung 200
1.5 Zwischenfazit 201
2. Kontrollen 201
2.1 Abbau der veterinärrechtlichen Kontrollen 201
2.2 Abbau der pflanzengesundheitlichen Kontrollen 201
2.3 Abbau der Kontrollen in anderen Bereichen 202
3. Partieller Einbezug der Schweiz in den EU-Binnenmarkt 202
3.1 Gemeinsamer europäischer Veterinärraum 203
3.2 Gemeinsamer phytosanitärer Raum Schweiz–EU 204
3.3 Integrationseffekt im Bereich des Saatguts und der Bio-Produkte 204
4. Zwischenbewertung 205
D. Bewertung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 206
I. Rechtssicherheit im Verfahren der Gleichwertigkeitsanerkennung 206
1. Möglichkeit der Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung 206
2. Verfahren der Aktualisierung 207
2.1 Kompetenz der Gemischten Ausschüsse und der Arbeitsgruppen .. 207
2.1.1. Gemischter Ausschuss Landwirtschaft und Gemischter Veterinärausschuss 207
2.1.2. Arbeitsgruppen 207
2.2 Verfahrensschritte 208
2.2.1. Grundsatzentscheid im innerstaatlichen Recht 209

2.2.2. Ausarbeitung des Entwurfs und Prüfung der Gleichwertigkeit ... 209
2.2.3. Beschluss des Gemischten Ausschusses ... 210
3. Der Gleichwertigkeitsentscheid als Schwachpunkt ... 211
3.1 Problematik für die Rechtssicherheit aus theoretischer Perspektive ... 211
3.2 Bedeutung in der Praxis des Agrarabkommens ... 211
3.3 Möglichkeiten zur Verbesserung der Problematik ... 212
3.3.1. Änderung des Grundmechanismus ... 212
3.3.2. Stärkung der institutionellen Mechanismen ... 213
3.3.3. Zwischenbewertung ... 214
4. Bewertung ... 214
II. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung ... 215
1. Handlungsspielraum bei Typ 1 der Gleichwertigkeitsanerkennung ... 216
1.1 Lebende Tiere und tierisches Vermehrungsmaterial (Anhang 11 Teil I) ... 216
1.1.1. Rechtlicher Rahmen ... 216
1.1.2. Handlungsspielraum ... 216
1.1.3. Vergleich mit EU-Mitgliedstaaten ... 217
1.2 Saatgut (Anhang 6) ... 218
1.2.1. Rechtlicher Rahmen ... 218
1.2.2. Handlungsspielraum ... 219
1.2.2.1. Sortenkatalog ... 219
1.2.2.2. System der Anerkennung ... 219
1.2.2.3. Organisation des Saatgut-Sektors ... 220
1.2.3. Vergleich mit EU-Mitgliedstaaten ... 220
1.3 Pflanzengesundheit (Anhang 4) ... 221
1.3.1. Rechtlicher Rahmen ... 221
1.3.2. Handlungsspielraum ... 222
1.3.2.1. Kategorisierung der Schadorganismen ... 222
1.3.2.2. Pflanzengesundheitsmassnahmen ... 224
1.3.2.3. Vorschriften über die Einfuhr von Pflanzen und pflanzlichen Produkten aus Drittstaaten ... 225
1.3.2.4. Pflanzenpass ... 226
1.3.3. Vergleich mit EU-Mitgliedstaaten ... 226
1.3.4. Zwischenfazit ... 227
1.4 Futtermittel (Anhang 5) ... 227
1.4.1. Rechtlicher Rahmen ... 227
1.4.2. Handlungsspielraum ... 228
1.4.2.1. Futtermittelhygiene ... 228
1.4.2.2. Zugelassene und verbotene Inhalte von Futtermitteln ... 229

1.4.2.2.1. Futtermittelzusatzstoffe 229
1.4.2.2.2. Verbotene und unerwünschte Stoffe .. 230
1.4.2.3. Einfuhr von Futtermitteln aus Drittstaaten 230
1.4.2.4. Zwischenfazit 231
2. Handlungsspielraum bei Typ 2 der Gleichwertigkeitsanerkennung 232
2.1 Handel mit tierischen Produkten (Anhang 11 Teil II) 232
2.1.1. Rechtlicher Rahmen 232
2.1.2. Autonomer Nachvollzug im Bereich des Hygienerechts .. 233
2.1.3. Handlungsspielraum 234
2.1.3.1. Veterinärhygienische Massnahmen 234
2.1.3.1.1. Notwendigkeit der engen Übernahme 234
2.1.3.1.2. Relativierung des fehlenden Spielraums 235
2.1.3.1.3. Vergleich mit EU-Mitgliedstaaten 235
2.1.3.1.4. Inhaltlicher Spielraum 235
2.1.3.1.5. Spielraum im Bereich der Formulierung und Strukturierung 236
2.1.3.2. Kontrolle der Einhaltung der veterinärhygienischen Massnahmen 237
2.1.3.2.1. Selbstkontrolle 237
2.1.3.2.2. Amtliche Kontrollen 238
2.1.3.2.2.1. Notwendigkeit der engen Übernahme 238
2.1.3.2.2.2. Vergleich mit EU-Mitgliedstaaten 240
2.2 Bio-Produkte (Anhang 9) 240
2.2.1. Rechtlicher Rahmen 240
2.2.2. Handlungsspielraum 241
2.2.2.1. Materiell-rechtliche Anforderungen an Bio-Produkte 242
2.2.2.2. Zertifizierungs- und Kontrollverfahren 242
2.2.2.3. Einfuhr von Bio-Produkten aus Drittstaaten 244
2.2.3. Zwischenfazit 245
3. Spezialfall: Einfuhr von lebenden Tieren und tierischen Produkten aus Drittstaaten 246
3.1 Rechtlicher Rahmen 246
3.2 Handlungsspielraum 247
4. Fazit 248
4.1 Handlungsspielraum *de lege lata* 248
4.2 Handlungsspielraum *de lege ferenda* 249
III. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsanwendung und -auslegung . 249
1. Rechtsanwendung durch Schweizer Behörden 249
1.1 Rechtsanwendung im Rahmen von amtlichen Kontrollen 249

1.2 Gleichwertige Rechtsanwendung im Agrarabkommen 250
1.2.1. Förderung einer gleichwertigen Rechtsanwendung mittels Durchführungsvorschriften 250
1.2.2. Relevanz der Rechtsanwendung für die Gleichwertigkeitsanerkennung 250
1.2.2.1. Mangelnde Vorgaben im Agrarabkommen 250
1.2.2.2. Erkennbarkeit der Relevanz durch Kommissionskontrollen 251
1.3 Indirekte Sicherstellung der Gleichwertigkeit der Rechtsanwendungspraxis durch gleichwertigen Rechtsrahmen 252
1.4 Direkte Sicherstellung der Gleichwertigkeit der Rechtsanwendungspraxis durch Kommissionskontrollen 253
1.4.1. Durchführung der Kommissionskontrollen 253
1.4.2. Detaillierte Prüfung der Rechtsanwendungspraxis 254
1.4.3. Handlungsspielraum 255
1.4.4. Kommissionskontrollen als Grundlage zur Erhaltung der Gleichwertigkeit 256
1.5 Auswirkungen auf den Handlungsspielraum durch partielle Einbindung in unionale Verfahren 257
1.5.1. Ansatzweiser Einbezug in das EU-Schnellwarnsystem bei gefährlichen Produkten aus Drittstaaten 257
1.5.2. Ansatzweiser Einbezug in das unionale Amtshilfeverfahren 258
1.5.3. Verpflichtung zur Übernahme von Schutzmassnahmen ... 259
1.5.4. Zwischenfazit 259
2. Rechtsauslegung durch Schweizer Gerichte 260
2.1 Keine direkte Verpflichtung aus dem Abkommen 260
2.2 Europarechtskonforme Auslegung 260

§ 8 Emissionshandel 263

A. Einführung 263
I. Übersicht und Relevanz 263
II. Funktionsweise des Emissionshandels 264
1. Hintergrund 264
2. Grundidee 265
3. Detaillierte Funktionsweise der EHS der EU und der Schweiz 265
3.1 Emissionshandelssystem als hoheitliches System 266
3.2 Anwendungsbereich 266
3.2.1. Erfasste Bereiche und Tätigkeiten 266
3.2.2. Erfasste Treibhausgase 267
3.3 Emissionsrechte als Gegenstand des Handels 267

3.4 Obergrenze 267
3.5 Zuteilung der Emissionsrechte 268
3.5.1. Kostenlose Zuteilung 269
3.5.1.1. Anlagen 269
3.5.1.2. Luftverkehr 271
3.5.2. Versteigerung 271
3.5.3. Anreizwirkung im Bereich der Zuteilung 271
3.6 Handel mit Emissionsrechten 272
3.7 Emissionshandelsregister als Grundbuch der Emissionsrechte .. 272
3.8 Überwachung der Einhaltung der Vorschriften 272
3.8.1. Monitoringsystem 273
3.8.2. Abgabepflicht von Emissionsrechten 274
B. Entwicklung des grenzüberschreitenden Emissionshandels Schweiz–EU 274
I. Internationales EHS im Rahmen des Kyoto-Protokolls 274
1. Verbindliche Reduktionsziele 275
2. Internationaler Emissionshandel als flexibler Mechanismus 275
II. Entwicklung des Emissionshandels in der EU 276
III. Entwicklung des Emissionshandels in der Schweiz 277
1. EHS nach dem CO_2-Gesetz 1999 278
2. Weiterentwicklung des EHS im Rahmen der Totalrevision des CO_2-Gesetzes 279
IV. Autonomer Nachvollzug im Rahmen der CO_2-Gesetzgebung 280
1. Grundlagen im CO_2-Gesetz 280
2. Detaillierte Vorschriften in der CO_2-Verordnung 281
V. EHS-Abkommen Schweiz–EU 282
1. Verhandlungen 282
2. Inhalt des Abkommens 283
2.1 Ziel des Abkommens 283
2.2 Qualifikation des Abkommens 283
2.3 Wirkung der Verknüpfung 284
C. Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des EHS-Abkommens 285
I. Bedeutung der Gleichwertigkeit 285
1. Gleichwertigkeit als Voraussetzung für die Verknüpfung der beiden Systeme 285
2. Hintergrund der Gleichwertigkeitsverpflichtung 286
2.1 Notwendigkeit der Gleichwertigkeit als politische Frage 286
2.2 Kompatibilität als Voraussetzung gemäss EU-Recht 287
2.3 EU-Recht als Referenzpunkt für die Gleichwertigkeit 287
3. Sicherstellung der Gleichwertigkeit im Abkommen 288
3.1 Bereiche mit Gleichwertigkeitsanerkennung 288
3.2 Bereiche ohne Gleichwertigkeitsanerkennung 289

II. Funktionsweise der Gleichwertigkeitsanerkennung 289
1. Gleichwertigkeitsanerkennung im Bereich der Anlagen 289
2. Gleichwertigkeitsanerkennung im Bereich des Luftverkehrs 290
III. Bedeutung des autonomen Nachvollzugs für die Gleichwertigkeitsanerkennung 292
1. Bedeutung für die Herstellung der Gleichwertigkeit 292
1.1 Autonomer Nachvollzug im Bereich der Anlagen 292
1.2 Rechtliche Verpflichtung im Bereich des Luftverkehrs 293
2. Bedeutung für die Aktualisierung der Gleichwertigkeit 294
2.1 Notwendigkeit der Aktualisierung 294
2.2 Aktualisierung im Rahmen des autonomen Nachvollzugs 295
2.3 Aktualisierung aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung 296
2.4 Relevanz der Unterscheidung 297
3. Bedeutung für die Aufnahme des Mechanismus in das EHS-Abkommen 297
3.1 Erfüllung der Kompatibilitäts-Voraussetzung nach EU-Recht ... 297
3.2 Autonomer Nachvollzug als Grundlage für das gegenseitige Vertrauen 298
3.3 Bereich der Anlagen als Kern des Emissionshandelssystems 299
D. Bewertung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 300
I. Rechtssicherheit im Verfahren der Gleichwertigkeitsanerkennung 300
1. Rechtlicher Rahmen in Bezug auf die Weiterentwicklung 300
1.1 Grundsatz der freien Weiterentwicklung 300
1.2 Notwendigkeit der Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung 300
2. Verfahren der Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung 301
2.1 Kompetenz des Gemeinsamen Ausschusses 301
2.2 Notifikationspflicht bei Änderungen von Vorschriften im Bereich des Abkommens 301
2.3 Meinungsaustausch im Gemeinsamen Ausschuss 302
2.4 Grundsatzentscheid im Bereich der Anlagen 302
2.5 Verpflichtung zur Übernahme des weiterentwickelten EU-Rechts im Bereich des Luftverkehrs 303
3. Auswirkungen des Verfahrens auf die Rechtssicherheit 304
3.1 Bereich der Anlagen 304
3.2 Bereich des Luftverkehrs 304
4. Möglichkeiten zur Verbesserung der Problematik 305
II. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung 306
1. Vorgaben aus dem EHS-Abkommen 306
1.1 Bedeutung des Mindestkriteriums 306
1.2 Hinweise zum geforderten Grad der Übereinstimmung 307

2. Bewertung der Praxis ... 307
2.1 Von den EHS erfasste Tätigkeiten ... 307
2.1.1. Rechtlicher Rahmen ... 307
2.1.2. Handlungsspielraum ... 307
2.1.2.1. Differenzierung nach Treibhausgasen bei den Tätigkeiten ... 307
2.1.2.2. Abweichungen in Bezug auf einzelne Tätigkeiten ... 309
2.1.2.3. Zwischenfazit ... 310
2.2 Obergrenze ... 311
2.2.1. Rechtlicher Rahmen ... 311
2.2.2. Handlungsspielraum ... 311
2.3 Mechanismus der Marktstabilität ... 312
2.3.1. Rechtlicher Rahmen ... 312
2.3.2. Hintergrund ... 312
2.3.3. Handlungsspielraum ... 313
2.4 Überwachung und Berichterstattung ... 314
2.4.1. Rechtlicher Rahmen ... 314
2.4.2. Handlungsspielraum in Bezug auf das Monitoringkonzept 314
2.4.2.1. Materiell-rechtliche Komponente ... 314
2.4.2.2. Formell-rechtliche Komponente ... 314
2.4.3. Handlungsspielraum in Bezug auf den Monitoringbericht 315
2.5 Sanktionen und Verpflichtung zur Abgabe der Emissionsrechte 316
2.5.1. Rechtlicher Rahmen ... 316
2.5.2. Handlungsspielraum ... 316
III. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsanwendung und -auslegung 317
1. Vorgaben aus dem EHS-Abkommen ... 317
2. Eigenständige Rechtsanwendung durch Schweizer Behörden ... 318
3. Rechtsauslegung durch Schweizer Gerichte ... 319
3.1 Keine Verpflichtung aus dem EHS-Abkommen ... 319
3.2 Europarechtskonforme Auslegung ... 319

§ 9 Finanzdienstleistungen ... 321

A. Einführung ... 321
I. Übersicht und Relevanz ... 321
II. Grenzüberschreitende Erbringung von Finanzdienstleistungen ... 322
1. Begriff der Finanzdienstleistung ... 322
2. Begriff der grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen ... 323
2.1 Arten der grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen ... 323
2.2 Verständnis der grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen in dieser Arbeit ... 324

III. Vorteile und Risiken der grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen 325
1. Vorteile 325
1.1 Aus der Perspektive eines Staats, der seinen Finanzmarkt öffnet 325
1.2 Aus der Perspektive eines Drittstaats 325
2. Risiken 326
3. Notwendigkeit der Regulierung grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen 327
IV. Ansätze der Regulierung von grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen 327
1. *National Treatment* 327
1.1 Funktionsweise 327
1.2 Wirkung 328
2. Anerkennung der Gleichwertigkeit 329
2.1 Funktionsweise 329
2.2 Wirkung 329
2.2.1. *Passporting* 330
2.2.2. Herkunftslandkontrolle 330
2.3 Beispiele der Anerkennung der Gleichwertigkeit 330
2.3.1. Einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit 330
2.3.2. Gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit 331
3. Harmonisierung 332
3.1 Funktionsweise 332
3.2 Wirkung 332
3.3 Beispiele für den harmonisierten Ansatz 332
3.3.1. Internationale Standards als Ausdruck einer Harmonisierung 332
3.3.2. Harmonisierung auf regionaler Ebene: EU-Finanzbinnenmarkt 333
V. Regelung grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen in der EU 333
1. Entwicklung grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen innerhalb der EWG/EG/EU 334
1.1 Ziel der Vollharmonisierung bis 1985 334
1.2 Mindestharmonisierung und gegenseitige Anerkennung ab 1985 .. 335
1.2.1. Europäischer Pass 336
1.2.2. Herkunftslandkontrolle 336
1.2.3. Bedeutung der beiden Prinzipien 336
1.3 Verstärkte Harmonisierung seit 1999 337
2. Entwicklung des EU-Rechts gegenüber Drittstaaten 338
2.1 Marktzugang mittels bilateraler Abkommen 338
2.2 Marktzugang mittels einseitiger Anerkennung der Gleichwertigkeit 339

2.2.1. Anfänge vor der globalen Finanzkrise 2007–2008 339
2.2.2. Bedeutungszuwachs nach der globalen Finanzkrise 2007–2008 340
2.2.3. Weiterentwicklung des Gleichwertigkeitsprinzips im Lichte von Brexit 341
3. Optionen des EU-Marktzugangs für Drittstaaten 342
3.1 Zentraler Marktzugang zum EU-Finanzbinnenmarkt 342
3.1.1. Einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit 342
3.1.2. Bilaterale Abkommen zwischen der EU und Drittstaaten 342
3.1.3. Gründung einer EU-Tochtergesellschaft 342
3.1.4. *Reverse Solicitation* 343
3.2 Zugang zu den Märkten einzelner Mitgliedstaaten 343
B. Entwicklung der grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen Schweiz–EU 343
I. Interessenlage in der Schweizer Finanzmarktpolitik 343
1. Bedeutung des Zugangs zu ausländischen Märkten 343
2. Bedeutung des Zugangs zum EU-Finanzbinnenmarkt 344
II. Etappen der Entwicklung 345
1. Entwicklung bis 2009: Versuch des Marktzugangs mittels bilateraler Abkommen 345
1.1 Entwicklung vor 1993 345
1.2 Entwicklung ab 1993 346
2. Entwicklung ab 2009: Aufkommen der Gleichwertigkeitsverfahren 347
3. Zusätzliche Marktzugangsoptionen der Schweiz 348
3.1 Finanzdienstleistungsabkommen Schweiz–EU 349
3.2 Regulierungsdialog im Finanzdienstleistungsbereich 349
3.3 Bilaterale Abkommen mit einzelnen EU-Mitgliedstaaten 350
3.4 Marktzugang mittels Gründung einer EU-Tochtergesellschaft ... 350
III. Bedeutung des autonomen Nachvollzugs 350
1. Förderung der Attraktivität des Schweizer Finanzstandorts 351
2. Grundlage für den Zugang zum EU-Finanzbinnenmarkt 351
2.1 Autonomer Nachvollzug als Grundlage für bilaterale Abkommen 351
2.2 Autonomer Nachvollzug als Grundlage für die Gleichwertigkeitsanerkennung 352
C. Mechanismus der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 353
I. Funktionsweise 353
1. Anwendungsbereich 353
2. Ziele 353
3. Grundmechanismus 355
4. Verfahrensablauf 355

4.1 Zuständigkeit der EU-Kommission für den Gleichwertigkeitsbeschluss 355
4.2 Zuständigkeit der EU-Aufsichtsbehörden für nachgelagerte Verfahren 356
5. Vorgehen der EU-Kommission im Gleichwertigkeitsverfahren 357
5.1 Eruierung der Risiken für die EU-Finanzstabilität 357
5.2 Prüfung der Gleichwertigkeit (rechtliche Beurteilung) 357
5.2.1. Gleichwertigkeit des Rechts- und Aufsichtsrahmens 358
5.2.1.1. Gleichwertigkeit der Rechtsvorschriften 358
5.2.1.2. Gleichwertigkeit der Aufsicht und der Rechtsdurchsetzung 359
5.2.1.3. Geforderter Grad der Übereinstimmung 359
5.2.1.3.1. Ergebnisfokussierter Ansatz 359
5.2.1.3.2. Einfluss der Risikobewertung 360
5.2.2. Weitere Kriterien 360
5.2.2.1. Reziprozität des Systems der Gleichwertigkeitsanerkennung 361
5.2.2.2. Kooperationsvereinbarung zwischen den Aufsichtsbehörden 361
5.2.2.3. Mindestniveau im Bereich der Geldwäscheregulierung und der Steuertransparenz 362
5.2.2.4. Einhaltung weiterer internationaler Standards ... 363
5.3 Vereinbarkeit mit den politischen Prioritäten der EU (politische Beurteilung) 363
II. Bedeutung des autonomen Nachvollzugs für die Gleichwertigkeitsanerkennung 364
III. Wirkung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 365
1. Marktzugang durch Passrecht 366
1.1 Funktionsweise 366
1.2 Unterschiede im Umfang des Marktzugangs 366
1.2.1. Verfahren mit vollem Marktzugang 367
1.2.2. Verfahren mit eingeschränktem Marktzugang 367
1.3 Kombination mit anderen Arten der Wirkung 367
1.4 Bereiche ohne Marktzugang 368
2. *Substituted Compliance* 369
3. Gleichbehandlung ohne Passrecht 370
3.1 Gleichbehandlung bei der Vergabe von Krediten 370
3.2 Gleichbehandlung durch Freistellung von Rechtsvorschriften ... 371
IV. Bewertung der Wirkung aus der Perspektive der Schweiz 371
1. Überblick 371
2. Wirkung für die Schweiz 372

2.1 Marktzugang durch Passrecht 372
2.2 Erleichterungen im Bereich der Versicherungen 373
2.3 Gleichbehandlung von Schweizer Akteuren in anderen Teilbereichen 374
2.4 *Substituted Compliance* im Bereich der Abschlussprüfung 374
3. Bewertung der Wirkung 375
3.1 Rechtliche Einschränkungen 375
3.2 Faktische Einschränkungen 376
D. Bewertung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 378
I. Rechtssicherheit im Verfahren der Gleichwertigkeitsanerkennung 378
1. Übersicht 378
1.1 Vermeintlicher Vorteil der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 378
1.2 Problematische Bereiche 378
2. Anfechtbarkeit von Gleichwertigkeitsbeschlüssen der EU-Kommission . 379
2.1 Verständnis und Praxis der EU-Kommission 379
2.2 Rezeption in der Lehre 380
2.3 Bewertung 380
2.3.1. Entschliessungsermessen der EU-Kommission 380
2.3.2. Rechtsprechung des EuGH zur Schweiz im Strombereich 381
2.3.2.1. Hintergrund des Urteils 381
2.3.2.2. Beschluss des EuG 382
2.3.2.3. Urteil des EuGH 383
2.3.3. Konsequenzen für den Bereich der Finanzdienstleistungen 384
2.3.3.1. Relevanz des Urteils für den Bereich der Finanzdienstleistungen 384
2.3.3.2. Kein Ausschluss der Anfechtbarkeit aufgrund des Ermessensspielraums 384
2.3.3.3. Anfechtbarkeit trotz des Fehlens eines formellen Beschlusses 385
2.3.3.3.1. Notwendigkeit eines effektiven Rechtsschutzes 385
2.3.3.3.2. Recht auf eine Antwort als Teilgehalt des Rechts auf eine gute Verwaltung .. 386
2.3.3.3.3. Praktische Umsetzung 387
3. Politische Prioritäten als Kriterium bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit 388
3.1 Verständnis und Praxis der EU-Kommission 388
3.2 Rezeption in der Lehre 390
3.3 Bewertung 390
3.3.1. Grundlagen 390

3.3.1.1. Ermessensspielraum beim Entscheid über die Gleichwertigkeitsanerkennung 390
3.3.1.2. Fehlende rechtliche Grundlage für den Einbezug politischer Prioritäten 391
3.3.1.3. Zwischenfazit 391
3.3.2. Umfang des Ermessensspielraums 392
3.3.2.1. Begriff des Ermessens 392
3.3.2.2. Ermessen im Rahmen der rechtlichen Beurteilung der Gleichwertigkeit 392
3.3.2.3. Ermessen in der politischen Beurteilung 393
3.3.3. Gerichtliche Überprüfbarkeit des Ermessensspielraums . 395
3.3.3.1. Kognition der Unionsgerichte 395
3.3.3.2. Prüfungsmöglichkeit im Rahmen der rechtlichen Beurteilung der Gleichwertigkeit 395
3.3.3.3. Einbezug von politischen Prioritäten als qualifizierter Ermessensfehler 396
II. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung 396
1. Allgemeine Einschätzung zum Handlungsspielraum 396
1.1 Geforderter Grad der Übereinstimmung: Gleichwertigkeit der Ergebnisse 396
1.2 Individualität der einzelnen Verfahren 397
1.3 Einfluss der Risikobewertung 397
1.3.1. Eruierung der Risiken 397
1.3.2. Auswirkungen auf den geforderten Grad der Übereinstimmung 398
1.4 Auswirkungen auf die Analyse des Handlungsspielraums der Schweiz 399
2. Handlungsspielraum im Bereich der Gleichwertigkeitsanerkennung für zentrale Gegenparteien 399
2.1 Hintergrund 399
2.2 Rechtlicher Rahmen 399
2.3 Bedeutung des autonomen Nachvollzugs 400
2.4 Handlungsspielraum 401
2.4.1. Gleichwertigkeit trotz Abweichungen im Schweizer Recht 401
2.4.2. Genereller Befund 402
2.4.3. Praktische Beispiele 403
2.4.3.1. Beispiel 1: Wasserfallprinzip 403
2.4.3.2. Beispiel 2: Einschussforderungen 404
2.4.3.3. Beispiel 3: Führung von Aufzeichnungen 405
2.5 Bewertung 405
2.6 Vergleich mit anderen Drittstaaten 406

3. Handlungsspielraum im Bereich der Gleichwertigkeitsanerkennung für Versicherungen ... 407
3.1 Ausgangslage ... 407
3.2 Rechtlicher Rahmen ... 407
3.2.1. Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in Solvency II ... 407
3.2.2. Kriterien zur Beurteilung der Gleichwertigkeit ... 408
3.3 Autonomer Nachvollzug im Versicherungsaufsichtsrecht ... 409
3.4 Handlungsspielraum ... 410
3.4.1. Genereller Befund ... 410
3.4.2. Praktische Beispiele ... 410
3.4.2.1. Beispiel 1: Berechnung der Solvabilität ... 410
3.4.2.2. Beispiel 2: Interne Revision *(Compliance)* als Teil der *Governance* ... 412
3.4.2.3. Beispiel 3: Offenlegung *(Disclosure)* als Teil der Transparenz ... 413
3.5 Bewertung ... 414
4. Übergreifende Bewertung des Handlungsspielraums im Bereich der Rechtsetzung ... 415
III. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsanwendung und -auslegung 416
1. Bedeutung der Rechtsanwendung im Rahmen der Gleichwertigkeitsanerkennung ... 416
1.1 Bedeutung im Rahmen des Kriteriums der Gleichwertigkeit des Aufsichtsrahmens ... 416
1.2 Bedeutung im Rahmen des Kriteriums der Gleichwertigkeit des Rechtsrahmens ... 416
1.2.1. Kompensations-Funktion der Behördenpraxis ... 417
1.2.2. Auswirkungen auf den Handlungsspielraum bei der Rechtsanwendung ... 417
1.2.3. Zwischenfazit ... 418
2. Rechtsauslegung durch Schweizer Gerichte ... 418
2.1 Keine rechtliche Verpflichtung zur Beachtung der Europäischen Rechtsprechung ... 418
2.2 Europarechtskonforme Auslegung ... 418
2.2.1. Notwendigkeit einer europarechtskonformen Auslegung 418
2.2.2. Gerichtliche Praxis in der Schweiz ... 419
2.2.3. Zwischenfazit ... 422

§ 10 Schlussbetrachtungen ... 423

A. Einordnung des Zugangsmechanismus in den Gesamtkontext der Beziehungen Schweiz–EU ... 423

I. Zugangswirkung durch Zusammenwirken 423
II. Zentraler Mechanismus im Verhältnis Schweiz–EU 423
B. Bedeutung des autonomen Nachvollzugs 424
I. Grundlage der Gleichwertigkeitsanerkennung 424
1. Materiell-rechtliche Grundlage 425
2. Politische und praktische Grundlage 425
II. Bedeutungszuwachs des autonomen Nachvollzugs 426
C. Bewertung des Zugangsmechanismus 427
I. Einfluss der Anerkennungsform auf die Wirkung 427
1. Gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit 427
2. Einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit 428
3. Wahl der Anerkennungsform 429
II. Rechtssicherheit als Schwachpunkt des Zugangsmechanismus 429
1. Ursprung in der Grundkonzeption 429
2. Unzureichender Rechtsschutz 430
3. Verbesserung durch Änderung des Zugangsmechanismus 431
III. Unterschiedlichkeit des Handlungsspielraums 432
1. Handlungsspielraum in der Rechtsetzung 433
1.1 Bereichsübergreifende Erkenntnisse 433
1.1.1. Für die Gleichwertigkeitsanerkennung relevante Vorschriften 433
1.1.2. Handlungsspielraum 433
1.2 Faktoren, die den Spielraum beeinflussen 434
1.2.1. Form der Anerkennung der Gleichwertigkeit 435
1.2.2. Rechtsbereich und dessen Schutzgüter 435
1.2.3. Art der Rechtsvorschriften 436
1.2.4. Harmonisierungsgrad im EU-Recht 437
2. Handlungsspielraum in der Rechtsanwendung durch Schweizer Behörden 438
2.1 Relevanz der Rechtsanwendung für die Gleichwertigkeitsanerkennung 439
2.2 Indirekte Sicherstellung der Gleichwertigkeit über die Rechtsvorschriften 439
2.3 Zweck der Berücksichtigung der Rechtsanwendungspraxis 440
2.3.1. Zur Sicherstellung der Gleichwertigkeit der Rechtsanwendung 440
2.3.2. Zur Konkretisierung der Rechtsetzung 441
2.4 Wirkung der punktuellen Einbindung der Schweiz in den EU-Verwaltungsverbund 442
3. Handlungsspielraum in der Rechtsauslegung durch Schweizer Gerichte 443
3.1 Relevanz der Rechtsauslegung 443

3.2 Auswirkungen auf den Handlungsspielraum 444
3.3 Einfluss der europarechtskonformen Auslegung 445

D. Zukünftige Bedeutung des autonomen Nachvollzugs und der Anerkennung der Gleichwertigkeit 446
I. Partielle Bedeutungsabnahme bei Änderungen der bilateralen Binnenmarktabkommen 446
1. Dynamische Rechtsübernahme statt autonomer Nachvollzug 446
2. Direkte Anwendung des EU-Rechts statt Gleichwertigkeitsanerkennung 447
3. Zukünftige Bedeutung im Bereich von Binnenmarktabkommen 448
II. Bedeutungsentwicklung ausserhalb der Binnenmarktabkommen 448
1. Autonomer Nachvollzug als (weiterhin) zentrales Instrument 448
2. Zugangsmechanismus ohne bilaterale Abkommen 449
3. Zugangsmechanismus in bilateralen Abkommen 449
III. Politische Wirkung bei einer Zustimmung zum Paket 450
IV. Schlussfazit 450

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union (Brüssel)
Abs.	Absatz
ACER	Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (European Agency for the Cooperation of Energy Regulators)
ADCO	Administrative Cooperation Groups
AIF	Alternativer Investmentfonds (Alternative Investment Fund)
AIFM	Verwalter alternativer Investmentfonds (Alternative Investment Fund Manager)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
ALP	Agroscope Liebefeld Posieux
a. M.	anderer Meinung
Anwaltsrevue	Anwaltsrevue, das Praxismagazin des Schweizerischen Anwaltsverbandes (Bern)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts der Schweiz
Aufl.	Auflage
BAFU	Bundesamt für Umwelt
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BGBl.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BLV	Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen
BLW	Bundesamt für Landwirtschaft
BSE	Bovine spongiforme Enzephalopathie (Rinderwahn)
BSK	Basler Kommentar
BVGer	Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
C	Case
CBAM	CO_2-Grenzausgleichsmechanismus (Carbon Border Adjustment Mechanism)
CCLR	Carbon & Climate Law Review (Berlin)

CCP	zentrale Gegenpartei (Central Counterparty)
CCS	Carbon Capture and Storage
CE	Europäische Konformität (Conformité Européenne)
CEN	Europäisches Komitee für Normung (Comité Européen de Normalisation)
CENELEC	Europäisches Komitee für elektrotechnische Normung (Comité Européen de Normalisation Electrotechnique)
CH	Schweizer Eidgenossenschaft
CHF	Schweizer Franken
COD	Ordentliches Gesetzgebungsverfahren (EU)
COM/KOM	Kommissionsdokument
Comm.	Commentaire
CO_2	Kohlenstoffdioxid
CPSS	Committee on Payment and Settlement Systems
CRAR	Credit Rating Agencies Regulation
CRD	Capital Requirements Directive
CRR	Capital Requirements Regulation
CSDR	Central Securities Depositories Regulation
Del. Beschluss	Delegierter Beschluss (EU)
Del. VO	Delegierte Verordnung (EU)
ders.	derselbe (Autor)
DG SANTE	Generaldirektion Gesundheit und Lebensmittelrecht (Directorate-General for Health and Food Safety) (zuvor DG SANCO)
d. h.	das heisst
Die Volkswirtschaft	Plattform für Wirtschaftspolitik (Bern)
dies.	dieselbe(n) (Autorin, Autorinnen und Autoren)
Dodis	Diplomatische Dokumente der Schweiz
E.	Erwägung
EBA	Europäische Bankenaufsichtsbehörde (European Banking Authority)
EBI	European Banking Institute
ECLI	European Case Law Identifier
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EEA	Einheitliche Europäische Akte / European Economic Area / European Environment Agency

EEX	European Energy Exchange
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EFTA-GH	EFTA-Gerichtshof
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EHR	Schweizer Emissionshandelsregister
EHS	Emissionshandelssystem(e)
EIOPA	Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (European Insurance and Occupational Pensions Authority)
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EJRR	European Journal of Risk Regulation (Cambridge)
EL	Ergänzungslieferung
EMIR	European Market Infrastructure Regulation
EN	Europäische Norm
EPSD	Eidgenössischer Pflanzenschutzdienst
Erw.	Erwägungsgrund
ESMA	Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (European Securities and Markets Agency)
et al.	et alii (und andere)
etc.	et cetera
ETS	Emissions trading system
ETSI	Europäisches Institut für Telekommunikationsnormen (European Telecommunications Standards Institute)
EU	Europäische Union
EU-EHS	Emissionshandelssystem der Europäischen Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Zeitschrift Europarecht (Baden-Baden)
EuZ	Zeitschrift für Europarecht (Zürich/Heidelberg)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (München)
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (heute WBF)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f., ff.	und folgende (Seite/Seiten)
FATF	Financial Action Task Force on Money Laundering

FDLA	Finanzdienstleistungsabkommen
FHA	Freihandelsabkommen
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fussnote
FSB	Finanzstabilitätsrat (Financial Stability Board)
G20	Gruppe der Zwanzig
GA	Gemischter Ausschuss
gem.	gemäss
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Zürich/St. Gallen)
GGA	geschützte geografische Angabe
G.M.	gleicher Meinung
GPSR	General Product Safety Regulation
GUB	geschützte Ursprungsbezeichnung
HACCP	Gefahrenanalyse und kritische Kontrollpunkte (Hazard Analysis and Critical Control Points)
Hrsg.	Herausgeber
i. c.	in casu (im vorliegenden Fall)
ICSMS	Informations- und Kommunikationssystem für die Marktüberwachung (Information and Communication System on Market Surveillance)
IEC	Internationale Elektrotechnische Kommission (International Electrotechnical Commission)
IETA	Internationale Vereinigung für Emissionshandel (International Emissions Trading Association)
IK-EUDP	Interdepartementale Koordinationsgruppe EU-Digitalpolitik
insb.	insbesondere
InstA	Institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (Entwurf)
IOSCO	Internationale Organisation der Wertpapieraufsichtsbehörden (International Organization of Securities Comissions)
IPCC	Weltklimarat (Intergovernmental Panel on Climate Change)
i. S. d.	im Sinne der (des)
ISO	Internationale Organisation für Normung (International Organization for Standardization)
ISPM	Internationaler Standard für Pflanzenschutzmassnahmen (International Standard for Phytosanitary Measures)

i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JIEL	Journal of International Economic Law (Oxford)
Jusletter	Juristische Online-Fachzeitschrift
Kap.	Kapitel
Komm.	Kommentar
LCP	Law and Contemporary Problems (Durham, USA)
LeGes	Gesetzgebung & Evaluation (Bern)
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
lit.	Litera (Buchstabe)
MAR	Market Abuse Regulation
m. a. W.	mit anderen Worten
MDR	Medical Device Regulation
m. E.	meines Erachtens
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
MiFIR	Markets in Financial Instruments Regulation
Mio.	Million(en)
MRA	Mutual Recognition Agreement(s) (In dieser Arbeit wird die Abkürzung MRA als Kurzbezeichnung für das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen verwendet.)
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n); Fussnote(n)
N_2O	Distickstoffmonoxid (Lachgas)
NET	Negativemissionstechnologien
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (Organisation for Economic Cooperation and Development)
OGAW	Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies (Oxford)
OTC-Derivate	Over-the-counter-Derivate
PFMI	Principles for Financial Market Infrastructures
plädoyer	plädoyer, Magazin für Recht und Politik (Zürich)
PPMs	processes and production methods

PSA	Persönliche Schutzausrüstung
RAPEX	Rapid Alert System for dangerous non-food products
RASFF	Schnellwarnsystem der EU für Lebens- und Futtermittel (Rapid Alert System for Food and Feed)
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
RFA	Regulierungsfolgenabschätzung
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
Safety Gate	EU rapid alert system for dangerous non-food products
SAS	Schweizerische Akkreditierungsstelle
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SFTR	Securities Financing Transactions Regulation
Sicherheit & Recht	Juristische Fachzeitschrift für Sicherheitsfragen in den Bereichen Polizei, Militär, Umwelt und Technik (Zürich/St. Gallen)
SiF	Staatssekretariat für internationale Finanzfragen
SJE	Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
Slg.	(amtliche) Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
SNB	Schweizerische Nationalbank
sog.	sogenannt(e)
SPS	Swiss Political Science
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIEL	Swiss Review of International and European Law (Zürich)
SST	Schweizer Solvenztest
SWD	Staff Working Document
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (Zürich)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
t	Tonne
TBT	Technical Barrier to Trade
TERRE	Trans European Replacement Reserves Exchange
TRACES	Online-Zertifizierungs-Plattform der EU-Kommission, welche die Ein- und Ausfuhr bestimmter Warengruppen

	und lebender Tiere dokumentiert (Trade Control and Expert System)
u. a.	unter anderem (anderen)
UAbs.	Unterabsatz
UCITS	Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities
UCITSD	Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities Directive
UK	Vereinigtes Königreich (United Kingdom)
ÜNB	Übertragungsnetzbetreiber (Transmission System Operator)
UNO	Vereinte Nationen
URP	Umweltrecht in der Praxis (St. Gallen)
US	Vereinigte Staaten (United States)
USA	Vereinigte Staaten von Amerika (United States of America)
u. U.	unter Umständen
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
WEP	West European Politics (London)
WTO	Welthandelsorganisation
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (München)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Berlin)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht (Baden-Baden)
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Frankfurt am Main)

Literaturverzeichnis

Sofern keine Zitierweise beigefügt ist, wird mit dem Nachnamen der Autorin bzw. des Autors und einem Seiten- oder Randziffernvermerk zitiert.

Aebi Patrick/Bötsch Manfred/Félix Olivier/Häberli Christian/Markstein Urs/Pohl Christine/Rothen Frédéric/Schauenberg Pierre/Zuber Marc, Das Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen: eine politische und wirtschaftliche Würdigung, in: Felder Daniel/Kaddous Christine (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz–EU (Erste Analysen), Basel/Genf/München/Brüssel 2001, S. 577 ff. (zit. Aebi et al.)

Amgwerd Matthias, Autonomer Nachvollzug von EU-Recht durch die Schweiz unter spezieller Berücksichtigung des Kartellrechts, Basel 1998

Ammann Michelle S., Kontrolle und Vollzug im Lebensmittelrecht, in: Donauer Daniel/Holzer Simon/Reinle Michael (Hrsg.), Praxishandbuch Produktregulierung, Heilmittel, Lebensmittel, Kosmetika, Chemikalien, Alkohol und Tabak, Bern 2023, S. 213 ff.

Amstutz Marc, Interpretatio multiplex, Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel/Genf/München 2004, S. 67 ff.

Arioli Silvio, Der Abbau von technischen Handelshemmnissen, in: Cottier Thomas/Oesch Matthias (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz–EG, Bern 2002, S. 123 ff.

Arquint Nina/Schaefer Rupert, Die Rolle von Finanzmarktaufsichtsbehörden beim «Marktzugang» und die Praxis der FINMA, in: Kaddous Christine/Matthey Sylvain (Hrsg.), Services financiers: Suisse et Union européenne, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 261 ff.

Bartlik Martin, Die Einbeziehung des Luftverkehrs in das EU-Emissionshandelssystem, EuR 2011, S. 196 ff.

Baudenbacher Carl, Zum Nachvollzug europäischen Rechts in der Schweiz, EuR 1992, S. 309 ff.

Baumgartner Tobias, Allgemeiner Regelungsrahmen im EU-Lebensmittelrecht, in: Weber Rolf H./Klemm Urs/Baumgartner Tobias/Uebe Wesselina/Trüten Dirk (Hrsg.), Lebensmittelrecht EU–Schweiz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, S. 53 ff. (zit. Baumgartner, Lebensmittelrecht EU–Schweiz)

Baur Georges, Dynamische Rechtsübernahme im EWR und der durch die Landesverfassung vorgegebene Rahmen, in: Hoch Hilmar/Neier Christina/Schiess Rütimann Patricia M. (Hrsg.), 100 Jahre liechtensteinische Verfassung, Funktionen, Entwicklung und Verhältnis zu Europa, Gamprin-Bendern 2021, S. 315 ff.

Beglinger Jacques/Tobler Christa, Gleichwertigkeit, Angemessenheit, Äquivalenz, Adäquanz, Ein Hotspot in den Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU im rechtlichen Kontext, in: Epiney Astrid/Zlatescu Emanuel (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2019/2020, Zürich/Bern 2020, S. 547 ff.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini, Komm. BV, Art. … Rz. …)

Bieri Laurent, L'application du droit privé suisse reprenant de manière autonome des directives communautaires, AJP 2007, S. 708 ff.

Bizzozero Alessandro/Robinson Christopher, Cross-border Finanzgeschäfte aus der und in die Schweiz, Übersetzt von Hedwig Dubler-Nüss, Genf 2011

Breining-Kaufmann Christine, Internationales Verwaltungsrecht, ZSR 2006, S. 55 ff.

Breitenmoser Stephan/Weyeneth Robert, Europarecht, Unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz–EU, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021

Bridy Flaminia/Holenstein Pfenninger Rebekka, Les entraves non tarifaires au commerce: les obstacles techniques et les mesures sanitaires et phytosanitaires, in: Cottier Thomas/Oesch Matthias (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Aufl., Basel 2020, S. 359 ff.

Bridy Flaminia/Merkt Nina, Kommentierung zu Art. 3 THG/LETC, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand Droit de la concurrence, Loi sur les cartels, Loi sur la surveillance des prix, Loi sur le marché intérieur, Loi sur les entraves techniques au commerce, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. Bridy/Merkt, Comm. Romand, Art. 3 LETC Rz. …)

Bruha Thomas, Normen und Standards im Warenverkehr mit Drittstaaten, in: Hilf Meinhard/Tomuschat Christian (Hrsg.), EG und Drittstaatsbeziehungen nach 1992, Baden-Baden 1991, S. 83 ff.

Bühler Theodor, Die Marktüberwachung über Produkte nach EU- und nach schweizerischem Recht, Sicherheit & Recht 2013, S. 177 ff. (zit. Bühler, Marktüberwachung)

Bühler Theodor, Technische Handelshemmnisse / Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, in: Thürer Daniel/Weber Rolf H./Portmann Wolfgang/Kellerhals Andreas (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz–EU, Handbuch, Zürich 2007, S. 581 ff. (zit. Bühler, Handbuch Bilaterale I und II)

Bühler Theodor, Technische Normen, technische Vorschriften und Konformitätsnachweis nach EG-Recht, Einführung in die Grundsätze, Die Lage für die Schweiz ohne EWR, Zürich 1993 (zit. Bühler, Technische Normen)

Bühler Theodor/Tobler Christa, Produktsicherheit in der EU und in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2011

Contratto Franca, Sanktionen, neue Gretchenfrage im Ringen um den Marktzugang in die EU?, SZW 2018, S. 653 ff.

Convery Frank J., Origins and Development of the EU ETS, Environmental and Resource Economics 2009, S. 391 ff.

Cottier Thomas/Diebold Nicolas/Kölliker Isabel/Liechti-McKee Rachel/Oesch Matthias/Payosova Tetyana/Wüger Daniel, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014 (zit. Cottier et al.)

Cottier Thomas/Dzamko Daniel/Evtimov Erik, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Epiney Astrid/Rivière Florence/Theuerkauf Sarah (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, Basel/Zürich 2004, S. 357 ff.

Cottier Thomas/Herren David, Das Äquivalenzprinzip im schweizerischen Aussenwirtschaftsrecht: von Cassis de Dijon zu Cassis de Berne, in: Epiney Astrid/Gammenthaler

Nina (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 249 ff.

Cottier Thomas/Liechti Rachel, Einleitung und Synthese, in: Cottier Thomas (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 50, Basel 2012, S. 1 ff. (zit. Cottier/Liechti, Synthese)

Cottier Thomas/Liechti Rachel, Die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union: Eine kurze Geschichte differenzieller und schrittweiser Integration, in: Cottier Thomas/Dengg Alexandra (Hrsg.), Der Beitrag des freien Handels zum Weltfrieden, Basel 2007, S. 5 ff. (zit. Cottier/Liechti, Geschichte)

Delev Christian/Greaves Siew Jochelle, The Right to Refuse Equivalence of Sanitary and Phytosanitary Measures: Trading on Regulatory Trust?, EJRR 2024, S. 966 ff.

Dimitropoulos Georgios, Zertifizierung und Akkreditierung im Internationalen Verwaltungsverbund, Diss. Heidelberg 2011, Tübingen 2012

Dollinger Peter, Die Regelungen im Veterinärbereich und ihre Auswirkungen, in: Felder Daniel/Kaddous Christine (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz–EU (Erste Analysen), Basel/Genf/München/Brüssel 2001, S. 619 ff.

Donauer Daniel, Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerecht im Allgemeinen, in: Donauer Daniel/Holzer Simon/Reinle Michael (Hrsg.), Praxishandbuch Produktregulierung, Heilmittel, Lebensmittel, Kosmetika, Chemikalien, Alkohol und Tabak, Bern 2023, S. 13 ff.

Donzallaz Yves, Traité de droit agraire suisse, Bern 2004

Eggen Mirjam/Schaefer Rupert, Regulierung grenzüberschreitender Tätigkeiten im Finanzmarktrecht, GesKR 2013, S. 368 ff.

Emmenegger Susan/Bigler Andrea, Fortress Europe: Die Äquivalenzverfahren der EU im Bereich der Finanzdienstleistungen, SZW 2019, S. 155 ff.

Emmenegger Susan/Tschentscher Axel, Kommentierung zu Art. 1 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. 1, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung und Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rz. …)

Epiney Astrid/Metz Beate/Pirker Benedikt, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen», Zürich/Basel/Genf 2012

Epiney Astrid/Pfenninger Hanspeter, Auswirkungen eines Beitritts zur Europäischen Union auf das schweizerische Umweltrecht, Das Problem der Umweltnormung, in: Cottier Thomas/Kopse Alwin R. (Hrsg.), Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union, Brennpunkte und Auswirkungen, Zürich 1998, S. 949 ff.

Ernst Wolfgang, Vollharmonisierung und autonomer Nachvollzug, EuZ 2010, S. 2 f.

Fons Matthäus, Die Verknüpfung der Emissionshandelssysteme der Schweiz und der EU, ZUR 2021, S. 339 ff.

Forstmoser Peter, Der autonome Nach-, Mit- und Vorvollzug europäischen Rechts: das Beispiel der Anlagefondsgesetzgebung, in: Forstmoser Peter/von der Crone Hans

Caspar/Weber Rolf H./Zobl Dieter (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, S. 523 ff.

Furrer Andreas, Der Einfluss der EuGH-Rechtsprechung auf das schweizerische Wirtschaftsprivatrecht, SZIER 2006, S. 311 ff.

Geiger Werner/Geiger Gaudenz, Kommentierung zu Art. 16 CO_2-Gesetz, in: Kratz Brigitta/Merker Michael/Tami Renato/Rechsteiner Stefan/Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Bd. II, CO_2-Gesetz, KEG, ENSIG, Bern 2016 (zit. Geiger/Geiger, Komm. Energierecht II, Art. 16 CO_2-Gesetz Rz. …)

Geiger Werner/Geiger Gaudenz, Kommentierung zu Art. 21 CO_2-Gesetz, in: Kratz Brigitta/Merker Michael/Tami Renato/Rechsteiner Stefan/Föhse Kathrin (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Bd. II, CO_2-Gesetz, KEG, ENSIG, Bern 2016 (zit. Geiger/Geiger, Komm. Energierecht II, Art. 21 CO_2-Gesetz Rz. …)

Gerbig Mara, Kommentierung zu § 2 TEHG, in: Fellenberg Frank/Guckelberger Annette (Hrsg.), Kommentar Klimaschutzrecht, KSG, TEHG, BEHG, München 2022 (zit. Gerbig, Komm. Klimaschutzrecht, § 2 TEHG Rz. …)

Glaser Andreas, Verordnung, Richtlinie und Beschluss, in: Kahl Wolfgang/Ludwigs Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, Heidelberg 2021, S. 331 ff. (zit. Glaser, Handbuch des Verwaltungsrechts)

Glaser Andreas, Umsetzung und Durchführung des Rechts der Bilateralen Verträge in der Schweiz, in: Glaser Andreas/Langer Lorenz (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Erfahrungen und Perspektiven in Österreich und der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015, S. 133 ff. (zit. Glaser, Bilaterale Verträge)

Glaser Andreas, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre, Habil. Heidelberg 2012, Tübingen 2013 (zit. Glaser, Handlungsformenlehre)

Glaser Andreas/Langer Lorenz, Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, SZIER 2013, S. 563 ff.

Grabitz Eberhard/von Bogdandy Armin/Nettesheim Martin, Europäisches Aussenwirtschaftsrecht: Primärrecht, Handelsschutzrecht und Aussenaspekte der Binnenmarktharmonisierung, München 1994

Griffel Alain, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2022

Guardiola Laia Roxane, Reconciling Equivalence and Non-discrimination under the SPS Agreement in Swiss-EU Relations, SRIEL 2022, S. 369 ff.

Günthardt Joel, Die Nichtaufdatierung der bilateralen Abkommen Schweiz–EU am Beispiel der Diplomanerkennung, SJZ 2022, S. 159 ff.

Hagenmeyer Moritz/Teufer Tobias, Lebensmittelrecht, in: Ludwigs Markus (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 1, 62. EL, München 2025

Hahn Michael, Je t'aime … Moi non plus: Rechtsfragen des Verhältnisses Schweiz–EU, ZBJV 2021, S. 77 ff.

Hanten Mathias, Grenzüberschreitende Aspekte des Kreditwesengesetzes und der Wohlverhaltensregel des Wertpapierhandelsgesetzes, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Basel 2005, S. 153 ff.

Hauser Gerhard, Das neue Lebensmittelverordnungsrecht: Von der anfänglichen Strukturreform zur grossen EU-Äquivalenz-Übung, LeGes 2006, S. 91 ff.

Heinemann Andreas, Das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2017, S. 101 ff. (zit. Heinemann, Gaba-Urteil)

Heinemann Andreas, Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: Fahrländer Lukas/Heizmann Reto (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, Zürich/St. Gallen 2013, S. 3 ff. (zit. Heinemann, rechtliche Transplantate)

Herren David, Das Cassis de Dijon-Prinzip, Eine rechtsvergleichende Studie zur Äquivalenz von Rechtsnormen im WTO-Recht, im EU-Recht und im schweizerischen Recht, Diss. Bern 2012, Bern 2014 (zit. Herren, Cassis de Dijon-Prinzip)

Hertig Heinz, Grundzüge des Abkommens über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, in: Felder Daniel/Kaddous Christine (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz–EU (Erste Analysen), Basel/Genf/München/Brüssel 2001, S. 555 ff.

Hess Hans-Joachim, Stämpflis Handkommentar Produktesicherheitsgesetz (PrSG), Bern 2010 (zit. Hess, Komm. PrSG, Art. … Rz. …)

Hirsbrunner Simon, Überschätzter autonomer Nachvollzug?, Die Pläne des Bundesrats zur Stabilisierung der Beziehungen zur EU, Jusletter vom 22. November 2021

Hübner Ulrich, Banken- und Versicherungsrecht, in: Dauses Manfred A. (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 29. EL, München 2011, S. 1 ff.

Imm Tilman, Der finanz- und kapitalmarktrechtliche Gleichwertigkeitsmechanismus, Diss. Freiburg im Breisgau 2019, Tübingen 2020

Imstepf Ralf, Der europarechtliche Einfluss auf das schweizerische Mehrwertsteuerrecht, in: Cottier Thomas (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 50, Basel 2012, S. 83 ff.

Integrationsbureau, Übersicht über die Vor- und Nachteile der verschiedenen Varianten Isolierung, Vollbeitritt, Assoziation oder bilateraler Handelsvertrag mit der EWG, Aktennotiz vom 20. April 1962, Dodis Nr. 55573, abrufbar unter: <https://dodis.ch/55573>

Jaag Tobias/Hänni Julia, Europarecht, Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2022

Jakob-Gallmann Jacqueline, Regulatory Issues in the Carbon Market, The Linkage of the Emission Trading Scheme of Switzerland with the Emission Trading Scheme of the European Union, Diss. Zürich 2008, Zürich/Basel/Genf 2011

Janssens Christine, The Principle of Mutual Recognition in EU Law, Diss. Antwerpen 2011, Oxford 2013

Jung Peter/Bischof Elias, Europäisches Finanzmarktrecht, Die Regulierung von Märkten, Unternehmen und Dienstleistungen durch die Europäische Union, Baden-Baden 2015

Jutzi Thomas/Schären Simon, Europäisches Finanzmarktrecht im Umbruch, Neuausrichtung der Drittstaatenordnung?, GesKR 2019, S. 408 ff.

Kamann Hans-Georg, Das Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Massnahmen, in: Prieß Hans-Joachim/Berrisch Georg M. (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003, S. 211 ff.

Kiener Olaf, Kennzeichnung von Bioprodukten, Rechtliche Grundlagen in der EU und der Schweiz, Bern/Zürich 1998

Klemm Urs/Trüten Dirk, Regelungsrahmen im Schweizer Lebensmittelrecht, in: Weber Rolf H./Klemm Urs/Baumgartner Tobias/Uebe Wesselina/Trüten Dirk (Hrsg.), Lebensmittelrecht EU–Schweiz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, S. 136 ff. (zit. Klemm/Trüten, Lebensmittelrecht EU–Schweiz)

Kohler Emilie, Le rôle du droit de l'Union européenne dans l'interprétation du droit suisse, Diss. Bern 2015 (zit. Kohler, interprétation)

Kohler Emilie, Le droit européen à l'aide de l'interprétation du droit suisse, in: Cottier Thomas (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 50, Basel 2012, S. 41 ff. (zit. Kohler, adaptation autonome)

Kohler Emilie, Influences du droit européen sur la législation suisse: analyse des années 2004 à 2007, Jusletter vom 31. August 2009 (zit. Kohler, influences)

Koller Heinrich, Der schweizerische Gesetzgeber vor der internationalen Herausforderung: Erfahrungen mit «EUROLEX» – «SWISSLEX» – «GATTLEX», ZBl 1994, S. 241 ff.

Kölliker Alkuin/Marti Fabienne, Regulierungsfolgenabschätzung: Die Revision des Lebensmittelrechts, Die Volkswirtschaft 2005, S. 43 ff.

Kramer Ernst A./Arnet Ruth, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl., Bern 2024

Kreuter-Kirchhof Charlotte, Klimaschutz durch Emissionshandel? Die jüngste Reform des europäischen Emissionshandelssystems, EuZW 2017, S. 412 ff.

Kropf Catherine, Multi-Level-Gesetzgebung: europäisches, bilaterales, nationales Recht und wieder zurück, in: Uhlmann Felix/Höfler Stefan (Hrsg.), Rechtsetzung im Mehrebenensystem: Gemeinden, Kantone, Bund, EU, Zürich/St. Gallen 2020, S. 85 ff.

Kübek Gesa/Terhechte Jörg Philipp, Kommentierung zu Art. 114 AEUV, in: Pechstein Matthias/Nowak Carsten/Häde Ulrich (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Bd. 3, Art. 101–215 AEUV, 2. Aufl., Tübingen 2023 (zit. Kübek/Terhechte, Frankfurter Komm., Art. 114 AEUV Rz. …)

Kunz Peter V., Amerikanisierung, Europäisierung sowie Internationalisierung im schweizerischen (Wirtschafts-)Recht, recht 2012, S. 37 ff. (zit. Kunz, Europäisierung)

Kunz Peter V., Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 2009, S. 31 ff. (zit. Kunz, Rechtsvergleichung)

Kunz Peter V., Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz, Ein bedeutsames juristisches Fachgebiet für Studenten sowie für Praktiker zwischen «notwendigem Übel» sowie «Königsdisziplin», recht 2006, S. 37 ff. (zit. Kunz, Einführung Rechtsvergleichung)

Langner Dirk/Klindt Thomas/Schucht Carsten, Technische Sicherheitsvorschriften und Normen, in: Ludwigs Markus (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 1, 62. EL, München 2025

Lehmann Matthias, Legal Fragmentation, Extraterritoriality and Uncertainty in Global Financial Regulation, OJLS 2017, S. 406 ff.

Lehmann Matthias/Zetzsche Dirk A., Drittstaaten im Finanzmarktrecht, Überlegungen zum Brexit, in: Zetzsche Dirk A./Lehmann Matthias (Hrsg.), Grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen, Tübingen 2018, S. 75 ff.

Leuch-Scherrer Christine, Kontrolle von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen, in: Donauer Daniel/Reeves Hugh/Weber Celine (Hrsg.), Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerecht, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 149 ff.

Lutter Marcus/Bayer Walter/Schmidt Jessica, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., ZGR Sonderheft 1 (zit. Lutter et al.)

Mächler Monica, Versicherungsrecht, Resilienz und Zukunftsfähigkeit, Zürich/Basel/Genf 2021

Mader Luzius/Kropf Catherine, Verweisungen auf das Recht der Europäischen Union in der Bundesgesetzgebung, vom Fotografieren und Filmen, in: Institut für Europarecht der Universität Freiburg (Hrsg.), Die Schweiz und die europäische Integration, Zürich 2015, S. 69 ff.

Martenet Vincent, La séparation des pouvoirs, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Rechtsstaatlichkeit, Grund- und Menschenrechtsschutz, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 999 ff.

Matsushita Mitsuo/Schoenbaum Thomas J./Mavroidis Petros C./Hahn Michael, The World Trade Organization, Law, Practice, and Policy, 3. Aufl., Oxford 2017 (zit. Matsushita et al.)

Mayeda Graham, Developing Disharmony? The SPS and TBT Agreements and the Impact of Harmonization on Developing Countries, JIEL 2004, S. 737 ff.

Mehling Michael, Linking of Emissions Trading Schemes, in: Freestone David/Streck Charlotte (Hrsg.), Legal Aspects of Carbon Trading: Kyoto, Copenhagen, and beyond, Oxford 2009, S. 108 ff.

Meyer Sebastian, Is Switzerland Not Just Any Third Country? EU Unilateralism in the Face of the Linkage Agreement on Emissions Trading, SRIEL 2018, S. 3 ff.

Möstl Markus, Der unionsrechtliche Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, Einige Anmerkungen aus öffentlich-rechtlicher Perspektive, in: Bernreuther Jörg/Freitag Robert/Leible Stefan/Sippel Harald/Wanitzek Ulrike (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Spellenberg, München 2010, S. 717 ff.

Müller-Hüppi Anna, Agrarveterinärrecht, in: Norer Roland (Hrsg.), Handbuch zum Agrarrecht, Bern 2017, S. 135 ff.

Nicolaïdis Kalypso, Mutual Recognition of Regulatory Regimes: Some Lessons and Prospects, Jean Monnet Working Paper, abrufbar unter: <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/97/97-07-1.html>

Nicolaïdis Kalypso/Shaffer Gregory, Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government, LCP 2005, S. 263 ff.

Norberg Sven/Johansson Martin, History of the EEA Agreement and the First Twenty Years of Its Existence, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), The Handbook of EEA Law, Cham 2016, S. 3 ff.

Norer Roland, Europäisierung des Schweizer Agrarrechts, Zwischen Bilateralen Abkommen und autonomem Nachvollzug, in: Caroni Martina/Heselhaus Sebastian/Mathis Klaus/Norer Roland (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011, S. 569 ff.

Oesch Matthias, Schweiz–Europäische Union, Grundlagen Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug, 2. Aufl., Zürich 2025 (zit. Oesch, Schweiz–EU)

Oesch Matthias, Europarecht, Bd. I, Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz–EU, 3. Aufl., Bern 2024 (zit. Oesch, Europarecht)

Oesch Matthias, Der EuGH und die Schweiz, Zürich 2023 (zit. Oesch, EuGH)

Oesch Matthias, Die Europäisierung des schweizerischen Rechts, in: Cottier Thomas (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 50, Basel 2012, S. 13 ff. (zit. Oesch, Europäisierung)

Oesch Matthias, Brüssel und Luxemburg bald wichtiger als Bern und Lausanne, plädoyer 2011, S. 33 ff. (zit. Oesch, Bern oder Brüssel)

Oesch Matthias, Die einseitige Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips, Anwaltsrevue 2009, S. 519 ff. (zit. Oesch, Cassis de Dijon-Prinzip)

Oesch Matthias/Brugger Mattia, The Policy of Autonomous Adaptation of Swiss Law to EU Law, in: Maresceau Marc/Tobler Christa (Hrsg.), Switzerland and the EU: A Challenging Relationship, Leiden/Boston 2023, S. 35 ff.

Oesch Matthias/Campi David, Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union, Voraussetzungen, Verfahren, Ausnahmen, Staatsleitung, Volksrechte, Zürich 2022

Oesch Matthias/Weber Rolf H./Zäch Roger (Hrsg.), Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. Bearbeiter/-in, Komm. Wettbewerbsrecht II, Art. … THG Rz. …)

Ohler Christoph, Europäisches und Nationales Verwaltungsrecht, in: Terhechte Philipp (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl., Baden-Baden 2022, S. 361 ff.

Pärli Kurt, Einwirkungen des EU- und des internationalen Arbeitsrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht, in: Pärli Kurt/Baumgartner Tobias/Demir Eylem/Junghanss Cornelia/Licci Sara/Uebe Wesselina (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, S. 431 ff.

Paulun Tobias, Die Erfahrungen des deutschen Marktes, in: Zenke Ines/Schäfer Ralf (Hrsg.), Energiehandel in Europa, Öl, Gas, Strom, Derivate, Zertifikate, 4. Aufl., München 2017

Pelkmans Jacques, 1992: Economic Effects on Third Countries, in: Hilf Meinhard/Tomuschat Christian (Hrsg.), EG und Drittstaatsbeziehungen nach 1992, Baden-Baden 1991, S. 163 ff.

Pennesi Francesco, Equivalence in Financial Services, A Legal and Policy Analysis, Cham 2022

Pfenninger Hanspeter, Produktsicherheitsrecht Schweiz–EU im Vergleich, Differenzen des schweizerischen Produktsicherheitsrechts am Beispiel Deutschlands, AJP 2014, S. 1157 ff. (zit. Pfenninger, Vergleich Schweiz–EU)

Pfenninger Hanspeter, Das neue Bundesgesetz über die Produktesicherheit, Geltungsbereich und EU-Kompatibilität als Herausforderung, in: Gredig Markus/Mahaim Raphael/Meier Thomas/Melchior Riccarda/Stöckli Andreas (Hrsg.), Peters Dreiblatt: Föderalismus, Grundrechte, Verwaltung, Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, S. 415 ff. (zit. Pfenninger, PrSG)

Pohlmann Markus, The European Union Emissions Trading Scheme, in: Freestone David/Streck Charlotte (Hrsg.), Legal Aspects of Carbon Trading: Kyoto, Copenhagen, and beyond, Oxford 2009, S. 337 ff.

Probst Thomas, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht, BJM 2004, S. 225 ff.

Quaglia Lucia, The Politics of «Third Country Equivalence» in Post-Crisis Financial Services Regulation in the European Union, WEP 2015, S. 167 ff.

Richli Paul, Agrarrecht, in: Ders. (Hrsg.), Wirtschaftsstrukturrecht unter besonderer Berücksichtigung des Agrar- und Filmwirtschaftsrechts, 2. Aufl., Basel 2018, S. 159 ff.

Rönck Rüdiger, Technische Normen als Gestaltungsmittel des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Zulässigkeit und Praktikabilität ihrer Rezeption zur Realisierung des Gemeinsamen Marktes, Diss. Hamburg 1995

Rutherford Angelica P., Linking Emissions Trading Schemes: Lessons from the EU-Swiss ETSs, CCLR 2014, S. 282 ff.

Rütsche Bernhard, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht: Auslegungsmethode oder blosse Inspirationsquelle?, in: Schmid Jörg/Morawa Alexander H.E./Heckendorn Urscheler Lukas (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung, Praxis, Legitimität und Methodik, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 121 ff.

Schären Simon/Jutzi Thomas, Schweizer Finanzmarktrecht im europäischen Kontext, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweizer Finanzmarktregulierung unter besonderer Berücksichtigung der Europakompatibilität, Zürich/St. Gallen 2022

Schmalenbach Kirsten, Assoziierung und Erweiterung, in: von Arnauld Andreas/Bungenberg Marc (Hrsg.), Europäische Aussenbeziehungen, 2. Aufl., Baden-Baden 2022, S. 349 ff.

Schucht Carsten/Wiebe Gerhard, Einleitung, in: Dies. (Hrsg.), Handkommentar EU-Produktsicherheitsverordnung, General Product Safety Regulation, Baden-Baden 2025 (zit. Schucht/Wiebe, Komm. EU-Produktsicherheitsverordnung, Einleitung Rz. …)

Schüle Ralf/Sterk Wolfgang, Options and Implications of Linking the EU ETS with other Emissions Trading Schemes, IP/A/CLIM/NT 2007-18, März 2008

Schürger Jonas, Equivalence and Substituted Compliance in Financial Markets Law, Diss. Bonn 2022, Oxford 2023

Seiler Hansjörg, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 2014, S. 265 ff.

Senti Richard, Landwirtschaft / Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, in: Thürer Daniel/Weber Rolf H./Portmann Wolfgang/Kellerhals Andreas (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz–EU, Handbuch, Zürich 2007, S. 731 ff.

Senti Richard/Hilpold Peter, WTO, System und Funktionsweise der Welthandelsordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017

Sethe Rolf, Rechtsangleichung im Schweizer Finanzmarktrecht – Heteronomer und autonomer Nachvollzug, Äquivalenz und Swiss Finish, in: Kohte Wolfhard/Absenger Nadine (Hrsg.), Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs, Festschrift für Armin Höland, Baden-Baden 2015, S. 345 ff. (zit. Sethe, Rechtsangleichung)

Sethe Rolf, Das Drittstaatenregime von MiFIR und MiFID II, SZW 2014, S. 615 ff. (zit. Sethe, Drittstaaten)

Simonetti Sander/de Witt Wijnen Rutger, International Emissions Trading and Green Investment Schemes, in: Freestone David/Streck Charlotte (Hrsg.), Legal Aspects of Carbon Trading: Kyoto, Copenhagen, and beyond, Oxford 2009, S. 157 ff.

Spinner Bruno, Rechtliche Grundlagen und Grenzen für bilaterale Abkommen, in: Felder Daniel/Kaddous Christine (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz–EU (Erste Analysen), Basel/Genf/München/Brüssel 2001, S. 13 ff.

Spinner Bruno/Maritz Daniel, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: Forstmoser Peter/von der Crone Hans Caspar/Weber Rolf H./Zobl Dieter (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, S. 127 ff.

Stäsche Uta, Die Reform des originären EU-Emissionshandelssystems (ETS 1) und dessen Flankierung durch einen Grenzausgleichsmechanismus (CBAM), ZUR 2024, S. 459 ff.

Steffen Gabriel, Die älteren Abkommen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften, in: Bukovac Jasmina/Hunkemöller Pia/Zubler Clio (Hrsg.), Wie die Zeit vergeht, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich 2024, S. 37 ff.

Steuer Sebastian, Europäischer Emissionsrechtehandel, Eine Momentaufnahme nach der Reform durch das «Fit for 55»-Paket, ZEuP 2024, S. 284 ff.

Streinz Rudolf, Die Europäisierung des Lebensmittelrechts unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Schweiz, in: Poledna Tomas/Arter Oliver/Gattiker Monika (Hrsg.), Lebensmittelrecht, Bern 2006, S. 151 ff.

Sturny Monique, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, Historische Entwicklung und Analyse, Diss. Bern 2014

Thürer Daniel, Europaverträglichkeit als Rechtsargument, Zu den Wegen und Möglichkeiten schweizerischer Rechtsanpassung an die neue Integrationsdynamik der Europäischen Gemeinschaft, in: Haller Walter/Kölz Alfred/Müller Georg/Thürer Daniel (Hrsg.), Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag, Basel 1989, S. 561 ff.

Thürer Daniel/Hillemanns Carolin, Grundlagen / Allgemeine Prinzipien, in: Thürer Daniel/Weber Rolf H./Portmann Wolfgang/Kellerhals Andreas (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz–EU, Handbuch, Zürich 2007, S. 39 ff.

Tietje Christian, Kommentierung zu Art. 114 AEUV, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. I, EUV/AEUV, 85. EL, München 2025 (zit. Tietje, Komm. Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rz. …)

Tietje Christian, Kommentierung zu Art. 115 AEUV, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. I, EUV/AEUV, 85. EL, München 2025 (zit. Tietje, Komm. Das Recht der EU, Art. 115 AEUV Rz. …)

Tietje Christian, Das Übereinkommen über Technische Handelshemmnisse, in: Prieß Hans-Joachim/Berrisch Georg M. (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003, S. 273 ff. (zit. Tietje, TBT)

Tobler Christa/Beglinger Jacques, Brevier zu den bilateralen Abkommen Schweiz–EU: Paketansatz und institutionelle Aspekte, Ausgabe 2025-05.1, Stand 21. Mai 2025, abrufbar unter: <https://brevier.eur-charts.eu> (zit. Tobler/Beglinger, Brevier)

Tobler Christa/Beglinger Jacques, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts Schweiz–EU, Systematische Darstellung in Text und Tafeln, Bd. 1, Zürich/St. Gallen 2012 (zit. Tobler/Beglinger, Schweiz–EU)

Uebe Wesselina, Besondere Regelungsbereiche des EU-Lebensmittelrechts, in: Weber Rolf H./Klemm Urs/Baumgartner Tobias/Uebe Wesselina/Trüten Dirk (Hrsg.), Lebensmittelrecht EU–Schweiz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, S. 77 ff. (zit. Uebe, Lebensmittelrecht EU–Schweiz)

von Büren Lucie, Akkreditierte Zertifizierung im gesetzlich geregelten Bereich, Systeme, Einordnung und Rechtsschutz, Diss. Bern 2013

von Danwitz Thomas, Kap. 2 Rechtsetzung und Vollzug des EU-Rechts, Rechtsetzung und Rechtsangleichung, in: Ludwigs Markus (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 1, 62. EL, München 2025

Wagner Pfeifer Beatrice, Rechtliche Aspekte der Reduktion von Treibausgasemissionen im Unternehmen, URP 2014, S. 137 ff.

Weber Rolf H., Der Einfluss des EG-Rechts auf das schweizerische Recht, in: Weber Rolf H./Thürer Daniel/Zäch Roger (Hrsg.), Aktuelle Probleme des EG-Rechts nach dem EWR-Nein, Zürich 1993, S. 1 ff.

Weber Rolf H./Baisch Rainer, Versicherungsaufsichtsrecht, 3. Aufl., Bern 2024

Weber Rolf H./Koch Rika, Der Schweizer Emissionshandel im Kontext der Klima- und Energiedebatte, Jusletter vom 30. November 2015

Weber Rolf H./Sethe Rolf, Äquivalenz als Regelungskriterium im Finanzmarktrecht, SJZ 2014, S. 569 ff.

Wegener Bernard W., Die Novelle des EU-Emissionshandelssystems, ZUR 2009, S. 283 ff.

Weiler Joseph H. H., Mutual Recognition, Functional Equivalence and Harmonization in the Evolution of the European Common Market and the WTO, in: Kostoris Fiorella/Schioppa Padoa (Hrsg.), The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process, London 2005, S. 25 ff.

Wess Ksenia, Drittstaatenregulierung im Finanzdienstleistungsrecht der EU und ihre Auswirkung auf die Schweiz, Diss. Bern 2020, Zürich/Basel/Genf 2020

Widmer Barbara, Verwaltungsermessen im Recht der Europäischen Union – veranschaulicht anhand des europäischen Kartell- und Gemeinschaftsmarkenrechts, Diss. Freiburg i. Ue. 2014, München 2014

Wiebe Gerhard, Kommentierung zu Artikel 5 EU-Produktsicherheitsverordnung, in: Schucht Carsten/Wiebe Gerhard (Hrsg.), Kommentar EU-Produktsicherheitsverordnung, General Product Safety Regulation, Baden-Baden 2025, S. 135 ff. (zit. Wiebe, Komm. EU-Produktsicherheitsverordnung, Art. 5 Rz. …)

Wiegand Wolfgang/Brülhart Marcel, Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht der Europäischen Gemeinschaft, Bern/Zürich 1999

Winzeler Christoph, Kommentierung zu Art. 7 FINMAG, in: Watter Rolf/Bahar Rashid (Hrsg.), Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019 (zit. Winzeler, BSK-FINMAG/FinfraG, Art. 7 FINMAG Rz. …)

Wüger Daniel/Scarpelli Samuele, Die vernachlässigten institutionellen Aspekte der Bilateralen Verträge und die Aushandlung eines Rahmenabkommens, in: Epiney Astrid/Egbuna-Joss Andrea/Wyssling Markus (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, Zürich/Bern 2006, S. 287 ff.

Wymeersch Eddy, Brexit and the Equivalence of Regulation and Supervision, EBI Working Paper Series 15/2017

Wyss Martin Philipp, Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund, AJP 2007, S. 717 ff.

Zenke Ines/Telschow Carsten, Emissionshandel, in: Theobald Christian/Kühling Jürgen (Hrsg.), Kommentar Energierecht, Bd. 1, 129. EL, München 2025 (zit. Zenke/Telschow, Energierecht)

Zenke Ines/Telschow Carsten, Der Markt für CO_2-Zertifikate, in: Zenke Ines/Schäfer Ralf (Hrsg.), Energiehandel in Europa, Öl, Gas, Strom, Derivate, Zertifikate, 4. Aufl., München 2017 (zit. Zenke/Telschow, Energiehandel in Europa)

Zetzsche Dirk A., Drittstaaten im Europäischen Bank- und Finanzdienstleistungsrecht, in: Bachmann Georg/Breig Burkhard (Hrsg.), Finanzmarktregulierung zwischen Innovation und Kontinuität in Deutschland, Europa und Russland, Tübingen 2014, S. 47 ff.

Zobl Dieter/Kramer Stefan, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2004

Zosso Oscar, Das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen: eine politische und wirtschaftliche Würdigung, in: Felder Daniel/Kaddous Christine (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz–EU (Erste Analysen), Basel/Genf/München/Brüssel 2001, S. 549 ff.

Zúñiga Schroder Humberto, Harmonization, Equivalence and Mutual Recognition of Standards in WTO Law, Alphen aan den Rijn 2011

Verzeichnis der Materialien und weiterer Dokumente

Europäische Union:

EU-Kommission:

EU-Kommission, Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – eines umfangreichen Pakets von Abkommen zur Konsolidierung, Vertiefung und Ausweitung der bilateralen Beziehungen zur Schweizerischen Eidgenossenschaft und über die Modalitäten und Bedingungen für die Beteiligung der Schweizerischen Eidgenossenschaft an der Agentur der Europäischen Union für das Weltraumprogramm, vom 13.06.2025, COM(2025) 308 final (zit. EU-Kommission, Vorschlag Paket)

EU-Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über das Funktionieren des europäischen CO_2-Marktes im Jahr 2022 gemäß Artikel 10 Absatz 5 und Artikel 21 Absatz 2 der Richtlinie 2003/87/EG vom 31.10.2023, COM(2023) 654 final (zit. EU-Kommission, Bericht CO_2-Markt 2023)

EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sicherheit von Spielzeug und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/48/EG vom 28.07.2023, COM(2023) 462 final (zit. EU-Kommission, Vorschlag für eine Spielzeug-Verordnung)

EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission – Leitfaden für die Umsetzung der Produktvorschriften der EU 2022 («Blue Guide»), ABl. C 247 vom 29.06.2022, S. 1 (zit. EU-Kommission, Blue Guide)

EU-Kommission, Erklärung der Kommission zur Entscheidung des Schweizer Bundesrats die Verhandlungen über das institutionelle Rahmenabkommen zwischen der EU und der Schweiz abzubrechen vom 26.05.2021, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/statement_21_2683> (zit. EU-Kommission, Medienmitteilung vom 26. Mai 2021)

EU-Kommission, Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Standpunkt, der im Namen der Europäischen Union in dem durch das Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Verknüpfung ihrer jeweiligen Systeme für den Handel mit Treibhausgasemissionen eingerichteten Gemeinsamen Ausschuss im Hinblick auf die Änderung der Anhänge I und II des Abkommens zu vertreten ist, vom 25.09.2019, COM(2019) 427 final (zit. EU-Kommission, Vorschlag Standpunkt GA)

EU-Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Gleichwertigkeit im Bereich der Finanzdienstleistungen, vom 29.07.2019, COM(2019) 349 final (zit. EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit)

EU-Kommission, Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Abschluss – im Namen der Europäischen Union – eines Abkommens zwischen der Europäischen Union und

der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Verknüpfung ihrer jeweiligen Systeme für den Handel mit Treibhausgasemissionen, vom 16.08.2017, COM(2017) 427 final (zit. EU-Kommission, Vorschlag EHS-Abkommen)

EU-Kommission, Commission Staff Working Document, EU equivalence decisions in financial services policy: an assessment, vom 27.02.2017, SWD(2017) 102 final (zit. EU-Kommission, SWD 2017)

EU-Kommission, Bericht über das Funktionieren des CO_2-Marktes in der EU vom 1. Februar 2017, COM(2017) 48 final (zit. EU-Kommission, Bericht CO_2-Markt 2017)

EU-Kommission, Mitteilung der Kommission vom 19. September 2007 über eine neue Tiergesundheitsstrategie für die Europäische Union (2007–2013) – «Vorbeugung ist die beste Medizin», COM(2007) 539 final (zit. EU-Kommission, Bericht Tiergesundheitsstrategie)

EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, COM(2001) 280 final, ABl. C 240 vom 28.08.2001, S. 272 (zit. EU-Kommission, Entwurf Prospekt-RL)

EU-Kommission, Mitteilung der Kommission vom 11. Mai 1999, Umsetzung des Finanzmarktrahmens: Aktionsplan, COM(1999) 232 final (zit. Aktionsplan Finanzdienstleistungen 1999)

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vollendung des Binnenmarktes, Weissbuch der Kommission an den Europäischen Rat vom 14. Juni 1985, COM(85) 310 final (zit. Weissbuch 1985)

Europäisches Parlament:

Europäisches Parlament, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist (KOM(2001) 280 – C5-0263/2001 – 2001/0117(COD)), A5-0072/2002 vom 27. Februar 2002 (zit. Europäisches Parlament, Bericht Prospekt-RL)

Rat der EU:

Schlussfolgerungen des Rates zu einem homogenen erweiterten Binnenmarkt und den Beziehungen der EU zu nicht der EU angehörenden westeuropäischen Ländern vom 16. Dezember 2014 (zit. Schlussfolgerungen Rat 2014)

Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 14. Dezember 2010 (zit. Schlussfolgerungen Rat 2010)

Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 8. Dezember 2008 (zit. Schlussfolgerungen Rat 2008)

Entschliessung des Rates vom 7. Mai 1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung, ABl. C 136 vom 04.06.1985, S. 1 (zit. Entschliessung des Rates vom 7. Mai 1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung)

Entschliessung des Rates vom 28. Mai 1969 über ein Programm zur Beseitigung der technischen Hemmnisse im Warenverkehr mit gewerblichen Erzeugnissen, die sich aus Unterschieden in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ergeben, ABl. Nr. C 76 vom 17.06.1969, S. 1 (zit. Programm zur Beseitigung der technischen Hemmnisse im Warenverkehr 1969)

Weitere Behörden der EU:

DG SANTE, Final Report of an audit carried out in Switzerland from 28 November 2017 to 04 December 2017 in order to evaluate the official import control system, Audit Nr. 2017-6047, DG(SANTE) 2017-6047, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/food/audits-analysis/audit-report/details/4066> (zit. DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Importkontrollen 2017)

DG SANTE, Final Report of an audit carried out in Switzerland from 04 May 2015 to 08 May 2015 in order to evaluate the system of import controls for plant health, Audit Nr. 2015-7638, DG(SANTE) 2015-7638-MR, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/food/audits-analysis/audit-report/details/3566> (zit. DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Pflanzengesundheit 2015)

DG SANTE, Final Report of an audit carried out in Switzerland from 09 to 19 September 2013 in order to evaluate the application of organic production rules, the effectiveness of the control system for organic production and the supervision carried out by the competent authority, Audit Nr. 2013-6700, DG(SANCO) 2013-6700 – MR FINAL, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/food/audits-analysis/audit-report/details/3215> (zit. DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Bio-Produkte 2013)

DG SANTE, Final Report of a mission carried out in Switzerland from 17 to 25 November 2010 in order to evaluate the implementation of requirements for feed additives and premixtures, Audit Nr. 2010-8471, DG(SANCO) 2010-8471 – MR Final, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/food/audits-analysis/audit-report/details/2623> (zit. DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Futtermittelzusatzstoffe 2010)

EIOPA, Advice to the European Commission, Equivalence assessment of the Swiss supervisory system in relation to articles 172, 227 and 260 of the Solvency II Directive, EIOPA-BoS-11-028, abrufbar unter: <https://www.eiopa.europa.eu/document/download/7aa76e32-b683-4d13-8bf0-0f5586c5e349_en?filename=Swiss%20equivalence%20advice.pdf> (zit. EIOPA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011)

EIOPA, Draft Report, Equivalence assessment of the Swiss supervisory system in relation to articles 172, 227 and 260 of the Solvency II Directive, Consultation Paper No. 3, EIOPA-CP-03-11, abrufbar unter: <https://www.eiopa.europa.eu/document/download/6f3557b7-0bf2-4cbd-a3b0-80d77eee5c87_en?filename=CP%20Draft%20Report%20No%203%20-%20Equivalence%20assessment%20of%20the%20Swiss%20supervisory%20system%20in%20relation%20to%20articles%20172%2C%20227%20and%20260%20of%20the%20Solvency%20II%20Directive.pdf> (zit. EIOPA, Entwurf Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011)

ESMA, Final Report, Technical advice on third country regulatory equivalence under EMIR – Switzerland vom 1. September 2013, ESMA/2013/BS/1162, abrufbar unter: <https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2013-1162_technical_advice_on_third_country_regulatory_equivalence_under_emir_switzerland.pdf> (zit. ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013)

Schweiz:

Botschaften zu Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Abkommen:

Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich über die gegenseitige Anerkennung im Bereich der Finanzdienstleistungen vom 4. September 2024, BBl 2024 2385 (zit. Botschaft Abkommen Schweiz–UK)

Botschaft zur Revision des CO_2-Gesetzes für die Zeit nach 2024 vom 16. September 2022, BBl 2022 2651 (zit. Botschaft CO_2-Gesetz nach 2024)

Botschaft zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) vom 21. Oktober 2020, BBl 2020 8967 (zit. Botschaft Revision VAG 2020)

Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union zur Verknüpfung der Emissionshandelssysteme und über seine Umsetzung (Änderung des CO_2-Gesetzes) vom 1. Dezember 2017, BBl 2018 411 (zit. Botschaft EHS-Abkommen)

Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8901 (zit. Botschaft FIDLEG/FINIG)

Botschaft zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG) vom 3. September 2014, BBl 2014 7483 (zit. Botschaft FinfraG)

Botschaft zum Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 25. Mai 2011, BBl 2011 5571 (zit. Botschaft LMG 2011)

Botschaft über die Schweizer Klimapolitik nach 2012 (Revision des CO_2-Gesetzes und eidgenössische Volksinitiative «Für ein gesundes Klima») vom 26. August 2009, BBl 2009 7433 (zit. Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009)

Botschaft zum Produktesicherheitsgesetz (Totalrevision des Bundesgesetzes über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten) vom 25. Juni 2008, BBl 2008 7407 (zit. Botschaft PrSG)

Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse vom 25. Juni 2008, BBl 2008 7275 (zit. Botschaft THG 2008)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829 (zit. Botschaft FINMAG)

Botschaft zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kapitalanlagengesetz) vom 23. September 2005, BBl 2005 6395 (zit. Botschaft KAG)

Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128 (zit. Botschaft Bilaterale I)

Botschaft zum Agrarpaket 95 vom 27. Juni 1995, BBl 1995 IV 629 (zit. Botschaft Agrarpaket 95)

Botschaft zu einem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) vom 15. Februar 1995, BBl 1995 II 521 (zit. Botschaft THG 1995)

Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 805 (zit. Botschaft Folgeprogramm)

Botschaft zum revidierten Bundesgesetz über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz; AFG) vom 14. Dezember 1992, BBl 1993 I 217 (zit. Botschaft AFG)

Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18. Mai 1992, BBl 1992 IV 1 (zit. Botschaft EWR)

Botschaft zum Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung und zum Bundesgesetz über die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung vom 14. August 1991, BBl 1991 IV 1 (zit. Botschaft Versicherungsabkommen 1991)

Botschaft betreffend die Vereinheitlichung der Zollformalitäten und eines gemeinsamen Versandverfahrens im Warenverkehr zwischen der EG und der Schweiz sowie den EFTA-Ländern vom 20. Mai 1987, BBl 1987 II 1437 (zit. Botschaft Vereinfachung Warenhandel 1987)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 11. Dezember 1972 betreffend Abkommen zur Anwendung der Bestimmungen über das gemeinschaftliche Versandverfahren, BBl 1973 I 185 (zit. Botschaft Versandabkommen 1972)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 16. August 1972 über die Genehmigung der Abkommen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften, BBl 1972 II 653 (zit. Botschaft Freihandelsabkommen 1972)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Genehmigung des Übereinkommens zur gegenseitigen Anerkennung von Inspektionen betreffend die Herstellung pharmazeutischer Produkte vom 28. Oktober 1970, BBl 1970 II 1217 (zit. Botschaft PIC 1970)

Erläuternde Berichte zu Bundesverordnungen:

BAFU, Erläuterungen zur Änderung der Verordnung über die Reduktion der CO_2-Emissionen (CO_2-Verordnung, SR 641.711) vom 2. April 2025 (zit. Erläuternder Bericht Änderung CO_2-Verordnung 2025)

BAFU, Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über die Reduktion der CO_2-Emissionen (CO_2-Verordnung, SR 641.711) vom 26. Juni 2024 (zit. Erläuternder Bericht Änderung CO_2-Verordnung 2024)

BAFU, Erläuterungen zur Änderung der Verordnung über die Reduktion der CO_2-Emissionen (CO_2-Verordnung, SR 641.711) vom 29. September 2023 (zit. Erläuternder Bericht Änderung CO_2-Verordnung 2023)

BAFU, Erläuternder Bericht Teilrevision der Verordnung über die Verminderung von Treibhausgasemissionen (CO_2-Verordnung) vom 24. November 2021 (zit. Erläuternder Bericht Änderung CO_2-Verordnung 2021)

BAFU, Erläuternder Bericht Teilrevision der Verordnung über die Reduktion der CO_2-Emissionen (CO_2-Verordnung) vom 7. Oktober 2020 (zit. Erläuternder Bericht Änderung CO_2-Verordnung 2020)

BAFU, Erläuternder Bericht Verordnung über die Reduktion der CO_2-Emissionen (CO_2-Verordnung) vom 30. November 2012 (zit. Erläuternder Bericht CO_2-Verordnung 2012)

BLV, Erläuterungen zur Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 16.12.2016 (zit. Erläuternder Bericht LGV 2016)

BLW, Erläuterungen zum landwirtschaftlichen Verordnungspaket 2022, Kap. 4 Verordnung über die biologische Landwirtschaft und die Kennzeichnung biologisch produzierter Erzeugnisse und Lebensmittel (Bio-Verordnung) vom 2. November 2022 (zit. Erläuternder Bericht Änderungen Bio-Verordnung 2022)

BLW, Vernehmlassung Landwirtschaftliches Verordnungspaket 2018 vom 29. Januar 2018, Kap. 8 Verordnung über den Schutz von Pflanzen vor besonders gefährlichen Schadorganismen (Pflanzengesundheitsverordnung, PGesV) (zit. Erläuternder Bericht PGesV)

BLW, Erläuterungen zur Verordnung über die biologische Landwirtschaft und die Kennzeichnung biologisch produzierter Erzeugnisse und Lebensmittel (Bio-Verordnung) vom 11. Mai 2009 (zit. Erläuternder Bericht Änderungen Bio-Verordnung 2009)

EFD, Erläuterungsbericht Teilrevision der Aufsichtsverordnung AVO vom 25. März 2015 (zit. Erläuternder Bericht Änderung AVO 2015)

SNB, Erläuterungsbericht zur Revision der Nationalbankverordnung vom 10. Juni 2013 (zit. Erläuterungsbericht Revision NBV 2013)

Weitere Dokumente:

Agroscope, Neuerungen im Lebensmittelrecht, ALP forum 2006 Nr. 30, Liebefeld 2006 (zit. Agroscope, Bericht Lebensmittelrecht)

BAFU, Schweizer Emissionshandelsregister (EHR), abrufbar unter <https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/klima/fachinformationen/verminderungsmassnahmen/ehs/register.html>

BAFU, Faktenblatt CO_2-Entnahme und -Speicherung: Übersicht zum rechtlichen Rahmen vom 1. Mai 2025 (zit. BAFU, Faktenblatt CO_2-Entnahme und -Speicherung)

BAFU, Emissionshandelssystem für Betreiber von Anlagen, Mitteilung des BAFU als Vollzugsbehörde an Gesuchstellende, Stand: April 2025 (zit. BAFU, EHS Anlagen)

Beirat Zukunft Finanzplatz, Roadmap Finanzplatz Schweiz 2020+ vom Dezember 2019 (zit. Beirat, Bericht Roadmap 2020)

BLW, Agrarbericht 2019, Bern 2019 (zit. BLW, Agrarbericht 2019)

BLW, Übersicht landwirtschaftliches Verordnungspaket 2017 vom 18. Oktober 2017 (zit. BLW, Übersicht landwirtschaftliches Verordnungspaket 2017)

BLW, Sorten, Saat- und Pflanzgut in der Schweiz, Bern 2008 (zit. BLW, Bericht Saatgut)

Bundeskanzlei, Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, April 2024 (zit. Botschaftsleitfaden)

Bundesrat, Medienmitteilung vom 04.07.2024, Schweiz und EU nehmen Dialog über Finanzmarktregulierung wieder auf, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=101757> (zit. Bundesrat, Medienmitteilung vom 04.07.2024)

Bundesrat, Lagebeurteilung Beziehungen Schweiz–EU vom 9. Juni 2023 (zit. Bericht Lagebeurteilung 2023)

Bundesrat, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 20.3933 APK-N vom 25. August 2020 Auswirkungen von CO_2-Grenzausgleichsmechanismen auf die Schweiz vom 16. Juni 2023 (zit. Bericht Carbon Border Adjustment Mechanism 2023)

Bundesrat, CO_2-Abscheidung und Speicherung (CCS) und Negativemissionstechnologien (NET), Wie sie schrittweise zum langfristigen Klimaziel beitragen können, Bericht des Bundesrates vom 18. Mai 2022 (Bundesrat, Bericht CCS und NET 2022)

Bundesrat, Medienmitteilung vom 30.06.2021, Bundesrat vertieft Analyse der Regelungsunterschiede zur EU, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=84247> (zit. Bundesrat, Medienmitteilung vom 30.06.2021)

Bundesrat, Medienmitteilung vom 26.05.2021, Das Institutionelle Abkommen Schweiz–EU wird nicht abgeschlossen, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=83705> (zit. Bundesrat, Medienmitteilung vom 26.05.2021)

Bundesrat, Bericht vom 4. Dezember 2020, Weltweit führend, verankert in der Schweiz: Politik für einen zukunftsfähigen Finanzplatz Schweiz (zit. Bundesrat, Bericht Zukunft Finanzplatz 2020)

Bundesrat, Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz–EU vom 16. Januar 2019 (zit. Erläuterungen InstA)

Bundesrat, Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik (in Beantwortung des Postulats Markwalder [09.3560] «Europapolitik. Evaluation, Prioritäten, Sofortmassnahmen und nächste Integrationsschritte») vom 17. September 2010, BBl 2010 7239 (zit. Europabericht 2010)

Bundesrat, Medienmitteilung Verknüpfung EHS vom 16.12.2009, Bundesrat erteilt Verhandlungsmandat für Verknüpfung mit EU-Emissionshandel, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=30717> (zit. Bundesrat, Medienmitteilung vom 16.12.2009)

Bundesrat, Strategische Stossrichtungen für die Finanzmarktpolitik der Schweiz, Bericht in Beantwortung des Postulats Graber (09.3209) vom 16. Dezember 2009 (zit. Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009)

Bundesrat, Europabericht 2006 vom 28. Juni 2006, BBl 2006 6815 (zit. Europabericht 2006)

Bundesrat, Integrationsbericht 1999 Schweiz – Europäische Union vom 3. Februar 1999, BBl 1999 IV 3935 (zit. Integrationsbericht 1999)

Bundesrat, Zwischenbericht zur europäischen Integrationspolitik der Schweiz vom 29. März 1995, BBl 1995 III 191 (zit. Zwischenbericht 1995)

Bundesrat, Bericht über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess vom 24. August 1988, BBl 1988 III 24 (zit. Integrationsbericht 1988)

Bundesrat, Zweiter Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Lage der schweizerischen Landwirtschaft und die Landwirtschaftspolitik des Bundes vom 29. Dezember 1959, BBl 1960 I 201 (zit. Bericht Landwirtschaft 1959)

Bundesrat, Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Landwirtschaftspolitik des Bundes und die Lage der schweizerischen Landwirtschaft vom 31. Januar 1956, BBl 1956 I 324 (zit. Bericht Landwirtschaft 1956)

EDA, Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz–EU» vom 13. Juni 2025 (zit. Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket)

EDA, Schweiz–EU in Zahlen, Statistiken zu Handel, Bevölkerung und Verkehr vom 6. Juni 2025 (zit. EDA, Schweiz–EU in Zahlen)

EDI/EDA/EVD, Verhandlungen Schweiz–EU für ein Freihandelsabkommen im Agrar- und Lebensmittelbereich (FHAL) und für ein Abkommen im Bereich der öffentlichen Gesundheit (GesA), Ergebnisse der Exploration und Analyse, März 2008 (zit. Bericht neue Abkommen 2008)

EJPD, Bericht an den Bundesrat, Regelungsunterschiede zwischen dem Schweizerischen Recht und dem Recht der Europäischen Union, Analyse der Möglichkeiten zur Anpassung des Schweizer Rechts zum Zwecke des Abbaus dieser Unterschiede vom 10. Januar 2022 (zit. Bericht Regelungsunterschiede)

Expertengruppe zur Weiterentwicklung der Finanzmarktstrategie, Schlussbericht vom 1. Dezember 2014 (zit. Expertengruppe Finanzmarktstrategie, Bericht 2014)

FINMA, Rundschreiben 2016/2 Offenlegung – Versicherer (Public Disclosure), Grundlagen zum Bericht über die Finanzlage vom 3. Dezember 2015 (zit. FINMA-RS 16/2 «Offenlegung – Versicherer [Public Disclosure]»)

FINMA, Rundschreiben 2008/32 Corporate Governance Versicherer, Corporate Governance, Risikomanagement und Internes Kontrollsystem bei Versicherern vom 20. November 2008 (zit. FINMA-RS 2008/32)

Interdepartementale Koordinationsgruppe EU-Digitalpolitik, Analyse EU-Digitalpolitik 2025 vom 13. Februar 2025 (zit. IK-EUDP, Analyse EU-Digitalpolitik 2025)

SECO, Medienmitteilung vom 24.11.2023, Teilrevision der Maschinenverordnung, abrufbar unter: <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Produktsicherheit/Maschinen.html> (zit. SECO, Medienmitteilung vom 24.11.2023)

SECO, Kommentar STEG, Bundesgesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten, Ausgabe Juli 2007 (zit. SECO, Komm. STEG)

SECO/BVET/BAG/BLW, Regulierungsfolgenabschätzung zur Revision des Lebensmittelrechts, Bericht vom Oktober 2005 (zit. RFA Lebensmittelrecht 2005)

Swissgrid, Factsheet TERRE, MARI und PICASSO, Europäische Plattformen für die gemeinsame Vorhaltung von Regelleistung, März 2025 (zit. Swissgrid, Factsheet Regelenergie-Plattformen)

Weitere Institutionen:

G20 Gipfel St. Petersburg, Leaders Declaration vom 5. bis 6. September 2013, abrufbar unter: <https://www.g20germany.de/Content/DE/_Anlagen/G7_G20/G20-erklaerung-petersburg-en___blob=publicationFile&v=1.pdf> (zit. G20 Gipfel St. Petersburg, Leaders Declaration)

Rechtsquellenverzeichnis

Völkerrechtliche Abkommen:

In Kraft stehende bilaterale Abkommen Schweiz–EU:

Agrarabkommen	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen vom 21. Juni 1999, SR 0.916.026.81
DAA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags vom 26. Oktober 2004, SR 0.142.392.68
EHS-Abkommen	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union zur Verknüpfung ihrer jeweiligen Systeme für den Handel mit Treibhausgasemissionen vom 23. November 2017, SR 0.814.011.268
FHA Schweiz–EU	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972, SR 0.632.401
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen) vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681
LandVA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (Landverkehrsabkommen) vom 21. Juni 1999, SR 0.740.72
LuftVA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (Luftverkehrsabkommen) vom 21. Juni 1999, SR 0.748.127.192.68
MRA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen vom 21. Juni 1999, SR 0.946.526.81
SAA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der

	Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26. Oktober 2004, SR 0.362.31
Übereinkommen EWG/EFTA	Übereinkommen EWG/EFTA zur Vereinfachung der Förmlichkeiten im Warenverkehr vom 20. Mai 1987, SR 0.631.242.03
Versicherungsabkommen	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung vom 10. Oktober 1989, SR 0.961.1
WettbewerbsA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 17. Mai 2013, SR 0.251.268.1
ZollA	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

Geplante bilaterale Abkommen Schweiz–EU (im Rahmen des Pakets zur Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz–EU):

ÄP-MRA	Änderungsprotokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen
IP-MRA	Institutionelles Protokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen
P-LSR	Protokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen zur Errichtung eines gemeinsamen Lebensmittelsicherheitsraums

Beschlüsse des Gemeinsamen Ausschusses EHS-Abkommen:

Beschluss Nr. 2/2020 des Gemeinsamen Ausschusses	Beschluss Nr. 2/2020 des mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Verknüpfung ihrer jeweiligen Systeme für den Handel mit Treibhausgasemissionen eingesetzten Gemeinsamen Ausschusses vom 5. November 2020 zur Änderung der Anhänge I und II des Abkommens und zur Annahme technischer Verknüpfungsstandards (LTS), ABl. L 226 vom 25.06.2021, S. 16
Beschluss Nr. 2/2019 des Gemeinsamen Ausschusses	Beschluss Nr. 2/2019 des mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Verknüpfung ihrer jeweiligen Systeme für den Handel mit Treibhausgasemissionen eingesetzten Gemeinsamen Ausschusses vom 5. Dezember 2019 zur Änderung der Anhänge I und II des Abkommens zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Verknüpfung ihrer jeweiligen Systeme für den Handel mit Treibhausgasemissionen, ABl. L 314 vom 29.09.2020, S. 68

Beschlüsse des Gemischten Ausschusses Landwirtschaft:

Beschluss Nr. 1/2007 des Gemischten Ausschusses Landwirtschaft	Beschluss Nr. 1/2007 des mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen eingesetzten Gemischten Ausschusses für Landwirtschaft vom 15. Juni 2007 zur Änderung der Anlagen von Anhang 5, ABl. L 173 vom 03.07.2007, S. 31
Beschluss Nr. 1/2004 des Gemischten Ausschusses Landwirtschaft	Beschluss Nr. 1/2004 des mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen eingesetzten Gemischten Ausschusses für Landwirtschaft zur Änderung der Anlagen von Anhang 4 vom 8. März 2004, AS 2004 2227

Beschlüsse des Gemischten Veterinärausschusses:

Beschluss Nr. 1/2018 des Gemischten Veterinärausschusses	Beschluss Nr. 1/2018 des mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen eingesetzten Gemischten Veterinärausschusses vom 12. Juni 2018 zur Änderung von Anhang 11 Anlage 6 des Abkommens [2020/554], ABl. L 127 vom 22.04.2020, S. 26
Beschluss Nr. 1/2015 des Gemischten Veterinärausschusses	Beschluss Nr. 1/2015 des mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen eingesetzten Gemischten Veterinärausschusses vom 17. Dezember 2015 zur Änderung der Anlagen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10 und 11 des Anhangs 11 des Agrarabkommens [2020/498], ABl. L 112 vom 08.04.2020, S. 1
Beschluss Nr. 1/2008 des Gemischten Veterinärausschusses	Beschluss Nr. 1/2008 des mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen eingesetzten gemischten Veterinärausschusses vom 23. Dezember 2008 zur Änderung der Anlagen 1, 2, 3, 4, 5, 6 und 10 des Anhangs 11 des Abkommens, ABl. L 6 vom 10.01.2009, S. 89
Beschluss Nr. 1/2006 des Gemischten Veterinärausschusses	Beschluss Nr. 1/2006 des mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen eingesetzten Gemischten Veterinärausschusses vom 1. Dezember 2006 zur Änderung der Anlagen 1, 2, 3, 4, 5, 6 und 10 des Anhangs 11 des Abkommens, ABl. L 32 vom 06.02.2007, S. 91
Beschluss Nr. 1/2005 des Gemischten Veterinärausschusses	Beschluss Nr. 1/2005 des mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen eingesetzten Gemischten Veterinärausschusses vom 21. Dezember 2005 über die Änderung von Anhang 11 Anlage 6 des Abkommens, ABl. L 347 vom 30.12.2005, S. 93

Weitere internationale Rechtsquellen:

BFSA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die gegenseitige Anerkennung im Bereich der Finanzdienstleistungen vom 21. Dezember 2023, BBl 2024 2387

Erklärung von Luxemburg	Erklärung von Luxemburg vom 9. April 1984, zitiert aus EFTA, Twenty-fourth Annual Report of the European Free Trade Association, Genf, März 1985, S. 53 ff.
EWR-Abkommen	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) vom 2. Mai 1992 / 17. März 1993, ABl. L 1 vom 03.01.1994, S. 3
GATS	Allgemeines Abkommen über den Dienstleistungshandel vom 15. April 1994, SR 0.632.20
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen vom 30. Oktober 1947, SR 0.632.21
IPPC	International Plant Protection Convention, abrufbar unter: <https://www.ippc.int/en/about/convention-text/>
PIC	Übereinkommen zur gegenseitigen Anerkennung von Inspektionen betreffend die Herstellung pharmazeutischer Produkte vom 8. Oktober 1970, SR 0.812.101

Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 9. Mai 1992, SR 0.814.01

SPS-Übereinkommen	The WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, abrufbar unter: <https://www.wto.org/english/tratop_E/sps_e/spsagr_e.htm>
TBT-Übereinkommen	The WTO Agreement on Technical Barriers to Trade, abrufbar unter: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/tbt_e.htm>

Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Annahme harmonisierter technischer Regelungen für Radfahrzeuge, Ausrüstungsgegenstände und Teile, die in Radfahrzeuge eingebaut oder dafür verwendet werden können, und die Bedingungen für die gegenseitige Anerkennung von Genehmigungen, die nach diesen Regelungen erteilt wurden, vom 20. März 1958, SR 0.741.411

WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (Wiener Vertragsrechtskonvention) vom 23. Mai 1969, SR 0.111

Schweizer Recht:

Bundesverfassung und Bundesgesetze:

AFG	Bundesgesetz über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz) vom 18. März 1994, AS 1994 2523, aufgehoben am 1. Januar 2007
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz) vom 6. Oktober 1995, SR 943.02

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
CO_2-Gesetz	Bundesgesetz über die Reduktion der CO_2-Emissionen vom 23. Dezember 2011, SR 641.71
CO_2-Gesetz 1999	Bundesgesetz über die Reduktion der CO_2-Emissionen vom 8. Oktober 1999, AS 2000 979, aufgehoben am 1. Januar 2013
FIDLEG	Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz) vom 15. Juni 2018, SR 950.1
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz) vom 19. Juni 2015, SR 958.1
FINIG	Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz) vom 15. Juni 2018, SR 954.1
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz) vom 22. Juni 2007, SR 956.1
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) vom 23. Juni 2006, SR 951.31
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz) vom 20. Juni 2014, SR 817.0
LwG	Bundesgesetz über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz) vom 29. April 1998, SR 910.1
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz) vom 13. Dezember 2002, SR 171.10
PrSG	Bundesgesetz über die Produktesicherheit vom 12. Juni 2009, SR 930.11
STEG	Bundesgesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten vom 19. März 1976, AS 1977 2370, aufgehoben am 1. Juli 2010
THG	Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995, SR 946.51
TSG	Tierseuchengesetz vom 1. Juli 1966, SR 916.40
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz) vom 7. Oktober 1983, SR 814.01
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz) vom 17. Dezember 2004, SR 961.01

VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

Bundesverordnungen:

AkkBV	Verordnung über das schweizerische Akkreditierungssystem und die Bezeichnung von Prüf-, Konformitätsbewertungs-, Anmelde- und Zulassungsstellen (Akkreditierungs- und Bezeichnungsverordnung) vom 17. Juni 1996, SR 946.512
AVO	Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung) vom 9. November 2005, SR 961.011
Bio-Verordnung	Verordnung über die biologische Landwirtschaft und die Kennzeichnung biologisch produzierter Erzeugnisse und Lebensmittel (Bio-Verordnung) vom 22. September 1997, SR 910.18
BLW-Bio-Verordnung	Verordnung des BLW über die biologische Landwirtschaft vom 11. November 2020, SR 910.184
CO_2-Verordnung	Verordnung über die Reduktion der CO_2-Emissionen vom 30. November 2012, SR 641.711
CO_2-Verordnung 2007	Verordnung über die CO_2-Abgabe vom 8. Juni 2007, AS 2007 2915, aufgehoben am 1. Januar 2013
EDAV-DS	Verordnung über die Ein-, Durch- und Ausfuhr von Tieren und Tierprodukten im Verkehr mit Drittstaaten vom 18. November 2015, SR 916.443.10
EDAV-DS-EDI	Verordnung des EDI über die Ein-, Durch- und Ausfuhr von Tieren und Tierprodukten im Verkehr mit Drittstaaten vom 18. November 2015, SR 916.443.106
FMBV	Verordnung des WBF über die Produktion und das Inverkehrbringen von Futtermitteln, Zusatzstoffen für die Tierernährung und Diätfuttermitteln (Futtermittelbuch-Verordnung) vom 26. Oktober 2011, SR 916.307.1
FMV	Verordnung über die Produktion und das Inverkehrbringen von Futtermitteln (Futtermittel-Verordnung) vom 26. Oktober 2011, SR 916.307
GaGV	Verordnung über die Sicherheit von Gasgeräten (Gasgeräteverordnung) vom 25. Oktober 2017, SR 930.116

HHV	Verordnung über das Inverkehrbringen von Holz und Holzerzeugnissen (Holzhandelsverordnung) vom 12. Mai 2021, SR 814.021
HyV	Verordnung des EDI über die Hygiene beim Umgang mit Lebensmitteln vom 16. Dezember 2016, SR 817.024.1
LGV	Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 16. Dezember 2016, SR 817.02
LGV 2005	Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005, AS 2005 5451, aufgehoben am 1. Mai 2017
LMVV	Verordnung über den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung vom 27. Mai 2020, SR 817.042
LRV	Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985, SR 814.318.142.1
MaschV	Verordnung über die Sicherheit von Maschinen (Maschinenverordnung) vom 2. April 2008, SR 819.14
MepV	Medizinprodukteverordnung vom 1. Juli 2020, SR 812.213
MepV 2001	Medizinprodukteverordnung vom 17. Oktober 2001, AS 2001 3487, aufgehoben am 26. Mai 2021
NBV	Verordnung zum Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankverordnung) vom 18. März 2004, SR 951.131
PGesV	Verordnung über den Schutz von Pflanzen vor besonders gefährlichen Schadorganismen (Pflanzengesundheitsverordnung) vom 31. Oktober 2018, SR 916.20
PGesV-WBF-UVEK	Verordnung des WBF und des UVEK zur Pflanzengesundheitsverordnung vom 14. November 2019, SR 916.201
PSAV	Verordnung über die Sicherheit von persönlichen Schutzausrüstungen (PSA-Verordnung) vom 25. Oktober 2017, SR 930.115
PSV 2001	Verordnung über Pflanzenschutz (Pflanzenschutzverordnung) vom 28. Februar 2001, AS 2001 1191, aufgehoben am 1. Januar 2011
STEV	Verordnung über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten vom 12. Juni 1995, AS 1995 2770, aufgehoben am 1. Juli 2010
TAFV 1	Verordnung über technische Anforderungen an Transportmotorwagen und deren Anhänger vom 19. Juni 1995, SR 741.412
TAFV 2	Verordnung über technische Anforderungen an Traktoren und deren Anhänger vom 16. November 2016, SR. 741.13

Verordnung über das schweizerische Akkreditierungssystem	Verordnung über das schweizerische Akkreditierungssystem vom 30. Oktober 1991, AS 1991 2317, aufgehoben am 1. Juli 1996
VHyMP	Verordnung des EDI über die Hygiene bei der Milchproduktion vom 23. November 2005, SR 916.351.021.1
VHyS	Verordnung des EDI über die Hygiene beim Schlachten vom 23. November 2005, SR 817.190.1
VKonf	Verordnung des EVD über die Verfahren der Konformitätsbewertung von Gasgeräten und persönlichen Schutzausrüstungen vom 12. Juni 1995, AS 1995 2783, aufgehoben am 1. Juli 2010
VSFK	Verordnung über das Schlachten und die Fleischkontrolle vom 16. Dezember 2016, SR 817.190
VSS	Verordnung des EDI über die Sicherheit von Spielzeug (Spielzeugverordnung) vom 15. August 2012, SR 817.023.11
VSS 2002	Verordnung des EDI über die Sicherheit von Spielzeug (Spielzeugverordnung) vom 27. März 2002, AS 2002 1082, aufgehoben am 1. Oktober 2012
WBF-Bio-Verordnung	Verordnung des WBF über die biologische Landwirtschaft vom 22. September 1997, SR 910.181
WBF-Vermehrungsmaterial-Verordnung	Verordnung über die Produktion und das Inverkehrbringen von pflanzlichem Vermehrungsmaterial vom 7. Dezember 1998, SR 916.151
WBF-Vermehrungsmaterialverordnung Acker- und Futterpflanzen	Verordnung des WBF über Vermehrungsmaterial von Ackerpflanzen-, Futterpflanzen- und Gemüsearten vom 7. Dezember 1998, SR 916.151.1

Recht der EU:

Primärrechtsakte:

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 25. März 1957 in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007, ABl. C 202 vom 07.06.2016, S. 3, S. 47
EUV	Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007, ABl. C 202 vom 07.06.2016, S. 3, S. 13
EWG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007, ABl. C 202 vom 07.06.2016, S. 389

Richtlinien:

RL 2023/959	Richtlinie (EU) 2023/959 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union und des Beschlusses (EU) 2015/1814 über die Einrichtung und Anwendung einer Marktstabilitätsreserve für das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 130 vom 16.05.2023, S. 134
RL 2018/410	Richtlinie (EU) 2018/410 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2018 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Unterstützung kosteneffizienter Emissionsreduktionen und zur Förderung von Investitionen mit geringem CO_2-Ausstoß und des Beschlusses (EU) 2015/1814 (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 76 vom 19.03.2018, S. 3
RL 2014/65 (MiFID II)	Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (Neufassung) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 173 vom 12.06.2014, S. 349
RL 2013/36/EU (CRD IV)	Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 176 vom 27.06.2013, S. 338
RL 2011/61/EU (AIFM-RL)	Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010 (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 174 vom 01.07.2011, S. 1
RL 2009/138/EG (Solvency II)	Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) (Neufassung) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 335 vom 17.12.2009, S. 1

RL 2009/65/EG (UCITSD IV)	Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) (Neufassung) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 302 vom 17.11.2009, S. 32
RL 2009/29/EG	Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 140 vom 05.06.2009, S. 63
RL 2006/43/EG (Abschlussprüfungs-RL)	Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 157 vom 09.06.2006, S. 87
RL 2004/109/EG (Transparenz-RL)	Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. L 390 vom 31.12.2004, S. 38
RL 2004/39/EG (MiFID I)	Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. L 145 vom 30.04.2004, S. 1
RL 2003/87/EG	Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 275 vom 25.10.2003, S. 32, zuletzt geändert durch: Verordnung (EU) 2024/795 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Februar 2024 zur Einrichtung der Plattform Strategische Technologien für Europa (STEP) und zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG und der Verordnungen (EU) 2021/1058, (EU) 2021/1056, (EU) 2021/1057, (EU) Nr. 1303/2013, (EU) Nr. 223/2014, (EU) 2021/1060,

	(EU) 2021/523, (EU) 2021/695, (EU) 2021/697 und (EU) 2021/241, ABl. L 2024/795 vom 29.02.2024
RL 2003/85/EG	Richtlinie 2003/85/EG des Rates vom 29. September 2003 über Maßnahmen der Gemeinschaft zur Bekämpfung der Maul- und Klauenseuche, zur Aufhebung der Richtlinien 85/511/EWG sowie der Entscheidungen 89/531/EWG und 91/665/EWG und zur Änderung der Richtlinie 92/46/EWG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 306 vom 22.11.2003, S. 1
RL 2003/71/EG (Prospekt-RL)	Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 345 vom 31.12.2003, S. 64
RL 2002/53/EG	Richtlinie 2002/53/EG des Rates vom 13. Juni 2002 über einen gemeinsamen Sortenkatalog für landwirtschaftliche Pflanzenarten, ABl. L 193 vom 20.07.2002, S. 1
RL 2002/32/EG	Richtlinie 2002/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Mai 2002 über unerwünschte Stoffe in der Tierernährung – Erklärung des Rates, ABl. L 140 vom 30.05.2002, S. 10
RL 2001/95/EG	Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 11 vom 15.01.2002, S. 4
RL 2000/29/EG	Richtlinie 2000/29/EG des Rates vom 8. Mai 2000 über Maßnahmen zum Schutz der Gemeinschaft gegen die Einschleppung und Ausbreitung von Schadorganismen der Pflanzen und Pflanzenerzeugnisse, ABl. L 169 vom 10.07.2000, S. 1
RL 93/22/EWG (Wertpapierdienstleistungs-RL)	Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. L 141 vom 11.06.1993, S. 27
RL 93/6/EWG	Richtlinie 93/6/EWG des Rates vom 15. März 1993 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. L 141 vom 11.06.1993, S. 1
RL 92/96/EWG	Richtlinie 92/96/EWG des Rates vom 10. November 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 79/267/EWG und 90/619/

	EWG (Dritte Richtlinie Lebensversicherung), ABl. L 360 vom 9.12.1992, S. 1
RL 92/49/EWG	Richtlinie 92/49/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG und 88/357/EWG (Dritte Richtlinie Schadenversicherung), ABl. L 228 vom 11.08.1992, S. 1
RL 92/46/EWG	Richtlinie 92/46/EWG des Rates vom 16. Juni 1992 mit Hygienevorschriften für die Herstellung und Vermarktung von Rohmilch, wärmebehandelter Milch und Erzeugnissen auf Milchbasis, ABl. L 268 vom 14.09.1992, S. 1
RL 91/683/EWG	Richtlinie 91/683/EWG des Rates vom 19. Dezember 1991 zur Änderung der Richtlinie 77/93/EWG über Maßnahmen zum Schutz gegen das Verbringen von Schadorganismen der Pflanzen oder Pflanzenerzeugnisse in die Mitgliedstaaten, ABl. L 376 vom 31.12.1991, S. 29
RL 90/425/EWG	Richtlinie 90/425/EWG des Rates vom 26. Juni 1990 zur Regelung der veterinärrechtlichen und tierzüchterischen Kontrollen im innergemeinschaftlichen Handel mit lebenden Tieren und Erzeugnissen im Hinblick auf den Binnenmarkt, ABl. L 224 vom 18.08.1990, S. 29
RL 89/686/EWG	Richtlinie 89/686/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für persönliche Schutzausrüstungen, ABl. L 399 vom 30.12.1989, S. 18
RL 89/662/EWG	Richtlinie 89/662/EWG des Rates vom 11. Dezember 1989 zur Regelung der veterinärrechtlichen Kontrollen im innergemeinschaftlichen Handel im Hinblick auf den gemeinsamen Binnenmarkt, ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 13
RL 89/646/EWG (zweite Bankenkoordinierungs-RL)	Zweite Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG, ABl. L 386 vom 30.12.1989, S. 1
RL 85/611/EWG (UCITSD I)	Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABl. L 375 vom 31.12.1985, S. 3
RL 83/189/EWG	Richtlinie 83/189/EWG des Rates vom 28. März 1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. L 109, S. 8

RL 77/780/EWG (erste Bankenkoordinierungs-RL)	Erste Richtlinie 77/780/EWG des Rates vom 12. Dezember 1977 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. L 332 vom 17.12.1977, S. 30
RL 73/239/EWG (erste Koordinierungs-RL Schaden)	Erste Richtlinie 73/239/EWG des Rates vom 24. Juli 1973 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung), ABl. L 228 vom 16.08.1973, S. 3
RL 73/23/EWG	Richtlinie 73/23/EWG des Rates vom 19. Februar 1973 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend elektrische Betriebsmittel zur Verwendung innerhalb bestimmter Spannungsgrenzen, ABl. L 77 vom 26.03.1973, S. 29
RL 70/220/EWG	Richtlinie 70/220/EWG des Rates vom 20. März 1970 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Maßnahmen gegen die Verunreinigung der Luft durch Abgase von Kraftfahrzeugmotoren mit Fremdzündung, ABl. L 76 vom 06.04.1970, S. 1
RL 66/401/EWG	Richtlinie 66/401/EWG des Rates vom 14. Juni 1966 über den Verkehr mit Futterpflanzensaatgut, ABl. L 125 vom 11.07.1966, S. 2298

Verordnungen:

VO 2024/2847	Verordnung (EU) 2024/2847 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2024 über horizontale Cybersicherheitsanforderungen für Produkte mit digitalen Elementen und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 168/2013 und (EU) 2019/1020 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (Cyberresilienz-Verordnung) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 2024/2847 vom 20.11.2024
VO 2023/1230	Verordnung (EU) 2023/1230 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2023 über Maschinen und zur Aufhebung der Richtlinie 2006/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 73/361/EWG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 165 vom 29.06.2023, S. 1
VO 2023/988 (GPSR)	Verordnung (EU) 2023/988 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 über die allgemeine Produktsicherheit, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richt-

	linie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 87/357/EWG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 135 vom 23.05.2023, S. 1
VO 2022/2480	Verordnung (EU) 2022/2480 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 hinsichtlich Entscheidungen der europäischen Normungsorganisationen über europäische Normen und Dokumente der europäischen Normung (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 323 vom 19.12.2022, S. 1
VO 2019/1020	Verordnung (EU) 2019/1020 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über Marktüberwachung und die Konformität von Produkten sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/42/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 765/2008 und (EU) Nr. 305/2011 (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 169 vom 25.06.2019, S. 1
VO 2019/515	Verordnung (EU) 2019/515 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019 über die gegenseitige Anerkennung von Waren, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gebracht worden sind und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 764/2008 (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 91 vom 29.03.2019, S. 1
VO 2018/848	Verordnung (EU) 2018/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 über die ökologische/biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen sowie zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates, ABl. L 150 vom 14.06.2018, S. 1
VO 2017/2195	Verordnung (EU) 2017/2195 der Kommission vom 23. November 2017 zur Festlegung einer Leitlinie über den Systemausgleich im Elektrizitätsversorgungssystem (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 312 vom 28.11.2017, S. 6
VO 2017/1129 (Prospekt-VO)	Verordnung (EU) 2017/1129 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/71/EG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 168 vom 30.06.2017, S. 12

VO 2017/745 (EU-MDR)	Verordnung (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über Medizinprodukte, zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG, der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 und der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 und zur Aufhebung der Richtlinien 90/385/EWG und 93/42/EWG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 117 vom 05.05.2017, S. 1
VO 2017/625	Verordnung (EU) 2017/625 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2017 über amtliche Kontrollen und andere amtliche Tätigkeiten zur Gewährleistung der Anwendung des Lebens- und Futtermittelrechts und der Vorschriften über Tiergesundheit und Tierschutz, Pflanzengesundheit und Pflanzenschutzmittel, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 999/2001, (EG) Nr. 396/2005, (EG) Nr. 1069/2009, (EG) Nr. 1107/2009, (EU) Nr. 1151/2012, (EU) Nr. 652/2014, (EU) 2016/429 und (EU) 2016/2031 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Verordnungen (EG) Nr. 1/2005 und (EG) Nr. 1099/2009 des Rates sowie der Richtlinien 98/58/EG, 1999/74/EG, 2007/43/EG, 2008/119/EG und 2008/120/EG des Rates und zur Aufhebung der Verordnungen (EG) Nr. 854/2004 und (EG) Nr. 882/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 89/608/EWG, 89/662/EWG, 90/425/EWG, 91/496/EEG, 96/23/EG, 96/93/EG und 97/78/EG des Rates und des Beschlusses 92/438/EWG des Rates (Verordnung über amtliche Kontrollen) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 95 vom 07.04.2015, S. 1
VO 2016/2031	Verordnung (EU) 2016/2031 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2016 über Maßnahmen zum Schutz vor Pflanzenschädlingen, zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 228/2013, (EU) Nr. 652/2014 und (EU) Nr. 1143/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 69/464/EWG, 74/647/EWG, 93/85/EWG, 98/57/EG, 2000/29/EG, 2006/91/EG und 2007/33/EG des Rates, ABl. L 317 vom 23.11.2016, S. 4
VO 2016/679	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 119 vom 04.05.2016, S. 1
VO 2016/429	Verordnung (EU) 2016/429 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 zu Tierseuchen und zur Änderung und Aufhebung einiger Rechtsakte im Bereich

	der Tiergesundheit («Tiergesundheitsrecht») (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 84 vom 31.03.2016, S. 1
VO 2016/425	Verordnung (EU) 2016/425 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über persönliche Schutzausrüstungen und zur Aufhebung der Richtlinie 89/686/EWG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 81 vom 31.03.2016, S. 51
VO 2016/424	Verordnung (EU) 2016/424 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über Seilbahnen und zur Aufhebung der Richtlinie 2000/9/EG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 81 vom 31.03.2016, S. 1
VO 2015/2365 (SFTR)	Verordnung (EU) 2015/2365 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über die Transparenz von Wertpapierfinanzierungsgeschäften und der Weiterverwendung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 337 vom 23.12.2015, S. 1
VO 909/2014 (CSDR)	Verordnung (EU) Nr. 909/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Verbesserung der Wertpapierlieferungen und -abrechnungen in der Europäischen Union und über Zentralverwahrer sowie zur Änderung der Richtlinien 98/26/EG und 2014/65/EU und der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 257 vom 28.08.2014, S. 1
VO 600/2014 (MiFIR)	Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 173 vom 12.06.2014, S. 84
VO 596/2014 (MAR)	Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 173 vom 12.06.2014, S. 1
VO 575/2013 (CRR)	Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012 (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 176 vom 27.06.2013, S. 1

VO 1025/2012	Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur europäischen Normung, zur Änderung der Richtlinien 89/686/EWG und 93/15/EWG des Rates sowie der Richtlinien 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG und 2009/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung des Beschlusses 87/95/EWG des Rates und des Beschlusses Nr. 1673/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 316 vom 14.11.2012, S. 12
VO 648/2012 (EMIR)	Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 201 vom 27.07.2013, S. 1
VO 1060/2009 (CRAR)	Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 302 vom 17.11.2009, S. 1
VO 767/2009	Verordnung (EG) Nr. 767/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über das Inverkehrbringen und die Verwendung von Futtermitteln, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1831/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 79/373/EWG des Rates, 80/511/EWG der Kommission, 82/471/EWG des Rates, 83/228/EWG des Rates, 93/74/EWG des Rates, 93/113/EG des Rates und 96/25/EG des Rates und der Entscheidung 2004/217/EG der Kommission (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 229 vom 01.09.2009, S. 1
VO 765/2008	Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 339/93 des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 218 vom 13.08.2008, S. 30
VO 555/2008	Verordnung (EG) Nr. 555/2008 der Kommission vom 27. Juni 2008 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 479/2008 des Rates über die gemeinsame Marktorganisation für Wein hinsichtlich der Stützungsprogramme, des Handels mit Drittländern, des Produktionspotenzials und der Kontrollen im Weinsektor, ABl. L 170 vom 30.06.2008, S. 1

VO 479/2008	Verordnung (EG) Nr. 479/2008 des Rates vom 29. April 2008 über die gemeinsame Marktorganisation für Wein, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1493/1999, (EG) Nr. 1782/2003, (EG) Nr. 1290/2005, (EG) Nr. 3/2008 und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 2392/86 und (EG) Nr. 1493/1999, ABl. L 148 vom 06.06.2008, S. 1
VO 834/2007	Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates vom 28. Juni 2007 über die ökologische/biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 2092/91, ABl. L 189 vom 20.07.2007, S. 1
VO 2073/2005	Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 der Kommission vom 15. November 2005 über mikrobiologische Kriterien für Lebensmittel (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 338 vom 22.12.2005, S. 1
VO 183/2005	Verordnung (EG) Nr. 183/2005 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Januar 2005 mit Vorschriften für die Futtermittelhygiene (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 35 vom 08.02.2005, S. 1
VO 882/2004	Verordnung (EG) Nr. 882/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über amtliche Kontrollen zur Überprüfung der Einhaltung des Lebensmittel- und Futtermittelrechts sowie der Bestimmungen über Tiergesundheit und Tierschutz, ABl. L 165 vom 30.04.2004, S. 1
VO 853/2004	Verordnung (EG) Nr. 853/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 mit spezifischen Hygienevorschriften für Lebensmittel tierischen Ursprungs, ABl. L 139 vom 30.04.2004, S. 55
VO 852/2004	Verordnung (EG) Nr. 852/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über Lebensmittelhygiene, ABl. L 139 vom 30.04.2004, S. 1
VO 599/2004	Verordnung (EG) Nr. 599/2004 der Kommission vom 30. März 2004 zur Festlegung einheitlicher Musterbescheinigungen und Kontrollberichte für den innergemeinschaftlichen Handel mit Tieren und Erzeugnissen tierischen Ursprungs (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 94 vom 31.03.2004, S. 44
VO 1831/2003	Verordnung (EG) Nr. 1831/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. September 2003 über Zusatzstoffe zur Verwendung in der Tierernährung (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 268 vom 18.10.2003, S. 29

VO 178/2002	Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. L 31 vom 01.02.2002, S. 1
VO 2092/91	Verordnung (EWG) Nr. 2092/91 des Rates vom 24. Juni 1991 über den ökologischen Landbau und die entsprechende Kennzeichnung der landwirtschaftlichen Erzeugnisse und Lebensmittel, ABl. L 198 vom 22.07.1991, S. 1

Delegierte Verordnungen:

Del. VO 2021/2306	Delegierte Verordnung (EU) 2021/2306 der Kommission vom 21. Oktober 2021 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2018/848 des Europäischen Parlaments und des Rates durch Vorschriften über die amtlichen Kontrollen von zur Einfuhr in die Union bestimmten Sendungen von ökologischen/biologischen Erzeugnissen und Umstellungserzeugnissen sowie über die Kontrollbescheinigung (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 461 vom 27.12.2021, S. 13
Del. VO 2020/687	Delegierte Verordnung (EU) 2020/687 der Kommission vom 17. Dezember 2019 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2016/429 des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich Vorschriften für die Prävention und Bekämpfung bestimmter gelisteter Seuchen (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 174 vom 03.06.2020, S. 64
Del. VO 2019/331	Delegierte Verordnung (EU) 2019/331 der Kommission vom 19. Dezember 2018 zur Festlegung EU-weiter Übergangsvorschriften zur Harmonisierung der kostenlosen Zuteilung von Emissionszertifikaten gemäß Artikel 10a der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 59 vom 27.02.2019, S. 8
Del. VO 2015/35	Delegierte Verordnung (EU) 2015/35 der Kommission vom 10. Oktober 2014 zur Ergänzung der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 12 vom 17.01.2015, S. 1
Del. VO 153/2013	Delegierte Verordnung (EU) Nr. 153/2013 der Kommission vom 19. Dezember 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des

	Rates in Bezug auf technische Regulierungsstandards für Anforderungen an zentrale Gegenparteien (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 52 vom 23.02.2013, S. 41

Durchführungsverordnungen:

Durchführungsverordnung 2021/2325	Durchführungsverordnung (EU) 2021/2325 der Kommission vom 16. Dezember 2021 zur Erstellung – gemäß der Verordnung (EU) 2018/848 des Europäischen Parlaments und des Rates – des Verzeichnisses der Drittländer und des Verzeichnisses der Kontrollbehörden und Kontrollstellen, die gemäß Artikel 33 Absätze 2 und 3 der Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates für die Zwecke der Einfuhr ökologischer/biologischer Erzeugnisse in die Union anerkannt sind, ABl. L 465 vom 29.12.2021, S. 8
Durchführungsverordnung 2021/1378	Durchführungsverordnung (EU) 2021/1378 der Kommission vom 19. August 2021 mit Vorschriften zur Bescheinigung für Unternehmer, Unternehmergruppen und Ausführer in Drittländern, die ökologische/biologische Erzeugnisse und Umstellungserzeugnisse in die Union einführen und zur Erstellung des Verzeichnisses anerkannter Kontrollbehörden und Kontrollstellen gemäß der Verordnung (EU) 2018/848 des Europäischen Parlaments und des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 297 vom 20.08.2021, S. 297
Durchführungsverordnung 2021/1165	Durchführungsverordnung (EU) 2021/1165 der Kommission vom 15. Juli 2021 über die Zulassung bestimmter Erzeugnisse und Stoffe zur Verwendung in der ökologischen/biologischen Produktion und zur Erstellung entsprechender Verzeichnisse (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 253 vom 16.07.2021, S. 13
Durchführungsverordnung 2021/403	Durchführungsverordnung (EU) 2021/403 der Kommission vom 24. März 2021 mit Durchführungsbestimmungen zu den Verordnungen (EU) 2016/429 und (EU) 2017/625 des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Muster für Veterinärbescheinigungen, der Muster für amtliche Bescheinigungen und der Muster für Veterinär-/amtliche Bescheinigungen für den Eingang in die Union von Sendungen bestimmter Kategorien von Landtieren und ihres Zuchtmaterials und für deren Verbringungen zwischen Mitgliedstaaten, hinsichtlich der amtlichen Bescheinigungstätigkeit im Zusammenhang mit derartigen Bescheinigungen sowie zur Aufhebung des Beschlusses 2010/470/EU (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 113 vom 31.03.2021, S. 1

Durchführungsverordnung 2020/2236	Durchführungsverordnung (EU) 2020/2236 der Kommission vom 16. Dezember 2020 mit Durchführungsbestimmungen zu den Verordnungen (EU) 2016/429 und (EU) 2017/625 des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Muster für Veterinärbescheinigungen für den Eingang in die Union von Sendungen von Wassertieren und von bestimmten Erzeugnissen tierischen Ursprungs aus Wassertieren und für deren Verbringungen innerhalb der Union sowie hinsichtlich der amtlichen Bescheinigungstätigkeit im Zusammenhang mit derartigen Bescheinigungen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1251/2008 (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 442 vom 30.12.2020, S. 410
Durchführungsverordnung 2020/2235	Durchführungsverordnung (EU) 2020/2235 der Kommission vom 16. Dezember 2020 mit Durchführungsbestimmungen zu den Verordnungen (EU) 2016/429 und (EU) 2017/625 des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Muster für Veterinärbescheinigungen, der Muster für amtliche Bescheinigungen und der Muster für Veterinär-/amtliche Bescheinigungen für den Eingang in die Union von Sendungen bestimmter Kategorien von Tieren und Waren und für deren Verbringungen innerhalb der Union, hinsichtlich der amtlichen Bescheinigungstätigkeit im Zusammenhang mit derartigen Bescheinigungen sowie zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 599/2004, der Durchführungsverordnungen (EU) Nr. 636/2014 und (EU) 2019/628, der Richtlinie 98/68/EG und der Entscheidungen 2000/572/EG, 2003/779/EG und 2007/240/EG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 442 vom 30.12.2020, S. 1
Durchführungsverordnung 2019/2072	Durchführungsverordnung (EU) 2019/2072 der Kommission vom 28. November 2019 zur Festlegung einheitlicher Bedingungen für die Durchführung der Verordnung (EU) 2016/2031 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf Maßnahmen zum Schutz vor Pflanzenschädlingen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 690/2008 der Kommission sowie zur Änderung der Durchführungsverordnung (EU) 2018/2019 der Kommission, ABl. L 319 vom 10.12.2019, S. 1
Durchführungsverordnung 2018/2066	Durchführungsverordnung (EU) 2018/2066 der Kommission vom 19. Dezember 2018 über die Überwachung von und die Berichterstattung über Treibhausgasemissionen gemäß der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 601/2012 der Kommission (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 334 vom 31.12.2018, S. 1

Beschlüsse:

Beschluss 2015/1814	Beschluss (EU) 2015/1814 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 2015 über die Einrichtung und Anwendung einer Marktstabilitätsreserve für das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union und zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 264 vom 09.10.2015, S. 1
Beschluss 2011/30/EU	Beschluss der Kommission vom 19. Januar 2011 über die Gleichwertigkeit bestimmter drittstaatlicher Aufsichts-, Qualitätssicherungs-, Untersuchungs- und Sanktionssysteme für Abschlussprüfer und Abschlussprüfungsgesellschaften und über eine Übergangsfrist für Prüfungstätigkeiten bestimmter drittstaatlicher Abschlussprüfer und Abschlussprüfungsgesellschaften in der Europäischen Union (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2011) 117) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 15 vom 20.01.2011, S. 12
Beschluss 2010/64/EU	Beschluss der Kommission vom 5. Februar 2010 über die Angemessenheit der zuständigen Stellen bestimmter Drittländer gemäss der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2010) 590), ABl. L 35 vom 06.02.2010, S. 15
Beschluss 768/2008/EG	Beschluss Nr. 768/2008/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für die Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung des Beschlusses 93/465/EWG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 218 vom 13.08.2008, S. 82
Beschluss 93/465/EWG	Beschluss des Rates vom 22. Juli 1993 über die in den technischen Harmonisierungsrichtlinien zu verwendenden Module für die verschiedenen Phasen der Konformitätsbewertungsverfahren und die Regeln für die Anbringung und Verwendung der CE-Konformitätskennzeichnung, ABl. L 220 vom 30.08.1993, S. 23
Beschluss 90/683/EWG	Beschluss des Rates vom 13. Dezember 1990 über die in den technischen Harmonisierungsrichtlinien zu verwendenden Module für die verschiedenen Phasen der Konformitätsbewertungsverfahren, ABl. L 380 vom 31.12.1990, S. 13
Beschluss 90/518/EWG	Beschluss des Rates vom 24. September 1990 über den Abschluss des Übereinkommens zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft einerseits und der Republik Österreich, der Republik Finnland, der Republik Island, dem Königreich Norwegen, dem Königreich Schweden und der

	Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über ein Informationsaustauschverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften, ABl. L 291 vom 23.10.1990, S. 1

Delegierte Beschlüsse:

Delegierter Beschluss der Kommission 2019/708	Delegierter Beschluss (EU) 2019/708 der Kommission vom 15. Februar 2019 zur Ergänzung der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Festlegung der Sektoren und Teilsektoren, bei denen davon ausgegangen wird, dass für sie im Zeitraum 2021–2030 ein Risiko der Verlagerung von CO_2-Emissionen besteht (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 120 vom 08.05.2019, S. 20
Delegierter Beschluss der Kommission 2015/1602	Delegierter Beschluss (EU) 2015/1602 der Kommission vom 5. Juni 2015 über die Gleichwertigkeit der in der Schweiz geltenden Solvabilitäts- und Aufsichtssysteme für Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen auf der Grundlage von Artikel 172 Absatz 2, Artikel 227 Absatz 4 und Artikel 260 Absatz 3 der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 248 vom 24.09.2015, S. 95

Durchführungsbeschlüsse:

Durchführungsbeschluss 2022/984	Durchführungsbeschluss (EU) 2022/984 der Kommission vom 22. Juni 2022 über die Gleichwertigkeit des Regulierungsrahmens der Volksrepublik China für die von der People's Bank of China zum Clearing von OTC-Derivaten auf dem Interbankenmarkt zugelassenen und beaufsichtigten zentralen Gegenparteien mit den Anforderungen der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 167 vom 24.06.2022, S. 103
Durchführungsbeschluss 2021/1753	Durchführungsbeschluss (EU) 2021/1753 der Kommission vom 1. Oktober 2021 über die Gleichwertigkeit der aufsichtlichen und rechtlichen Anforderungen bestimmter Drittländer und Gebiete für die Zwecke der Behandlung von Risikopositionen gemäß der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 349 vom 04.10.2021, S. 31

Durchführungsbeschluss 2021/85	Durchführungsbeschluss (EU) 2021/85 der Kommission vom 27. Januar 2021 über die Gleichwertigkeit des Regulierungsrahmens der Vereinigten Staaten von Amerika für von der Securities and Exchange Commission (Wertpapier- und Börsenaufsichtsbehörde) zugelassene und beaufsichtigte zentrale Gegenparteien mit den Anforderungen der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 29 vom 28.01.2021, S. 27
Durchführungsbeschluss 2018/2047	Durchführungsbeschluss (EU) 2018/2047 der Kommission vom 20. Dezember 2018 über die Gleichwertigkeit des für Börsen in der Schweiz geltenden Rechts- und Aufsichtsrahmens gemäß der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 327 vom 21.12.2018, S. 77
Durchführungsbeschluss 2017/2441	Durchführungsbeschluss (EU) 2017/2441 der Kommission vom 21. Dezember 2017 über die Gleichwertigkeit des für Börsen in der Schweiz geltenden Rechts- und Aufsichtsrahmens gemäß der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 344 vom 23.12.2017, S. 52
Durchführungsbeschluss 2016/2274	Durchführungsbeschluss (EU) 2016/2274 der Kommission vom 14. Dezember 2016 über die Gleichwertigkeit des Regulierungsrahmens Neuseelands für zentrale Gegenparteien gemäß der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 342 vom 16.12.2016, S. 54
Durchführungsbeschluss 2015/2042	Durchführungsbeschluss (EU) 2015/2042 der Kommission vom 13. November 2015 über die Gleichwertigkeit des Regulierungsrahmens der Schweiz für zentrale Gegenparteien mit den Anforderungen der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister, ABl. L 298 vom 14.11.2015, S. 42

Deutsches Recht:

TEHG	Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz) vom 27. Februar 2025, BGBl. 2025 I Nr. 70 vom 05. März 2025

§ 1 Ausgangslage und Fragestellung

Die Schweizer Rechtsordnung wird seit mehr als 70 Jahren auf vielfältige Weise vom Recht der Europäischen Union (bzw. ihrer Vorgängerorganisationen) beeinflusst. Neben der Übernahme von EU-Recht auf der Grundlage von völkerrechtlichen Verpflichtungen in bilateralen Abkommen[1] gleicht die Schweiz ihr Recht seit Ende der 1980er Jahre ohne völkerrechtliche Verpflichtung an EU-Recht an.[2] Diese Rechtsangleichung erfolgt, um Nachteile zu kompensieren, die daraus entstehen, dass die Schweiz weder Mitglied der EU noch Mitglied des 1993 geschaffenen Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) ist.[3] Für diese spezifische Form der Rechtsangleichung hat sich in der Schweiz die Bezeichnung des autonomen Nachvollzugs etabliert.[4] In den vergangenen 38 Jahren hat sich der autonome Nachvollzug zu einem zentralen Instrument der Schweizer Europapolitik entwickelt.[5]

Am Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit steht die Frage, welche konkrete Wirkung der autonome Nachvollzug auf das Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU hat. Durch den autonomen Nachvollzug wird im jeweiligen Bereich eine zum EU-Recht vergleichbare Rechtslage im Schweizer Recht geschaffen, doch vermag diese Angleichung allein oftmals noch nicht die (Handels-)Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU zu intensivieren.[6] Eine solche Wirkung entsteht hingegen, wenn die durch den autonomen Nachvollzug geschaffene, zum EU-Recht vergleichbare Rechtslage im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU formell als gleichwertig anerkannt wird und diese Anerkennung der Gleichwertigkeit mit weiteren Rechtsfolgen verknüpft wird, z. B. einem punktuellen Zugang der Schweiz zum EU-Binnenmarkt.

Erfolgt auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs eine Anerkennung der Gleichwertigkeit, entsteht folglich ein spezifischer Zugangsmechanismus der Schweiz zum EU-Binnenmarkt. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit sollen diese Wirkungsweise des autonomen Nachvollzugs und der dadurch entstehende Zugangsmechanismus anhand von vier Anwendungsbeispielen untersucht werden.

---

1 Oesch, Europäisierung, S. 18; Jaag/Hänni, Rz. 4013.

2 Oesch, Europäisierung, S. 17 f.

3 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 387.

4 Jaag/Hänni, Rz. 4201a.

5 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 386, 389.

6 Bericht Lagebeurteilung 2023, S. 16.

Dabei geht es einerseits um eine detaillierte Betrachtung der Rolle des autonomen Nachvollzugs als Grundlage für die Anerkennung der Gleichwertigkeit und um die damit verbundene Frage, in welcher Weise der autonome Nachvollzug in verschiedenen Bereichen zu einer Anerkennung der Gleichwertigkeit führt. Andererseits wird eine rechtliche Bewertung des daraus entstehenden Zugangsmechanismus angestrebt. Im Zentrum steht die Frage, wie dieser Zugang zum EU-Binnenmarkt aus der Perspektive der Rechtssicherheit zu bewerten ist und inwieweit der Schweiz ein Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung sowie der Rechtsanwendung und -auslegung bleibt.

In der Literatur fehlt es bislang an einer systematischen und detaillierten Untersuchung dieser spezifischen Wirkungsweise des autonomen Nachvollzugs und des daraus entstehenden Zugangsmechanismus. Die vorliegende Arbeit soll diese Lücke füllen und einen Beitrag zur Erforschung des autonomen Nachvollzugs mit seinen vielfältigen Ausprägungen leisten. Eine intensive Auseinandersetzung mit diesem Zugangsmechanismus der Schweiz zum EU-Binnenmarkt ist insbesondere angesichts der wiederkehrenden Diskussionen um die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen der Schweiz und der Europäischen Union auch aus rechtspolitischer Perspektive von Relevanz. Es sollen aus rechtlicher Perspektive die Wirkung und das Potential, aber auch die Grenzen des autonomen Nachvollzugs und des daraus entstehenden Zugangs zum EU-Binnenmarkt erforscht und aufgezeigt werden.

§ 2 Aufbau der Arbeit

Im ersten Teil werden die theoretischen Grundlagen geschaffen, welche erforderlich sind für die Untersuchung der Bedeutung des autonomen Nachvollzugs als Basis für die Anerkennung der Gleichwertigkeit und für die Bewertung des sich daraus ergebenden Zugangsmechanismus zum EU-Binnenmarkt. Dazu wird zunächst auf das Instrument des autonomen Nachvollzugs (§ 3) und das Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit (§ 4) eingegangen. Das letzte Grundlagenkapitel (§ 5) führt die beiden zentralen Konzepte zusammen und gibt einen Überblick über die verschiedenen Konstellationen, in welchen der autonome Nachvollzug zu einer Form der Anerkennung der Gleichwertigkeit führt.

Im Hauptteil werden die Bedeutung des autonomen Nachvollzugs und die Bewertung des Zugangsmechanismus sektorspezifisch untersucht anhand von vier Themenbereichen. Behandelt werden Industrieprodukte (§ 6), Agrarprodukte (§ 7), Emissionshandel (§ 8) und Finanzdienstleistungen (§ 9). Die Untersuchung dieser vier Bereiche folgt einer einheitlichen Struktur: Es wird zunächst ein themenspezifischer Überblick im Sinne eines Einstiegs in die Thematik gegeben. Dann wird auf die Entwicklungen der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU im jeweiligen Themenbereich eingegangen, da die historische Entwicklung von Bedeutung ist für das Verständnis, weshalb ein Zugang zum EU-Binnenmarkt auf diese Weise erfolgt. In einem dritten Teil wird eine eingehende Analyse des Mechanismus der Anerkennung der Gleichwertigkeit im jeweiligen Bereich und der Bedeutung des autonomen Nachvollzugs für die Anerkennung der Gleichwertigkeit vorgenommen. Die sektorspezifischen Kapitel schliessen mit einer Bewertung des Zugangsmechanismus anhand der Gesichtspunkte der Rechtssicherheit sowie des Handlungsspielraums im Bereich der Rechtsetzung, der Rechtsanwendung und -auslegung.

In den Schlussbetrachtungen der Arbeit (§ 10) werden die Erkenntnisse aus den vier Themenbereichen im Sinne einer Gesamtbewertung zusammengeführt. Es geht dabei sowohl um eine Würdigung der Bedeutung des autonomen Nachvollzugs als auch um eine Einordnung des Zugangsmechanismus in den Gesamtkontext der Beziehungen Schweiz–EU. Vor dem Hintergrund der neusten Entwicklungen schliesst die Arbeit mit einer Prognose zur zukünftigen Bedeutung des autonomen Nachvollzugs als Grundlage für die Anerkennung der Gleichwertigkeit.

§ 3 Autonomer Nachvollzug

In einem ersten Schritt sollen in diesem Kapitel die theoretischen Grundlagen zum autonomen Nachvollzug geschaffen werden, der eines der zwei zentralen Konzepte und die thematische Grundlage dieser Arbeit bildet. Nach der Definition des Begriffs des autonomen Nachvollzugs (Kap. A.) geht es um die europarechtskonforme Auslegung als Ausprägung des autonomen Nachvollzugs in der Rechtsanwendung und -auslegung (Kap. B.). Als dritter Teil des Kapitels wird die historische Entwicklung des autonomen Nachvollzugs dargestellt (Kap. C.).

A. Definition des autonomen Nachvollzugs

I. Übersicht

Als autonomer Nachvollzug wird die Angleichung von Schweizer Recht an das Recht der EU ohne völkerrechtliche Verpflichtung verstanden,[7] welche mit dem Zweck erfolgt, eine Kompatibilität zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht herzustellen,[8] wobei die Kompatibilität zum EU-Recht ihrerseits dazu dienen soll, verschiedene europapolitische Ziele der Schweiz zu erreichen.

Somit stellt der autonome Nachvollzug im Grundsatz einen Vorgang der Rechtsetzung und Rechtsangleichung durch den Schweizer Gesetz- bzw. Verordnungsgeber dar. Da das Schweizer Recht auf vielfältige Weise von unionalem Recht beeinflusst wird,[9] gilt es zunächst im Sinne einer Definition, die Charakteristika des autonomen Nachvollzugs darzustellen. Diese Charakteristika dienen dazu, den autonomen Nachvollzug von ähnlichen Rechtsetzungsvorgängen abzugrenzen, die ebenfalls zu einer Angleichung von Schweizer Recht an EU-Recht führen.

II. Charakteristische Merkmale

Zwei Merkmale charakterisieren den autonomen Nachvollzug und grenzen ihn damit von anderen Rechtsetzungs- bzw. Angleichungsvorgängen ab. Das erste

---

7 Statt vieler Jaag/Hänni, Rz. 4201a.

8 Sturny, S. 5; Oesch, Schweiz–EU, Rz. 387.

9 Vgl. Oesch, Schweiz–EU, Rz. 384.

Merkmal betrifft die rechtliche Grundlage der Rechtsangleichung (Kap. A.II.1.), das zweite Merkmal den Zweck der Rechtsangleichung (Kap. A.II.2.).

1. Erstes Merkmal: Rechtliche Grundlage

1.1 Fehlen einer völkerrechtlichen Verpflichtung zur Rechtsangleichung

Die Definition des autonomen Nachvollzugs und dessen Abgrenzung erfolgen in der Lehre und Rechtsprechung primär anhand des Kriteriums der rechtlichen Grundlage: Eine Angleichung von Schweizer Recht an EU-Recht ist als autonomer Nachvollzug zu qualifizieren, wenn die Rechtsangleichung ohne völkerrechtliche Verpflichtung erfolgt.[10] Mit anderen Worten setzt die Qualifizierung eines Rechtsangleichungsvorgangs als autonomer Nachvollzug voraus, dass keine Vorschrift in einem völkerrechtlichen Vertrag zwischen der Schweiz und der EU besteht, welche die Schweiz verpflichtet, ihr Recht an EU-Recht anzugleichen (z. B. indem sie EU-Recht übernehmen muss).

1.2 Bedeutung der fehlenden völkerrechtlichen Verpflichtung

Für die Definition des autonomen Nachvollzugs ist die Spezifizierung der fehlenden völkerrechtlichen bzw. staatsvertraglichen Verpflichtung zentral. Das Charakteristikum liegt darin, dass sich die Schweiz nicht *gegenüber der EU* im Rahmen einer völkerrechtlichen Vorschrift zur Rechtsangleichung verpflichtet hat.

Beschliesst der Schweizer Gesetz- oder Verordnungsgeber hingegen eine Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht auf der Grundlage einer rechtlichen Verpflichtung im Schweizer Recht (im Sinne einer gesetzgeberischen Selbstverpflichtung), hindert dies die Qualifikation der Rechtsangleichung als autonomer Nachvollzug nach einhelliger Ansicht nicht (sofern das zweite Merkmal auch erfüllt ist).[11]

---

[10] Oesch, Bern oder Brüssel, S. 33; Oesch/Brugger, S. 36; Glaser, Bilaterale Verträge, S. 134; Jaag/Hänni, Rz. 4201a; Breitenmoser/Weyeneth, Rz. 1057; Pärli, S. 465 f.; Forstmoser, S. 523; Sturny, S. 5; Europabericht 2006, S. 6831.

[11] Eine solche Verpflichtung für den Bundesrat besteht z. B. in Art. 4 Abs. 2 THG, dazu Spinner/Maritz, S. 130 f.; von Büren, S. 39 f., 68; im Detail, hinten § 6 Kap. B. II.2.; vgl. auch Ernst, S. 2: «Autonomer Nachvollzug ist immer Nachvollzug kraft eigenständiger politischer Entschliessung.»

1.3 Autonomie des Nachvollzugs

Besteht keine völkerrechtliche Verpflichtung, bedeutet dies, dass der Schweizer Gesetz- oder Verordnungsgeber rechtlich autonom bzw. selbständig und unabhängig über den Nachvollzug von EU-Recht entscheiden kann.[12] In der Literatur wird verschiedentlich darauf hingewiesen, dass die Charakterisierung des Nachvollzugs als «autonom» insofern irreführend sei, als der Schweiz aus wirtschaftlichen Gründen oft keine andere Möglichkeit bleibe, als ihr Recht an EU-Recht anzugleichen.[13] Während die Bezeichnung des autonomen Nachvollzugs bei einer gesamtheitlichen Betrachtung des Wortes aufgrund der politischen und wirtschaftlichen Realität somit eine gewisse Ungenauigkeit aufweist, ist die Bezeichnung zutreffend, sofern «autonom» aus rein rechtlicher Perspektive verstanden wird.

1.4 Abgrenzung zur Rechtsangleichung mit völkerrechtlicher Verpflichtung

Durch das Kriterium der fehlenden völkerrechtlichen Verpflichtung wird der autonome Nachvollzug von Vorgängen der Rechtsetzung abgegrenzt, bei welchen Schweizer Recht aufgrund einer staatsvertraglichen bzw. völkerrechtlichen Verpflichtung in einem bilateralen Abkommen an EU-Recht angeglichen wird. Eine verpflichtende Angleichung kann einerseits erfolgen, indem Vorschriften oder Begriffe des EU-Rechts im für die Parteien verbindlichen Abkommenstext verwendet werden.[14] Andererseits enthalten verschiedene Abkommen eine explizite Verpflichtung der Schweiz, die oftmals in Anhängen zu den Abkommen enthaltenen EU-Rechtsakte «umzusetzen und anzuwenden»[15] oder gleichwertige Schweizer Vorschriften anzuwenden.[16]

---

12 Vgl. die Definition des Adjektivs «autonom» im Duden, welches mit «verwaltungsmässig selbstständig, unabhängig» umschrieben wird.

13 Kunz, Europäisierung, S. 48; Sethe, Rechtsangleichung, S. 349 f.

14 Epiney/Metz/Pirker, S. 141. Zur komplexen Frage der Auslegung solcher Bestimmungen S. 141 f.

15 Vgl. Art. 2 Abs. 1 SAA; Art. 1 Abs. 1 DAA; Art. 1 Abs. 2 LuftVA; vgl. zu dieser Form der Rechtsangleichung Epiney/Metz/Pirker, S. 144 f.

16 Z. B. Anhang 1 Abschnitt «Anwendbare Bestimmungen» LandVA: «Gemäss Artikel 52 Absatz 6 dieses Abkommens wendet die Schweiz Rechtsvorschriften an, die den nachstehend genannten Rechtsvorschriften gleichwertig sind: […]»; siehe auch Anhang II Art. 1 Abs. 1 FZA; Epiney/Metz/Pirker, S. 142 mit weiteren Beispielen.

1.5 Bedeutung des autonomen Nachvollzugs im Zusammenhang mit bilateralen Abkommen

Das Abgrenzungskriterium der fehlenden völkerrechtlichen Verpflichtung sollte dabei nicht in einer Weise verstanden werden, dass sämtliche Vorgänge der Rechtsangleichung, welche im Zusammenhang mit völkerrechtlichen Verträgen mit der EU erfolgen, nicht als autonomer Nachvollzug zu qualifizieren sind.[17] Wie im Rahmen dieser Arbeit anhand der vier behandelten Bereiche aufgezeigt wird, ist der autonome Nachvollzug im Zusammenhang mit verschiedenen bilateralen Abkommen in *zwei Funktionen* von Bedeutung.

1.5.1. Autonomer Nachvollzug zur erstmaligen Angleichung

Während verschiedene bilaterale Abkommen eine staatsvertragliche Pflicht der Schweiz zur Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht enthalten,[18] bestehen auch bilaterale Abkommen, denen keine Verpflichtung zur Rechtsangleichung zu entnehmen ist. Es handelt sich insb. um einen Teil der Abkommen,[19] welche auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebungen in der Schweiz und der EU beruhen[20] und in dieser Arbeit detailliert untersucht werden.[21] Damit diese Abkommen abgeschlossen werden und funktionieren können, ist als Vorbedingung die Herstellung von Gleichwertigkeit zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht notwendig.[22] Sofern diese Abkommen keine Verpflichtung zur Rechtsangleichung enthalten, erfolgte die Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht zwecks Herstellung von Gleichwertigkeit im Rahmen des autonomen

---

17 A. M. Tobler/Beglinger, Brevier, S. 20.

18 Vgl. vorne § 3 Kap. A.II.1.4.

19 Gewisse Abkommen, welche auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebungen beruhen, enthalten hingegen eine Verpflichtung zur Rechtsangleichung, z. B. das LandVA in Art. 52 Abs. 6 i. V. m. Anhang 1.

20 Vgl. dazu Thürer/Hillemanns, Rz. 24; Epiney/Metz/Pirker, S. 98; Wüger/Scarpelli, S. 296 f.; Spinner, S. 14.

21 Es handelt sich dabei um das MRA (§ 6 Kap. C.), das Agrarabkommen (§ 7 Kap. C.) und das EHS-Abkommen (§ 8 Kap. C.).

22 Oesch, Europäisierung, S. 18, welcher den autonomen Nachvollzug als «conditio sine qua non» für den Abschluss der Bilateralen I und II bezeichnet; zurückhaltender Thürer/Hillemanns, Rz. 24, welche betonten: «Der Umstand, dass sich die schweizerische Gesetzgebung mit grenzüberschreitender Wirkung während den letzten zehn Jahre im autonomen Nachvollzug an das Recht der EU angepasst hat, vereinfachte die Verhandlungen der Verträge sehr.»; Botschaft Bilaterale I, S. 6158; Wüger/Scarpelli, S. 297.

Nachvollzugs.[23] Diese Funktion des autonomen Nachvollzugs wird in den Kapiteln zu den Industrie- und Agrarprodukten vertieft.

1.5.2. Autonomer Nachvollzug zur Aktualisierung der Angleichung

Bei allen Abkommen, welche auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebungen beruhen, ist der autonome Nachvollzug zudem im Rahmen der Aktualisierung bzw. des «Aufdatierens»[24] der Abkommen von zentraler Bedeutung. Bei der Unterzeichnung beruhten diese Abkommen und damit auch die Gleichwertigkeit auf dem Stand des EU-Rechts und des Schweizer Rechts, wie es zu diesem Zeitpunkt gültig war. Da insb. EU-Recht in gewissen Rechtsgebieten regelmässig geändert wird, ist es notwendig, dass die in den Abkommen genannten Rechtsakte routinemässig an das geänderte Recht angepasst werden.[25] Andernfalls würden die Abkommen sonst auf veraltetem und nicht mehr in Kraft stehendem Recht beruhen, was deren Funktionsfähigkeit hemmen würde.[26] Da die auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit beruhenden Abkommen wie die meisten bilateralen Abkommen aktuell noch[27] statisch ausgestaltet sind und keine Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme, d. h. zur Aktualisierung der Abkommen, vorsehen,[28] muss diese Anpassung des Schweizer Rechts an geändertes EU-Recht im Rahmen des autonomen Nachvollzugs erfolgen, um die Gleichwertigkeit zu erhalten.[29]

---

23 Thürer/Hillemanns, Rz. 24; Oesch, Europäisierung, S. 18.

24 Tobler/Beglinger, Brevier, S. 20.

25 Tobler/Beglinger, Brevier, S. 20.

26 Thürer/Hillemanns, Rz. 24; siehe zur Problematik einer fehlenden Aktualisierung anhand des konkreten Beispiels der Medizinprodukte hinten § 6 Kap. D.I.4.1.

27 Die Einführung einer Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme bei den Binnenmarktabkommen ist im Rahmen des Pakets für die Stabilisierung und Weiterentwicklung vorgesehen, vgl. Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 72 ff.; zu den möglichen Folgen der Änderungen vgl. die Aussagen von Glaser in der NZZ vom 16. Juli 2025, S. 7.

28 Zur Rechtslage de lege lata Glaser/Langer, S. 568; Oesch, Europarecht, Rz. 999 ff.

29 Diese Funktion des autonomen Nachvollzugs wird im deutschen Schrifttum bei Schmalenbach, Rz. 28 mit Verweis auf Furrer, S. 320, unterstrichen. Vgl. Furrer, S. 320, welcher davon spricht, dass der freiwillige Anpassungsprozess «nun im Rahmen der bilateralen Verträge in einem gewissen Umfang institutionalisiert [wurde]», indem sich die Schweiz bereit erklärte, «ihre Rechtsordnung in einer ganzen Reihe von Rechtsfragen an das Gemeinschaftsrecht anzugleichen».

2. Zweites Merkmal: Zweck des autonomen Nachvollzugs

2.1 Herstellung von Kompatibilität zur Erreichung europapolitischer Ziele

Das zweite definierende Merkmal, welches den autonomen Nachvollzug von ähnlichen Vorgängen der Rechtsangleichung abgrenzt, betrifft dessen Zweck.

Eine Angleichung von Schweizer Recht an EU-Recht ohne völkerrechtliche Verpflichtung ist nur dann als autonomer Nachvollzug zu qualifizieren, wenn vom Gesetz- oder Verordnungsgeber *unmittelbar* die Herstellung von Kompatibilität zum EU-Recht bezweckt wird,[30] um *mittelbar* zur Verwirklichung europapolitischer Ziele der Schweiz beizutragen.[31] Erst wenn eine rechtlich freiwillige Rechtsangleichung zu diesem unmittelbaren und mittelbaren Zweck erfolgt, liegt somit autonomer Nachvollzug vor.

Wird auf die Vorgehensweise im Gesamten bzw. auf die, die einzelnen Anwendungsbeispiele des autonomen Nachvollzugs übergreifende, politische Strategie Bezug genommen, wird in der Literatur auch von der Politik des autonomen Nachvollzugs oder der Politik der Europaverträglichkeit bzw. Europakompatibilität gesprochen.[32]

2.1.1. EU-Rechts-Kompatibilität als unmittelbarer Zweck

Im Rahmen der Politik des autonomen Nachvollzugs[33] bildet die Herstellung von Kompatibilität mit EU-Recht den unmittelbaren Zweck der Rechtsangleichung.[34]

Was Kompatibilität inhaltlich bedeutet, d. h., welcher Grad an Übereinstimmung damit gemeint ist, lässt sich nicht abstrakt und damit losgelöst von konkreten Anwendungsbeispielen festlegen. Der Grad der angestrebten Kompatibilität hängt stark von dem beabsichtigten mittelbaren Ziel hinter der Angleichung ab: Je nachdem, welcher Grad an Übereinstimmung notwendig ist zur Erreichung des mittel-

---

30 Cottier/Dzamko/Evtimov, S. 360 f.; Kohler, adaptation autonome, S. 43.

31 Zu diesen Zielen siehe im Detail hinten § 3 Kap. A.II.2.1.2.

32 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 385.

33 Als Synonym wird auch der Begriff der Politik der Europaverträglichkeit oder Europakompatibilität verwendet, z. B. bei Oesch, Schweiz–EU, Rz. 385.

34 Cottier/Dzamko/Evtimov, S. 360; Kohler, adaptation autonome, S. 43: «le but même de cette politique étant la similitude des réglementations»; Probst, S. 231. Vgl. auch Glaser, Bilaterale Verträge, S. 134 f.

baren Ziels, kann der autonome Nachvollzug im Rahmen der Kompatibilität zu einer inhaltlich engeren oder weniger engen Anlehnung an das EU-Recht führen.

> Strebt der Gesetzgeber, wie z. B. im Bereich der Finanzdienstleistungen, eine einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit an, über welche die EU-Kommission entscheidet, muss er sich bei der Frage des geforderten Grads der Übereinstimmung, welcher für die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit notwendig ist, nach den Vorgaben der EU-Kommission richten.[35]

Die Festlegung der Intensität der Angleichung im Rahmen der Herstellung von Kompatibilität ist letztlich Sache des Gesetz- oder Verordnungsgebers. Er bestimmt auch, inwiefern trotz des grundsätzlichen Zwecks der Herstellung der EU-Rechts-Kompatibilität Abweichungen vom EU-Recht gemacht werden sollen (sog. *Swiss Finish*).[36]

2.1.2. Erreichung der Ziele der Schweizer Europapolitik als mittelbarer Zweck

Die Herstellung von Kompatibilität ist nicht Selbstzweck,[37] sondern soll der Verwirklichung von mittelbaren europapolitischen Zielen dienen.

Der autonome Nachvollzug und die Herstellung von Kompatibilität zum EU-Recht verfolgen den mittelbaren Zweck, insb. wirtschaftliche Nachteile zu mindern, welche aus dem Umstand entstehen, dass die Schweiz weder Mitglied der EU noch Mitglied des EWR-Abkommens ist.[38] Mit der Herstellung der Kompatibilität bzw. dem Vermeiden von Divergenzen zu relevantem EU-Recht sollen Nachteile bei der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Markts verringert werden[39] und eine Vertiefung der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU, insb. in der Form des sektoriellen Zugangs zum EU-Binnenmarkt, realisiert werden.[40] Dazu gehört auch das Ziel, den Abschluss von bilateralen Abkommen als primäre europapolitische Strategie zu fördern, da auf diese Weise oftmals ein Zugang zum EU-Binnenmarkt ermöglicht wird.[41]

---

35 Vgl. zu diesem Beispiel im Detail hinten § 9 Kap. C.I.5.2.1.3.

36 Vgl. Sethe, Rechtsangleichung, S. 359. Zur Gefahr der unreflektierten Anpassung im Rahmen des autonomen Nachvollzugs Oesch, Schweiz–EU, Rz. 394 ff.

37 Das Gleiche gilt auch für die Prüfung der Europakompatibilität, vgl. Wyss, S. 718.

38 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 387 erster Spiegelstrich.

39 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 387 erster Spiegelstrich; Sethe, Rechtsangleichung, S. 352.

40 Wyss, S. 718 f.

41 Integrationsbericht 1988, S. 345.

Nach der Ablehnung des Beitritts zum EWR-Abkommen im Dezember 1992 wurde mit dem autonomen Nachvollzug und der dadurch entstehenden EU-Rechts-Kompatibilität auch das mittelbare Ziel verfolgt, alle Integrationsoptionen der Schweiz offenzuhalten, wozu neben dem Abschluss von bilateralen Abkommen der Beitritt zur EU oder zum EWR-Abkommen zählte.[42] Seit dem erfolgreichen Abschluss verschiedener bilateraler Abkommen seit 1999 und der damit gestiegenen politischen Überzeugung, dass der Bilateralismus in Form von bilateralen Abkommen den passendsten Weg für die Schweiz in ihrem Verhältnis zur EU darstellt,[43] sind die beiden anderen Integrationsoptionen politisch in den Hintergrund getreten. Auch wenn der autonome Nachvollzug seither primär dazu dienen soll, den Abschluss von weiteren bilateralen Abkommen zu ermöglichen bzw. zu erleichtern, trägt eine möglichst grosse Kompatibilität des Schweizer Rechts zum EU-Recht natürlich weiterhin auch zu einer praktischen Vereinfachung eines möglichen Beitritts zur EU oder zum EWR-Abkommen bei.[44]

2.2 Anerkennung der Gleichwertigkeit als europapolitisches Ziel

Da im Rahmen dieser Arbeit die Konstellationen im Zentrum stehen, bei welchen der autonome Nachvollzug zu einer Anerkennung der Gleichwertigkeit führt, soll an dieser Stelle insb. auf diese europapolitische Zielsetzung eingegangen werden.

Der Grundgedanke dieses Ziels ist, dass die EU die rechtlich freiwillige Schaffung von Parallelität zum EU-Recht politisch honoriert, indem sie die Gleichwertigkeit der Rechtslage zwischen der Schweiz und der EU formell anerkennt[45] und gestützt darauf Bereitschaft zeigt zu Vereinfachungen im grenzüberschreitenden Handel.

Mit dem autonomen Nachvollzug wurde seit seiner Einführung 1988 die Anerkennung der Gleichwertigkeit in verschiedenen Bereichen als *ein* europapolitisches Ziel verfolgt.[46] Auch nach der Ablehnung des EWR-Beitritts der Schweiz blieb die Anerkennung der Gleichwertigkeit als politisches Ziel auf Schweizer Seite wichtig: Der Schweiz gelang es bereits im Sommer 1993, die EU zu überzeugen,

---

42 Botschaft Folgeprogramm, S. 810; Oesch, Schweiz–EU, Rz. 387 zweiter Spiegelstrich.

43 Zuletzt Bericht Lagebeurteilung 2023, S. 48.

44 Im Rahmen eines Beitritts zur EU müsste der gesamte Rechtsbestand der EU übernommen werden, vgl. Oesch/Campi, Rz. 90 ff.

45 Vgl. zur Definition der Anerkennung der Gleichwertigkeit hinten § 4 Kap. B.

46 Integrationsbericht 1988, S. 345, 380; Botschaft Folgeprogramm, S. 829; Botschaft THG 1995, S. 542; Botschaft Agrarpaket 95, S. 650.

dass das geplante Freizügigkeitsabkommen auf der Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts und des EU-Rechts beruhen sollte, was danach in die Verhandlungsrichtlinien der EU aufgenommen wurde.[47] Das Prinzip der Gleichwertigkeit der Rechtsvorschriften prägte in der Folge auch die anderen Abkommen der Bilateralen I (mit Ausnahme des Luftverkehrsabkommens).[48]

Mit der Aufnahme des Prinzips der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im EU-Recht zur Regelung des Zugangs von Drittstaaten zum EU-Binnenmarkt in den 1990er Jahren[49] richtete sich die Zielsetzung der Schweiz, welche durch den autonomen Nachvollzug erreicht werden sollte, auf die Erreichung einer einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit.[50] Auch heute wird dieses Ziel der Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des autonomen Nachvollzugs noch angestrebt, wie das aktuelle Beispiel des Holzhandels zeigt.[51]

2.3 Abgrenzung zur Rechtsangleichung im Rahmen der Rechtsvergleichung

Durch das Merkmal des Zwecks kann der autonome Nachvollzug von Vorgängen der Rechtsangleichung abgegrenzt werden, bei welcher EU-Recht, ebenfalls ohne völkerrechtliche Verpflichtung, als Inspiration im Rahmen der Methode der Rechtsvergleichung ins Schweizer Recht übernommen wird.

2.3.1. Methode der Rechtsvergleichung

Im Rahmen der Rechtsetzung verwenden die zuständigen Stellen der Schweizer Bundesverwaltung vielfach die Methode der Rechtsvergleichung,[52] um in Erfah-

---

47 Spinner, S. 14.

48 Spinner, S. 14 f.

49 Vgl. dazu hinten § 4 Kap. C.IV.1. und C.IV.2.

50 Z. B. im Bereich der Bio-Produkte, dazu Botschaft Agrarpaket 95, S. 653, oder im Bereich des Datenschutzes, dazu Oesch, Schweiz–EU, Rz. 419 ff. Die Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der Finanzdienstleistungen kamen nach 2000 schrittweise hinzu, vgl. im Detail hinten § 9. Kap. A.V.2.2.

51 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrats vom 22.11.2017 zur Motion Nr. 17.3855 «Gleich lange Spiesse für Schweizer Holzexporteure gegenüber ihrer europäischen Konkurrenz».

52 Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung in der Schweiz vgl. z. B. Kunz, Rechtsvergleichung, S. 34 ff. «Der Blick über die Grenze und die Methode der Rechtsvergleichung» gehört gem. Oesch, Europäisierung, S. 31, mittlerweile «zum Standardrepertoire des Schweizer Gesetzgebers».

rung zu bringen, welche Lösungen und Konzepte andere Staaten für ein vergleichbares Problem in der Schweizer Rechtsordnung verwenden.[53] Das ausländische Recht, wozu insb. auch das EU-Recht zählt, dient im Rahmen des Rechtsvergleichs damit als Quelle der Erkenntnis und der Inspiration für den Schweizer Gesetz- und Verordnungsgeber.[54]

2.3.2. Unterschied zum autonomen Nachvollzug

Ergibt die Rechtsvergleichung, dass eine ausländische gesetzgeberische Lösung die zweckmässigste und passendste Lösung für die konkrete Situation in der Schweiz ist, entscheidet sich der Gesetz- oder Verordnungsgeber allenfalls, die ausländische Regelung ins Schweizer Recht zu übernehmen und dieses damit an die ausländische Rechtslage anzugleichen.[55]

Eine auf diese Weise stattfindende Rechtsangleichung erfolgt damit primär aus gesetzgeberischen Gesichtspunkten (Geeignetheit einer ausländischen Lösung)[56] und nicht wie im Rahmen des autonomen Nachvollzugs mit dem Zweck, Kompatibilität zum EU-Recht herzustellen.[57]

Aufgrund seines Zwecks kommt beim autonomen Nachvollzug von vornherein nur die Angleichung an das Recht der EU in Frage,[58] während der Kreis der Staaten, welche bei der herkömmlichen Rechtsvergleichung als Inspirationsquellen dienen können, grundsätzlich nicht auf einzelne Staaten beschränkt ist.[59] Die Methode der

---

53 Kunz, Einführung Rechtsvergleichung, S. 42.

54 Kunz, Rechtsvergleichung, S. 35 f.

55 Kohler, adaptation autonome, S. 43 f.: «parce qu'il lui semble régler au mieux la situation juridique»; Oesch, Europäisierung, S. 31. Als Beispiele für eine Rechtsangleichung im Rahmen der Rechtsvergleichung gelten etwa Art. 3 BGBM, welcher vom *Cassis de Dijon*-Prinzip im EU-Recht inspiriert wurde, vgl. dazu Oesch, Schweiz–EU, Rz. 393, oder die 1990 erlassenen Vorschriften zu den Haustürgeschäften in Art. 40a ff. OR, vgl. dazu Baudenbacher, S. 313.

56 Kohler, adaptation autonome, S. 43 f.; Oesch, Europäisierung, S. 31.

57 Kohler, adaptation autonome, S. 43: «Le droit européen est repris dans la législation suisse non pas en raison de sa valeur intrinsèque, mais pour assurer une compatibilité entre les deux ordres juridiques.»

58 Gem. Oesch, Schweiz–EU, Rz. 392, wird bei der Rechtsvergleichung keine bestimmte Rechtsordnung «*ab initio* favorisiert», was beim autonomen Nachvollzug gerade der Fall ist.

59 Aus praktischer Perspektive erfolgt eine Rechtsvergleichung primär mit Staaten, welche ähnliche politische und wirtschaftliche Bedingungen aufweisen, da damit die Vergleichbarkeit zur Situation im eigenen Staat erhöht wird. In der Schweiz wird der

Rechtsvergleichung folgt gerade «keinem vorgegebenen Ziel im Sinne einer Präferenz für eine bestimmte Rechtsordnung, deren Lösung aus rechtsetzungstechnischen Erwägungen als überlegen gilt oder aus politischen oder anderen Gründen *ab initio* favorisiert wird».[60] Insofern gilt die Rechtsvergleichung als zweckfrei.[61]

2.3.3. Grad der Übereinstimmung als Indiz

In der Literatur wird als Abgrenzungskriterium zwischen Angleichung an EU-Recht im Rahmen des autonomen Nachvollzugs oder auf der Grundlage eines Rechtsvergleichs teilweise auf den Grad der Übereinstimmung abgestellt.[62]

Da im Rahmen des autonomen Nachvollzugs EU-Rechts-Kompatibilität als unmittelbarer Zweck angestrebt wird, kann tendenziell davon ausgegangen werden, dass der autonome Nachvollzug zu einer inhaltlich engen Anlehnung des Schweizer Rechts an EU-Recht führt, während bei Konstellationen, in welchen das EU-Recht bloss Inspirationsquelle war, in der Tendenz eine weniger strikte Angleichung erfolgt.

Bei einer Qualifikation anhand des Grads der Angleichung ist jedoch Vorsicht geboten. Wie bereits erwähnt, kann der autonome Nachvollzug zu einer unterschiedlichen Intensität der Rechtsangleichung führen,[63] während auch bei der Verwendung des EU-Rechts als Inspirationsquelle denkbar ist, dass eine Lösung aus dem EU-Recht eins zu eins ins Schweizer Recht übertragen wird (z. B. weil keine Gründe für Sonderlösungen im Schweizer Recht bestehen). Dieser Spielraum des Gesetzgebers bei der Bestimmung des Grads der Übereinstimmung ist gerade Teil des Charakteristikums dieser beiden Formen der Rechtsangleichung, weil keine völkerrechtlichen Verpflichtungen bestehen.

Nach der hier vertretenen Ansicht sollte für die Abgrenzung daher primär auf den vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck der Rechtsangleichung abgestellt werden. Der Grad der Übereinstimmung kann als zusätzliches Indiz insb. in Fällen, bei welchen der Wille des Gesetzgebers nicht klar erkennbar ist, berücksichtigt werden.

Blick besonders oft auf die Nachbarstaaten, insb. Deutschland, die USA und die EU gerichtet, vgl. Kunz, Rechtsvergleichung, S. 36 f.

60 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 392.

61 Kunz, Einführung Rechtsvergleichung, S. 34.

62 Sethe, Rechtsangleichung, S. 352, Fn. 21: «Unter einem autonomen Nachvollzug versteht man die nahezu unveränderte Übernahme europarechtlicher Regelungsmodelle»; Heinemann, rechtliche Transplantate, S. 18; Kohler, adaptation autonome, S. 43.

63 Vgl. vorne § 3 Kap. A.II.2.1.1.

III. Abgrenzung in der Praxis

1. Praktische Bedeutung der Abgrenzung

Die Unterscheidung zwischen autonomem Nachvollzug und anderen Formen der Rechtsangleichung ist für Behörden[64] und Gerichte in der Schweiz von Bedeutung bei der Anwendung[65] und Auslegung der entsprechenden Vorschriften.

Die Qualifikation einer Vorschrift als autonom nachvollzogene Vorschrift wirkt sich konkret auf den Einbezug von Gerichts- und Verwaltungspraxis in der EU bei der Anwendung und Auslegung aus: Bei autonom nachvollzogenen Vorschriften wird in der Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich davon ausgegangen, dass die vom Gesetzgeber angestrebte Konformität bzw. Parallelität zum EU-Recht auch im Rahmen der Rechtsanwendung und Rechtsauslegung beachtet werden muss und daher die Praxis der Behörden und Gerichte in der EU zu konsultieren ist (sog. europakonforme Auslegung). Wird Schweizer Recht im Rahmen der klassischen Rechtsvergleichung an EU-Recht angeglichen, weil das EU-Recht als beste gesetzgeberische Lösung erscheint,[66] geht die Lehre und Rechtsprechung nicht von einer Notwendigkeit des Einbezugs aus.[67]

2. Abgrenzung anhand der Materialien

Das Abstellen auf den Zweck der Rechtsangleichung zur Qualifikation, ob eine Rechtsangleichung im Rahmen des autonomen Nachvollzugs oder im Sinne eines klassischen Rechtsvergleichs erfolgt ist, setzt aus praktischer Sicht die Erkennbarkeit des gesetzgeberischen Willens bezüglich des Zwecks voraus. Als Erkenntnisquelle dienen in erster Linie die Materialien zu einem Bundesgesetz oder einer Bundesverordnung.[68]

---

64 Als Behörden werden in dieser Arbeit im funktionalen Sinne ausschliesslich die Träger von Verwaltungsaufgaben verstanden (dazu gehören auch sachlich dezentralisierte Verwaltungsträger wie z. B. die FINMA). Folglich umfasst der Behördenbegriff in dieser Arbeit nicht die Gerichte, vgl. dazu Griffel, Rz. 601, 607.

65 Als Rechtsanwendung wird in dieser Arbeit die administrative Rechtsanwendung durch Behörden verstanden in Abgrenzung zur Rechtsauslegung durch Gerichte als Teil der Rechtsprechungstätigkeit, vgl. zur Abgrenzung Griffel, Rz. 598.

66 Kohler, adaptation autonome, S. 43 f.

67 Kohler, interprétation, S. 131. Vgl. im Detail hinten § 3 Kap. B.V.2.

68 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 388, 405. Zur Europakompatibilitätsprüfung im Detail siehe Wyss, S. 717 ff.

2.1 Bundesgesetz: Botschaft und weitere Materialien

Wichtigste Quelle auf der Ebene der Bundesgesetze bildet die Botschaft zu einer Vorlage. Zur Erkennbarkeit des Zwecks des Gesetzgebers hilft, dass der Bundesrat gem. Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG verpflichtet ist, in der Botschaft u. a. «das Verhältnis zum europäischen Recht» darzulegen.[69] Gemäss Botschaftsleitfaden, welcher als Verwaltungsverordnung die Vorgaben im ParlG ergänzt, sollen sodann Umfang und Reichweite im Falle einer Rechtsangleichung dargelegt werden.[70] In diesem Sinne sind Abweichungen von der europäischen Regelung gem. Botschaftsleitfaden zu begründen.[71] Der Bundesrat ist seit 2018 gem. Art. 141 Abs. 2 lit. a^{bis} ParlG zudem verpflichtet, aufzuzeigen, inwieweit «der Handlungsspielraum der Schweiz im Rahmen einer autonomen Übernahme ausgenutzt wurde».[72] Die Informationen befinden sich normalerweise im sog. Europakapitel einer Botschaft.[73] Im Falle, dass sich eine Vorlage «in umfassender Weise an Bestimmungen der EU»[74] orientiert, werden die detaillierten Ausführungen betreffend das Verhältnis zum EU-Recht bei den Erläuterungen zu den jeweiligen Bestimmungen gemacht.[75]

Neben der Botschaft können auch die Ratsprotokolle im Amtlichen Bulletin,[76] Kommissionsprotokolle (welche jedoch nicht öffentlich zugänglich sind) und weitere Materialien wie erläuternde Berichte zu Vernehmlassungsvorlagen[77] helfen, den Zweck der Rechtsangleichung zu erkennen.

2.2 Bundesverordnung: Anträge an den Bundesrat und weitere Materialien

Beim Erlass von Verordnungen sind die zuständigen Stellen in der Bundesverwaltung gem. den Richtlinien für Bundesgeschäfte verpflichtet, im Antrag an den Bundesrat «ein[en] Vergleich der vorgesehenen Regelung mit ausländischem

---

69 Botschaftsleitfaden, S. 36.

70 Botschaftsleitfaden, S. 36.

71 Botschaftsleitfaden, S. 36 f.

72 Botschaftsleitfaden, S. 36 f.

73 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 388.

74 Botschaftsleitfaden, S. 37.

75 Botschaftsleitfaden, S. 37.

76 So bezieht sich das BGer verschiedentlich auf Ratsprotokolle, siehe z. B. BGE 143 II 297 S. 326 f. E. 6.2.3.

77 Vgl. als Beispiel den Erläuternden Bericht zur Vernehmlassung bezüglich der Änderung der CO_2-Verordnung, Erläuternder Bericht Änderung CO_2-Verordnung 2024, S. 68.

Recht, insbesondere jenem der EU», anzustellen,[78] wobei diese Anträge, anders als Botschaften, nicht im Bundesblatt veröffentlicht werden.[79] Der Zweck der Rechtsangleichung ist teilweise auch den erläuternden Berichten zu den Bundesverordnungen zu entnehmen.

2.3 Informationspflicht seit 1988

Die Ursprünge der Information über das Verhältnis einer Vorlage zum EU-Recht in Botschaften zu Bundesgesetzen und Anträgen an den Bundesrat bei Bundesverordnungen fallen mit den Anfängen des autonomen Nachvollzugs zusammen: Die Informationspflicht wurde bereits 1988 vom Bundesrat geschaffen, um die Politik des autonomen Nachvollzugs zu fördern:[80] Es sollte verhindert werden, dass Abweichungen zum EU-Recht aus Unkenntnis der Rechtslage in der EU erfolgen.[81] Mit der Information über das Verhältnis zum EU-Recht sollten jedoch auch «europäische Reflexe im Gesetzgebungs- und politischen Willensbildungsprozess gefördert werden».[82] Anlässlich der Schaffung des Parlamentsgesetzes 2002 wurde die Informationspflicht bei Bundesgesetzen mit Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG gesetzlich verankert.[83]

B. Europarechtskonforme Auslegung und Anwendung

I. Grundidee

Die Politik des autonomen Nachvollzugs als Strategie des Bundesrats und des Schweizer Parlaments fokussiert auf den Bereich der Rechtsetzung, was im ursprünglichen Namen der «europafreundlichen Rechtsetzung»[84] zum Ausdruck kommt.[85]

---

78 Ziff. 2 Richtlinien für Bundesratsgeschäfte.

79 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 405.

80 Integrationsbericht 1988, S. 345.

81 Integrationsbericht 1988, S. 380.

82 Integrationsbericht 1988, S. 345.

83 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 388.

84 Diese Bezeichnung wurde erstmals im Integrationsbericht 1988 verwendet, siehe S. 380; vgl. auch Thürer, S. 577 ff.

85 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 397: «Die Politik des autonomen Nachvollzugs gilt als Rechtsetzungsmaxime umfassend für die Legislativtätigkeit auf Stufe Bund.»

Bereits kurz nach Aufnahme der Politik des autonomen Nachvollzugs wurde von Stimmen in der Lehre moniert, dass die Europakompatibilität nicht auf die Rechtsetzung beschränkt sein dürfe, sondern auch eine Maxime in der Rechtsanwendung und -auslegung von nachvollzogenem Recht sein sollte.[86]

Die Idee dahinter ist, dass der mittelbare Zweck des autonomen Nachvollzugs nur erreicht werden kann, wenn der unmittelbare Zweck der Herstellung von Kompatibilität auch im Bereich der Rechtsanwendung und Rechtsauslegung berücksichtigt wird.[87] In dieser Arbeit wird in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[88] und einem Grossteil der Lehre[89] der Begriff der «europarechtskonformen Auslegung» verwendet, wobei dieser als Synonym zu weiteren in der Literatur verwendeten Bezeichnungen, wie der «EU-Rechts-konformen Auslegung»[90], verstanden wird.

II. Rezeption in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Nach ersten Ansätzen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in den Jahren zuvor bejahte das BGer in BGE 129 III 335, welcher bis heute den *leading case* zur europarechtskonformen Auslegung darstellt, erstmals explizit die Idee einer europarechtskonformen Auslegung:

> Zunächst urteilte das BGer, die EU-Rechtsordnung sei *als Auslegungshilfe* beizuziehen, da «die Revision 1993 die Anpassung von Art. 333 OR an die RL 77/187 […] im Rahmen des so genannten autonomen Nachvollzugs des europäischen Rechts bezweckte».[91]
>
> Danach hielt es in allgemeiner Weise fest: «Nachvollzogenes Binnenrecht ist im Zweifel europarechtskonform auszulegen. […] Wird aber die schweizerische Ordnung einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt.»[92]

---

86 Baudenbacher, S. 316, welcher noch weiter ging und die Meinung vertrat, dass die europarechtskonforme Auslegung «auch beim nichtrezipierten Recht» zur Anwendung kommen sollte.

87 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 409.

88 BGE 129 III 335 S. 350 E. 6.

89 Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rz. 301; Oesch, Schweiz–EU, Rz. 410, welcher auch von der «europaverträglichen Auslegung» spricht.

90 Seiler, S. 304.

91 BGE 129 III 335 S. 350 E. 6.

92 BGE 129 III 335 S. 350 E. 6; zu diesem Urteil im Detail siehe z. B. Amstutz, S. 76 ff.

Auf der Grundlage dieses Urteils entwickelte sich in den Folgejahren eine Rechtsprechungslinie zur europarechtskonformen Auslegung und Anwendung, welche seither in verschiedenen Rechtsbereichen, insb. aber im Privatrecht, vom BGer verfolgt wird.[93] In einem jüngeren Urteil zum Urheberrechtsgesetz beschreibt das BGer die europarechtskonforme Auslegung wie folgt:

> «Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Bestreben, die schweizerische Regelung dem europäischen Recht anzugleichen, bei der Auslegung der Normen des Schweizer Rechts, die im Rahmen des sog. autonomen Nachvollzugs des europäischen Rechts erlassen worden sind, zu berücksichtigen.»[94]

Auch das BVGer wendet die europarechtskonforme Auslegung bei autonom nachvollzogenem Recht an.[95]

Die europarechtskonforme Auslegung führt zu verschiedenen Rechtsfragen und bildet deshalb Gegenstand einer Vielzahl von Werken in der juristischen Literatur, in deren Rahmen eine detaillierte Auseinandersetzung mit einzelnen Fragen stattfindet.[96] Für den Zweck dieser Arbeit können sich die Ausführungen auf einige Grundsätze der europarechtskonformen Auslegung beschränken, welche die theoretischen Grundlagen bilden sollen für die Ausführungen zur Bewertung des Spielraums der Schweiz in der Rechtsanwendung und -auslegung.

III. Europarechtskonforme Auslegung im Rahmen der Schweizer Methodologie

Die europarechtskonforme Auslegung stellt kein eigenständiges Auslegungselement dar, sondern erfolgt im Rahmen der Schweizer Methodologie, was bereits in BGE 129 III 335 mit der Formulierung «soweit die binnenstaatlich zu beachtende

---

93 BGE 130 III 182 S. 189 ff. E. 5.5.1 (Pauschalreisegesetz); BGE 137 III 226 S. 229 E. 2.2 (Produktehaftungsgesetz); BGE 132 III 32 S. 36 f. E. 4.1 (Art. 333 OR); BGE 137 III 403 S. 408 ff. E. 3.3 (Markenschutzgesetz); BGE 145 III 451 S. 465 E. 4.3.2 (Urheberrechtsgesetz); BGE 137 II 199 S. 208 f. E. 4.3.1; BGE 143 II 297 S. 326 ff. E. 6.2.3 (Kartellgesetz).

94 BGE 145 III 451 S. 456 E. 4.3.2.

95 BVGer, B-3064/2008 vom 13. September 2010, E. 3.

96 Siehe z. B. Cottier/Dzamko/Evtimov, S. 357 ff.; Amstutz, S. 67 ff.; Wiegand/Brülhart, S. 6 ff.; Probst, S. 225 ff.; Furrer, S. 311 ff.; Bieri, S. 708 ff.; Kohler, interprétation, z. B. S. 125 ff.

Methodologie eine solche Angleichung zulässt»[97] zum Ausdruck gebracht wird.[98] Die Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers erfolgt insb. über das historische Auslegungselement und die teleologische Interpretation,[99] was das BGer und das BVGer in ihrer Rechtsprechung bestätigen.[100]

Das BGer geht von autonomem Nachvollzug aus, wenn ein «Bestreben [des Gesetzgebers], die schweizerische Regelung dem europäischen anzugleichen»,[101] erkennbar ist oder mit anderen Worten der Wille zur Harmonisierung des Schweizer Rechts mit EU-Recht besteht.[102]

Wie vorne aufgezeigt, stützen sich Gerichte dabei in erster Linie auf die Materialien zum betroffenen Rechtsakt, d. h. die Botschaft eines Bundesgesetzes oder den Antrag an den Bundesrat bei einer Verordnung.[103] Das BGer zieht teilweise auch die Ratsprotokolle aus den Debatten in National- und Ständerat zur Eruierung des gesetzgeberischen Willens bei.[104]

IV. Abstufungen der europarechtskonformen Auslegung in der Praxis

Die Bezugnahme auf den Willen des Gesetzgebers als Voraussetzung für die europarechtskonforme Auslegung bedeutet, dass in der Umkehr Vorschriften im Schweizer Recht, bei welchen dieser Wille nicht erkennbar ist, nicht notwendigerweise[105] europarechtskonform auszulegen sind.

---

97 BGE 129 III 335 S. 350 E. 6.

98 Kramer/Arnet, S. 357: «Selbstverständlich muss sich das Gebot europarechtskonformer Interpretation in der nicht der EU angehörenden Schweiz aus zum schweizerischen Recht entwickelten methodologischen Überlegungen ableiten lassen.»

99 Emmenegger/Tschentscher, BK-ZBG, Art. 1 Rz. 302; Oesch, Schweiz–EU, Rz. 410; Kohler, interprétation, S. 138 ff.; Rütsche, S. 139.

100 Z. B. BGE 144 III 285 S. 291 E. 2.2.2; BVGer, B-3064/2008 vom 13. September 2010, E. 3.

101 BGE 145 III 451 S. 456 E. 4.3.2.

102 BGE 137 III 226 S. 229 E. 2.2.

103 Kohler, interprétation, S. 131 f., 138; Oesch, Schweiz–EU, Rz. 410.

104 Z. B. in BGE 143 II 297 S. 326 f. E. 6.2.3.

105 Im Rahmen dieser Arbeit wird in Bezug auf die europarechtskonforme Auslegung stets von einer Notwendigkeit gesprochen und bewusst auf die Charakterisierung einer «Verpflichtung» verzichtet, da rechtlich wohl nicht vom Bestehen einer solchen ausgegangen werden kann.

Insbesondere bei Rechtsgebieten, in welchen der Schweizer Gesetzgeber das Schweizer Recht nicht durchgängig und einheitlich an EU-Recht angeglichen, sondern sich bewusst für Abweichungen entschieden hat, kann es im konkreten Anwendungsfall Schwierigkeiten bereiten, festzustellen, ob bei einem Angleichungsvorgang der Zweck der Konformität zum EU-Recht verfolgt wurde oder nicht.[106]

Während das BGer und das BVGer in einigen Rechtsgebieten in ständiger Rechtsprechung klar von einer europarechtskonformen Auslegung ausgehen,[107] ist in Gebieten, in welchen die Rechtsübernahme weniger durchgehend und eng erfolgt ist, eine grössere Zurückhaltung bezüglich der Annahme einer europarechtskonformen Auslegung erkennbar.[108]

V. Auslegung von durch EU-Recht inspiriertem Schweizer Recht

Fehlt im Rahmen einer Angleichung von Schweizer Recht an EU-Recht der gesetzgeberische Wille, durch die Angleichung eine Kompatibilität zum EU-Recht herzustellen, um mittelbar europapolitische Ziele zu erreichen, ist nicht von autonomem Nachvollzug, sondern von einer Rechtsangleichung auf der Grundlage der Rechtsvergleichung auszugehen.[109]

1. Dogmatische Unterscheidung

Das BGer unterscheidet ebenfalls zwischen Vorschriften, bei welchen ausländische Regelungen «dem schweizerischen Gesetzgeber als Vorbild gedient haben, ohne dass im Konkreten eine Abweichung festzustellen ist»,[110] und Vorschriften,

---

106 Vgl. Oesch, Schweiz–EU, Rz. 413.

107 Vgl. die Urteile vorne § 3 Kap. B.II.

108 Ein Beispiel ist das Mehrwertsteuerrecht, in welchem die Schweiz ihr Recht in Bezug auf gewisse Aspekte eng an EU-Recht angeglichen hat, während sie in Bezug auf andere Aspekte einen eigenständigen Weg gegangen ist (z. B. bei den Steuersatzbestimmungen, vgl. dazu im Detail Imstepf, S. 83 ff.). Das BGer urteilte, dass die EU-Rechtsakte «eine nicht zu vernachlässigende Erkenntnisquelle und Interpretationshilfe darstellen können», wobei dies nur der Fall sei, «wenn der schweizerische Gesetzgeber nicht bewusst von EU-Regelungen abweicht», vgl. BGer, 2A.40/2007 vom 14. November 2007, E. 2.4 mit Verweis auf BGE 124 II 193 S. 203 f. E. 6a.

109 Vgl. zur Abgrenzung vorne § 3 Kap. A.II.2.3.2.

110 BGE 133 III 180 S. 184 E. 3.5.

bei welchen «eine bewusste Harmonisierung mit ausländischen Rechtsordnungen angestrebt worden ist».[111] In letzterem Falle ist klar der autonome Nachvollzug gemeint, was sich durch den Verweis auf BGE 129 III 335 zur europarechtskonformen Auslegung zeigt.[112]

2. Auswirkungen für die Auslegung

Während Rechtsprechung und Lehre bei autonom nachvollzogenem Recht von einer Notwendigkeit zur europarechtskonformen Auslegung ausgehen,[113] soll bei einer Angleichung, in deren Rahmen das EU-Recht das Schweizer Recht inspiriert hat, die *Möglichkeit* bestehen, die Auslegungspraxis der EU in rechtsvergleichender Weise zu berücksichtigen.[114] Mit anderen Worten soll bei einer reinen *Orientierung* am EU-Recht in der Rechtsetzung nur die Möglichkeit einer *europarechtsorientierten* Auslegung bestehen.[115]

In der Praxis des Bundesgerichts weist das BGer verschiedentlich auf die Möglichkeit eines Einbezugs der Auslegungspraxis der EU in rechtsvergleichender Hinsicht hin, z. B. bei Fällen im Bereich des Finanzmarktrechts.[116]

3. Synthese

Trotz dieser dogmatischen Unterteilung zwischen notwendiger europarechtskonformer Auslegung und möglicher europarechtsorientierter Auslegung ist eine trennscharfe Abgrenzung in der Praxis nicht immer möglich. Gerade der Verweis auf die Beachtung des EU-Rechts in rechtsvergleichender Hinsicht im Rahmen der europarechtsorientierten Auslegung kann zu Verwirrungen führen,[117] da die

---

111 BGE 133 III 180 S. 184 E. 3.5.

112 BGE 133 III 180 S. 184 E. 3.5.

113 Vgl. vorne § 3 Kap. B.II.

114 Heinemann, Gaba-Urteil, S. 111; Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rz. 303.

115 Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rz. 303; Heinemann, Gaba-Urteil, S. 111.

116 BGE 147 I 57 S. 66 E. 5.3.2.

117 In BGE 133 III 180 S. 184 E. 3.5 sagt das BGer, dass sowohl beim autonomen Nachvollzug als auch bei einer Angleichung im Rahmen der Rechtsvergleichung der rechtsvergleichende Einbezug von EU-Recht möglich sei.

europarechtskonforme Auslegung in der Lehre verschiedentlich als Ausprägung der Rechtsvergleichung betrachtet wird.[118]

Im Sinne einer Verallgemeinerung der Rechtsprechung des BGer in BGE 143 II 297 im Bereich des Wettbewerbsrechts kann m. E. im Sinne einer Reihenfolge folgende Vorgehensweise in der gerichtlichen Praxis festgestellt werden: Ist der Wille zur Herstellung der Kompatibilität zum EU-Recht deutlich erkennbar und unbestritten, kommt eine europarechtskonforme Auslegung zum Zuge.[119] Ist der Wille des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers nicht deutlich erkennbar, liegt jedoch eine Übereinstimmung zwischen Schweizer Recht und EU-Recht vor, ist die Orientierung an EU-Recht möglich als ein zu beachtendes Element in der Rechtsauslegung,[120] ohne dass der Orientierung am EU-Recht eine Vorrangstellung zukommt.[121]

C. Historische Entwicklung

1988 propagierte der Bundesrat in seinem Integrationsbericht, zukünftig in Bereichen mit grenzüberschreitender Wirkung eine «europafreundliche»[122] Rechtsetzung zu verfolgen, was heute als Ausgangspunkt der Politik des autonomen Nachvollzugs betrachtet wird.[123]

Der Vorschlag des Bundesrats erfolgte vor dem Hintergrund der damaligen Entwicklungen einerseits innerhalb der Europäischen Gemeinschaften (EG) und andererseits im Verhältnis zwischen den EG (insb. der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, EWG)[124] und der Schweiz sowie den EFTA-Staaten. In einem ersten Schritt soll der Blick in diesem Kapitel auf die Zeit vor 1988 gelegt werden, um

---

118 In diesem Sinne Kunz, Einführung Rechtsvergleichung, S. 44.

119 BGE 143 II 297 S. 326 E. 6.2.3. Dies entspricht den Stufen 2 und 3 bei Heinemann, Gaba-Urteil, S. 111.

120 Vgl. die Formulierung in BGE 146 II 297 S. 327 E. 6.2.3. Dies entspricht Stufe 1 bei Heinemann, Gaba-Urteil, S. 111.

121 Vgl. in diesem Sinne auch Tschentscher/Emmenegger, BK-ZGB, Art. 1 Rz. 303.

122 Integrationsbericht 1988, S. 380.

123 Oesch, Europäisierung, S. 28; Cottier et al., Rz. 212; Wyss, S. 718.

124 Die am 25. März 1957 gegründete EWG war eine der drei Gemeinschaften, welche zusammen die Europäischen Gemeinschaften bildeten, und jene Gemeinschaft, in welcher die wirtschaftliche Integration erfolgte, vgl. m. w. H. Oesch, Europarecht, Rz. 34.

aufzuzeigen, aufgrund welcher Umstände die Politik des autonomen Nachvollzugs begonnen wurde. In einem zweiten Schritt wird die Entwicklung des autonomen Nachvollzugs von 1988 bis heute dargestellt.

I. Übergeordnete Entwicklungen

Da der autonome Nachvollzug eine Form der Angleichung von Schweizer Recht an EU-Recht darstellt, ist seine historische Entwicklung Bestandteil der übergeordneten Entwicklungen der Rechtsangleichung im Verhältnis Schweiz–EU. Für ein besseres Verständnis der Entstehung des autonomen Nachvollzugs ist es daher notwendig, partiell auf die Bedeutung und Entwicklung der Rechtsangleichung einzugehen.

1. Rechtsangleichung in den 1950er und 1960er Jahren

In einer ersten Phase der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EWG stand der Abbau von tarifären Handelshemmnissen (insb. Zöllen) und mengenmässigen Beschränkungen im Zentrum der wirtschaftlichen Zusammenarbeit.[125]

Eine Angleichung von Schweizer Recht an Rechtsakte der EWG zur Förderung des grenzüberschreitenden Handels war in den 1950er und 1960er Jahren noch nicht von Relevanz,[126] da aus wirtschaftlicher Perspektive keine Notwendigkeit dazu bestand: Einerseits liess sich der Abbau der primären Handelshemmnisse in Form der Zölle und mengenmässigen Beschränkungen nicht durch Rechtsan-

[125] Die Idee einer westeuropäischen Freihandelszone, welche die Schweiz befürwortete, scheiterte 1956 am Widerstand verschiedener Staaten, vgl. Oesch, Europarecht, Rz. 34. Deutschland, Frankreich, Italien sowie die Benelux-Staaten schlossen sich zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zusammen und beschlossen in diesem Rahmen den kompletten Abbau von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen, vgl. Jaag/Hänni, Rz. 3116, 3118; Weissbuch 1985, Ziff. 4. Die Schweiz und weitere europäische Staaten gründeten 1960 die EFTA. Im Rahmen des Gründungsvertrags wurde ebenfalls der komplette Abbau der Zölle und mengenmässigen Beschränkungen beschlossen, Jaag/Hänni, Rz. 1001 f.; Oesch, Europarecht, Rz. 67 f.

[126] Eine Rechtsangleichung wäre hingegen relevant geworden, falls die Schweiz wie Anfang der 1960er Jahre angestrebt ein Assoziierungsabkommen abgeschlossen hätte. Der Umfang einer möglichen Rechtsangleichung wurde in einer verwaltungsinternen Arbeitsgruppe Rechtsangleichung untersucht, vgl. Integrationsbureau, S. 9.

gleichung erreichen.[127] Andererseits bestanden zu dieser Zeit in den Bereichen, in welchen die Schweiz einen Ausbau des Handels mit der EWG anstrebte, oftmals noch keine harmonisierten Vorschriften in der EWG oder nur in sehr bescheidenem Ausmass. Von den bereits bestehenden Rechtsakten ging noch keine massgebliche handelshemmende Wirkung aus, die eine Rechtsangleichung erforderlich gemacht hätte.

2. Bedeutungszunahme der Rechtsangleichung ab den 1970er Jahren

2.1 Freihandelsabkommen auf der Grundlage des EWG-Vertrags

Nachdem in den 1960er Jahren bereits einige Fortschritte beim Zollabbau im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EWG erzielt werden konnten, wurde das grosse Ziel des kompletten Abbaus von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen auf Industrieprodukten zwischen der Schweiz und der EWG 1972 mit dem Freihandelsabkommen (FHA Schweiz–EU) erreicht.[128] Das FHA Schweiz–EU beruht in seinen Grundmechanismen und Prinzipien auf Vorschriften aus dem EWG-Vertrag.[129] Dieser Umstand war ein Anzeichen, dass eine stärkere grenzüberschreitende Zusammenarbeit im wirtschaftlichen Bereich wesentlich von den Vorgaben der EWG geprägt sein würde. Eine Übernahme von Vorschriften aus EWG-Sekundärrechtsakten im grossen Stile war im FHA Schweiz–EU jedoch nicht vorgesehen.

2.2 Punktuelle Zusammenarbeit auf der Grundlage von EWG-Sekundärrecht

Im Laufe der weiteren Zusammenarbeit in den 1970er Jahren zeigte sich immer deutlicher, dass eine intensivere wirtschaftliche[130] Zusammenarbeit zwischen der

---

127 Der Abbau dieser Handelshemmnisse erfolgte über gegenseitige Zollzugeständnisse und die Senkung der mengenmässigen Beschränkungen auf beiden Seiten, dazu Steffen, S. 41 f.

128 Die EWG schloss damals im bilateralen Verhältnis eigenständige Freihandelsabkommen mit allen EFTA-Staaten ab, welche sich inhaltlich sehr stark glichen. Das Freihandelsabkommen zwischen der EWG und der Schweiz ist heute das einzige, welches noch in Kraft ist, vgl. Jaag/Hänni, Rz. 1003, 3908.

129 Cottier et al., Rz. 320; Jaag/Hänni, Rz. 4101a, 4101b; Integrationsbericht 1988, S. 346.

130 In anderen Gebieten der Zusammenarbeit, z. B. der Forschung, war und ist die Frage der Rechtsangleichung weniger relevant, vgl. dazu Norberg/Johansson, S. 14 f.

Schweiz und der EWG, welche über den Abbau von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen hinausgeht, nur auf der Basis von EWG-Vorschriften möglich sein würde.

Der Grund dafür sind die verstärkten Harmonisierungsbestrebungen innerhalb der EWG, die einsetzten, nachdem EWG-intern die Zölle und mengenmässigen Beschränkungen bis 1968 abgeschafft worden waren.[131] In verschiedenen Bereichen wurden in der EWG teilweise bereits ab den 1960er Jahren harmonisierte Vorschriften geschaffen, um den grenzüberschreitenden Verkehr vor allem mit Waren und Dienstleistungen zu erleichtern vor dem Hintergrund der Zielsetzung der EWG, die vier Grundfreiheiten im Rahmen eines Gemeinsamen Marktes zu verwirklichen.[132]

Diese ersten Ansätze der Schaffung von gemeinsamen Märkten in einzelnen Bereichen in der EWG stiessen in der Schweiz auf besonderes Interesse: Als Drittstaat fürchtete die Schweiz, aufgrund der durch die Harmonisierung innerhalb der EWG erzielten Erleichterungen im internen Handel benachteiligt zu werden.[133] Daher bekundete die Schweiz gegenüber der EWG verschiedentlich ihr Interesse, mittels Abkommen an diesen Erleichterungen teilhaben zu können. Die EWG zeigte sich bereit für einen punktuellen Einbezug der Schweiz in das entstehende gemeinschaftliche System unter der Bedingung, dass die Schweiz die harmonisierten EWG-Vorschriften übernimmt und anwendet. Dies wurde erstmals im Rahmen des Versandabkommens Schweiz–EWG von 1972 deutlich.

> Zur Förderung des freien Warenverkehrs innerhalb der EWG wurde Ende der 1960er Jahre ein vereinfachtes Zollverfahren für Waren geschaffen, welche direkt von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat transportiert werden.[134] Für Güter, welche durch einen Drittstaat gingen, war das vereinfachte Verfahren hingegen nicht anwendbar.[135] Die Schweiz war aufgrund ihrer geographischen Lage zwischen den grossen EWG-Mitgliedstaaten bereits damals ein wichtiges Transitland und befürchtete aufgrund der neuen EWG-Vorschriften einen Rückgang der Transittransporte durch die Schweiz, falls diese in Zukunft mit höheren For-

---

131 Zur Entwicklung Oesch, Europarecht, Rz. 36 ff.; Tietje, Komm. Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rz. 11; Weissbuch 1985, Ziff. 5.

132 Siehe z. B. die genannten Massnahmen im Weissbuch 1985, Ziff. 33.

133 Vgl. beispielhaft die Ausführungen in der Botschaft Versandabkommen 1972, S. 186, und in der Botschaft Versicherungsabkommen 1991, S. 4. Siehe im Bereich des Fonds-Geschäfts Forstmoser, S. 525; Botschaft EWR, S. 296: «Heute ist der Vertrieb von Anteilen an Schweizer Fonds in den EG praktisch unmöglich geworden.»

134 Botschaft Versandabkommen 1972, S. 187.

135 Botschaft Versandabkommen 1972, S. 187.

malitäten verbunden sein würden.[136] Die Schweiz und die EWG fanden mit dem Versandabkommen eine für beide Seiten zufriedenstellende Lösung. Mit diesem Abkommen wurde die Schweiz im Bereich der Transittransporte ins gemeinschaftliche Versandverfahren einbezogen: Konkret verpflichtete sich die Schweiz, bei Transittransporten die EWG-Vorschriften des gemeinschaftlichen Versandverfahrens anzuwenden, die in Anhang I–X des Versandabkommens genannt wurden.[137] Das Versandabkommen führte somit zu einer «Anwendung einer für die Schweiz ‹fremden› Zollregelung»,[138] was für die Schweiz «Neuland» bedeutete.[139] Dass diese Übernahme von EWG-Recht nicht zu grösseren politischen Diskussionen führte, ist m. E. einerseits auf den beschränkten Anwendungsbereich des Abkommens zurückzuführen (nur Transittransporte) und andererseits auf den Umstand, dass der partielle Einbezug der Schweiz in das Versandverfahren die Stellung der Schweiz als Transitland stärkte und wirtschaftliche Vorteile brachte.

Eine vergleichbare Entwicklung zeigte sich im Bereich der Direktversicherungen. Mit der RL 73/239/EWG wurden erstmals harmonisierte Vorschriften geschaffen, um die Verwirklichung der im EWG-Vertrag angestrebten Niederlassungsfreiheit zu verbessern: Konkret wurden einheitliche Anforderungen festgelegt für die Gründung von Zweigniederlassungen eines Versicherungsunternehmens aus einem Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat.[140] Dies war der erste Schritt in Richtung eines gemeinsamen Versicherungsmarkts. Da bereits zu dieser Zeit viele Schweizer Versicherungsunternehmen über Zweigniederlassungen in den Mitgliedstaaten verfügten, gestützt auf das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten, bestand das Interesse der Schweiz, ebenfalls von diesen einheitlichen Vorschriften und den damit verbundenen Erleichterungen zu profitieren.[141] Obwohl die ersten Gespräche bereits 1973 begannen, konnte das Abkommen erst 1989 abgeschlossen werden.[142] Durch das Versicherungsabkommen werden Schweizer Versicherungsunternehmen in Bezug auf die Gründung von Zweigniederlassungen den Versicherungsunternehmen in den EWG-Mitgliedstaaten gleichgestellt.[143] Im Gegenzug wurde die Schweiz verpflichtet, viele Vorschriften aus dem EWG-Recht zu übernehmen.[144]

---

136 Botschaft Versandabkommen 1972, S. 186 sowie 187 f.

137 Botschaft Versandabkommen 1972, S. 187 f.

138 Botschaft Versandabkommen 1972, S. 188.

139 Botschaft Versandabkommen 1972, S. 188.

140 Botschaft Versicherungsabkommen 1991, S. 4.

141 Botschaft Versicherungsabkommen 1991, S. 4.

142 Zu den Gründen und dem Verhandlungsverlauf siehe Botschaft Versicherungsabkommen 1991, S. 4 f.

143 Botschaft Versicherungsabkommen 1991, S. 7; Cottier et al., Rz. 596.

144 Vgl. die Übersicht in Botschaft Versicherungsabkommen 1991, S. 8.

Rechtsangleichung erfolgte nicht nur im Rahmen von bilateralen Abkommen, sondern punktuell bereits damals ohne völkerrechtliche Verpflichtung, wie das Beispiel der Übernahme der Sommerzeit aus dem EWG-Recht zeigt.[145]

> Nachdem innerhalb der EWG erstmals 1980 die Sommerzeit eingeführt wurde, übernahm die Schweiz die Sommerzeit in einem zweiten Anlauf, nachdem die Einführung zunächst in einer Referendumsabstimmung gescheitert war.[146] Die Übernahme der Sommerzeit durch die Schweiz erfolgte nicht aus dem Grund, weil sie die Idee besonders unterstützte, sondern um keine «Zeitinsel»[147] mitten in Europa zu werden.[148] Die Übernahme der Sommerzeit ist somit aus heutiger Perspektive als frühes Beispiel des autonomen Nachvollzugs zu sehen, da die Schweiz ihr Recht ohne rechtliche Verpflichtung an EWG-Recht anglich, um keine wirtschaftlichen Nachteile zu erleiden.[149]

Die drei Beispiele illustrieren die zunehmende Relevanz der Rechtsangleichung im Verhältnis Schweiz–EWG in den 1970er Jahren als Voraussetzung für eine vertiefte wirtschaftliche Zusammenarbeit. Es waren jedoch erst die Entwicklungen in den 1980er Jahren, welche schliesslich zur Aufnahme der Politik des autonomen Nachvollzugs in der Schweiz führen sollten.

3. Entwicklungen der 1980er Jahre als Treiber für den autonomen Nachvollzug

3.1 Bestrebungen zur Vollendung des Binnenmarkts ab 1985

Von zentraler Bedeutung für die Aufnahme der Politik des autonomen Nachvollzugs war die Intensivierung der Harmonisierung innerhalb der EWG mit dem Ziel der Vollendung des Binnenmarkts, welche ab Mitte der 1980er Jahre einsetzte.

Seit der Gründung der EWG 1957 konnten zwar punktuell erste Schritte zur Verwirklichung der vier Grundfreiheiten und zur Schaffung des angestrebten Gemeinsamen Markts unternommen werden,[150] doch die Integration und die dazu dienende Rechtsharmonisierung kamen bis 1985 insgesamt nur schleppend vo-

---

145 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 384.

146 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 384 m. w. H.

147 Biaggini, Komm. BV, Art. 125 Rz. 5.

148 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 384 m. w. H.

149 In diesem Sinne auch Oesch, Schweiz–EU, Rz. 384.

150 Vgl. z. B. das Beispiel des vereinheitlichten Versandverfahrens oder die Anfänge eines gemeinsamen Versicherungsmarkts vorne § 3 Kap. C.I.2.2.

ran.[151] Dies lag massgeblich an der damaligen Ausgestaltung des Instruments der Rechtsharmonisierung: Der Beschluss von Harmonisierungsmassnahmen setzte Einstimmigkeit voraus, was in der Praxis dazu führte, dass gewisse EWG-Mitgliedstaaten Harmonisierungsbestrebungen, die sie als zu weitgehend betrachteten, blockieren konnten.[152] Als Kompromiss wurde jeweils eine optionale Harmonisierung angestrebt, welche den Mitgliedstaaten Spielraum für Abweichungen liess.[153]

3.1.1. Weissbuch zur Vollendung des Binnenmarkts 1985

Mit dem Weissbuch zur Vollendung des Binnenmarkts von 1985 legte die EG-Kommission einen Plan vor, um die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes, welcher nun als Binnenmarkt bezeichnet wurde,[154] bis 1992 zu erreichen.[155] Das Weissbuch enthielt über 300 Massnahmen, mit welchen die verschiedenen Handelshemmnisse überwunden werden sollten.[156] Die Kommission propagierte dabei einen neuen Ansatz, welcher vom früheren Ziel der Vollharmonisierung abwich:[157] Der Abbau der Handelshemmnisse und die Vollendung des Binnenmarkts sollten auf der Grundlage des Prinzips der Mindestharmonisierung und des vom EuGH begründeten[158] Prinzips der gegenseitigen Anerkennung erreicht werden.[159] Durch die Mindestharmonisierung sollten eine gemeinsame, harmonisierte Grundlage und damit die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass die Mitgliedstaaten

---

151 Tietje, Komm. Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rz. 12 f.; von Danwitz, Rz. 93.

152 Oesch, Europarecht, Rz. 37.

153 Von Danwitz, Rz. 100.

154 Der Begriff des Binnenmarkts wurde rechtlich erst mit der EEA offiziell eingeführt, wobei das Verhältnis zwischen den beiden Begriffen nie ganz klar war. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde der Begriff des Gemeinsamen Markts aus dem Vertrag entfernt, vgl. Jaag/Hänni, Rz. 3101.

155 Weissbuch 1985, Ziff. 2.

156 Im Weissbuch wurde zwischen materiellen, technischen und steuerlichen Schranken unterschieden, vgl. Weissbuch 1985, Ziff. 10.

157 Von Danwitz, Rz. 93; zur alten Strategie Weissbuch 1985, Ziff. 61 und 64.

158 Als Ursprung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung in seiner Verwendung im Rahmen der EU wird das Urteil *Cassis de Dijon* des EuGH gesehen, vgl. EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42. Dazu im Detail hinten § 4 Kap. C.V.1.

159 Weissbuch 1985, Ziff. 13, insb. Ziff. 64; Tietje, Komm. Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rz. 14.

ihre Vorschriften und die darauf gestützten Rechtsanwendungsakte gegenseitig anerkennen, auch wenn die Vorschriften nicht identisch sind.[160]

3.1.2. Einheitliche Europäische Akte 1986

Als wichtiger institutioneller Schritt folgte 1986 die Einheitliche Europäische Akte (EEA), mit welcher die Rahmenbedingungen zur Vollendung des Binnenmarkts verbessert wurden.[161] Von zentraler Bedeutung war insb. der neue Art. 100a EWG-Vertrag, mit welchem das Einstimmigkeitserfordernis beim Erlass von harmonisierten Rechtsakten durch das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit ersetzt wurde, womit eine Rechtsangleichung innerhalb der EWG fortan einfacher erreicht werden konnte.[162]

3.1.3. Wirkung

Der Prozess der europäischen Integration wurde damit ab 1985 regelrecht dynamisiert.[163] Während der Binnenmarkt ab 1985 durch die Umsetzung der Massnahmen aus dem Weissbuch und dank den Erleichterungen aus der EEA immer stärker Form annahm, wuchsen in den EFTA-Staaten, so auch der Schweiz, die im Ansatz bereits zuvor bestehenden Befürchtungen,[164] vom Integrationsprozess innerhalb der EWG und den Vorteilen eines Binnenmarkts (insb. den damit verbundenen Erleichterungen im freien Verkehr mit Waren etc.) ausgeschlossen zu werden.[165]

3.2 Verstärkung der Zusammenarbeit EWG–EFTA

Als möglicher Lösungsweg, der eine gewisse Einbindung der Schweiz und der anderen EFTA-Staaten in den Binnenmarkt sicherstellen würde, wurden die Bestrebungen zu einer Verstärkung der Zusammenarbeit zwischen der EWG und den EFTA-Staaten gesehen, welche 1984 einsetzten.

---

160 Weissbuch 1985, Ziff. 102.

161 Kübek/Terhechte, Frankfurter Komm., Art. 114 AEUV Rz. 7 f.

162 Kübek/Terhechte, Frankfurter Komm., Art. 114 AEUV Rz. 8.

163 Botschaft EWR, S. 43.

164 Vgl. vorne § 3 Kap. C.I.2.2.

165 Botschaft EWR, S. 43; Norberg/Johansson, S. 17.

3.2.1. Ziel eines dynamischen europäischen Wirtschaftsraums

1984 trafen sich die EG-Kommission und die EFTA-Minister in Luxemburg, um im ersten gemeinsamen Treffen auf dieser Ebene seit dem Abschluss der Freihandelsabkommen von 1972 über die zukünftige Zusammenarbeit zwischen der EWG und EFTA-Staaten zu sprechen.[166] Die Gründe für das Treffen waren vielfältig,[167] wobei die Überlegung, die EFTA-Staaten frühzeitig in den sich anbahnenden Prozess der Vollendung des Binnenmarkts einzubeziehen, auf Seiten der EWG wahrscheinlich eine Rolle spielte.[168]

In der aus dem Treffen resultierenden Erklärung von Luxemburg bekräftigten beide Seiten die Bedeutung weiterer Massnahmen, um die Zusammenarbeit zwischen der EWG und den EFTA-Staaten zu konsolidieren und zu stärken mit dem Ziel, einen dynamischen europäischen Wirtschaftsraum[169] zu schaffen.[170] Das Konzept des dynamischen europäischen Wirtschaftsraums ging über den bisherigen Ansatz einer Freihandelszone hinaus und umfasste einerseits Massnahmen, um den freien Handel mit Industrieprodukten durch den Abbau von technischen Handelshemmnissen zu verbessern.[171] Andererseits sollte die Zusammenarbeit bei beidseitigem Interesse auf weitere Bereiche ausgedehnt werden.[172] Beide Seiten hatten 1984 somit eine punktuelle und pragmatische Zusammenarbeit vor Augen, welche noch stark von der späteren Konzeption des EWR-Abkommens abwich.

---

166 Norberg/Johansson, S. 16; Integrationsbericht 1988, S. 300.

167 Zu den Gründen Norberg/Johansson, S. 15 f.

168 Die Idee der Vollendung des Binnenmarkts entstand bereits 1982, als sich die Staats- und Regierungschefs der EWG-Mitgliedstaaten verpflichteten, «dem Ausbau des Binnenmarkts höchste Priorität einzuräumen», Weissbuch 1985, Ziff. 7.

169 Das damalige Verständnis eines europäischen Wirtschaftsraums wich institutionell und inhaltlich noch stark von jenem im Rahmen des Abkommens über den EWR ab. Während die Bezeichnung in deutscher Sprache gleichgeblieben ist, wurde im Englischen zunächst vom *European Economic Space* und erst im Zusammenhang mit dem EWR-Abkommen von der *European Economic Area* (EEA) gesprochen, vgl. Norberg/Johansson, S. 16.

170 Erklärung von Luxemburg, Ziff. 2; Integrationsbericht 1988, S. 300; Norberg/Johansson, S. 16.

171 Norberg/Johansson, S. 16; Integrationsbericht 1988, S. 303.

172 Die Rede war von der Wichtigkeit einer pragmatischen und flexiblen Zusammenarbeit in Bereichen ausserhalb der Freihandelsabkommen, vgl. Norberg/Johansson, S. 16; Integrationsbericht 1988, S. 301.

Als Arbeitsinstrumente zur Verstärkung der Zusammenarbeit sollten Konsultationen und der Austausch von Informationen zwischen beiden Seiten dienen.[173] Auf diese Weise sollte «Klarheit über die gegenseitige Interessenlage»[174] geschaffen und sollten «neue Kooperationsmöglichkeiten erkannt»[175] werden. Angesichts der Erfahrungen der bisherigen Zusammenarbeit war sich insb. die Schweiz bewusst, dass eine vertiefte Zusammenarbeit auch eine Rechtsannährung mit sich bringen würde.[176]

3.2.2. Homogenität im europäischen Wirtschaftsraum

Als Reaktion auf die Bestrebungen zur Vollendung des Binnenmarkts, welche ab 1985 einsetzten, kamen die EG-Kommission und die EFTA-Minister überein, dass ein «grösstmögliches Mass an Parallelität im Ausbau des EG-Binnenmarktes einerseits und in der Vertiefung der Beziehungen zwischen der Gemeinschaft und den EFTA-Ländern anderseits»[177] nötig sei, um zu verhindern, dass neue Handelshemmnisse zwischen den beiden Seiten entstehen.[178] Der angestrebte europäische Wirtschaftsraum sollte daher nicht nur dynamisch, sondern auch homogen sein, wobei mit dem Begriff der Homogenität die möglichst grosse Übereinstimmung der Rechtslagen in der EWG und den EFTA-Staaten in den Bereichen der Zusammenarbeit verstanden wurde.[179]

Zur Verwirklichung der Parallelität bzw. Homogenität sollte zwischen der EWG und den EFTA-Staaten ein frühzeitiger Meinungsaustausch bei «Rechtsetzungsvorhaben mit grenzüberschreitender Wirkung»[180] stattfinden. Durch dieses niederschwellige Instrument, welches durch ein Verfahren innerhalb der EWG inspiriert war,[181] bei welchem sich die Mitgliedstaaten über geplante technische Vorschriften informierten, um das Entstehen von technischen Handelshemmnissen zu verhin-

---

173 Botschaft EWR, S. 8; Integrationsbericht 1988, S. 301.

174 Integrationsbericht 1988, S. 301.

175 Integrationsbericht 1988, S. 301.

176 Integrationsbericht 1988, S. 301.

177 Integrationsbericht 1988, S. 301, vgl. auch S. 319 und 346.

178 Integrationsbericht 1988, S. 301.

179 Norberg/Johansson, S. 17 f.; Integrationsbericht 1988, S. 301.

180 Integrationsbericht 1988, S. 301.

181 Mit der RL 83/189/EWG wurden die Mitgliedstaaten verpflichtet, einander frühzeitig über geplante Vorschriften im Bereich der Produktesicherheit zu informieren, vgl. dazu Bühler, Technische Normen, S. 29 f.; Weissbuch 1985, Ziff. 75 f.

dern, sollten ebenfalls unnötige divergierende Rechtsentwicklungen vermieden werden.[182] Gleichzeitig betonten die EFTA-Staaten damals die Wahrung der Entscheidungsautonomie beider Seiten: «Es soll keineswegs ein Automatismus oder gar ein Zwang zur gegenseitigen Rechtsanpassung geschaffen werden.»[183]

Ein konkreter Erfolg der verstärkten Zusammenarbeit konnte 1987 gefeiert werden mit dem Abschluss des Übereinkommens zwischen der EWG und den EFTA-Staaten zur Vereinfachung der Förmlichkeiten im Warenverkehr.[184] Damit wurden erstmals in der EWG und den EFTA-Staaten gleiche Rechtsvorschriften, konkret über die Anwendung des Einheitsdokuments für den Warenverkehr, gleichzeitig in Kraft gesetzt, womit die beabsichtigte Homogenität in Bezug auf diesen spezifischen Aspekt verwirklicht werden konnte.[185] Dennoch handelt es sich um Vorschriften, die primär nach dem Rechtsetzungsverfahren der EWG geschaffen wurden, während die EFTA-Staaten nicht viel Einfluss auf die Gestaltung nehmen konnten.[186] In der Konsequenz wurde damit nicht gemeinsam Recht geschaffen, sondern vielmehr EWG-Recht auf die EFTA-Staaten ausgedehnt.[187]

3.2.3. Schwierigkeiten und Kritik bezüglich der Zusammenarbeit

Trotz des Erfolgs des Übereinkommens zur Vereinfachung der Förmlichkeiten im Warenverkehr zeichneten sich immer stärkere Schwierigkeiten bezüglich der Form der Zusammenarbeit ab.

Im Rahmen des Treffens von Interlaken am 20. Mai 1987 teilte die EG-Kommission ihre drei Grundsätze für die zukünftige Zusammenarbeit mit den EFTA-Staaten mit. Konkret erklärte sie, dass die EWG in ihren Beziehungen zu den EFTA-Staaten den Fokus zukünftig auf die inneren Entwicklungen legen werde, d. h. auf die Vollendung des Binnenmarkts bis 1992.[188] Zudem betonte die Kommission

---

182 Integrationsbericht 1988, S. 301 f.

183 Integrationsbericht 1988, S. 301. Siehe auch S. 380: «Es geht bei diesem Streben nach Parallelität nicht darum, das europäische Recht automatisch nachzuvollziehen, wohl aber darum, zu verhindern, dass ungewollt und unnötigerweise neue Rechtsunterschiede geschaffen werden […].»

184 Übereinkommen EWG/EFTA vom 20. Mai 1987 zur Vereinfachung der Förmlichkeiten im Warenverkehr, SR 0.631.242.03; dazu Norberg/Johansson, S. 18.

185 Integrationsbericht 1988, S. 297.

186 Botschaft Vereinfachung Warenhandel 1987, S. 1441.

187 Norberg/Johansson, S. 18.

188 Integrationsbericht 1988, S. 308; Norberg/Johansson, S. 19.

die Wichtigkeit der Wahrung der Entscheidungsautonomie und die Notwendigkeit einer Ausgewogenheit der Vorteile und Nachteile beider Seiten.[189]

Der Fokus auf die interne Entwicklung und die Wahrung der Entscheidungsautonomie bedeutete, dass sich die EWG in der Tendenz weniger bereit zeigte, bei der Schaffung von neuen Vorschriften zur Vollendung des Binnenmarkts durch die Einbindung und Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse von Drittstaaten wie den EFTA-Staaten einzugehen[190] oder mit ihnen Vereinbarungen zu schliessen, welche Sonderlösungen enthalten, «die mit dem EG-Recht und der EG-Politik nicht deckungsgleich sind».[191]

Der Grundsatz der Reziprozität von Rechten und Pflichten ist vor diesem Hintergrund der damals wachsenden Kritik innerhalb der EWG an der Einseitigkeit der Zusammenarbeit mit den EFTA-Staaten zu sehen. Von Seiten der EWG-Mitgliedstaaten wurde kritisiert, dass die EFTA-Staaten nur in den Bereichen, die in ihrem Interesse lägen, mit der EWG zusammenarbeiten wollten.[192] Auf diese Weise würden sie «einseitig von den Liberalisierungsbestrebungen im Rahmen des Binnenmarktprogramms profitieren, ohne einen Beitrag an den Aufbau der strukturschwächeren Regionen Europas zu leisten»[193] Kritisiert wurde ferner das Fehlen von institutionellen Strukturen innerhalb der EFTA, welche eine Überwachung der Anwendung von multilateralem, staatsvertraglichem Recht, analog zum EuGH und zur EG-Kommission, sicherstellen konnten.[194]

Trotz der Bekräftigung der EG-Kommission, die pragmatische Strategie sowohl gegenüber der Schweiz als auch gegenüber den EFTA-Staaten weiterführen zu wollen (unter Wahrung der drei genannten Grundsätze),[195] hatte der Bundesrat aufgrund der Entwicklungen und des komplexer gewordenen Umfelds der Be-

---

189 Integrationsbericht 1988, S. 309; Norberg/Johansson, S. 19 f.

190 Integrationsbericht 1988, S. 309: Der zuständige Kommissar der EG-Kommission betonte, dass sich «ein natürliches Zögern» ergebe, den «Entscheidungsprozess zusätzlich zu komplizieren durch formelle institutionelle Vereinbarungen mit Nichtmitgliedstaaten».

191 Integrationsbericht 1988, S. 319, siehe auch S. 310.

192 Den EFTA-Staaten wurde «Rosinenpicken» bzw. eine *«cherry picking policy»* vorgeworfen, vgl. Norberg/Johansson, S. 20.

193 Integrationsbericht 1988, S. 309.

194 Norberg/Johansson, S. 20.

195 Integrationsbericht 1988, S. 308, 334 f.

ziehungen Bedenken, ob die EWG ihre Strategie der Zusammenarbeit noch lange fortsetzen würde.[196]

3.2.4. Zwischenfazit

Die intensiven Bestrebungen zur Vollendung des Binnenmarkts und die sich damit stellende Frage des Einbezugs der Schweiz, verbunden mit den sich abzeichnenden Schwierigkeiten bei der Verwirklichung eines dynamischen und homogenen europäischen Wirtschaftsraums, stellten die Umstände dar, vor deren Hintergrund 1988 der autonome Nachvollzug als politische Strategie entstand.

II. Anfänge der Politik des autonomen Nachvollzugs 1988

1. Steigerung der Schweizer Europafähigkeit

Im Integrationsbericht 1988 analysierte der Bundesrat aufgrund von Vorstössen im Parlament die bisherige Strategie der Schweiz im Verhältnis zu den Europäischen Gemeinschaften und prüfte mögliche zukünftige Wege der Zusammenarbeit vor dem Hintergrund der damaligen Entwicklungen.[197]

Der Bundesrat kam zum Schluss, dass die Weiterführung der pragmatischen und punktuellen Zusammenarbeit mit den EG im bilateralen und multilateralen Rahmen auch zukünftig die beste Vorgehensweise darstelle.[198] Vor dem Hintergrund der zunehmenden Schwierigkeiten unterstrich der Bundesrat jedoch, eine erfolgreiche Fortführung und ein Ausbau der Zusammenarbeit seien nur dann möglich, wenn sich die Schweiz noch stärker als zuvor als «europafähig»[199] erweise.[200] Als einer von drei Pfeilern zur Stärkung dieser Europafähigkeit der Schweiz sah der Bundesrat die *europafreundliche Rechtsetzung* vor, wie der autonome Nachvollzug zunächst genannt wurde.[201]

---

196 Integrationsbericht 1988, S. 319.

197 Vgl. Integrationsbericht 1988, S. 250.

198 Integrationsbericht 1988, S. 378.

199 Integrationsbericht 1988, S. 345 und 379.

200 Integrationsbericht 1988, S. 379.

201 Als Pfeiler zur Stärkung der Europafähigkeit sah der Bundesrat neben der europafreundlichen Rechtsetzung den Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit, vgl. Integrationsbericht 1988, S. 379 f., und die Möglichkeit, den Schweizer Anliegen «auf europäischer Ebene Geltung zu verschaffen», vgl. Integrationsbericht 1988, S. 380, siehe auch S. 381.

2. Europafreundliche Rechtsetzung

2.1 Zielsetzung

Unter einer europafreundlichen Rechtsetzung wurde zunächst die Aufforderung an den schweizerischen Gesetzgeber verstanden, «die Auswirkungen schweizerischer Entscheide auf die europäischen Partner mitzubedenken».[202] Als Ziel formulierte der Bundesrat, dass «in Bereichen mit grenzüberschreitender Bedeutung (und nur dort) eine grösstmögliche Vereinbarkeit unserer Rechtsvorschriften mit denjenigen unserer europäischen Partner sichergestellt werden sollte».[203]

Obwohl der Bundesrat 1988 noch nicht vom *autonomen Nachvollzug*, sondern von der europafreundlichen Rechtsetzung sprach, stellte die vom Bundesrat vorgeschlagene neue Strategie in der Rechtsetzung den Anfang der Politik des autonomen Nachvollzugs dar.[204]

Die europafreundliche Rechtsetzung sollte zum einen dem Ziel der Herstellung von Parallelität in der Rechtsentwicklung der Schweiz und der EWG dienen, wie es auch im Rahmen des dynamischen und homogenen europäischen Wirtschaftsraums angestrebt wurde,[205] und die Grundlage für den Abschluss von Abkommen mit der EWG bilden.[206] Zum andern sollte durch die Aufnahme einer europafreundlichen Rechtsetzung ein politisches Signal an die EG gesendet werden, dass die Schweiz bereit ist, «auf die Anliegen der EG einzugehen».[207] Zudem sollte dem «Begehren nach verstärktem Zusammenwirken»[208] in Europa auf diese Weise Glaubwürdigkeit verliehen werden und dadurch die «Mitwirkungsmöglichkeiten der Schweiz am europäischen Integrationsprozess indirekt [verbessert werden]».[209] Der Bundesrat mahnte in diesem Zusammenhang, dass dazu von Sei-

---

202 Integrationsbericht 1988, S. 380.

203 Integrationsbericht 1988, S. 380.

204 Oesch, Europäisierung, S. 28; Breitenmoser/Weyeneth, Rz. 1057 f.

205 Integrationsbericht 1988, S. 301, 345 f., 380: Die europafreundliche Rechtsetzung wird vom Bundesrat auch als «Streben nach Parallelität» bezeichnet, vgl. Integrationsbericht, S. 380; Thürer, S. 566, 577 f.

206 Spinner/Maritz, S. 128; Integrationsbericht 1988, S. 301, 319, vgl. auch S. 302, 347; Botschaft EWR, S. 8.

207 Integrationsbericht 1988, S. 345.

208 Integrationsbericht 1988, S. 345.

209 Integrationsbericht 1988, S. 345.

ten der Schweiz «eine gewisse Kompromissbereitschaft»[210] und ein Verzicht auf «schweizerische Sonderlösungen um jeden Preis»[211] notwendig seien.

2.2 Autonomer Nachvollzug in anderen EFTA-Staaten

In anderen EFTA-Staaten wie Österreich setzte zur selben Zeit ebenfalls eine Rechtsangleichung zur Herstellung der Parallelität ein.[212] Der autonome Nachvollzug war damit in seinem Ursprung kein rein schweizerisches Phänomen, sondern entwickelte sich erst ab 1993 zu einer Schweizer Eigenart, weil die Strategie der rechtlich freiwilligen Angleichung durch den Beitritt zu den EG oder dem EWR-Abkommen für andere Staaten überflüssig wurde.

2.3 Instrument zur Förderung der europafreundlichen Rechtsetzung

Der Vorschlag zur europafreundlichen Rechtsetzung des Bundesrats war von Anfang an eine politische Strategie ohne rechtliche Verpflichtung in einem Bundesgesetz oder einer Verordnung.

Als Instrument zur Förderung einer europafreundlichen Rechtsetzung beschloss der Bundesrat am 18. Mai 1988 aufgrund eines Postulats im Nationalrat, dass inskünftig in den Botschaften an das Schweizer Parlament und in den Anträgen für Verordnungen ein sog. «Europakapitel»[213] eingefügt werden soll.[214] Darin soll dargelegt werden, ob und inwieweit die geplanten Rechtsvorschriften mit dem europäischen Recht vereinbar sind.[215] Mit der Schaffung eines Europakapitels wurde somit eine Informationspflicht für die involvierten Stellen der Bundesverwaltung bezüglich des Verhältnisses zwischen einer schweizerischen Vorlage und dem europäischen Recht geschaffen, nicht aber eine Pflicht zur europafreundlichen Rechtsetzung.[216] Die Bundesversammlung und der Bundesrat blieben rechtlich frei, Recht zu schaffen, welches bewusst von europäischem Recht abweicht.[217] Durch die Informations- und Aufklärungsfunktion des Europakapitels sollten je-

---

210 Integrationsbericht 1988, S. 345.

211 Integrationsbericht 1988, S. 380.

212 Siehe die Ausführungen zu Österreich bei Baudenbacher, S. 310, 316.

213 Integrationsbericht 1988, S. 380.

214 Integrationsbericht 1988, S. 345, 380.

215 Integrationsbericht 1988, S. 380; Wyss, S. 718.

216 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 386; Wyss, S. 718; Thürer, S. 578; Integrationsbericht 1988, S. 380.

217 Wyss, S. 718; Oesch, Schweiz–EU, Rz. 386.

doch, im Sinne der generellen Zielsetzung einer grösstmöglichen Vereinbarkeit mit dem EG-Recht, «europäische Reflexe im Gesetzgebungsprozess und politischen Willensbildungsprozess»[218] gefördert werden.[219] Der Gesetz- und der Verordnungsgeber sollten somit nur noch in vollem Bewusstsein um die Divergenzen vom europäischen Recht abweichen.[220]

2.4 Erhoffte Anwendung der Anerkennung der Gleichwertigkeit

Das Schweizer Verständnis der Rechtsangleichung im Rahmen einer europafreundlichen Rechtsetzung war, wie bei allen EFTA-Staaten, stark von der Idee geprägt, dass das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit auch im Verhältnis Schweiz–EWG zur Anwendung kommen könnte.[221] Die EFTA-Staaten erhofften sich, im Sinne der Wahrung der Entscheidungsmechanismen beider Seiten, dass sie ihr Recht an EWG-Recht angleichen können und als Konsequenz beide Seiten die Gleichwertigkeit im Rahmen eines Abkommens anerkennen könnten.[222] Die Hoffnung der EFTA stützte sich auf eine vage Aussage der EG-Kommission von 1988, wonach die Möglichkeit geprüft werden sollte, Abkommen zu schliessen, «die sich auf kompatible Rechtsvorschriften der EG und der EFTA-Länder stützen».[223] Der Grundidee der neuen Strategie folgend, ging der Bundesrat 1988 davon aus, dass eine «Übereinstimmung der Vorschriften in einigen Kernbestimmungen, welche die Beteiligten als entscheidend für die Anerkennung der Gleichwertigkeit beurteilen, […] in vielen Fällen genügen [würde]».[224]

3. Gescheiterter Beitritt zum EWR-Abkommen

3.1 Neue Form der Assoziierung

Noch bevor die europafreundliche Rechtsetzung Fahrt aufnehmen konnte und erkennbar war, ob dadurch eine Verbesserung der Zusammenarbeit zu erreichen war, kündigte sich eine grundlegende Veränderung in der Zusammenarbeit EWG–

---

218 Integrationsbericht 1988, S. 345.

219 Integrationsbericht 1988, S. 345; Thürer, S. 580; Oesch, Schweiz–EU, Rz. 389.

220 Spinner/Maritz, S. 129; Wyss, S. 718; Oesch, Schweiz–EU, Rz. 386.

221 Vgl. Thürer, S. 579; Integrationsbericht 1988, S. 302.

222 Integrationsbericht 1988, S. 345, 380.

223 Integrationsbericht 1988, S. 302.

224 Integrationsbericht 1988, S. 345.

EFTA an. Aufgrund der Kritik an der bisherigen Form der Zusammenarbeit von Seiten der EWG-Mitgliedstaaten und der Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung einer vertieften Zusammenarbeit[225] schlug der EG-Kommissionspräsident Jacques Delors am 17. Januar 1989 eine neue Form der Assoziierung vor, in deren Rahmen der dynamische europäische Wirtschaftsraum verwirklicht werden sollte.[226]

3.2 Inhalt des EWR-Abkommens

Die intensiven Verhandlungen führten zur Schaffung des heutigen Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen). Im Abkommen wurden, im Gegensatz zum früheren Ansatz, die Bereiche der Zusammenarbeit verbindlich definiert: Durch das Abkommen werden im Kern die vier Grundfreiheiten auf die EFTA-Staaten ausgedehnt.[227] Um diese Ausdehnung der vier Grundfreiheiten zu erreichen und eine Homogenität im gesamten europäischen Wirtschaftsraum zu garantieren, wurde die Übernahme des gesamten EG-Rechtsbestands im Bereich des Binnenmarkts (sog. *acquis communautaire pertinent*)[228] im Abkommen festgelegt.[229] Zudem wurden mit dem EWR-Abkommen institutionelle Strukturen geschaffen, um das Funktionieren des Abkommens sicherzustellen.[230]

3.3 Rechtsübernahme im Rahmen des EWR-Abkommens

Die Schweiz und die anderen EFTA-Staaten gingen zunächst davon aus, dass sie bei der Übernahme der EG-Rechtsvorschriften Ausnahmen anbringen könnten für Bereiche, in welchen eine Übernahme aus ihrer Sicht problematisch war.[231] Im Laufe der Verhandlungen zeigte sich jedoch, dass die EG-Kommission auf der Übernahme des gesamten relevanten Rechtsbestands beharrte.[232] Vor dem Hintergrund der befürchteten Nachteile für die EFTA-Staaten bei einem Scheitern des EWR-Abkommens zeigten sich die EFTA-Staaten schliesslich einverstanden

---

225 Vgl. vorne § 3 Kap. C.I.3.2.3.

226 Botschaft EWR, S. 9; Norberg/Johansson, S. 21.

227 Oesch, Europarecht, Rz. 80, m. w. H. zum Inhalt des EWR-Abkommens.

228 Botschaft EWR, S. 33.

229 Norberg/Johansson, S. 23; Botschaft EWR, S. 33.

230 Oesch, Europarecht, Rz. 81.

231 Norberg/Johansson, S. 23; Botschaft EWR, S. 13 f.

232 Vgl. z. B. Botschaft EWR, S. 16, 18 f.

mit der Übernahme des gesamten relevanten EG-Rechts im Rahmen des EWR-Abkommens.[233]

Als Vorbereitung für den geplanten Beitritt zum EWR-Abkommen bereitete der Bundesrat ein Gesetzespaket bestehend aus 50 Vorlagen vor,[234] welche als *Eurolex*-Vorlagen bezeichnet wurden.[235]

3.4 Haltung des Bundesrats

Obwohl der EWR-Beitritt eine Abkehr zur bisherigen verfolgten Strategie der pragmatischen und punktuellen Zusammenarbeit bedeutet hätte,[236] entschied der Bundesrat, sich bei den Verhandlungen zu beteiligen und den Beitritt zum EWR-Abkommen anzustreben.[237] Der Bundesrat war aufgrund der Entwicklungen in der EG noch stärker als 1988 der Ansicht, dass die EG nicht mehr bereit sein würden zu «bilateralen Verhandlungen ‹à la carte› mit Nichtmitgliedstaaten»,[238] und sah sich insb. aufgrund der strikten Haltung der EG hinsichtlich der Frage der Rechtsübernahme in seiner Haltung bestätigt.[239] Er folgerte daraus, dass eine weitere Zusammenarbeit mit den EG nur realistisch sei, wenn Drittstaaten wie die Schweiz ihr Recht an EG-Recht angleichen.[240] Das EWR-Abkommen sollte einen Zwischenschritt[241] der Schweizer Integrationspolitik darstellen und der Schweiz

---

233 Die EG-Kommission kam ihnen insofern etwas entgegen, als sie bereit war, den EFTA-Staaten in gewissen Bereichen Übergangsfristen zu gewähren, Botschaft EWR, S. 18 f., 21; Norberg/Johansson, S. 23.

234 Koller, S. 247 m. w. H.

235 Koller, S. 247 f. Die Eurolex-Vorlagen hätten zur Umsetzung des nicht direkt anwendbaren EG-Rechts gedient. Zudem sollten durch die Anpassungen «mögliche Widersprüche und Unvereinbarkeiten» zum direkt anwendbaren EG-Recht verhindert werden. Vgl. Botschaft EWR, S. 99.

236 Botschaft EWR, S. 42: Der Bundesrat bezeichnete den Eintritt in die Verhandlungen als «Wendepunkt in unserer europäischen Integrationspolitik»; vgl. auch Botschaft EWR, S. 45.

237 Botschaft EWR, S. 42.

238 Botschaft EWR, S. 43.

239 Botschaft EWR, S. 43.

240 Botschaft EWR, S. 43 f.

241 Während der Verhandlungen reichte der Bundesrat das Gesuch um Beitritt zu den EG ein, vgl. Oesch, Schweiz–EU, Rz. 27. Der Beitritt zum EWR-Abkommen sollte folglich einen Zwischenschritt auf dem Prozess des Beitritts darstellen, dazu m. w. H. Oesch, Schweiz–EU, Rz. 28.

«eine Beteiligung am EG-Binnenmarkt zu Bedingungen ermöglichen, die jenen eines EG-Mitgliedstaates nahekommen».[242]

3.5 Ablehnung des EWR-Beitritts der Schweiz

Während die übrigen EFTA-Staaten dem Beitritt zum EWR-Abkommen zustimmten, wurde der Beitritt der Schweiz zum EWR im Rahmen eines obligatorischen Referendums von einer knappen Mehrheit des Stimmvolks und einer deutlichen Mehrheit der Kantone am 6. Dezember 1992 abgelehnt.[243]

Die anderen EFTA-Staaten hatten mit dem Beitritt zum EWR-Abkommen einen engen und auf einer rechtlichen Grundlage beruhenden Zugang zum EU-Binnenmarkt erhalten. Die Schweiz befand sich hingegen in der vergleichbaren Situation wie vor den Verhandlungen zum EWR-Abkommen. Einerseits blieb die im EWR-Abkommen vorgeschriebene grossflächige Übernahme von EG-Recht aus, andererseits stellte sich die Frage der zukünftigen Zusammenarbeit und des Zugangs der Schweiz zum Binnenmarkt noch dringlicher.

3.6 Auswirkungen auf den autonomen Nachvollzug

Während der Verhandlungen zum EWR-Abkommen wurde die Politik der europafreundlichen Rechtsetzung weiterverfolgt.[244] Das EWR-Nein wirkte sich dann sehr stark auf die weitere Entwicklung des autonomen Nachvollzugs aus. Wäre die Schweiz dem EWR-Abkommen beigetreten, hätte dies die Relevanz des autonomen Nachvollzugs weitgehend eingeschränkt, weil eine dynamische Übernahme von EG-Recht im Bereich des Binnenmarkts durch das Abkommen völkerrechtlich vorgeschrieben gewesen wäre.[245] Aufgrund der Ablehnung des Beitritts bestand weiterhin keine solche Verpflichtung zur Angleichung. Die freiwillige Rechtsangleichung im Sinne des autonomen Nachvollzugs gewann deshalb stark an Bedeutung.[246]

---

242 Botschaft EWR, S. 47. Eine Weiterführung der bisherigen pragmatischen und punktuellen Zusammenarbeit wurde als weniger vorteilhaft eingeschätzt und daher abgelehnt, vgl. Botschaft EWR, S. 52 und 55 f.

243 Oesch, Europarecht, Rz. 79.

244 Vgl. die Übersicht bei Baudenbacher, S. 311 ff. Ein wichtiges Beispiel stellte die Revision des Markenschutzgesetzes dar, vgl. dazu Baudenbacher, S. 311 f.

245 Zur dynamischen Rechtsübernahme im EWR-Abkommen vgl. Glaser/Langer, S. 565 ff.

246 Vgl. Weber, S. 7 f.

III. Bedeutungszuwachs des autonomen Nachvollzugs ab 1993

1. Folgeprogramm nach dem EWR-Nein

Weniger als drei Monate nach der Ablehnung des EWR-Beitritts der Schweiz legte der Bundesrat der Bundesversammlung am 24. Februar 1993 in der *Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens* seine zukünftige integrationspolitische Strategie zu Europa vor.[247]

Auch nach dem EWR-Nein blieb die grundsätzliche Stossrichtung der schweizerischen Integrationspolitik in Europa gleich: Es sollte nicht etwa eine aussenwirtschaftliche Abkehr von Europa stattfinden, sondern «aktive und solidarische Zusammenarbeit mit der EG»[248] angestrebt werden.[249] Dazu sollten grundsätzlich «sämtliche Optionen»[250] der Integrationspolitik offengehalten werden, wozu auch der Beitritt zu den EG oder zum EWR-Abkommen gehörte.[251] Im Sinne einer Rückkehr zur bewährten Strategie der punktuellen und pragmatischen Zusammenarbeit wertete der Bundesrat den Ausbau der vertraglichen Beziehungen, d. h. den Abschluss von punktuellen und sektoriellen Abkommen mit der EG und ihren Mitgliedstaaten, als unmittelbarste und zentralste Integrationsoption.[252]

2. Autonomer Nachvollzug als zentrale Massnahme

Als konkrete *Massnahmen* zur Umsetzung der schweizerischen Integrationspolitik sollten zum einen bilaterale Verhandlungen[253] und zum anderen der autonome Nachvollzug, welcher in der Botschaft als «Europakompatibilität des schweizerischen Rechts»[254] bezeichnet wurde, dienen.

Die Grunderkenntnis aus den 1970er Jahren, dass die Schweiz ihr Recht an das gemeinschaftliche Recht angleichen muss, wenn sie ihre Beziehungen zu den EG

---

247 Botschaft Folgeprogramm, S. 808; dazu Weber, S. 7 f.

248 Botschaft Folgeprogramm, S. 815.

249 Vgl. Botschaft Folgeprogramm, S. 815.

250 Botschaft Folgeprogramm, S. 815.

251 Botschaft Folgeprogramm, S. 815.

252 Botschaft Folgeprogramm, S. 816, 819 f.

253 Vgl. Botschaft Folgeprogramm, S. 819 f.

254 Vgl. Botschaft Folgeprogramm, S. 821 f.

vertiefen wollte,[255] welche in den EWR-Verhandlungen noch deutlicher wurde,[256] machte den autonomen Nachvollzug zur zentralen Massnahme.

Eine europakompatible Rechtsetzung sollte es der Schweiz ermöglichen, die Europafähigkeit nach dem EWR-Nein wieder zu steigern: Aufgrund der primären Zielsetzung des Abschlusses von bilateralen Abkommen sollten mit der «systematischen Prüfung der Europaverträglichkeit»[257] und einer darauf beruhenden europakompatiblen Rechtsetzung insb. «Hindernisse für den Abschluss von Liberalisierungs- und Reziprozitätsabkommen mit der EG oder ihren Mitgliedstaaten»[258] reduziert werden.[259] Gleichzeitig sollten alle Integrationsoptionen offengehalten werden und durch den autonomen Nachvollzug keine neuen Hürden für einen späteren EWR- oder EG-Beitritt durch divergierende schweizerische Rechtsbestimmungen geschaffen werden.[260]

Als rechtliches Instrument zur Förderung der Europakompatibilität diente weiterhin die «systematische Prüfung der Europaverträglichkeit des aktuellen und künftigen schweizerischen Rechts»[261] in den Botschaften zu Gesetzen und Anträgen zu Verordnungen.[262] Wie bisher stellte der autonome Nachvollzug eine rein politische Zielsetzung dar, ohne dass eine rechtliche Pflicht zur europakompatiblen Rechtsetzung bestand.

3. Autonomer Nachvollzug in der Praxis

Vor dem Hintergrund der neuen Zielsetzung von bilateralen Abkommen und der Überzeugung, dass solche nur durch eine freiwillige Angleichung von Schweizer Recht an EU-Recht abgeschlossen werden können, wurde ab 1993 auf der Grundlage des Folgeprogramms eine Vielzahl von Vorlagen ausgearbeitet und angenommen, in welchen Schweizer Recht im Sinne des autonomen Nachvollzugs an EU-Recht angeglichen wurde.

---

255 Vgl. vorne § 3 Kap. C.I.2.2.

256 Vgl. Botschaft EWR, S. 43 f.

257 Botschaft Folgeprogramm, S. 821.

258 Botschaft Folgeprogramm, S. 821 f.

259 Botschaft Folgeprogramm, S. 821 f.; Weber, S. 7 f.; Spinner/Maritz, S. 128.

260 Botschaft Folgeprogramm, S. 834.

261 Botschaft Folgeprogramm, S. 821.

262 Botschaft Folgeprogramm, S. 821; Spinner/Maritz, S. 129; zur Prüfung der Europarechtskompatibilität bereits vorne § 3 Kap. A.III.2. und Kap. C.II.2.3.

Die Dichte von autonom nachvollzogenem Recht in den Jahren zwischen 1993 und 1999 und die Systematik, mit welcher eine freiwillige Angleichung an das EU-Recht vorgenommen wurde, sind bis heute unübertroffen.[263] Es kann m. E. sinnbildlich von einer ersten Welle des autonomen Nachvollzugs gesprochen werden. Der autonome Nachvollzug erfolgte zunächst hauptsächlich im Rahmen der im Folgeprogramm vorgesehenen *Swisslex*-Vorlagen und der Strategie der marktwirtschaftlichen Erneuerung (sog. Revitalisierungsprogramm).

3.1 *Swisslex*-Vorlagen

Der autonome Nachvollzug wurde auf der einen Seite durch die Wiederaufnahme von 27 ausgewählten Eurolex-Vorlagen im Rahmen des Folgeprogramms befeuert. Aus den insgesamt 50 Eurolex-Vorlagen wurden unter dem Titel der *Swisslex*-Vorlagen diejenigen Gesetzesänderungen wieder aufgegriffen, welche aus Sicht des Bundesrats auch ohne EWR-Beitritt als sinnvoll für die Schweiz erachtet wurden im Hinblick auf die angestrebten Ziele der Mitwirkung am europäischen Integrationsprozess – sei es durch den Abschluss bilateraler Abkommen oder durch einen späteren Beitritt zu den EG oder dem EWR-Abkommen.[264] Gleichzeitig sollte mit dem autonomen Nachvollzug in der Form der 27 *Swisslex*-Vorlagen auch ein «Beitrag zur Erneuerung der schweizerischen Wirtschaft»[265] geleistet werden, wodurch die Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz gegenüber den Staaten im EWR gesteigert und gesellschaftspolitische Reformen in der Schweiz realisiert werden sollten.[266]

3.2 Autonomer Nachvollzug im Rahmen der marktwirtschaftlichen Erneuerung

Der autonome Nachvollzug war auf der anderen Seite auch ein zentrales Element in der vom Bundesrat im Folgeprogramm angestrebten marktwirtschaftlichen Erneuerung der Schweizer Wirtschaft (sog. Revitalisierungsprogramm). Mit einem ersten Massnahmenpaket in den Bereichen mit «grossem Handlungsbedarf»[267] sollte die «verminderte Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Schweiz»[268] adres-

---

263 Vgl. Cottier/Liechti, Synthese, S. 9 f.

264 Vgl. Botschaft Folgeprogramm, S. 833.

265 Botschaft Folgeprogramm, S. 834.

266 Botschaft Folgeprogramm, S. 834; Koller, S. 250; Weber, S. 8.

267 Botschaft Folgeprogramm, S. 826.

268 Botschaft Folgeprogramm, S. 822.

siert werden, welche der Bundesrat feststellte und welche durch den Beitritt zum EWR hätte verbessert werden sollen.[269] Das Reformprogramm des Bundesrats sollte «[…] wenn immer möglich […] eurokompatibel»[270] ausgestaltet werden.[271] Gleichzeitig sollte durch diese Vorlagen ebenfalls der Abschluss von bilateralen Abkommen gefördert werden.[272]

4. Wirkung des autonomen Nachvollzugs

4.1 Autonomer Nachvollzug als bedeutender materieller Legislativfaktor

Aufgrund der Entwicklungen nach dem EWR-Nein wurde der autonome Nachvollzug im Laufe der 1990er Jahre, wie von Thürer bereits 1989 vorhergesagt, immer mehr zu einem «materielle[n] Legislativfaktor»[273] bzw. einem «Konstruktions- und Formprinzip der Rechtsfortbildung […], das – den Charakter einer rein technischen oder rechtsbereichsspezifischen Maxime weit übersteigend – als grundlegendes politisches Leitprinzip die schweizerische Rechtsordnung in ihrer ganzen Breite erfasst».[274]

Die Antwort des Bundesrats auf eine Anfrage im Jahr 1998, bei welcher er unterstrich, dass neue Schweizer Vorschriften «im allgemeinen eurokompatibel, ausnahmsweise nicht»[275] sind, und die Aussage im Integrationsbericht 1999, wonach der autonome Nachvollzug «immer mehr zur Regel»[276] werde, widerspiegeln die Bedeutungszunahme, welche der autonome Nachvollzug seit 1988 erlebt hat, und zeigen m. E., mit welcher Selbstverständlichkeit und Systematik neues Schweizer Recht in dieser Zeit an EU-Recht angeglichen wurde.[277]

---

269 Vgl. Botschaft Folgeprogramm, S. 823 f.

270 Botschaft Folgeprogramm, S. 823.

271 Botschaft Folgeprogramm, S. 823.

272 Vgl. Botschaft Folgeprogramm, S. 829.

273 Thürer, S. 580.

274 Thürer, S. 578; vgl. auch Oesch, Schweiz–EU, Rz. 386.

275 Antwort des Bundesrats vom 13.05.1998 zur einfachen Anfrage Nr. 98.1032 «Swisslex II».

276 Integrationsbericht 1999, S. 4227.

277 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 389: «Das Bundesrecht wird dem europäischen Recht systematisch nachgebildet.»

Damit verbunden wurde deutlich, dass der autonome Nachvollzug weit über die «Bereiche mit grenzüberschreitender Bedeutung»[278] hinausging, auf welche er 1988 ursprünglich eingeschränkt wurde, und in einer immer grösseren Zahl an Regelungsbereichen relevant wurde (sog. *spill over*-Effekt).[279]

4.2 Betonung der Grenzen des autonomen Nachvollzugs

Trotz des Bedeutungszuwachses betonte der Bundesrat stets auch die Grenzen des autonomen Nachvollzugs. Bereits in der Botschaft zum Folgeprogramm unterstrich er: «Seien wir uns ferner bewusst, dass eine autonome Übernahme von Teilen des ‹acquis communautaire› durch die Schweiz keine automatische Reziprozität auf seiten der EG oder ihrer Mitgliedstaaten zur Folge hat.»[280] Der Bundesrat meinte damit, dass ein autonomer Nachvollzug allein ohne staatsvertragliche Regelung keinen Marktzugang bewirke, bemerkte aber auch, dass er «zumindest scheinbar gute Grundlagen für spätere vertragliche Regelungen mit der EU schafft».[281]

In diesem Sinne betrachtete der Bundesrat den autonomen Nachvollzug stets als kompensatorisches und die Integrationsoptionen unterstützendes Instrument, mit dem, so weit als möglich, die Nachteile einer Nicht-Mitgliedschaft in der EU kompensiert werden und der Abschluss von bilateralen Abkommen gefördert wird. Ein alleiniges Abstützen auf den autonomen Nachvollzug ohne völkerrechtliche Zusammenarbeit im Sinne eines Alleingangs lehnte der Bundesrat hingegen deutlich ab.[282]

IV. Phase nach Unterzeichnung der bilateralen Verträge ab 2004

Mit dem Abschluss der bilateralen Verträge I im Jahr 1999 und der bilateralen Verträge II im Jahr 2004 erreichte die Schweiz das seit dem EWR-Nein lang ersehnte Ziel einer Stabilisierung und eines Ausbaus der Beziehungen zur EU.

---

278 So der Integrationsbericht 1988, S. 380.

279 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 389. Siehe zur Kritik aus der Literatur an dieser Einschränkung bereits 1989 Thürer, S. 579.

280 Botschaft Folgeprogramm, S. 816. Siehe auch Europabericht 2006, S. 6832; Bericht Lagebeurteilung 2023, S. 16.

281 Integrationsbericht 1999, S. 4249.

282 Integrationsbericht 1999, S. 4249.

1. Entwicklung der Funktion des autonomen Nachvollzugs

Die Politik des autonomen Nachvollzugs wurde auch nach der Unterzeichnung der Bilateralen I und II weitergeführt, was sich anhand verschiedener Beispiele zeigt.

Nach dem Inkrafttreten der bilateralen Abkommen erhielt der autonome Nachvollzug eine weitere, wichtige Funktion im Rahmen der Sicherstellung der Aktualisierung der bilateralen Abkommen.[283] Eine Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht im Sinne des autonomen Nachvollzugs erfolgte aber auch in Bereichen, in welchen zuvor noch keine Angleichung stattgefunden hatte oder stattfinden konnte, z. B. weil diese Thematik zuvor noch nicht auf der Ebene des EU-Rechts geregelt war.[284]

2. Politische Zurückhaltung

Gegenüber der Zeit vor dem Abschluss der bilateralen Abkommen, in welcher Schweizer Recht intensiv an EU-Recht angeglichen wurde, scheint nach 2004 eine gewisse Zurückhaltung in der politischen Bewertung des Instruments des autonomen Nachvollzugs eingesetzt zu haben.[285]

In Übereinstimmung mit der bisherigen Politik des autonomen Nachvollzugs seit 1988 betonte der Bundesrat in seinem Europabericht 2006, dass der autonome Nachvollzug dazu diene, «dass keine unüberlegte und unbegründete Abweichung zwischen der Schweizer Rechtsordnung und dem Gemeinschaftsrechts entsteht».[286] Der Bundesrat unterstrich jedoch, dass dieser Grundsatz nur gelte, «sofern er den Interessen der Schweiz nützt».[287] Diesen Vorbehalt in der Anwendung der Politik des autonomen Nachvollzugs wiederholte der Bundesrat seither in verschiedenen Berichten, zuletzt in der Lagebeurteilung 2023.[288] Der Vorbehalt betont in erster Linie eine politische Selbstverständlichkeit, welche mit dem Charakteristikum des autonomen Nachvollzugs verbunden ist: Besteht keine völkerrechtliche Verpflichtung zur Angleichung, wird diese nur vorgenommen, wenn sie den Schweizer Interessen nützt. Dennoch ist der Vorbehalt m. E. als eine ge-

283 Vgl. zu dieser Funktion vorne § 3 Kap. A.II.1.5.2.

284 Z. B. der Bereich des Emissionshandels, vgl. dazu hinten § 8 Kap. B.II.

285 In diesem Sinne auch Furrer, S. 320.

286 Europabericht 2006, S. 6832.

287 Europabericht 2006, S. 6832.

288 Bericht Lagebeurteilung 2023, S. 49.

wisse politische Zurückhaltung zu verstehen.[289] 1988 betonte der Bundesrat, dass die Schweiz im Rahmen des autonomen Nachvollzugs teilweise auch auf eigene Wünsche in der Rechtsetzung verzichten müsse, wenn sie von den EG ein Entgegenkommen erwarte.[290] Diese Haltung prägte auch die Politik des autonomen Nachvollzugs nach 1993, in welcher zunächst noch nicht klar war, inwiefern die Schweiz einen Zugang zum EU-Binnenmarkt erreichen kann. Aufgrund der Furcht vor einer wirtschaftlichen Isolation und des Ziels, bilaterale Abkommen abzuschliessen, fand der autonome Nachvollzug eine breite Anwendung. Diese Dringlichkeit einer Stabilisierung der bilateralen Beziehungen aus der Zeit vor 1999 bestand nach dem Abschluss der bilateralen Abkommen I und II nicht mehr und erlaubte es dem Schweizer Gesetzgeber in der Tendenz, bei gewissen Vorhaben die eigenen innenpolitischen Interessen wieder höher zu gewichten und auf einen autonomen Nachvollzug zu verzichten, während eine Angleichung bei einer entsprechenden Vorlage vor 1999 vermutungsweise eher erfolgt wäre. Als Beispiel für die grössere Zurückhaltung kann der 2004 gescheiterte Ausbau des Konsumentenschutzes betrachtet werden.[291]

Von einem tatsächlichen Bedeutungsrückgang des autonomen Nachvollzugs seit 2004 kann m. E. aber nicht gesprochen werden: Einerseits erhielt der autonome Nachvollzug bei der Aktualisierung der bestehenden Abkommen eine neue, wichtige Rolle, andererseits belegen verschiedene Anwendungsbeispiele aus der Zeit nach 2004,[292] dass die Angleichung an EU-Recht in vielen Fällen weiterhin als wichtig erachtet wurde.

V. Bedeutungszuwachs der institutionellen Fragen ab 2008

1. Politische Entwicklungen im Verhältnis Schweiz–EU

Nach dem Abschluss der Bilateralen II wurden zunächst Verhandlungen in weiteren Bereichen aufgenommen, welche aber nur punktuell zum Abschluss weiterer bilateraler Abkommen geführt hatten. Eine vertieftere Integration in den Binnen-

289 In diesem Sinne auch Furrer, S. 320.

290 Integrationsbericht 1988, S. 380.

291 Furrer, S. 320.

292 Für Beispiele vgl. Kohler, influences, Rz. 15 ff.

markt oder eine breitere Zusammenarbeit im Stile einer Fortsetzung der Bilateralen I und II konnte nicht realisiert werden.[293]

Die Phase von 2008 bis 2021 war europapolitisch hingegen vor allem geprägt durch die Diskussionen und Verhandlungen zur Schaffung eines institutionellen Rahmens für die bestehenden und zukünftigen Binnenmarktabkommen. Ab 2008 forderte die EU, dass im bilateralen Verhältnis zum einen Regelungen geschaffen werden, welche eine regelmässige Aktualisierung der bilateralen Verträge festschreiben (sog. dynamische Rechtsübernahme),[294] und zum andern neue, übergreifende Vorschriften zur Überwachung und Streitbeilegung festgelegt werden.[295] Nachdem die Schweiz trotz EWR-Nein durch die bilateralen Abkommen dennoch einen angepassten und punktuellen Zugang zum Binnenmarkt erhalten hatte, tauchten nun auch diese institutionellen Fragen wieder auf, welche bereits 1989 im Rahmen der Verhandlungen zum EWR-Abkommen diskutiert wurden.

Die Schweiz wehrte sich lange gegen die Forderung der EU, die institutionellen Fragen in einem Rahmenabkommen zu regeln,[296] und einigte sich erst 2014 mit der EU, Verhandlungen aufzunehmen.[297] Die EU erhöhte 2014 den Druck, indem sie erklärte, dass bis zu einer Lösung der institutionellen Fragen keine weiteren bilateralen Abkommen abgeschlossen werden.[298] Im Dezember 2018 erklärte die EU die Verhandlungen zum Institutionellen Abkommen einseitig für beendet und unterstrich, wiederum um den Druck zu erhöhen, dass sie nicht bereit sei, einer Aktualisierung der bestehenden Abkommen zuzustimmen, solange das Institutionelle Abkommen nicht abgeschlossen sei.[299]

Der Bundesrat führte in der Folge Konsultationen mit den betroffenen Kreisen in der Schweiz durch, welche verdeutlichten, dass aus Schweizer Sicht Vorbehalte in Bezug auf drei Punkte bestanden[300] sowie Klärungen und Präzisierungen nötig

---

293 Ausnahmen bilden insb. das ZollA und das WettbewerbsA.

294 Vgl. Schlussfolgerungen Rat 2008, Rz. 31, in welchen betont wurde, «dass die Teilnahme am Binnenmarkt eine einheitliche Anwendung und Auslegung des sich ständig weiter entwickelnden gemeinschaftlichen Besitzstands erfordert».

295 Schlussfolgerungen Rat 2010, Rz. 48.

296 Oesch, Europarecht, Rz. 1039.

297 Oesch, Europarecht, Rz. 1040.

298 Schlussfolgerungen Rat 2014, Rz. 44; Oesch, Europarecht, Rz. 1038.

299 Oesch, Europarecht, Rz. 1040.

300 Differenzen bestanden insb. in Bezug auf die Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie sowie die Bereiche des Lohnschutzes und der staatlichen Beihilfen, vgl. Bundesrat, Medienmitteilung vom 26.05.2021.

waren.[301] In den Nachverhandlungen mit der EU konnte keine Einigung erzielt werden, was den Bundesrat am 21. Mai 2021 schliesslich dazu bewog, das Institutionelle Abkommen definitiv nicht zu unterzeichnen und die Verhandlungen zu beenden.[302]

2. Auswirkungen auf den autonomen Nachvollzug

2.1 Autonomer Nachvollzug als immer einsetzbares Instrument

Mit dem Eintritt der Phase ab 2008 nahm die politische Bedeutung der Funktion des autonomen Nachvollzugs wieder zu: Vergleichbar mit der Situation nach dem EWR-Nein am 6. Dezember 1992 war der autonome Nachvollzug jeweils das einzige europapolitische Instrument, welches weiter eingesetzt werden konnte, auch wenn die politischen Verhandlungen zu völkerrechtlichen Abkommen Probleme bereiteten. Diese Funktion des autonomen Nachvollzugs kommt im Europabericht 2010 deutlich zum Ausdruck: «In Ermangelung neuer Abkommen jedoch kann die Notwendigkeit, die negativen Auswirkungen allzu grosser Abweichungen zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen auf die Schweizer Wirtschaft so weit wie möglich zu begrenzen, nur dazu führen, dass immer systematischer auf diesen autonomen Nachvollzug zurückgegriffen wird.»[303]

2.2 Autonomer Nachvollzug in der Praxis

Im Rahmen der bestehenden bilateralen Abkommen wurde durch den autonomen Nachvollzug sichergestellt, dass das Schweizer Recht weiterhin an Änderungen des EU-Rechts angeglichen wird. Auch nachdem die EU 2018 erklärte, dass sie der Aktualisierung von bestehenden Abkommen nicht mehr zustimmen würde, setzte die Schweiz insb. im Bereich des MRA und des Agrarabkommens weiterhin auf den autonomen Nachvollzug und stellte damit sicher, dass materiellrechtlich eine gleichwertige Rechtslage zwischen der Schweiz und der EU erhalten blieb. Gerade im Bereich der Agrarprodukte sollte sich dieses Vorgehen der Schweiz als zentral erweisen.[304]

Zudem wurde Schweizer Recht in Bereichen ausserhalb der bilateralen Abkommen an EU-Recht angeglichen. Dies war z. B. im Bereich des Finanzmarktrechts

---

301 Oesch, Europarecht, Rz. 1040.

302 Bericht Lagebeurteilung 2023, S. 14; Bundesrat, Medienmitteilung vom 26.05.2021.

303 Europabericht 2010, S. 7288 f.

304 Vgl. hinten § 7 Kap. D.I.3.2.

der Fall, in dem der autonome Nachvollzug die Ausgestaltung der neuen Rechtsakte FinfraG, FINIG und FIDLEG mitprägte.[305]

VI. Neuer Versuch der Weiterentwicklung der vertraglichen Beziehungen seit 2021

1. Politische Entwicklungen im Verhältnis Schweiz–EU

Bereits in der Medienmitteilung vom 26. Mai 2021 zum Entschluss, das Institutionelle Abkommen nicht zu unterzeichnen, unterstrich der Bundesrat, dass es im gemeinsamen Interesse sei, «die bewährte bilaterale Zusammenarbeit zu sichern und die bestehenden Abkommen konsequent weiterzuführen».[306]

Als neue politische Stossrichtung einigte sich der Bundesrat auf das Ziel eines breiten Paketansatzes, wobei in den bestehenden Abkommen der hindernisfreie Zugang zum EU-Binnenmarkt sichergestellt werden sollte und drei neue sektorielle Abkommen abgeschlossen werden sollten.[307] Die institutionellen Elemente sollten nach dem neuen Ansatz sektoriell in den einzelnen Abkommen statt in einem Rahmenabkommen geregelt werden. Die Sondierungsgespräche, welche im Frühling 2022 begonnen hatten, führten zu einem *Common Understanding* zwischen der Schweiz und der EU.[308] Auf dessen Grundlage begannen im März 2024 die Verhandlungen, welche im Dezember 2024 offiziell abgeschlossen werden konnten.[309] In der Schweiz befindet sich das Paket zur Stabilisierung und Weiterentwicklung des bilateralen Wegs im Sommer 2025 in der Vernehmlassung, bevor das Schweizer Parlament über dessen Ratifizierung entscheidet. Das letzte Wort wird in Bezug auf die meisten Abkommen sehr wahrscheinlich das Stimmvolk und eventuell die Kantone haben im Rahmen eines fakultativen oder obligatorischen Referendums.

2. Wirkung des autonomen Nachvollzugs

Im Rahmen der Medienmitteilung zum definitiven Abbruch der Verhandlungen vom 26. Mai 2021 kündete der Bundesrat an, zu prüfen, «wie das bilaterale Ver-

---

305 Siehe dazu im Detail hinten § 9 Kap. B.III.2.2.

306 Bundesrat, Medienmitteilung vom 26.05.2021.

307 Oesch, Europarecht, Rz. 1041.

308 Oesch, Europarecht, Rz. 1042.

309 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 40.

hältnis mit möglichen, autonomen Anpassungen im nationalen Recht stabilisiert werden könnte».[310]

Das Vorgehen im Mai 2021 erinnert an jenes nach der Ablehnung des EWR-Beitritts im Dezember 1992: Der Bundesrat wandte sich beide Male dem autonomen Nachvollzug zu und untersuchte, ob auf diesem Weg eine Verbesserung im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU erzielt werden kann.

Im Unterschied zur Zeit ab 1993 und zur ersten Welle des autonomen Nachvollzugs blieb eine breite Angleichung von Schweizer Recht an EU-Recht gestützt auf die vertiefte Analyse der Regelungsunterschiede, welche am 10. Januar 2022 publiziert wurde, aus.[311] Zwar wurden im Bereich vieler Abkommen Regelungsunterschiede festgestellt, eine einseitige Angleichung wurde aber verschiedentlich als nicht im Interesse der Schweiz eingeschätzt oder die Bundesverwaltung kam zum Schluss, dass die Differenzen nur im Zusammenspiel mit der EU beseitigt werden könnten.[312]

Bei den in dieser Arbeit relevanten zwei Äquivalenzabkommen MRA und Agrarabkommen wurde festgestellt, dass aufgrund des regelmässigen autonomen Nachvollzugs kaum Differenzen bestehen, weil die Schweiz ihr Recht in diesen Bereichen sowieso routinemässig im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an EU-Recht angleicht.[313] Dieser Umstand sollte sich v. a. im Bereich des Agrarabkommens als wichtig erweisen.[314]

Abgesehen von der Prüfung autonomer Anpassungen im direkten Zusammenhang mit bilateralen Abkommen wurde seit 2021 in anderen Bereichen weiterhin Schweizer Recht im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an EU-Recht angeglichen. Dabei handelt es sich um Bereiche, bei welchen das Schweizer Recht bereits zuvor an EU-Recht angeglichen wurde und der autonome Nachvollzug erfolgte, um die Parallelität aufrechtzuerhalten, als auch um Bereiche, in welchen zuvor noch keine Angleichung an EU-Recht erfolgt war.[315]

---

310 Bundesrat, Medienmitteilung vom 26.05.2021; siehe die Kritik zum Vorgehen bei Hirsbrunner, Rz. 8 ff.

311 Eine erste Analyse wurde bereits am 30. Juni 2021 fertiggestellt, vgl. Bundesrat, Medienmitteilung vom 30.06.2021. Darauf folgte der Bericht Regelungsunterschiede.

312 Bericht Regelungsunterschiede, S. 2.

313 Bericht Regelungsunterschiede, S. 2, zum Agrarabkommen S. 25, zum MRA S. 31.

314 Vgl. dazu hinten § 7 Kap. D.I.3.2.

315 Vgl. z. B. das Beispiel der Holzhandelsverordnung (HHV).

3. Systematischer autonomer Nachvollzug

Ein Beispiel, wie institutionalisiert und systematisch die Abstimmung zwischen Entwicklungen in der Schweiz und der EU mittlerweile erfolgt, bildet der digitale Bereich. Im Unterschied zur Schweiz hat die EU in den letzten Jahren verschiedene und umfangreiche Rechtsakte erlassen, um digitale Entwicklungen, z. B. das Aufkommen von grossen digitalen Plattformen oder der Künstlichen Intelligenz, rechtlich zu erfassen und zu regeln.

Der Bundesrat beauftragte eine interdepartementale Arbeitsgruppe, ein Monitoring der EU-Digitalpolitik sicherzustellen und den Bundesrat regelmässig über relevante Entwicklungen zu informieren.[316] In der alle zwei Jahre erscheinenden Analyse wird aufgezeigt, welchen Einfluss die EU-Rechtsakte auf die Schweiz haben und ob ein Handeln der Schweiz, insb. eine Angleichung von Schweizer Recht an EU-Recht, als notwendig erscheint. Bislang kam der Bericht zum Schluss, dass die EU-Strategie zwar Auswirkungen auf die Schweiz und Schweizer Unternehmen hat, momentan aber noch[317] keine erheblichen Risiken für den Binnenmarktzugang bestehen.[318] In gewissen Bereichen hat die Schweiz ihr Recht dennoch bereits an EU-Recht angeglichen, um mit den Entwicklungen in der EU Schritt zu halten, in anderen wurden die gesetzgeberischen Grundlagen geschaffen, um im Rahmen des autonomen Nachvollzugs das Schweizer Recht effizient an EU-Recht anzugleichen, um zukünftig Probleme beim Marktzugang zu verhindern.[319]

Das Beispiel zeigt, dass die Bundesverwaltung ihren Blick systematisch Richtung EU richtet, um die Rechtsetzungstätigkeit zu verfolgen und zu prüfen, welche Auswirkung diese auf die Schweiz haben könnte. Nach 38 Jahren seines Bestehens ist der autonome Nachvollzug als Instrument der Schweizer Europapolitik somit weiterhin von grosser praktischer Bedeutung.

---

316 IK-EUDP, Analyse EU-Digitalpolitik 2025, S. 2.

317 Mögliche Markthürden sieht die Koordinationsgruppe in der Zukunft durch Rechtsakte, welche sich auf das MRA auswirken, vgl. IK-EUDP, Analyse der EU-Digitalpolitik, S. 4, vgl. z. B. die möglichen Auswirkungen durch die VO 2024/2847 *(Cyberresilience Act)* auf Maschinen, S. 41.

318 IK-EUDP, Analyse EU-Digitalpolitik 2025, S. 4.

319 Im Rahmen der parlamentarischen Initiative wurde Art. 35i USG geschaffen. Damit wurde die rechtliche Grundlage geschaffen, dass die Schweiz Ökodesign-Vorgaben festlegt, die sich gem. Wortlaut an den «Regelungen der wichtigsten Handelspartner», d. h. der EU, orientieren, um zu garantieren, dass der Marktzugang nicht gefährdet wird, vgl. IK-EUDP, Analyse EU-Digitalpolitik 2025, S. 50.

§ 4 Anerkennung der Gleichwertigkeit

Das zweite zentrale Konzept, auf welchem diese Arbeit aufbaut, ist das Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit. Da die Begriffe der Anerkennung und der Gleichwertigkeit in der Lehre und Praxis in verschiedener Weise genutzt werden, soll zunächst die Begriffsverwendung in dieser Arbeit geklärt werden (Kap. A.). Danach folgt eine Definition der Anerkennung der Gleichwertigkeit (Kap. B.) und eine Darstellung der Funktion dieses Prinzips (Kap. C.).

A. Begriffsverwendung

Das Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit setzt sich aus zwei inhaltsgebenden Komponenten (Anerkennung und Gleichwertigkeit) zusammen. Die beiden Begriffe werden in der Rechtswissenschaft in verschiedenen Rechtsbereichen und Konstellationen verwendet, um rechtliche Vorgänge zu beschreiben.[320] Die Begriffe werden dabei einzeln oder kombiniert verwendet.[321]

Im Rahmen dieser Arbeit geht es um Konstellationen im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU, in welchen der autonome Nachvollzug durch die Schweiz zu einer gleichwertigen Rechtslage im Verhältnis zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht führt, welche danach formell anerkannt wird. Dieser Vorgang wird in dieser Arbeit als Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit bezeichnet. Folglich wird stets von der Anerkennung der Gleichwertigkeit bzw. der Gleichwertigkeitsanerkennung gesprochen.

---

320 Siehe z. B. das unionale Prinzip der gegenseitigen Anerkennung *(Cassis de Dijon-Prinzip)* und dessen Ausprägungen z. B. im Bereich des Zivil- und Strafrechts oder bei der Anerkennung von Berufsqualifikationen, dazu Möstl, S. 717 f. Die beiden Begriffe werden auch im WTO-Recht im TBT- und SPS-Übereinkommen verwendet, dazu hinten § 6 Kap. A.III.1. und § 7 Kap. A.II.2.

321 Im WTO-Recht wird zwischen der *mutual recognition* (gegenseitige Anerkennung) und der *equivalence* (im Sinne einer einseitigen Anerkennung) unterschieden, vgl. Zúñiga Schroder, S. 98, wobei es in beiden Fällen im Grunde um eine «recognition of equivalence» geht, vgl. Zúñiga Schroder, S. 99 f., oder Nicolaïdis/Shaffer, S. 290. Im Bereich der Finanzdienstleistungen wird ebenfalls nur von *equivalence* gesprochen im Zusammenhang mit einer einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, vgl. Schürger, S. 19.

B. Definition

Die Anerkennung der Gleichwertigkeit ist ein rechtlicher Vorgang, bei welchem im Rahmen eines formellen Anerkennungsakts bestätigt wird, dass ein bestimmter Gegenstand in zwei Rechtsordnungen als gleichwertig gilt.

I. Formen der Anerkennung der Gleichwertigkeit

In Bezug auf die Anerkennung der Gleichwertigkeit können zwei Grundformen unterschieden werden.

1. Gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit

Die Anerkennung kann gegenseitig erfolgen, was bedeutet, dass in der Regel zwei Parteien (es sind auch mehr als zwei Parteien denkbar) im Rahmen einer rechtlichen Vereinbarung gegenseitig bestätigen, d. h. anerkennen, dass unter ihnen Gleichwertigkeit in Bezug auf den Gegenstand der Anerkennung besteht. Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit als Vereinbarung zwischen Staaten erfolgt im Rahmen eines völkerrechtlichen Vertrags.

2. Einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit

Eine Anerkennung der Gleichwertigkeit kann auch einseitig erfolgen. In diesem Fall ist es rechtlich nur eine Partei, welche bestätigt, dass sie einen Gegenstand einer anderen Partei als gleichwertig anerkennt.[322] Eine einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit ergibt sich meistens aus einem Rechtsakt im Recht der anerkennenden Partei,[323] sie kann aber auch im Rahmen einer völkerrechtlichen Vereinbarung erfolgen.[324] Anerkennen zwei Parteien einzeln, d. h. gestützt auf ihre jeweils eigene rechtliche Grundlage, die Gleichwertigkeit der anderen Seite in Bezug auf den gleichen Gegenstand, handelt es sich rechtlich um einen Fall der

---

322 Vgl. Pennesi, S. 44, mit Ausführungen zum Bereich der Finanzdienstleistungen. Zur Verwendung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im EU-Recht vgl. hinten § 4 Kap. C.IV.1. Die Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der Finanzdienstleistungen werden in dieser Arbeit in § 9 im Detail untersucht.

323 Pennesi, S. 44.

324 Z. B. im Rahmen von Anhang 10 Agrarabkommen, vgl. dazu hinten § 7 Kap. C.I.1.

einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit. Die Wirkung gleicht aber jener einer gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit.[325]

II. Gegenstand der Anerkennung der Gleichwertigkeit

Der Gegenstand der Anerkennung der Gleichwertigkeit wird von der Partei, welche die Gleichwertigkeit einseitig anerkennt, oder im Falle der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit von beiden Parteien gemeinsam festgelegt. Oftmals bilden einzelne Rechtsvorschriften oder ein Komplex von Rechtsvorschriften, welche einen abgegrenzten Sachbereich regeln,[326] den Gegenstand einer Anerkennung der Gleichwertigkeit. Die Anerkennung der Gleichwertigkeit bezieht sich somit zumeist auf die Rechtslage im Hoheitsgebiet der beteiligten Parteien. Eine Anerkennung der Gleichwertigkeit kann sich aber auch auf eine Rechtsanwendungspraxis beziehen oder auf rechtliche Einzelakte.[327]

Wie weit ein Gegenstand der Anerkennung der Gleichwertigkeit zu verstehen ist, ergibt sich oftmals erst im Rahmen einer genaueren Analyse der Rechtsgrundlagen und der Praxis der Anerkennung der Gleichwertigkeit. Die Definition des Gegenstands der Gleichwertigkeitsanerkennung ist im Rahmen dieser Arbeit von grosser Bedeutung für die Frage des Handlungsspielraums sowohl im Bereich der Rechtsetzung als auch in jenem der Rechtsanwendung und -auslegung. Daher wird der Gegenstand der Gleichwertigkeitsanerkennung in den vier Bereichen, die in dieser Arbeit behandelt werden, jeweils genau untersucht.

III. Erfordernis der Gleichwertigkeit

Im Rahmen des Prinzips der Anerkennung der Gleichwertigkeit bildet die Gleichwertigkeit in Bezug auf den anzuerkennenden Gegenstand die Voraussetzung für die Anerkennung.

---

325 Pennesi, S. 44.

326 Es kann sich um einen ganzen Rechtsbereich handeln oder um Teilbereiche eines Rechtsbereichs, z. B. die Aufsicht oder Herstellungspraxis.

327 Z. B. im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen auf der Grundlage der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, dazu hinten § 6 Kap. A.III.1. und C.I.

Der Begriff der Gleichwertigkeit, oder als Synonym verstanden der Äquivalenz,[328] geht weit über den Bereich der Rechtswissenschaften hinaus und kommt in verschiedenen Bereichen zur Anwendung.[329] Gleichwertigkeit leitet sich von den lateinischen Wörtern *aequus* (gleich) und *valere* (wert sein) ab.[330] Gleichwertigkeit bedeutet damit in Bezug auf zwei oder mehr Gegenstände, dass diese von ihrem Wert bzw. ihrer Bewertung her gleich sind.[331]

Ab welchem Grad an Übereinstimmung z. B. Rechtsvorschriften von zwei anerkennenden Parteien als gleichwertig erachtet werden, hängt von der Einschätzung der anerkennenden Parteien ab und kann daher nicht abstrakt, ohne Blick auf den Einzelfall, festgelegt werden. Bei der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit geht es um das gemeinsame Verständnis der involvierten Parteien.[332] Im Rahmen der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit kann der geforderte Grad an Übereinstimmung von der anerkennenden Partei einseitig festgelegt werden.

Teilweise wird Gleichwertigkeit in einem Sinne verstanden, dass diese erfüllt ist, wenn die Vorschriften der anerkennenden Parteien vom Wortlaut her zwar nicht identisch sind, aber in beiden Systemen die gleichen Ziele und Funktion haben und daher zu gleichen Ergebnissen führen.[333] In diesem Fall wird von funktionaler Gleichwertigkeit *(functional equivalence)* gesprochen.[334] In anderen Fällen kann es sein, dass Gleichwertigkeit sehr eng verstanden wird und dazu führen kann, dass nahezu identische Rechtsvorschriften verlangt werden.

---

328 In der Schweiz werden beide Begriffe verwendet, vgl. zu den verschiedenen Begriffen, welche inhaltlich als Synonyme verstanden werden, Beglinger/Tobler, S. 566.

329 Weber/Sethe, S. 570, nennen z. B. die Logik, Mathematik oder die Tontechnik; siehe auch Schürger, S. 17, mit Verweis auf die Relativitätstheorie von Albert Einstein.

330 Weber/Sethe, S. 570.

331 Schürger, S. 82; Weber/Sethe, S. 570.

332 Wie bei allen Verhandlungen bedeutet dies nicht, dass sich die anerkennenden Parteien zwingend in der Mitte treffen. In Abkommen zwischen Drittstaaten und der EU ist es die EU, welche als stärkere Partei Vorgaben zum von ihr geforderten Grad an Übereinstimmung macht. Der anderen Seite bleibt oftmals nur die Möglichkeit, die Vorgaben zu akzeptieren, wenn ein Abschluss des Abkommens nicht gefährdet werden soll, vgl. zum Verhältnis Schweiz–EU Beglinger/Tobler, S. 547 f.

333 Schürger, S. 82, in Bezug auf die Verfahren im Bereich der Finanzdienstleistungen.

334 Schürger, S. 82; vgl. die Verwendung des Begriffs bei Weiler, S. 45, im Zusammenhang mit dem unionalen Prinzip der gegenseitigen Anerkennung.

IV. Rechtliche Folgen der Anerkennung der Gleichwertigkeit

Eine Anerkennung der Gleichwertigkeit bildet die rechtliche Grundlage für Erleichterungen im grenzüberschreitenden Handel oder in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit.[335] Oftmals wird auf der Grundlage einer Anerkennung der Gleichwertigkeit ein einseitiger oder gegenseitiger Marktzugang gewährt. Zudem kann eine Gleichwertigkeitsanerkennung Erleichterungen in Bezug auf das Inverkehrbringen von Produkten,[336] Formalitäten bei der Kontrolle von Waren[337] oder die Aufsicht von Finanzinstituten[338] zur Folge haben.

C. Funktion der Anerkennung der Gleichwertigkeit

Alle verschiedenen Anwendungsformen der Anerkennung und/oder der Gleichwertigkeit, so auch das in dieser Arbeit relevante Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit, haben im Grundsatz die gleiche Funktion: Durch den Akt der Anerkennung wird aus Sicht des anerkennenden Staats ausländischem Recht (beschränkt auf den Gegenstand der Anerkennung) innerstaatliche Geltung eingeräumt.[339]

I. Notwendigkeit der Anerkennung

1. Geltung des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips

Die Notwendigkeit einer Anerkennung ist auf das völkerrechtliche Territorialitätsprinzip zurückzuführen. Aus diesem ergibt sich, dass der Geltungsbereich der Vorschriften eines Staats und die Rechtswirkung der darauf gestützt erlassenen

---

335 Zúñiga Schroder, S. 98.

336 Z. B. im Bereich der Industrieprodukte, vgl. hinten § 6 Kap. C.III.

337 Z. B. im Bereich der Agrarprodukte, vgl. hinten § 7 Kap. C.III.1.

338 Z. B. im Bereich der Finanzdienstleistungen, vgl. hinten § 9 Kap. A.IV.2.2.2. und C.IV.2.1.

339 Pennesi, S. 42.

Verwaltungsakte (z. B. eine staatliche Zulassung)[340] grundsätzlich auf das Hoheitsgebiet dieses Staats beschränkt sind.[341] Ohne entsprechende Vereinbarung besteht keine völkerrechtliche Pflicht, ausländischem Recht oder Verwaltungsakten anderer Staaten im eigenen Staatsgebiet Geltung zu verschaffen.

2. Handelshemmende Wirkung aus dem Territorialitätsprinzip

Aus dem Territorialitätsprinzip folgt auch, dass Staaten selbständig Vorschriften erlassen, sofern sie die Rechtsetzungskompetenz in Bezug auf einen bestimmten Gegenstand nicht durch völkerrechtlichen Vertrag an eine internationale Organisation abgetreten haben.

Der Umstand, dass jeder Staat seine eigenen Vorschriften erlässt, welche in seinem Hoheitsgebiet Geltung haben, wirkt sich handelshemmend auf das grenzüberschreitende Verhältnis zu anderen Staaten aus:[342]

> Ein Versicherungsunternehmen mit Sitz in Staat A muss die Zulassungsvoraussetzungen gem. dem Recht in Staat A erfüllen, um dort seine Tätigkeit ausüben zu können. Möchte das Versicherungsunternehmen seine Tätigkeit auf Staat B ausdehnen, muss es grundsätzlich auch die Zulassungsvoraussetzungen von Staat B erfüllen.
>
> Ein Hersteller eines Spielzeugs mit Sitz in Staat A muss sein Spielzeug gem. den Produktevorschriften in Staat A herstellen, damit er es dort in Verkehr bringen darf. Dieses Spielzeug kann er nicht automatisch in Staat B exportieren, sondern muss im Falle von abweichenden Vorschriften zwischen Staat A und Staat B extra ein Spielzeug für den Markt von Staat B herstellen, welches die dortigen Produktevorschriften erfüllt.

Sowohl Produkte als auch Dienstleistungserbringer müssen somit jeweils die Vorschriften von beiden Staaten erfüllen, um grenzüberschreitend verkauft werden zu können bzw. tätig zu sein.[343] Die Wirkung aus dem Territorialitätsprinzip bedeutet für Unternehmen, welche ihre Produkte über die Grenzen hinaus verkaufen bzw. ihre Dienstleistungen in einem anderen Staat erbringen möchten, einen bedeutenden Mehraufwand und Mehrkosten, was den freien Handel mit Waren und

---

340 Ohler, Rz. 27.

341 Ohler, Rz. 5; Breining-Kaufmann, S. 12, 15 f. Zur Unterscheidung zwischen Geltungsbereich und Anwendungsbereich von Vorschriften vgl. ebenfalls Breining-Kaufmann, S. 12 f., 15 f.

342 Jaag/Hänni, Rz. 3122; Weiler, S. 25, beschreibt das Spannungsverhältnis zwischen dem Streben nach freiem Handel und der Regelungsautonomie der Staaten als strukturell.

343 Zúñiga Schroder, S. 98.

Dienstleistungen hemmt.[344] Oftmals führen diese Hemmnisse dazu, dass kleinere Unternehmen auf eine grenzüberschreitende Tätigkeit verzichten, was insb. auch zu weniger Wettbewerb führt.

3. Überblick über die Lösungsansätze

Das Streben nach einem möglichst freien Handel ohne Handelsbeschränkungen und die Regelungsautonomie der Staaten stehen in einem strukturellen Spannungsverhältnis.[345] Als Lösungsansätze für die Stärkung eines freien Handels werden in der Literatur bereichsübergreifend drei Ansätze genannt: Das sog. *National Treatment*, die internationale Harmonisierung von Vorschriften und das Prinzip der (gegenseitigen) Anerkennung.[346] Auf die Funktion des in dieser Arbeit zentralen Prinzips der Anerkennung der Gleichwertigkeit wird in den folgenden Kapiteln näher eingegangen. Für eine bessere Übersicht sollen an dieser Stelle aber kurz die Grundsätze der beiden anderen Lösungsansätze aufgezeigt werden.

3.1 *National Treatment*

Der *National Treatment*-Ansatz bedeutet, dass ein Staat alle Produkte und Dienstleistungen den gleichen Vorschriften unterstellt, wobei es grundsätzlich keine Rolle spielt, aus welchem Staat ein Produkt oder ein Dienstleistungserbringer stammt.[347] Ein Produzent von Waren aus Staat A darf seine Produkte in Staat B in Verkehr bringen, sofern er die Vorschriften von Staat B einhält, die auch für Produzenten in Staat B gelten. Damit wird der grenzüberschreitende Handel nicht wirklich vereinfacht, jedoch immerhin eine Diskriminierung zwischen Staaten verhindert.[348]

3.2 Internationale Harmonisierung von Vorschriften

Das Konzept der internationalen Harmonisierung beschreibt den Prozess, bei welchem verschiedene Vorschriften und Prinzipien aus dem Recht einzelner Staaten gleich oder vergleichbar gemacht werden.[349] Harmonisierung kann auf verschie-

---

344 Vgl. Jaag/Hänni, Rz. 3122; Botschaft THG 1995, S. 528.

345 Weiler, S. 25.

346 Nicolaïdis, Rz. 8.

347 Schären/Jutzi, Rz. 20; Pennesi, S. 39.

348 Nicolaïdis/Shaffer, S. 269; Pennesi, S. 39.

349 Vgl. die Definition bei Mayeda, S. 740; Zúñiga Schroder, S. 22.

denen Stufen erfolgen, z. B. im Rahmen einer Gemeinschaft von Staaten wie der EU oder im Rahmen einer internationalen Organisation wie der UNO, der OECD oder der WTO.[350]

Die Grundidee der internationalen Harmonisierung von Rechtsvorschriften ist, dass sich Handelshemmnisse aufgrund von divergierenden nationalen Vorschriften verringern lassen, wenn die Vorschriften auf internationaler Ebene einheitlich festgelegt werden.[351] Die Erreichung einer weitgehenden Harmonisierung von Vorschriften auf internationaler Ebene hat sich in den meisten Bereichen als unrealistisches Ziel herausgestellt, insb. aufgrund von politischen Differenzen zwischen den Staaten.[352] Ansätze einer internationalen Harmonisierung bestehen durch die Arbeit von internationalen Gremien, welche unverbindliche Standards *(soft law)* erlassen.[353] Da diese von vielen Staaten beachtet werden bzw. als verbindlich erklärt werden, tritt ein gewisser Harmonisierungseffekt ein.[354]

Ein gutes Beispiel einer verbindlichen regionalen Harmonisierung stellt z. B. die EU dar, in deren Rahmen Vorschriften in verschiedenen Rechtsbereichen harmonisiert wurden bzw. werden,[355] wobei das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung dabei ebenfalls eine bedeutende Rolle gespielt hat.[356]

II. Anerkennung als rechtliche Brücke

Einen weiteren und den in dieser Arbeit zentralen Lösungsansatz stellt das Prinzip der Anerkennung dar. Mit einer rechtlichen Anerkennung, wie sie allen Anwendungsformen des Anerkennungsprinzips gemeinsam ist, wird dem Gegenstand der

---

350 Zúñiga Schroder, S. 22 f.

351 Zúñiga Schroder, S. 21; Weiler, S. 25.

352 Vgl. Zúñiga Schroder, S. 97; vgl. auch Weiler, S. 25.

353 Vgl. im Bereich der Finanzdienstleistungen Pennesi, S. 34 f. Eines der bekanntesten Gremien ist der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, welcher insb. die nichtbindenden Basel Standards herausgibt, dazu Pennesi, S. 35 f.

354 Dies gilt z. B. für die technischen Normen, welche von der ISO oder auf europäischer Ebene von CEN, CENELEC oder ETSI geschaffen werden, vgl. dazu hinten § 6 Kap. D.II.1.1.2., oder die Arbeiten von internationalen Gremien wie IOSCO im Bereich der Finanzdienstleistungen zur Stärkung der Finanzstabilität, vgl. Pennesi, S. 36, sowie hinten § 9 Kap. A.IV.3.3.1.

355 Zur Rechtsangleichung in der EU siehe z. B. von Danwitz, Rz. 87 ff.; siehe zu den Harmonisierungsbestrebungen vorne § 3 Kap. C.I.2.2 und C.I.3.1.

356 Zum unionalen Prinzip der gegenseitigen Anerkennung siehe hinten § 4 Kap. C.V.

Anerkennung eine rechtliche Wirkung verliehen in dem Sinne, dass das Recht des anerkennenden Staats in Bezug auf den Gegenstand der Anerkennung hinter jenes des anderen Staats zurücktritt.[357]

> Anerkennt Staat A die Produktevorschriften von Staat B und verbindet damit als Folge die Erlaubnis, Spielzeuge, die gem. den Vorschriften des Staats B produziert wurden, in Staat A in Verkehr zu bringen, treten die Produktevorschriften von Staat A in Bezug auf Spielzeug aus Staat B hinter die Vorschriften von Staat B zurück.

Durch den Akt der Anerkennung wird somit sinnbildlich eine formell-rechtliche Brücke[358] zwischen den Staaten geschlagen, welche an der Anerkennung beteiligt sind.

III. Gleichwertigkeit als materielle Voraussetzung

1. Notwendigkeit der Gleichwertigkeit

Im Verhältnis zwischen Staaten ist eine Anerkennung regelmässig nur unter der Bedingung realistisch, dass Gleichwertigkeit in Bezug auf den Gegenstand der Anerkennung besteht.[359] Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die Ziele der heimischen Vorschriften (z. B. der Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten) nicht durch eine Anerkennung von ausländischen Vorschriften unterlaufen werden. Die Anerkennung erfolgt somit in der Form einer Anerkennung der Gleichwertigkeit.[360]

> Die genannte Konstellation einer Anerkennung von Spielzeug erfolgt im Verhältnis zwischen Staaten praktisch nur, wenn sichergestellt ist, dass die Vorschriften von Staat A und Staat B gleichwertig sind. Würden die Vorschriften in Staat B einen tieferen Schutz gewährleisten, würde eine Anerkennung durch Staat A zur Folge haben, dass Spielzeug mit tieferem Schutzniveau auf den Markt von Staat A gelangt.

2. Grundlage für gegenseitiges Vertrauen

Das Erfordernis der Gleichwertigkeit dient der Schaffung eines gegenseitigen Vertrauens *(mutual trust)* zwischen den involvierten Parteien, welches auf politischer

---

357 Vgl. Ohler, Rz. 13; Pennesi, S. 42.

358 In diesem Sinne Guardiola, S. 379.

359 Nicolaïdis, Rz. 3.

360 Vgl. Zúñiga Schroder, S. 100, welcher in diesem Zusammenhang von der «*recognition of equivalence*» spricht.

Ebene ebenfalls eine Voraussetzung darstellt, dass eine Anerkennung ausgesprochen wird.[361] Gleichwertige Vorschriften bilden eine Komponente für die Schaffung von Vertrauen.[362] Eine zweite Komponente bildet die Gleichwertigkeit der auf die Vorschriften gestützten Rechtsanwendung und -auslegung.[363] Aus diesem Grund wird in gewissen Fällen auch eine Gleichwertigkeit der Rechtsanwendung gefordert als Voraussetzung für eine Anerkennung.[364]

IV. Anerkennung der Gleichwertigkeit im Verhältnis EU–Drittstaaten

1. Anwendungsbereich

Die EU setzt im Verhältnis zu Drittstaaten und insb. im Verhältnis zur Schweiz in verschiedenen Bereichen auf das Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit.[365]

Eine *einseitige* Anerkennung der Gleichwertigkeit für Drittstaaten ist mittlerweile in verschiedenen Rechtsbereichen in EU-Sekundärrechtsakten vorgesehen, z. B. im Bereich der Finanzdienstleistungen,[366] des Datenschutzes[367] oder im Bereich von Agrarprodukten, insb. bei den Bio-Produkten.[368] Im Verhältnis Schweiz–EU haben sich die beiden Seiten verschiedentlich auf eine *gegenseitige* Anerkennung der Gleichwertigkeit geeinigt im Rahmen von bilateralen völkerrechtlichen Verträgen.[369]

Drittstaaten wird durch die gegenseitige oder einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit ein punktuelles Eingangstor zum EU-Binnenmarkt geboten unter der

---

361 Delev/Greaves Siew, S. 976 f.; Schürger, S. 71.

362 Schürger, S. 71.

363 Schürger, S. 71, welcher vom «*law in practice*» gegenüber dem «*law in the books*» spricht. Vgl. auch Delev/Greaves Siew, S. 977.

364 Z. B. im Bereich der Finanzdienstleistungen, vgl. im Detail hinten § 9 Kap. C.I.5.2.1.2.

365 Vgl. Nicolaïdis/Shaffer, S. 266.

366 Vgl. im Detail hinten § 9 Kap. A.V.2.2.

367 Das Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit ist in Art. 45 VO 2016/679 vorgesehen, dazu Oesch, Schweiz–EU, Rz. 419 ff.

368 Vgl. im Detail hinten § 7 Kap. C.II.2.

369 Eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit erfolgt in den in dieser Arbeit behandelten MRA (§ 6 Kap. C.), Agrarabkommen (§ 7 Kap. C.) und EHS-Abkommen (§ 8 Kap. C.).

Bedingung, dass der Rechtsrahmen im Drittstaat in Bezug auf den Gegenstand der Anerkennung gleichwertig zu jenem gem. EU-Recht ist.

2. Politischer Hintergrund

Der Einsatz des Prinzips der einseitigen und gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zur Regelung des Verhältnisses zu Drittstaaten ist erstmals im breiteren Umfang ab den 1990er Jahren festzustellen. Hintergrund bildeten die Bestrebungen zur Vollendung des Binnenmarkts und die damit verknüpfte Frage, wie der Zugang von Drittstaaten zu diesem Binnenmarkt künftig erfolgen sollte. In den Grundlagenpapieren zur Vollendung des Binnenmarkts (z. B. im Weissbuch 1985) wurde der Aspekt des Aussenverhältnisses vernachlässigt.[370] Die Europäischen Gemeinschaften wurden daher insb. aus den USA mit dem Vorwurf konfrontiert, eine wirtschaftliche «Festung Europa»[371] zu schaffen, welche ihren Binnenmarkt gegenüber Drittstaaten abschottet.[372] Die EG reagierten mit der Kampagne «Europe World Partner», mit welcher bekräftigt werden sollte, dass die EG auch gegenüber dem Handel mit Drittstaaten offen sind und nicht auf die Abschottung des Binnenmarkts abzielen.[373] Die verstärkte Nutzung des Prinzips der Anerkennung der Gleichwertigkeit durch die EU im Verhältnis zu Drittstaaten ab den 1990er Jahren kann m. E. als Ausdruck dieser Kampagne gewertet werden.

3. Konzeptionelle Grundlage

Von seinen konzeptionellen Grundlagen her scheint das Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit in Bezug auf Drittstaaten vom unionalen Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, welches Ende der 1970er Jahre vom EuGH begründet wurde und welches nur im Verhältnis zwischen EU-Mitgliedstaaten gilt, beeinflusst zu sein. Eine Rolle spielten wahrscheinlich auch die Entwicklungen innerhalb der WTO in den 1990er Jahren, bei welchen ähnliche Konzepte im SPS- und TBT-Übereinkommen festgelegt wurden.[374]

---

370 Pelkmans, S. 164 f.; Grabitz/von Bogdandy/Nettesheim, S. 368 f. Das Aussenverhältnis wurde nur in Weissbuch 1985, Ziff. 19, angesprochen.

371 Grabitz/von Bogdandy/Nettesheim, S. 368; bzw. *Fortress Europe*, vgl. Pelkmans, S. 163.

372 Pelkmans, S. 163 f.

373 M.w.H. Grabitz/von Bogdandy/Nettesheim, S. 369 f.

374 Siehe zu den Konzepten und deren Verwendung im WTO-Recht Zúñiga Schroder, S. 97 ff., sowie hinten § 6 Kap. A.III.1. und § 7 Kap. A.II.2.2.1.

Gerade zwischen dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, wie es im Verhältnis zwischen der EU und Drittstaaten zur Anwendung gelangt, und dem unionalen Prinzip der gegenseitigen Anerkennung gibt es verschiedene Parallelen, aber auch Unterschiede. Für ein besseres Verständnis und im Sinne einer klaren Abgrenzung soll daher kurz auf das Verhältnis zwischen den zwei Prinzipien eingegangen werden.

V. Verhältnis zum unionalen Prinzip der gegenseitigen Anerkennung

Das unionale Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (auch *Cassis de Dijon-Prinzip* genannt)[375] stellt heute ein zentrales Prinzip im EU-Recht dar und kommt in verschiedenen Rechtsbereichen zur Anwendung.[376]

1. Entwicklung des unionalen Prinzips der gegenseitigen Anerkennung

Das unionale Prinzip der gegenseitigen Anerkennung geht auf die Rechtsprechung des EuGH zurück.[377] Wie alle Anwendungsformen der Anerkennung entstand auch das unionale Prinzip der gegenseitigen Anerkennung aufgrund der gleichen Grundproblematik. Da die Harmonisierungsbestrebungen bis 1985 innerhalb der damaligen EWG nur schleppend vorankamen,[378] beruhte der Handel mit Industrie- und Agrarprodukten zwischen den EWG-Mitgliedstaaten noch zu grossen Teilen auf der Grundlage von nationalen Vorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten.[379] Zwar waren innerhalb der EWG nicht nur mengenmässige Einfuhrbeschränkungen, sondern auch «alle Massnahmen gleicher Wirkung» (Art. 30 EWG-Vertrag, heute Art. 34 AEUV) verboten.[380] Die Mitgliedstaaten hemmten den grenzüberschreitenden Handel mit einzelnen Produkten aber oftmals mit der Begründung von divergierenden nationalen Vorschriften und unter Bezugnahme auf Ausnahme-

375 Z. B. Cottier/Herren, S. 251 f.

376 Tietje, Komm. Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rz. 45 m. w. H.

377 Zu den Urteilen des EuGH, welche zum unionalen Prinzip der gegenseitigen Anerkennung führten, siehe Weiler, S. 29 ff.; Janssens, S. 11 ff.; Tietje, Komm. Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rz. 45; Jaag/Hänni, Rz. 3122a.

378 Vgl. dazu vorne § 3 Kap. C.I.3.1.

379 Vgl. Weiler, S. 44.

380 Jaag/Hänni, Rz. 3119 ff.

bestimmungen zu dieser Vorschrift.[381] Folglich musste sich der EuGH in vielen Fällen mit der Rechtmässigkeit solcher mitgliedstaatlicher Massnahmen im Lichte von Art. 34 AEUV auseinandersetzen.[382] Im als *Cassis de Dijon* berühmt gewordenen Fall musste der EuGH die Rechtmässigkeit des von Deutschland verhängten Einfuhrverbots für den französischen Alkohol *Cassis de Dijon* beurteilen.[383] Deutschland stützte sich dabei auf Argumente der öffentlichen Gesundheit.[384] Der EuGH urteilte, dass unter das Verbot von Massnahmen mit gleicher Wirkung gem. Art. 34 AEUV auch Verbote von Produkten fallen, die in einem Mitgliedstaat gem. den dort anwendbaren Vorschriften «rechtmässig hergestellt und in Verkehr [gebracht wurden]».[385] Dieses Urteil wird vielfach als Meilenstein der Entwicklung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung verstanden,[386] obwohl der EuGH diesen Begriff selbst bis 2005 nicht verwendete.[387]

Die EU-Kommission nahm das Urteil des EuGH auf und machte das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung 1985 im Rahmen des Weissbuchs zu einem zentralen Pfeiler seiner Strategie zur Vollendung des Binnenmarkts bis 1992.[388] Als Folge wurde das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in verschiedenen Richtlinien in Kombination mit einer Mindestharmonisierung verwendet:[389] Mit einem gewissen Grad an Harmonisierung sollten vereinheitlichte Grundlagen geschaffen werden, welche die Voraussetzung für eine gegenseitige Anerkennung schufen.[390]

---

381 Kübek/Terhechte, Frankfurter Komm., Art. 114 AEUV Rz. 6; Tietje, Komm. Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rz. 10.

382 Vgl. Oesch, EuGH, Rz. 32; Jaag/Hänni, Rz. 3119.

383 EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

384 EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 9.

385 EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 15.

386 Tietje, Komm. Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rz. 13; Janssens, S. 11; Schürger, S. 12, 18; Jaag/Hänni, Rz. 3122a.

387 Janssens, S. 12.

388 Weiler, S. 50, nennt diese Phase «*the third generation: from judicial to political mutual recognition*»; vgl. für die Verwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung in EU-Rechtsakten Glaser, Handlungsformenlehre, S. 559 ff.

389 Weiler, S. 50 f.

390 Weiler, S. 50 f.

2. Unterschiede und Gemeinsamkeiten

2.1 Parallele Funktion

Das unionale Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und das Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit, wie es im Verhältnis zwischen der EU und Drittstaaten zur Anwendung kommt, sind in ihrer Funktion sinnverwandt: In beiden Fällen dient die Anerkennung der Schaffung einer «Brücke» zwischen Staaten mit unterschiedlichen Rechtsvorschriften.[391] Dabei wird eine Vereinfachung des grenzüberschreitenden Handels angestrebt.

2.2 Unterschiedliche Rechtsgrundlage und unterschiedlicher Anwendungsbereich

Trotz der parallelen Funktion stützen sich die beiden Prinzipien auf unterschiedliche rechtliche Grundlagen und betreffen einen anderen Anwendungsbereich. Das unionale Prinzip der gegenseitigen Anerkennung wurde vom EuGH auf der Grundlage von Art. 34 und 36 AEUV geschaffen und leitet sich somit aus dem EU-Primärrecht ab.[392] In den Fällen, in denen das Prinzip im EU-Sekundärrecht verwendet wird, bildet dieses die rechtliche Grundlage. Allen rechtlichen Grundlagen gemeinsam ist, dass sie nur im Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedstaaten gelten.

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, wie es zwischen der EU und Drittstaaten angewendet wird, leitet sich hingegen nicht direkt aus dem EU-Primärrecht ab, sondern aus Bestimmungen im EU-Sekundärrecht, welche nur das Verhältnis der EU zu Drittstaaten betreffen, oder aus völkerrechtlichen Verträgen zwischen der EU und Drittstaaten. Folglich gilt es auch nur im Aussenverhältnis zwischen der EU und Drittstaaten.

2.3 Bedeutung der Gleichwertigkeit

Nicht eindeutig beantworten lässt sich die Frage der Gemeinsamkeit bzw. des Unterschieds in Bezug auf die Gleichwertigkeit. Während die Gleichwertigkeit konstitutives Element beim Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit darstellt, scheint deren Funktion im Zusammenhang mit dem unionalen Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zu variieren.[393]

---

391 Vgl. vorne § 4 Kap. C.II.

392 Tietje, Komm. Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rz. 13.

393 Ausführlich Janssens, S. 31 ff.; Schürger, S. 19.

Im Urteil *Cassis de Dijon* erwähnte der EuGH die Notwendigkeit von gleichwertigen Zielen oder Vorschriften nicht explizit und macht die Gleichwertigkeit auch nicht ausdrücklich zur Voraussetzung für die gegenseitige Anerkennung.[394] Im Zuge der weiteren Rechtsprechung fand ein Gleichwertigkeits-Kriterium hingegen immer wieder Eingang in die Rechtsprechung des EuGH,[395] womit nicht von einer einheitlichen Rechtsprechung in Bezug auf das Erfordernis der Gleichwertigkeit ausgegangen werden kann.

Im Rahmen der Verwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung in der Rechtsetzung der EU spielt die Idee der Gleichwertigkeit hingegen eine bedeutende Rolle. Die Mindestharmonisierung soll gerade einen gewissen Grad an Gleichwertigkeit zwischen den Mitgliedstaaten schaffen, welche als Grundlage für die gegenseitige Anerkennung dient.[396]

3. Zwischenfazit

Die Parallelen zwischen dem unionalen Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und dem Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit sind deutlich und je nach Anwendungsfall und Bedeutung der Gleichwertigkeit sind die beiden Prinzipien in ihrer Anwendung sehr ähnlich. Dennoch handelt es sich insb. aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen und des unterschiedlichen Anwendungsbereichs nicht um dasselbe Prinzip. Das Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit kann aber aufgrund der Gemeinsamkeiten in der Funktion als Weiterentwicklung des unionalen Prinzips für das Verhältnis zu Drittstaaten betrachtet werden.

394 Janssens, S. 33; vgl. aber Weiler, S. 45 und 47.

395 Janssens, S. 31 ff.

396 Vgl. die Beispiele hinten § 9 Kap. A.V.1.2.

§ 5 Autonomer Nachvollzug als Grundlage für die Anerkennung der Gleichwertigkeit

Im Rahmen dieser Arbeit geht es in den nachfolgenden Kapiteln um die Konstellationen, in welchen eine Angleichung von Schweizer Recht an EU-Recht im Rahmen des autonomen Nachvollzugs die Grundlage schafft für eine Anerkennung der Gleichwertigkeit im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU. Es wird unterschieden zwischen Bereichen, in welchen der autonome Nachvollzug zu einer gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit führt, und Bereichen mit einer einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit.[397]

A. Gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit

In den Kapiteln §§ 6–8 werden drei Bereiche untersucht, in welchen der autonome Nachvollzug die Grundlage für eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit bildet. Bei dieser Form der Anerkennung der Gleichwertigkeit kommen die EU und die Schweiz überein, dass sie die Gleichwertigkeit der jeweils anderen Seite gegenseitig anerkennen. Es handelt sich um den Handel mit Industrie- (§ 6) und Agrarprodukten (§ 7) sowie den Emissionshandel (§ 8). Sie stellen wirtschaftlich wichtige Bereiche im grenzüberschreitenden Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU dar.

Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit erfolgte in diesen Bereichen jeweils im Rahmen eines bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und der EU. Dieser Befund mag *prima facie* überraschend sein, weil der autonome Nachvollzug und der Abschluss von bilateralen Abkommen als gegensätzliche Vorgehensweisen gesehen werden. Wie im Detail zu zeigen sein wird, ergibt sich die Relevanz des autonomen Nachvollzugs in diesen Bereichen dadurch, dass diese

[397] Zur Unterscheidung dieser zwei Formen der Anerkennung der Gleichwertigkeit siehe vorne § 4 Kap. B.I.

Abkommen (mit gewissen Ausnahmen)[398] keine rechtliche Verpflichtung zur Herstellung der Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts zum EU-Recht vorsehen.[399]

B. Einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit

Als Anwendungsfall der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit wird der Bereich der Finanzdienstleistungen (§ 9) untersucht.[400] Dieser Bereich bildet den grössten Anwendungsfall der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zwischen der Schweiz und der EU mit über 40 möglichen Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit.[401]

Die Rechtsgrundlage für die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit bildet in diesem Bereich kein bilaterales Abkommen, sondern Vorschriften im EU-Sekundärrecht, welche die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit von Drittstaaten vorsehen (sog. Äquivalenzvorschriften).

C. Aspekte der Bewertung

Der Zugang der Schweiz zum EU-Binnenmarkt auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs, welcher zu einer Anerkennung der Gleichwertigkeit führt, wird in den behandelten Bereichen jeweils aus formell-rechtlicher und materiell-rechtlicher Perspektive bewertet anhand der Kriterien der Rechtssicherheit (Kap. C.I.) und des Handlungsspielraums der Schweiz im Bereich der Rechtsetzung sowie der Rechtsanwendung und Rechtsauslegung (Kap. C.II.).

---

398 Z. B. in gewissen Produktebereichen des Agrarabkommens, vgl. hinten § 7 Kap. C. II.1.2.2.

399 Zum Kriterium der fehlenden völkerrechtlichen Verpflichtung siehe im Detail vorne § 3 Kap. A.II.1.1.

400 Ein weiterer Anwendungsfall der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit ist jener des Datenschutzes, welcher in dieser Arbeit aus Platzgründen nicht behandelt wird, vgl. dazu Oesch, Schweiz–EU, Rz. 419 ff.

401 Vgl. im Detail hinten § 9 Kap. A.V.3.1.1.

I. Rechtssicherheit im Kontext der Anerkennung der Gleichwertigkeit

Wie positiv ein Zugangsmechanismus aus rechtlicher Perspektive zu bewerten ist, hängt wesentlich vom Kriterium der Rechtssicherheit ab. Unter dem Begriff der Rechtssicherheit wird im Sinne des Bundesgerichts die «Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit und Verlässlichkeit des Rechts»[402] verstanden. Die Einschätzung der Rechtssicherheit wiederum ist von der rechtlichen Ausgestaltung des Mechanismus der Anerkennung der Gleichwertigkeit im konkreten Anwendungsfall abhängig. Dabei geht es namentlich um die Frage, wer die Entscheidung über die Anerkennung der Gleichwertigkeit fällt, welche Kriterien dem Entscheid zugrunde liegen und wie bei Uneinigkeit zwischen den Parteien in Bezug auf eine Anerkennung der Gleichwertigkeit vorzugehen ist (z. B. Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung eines negativen Entscheids).

II. Handlungsspielraum im Kontext der Anerkennung der Gleichwertigkeit

Eine materiell-rechtliche Bewertung des Zugangsmechanismus der Schweiz zum EU-Binnenmarkt über den autonomen Nachvollzug, welcher die Grundlage für eine Anerkennung der Gleichwertigkeit schafft, wird anhand des Handlungsspielraums der Schweiz vorgenommen. Es wird zwischen dem Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung (Kap. C.II.1.) und im Bereich der Rechtsanwendung und Rechtsauslegung (Kap. C.II.2.) unterschieden.

Das Charakteristikum dieses Zugangsmechanismus ist, dass die Schweiz einerseits völkerrechtlich nicht verpflichtet ist zur Angleichung des Rechts an EU-Recht, andererseits ihr Recht trotzdem angleicht, um eine Anerkennung der Gleichwertigkeit zu erreichen. Bei der Beurteilung des Handlungsspielraums geht es somit stets um die Frage, ob der Schweiz ein faktischer Spielraum für Abweichungen vom EU-Recht bleibt, wenn sie eine Anerkennung der Gleichwertigkeit erreichen möchte.

1. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung

Der Bewertung des Handlungsspielraums im Bereich der Rechtsetzung liegt somit die Frage zugrunde, inwiefern für die Schweiz in einem konkreten Bereich, unter

[402] BGE 115 Ib 238 S. 244 E. 5b.

der Prämisse der angestrebten Gleichwertigkeit, faktisch Spielraum für Abweichungen in der Rechtsetzung bleibt. Die Frage des Spielraums in der Rechtsetzung ist abhängig vom Verständnis des Begriffs der Gleichwertigkeit im jeweiligen Bereich (welcher Grad an Übereinstimmung wird für die Gleichwertigkeit erwartet). Daher muss sie stets anhand der Ausgestaltung des Mechanismus der Anerkennung der Gleichwertigkeit im konkreten Anwendungsfall beantwortet werden.

2. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsanwendung und -auslegung

Im Bereich der Rechtsanwendung und Rechtsauslegung geht es um den Spielraum, welchen Schweizer Behörden und Gerichte bei ihrer Tätigkeit haben.[403]

Zunächst gilt es im Rahmen jedes Falls der Anerkennung der Gleichwertigkeit zu prüfen, inwiefern die Rechtsanwendung und die Rechtsauslegung im Rahmen einer Anerkennung der Gleichwertigkeit überhaupt von Relevanz sind.

Falls die Relevanz für die Anerkennung der Gleichwertigkeit zu bejahen ist, gilt es, wie im Bereich der Rechtsetzung, zu eruieren, inwiefern Behörden und Gerichte die Praxis in der EU beachten müssen, wenn die Anerkennung der Gleichwertigkeit erreicht werden soll, und ob den Behörden und Gerichten in der Schweiz faktisch Spielraum für Abweichungen von der unionalen Praxis bleibt.

[403] Zum Verständnis und zur Verwendung der Begriffe der «Behörden» und der «Rechtsanwendung» in dieser Arbeit vgl. vorne Fn. 64 und 65.

§ 6 Industrieprodukte

A. Einführung

I. Bedeutung des grenzüberschreitenden Warenhandels Schweiz–EU

2024 wurden zwischen der Schweiz und der EU grenzüberschreitend Waren im Wert von 301,95 Milliarden Schweizer Franken gehandelt.[404] Damit ist die EU, mit welcher die Schweiz 59,72%[405] ihres Warenhandels abwickelt, der wichtigste Handelspartner der Schweiz.[406]

Als flächenmässig kleiner Staat, welcher stark auf den Export und Import von Waren ausgerichtet ist, ist für die Schweiz der grenzüberschreitende Handel mit anderen Staaten, insbesondere den grossen und wirtschaftlich bedeutenden Nachbarstaaten Deutschland, Frankreich und Italien, seit jeher von grosser Bedeutung. Als sich diese drei Staaten mit den Benelux-Staaten auf den 1. Januar 1958 zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) zusammenschlossen, war es für die Schweiz zentral, möglichst intensive Handelsbeziehungen mit der EWG zu erreichen.[407]

Der Ausbau der Handelsbeziehungen wurde, nicht nur im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EWG, sondern generell im grenzüberschreitenden Verhältnis, durch verschiedene Arten von Handelshemmnissen erschwert. Im Rahmen des 1947 geschaffenen GATT, aber auch auf regionaler (z. B. durch Freihandelszonen) und zwischenstaatlicher Ebene wurden Bemühungen unternommen, um diese Handelshemmnisse abzubauen. In einer ersten Phase nach dem Zweiten Weltkrieg stand der Abbau von Zöllen und anderen Abgaben mit zollgleicher Wirkung (sogenannte primäre oder tarifäre Handelshemmnisse), welche den Handel zunächst am stärksten hemmten, im Zentrum der Anstrengungen.[408] Im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU konnten die Zölle und mengenmässigen Beschränkungen

404 EDA, Schweiz–EU in Zahlen, S. 6.

405 EDA, Schweiz–EU in Zahlen, S. 6.

406 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 29.

407 Cottier/Liechti, Geschichte, S. 7; Steffen, S. 40 f.

408 Bridy/Holenstein Pfenninger, Rz. 5.

auf Industrieprodukte auf der Grundlage des Freihandelsabkommens Schweiz–EU von 1972 schrittweise gesenkt und schliesslich ganz abgeschafft werden.[409]

Während der grenzüberschreitende Handel durch den Abbau der Zölle und mengenmässigen Beschränkungen insb. im Bereich der Industrieprodukte erleichtert wurde, rückten ab den 1960er Jahren nicht nur im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EWG, sondern im gesamten grenzüberschreitenden Warenhandel andere Formen von Handelshemmnissen stärker in den Fokus.[410] Von besonderer Bedeutung wurden die sog. technischen Handelshemmnisse, welche eine Untergruppe der nichttarifären Handelshemmnisse darstellen.[411]

Im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU konnten diese technischen Handelshemmnisse im Bereich verschiedener Industrieprodukte auf der Grundlage des in dieser Arbeit behandelten Zugangsmechanismus (autonomer Nachvollzug und Anerkennung der Gleichwertigkeit) verkleinert werden. In diesem ersten Kapitel (Kap. A.) soll im Sinne einer Einführung in die Thematik zuerst auf die Problematik der technischen Handelshemmnisse und die grundsätzlichen Lösungsansätze eingegangen werden. Nach einem Blick auf die Entwicklungen im Verhältnis Schweiz–EU (Kap. B.) wird im Detail auf den Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des MRA eingegangen und auf die Rolle des autonomen Nachvollzugs (Kap. C.). Als letzter Teil folgt eine Bewertung des Zugangsmechanismus (Kap. D.) im Bereich der Industrieprodukte in Bezug auf die Rechtssicherheit und den Handlungsspielraum in der Rechtsetzung, Rechtsanwendung und -auslegung.

II. Problematik der technischen Handelshemmnisse

1. Definition und Auswirkungen der technischen Handelshemmnisse

Als technische Handelshemmnisse werden Behinderungen des grenzüberschreitenden Handels verstanden, welche sich durch unterschiedliche technische Vorschriften für Produkte, eine unterschiedliche Anwendung der technischen Vorschriften oder durch eine Nichtanerkennung von Prüfungen, Konformitäts-

409 Siehe z. B. Cottier et al., Rz. 315 und 319 ff.

410 Matsushita et al., S. 434; Bridy/Holenstein Pfenninger, Rz. 5.

411 Tietje, TBT, Rz. 3; Senti/Hilpold, Rz. 535, 537.

bewertungen, Anmeldungen oder Zulassungen ergeben.[412] Es ist somit zwischen zwei Gruppen innerhalb des Begriffs der technischen Handelshemmnisse zu unterscheiden: Technischen Handelshemmnissen, welche durch unterschiedliche Rechtsvorschriften entstehen (Kap. A.II.2.), und jenen, die sich durch die Nichtanerkennung von Konformitätsbewertungen ergeben (Kap. A.II.3.).

2. Handelshemmnisse durch unterschiedliche Rechtsvorschriften

Der Begriff der technischen Handelshemmnisse umfasst Handelsbeschränkungen, welche auf materiell-rechtliche Unterschiede in der Ausgestaltung der technischen Vorschriften in den einzelnen Staaten zurückzuführen sind. Sie entstehen, weil Staaten vorschreiben, dass Produkte auf ihren Märkten nur in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn sie die im jeweiligen Staat geltenden materiell-rechtlichen Anforderungen erfüllen.[413] Konkret liegt die Behinderung des grenzüberschreitenden Handels darin, dass ein Unternehmen mit Sitz in einem Staat A ein Produkt, welches nach den technischen Vorschriften des Staates A hergestellt wurde, in einem anderen Staat B, welcher andere technische Vorschriften hat oder gleiche technische Vorschriften anders anwendet, nicht in Verkehr bringen kann.[414] Damit das Unternehmen sein Produkt trotzdem in den anderen Staat exportieren kann, muss es eine separate Serie des Produkts nach den Vorschriften des anderen Staats herstellen.[415]

Für auswärtige Unternehmen, welche ihre Produkte in einen anderen Staat exportieren möchten, entstehen auf diese Weise höhere Kosten.[416] Sie brauchen mehr Ressourcen für die Entwicklung von Produkten nach den Vorschriften der anderen Staaten, für die Herstellung und die Lagerung[417] und können Skalenvorteile nicht

---

412 Vgl. die entsprechende Definition in Art. 3 lit. a Ziff. 1 bis 3 THG. Dazu m. w. H. Botschaft THG 1995, S. 567; Bridy/Merkt, Comm. Romand, Art. 3 LETC Rz. 9 ff.

413 Arioli, S. 124. So dürfen in der Schweiz nur Produkte in Verkehr gebracht werden, welche die Anforderungen des Schweizer Rechts erfüllen, vgl. Art. 3 Abs. 2 PrSG. Das Gleiche gilt auch in der EU, vgl. Art. 5 VO 2023/988; dazu Wiebe, Komm. EU-Produktsicherheitsverordnung, Art. 5 Rz. 2. Im Bereich der Maschinen siehe Art. 8 Abs. 1 VO 2023/1230.

414 Vgl. Botschaft THG 1995, S. 527.

415 Vgl. Arioli, S. 132 f.; Botschaft THG 1995, S. 528.

416 Arioli, S. 132 f.

417 Botschaft THG 1995, S. 528.

nutzen.[418] Insgesamt wird dadurch der Marktzutritt für auswärtige Unternehmen erschwert, womit ein technisches Handelshemmnis besteht.[419]

3. Handelshemmnisse durch Nichtanerkennung von Konformitätsbewertungen

Technische Handelshemmnisse entstehen zudem aufgrund der Nichtanerkennung von verschiedenen Arten von Dokumenten aus anderen Staaten, welche die Konformität eines Produkts mit den technischen Vorschriften belegen (sog. Konformitätsnachweis)[420].[421] Um ein Produkt in einem Staat in Verkehr bringen zu dürfen, ist es in vielen Staaten vorgeschrieben, dass durch den Hersteller selbst[422] oder eine unabhängige «dritte» Stelle (sog. Konformitätsbewertungs- oder Zertifizierungsstelle)[423] zuerst geprüft und bewertet werden muss, ob ein Produkt den rechtlichen Anforderungen entspricht (sog. Konformitätsbewertung).[424] Geht von einem Produkt ein besonderes Risiko aus, schreiben gewisse Staaten vor, dass ein Produkt vor dem Inverkehrbringen bei einer hoheitlichen Stelle angemeldet werden muss oder eine formelle Zulassung braucht, welche auf der Grundlage einer Konformitätsbewertung erteilt wird.[425] Diese formellen Vorgänge wirken sich dann als technische Handelshemmnisse aus, wenn die Staaten im grenzüberschreitenden Handel diese formellen Darlegungen (Konformitätsbewertungen, Anmeldungen, Zulassungen etc.) nicht anerkennen.[426]

---

418 Botschaft Folgeprogramm, S. 829.

419 Arioli, S. 133; Integrationsbericht 1988, S. 286.

420 Zirlick/Stadelhofer, Komm. Wettbewerbsrecht II, Art. 3 THG Rz. 14.

421 Tietje, TBT, Rz. 21; Arioli, S. 132.

422 Bei dieser Eigenbewertung der Konformität wird die Konformität mittels einer Selbstdeklaration, der sog. Konformitätserklärung, durch den Hersteller bzw. Inverkehrbringer bestätigt, vgl. Zirlick/Stadelhofer, Komm. THG, Art. 3 THG Rz. 13 erster Spiegelstrich; BVGer, C-2093/2006 vom 12. Dezember 2007, E. 4.2.

423 Im Schweizer Recht gelten Stellen, die «Konformitätsbewertungen einschliesslich Kalibrierungen, Prüfungen, Zertifizierungen und Inspektionen durchführen», gem. Art. 1 Abs. 2 AkkBV als Konformitätsbewertungsstellen.

424 Gemäss Abschnitt 2.1 der Norm EN ISO/IEC 17000:2005 wird unter dem Begriff der Konformitätsbewertung die «Darlegung, dass festgelegte Anforderungen bezogen auf ein Produkt, einen Prozess, ein System, eine Person oder eine Stelle erfüllt sind», verstanden, vgl. m. w. H. Dimitropoulos, S. 38 f.

425 Vgl. Art. 3 lit. m und n THG; Botschaft THG 1995, S. 575. Eine Zulassung ist z. B. bei Arzneimitteln vorgeschrieben.

426 Botschaft THG 1995, S. 527; Arioli, S. 132.

Die Nichtanerkennung kann aus legitimen Gründen erfolgen, insb. dem Schutz der einheimischen Konsumentinnen und Konsumenten, z. B. weil ein Staat der Ansicht ist, dass die Prüfverfahren in einem anderen Staat weniger streng sind oder die Konformitätsbewertungsstellen nicht über ausreichende Qualitäten verfügen.[427] Staaten anerkennen die Konformitätsbewertungen aus anderen Staaten ohne völkerrechtliche Vereinbarung[428] jedoch regelmässig selbst dann nicht, wenn die Vorschriften bezüglich der Konformitätsbewertungen und die Anforderungen an Konformitätsbewertungsstellen in beiden Staaten faktisch gleich sind. Die Nichtanerkennung wirkt sich als technisches Handelshemmnis aus, wobei es keine Rolle spielt, ob sich die Nichtanerkennung auf legitime Gründe stützt oder primär protektionistische Ziele verfolgt:[429] Die Konsequenz für Unternehmen in einem Ausfuhrstaat ist, dass sie ihre Produkte bzw. Muster dieser Produkte zuerst in den Einfuhrstaat senden müssen, um dort eine Konformitätsbewertung durchführen zu lassen.[430] Wenn sie zusätzlich im Heimatstaat ein Konformitätsbewertungsverfahren durchführen müssen, kommt es sogar zu Doppelverfahren.[431] Die Nichtanerkennung von Konformitätsbewertungen führt zu grösserem administrativem Aufwand und höheren Kosten für die Unternehmen des Ausfuhrstaats und erschwert den Zugang dieser Unternehmen zum Markt des Einfuhrstaats.[432] Im Vergleich zu Unternehmen aus dem Einfuhrstaat bestehen für sie faktisch grössere Marktzutrittshürden.[433]

III. Massnahmen zur Reduktion der technischen Handelshemmnisse

Obwohl die verschiedenen technischen Vorschriften zu Behinderungen des grenzüberschreitenden Handels führen, dienen diese Regelungen *prima facie* einem legitimen Ziel: Eine Verrechtlichung im Bereich der Industrieprodukte wurde notwendig zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit, insbesondere der Perso-

427 Tietje, TBT, Rz. 1.

428 Siehe zu den Massnahmen zur Reduktion der technischen Handelshemmnisse hinten § 6 Kap. A.III.1.

429 Tietje, TBT, Rz. 3.

430 Dimitropoulos, S. 130; Zúñiga Schroder, S. 130; Botschaft THG 1995, S. 527 f.

431 Dimitropoulos, S. 131.

432 Vgl. Zúñiga Schroder, S. 130; Arioli, S. 133; Tietje, TBT, Rz. 4.

433 Arioli, S. 133.

nen, welche die Produkte benutzen.[434] Erste technische Vorschriften für Industrieprodukte wurden bereits im 19. Jahrhundert geschaffen.[435] Mit der Zunahme von Industrieprodukten auf dem Markt und deren Verwendungsmöglichkeiten aufgrund der Entwicklungen in der Technik nach dem Zweiten Weltkrieg stieg das Bedürfnis nach Vorschriften für Produkte.[436] Aufgrund ihrer handelshemmenden Wirkung verleiten technische Vorschriften die Staaten aber auch dazu, sie für protektionistische Ziele einzusetzen.[437] Nachdem die Zölle und zollähnlichen Abgaben im bi- und multilateralen Rahmen gesenkt werden konnten, war ab den 1960er Jahren ein verstärkter Einsatz von Produktevorschriften als protektionistische Instrumente erkennbar.[438]

Da diese technischen Handelshemmnisse der angestrebten Vereinfachung des grenzüberschreitenden Handels entgegenstanden und die dadurch entstandenen wirtschaftlichen Einbussen als bedeutend eingestuft wurden,[439] wurde im bi- und multilateralen Verhältnis nach verschiedenen Lösungen gesucht, um die technischen Handelshemmnisse zu verkleinern.[440] Es bestehen grundsätzlich zwei Vorgehensweisen, welche zur Reduktion von technischen Handelshemmnissen beitragen: Durch eine zwischen zwei oder mehreren Staaten vereinbarte gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen kann der Aspekt der Nichtanerkennung von Konformitätsnachweisen verkleinert werden (Kap. A.III.1.). Im Rahmen einer grenzüberschreitenden Harmonisierung von Produktevorschriften kann den Handelshemmnissen, welche durch unterschiedliche Produktevorschriften entstehen, entgegengewirkt werden (Kap. A.III.2.).

1. Gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen

Der Nichtanerkennung von auswärtigen Konformitätsbewertungen wird durch den Abschluss von bi- oder multilateralen Abkommen über die gegenseitige An-

---

434 Tietje, TBT, Rz. 1; SECO, Komm. STEG, S. 5.

435 Hess, Komm. PrSG, Einleitung Rz. 3 m. w. H.

436 Langner/Klindt/Schucht, Rz. 2.

437 Tietje, TBT, Rz. 3 f.; Matsushita et al., S. 434.

438 Matushita et al., S. 434.

439 Arioli, S. 133 m. w. H.; vgl. z. B. den sogenannten Cecchini-Bericht von 1992, in welchem festgestellt wurde, dass technische Handelshemmnisse in der damaligen EWG «die wichtigste einzelne Ursache für die Erschwerung des grenzüberschreitenden Handels darstellte[n]», Botschaft THG 1995, S. 529.

440 Senti/Hilpold, Rz. 1058.

erkennung von Konformitätsbewertungen (sog. Mutual Recognition Agreements, MRA[441]) entgegengewirkt.[442] Der Abschluss solcher völkerrechtlicher Abkommen ist auch im WTO-Recht in Art. 6.3 TBT-Übereinkommen vorgesehen.[443]

Bereits Anfang der 1970er Jahre schlossen die EFTA-Staaten mit dem *Übereinkommen zur gegenseitigen Anerkennung von Inspektionen betreffend die Herstellung pharmazeutischer Produkte* (PIC) ein Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen ab.[444] Diesem Abkommen folgte eine Reihe weiterer völkerrechtlicher Verträge dieser Art im Rahmen der EFTA.[445] Die EFTA nahm damit in der Bekämpfung der technischen Handelshemmnisse eine Pionier-Rolle ein,[446] insbesondere auch deshalb, weil sie diese Abkommen für Staaten ausserhalb der EFTA öffnete.[447]

Die Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen sehen folgenden Mechanismus vor: Im Abkommen vereinbarte Stellen im Ausfuhrstaat prüfen die Konformität eines Produkts auf der Grundlage der technischen Vorschriften des Einfuhrstaats.[448] Aufgrund des Abkommens ist der Einfuhrstaat verpflichtet, die Ergebnisse der Konformitätsbewertung, welche auf der Grundlage seines eigenen Rechts, aber im Hoheitsgebiet des Ausfuhrstaats durchgeführt wurde, anzuerkennen.[449] Auf diese Weise können Unternehmen mit Sitz im Ausfuhrstaat, welche ihre Produkte in den Einfuhrstaat exportieren möchten, die im Einfuhrstaat vorgeschriebenen Konformitätsbewertungsverfahren in ihrem Heimatstaat durchführen lassen, was zu tieferem administrativem Aufwand und zu tieferen Kosten führt und damit das Handelshemmnis der Nichtanerkennung von Konformitätsbewertungen im grenzüberschreitenden Handel besei-

---

441 Im Rahmen dieser Arbeit wird der Begriff des «MRA» als Kurzbezeichnung für das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen zwischen der Schweiz und der EU verwendet.

442 Bridy/Holenstein Pfenninger, Rz. 44.

443 Vgl. dazu im Detail Zúñiga Schroder, S. 130 ff.; Tietje, TBT, Rz. 130 ff.

444 Vgl. zu diesem Abkommen Integrationsbericht 1988, S. 286, und Botschaft PIC 1970, S. 1217 ff.

445 Integrationsbericht 1988, S. 286.

446 Bruha, S. 100; Integrationsbericht 1988, S. 286.

447 Integrationsbericht 1988, S. 286, vgl. auch Botschaft PIC 1970, S. 1219.

448 Bridy/Holenstein Pfenninger, Rz. 45; Dimitropoulos, S. 132.

449 Dimitropoulos, S. 132 f., 137.

tigt.[450] Durch diese Art von Abkommen werden zudem doppelte Verfahren (eines im Ausfuhrstaat und eines im Einfuhrstaat), welche durch die Nichtanerkennung von Konformitätsbewertungen nötig sind, vermieden.[451] Die Anerkennung erfolgt gegenseitig, d. h., es spielt keine Rolle, welcher Staat im konkreten Fall der Einfuhr- und welcher der Ausfuhrstaat ist.

Formell handelt es sich bei der gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen um eine gegenseitige Anerkennung von Einzelakten in der Form von Konformitätsbewertungen.[452] Die Abkommen führen jedoch nicht zu einer gegenseitigen Anerkennung von technischen Vorschriften und Normen.[453]

Da die Konformitätsbewertungsstellen im Rahmen der Konformitätsbewertung die Vorschriften des Einfuhrstaats anwenden, führen die Abkommen grundsätzlich auch nicht zu einer Harmonisierung der technischen Vorschriften sowie der Regelsetzungs- und Vollzugsstrukturen.[454] Durch diese Art von Abkommen werden die Vertragsparteien somit nicht verpflichtet, ihr Produkterecht zu harmonisieren.[455] Die Abkommen zielen grundsätzlich auch nicht darauf ab, einen einheitlichen Markt zwischen den Vertragsparteien zu schaffen.[456] Damit ist diese Art von Abkommen in Bezug auf die Souveränität der Staaten unproblematisch, da die Abkommen keine Rechtsangleichung bedingen und die Rechtsetzungskompetenzen der teilnehmenden Staaten unberührt lassen.

---

450 Zúñiga Schroder, S. 130; Tietje, TBT, Rz. 132; vgl. zu den Handelshemmnissen durch Nichtanerkennung von Konformitätsbewertungen bereits vorne § 6 Kap. A.II.3.

451 Dimitropoulos, S. 131, 137; EU-Kommission, Blue Guide, S. 129; Bridy/Holenstein Pfenninger, Rz. 45.

452 Dimitropoulos, S. 132, Fn. 442.

453 Dimitropoulos, S. 132; Tietje, TBT, Rz. 132; EU-Kommission, Blue Guide, S. 129.

454 Nicolaïdis, Rz. 37; Zúñiga Schroder, S. 131; Dimitropoulos, S. 132, 136 f.; Tietje, TBT, Rz. 132. Solche Abkommen «können jedoch den Weg zu einem harmonisierten System der Normung und Zertifizierung durch die Vertragsparteien ebnen» gem. EU-Kommission, Blue Guide, S. 129.

455 Tietje, TBT, Rz. 132 f.; Dimitropoulos, S. 132.

456 Dimitropoulos, S. 137. In Bezug auf das MRA stimmt diese Beobachtung aufgrund des speziellen Charakters des Abkommens jedoch nicht, vgl. hinten § 6 Kap. C.III.2.

2. Harmonisierung der Produktevorschriften

Mit der grenzüberschreitenden Harmonisierung von Produktevorschriften können diejenigen technischen Handelshemmnisse reduziert werden, welche durch unterschiedliche Produktevorschriften in den einzelnen Staaten entstehen.

2.1 Harmonisierung in der EU

Die Strategie der Harmonisierung wird in der EU bzw. der damaligen EWG seit 1969 verfolgt. Obwohl das Verbot von Massnahmen gleicher Wirkung, welches grundsätzlich auch technische Handelshemmnisse erfasst, bereits im Gründungsvertrag in Art. 30 EWG-Vertrag (heute Art. 34 AEUV) bestand, kam es zwischen den EWG-Mitgliedstaaten zu Handelshemmnissen aufgrund von unterschiedlichen technischen Vorschriften, da die Mitgliedstaaten gestützt auf Schutzinteressen Produkten aus anderen Mitgliedstaaten den Zutritt zu ihrem Markt verwehrten.[457] Die EWG setzte ab 1969 daher auf die Strategie der Harmonisierung der Produktevorschriften bei Industrieprodukten.[458] Auf diese Weise entstanden Schritt für Schritt harmonisierte Produktebereiche, in welchen das gemeinschaftliche Recht, zumindest im grenzüberschreitenden Handel, das nationale Recht der EWG-Mitgliedstaaten ersetzte.[459] Die Harmonisierung im Bereich der Produktevorschriften war möglich aufgrund der Rechtsetzungskompetenz in Art. 100 EWG-Vertrag (heute Art. 115 AEUV).[460] Aus verschiedenen Gründen kam die Harmonisierung jedoch nur schleppend voran.[461] Mit der Einführung des neuen Konzepts im Produkterecht[462] und der Einführung von Art. 100a EWG-Vertrag (heute Art. 114 AEUV), welcher eine vereinfachte Harmonisierung ermöglicht, intensivierte sich die Harmonisierung ab 1985.[463]

---

457 Langner/Klindt/Schucht, Rz. 2.

458 Die Strategie wurde im Programm zur Beseitigung der technischen Hemmnisse im Warenverkehr 1969, S. 1 ff., festgelegt; vgl. Rönck, S. 71 ff.

459 Da die Richtlinien verschiedentlich nur eine optionale Harmonisierung vorsahen, war es für die Mitgliedstaaten immer noch möglich, eigene Produktevorschriften zu haben. Die Produkte, welche nach diesen nationalen Produktevorschriften hergestellt wurden, konnten jedoch nur auf dem Markt des jeweiligen Mitgliedstaats verkauft werden, vgl. Langner/Klindt/Schucht, Rz. 3.

460 Vgl. dazu Tietje, Komm. Das Recht der EU, Art. 115 AEUV Rz. 1.

461 Von Danwitz, Rz. 93; Tietje, Komm. Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rz. 13 ff.

462 Vgl. zum neuen Konzept im Detail hinten § 6 Kap. D.II.1.1.2.

463 Langner/Klindt/Schucht, Rz. 8 ff.; EU-Kommission, Blue Guide, S. 8.

Neben den sogenannten harmonisierten Produktebereichen, welche auf dem Weg der Harmonisierung geschaffen wurden, bestanden bzw. bestehen weiterhin nicht harmonisierte Produktebereiche, in welchen die Mitgliedstaaten ihr eigenes Recht setzen können.[464] Die EWG erliess bereits 1969 eine Entschliessung über die gegenseitige Anerkennung von Kontrollen, welche jedoch folgenlos blieb.[465] Zehn Jahre später entschied der EuGH im sog. *Cassis de Dijon*-Urteil, dass die Mitgliedstaaten Produkte auf ihren Märkten zulassen müssen, sofern diese in einem Mitgliedstaat rechtmässig hergestellt wurden.[466] Das unionale Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, welches auf dieses Urteil zurückgeht, trägt seither massgeblich zur Verwirklichung des freien Warenverkehrs bei in Bereichen, in welchen die technischen Vorschriften nicht harmonisiert sind.[467]

Auch im Handel mit Drittstaaten setzte die EU ab den 1970er Jahren immer stärker auf das Instrument der Harmonisierung. Die Angleichung des Rechts von Drittstaaten an jenes der EWG, insbesondere im Bereich der technischen Vorschriften, wurde zur Bedingung für eine vertieftere Zusammenarbeit gemacht.[468] Diese Tendenz zeigte sich deutlich im Rahmen der Verhandlungen zum EWR-Abkommen.[469]

2.2 Harmonisierung ausserhalb der EU

Ausserhalb der EU konnte sich die Harmonisierung von Produktevorschriften im grenzüberschreitenden Kontext nicht durchsetzen.[470] Auch das TBT-Übereinkommen sieht keine Verpflichtung der WTO-Mitgliedstaaten zur Harmonisierung ihres Produkterechts vor.[471] Eines der wenigen Beispiele für eine punktuelle Harmonisierung ist das im Rahmen der UNO 1958 abgeschlossene *Übereinkommen über die Annahme einheitlicher Bedingungen für die Genehmi-*

---

464 Bühler/Tobler, S. 18 f., 57; Erw. 1 f. VO 2019/515.

465 Rönck, S. 81; vgl. Entschliessung des Rates über die gegenseitige Anerkennung von Kontrollen vom 28.05.1969, ABl. Nr. C 76 vom 17.06.1969, S. 7.

466 EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42; dazu im Detail Janssens, S. 11 ff.; Bühler/Tobler, S. 61 f.

467 Bühler/Tobler, S. 62 f.; Erw. 4 und Art. 1 Abs. 1 VO 2019/515; vgl. dazu bereits vorne § 4 Kap. C.V.1.

468 Vgl. vorne § 3 Kap. C.I.2.2 und C.I.3.2.2.

469 Grabitz/von Bogdandy/Nettesheim, S. 374.

470 Zúñiga Schroder, S. 97.

471 Zúñiga Schroder, S. 125 f.

gung der Ausrüstungsgegenstände und Teile von Motorfahrzeugen und über die gegenseitige Anerkennung von Genehmigungen, welches für die Schweiz 1973 in Kraft getreten ist.[472]

2.3 Wirkung der Harmonisierung

Durch eine Harmonisierung der technischen Vorschriften entfällt für Unternehmen die Notwendigkeit, verschiedene Serien von Produkten nach den Vorschriften der einzelnen Staaten herzustellen. Dies senkt die Kosten bei den Unternehmen und erleichtert den grenzüberschreitenden Handel. Die Harmonisierung kann jedoch nur dann ihre volle Wirkung entfalten, wenn die Produkte, welche in verschiedenen Staaten nach harmonisierten Vorschriften hergestellt wurden, untereinander anerkannt werden. Für einen kompletten Abbau der technischen Handelshemmnisse ist daher eine Kombination von Rechtsharmonisierung und einer Verpflichtung der gegenseitigen Anerkennung der Produkte notwendig.

B. Entwicklung des grenzüberschreitenden Handels Schweiz–EU

I. Etappen der Entwicklung

1. Entwicklung bis 1993

In den 1980er Jahren kam Bewegung in die Bekämpfung der technischen Handelshemmnisse zwischen der Schweiz und der EWG. Lösungen wurden nicht im bilateralen Rahmen angestrebt, sondern im übergeordneten Rahmen zwischen der EWG und den EFTA-Staaten (darunter der Schweiz): Im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit ab 1984 mit dem Ziel der Schaffung eines dynamischen europäischen Wirtschaftsraums[473] wurde auch der Abbau von technischen Handelshemmnissen zu einem Schwerpunkt.[474]

Die zunächst angestrebte Lösung sah in einem ersten Schritt eine Verknüpfung der Informations-Systeme der EFTA und der EWG im Rahmen eines *bridging*

---

472 Vgl. Botschaft THG 1995, S. 532; das Übereinkommen ist heute noch in Kraft, vgl. SR 0.741.411.

473 Vgl. dazu bereits vorne § 3 Kap. C.I.3.2.1.

474 Integrationsbericht 1988, S. 303; Bruha, S. 98.

agreement vor.[475] In einem nächsten Schritt waren eine Vereinheitlichung der Produktevorschriften und eine gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen geplant.[476] Dieses komplizierte Konstrukt wurde nie vollends in der Praxis umgesetzt und mit der Schaffung des Europäischen Wirtschaftsraums auf den 1. Januar 1994 überflüssig: Mit dem EWR-Abkommen wurde das harmonisierte EU-Produkterecht auf die EWR/EFTA-Staaten ausgedehnt.[477] Änderungen dieser EU-Rechtsakte werden nach dem im EWR-Abkommen vorgesehenen Verfahren in den entsprechenden Anhang aufgenommen und dadurch für die EWR/EFTA-Staaten verbindlich.[478]

2. Entwicklung ab 1993

Da die Schweiz den Beitritt zum EWR-Abkommen am 6. Dezember 1992 ablehnte,[479] entfiel die mit dem Abkommen verbundene Übernahme des EU-Produkterechts durch die Schweiz. Unternehmen in der Schweiz, welche ihre Produkte in die damalige EG exportieren wollten, mussten somit weiterhin eine separate Serie der Produkte nach den harmonisierten Vorschriften der EG herstellen, was die Produktionskosten für diese Unternehmen erhöhte.[480]

Zudem verfügte die Schweiz bis 1999 weder über ein Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen mit der EG noch über eine andere staatsvertragliche Vereinbarung in diesem Bereich, wodurch die Problematik der Nichtanerkennung von Konformitätsbewertungen bestehen blieb: Forderte das EG-Recht eine Konformitätsbewertung durch eine Stelle in der EU oder war sogar eine Anmeldung oder Zulassung in der EG vorgeschrieben, mussten die schweizerischen Unternehmen ihre Produkte zuerst in die EG senden, damit dort die entsprechenden Verfahren durchgeführt werden konnten.[481]

---

475 Vgl. das Übereinkommen zur Schaffung eines Informationsaustauschverfahrens auf dem Gebiet der technischen Vorschriften, siehe dazu den Beschluss 90/518/EWG; vgl. Bruha, S. 98 f.

476 Epiney/Pfenninger, S. 976, Fn. 114; Bruha, S. 98 ff.

477 Norberg/Johansson, S. 23; Koller, S. 246; Botschaft EWR, S. 33.

478 EU-Kommission, Blue Guide, S. 27. Zum Verfahren der Rechtsübernahme im EWR siehe Baur, S. 327 ff., und Glaser/Langer, S. 565 ff.

479 Vgl. vorne § 3 Kap. C.II.3.5.

480 Botschaft Folgeprogramm, S. 829.

481 Vgl. Botschaft THG 1995, S. 538.

Aufgrund der negativen wirtschaftlichen Folgen, welche sich für die Schweiz durch die technischen Handelshemmnisse ergaben,[482] nahm sich der Bundesrat nach der Ablehnung des EWR-Beitritts unverzüglich dieser Thematik an. Als er am 24. Februar 1993 in der *Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens* seine vorgesehene Strategie den Eidgenössischen Räten unterbreitete, nahm die Bekämpfung der technischen Handelshemmnisse bei Industrieprodukten dementsprechend einen wichtigen Platz ein: Unter dem Obertitel der «marktwirtschaftlichen Erneuerung» schlug der Bundesrat die Schaffung eines europakompatiblen Binnenmarkts Schweiz vor, um den Wettbewerb auf dem schweizerischen Markt und damit die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Schweiz zu fördern.[483] Im Bereich der Industrieprodukte strebte der Bundesrat dazu die Beseitigung der technischen Handelshemmnisse an.[484]

Der Bundesrat verfolgte dabei eine doppelte Strategie: Der Abbau sollte zum einen im Rahmen des autonomen Nachvollzugs erfolgen,[485] indem «die schweizerischen technischen Vorschriften an jene unserer wichtigsten Handelspartner angeglichen werden».[486] Obwohl der Bundesrat nicht explizit von der damaligen EG sprach, war klar, dass vor allem sie gemeint war mit dem Begriff der wichtigsten Handelspartner.[487] Auf diese Weise sollten die technischen Handelshemmnisse, welche durch unterschiedliche technische Vorschriften bestanden, reduziert werden.[488] Unternehmen in der Schweiz und der EG, welche ihre Produkte ins jeweils andere Gebiet exportieren wollten, sollten so nicht mehr verschiedene Serien von Produkten anfertigen müssen.[489] Durch die angestrebte Senkung der Kosten bei den Unternehmen sollte auch der Schweizer Markt attraktiver gemacht werden für Unternehmen aus der EG und auf diese Weise der Wettbewerb auf dem Schweizer Markt erhöht werden.[490]

Der Bundesrat war sich gleichzeitig bewusst, dass durch eine einseitige Angleichung der Produktevorschriften die technischen Handelshemmnisse, die durch

---

482 Botschaft Folgeprogramm, S. 829; Botschaft THG 1995, S. 529, 538 f.

483 Botschaft Folgeprogramm, S. 823; vgl. vorne § 3 Kap. C.III.3.2.

484 Botschaft Folgeprogramm, S. 829.

485 Bridy/Holenstein Pfenninger, Rz. 33; Epiney/Pfenninger, S. 978.

486 Botschaft Folgeprogramm, S. 829; Arioli, S. 128, 134; Pfenninger, PrSG, S. 420; Epiney/Pfenninger, S. 977.

487 Vgl. Botschaft THG 1995, S. 580; Arioli, S. 134; Epiney/Pfenninger, S. 975 f.

488 Epiney/Pfenninger, S. 977; Arioli, S. 140.

489 Vgl. Botschaft Folgeprogramm, S. 829.

490 Zu diesem Ziel siehe Botschaft Folgeprogramm, S. 823.

eine Nichtanerkennung von Konformitätsbewertungen bestanden, nicht beseitigt werden konnten.[491] Die damalige EG akzeptierte ohne staatsvertragliche Grundlage die Konformitätsbewertungen durch schweizerische Stellen nicht, auch wenn die geprüften Produkte nach den Vorschriften der EG hergestellt wurden.[492] Daher fasste der Bundesrat neben der Angleichung der schweizerischen Produktevorschriften an die EG-Vorschriften zum anderen die Aushandlung bilateraler Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen ins Auge.[493]

Im folgenden Kapitel soll einerseits auf die Grundzüge des autonomen Nachvollzugs im Produkterecht eingegangen werden (Kap. B.II.) und andererseits auf die bilateralen Verhandlungen, welche zum Abschluss des Abkommens über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen zwischen der Schweiz und der EU (MRA) im Rahmen der Bilateralen I führten (Kap. B.III.).

II. Autonomer Nachvollzug im Produkterecht

Die im Rahmen der Botschaft zum Folgeprogramm vom Bundesrat vorgeschlagene Strategie der Angleichung der schweizerischen Produktevorschriften an das EU-Recht stellte das erste grosse Anwendungsbeispiel der 1988 vorgeschlagenen Strategie des autonomen Nachvollzugs dar.

Der Bundesrat schlug zum einen eine Angleichung des Schweizer Rechts an das EU-Recht in den sektoriellen Rechtsakten des schweizerischen Produkterechts vor und zum anderen die Schaffung eines Rahmengesetzes, in dem Grundsätze,

---

491 Vgl. die Aussage in der Botschaft Folgeprogramm, S. 816: «Seien wir uns ferner bewusst, dass eine autonome Übernahme von Teilen des ‹acquis communautaire› durch die Schweiz keine automatische Reziprozität auf Seiten der EG oder ihrer Mitgliedstaaten zur Folge hat. Voraussetzung solcher Gegenseitigkeit ist im Allgemeinen das Bestehen gemeinsamer Strukturen zwischen den beteiligten Parteien, die es gestatten, das Recht weiterzuentwickeln, umzusetzen und dessen Anwendung zu überwachen»; Arioli, S. 140; Epiney/Pfenninger, S. 977.

492 Botschaft THG 1995, S. 538 f. Die damalige EG verlangte Reziprozität in Bezug auf die Anerkennung von Konformitätsbewertungen, welche in einem entsprechenden Abkommen geregelt werden sollte, vgl. Epiney/Pfenninger, S. 976, Fn. 113, und S. 978.

493 Botschaft Folgeprogramm, S. 829, vgl. auch S. 819 f. Auch im Bereich eines Abkommens über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen stand als Vertragspartner die damalige EG im Vordergrund. Daneben sollte auch ein Abkommen mit den EWR/EFTA-Staaten geschlossen werden.

welche auf alle Produktebereiche Anwendung finden, festgelegt werden sollten.[494] Diese Pläne stellten, soweit sie in den Kompetenzbereich der Bundesversammlung fielen, bloss Vorschläge des Bundesrats dar, denen die Räte jedoch folgten.[495]

1. Rechtsangleichung im sektoriellen Produkterecht

In Ausführung seiner vorgeschlagenen Strategie des autonomen Nachvollzugs im Produkterecht gab der Bundesrat bereits am 20. Januar 1993 den Auftrag an die zuständigen Bundesämter, die Produktevorschriften «auf Gesetzes- und Verordnungsstufe auf ihre Kompatibilität mit dem EG-Recht zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen».[496]

Die Ergebnisse mündeten in ein «umfassendes Gesetzgebungs- und Verordnungsrevisionsprogramm»[497], welches der Bundesrat bereits am 30. Juni 1993 verabschiedete.[498] Das schweizerische Produkterecht bestand damals aus einer Vielzahl von sektoriellen Bundesgesetzen und vor allem Verordnungen, in welchen die materiell-rechtlichen Anforderungen an Produkte und die Verfahren, welche vor dem Inverkehrbringen der Produkte erfüllt werden mussten (z. B. Prüfung im Rahmen einer Konformitätsbewertung oder Zulassung), geregelt waren.[499] Im Rahmen des Revisionsprogramms glich der Bundesrat diese sektoriellen Verordnungen an das damalige EG-Recht an.[500] Sofern die Bestimmungen in Bundesgesetzen geregelt waren, unterstützte die Bundesversammlung die bundesrätliche Strategie des autonomen Nachvollzugs, indem sie die Bundesgesetze europarechtskompatibel ausgestaltete.[501]

Ein zentrales Revisionsvorhaben stellte das Bundesgesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG) dar, welches aufgrund seines breiten Anwendungsbereichs viele wichtige Produktebereiche wie Maschinen,

494 Botschaft Folgeprogramm, S. 829; Arioli, S. 128.

495 Arioli, S. 128.

496 Botschaft THG 1995, S. 541.

497 Botschaft THG 1995, S. 542.

498 Botschaft THG 1995, S. 542.

499 Botschaft THG 1995, S. 539 f.

500 Bridy/Hollenstein Pfenninger, Rz. 32; SECO, Komm. STEG, S. 6; Arioli, S. 139.

501 Arioli, S. 128.

persönliche Schutzausrüstung und Gasgeräte umfasste.[502] Im Zusammenhang mit dem geplanten Beitritt der Schweiz zum EWR war eine Angleichung des STEG an das damalige EWG-Recht vorbereitet worden.[503] Da den Änderungen am STEG auch ohne EWR-Beitritt «eine wirtschaftspolitische Bedeutung für die exportorientierte Maschinenindustrie»[504] beigemessen wurde, nahm der Bundesrat die Vorlage im Rahmen des Folgeprogramms wieder auf und unterbreitete sie als eine der *Swisslex*-Vorlagen der Bundesversammlung.[505] Mit Inkrafttreten des revidierten STEG und der STEV 1996 wurde das Schweizer Recht in einem wichtigen Produktebereich an das damalige EG-Recht angeglichen.[506]

Eine zweite grosse Überprüfung der Konformität des schweizerischen Produkterechts mit dem EU-Recht und als Folge eine Angleichung des Schweizer Rechts in verschiedenen Produktebereichen erfolgte 2007 im Rahmen eines Massnahmenpakets, welches zudem eine Teilrevision des THG und die Ausweitung des STEG als sektorielles Gesetz zum horizontalen und umfassenden Produktesicherheitsgesetz (PrSG) beinhaltete.[507]

2. THG als horizontales Rahmengesetz

Parallel zur Angleichung der sektoriellen Rechtsakte unter dem Titel des autonomen Nachvollzugs wurde im Rahmen der Botschaft zum Folgeprogramm die bereits 1988 entstandene Idee[508] eines horizontalen Rechtsakts, welcher als Rahmen für die Produktegesetzgebung der Schweiz die Grundsätze festlegen sollte, die in allen Produktebereichen gelten, wieder aufgenommen.[509] Der Bundesrat beauftragte dazu am 20. Januar 1993 das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement

---

502 Hess, Komm. PrSG, Einleitung Rz. 6; SECO, Komm. STEG, S. 5 f. Die detaillierten Vorschriften zu diesen Produktebereichen waren in der STEV geregelt.

503 *Eurolex*-Vorlage Nr. 92.057-27, Änderungen des Bundesgesetzes über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten, siehe zur Vorlage Botschaft Folgeprogramm, S. 843 ff.

504 Botschaft Folgeprogramm, S. 843.

505 Botschaft Folgeprogramm, S. 843 ff.; Hess, Komm. PrSG, Einleitung Rz. 39 ff.

506 Mit der Revision wurden das neue Konzept und das globale Konzept aus dem EU-Recht übernommen, vgl. Botschaft PrSG, S. 7413; zu diesen Konzepten vgl. hinten § 6 Kap. D.II.1.1.2. und D.II.2.2.1.

507 Botschaft THG 2008, S. 7278, vgl. zu den Angleichungen in den sektoriellen Rechtsakten S. 7290 f.

508 Vgl. zur Geschichte Botschaft THG 1995, S. 540.

509 Botschaft Folgeprogramm, S. 829; Botschaft THG 1995, S. 544.

mit der Ausarbeitung eines Entwurfs für ein «Bundesgesetz über die Beseitigung technischer Handelshemmnisse».[510]

Das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) trat am 1. Juli 1996 in Kraft. Es verankert die mit der Botschaft zum Folgeprogramm geschaffene Strategie des autonomen Nachvollzugs im Produkterecht als Grundsatz auf der Ebene des Bundesgesetzes:[511] In Art. 4 Abs. 1 THG wird unter dem Titel der «Ausgestaltung der technischen Vorschriften im Allgemeinen» vorgeschrieben, dass technische Vorschriften so ausgestaltet sein müssen, dass sie sich nicht als technische Handelshemmnisse auswirken. Um dies sicherzustellen, übernimmt Art. 4 Abs. 2 THG den Vorschlag des Bundesrats aus der Botschaft zum Folgeprogramm, dass die technischen Vorschriften zu diesem Zweck auf diejenigen «der wichtigsten Handelspartner der Schweiz» abgestimmt werden müssen. Obwohl die EU nicht explizit genannt wird, wurde in der Botschaft unterstrichen, dass dabei «aufgrund der intensiven gegenseitigen Verflechtung auf wirtschaftlichem Gebiet» die Vorschriften der EU im Vordergrund stehen.[512] Im Sinne von Ausnahmebestimmungen enthalten Art. 4 Abs. 3 und 4 THG die Voraussetzungen, unter welchen Abweichungen vom Grundsatz in Art. 4 Abs. 1 zulässig sind. Die Formulierung dieser Bestimmungen ist an die Ausnahmen in Art. 36 AEUV, die Rechtsprechung des EuGH sowie die Formulierungen im WTO-Recht und im Freihandelsabkommen Schweiz–EU angelehnt.[513]

Gemäss Definition in Art. 3 lit. b THG fallen unter den Begriff der «technischen Vorschriften» sowohl die Vorschriften bezüglich Beschaffenheit, Eigenschaften oder Herstellung der Produkte (Ziff. 1) als auch die Vorschriften über die notwendigen Konformitätsbewertungen (Ziff. 3). Folglich bezieht sich der in Art. 4

---

510 Botschaft THG 1995, S. 541. Daneben wurde das Departement beauftragt, einen Entwurf für ein revidiertes Kartellgesetz und ein Bundesgesetz über den Binnenmarkt vorzulegen. Die drei Bundesgesetze bildeten den Kern des ersten Massnahmenpakets zur marktwirtschaftlichen Erneuerung, vgl. Botschaft Folgeprogramm, S. 826 ff.

511 Von Büren, S. 39 f. und S. 68; Spinner/Maritz, S. 130 f.; Amgwerd, S. 26; Jaag/Hänni, S. 4205.

512 Vgl. Botschaft THG 1995, S. 580; Zirlick/Stadelhofer, Komm. Wettbewerbsrecht II, Art. 4 THG Rz. 2. Eine Orientierung am Produkterecht anderer Handelspartner könnte gemäss Botschaft in «besonderen Fällen» angezeigt sein, wobei es sich z. B. um die Vorschriften der USA, von Japan oder (seit dem Brexit) des Vereinigten Königreichs handeln könnte. Vgl. die ähnliche Aussage im Rahmen der Revision des STEG, Botschaft Folgeprogramm, S. 844.

513 Botschaft THG 1995, S. 582 f.; Zirlick/Stadelhofer, Komm. Wettbewerbsrecht II, Art. 4 THG Rz. 6.

Abs. 2 THG niedergelegte Grundsatz des autonomen Nachvollzugs sowohl auf die materiell-rechtlichen Anforderungen an Produkte als auch auf die Verfahren der Konformitätsbewertung.[514]

III. Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (MRA)

1. Verhandlungsverlauf

Parallel zur Angleichung des schweizerischen Produkterechts im Rahmen des autonomen Nachvollzugs setzte sich der Bundesrat das Ziel, ein Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen mit der damaligen EG abzuschliessen.[515]

Bereits kurz nach dem EWR-Nein durch Volk und Stände am 6. Dezember 1992 schlug der Bundesrat der EG am 5. Februar 1993, im Rahmen der ersten Sitzung des Gemischten Ausschusses Schweiz–EG zum Freihandelsabkommen, Verhandlungen in verschiedenen Bereichen vor, darunter jenem der technischen Handelshemmnisse.[516] Der Vorschlag für ein Abkommen im Bereich der technischen Handelshemmnisse wurde von der EG zunächst zurückhaltend aufgenommen.[517] Am 31. Oktober 1994 verabschiedete der Rat der EU dennoch fünf Verhandlungsmandate, darunter eines im Bereich der technischen Handelshemmnisse.[518] Nach erfolgreichen Verhandlungen konnten die sieben Abkommen der Bilateralen I am 21. Juni 1999 unterzeichnet werden.[519] Nach der Zustimmung durch das Schweizer Stimmvolk im Rahmen eines fakultativen Referendums trat das MRA gemeinsam mit den anderen Abkommen der Bilateralen I am 1. Juni 2002 in Kraft.[520]

---

514 Vgl. die Definition der technischen Vorschriften in Art. 3 lit. b THG.

515 Botschaft Folgeprogramm, S. 829. Das Ziel dieses Abkommens stellte eine Komponente des übergeordneten Ziels der Schweiz dar, nach der Ablehnung des EWR-Beitritts «punktuelle und sektorielle bilaterale Abkommen» mit der damaligen EG auszuhandeln, vgl. Botschaft Folgeprogramm, S. 816.

516 Vgl. Zwischenbericht 1995, S. 210.

517 Vgl. Botschaft Folgeprogramm, S. 820.

518 Zwischenbericht 1995, S. 211.

519 Zum Verhandlungsverlauf siehe Botschaft Bilaterale I, S. 6140 ff.

520 Vgl. Jaag/Hänni, Rz. 4003.

2. Besonderheit des Abkommens

Das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen zwischen der Schweiz und der EU (MRA) ist von der äusseren Form her ein klassisches Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen.[521]

Während diese Abkommen grundsätzlich nicht die Angleichung oder die gegenseitige Anerkennung von Produktevorschriften zum Gegenstand haben,[522] sieht das MRA in Art. 1 Abs. 2 die Möglichkeit der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts und des EU-Rechts in den vom Abkommen erfassten Produktebereichen vor.[523] Auf der Grundlage der Gleichwertigkeitsanerkennung ist eine vereinfachte gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen möglich, welche den grenzüberschreitenden Handel noch stärker vereinfacht als im Rahmen von klassischen Abkommen dieser Art.[524]

Die Vereinbarung des Mechanismus der vereinfachten gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen auf der Grundlage einer Gleichwertigkeitsanerkennung macht das MRA zu einem Unikum im Vergleich zu den anderen Abkommen dieser Art, welche die EU mit anderen Drittstaaten abgeschlossen hat.[525]

Die Grundlage dafür, dass im MRA die Gleichwertigkeit der schweizerischen Anforderungen mit jenen der EU gegenseitig anerkannt wurde, bildete die vorgängige Angleichung des schweizerischen Produkterechts an das EU-Recht im Rahmen des autonomen Nachvollzugs.[526] Der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit fand denn auch auf Initiative der Schweizer Delegation Eingang in die Verhandlungen und schliesslich ins MRA.[527] Die EG-Kommission wollte zuerst nicht auf den Vorschlag eintreten und änderte ihre Meinung erst, als die Schweizer Delegation aufzeigen konnte, inwiefern dieser Mechanismus auch

---

521 Siehe zu den Charakteristika dieser Abkommen vorne § 6 Kap. A.III.1.

522 Tietje, TBT, Rz. 132; vgl. vorne § 6 Kap. A.III.1.

523 Hertig, S. 557; vgl. im Detail hinten § 6 Kap. C.I.2. und C.II.

524 Vgl. hinten § 6 Kap. C.I.2.

525 Bridy/Holenstein Pfenninger, Rz. 48, Fn. 58; EU-Kommission, Blue Guide, S. 129, welche das MRA zwischen der Schweiz und der EU als «Sonderfall» bezeichnet. Aktuell bestehen fünf weitere MRA zwischen der EU und Drittstaaten, wobei keines auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit beruht.

526 EU-Kommission, Blue Guide, S. 130.

527 Zosso, S. 552.

Vorteile für die EG beinhaltet.[528] Die Schweizer Seite schaffte durch die Aufnahme dieses Mechanismus ins MRA, dass dem seit 1993 verfolgten autonomen Nachvollzug im Bereich des Produkterechts Rechnung getragen wurde.[529]

Im nächsten Kapitel wird vertieft auf den Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des Abkommens eingegangen. Zuerst soll die genaue Funktionsweise des Abkommens erläutert werden (Kap. C.I.). In einem zweiten Schritt wird untersucht, inwiefern der autonome Nachvollzug die Grundlage für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit bildet (Kap. C.II.). Schliesslich soll im Sinne eines Zwischenergebnisses zusammengefasst werden, welche Wirkung der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit auf den grenzüberschreitenden Handel mit Industrieprodukten zwischen der Schweiz und der EU hat (Kap. C.III.).

C. Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des MRA

I. Funktionsweise des MRA

Das MRA zielt gemäss Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 darauf ab, dass die beiden Vertragsparteien Schweiz und EU[530] die Konformitätsbewertungen in den Produktebereichen, welche unter das Abkommen fallen, gegenseitig anerkennen.[531] Damit sieht das Abkommen, wie üblich bei *Mutual Recognition Agreements*, primär eine gegenseitige Anerkennung von Einzelakten in der Form von Konformitätsbewertungen vor.[532]

Die vom Abkommen erfassten Produktebereiche werden gem. Art. 3 Abs. 1 MRA in Anhang 1 aufgelistet. Das MRA enthielt im Zeitpunkt des Inkrafttretens 15 Produktebereiche.[533] Im Laufe der Jahre kamen fünf weitere Produktebereiche hinzu.

---

528 Zosso, S. 552.

529 Zosso, S. 552.

530 Formell wurde das Abkommen zwischen der Schweiz und der EG geschlossen. Die EU ist die Rechtsnachfolgerin der EG.

531 Vgl. Hertig, S. 557; Bühler, Handbuch Bilaterale I und II, Rz. 57.

532 Pfenninger, Vergleich Schweiz–EU, S. 1161; vgl. zu dieser Art der Abkommen im Generellen vorne § 6 Kap. A.III.1.

533 Siehe die ursprüngliche Form des Abkommens in AS 2002 1803.

Mit zwanzig Produktebereichen stellt das MRA das umfangreichste Abkommen dieser Art dar, welches die EU mit anderen Drittstaaten abgeschlossen hat.[534] Das Abkommen sieht zwei Varianten der gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen vor, welche alternativ zur Anwendung kommen.

1. Klassische gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen

Die Variante in Art. 1 Abs. 1 MRA stellt die klassische Variante[535] der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit dar, wie sie in Art. 6.1 TBT-Übereinkommen und im Rahmen des Grundkonzepts der EU vorgesehen ist.[536] Gemäss Art. 1 Abs. 1 MRA anerkennen die EU und die Schweiz gegenseitig die, von den gem. diesem Abkommen anerkannten Konformitätsbewertungsstellen ausgestellten, Ergebnisse der Konformitätsbewertung, mit denen die Übereinstimmung mit den Anforderungen der anderen Vertragspartei in den vom Abkommen erfassten Produktebereichen bescheinigt wird. So können im Rahmen des MRA anerkannte Schweizer Konformitätsbewertungsstellen auf der Grundlage der Vorschriften des EU-Rechts prüfen, ob ein Produkt aus der Schweiz den Anforderungen des EU-Rechts entspricht.[537] Aufgrund von Art. 1 Abs. 1 MRA ist die EU verpflichtet, diese Konformitätsbescheinigung der im Rahmen des Abkommens anerkannten Schweizer Konformitätsbewertungsstelle anzuerkennen. Das Gleiche gilt umgekehrt auch für die Schweiz.[538]

Bei den anerkannten Konformitätsbewertungsstellen handelt es sich um Stellen in der Schweiz und der EU (es können sowohl privatrechtlich organisierte Stellen wie auch öffentlich-rechtlich organisierte Stellen sein),[539] welche nach dem in diesem Abkommen festgelegten Verfahren von beiden Vertragsparteien anerkannt wurden.[540] In Art. 1 Abs. 1 MRA wird nicht in genereller Weise von den Ergebnis-

---

534 Bridy/Holenstein Pfenninger, Rz. 48, Fn. 58.

535 Gemäss Hertig, S. 557, stellt dies die «klassische Form der gegenseitigen Anerkennung» dar; Bridy/Holenstein Pfenninger, Rz. 45, sprechen vom «*ARM de premier niveau ou classique*».

536 Tietje, TBT, Rz. 132; vgl. vorne § 6 Kap. A.III.1.

537 Pfenninger, Vergleich Schweiz–EU, S. 1161.

538 Pfenninger, Vergleich Schweiz–EU, S. 1161.

539 Vgl. die Definition der Konformitätsbewertungsstelle in Art. 2 Abs. 1 MRA.

540 Vgl. Art. 5 MRA; das Verfahren ist in Art. 11 MRA geregelt; vgl. zum Verfahren Hertig, S. 560 ff.

sen der Konformitätsbewertungen gesprochen, sondern spezifischer von «Berichte[n], Bescheinigungen, Zulassungen und Konformitätskennzeichen» sowie von «Konformitätserklärungen des Herstellers».[541] Vom MRA sollen damit alle Arten von Verfahren, die vor dem Inverkehrbringen von Produkten vorgeschrieben sind, erfasst werden.[542]

Die klassische Variante setzt gem. Art. 1 Abs. 1 MRA *e contrario* gerade keine gleichwertige Rechtslage der Vertragsparteien in Bezug auf die technischen Vorschriften voraus.[543] Schweizer Produkte, welche unter Art. 1 Abs. 1 MRA fallen und in die EU exportiert werden sollen, müssen immer noch die Vorschriften des EU-Rechts erfüllen. Somit trägt diese Variante auch nicht zu einer Angleichung des Rechts der Vertragsparteien bei.

Der Zweck des klassischen Mechanismus ist, dass trotz unterschiedlicher technischer Vorschriften (in der Schweiz und der EU) der grenzüberschreitende Handel erleichtert werden kann, indem die Konformitätsbewertungen im Heimatstaat eines Unternehmens auf der Grundlage des Rechts der anderen Vertragspartei durchgeführt werden können.[544] Für Unternehmen in der Schweiz und der EU vereinfacht sich der grenzüberschreitende Handel insofern, als sie die für den Export notwendigen Konformitätsbewertungen nur einmal durchführen lassen müssen und das Konformitätsbewertungsverfahren nicht im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei erfolgen muss.[545]

Die klassische Variante der gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen kommt aktuell in zwei der zwanzig vom Abkommen erfassten Produktebereiche zur Anwendung.[546] Sie ist damit *de lege lata* als Auffang-Mechanismus zu bewerten, welcher bei Produktebereichen angewendet wird, welche die Anforderungen der zweiten Variante, auf welche gleich eingegangen wird, (noch) nicht oder nicht mehr erfüllen.[547]

---

541 Vgl. die Formulierungen in Art. 1 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 2 MRA.

542 Vgl. Hertig, S. 557; Botschaft Bilaterale I, S. 6214.

543 Botschaft Bilaterale I, S. 6214; Oesch, Schweiz–EU, Rz. 144 zweiter Spiegelstrich.

544 Vgl. Zúñiga Schroder, S. 130.

545 Botschaft Bilaterale I, S. 6214; Bühler, Handbuch Bilaterale I und II, Rz. 62.

546 Es handelt sich um die Bereiche der Gasverbrauchseinrichtungen und Heizkessel (vgl. Anhang 1 Kap. 5 Abschnitt I MRA) und den Bereich der Messgeräte und Fertigpackungen (vgl. Anhang 1 Kap. 11 Abschnitt I MRA).

547 Im Rahmen des ÄP-MRA wird Art. 1 Abs. 1 MRA geändert. Zukünftig können neue Produktebereiche nur unter der Bedingung in das MRA aufgenommen werden, dass die Produktevorschriften in der Schweiz und der EU gleichwertig sind; vgl. EU-Kommission, Vorschlag Paket, S. 15.

2. Vereinfachte gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen

Die zweite Variante in Art. 1 Abs. 2 MRA beruht von ihrer Funktionsweise her grundsätzlich ebenfalls auf dem Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen, was an der Formulierung in Art. 1 Abs. 2 MRA erkennbar ist: Ziel ist wie bei der klassischen Variante gem. Art. 1 Abs. 1 MRA, dass Konformitätsbewertungen, die von der einen Partei ausgestellt wurden, von der anderen Partei anerkannt werden.[548]

Nach der sog. vereinfachten Variante gem. Art. 1 Abs. 2 MRA[549] anerkennen die beiden Vertragsparteien gegenseitig die von den anerkannten Konformitätsbewertungsstellen ausgestellten Konformitätsbewertungen, mit denen «die Übereinstimmung mit ihren jeweiligen Anforderungen […] bescheinigt wird». Mit anderen Worten anerkennt die EU die durch schweizerische Konformitätsbewertungsstellen ausgestellten Konformitätsbewertungen, welche bescheinigen, dass ein *Schweizer* Produkt die Anforderungen des *Schweizer* Rechts erfüllt.[550] Die gleiche Verpflichtung gilt aufgrund der Gegenseitigkeit der Anerkennung der Gleichwertigkeit auch für die Schweiz bei Konformitätsbescheinigungen, welche die Übereinstimmung eines in der EU produzierten Produkts mit EU-Recht bestätigt.[551] In der Konsequenz bedeutet dies: In den Produktebereichen, in welchen Art. 1 Abs. 2 MRA zur Anwendung kommt, können Produkte aus der Schweiz, welche nach Schweizer Recht hergestellt wurden und deren Konformität mit dem Schweizer Recht von einer Konformitätsbewertungsstelle in der Schweiz bestätigt wurde, ohne weitere Bewertung in der EU auf den Markt gebracht werden.[552]

---

548 Hertig, S. 557; Oesch, Schweiz–EU, Rz. 144 erster Spiegelstrich; Pfenninger, Vergleich Schweiz–EU, S. 1161.

549 Bridy/Holenstein Pfenninger, Rz. 45, sprechen von den «*ARM du second niveau ou élargi*» oder von einer «*reconnaissance mutuelle facilitée*». In der EU werden diese Abkommen als «erweiterte Abkommen über die gegenseitige Anerkennung» bezeichnet, wobei die EU-Kommission betont, dass es sich beim Abkommen mit der Schweiz um einen «Sonderfall» handle, EU-Kommission, Blue Guide, S. 129.

550 Pfenninger, Vergleich Schweiz–EU, S. 1161; Bühler, Handbuch Bilaterale I und II, Rz. 62; Botschaft Bilaterale I, S. 6214; BGE 143 II 518 S. 547 E. 9.2.

551 EU-Kommission, Blue Guide, S. 129; Pfenninger, Vergleich Schweiz–EU, S. 1161.

552 Botschaft Bilaterale I, S. 6214; Hertig, S. 557 f.

II. Gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit

1. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der vereinfachten Anerkennung

Voraussetzung für die Anwendung der vereinfachten Variante der gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen ist gemäss Art. 1 Abs. 2 MRA, dass im betroffenen Produktebereich «die schweizerischen Anforderungen mit denen der Gemeinschaft als gleichwertig beurteilt werden». Der vereinfachten gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen liegt somit eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zugrunde.[553]

Mit anderen Worten bildet die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zwischen den «Anforderungen»[554] des Schweizer Rechts und dem EU-Recht damit die Grundlage und Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 1 Abs. 2 MRA und die damit verbundenen Erleichterungen im grenzüberschreitenden Handel.[555] Anders als bei den klassischen Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen erfolgt beim Mechanismus nach Art. 1 Abs. 2 MRA somit eine gegenseitige Anerkennung der technischen Vorschriften zwischen den Vertragsparteien.[556] Auf der Grundlage der Gleichwertigkeitsanerkennung wird den beiden Vertragsparteien die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen ermöglicht, obwohl beide Seiten ihr eigenes Recht anwenden. Die Schweiz und die EU anerkannten die Gleichwertigkeit ihrer Anforderungen bislang in 18 der zwanzig vom MRA erfassten Produktebereichen, in welchen damit die vereinfachte gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen gem. Art. 1 Abs. 2 MRA zur Anwendung kommt.

---

553 EU-Kommission, Blue Guide, S. 129, welche betont, dass das MRA auf der «Gleichwertigkeit der Rechtsvorschriften der EU und der Schweiz» basiere.

554 Zur Frage, was der Begriff der «Anforderungen» inhaltlich umfasst, vgl. im Detail hinten § 6 Kap. D.II.

555 Beglinger/Tobler, S. 552; Hertig, S. 557; Pfenninger, Vergleich Schweiz–EU, S. 1161.

556 Vgl. EU-Kommission, Blue Guide, S. 129; Pfenninger, Vergleich Schweiz–EU, S. 1161.

2. Der autonome Nachvollzug als Grundlage für die Gleichwertigkeit

Konzeptionell richtet sich die Gleichwertigkeit, wie sie in Art. 1 Abs. 2 MRA vorausgesetzt wird, nach dem EU-Recht. Um Gleichwertigkeit im Sinne von Art. 1 Abs. 2 MRA zu schaffen, muss folglich die Schweiz ihr Recht an das EU-Recht angleichen.[557]

Das Abkommen enthält im Vergleich zu anderen bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU jedoch keine rechtliche Pflicht der Schweiz zur Herstellung von Gleichwertigkeit und damit zur Angleichung.[558] Möchte die Schweiz, dass der vereinfachte Mechanismus nach Art. 1 Abs. 2 MRA zur Anwendung kommt, muss sie im betroffenen Produktebereich vorgängig durch Angleichung des Schweizer Rechts an das EU-Recht gleichwertige Anforderungen schaffen.[559] Bei dieser freiwilligen, vorgängigen Angleichung handelt es sich somit um eine Angleichung im Rahmen des autonomen Nachvollzugs.[560] Der autonome Nachvollzug in den einzelnen Produktebereichen bildet somit die Voraussetzung für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts und des EU-Rechts.[561] Der Schweiz bleibt auf diese Weise die Möglichkeit eines Grundsatzentscheids: Möchte die Schweiz in einem Produktebereich, welcher vom Abkommen erfasst wird, auf die Angleichung und damit auf die Schaffung von gleichwertigen Anforderungen verzichten, kommt die klassische Variante nach Art. 1 Abs. 1 MRA zur Anwendung.[562]

Der Umstand, dass die Schweiz durch den Abschluss des MRA nicht verpflichtet wurde, EU-Recht zu übernehmen, wird in der Lehre als Grund dafür gesehen, dass das Abkommen politisch nicht umstritten war.[563] Im Gegenteil wurde im Rahmen der Vernehmlassung gesagt, dass «mit diesem Abkommen […] auch der von der Schweiz in verschiedenen Bereichen eingeschlagene Weg des ‹autonomen Nachvollzugs› belohnt [werde]».[564]

---

557 Hahn, S. 92; Beglinger/Tobler, S. 552, vgl. auch S. 547 f.

558 Hahn, S. 92; Kropf, S. 91; Arioli, S. 142.

559 EU-Kommission, Blue Guide, S. 130; Zosso, S. 553; Arioli, S. 142; Pfenninger, Vergleich Schweiz–EU, S. 1161, Fn. 35; Beglinger/Tobler, S. 552; in diesem Sinne auch Hahn, S. 92.

560 Kropf, S. 91; vgl. auch Hahn, S. 92.

561 In diesem Sinne EU-Kommission, Blue Guide, S. 130.

562 Zur Möglichkeit des Grundsatzentscheids vgl. hinten § 6 Kap. D.I.3.2.

563 Zosso, S. 551 f.

564 Botschaft Bilaterale I, S. 6171.

III. Wirkung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit

1. Beseitigung beider Arten von technischen Handelshemmnissen

Der vereinfachte Anerkennungsmechanismus nach Art. 1 Abs. 2 MRA auf der Grundlage der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit vermag beide Arten von technischen Handelshemmnissen[565] in einem Produktebereich zu beseitigen:

> Kommt in einem vom Abkommen erfassten Produktebereich die vereinfachte gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen zur Anwendung, bedeutet dies für Schweizer Unternehmen, dass sie ihre Produkte ausschliesslich nach dem Schweizer Recht herstellen können, auch wenn sie diese in die EU exportieren möchten.[566] Sie müssen somit nicht mehr zwei Serien eines Produkts jeweils für den schweizerischen Markt und den EU-Markt herstellen.[567] Das Gleiche gilt auch für Unternehmen aus den EU-Mitgliedstaaten. Sie müssen damit bei der Herstellung ihrer Produkte, die für den Export in die Schweiz bestimmt sind, nicht mehr auf Schweizer Recht abstützen, was vor allem für Unternehmen aus EU-Mitgliedstaaten ein Vorteil ist, in welchen nicht die Schweizer Amtssprachen gesprochen werden.[568]
>
> Da auf der Grundlage des MRA die verschiedenen Arten von Konformitätsnachweisen gegenseitig anerkannt werden, führt das Abkommen in allen erfassten Produktebereichen zu einer Abschaffung der Handelsbeschränkungen, welche durch die Nichtanerkennung von Konformitätsbewertungen entstehen.[569] Unternehmen aus der Schweiz müssen ihre Produkte nur noch einmal in der Schweiz durch eine Konformitätsbewertungsstelle bewerten lassen.[570] Weil die EU und die Schweiz die Konformitätsbewertungen gegenseitig anerkennen, können die Produkte danach ohne weitere Konformitätsbewertung in der EU auf den Markt gebracht werden.[571] Das Gleiche gilt für Unternehmen aus EU-Mitgliedstaaten.

Das MRA geht damit über das Ziel der klassischen Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen hinaus, welche nur eine Ab-

---

565 Vgl. zu diesen beiden Arten der technischen Handelshemmnisse vorne § 6 Kap. A.II.2. und A.II.3.

566 Zosso, S. 552.

567 Vgl. zu dieser Art der technischen Handelshemmnisse vorne § 6 Kap. A.II.2.

568 Zosso, S. 552.

569 Vgl. zu dieser Art der technischen Handelshemmnisse vorne § 6 Kap. A.II.3.

570 Botschaft Bilaterale I, S. 6214; Zosso, S. 552; Hertig, S. 557 f.

571 Hertig, S. 557 f.; Bühler, Handbuch Bilaterale I und II, Rz. 62; Botschaft Bilaterale I, S. 6214.

schaffung der Handelshemmnisse aufgrund der Nichtanerkennung von Konformitätsbewertungen zu erreichen vermögen.[572] Die EU-Kommission spricht daher im Zusammenhang mit dem MRA von einem Sonderfall.[573]

2. Vertiefte Integration der Schweiz in den EU-Binnenmarkt

Durch den vereinfachten Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen auf der Grundlage der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit von Produktevorschriften erfolgt *aus der Perspektive des Handels* in den Produktebereichen, in welchen Art. 1 Abs. 2 MRA zur Anwendung gelangt, eine vertiefte Integration der Schweiz in den EU-Binnenmarkt. Um ihre Produkte auf dem EU-Binnenmarkt in Verkehr bringen zu können, müssen schweizerische Unternehmen nicht mehr Voraussetzungen erfüllen, als wenn sie die Produkte in der Schweiz verkaufen würden: Sie müssen bei der Produktion nur die Schweizer Vorschriften beachten und nur noch ein Konformitätsbewertungsverfahren in der Schweiz nach den Vorgaben des Schweizer Rechts durchführen lassen. Somit spielt es für schweizerische Unternehmen in Bereichen, in welchen eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit besteht, faktisch keine Rolle mehr, ob sie ein Produkt für den Schweizer Markt oder den EU-Markt produzieren.

Während klassische Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen nicht zu einem einheitlichen Markt führen,[574] wird dies durch das MRA in den als gleichwertig anerkannten Produktebereichen erreicht: In Bezug auf diese Produktebereiche bilden die Schweiz und der EWR aus handelstechnischer Perspektive[575] faktisch einen gemeinsamen homogenen Handelsraum für Industrieprodukte, in welchem diese Produkte unter gleichwertigen Bedingungen in Verkehr gebracht und gehandelt werden können.[576]

Die Schweiz erhält damit eine Stellung, welche jener der EWR/EFTA-Staaten im Rahmen des EWR-Abkommens gleicht. Die gegenseitige Anerkennung

---

572 Vgl. vorne § 6 Kap. A.III.1.

573 EU-Kommission, Blue Guide, S. 129.

574 Dimitropoulos, S. 137.

575 Obwohl der grenzüberschreitende Handel unter gleichen Bedingungen erfolgen kann, wird die Schweiz, aus der Perspektive der Verwaltungszusammenarbeit, durch das MRA nur ansatzweise in den EU-Verwaltungsverbund für Produktesicherheit integriert, vgl. im Detail hinten § 6 Kap. D.III.3.3.

576 In diesem Sinne Zosso, S. 554.

der Gleichwertigkeit gem. Art. 1 Abs. 2 MRA bildet die «Brücke», welche den Einbezug der Schweiz in den EU-Binnenmarkt ermöglicht und daher von ihrer Funktion her mit dem EWR-Abkommen vergleichbar ist. Der autonome Nachvollzug bildet dabei die Voraussetzung und die Grundlage, dass die EU dem Bau dieser «Brücke»[577] zustimmt.[578] Dieser im MRA geschaffene Zugangsmechanismus unterscheidet sich institutionell von jenem im EWR-Abkommen: Während die Übernahme des relevanten EU-Rechtsbestands bzw. die dynamische Rechtsübernahme bei Änderungen des relevanten EU-Rechts eine Pflicht aus dem EWR-Abkommen darstellt,[579] enthält das MRA *de lege lata* gerade keine rechtliche Verpflichtung zur Rechtsangleichung.[580]

3. Relativierung der Integrationswirkung

Die handelstechnische Einbindung der Schweiz in den EU-Binnenmarkt und den Vergleich mit der Situation im EWR-Abkommen gilt es jedoch in mehrfacher Hinsicht zu relativieren.

3.1 Unterschiede zur Situation gemäss EWR-Abkommen

Die Einbindung der Schweiz in den EU-Binnenmarkt für Industrieprodukte ist erstens beschränkt auf die als gleichwertig anerkannten Produktebereiche gem. Art. 1 Abs. 2 MRA. Das MRA umfasst im Vergleich zu Abkommen dieser Art, welche die EU mit anderen Drittstaaten abgeschlossen hat, zwar mit Abstand am meisten Produktebereiche,[581] doch ist der Anwendungsbereich des MRA dennoch nicht so gross wie im Rahmen des EWR-Abkommens, welches *alle* harmonisierten Produktebereiche des EU-Rechts erfasst.[582]

Das MRA enthält zweitens im Unterschied zum EWR-Abkommen keine Regelungen und damit auch keine Handelserleichterungen in Bezug auf die im EU-Recht nicht harmonisierten Produktebereiche:[583] Im EWR erfolgt der Handel mit nicht harmonisierten Produkten wie in der EU auf der Grundlage des Prinzips der

577 Vgl. zur Brücken-Funktion vorne § 4 Kap. C.II.

578 EU-Kommission, Blue Guide, S. 130; vgl. bereits vorne § 6 Kap. C.II.2.

579 Dazu im Detail Glaser/Langer, S. 565 ff.

580 Vgl. vorne § 6 Kap. C.II.2.

581 Bridy/Holenstein Pfenninger, S. 383, Fn. 58.

582 Zosso, S. 554.

583 Bühler, Handbuch Bilaterale I und II, Rz. 58.

gegenseitigen Anerkennung (*Cassis de Dijon*-Prinzip).[584] Zwischen der Schweiz und der EU wurde die Anwendung dieses Prinzips in den nicht harmonisierten Produktebereichen im MRA *nicht* vereinbart.[585] Die Schweiz wendet das *Cassis de Dijon*-Prinzip seit 2010 jedoch in abgewandelter Form gestützt auf Art. 16a ff. THG einseitig an, wobei vom *Cassis de Berne*-Prinzip gesprochen wird.[586]

Die Schweiz wird drittens durch das MRA institutionell nicht umfänglich in den EU-Binnenmarkt für Industrieprodukte integriert.[587] So ist der Schweiz einerseits die Teilnahme am Schnellwarnsystem *Safety Gate* (früher RAPEX) im Unterschied zu den EWR/EFTA-Staaten verwehrt.[588] Andererseits wurden auch die Grenzkontrollen für Industrieprodukte zwischen der Schweiz und der EU, im Unterschied zum EWR, nicht abgeschafft.[589]

3.2 Fragile Integrationswirkung

Schliesslich haben die Entwicklungen in den letzten Jahren gezeigt, dass das MRA seine integrative Wirkung nur im Falle einer reibungslosen Anwendung zu entfalten vermag.[590] Das Abkommen weist in seiner aktuellen institutionellen Ausgestaltung Schwachstellen auf, welche das Funktionieren des Abkommens erschweren und damit die Integrationswirkung hemmen können. Dreh- und Angelpunkt für das Funktionieren der vereinfachten Anerkennung gem. Art. 1 Abs. 2 MRA bildet der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit.[591]

Im folgenden Kap. D wird eine Bewertung des mit dem MRA geschaffenen Zugangsmechanismus auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs und der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit vorgenommen. Zum einen wird der Zugangsmechanismus aus der Perspektive der Rechtssicherheit (Kap. D.I.) be-

---

584 Cottier/Herren, S. 251 f.; Arioli, S. 145.

585 Arioli, S. 145.

586 Siehe zu diesem Prinzip im Schweizer Recht m. w. H. Herren, Cassis de Dijon-Prinzip, S. 193 ff. und 237 ff., oder Oesch, Cassis de Dijon-Prinzip, S. 519 ff.

587 Dazu im Detail hinten § 6 Kap. D.III.3.3.

588 Die Schweiz strebt seit längerer Zeit den Beitritt zum Schnellwarnsystem an, vgl. Botschaft PrSG, S. 7421.

589 Vgl. Pfenninger, Vergleich Schweiz–EU, S. 1163; im Rahmen der Grenzkontrollen darf jedoch aufgrund von Art. 1 Abs. 1 und 2 MRA bei Produkten, welche unter das MRA fallen, keine erneute Konformitätsbewertung verlangt werden.

590 Vgl. Günthardt, S. 164, in Bezug auf den Produktebereich der Medizinprodukte.

591 Dazu im Detail hinten § 6 Kap. D.I.

trachtet. Dabei wird auf die erwähnten Schwachstellen eingegangen. Zum anderen wird untersucht, welcher Handlungsspielraum der Schweiz im Bereich der Rechtsetzung (Kap. D.II.) sowie der Rechtsanwendung und -auslegung (Kap. D.III.) bleibt unter der Prämisse, dass die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit erreicht bzw. erhalten werden soll.

D. Bewertung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit

I. Rechtssicherheit im Verfahren der Gleichwertigkeitsanerkennung

1. Möglichkeit der Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung

Die Anwendung des Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit von Produktevorschriften ist im Grundsatz in Art. 1 Abs. 2 MRA vorgesehen. Welche Produktebereiche vom MRA erfasst werden und in welchen die Gleichwertigkeit der Produktevorschriften gegenseitig anerkannt wird, ergibt sich hingegen aus Anhang 1 des Abkommens.[592]

Mit der Unterzeichnung des MRA am 21. Juni 1999 wurde erstmals festgelegt, welche Produktebereiche unter das Abkommen fallen und in welchen der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zur Anwendung

[592] Die vom Abkommen erfassten Produktebereiche sind am Anfang des Anhangs 1 unter dem Titel «Produktebereiche» aufgelistet. Die Details zu den einzelnen Produktebereichen sind in den Kapiteln des Anhangs 1 nach den einzelnen Produktebereichen geordnet. Ob in einem Produktbereich die Gleichwertigkeit der Produktevorschriften gegenseitig anerkannt ist, ist in jedem Kapitel im Abschnitt I «Rechts- und Verwaltungsvorschriften» erkennbar. Besteht eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit, werden unter dem Ingress mit dem Wortlaut «Bestimmungen des Artikels 1 Absatz 2» in einer Tabelle die Rechtsakte in der EU und der Schweiz, welche als gleichwertig anerkannt werden, aufgeführt. Besteht in einem Produktebereich oder in Bezug auf einen bestimmten Aspekt in einem Produktebereich keine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit, ist dies an der Formulierung «Bestimmungen des Artikels 1 Absatz 1» erkennbar, vgl. z. B. Anhang 1 Kap. 5 Abschnitt I MRA. Im Bereich der Luftreinhaltung bei Gasverbrauchseinrichtungen und Heizkesseln werden die Vorschriften der Schweiz und der EU nicht als gleichwertig anerkannt, weil die Schweiz strengere Vorschriften hat, dazu Oesch, Schweiz–EU, Rz. 144 zweiter Spiegelstrich.

gelangt.[593] Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit bezog sich dabei auf die Rechtslage im Schweizer Recht und im EU-Recht, wie sie im Zeitpunkt der Unterzeichnung bestand. Da das Produkterecht mit seinem technischen Inhalt einen dynamischen Rechtsbereich darstellt, welcher oft weiterentwickelt wird, waren sich beide Vertragsparteien bewusst, dass die Gleichwertigkeitsanerkennung in den einzelnen Produktebereichen stets aktualisiert werden muss, damit das Abkommen in der Praxis funktioniert.[594] Die Notwendigkeit einer Aktualisierung zeigt sich eindrücklich am Umstand, dass bis zum Inkrafttreten des MRA am 1. Juni 2002 in mehr als der Hälfte der Produktebereiche Änderungen an den Vorschriften im EU-Recht erfolgten.[595]

Aus diesem Grund ist im MRA vorgesehen, dass eine Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit möglich ist, ohne dass der aufwändige Weg einer Revision des Abkommens beschritten werden muss.[596]

2. Kompetenz des Gemischten Ausschusses

Gemäss Art. 1 Abs. 3 MRA legt der für das MRA geschaffene Gemischte Ausschuss fest, in welchen Fällen Art. 1 Abs. 2 MRA Anwendung findet. Beim Gemischten Ausschuss handelt es sich um ein paritätisch aus Vertreterinnen und Vertretern der Schweiz und der EU zusammengesetztes Gremium.[597] Der Gemischte Ausschuss ist gemäss Art. 10 Abs. 1 MRA für die Verwaltung des Abkommens zuständig und sorgt für das ordnungsgemässe Funktionieren. Um die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zu aktualisieren, kommt dem Gemischten Ausschuss gemäss Art. 10 Abs. 5 MRA die Kompetenz zu, «auf Vorschlag einer Vertragspartei» die Anhänge des Abkommens zu ändern.

---

593 Vgl. die ursprüngliche Version des MRA, wie es unterzeichnet wurde und der Bundesversammlung zur Genehmigung vorgelegt wurde, in BBl 1999 6551.

594 Vgl. Zosso, S. 554.

595 Vgl. Zosso, S. 554.

596 Vgl. Bühler, Handbuch Bilaterale I und II, Rz. 110.

597 Die Kompetenzen des Gemischten Ausschusses sind in Art. 10 MRA festgehalten. Gemischte Ausschüsse bestehen in einer Vielzahl von bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU. Für eine Übersicht über die Aufgaben der Gemischten Ausschüsse vgl. Oesch, Europarecht, Rz. 974.

3. Verfahrensschritte

3.1 Notifikation von Rechtsänderungen

Um im Zuge einer Änderung der Vorschriften in Produktebereichen, welche vom Abkommen erfasst sind, eine zeitnahe Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zu ermöglichen, sieht Art. 12 Abs. 2 MRA vor, dass sich die Vertragsparteien gegenseitig über beabsichtigte Änderungen der für dieses Abkommen relevanten Rechts- und Verwaltungsvorschriften informieren und sich schriftlich «die neuen Bestimmungen spätestens sechzig Tage vor deren Inkrafttreten» gegenseitig notifizieren.[598]

Erfolgt eine solche Notifikation, hat der Gemischte Ausschuss gemäss Art. 10 Abs. 4 lit. e MRA die Aufgabe, die neuen Produktevorschriften zu prüfen und zu beurteilen, welche Auswirkungen die geänderten Produktevorschriften auf das Abkommen haben. Konkret prüft der Gemischte Ausschuss in den Produktebereichen, in welchen eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit gem. Art. 1 Abs. 2 MRA besteht, ob die geänderten Vorschriften zur Folge haben, dass zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht keine Gleichwertigkeit mehr besteht.[599]

3.2 Grundsatzentscheid im innerstaatlichen Recht

Im Normalfall ist es die EU, welche ihr Produkterecht ändert und der Schweiz diese Änderungen notifiziert. Kommen die Parteien im Rahmen des Gemischten Ausschusses zum Schluss, dass eine Änderung des Schweizer Rechts notwendig ist, damit weiterhin eine gleichwertige Rechtslage in der EU und der Schweiz besteht, muss die Schweizer Seite im Sinne eines Grundsatzentscheids festlegen, ob sie das Schweizer Recht an die Änderungen des EU-Rechts anpassen oder auf den autonomen Nachvollzug verzichten möchte. Rechtlich ist die Schweiz bei dieser Entscheidung, wie erwähnt, nicht durch eine staatsvertragliche Verpflichtung eingeschränkt.[600] Faktisch besteht jedoch aus wirtschaftlichen Gründen häufig eine Notwendigkeit zur Angleichung, weil die Schweiz ein Interesse hat, die

---

598 Das Erfordernis der Schriftlichkeit wurde erst 2006 eingefügt, vgl. AS 2007 713; Pfenninger, Vergleich Schweiz–EU, S. 1162.

599 Pfenninger, Vergleich Schweiz–EU, S. 1162.

600 Vgl. vorne § 6 Kap. C.II.2.

Gleichwertigkeitsanerkennung zu erhalten und damit das weitere Funktionieren des Abkommens sicherzustellen.[601]

Entscheidet sich die Schweiz, ihr Recht an das weiterentwickelte EU-Recht anzugleichen, muss die Schweizer Delegation die Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit gem. Art. 10 Abs. 5 MRA im betroffenen Produktebereich vorschlagen, nachdem der autonome Nachvollzug erfolgt ist.

3.3 Verfahren der Aktualisierung auf Ebene des Abkommens

Die Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit ist von zwei Voraussetzungen abhängig: Einerseits muss zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht im betroffenen Produktebereich eine materiell-rechtlich gleichwertige Rechtslage bestehen. Andererseits braucht es aus verfahrensrechtlicher Perspektive die Zustimmung beider Seiten im Gemischten Ausschuss. Im MRA besteht keine Verpflichtung der Vertragsparteien, der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zuzustimmen, selbst wenn Gleichwertigkeit zwischen dem Recht der Schweiz und jenem der EU besteht.[602]

Kommen die beiden Seiten im Rahmen des Gemischten Ausschusses überein, dass durch den autonomen Nachvollzug wieder eine gleichwertige Rechtslage zwischen dem geänderten EU-Recht und dem Schweizer Recht geschaffen wurde, kann die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in diesem Produktebereich aktualisiert werden. Formell bedeutet die Aktualisierung, dass in Abschnitt I des betroffenen Produktekapitels unter dem Titel «Bestimmungen des Artikels 1 Absatz 2» die Rechtsakte in der EU und der Schweiz in ihrer nach der Aktualisierung gültigen Fassung aufgenommen werden. Die Verweise auf die relevanten Rechtsakte in der Schweiz und der EU stellen statische Verweise dar,[603] d. h., es handelt sich um Verweise auf die Rechtsakte in der Fassung, wie sie zum Zeitpunkt der letzten Aktualisierung bzw. im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens in Kraft waren. Bei den EU-Rechtsakten ist dies durch die Formulierung «zuletzt geändert durch» und den Verweis auf eine konkrete Stelle im Amtsblatt der EU erkennbar,

---

601 Kropf, S. 91, welche betont, dass sich die Anpassung von Seiten der Schweiz aus dem «Sinn und Zweck des Abkommens» ergebe; vgl. zur wirtschaftlichen Notwendigkeit der Angleichung bereits vorne § 3 Kap. A.II.1.3.

602 Hahn, S. 92.

603 Kropf, S. 97.

bei den Schweizer Rechtsakten durch den Hinweis «zuletzt geändert am» und den Hinweis auf die Fundstelle in der Amtlichen Sammlung.[604]

Stimmt eine Vertragspartei im Gemischten Ausschuss der Änderung nicht zu, kann es folglich nicht zu einer Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in einem Produktebereich kommen. Der Abschnitt I im Kapitel des betroffenen Produktebereichs bleibt unverändert. Grundsätzlich bleibt die Gleichwertigkeitsanerkennung auch in diesem Fall bestehen, doch basiert sie nicht auf Rechtsakten in ihrer gültigen Fassung. Da die als gleichwertig anerkannten Rechtsakte in der veralteten Form nicht mehr in Kraft sind, vermag die Gleichwertigkeitsanerkennung, streng rechtlich betrachtet, keine Wirkung mehr zu entfalten.

> Produkte müssen als Voraussetzung für das Inverkehrbringen die Vorgaben des geltenden Rechts einhalten. Folglich müssen Konformitätsbewertungen ebenfalls die Übereinstimmung mit dem in Kraft stehenden Recht bestätigen. Im Rahmen des MRA werden streng rechtlich gesehen nur Konformitätsbescheinigungen gegenseitig anerkannt, welche die Übereinstimmung mit den im jeweiligen Produktekapitel genannten Rechtsakten bescheinigen in der Fassung, wie sie dort aufgeführt sind.[605] Damit Konformitätsbescheinigungen, welche sich auf das in Kraft stehende Recht beziehen, im Rahmen des MRA anerkannt werden können, muss unter Abschnitt I der jeweiligen Produktekapitel streng rechtlich auf die Rechtsakte *in ihrer gültigen Fassung* verwiesen werden. Dazu wäre eine vorgängige Aktualisierung der Rechtsakte in Abschnitt I der Produktekapitel notwendig.

4. Der Gleichwertigkeitsentscheid als Schwachpunkt

4.1 Praktische Bedeutung

Aus der Perspektive der Rechtssicherheit stellt die Ausgestaltung des Gleichwertigkeitsentscheids gemäss Art. 10 Abs. 5 MRA den Schwachpunkt des Systems der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit dar. Konkret besteht die Problematik zum einen darin, dass für die Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit die Zustimmung beider Vertragsparteien im Gemischten Ausschuss erforderlich ist.[606] Hinzu kommt zum anderen, dass keine Verpflichtung der beiden Vertragsparteien zur gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Gemischten Ausschuss besteht, selbst wenn die Grundvoraussetzung für die Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleich-

---

604 Vgl. Kropf, S. 97; z. B. Anhang 1 Kap. 1 Abschnitt I MRA.

605 Dies ergibt sich im MRA aus Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 i. V. m. Anhang 1 Abschnitt I des jeweiligen Produktekapitels.

606 Vgl. Arioli, S. 144.

wertigkeit, die materiell-rechtliche Gleichwertigkeit zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht, vorliegt.[607] Diese Umstände wirken sich negativ auf die Rechtssicherheit aus, da bei jeder Änderung der Rechtslage die Unsicherheit besteht, ob der Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung durch beide Vertragsparteien zugestimmt wird. Bereits vor Inkrafttreten des MRA äusserte Arioli Bedenken, dass diese Konstellation von der EU «als Druckmittel zur Durchsetzung von Interessen in anderen Bereichen»[608] benutzt werden könnte.

Während die Aktualisierung über lange Zeit problemlos erfolgte,[609] bestätigten sich die Befürchtungen im Zusammenhang mit dem gescheiterten Institutionellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU.[610] Die EU-Kommission verknüpfte die Aktualisierung des Kapitels zu den Medizinprodukten (Anhang 1 Kap. 4 MRA) mit einer Lösung in Bezug auf die institutionellen Fragen.[611] Sie begründete diesen Entscheid mit dem Umstand, dass sowohl beim MRA als auch beim damals geplanten Institutionellen Abkommen der Zugang zum EU-Binnenmarkt und die dynamische Rechtsangleichung im Zentrum ständen.[612] Eine Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der Medizinprodukte wird erst unter der Bedingung des Inkrafttretens des revidierten MRA als Teil des Pakets über die Stabilisierung und Weiterentwicklung erfolgen. Abgesehen von den Medizinprodukten führte die von Seiten der EU verweigerte Zustimmung zur Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit bislang in keinem der anderen Produktebereiche zu Problemen.[613] Im Bereich der Maschinen hat die EU mit der VO 2023/1230 die früheren Vorschriften in der RL 2006/42/EG ersetzt. Auf Seiten der Schweiz wurden die relevanten Änderungen in die Schweizer Maschinenverordnung bereits übernommen.[614] Da bis Januar 2027 weiterhin Maschinen nach der alten RL 2006/42/EG in Verkehr gebracht werden dürfen, führte die fehlende Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung

---

607 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 400; Hahn, S. 92.

608 Arioli, S. 144.

609 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 109.

610 Dazu Beglinger/Tobler, S. 549 ff.

611 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 400; Beglinger/Tobler, S. 550 f.

612 Vgl. EU-Kommission, Medienmitteilung vom 26. Mai 2021.

613 Dies liegt daran, dass in den anderen Produktebereichen keine Änderungen im EU-Recht erfolgt sind, welche die Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit notwendig gemacht hätten.

614 Vgl. SECO, Medienmitteilung vom 24.11.2023.

der Gleichwertigkeit bislang noch nicht zu Problemen im grenzüberschreitenden Handel mit Maschinen.

4.2 Ursprung der Problematik

Die Problematik des Gleichwertigkeitsentscheids ist zum einen dem Umstand geschuldet, dass das MRA im Rahmen der vereinfachten Anerkennung gem. Art. 1 Abs. 2 MRA auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts und des EU-Rechts beruht. Zum anderen ist sie die Folge des gewählten Zugangsmechanismus auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs und der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit.

Da die Schweiz und die EU im Rahmen von Art. 1 Abs. 2 MRA jeweils ihr eigenes Recht anwenden, ist als «Brücke» zwischen den beiden Rechtsordnungen der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit vorgesehen.[615] Die Parteien bestimmen auf diese Weise, welche Rechtsakte der Schweiz und der EU sie gegenseitig als gleichwertig anerkennen.

Die explizite Gleichwertigkeitsanerkennung ist umso wichtiger, als die Schweiz im Rahmen des MRA nicht zur Angleichung an geändertes EU-Recht verpflichtet ist.[616] Nur in den Bereichen, in welchen die Schweiz ihr Recht mittels autonomen Nachvollzugs an EU-Recht angleicht und damit eine materielle Gleichwertigkeit herstellt, kann die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit erfolgen. Die Gleichwertigkeitsanerkennung muss daher im Einzelfall möglich sein, weil in jedem einzelnen Fall beurteilt werden muss, ob Gleichwertigkeit besteht oder nicht.

Aus Schweizer Sicht wäre wünschenswert, wenn die Parteien im Abkommen verpflichtet würden, die Gleichwertigkeit anzuerkennen, falls die Voraussetzung der Gleichwertigkeit erfüllt ist. Dies ist im MRA jedoch nicht vorgesehen.[617] Die Entscheidungsfreiheit der Schweiz im Abkommen bildet die eine Seite der Medaille, die fehlende Verpflichtung zur Anerkennung der Gleichwertigkeit die andere. Eine Verbesserung der Rechtssicherheit geht daher stets mit einer Änderung der Mechanismen im Abkommen und damit einem Verlust der Entscheidungsfreiheit einher.

---

615 Vgl. vorne § 6 Kap. C.III.2.

616 Vgl. vorne § 6 Kap. C.II.2.

617 Einer entsprechenden Regelung hätte die EU m. E. wohl nicht zugestimmt, weil die Schweizer Seite in diesem Fall erhebliche Vorteile erhalten hätte.

4.3 Möglichkeiten zur Verbesserung der Problematik

4.3.1. Änderung des Grundmechanismus

Die Problematik des Gleichwertigkeitsentscheids in Bezug auf die Rechtssicherheit könnte entschärft werden, wenn das dem MRA zugrundeliegende Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung (auch Äquivalenzmethode genannt) durch die Integrationsmethode ersetzt würde. Die Integrationsmethode wird im Luftverkehrsabkommen sowie in den Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen verwendet.[618] Zudem ist ihre Anwendung im geplanten Protokoll zur Errichtung eines Lebensmittelsicherheitsraums (P-LSR), welches einen Teil des Pakets über die Stabilisierung und Weiterentwicklung bildet, vorgesehen:[619]

Die Abkommen auf Basis der Integrationsmethode sehen vor, dass die Schweiz die im betreffenden Abkommen genannten EU-Rechtsakte direkt anwendet.[620] Durch diesen Wechsel des Grundmechanismus würde einerseits die Notwendigkeit der Gleichwertigkeitsanerkennung wegfallen. Andererseits würde der Schweiz jeglicher gesetzgeberische Spielraum genommen, den sie allenfalls hat, wenn sie gleichwertiges Schweizer Recht schaffen kann.[621]

4.3.2. Stärkung der institutionellen Mechanismen

Ohne dass der Grundmechanismus und damit der Charakter des MRA komplett geändert werden muss, können Änderungen an der institutionellen Ausgestaltung des MRA zu einer Stärkung der Rechtssicherheit beitragen. Eine Änderung der institutionellen Mechanismen ist im Rahmen des Institutionellen Protokolls zum MRA (IP-MRA) geplant, welches ebenfalls Bestandteil des Pakets über die Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz–EU ist.[622] Aus der Perspektive der Rechtssicherheit ist die Ausgestaltung der Rechtsübernahme und der Streitbeilegung von Bedeutung.

---

618 Kropf, S. 87 f., welche von «Abkommen mit Acquisübernahme» spricht; Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 74.

619 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 695.

620 Epiney/Metz/Pirker, S. 96 f., 144 f.; Kropf, S. 87; zum P-LSR siehe im Detail hinten § 7 Kap. D.I.3.3.1.

621 Vgl. Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 74 und 403.

622 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 399 f.

4.3.2.1. Dynamische Rechtsübernahme

4.3.2.1.1. Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme

Im Unterschied zum MRA in seiner bestehenden Form sieht das IP-MRA eine Verpflichtung der Parteien zur dynamischen Rechtsübernahme vor: «Zur Gewährleistung der Rechtssicherheit und der Homogenität des Rechts im Bereich betreffend den Binnenmarkt, an dem die Schweiz durch das Abkommen teilnimmt», verpflichten sich die beiden Parteien gem. Art. 5 Abs. 1 IP-MRA, dafür Sorge zu tragen, «dass die in den Bereich des Abkommens fallenden Rechtsakte der Union nach ihrer Verabschiedung so rasch wie möglich in das Abkommen integriert werden». Gemäss Art. 5 Abs. 4 IP-MRA fasst der Gemischte Ausschuss dazu «so rasch wie möglich einen Beschluss zur Änderung des Anhangs 1 des Abkommens». Damit können neue EU-Rechtsakte aufgenommen werden bzw. die Verweise auf bestehende EU-Rechtsakte aufdatiert werden (damit auf die aktuelle Fassung verwiesen wird).

4.3.2.1.2. Gleichwertigkeitsmethode ohne formelle Gleichwertigkeitsanerkennung

Das MRA würde, im Falle des Inkrafttretens des IP-MRA, weiterhin auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebungen der Schweiz und der EU beruhen.[623] Die Schweiz wird daher nicht verpflichtet, EU-Recht direkt anzuwenden (wie im Rahmen der sog. Integrationsmethode)[624], sondern gleichwertige Schweizer Vorschriften zu schaffen und anzuwenden.[625] In diesem Sinne hält Art. 5 Abs. 2 IP-MRA fest: «Die Schweiz erlässt Bestimmungen in ihrer Rechtsordnung oder behält solche bei, im Hinblick darauf, das Ergebnis zu erreichen, das durch die gemäss [Artikel 5] Absatz 4 in das Abkommen integrierten Rechtsakte der Union erzielt werden soll, gegebenenfalls vorbehaltlich der vom Gemischten Ausschuss beschlossenen Anpassungen.»

Im Unterschied zur Funktionsweise *de lege lata* gem. Art. 1 Abs. 2 i. V. m. Anhang 1 MRA würden die Schweizer Rechtsakte, welche die gleichwertigen Schweizer Vorschriften enthalten, nicht mehr in Abschnitt I der einzelnen Produk-

---

623 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 74.

624 Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.3.1.

625 Im Erläuternden Bericht Vernehmlassung Paket, S. 74, wird von der «Äquivalenzmethode» gesprochen und betont, dass die Schweiz dadurch nicht verpflichtet sei, zum EU-Recht identische Vorschriften zu schaffen. Dadurch bleibe der Schweiz ein grösserer Handlungsspielraum.

tekapitel in Anhang 1 aufgeführt.[626] Damit ist im revidierten MRA formell kein Vorgang der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit mehr vorgesehen. Die Schweiz ist gem. Art. 5 Abs. 2 IP-MRA zwar zum Erlass und zur Anwendung von gleichwertigen Vorschriften verpflichtet, welche zu gleichen Ergebnissen wie das relevante EU-Recht führen,[627] doch hängt das Funktionieren des Abkommens in den einzelnen Produktebereichen formell-rechtlich nicht mehr von einem Entscheid des Gemischten Ausschusses über die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit ab. Dieser formelle Gleichwertigkeitsentscheid wird entbehrlich aufgrund der Verpflichtung der Schweiz zur dynamischen Rechtsübernahme.

Nach der neuen Regelung im IP-MRA würde folglich der Gleichwertigkeitsentscheid als Schwachpunkt wegfallen, was sich positiv auf die Rechtssicherheit auswirken würde. Ein Blockieren der Anwendung des Abkommens ist theoretisch jedoch immer noch möglich, konkret im Rahmen des Beschlusses des Gemischten Ausschusses zur Aktualisierung der relevanten EU-Rechtsakte in den einzelnen Produktebereichen gem. Art. 5 Abs. 4 IP-MRA. Auf die möglichen Konstellationen einer Blockierung wird nach einem Blick auf die neuen Vorschriften zur Streitbeilegung eingegangen.

4.3.2.2. Streitbeilegung

Zur Stärkung der Rechtssicherheit trägt der im IP-MRA vorgesehene neue Mechanismus der Streitbeilegung bei. Dieser kann gem. Art. 10 Abs. 1 IP-MRA aktiviert werden, wenn «Schwierigkeiten bei der Auslegung und Anwendung des Abkommens oder eines Rechtsaktes der Union, auf den im Abkommen Bezug genommen wird», bestehen. Kann innerhalb von drei Monaten im Rahmen des Gemischten Ausschusses, in welchem Streitigkeiten auch künftig zuerst behandelt würden,[628] keine einvernehmliche Lösung gefunden werden, hat jede Vertragspartei gem. Art. 10 Abs. 2 IP-MRA das Recht, zu verlangen, dass ein Schiedsgericht über die Streitigkeit entscheidet. Die detaillierten Vorschriften in Bezug auf das Schieds-

---

626 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 409. Eine Ausnahme besteht nur noch in Bezug auf den einzigen Anwendungsfall von Art. 1 Abs. 1, den Bereich der Fertigpackungen, welcher in Anhang 1 Kap. 11 MRA geregelt ist, vgl. EU-Kommission, Vorschlag Paket, S. 15.

627 EU-Kommission, Vorschlag Paket, S. 15; Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 74.

628 Art. 10 Abs. 1 IP-MRA.

gericht (Zusammensetzung, Verfahrensvorschriften etc.) sind in der Anlage zum IP-MRA festgehalten.[629]

Stellt das Schiedsgericht eine Verletzung des Abkommens fest, ist die obsiegende Vertragspartei gem. Art. 11 Abs. 1 IP-MRA in zwei Situationen berechtigt, Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen: Einerseits, wenn die unterlegene Vertragspartei ihr nicht innerhalb einer angemessenen Frist mitteilt, welche Massnahmen sie ergreift zur Umsetzung des Schiedsspruchs, oder andererseits, wenn sie der Ansicht ist, dass die unterlegene Vertragspartei durch die von ihr ergriffenen Massnahmen dem Schiedsspruch nicht Folge leistet.[630] Die Ausgleichsmassnahmen müssen gem. Art. 11 Abs. 1 IP-MRA verhältnismässig und darauf gerichtet sein, «ein mögliches Ungleichgewicht zu beheben».[631] Die Anwendung der Ausgleichsmassnahmen ist gem. Art. 11 Abs. 1 IP-MRA auf das MRA oder ein bilaterales Abkommen betreffend den Binnenmarkt beschränkt.[632]

4.3.2.3. Mögliche Konstellationen der Verweigerung der Aktualisierung

Da beide Parteien gem. Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 IP-MRA zur Aufnahme von geändertem Recht in das MRA durch Beschluss im Gemischten Ausschuss verpflichtet sind (dynamische Rechtsübernahme), würde eine Verweigerung der Zustimmung einer der beiden Parteien, anders als nach geltendem Recht, gegen das IP-MRA verstossen. Eine Verweigerung der Zustimmung zur Aktualisierung von Seiten der EU aus politischen Überlegungen wie aktuell im Bereich der Medizinprodukte wäre daher nicht mehr zu erwarten, da diese vom Schiedsgericht voraussichtlich als Verletzung des IP-MRA beurteilt würde.[633]

Eine Verweigerung der Zustimmung der EU zur Aufnahme von geändertem EU-Recht ins MRA könnte hingegen im Sinne einer Ausgleichsmassnahme in zwei Konstellationen möglich sein:

---

629 Siehe im Detail die Ausführungen im Erläuternden Bericht Vernehmlassung Paket, S. 82 ff.

630 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 84.

631 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 84 f.

632 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 84.

633 In diesem Sinne Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 72, und Oesch im Interview in der NZZ vom 30. Juli 2025, S. 9.

4.3.2.3.1. Streitigkeit bezüglich der Gleichwertigkeit von Schweizer Vorschriften

Da im Rahmen des geplanten IP-MRA kein Entscheid über die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit mehr vorgesehen ist, könnte die EU-Seite, im Falle des Inkrafttretens des IP-MRA, formell nicht mehr über die Anerkennung der Gleichwertigkeit der Schweizer Vorschriften mitentscheiden. Es ist daher möglich, dass eine Streitigkeit zwischen den beiden Vertragsparteien entstehen könnte, weil die EU der Ansicht ist, dass die Schweiz in einem Produktebereich keine gleichwertigen Vorschriften geschaffen und daher ihre Verpflichtung in Art. 5 Abs. 2 IP-MRA verletzt habe. Falls das Schiedsgericht ebenfalls eine Verletzung von Art. 5 Abs. 2 IP-MRA durch die Schweiz feststellen würde, sich die Schweiz aber dennoch weigern würde, gleichwertige Vorschriften zu schaffen, könnte die EU gem. Art. 11 Abs. 1 IP-MRA im Sinne einer Ausgleichsmassnahme die Aktualisierung des Abkommens in einem anderen Produktebereich blockieren. Diese Konstellation ist m. E. jedoch eher unwahrscheinlich, da die Schweiz ein Interesse am Funktionieren des Abkommens hat und daher darauf bedacht sein wird, eine gleichwertige Rechtslage zum EU-Recht sicherzustellen.[634] Materielle Diskrepanzen sind zudem eher unwahrscheinlich, weil im Schweizer Recht oftmals direkt auf die relevanten EU-Rechtsakte verwiesen wird.[635]

4.3.2.3.2. Streitigkeit in einem anderen Binnenmarktabkommen

Ein Blockieren der Integration von neuen bzw. geänderten EU-Rechtsakten von Seiten der EU im Gemischten Ausschuss ist als Ausgleichsmassnahme zudem denkbar, wenn die Schweiz einem Schiedsspruch, welcher im Zusammenhang mit einer Streitigkeit in einem anderen Binnenmarktabkommen erging, nicht Folge leisten würde. Ob eine Verweigerung der Integration von geändertem EU-Recht ins MRA durch die EU eine *verhältnismässige* Ausgleichsmassnahme i. S. v. Art. 11 Abs. 1 IP-MRA darstellen würde, könnte gem. Art. 11 Abs. 2 IP-MRA gegebenenfalls vom Schiedsgericht geprüft werden.

4.3.2.4. Zwischenfazit

Die Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme und die Regelung, unter welchen Umständen Ausgleichsmassnahmen ergriffen werden dürfen, würden, im

---

634 Dies zeigt sich z. B. an der kürzlich erfolgten Angleichung der Schweizer Maschinenverordnung an die neue Rechtslage in der EU, vgl. SECO, Medienmitteilung vom 24.11.2023.

635 Dazu im Detail hinten § 6 Kap. D.II.1.3.1.1.

Falle eines Inkrafttretens des IP-MRA, zur Stärkung der Rechtssicherheit beitragen. Eine sachfremde Blockierung der Aktualisierung des MRA von Seiten der EU ist nicht mehr zu erwarten, da dies klar eine Verletzung der Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme gem. Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 IP-MRA darstellen würde. Diese Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme würde gleichzeitig den Spielraum der Schweiz einschränken. Zwar könnte der Schweizer Gesetzgeber im Rahmen der dynamischen Rechtsübernahme weiterhin entscheiden, ob er das Schweizer Recht im Einzelfall an das geänderte EU-Recht anpassen möchte.[636] Eine Verweigerung der Anpassung würde jedoch einen Verstoss gegen das IP-MRA darstellen.

II. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung

Für die Anwendbarkeit der vereinfachten gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen setzt Art. 1 Abs. 2 MRA gleichwertige «Anforderungen» im Schweizer Recht und im EU-Recht voraus.[637] Unter dem Gesichtspunkt des Handlungsspielraums, welcher der Schweiz verbleibt, stellt sich die Frage, wie weit der Begriff der «Anforderungen» zu verstehen ist, d. h., welche Vorschriften des Produkterechts darunterfallen. In den Materialien und dem Schrifttum wird der Begriff der «Anforderungen» weit verstanden: So wird generalisierend von der «schweizerischen Gesetzgebung»[638] gesprochen, welche gleichwertig zum EU-Recht sein muss.

In diesem Kapitel wird untersucht, welche Arten von Vorschriften des Produkterechts für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit von Relevanz sind. Bei den für die Gleichwertigkeitsanerkennung als relevant beurteilten Vorschriften wird anschliessend analysiert, wie viel Spielraum dem Schweizer Gesetzgeber in der Rechtsetzung bleibt unter der Prämisse, dass die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit erreicht bzw. erhalten werden soll.

---

636 Es handelt sich gerade nicht um eine *automatische* Rechtsübernahme, vgl. Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 73.

637 Vgl. vorne Kap. C.II.1.

638 Zosso, S. 552; Botschaft Bilaterale I, S. 6214; Bühler, Handbuch Bilaterale I und II, Rz. 62; Stadelhofer/Zirlick, Komm. Wettbewerbsrecht II, Art. 18 THG Rz. 4; Bridy/Pfenninger Holenstein, Rz. 46a; Pfenninger, Vergleich Schweiz–EU, S. 1161, spricht von den «technischen Vorschriften».

1. Materielle Produkteanforderungen

Vom Begriff der gleichwertigen Anforderungen gemäss Art. 1 Abs. 2 MRA sind zweifellos die materiellen Produkteanforderungen erfasst. Die Einhaltung der materiellen Produkteanforderungen bildet sowohl nach EU-Recht als auch nach nachvollzogenem Schweizer Recht die Voraussetzung, damit ein Produkt in Verkehr gebracht werden darf.[639]

Die Gleichwertigkeit der materiell-rechtlichen Produkteanforderungen bildet den zentralen Gegenstand der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im MRA. Nur wenn in der Schweiz und der EU gleichwertige Anforderungen an die Beschaffenheit und die Gestaltung von Produkten gestellt werden, ist ein einheitliches und hohes Schutzniveau in der EU und der Schweiz gewährleistet, was das zentrale Ziel des Produktesicherheitsrechts darstellt.[640] In einem ersten Schritt wird auf die Rechtslage in der EU eingegangen (Kap. D.II.1.1). Danach wird aufgezeigt, inwiefern die Schweiz die materiellen Produkteanforderungen im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an das EU-Recht angeglichen hat (Kap. D.II.1.2). Schliesslich gilt es zu untersuchen, inwiefern der Schweiz ein Handlungsspielraum im Bereich der Regelung der materiellen Produkteanforderungen bleibt (Kap. D.II.1.3).

1.1 Rechtslage in der EU

In der EU bestanden und bestehen in den verschiedenen Produktebereichen unterschiedliche Ansätze bezüglich der materiellen Produkteanforderungen. Mit dem 1985 eingeführten sog. neuen Konzept wurde das Ziel verbunden, künftig einen einheitlichen Ansatz im Produktesicherheitsrecht zu verfolgen.[641] Das neue Konzept wurde in der Folge in verschiedenen Produktebereichen eingeführt. 2001 wurde es zudem in die damals neu geschaffene allgemeine Produkte-Richtlinie (RL 2001/95/EG) aufgenommen, womit eine «erste Verallgemeinerung»[642] des neuen Konzepts und eine «Vereinheitlichung des EU-Produktsicherheitsrechts er-

---

639 Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 PrSG; Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 VO 2023/988; dazu Wiebe, Komm. EU-Produktsicherheitsverordnung, Art. 5 Rz. 2.

640 Vgl. Schucht/Wiebe, EU-Komm. Produktsicherheitsverordnung, Einleitung Rz. 2: «Das Kernanliegen der GPSR besteht im Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Verbraucher: Es soll ein hohes Verbraucherschutzniveau erreicht werden», mit Verweis auf Erw. 6 VO 2023/988; Hess, Komm. PrSG, Art. 3 Rz. 3.

641 Zum Inhalt des neuen Konzepts siehe hinten § 6 Kap. D.II.1.1.2.

642 Dimitropoulos, S. 95 f.

reicht»[643] werden konnten. Auch die neue allgemeine Produktsicherheitsverordnung (VO 2023/988), welche die RL 2001/95/EG ablöste, beruht auf dem neuen Konzept.[644]

Dennoch erlaubt das EU-Recht weiterhin, dass in spezifischen Bereichen vom neuen Konzept abgewichen wird, z. B. wenn sich Abweichungen aufgrund von Besonderheiten in einem Produktebereich rechtfertigen oder wenn bereits ein «umfassendes Rechtssystem»[645] zur Vermarktung gewisser Produkte besteht.[646] So funktionieren z. B. die Produktebereiche der Fahrzeuge, Kosmetika, Arzneimittel, aber auch der Bereich der Lebens- und Futtermittel[647] nicht vollumfänglich nach dem neuen Konzept.[648]

Inhaltlich bezieht sich das neue Konzept vor allem auf die Anforderungen und Eigenschaften, welche Produkte im EU-Recht erfüllen müssen, um in Verkehr gebracht zu werden. Das 1985 eingeführte neue Konzept *(New Approach)* unterscheidet sich insb. bezüglich der Harmonisierungsstrategie vom durch den EU-Gesetzgeber zuvor angewandten alten Konzept *(Old Approach)*.[649]

1.1.1. Altes Konzept

Mit dem ab 1969 verwendeten alten Konzept setzte die damalige EWG auf eine Detailharmonisierung in verschiedenen Produktebereichen.[650] Konkret wurden die Anforderungen und Eigenschaften, welche die Produkte erfüllen mussten, um auf dem Markt zugelassen zu werden, detailliert in Richtlinien festgelegt, was zu sehr umfangreichen Rechtsakten führte.[651] Da sich das alte Konzept in der Praxis als zu wenig effizient und im Hinblick auf das Ziel der Vollendung des Binnenmarkts zu wenig effektiv herausstellte,[652] entwickelte die EG-Kommission 1985 im Zu-

643 Dimitropoulos, S. 95 f.; Art. 1 Abs. 2 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 RL 2001/95/EG.

644 Schucht/Wiebe, Komm. EU-Produktsicherheitsverordnung, Einleitung Rz. 13 f.

645 Erw. 5 Beschluss 768/2008.

646 Vgl. Art. 2 Beschluss 768/2008 und Erw. 3, 4 und 5; vgl. Dimitropoulos, S. 96 f.

647 Vgl. zu diesen Bereichen im Detail hinten § 7 Kap. B.II.1.2.1.

648 Erw. 5 Beschluss 768/2008.

649 EU-Kommission, Blue Guide, S. 6.

650 Vgl. dazu Langner/Klindt/Schucht, Rz. 3; EU-Kommission, Blue Guide, S. 6.

651 von Danwitz, Rz. 93 mit Verweis auf den knapp 80 Seiten langen Entwurf für eine Traktoren-Richtlinie.

652 Bis die detaillierten Vorschriften in Kraft treten konnten, waren sie teilweise technisch bereits wieder veraltet, vgl. Langner/Klindt/Schucht, Rz. 3; von Danwitz, Rz. 93; Dimitropoulos, S. 93 f.

sammenhang mit dem Weissbuch zur Vollendung des Binnenmarkts[653] das neue Konzept, welches in Bezug auf die Anforderungen an Produkte wichtige Erneuerungen und Vereinfachungen enthielt.[654]

1.1.2. Neues Konzept

Während die materiellen Anforderungen an Produkte nach dem alten Konzept im Detail in den sektorspezifischen Produkte-Richtlinien festgelegt wurden, sieht das neue Konzept vor, dass in den sektoriellen Rechtsakten nur noch die wesentlichen Anforderungen, d. h. die sog. grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen, an Produkte vorgegeben werden.[655] Damit ein Produkt in Verkehr gebracht werden darf, muss es diese grundlegenden Anforderungen gem. dem sektoriellen EU-Rechtsakt erfüllen.[656] Diese beziehen sich auf die öffentliche Sicherheit und Gesundheit der Personen, welche diese Produkte verwenden (somit geht es auch um Arbeits- und Verbraucherschutz), oder auch auf den Umweltschutz.[657]

> So wird z. B. in der EU-Maschinen-Verordnung (VO 2023/1230) als grundlegende Sicherheitsanforderung festgelegt, dass Maschinen so zu produzieren sind, dass sie selbst bei «vernünftigerweise vorhersehbarer Fehlanwendung»[658] durch die Nutzerinnen und Nutzer nicht zu einer Gefährdung ihrer Sicherheit und Gesundheit führen.[659] Die grundlegenden Anforderungen werden in Bezug auf spezifische Komponenten eines Produkts festgelegt: In Bezug auf die Beleuchtung hält die EU-Maschinen-Verordnung z. B. fest, dass eine Maschine so konstruiert werden muss, dass sie keine Blendung verursacht.[660]

Durch diese im Vergleich zum alten Konzept «juristische Selbstbeschränkung»[661] werden in den Rechtsakten gem. neuem Konzept nur noch die Ziele in Form der

---

653 Vgl. dazu vorne § 3 Kap. C.I.3.1.1.

654 Entschliessung des Rates vom 7. Mai 1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und Normung. Vorbildfunktion für das neue Konzept hatte die RL 73/23/EWG, vgl. Dimitropoulos, S. 94, Fn. 248.

655 Dimitropoulos, S. 94 f.; Langner/Klindt/Schucht, Rz. 9.

656 Zirlick/Stadelhofer, Komm. Wettbewerbsrecht II, Art. 4 THG Rz. 13; siehe z. B. Art. 8 VO 2023/1230.

657 Langner/Klindt/Schucht, Rz. 10.

658 Art. 8 VO 2023/1230.

659 Zur Bedeutung dieser Anforderungen siehe BGE 143 II 518 S. 542 E. 8.3.1.

660 Anhang III Teil B Ziff. 1.1.4 VO 2023/1230.

661 Langner/Klindt/Schucht, Rz. 10.

wesentlichen Anforderungen an ein Produkt aufgeführt, während die technischen Details, wie diese Anforderungen erfüllt werden müssen, nicht mehr verbindlich vorgegeben werden.[662]

Die Aufgabe der Erarbeitung der technischen Details kommt nach dem neuen Konzept den europäischen Normungsorganisationen CEN, CENELEC und ETSI zu.[663] Diese sind dafür zuständig, die technischen Spezifikationen für Produkte in der Form von technischen Normen zu erlassen, welche die grundlegenden Anforderungen in den einzelnen Produktebereichen konkretisieren.[664] Die EU-Kommission beauftragt die europäischen Normungsorganisationen jeweils im Rahmen eines Mandats, technische Normen in einem spezifischen Produktebereich auszuarbeiten.[665] Die technischen Normen schaffen damit einen «Orientierungsrahmen für die Auslegung der wesentlichen Anforderungen im konkreten Anwendungsfall».[666] Mit anderen Worten konkretisieren die technischen Normen produktbezogen die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen.[667]

Anders als die grundlegenden Anforderungen, welche verbindliche Produktevorschriften darstellen, sind die technischen Normen gem. EU-Recht rechtlich nicht bindend, d. h., ihre Einhaltung ist für Marktakteure nicht per se verpflichtend.[668] Nachdem die EU-Kommission geprüft hat, ob die von den europäischen Normorganisationen geschaffene europäische Norm den grundlegenden Anforderungen aus dem relevanten sektoriellen Rechtsakt genügt, veröffentlicht sie die Fundstelle der europäischen Norm im Amtsblatt der EU, wodurch diese zu einer sog. harmonisierten europäischen Norm wird.[669] Mit der Veröffentlichung aktiviert die EU-Kommission die Konformitätsvermutung der harmonisierten Norm:[670] Stellt ein

---

662 Langner/Klindt/Schucht, Rz. 10; m. w. H. auch EU-Kommission, Blue Guide, S. 48.

663 Langner/Klindt/Schucht, Rz. 9; Bühler, Technische Normen, S. 33.

664 Langner/Klindt/Schucht, Rz. 9; Dimitropoulos, S. 95; EU-Kommission, Blue Guide S. 8, 50.

665 Bühler/Tobler, S. 91; seit 2010 besteht mit der VO 1025/2012 eine detaillierte Rechtsgrundlage für die Erteilung von Mandaten, vgl. insb. Art. 10, welcher durch die VO 2022/2480 geändert wurde.

666 Langer/Klindt/Schucht, Rz. 23.

667 Langer/Klindt/Schucht, Rz. 23.

668 Langner/Klindt/Schucht, Rz. 23.

669 Vgl. EU-Kommission, Blue Guide, S. 39.

670 Langner/Klindt/Schucht, Rz. 24.

Unternehmen ein Produkt nach einer im Amtsblatt der EU veröffentlichten harmonisierten Norm her, gilt die gesetzliche Vermutung, dass das Produkt den grundlegenden Anforderungen im betroffenen Produktebereich entspricht.[671] Durch diesen Ansatz bleibt für Unternehmen bei der Herstellung ihrer Produkte Raum für Innovation: Da das EU-Recht die Beachtung der harmonisierten Normen nicht vorschreibt, können Unternehmen bei der Produktion auch auf andere, von der harmonisierten Norm abweichende technische Lösungen zurückgreifen.[672] Sie müssen in diesem Fall jedoch detailliert aufzeigen können, dass ihre Produkte die verbindlichen grundlegenden Anforderungen des EU-Rechts ebenfalls erfüllen.[673]

Aufgrund der Vermutungswirkung, welche von den harmonisierten Normen ausgeht, ist die Herstellung eines Produkts nach diesen Normen für Unternehmen attraktiv. Zweifeln Behörden im Rahmen der Marktüberwachung, dass ein Produkt, welches nach den harmonisierten Normen hergestellt wurde, die grundlegenden Anforderungen erfüllt, müssen sie den Gegenbeweis liefern, dass das Produkt nicht konform ist mit den grundlegenden Anforderungen.[674]

Im Zusammenhang mit der Einführung des neuen Konzepts sind technische Normen in vielen Produktebereichen von Bedeutung geworden.[675] Trotzdem gibt es nach wie vor harmonisierte Produktebereiche, in welchen das neue Konzept nicht zur Anwendung gelangt und daher auch technische Normen keine Rolle spielen.[676]

1.2 Autonomer Nachvollzug im Schweizer Recht

Durch die seit 1993 verfolgte Strategie des autonomen Nachvollzugs im Produkterecht glich die Schweiz die technischen Vorschriften in vielen Produktebereichen und damit insbesondere auch die materiell-rechtlichen Anforderungen an Produkte ans EU-Recht an.[677] Um die Parallelität zum EU-Recht sicherzustellen, gehen die Bundesversammlung und der Bundesrat analog zur EU vor: In den Produktebereichen, in welchen im EU-Recht das neue Konzept angewendet wird und folglich nur die wesentlichen Anforderungen vorgegeben werden, kommt auch im Schweizer Recht das neue Konzept zur Anwendung. In anderen Produktebe-

671 Art. R8 Beschluss 768/2008; EU-Kommission, Blue Guide, S. 50.

672 Langner/Klindt/Schucht, Rz. 25.

673 Langner/Klindt/Schucht, Rz. 25.

674 Langner/Klindt/Schucht, Rz. 25.

675 Z. B. im Bereich der Maschinen.

676 Vgl. Langner/Klindt/Schucht, Rz. 7.

677 Arioli, S. 128, 139; Epiney/Pfenninger, S. 978; vgl. bereits vorne § 6 Kap. B.II.

reichen, in welchen die EU auch nach 1985 vom neuen Konzept abweicht und detaillierte Anforderungen an Produkte festlegt, wurden diese entsprechend ins Schweizer Recht übernommen.

1.2.1. Umsetzung des neuen Konzepts im Schweizer Recht

Das neue Konzept wurde im Schweizer Recht z. B. im Bereich der Maschinen,[678] persönlichen Schutzausrüstungen,[679] Spielzeuge,[680] Medizinprodukte[681] oder Gasverbrauchseinrichtungen und Heizkessel[682] übernommen.

Im Zuge des autonomen Nachvollzugs im für den Export wichtigen Bereich der technischen Einrichtungen und Geräte (zudem insbesondere die Maschinen zählen) wurde das neue Konzept bereits 1995 in das damalige Bundesgesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG) übernommen.[683] Mit der Ausweitung des STEG[684] zum Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG) im Jahr 2009, welches als horizontaler Rechtsakt die Grundlagen der Produktesicherheit enthält, wurde das neue Konzept rechtlich als grundlegendes Prinzip im schweizerischen Produktesicherheitsrecht verankert.[685] Analog zum EU-Recht bedeutet die Verankerung des neuen Konzepts im PrSG jedoch nicht, dass das neue Konzept zwingend in allen Produktebereichen zur Anwendung kommen muss.[686] Das PrSG ist gemäss Art. 1 Abs. 3 nur dann anwendbar, soweit in einem Produktebereich nicht andere bundesrechtliche Vorschriften bestehen, welche das

678 Art. 2 f. MaschV.

679 Art. 2 und 5 PSAV.

680 Art. 3 VSS.

681 Art. 6 MepV.

682 Art. 2 und 5 GaGV.

683 Botschaft PrSG, S. 7413; siehe zum STEG bereits vorne § 6 Kap. B.II.1.

684 Das STEG hatte im Vergleich zum späteren PrSG einen subsidiären Charakter, indem es zur Anwendung kam, wenn die Sicherheit eines Produkts noch nicht in einem sektoriellen Rechtsakt geregelt wurde, vgl. Botschaft PrSG, S. 7413, 7427.

685 Parallel zum Unionsrecht ist in Art. 5 Abs. 1 PrSG festgelegt, dass Produkte, welche in Verkehr gebracht werden, den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen entsprechen müssen. Gemäss Art. 4 Abs. 1 werden die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen vom Bundesrat festgelegt, welcher gemäss Abs. 2 das entsprechende internationale Recht berücksichtigt.

686 Vgl. Hess, Komm. PrSG, Art. 1 Rz. 7.

gleiche Ziel wie das PrSG verfolgen.[687] Mit der Revision des THG 2008 wurden die Grundzüge des neuen Konzepts auch im THG verankert.[688]

Wie in der EU kommt den technischen Normen als Mittel zur Konkretisierung der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen auch im Schweizer Recht eine bedeutende Rolle zu.[689] Im nachvollzogenen Schweizer Recht übernimmt das für den jeweiligen Produktebereich zuständige Bundesamt funktional die Rolle, welche in der EU der EU-Kommission zukommt, indem es gem. Art. 6 Abs. 1 PrSG im Einvernehmen mit dem SECO die technischen Normen bezeichnet. Art. 6 Abs. 2 PrSG hält (im Sinne der Grundstrategie des THG zur Vermeidung technischer Handelshemmnisse) fest, dass das zuständige Bundesamt, soweit möglich, international harmonisierte Normen bezeichnet. In der Praxis wurden in diesem Sinne bislang nur technische Normen bezeichnet, welche von den europäischen Normenorganisationen geschaffen und von der EU-Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurden.[690] Wie im EU-Recht wird auch im Schweizer Recht gem. Art. 5 Abs. 2 PrSG eine Konformitätsvermutung in Bezug auf die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen geschaffen, wenn ein Produkt nach den bezeichneten technischen Normen hergestellt wurde. Schliesslich sind die technischen Normen auch in der Schweiz rechtlich nicht bindend.[691] So darf ein Produkt gem. Art. 5 Abs. 3 PrSG in Verkehr gebracht werden, auch wenn es nicht nach den einschlägigen technischen Normen hergestellt wurde, sofern nachgewiesen werden kann, dass das Produkt die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen auf andere Weise erfüllt.[692]

1.2.2. Vom neuen Konzept abweichende Anforderungen im Schweizer Recht

Obwohl das neue Konzept als horizontale Grundlage mittlerweile im PrSG verankert ist, folgt auch das Schweizer Recht nicht in allen Produktebereichen diesem Konzept. In Übereinstimmung mit dem Grundprinzip in Art. 4 Abs. 1 und 2 THG

---

687 Botschaft PrSG, S. 7427. Gemäss Botschaft kommen die entsprechenden Vorschriften des PrSG z. B. zur Anwendung, wenn ein sektorieller Rechtsakt «keine Produktbeobachtung nach dem Inverkehrbringen vorsieht».

688 Botschaft THG 2008, S. 7310.

689 Hess, Komm. PrSG, Art. 6 Rz. 1.

690 Hess, Komm. PrSG, Art. 6 Rz. 2; Botschaft PrSG, S. 7440; SECO, Komm. STEG, S. 11.

691 Hess, Komm. PrSG, Art. 6 Rz. 4.

692 Bühler/Tobler, S. 390; Hess, Komm. PrSG, Art. 5 Rz. 20.

sind die materiellen Produkteanforderungen in den vom MRA erfassten Produktebereichen parallel zum EU-Recht ausgestaltet worden: Wie das EU-Recht sieht das Schweizer Recht z. B. im Bereich der Kraftfahrzeuge sowie der land- und forstwirtschaftlichen Zugmaschinen eine umfangreiche Regulierung der wesentlichen Anforderungen im Sinne des Konzepts der Detailharmonisierung vor.[693]

1.3 Handlungsspielraum

Es stellt sich die Frage, ob der Schweiz in Bezug auf die materiellen Produkteanforderungen ein Spielraum für Abweichungen im Bereich der Rechtsetzung verbleibt, wenn die Schweiz die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit gem. Art. 1 Abs. 2 MRA erreichen bzw. erhalten möchte. Spielraum bestünde im Falle, dass die Schweiz vom EU-Recht abweichende grundlegende Anforderungen in einem Produktebereich vorschreiben (Kap. D.II.1.3.1.) oder andere technische Normen als die EU bezeichnen könnte (Kap. D.II.1.3.2.).

1.3.1. In Bezug auf die grundlegenden Anforderungen an Produkte

1.3.1.1. Praktische Handhabung im Schweizer Recht

Ein Vergleich der Rechtsakte in den verschiedenen Produktebereichen, welche die Schweiz seit 1993 im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an das Recht der EU angeglichen hat, zeigt, dass die Schweiz bereits vor Abschluss des MRA im Bereich der grundlegenden Anforderungen eine möglichst parallele Rechtslage zur damaligen EG anstrebte.[694] Um die Parallelität zum EU-Recht sicherzustellen, wird in vielen Schweizer Rechtsakten im Bereich der grundlegenden Anforderungen direkt auf die entsprechenden Rechtsakte der EU verwiesen.[695]

---

693 Kraftfahrzeuge: Art. 1.2.1 TAFV 1; gem. Art. 2.1 TAFV 1: «Für die einzelnen technischen Anforderungen an die Transportfahrzeuge gelten, entsprechend ihrer Klasseneinteilung, die in den Ziffern 2.4–2.14 aufgeführten EU-Rechtsakte oder UNECE-Reglemente.» Im Sinne einer Vorrangregelung besagt Art. 2.1a TAFV 1: «Wo in UNECE-Reglementen abweichende Anforderungen oder Übergangsfristen vorgesehen sind, gelten die Anforderungen oder die Übergangsfristen der entsprechenden EU-Rechtsakte»; Traktoren und deren Anhänger: Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Anhang 2 TAFV 2.

694 Vgl. Epiney/Pfenninger, S. 975 f., 978.

695 Z. B. Art. 2 Abs. 1 lit. a MaschV, Art. 2 Abs. 1 lit. b GaGV oder Art. 6 Abs. 2 MepV.

Der Einsatz der Verweistechnik ist insb. bei den Produktebereichen feststellbar, welche dem neuen Konzept folgen: So verwies bereits Art. 3 Abs. 1 STEV[696] für die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen im Bereich der Maschinen direkt auf die RL 95/16/EG.[697] Auch im Bereich der Medizinprodukte wurde bereits nach der alten Medizinprodukteverordnung in Art. 4 Abs. 1 lit. a bis c MepV 2001 bezüglich der grundlegenden Anforderungen auf die relevanten Richtlinien im EU-Recht verwiesen.[698]

Im Bereich der Kraftfahrzeuge, welcher nach einem eigenen System funktioniert, das zwischen dem alten und dem neuen Konzept liegt, halten Art. 1.2.1 und Art. 2.1 TAFV 1 seit der Revision 1995 fest, dass Transportfahrzeuge, welche unter diese Verordnung fallen, die in den Ziffern 2.4–2.14 aufgeführten Vorschriften der EU erfüllen müssen. An den entsprechenden Stellen im Schweizer Recht wird auf die relevanten Rechtsakte der EU verwiesen (z. B. in Bezug auf die Emissionen von Benzin und Diesel verweist Ziff. 2.5.2 TAFV 1 auf die RL 70/220/EWG). Somit wird auch in den Produktebereichen, welche dem neuen Konzept nicht folgen, im Schweizer Recht mehrheitlich auf das relevante EU-Recht verwiesen.

Nur im Bereich der Spielzeuge verwendete der Schweizer Verordnungsgeber in der Verordnung über die Sicherheit von Spielzeug (VSS) bezüglich der Sicherheitsanforderungen nicht die Verweistechnik, sondern entschied sich für eine Reformulierung des entsprechenden EU-Rechts in Anhang 2 VSS.[699] Inhaltlich wurden die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen des EU-Rechts jedoch komplett in die VSS übernommen.

Dieser Überblick über die Praxis im Schweizer Recht verdeutlicht, dass das Schweizer Recht dem EU-Recht im Bereich der grundlegenden Anforderungen sehr eng folgt. Diese enge Angleichung ist aus theoretischer Perspektive notwendig, damit die EU das Schweizer Recht als gleichwertig anerkennt.[700] Die grundlegenden Produkteanforderungen dienen dazu, ein hohes Schutzniveau sicherzustel-

---

696 Der Bereich der Maschinen war bis zum Inkrafttreten der schweizerischen Maschinenverordnung (MaschV, SR 819.14) in der STEV geregelt. Dasselbe gilt für die Produktebereiche der Gasgeräte und persönlichen Schutzausrüstungen, vgl. für die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen früher Art. 3 Abs. 2 und 3 STEV und heute Art. 2 Abs. 1 lit. b GaGV.

697 In der aktuell gültigen Maschinenverordnung befindet sich der Verweis auf das EU-Recht in Art. 2 Abs. 1 lit. a MaschV.

698 Die aktuelle Medizinprodukteverordnung verweist in Art. 6 Abs. 2 MepV auf die grundlegenden Sicherheits- und Leistungsanforderungen nach Anhang I VO 2017/745 (EU-MDR).

699 Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b i. V. m. Anhang 2 VSS. Das System der Reformulierung wurde bereits in der alten Spielzeugverordnung gebraucht, vgl. Art. 3 VSS 2002.

700 In diesem Sinne Oesch, Schweiz–EU, Rz. 408.

len.[701] Sie adressieren Risiken, welche von einem Produkt ausgehen, geben Ziele in Bezug auf die Konstruktion und Herstellung vor oder definieren das Hauptziel des Schutzes.[702] Abweichungen bei den Produkteanforderungen können sich daher negativ auf das Schutzniveau auswirken. Es ist aus theoretischer Perspektive durchaus möglich, dass in Bezug auf gewisse dieser grundlegenden Produkteanforderungen auch mit abweichenden Vorgaben ein gleiches Schutzniveau erreicht werden kann. Aus praktischer Sicht fragt sich jedoch, was der konkrete Nutzen von Abweichungen im Schweizer Recht ist. Einerseits ist davon auszugehen, dass die Expertinnen und Experten der EU und der Schweiz in dieser technischen Materie, zur Erreichung eines hohen Schutzniveaus, inhaltlich vergleichbare Anforderungen an die Produkte für notwendig erachten. Andererseits wäre die Darlegung (im Rahmen der Prüfung der Gleichwertigkeit), dass das Schweizer Recht trotz den Abweichungen dennoch gleichwertig zum EU-Recht ist, für die Schweiz mit grossem Aufwand verbunden, weshalb sich die Frage der Praktikabilität von Abweichungen umso mehr stellt.

Abgesehen von diesen theoretischen Überlegungen zeigt sich am praktischen Beispiel der Gasverbrauchseinrichtungen und Heizkessel (Anhang 1 Kap. 5 MRA), dass beide Parteien im Rahmen der Gleichwertigkeitsanerkennung einen hohen Grad an Übereinstimmung voraussetzen: Bezüglich der Heizkessel bestand die Schweiz auf ihren höheren Anforderungen im Bereich der Luftreinhaltung.[703] Diese Abweichung zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht führte dazu, dass bezüglich des Aspekts der Luftreinhaltung bei Heizkesseln die Gleichwertigkeit zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht nicht anerkannt wurde.[704] Wollen Unternehmen in der EU Heizkessel für den schweizerischen Markt produzieren, müssen sie die Anforderungen der schweizerischen Luftreinhalte-Verordnung (LRV) einhalten.[705]

Die enge Angleichungspraxis der Schweiz, die theoretischen Überlegungen und das praktische der Heizkessel verdeutlichen, dass in den Produktebereichen, in welchen die Schweiz die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit gem. Art. 1 Abs. 2 MRA anstrebt, kein Spielraum für Abweichungen im Schweizer

---

701 EU-Kommission, Blue Guide, S. 48; Wiebe, Komm. EU-Produktsicherheitsverordnung, Art. 5 Rz. 28.

702 EU-Kommission, Blue Guide, S. 48.

703 Hertig, S. 566.

704 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 144 zweiter Spiegelstrich.

705 Vgl. die Vorschriften in Anhang 1 Kapitel 5 Abschnitt 1 MRA unter dem Titel «Bestimmungen des Artikels 1 Absatz 1».

Recht bezüglich der materiellen Produkteanforderungen besteht. Arioli unterstrich in diesem Sinne bereits 2002, dass die damalige EG die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit nur in den Fällen akzeptiert, «wo das schweizerische Recht auf Grund von Übernahmen oder Verweisen praktisch identisch ist»,[706] obwohl das MRA nach dem Wortlaut in Art. 1 Abs. 2 gleichwertige und nicht identische Anforderungen verlangt.[707]

1.3.1.2. Vergleich mit EU-Mitgliedstaaten

Der Befund, dass für die Schweiz praktisch kein Spielraum für Abweichungen im Bereich der grundlegenden Anforderungen besteht, erhärtet sich auch im Vergleich zum Handlungsspielraum der EU-Mitgliedstaaten. Da Art. 1 Abs. 2 MRA gleichwertige Anforderungen für die Gleichwertigkeitsanerkennung voraussetzt, muss die Schweiz mindestens den gleichen Spielraum bei der Umsetzung der grundlegenden Anforderungen haben wie die EU-Mitgliedstaaten selbst. Bis vor wenigen Jahren setzte die EU im Produkterecht hauptsächlich auf Richtlinien, welche die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht umsetzen mussten.[708] Folglich blieb den Mitgliedstaaten ein gewisser Spielraum bei der Umsetzung der materiellen Anforderungen aus den Produkte-Richtlinien im nationalen Recht.[709]

Seit 2015 ist jedoch ein klarer Wechsel im EU-Recht erkennbar: Für die Vorschriften in den sektoriellen Produktebereichen wird seither mehrheitlich die Form der Verordnung gewählt, was sich insb. im Bereich der Seilbahnen, der persönlichen Schutzausrüstungen und der Maschinen (und bald auch im Bereich der Spielzeuge)[710] zeigt.

> Begründet wird dieser Wechsel damit, dass «der Anwendungsbereich, die grundlegenden Gesundheitsschutz- und Sicherheitsanforderungen und die Konformitätsbewertungsverfahren in allen Mitgliedstaaten identisch sein müssen».[711] Während bei den EU-Verordnungen zu den Seilbahnen (VO 2016/424) und den persönlichen Schutzausrüstungen (VO 2016/425) in noch etwas zurückhaltender Weise daraus geschlossen wurde, dass es daher «bei der Umsetzung von einer auf den Grundsät-

---

706 Arioli, S. 142. G.M. Oesch, Schweiz–EU, Rz. 144 erster Spiegelstrich, mit Verweis auf die Aussage bei Arioli.

707 Arioli, S. 142. G.M. Oesch, Schweiz–EU, Rz. 144 erster Spiegelstrich, mit Verweis auf die Aussage bei Arioli.

708 Zur Umsetzung von Richtlinien vgl. Glaser, Handbuch des Verwaltungsrechts, Rz. 31.

709 EU-Kommission, Blue Guide, S. 48.

710 Vgl. EU-Kommission, Vorschlag für eine Spielzeug-Verordnung.

711 Erw. 4 VO 2016/424; Erw. 4 VO 2016/425; ähnlich Erw. 4 VO 2023/1230.

zen des neuen Konzepts beruhenden Richtlinie in nationales Recht so gut wie keinen Spielraum gibt»[712], wird die Frage des Spielraums in der neuen EU-Maschinen-Verordnung (VO 2023/1230) noch klarer beantwortet: «Da die Vorschriften, in denen die Anforderungen an Produkte, die in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallen, festgelegt sind, insbesondere die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen und die Konformitätsbewertungsverfahren, für alle Akteure in der Union einheitlich gelten müssen und keinen Raum für eine abweichende Umsetzung durch die Mitgliedstaaten bieten dürfen, sollte die Richtlinie (RL 2006/42/EG) durch eine Verordnung ersetzt werden.»[713]

Die klare Haltung des EU-Gesetzgebers, dass den Mitgliedstaaten im Bereich der grundlegenden Anforderungen kein Spielraum für Abweichungen mehr bleibt, unterstreicht den Befund, dass auch für die Schweiz bezüglich der grundlegenden Anforderungen kein Spielraum für Abweichungen im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit besteht.

1.3.2. In Bezug auf die Bezeichnung von technischen Normen

Sowohl in der EU als auch in der Schweiz spielen technische Normen in vielen Produktebereichen eine wichtige Rolle zur Konkretisierung der materiellen Produkteanforderungen.[714]

Im Bereich der Spielzeuge und der Bauprodukte ist die Schweiz aufgrund des MRA verpflichtet, die von der EU-Kommission veröffentlichten, harmonisierten Normen anzuerkennen.[715] Mit der Verpflichtung geht gleichzeitig das Recht der Schweiz einher, den Gemischten Ausschuss einzuberufen, wenn die Schweiz der Ansicht ist, dass eine harmonisierte Norm der EU die materiellen Produkteanforderungen nicht vollständig erfüllt.[716]

---

712 Erw. 4 VO 2016/424 und Erw. 4 VO 2016/425.

713 Erw. 4 VO 2023/1230.

714 Vgl. vorne § 6 Kap. D.II.1.1.2. und D.II.1.2.1.

715 Anhang 1 Kap. 3 Abschnitt V Abs. 7 MRA und Anhang 1 Kap. 16 Abschnitt V Ziff. 3 lit. a MRA.

716 Kommen die Schweiz und die EU im Rahmen des Gemischten Ausschusses zur Ansicht, dass die Problematik tatsächlich besteht, kann der Gemischte Ausschuss die EU auffordern, das im EU-Recht vorgesehene Verfahren zur Überprüfung der Norm einzuleiten, vgl. Anhang 1 Kap. 3 Abschnitt V Abs. 7 UAbs. 2 MRA und Anhang 1 Kap. 16 Abschnitt V Ziff. 3 lit. b MRA.

In den übrigen Produktebereichen erfolgt die Bezeichnung von Normen in der Schweiz rechtlich unabhängig vom Verfahren in der EU.[717] Wie erwähnt, bezeichneten die zuständigen Bundesämter im Einvernehmen mit dem SECO in den Produktebereichen, in welchen die EU harmonisierte Normen als Konkretisierung der grundlegenden Anforderungen verwendet, bislang stets die von der EU-Kommission im Amtsblatt veröffentlichten, harmonisierten europäischen Normen.[718] Somit besteht zwischen der Schweiz und der EU eine vollständige Parallelität bezüglich der technischen Normen, welche in den einzelnen Produktebereichen eine Konformitätsvermutung bezüglich der grundlegenden Anforderungen auslösen.

Würden die Schweizer Behörden in den Bereichen, in welchen sie nicht durch das MRA eingeschränkt sind, andere technische Normen als die EU-Kommission bezeichnen, würde die EU dies m. E. im Rahmen der Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung beanstanden. Eine Bezeichnung von anderen technischen Normen durch die Schweizer Behörden ist aufgrund der Vollmitgliedschaft der Schweiz bei den europäischen Normungsorganisationen CEN, CENELEC und ETSI auch nicht zu erwarten.[719] Die Ausarbeitung von europäischen Normen ist ein gesamteuropäisches Projekt, in welches die Schweiz eingebunden ist. Wird in der Schweiz festgestellt, dass eine in einem Bereich bezeichnete technische Norm die grundlegenden Anforderungen nicht erfüllen kann,[720] wird koordiniert vorgegangen und auf europäischer Ebene eine Verbesserung dieser Norm angestrebt.

2. Konformitätsbewertung

2.1 Relevanz der Konformitätsbewertung für die Gleichwertigkeitsanerkennung

Mit den Verfahren der Konformitätsbewertung soll geprüft und sichergestellt werden, dass Produkte die materiellen Anforderungen erfüllen.[721] Damit nimmt die

---

717 Art. 6 Abs. 1 PrSG und Art. 4 Abs. 5 lit. b THG, siehe dazu bereits vorne § 6 Kap. D. II.1.2.1.

718 Vgl. Hess, Komm. PrSG, Art. 6 Rz. 2 mit Verweis auf Botschaft PrSG, S. 7440, und SECO, Komm. STEG, S. 11.

719 EU-Kommission, Blue Guide, S. 129.

720 Eine solche Feststellung erfolgte in Bezug auf Schnellwechseleinrichtungen bei Maschinen, vgl. BGE 143 II 518 S. 545 f. E. 8.3.

721 Vgl. vorne § 6 Kap. A.II.3.; Dimitropoulos, S. 38; Stadelhofer/Zirlick, Komm. Wettbewerbsrecht II, Vorbemerkungen zu THG 17 und 18 Rz. 1.

Konformitätsbewertung eine zentrale Funktion ein zur Erreichung des Hauptziels des Produktesicherheitsrechts, des Schutzes der Sicherheit und Gesundheit der Nutzerinnen und Nutzer von Industrieprodukten.[722]

Art. 1 Abs. 2 MRA ermöglicht, dass Bescheinigungen, welche die Konformität eines Produkts mit den materiellen Anforderungen nach Schweizer Recht nachweisen und durch eine Konformitätsbewertungsstelle in der Schweiz ausgestellt wurden, in der EU anerkennt werden.[723] Die Voraussetzung der Gleichwertigkeit dient dazu, ein einheitliches Schutzniveau sicherzustellen.[724] Dieses einheitliche Schutzniveau kann beeinträchtigt werden, wenn Abweichungen entweder in Bezug auf das Verfahren der Konformitätsbewertungen oder in Bezug auf die Anforderungen an die Konformitätsbewertungsstelle bestehen. Daher sind sowohl die Vorschriften zu den Konformitätsbewertungsverfahren (Kap. D.II.2.2) als auch die Anforderungen an Konformitätsbewertungsstellen (Kap. D.II.2.3) von Relevanz für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit und fallen unter den Begriff der «Anforderungen» gem. Art. 1 Abs. 2 MRA.

2.2 Verfahren der Konformitätsbewertung

2.2.1. Rechtlicher Rahmen in der EU

Unter dem alten Konzept bestanden keine einheitlichen Verfahren der Konformitätsbewertung.[725] Welche Form der Konformitätsbewertung in einem Produktebereich vorgeschrieben war, ergab sich entweder aus den sektoriellen Richtlinien oder wurde den Mitgliedstaaten überlassen, was zu unterschiedlichen Verfahren und daher zu technischen Handelshemmnissen zwischen diesen führte.[726] Nachdem sich auch das neue Konzept nur «sehr allgemein» mit der Frage beschäftigte, wie überprüft werden soll, dass ein Produkt die grundlegenden Anforderungen erfüllt, wurden in der EU erstmals im Rahmen des *Globalen Konzepts für Zertifizierung und Prüfwesen vom 15. Juni 1989* einheitliche Anforderungen im Bereich der Konformitätsbewertungen vorgeschlagen.[727]

---

722 Vgl. Schucht/Wiebe, Komm. EU-Produktsicherheitsverordnung, Einleitung Rz. 2.

723 Vgl. vorne § 6 Kap. C.I.2. Das Gleiche gilt für Produkte, deren Konformität mit EU-Recht von einer Konformitätsbewertungsstelle in der EU bescheinigt wurde.

724 Vgl. vorne § 4 Kap. C.III.

725 Bühler, Technische Normen, S. 70.

726 Bühler, Technische Normen, S. 70.

727 Bühler/Tobler, S. 96; Langner/Klindt/Schucht, Rz. 12.

Zur Umsetzung des globalen Konzepts legten der Rat und die Kommission 1990 in einem Beschluss verschiedene Typen von Konformitätsbewertungsverfahren fest, welche als Module bezeichnet wurden.[728] Der Beschluss 768/2008, welcher den Beschluss 93/465/EWG aus dem Jahr 1993 ersetzte, sieht acht verschiedene Module der Konformitätsbewertung vor, welche in Anhang II des Beschlusses 768/2008 aufgeführt und im Detail geregelt sind. Der Beschluss 768/2008 richtet sich an den EU-Gesetzgeber und soll die Grundlage schaffen für den Entscheid, welches Modul bzw. welche Module in einem Produktebereich vorgeschrieben werden sollen.[729] Die Auswahlkriterien sind in Art. 4 Abs. 1 Beschluss 768/2008 festgelegt: Die Wahl des Moduls beurteilt sich z. B. nach der Eignung eines Moduls für eine Produktart (lit. a) oder der Art der Risiken, welche mit einem Produkt verbunden sind (lit. b). Welche Module in einem spezifischen Produktebereich zur Anwendung kommen, wird auf der Grundlage einer Bewertung dieser Auswahlkriterien in Art. 4 Abs. 1 Beschluss 768/2008 in den sektoriellen Rechtsakten festgelegt. Zur Bescheinigung, dass ein Produkt die grundlegenden Anforderungen erfüllt, muss die CE-Kennzeichnung angebracht werden, welche ein sog. Konformitätszeichen darstellt.[730]

Wie das neue Konzept kommt auch das globale Konzept mittlerweile in vielen, jedoch nicht in allen harmonisierten Produktebereichen zur Anwendung.

2.2.2. Autonomer Nachvollzug im Schweizer Recht

Im Rahmen des autonomen Nachvollzugs wurden seit 1993 nicht nur die materiellrechtlichen Anforderungen, sondern auch die verfahrensrechtlichen Vorschriften bezüglich der Konformitätsbewertung in den einzelnen Produktebereichen an das EU-Recht angeglichen.[731]

Vor Inkrafttreten des THG wurde die Frage, wie die Konformität eines Produkts mit den rechtlichen Anforderungen sichergestellt werden kann, weitgehend der Praxis überlassen.[732] Das 2010 in Kraft getretene PrSG hält in Art. 5 Abs. 1 als

---

728 Beschluss 90/683/EWG, welcher durch den Beschluss 93/465/EWG ersetzt wurde; Dimitropoulos, S. 102; Bühler/Tobler, S. 96.

729 EU-Kommission, Blue Guide, S. 71.

730 Vgl. Art. 30 und Erw. 37 f. VO 765/2008 sowie Art. R11 f. Beschluss 768/2008 und Erw. 29, in welchem die Vorschriften für die Anbringung der CE-Kennzeichnung genannt werden, welche in den sektoriellen Rechtsakten anzuwenden sind.

731 Arioli, S. 128; Epiney/Pfenninger, S. 978.

732 Botschaft THG 1995, S. 604.

allgemeine Vorschrift fest, dass, wer ein Produkt in Verkehr bringt, nachweisen können muss, dass das Produkt die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt. Für den Nachweis der Konformität verweist die Bestimmung auf Art. 17 und 18 des THG. Art. 17 THG regelt unter anderem, von wem der Nachweis der Konformität erbracht werden muss, und Art. 18 THG nennt die Anforderungen an unabhängige Konformitätsbewertungsstellen.

In Art. 7 THG wird dem Bundesrat die Kompetenz gegeben, die Prüf- und Konformitätsbewertungsverfahren sowie die Anmelde- und Zulassungsverfahren festzulegen, was der Bundesrat in Bezug auf die Konformitätsbewertungsverfahren in den sektoriellen Rechtsakten im Sinne des autonomen Nachvollzugs machte bzw. macht.[733] Anders als im EU-Recht werden im Schweizer Recht jedoch weder die möglichen Module der Konformitätsbewertung noch die Auswahlkriterien abstrakt geregelt. Gemäss Stadelhofer/Zirlick legt der Bundesrat die Konformitätsbewertungsverfahren in den einzelnen Produktebereichen auf der Grundlage «des jeweiligen Gefährdungspotenzials eines Produkts bzw. der Verletzlichkeit des geschützten Rechtsguts»[734] fest. Bereits in der Botschaft zum THG von 1995 kam zum Ausdruck, dass der Bundesrat durch die Verordnungskompetenz die Möglichkeit erhalten sollte, die Vorgaben des EU-Rechts bezüglich der Konformitätsbewertungsverfahren ins Schweizer Recht zu übernehmen, um z. B. «die Voraussetzungen für eine gegenseitige Anerkennung nationaler Konformitätsbewertungen zu verbessern».[735]

2.2.3. Handlungsspielraum

2.2.3.1. Praktische Handhabung im Schweizer Recht

Wie bei den grundlegenden Produkteanforderungen achtete der Bundesrat ab 1993 im Rahmen des autonomen Nachvollzugs bei den Konformitätsbewertungsverfahren auf eine möglichst umfassende Parallelität zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht.

In den älteren sektoriellen Verordnungen wurden die Module aus dem EU-Recht verschiedentlich mittels Reformulierung ins Schweizer Recht übernommen: Für den Bereich der Maschinen, Gasgeräte und der persönlichen Schutzausrüstung wurden die verschiedenen möglichen Module in den Anhängen der VKonf aufgelistet. In den Anhängen der STEV wurde in Übereinstimmung mit dem EU-Recht

733 Vgl. Arioli, S. 128; Epiney/Pfenninger, S. 978.

734 Stadelhofer/Zirlick, Komm. Wettbewerbsrecht II, Art. 7 THG Rz. 2.

735 Botschaft THG 1995, S. 591.

festgelegt, welche Module der Konformitätsbewertung in den einzelnen Produktebereichen anzuwenden sind.[736]

Durch die Reformulierung des EU-Rechts im Schweizer Recht konnten die verfahrensmässigen Bestimmungen im EU-Recht, welche für die Schweiz nicht von Relevanz sind, auf die Situation der Schweiz angepasst werden.

> Sowohl im EU-Recht als auch im nachvollzogenen Schweizer Recht muss vor dem Inverkehrbringen von persönlichen Schutzausrüstungen eine Baumusterprüfung durchgeführt werden.[737] Gemäss EU-Recht musste eine Konformitätsbewertungsstelle, wenn sie die Ausstellung einer Baumusterbescheinigung verweigerte, die übrigen zugelassenen Prüfstellen im EU-Raum darüber informieren.[738] Zog sie die Baumusterbescheinigung zurück, musste die Konformitätsbewertungsstelle dies dem Mitgliedstaat mitteilen, der sie zugelassen hat.[739] In der Schweiz wurde die entsprechende Bestimmung so auf die schweizerischen Verhältnisse angepasst, dass eine schweizerische Konformitätsbewertungsstelle das Vollzugsorgan unter Angabe der Gründe informieren musste, wenn sie die Ausstellung einer Baumusterbescheinigung verweigerte oder diese zurückzog.[740]

In den neueren sektoriellen Produkte-Verordnungen des Schweizer Rechts wurde die Reformulierung der Konformitätsbewertungsverfahren zugunsten von Verweisen ersetzt.

> So hält die heute geltende Verordnung über die Sicherheit von persönlichen Schutzausrüstungen (PSAV) in Art. 3 Abs. 2 fest, dass für die Konformitätsbewertung die «Grundsätze und die Verfahren nach den Artikeln 14, 15 und 19 der EU-PSA-Verordnung und nach den in diesen Bestimmungen genannten Anhängen I–IX gelten». Um Rechtsunsicherheit bei der Auslegung der in der EU-PSA-Verordnung (VO 2016/425) genannten Begriffe zu verhindern, enthält die Schweizer PSAV im Anhang eine Tabelle mit den Entsprechungen von Ausdrücken.[741]

---

736 Im Bereich der persönlichen Schutzausrüstungen wurden die Module in Anhang 1 Kap. C lit. b STEV geregelt und orientierten sich an Art. 8 Abs. 2 RL 89/686/EWG.

737 Nach alter Rechtslage Anhang 1 Kap. C lit. b STEV und Art. 10 Abs. 1 RL 89/686/EWG; nach gültigem Recht Art. 3 Abs. 2 PSAV und Art. 19 lit. b und c VO 2016/425.

738 Art. 10 Abs. 6 RL 89/686/EWG.

739 Art. 10 Abs. 6 RL 89/686/EWG.

740 Anhang 3 lit. c Ziff. 4 VKonf.

741 So müssen Schweizer Konformitätsbewertungsstellen, welche aufgrund von Art. 3 Abs. 2 PSAV die EU-Rechtsakte anwenden, die Begriffe «EU», «Union» und «Mitgliedstaat» gem. der Tabelle im Anhang der PSAV stets als «Schweiz» auslegen.

2.2.3.2. Vergleich mit EU-Mitgliedstaaten

Wie im Bereich der materiell-rechtlichen Anforderungen zählt der EU-Gesetzgeber auch die Konformitätsbewertungsverfahren explizit zu den Bereichen, welche «für alle Akteure in der Union einheitlich gelten müssen und keinen Raum für eine abweichende Umsetzung durch die Mitgliedstaaten bieten dürfen».[742] Somit bleibt den Mitgliedstaaten kein Spielraum für Abweichungen.

2.2.3.3. Bewertung

Die Tatsache, dass die Schweiz die Vorschriften zur Konformitätsbewertung in den einzelnen Produktebereichen eins zu eins aus dem EU-Recht übernahm, und der Befund, dass den EU-Mitgliedstaaten kein Spielraum für Abweichungen in Bezug auf die Konformitätsbewertungsverfahren verbleibt, widerspiegeln sich in den theoretischen Überlegungen zum Spielraum: Wie dargelegt, kommt der Konformitätsbewertung eine zentrale Funktion bei der Überprüfung der Sicherheit von Produkten zu. Da die Wahl des Moduls der Konformitätsbewertung u. a. vom Risiko abhängig ist, welches von einem Produkt ausgeht, können sich Abweichungen in den Vorgaben der Konformitätsbewertungsverfahren negativ auf das Schutzniveau auswirken.

> Dies zeigt sich z. B. im Bereich der Medizinprodukte: Der EU-Gesetzgeber schreibt bei Medizinprodukten einer gewissen Klasse aufgrund des Risikos, welches von ihnen ausgeht, eine Konformitätsbewertung durch eine unabhängige Stelle vor.[743] Da es sich bei dieser Stelle um eine qualifizierte Konformitätsbewertungsstelle handeln muss,[744] welche über die nötige Erfahrung und die fachliche Kompetenz verfügt, ist sichergestellt, dass das Produkt eingehend geprüft wurde, bevor es in Verkehr gebracht wird. Würde das Schweizer Recht für die gleichen Produkte bloss eine Konformitätsbewertung durch den Hersteller selbst vorschreiben, resultierte daraus in der Tendenz ein tieferes Sicherheitsniveau. Somit wäre in der EU und der Schweiz für das gleiche Produkt keine gleichwertige Sicherheit gewährleistet. Würde das Produkt grenzüberschreitend gehandelt, würden somit die strengeren Vorgaben im EU-Recht untergraben werden.

Abweichungen in Bezug auf die Verfahren der Konformitätsbewertung wirken sich daher negativ auf die Gleichwertigkeit des Schutzniveaus und damit auf die Gleichwertigkeit der Anforderungen gem. Art. 1 Abs. 2 MRA aus, weshalb für die Schweiz kein Spielraum für Abweichungen besteht, wenn sie die Anerkennung der Gleichwertigkeit anstrebt.

---

742 Erw. 4 VO 2016/424, Erw. 4 VO 2016/425 und Erw. 4 VO 2023/1230.

743 Z. B. Art. 52 Abs. 7 i. V. m. Anhang IX und XI VO 2017/745.

744 Vgl. Art. 56 Abs. 1 VO 2017/745.

2.3 Anforderungen an Konformitätsbewertungsstellen

2.3.1. Bedeutung im Rahmen von Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen

Mit der Konformitätsbewertung wird die Übereinstimmung des Produkts mit den materiellen Produkteanforderungen geprüft und bescheinigt. Die Konformitätsbewertung kann ihren Zweck nur dann effektiv erfüllen, wenn die Konformitätsbewertungsstelle, welche die Bewertung vornimmt, über eine genügende fachliche Kompetenz und Leistungsfähigkeit verfügt, um die Übereinstimmung des Produkts mit den grundlegenden Anforderungen inhaltlich verlässlich überprüfen zu können.

Da die Vertragsparteien im Rahmen von Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen die Konformitätsbescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen mit Sitz im jeweils anderen Hoheitsgebiet gegenseitig anerkennen, muss, damit das Abkommen funktionieren kann, ein gegenseitiges Vertrauen zwischen den Vertragsparteien bestehen, dass sie über einen gleichwertigen Rechtsrahmen bezüglich der Anforderungen an Konformitätsbewertungsstellen verfügen.[745]

2.3.2. Sicherstellung der Gleichwertigkeit durch Vorgaben im MRA

Die Sicherstellung der gleichwertigen Anforderungen an Konformitätsbewertungsstellen wird im MRA in erster Linie durch verbindliche Vorgaben im Abkommen selbst sichergestellt.

Zum einen werden nur Konformitätsbewertungen von Konformitätsbewertungsstellen gegenseitig anerkannt, welche von den zuständigen Behörden der Schweiz bzw. der EU benannt wurden (d. h. formell ermächtigt wurden, im Rahmen des Abkommens Konformitätsbewertungen durchzuführen) und von beiden Parteien gem. dem Verfahren in Art. 11 MRA anerkannt wurden.[746] Die Parteien haben gem. Art. 11 Abs. 1 lit. b MRA die Möglichkeit, im Rahmen der Anerkennung Einspruch gegen eine Konformitätsbewertungsstelle der anderen Partei zu erheben. Zudem hat jede Vertragspartei in Ausnahmefällen gem. Art. 8 Abs. 1 MRA die Möglichkeit, «die fachliche Kompetenz der von der anderen Vertragspartei vorgeschlagenen oder der anerkannten Konformitätsbewertungsstellen […] anzufechten».

---

745 Hertig, S. 560; in diesem Sinne auch Bühler, Technische Normen, S. 71.

746 Art. 5 MRA; vgl. dazu Wüger/Scarpelli, S. 307; Glaser, Bilaterale Verträge, S. 152.

Zum anderen enthält das MRA Vorgaben an das Verfahren der Benennung[747] der Konformitätsbewertungsstellen durch die staatlichen Behörden in der Schweiz und der EU: Gemäss Art. 6 Abs. 1 MRA sind die Parteien angehalten, Sorge zu tragen, dass die benennenden Behörden über die erforderlichen Befugnisse und fachlichen Kompetenzen verfügen. Die Benennung erfolgt gem. Art. 6 Abs. 2 MRA auf der Grundlage der allgemeinen Benennungsgrundsätze in Anhang 2 MRA und der spezifischen Benennungsvorschriften in den sektoriellen Rechtsakten des EU-Rechts, auf welche jeweils in Abschnitt IV der Produktekapitel in Anhang 1 verwiesen wird.[748]

2.3.3. Relevanz für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit

Die Vorgaben für die Benennung sind *prima facie* nicht von Relevanz für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit, da die Schweiz bereits aus dem MRA verpflichtet ist, diese einzuhalten.

Die spezifischen Benennungsvorschriften, auf welche in Abschnitt IV der jeweiligen Produktekapitel in Anhang 1 MRA verwiesen wird, können sich bei der Revision der EU-Vorschriften in einem Produktebereich ändern. Soll eine Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung in diesem Produktebereich erfolgen aufgrund von Änderungen des EU-Rechts, welche auch die Benennungsvorschriften betreffen, muss die Schweiz, als Voraussetzung für die Aktualisierung, ihr Recht (im Rahmen des autonomen Nachvollzugs) auch im Bereich der Benennungsvorschriften an die geänderten Vorgaben des EU-Rechts anpassen. Nur bei Erfüllung dieser Bedingung kann das Schweizer Recht als gleichwertig zum geänderten EU-Recht anerkannt werden.[749] Im Zug der Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung werden in der Folge die entsprechenden Verweise auf die geänderten Benennungsvorschriften in Abschnitt IV des betroffenen Produktekapitels in Anhang 1 MRA angepasst.

---

747 Im Schweizer Recht wird in Art. 3 AkkBV von der «Bezeichnung» gesprochen, wobei die beiden Begriffe inhaltlich übereinstimmen.

748 Die meisten der sektorspezifischen Benennungsvorgaben sind heute im Schweizer Recht in Anhang 5 AkkBV geregelt. Die Einhaltung dieser gilt gem. Art. 25 Abs. 3 AkkBV als Voraussetzung für die Benennung bzw. Bezeichnung in der EU oder im EWR.

749 Im Rahmen der jüngsten Revision der MaschV wurden insb. die neuen Voraussetzungen an Konformitätsbewertungsstellen aus dem EU-Recht übernommen, vgl. SECO, Medienmitteilung vom 24.11.2023.

2.3.4. Handlungsspielraum

Die Schweiz muss folglich, aufgrund der Vorgaben im MRA selbst oder als Voraussetzung für die Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung, ihr Recht an die Vorgaben des EU-Rechts anpassen. Weil die Anforderungen an Konformitätsbewertungsstellen der Sicherstellung der Qualität der Konformitätsbewertung und damit indirekt der Sicherstellung eines hohen Schutzniveaus dienen, bleibt aus Sicht der Schweiz praktisch kein Spielraum für Abweichungen.

Dieser fehlende Handlungsspielraum muss jedoch relativiert werden. In den allgemeinen Grundsätzen für die Benennung der Konformitätsbewertungsstellen in Anhang 2 MRA, welche die Schweiz gem. Art. 6 Abs. 2 MRA beachten muss, ist vorgegeben, dass die benennenden Behörden in der Schweiz und der EU prüfen müssen, dass die Konformitätsbewertungsstellen, welche sich benennen wollen, über die erforderliche Erfahrung und die fachliche Kompetenz verfügen.[750] Zur Überprüfung der fachlichen Kompetenz können die beiden Parteien gem. Anhang 2 Abs. 6 MRA verschiedene Verfahren anwenden, sofern diese ein hinreichendes Vertrauen zwischen den Vertragsparteien gewährleisten. Im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU wurde in vielen Bereichen die Akkreditierung als Verfahren zur Überprüfung der fachlichen Kompetenz vereinbart.[751]

Im Rahmen der Akkreditierung wird geprüft, ob eine Konformitätsbewertungsstelle die Vorgaben in der für ihre Tätigkeit relevanten technischen Normen einhält.[752] Die formelle Prüfung erfolgt dabei «nach Massgabe internationaler Qualitätsanforderungen».[753] Die Vereinbarung der Akkreditierung als Grundlage für die Benennung in vielen Produktebereichen war bzw. ist für die Schweiz vorteilhaft, weil die Schweiz im Grundsatz bereits seit 1986 auf das Instrument der Akkreditierung setzt[754] zur Sicherstellung der fachlichen Kompetenzen von Stellen, wel-

---

750 Anhang 2 Abs. 2 MRA.

751 Hertig, S. 572 f. Die Akkreditierung ist gem. Anhang 2 Abs. 6 lit. a MRA als ein mögliches Verfahren explizit vorgesehen.

752 Von Büren, S. 7; Dimitropoulos, S. 40; vgl. im Schweizer Recht Art. 3 lit. o THG i. V. m. Art. 2 AkkBV.

753 Von Büren, S. 50. Die international massgebenden Anforderungen an Konformitätsbewertungsstellen, welche Schweizer Konformitätsbewertungsstellen gem. Art. 7 Abs. 1 AkkBV einhalten müssen, sind in Anhang 2 AkkBV aufgelistet.

754 Vgl. Botschaft THG 1995, S. 577: Nachdem die Akkreditierung zuerst in einem Reglement geregelt war, wurde mit der Verordnung über das schweizerische Akkreditierungssystem vom 30. Oktober 1991 ein «modernes und effizientes Akkreditierungssystem» geschaffen. M.w.H. Botschaft THG 1995, S. 593.

che die Übereinstimmung der Produkte mit den einschlägigen Vorschriften prüfen und bescheinigen.[755] Das Schweizer Akkreditierungssystem wurde 1996 mit Erlass der AkkBV modernisiert mit dem Ziel, dass «im Ergebnis die innerstaatliche, vor allem auch die internationale Anerkennung akkreditierter Stellen und der von diesen ausgestellten Prüfberichte und Konformitätsbescheinigungen verbessert werden».[756]

Daher erfüllte auch die für die Akkreditierung in der Schweiz zuständige *Schweizerische Akkreditierungsstelle* (SAS)[757] bereits vor Abschluss des MRA die Voraussetzungen des Abkommens: Sie erfüllte zum einen die einschlägigen technischen Normen, mit welchen die fachliche Kompetenz der Akkreditierungsstellen sichergestellt werden soll, bereits aufgrund der Verpflichtung im Schweizer Recht.[758] Zum anderen wurde sie von den europäischen Akkreditierungsstellen im Rahmen einer *«peer evaluation»*, wie sie in Anhang 2 Abs. 6 MRA gefordert wird, bereits vor Abschluss des MRA beurteilt und anerkannt.[759]

In den Bereichen, in welchen die Schweiz und die EU auf die Akkreditierung als Grundlage für die Benennung setzten, wird der Spielraum der Schweiz im Rahmen des MRA faktisch nicht eingeschränkt. Dies ergibt sich daraus, dass das Schweizer Recht die Einhaltung der internationalen Normen im Bereich der Akkreditierung, welche auch die Grundlage für das EU-Recht bilden, unabhängig vom MRA vorschreibt.[760]

3. Gesamtbewertung des Handlungsspielraums in der Rechtsetzung

Die Ausführungen führen zum Fazit, dass der Schweiz bei der Definition der grundlegenden Anforderungen, bei der Bezeichnung von technischen Normen, welche eine Konformitätsvermutung bewirken, und bezüglich der Konformitätsbewertungsverfahren kein relevanter Spielraum verbleibt, wenn sie die gegenseiti-

---

755 Art. 2 AkkBV.

756 Botschaft THG 1995, S. 592, wobei auch auf den Bedeutungszuwachs der Akkreditierung in der EU aufgrund des globalen Konzepts hingewiesen wird.

757 Von Büren, S. 51.

758 Es handelt sich um die Norm EN ISO/IEC 17011, welche die SAS gem. Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Anhang 1 AkkBV erfüllen muss, vgl. von Büren, S. 51.

759 Hertig, S. 572 f.; vgl. die Voraussetzung in Anhang 2 Abs. 6 lit. a zweiter Spiegelstrich MRA.

760 Vgl. insb. Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Anhang 1 und Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Anhang 2 AkkBV.

ge Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des MRA erreichen oder erhalten möchte. Somit wird die Schweizer Rechtsetzung im Produkterecht zu weiten Teilen durch die EU vorgegeben.[761] Diesen Umstand, welcher aus staatsrechtlicher Perspektive bedenklich ist, gilt es jedoch in mehrfacher Hinsicht zu relativieren.

3.1 Keine völkerrechtliche Verpflichtung zur Angleichung

Der Befund, dass der Schweiz kein Spielraum bei der Ausgestaltung der Produktevorschriften bleibt, gilt nur dann, wenn sie die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des MRA anstrebt. Wie bereits ausgeführt wurde, besteht unter dem geltenden MRA keine völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz zur Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht.[762] Die Schweiz kann somit im Sinne eines Grundsatzentscheids in jedem Produktebereich und jederzeit rechtlich frei entscheiden, ob sie ihr Recht an das EU-Recht angleichen möchte oder nicht.

3.2 Rechtsangleichung als Ziel des nationalen Rechts

Die Verpflichtung einer möglichst grossen Übereinstimmung mit dem EU-Recht im Bereich der technischen Vorschriften hat sich die Schweiz selbst auferlegt. Sie ergibt sich aus der seit 1993 verfolgten Strategie des autonomen Nachvollzugs im Produkterecht und aus Art. 4 Abs. 1 und 2 THG. Das Ziel des THG, die technischen Handelshemmnisse im grenzüberschreitenden Handel so weit wie möglich zu reduzieren, führt zur Notwendigkeit einer möglichst engen Angleichung an das EU-Recht.[763] Sobald technische Vorschriften nach Schweizer Recht von jenen der EU abweichen, entstehen technische Handelshemmnisse für Unternehmen.[764] Der kleine Spielraum der Schweiz bei der Rechtsetzung im Bereich des Produkterechts ist somit auch auf die Zielsetzungen des innerstaatlichen Rechts zurückzuführen. Die Bundesversammlung wird durch die Zielsetzung des autonomen Nachvollzugs gem. Art. 4 Abs. 2 THG in der inhaltlichen Ausgestaltung des Produkterechts zwar nicht eingeschränkt und kann vom EU-Recht abweichende Vorschriften erlassen.[765] Trotzdem folgte sie mehrheitlich der Strategie des auto-

761 Arioli, S. 140.

762 Vgl. vorne § 6 Kap. C.II.2.

763 Botschaft THG 2008, S. 7284.

764 Vgl. vorne § 6 Kap. A.II.2.

765 Botschaft THG 1995, S. 579.

nomen Nachvollzugs, was zeigt, dass die enge Anlehnung an das EU-Recht in diesem Bereich weitgehend unbestritten ist.[766]

3.3 Internationalität des technischen Rechts

Der geringe Spielraum der Schweiz bei der Rechtsetzung im Produkterecht muss schliesslich auch aus technischer Perspektive relativiert werden. Während das Produkterecht nach dem Zweiten Weltkrieg noch stark national geprägt war, fand seither eine stetige Internationalisierung statt, was mit dem Aufstieg von internationalen technischen Normen zusammenhängt.[767] Abgesehen von den grundlegenden Anforderungen, welche nur den Rahmen zur Sicherstellung des Schutzniveaus vorgeben, nehmen die privaten und oftmals internationalen Normen heute eine bedeutende Stellung im Produkterecht ein.[768] Aufgrund der grossen Bedeutung des Exports in der schweizerischen Wirtschaft stand die Schweiz der Internationalisierung des technischen Rechts offen gegenüber.[769] In vielen Produktebereichen bestehen heute internationale Normen, welche Taktgeber im Bereich der Konstruktion dieser Produkte sind.[770] Die Schweiz unterstützt diese Tendenz, indem sie diese Normen als Konkretisierung der grundlegenden Anforderungen zulässt.[771]

III. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsanwendung und -auslegung

1. Rechtsanwendung im Rahmen der Marktüberwachung

1.1 Wandel durch das neue und das globale Konzept

Die Einführung des neuen und des globalen Konzepts in der EU, welche durch den autonomen Nachvollzug auch zu den zentralen Konzepten im schweizerischen Produkterecht wurden und in vielen Bereichen des schweizerischen Produkterechts zur Anwendung kommen,[772] führte zu einer Verschiebung der Zuständigkeiten in Bezug auf die Gewährleistung der Produktesicherheit.

---

766 Vgl. Arioli, S. 128.

767 Zúñiga Schroder, S. 7.

768 Zúñiga Schroder, S. 7.

769 Vgl. Botschaft THG 1995, S. 533.

770 Vgl. Botschaft THG 1995, S. 533.

771 Vgl. Art. 6 Abs. 2 PrSG.

772 Epiney/Pfenninger, S. 978; Arioli, S. 128.

Nach dem neuen und dem globalen Konzept trägt der Hersteller eines Produkts die primäre Verantwortung dafür, dass seine Produkte die grundlegenden Anforderungen einhalten.[773] Zwar sehen die Module der Konformitätsbewertung, je nach Art eines Produkts und des Risikos, welches von ihm ausgeht, verschiedene Arten der Konformitätsbewertung vor, welche von der Konformitätserklärung im Sinne einer Eigenerklärung des Herstellers bis zu einer Konformitätsbewertung durch eine unabhängige Stelle reichen.[774] Es liegt aber in der Eigenverantwortung des Herstellers, die Konformitätsbewertung je nach Produkt selbst durchzuführen oder durch eine andere Stelle durchführen zu lassen, die technischen Unterlagen zu erstellen[775] und die CE-Kennzeichnung an dem Produkt anzubringen.[776] Für das gesamte *pre-market assessment* sind somit private Stellen, d. h. Wirtschaftsakteure und Konformitätsbewertungsstellen, zuständig.[777]

1.2 Staatliche Marktüberwachung

Erst im Rahmen der *post-market control* wird die Einhaltung der Sicherheit durch staatliche Akteure geprüft.[778] Durch die Marktüberwachung, welche eine hoheitliche Aufgabe ist,[779] soll sichergestellt werden, dass die im Markt befindlichen Produkte «die geltenden Anforderungen an ein hohes Schutzniveau bei öffentlichen Interessen wie Gesundheit und Sicherheit im Allgemeinen, Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, Verbraucher- und Umweltschutz sowie der öffentlichen Sicherheit und anderen durch EU-Rechtsvorschriften geschützten öffentlichen Interessen erfüllen».[780]

---

773 Im Bereich des EU-Rechts: Dimitropoulos, S. 101; Art. 1 Abs. 2 und 3 Beschluss 768/2008; im Schweizer Recht: BGE 143 II 518 S. 529 E. 5.6.1; BVGer, C-2093/2006 vom 12. Dezember 2007, E. 4.1. Vgl. z. B. Art. 29 Abs. 4 MepV.

774 Vgl. vorne § 6 Kap. A.II.3.

775 Z. B. im Hinblick auf die Marktüberwachung, vgl. Art. 4 Abs. 3 lit. a VO 2019/1020. Art. 47 und 48 MepV.

776 Vgl. Dimitropoulos, S. 101, Fn. 271 m. w. H. Vgl. auch die Pflicht des Herstellers zur Produktbeobachtung gemäss Art. 5 Abs. 1 Richtlinie allgemeine Sicherheit; Bühler/Tobler, S. 133, und im Detail zu den Rechtspflichten des Herstellers Bühler/Tobler, S. 143 ff. Vgl. Art. 46 MepV.

777 Dimitropoulos, S. 101.

778 Vgl. Dimitropoulos, S. 101, Fn. 272; Botschaft PrSG, S. 7421.

779 Vgl. Botschaft THG 1995, S. 577.

780 EU-Kommission, Blue Guide, S. 104; Botschaft THG 1995, S. 611; Bühler, Marktüberwachung, S. 182 ff.

Die Marktüberwachung erfolgt, wenn das Produkt bereits auf dem Markt ist,[781] was am früher im Schweizer Recht benutzten Begriff der nachträglichen Kontrolle, welcher als Synonym zum Begriff der Marktüberwachung verstanden wurde, deutlich wird.[782] Im Unterschied zur Konformitätsbewertung stellt die Kontrolle durch eine hoheitliche Behörde im Rahmen der Marktüberwachung somit auch keine Vorbedingung für das Inverkehrbringen eines Produkts dar.[783]

Da die Schweiz und die EU mit dem Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen gemäss Art. 1 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 2 vereinbart haben, dass sie Berichte, Bescheinigungen, Zulassungen und Konformitätskennzeichen sowie Konformitätserklärungen von Herstellern gegenseitig anerkennen, würde es gegen das Abkommen verstossen, wenn das Schweizer Recht eine erneute Überprüfung der Konformität des Produkts aus der EU als Voraussetzung für das Inverkehrbringen in der Schweiz vorsehen würde. Unzulässig, weil in der Wirkung gleich, wäre daher ebenfalls, wenn Schweizer Marktüberwachungsbehörden unter dem Deckmantel der Marktüberwachung systematisch Produkte, welche aus der EU stammen, kontrollieren würden, bevor diese auf den Schweizer Markt gelangen.

1.3 Auswirkungen auf die Tätigkeitsfelder von Behörden

Da staatliche Behörden aufgrund des neuen und des globalen Konzepts in den meisten Produktebereichen im Zusammenhang mit dem Inverkehrbringen eines Produkts grundsätzlich nicht beteiligt sind, ausser es ist im Einzelfall vorgesehen,[784] findet die Rechtsanwendung durch staatliche Behörden daher hauptsächlich im Rahmen der Marktüberwachung statt.

---

781 Botschaft THG 1995, S. 611 f.

782 Vgl. Botschaft THG 1995, S. 577. Im Rahmen der Teilrevision des THG wurde der Begriff der «nachträglichen Kontrolle» gem. Art. 3 lit. p THG durch den Begriff der «Marktüberwachung» ersetzt.

783 Botschaft THG 1995, S. 611 f.

784 Im Bereich der Medizinprodukte gilt eine Registrierungspflicht gem. Art. 55 MepV, wobei keine Kontrolle der Produkte vorgenommen wird, vgl. noch zur alten Rechtslage BVGer, C-2093/2006 vom 12. Dezember 2007, E. 4.4.5.

2. Ausgestaltung der Marktüberwachung in der EU und der Schweiz

Bevor auf die Frage des Spielraums der Behörden im Rahmen der Marktüberwachung eingegangen wird, werden kurz die Grundstrukturen zur Marktüberwachung in der EU und der Schweiz dargestellt.

2.1 Marktüberwachung in der EU

2.1.1. Sicherstellung einer einheitlichen und wirksamen Marktüberwachung

Die Harmonisierungsvorschriften des EU-Rechts tragen in den harmonisierten Produktebereichen massgeblich zu einem freien Warenverkehr im EU-Binnenmarkt bei.[785] Während der Handel mit Industrieprodukten somit grenzüberschreitend erfolgt, liegt die Durchführung der Marktüberwachung im EU-Binnenmarkt in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.[786] Damit die Marktüberwachung wirksam und in allen Mitgliedstaaten ein gleichwertiges und hohes Schutzniveau sichergestellt ist, muss die Marktüberwachung in allen Mitgliedstaaten in einheitlicher Weise erfolgen.[787]

Das EU-Recht enthält dazu sowohl in der horizontalen Verordnung (VO 2019/1020)[788] als auch in den sektorspezifischen Rechtsakten Rahmen-Vorgaben zur Marktüberwachung, welche die Mitgliedstaaten einhalten müssen und welche die Einheitlichkeit der Marktüberwachung sicherstellen sollen.[789] Die Kommission setzt zur Förderung der wirksamen und konsistenten Marktüberwachung auf die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und die Koordination der mitgliedstaatlichen Massnahmen.[790] Der dafür wichtige Informationsaustausch auf allen Ebenen wird über das EU-Netz für Produktkonformität, die Gruppen

---

785 EU-Kommission, Blue Guide, S. 120.

786 Langner/Klindt/Schucht, Rz. 39; EU-Kommission, Blue Guide, S. 120.

787 EU-Kommission, Blue Guide, S. 116.

788 Erstmals horizontale Grundsätze zur Marktüberwachung wurden in der RL 2001/95/EG festgelegt. Diese wurden mit der VO 765/2008 erweitert. Die Grundsätze der Marktüberwachung sind neu in der VO 2019/1020 geregelt. Die für die Marktüberwachung relevanten Teile der VO 765/2008 wurden durch diese neuen Vorschriften ersetzt, vgl. Erw. 7 und Art. 39 VO 2019/1020.

789 Die Marktüberwachung und ihre Vereinheitlichung in der gesamten EU wurden im Rahmen des New Legislative Framework insb. durch die Vorgaben in der VO 765/2008 gestärkt, vgl. Langner/Klindt/Schucht, Rz. 22.

790 EU-Kommission, Blue Guide, S. 116, 120.

für Verwaltungszusammenarbeit, welche in jedem Produktebereich bestehen (sog. ADCO-Expertengruppen), sowie die ICSMS-Datenbank und das Schnellwarnsystem *Safety Gate* (ehemals RAPEX)[791] sichergestellt.[792]

2.1.2. Unionale Verfahren der Marktüberwachung

Ein zentrales Element zur Erreichung der angestrebten Einheitlichkeit bilden die auf Ebene des EU-Rechts geregelten Verfahren der Marktüberwachung, zu deren Einhaltung die Marktüberwachungsbehörden in den Mitgliedstaaten verpflichtet sind.[793] Die Verfahren sind anwendbar, wenn eine Marktüberwachungsbehörde in einem Mitgliedstaat im Rahmen ihrer Tätigkeit feststellt, dass ein Produkt wahrscheinlich eine Gefahr bzw. ein Risiko für die Gesundheit und Sicherheit der Nutzerinnen und Nutzer darstellt[794] oder gegen die Vorschriften des EU-Rechts verstösst (sog. Nichtkonformität).[795] Durch die Verfahren sollen ein kontinuierlicher Informationsaustausch und eine Koordination der Massnahmen in den Mitgliedstaaten erreicht, und es soll dadurch sichergestellt werden, dass bei einem Risiko «in der gesamten EU geeignete und verhältnismässige Massnahmen ergriffen werden».[796]

Das EU-Recht sieht für unterschiedliche Ausgangslagen verschiedene Verfahren vor, welche Ähnlichkeiten, aber auch Unterschiede aufweisen. Es kann grundsätzlich unterschieden werden zwischen Situationen, bei denen Marktüberwachungsbehörden in einem Mitgliedstaat eine Gefahr bzw. ein Risiko für die Gesundheit und Sicherheit der Nutzerinnen und Nutzer eines Produkts feststellen,[797] und Situationen, in denen ein Verstoss gegen EU-Recht vorliegt, aber dennoch kein Risiko für die Nutzerinnen und Nutzer besteht.[798] Die Vorgaben des EU-Rechts zu den Verfahren ergeben sich meistens direkt aus den sektoriellen Rechtsakten, wobei die Vorschriften auf den Muster-Vorschriften in Anhang 1 des Beschlusses

---

791 Schucht/Wiebe, Komm. EU-Produktsicherheitsverordnung, Einleitung Rz. 10.

792 EU-Kommission, Blue Guide, S. 116.

793 EU-Kommission, Blue Guide, S. 116.

794 Art. 16 Abs. 1 lit. a VO 2019/1020; vgl. die Verfahren in Art. R31–R33 Beschluss 768/2008; im Bereich der Maschinen in Art. 43–45 VO 2023/1230.

795 Art. 16 Abs. 1 lit. b VO 2019/1020; vgl. das Verfahren in Art. R34 Beschluss 768/2008; im Bereich der Maschinen in Art. 46 VO 2023/1230.

796 EU-Kommission, Blue Guide, S. 111.

797 Art. R31–R33 Beschluss 768/2008; z. B. im Bereich der Maschinen Art. 43–45 VO 2023/1230.

798 Art. R34 Beschluss 768/2008; z. B. im Bereich der Maschinen Art. 46 VO 2023/1230.

768/2008 beruhen.[799] Im Falle fehlender Vorgaben kommen die horizontalen Bestimmungen in der VO 2019/1020 zur Anwendung.[800]

Als erster Schritt sind die Marktaufsichtsbehörden jeweils verpflichtet, den betroffenen Marktakteur aufzufordern, innerhalb angemessener Frist geeignete Korrekturmassnahmen zu ergreifen, um das Risiko zu beseitigen bzw. Konformität mit dem EU-Recht herzustellen.[801] Die Marktakteure sind dabei verpflichtet, die Korrekturmassnahmen unionsweit zu ergreifen.[802] Wendet der Marktakteur innerhalb der Frist keine Korrekturmassnahmen an oder bleibt die Nichtkonformität oder die Gefahr bzw. das Risiko weiter bestehen, muss die Marktüberwachungsbehörde im betroffenen Mitgliedstaat sicherstellen, dass das betroffene Produkt zurückgenommen bzw. zurückgerufen wird oder seine Bereitstellung auf dem Markt eingeschränkt bzw. untersagt wird.[803] Da solche Massnahmen eine Einschränkung des freien Warenverkehrs darstellen, ist im Verfahren für Produkte, welche ein Risiko darstellen, weil sie nicht konform mit dem EU-Recht sind, ein sog. Schutzklauselverfahren vorgesehen,[804] in welchem die anderen Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, Einwände gegen diese nationale Massnahme bei der EU-Kommission zu erheben.[805]

Im Falle, dass Einwände von anderen Mitgliedstaaten erhoben wurden oder die EU-Kommission selbst der Ansicht ist, dass die ergriffene Massnahme des Mitgliedstaats nicht mit EU-Recht vereinbar ist, nimmt die EU-Kommission eine Beurteilung der nationalen Massnahme vor.[806] Erachtet die Kommission die in Frage stehende nationale Massnahme als gerechtfertigt, sind die übrigen Mitgliedstaaten

---

799 Falls keine sektoriellen Vorgaben bestehen, kommen die allgemeineren Vorgaben in Art. 16 ff. VO 2019/1020 zur Anwendung.

800 Art. 16 ff. VO 2019/1020.

801 Art. R31 Abs. 1, Art. R33 Abs. 1 und Art. R34 Abs. 1 Beschluss 768/2008; z. B. im Bereich der Maschinen Art. 43 Abs. 1 UAbs. 2, Art. 45 Abs. 1 und Art. 46 Abs. 1 VO 2023/1230.

802 Art. R31 Abs. 3 und Art. R33 Abs. 2 Beschluss 768/2008; z. B. im Bereich der Maschinen Art. 43 Abs. 3 und Art. 45 Abs. 2 VO 2023/1230.

803 Art. R31 Abs. 4, Art. R33 Abs. 1 und Art. R34 Abs. 2 Beschluss 768/2008; z. B. im Bereich der Maschinen Art. 43 Abs. 4, Art. 45 Abs. 1 und Art. 46 Abs. 3 VO 2023/1230.

804 Solche Schutzklauselverfahren sind in Art. 114 Abs. 10 AEUV vorgesehen, vgl. EU-Kommission, Blue Guide, S. 117.

805 Art. R31 Abs. 6 und Art. R32 Beschluss 768/2008; im Bereich der Maschinen Art. 43 Abs. 6 und Art. 44 VO 2023/1230.

806 Art. R32 Abs. 1 Beschluss 768/2008; z. B. im Bereich der Maschinen Art. 44 Abs. 1 VO 2023/1230.

verpflichtet, sicherzustellen, dass sie in Bezug auf das Produkt ebenfalls «geeignete beschränkende Massnahmen» ergreifen.[807] Kommt die Kommission hingegen zum Schluss, dass die nationale Massnahme nicht gerechtfertigt ist, ist der betroffene Mitgliedstaat verpflichtet, diese aufzuheben.[808]

Im Verfahren bei Produkten, welche ein Risiko darstellen, obwohl sie zum EU-Recht konform sind, prüft die EU-Kommission die nationale Massnahme direkt, ohne allfällige Einwände abzuwarten.[809] In der Form eines Beschlusses teilt sie den Mitgliedstaaten mit, ob sie die nationale Massnahme als gerechtfertigt erachtet.[810] Falls erforderlich, schreibt die EU-Kommission zudem geeignete Massnahmen vor, welche alle Mitgliedstaaten zu ergreifen haben.[811]

2.2 Marktüberwachung in der Schweiz

2.2.1. Gleichwertige Anforderungen und Kompetenzen

Mit der Revision des STEG, welches zum PrSG wurde, übernahm die Schweiz 2008 weitgehend die Bestimmungen der früheren Richtlinie (RL 2001/95/EG), insbesondere auch in Bezug auf die Marktüberwachung.[812] Die Kompetenzen der Behörden zum Ergreifen von Massnahmen waren im STEG im Vergleich zur Richtlinie (RL 2001/95/EG) viel beschränkter.[813] Mit dem PrSG erhielten die Marktüberwachungsbehörden in der Schweiz die gleichen Kompetenzen wie jene in der EU:[814] Schweizer Marktüberwachungsbehörden können wie die entsprechenden Behörden in der EU insb. das Inverkehrbringen eines Produkts verbieten[815] oder anordnen, dass eine Rücknahme bzw. ein Rückruf des Produkts erfolgt.[816]

---

807 Art. R32 Abs. 2 Beschluss 768/2008; z. B. im Bereich der Maschinen Art. 44 Abs. 2 VO 2023/1230.

808 Art. R32 Abs. 2 Beschluss 768/2008; z. B. im Bereich der Maschinen Art. 44 Abs. 2 UAbs. 2 VO 2023/1230.

809 Art. R33 Abs. 4 Beschluss 768/2008; z. B. im Bereich der Maschinen Art. 45 Abs. 4 VO 2023/1230.

810 Art. R33 Abs. 4 Beschluss 768/2008; z. B. im Bereich der Maschinen Art. 45 Abs. 4 VO 2023/1230.

811 Art. R33 Abs. 4 Beschluss 768/2008; z. B. im Bereich der Maschinen Art. 45 Abs. 4 VO 2023/1230.

812 Botschaft PrSG, S. 7420.

813 Botschaft PrSG, S. 7419.

814 Botschaft PrSG, S. 7428, 7444.

815 Art. 10 Abs. 3 lit. a PrSG; vgl. in der EU Art. R31 Abs. 4 Beschluss 768/2008.

816 Art. 10 Abs. 3 lit. b PrSG; vgl. in der EU Art. R31 Abs. 4 Beschluss 768/2008.

Die Angleichung des Schweizer Rechts an die RL 2001/95/EG war die Bedingung für die Einbindung der Schweiz in das Schnellwarnsystem *Safety Gate* (ehemals RAPEX).[817] Aufgrund der bisher nicht erzielten Lösung in Bezug auf die institutionellen Fragen wurde die Schweiz trotz des autonomen Nachvollzugs bis heute nicht aufgenommen.[818]

2.2.2. Weniger detaillierte Verfahrensvorschriften

Während die Kompetenzen und die Massnahmen, welche die schweizerischen Marktüberwachungsbehörden ergreifen können, mit jenen des EU-Rechts übereinstimmen, sind die Verfahren im Schweizer Recht weniger differenziert ausgestaltet. Dies ergibt sich einerseits daraus, dass z. B. das im EU-Recht vorgesehene Schutzklauselverfahren in der Schweiz nicht nötig und daher nicht vorgesehen ist. Andererseits sind im Schweizer Recht nicht explizit verschiedene Verfahren vorgesehen bei Produkten, welche ein Risiko darstellen, weil sie gegen Schweizer Recht verstossen, oder Produkten, welche ein Risiko darstellen, obwohl sie konform sind mit dem Schweizer Recht. Ein Behördenentscheid im Rahmen der Marktüberwachung kann nach den Regeln des VwVG mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und danach beim Bundesgericht angefochten werden.[819]

Nachdem festgestellt wurde, dass Behörden und Gerichte primär im Rahmen der Marktüberwachung tätig werden, stellt sich die Frage, welchen Spielraum die Schweizer Verwaltungsbehörden und Gerichte in der Rechtsanwendung und -auslegung haben.

3. Rechtsanwendung durch Schweizer Behörden

3.1 Begrenzte Vorgaben im allgemeinen Teil des Abkommens

Der allgemeine Teil des MRA enthält nur in Art. 9 unter dem Titel «Durchführung des Abkommens» Vorgaben zur Rechtsanwendung. Gemäss Art. 9 Abs. 1 MRA arbeiten die Vertragsparteien zusammen mit dem Ziel, «eine zufrieden stellende Anwendung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften nach Anhang 1 sicherzustellen».

---

817 Botschaft PrSG, S. 7421.

818 Die Einbindung der Schweiz hätte nach Ansicht der Schweiz 2008 im Rahmen eines Gesundheitsabkommens erfolgen können, vgl. Bericht neue Abkommen 2008, S. 39.

819 Vgl. Art. 15 Abs. 1 und 2 PrSG.

Diese angestrebte Anwendung soll in erster Linie durch einen Informationsaustausch gefördert werden: Die Vertragsparteien sind gemäss Art. 12 Abs. 1 MRA verpflichtet, «alle zweckdienlichen Informationen über die Umsetzung und Anwendung der in Anhang 1 aufgeführten Rechts- und Verwaltungsvorschriften aus[zutauschen]». Explizit auf die Marktüberwachung bezieht sich Art. 12 Abs. 4 MRA, welcher vorsieht, dass sich die Vertragsparteien gegenseitig und unverzüglich über die von ihnen getroffenen Schutzmassnahmen unterrichten.[820]

Aus den wenigen Vorgaben im allgemeinen Teil des Abkommens und dem Umstand, dass die Rechtsanwendung nicht als Gesichtspunkt genannt wird, welcher im Rahmen der Beurteilung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit berücksichtigt wird, ist zu schliessen, dass die Rechtsanwendungspraxis keinen direkten Einfluss auf die Gleichwertigkeitsanerkennung hat.

Dennoch wird an verschiedenen Stellen im Abkommen deutlich, dass grundsätzlich eine gewisse Übereinstimmung der Rechtsanwendung in der EU und der Schweiz im Rahmen des MRA angestrebt wird, um auf diese Weise ein gleichwertiges Schutzniveau in der EU und der Schweiz sicherzustellen. Dies zeigt sich zum einen an den punktuellen Beteiligungsmöglichkeiten der Schweiz an Koordinationsmassnahmen, welche das EU-Recht vorsieht, und zum anderen an der partiellen Einbindung der Schweiz in die Verfahren der Marktüberwachung im EU-Recht.

3.2 Freiwillige Beteiligungsmöglichkeiten der Schweiz an EU-Koordinierungsmassnahmen

Zur Förderung eines einheitlichen Niveaus der Rechtsanwendung bei der Marktüberwachung in der EU dienen z. B. der freiwillige Erfahrungsaustausch zwischen den benennenden Behörden der Mitgliedstaaten[821] und der Austausch in den Gruppen der notifizierten Stellen in den einzelnen Produktebereichen.[822] Die betroffenen Akteure in der Schweiz können aufgrund des MRA sowohl am Erfahrungsaustausch als auch an den Gruppen teilnehmen.[823]

820 BGE 143 II 518 S. 549 f. E. 9.4; vgl. auch Arioli, S. 143.

821 Z. B. im Bereich der PSA, Art. 35 VO 2016/425.

822 Z. B. im Bereich der PSA, Art. 36 VO 2016/425.

823 Z. B. im Bereich der PSA, Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 2 und 3 MRA.

3.3 Partielle Einbindung der Schweiz in die unionalen Marktüberwachungsverfahren

Ein zentrales Element zur Sicherstellung einer wirksamen und konsistenten Marktüberwachung in der gesamten EU bilden die im EU-Recht geregelten Verfahren der Marktüberwachung, bei welchen auf der Grundlage eines engen Informationsaustauschs ein koordiniertes Vorgehen in der gesamten EU erreicht werden soll.[824] Die Schweiz wird im Rahmen des MRA in mittlerweile zwölf der zwanzig Produktebereiche in gewisse dieser unionalen Verfahren einbezogen.[825]

Dazu werden die Vorgaben im EU-Recht jeweils unter Abschnitt V eines Produktekapitels in Anhang 1 reformuliert. Die Vorschriften entsprechen weitgehend den Vorgaben im EU-Recht, sehen aber im Unterschied zum EU-Recht jeweils den Einbezug der Schweiz vor.[826]

In zwölf Produktebereichen wird die Schweiz über das MRA in das unionale Verfahren für Produkte eingebunden, die ein Risiko für Nutzerinnen und Nutzer durch ihre Nichtkonformität darstellen.[827] In elf Produktebereichen findet zudem ein Einbezug in das Verfahren für konforme Produkte statt, welche trotzdem ein Risiko für die Nutzerinnen und Nutzer darstellen.[828]

3.3.1. Verfahren bei nicht auf das nationale Hoheitsgebiet beschränkten Risiken aufgrund Nichtkonformität

3.3.1.1. Informationsverpflichtungen

In inhaltlicher Übereinstimmung mit den Vorgaben im EU-Recht[829] ist in den zwölf Produktebereichen vorgesehen, dass die Schweiz und die EU-Mitgliedstaaten

---

824 EU-Kommission, Blue Guide, S. 116; vgl. bereits vorne § 6 Kap. D.III.2.1.1.

825 MRA Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 5 ff., Kap. 3 Abschnitt V Abs. 8 f., Kap. 5 Abschnitt V Abs. 5 ff., Kap. 6 Abschnitt V Abs. 5 ff., Kap. 7 Abschnitt V Abs. 11 ff., Kap. 8 Abschnitt V Abs. 5 ff., Kap. 9 Abschnitt V Abs. 8 ff., Kap. 11 Abschnitt V Abs. 3.5 ff., Kap. 16 Abschnitt V Abs. 9 ff., Kap. 17 Abschnitt V Abs. 5 ff., Kap. 19 Abschnitt V Abs. 5 ff., Kap. 20 Abschnitt V Abs. 5 ff. In beschränktem Umfang ist der Einbezug in Schutzklauselverfahren zudem in Anhang 1 Kap. 12 Abschnitt V Abs. 4, Kap. 13 Abschnitt V Abs. 3 und in Kap. 15 Abschnitt V Abs. 6 MRA vorgesehen.

826 In der Folge wird stellvertretend für die anderen Bereiche auf die Vorschriften im Bereich der PSA verwiesen in Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 5 ff. MRA.

827 Z. B. im Bereich der PSA, Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 7 MRA.

828 Nicht vorgesehen ist ein Einbezug *de lege lata* im Bereich der Spielzeuge, vgl. Anhang 1 Kap. 3 Abschnitt V Ziff. 8 f. MRA.

829 Vgl. zum Verfahren im EU-Recht vorne § 6 Kap. D.III.2.1.2.

einander sowie die EU-Kommission auf der Grundlage von Art. 12 Abs. 4 MRA bei Vorliegen folgender zwei kumulativer Gründe «unverzüglich» informieren: Die Informationspflicht besteht, falls die Marktüberwachungsbehörden in der Schweiz oder einem EU-Mitgliedstaat erstens die begründete Annahme haben, dass ein Produkt aufgrund der Nichtkonformität mit dem EU-Recht bzw. dem als gleichwertig anerkannten Schweizer Recht eine Gefahr für die Gesundheit und Sicherheit von Menschen darstellt (oder die Gefahr bereits festgestellt wurde), und sie zweitens der Auffassung sind, dass sich die Nichtkonformität nicht auf ihr jeweiliges Hoheitsgebiet beschränkt.[830]

> Die Informationen, welche einander mitgeteilt werden müssen, umfassen die Ergebnisse der Bewertung des betroffenen Produkts durch die Marktüberwachungsbehörde, die Massnahmen, zu denen sie die betroffenen Wirtschaftsakteure verpflichtet hat, sowie die geeigneten vorläufigen Massnahmen, welche darauf abstellen, das Inverkehrbringen des Produkts auf dem heimischen Markt zu untersagen oder zu beschränken, falls der betroffene Wirtschaftsakteur keine angemessenen Korrekturmassnahmen ergreift.[831]

> In detaillierter Weise und im Sinne des EU-Rechts[832] ist ferner vorgeschrieben, dass zu spezifizieren ist, ob das betroffene Produkt entweder die grundlegenden Anforderungen hinsichtlich der Gesundheit oder Sicherheit von Personen, welche nach dem EU-Recht und dem nachvollzogenen Schweizer Recht vorgeschrieben sind, nicht erfüllt oder ob die Nichtkonformität des Produkts auf Mängel in den harmonisierten Normen, welche zur Konkretisierung der grundlegenden Anforderungen des EU-Rechts und des Schweizer Rechts dienen, zurückzuführen ist.[833]

Ergreift ein Mitgliedstaat oder die Schweiz tatsächlich Massnahmen, müssen diese einander und der EU-Kommission mitgeteilt werden.[834] In diesem Fall sind sowohl die übrigen Mitgliedstaaten als auch die Schweiz verpflichtet, zu gewährleisten, dass auf dem gesamten Gebiet der EU und der Schweiz «unverzüglich geeignete restriktive Massnahmen»[835] in Bezug auf die betroffenen Produkte ergriffen werden, wie z. B. die Rücknahme des Produkts vom Markt.

---

830 Z. B. im Bereich der PSA, Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 5 UAbs. 1 MRA.

831 Z. B. im Bereich der PSA, Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 5 UAbs. 1 MRA.

832 Vgl. die unionalen Vorgaben im Bereich der PSA in Art. 38 Abs. 5 lit. a und b VO 2016/425.

833 Z. B. im Bereich der PSA, Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 5 UAbs. 2 MRA.

834 Z. B. im Bereich der PSA, Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 5 UAbs. 3 MRA.

835 Z. B. im Bereich der PSA, Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 5 UAbs. 4 MRA.

3.3.1.2. Einbindung in das Schutzklauselverfahren der EU

Da solche Massnahmen den freien Warenverkehr in der EU sowie zwischen der Schweiz und der EU einschränken, wird das im EU-Recht vorgesehene Schutzklauselverfahren im MRA auf die Schweiz ausgedehnt.

Analog zum EU-Recht können die Schweiz und die Mitgliedstaaten innerhalb von drei Monaten seit Erhalt der vorne genannten Informationen Einwände bei der EU-Kommission geltend machen.[836] Aufgrund des Einbezugs der Schweiz ist z. B. denkbar, dass Mitgliedstaaten Einwände gegen eine nationale Massnahme der Schweiz erheben. Jedoch steht auch der Schweiz das gleiche Recht zu bei Massnahmen von Mitgliedstaaten.[837] Das Schutzklauselverfahren kann wie im EU-Recht auch durch die EU-Kommission selbst eingeleitet werden, falls sie der Ansicht ist, dass eine nationale Massnahme der EU-Mitgliedstaaten oder der Schweiz nicht mit dem relevanten EU-Recht bzw. dem als gleichwertig anerkannten Schweizer Recht vereinbar ist.[838]

Der Ablauf des Schutzklauselverfahrens entspricht jenem im EU-Recht:[839] Kommt es zu einem Einwand durch die Schweiz oder einen EU-Mitgliedstaat oder leitet die EU-Kommission das Schutzklauselverfahren selbst ein, konsultiert sie die Mitgliedstaaten, die Schweiz und den betroffenen Wirtschaftsakteur.[840] Die EU-Kommission nimmt eine Evaluierung der nationalen Massnahme vor und entscheidet gestützt darauf, ob diese gerechtfertigt ist oder nicht.[841]

Aufgrund des Einbezugs der Schweiz in das Schutzklauselverfahren im MRA gilt die Bindungswirkung des Beschlusses der EU-Kommission auch für die Schweiz.[842] Kommt die EU-Kommission zum Schluss, dass die in Frage stehende nationale Massnahme gerechtfertigt ist, müssen die Schweiz und die EU-Mitgliedstaaten «die erforderlichen Massnahmen» ergreifen, um zu gewährleisten, dass das nichtkonforme Produkt vom Markt genommen wird.[843] Ist die EU-Kommission hinge-

---

836 Z. B. im Bereich der PSA, Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 6 UAbs. 1 MRA. Vgl. zum Verfahren im EU-Recht vorne § 6 Kap. D.III.2.1.2.

837 Vgl. den Wortlaut in Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 6 MRA.

838 Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 6 UAbs. 2 MRA.

839 Vgl. dazu vorne § 6 Kap. D.III.2.1.2.

840 Falls dieser in der Schweiz ansässig ist, erfolgt die Kontaktaufnahme über die zuständigen Schweizer Behörden.

841 Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 6 UAbs. 2 MRA.

842 Vgl. den Wortlaut in Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 6 UAbs. 3 MRA.

843 Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 6 UAbs. 3 erster Spiegelstrich MRA.

gen der Ansicht, dass die nationale Massnahme nicht gerechtfertigt ist, verpflichtet das Abkommen die Schweiz und die EU-Mitgliedstaaten, die betreffende Massnahme zurückzunehmen.[844]

3.3.2. Verfahren bei Risiken trotz Konformität

In gewissen Produktebereichen ist zudem der Einbezug der Schweiz in die Verfahren bei Produkten vorgesehen, welche konform mit dem EU-Recht bzw. dem als gleichwertig anerkannten Schweizer Recht sind und trotzdem eine Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit der Nutzerinnen und Nutzer darstellen.[845]

Liegt ein entsprechender Fall bei einem Produkt vor, ist die Marktüberwachungsbehörde in der Schweiz bzw. den Mitgliedstaaten verpflichtet, «alle geeigneten Massnahmen» zu erlassen und die EU-Kommission sowie die EU-Mitgliedstaaten bzw. die Schweiz zu informieren.[846] Wie im EU-Recht prüft die Kommission direkt, ob die nationale Massnahme gerechtfertigt ist, und schlägt allenfalls selbst geeignete Massnahmen vor, z. B. die Änderung der grundlegenden Anforderungen im entsprechenden Produktebereich.[847]

3.3.3. Vorgehen bei Uneinigkeit zwischen der Schweiz und der EU

Im Falle von Uneinigkeiten in Bezug auf die zwei Verfahren der Marktüberwachung, an welchen die Schweiz gestützt auf das MRA beteiligt wird, sieht das MRA ein Verfahren auf diplomatischer Ebene vor, wie es im allgemeinen Teil des Abkommens (Art. 14 MRA) festgelegt ist und üblicherweise im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU zur Anwendung kommt.[848]

Besteht andauernde Uneinigkeit zwischen der Schweiz und der EU, z. B. bezüglich eines Beschlusses der Kommission im Zusammenhang mit dem Schutzklauselverfahren, wird die Angelegenheit an den Gemischten Ausschuss verwiesen.[849] Der Gemischte Ausschuss entscheidet über ein angemessenes Vorgehen, wobei

---

844 Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 6 UAbs. 3 zweiter Spiegelstrich MRA.

845 Z. B. im Bereich der PSA, Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 7 MRA.

846 Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 7 UAbs. 1 MRA.

847 Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 7 UAbs. 2 MRA.

848 Zur Streitbeilegung im Rahmen der bilateralen Abkommen siehe m. w. H. Oesch, Schweiz–EU, Rz. 105 ff.

849 Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 8 UAbs. 1 MRA.

er zur Frage ein Sachverständigengutachten einholen kann.[850] Kommen die Vertragsparteien im Gemischten Ausschuss überein, dass die Massnahme, welche den Gegenstand der Streitigkeit darstellt, gerechtfertigt ist, sind die Vertragsparteien verpflichtet, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen.[851] Ist der Gemischte Ausschuss hingegen der Ansicht, dass eine Massnahme ungerechtfertigt ist, muss die Schweiz oder der betroffene Mitgliedstaat diese zurücknehmen.[852]

Da im MRA explizit eine Streitschlichtung im Rahmen des Gemischten Ausschusses vorgesehen ist, besteht für die Schweiz, im Unterschied zu den EU-Mitgliedstaaten, (wohl)[853] keine Möglichkeit, einen Beschluss der EU-Kommission durch die Unionsgerichte mittels einer Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV gerichtlich überprüfen zu lassen.

3.4 Bewertung

3.4.1. Fragmentarische Einbindung in den EU-Verwaltungsverbund

Die Ausdehnung der im EU-Recht vorgesehenen Marktüberwachungsverfahren auf die Schweiz im Rahmen von zwölf Produktebereichen des MRA soll zu einem einheitlichen Sicherheitsniveau in der Schweiz und der EU beitragen. Die Schweiz wird dadurch ansatzweise in den EU-Verwaltungsverbund im Bereich der Produktesicherheit integriert und erhält durch den Einbezug Mitgliedstaatsähnliche Pflichten (Informationsverpflichtungen, Verpflichtung zur Beachtung der Beschlüsse der Kommission), aber auch Rechte (Möglichkeit, Einwände gegen Massnahmen eines Mitgliedstaats zu erheben). Das vorgesehene Verfahren im Rahmen des Gemischten Ausschusses bei Uneinigkeiten, anstatt einer Einbindung in das Rechtsschutzsystem der EU, unterstreicht jedoch, dass der Einbezug in den EU-Verwaltungsverbund bislang nur ansatzweise erfolgt. Die immer noch fehlende Einbindung der Schweiz in das Schnellwarnsystem *Safety Gate* (ehemals RAPEX) verdeutlicht den fragmentarischen Einbezug zusätzlich.

---

850 Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 8 UAbs. 1 MRA.

851 Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 8 UAbs. 2 lit. a MRA.

852 Anhang 1 Kap. 2 Abschnitt V Abs. 8 UAbs. 2 lit. b MRA.

853 Gem. Art. 263 Abs. 2 AEUV sind u. a. Mitgliedstaaten, nicht aber Drittstaaten, privilegiert klageberechtigt. Im Fluglärmstreit zwischen der Schweiz und Deutschland wurde die Frage von den Unionsgerichten offengelassen, ob die Schweiz gestützt auf Art. 263 Abs. 4 AEUV klageberechtigt sei, vgl. dazu Oesch, Europarecht, Rz. 619 erster Spiegelstrich.

3.4.2. Auswirkungen auf den Handlungsspielraum der Marktüberwachungsbehörden in der Schweiz

Durch die partielle Einbindung der Schweiz in das EU-Verfahren der Marktüberwachung im Rahmen von Anhang 1 des Abkommens wird der Spielraum der Schweizer Verwaltungsbehörden in den betroffenen Produktebereichen eingeschränkt.

Sofern ein Mitgliedstaat oder die Schweiz ein Verfahren einleitet, in welches die Schweiz über das MRA eingebunden ist, muss die Schweiz damit rechnen, dass ihr Handlungsspielraum durch einen Beschluss der EU-Kommission eingeschränkt werden kann. In den Fällen, in welchen das Verfahren durch die Meldung eines gefährlichen Produkts in einem Mitgliedstaat angestossen wird, wiegt eine mögliche Einschränkung durch eine verbindliche Vorgabe der EU-Kommission aus Sicht der Schweiz weniger stark, als wenn eine Schweizer Marktüberwachungsbehörde ein Verfahren selbst angestossen hat und die von ihr ergriffene Massnahme von der EU-Kommission als nicht gerechtfertigt beurteilt werden würde.

Der Umfang der möglichen Einschränkungen muss jedoch in doppelter Hinsicht relativiert werden. Die Schweizer Marktaufsichtsbehörden sind nicht in allen Fällen, in welchen sie ein Risiko bei einem Produkt feststellen, verpflichtet, die EU-Kommission und die Mitgliedstaaten zu informieren und damit das im MRA festgelegte Verfahren einzuleiten. Sind die Schweizer Marktaufsichtsbehörden der Ansicht, dass das festgestellte Risiko *keine* grenzüberschreitenden Auswirkungen hat, können sie eigenständig und ohne Einbezug der EU-Massnahmen erlassen. Die Wirkung einer möglichen Einschränkung ist zudem aus praktischer Perspektive zu relativieren: Die Marktüberwachungsbehörden in der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten finden in den meisten Fällen im Rahmen der ADCO-Expertengruppen eine einvernehmliche Lösung, was sich am Umstand zeigt, dass soweit ersichtlich und gem. Auskunft des SECO bislang noch nie ein Schutzklauselverfahren im Zusammenhang mit dem MRA durchgeführt wurde.

4. Rechtsauslegung durch Schweizer Gerichte

4.1 Keine Verpflichtung aus dem MRA

Das MRA enthält, im Unterschied zu gewissen bestehenden bilateralen Abkommen und zu den im Rahmen des Pakets zur Stabilisierung und Weiterentwicklung geänderten bilateralen Abkommen, keine Vorgaben bezüglich der Rechtsprechung, wie z. B. eine Verpflichtung zur Beachtung der Rechtsprechung des EuGH.[854] Es

[854] Siehe z. B. Art. 16 Abs. 2 FZA oder *de lege ferenda* Art. 7 Abs. 2 IP-MRA; zu den neuen Vorgaben siehe Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 79 f.

ist daher auch nicht von einer unmittelbaren Relevanz der Schweizer Rechtsprechung für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit auszugehen.

4.2 Europarechtskonforme Auslegung

Im Bereich der Industrieprodukte ist in der Spruchpraxis von BVGer und BGer im direkten oder indirekten Zusammenhang mit dem MRA, auch ohne rechtliche Verpflichtung, eine ausgeprägte Bezugnahme auf das EU-Recht und dessen Auslegung im Rahmen der europarechtskonformen Auslegungspraxis der Schweizer Gerichte feststellbar.

Gegenstand der Verfahren vor BVGer und BGer bilden in den meisten Fällen Beschwerden von Marktakteuren gegen Massnahmen von Schweizer Marktüberwachungsbehörden. Die involvierten Marktakteure stellten sich verschiedentlich auf den Standpunkt, dass Konformitätsbewertungen, d. h. Konformitätserklärungen von Herstellern von Produkten oder Konformitätsbescheinigungen durch Konformitätsbewertungsstellen von den Schweizer Marktüberwachungsbehörden und Gerichten, nicht überprüft werden dürften aufgrund der Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen gem. Art. 1 Abs. 1 und 2 MRA.[855] Das BVGer und das BGer stellten angesichts dieser Vorbringen fest, dass sich die Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen auf das Inverkehrbringen der Produkte beziehe, nicht aber auf die nachträgliche Marktüberwachung.[856] Daher steht das MRA einer Prüfung der Übereinstimmung von Produkten mit den einschlägigen Anforderungen des Schweizer Rechts im Rahmen der Marktüberwachung nicht entgegen.[857]

In diesem Sinne überprüften die beiden Gerichte verschiedentlich die Qualifikation von Produkten und damit die Rechtmässigkeit der Konformitätsnachweise: Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen z. B. in Bezug auf die Produktekategorien der Medizinprodukte, Biozid-Produkte und Arzneimittel.[858] Das BVGer stellte

---

855 Z. B. BVGer, C-2093/2006 vom 12. Dezember 2007, Sachverhaltsabschnitt J und E. 4.4.

856 BGE 143 II 518 S. 548 E. 9.4 mit Verweis auf BGer, 2C_754/2010 vom 1. Februar 2011, E. 3.7, und BGer, 2C_790/2009 vom 21. Oktober 2010, E. 4.4; BVGer, C-2093/2006 vom 12. Dezember 2007, E. 4.4.1, 4.4.2, 4.4.3, 4.4.5.

857 BGE 143 II 518 S. 548 E. 9.4.

858 Siehe z. B. BGer, 2C_790/2009 vom 21. Oktober 2010; BVGer, C-2093/2006 vom 12. Dezember 2007. Vgl. ferner BGer, 2C_754/2010 vom 1. Februar 2011, in welchem ein automatischer Rasenmäher nicht nur als elektronisches Gerät, sondern auch als Fernmeldeanlage, welche unter Anhang 1 Kap. 7 MRA fällt, qualifiziert wurde.

z. B. fest, dass eine Mundspülung kein Medizinprodukt darstelle und das Produkt deswegen nicht als Medizinprodukt in Verkehr gebracht werden dürfe.[859] Folglich war auch die Konformitätserklärung des Herstellers, welche die Konformität des Produkts mit den Vorgaben für Medizinprodukte belegte, nicht rechtmässig.[860]

Bei der Beurteilung dieser Beschwerden durch das BVGer und das BGer ist bei der Auslegung der als gleichwertig anerkannten Schweizer Vorschriften oftmals eine enge Bezugnahme auf das EU-Recht und dessen Auslegung erkennbar. Dies ist im Sinne der europarechtskonformen Auslegung geboten, weil die Schweizer Vorschriften insb. in Bezug auf die Qualifikation eines Produkts und die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen oftmals direkt auf die entsprechenden Vorschriften im EU-Recht verweisen.[861] Dadurch werden die entsprechenden EU-Vorschriften unmittelbar anwendbar in der Schweiz.[862]

Im Rahmen der Auslegung von Schweizer Vorschriften, welche einen Verweis auf EU-Recht enthalten, ziehen die Schweizer Gerichte daher regelmässig Urteile des EuGH, Literatur sowie Auslegungshilfen der EU-Kommission zum relevanten EU-Recht bei.[863] Ein enger Einbezug der Praxis und Literatur zur Auslegung von EU-Vorschriften, auf welche im Schweizer Recht direkt verwiesen wird, ist zu begrüssen, da auf diese Weise die durch den autonomen Nachvollzug primär in der Rechtsetzung angestrebte Konformität zum EU-Recht im Hinblick auf die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit unterstützt wird.

4.3 Auswirkungen des Einbezugs in die EU-Verfahren der Marktüberwachung

4.3.1. Potenzielle Einschränkung des Spielraums bei der Auslegung

Der partielle Einbezug der Schweiz in die unionalen Verfahren der Marktüberwachung kann sich unter Umständen auch auf den Handlungsspielraum der Schweizer Gerichte bei der Rechtsauslegung auswirken.

---

859 BVGer, C-2093/2006 vom 12. Dezember 2007, E. 3.5.3, 4.3, 4.5.

860 BVGer, C-2093/2006 vom 12. Dezember 2007, E. 4.2 und 4.3.

861 Vgl. z. B. in Bezug auf die Definition von Medizinprodukten BVGer, C-2093/2006 vom 12. Dezember 2007, E. 3.4.1 und 3.4.2.

862 BVGer, C-2093/2006 vom 12. Dezember 2007, E. 3.4.1.

863 BGE 143 II 518 S. 530 f. E. 5.6.3 und S. 542 f. E. 8.3.1; BVGer, C-2093/2006 vom 12. Dezember 2007, E. 3.5; BVGer, C-900/2007 vom 19. Oktober 2009, E. 5, 6.1 oder 6.3.2; BVGer, C-4440/2008 vom 11. August 2011, E. 5.3.3; BVGer, C-4660/2013 vom 28. Mai 2015, E. 4.2.2 und 4.2.9; BVGer, C-3808/2020 vom 9. Mai 2022, E. 4.6; BVGer, B-2246/2022 vom 3. August 2023, E. 5.6.

Erlässt eine Marktüberwachungsbehörde in der Schweiz eine Massnahme gegen ein Produkt, weil es nicht konform mit den grundlegenden Anforderungen im als gleichwertig anerkannten Schweizer Recht ist, und meldet sie die Massnahme gem. dem im MRA vorgesehenen Verfahren der Kommission und den Mitgliedstaaten aufgrund des grenzüberschreitenden Risikos des Produkts, können die Kommission und die Mitgliedstaaten Einwände gegen die Schweizer Massnahme geltend machen und so das Schutzklauselverfahren eröffnen.[864] Erhebt der betroffene Marktakteur in der Schweiz gleichzeitig Beschwerde gegen die Massnahme der Schweizer Marktüberwachungsbehörde an das BVGer, laufen zwei Verfahren zum gleichen Streitgegenstand.

Die EU-Kommission kann nicht direkt auf das gerichtliche Verfahren in der Schweiz einwirken. Erlässt die Kommission jedoch einen Beschluss, ist dieser für die Schweizer Gerichte auf der Grundlage des MRA, d. h. eines völkerrechtlichen Vertrags, grundsätzlich beachtlich. In einer entsprechenden Konstellation würde der Spielraum der Schweizer Gerichte daher eingeschränkt werden.

4.3.2. Relativierung aus praktischer Perspektive

Aus praktischer Sicht ist zu betonen, dass es, soweit ersichtlich, noch nie zu einem solchen Doppelverfahren gekommen ist. Um in einem entsprechenden Fall divergierende Entscheidungen vermeiden zu können, könnte das BVGer oder das BGer das Beschwerdeverfahren in der Schweiz sistieren, bis die EU-Kommission im Rahmen des Schutzklauselverfahrens einen Beschluss gefasst hat. Einen solchen pragmatischen Ansatz verfolgte das BVGer bereits in einem Fall zum Patentrecht.[865]

---

[864] Vgl. vorne § 6 Kap. D.III.3.3.1.2.

[865] Dazu m. w. H. Oesch, Schweiz–EU, Rz. 417. Es handelt sich um das Urteil BVGer, B-3064/2008 vom 13. September 2010.

§ 7 Agrarprodukte

A. Einführung

I. Übersicht

Der Handel mit Agrarprodukten stellt neben dem Handel mit Industrieprodukten traditionell den zweiten wichtigen Teil des grenzüberschreitenden Warenverkehrs zwischen der Schweiz und der EU dar. Unter den Begriff des Handels mit Agrarprodukten fallen einerseits der Handel mit lebenden Tieren und Produkten tierischer Herkunft und andererseits der Handel mit Pflanzen und Produkten pflanzlicher Herkunft.[866]

Die EU stellt auch im Agrarbereich die wichtigste Handelspartnerin der Schweiz dar.[867] Der Anteil der Importe von Agrarprodukten aus der EU in die Schweiz betrug im Jahr 2023 74%, jener der Exporte von Schweizer Agrarprodukten nach der EU 50%.[868] Anders als zwischen den Mitgliedstaaten der EU besteht zwischen der Schweiz und der EU kein komplett freier Handel mit Agrarprodukten. Der grenzüberschreitende Verkehr wird einerseits durch Zölle und mengenmässige Beschränkungen und andererseits durch technische Handelshemmnisse eingeschränkt.

Für den Abbau der technischen Handelshemmnisse im grenzüberschreitenden Handel mit Agrarprodukten zwischen der Schweiz und der EU sind der autonome Nachvollzug und der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit von zentraler Bedeutung. Durch den autonomen Nachvollzug schuf die Schweiz in verschiedenen Produktebereichen des Agrarhandels gleichwertiges Recht zum EU-Recht. Auf dieser Grundlage vereinbarten die Schweiz und die EU die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts und des EU-Rechts in verschiedenen Produktebereichen im Rahmen des 1999 abgeschlossenen Abkommens über landwirtschaftliche Erzeugnisse (Agrarabkommen), welches Teil der Bilateralen I ist.

---

866 Im EU-Recht wird von Tieren und Waren gesprochen, wobei der Begriff der Waren als Sammelbegriff für alle Agrarprodukte verwendet wird, welche nicht lebende Tiere darstellen, siehe die Definition in Art. 3 Ziff. 11 VO 2017/625.

867 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 693. Das Gleiche gilt für den Bereich der Industrieprodukte, vgl. vorne § 6 Kap. A.I.

868 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 693.

In diesem Kapitel soll im Detail auf die Bedeutung dieser beiden Instrumente im Bereich der Agrarprodukte eingegangen werden. Nach einer Einführung in die Thematik der technischen Handelshemmnisse im Bereich der Agrarprodukte (A.) und einem Blick auf die Entwicklung der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU in diesem Bereich (B.) wird detailliert auf die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des Agrarabkommens (C.I.) und die Rolle des autonomen Nachvollzugs eingegangen (C.II.). In der Bewertung wird die rechtliche Integration der Schweiz in das unionale System des Handels mit Agrarprodukten in Bezug auf die Rechtssicherheit (D.I.) und den Handlungsspielraum der Schweiz bei der Rechtsetzung (D.II.), der Rechtsanwendung und der Rechtsauslegung (D.III.) analysiert.

II. Technische Handelshemmnisse im Bereich der Agrarprodukte

Mit dem schrittweisen Abbau der Zölle und mengenmässigen Beschränkungen im Rahmen des GATT gelangten ab den 1970er Jahren wie bei den Industrieprodukten[869] auch im Bereich der Agrarprodukte zunehmend die technischen Handelshemmnisse im grenzüberschreitenden Handel in den Fokus sowohl im internationalen Verhältnis des GATT als auch im Verhältnis zwischen der Schweiz und der damaligen EWG.[870]

Im Bereich der Agrarprodukte kann zwischen technischen Handelshemmnissen unterschieden werden, welche durch Massnahmen des Gesundheitsschutzes entstehen (Kap. II.1. und II.2.), und jenen, die durch spezielle Vorschriften über die Vermarktung geschaffen werden (Kap. II.3.).

1. SPS-Massnahmen als technische Handelshemmnisse

1.1 Gesundheitsrisiken im grenzüberschreitenden Handel

Der Handel mit Agrarprodukten birgt Risiken für die Gesundheit von Menschen, aber auch von Tieren und Pflanzen.

Werden Pflanzen oder lebende Tiere grenzüberschreitend gehandelt, besteht das Risiko, dass Schadorganismen (durch befallene Pflanzen) oder Krankheiten (durch kranke Tiere) von einem Ort an einen anderen Ort gelangen, sich dort verbreiten

869 Vgl. vorne § 6 Kap. A.I.

870 Matsushita et al., S. 434.

und eine Gefahr für die Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen darstellen (sog. Schädlings- oder Krankheitsgefahren, eng. *pest-related oder disease-related risks*).[871] Werden tierische oder pflanzliche Produkte grenzüberschreitend gehandelt, kann dies ebenfalls eine Gefahr für Menschen oder Tiere darstellen, wenn die Produkte (Lebensmittel oder Futtermittel) gesundheitsschädliche Inhalte haben aufgrund von Zusätzen, Verunreinigungen, Toxinen oder krankheitsverursachenden Organismen (sog. Lebensmittel- oder Futtermittelgefahren, eng. *food-borne* oder *feed-borne risks*).[872]

Um diesen beiden Typen von Gefahren vorzubeugen, haben die meisten Staaten Vorschriften über den Handel mit Tieren und Pflanzen und die Herstellung von tierischen und pflanzlichen Agrarprodukten erlassen, mit welchen der Schutz der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen sichergestellt werden soll. Diese Massnahmen werden als SPS-Massnahmen (gesundheitspolizeiliche und pflanzengesundheitliche Massnahmen, eng. *sanitary and phytosanitary measures*) bezeichnet.[873] Die SPS-Massnahmen lassen sich in die drei Bereiche Lebensmittel- bzw. Futtermittelsicherheit, Tiergesundheit sowie Pflanzengesundheit unterteilen.[874]

1.2 SPS-Massnahmen als Mittel zur Risikoreduktion

Zum Schutze von Menschen, Tieren und Pflanzen vor Schädlings- und Krankheitsgefahren sehen SPS-Massnahmen in vielen Staaten einerseits aufwändige Dokumentationspflichten in Form von Bescheinigungen vor, dass Tiere oder Pflanzen frei von Krankheiten bzw. Schädlingen sind, und andererseits Kontrollen von Tieren und Waren an den Grenzen.[875] SPS-Massnahmen können auch Quarantänemassnahmen, Einfuhrbeschränkungen oder sogar Verbote der Einfuhr von gewissen Produkten beinhalten.[876]

---

871 Vgl. Anhang A Abs. 1 lit. a, c und d SPS-Übereinkommen; Kamann, Rz. 16. Die Schadorganismen und Krankheiten können auch im Rahmen von pflanzlichen und tierischen Produkten eine Gesundheitsgefahr für Menschen, Tiere oder Pflanzen darstellen, z. B. durch Fleisch von kranken Tieren, welches von Menschen gegessen wird.

872 Vgl. Anhang A Abs. 1 lit. b SPS-Übereinkommen; Kamann, Rz. 16.

873 Kamann, Rz. 2 und 13.

874 Vgl. die Unterteilung bei Kamann, Rz. 40 ff.

875 Kamann, Rz. 20.

876 Kamann, Rz. 20.

Um Gefahren für Menschen und Tiere durch Lebens- oder Futtermittel bzw. durch Zusätze, Verunreinigungen, Toxine oder krankheitsverursachende Organismen in diesen Produkten zu verringern, erlassen Staaten SPS-Massnahmen in Form von Vorschriften über Verfahrens- und Produktionsmethoden,[877] zulässige Inhaltsstoffe und Zusätze[878] von tierischen oder pflanzlichen Produkten oder Vorschriften über die Kennzeichnung dieser Produkte.[879]

1.3 Handelshemmender Charakter der SPS-Massnahmen

SPS-Massnahmen dienen somit grundsätzlich einem legitimen Ziel und sind in vielen Fällen notwendig zur Sicherstellung des Gesundheitsschutzes.[880] Gleichzeitig stellen die SPS-Massnahmen technische Handelshemmnisse dar, da sie den grenzüberschreitenden Handel einschränken.[881] Muss ein Unternehmen in einem Ausfuhrland umfangreiche amtliche Bescheinigungen vorweisen, dass die Tiere, welche das Unternehmen in einen Einfuhrstaat importieren möchte, frei von Krankheiten sind, erschwert dies den Handel für das auswärtige Unternehmen. Das Gleiche gilt, wenn diese Tiere an der Grenze nochmals einer aufwändigen veterinärrechtlichen Kontrolle unterzogen werden müssen, was für das auswärtige Unternehmen Mehrkosten, einen grösseren Zeitaufwand und damit einen Wettbewerbsnachteil gegenüber heimischen Unternehmen bedeutet, welche diese Verpflichtung nicht trifft.[882] Das Gleiche gilt für den grenzüberschreitenden Handel mit Waren: Möchte ein Unternehmen in einem Ausfuhrstaat ein tierisches Produkt wie z. B. Käse in einen Einfuhrstaat importieren, muss es grundsätzlich die Vorschriften (z. B. die Anforderungen an die Hygiene bei der Produktion) des Einfuhrstaats erfüllen. Weichen die Vorschriften des Ausfuhr- und des Einfuhrstaats voneinander ab, stellt der Export dieses Produkts eine grosse, teilweise eine praktisch unüberwindbare Hürde für das Unternehmen im Ausfuhrstaat dar.[883]

---

877 Sog. *processes and production methods* (PPM), zu welchen z. B. Vorschriften über die Hygiene in Lebensmittel- und Futtermittelbetrieben gehören, vgl. Kamann, Rz. 20; Bridy/Holenstein Pfenninger, Rz. 12; Matsushita et al., S. 443 ff.

878 Zu den Zusätzen zählen gem. Kamann, Rz. 18, zum Beispiel «Aromen, Emulgatoren, Farbstoffe, Stabilisatoren, Süssungsmittel oder Konservierungsstoffe».

879 Kamann, Rz. 20.

880 Vgl. Bridy/Holenstein Pfenninger, Rz. 13; Kamann, Rz. 3.

881 Kamann, Rz. 3.

882 Vgl. Botschaft LMG 2011, S. 5583.

883 In diesem Sinne Spinner/Maritz, S. 135.

Aufgrund der handelshemmenden Wirkung der SPS-Massnahmen werden diese von Staaten oftmals gezielt als protektionistische Massnahmen missbraucht.[884] In diesem Fall dient z. B. eine besonders strenge SPS-Massnahme nur vordergründig als Massnahme für den Gesundheitsschutz, während sie eigentlich Konkurrentinnen aus anderen Staaten vom eigenen Markt fernhalten soll.[885] Um die Verwendung von SPS-Massnahmen als Mittel des Protektionismus einzuschränken, wurde 1995 im Rahmen der WTO das SPS-Übereinkommen geschaffen.[886] Das SPS-Übereinkommen wurde ausgearbeitet, weil unter den Mitgliedstaaten der WTO im Rahmen der Verhandlungen der Uruguay-Runde befürchtet wurde, dass die geplante Liberalisierung in der Form des Abbaus von tarifären und nicht tarifären Handelshemmnissen durch missbräuchliche SPS-Massnahmen untergraben werden könnte.[887] Mit dem SPS-Übereinkommen sollte einerseits klarer geregelt werden, welche SPS-Massnahmen als für den Gesundheitsschutz notwendig und damit als rechtmässig zu werten sind und unter welchen Bedingungen SPS-Massnahmen eine willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung darstellen.[888] Andererseits enthält das SPS-Übereinkommen Massnahmen zur Reduktion der handelshemmenden Wirkung der SPS-Massnahmen und Regeln zum Erlass von nicht-protektionistischen SPS-Massnahmen.[889]

2. Massnahmen zur Reduktion der technischen Handelshemmnisse

Wie im Bereich der Industrieprodukte können technische Handelshemmnisse im Bereich der Agrarprodukte einerseits durch eine Harmonisierung der SPS-Massnahmen zwischen Staaten (Kap. II.2.1) oder andererseits durch eine gegenseitige Anerkennung von SPS-Massnahmen (Kap. II.2.2) verkleinert werden. Diese beiden Vorgehensweisen sind auch im SPS-Übereinkommen vorgesehen.[890]

---

884 Matsushita et al., S. 434, 464; Bridy/Holenstein Pfenninger, Rz. 15; Kamann, Rz. 3.

885 Vgl. Kamann, Rz. 3.

886 Matsushita et al., S. 464; Zúñiga Schroder, S. 24.

887 Kamann, Rz. 7.

888 Erw. 1 Präambel und Art. 1 Abs. 1 SPS-Übereinkommen; Kamann, Rz. 8.

889 Erw. 4 Präambel SPS-Übereinkommen; Kamann, Rz. 8.

890 Vgl. Art. 3 und Art. 4 SPS-Übereinkommen. Dazu im Detail Zúñiga Schroder, S. 24 ff. und 99 ff.

2.1 Harmonisierung der SPS-Massnahmen

Die Harmonisierung des Veterinärrechts, des Pflanzengesundheitsrechts sowie des Lebensmittelrechts und des Futtermittelrechts bildet eine Möglichkeit zur Reduktion der handelshemmenden Wirkung der SPS-Massnahmen.

Als Instrument zum Abbau der technischen Handelshemmnisse ist die Harmonisierung im SPS-Übereinkommen vorgesehen: In Art. 3 Abs. 1 SPS-Übereinkommen werden die WTO-Mitgliedstaaten aufgefordert, ihre SPS-Massnahmen wo möglich auf internationale Standards, Guidelines oder Empfehlungen von internationalen Organisationen abzustützen, um die SPS-Massnahmen international so weit wie möglich zu harmonisieren.[891]

Die Strategie der Harmonisierung wird innerhalb der EU bzw. ihrer Vorgängerorganisationen teilweise seit den 1960er Jahren genutzt, um die technischen Handelshemmnisse im Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu verringern.[892] Auf die Harmonisierung setzte die EU auch im Rahmen der Verhandlungen zum EWR-Abkommen. Sie machte die Übernahme des *acquis communautaire* im Bereich des Veterinärrechts, des Pflanzengesundheitsrechts und des Lebensmittel- und Futtermittelrechts durch die EWR/EFTA-Mitgliedstaaten zur Bedingung für den Abschluss des Abkommens.[893]

Mit dem autonomen Nachvollzug, welchen die Schweiz ab 1993 auch in verschiedenen Teilbereichen der Agrarprodukte verfolgte, setzte die Schweiz auf eine freiwillige Harmonisierung ihres Rechts mit dem EU-Recht, um die technischen Handelshemmnisse zwischen der Schweiz und der EU zu verkleinern.[894]

2.2 Anerkennung der Gleichwertigkeit

Eine zweite Möglichkeit, um die handelshemmende Wirkung von SPS-Massnahmen zu reduzieren, ist die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit (engl. *mutual recognition of equivalence*)[895] von SPS-Massnahmen zwischen zwei oder mehreren Staaten.[896] Die Voraussetzung für die Anerkennung der

---

891 Kamann, Rz. 37; Zúñiga Schroder, S. 25 ff.

892 Vgl. im Detail Hagenmeyer/Teufer, Rz. 14 ff.

893 Botschaft EWR, S. 127. Dazu im Detail hinten § 7 Kap. B.II.1.2.2.

894 Streinz, S. 199 f.; siehe im Detail hinten § 7 Kap. B.III.

895 Zúñiga Schroder, S. 100.

896 Zúñiga Schroder, S. 97.

Gleichwertigkeit bildet das Vertrauen zwischen den anerkennenden Parteien bezüglich der Gleichwertigkeit ihrer Rechtsrahmen und deren Anwendung.[897]

2.2.1. Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des SPS-Übereinkommens

Das SPS-Übereinkommen fordert die Mitgliedstaaten der WTO in Art. 4.1 SPS-Übereinkommen auf, SPS-Massnahmen anderer Mitgliedstaaten als gleichwertig anzuerkennen, selbst wenn diese von den eigenen abweichen.[898] Die Gleichwertigkeitsanerkennung steht unter der Bedingung, dass ein Ausfuhrstaat objektiv belegen kann, dass seine SPS-Massnahmen ein für den Einfuhrstaat angemessenes Niveau an Sicherheit im Bereich des Veterinärrechts, des Pflanzengesundheitsrechts bzw. des Lebensmittel- oder Futtermittelrechts erreichen.[899] Art. 4.2 SPS-Übereinkommen ermutigt die WTO-Mitgliedstaaten, die Gleichwertigkeit in bi- und multilateralen Abkommen anzuerkennen.[900]

Mit der Anerkennung der Gleichwertigkeit verbunden ist normalerweise der Abbau von Handelsformalitäten in Form von aufwändigen Bescheinigungen und von Kontrollen. Obwohl Art. 4.2 SPS-Übereinkommen im Rahmen der WTO die Grundlage für einen effektiven Abbau von technischen Handelshemmnissen im Bereich der Agrarprodukte bietet, wird in der Literatur oft kritisiert, dass die Anerkennung der Gleichwertigkeit nur selten angewandt werde, so erfolgte sie seit 1995 in nur elf Fällen.[901] Mit dem Agrarabkommen zwischen der Schweiz und der EU wird das Ziel von Art. 4.1 und 4.2 SPS-Übereinkommen erreicht, obwohl das Agrarabkommen formell nicht als Abkommen gem. Art. 4.2 SPS-Übereinkommen gilt.

2.2.2. Rechtsrahmen der EU gegenüber Drittstaaten

Der Rechtsrahmen der EU bezüglich der Einfuhr von Tieren und Waren aus Drittstaaten basiert sowohl auf dem Prinzip der Harmonisierung als auch auf dem Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit. Dies zeigt sich anhand der zentralen Bestimmung des EU-Lebensmittelrechts bezüglich der Einfuhr aus Drittstaaten: Lebensmittel und Futtermittel aus Drittstaaten dürfen gem. Art. 11 VO 178/2002

---

897 Vgl. dazu vorne § 4 Kap. C.III.2.

898 Zúñiga Schroder, S. 99 f.

899 Kamann, Rz. 146; Zúñiga Schroder, S. 100; Delev/Greaves Siew, S. 971 ff.

900 Zúñiga Schroder, S. 100, 107 f.; Kamann, Rz. 146.

901 Delev/Greaves Siew, S. 2.

nur dann in die EU eingeführt und in Verkehr gebracht werden, wenn sie «die entsprechenden Anforderungen» des EU-Rechts, von der EU «als zumindest gleichwertig anerkannte Bedingungen» oder «die Anforderungen, welche in einem besonderen Abkommen zwischen der EU und einem Drittland festgelegt wurden», erfüllen.[902]

Die hier interessierende zweite Variante in Art. 11 VO 178/2002 stellt eine einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit von Seiten der EU dar. Ein Unternehmen aus einem Drittstaat kann sich somit nur dann auf die Gleichwertigkeit stützen, wenn diese durch die EU anerkannt wurde. Die Vorgaben für die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit sind in der VO 2017/625 geregelt.[903]

Die Anerkennung der Gleichwertigkeit kann auch im Rahmen der dritten Variante von Art. 11 VO 178/2002 durch einen völkerrechtlichen Vertrag erfolgen. Es handelt sich dabei um eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit, weil die Vertragsparteien den Rechtsrahmen der jeweils anderen Partei als gleichwertig anerkennen. Das Agrarabkommen zwischen der Schweiz und der EU stellt ein wichtiges Beispiel für eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen eines völkerrechtlichen Vertrags dar.[904]

3. Vermarktungsnormen als technische Handelshemmnisse

Die SPS-Massnahmen stellen mit Abstand die wichtigsten technischen Handelshemmnisse im Bereich der Agrarprodukte dar. Neben den SPS-Massnahmen, welche sich auf den Gesundheitsschutz beziehen, haben sich seit den 1990er-Jahren Vorschriften in Bezug auf Agrarprodukte etabliert, welche primär der Vermarktung und damit einem wirtschaftlichen Ziel dienen. Es handelt sich dabei um Vorschriften, welche sich auf Herstellungsverfahren, spezifische Produkteeigenschaften oder die Herkunft von Produkten beziehen.[905] Im Bereich der Herstellungsverfahren geht es zum Beispiel um die Kennzeichnung von Produkten als «biologisch» oder «ökologisch» (Bio-Produkte),[906] bei den spezifischen Eigenschaften um Qualitätsklassen (z. B. bei Wein) und bei der Herkunft um die Kennzeichnung

---

902 Dazu Streinz, S. 199.

903 Art. 129 VO 2017/625; vgl. auch Art. 125–128 VO 2017/625, welche für die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit teilweise auch relevant sind.

904 Siehe im Detail hinten § 7 Kap. C.I.2.

905 Vgl. Botschaft Agrarpaket 95, S. 642.

906 Vgl. z. B. Dimitropoulos, S. 160 ff.

von Produkten mit den Zusätzen «geschützte Ursprungsbezeichnung» (GUB) oder «geschützte geographische Angabe» (GGA).[907]

Technische Handelshemmnisse entstehen dann, wenn ein Produzent von Bio-Produkten aus einem Ausfuhrstaat diese Produkte nicht als Bio-Produkte im Einfuhrstaat vermarkten darf, weil die zwei Staaten unterschiedliche Anforderungen an Bio-Produkte haben. Eine handelshemmende Wirkung wird zudem erzeugt, wenn ein Bio-Produkt aus einem Ausfuhrstaat im Einfuhrstaat nochmals auf seine Kompatibilität mit den Vorschriften des Einfuhrstaats überprüft werden muss (obwohl das Bio-Produkt im Ausfuhrstaat bereits eine entsprechende Prüfung durchlaufen hat), da es so zu Doppelprüfungen kommt.

Die Massnahmen zur Reduktion der technischen Handelshemmnisse stellen auch in diesem Bereich die Harmonisierung und die Anerkennung der Gleichwertigkeit dar. Die EU kennt im Bereich der Bio-Produkte ein System für Drittstaaten, welches mit jenem der SPS-Massnahmen vergleichbar ist. So dürfen Bio-Produkte aus Drittstaaten in die EU importiert werden, wenn die Produkte entweder dem Recht der EU entsprechen oder aus einem Drittstaat stammen, welcher als gleichwertig anerkannt wurde oder mit welchem ein völkerrechtliches Abkommen abgeschlossen wurde.[908]

B. Entwicklung des grenzüberschreitenden Handels Schweiz–EU

I. Interessenlage in der Agrarpolitik

Anders als im Bereich der Industrieprodukte war und ist der grenzüberschreitende Handel mit Agrarprodukten mit der EU bzw. ihren Vorgängerorganisationen aus Sicht der Schweiz von gegenläufigen Interessen geprägt.

---

907 Das Agrarabkommen enthält in den Anhängen 7, 8 und 12 Vorgaben zur Anerkennung und zum Schutz solcher Bezeichnungen im Verhältnis Schweiz–EU, vgl. z. B. Aebi et al., S. 599 ff.

908 Vgl. Art. 45 Abs. 1 lit. b Ziff. i, ii und iii VO 2018/848; noch zum System unter der alten VO 834/2007 siehe Dimitropoulos, S. 174 ff. Zur Einfuhr von Bio-Produkten aus Drittstaaten vgl. auch hinten § 7 Kap. D.II.2.2.2.3.

Mit der Zielsetzung, «einen gesunden Bauernstand zu erhalten und eine leistungsfähige Landwirtschaft zu fördern»,[909] verfolgte die Schweiz nach dem Zweiten Weltkrieg weiterhin eine von der Kriegszeit geprägte protektionistische Agrarpolitik, welche auf Schutzmassnahmen gegen innen und aussen beruhte.[910] Gegen innen enthielten diese Schutzmassnahmen zum Beispiel Absatzgarantien für schweizerische Agrarprodukte zu angemessenen Preisen.[911] Gegenüber dem Ausland zeigte sich die protektionistische Haltung in der Form von Zollzuschlägen, Importkontingenten und sogar Importverboten.[912] Gleichzeitig war die Schweiz als Staat mit einer bescheidenen Fläche an Landwirtschaftsland auf Importe von Lebensmitteln, aber auch Futtermittel aus dem Ausland angewiesen.[913] Die Schweiz hatte zudem auch ein Interesse am Export ihrer Agrarprodukte mit hoher Qualität wie Milchprodukte (insbesondere Käse) und Obst.[914] Diese divergierenden Interessen wirkten sich entscheidend auf die Entwicklung der Handelsbeziehungen zwischen der Schweiz und der EU im Bereich der Agrarprodukte aus.

II. Etappen der Entwicklung

1. Entwicklung bis 1993

1.1 Erster Schwerpunkt auf Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen

Wie im Bereich der Industrieprodukte lag der Schwerpunkt im grenzüberschreitenden Handel mit Agrarprodukten – sowohl im weltweiten Handel im Rahmen des GATT als auch im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EWG – bis in die 1970er Jahre hauptsächlich auf dem Abbau von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen.[915]

---

909 Bericht Landwirtschaft 1956, S. 23; Senti, Rz. 8.

910 Senti, Rz. 8; Donzallaz, Rz. 40 f.; Bericht Landwirtschaft 1956, S. 23.

911 Senti, Rz. 8. Diese Strategie führte zu negativen Folgen für die Umwelt, vgl. Donzallaz, Rz. 42; Bericht Landwirtschaft 1956, S. 23.

912 Senti, Rz. 8. Siehe im Detail Donzallaz, Rz. 50 ff.

913 Vgl. bereits Bericht Landwirtschaft 1956, S. 23.

914 Bericht Landwirtschaft 1959, S. 314.

915 Anders als bei den Industrieprodukten stellt der Abbau von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen im Bereich der Agrarprodukte auch heute noch ein wichtiges Thema in den Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU dar, da diese Handelshemmnisse auf gewisse Produkte weiterhin bestehen. Zu den Zoll- und Kontingentszugeständnissen im Rahmen des Agrarabkommens siehe Senti, Rz. 32 ff.

Zwar musste sich die Schweiz vor allem im Rahmen der GATT-Verhandlungsrunden[916] immer wieder punktuell zu Zollsenkungen und grösseren Importkontingenten im Verhältnis zu ihren Handelspartnern, insbesondere der EWG, bereit erklären,[917] doch war die Schweiz aufgrund ihrer protektionistischen Agrarpolitik stets bestrebt, die Thematik des Handels mit Agrarprodukten und die Landwirtschaft generell bei Verhandlungen mit der EWG auszuklammern. Dies zeigt sich beim Freihandelsabkommen Schweiz–EWG von 1972, bei welchem die Schweiz und die damalige EWG den schrittweisen Abbau von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen auf Industrieprodukte, nicht aber auf Agrarprodukte beschlossen.[918] Es gelang der Schweiz, die Thematik der Landwirtschaft zu einem grossen Teil aus den Verhandlungen herauszuhalten.[919] Mit Protokoll 2 zum Freihandelsabkommen wurden jedoch Zollerleichterungen im Bereich der verarbeiteten Landwirtschaftsprodukte vereinbart.[920]

1.2 Bedeutungszuwachs der technischen Handelshemmnisse

Ab den 1970er Jahren gelangten zunehmend auch die technischen Handelshemmnisse im Bereich der Agrarprodukte in den Fokus des grenzüberschreitenden Handels sowohl im internationalen Verhältnis des GATT als auch im Verhältnis zwischen der Schweiz und der damaligen EWG. Dies zeigt sich im Verhältnis Schweiz–EWG daran, dass die Thematik der technischen Handelshemmnisse in Art. 15 Abs. 2 FHA Schweiz–EU, wenn auch in sehr genereller Weise, erstmals angesprochen wurde. Gemäss dieser Bestimmung wenden die Vertragsparteien ihre Regelungen in den Gebieten des Veterinärwesens, des Gesundheits- und des

---

916 Die Schweiz trat dem GATT zunächst aufgrund ihrer protektionistischen Agrarpolitik nicht bei. Erst als sich die USA und die EWG über die Vorschriften des GATT im Bereich der Landwirtschaft hinwegsetzten, beantragte die Schweiz den Beitritt unter Beibehaltung ihrer landwirtschaftlichen Schutzgesetzgebung, vgl. Senti, Rz. 10.

917 Um in das GATT aufgenommen zu werden, musste die Schweiz der EWG gewisse Zugeständnisse machen, vgl. Senti, Rz. 10.

918 Zur Wirkung des Freihandelsabkommens für die Industrieprodukte siehe vorne § 6 Kap. A.I.

919 Senti, Rz. 11. Dies zeigt sich insbesondere in Art. 15, welcher gem. Bundesrat «den Grundsatz der gegenseitigen Autonomie» im Bereich der Landwirtschaft zum Ausdruck bringt, vgl. Botschaft Freihandelsabkommen 1972, S. 693. Auf Drängen einiger EWG-Mitgliedstaaten musste die Schweiz kleine Zollzugeständnisse machen, Botschaft Freihandelsabkommen 1972, S. 694.

920 Protokoll 2 bezieht sich inhaltlich z. B. auf Zuckerwaren, Schokolade, Suppen oder Kaffee, nicht aber auf Käse oder Fleisch, vgl. dazu Oesch, Schweiz–EU, Rz. 152 ff.

Pflanzengesundheitsrechts «in nicht diskriminierender Weise an und treffen keine neuen Massnahmen, die eine unangemessene Behinderung des Warenverkehrs zur Folge haben».

Die Problematik der technischen Handelshemmnisse im Agrarbereich nahm ab Mitte der 1980er Jahre stetig an Bedeutung zu, einerseits aufgrund der Entwicklungen innerhalb der EWG und andererseits aufgrund des sich ab 1989 abzeichnenden EWR-Abkommens.

1.2.1. Entwicklung innerhalb der EWG

Im Rahmen des Weissbuchs von 1985 legte die damalige EG-Kommission einen Massnahmenplan vor zur Vollendung des Binnenmarkts bis 1992.[921] Der Vollendung des Binnenmarkts standen nicht mehr Zölle und mengenmässige Beschränkungen im Weg, jedoch Grenzkontrollen zwischen den Mitgliedstaaten[922] und unterschiedliche Rechtsvorschriften in den einzelnen Mitgliedstaaten[923] (welche die Grenzkontrollen aus Sicht der Mitgliedstaaten notwendig machten).[924] Um einen freien Warenverkehr zu ermöglichen, wurden z. B. die Kontrollen von den Grenzen zwischen den Mitgliedstaaten an den Versandort verlegt.[925] Zudem wurden einheitliche Dokumente für den Handel mit Tieren und Waren zwischen den Mitgliedstaaten geschaffen und in verschiedenen, horizontalen Bereichen[926] einheitliche Vorschriften auf Ebene des EG-Rechts.[927]

Gegenüber Drittstaaten blieben die Grenzkontrollen und Handelsformalitäten bestehen, wodurch sich die handelshemmende Wirkung dieser (im Vergleich zum Handel zwischen den Mitgliedstaaten) verstärkte. Die damalige EWG reagierte auf die Befürchtungen einer Abschottung des Binnenmarktes (Stichwort *Fortress Europe*),[928] indem sie in den EG-Rechtsakten die Bedingungen für die Einfuhr von Produkten aus Drittstaaten regelte, wobei für den Import häufig vorausgesetzt

---

921 Vgl. vorne § 3 Kap. C.I.3.1.1.

922 Weissbuch 1985, Ziff. 33 f. und 39.

923 Vgl. Weissbuch 1985, Ziff. 60 und 71 dritter Spiegelstrich.

924 Weissbuch 1985, Ziff. 39.

925 Weissbuch 1985, Ziff. 42; z. B. die pflanzengesundheitlichen Kontrollen, vgl. dazu hinten § 7 Kap. C.III.2.2.

926 Weissbuch 1985, Ziff. 71 dritter Spiegelstrich; Hagenmeyer/Teufer, Rz. 28.

927 Z. B. Hygienevorschriften im Bereich der Herstellung von Milchprodukten mit der RL 92/46/EWG; vgl. dazu Spinner/Maritz, S. 134.

928 Dazu vorne § 4 Kap. C.IV.2.

wurde, dass die Vorschriften des Drittstaats zu jenen des EG-Rechts «mindestens gleichwertig»[929] sein müssen.[930]

1.2.2. Entwicklung im EWR-Abkommen

Vom EWR-Abkommen werden auch die Bereiche des Tier- und Pflanzengesundheitsrechts sowie des Lebensmittel- und Futtermittelrechts erfasst.[931] Die Einbindung dieser Bereiche wurde als notwendig erachtet, um die technischen Handelshemmnisse innerhalb des EWR zu vermindern und damit einen homogenen europäischen Wirtschaftsraum zu schaffen.[932] Abgesehen von den Bereichen, welche zu technischen Handelshemmnissen führen, wurde die Thematik der Landwirtschaft ansonsten grundsätzlich vom EWR-Abkommen ausgeklammert.[933] Während die technischen Handelshemmnisse innerhalb des EWR mit dem Inkrafttreten des Abkommens abgebaut wurden, blieben sie im Verhältnis Schweiz–EWR bestehen, da die Schweiz den Beitritt zum EWR-Abkommen ablehnte.[934]

2. Entwicklung ab 1993

2.1 Situation der Schweiz nach dem EWR-Nein

Da die Schweiz die Vorschriften der EWG durch den abgelehnten Beitritt zum EWR-Abkommen nicht übernehmen musste, wich das Schweizer Recht am 1. Januar 1993 in vielen Teilbereichen der Agrarprodukte stark vom EWG-Rechtsrahmen ab. Die Schweiz stellte aus Sicht des EWR einen Drittstaat dar und musste für den Import von schweizerischen Produkten in den EWR die Anforderungen des EWG-Rechts für Drittstaaten erfüllen:[935] Als Drittstaat musste die Schweiz garantieren können, dass die Tiere und Produkte aus der Schweiz die

929 Art. 22 RL 92/46/EWG.

930 Spinner/Maritz, S. 134.

931 Art. 18 EWR-Abkommen; Botschaft EWR, S. 127.

932 Botschaft EWR, S. 127.

933 Botschaft EWR, S. 139. Vgl. Artikel 8 EWR-Abkommen. Im Rahmen von Protokoll 42 vereinbarten die EG und die EFTA-Mitgliedstaaten jedoch Agrarkonzessionen auf bilateraler Ebene.

934 Vgl. dazu bereits vorne § 3 Kap. C.II.3.5.

935 Beispielhaft für den Bereich des Veterinärrechts Botschaft Folgeprogramm, S. 847.

Anforderungen des EWG-Rechts erfüllen.[936] Aufgrund des damals abweichenden Schweizer Rechtsrahmens erschwerte dies den Export von Tieren und Produkten in den EWR für Schweizer Unternehmen stark.

> Dies zeigt sich beispielhaft im Bereich der Milch und Milchprodukte, in welchem die Anforderungen des EU-Rechts an die Hygiene bei der Produktion von Milch und Milchprodukten vor 1996 höher waren als in der Schweiz.[937] Das EG-Recht verlangte für den Import aus Drittstaaten, dass die Vorschriften des Drittstaats «mindestens gleichwertig» zu den Gemeinschaftsvorschriften sind.[938] Eine separate Produktion von Milch und Milchprodukten nach Schweizer Vorschriften für den Schweizer Markt und nach EU-Recht für den EU-Binnenmarkt wäre praktisch nicht realisierbar gewesen.[939] Deshalb blieb der Schweiz nur die Möglichkeit, ihr Hygienerecht im Bereich der Milch und Milchprodukte an das EU-Recht anzugleichen, wenn sie ihre Produkte in die EU exportieren wollte.[940] Der autonome Nachvollzug des EG-Rechts erfolgte 1995 mit der Qualitätssicherungsverordnung.[941]

2.2 Vorgehen der Schweiz im Rahmen des Folgeprogramms 1993

Da der grenzüberschreitende Handel auch im Bereich der Agrarprodukte durch technische Handelshemmnisse eingeschränkt wurde, verfolgte der Gesetz- und Verordnungsgeber in der Schweiz ab 1993 den Abbau der technischen Handelshemmnisse auch in diesem Bereich[942] sowohl im Rahmen des Ziels der marktwirtschaftlichen Erneuerung[943] als auch im Rahmen der *Swisslex*-Vorlagen.[944]

---

936 Vgl. Botschaft Folgeprogramm, S. 847.

937 Spinner/Maritz, S. 134.

938 Art. 22 RL 92/46/EWG; Spinner/Maritz, S. 134.

939 Spinner/Maritz, S. 135.

940 Vgl. Botschaft Folgeprogramm, S. 847: «Will die Schweiz ihre Möglichkeiten zur Ausfuhr wahren, bleibt also nichts anderes übrig, als die gesetzlichen Grundlagen zu schaffen, die es ermöglichen, die Bedingungen der EG zu erfüllen.»

941 Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Qualitätssicherung in der Milchwirtschaft, SR 916.351.0. Zu den inhaltlichen Änderungen vgl. Spinner/Maritz, S. 134 f.

942 Streinz, S. 198 f. Im Schweizer Recht werden unter dem Begriff der technischen Handelshemmnisse die Handelsbeschränkungen sowohl im Bereich der Industrieprodukte als auch in jenem der Agrarprodukte verstanden, vgl. Bridy/Holenstein Pfenninger, Rz. 16.

943 Botschaft Folgeprogramm, S. 829 f. Zur marktwirtschaftlichen Erneuerung im Rahmen des Folgeprogramms bereits vorne § 3 Kap. C.III.3.2.

944 Z. B. durch die Änderung des Tierseuchengesetzes, vgl. Botschaft Folgeprogramm, S. 846 ff.

Wie bei den Industrieprodukten setzte die Schweiz dabei auf eine doppelte Strategie: Der Abbau der technischen Handelshemmnisse sollte einerseits durch die freiwillige Angleichung der schweizerischen Vorschriften an das damalige EG-Recht im Rahmen des autonomen Nachvollzugs erfolgen[945] und andererseits im Rahmen von völkerrechtlichen Vereinbarungen mit der EG.[946]

III. Autonomer Nachvollzug im Bereich der Agrarprodukte

1. Übersicht

Der autonome Nachvollzug, welcher ab 1993 einsetzte, stützte sich direkt auf die Zielsetzung im Folgeprogramm zum Abbau der technischen Handelshemmnisse und konzentrierte sich auf die Bereiche des Veterinärrechts, des Pflanzengesundheitsrechts sowie des Lebensmittel- und Futtermittelrechts.[947] Mit dem Inkrafttreten des THG wurde der autonome Nachvollzug als Mittel zur Bekämpfung der technischen Handelshemmnisse als Grundsatz auch in Art. 4 Abs. 2 THG verankert.[948] Der autonome Nachvollzug in den 1990er Jahren erfolgte einerseits auf der Ebene der Bundesgesetze und andererseits in Verordnungen des Bundesrats, der Departemente und teilweise sogar der Bundesämter.[949]

2. Autonomer Nachvollzug in den einzelnen Produktebereichen

Bereits vor der EWR-Abstimmung wurde im Rahmen der Totalrevision des Lebensmittelrechts und im Hinblick auf den erwarteten Beitritt der Schweiz zum EWR-Abkommen eine «bestmögliche Ausrichtung auf das EU-Recht»[950] angestrebt. Der autonome Nachvollzug bezog sich auch auf die Verordnungen im

---

945 Vgl. Klemm/Trüten, Lebensmittelrecht EU–Schweiz, S. 136.

946 Botschaft Folgeprogramm, S. 829.

947 Klemm/Trüten, Lebensmittelrecht EU–Schweiz, S. 136; Botschaft Folgeprogramm, S. 846 ff.

948 Vgl. dazu bereits vorne § 6 Kap. B.II.2.; von Büren, S. 68, spricht von einer «Gesetzesdelegation an den Bundesrat zum autonomen Nachvollzug auf Verordnungsstufe».

949 Klemm/Trüten, Lebensmittelrecht EU–Schweiz, S. 136.

950 Klemm/Trüten, Lebensmittelrecht EU–Schweiz, S. 136.

Lebensmittelbereich.[951] Eine erste Angleichung des Schweizer Rechts an das damalige EG-Recht nach dem EWR-Nein erfolgte im Bereich des Tierseuchenrechts durch die Wiederaufnahme der *Eurolex*-Vorlage zum Tierseuchengesetz als *Swisslex*-Vorlage im Rahmen des Folgeprogramms.[952] Der autonome Nachvollzug des Tierseuchengesetzes und der Tierseuchenverordnung stellte eine wichtige Voraussetzung für den Handel mit lebenden Tieren dar.[953]

In den folgenden Jahren kamen weitere Bereiche hinzu, in welchen das Schweizer Recht an das EG-Recht angeglichen wurde. Einen wichtigen Schritt stellten die Änderungen des LwG im Rahmen des Agrarpakets 95 dar, mit welchem die gesetzlichen Grundlagen im LwG geschaffen wurden für die detaillierte Angleichung des Schweizer Rechts an das Recht der EG in den Bereichen des biologischen Landbaus,[954] der Pflanzengesundheit sowie der Produktionsmittel (früher als landwirtschaftliche Hilfsstoffe bezeichnet), zu welchen das pflanzliche Vermehrungsmaterial und die Futtermittel gehören.[955] Gestützt auf diese rechtlichen Grundlagen erliess der Bundesrat Verordnungen, in welchen die Vorgaben des EU-Rechts übernommen wurden.[956]

IV. Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen

1. Verhandlungsverlauf

Um die technischen Handelshemmnisse im Bereich der Agrarprodukte abzubauen, setzte sich der Bundesrat neben dem autonomen Nachvollzug den Abschluss von bilateralen Abkommen mit der damaligen EG zum Ziel.[957] Der Bundesrat war sich wie bei den Industrieprodukten bewusst, dass ein wirksamer und nachhaltiger

951 Klemm/Trüten, Lebensmittelrecht EU–Schweiz, S. 136.

952 Botschaft Folgeprogramm, S. 846.

953 Botschaft Folgeprogramm, S. 847.

954 Botschaft Agrarpaket 95, S. 660.

955 Botschaft Agrarpaket 95, S. 672 ff.

956 Z. B. die Bio-Verordnung, welche am 1. Januar 1998 in Kraft trat, (zur Entstehung Kiener, S. 63 f.) oder die Pflanzenschutzverordnung 2001.

957 Botschaft Folgeprogramm, S. 820, 829.

Abbau der technischen Handelshemmnisse oftmals nur mittels einer völkerrechtlichen Vereinbarung sichergestellt werden konnte.[958]

Nach Konsultationen mit den interessierten Kreisen schlug der Bundesrat der EG die Eröffnung von Verhandlungen in verschiedenen Bereichen vor, darunter den Bereichen des Veterinär- und des Pflanzengesundheitsrechts.[959] Die EG wehrte sich nach dem abgelehnten Beitritt der Schweiz zum EWR-Abkommen gegen einen EWR «à la carte»[960] für die Schweiz durch Vereinbarungen in den Bereichen, in welchen die Schweiz ein Interesse hatte.

Daher zeigte sie sich nur unter der Bedingung zu bilateralen Verhandlungen bereit, dass auch die Bereiche des Personenverkehrs und des Handels mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen ins Verhandlungspaket der Bilateralen I einbezogen werden.[961] Nach dem Verständnis der EG umfasste der Bereich der landwirtschaftlichen Erzeugnisse nicht nur – wie von der Schweiz gewünscht – die Aspekte der technischen Handelshemmnisse, sondern auch den Abbau von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen.[962] Am 31. Oktober 1994 verabschiedete der Rat der EU in seinen Schlussfolgerungen fünf Verhandlungsmandate, darunter den Marktzutritt für Landwirtschaftsprodukte.[963] Die Verhandlungen führten am 21. Juni 1999 unter anderem zum Abschluss des Agrarabkommens als Teil der Bilateralen I.[964]

2. Inhalt des Abkommens

Art. 1 Abs. 1 des Agrarabkommens hält das Ziel des Abkommens fest, «die Freihandelsbeziehungen zwischen den Parteien durch Verbesserung des Marktzu-

---

958 Vgl. Botschaft Agrarpaket 95, S. 673 in Bezug auf die Pflanzengesundheit und die Produktionsmittel; vgl. auch Botschaft Agrarpaket 95, S. 668.

959 Vgl. die Auflistung im Zwischenbericht 1995, S. 210; siehe auch Botschaft Folgeprogramm, S. 820: Nach der ersten Sitzung des Gemischten Ausschusses FHA Schweiz–EU am 5. Februar 1993 zeigte die EG noch grössere Zurückhaltung in den Bereichen, die nur teilweise mit dem FHA Schweiz–EU verknüpft waren, wie dem Bereich des Veterinär- und des Pflanzengesundheitsrechts.

960 Botschaft Folgeprogramm, S. 816.

961 Senti, Rz. 13.

962 Der Einbezug der quantitativen Aspekte im Bereich der Agrarprodukte stellte für die EG eine *conditio sine qua non* für die Verhandlungen dar, vgl. Aebi et al., S. 580.

963 Vgl. Zwischenbericht 1995, S. 211.

964 Senti, Rz. 14.

gangs für landwirtschaftliche Erzeugnisse der jeweils anderen Partei zu stärken». Das Abkommen enthält einerseits einen quantitativen Teil, in dessen Rahmen die Senkung von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen auf verschiedene Produkte vereinbart wurde.[965] Im Bereich des Handels mit Käse wurden die Zölle in Anhang 3, dem sogenannten Käseabkommen, sogar ganz abgeschafft.[966] Die Schweiz war jedoch nicht bereit, ihre Schutzmassnahmen in allen Teilbereichen der Agrarprodukte ganz aufzugeben, was sich z. B. im Bereich von Gemüse und Obst eindrücklich zeigt.[967]

Als zweiten Schwerpunkt enthält das Agrarabkommen andererseits einen qualitativen Teil.[968] In den Anhängen 4–12 vereinbarten die Schweiz und die EU den Abbau von technischen Handelshemmnissen in verschiedenen Teilbereichen.[969] In sieben Anhängen erfolgt der Abbau der technischen Handelshemmnisse auf der Grundlage des Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts und des EU-Rechts.[970] Im folgenden Kapitel C. wird detailliert auf den Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des Agrarabkommens eingegangen und auf die Bedeutung des autonomen Nachvollzugs für die Anwendung dieses Mechanismus.

C. Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des Agrarabkommens

I. Funktionsweise

1. Anwendungsbereich

Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit bildet in sieben der neuen Anhänge des Agrarabkommens, welche den Abbau der technischen Handelshemmnisse bezwecken, den zentralen Mechanismus für den Abbau der techni-

965 Botschaft Bilaterale I, S. 6227, vgl. Art. 2 und 3 und Anhänge 1–3 und 10 Agrarabkommen; siehe im Detail Senti, Rz. 32 ff.; Botschaft Bilaterale I, S. 6229 ff.

966 Vgl. zum Käseabkommen Aebi et al., S. 583, 586 ff.

967 Senti, Rz. 55.

968 Botschaft Bilaterale I, S. 6227, 6234 ff.; Aebi et al., S. 583.

969 Vgl. Art. 5 Agrarabkommen.

970 Zu den Bereichen siehe hinten § 7 Kap. C.I.1.

schen Handelshemmnisse. Es handelt sich um die Bereiche Pflanzengesundheit[971] (Anhang 4), Futtermittel (Anhang 5), Saatgut (Anhang 6), Weinbauerzeugnisse (Anhang 7), Spirituosen und aromatisierte weinhaltige Getränke (Anhang 8), landwirtschaftliche Erzeugnisse und Lebensmittel aus ökologischem Landbau (Anhang 9) und Handel mit lebenden Tieren und tierischen Erzeugnissen (Anhang 11).[972]

Anhang 10 Agrarabkommen zur Anerkennung der Kontrolle der Konformität mit den Vermarktungsnormen für frisches Obst und Gemüse funktioniert hingegen nicht nach dem Mechanismus der *gegenseitigen* Anerkennung der Gleichwertigkeit. Im Rahmen dieses Anhangs akzeptiert die EU *einseitig* die Ergebnisse der Konformitätskontrollen von schweizerischen Kontrollstellen, mit welchen die Konformität von schweizerischem Obst und Gemüse mit den Vermarktungsnormen der EU im Hinblick auf den Export dieser Produkte in die EU bestätigt wird.[973] Anhang 10 Agrarabkommen enthält somit eine einseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, die mit der Funktionsweise von Art. 1 Abs. 1 MRA vergleichbar ist.[974]

Obwohl die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in den sieben Anhängen grundsätzlich gleich funktioniert (Kap. C.I.2.), gibt es grosse Unterschiede in der Ausgestaltung des Mechanismus in den einzelnen Produktebereichen (Kap. C.I.3. und C.I.4.). Diese Unterschiede wirken sich auf die Wirkungsweise des Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit aus.[975]

---

971 Anhang 4 Agrarabkommen trägt den Titel «Pflanzenschutz». In dieser Arbeit wird der modernere und präzisere Begriff der *Pflanzengesundheit* verwendet, wie er heute auch im EU-Recht und im Schweizer Recht (PGesV, welche die alte Pflanzenschutzverordnung 2001 abgelöst hat) verwendet wird. Auf diese Weise wird auch die Unterscheidung zum Bereich der Pflanzenschutzmittel deutlich, welcher nicht Teil des Agrarabkommens ist, vgl. Erläuternder Bericht PGesV, S. 3, oder BLW, Agrarbericht 2019, S. 118.

972 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 149 zweiter Spiegelstrich; Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 469.

973 Vgl. Anhang 10 Art. 2 Agrarabkommen.

974 Eine gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen ist nicht möglich, da das Schweizer Recht keine Vermarktungsnormen für Obst und Gemüse kennt. Es bestehen jedoch private Vermarktungsnormen von Branchenverbänden, welche dem EU-Recht ähnlich sind.

975 Vgl. hinten § 7 Kap. C.III.

2. Grundmechanismus

2.1 Zentrale Elemente

Im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit anerkennen die Schweiz und die EU, dass entweder ihre Vorschriften in einem Produktebereich gleichwertig sind oder die Wirkung ihrer Vorschriften in einem Produktebereich gleichwertig ist.[976] Der Grundsatz der Gleichwertigkeitsanerkennung wird mit zwei Ausnahmen in jedem Produktebereich, in welchem der Mechanismus verwendet wird, explizit statuiert.

Jeweils in einer Anlage[977] zum entsprechenden Anhang wird konkretisiert, auf welche Vorschriften der Schweiz und der EU sich die Gleichwertigkeitsanerkennung bezieht bzw. welche Vorschriften der Schweiz und der EU zu einer gleichwertigen Wirkung führen sollen. In den Anlagen werden dazu die gegenseitig als gleichwertig anerkannten Rechtsakte der EU jenen der Schweiz gegenübergestellt. Fehlt die Auflistung der als gegenseitig anerkannten Rechtsakte in der Anlage, ist die Gleichwertigkeitsanerkennung unvollständig, da nicht definiert ist, auf welchen Gegenstand, d. h. auf welche Vorschriften, sich die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in einem Produktebereich bezieht.

Der Grundsatz der Gleichwertigkeitsanerkennung in einem Anhang und die Konkretisierung in einer Anlage zum entsprechenden Anhang bilden somit die *zwei zentralen Elemente* des Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Agrarabkommen. Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit bildet wiederum die Grundlage für Handelserleichterungen.[978]

Die Konkretisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung in der Form der Auflistung der Rechtsakte, welche als gleichwertig anerkannt werden, muss in einer entsprechenden Anlage explizit vorhanden sein, damit der Mechanismus der Gleichwertigkeitsanerkennung zur Anwendung kommen kann. Hingegen zeigt sich im Agrarabkommen, dass der Mechanismus auch ohne explizite Nennung des Grundsatzes der Gleichwertigkeitsanerkennung funktionieren kann.

---

976 Zum Unterschied der formellen Ausgestaltung siehe hinten § 7 Kap. C.I.3.1.

977 Unter dem Begriff der Anlagen werden im Agrarabkommen funktional die Anhänge zu den einzelnen Anhängen verstanden.

978 Siehe zu den Handelserleichterungen hinten § 7 Kap. C.III.1.

2.2 Bereiche mit konkludenter Gleichwertigkeitsanerkennung

Im Bereich des Handels mit Wein (Anhang 7) besagt Anhang 7 Art. 4 Abs. 1 Agrarabkommen lediglich, dass der Handel zwischen den Parteien nach den in diesem Anhang vorgesehenen technischen Vorschriften erfolgt, wobei für die technischen Vorschriften auf Anlage 3 zu Anhang 7 verwiesen wird. Die Erkenntnis, dass auch im Bereich des Weins der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zur Anwendung kommt, ergibt sich nicht direkt aus dem Wortlaut von Anhang 7 Art. 4 Abs. 1 Agrarabkommen, jedoch aus dem Umstand, dass in Anlage 3 im Sinne einer Konkretisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung Rechtsakte der Schweiz und der EU aufgelistet werden. Dürfen sowohl die EU als auch die Schweiz im grenzüberschreitenden Handel ihre eigenen, in Anhang 7 Anlage 3 genannten Rechtsakte anwenden, ergibt sich aus der Logik des Abkommens, dass die Rechtsakte der beiden Parteien als gleichwertig anerkannt sein müssen.

Im Bereich des Handels mit Spirituosen (Anhang 8) ergibt sich aus der Gemeinsamen Erklärung der Schweiz und der EU in der Schlussakte des Agrarabkommens, dass die Parteien auch in diesem Bereich die Anwendung des Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit vereinbart haben. Gemäss dieser Gemeinsamen Erklärung leiten die Parteien das Verfahren ein, «um in das Abkommen über die Landwirtschaft einen Anhang (*recte* eine Anlage) aufzunehmen, der die gegenseitige Anerkennung der jeweiligen Rechtsvorschriften für Spirituosen und aromatisierte weinhaltige Getränke vorsieht»[979], sobald die Schweiz ihr Recht an das Recht der EU angeglichen hat. Eine Anlage, in welcher Rechtsvorschriften der Schweiz und der EU aufgelistet werden, besteht heute mit Anhang 8 Anlage 5 Agrarabkommen. Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit besteht damit heute faktisch auch im Bereich der Spirituosen in Bezug auf die in Anhang 8 Anlage 5 Agrarabkommen genannten Rechtsakte der Schweiz und der EU. Eine explizite Statuierung des Grundsatzes der Gleichwertigkeitsanerkennung in Anhang 8 fehlt jedoch wie in Anhang 7.[980] In beiden Bereichen muss somit von

---

979 Gemeinsame Erklärung zu den Rechtsvorschriften für Spirituosen und aromatisierte weinhaltige Getränke.

980 Anhang 8 Art. 2 Agrarabkommen besagt missverständlich, dass dieser Anhang für die Produkte gilt, welche in den Rechtsakten in Anhang 8 Anlage 5 definiert werden. Aus der Gemeinsamen Erklärung zu Anhang 8 und den Inhalten der Rechtsakte in Anhang 8 Anlage 5 ergibt sich jedoch, dass sich die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit auf die Begriffsbestimmungen und die Aufmachung dieser Produkte bezieht.

einer *konkludenten* gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit ausgegangen werden.[981]

Die beiden Beispiele verdeutlichen, dass der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit funktionieren kann, wenn in einer Anlage konkretisiert wird, worauf sich die Gleichwertigkeitsanerkennung bezieht. Die Konkretisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung bildet somit den konstitutiven Teil im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Mechanismus. Eine explizite Formulierung des Grundsatzes der Gleichwertigkeitsanerkennung ist für die Funktionsfähigkeit nicht zwingend notwendig, rechtlich jedoch wünschenswert.

3. Unterschiede in der formellen Ausgestaltung der Gleichwertigkeitsanerkennung

Anders als im Bereich der Industrieprodukte bestehen im Bereich der Agrarprodukte erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Produktebereichen in Bezug auf die formelle Ausgestaltung des Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit.

3.1 Unterschiede in Bezug auf den Gegenstand der Gleichwertigkeit

Die Unterschiede ergeben sich einerseits in Bezug auf den Gegenstand der Gleichwertigkeit: Während sich die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in einigen Bereichen direkt auf die Vorschriften im Schweizer Recht und im EU-Recht bezieht, erfolgt die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in anderen Bereichen in Bezug auf die Wirkung der Vorschriften.

3.2 Unterschiede in Bezug auf den geforderten Grad der Übereinstimmung

Unterschiede sind andererseits in Bezug auf den geforderten Grad der Übereinstimmung der Vorschriften bzw. der Wirkungen der Vorschriften erkennbar. Unter dem Titel «Grundsatz der Gleichwertigkeit» hält Anhang 9 Art. 3 Abs. 1 Agrarabkommen im Bereich der Bio-Produkte fest, dass «die Rechts- und Verwaltungsvorschriften gemäss Anlage 1 dieses Anhangs gleichwertig sind». Gleichwertigkeit wird gem. Anhang 11 Art. 12 Abs. 2 Agrarabkommen auch in Bezug auf die

[981] Von einer gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in Anhang 7 und 8 Agrarabkommen gehen auch Oesch, Schweiz–EU, Rz. 149 zweiter Spiegelstrich, Tobler/Beglinger, Schweiz–EU, Rz. 156, sowie der Erläuternde Bericht Vernehmlassung Paket, S. 469, aus.

veterinärhygienischen Massnahmen im Handel mit tierischen Produkten vorausgesetzt. Im Bereich des Saatguts werden im Rahmen der Gleichwertigkeitsanerkennung gem. Anhang 6 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen die «gleichen Ergebnisse» gefordert, obwohl der Titel des Artikels von der «Anerkennung der Gleichwertigkeit der Rechtsvorschriften» spricht. Im Bereich des Handels mit lebenden Tieren in Anhang 11 Teil 1 Agrarabkommen stellen die Parteien gem. Anhang 11 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen fest, dass ihre Vorschriften bezüglich der Bekämpfung von Tierseuchen und der Meldungen von Seuchen «übereinstimmen und zu denselben Ergebnissen führen».[982]

3.3 Folgen der unterschiedlichen Ausgestaltung

Aus den Unterschieden in der formellen Ausgestaltung der Gleichwertigkeitsanerkennung in den einzelnen Produktebereichen lassen sich folgende Erkenntnisse gewinnen: Der Begriff der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit wird im Agrarabkommen als Begriff für den Mechanismus verwendet, was sich exemplarisch anhand des Titels von Anhang 6 Art. 2 zeigt, in welchem die Parteien unter dem Titel «Anerkennung der Gleichwertigkeit der Rechtsvorschriften» anerkennen, dass ihre Rechtsvorschriften zu *gleichen* Ergebnissen führen.[983] Der Hinweis auf den Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit alleine definiert noch nicht den Grad der Übereinstimmung, welcher im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit verlangt wird. Dieser ergibt sich aus den konkretisierenden Vorschriften in jedem Produktebereich (z. B. Anhang 6 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen: gleiche Ergebnisse aus den Rechtsvorschriften).

In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass im Rahmen des Agrarabkommens nicht festgelegt wurde und damit kein Referenzwert besteht, unter welchen Voraussetzungen Ergebnisse als gleich oder Rechtsvorschriften als gleichwertig gelten. Ob z. B. die Rechtsvorschriften als gleichwertig erachtet werden, ergibt sich im Rahmen der Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU, wobei vor allem die Einschätzung der EU zentral ist, da das EU-Recht die Referenzgesetzgebung darstellt.[984]

---

982 Inhaltlich gleich ist die Formulierung in Anhang 11 Art. 4 Abs. 1 Agrarabkommen in Bezug auf die Einfuhr von lebenden Tieren und tierischem Vermehrungsmaterial aus Drittstaaten.

983 Anhang 11 Art. 12 Abs. 2 spricht auch vom Gleichwertigkeitsprinzip.

984 Beglinger/Tobler, S. 547 f. Es geht stets um die Beurteilung, ob Schweizer Vorschriften gleichwertig zu den Vorschriften der EU sind und nicht umgekehrt.

Aufgrund der Unterschiede, zum einen in Bezug auf den Gegenstand der Gleichwertigkeitsanerkennung und zum anderen in Bezug auf den Grad der geforderten Übereinstimmung, kann im Agrarabkommen zwischen zwei Typen der Gleichwertigkeitsanerkennung unterschieden werden.[985]

4. Typen der Gleichwertigkeitsanerkennung

4.1 Typ 1: Gleichwertigkeitsanerkennung in Bezug auf die Wirkung der Vorschriften

Im Bereich der Pflanzengesundheit (Anhang 4), der Futtermittel (Anhang 5), des Saatguts (Anhang 6) sowie des Handels mit lebenden Tieren und tierischem Vermehrungsmaterial (Anhang 11 Teil I) bezieht sich die Gleichwertigkeitsanerkennung nicht direkt auf die Rechtsvorschriften der Schweiz und der EU, sondern auf die Wirkung der Rechtsvorschriften. Bei Typ 1 wird somit eine funktionale Gleichwertigkeit bzw. Äquivalenz verlangt.[986]

In diesem Sinne stellen die Parteien in Anhang 4 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen fest, dass sie «vergleichbare Rechtsvorschriften» haben, welche einen «gleichwertigen Schutz» vor der Einschleppung und Verschleppung von Schadorganismen bei Pflanzen bieten. Vergleichbare Formulierungen, welche sich auf die Wirkung bzw. die Ergebnisse der Rechtsvorschriften beziehen, bestehen, wie bereits erwähnt, im Bereich des Saatguts (Anhang 6)[987] und des Handels mit lebenden Tieren und tierischem Vermehrungsmaterial (Anhang 11 Teil I).[988]

Diese Formulierungen implizieren, dass die Ziele in der Gesetzgebung der beiden Parteien und die Wirkung der Gesetzgebung gleich sein müssen, während die Rechtsvorschriften nur *vergleichbar* sein oder *im Wesentlichen übereinstimmen* müssen. Daraus könnte aus theoretischer Perspektive geschlossen werden, dass der Schweiz in diesen Produktebereichen einen Spielraum in der Rechtsetzung zukommen muss, solange die Wirkung der Rechtsetzung im Schweizer Recht gleich-

985 Die Typisierung orientiert sich an einer verwaltungsinternen Unterscheidung des BLV; Auskunft BLV vom 18. August 2024.

986 Vgl. dazu vorne § 4 Kap. B.III.

987 Anhang 6 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen; vgl. vorne § 7 Kap. C.I.3.2.

988 Anhang 11 Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 Agrarabkommen.

wertig ist zu jener nach EU-Recht.[989] Ob sich dieser theoretische Befund mit der Praxis des Agrarabkommens deckt, wird in § 7 Kap. D.II. untersucht.

4.2 Typ 2: Gleichwertigkeitsanerkennung in Bezug auf die Vorschriften

Bei den Bio-Produkten (Anhang 9) sowie dem Handel mit tierischen Produkten (Anhang 11 Teil II) bezieht sich die Gleichwertigkeitsanerkennung direkt auf die Vorschriften im Schweizer Recht und im EU-Recht. Im Bereich der Bio-Produkte anerkennen die Schweiz und die EU gem. Anhang 9 Art. 3 Abs. 1 Agrarabkommen gegenseitig, dass die «Rechts- und Verwaltungsvorschriften gemäss Anlage 1 dieses Anhangs gleichwertig sind». Im Bereich des Handels mit lebenden Tieren wird das Gleichwertigkeitsprinzip gem. Anhang 11 Art. 12 Abs. 2 Agrarabkommen auf geltende veterinärhygienische Massnahmen der Schweiz und der EU angewandt und somit direkt auf die Rechtsvorschriften der beiden Parteien.

In den Bereichen des Handels mit Wein (Anhang 7) und Spirituosen (Anhang 8) mit konkludenter gegenseitiger Anerkennung der Gleichwertigkeit[990] bezieht sich die Gleichwertigkeitsanerkennung ebenfalls auf die Vorschriften und nicht auf die Wirkung der Vorschriften:[991]

Gemäss Anhang 7 Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Anhang 7 Anlage 3 Agrarabkommen bezieht sich die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit auf technische Vorschriften.[992] In der Gemeinsamen Erklärung zu Anhang 8 wird explizit auf die angestrebte «gegenseitige Anerkennung der jeweiligen Rechtsvorschriften» hingewiesen, sobald diese als «gleichwertig angesehen werden».

Der Fokus der Gleichwertigkeitsanerkennung auf die Vorschriften der Schweiz und der EU lässt aus theoretischer Perspektive vermuten, dass der Handlungsspielraum der Schweiz im Bereich der Rechtsetzung in diesen Produktebereichen kleiner sein wird als in Produktebereichen, in welchen Typ 1 der Gleichwertigkeitsanerkennung zur Anwendung kommt.

---

989 Wie sich der Spielraum in den einzelnen Produktebereichen tatsächlich verhält, wird in § 7 Kap. D.II. untersucht.

990 Vgl. vorne § 7 Kap. C.I.2.2.

991 Vgl. die Formulierungen in Anhang 7 Art. 4 Abs. 1 Agrarabkommen und der Gemeinsamen Erklärung im Bereich der Spirituosen in der Schlussakte des Agrarabkommens.

992 Anhang 7 Art. 4 Abs. 1 Agrarabkommen enthält weitere Details, was unter den Begriff der technischen Vorschriften fällt.

Ein Spezialfall von Typ 2 besteht in Anhang 11 Anlage 3 und 10 Agrarabkommen. Auf die Form und dessen Wirkung wird in § 7 Kap. D.II.3. im Detail eingegangen.

II. Bedeutung des autonomen Nachvollzugs für die Gleichwertigkeitsanerkennung

1. Bedeutung für die Herstellung der Gleichwertigkeit

1.1 Autonomer Nachvollzug als Instrument für die Angleichung

Damit die Schweiz und die EU in einem Produktebereich die Gleichwertigkeit gegenseitig anerkennen, muss im betreffenden Produktebereich im Sinne einer materiell-rechtlichen Voraussetzung eine gleichwertige Rechtslage im Schweizer Recht und im EU-Recht bestehen. Je nach Typ der Gleichwertigkeitsanerkennung bezieht sich die Gleichwertigkeit, wie bereits erwähnt, entweder auf Rechtsvorschriften der Schweiz und der EU oder auf die Wirkung dieser Vorschriften.[993]

Die Herstellung der Gleichwertigkeit erfolgt im Agrarabkommen durch die Angleichung des Schweizer Rechts an das EU-Recht.[994] Das Agrarabkommen enthält, abgesehen von drei Ausnahmen, keine rechtliche Verpflichtung zur Angleichung des Schweizer Rechts an das EU-Recht. Die Gleichwertigkeit wird durch die Schweiz somit zum grössten Teil ohne rechtliche Verpflichtung und somit im Rahmen des autonomen Nachvollzugs geschaffen. Im folgenden Kapitel wird auf die Bedeutung des autonomen Nachvollzugs im Rahmen des Agrarabkommens eingegangen.

Mit Blick auf die Bedeutung des autonomen Nachvollzugs ist zwischen der erstmaligen Herstellung der Gleichwertigkeit (Kap. C.II.1.2) und der regelmässigen Aktualisierung der Gleichwertigkeit (Kap. C.II.1.3) zu unterscheiden.

1.2 Erstmalige Herstellung der Gleichwertigkeit

1.2.1. Angleichung im Rahmen des autonomen Nachvollzugs

Vor Abschluss des Agrarabkommens hat die Schweiz ihr Recht in den Produktebereichen, in welchen der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der

---

993 Vgl. vorne § 7 Kap. C.I.3.1.

994 Beglinger/Tobler, S. 547 f.; vgl. auch Norer, S. 579. Dies kommt deutlich zum Ausdruck in den Gemeinsamen Erklärungen zum Bereich der Pflanzengesundheit und der Spirituosen in der Schlussakte des Agrarabkommens.

Gleichwertigkeit zur Anwendung kommt, in unterschiedlichem Ausmass im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an das EU-Recht angeglichen.[995]

Im Bereich der Bio-Produkte (Anhang 9) führte der autonome Nachvollzug dazu, dass im Zeitpunkt des Abschlusses des Agrarabkommens bereits eine gleichwertige Rechtslage bestand und die Gleichwertigkeit gegenseitig anerkannt werden konnte.[996]

Im Bereich des Saatguts (Anhang 6) sowie des Handels mit lebenden Tieren und tierischen Produkten (Anhang 11) glich die Schweiz vor Abschluss des Abkommens ihr Recht in Bezug auf gewisse Produktegruppen innerhalb dieser Bereiche an das EU-Recht an.[997] Als Folge anerkannten die Schweiz und die EU im Zeitpunkt des Abschlusses des Abkommens gegenseitig die Gleichwertigkeit in Bezug auf die Produktegruppen mit gleichwertiger Rechtslage.[998] In beiden Produktebereichen wurde in den entsprechenden Anhängen vorgesehen, dass die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit auf weitere Produktegruppen ausgedehnt werden kann, sobald die Schweiz auch in Bezug auf diese Produktegruppen gleichwertiges Recht geschaffen hat.[999]

1.2.1.1. Beispiel tierische Produkte (Anhang 11 Teil II)

Im Zeitpunkt des Abschlusses des Agrarabkommens bestand im Bereich der tierischen Produkte erst in den Teilbereichen der Milch und Milchprodukte von Tieren der Rindviehgattung (zu dem der wichtige Bereich des Käses gehört) und im Bereich der Tierabfälle (heute wird von tierischen Nebenprodukten gesprochen) eine gleichwertige Rechtslage.[1000] Als Folge stimmte die EU einer gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit gestützt auf Anhang 11 Art. 14 Abs. 1 i. V. m. Anhang 11 Anlage 6 Agrarabkommen nur in diesen zwei Produktegruppen zu.[1001]

---

995 Vgl. bereits vorne § 7 Kap. B.III.2.

996 Die EU anerkannte die Gleichwertigkeit des Schweizer Rechtsrahmens für Bio-Produkte bereits zuvor einseitig, vgl. dazu Aebi et al., S. 607.

997 Im Bereich des Saatguts siehe Aebi et al., S. 615. Im Bereich des Handels mit lebenden Tieren und tierischen Produkten vgl. Dollinger, S. 621, z. B. in Bezug auf den Teilbereich der Milch und Milchprodukte, vgl. dazu vorne § 7 Kap. B.III.2.

998 Botschaft Bilaterale I, S. 6235 und 6237.

999 Vgl. Anhang 6 Art. 4 Abs. 1 Agrarabkommen.

1000 Botschaft Bilaterale I, S. 6237; Dollinger, S. 623.

1001 Dollinger, S. 623; Botschaft Bilaterale I, S. 6237.

Eine Ausweitung des Geltungsbereichs der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit auf weitere Produktegruppen war bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Agrarabkommens vorgesehen.[1002] Die Schweiz konnte die Ausweitung erst mit Wirkung auf den 1. Dezember 2006 erreichen, nachdem sie 2005 im Rahmen des autonomen Nachvollzugs das gesamte Hygienerecht für tierische Produkte an das neue EU-Hygienerecht angeglichen hatte.[1003]

> Als die EU 2004 ihr Hygienerecht totalrevidierte,[1004] glich der Bundesrat, welcher zu dieser Zeit ebenfalls mit der Revision des Verordnungsrechts im Bereich des Lebensmittelrechts beschäftigt war,[1005] das Schweizer Hygienerecht in Bezug auf sämtliche tierische Produkte an das neue EU-Recht an.[1006] Die Angleichung wäre zumindest im Bereich der Milch und Milchprodukte sowieso notwendig gewesen, um die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in diesem wichtigen Bereich zu erhalten.[1007] Durch die grossflächige Angleichung erreichte die Schweiz, dass die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit auf alle Produktegruppen innerhalb der tierischen Produkte erweitert werden konnte.[1008]

1.2.1.2. Beispiel Saatgut (Anhang 6)

Im Zeitpunkt des Abschlusses des Agrarabkommens bestand erst in den Bereichen des Saatguts von Getreide und Pflanzenkartoffeln eine gleichwertige Rechtslage im Schweizer Recht und im EU-Recht, weshalb sich die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit, wie sie in Anhang 6 Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Anhang 6 Anlage 1 Teil I Agrarabkommen vorgesehen ist, zunächst nur auf diese zwei Kulturarten von Saatgut beschränkte.[1009] Für die anderen Arten von Saatgut kam Anhang 6 Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Anhang 6 Anlage 1 Teil II Agrarabkommen zur Anwendung, welcher vergleichbar mit der klassischen gegenseitigen Anerkennung

---

1002 Botschaft Bilaterale I, S. 6237.

1003 Vgl. Beschluss Nr. 1/2006 des Gemischten Veterinärausschusses vom 1. Dezember 2006.

1004 Dazu Uebe, Lebensmittelrecht EU–Schweiz, S. 90 ff.

1005 Zur ursprünglich geplanten Revision Hauser, S. 91 ff.

1006 Siehe zur Angleichung im Detail Hauser, S. 98 ff.; Streinz, S. 205 f.

1007 Hauser, S. 99. Die Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der Milch und Milchprodukte erfolgte bereits auf den 1. Januar 2006, vgl. den Beschluss Nr. 1/2005 des Gemischten Veterinärausschusses vom 21. Dezember 2005.

1008 Klemm/Trüten, Lebensmittelrecht EU–Schweiz, S. 156; vgl. Anhang 11 Anlage 6 Agrarabkommen.

1009 Aebi et al., S. 615; Botschaft Bilaterale I, S. 6235.

von Konformitätsbewertungen im Bereich der Industrieprodukte eine gegenseitige Anerkennung von Bescheinigungen vorsieht.

Unter dem Titel «Angleichung der Rechtsvorschriften» besagt Anhang 6 Art. 4 Abs. 1 Agrarabkommen, dass die Parteien für die Angleichung ihrer Rechtsvorschriften sorgen in den Kulturarten, für welche noch keine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit besteht. Anhang 6 Art. 4 Abs. 1 Agrarabkommen ist m. E. nicht als Verpflichtung zu verstehen, was sich im Vergleich zum Wortlaut von Anhang 6 Art. 4 Abs. 2 Agrarabkommen zeigt. Gemäss Anhang 6 Art. 4 Abs. 2 Agrarabkommen «verpflichten sich [die Parteien], bei Erlass einer neuen Rechtsvorschrift, die Möglichkeit zu prüfen, diesen neuen Bereich […] einzubeziehen».

In diesem Sinn wurden die Vorschriften der Kulturarten, welche im Zeitpunkt des Abschlusses des Agrarabkommens noch unter Anhang Art. 3 Agrarabkommen fielen, in den folgenden Jahren an das EU-Recht angeglichen. Dies führte dazu, dass die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit der Vorschriften der Schweiz und der EU am 5. Juli 2004 auf die Bereiche Futterpflanzensaatgut, vegetatives Vermehrungsgut von Reben, Betarübensaatgut sowie Saatgut von Ölpflanzen und Faserpflanzen ausgedehnt wurde.[1010] Da Anhang 6 Art. 4 Abs. 1 Agrarabkommen nicht als rechtliche Verpflichtung zur Rechtsangleichung zu verstehen ist, stellte der autonome Nachvollzug somit auch im Bereich des Saatguts die Grundlage für die erstmalige Herstellung der Gleichwertigkeit und für die darauf gestützte gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit dar.

1.2.2. Angleichung im Rahmen einer rechtlichen Verpflichtung

Obwohl der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit als Grundsatz bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Agrarabkommens in allen Anhängen, in welchen er auch heute zur Anwendung kommt,[1011] bestand, war die Angleichung des Schweizer Rechts an das EU-Recht in den Bereichen der Pflanzengesundheit (Anhang 4), der Futtermittel (Anhang 5) und der Spirituosen (Anhang 8) noch nicht so weit fortgeschritten, dass eine gleichwertige Rechtslage bestand und die Parteien die Gleichwertigkeit in diesen Bereichen gegenseitig anerkennen konnten. Als Folge wurden in diesen Produktebereichen noch keine Anlagen mit den gleichwertigen Rechtsakten geschaffen.

[1010] BLW, Bericht Saatgut, S. 20.

[1011] Vgl. zu den Produktbereichen vorne § 7 Kap. C.I.1.

Da die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit die Voraussetzung für den Abbau der technischen Handelshemmnisse darstellt,[1012] verpflichteten sich die beiden Parteien in diesen drei Produktebereichen, die Angleichung voranzutreiben, um eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zu erreichen. Im Bereich der Pflanzengesundheit und der Spirituosen erfolgte die Verpflichtung im Rahmen einer Gemeinsamen Erklärung in der Schlussakte des Agrarabkommens, im Bereich der Futtermittel wurde eine Verpflichtung in Anhang 5 aufgenommen.

1.2.2.1. Verpflichtung in Gemeinsamen Erklärungen

1.2.2.1.1. Pflanzengesundheit (Anhang 4)

In der Gemeinsamen Erklärung zur Durchführung des Anhangs 4 bezüglich der Pflanzengesundheit verpflichten sich die Schweiz und die EU, Anhang 4 «so schnell wie möglich umzusetzen». In Bezug auf die Umsetzung konkretisiert die Gemeinsame Erklärung, dass sich diese «im Zuge der Angleichung der schweizerischen Rechtsvorschriften an die in Anlage B dieser Erklärung aufgeführten Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft […]» vollzieht. In den vier Anlagen A, B, C, D zur Gemeinsamen Erklärung wurden die Inhalte für die späteren Anlagen 1, 2, 3, 4 von Anhang 4 Agrarabkommen bereits festgelegt. So enthielt Anlage A der Gemeinsamen Erklärung bereits die Pflanzen, Pflanzenerzeugnisse und anderen Gegenstände, auf welche das Agrarabkommen Anwendung findet und für welche die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit möglich ist. Der Inhalt von Anlage A der Gemeinsamen Erklärung wurde im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in Anhang 4 Anlage 1 Agrarabkommen übertragen.[1013]

Nach dem Abschluss des Agrarabkommens erliess der Bundesrat die Pflanzenschutzverordnung (PSV 2001), mit welcher die in der Gemeinsamen Erklärung vereinbarte Angleichung des Schweizer Rechts an das EU-Recht vervollständigt wurde. Da durch die Angleichung des Schweizer Rechts an das EU-Recht die angestrebte gleichwertige Rechtslage im Schweizer Recht und EU-Recht erreicht wurde, konnten die Anlagen zu Anhang 4 im Frühling 2004 erstellt werden und

---

[1012] Oesch, Schweiz–EU, Rz. 149 zweiter Spiegelstrich.

[1013] In Anlage B befanden sich die Rechtsakte des damaligen EG-Rechts, an welche das Schweizer Recht angeglichen werden musste. In Anlage C wurden die für die Ausstellung des Pflanzenpasses zuständigen Stellen genannt und in Anlage D wurden die Gebiete genannt, für welche besondere Anforderungen gelten.

die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit praktische Wirksamkeit entfalten.[1014]

1.2.2.1.2. Spirituosen (Anhang 8)

Eine vergleichbare Verpflichtung der Schweiz zur Rechtsangleichung beschlossen die beiden Parteien in der Gemeinsamen Erklärung zu den Rechtsvorschriften für Spirituosen und aromatisierte weinhaltige Getränke.[1015] Im Lichte des Ziels, den Handel zu vereinfachen und die technischen Handelshemmnisse zu beseitigen, verpflichtete sich die Schweiz in der Gemeinsamen Erklärung, ihre Vorschriften im Bereich der Begriffsbestimmung, der Bezeichnung und der Aufmachung an die entsprechenden Vorschriften der EU anzugleichen. Die beiden Parteien vereinbarten, das Verfahren zur gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit der Vorschriften aufzunehmen, sobald die Schweiz ihr Recht angeglichen hatte. Die Arbeiten für die Angleichung der Schweizer Rechtsvorschriften begannen noch vor Inkrafttreten des Abkommens.[1016] Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit erfolgte jedoch erst 2009 im Rahmen der Änderung des Agrarabkommens vom 14. Mai 2009.[1017] Mit diesem Abkommen wurde Anhang 8 Art. 2 Agrarabkommen geändert und Anhang 8 Anlage 5 Agrarabkommen hinzugefügt, in welchem die als gleichwertig anerkannten Rechtsvorschriften der Schweiz und der EU aufgeführt werden.

1.2.2.2. Verpflichtung im Bereich der Futtermittel (Anhang 5)

Auch im Bereich der Futtermittel (Anhang 5) verpflichteten sich die Parteien zur Angleichung ihrer Rechtsvorschriften im Hinblick auf die Erreichung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit. Im Unterschied zum Bereich der Pflanzengesundheit und der Spirituosen wurde die Verpflichtung nicht in einer Gemeinsamen Erklärung, sondern direkt in Anhang 5 Agrarabkommen festgehalten: Gemäss Anhang 5 Art. 1 Abs. 1 Agrarabkommen verpflichten sich die Parteien, «ihre futtermittelrechtlichen Vorschriften anzugleichen, um den Handel in diesem Bereich zu erleichtern». Obwohl Anhang 5 Art. 1 Abs. 1 Agrarabkommen dem Wortlaut nach beide Vertragsparteien verpflichtet, richtet sich die Verpflichtung

---

[1014] Die Anlagen wurden mit dem Beschluss Nr. 1/2004 des Gemischten Ausschusses Landwirtschaft vom 8. März 2004 eingefügt.

[1015] Siehe zu dieser Gemeinsamen Erklärung bereits vorne § 7 Kap. C.I.2.2.

[1016] Aebi et al., S. 601.

[1017] Abkommen vom 14. Mai 2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft zur Änderung des Abkommens, AS 2009 4925.

zur Rechtsangleichung an die Schweiz.[1018] Diese direkt in Anhang 5 vorgesehene Verpflichtung zur Rechtsangleichung stellt eine Ausnahme im Agrarabkommen dar.

Die Schweiz hatte im Rahmen des Folgeprogramms und mit dem Ziel der Bekämpfung der technischen Handelshemmnisse ihr Recht im Bereich der Futtermittel seit 1993 bereits zu weiten Teilen an das damalige EG-Recht angeglichen.[1019] Nachdem die Schweizer Vorschriften durch Erlass der Futtermittelverordnung vom 26. Mai 1999 (FMV) und der Futtermittelbuch-Verordnung vom 26. Mai 1999 (FMBV) noch stärker nach dem EU-Recht ausgerichtet wurden, anerkannten die Schweiz und die EU im Rahmen des Gemischten Ausschusses am 15. Juni 2007 gegenseitig die Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts und des EU-Rechts im Bereich der Futtermittel und schufen die Anlage 1 zu Anhang 5, in welcher die als gleichwertig anerkannten Rechtsakte des EU-Rechts und des Schweizer Rechts aufgeführt werden.[1020]

Die Angleichung des Schweizer Rechts an das EU-Recht erfolgte ab Inkrafttreten des Agrarabkommens und bis zur gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit 2007 gestützt auf Anhang 5 Art. 1 Abs. 1 und somit auf eine vertragliche Verpflichtung. Der Umstand, dass nur im Bereich der Futtermittel eine Verpflichtung zur Rechtsangleichung im Anhang selbst besteht, wird in der Literatur und den Materialien nicht hervorgehoben. Er ist wohl auf die spezielle Situation im Bereich der Futtermittel aufgrund der Problematik der BSE-Krankheit und deren Einfluss auf den grenzüberschreitenden Handel zurückzuführen.[1021] Aufgrund der Ausgangslage wurde zunächst überlegt, ob das Dossier Futtermittel aus den Verhandlungen ausgeklammert werden sollte.[1022] Das gegenseitige Interesse am grenzüberschreitenden Handel in diesem Bereich führte dennoch zu Verhandlungen und der Einbindung dieses Produktebereichs in das Agrarabkommen.[1023]

[1018] Senti, Rz. 88.

[1019] Aebi et al., S. 612.

[1020] Vgl. Beschluss Nr. 1/2007 des Gemischten Ausschusses Landwirtschaft vom 15. Juni 2007.

[1021] Vgl. die Ausführungen bei Aebi et al., S. 612, und Senti, Rz. 87.

[1022] Aebi et al., S. 612.

[1023] Senti, Rz. 87. Das Interesse an einem Abkommen aufgrund der Tatsache, dass die Schweiz ihr Recht zuvor an das EU-Recht angeglichen hatte, wird besonders hervorgehoben bei Aebi et al., S. 612.

1.2.2.3. Zwischenfazit

Die Verpflichtungen zur Angleichung des Schweizer Rechts an das EU-Recht im Bereich der Pflanzengesundheit (Anhang 4), der Spirituosen (Anhang 8) sowie der Futtermittel (Anhang 5) stellen eine Durchbrechung des Grundsatzes im Agrarabkommen dar, wonach die Rechtsangleichung ohne rechtliche Verpflichtung der Schweiz und damit im Rahmen des autonomen Nachvollzugs erfolgt. In den beiden Gemeinsamen Erklärungen ist die Rationalität für diese Abweichung gut erkennbar. Die Verpflichtungen dienen praktisch als Sicherung, dass der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit auch in diesen Bereichen zur Anwendung gelangen kann. Ohne gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit kann der Abbau der technischen Handelshemmnisse nicht erfolgen und damit das Ziel des Abkommens in diesen Bereichen nicht erreicht werden. Die rechtlichen Verpflichtungen sind somit als Durchführungsmassnahmen im Hinblick auf die Erreichung eines Hauptziels des Agrarabkommens zu werten. Dieser Schluss trifft auch im Bereich der Futtermittel zu, in dem zudem die tiergesundheitliche Lage bezüglich der BSE-Krankheit eine Rolle spielte bei den Verhandlungen zu Anhang 5 Agrarabkommen.

1.3 Aktualisierung der Gleichwertigkeit

1.3.1. Notwendigkeit der Aktualisierung

Der Bereich der Agrarprodukte ist ein äusserst dynamisches Rechtsgebiet, dessen Vorschriften (vielfach handelt es sich um technische Vorschriften) oft geändert werden. Diese Änderungen sind notwendig, um auf neue Gesundheitsrisiken zu reagieren oder um neue wissenschaftliche Erkenntnisse im Recht einzubinden.

Ändert die EU ihre Vorschriften in einem Produktebereich, in dem eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit besteht, ist es im Hinblick auf die Erhaltung der gleichwertigen Rechtslage in vielen Fällen notwendig, dass die Schweiz diese Änderungen in ihrem Recht ebenfalls nachvollzieht. Ohne Angleichung des Schweizer Rechts würde vielfach keine gleichwertige Rechtslage mehr bestehen zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht. Zur Erhaltung der gleichwertigen Rechtslage und der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit ist somit in allen Produktebereichen eine regelmässige Aktualisierung der schweizerischen Vorschriften als Reaktion auf Rechtsänderungen in der EU notwendig.

1.3.2. Aktualisierung im Rahmen des autonomen Nachvollzugs

In den Bereichen des Saatguts (Anhang 6), des Weins (Anhang 7), der Bio-Produkte (Anhang 9) und des Handels mit lebenden Tieren und tierischen Produkten (Anhang 11) besteht im Agrarabkommen, wie bereits erwähnt, keine rechtliche Verpflichtung zur Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht.[1024] Folglich besteht auch keine Verpflichtung zur regelmässigen Aktualisierung der Schweizer Vorschriften aufgrund von geändertem EU-Recht. Die Angleichung des Schweizer Rechts an geändertes EU-Recht zur Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit erfolgt in diesen Bereichen somit ebenfalls im Rahmen des autonomen Nachvollzugs: Gleicht die Schweiz ihre Vorschriften an die geänderten Bestimmungen der EU an, tut sie dies rechtlich freiwillig und somit im Rahmen des autonomen Nachvollzugs.

1.3.2.1. Beispiel Bio-Produkte (Anhang 9)

Gemäss Anhang 9 Art. 3 Abs. 2 Agrarabkommen tragen die Parteien im Bereich der Bio-Produkte Sorge dafür, «dass bei der Entwicklung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften […] Gleichwertigkeit gewährleistet ist». Diese Formulierung, wonach die Parteien *Sorge tragen* müssen, damit bei der Entwicklung des Rechts eine gleichwertige Rechtslage bestehen bleibt, ist m. E. nicht als Verpflichtung zur Beibehaltung einer gleichwertigen Rechtslage und damit zur regelmässigen Aktualisierung des Schweizer Rechts an EU-Recht zu verstehen, sondern als Obliegenheit im Sinne des Ziels des Anhangs auf der Grundlage der Gleichwertigkeitsanerkennung, die technischen Handelshemmnisse abzubauen.[1025] Von einer Verpflichtung ist dann auszugehen, wenn die Parteien bzw. die Schweiz wie in Anhang 5 Art. 1 Abs. 1 Agrarabkommen explizit zur Rechtsangleichung *verpflichtet* wird.

Obwohl keine rechtliche Verpflichtung zur Aktualisierung besteht, hat die Schweiz in den meisten Fällen ein Interesse, ihr Recht an geändertes EU-Recht anzugleichen, um die Gleichwertigkeit zu erhalten.[1026] Ist keine Gleichwertigkeit mehr

---

[1024] Vgl. vorne § 7 Kap. C.II.1.2.1.

[1025] Von keiner Verpflichtung aus Anhang 9 Art. 3 Abs. 2 Agrarabkommen geht auch die Bundesverwaltung aus, vgl. Erläuternder Bericht Änderung Bio-Verordnung 2009, S. 6, wonach die Änderungen «einem autonomen Nachvollzug der totalrevidierten EG-Bio-Gesetzgebung von Seiten der Schweiz [entsprechen], damit die Äquivalenz der Bio-Bestimmungen […] auch weiterhin aufrechterhalten werden kann». Ähnlich auch Erläuternder Bericht Änderung Bio-Verordnung 2022, S. 4.

[1026] Vgl. z. B. Erläuternder Bericht Änderung Bio-Verordnung 2022, S. 4.

gegeben zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht, bestünde die Gefahr, dass die Handelserleichterungen, die mit der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit verbunden sind, wegfallen.[1027]

1.3.2.2. Aktualisierung in den Bereichen Pflanzengesundheit, Spirituosen und Futtermittel

Es fragt sich, ob die Verpflichtungen zur erstmaligen Herstellung der Gleichwertigkeit in den Bereichen der Pflanzengesundheit, der Spirituosen und der Futtermittel[1028] auch eine Verpflichtung zur regelmässigen Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht beinhalten.

Aufgrund der Zielsetzungen der beiden Gemeinsamen Erklärungen und von Anhang 5 Art. 1 Abs. 1 Agrarabkommen lässt sich m. E. nicht schliessen, dass sich die Verpflichtung zur Rechtsangleichung auch auf die regelmässige Angleichung des Schweizer Rechts an geändertes EU-Recht bezieht. Wie bereits erwähnt, dienen die Verpflichtungen in den drei Bereichen als Durchführungsmassnahmen, damit die erstmalige gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in diesen Bereichen erreicht werden konnte.[1029] Eine weitergehende Verpflichtung zur Rechtsangleichung stände im Gegensatz zur statischen Natur des Agrarabkommens, welches gerade keine dynamische Rechtsübernahme vorsieht.[1030] Auch in der Literatur, den Materialien und der Judikatur bestehen, soweit ersichtlich, keine Hinweise, wonach in diesen drei Anhängen des Agrarabkommens eine Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme bestehen würde.[1031]

1.4 Fazit

Die Angleichung des Schweizer Rechts an das EU-Recht stellt die Grundlage für die Anwendbarkeit des Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit dar. Im Rahmen des Agrarabkommens erfolgt die Rechtsangleichung zum grössten Teil durch den autonomen Nachvollzug. Dies war bei der erstmaligen Herstellung der Gleichwertigkeit der Fall mit Ausnahme der Bereiche der Pflanzengesundheit, der Spirituosen und der Futtermittel, in welchen die Schweiz

---

[1027] Zu den Handelserleichterungen vgl. hinten § 7 Kap. C.III.1.

[1028] Vgl. vorne § 7 Kap. C.II.1.2.2.

[1029] Vgl. vorne § 7 Kap. C.II.1.2.2.3.

[1030] Vgl. Oesch, Europarecht, Rz. 1000; Jaag/Hänni, Rz. 4018a; Tobler/Beglinger, Brevier, S. 21.

[1031] Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 61 erster Spiegelstrich.

zur Angleichung verpflichtet war. Die Angleichung des Schweizer Rechts an das EU-Recht zur Aktualisierung der Gleichwertigkeit erfolgt in allen sieben Bereichen mit Gleichwertigkeitsanerkennung im Rahmen des autonomen Nachvollzugs.

Die Schweiz hat somit bei jeder Änderung des EU-Rechts in einem Produktebereich rechtlich die freie Wahl, zu entscheiden, ob sie die Rechtsänderungen ins Schweizer Recht übernehmen möchte, um die Gleichwertigkeit zu erhalten, oder auf eine Rechtsangleichung verzichtet.[1032] Um weiterhin von einem erleichterten Handel zu profitieren, bleibt der Schweiz faktisch meistens keine andere Wahl, als das geänderte EU-Recht zu übernehmen. Wie sich der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit auf die Rechtssicherheit auswirkt, wird in § 7 Kap. D.I. analysiert.

2. Bedeutung für die Aufnahme des Mechanismus in das Agrarabkommen

Neben der zentralen Rolle des autonomen Nachvollzugs zur Herstellung der Gleichwertigkeit ist der autonome Nachvollzug auch als Grundlage dafür zu werten, dass sich die EU in den Verhandlungen zum Agrarabkommen bereit erklärt hatte, den Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in den sieben Produktebereichen in das Agrarabkommen aufzunehmen.

Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit basiert auf dem gegenseitigen Vertrauen der Vertragsparteien, dass die Rechtsvorschriften der Vertragsparteien gleichwertig sind und sie durch die Behörden in den Vertragsparteien auf gleichwertige Art und Weise angewendet werden.[1033] Der autonome Nachvollzug trug durch seine Wirkung m. E. wesentlich zur Schaffung dieses gemeinsamen Vertrauens zwischen der Schweiz und der EU bei.

Durch den autonomen Nachvollzug im Vorfeld zum Abschluss des Agrarabkommens wurde das Schweizer Recht inhaltlich an das EU-Recht angeglichen und in vielen Bereichen bereits vor dem Vertragsabschluss eine gleichwertige Rechtslage geschaffen. Die Schweiz drückte dadurch politisch ihre Bereitschaft aus, ihr Recht an das EU-Recht anzugleichen, um den Handel zu vereinfachen. Die vorgängige Rechtsangleichung ermöglichte zudem, dass die Schweizer Verwaltungsbehörden bereits Erfahrungen in der Anwendung des nachvollzogenen Rechts gewinnen

[1032] Vgl. im Detail hinten § 7 Kap. D.I.2.2.1.

[1033] Vgl. vorne § 7 Kap. A.II.2.2.

konnten und die EU sich davon überzeugen konnte, dass der angeglichene Rechtsrahmen in der Schweiz gleichwertig angewendet wird.

> Ein praktisches Beispiel stellt der Bereich der Bio-Produkte (Anhang 9) dar. Die Schweiz schuf 1997 mit der Bio-Verordnung einen zum EU-Recht gleichwertigen Rechtsrahmen.[1034] Die EU anerkannte die Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts einseitig gem. dem im EU-Recht vorgesehenen Verfahren und nahm die Schweiz auf die Liste der Drittstaaten auf, aus welchen Bio-Produkte in die EU importiert werden dürfen.[1035] Die Umwandlung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit (gestützt auf das EU-Recht) in eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit (im Rahmen von Anhang 9 Agrarabkommen) wurde durch diese vorgängige Rechtsangleichung der Schweiz und die Prüfung der Gleichwertigkeit durch die EU erleichtert, weil die EU bereits Vertrauen hatte, dass die Schweiz über einen gleichwertigen Rechtsrahmen verfügt.

Es fällt auf, dass die Schweiz ihr Recht in allen sieben Produktebereichen, in welchen die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit als Mechanismus vereinbart wurde, vorgängig zumindest zu einem gewissen Teil an das EU-Recht angeglichen hatte. Daraus kann m. E. geschlossen werden, dass der autonome Nachvollzug auch in den Produktebereichen, in welchen die Gleichwertigkeit im Zeitpunkt des Abschlusses des Abkommens noch nicht anerkannt werden konnte, trotzdem zu einer ähnlichen Vertrauenswirkung beitragen konnte, welche die Aufnahme des Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit auch in diesen Produktebereichen förderte. Die in den Bereichen der Pflanzengesundheit, der Spirituosen und der Futtermittel vereinbarten Verpflichtungen zur Rechtsangleichung können m. E. und wie bereits erwähnt[1036] als Durchführungsmassnahmen verstanden werden und damit als Instrument zur Herstellung des noch nicht vollständig bestehenden gegenseitigen Vertrauens.

III. Wirkung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit

Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit führt in den sieben Produktebereichen, in welchen dieser Mechanismus zur Anwendung gelangt, im Sinne des Ziels des Agrarabkommens zu einem Abbau der technischen Handelshemm-

[1034] Kiener, S. 63; vgl. bereits vorne § 7 Kap. B.III.2. und C.II.1.2.1.

[1035] Kiener, S. 85 f.

[1036] Vgl. vorne § 7 Kap. C.II.1.2.2.3.

nisse und damit zu einer Verbesserung des gegenseitigen Marktzugangs für Tiere und landwirtschaftliche Produkte.[1037]

Anders als im Bereich der Industrieprodukte, in welchem das System der Konformitätsbewertung auf eine Vielzahl von Produktebereichen Anwendung findet und zu einheitlichen Handelserleichterungen führt,[1038] sind die Abläufe und die Wirkung im grenzüberschreitenden Handel in den vom Agrarabkommen erfassten Bereichen heterogener und damit komplexer. Im Sinne einer Übersicht werden die zwei Arten von Handelserleichterungen, welche im Agrarabkommen vorgesehen sind, dargestellt.

Handelserleichterungen ergeben sich aufgrund der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit einerseits im Bereich der Handelsformalitäten (Kap. C.III.1.) und andererseits im Bereich der Kontrollen im grenzüberschreitenden Verkehr (Kap. C.III.2.).

1. Erleichterung der Handelsformalitäten

1.1 Formen der Handelsformalitäten

Technische Handelshemmnisse im Handel mit Agrarprodukten sind zu einem wesentlichen Teil auf Handelsformalitäten zurückzuführen.[1039] Eine handelshemmende Wirkung entsteht insb. durch amtliche Bescheinigungen, mit welchen ein Unternehmen aus einem Ausfuhrstaat beim Import der Waren in den Einfuhrstaat garantieren soll, dass ein Produkt nach den Vorschriften des Einfuhrstaats produziert wurde (z. B. amtliche Bescheinigungen bei Saatgut, Futtermitteln, Wein oder Bio-Produkten) bzw. dass das Tier oder die Ware frei von Krankheiten oder Schadorganismen ist (Veterinärbescheinigung bzw. Pflanzengesundheitszeugnis).

Im Rahmen des Agrarabkommens werden die Handelsformalitäten auf drei verschiedenen Arten erleichtert: In gewissen Produktebereichen anerkennen die Parteien ihre jeweiligen Bescheinigungen gegenseitig (Kap. C.III.1.2). In anderen Produktebereichen wurden vereinfachte Handelsformalitäten vereinbart (Kap. C. III.1.3). Schliesslich erfolgt eine Erleichterung der Handelsformalitäten in gewissen Bereichen durch den Einbezug der Schweiz in den Rechtsrahmen der EU (Kap. C.III.1.4).

[1037] Vgl. Art. 1 Abs. 1 Agrarabkommen; Art. 5 Agrarabkommen zum Abbau der technischen Handelshemmnisse.

[1038] Vgl. vorne § 6 Kap. C.III.

[1039] Siehe bereits vorne § 7 Kap. A.II.1.3.

1.2 Gegenseitige Anerkennung von Bescheinigungen

Als Folge der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des Agrarabkommens anerkennen die Schweiz und die EU gegenseitig die Bescheinigungen in den Bereichen Pflanzengesundheit, Saatgut und Bio-Produkte.

1.2.1. Pflanzengesundheit (Anhang 4)

Um den Handel innerhalb der EU zu vereinfachen, ersetzte die EU die Pflanzengesundheitszeugnisse im innergemeinschaftlichen Handel 1991 durch das System des Pflanzenpasses.[1040] Nach dem im EU-Recht vorgesehenen System dürfen amtlich zugelassene Betriebe selbst prüfen, ob eine Pflanze oder ein pflanzliches Produkt den rechtlichen Anforderungen entspricht und frei von Schädlingen ist.[1041] Als Beleg für die Konformität der Pflanze oder des pflanzlichen Produkts mit dem EU-Recht wird das Produkt vom Betrieb mit einem Pflanzenpass ausgestattet, welcher das Produkt im Handel begleitet und so die Rückverfolgbarkeit des Produkts gewährleistet.[1042] Der Pflanzenpass ist weniger detailliert als das frühere Pflanzengesundheitszeugnis und muss nicht im Einzelfall durch eine amtliche Stelle bestätigt werden.[1043] Die Schweiz bildete das System des Pflanzenpasses im Rahmen des autonomen Nachvollzugs im Schweizer Recht nach: Die gesetzlichen Grundlagen wurden mit dem Agrarpaket 95 im LwG geschaffen,[1044] die detaillierte Regelung des schweizerischen Pflanzenpasses erfolgte in der PSV 2001.[1045]

Im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der Pflanzengesundheit, welche 2004 erfolgte, anerkannten die Schweiz und die EU in Anhang 4 Art. 2 Abs. 3 Agrarabkommen ihre Pflanzenpässe gegenseitig als gleichwertig.[1046] Für den grenzüberschreitenden Handel bedeutet dies, dass Pflanzen und pflanzliche Produkte, welche unter Anhang 4 Agrarabkommen fallen, zwischen der Schweiz und der EU gehandelt werden dürfen, sofern sie von einem Pflanzenpass nach Schweizer Recht (für Pflanzen und pflanzliche Produkte aus der Schweiz) oder von einem Pflanzenpass nach EU-Recht (für Pflanzen und

---

1040 Aebi et al., S. 608 f.; Botschaft Agrarpaket 95, S. 678 f. Der Pflanzenpass wurde mit der RL 91/683/EWG eingeführt.

1041 Aebi et al., S. 608 f.; Art. 84 VO 2016/2031.

1042 Vgl. Art. 79 Abs. 1 und Art. 85 VO 2016/2031.

1043 Vgl. Art. 84 VO 2016/2031.

1044 Botschaft Agrarpaket 95, S. 672, 674.

1045 Art. 20 f. PSV 2001.

1046 Aebi et al., S. 609.

pflanzliche Produkte aus EU-Mitgliedstaaten) begleitet werden.[1047] In Bezug auf die Handelsformalitäten macht es für Unternehmen in der Schweiz somit keinen Unterschied, ob sie das Produkt in der Schweiz in Verkehr bringen möchten oder in die EU exportieren wollen.

1.2.2. Saatgut (Anhang 6)

Aufgrund der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen von Anhang 6 Agrarabkommen darf Saatgut der Kulturarten, für welche die Gleichwertigkeitsanerkennung gilt, gem. Anhang 6 Art. 2 Abs. 2 im Gebiet beider Parteien in den freien Verkehr gebracht werden, wobei als Dokument zur Bescheinigung der Gleichwertigkeit der jeweiligen Rechtsvorschriften das Etikett ausreicht, welches nach Schweizer Recht für Saatgut aus der Schweiz oder EU-Recht für Saatgut aus der EU für das Inverkehrbringen vorgeschrieben ist.[1048] Im Verhältnis Schweiz–EU wird der Handel damit stark vereinfacht. Bei Kulturarten, deren Vorschriften zunächst noch nicht als gleichwertig anerkannt wurden, war gem. Anhang 6 Art. 3 Abs. 1 Agrarabkommen eine gegenseitige Anerkennung der Bescheinigungen vorgesehen, welche auf der Grundlage des Schweizer Rechts bzw. des EU-Rechts ausgestellt wurden.[1049]

1.2.3. Bio-Produkte (Anhang 9)

Produkte dürfen nur dann als biologische Produkte aus einem Drittstaat in die EU oder die Schweiz importiert werden, wenn die EU oder die Schweiz zuvor den Drittstaat oder die Kontrollstelle, welche das Bio-Produkt zertifiziert, anerkannt haben.[1050] Die Bio-Produkte aus Drittstaaten müssen beim Import in die EU oder die Schweiz von einer Kontrollbescheinigung begleitet werden.[1051] Da die Schweiz und die EU ihre Vorschriften für Bio-Produkte und damit auch die Bio-Zertifikate, welche von zugelassenen Kontrollstellen ausgestellt werden, gem. Anhang 9 Art. 3 Abs. 1 Agrarabkommen gegenseitig anerkennen, haben sie gem. Anhang 9 Art. 3 Abs. 3 Agrarabkommen vereinbart, auf die Notwendigkeit von Kontrollbescheinigungen zu verzichten.

1047 Aebi et al., S. 609.

1048 Aebi et al., S. 615.

1049 Senti, Rz. 100; vgl. bereits vorne § 7 Kap. C.II.1.2.1.2. Die gegenseitige Anerkennung von Bescheinigungen gem. Anhang 6 Art. 3 Abs. 1 Agrarabkommen gleicht dem Mechanismus in Art. 1 Abs. 1 MRA, vgl. dazu § 6 Kap. C.I.1.

1050 Vgl. im Detail hinten § 7 Kap. D.II.2.2.2.3.

1051 Art. 24 Abs. 1 Bio-Verordnung; Art. 4 f. Del. VO 2021/2306.

Der Verzicht auf die Kontrollbescheinigungen erleichtert den grenzüberschreitenden Handel. Für Produzenten von Bio-Produkten in der Schweiz ergibt sich somit kein Mehraufwand mehr in Bezug auf die Formalitäten, wenn sie ihre Bio-Produkte in die EU exportieren wollen.

1.3 Herabgesetzte Anforderungen an die Formalität

Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit der Vorschriften der Schweiz und der EU im Bereich des Handels mit Wein führte zu einer Vereinfachung der Formalitäten im grenzüberschreitenden Handel.[1052] Während Exporteure aus Drittstaaten, welche ihren Wein in die EU exportieren wollen, ein umfangreiches Dokument nach EU-Recht und einen Analysebericht vorlegen müssen,[1053] erfolgt der Handel zwischen der Schweiz und der EU gem. Anhang 7 Agrarabkommen auf der Grundlage eines vereinfachten Begleitdokuments, welches von den Herstellern in der Schweiz selbständig ausgefüllt werden kann.[1054] Im Handel mit der EU braucht es somit weder ein Analysebericht noch eine amtliche Bestätigung auf dem Begleitdokument, was den Handel insgesamt vereinfacht.

1.4 Einbezug der Schweiz in das System der EU

Im Bereich des Handels mit lebenden Tieren, tierischem Vermehrungsmaterial und tierischen Produkten (Anhang 11) wird die Schweiz in das System der EU einbezogen. Aufgrund dessen muss die Schweiz die gleichen Anforderungen erfüllen wie EU-Mitgliedstaaten im Handel untereinander.

1.4.1. Lebende Tiere und tierisches Vermehrungsmaterial (Anhang 11 Teil I)

Für die meisten Tiere und tierisches Vermehrungsmaterial ist für den Handel innerhalb der EU eine Veterinärbescheinigung notwendig.[1055] Mit der Veterinärbescheinigung soll sichergestellt werden, dass die Tiere gesund sind und die Vor-

---

[1052] Aebi et al., S. 599.

[1053] Aebi et al., S. 599. Die Voraussetzungen sind in Art. 82 Abs. 3 VO 479/2008 geregelt. Es handelt sich um das Dokument «V I 1», wie es in Art. 43 ff. und in Anhang IX VO 555/2008 geregelt ist. Das Dokument muss gem. Art. 43 Abs. 1 von einer amtlichen Stelle oder einem nach Art. 48 der VO 555/2008 anerkannten Laboratorium unterzeichnet werden. Der Analysebericht muss auch in diesem Dokument enthalten sein.

[1054] Das Begleitdokument ist in Anhang 7 Anlage 3 Agrarabkommen enthalten.

[1055] Eine Veterinärbescheinigung ist notwendig für Huftiere, Geflügel und gehaltene Landtiere, vgl. Art. 143 Abs. 1 VO 2016/429.

schriften des EU-Rechts erfüllen. Da die Vorschriften der Schweiz und der EU im Bereich der Tiergesundheit gem. Agrarabkommen gegenseitig als gleichwertig anerkannt werden, werden für den grenzüberschreitenden Handel mit lebenden Tieren zwischen der Schweiz und der EU die gleichen Veterinärbescheinigungen verwendet wie im Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten.[1056]

1.4.2. Tierische Produkte (Anhang 11 Teil II)

Nach dem EU-Recht dürfen auch Erzeugnisse tierischen Ursprungs nur dann innerhalb eines Mitgliedstaats oder zwischen Mitgliedstaaten gehandelt werden, wenn sie über eine Veterinärbescheinigung verfügen.[1057] Gemäss Nr. 1 der Sonderbedingungen in Anhang 11 Anlage 6 Kap. I Agrarabkommen werden die tierischen Erzeugnisse, welche für den menschlichen Verzehr bestimmt sind, zwischen der Schweiz und der EU unter denselben Bedingungen wie zwischen den Mitgliedstaaten gehandelt. Dies bedeutet, dass die Schweiz und die EU im grenzüberschreitenden Handel die Gesundheitsbescheinigungen, die nach EU-Recht für den Handel zwischen Mitgliedstaaten vorgeschrieben sind und in TRACES verfügbar sind, verwenden müssen.[1058] Eine entsprechende Bestimmung besteht auch für die nicht zum Verzehr bestimmten tierischen Nebenprodukte, wobei sich die Schweiz verpflichtet, EU-Recht anzuwenden.[1059]

1.4.3. Wirkung

Im Bereich des Handels mit lebenden Tieren, tierischem Vermehrungsmaterial und tierischen Produkten wird die Schweiz aufgrund der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in Anhang 11 Agrarabkommen faktisch wie ein EU-Mitgliedstaat behandelt. Schweizer Unternehmen, die lebende Tiere oder tierische

---

[1056] Anhang 11 Anlage 5 Kap. III Agrarabkommen. In Kapitel III wird noch auf die VO 599/2004 Bezug genommen, welche durch die Durchführungsverordnung 2020/2235 ersetzt wurde. Die Muster der Veterinärbescheinigungen für die einzelnen Arten von Tieren im Handel zwischen den Mitgliedstaaten sind in der Durchführungsverordnung 2021/403 geregelt. Die Verordnung enthält 935 Seiten.

[1057] Art. 167 Abs. 1 VO 2016/429.

[1058] Die Muster für diese Bescheinigungen befinden sich für Erzeugnisse tierischen Ursprungs in der Durchführungsverordnung 2020/2235, für Erzeugnisse mit Ursprung von Wassertieren in der Durchführungsverordnung 2020/2236.

[1059] Vgl. die Sonderbedingungen im Abschnitt «Nicht zum Verzehr bestimmte tierische Nebenprodukte» in Anhang 11 Anlage 6 Kap. I Agrarabkommen.

Produkte in die EU liefern möchten, dürfen die gleichen Veterinärbescheinigungen verwenden wie EU-Unternehmen für den Handel im Binnenmarkt.

1.5 Zwischenfazit

Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit der Belege reduziert die technischen Handelshemmnisse im grenzüberschreitenden Handel zwischen der Schweiz und der EU spürbar. In Bezug auf die Handelsformalitäten spielt es z. B. für Unternehmen im Bereich des Saatguts keine Rolle, ob sie das Saatgut in der Schweiz oder der EU verkaufen wollen. Die Schweiz hat in Bezug auf diesen Aspekt eine Stellung, die jener eines Mitgliedstaats ähnlich ist.

2. Kontrollen

Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit führte in den einzelnen Produktebereichen zu einem Abbau der Kontrollen an den Grenzen.

2.1 Abbau der veterinärrechtlichen Kontrollen

Bei der Einfuhr von lebenden Tieren und tierischen Produkten aus Drittstaaten kennt die EU ein strenges Kontrollregime, welches insbesondere veterinärrechtliche Kontrollen an den Kontrollstellen vorsieht.[1060]

Durch die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit finden, wie im Handel zwischen den EU-Mitgliedstaaten, keine veterinärrechtlichen Kontrollen im Handel zwischen der Schweiz und der EU mehr statt.[1061]

2.2 Abbau der pflanzengesundheitlichen Kontrollen

Auch im Bereich des Imports von Pflanzen und pflanzlichen Produkten aus Drittstaaten werden an den EU-Aussengrenzen umfangreiche Kontrollen durchgeführt. Dazu gehört die pflanzengesundheitliche Prüfung der Waren.[1062]

[1060] Vgl. Art. 43 ff. VO 2017/625.

[1061] Für den Bereich der lebenden Tiere siehe Anhang 11 Anlage 5 Kap. II Agrarabkommen, für den Bereich der tierischen Produkte Anhang 11 Anlage 10 Kap. II Agrarabkommen.

[1062] Die Kontrollen im Bereich von Pflanzen und pflanzlichen Produkten richten sich gem. Art. 47 Abs. 1 lit. c VO 2017/625 ebenfalls nach den Vorgaben in Art. 43 ff. VO 2017/625.

Im Handel zwischen der Schweiz und der EU mit Pflanzen und pflanzlichen Produkten, welche unter das Agrarabkommen fallen, werden gem. Anhang 4 Art. 5 Abs. 1 Agrarabkommen pflanzengesundheitliche Kontrollen nur noch stichprobenweise durchgeführt. Der Prozentsatz der Waren, welche kontrolliert werden, wird gem. Anhang 4 Art. 5 Abs. 1 Agrarabkommen von der Arbeitsgruppe «Pflanzenschutz» nach Massgabe des pflanzengesundheitlichen Risikos einzelner Produkte festgelegt und betrug im Zeitpunkt des Inkrafttretens 10%. Der Prozentsatz wurde im Laufe der Jahre verkleinert und beträgt heute unter 1%.[1063] Somit bestehen heute im Handel Schweiz–EU mit Pflanzen und pflanzlichen Produkten faktisch keine systematischen pflanzengesundheitlichen Kontrollen mehr.

2.3 Abbau der Kontrollen in anderen Bereichen

Auch in weiteren Bereichen erfolgte durch das Agrarabkommen ein Abbau der Kontrollen: Im Bereich der Futtermittel verpflichtete Anhang 5 Art. 1 Abs. 3 Agrarabkommen die Parteien, die Grenzkontrollen in Bezug auf die vom Anhang 5 erfassten Produkte abzuschaffen, was mittlerweile erfolgt ist. Auch im Bereich des Saatguts bestehen heute keine Grenzkontrollen mehr in Bezug auf die Kulturarten, welche im Rahmen von Anhang 6 Agrarabkommen gegenseitig als gleichwertig anerkannt wurden.[1064] Im Bereich der Bio-Produkte besteht ebenfalls ein freier Handel zwischen der Schweiz und der EU.[1065]

3. Partieller Einbezug der Schweiz in den EU-Binnenmarkt

In verschiedenen Produktebereichen wird nicht nur der Handel zwischen der Schweiz und der EU adressiert, sondern darüber hinaus auch der Handel mit Drittstaaten in das Agrarabkommen einbezogen. So bezieht sich die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der Pflanzengesundheit (Anhang 4) sowie des Handels mit lebenden Tieren und tierischen Produkten (Anhang 11) auch auf den Rechtsrahmen der Schweiz und der EU gegenüber Drittstaaten.[1066]

Die Ausdehnung des Regelungsrahmens auf die Einfuhrvorschriften für Tiere und Waren aus Drittstaaten führt nicht nur zu einem vereinfachten Handel zwischen

---

1063 Auskunft BLW vom 25. Juni 2024.

1064 Aebi et al., S. 615.

1065 Anhang 9 Art. 4 Agrarabkommen.

1066 Vgl. Anhang 4 Art. 2 Abs. 1 Satz 2 Agrarabkommen; Anhang 11 Art. 4 Abs. 1, Art. 6 sowie Art. 15 i. V. m. Anhang 11 Anlage 10 Agrarabkommen.

der Schweiz und der EU, sondern zu einer partiellen Integration der Schweiz in den EU-Binnenmarkt.

3.1 Gemeinsamer europäischer Veterinärraum

Mit der Revision des schweizerischen Rechtsrahmens über die Einfuhr, Ausfuhr und Durchfuhr von lebenden Tieren und tierischen Produkten 2007 schuf die Schweiz die Grundlage für den Einbezug in das EU-Kontrollsystem für lebende Tiere und tierische Produkte: Mit Wirkung auf den 1. Januar 2009 wurden die Grenzkontrollen zwischen der Schweiz und der EU vollständig abgeschafft.[1067]

Die Gleichwertigkeit des schweizerischen Rechtsrahmens in Bezug auf die Einfuhr von lebenden Tieren und tierischen Produkten aus Drittstaaten ermöglichte die Anerkennung der Flughäfen Zürich und Genf als Grenzkontrollstellen, an welchen die veterinärrechtlichen Kontrollen für Tiere, Zuchtmaterial und tierische Erzeugnisse aus Drittstaaten durchgeführt werden.[1068] Im Unterschied zu Grenzkontrollstellen in EU-Mitgliedstaaten erfolgen die Kontrollen formell gestützt auf Schweizer Recht, welches im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an das EU-Recht angeglichen wurde.[1069]

Die Schweiz bildet zusammen mit Norwegen und der EU seit dem 1. Januar 2009 somit in Bezug auf die Bereiche der lebenden Tiere und tierischen Produkte einen gemeinsamen europäischen Veterinärraum.[1070] Werden Tiere oder tierische Produkte aus einem Drittstaat in diesen Veterinärraum eingeführt, müssen die Tiere oder Produkte nur *einmal* an einer Grenzkontrollstelle dieses Veterinärraums nach inhaltlich einheitlichen Vorschriften kontrolliert werden.[1071] Danach können die Tiere oder Produkte im ganzen Veterinärraum ohne weitere Kontrollen frei gehandelt werden.[1072]

1067 Klemm/Trüten, Lebensmittelrecht EU–Schweiz, S. 157; Beschluss Nr. 1/2008 des Gemischten Veterinärausschusses vom 23. Dezember 2008.

1068 Anhang 11 Anlage 5 Kap. IV Teil B Ziff. 2 und Anhang 11 Anlage 10 Kap. III Teil B Ziff. 2 Agrarabkommen.

1069 Anhang 11 Anlage 5 Kap. IV Teil B Ziff. 5 Agrarabkommen; Mader/Kropf, S. 88.

1070 Oesch, Schweiz–EU, Rz. 149 zweiter Spiegelstrich; Mader/Kropf, S. 87; Müller-Hüppi, Rz. 134.

1071 Mader/Kropf, S. 87; Müller-Hüppi, Rz. 134.

1072 Mader/Kropf, S. 87.

3.2 Gemeinsamer phytosanitärer Raum Schweiz–EU

Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der Pflanzengesundheit gem. Anhang 4 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen bezieht sich nicht nur auf die Vorschriften, welche für das Inverkehrbringen von Pflanzen und Pflanzenerzeugnissen innerhalb der Schweiz und der EU gelten, sondern gem. Anhang 4 Satz 2 von Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen auch auf die Einfuhr von Pflanzen und Pflanzenerzeugnissen aus Drittstaaten. Mit der Pflanzenschutzverordnung von 2001 (PSV 2001) glich die Schweiz ihren Rechtsrahmen in Bezug auf die Einfuhr von Pflanzen und pflanzlichen Produkten aus Drittstaaten an die EU-Vorschriften an.[1073]

Somit weist die Schweiz sowohl in Bezug auf den internen Handel als auch in Bezug auf die Einfuhr von Pflanzen und pflanzlichen Produkten aus Drittstaaten einen gleichwertigen Rechtsrahmen zu jenem der EU auf. Wird eine Pflanze oder ein pflanzliches Produkt aus einem Drittstaat in die Schweiz eingeführt, wird geprüft, ob die zum EU-Recht gleichwertigen Vorschriften erfüllt sind. Wird die Konformität der Pflanze oder des pflanzlichen Produkts festgestellt, wird für das Produkt ein Pflanzenpass ausgestellt.[1074] Damit kann die Pflanze oder das pflanzliche Produkt aufgrund der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit der Pflanzenpässe sowohl in der Schweiz als auch innerhalb der EU gehandelt werden.[1075] Da zwischen der Schweiz und der EU zudem keine phytosanitären Kontrollen mehr durchgeführt werden,[1076] bilden die Schweiz und die EU damit in Bezug auf die von Anhang 4 erfassten Pflanzen und pflanzlichen Produkte faktisch einen gemeinsamen phytosanitären Raum.[1077]

3.3 Integrationseffekt im Bereich des Saatguts und der Bio-Produkte

Ein Integrationseffekt der Schweiz in den EU-Binnenmarkt ist auch im Bereich des Saatguts (Anhang 6) und der Bio-Produkte (Anhang 9) erkennbar.

Gemäss Anhang 6 Art. 7 Abs. 1 Agrarabkommen beziehen sich die Vorschriften von Anhang 6 auch auf Saatgut aus Drittstaaten, welche von der Schweiz und der EU anerkannt wurden. Die Liste dieser Drittstaaten befindet sich in Anhang 6

1073 Vgl. im Detail hinten § 7 Kap. D.II.1.3.2.3.

1074 Art. 61 PGesV.

1075 Vgl. vorne § 7 Kap. C.III.1.2.1.

1076 Vgl. vorne § 7 Kap. C.III.2.2.

1077 BLW, Agrarbericht 2019, S. 118; Guardiola, S. 372; Erläuternder Bericht PGesV, S. 3.

Anlage 4 Agrarabkommen. Die Schweiz hat die Liste der Drittstaaten der EU im Zuge des autonomen Nachvollzugs übernommen. Dies bedeutet, dass Saatgut aus einem anerkannten Drittstaat aus Anlage 4 nach einer Kontrolle bei der Einfuhr in der Schweiz frei innerhalb der Schweiz und der EU gehandelt werden darf. Anhang 6 Art. 10 Agrarabkommen hält einschränkend fest, dass diese Ausdehnung nicht für Saatgut aus Drittstaaten gilt, welche nur eine der beiden Parteien als gleichwertig anerkannt hat. Die Parallelität des Rechtsrahmens der Schweiz und der EU in Bezug auf die Einfuhr von Saatgut aus Drittstaaten führt in Kombination mit dem Abbau der Grenzkontrollen[1078] dazu, dass die Schweiz und die EU auch in diesem Bereich *in der Wirkung* einen gemeinsamen Raum bilden.

In ähnlicher Weise hält Anhang 9 Art. 6 Abs. 1 Agrarabkommen im Bereich der Bio-Produkte fest, dass die Parteien dafür Sorge zu tragen haben, dass die Einfuhrvorschriften, die sie auf ökologische Erzeugnisse aus Drittstaaten anwenden, gleichwertig sind. Um zu gewährleisten, dass Drittstaaten und Kontrollstellen in Drittstaaten nach gleichwertigen Kriterien anerkannt werden, verpflichten sich die Parteien in Anhang 9 Art. 6 Abs. 2 Agrarabkommen, zusammenzuarbeiten und sich gegenseitig zu konsultieren, bevor sie einen Drittstaat oder eine Kontrollstelle anerkennen. Diese Vorschriften garantieren, dass die Schweiz und die EU gegenüber Drittstaaten einen einheitlichen Rechtsrahmen und ein einheitliches Einfuhrregime aufweisen: Mit anderen Worten müssen biologische Produkte aus Drittstaaten, um in die EU oder die Schweiz importiert werden zu dürfen, die gleichen Bedingungen erfüllen. Damit wird auch im Bereich der Bio-Produkte faktisch ein gemeinsamer Raum geschaffen.

4. Zwischenbewertung

Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des Agrarabkommens basiert wie dargelegt zu einem grossen Teil auf dem autonomen Nachvollzug. Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit bildet die Grundlage für weitgehende Handelserleichterungen im Handel zwischen der Schweiz und der EU. Dies zeigt sich einerseits am Umstand, dass die Anforderungen an die Belege der Konformität der Produkte für die Schweiz gegenüber anderen Drittstaaten reduziert sind oder gleich sind wie für EU-Mitgliedstaaten. Andererseits wurden die Kontrollen zwischen der Schweiz und der EU in den meisten Produktebereichen mit Gleichwertigkeitsanerkennung faktisch abgeschafft. Der Handel zwischen der

[1078] Vgl. vorne § 7 Kap. C.III.2.3.

Schweiz und der EU erfolgt damit heute in vielen Produktebereichen wie zwischen EU-Mitgliedstaaten.

In verschiedenen Produktebereichen wurde die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit um eine Aussendimension erweitert. Die Schweiz glich ihre Vorschriften in Bezug auf die Einfuhr von verschiedenen Produkten aus Drittstaaten an die Vorschriften der EU an. Als Folge wurde die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit auf diese Vorschriften ausgedehnt und die Schweiz somit Teil eines gemeinsamen Raums für die entsprechenden Produktebereiche.

Die Schweiz nimmt damit eng und oftmals mitgliedstaatsähnlich am System der EU in den vom Abkommen erfassten Produktebereichen teil. Die Teilnahme erfolgt, wie im Bereich der Industrieprodukte, über die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit, welche die rechtliche «Brücke» darstellt.[1079]

Im folgenden Kapitel soll nun untersucht werden, wie dieser partielle Einbezug der Schweiz auf der Grundlage der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Lichte der Rechtssicherheit und des Handlungsspielraums der Schweiz bei der Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsauslegung zu bewerten ist.

D. Bewertung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit

I. Rechtssicherheit im Verfahren der Gleichwertigkeitsanerkennung

1. Möglichkeit der Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung

Das Agrarabkommen gehört zu den statischen bilateralen Abkommen, d. h., es enthält keinen institutionellen Mechanismus, welcher die regelmässige Aktualisierung der vielen in den Anlagen genannten Rechtsakte der EU und der Schweiz vorschreibt, sobald diese geändert werden.[1080] Da das Recht im Bereich der Agrarprodukte sehr dynamisch ist und regelmässig geändert wird, waren sich beide Parteien bewusst, dass auch die Anlagen zu den einzelnen Anhängen regelmässig aktualisiert werden müssen, damit das Agrarabkommen aktuell und wirksam

[1079] Vgl. zur Brücken-Funktion vorne § 4 Kap. C.II.

[1080] Glaser, Bilaterale Verträge, S. 138; Glaser/Langer, S. 568 f.; zur Aktualisierung der Gleichwertigkeit bereits vorne § 7 Kap. C.II.1.3.

bleibt und nicht auf veraltete Rechtsakte verweist.[1081] Sie sahen im Agrarabkommen daher ein Verfahren vor, damit die Anlagen möglichst schnell und einfach geändert werden können.

2. Verfahren der Aktualisierung

2.1 Kompetenz der Gemischten Ausschüsse und der Arbeitsgruppen

2.1.1. Gemischter Ausschuss Landwirtschaft und Gemischter Veterinärausschuss

Da die Revision des Abkommens verfahrensmässig sehr aufwendig und zeitintensiv ist, vereinbarten die Parteien wie in vielen bilateralen Abkommen, dass der Gemischte Ausschuss für das Agrarabkommen, welcher für die Verwaltung und die ordnungsgemässe Anwendung des Abkommens zuständig ist,[1082] gem. Art. 11 Agrarabkommen die Änderung der Anhänge und der darin befindlichen Anlagen beschliessen kann. Eine Ausnahme besteht für den sehr breiten und komplexen Bereich des Handels mit lebenden Tieren, tierischem Vermehrungsmaterial und tierischen Produkten in Anhang 11. Im Rahmen dieses Anhangs setzten die Parteien gem. Anhang 11 Art. 19 Abs. 1 Agrarabkommen einen speziellen Ausschuss ein, den Gemischten Veterinärausschuss, welcher die Aufgaben des ansonsten zuständigen Gemischten Ausschusses für Landwirtschaft in diesem Anhang wahrnimmt[1083] und gem. Anhang 11 Art. 19 Abs. 3 Agrarabkommen die Kompetenz hat, die Anlagen dieses Anhangs zu ändern.

2.1.2. Arbeitsgruppen

Während der Gemischte Ausschuss für Landwirtschaft und (im Bereich von Anhang 11) der Gemischte Veterinärausschuss die formelle Entscheidungskompetenz zur Aktualisierung der Anhänge und Anlagen innehaben, erfolgt die materielle Vorarbeit im Rahmen von Arbeitsgruppen zu den einzelnen Bereichen. Das Agrarabkommen sieht gem. Art. 6 Abs. 7 vor, dass der Gemischte Ausschuss die Arbeitsgruppen einsetzt, die zur Verwaltung der Anhänge des Abkommens erforderlich sind.[1084] Eine vergleichbare Kompetenz kommt dem Gemischten Veteri-

---

1081 Vgl. Botschaft Bilaterale I, S. 6159.

1082 Art. 6 Abs. 2 Agrarabkommen.

1083 Vgl. Anhang 11 Art. 19 Abs. 2 Agrarabkommen.

1084 Der Gemischte Ausschuss, welcher sich gem. Art. 6 Abs. 4 Agrarabkommen eine Geschäftsordnung gibt, legt im Rahmen dieser die Zusammensetzung und die Arbeitsweise der Arbeitsgruppen fest gem. Art. 6 Abs. 7 Agrarabkommen.

närausschuss gem. Anhang 11 Art. 19 Abs. 6 Agrarabkommen zu, welcher ebenfalls technische Arbeitsgruppen einsetzen kann.

Die genauen Aufgaben der Arbeitsgruppen sind in den jeweiligen Anhängen geregelt. Die Arbeitsgruppen werden im Rahmen ihres Bereichs jeweils beauftragt, alle Fragen zu prüfen, die sich aus dem jeweiligen Anhang und seiner Durchführung ergeben.[1085] Zudem müssen die Arbeitsgruppen regelmässig die Entwicklung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften in ihrem Bereich prüfen.[1086] Gestützt auf diese Prüfung müssen sie dem Gemischten Ausschuss Vorschläge zur Anpassung und Aktualisierung der Anlagen in ihrem Anhang unterbreiten.[1087] Im Rahmen von Anhang 11 ist betreffend den Handel mit lebenden Tieren und tierischen Produkten gem. Anhang 11 Art. 19 Abs. 3 vorgesehen, dass die Prüfung der Entwicklung der Vorschriften jeweils direkt durch den Gemischten Veterinärausschuss selbst erfolgt. Die technischen Arbeitsgruppen, welche im Rahmen von Anhang 11 eingesetzt werden, können jedoch beauftragt werden, technische und wissenschaftliche Fragen zu identifizieren und zu klären, welche sich im Bereich des Anhangs ergeben.[1088]

2.2 Verfahrensschritte

Anders als im MRA ist das Verfahren der Aktualisierung im Agrarabkommen weniger detailliert geregelt und beschränkt sich auf die genannten Vorschriften im Abkommenstext und in den einzelnen Anhängen.[1089]

Ohne dass dies explizit in allen Produktebereichen geregelt ist, informieren sich die Parteien im Rahmen der Arbeitsgruppen über geplante Änderungen in ihrem Recht, welche von Relevanz für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit sind. Wie im Bereich der Industrieprodukte ist es normalerweise die EU, welche ihr Recht ändert, und die Schweiz, welche entscheiden muss, ob sie, um die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zu bewahren, ihr Recht an das neue EU-Recht angleichen möchte.[1090]

1085 Vgl. z. B. Anhang 4 Art. 10 Abs. 1 Agrarabkommen.

1086 Vgl. z. B. Anhang 4 Art. 10 Abs. 2 Satz 1 Agrarabkommen.

1087 Vgl. z. B. Anhang 4 Art. 10 Abs. 2 Satz 2 Agrarabkommen.

1088 Anhang 11 Art. 19 Abs. 6 Agrarabkommen.

1089 Vgl. Art. 11 Agrarabkommen.

1090 Norer, S. 579; vgl. auch Kropf, S. 86, die unterstreicht, dass «[d]er Anstoss für neue Gesetze und Verordnungen […] häufig nicht mehr ‹von unten› (landesrechtliche Ebene), sondern ‹von oben› (völkerrechtliche Ebene) [kommt]».

2.2.1. Grundsatzentscheid im innerstaatlichen Recht

Die Schweiz ist nach keinem der relevanten Anhänge völkerrechtlich verpflichtet, ihr Recht an Erneuerungen im EU-Recht anzupassen, um die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zu aktualisieren.[1091] Sofern die geänderten Vorschriften im EU-Recht als technische Vorschriften im Sinne von Art. 4 Abs. 1 THG verstanden werden, ergibt sich jedoch eine grundsätzliche Verpflichtung des Bundesrats zur Angleichung des Verordnungsrechts an weiterentwickeltes EU-Recht aus dem innerstaatlichen Recht.[1092] Trotz dieser Verpflichtung besteht auf der Seite der Schweiz die Möglichkeit, im Einzelfall zu entscheiden, ob neues EU-Recht ins Schweizer Recht übernommen werden soll oder ob die Schweiz bewusst auf eine Angleichung verzichten soll, was unter Umständen die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit gefährden könnte. Dabei geht es vor allem um Opportunitätsüberlegungen, im Rahmen welcher entschieden werden muss, ob die Angleichung für die Schweiz von Nutzen ist.[1093] Dient die Angleichung der Erhaltung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, wird sie normalerweise vorgenommen, ausser es bestehen überwiegende Gründe, weshalb im Einzelfall von einer Angleichung abgesehen werden soll. Kommt der Bundesrat zum Schluss, dass das Schweizer Recht an das geänderte EU-Recht angeglichen werden soll, werden die zuständigen Bundesämter beauftragt, die entsprechenden Entwürfe auszuarbeiten.[1094]

2.2.2. Ausarbeitung des Entwurfs und Prüfung der Gleichwertigkeit

Besteht ein Entwurf zu einem Bundesgesetz oder einer -verordnung, wird dieser den zuständigen Stellen in der EU-Verwaltung übermittelt zur Prüfung, ob die Schweizer Vorschriften die Anforderungen der Gleichwertigkeitsanerkennung im entsprechenden Produktebereich erfüllen.[1095]

In einigen Produktebereichen, z. B. dem Bereich des Handels mit tierischen Produkten, forderte die EU von der Schweiz eine Konkordanz-Tabelle, im Rahmen welcher die Bundesverwaltung darlegen musste, welche schweizerische Bestim-

---

[1091] Vgl. bereits vorne § 7 Kap. C.II.1.4.

[1092] Zirlick/Stadelhofer, Komm. Wettbewerbsrecht II, Vorbemerkungen zum 2. Kapitel (THG 4–6) Rz. 3.

[1093] Kropf, S. 89.

[1094] Vgl. zum Vorgehen Hauser, S. 93 ff.

[1095] Hauser, S. 102 f.

mung welcher Bestimmung im EU-Recht entspricht.[1096] Auf der Grundlage der Konkordanz-Tabelle prüfen die zuständigen Stellen in der Verwaltung der EU-Kommission, ob das angeglichene schweizerische Recht im Sinne des Abkommens gleichwertig zu dem relevanten EU-Recht ist.[1097] Im Anschluss der Durchsicht der Entwürfe oder der Konkordanz-Tabelle teilt die EU-Kommission den zuständigen Stellen der Bundesverwaltung mit, ob sie den schweizerischen Entwurf für gleichwertig hält und an welchen Stellen noch keine Gleichwertigkeit besteht und die Schweiz daher Änderungen vornehmen muss.[1098]

2.2.3. Beschluss des Gemischten Ausschusses

Besteht auf beiden Seiten Einigkeit über die Gleichwertigkeit, wird in der Arbeitsgruppe ein Vorschlag zur Aktualisierung der betroffenen Anlage erstellt und dem Gemischten Ausschuss vorgelegt.[1099] Auf der Grundlage des Vorschlags der involvierten Arbeitsgruppe fällt der Gemischte Ausschuss (und im Bereich von Anhang 11 der Gemischte Veterinärausschuss) einen Beschluss über die Aktualisierung und damit Änderung der betroffenen Anlage.

Konkret erfolgt die Aktualisierung dadurch, dass in der Anlage der veraltete Rechtsakt durch den neuen, in Kraft stehenden Rechtsakt ersetzt wird. Wurde der Rechtsakt im EU-Recht bzw. im Schweizer Recht im Rahmen einer Rechtsänderung nur geändert bzw. im EU-Recht durch einen neuen Rechtsakt ergänzt, wird durch einen Zusatz auf die aktuelle Fassung bzw. den ergänzenden Rechtsakt hingewiesen.[1100]

[1096] Vgl. Hauser, S. 102 f., im Bereich der Revision des Lebensmittelverordnungsrechts.

[1097] Hauser, S. 103.

[1098] Vgl. Hauser, S. 103. Die Angleichung des Schweizer Rechts an das EU-Recht kann unter Umständen für die Rechtsentwicklung in der EU hilfreich sein. Als die Schweiz 2005 ihr Recht an das neue Hygienerecht der EU anglich, wurde sich die EU-Kommission gewisser Probleme erst aufgrund von Nachfragen aus der Schweiz bewusst. Dies war insbesondere bei EU-Verordnungen der Fall, weil die Schweiz diese im Schweizer Recht umsetzte, während die EU-Mitgliedstaaten sie direkt anwenden müssen, vgl. Hauser, S. 104.

[1099] Z. B. Anhang 4 Art. 10 Abs. 2 Agrarabkommen.

[1100] Verschiedentlich wird unter Verwendung des Zusatzes «zuletzt geändert am […]» auf die Fundstelle der gültigen Version des Schweizer Rechtsaktes in der Amtlichen Sammlung bzw. auf den ergänzenden Rechtsakt im EU-Recht verwiesen, vgl. z. B. Anhang 8 Anlage 5 Agrarabkommen.

3. Der Gleichwertigkeitsentscheid als Schwachpunkt

3.1 Problematik für die Rechtssicherheit aus theoretischer Perspektive

So wie die Schweiz aus dem Agrarabkommen rechtlich nicht verpflichtet ist, ihr Recht an geändertes EU-Recht anzugleichen, gibt es im Agrarabkommen auch keinen Mechanismus, welcher die beiden Parteien im Rahmen des Gemischten Ausschusses verpflichtet, der Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zuzustimmen.[1101] Die Problematik ist somit gleichgelagert wie im Bereich der Industrieprodukte.[1102] Aufgrund der Ausgestaltung des Agrarabkommens besteht somit jeweils eine Unsicherheit, ob das Schweizer Recht zur Erhaltung der Gleichwertigkeitsanerkennung geändert werden muss und ob die EU der Aktualisierung zustimmt. Dies wirkt sich negativ auf die Rechtssicherheit aus.

3.2 Bedeutung in der Praxis des Agrarabkommens

Die Unsicherheit aus theoretischer Sicht wird kontrastiert durch die problemlose Anwendung des Agrarabkommens in der Praxis. Einerseits gab es nie Probleme bei der Erweiterung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit: Sobald die Schweiz in einem Produktebereich, in welchem die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit noch nicht oder noch nicht in Bezug auf alle Produktegruppen bestand, eine gleichwertige Rechtslage geschaffen hatte, stimmte die EU einer Ausdehnung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zu.[1103] Andererseits führte auch die Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, soweit ersichtlich, nie zu Problemen: Wurde das EU-Recht geändert und passte die Schweiz ihr Recht im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an das weiterentwickelte EU-Recht an, wurde die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit stets aktualisiert.

Aufgrund der fehlenden Einigung zwischen der Schweiz und der EU im Bereich der institutionellen Fragen weigert sich die EU jedoch seit 2018, die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in den einzelnen Bereichen *formell* zu aktualisieren.[1104] Die Rechtsakte in den Anlagen des Agrarabkommens sind daher noch

---

[1101] Glaser/Langer, S. 568 f.

[1102] Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.1 und D.I.4.2.

[1103] So z. B. im Bereich der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit von tierischen Produkten, welche nach der Angleichung des Schweizer Hygienerechts an die Vorgaben im EU-Recht erfolgen konnte, dazu vorne § 7 Kap. C.II.1.2.1.1.

[1104] Guardiola, S. 373. Vgl. dazu vorne § 3 Kap. C.V.1.

auf dem Stand von 2018[1105] und daher in der im Agrarabkommen genannten Fassung oftmals nicht mehr gültig. Aus streng rechtlicher Sicht ist die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in den meisten Produktebereichen somit veraltet. In Anwendung einer analogen Sichtweise zu jener der EU im Bereich der Medizinprodukte[1106] könnte argumentiert werden, dass die sich aus dem Agrarabkommen ergebenden Handelserleichterungen keinen Bestand mehr haben, weil sie auf einer veralteten Anerkennung der Gleichwertigkeit beruhen.

Anders als im Bereich der Industrieprodukte führte diese verweigerte Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit jedoch nicht zu negativen Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Handel. Im Wissen, dass die Schweiz ihr Recht jeweils zuverlässig an geändertes EU-Recht angleicht, erfolgt der Handel nach wie vor unter den im Agrarabkommen vereinbarten Erleichterungen. Die Voraussetzung, dass der grenzüberschreitende Handel mit Agrarprodukten unter den vereinfachten Bedingungen fortgeführt werden kann, ist, dass die Schweiz Änderungen des EU-Rechts im Schweizer Recht zeitnah nachvollzieht. Damit ist die Erhaltung einer gleichwertigen Rechtslage im Schweizer Recht und im EU-Recht sichergestellt.

3.3 Möglichkeiten zur Verbesserung der Problematik

Obwohl die fehlende Aktualisierung des Agrarabkommens bislang keine negativen Auswirkungen für die Schweiz hatte, ist die Ausgestaltung des Mechanismus aus der Perspektive der Rechtssicherheit problematisch. Durch das im Rahmen des Pakets zur Stabilisierung und Weiterentwicklung geplante Protokoll zur Errichtung eines gemeinsamen Lebensmittelsicherheitsraums (P-LSR) könnte ein Fortschritt in Bezug auf die Rechtssicherheit erzielt werden, falls dem Protokoll von beiden Seiten zugestimmt wird.

3.3.1. Änderung des Grundmechanismus

Der Handel im Bereich der Pflanzen und pflanzlichen Produkte (Anhang 4), der Futtermittel (Anhang 5), des Saatguts (Anhang 6) und der lebenden Tiere und

[1105] Vgl. den Hinweis in Anhang 11 Anlage 6 Agrarabkommen, dass die Rechtsakte der Fassung des Beschlusses Nr. 1/2015 des Gemischten Veterinärausschusses entsprechen, welcher durch den Beschluss Nr. 1/2018 des Gemischten Veterinärausschusses vom 12. Juni 2018 nochmals bereinigt wurde.

[1106] Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.1.

tierischen Produkte (Anhang 11) würde im Falle der Zustimmung zum Protokoll vom Agrarabkommen ins P-LSR transferiert werden.[1107]

Das P-LSR sieht als Grundmechanismus, im Unterschied zum geltenden Agrarabkommen, nicht mehr das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit vor.[1108] Gemäss Art. 6 P-LSR würde die Schweiz neu verpflichtet, im Sinne der sog. Integrationsmethode die für diese Bereiche relevanten Rechtsakte des EU-Rechts, welche in Anhang I P-LSR genannt werden, direkt anzuwenden.[1109] Die in Anhang I P-LSR genannten EU-Rechtsakte werden gem. Art. 13 Abs. 2 P-LSR «durch ihre Integration Teil der Schweizer Rechtsordnung».[1110] Durch das P-LSR würde somit die Notwendigkeit einer formellen Gleichwertigkeitsanerkennung entfallen und die Rechtssicherheit verbessert werden.

3.3.2. Stärkung der institutionellen Mechanismen

Im P-LSR ist vorgesehen, dass neue EU-Rechtsakte im Rahmen der dynamischen Rechtsübernahme in dieses aufgenommen würden.[1111] Gemäss Art. 13 Abs. 1 P-LSR sind die Schweiz und die EU verpflichtet, dafür zu sorgen, «dass die in den Bereich dieses Protokolls fallenden Rechtsakte der Union nach ihrer Verabschiedung so rasch wie möglich in dieses Protokoll integriert werden». Diese Verpflichtung dient gem. Art. 13 Abs. 1 P-LSR der «Gewährleistung der Rechtssicherheit und der Homogenität des Rechts im Bereich betreffend den Binnenmarkt». Sie gilt nicht bezüglich der Ausnahmen, welche die Schweiz und die EU in Art. 7 P-LSR vereinbart haben.[1112]

Analog zu den geplanten Änderungen im IP-MRA[1113] ist in Art. 20 Abs. 2 P-LSR vorgesehen, dass jede Partei ein Schiedsgericht anrufen kann, wenn eine Streitigkeit innerhalb von drei Monaten nicht im Gemischten Ausschuss für Lebensmittelsicherheit gelöst werden konnte.[1114]

1107 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 695.

1108 EU-Kommission, Vorschlag Paket, S. 17; Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 695.

1109 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 695.

1110 Art. 13 Abs. 2 P-LSR betont jedoch auch, dass dies nicht gilt für Anpassungen, welche die Schweiz und die EU im Rahmen des Gemischten Ausschusses für Lebensmittelsicherheit beschlossen haben.

1111 Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 695.

1112 Vgl. zu den Ausnahmen Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 700 f.

1113 Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.3.2.2.

1114 Vgl. Art. 20 Abs. 1 P-LSR.

3.3.3. Zwischenbewertung

Durch die geplanten Änderungen würde die Rechtssicherheit im Bereich des Handels mit den Agrarprodukten, die neu unter das P-LSR fallen, gestärkt werden: Aufgrund des Wechsels vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zur Verpflichtung der direkten Anwendung des EU-Rechts entfiele der für die Rechtssicherheit problematische Gleichwertigkeitsentscheid. Da die Verpflichtung zur Anwendung des EU-Rechts nur für die in Anhang I P-LSR aufgenommenen Rechtsakte gilt, könnte die Funktionsweise des Protokolls jedoch beeinträchtigt werden, wenn eine der Parteien der Aufnahme eines neuen EU-Rechtsakts, welche einen einvernehmlichen Beschluss im Gemischten Ausschuss bedingt,[1115] nicht zustimmen würde. Im Unterschied zur Situation *de lege lata* wären die Parteien jedoch im Rahmen der dynamischen Rechtsübernahme gem. Art. 13 Abs. 1 P-LSR verpflichtet, einer Aufnahme zuzustimmen. Eine Verweigerung von Seiten einer Partei würde somit einen Verstoss gegen das P-LSR darstellen, welchen das Schiedsgericht, im Falle, dass es angerufen wird, feststellen könnte.

Würde die Partei, welche die Aufnahme eines neuen EU-Rechtsakts blockiert, nach einer Aufforderung durch das Schiedsgericht auf ihrem Standpunkt verharren (und der Aufnahme weiterhin nicht zustimmen), könnte die Zustimmung dieser Partei zwar rechtlich nicht erzwungen werden. Die andere Partei wäre jedoch berechtigt, gem. Art. 21 Abs. 1 P-LSR Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen.

Aufgrund der im Rahmen des neuen P-LSR möglichen Konsequenzen bei einer sachfremden Verweigerung der Aufnahme eines neuen EU-Rechtsakts in Anhang I P-LSR ist daher, im Falle des Inkrafttretens des P-LSR, eine Verweigerung von Seiten der EU, wie sie im Bereich der Medizinprodukte erfolgte, nicht mehr zu erwarten.[1116]

4. Bewertung

Aus praktischer Perspektive ist festzuhalten, dass der grenzüberschreitende Handel zwischen der Schweiz und der EU in den Bereichen des Agrarabkommens seit Inkrafttreten des Abkommens im Jahre 2002 ausgebaut werden konnte. Die Schweiz und die EU profitieren von den Erleichterungen, welche im Abkommen vereinbart wurden und auf der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit

[1115] Art. 13 Abs. 4 P-LSR.

[1116] In diesem Sinne äussert sich Oesch im Interview in der NZZ vom 30. Juli 2025, S. 9.

beruhen. Der vereinfachte Handel besteht weiterhin, obwohl die Gleichwertigkeitsanerkennungen in den einzelnen Bereichen seit 2018 nicht mehr aktualisiert wurden und rechtlich veraltet sind. Dieser Umstand ist darauf zurückzuführen, dass die Schweiz ihr Recht laufend an geändertes EU-Recht angleicht und damit sicherstellt, dass faktisch weiterhin eine gleichwertige Rechtslage im Schweizer Recht und im EU-Recht besteht.

Mit dem heutigen Mechanismus bleibt der Schweiz die Möglichkeit des Grundsatzentscheids, ob sie ihr Recht bei einer Änderung des EU-Rechts an die geänderte Rechtslage angleichen möchte oder ob sie die Divergenz zwischen dem schweizerischen Recht und dem EU-Recht und die damit verbundene Gefährdung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in Kauf nehmen möchte. Diese Möglichkeit des Grundsatzentscheids entfiele bei Inkrafttreten des P-LSR aufgrund der Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme gem. Art. 13 Abs. 1 P-LSR. Aus Sicht der Rechtssicherheit wären die im P-LSR geplanten Änderungen jedoch zu begrüssen.

II. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung

Aufgrund der Unterschiede in der formellen Ausgestaltung des Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in den einzelnen Produktebereichen[1117] können die Produktebereiche den zwei Typen der Gleichwertigkeitsanerkennung zugeordnet werden.[1118] Trotz dieser Kategorisierung sind die Unterschiede zwischen den einzelnen Produktebereichen im Agrarabkommen grösser als bei den Produktebereichen im Rahmen des MRA.

In diesem Kapitel soll untersucht werden, in welchem Ausmass dem Schweizer Gesetz- und Verordnungsgeber Spielraum bei der Rechtsetzung in den einzelnen Produktebereichen bleibt unter der Prämisse, dass er die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit anstrebt. Die Ausführungen beziehen sich auf die Anhänge 4, 5, 6, 9 und 11 des Agrarabkommens.[1119]

[1117] Vgl. vorne § 7 Kap. C.I.3.

[1118] Vgl. zu den Typen vorne § 7 Kap. C.I.4.

[1119] Auf die Darstellung des Handlungsspielraums in den Bereichen Wein (Anhang 7) und Spirituosen (Anhang 8) wurde aus Platzgründen verzichtet. Die grundsätzlichen Erkenntnisse in diesen zwei Bereichen decken sich mit jenen der anderen untersuchten Produktebereiche.

1. Handlungsspielraum bei Typ 1 der Gleichwertigkeitsanerkennung

Die Produktebereiche, in welchen Typ 1 der Gleichwertigkeitsanerkennung verwendet wird, sind daran zu erkennen, dass sich die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit auf *die Wirkung* der Rechtsvorschriften in der Schweiz und der EU bezieht.[1120] Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit wird somit nicht anhand der Vorschriften im Schweizer Recht und im EU-Recht gemessen (wie bei Typ 2), sondern anhand der Wirkung beziehungsweise der Ergebnisse aus diesen Vorschriften.[1121] Obwohl dieser Typ in den Bereichen der Pflanzengesundheit (Anhang 4), der Futtermittel (Anhang 5), des Saatguts (Anhang 6) und im Bereich des Handels mit lebenden Tieren und tierischem Vermehrungsmaterial (Anhang 11 Teil I) zur Anwendung kommt, unterscheidet sich der Spielraum von Produktebereich zu Produktebereich, was in den folgenden Ausführungen im Detail dargelegt werden soll.

1.1 Lebende Tiere und tierisches Vermehrungsmaterial (Anhang 11 Teil I)

1.1.1. Rechtlicher Rahmen

Gemäss Anhang 11 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen stellen die Vertragsparteien fest, «dass ihre jeweiligen Rechtsvorschriften für die Bekämpfung von Tierseuchen und für die Seuchenmeldungen im Wesentlichen übereinstimmen und zu denselben Ergebnissen führen». Mit dieser Gleichwertigkeitsanerkennung soll gewährleistet werden, dass die Tiergesundheit im grenzüberschreitenden Handel mit lebenden Tieren sichergestellt wird.

1.1.2. Handlungsspielraum

Im Rahmen der Verhandlungen zum Agrarabkommen akzeptierte die EU, dass im Bereich des Handels mit lebenden Tieren und tierischem Vermehrungsmaterial Typ 1 der Gleichwertigkeitsanerkennung vereinbart wird und folglich die Übereinstimmung in Bezug auf die Ergebnisse der Vorschriften gefordert wird. Die Schweiz musste die gleichen Ziele wie die EU im Bereich der Tiergesundheit verfolgen und mit ihren Vorschriften sicherstellen, dass aus diesen das gleiche Schutzniveau resultiert, m. a. W. dieselben Ergebnisse gem. Anhang 11 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen. Damit blieb bzw. bleibt im Schweizer Recht ein Spiel-

[1120] Vgl. vorne § 7 Kap. C.I.4.1.

[1121] Zu Typ 2 der Gleichwertigkeitsanerkennung vgl. vorne § 7 Kap. C.I.4.2.

raum für eine abweichende Ausgestaltung des Tiergesundheitsrechts, solange der Schweizer Rechtsrahmen zu denselben Ergebnissen führt wie in der EU.[1122]

Der Spielraum bedeutet allerdings nicht, dass die Schweiz ihr Recht im Hinblick auf die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit gar nicht an EU-Recht angleichen musste.[1123] Bereits im Rahmen einer *Swisslex*-Vorlage wurden 1993 Änderungen am Tierseuchengesetz vorgenommen, um die Kompatibilität mit dem damaligen Recht der EU zu vergrössern.[1124] 1995 wurde zudem die totalrevidierte Tierseuchenverordnung erlassen, in welcher das schweizerische Tiergesundheitsrecht an das EU-Recht angeglichen wurde. Aufgrund des autonomen Nachvollzugs bestehen daher die gleichen Massnahmen im Schweizer Recht wie im EU-Recht zur Bekämpfung von Tierseuchen.[1125] Diese Parallelität bei den tiergesundheitlichen Massnahmen ist aufgrund von Anhang 11 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen im Hinblick auf die Gleichwertigkeitsanerkennung rechtlich nicht notwendig, falls das gleiche Schutzniveau auch mit anderen Massnahmen sichergestellt werden könnte. Dies müsste die Schweiz der EU stichhaltig darlegen können. Die Massnahmen stimmen im Schweizer Recht und im EU-Recht überein, weil die Schweiz und die EU die gleichen Massnahmen als wirksam erachten.

Aufgrund des Spielraums im Rahmen der Gleichwertigkeitsanerkennung konnte die Strukturierung des Schweizer Rechts oder die Organisation des Tiergesundheitsrechts, z. B. die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und den Kantonen, erhalten bleiben.[1126] Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit gem. Anhang 11 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen ermöglicht damit, dass schweizerische Eigenheiten berücksichtigt und beibehalten werden konnten.

1.1.3. Vergleich mit EU-Mitgliedstaaten

Der Umstand, dass die EU einer Gleichwertigkeitsanerkennung zustimmte, welche in Bezug auf die Rechtsetzung Handlungsspielraum lässt, hing mit der Situation im Tiergesundheitsrecht in der EU im Zeitpunkt der Verhandlungen zusam-

---

1122 In diesem Sinne auch Norer, S. 578, der betont, dass keine «vollständige Harmonisierung» notwendig sei.

1123 Vgl. Norer, S. 579.

1124 Vgl. vorne § 7 Kap. B.III.2.

1125 In diesem Sinne Müller-Hüppi, Rz. 69, welche betont, dass der grenzüberschreitende Handel behindert würde, wenn «bei der Seuchenbekämpfung in der Schweiz geringere Massstäbe gelten würden».

1126 Zur Aufgabenverteilung vgl. Müller-Hüppi, Rz. 91 ff.

men. Das Tiergesundheitsrecht der EU bestand 1999 noch aus einer Vielzahl an sektoriellen Richtlinien, welche Vorschriften zu den einzelnen Krankheiten enthielten.[1127] Da die Vorschriften in Richtlinien geregelt waren, blieb den Mitgliedstaaten unter dem damaligen Rechtsrahmen ein gewisser Spielraum im Bereich der Umsetzung der Vorgaben der EU im nationalen Recht. Dieser Spielraum der Mitgliedstaaten widerspiegelt sich im Spielraum der Schweiz.

Seit Abschluss des Agrarabkommens hat sich das Tiergesundheitsrecht der EU stark gewandelt. Die EU strebte eine Modernisierung des EU-Rahmens für Tiergesundheit an, wobei sie sich insbesondere das Ziel setzte, einen einheitlicheren und klareren Rechtsrahmen zu schaffen.[1128] So wurde bereits 2007 geplant, einen einzigen horizontalen Rechtsrahmen mit den gemeinsamen Grundsätzen zu schaffen und die geltenden Vorschriften allenfalls durch diesen zu ersetzten.[1129] Dieser Schritt erfolgte 2016 mit der VO 2016/429, welche viele der alten Richtlinien aufhob.[1130]

Mit der Vereinheitlichung in Form einer Verordnung ging der Umsetzungsspielraum für die Mitgliedstaaten zurück. Die Veränderung bezüglich des Spielraums zeigt sich auch im Verhältnis Schweiz–EU am Umstand, dass die Schweiz gem. dem geplanten P-LSR das EU-Recht auch im Bereich der Tiergesundheit direkt anwenden müsste.[1131]

1.2 Saatgut (Anhang 6)

1.2.1. Rechtlicher Rahmen

Eine vergleichbare Situation besteht im Bereich des Saatguts. Gemäss Anhang 6 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen anerkennen die Parteien, dass die Anforderungen im Schweizer Recht und im EU-Recht «zu den gleichen Ergebnissen führen».

[1127] Z. B. die RL 2003/85/EG zur Bekämpfung der Maul- und Klauenseuche, welche durch die VO 2016/429 und die Del. VO 2020/687 ersetzt wurde.

[1128] EU-Kommission, Bericht Tiergesundheitsstrategie, S. 8.

[1129] EU-Kommission, Bericht Tiergesundheitsstrategie, S. 8.

[1130] Vgl. Erw. 5, wonach das frühere Tiergesundheitsrecht der Union «aus einer Reihe miteinander verknüpfter und zusammenhängender grundlegender Rechtsakte» bestand, wobei ein «übergreifender Rechtsrahmen zur Festlegung von harmonisierten Grundsätzen für den gesamten Sektor [fehlte]». Das Ziel der Verordnung ist gem. Erw. 9 die Umsetzung der Verpflichtungen und Visionen dieser Tiergesundheitsstrategie sowie die Konsolidierung des Rechtsrahmens durch die Schaffung eines «einzigen, einfachen, flexiblen Regelungsrahmens für Tiergesundheit».

[1131] Art. 6 P-LSR.

Auch im Bereich des Saatguts ist somit im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit ein gleiches Schutzniveau in Bezug auf die vom Agrarabkommen erfassten Kulturarten von Saatgut notwendig. Sofern dies sichergestellt ist, bleibt Raum für Abweichungen im Schweizer Recht.

1.2.2. Handlungsspielraum

Im Hinblick auf das Erfordernis der gleichen Ergebnisse musste eine Übereinstimmung des Schweizer Rechts und des EU-Rechts in Bezug auf die grundsätzliche Ausgestaltung des Systems der Züchtung, Produktion und des Inverkehrbringens sichergestellt werden.

1.2.2.1. Sortenkatalog

Die Schweiz und die EU sowie die einzelnen Mitgliedstaaten kennen einen Sortenkatalog, in welchem die Sorten aufgeführt werden, welche vermehrt werden dürfen. Die Voraussetzungen für die Aufnahme einer neuen Sorte in den Sortenkatalog stimmen im Schweizer Recht und im EU-Recht überein.[1132] Als Folge anerkannten die Schweiz und die EU gegenseitig ihre Sortenkataloge.[1133] Sorten, welche in der Schweiz neu in den Sortenkatalog aufgenommen werden, werden als Folge ebenfalls in den Gemeinsamen Sortenkatalog der EU aufgenommen.[1134]

1.2.2.2. System der Anerkennung

Zudem kennen die Schweiz und die EU das gleiche System zur Überprüfung der Konformität von Saatgut mit den materiellen Vorschriften. Sowohl im Schweizer Recht als auch im EU-Recht muss ein Saatgutposten von einer behördlichen Stelle geprüft und anerkennt werden, damit das Saatgut des Postens in Verkehr gebracht werden darf.[1135] Die Schweiz hat dabei sowohl die Voraussetzungen, welche im Rahmen der Anerkennung geprüft werden, als auch die technischen Vorschriften zur Durchführung der Prüfung an die Vorgaben der EU angeglichen: Für die Anerkennung von Saatgutposten muss das Saatgut als erste Voraussetzung aus einem Vermehrungsbestand stammen, der in der offiziellen Feldbesichtigung

---

[1132] Art. 4 ff. Vermehrungsmaterial-Verordnung; Art. 4 ff. R 2002/53/EG.

[1133] Vgl. BLW, Bericht Saatgut, S. 43.

[1134] Gemeinsamer Sortenkatalog, Ziff. 1 der Erläuterungen, ABl. C 443 vom 15.12.2007, S. 8; vgl. auch BGer, 1B_294/2012 vom 13. August 2012, E. 6.

[1135] BLW, Bericht Saatgut, S. 48 f.

die einschlägigen Anforderungen erfüllt hat.[1136] Die Anforderungen im Schweizer Recht entsprechen inhaltlich denjenigen aus dem EU-Recht.[1137] Die zweite Voraussetzung ist, dass das offizielle Muster, welches durch eine zugelassene Stelle kontrolliert wird, die Anforderungen der betroffenen Sorte des Saatguts erfüllt.[1138]

1.2.2.3. Organisation des Saatgut-Sektors

Da im Bereich des Saatguts Typ 1 der Gleichwertigkeitsanerkennung zur Anwendung gelangt, konnte trotz Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht den Eigenheiten im Bereich der Organisation des Saatgutbereichs «gebührend Rechnung getragen werden».[1139] Die Saatgut-Produktion in der Schweiz ist ein eingespielter Ablauf, an welchem verschiedene staatliche und private Akteure beteiligt sind.[1140] Über das Instrument der Zulassung der Produzenten, Vermehrungsorganisationen und der Aufbereitungsorganisationen kann dem EU-Recht Rechnung getragen und die Qualität sichergestellt werden, die schweizerische Struktur jedoch beibehalten werden.[1141]

1.2.3. Vergleich mit EU-Mitgliedstaaten

Der Umstand, dass im Bereich des Saatguts Typ 1 der Gleichwertigkeitsanerkennung verwendet wird, ist ebenfalls auf die Struktur des EU-Rechts im Bereich des Saatguts zurückzuführen, welche aus sektoriellen Richtlinien zu den einzelnen Kulturarten besteht.[1142] Die Richtlinien stammen teilweise noch aus den 1960er

---

[1136] Art. 24 Abs. 1 lit. a WBF-Vermehrungsmaterial-Verordnung Acker- und Futterpflanzen; im EU-Recht z. B. Art. 3 Abs. 1 RL 66/401/EWG.

[1137] Vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. a i. V. m. Anhang 3 WBF-Vermehrungsmaterial-Verordnung Acker- und Futterpflanzen, wo die Anforderungen nach einzelnen Arten geordnet sind; vgl. im EU-Recht die inhaltlich identischen Anforderungen in Anhang II der RL 66/401/EWG für Futterpflanzensaatgut.

[1138] Art. 24 Abs. 1 lit. b WBF-Vermehrungsmaterial-Verordnung Acker- und Futterpflanzen; Art. 7 Abs. 1 RL 66/401/EWG. Die Anforderungen an die einzelnen Sorten von Saatgut, inkl. Postengrössen und Mustergrössen, ergeben sich im Schweizer Recht aus Anhang 4 WBF-Vermehrungsmaterial-Verordnung Acker- und Futterpflanzen und entsprechen den Anforderungen des EU-Rechts, vgl. Anhang III RL 66/401/EWG.

[1139] BLW, Bericht Saatgut, S. 23.

[1140] Vgl. z. B. die wichtige Rolle der Vermehrungsorganisationen, BLW, Bericht Saatgut, S. 46 f.

[1141] Vgl. z. B. die Verfahren in Art. 21, 22 und 22a WBF-Vermehrungsmaterial-Verordnung Acker- und Futterpflanzen.

[1142] Vgl. die Liste der EU-Rechtsakte in Anhang 6 Anlage 1 Agrarabkommen.

Jahren und geben den Mitgliedstaaten ebenfalls Spielraum für eine Umsetzung im nationalen Recht. Ein Vorschlag der EU-Kommission zur Schaffung einer Verordnung im Bereich des Pflanzenvermehrungsmaterials, welche die früheren Richtlinien zu den einzelnen Kulturarten ersetzt hätte, scheiterte 2014.[1143] Die EU-Kommission stellte 2023 einen neuen Vorschlag für eine Verordnung vor.[1144] Ob dieser neue Vorschlag angenommen werden wird, ist momentan noch offen.[1145] Obwohl die Schweiz im Rahmen des geplanten P-PLS (im Falle des Inkrafttretens) verpflichtet würde, nicht mehr gleichwertiges Schweizer Recht, sondern direkt das EU-Recht im Bereich Saatgut anzuwenden,[1146] bliebe der Schweiz, wie den EU-Mitgliedstaaten, vorerst ein Spielraum in der Rechtsetzung, wie es die EU-Richtlinien vorsehen. Falls der angesprochene Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung in Kraft träte, würde der Spielraum der Mitgliedstaaten und damit auch der Schweiz verkleinert werden.

1.3 Pflanzengesundheit (Anhang 4)

1.3.1. Rechtlicher Rahmen

Im Bereich der Pflanzengesundheit stellen die Parteien gem. Anhang 4 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen fest, dass sie «vergleichbare Rechtsvorschriften über Massnahmen zum Schutz vor der Einschleppung und Verschleppung von Schaderregern durch Pflanzen, Pflanzenerzeugnisse und andere Gegenstände haben, die einen gleichwertigen Schutz vor Einschleppung und Verschleppung von Schaderregern» bieten. Gemäss Anhang 4 Art. 2 Abs. 1 Satz 2 Agrarabkommen gilt diese Feststellung auch für die Pflanzengesundheitsmassnahmen, «die für die aus Drittländern eingeführten Pflanzen, Pflanzenerzeugnisse und anderen Gegenstände getroffen werden». Mit anderen Worten bezieht sich die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit sowohl auf die Pflanzengesundheitsmassnahmen inner-

---

[1143] Vgl. die Ausführungen auf der Website des Rats der EU, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/animal-plant-health-package/plant-reproductive-material/>.

[1144] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Erzeugung und das Inverkehrbringen von Pflanzenvermehrungsmaterial in der Union, zur Änderung der Verordnungen (EU) 2016/2031, (EU) 2017/625 und (EU) 2018/848 des Europäischen Parlaments und des Rates, und zur Aufhebung der Richtlinien 66/401/EWG, 66/402/EWG, 68/193/EWG, 2002/53/EG, 2002/54/EG, 2002/55/EG, 2002/56/EG, 2002/57/EG, 2008/72/EG und 2008/90/EG des Rates (Verordnung über Pflanzenvermehrungsmaterial), COM (2023) 414 final.

[1145] Verfahren 2023/0227/COD.

[1146] Vgl. Art. 6 P-LSR.

halb der Schweiz beziehungsweise der EU als auch auf den Rechtsrahmen für die Einfuhr von solchen Produkten aus Drittstaaten.[1147]

Zudem anerkennen die Schweiz und die EU gem. Anhang 4 Art. 2 Abs. 3 Agrarabkommen gegenseitig ihre Pflanzenpässe an, welche von Stellen ausgestellt wurden, die von den zuständigen Behörden in der EU und der Schweiz zugelassen worden sind.

1.3.2. Handlungsspielraum

Die Formulierung der Gleichwertigkeitsanerkennung in Anhang 4 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen deutet an, dass für die Schweiz Spielraum für Abweichungen vom EU-Recht besteht, solange der gleichwertige Schutz vor der Einschleppung und Verschleppung von Schaderregern (in der Folge wird der inhaltlich gleiche Begriff der Schadorganismen aus dem Schweizer Recht verwendet) nicht beeinträchtigt wird.

1.3.2.1. Kategorisierung der Schadorganismen

Die Bedingung des gleichwertigen Schutzes setzt voraus, dass das Schweizer Recht und das EU-Recht im Bereich der Kategorisierung der Schadorganismen übereinstimmen.

Nur wenn die gleichen Pflanzengesundheitsmassnahmen auf die gleichen Kategorien von Schadorganismen angewandt werden, wird ein gleichwertiger Schutz gewährleistet. Mit der Schweizer PSV 2001 wurden zum ersten Mal die Definitionen der damaligen RL 2000/29/EG ins Schweizer Recht übernommen.[1148] Als die Arten von Schadorganismen in der neuen VO 2016/2031 ausdifferenziert und neu in vier Hauptkategorien[1149] unterteilt wurden, übernahm der Bundesrat diese Kategorisierung inhaltlich in die neue Pflanzengesundheitsverordnung 2018 (PGesV).[1150]

Obwohl die Begriffsbestimmungen im Hinblick auf die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit inhaltlich übereinstimmen müssen, besteht im Schweizer Recht die Möglichkeit von Abweichungen in Bezug auf den exakten Wortlaut und

---

[1147] Vgl. bereits vorne § 7 Kap. C.III.3.2.

[1148] So stimmten die Definitionen in Art. 3 PSV 2001 mit den Definitionen in Art. 2 RL 2000/29/EG überein.

[1149] Art. 3, 6, 22, 32 und 36 VO 2016/2031.

[1150] Erläuternder Bericht PGesV, S. 1 ff.

die Definition der Bestimmungen, solange dies inhaltlich nicht zu Abweichungen zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht führt:

> Während z. B. im EU-Recht von «Schädlingen» gesprochen wird, verwendet das Schweizer Recht den Begriff der «Schadorganismen».[1151] Durch diesen Spielraum besteht für die Schweiz die Möglichkeit, die schweizerische Rechtssprache aufrechtzuerhalten und von der wortgleichen Übernahme von schwerfälligen Begriffen im EU-Recht abzusehen: So wird im EU-Recht von «Schädlingen, welche noch nicht in der Liste der Unionsquarantäneschädlinge aufgenommen wurden, die Bedingungen aber wohl erfüllen», gesprochen, während das Schweizer Recht den kurzen und konzisen Begriff der «potentiellen Quarantäneorganismen» verwendet, wobei die Kategorien inhaltlich übereinstimmen.[1152]

Um die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit sicherzustellen, müssen im Bereich der Pflanzengesundheit nicht nur die Begriffsbestimmungen und die Kategorien der Schadorganismen übereinstimmen, sondern auch die Listen mit den tatsächlichen Schadorganismen, welche unter die einzelnen Kategorien fallen.[1153] Rechtlich können die zuständigen Departemente (je nach Quarantäneorganismus ist es das WBF oder das UVEK)[1154] die Liste der Quarantäneorganismen auf der Grundlage der Kriterien, welche mit denjenigen im EU-Recht übereinstimmen,[1155] eigenständig ergänzen oder ändern.[1156] Praktisch erfolgen Änderungen jedoch in Absprache mit der EU. Expertinnen und Experten des WBF oder UVEK nehmen dazu an den Treffen der Sachverständigen der EU teil und können so die Haltung der Schweiz einbringen, auch wenn sie formell vom Entscheidungsprozess ausgeschlossen sind.[1157]

1151 Andere Begriffe wurden hingegen aus «Harmonisierungsgründen» an die Nomenklatur im EU-Recht angeglichen, so wird in der PGesV auch von Drittländern und dem Pflanzengesundheitszeugnis gesprochen statt wie früher in Abweichung vom EU-Recht von Drittstaaten und Pflanzenschutzzeugnis, vgl. Erläuternder Bericht PGesV, S. 5.

1152 Vgl. Art. 22 und 29 VO 2016/2031; Art. 5 PGesV.

1153 Für die Quarantäneorganismen siehe Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Anhang 1 PGesV-WBF-UVEK und im EU-Recht Art. 3 i. V. m. Anhang II Durchführungsverordnung 2019/2072; für die geregelten Nicht-Quarantäneorganismen siehe Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Anhang 3 PGesV-WBF-UVEK; im EU-Recht Art. 5 i. V. m. Anhang IV Durchführungsverordnung 2019/2072; Erläuternder Bericht PGesV, S. 5, welche betont, dass die Listen der besonders gefährlichen Schadorganismen «grundsätzlich den Listen der EU entsprechen [werden]».

1154 Vgl. für die Frage der Zuständigkeiten des WBF und des UVEK Art. 99 PGesV.

1155 Vgl. die Kriterien in Anhang 1 PGesV; im EU-Recht Anhang I VO 2016/2031.

1156 Art. 4 Abs. 3 PGesV.

1157 Zur Teilnahme der Schweiz an Treffen von Sachverständigen im Rahmen des *proposal shaping* vgl. z. B. Oesch, Europarecht, Rz. 1002.

1.3.2.2. Pflanzengesundheitsmassnahmen

Während die Kategorisierung der Schadorganismen in der Schweiz und der EU im Hinblick auf einen effektiven Schutz der Pflanzengesundheit gleich sein muss, besteht grundsätzlich Spielraum bei der Ausgestaltung der einzelnen Massnahmen, solange abweichende Massnahmen nicht zu einem tieferen Pflanzengesundheitsniveau führen. Ein Vergleich zwischen den Pflanzengesundheitsmassnahmen im schweizerischen Recht und im EU-Recht zeigt jedoch, dass diese zum grössten Teil inhaltlich übereinstimmen: Sowohl das Schweizer Recht als auch das EU-Recht kennen die gleichen Eindämmungsmassnahmen oder Tilgungsmassnahmen[1158] und die gleiche Verpflichtung zur Information betroffener Betriebe und der Öffentlichkeit.[1159] Die parallele Ausgestaltung der Pflanzengesundheitsmassnahmen ist wie im Bereich des Handels mit lebenden Tieren und tierischem Vermehrungsmaterial[1160] darauf zurückzuführen, dass die Schweiz und die EU die gleichen Massnahmen als effektiv erachten. Eine Abweichung vom EU-Recht ist somit nicht nötig, im Rahmen von Anhang 4 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen aber möglich, solange durch das Schweizer Recht im Ergebnis das gleiche Sicherheitsniveau garantiert werden kann wie im EU-Recht.

Abweichungen zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht im Bereich der Pflanzengesundheitsmassnahmen bestehen bei der Strukturierung der einzelnen Massnahmen in der PGesV und in Bezug auf einzelne Begriffsbestimmungen.[1161] Unterschiede ergeben sich auch im Bereich der Zuständigkeiten, gerade wenn sie sich aus dem Umstand ergeben, dass die Schweiz nicht Mitglied der EU ist.[1162]

1158 Art. 13 PGesV; Art. 17 VO 2016/2031.

1159 Art. 11 f. PGesV; Art. 12 VO 2016/2031.

1160 Vgl. vorne § 7 Kap. D.II.1.1.2.

1161 Während das EU-Recht im Bereich der Einrichtung von abgegrenzten Gebieten gem. Art. 18 VO 2016/2031 von Befallszone und Pufferzone spricht, wird im Schweizer Recht gem. Art. 15 Abs. 1 PGesV von Befallsherden und Pufferzonen gesprochen, wobei die Begriffe inhaltlich identisch sind.

1162 Nach Schweizer Recht müssen sich Personen, die den Verdacht haben, dass Quarantäneorganismen aufgetreten sind, beim zuständigen kantonalen Dienst und zugelassene Unternehmen beim EPSD melden, vgl. Art. 8 Abs. 1 und 2 PGesV. Erhärtet sich der Verdacht, muss das zuständige kantonale Amt dies gem. Art. 8 Abs. 3 PGesV dem zuständigen Bundesamt melden. Nach dem EU-Recht muss ein Mitgliedstaat, sofern die zuständige Verwaltungsbehörde des Mitgliedstaats bestätigt hat, dass ein Quarantäneorganismus in die EU eingedrungen ist, dies den anderen Mitgliedstaaten und der EU-Kommission melden, Art. 9 Abs. 1, Art. 11 ff. VO 2016/2031.

1.3.2.3. Vorschriften über die Einfuhr von Pflanzen und pflanzlichen Produkten aus Drittstaaten

Nach dem Wortlaut von Anhang 4 Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Agrarabkommen gilt die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit auch in Bezug auf Pflanzengesundheitsmassnahmen, welche gegenüber Pflanzen und pflanzlichen Produkten aus Drittstaaten getroffen werden.

Ein Vergleich zwischen dem EU-Recht und dem Schweizer Recht zeigt, dass die Anlehnung des Schweizer Rechts an das Recht der EU in diesem Bereich sehr eng erfolgt: Wie die EU kennt das Schweizer Recht ein Verbot der Einfuhr von gewissen Pflanzen und pflanzlichen Produkten aus gewissen Drittstaaten.[1163] Die Liste der verbotenen Pflanzen und pflanzlichen Produkte im Schweizer Recht stimmt mit der Liste in der EU überein.[1164] Zudem kennt das Schweizer Recht in Übereinstimmung mit dem EU-Recht eine Kategorie von Pflanzen und pflanzlichen Produkten, deren Einfuhr unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt ist.[1165] Die Liste der Pflanzen und pflanzlichen Produkte im Schweizer Recht stimmt auch in diesem Bereich mit dem EU-Recht überein.[1166]

Inhaltlich übereinstimmend mit dem EU-Recht sind im Schweizer Recht auch die Voraussetzungen in Bezug auf die Handelsformalitäten geregelt: So müssen Waren aus Drittstaaten beim Import sowohl in die EU als auch in die Schweiz von einem Pflanzengesundheitszeugnis nach Vorgabe des EU-Rechts begleitet werden.[1167] Ebenfalls gleich wie im EU-Recht sind die Modalitäten der Einfuhrkontrolle ausgestaltet, welche sich im EU-Recht aus Art. 47 ff. VO 2017/625[1168] ergeben und im Schweizer Recht aus Art. 43 ff. PGesV.

[1163] Art. 30 PGesV, Art. 7 Abs. 1 PGesV-WBF-UVEK; Art. 40 VO 2016/2031.

[1164] Art. 7 i. V. m. Anhang VI Durchführungsverordnung 2019/2072; Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Anhang 5 PGesV-WBF-UVEK.

[1165] Art. 33 Abs. 1 PGesV; Art. 41 Abs. 1 VO 2016/2031.

[1166] Art. 8 Abs. 1 i. V. m. Anhang VII Durchführungsverordnung 2019/2072; Art. 7 Abs. 2 i. V. m. Anhang 6 PGesV-WBF-UVEK.

[1167] Art. 33 Abs. 1 PGesV, die Anforderungen an das Pflanzengesundheitszeugnis befinden sich in Art. 65 ff. PGesV; Art. 71 VO 2016/2031.

[1168] Die Regelungen zur Kontrolle der Einfuhr von Pflanzen und pflanzlichen Produkten sind in der Kontroll-Verordnung der EU, in Art. 47 ff. VO 2017/625, geregelt, vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. g und Erw. 8 VO 2017/625.

1.3.2.4. Pflanzenpass

Ein wichtiges Element der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der Pflanzengesundheit ist die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit der Pflanzenpässe gem. Anhang 4 Art. 2 Abs. 3 Agrarabkommen. Im Hinblick auf die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit ist eine Übereinstimmung der Modalitäten in Bezug auf die Ausstellung des Pflanzenpasses nötig. Es ist zentral, dass der Anwendungsbereich des Pflanzenpasses in der Schweiz und der EU gleich ist.[1169] Damit ein gegenseitiges Vertrauen besteht, müssen zudem die gleichen Kriterien für die Vergabe des Pflanzenpasses bestehen.[1170] Würden z. B. in der Schweiz Pflanzenpässe für Pflanzen ausgestellt, die ein tieferes Schutzniveau erfüllen als nach EU-Recht, würde dies dazu führen, dass aufgrund der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit der Pflanzenpässe Pflanzen aus der Schweiz in die EU gelangen könnten, die nicht die gleichen Anforderungen erfüllen wie nach EU-Recht. Wie im EU-Recht dürfen Pflanzenpässe durch Betriebe ausgestellt werden, die über eine behördliche Zulassung verfügen.[1171] Um sicherzustellen, dass die Betriebe, welche Pflanzenpässe ausstellen dürfen, denselben Anforderungen genügen, muss im Schweizer Recht und im EU-Recht ein gleicher Kontrollrahmen bestehen.[1172] Da die Schweiz ihr System im Bereich des Pflanzenpasses somit parallel zum System in der EU ausgestaltet hat, konnte die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit erfolgen.

1.3.3. Vergleich mit EU-Mitgliedstaaten

Auch im Bereich der Pflanzengesundheit schuf die EU 2016 einen einheitlichen Rahmen, indem die alte RL 2000/29/EG durch die neue VO 2016/2031 ersetzt wurde. Würde das neue P-LSR als Teil des Pakets für die Stabilisierung und Weiterentwicklung in Kraft treten, müsste die Schweiz das EU-Pflanzengesundheitsrecht und damit insb. die VO 2016/2031 direkt anwenden.[1173] Da das Schweizer Recht inhaltlich bereits unter dem bestehenden Agrarabkommen eng an das EU-Recht

---

[1169] Art. 60 PGesV; Art. 79 ff. VO 2016/2031.

[1170] Art. 83 PGesV; Art. 85 f. VO 2016/2031.

[1171] Art. 76 Abs. 1 PGesV; Art. 89 Abs. 1 VO 2016/2031; die Pflichten der zugelassenen Betriebe sind inhaltlich übereinstimmend in Art. 80 ff. PGesV bzw. Art. 90 VO 2016/2031 geregelt.

[1172] Die Betriebe werden sowohl nach Schweizer Recht als auch nach EU-Recht grundsätzlich einmal pro Jahr kontrolliert, vgl. Art. 78 Abs. 1 PGesV, Art. 92 Abs. 1 VO 2016/2031.

[1173] Vgl. Art. 6 P-LSR.

angeglichen wird, würde ein Wechsel von der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit auf die Verpflichtung zur direkten Anwendung zwar rechtlich, jedoch nicht faktisch zu einer wesentlichen Einschränkung des Spielraums des Schweizer Gesetz- und Verordnungsgebers führen.

1.3.4. Zwischenfazit

Aufgrund des Wortlauts der Gleichwertigkeitsanerkennung in Anhang 4 Art. 2 Abs. 1 Agrarabkommen verfügt die Schweiz über Spielraum im Bereich der Rechtsetzung, solange sie ein gleiches Schutzniveau wie im EU-Recht gewährleisten kann. Ein Vergleich zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht zeigt jedoch, dass die Angleichung im Bereich der Pflanzengesundheitsmassnahmen inhaltlich eng erfolgte, weil auf Seiten der Schweiz keine Notwendigkeit für grössere Abweichungen gesehen wurde. Trotz Angleichung konnten im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit die Eigenheiten des Schweizer Rechts, z. B. im Bereich der Strukturierung des Rechts oder der Rechtssprache, bewahrt werden. Diesen Eigenheiten könnte im Falle des Inkrafttretens des P-LSR nicht mehr in gleicher Weise Rechnung getragen werden, weil die Schweiz das EU-Recht direkt anwenden müsste.

1.4 Futtermittel (Anhang 5)

1.4.1. Rechtlicher Rahmen

Gemäss Anhang 5 Art. 1 Abs. 1 Agrarabkommen verpflichten sich die Schweiz und die EU, ihre futtermittelrechtlichen Vorschriften anzugleichen, um den Handel in diesem Bereich zu erleichtern. Aus Anhang 5 Art. 1 Abs. 2 Agrarabkommen ergibt sich, dass die Rechtsvorschriften zu «vergleichbaren Ergebnissen» führen müssen.

Unter dem Titel «Erzeugnisse, für die eine vorherige Zulassung erforderlich ist» besagt Anhang 5 Art. 9 Abs. 1 Agrarabkommen, dass die Parteien dafür Sorge tragen müssen, «dass ihre Verzeichnisse der unter die Rechtsvorschriften gem. Anlage 2 fallenden Erzeugnisse möglichst identisch sind, womit konkret die Futtermittelzusatzstoffe gemeint sind».

1.4.2. Handlungsspielraum

1.4.2.1. Futtermittelhygiene

Der Blick auf die Rechtsvorschriften in Anhang 5 Anlage 1 Agrarabkommen zeigt, dass sich die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit formell vor allem auf den Bereich der Futtermittelhygiene bezieht.[1174]

Obwohl im Rahmen der Gleichwertigkeitsanerkennung im Sinne von Typ 1 Rechtsvorschriften vorausgesetzt werden, welche zu vergleichbaren Ergebnissen führen, erwartet die EU im Bereich des Futtermittel-Hygienerechts faktisch eine enge Übereinstimmung mit dem EU-Recht.[1175]

Die Schweiz musste einerseits das im EU-Recht zentrale Prinzip der Rückverfolgbarkeit im Schweizer Recht umsetzen.[1176] So übernahm die Schweiz insbesondere die Vorschriften über die Registrierung und Zulassung von Futtermittelunternehmen aus dem EU-Recht.[1177] Die entsprechenden EU-Vorschriften wurden inhaltlich eng im Schweizer Recht reformuliert. Durch die Reformulierung konnten verfahrensrechtliche Eigenheiten berücksichtigt werden, z. B. die Zuständigkeit des BLW bei der Zulassung.[1178]

Eine inhaltliche Übereinstimmung ist mit Blick auf das Ziel des Hygienerechts, die Sicherstellung des Gesundheitsschutzes im Bereich der Futtermittel, andererseits auch bei den einzelnen Massnahmen notwendig, weshalb diese im Schweizer Recht im Einklang mit dem EU-Recht formuliert wurden.[1179] Dazu zählen z. B. Vorschriften über die Hygiene bei Einrichtungen und Ausrüstungen, dem Personal oder der Herstellung von Futtermitteln.[1180] Im Hinblick auf die Wirksamkeit des Prinzips der Rückverfolgbarkeit sind gleiche Vorschriften über die Dokumentation sowie Beanstandungen und den Produktrückruf wichtig, weshalb die entsprechenden Vorschriften im Schweizer Recht an jene des EU-Rechts angeglichen wurden.[1181]

1174 Auf der Seite des EU-Rechts in Anhang 5 Anlage 1 Agrarabkommen wird nur die VO 183/2005 mit Vorschriften über die Futtermittelhygiene genannt.

1175 In diesem Sinne auch Norer, S. 581.

1176 Art. 43 FMV; Erw. 7 und Art. 1 lit. c VO 183/2005.

1177 Art. 46 ff. FMV; Art. 9 ff. VO 183/2005.

1178 Vgl. Art. 48 Abs. 1 FMV; vgl. im EU-Recht Art. 10 Abs. 1 VO 183/2005.

1179 Art. 20 Abs. 1 i. V. m. Anhang 11 FMBV; Anhang II VO 183/2005.

1180 Vgl. Anhang 11 Ziff. 2 ff. FMBV; vgl. im EU-Recht Anhang II Abschnitt 2 ff. VO 183/2005.

1181 Anhang 11 Ziff. 8 f. FMBV; vgl. im EU-Recht Anhang II Abschnitt 8 f. VO 183/2005.

Um eine gleichwertige Kontrolle der Einhaltung der Hygienevorschriften zu gewährleisten, musste die Schweiz schliesslich auch den Rechtsrahmen der EU bei der Kontrolle ins Schweizer Recht übernehmen: Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Pflichten der Futtermittelunternehmen im Rahmen der Selbstkontrolle.[1182] So sind sie sowohl nach Schweizer Recht als auch nach EU-Recht verpflichtet, ein schriftliches Verfahren gem. den HACCP-Grundsätzen durchzuführen[1183] und die gute Verfahrenspraxis in ihren Unternehmen sicherzustellen.[1184]

1.4.2.2. Zugelassene und verbotene Inhalte von Futtermitteln

Im Hinblick auf die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit erwartet die EU auch eine Übereinstimmung der schweizerischen Vorschriften in Bezug auf die zugelassenen und verbotenen Inhalte von Futtermitteln. Dass in diesem Bereich kein Spielraum für Abweichungen besteht, ergibt sich aus Anhang 5 Art. 9 Abs. 1 Agrarabkommen, wonach die Parteien Sorge tragen, «dass ihre Verzeichnisse der unter die Rechtsvorschriften gemäss Anlage 2 fallenden Erzeugnisse möglichst identisch sind». Da im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit der Handel mit Futtermitteln zwischen der Schweiz und der EU vereinfacht wurde und gem. Anhang 5 Art. 1 Abs. 3 Agrarabkommen die Kontrollen an der Grenze abgeschafft wurden, ist es zentral, dass in der Schweiz und der EU die gleichen Inhalte erlaubt oder verboten sind. Wäre z. B. ein Futtermittelzusatzstoff in der Schweiz erlaubt, welcher in der EU verboten ist, bestünde die Gefahr, dass Futtermittel mit diesem Zusatzstoff von der Schweiz in die EU gelangen würde. Auf diese Weise würden die EU-Regelungen untergraben werden.

1.4.2.2.1. Futtermittelzusatzstoffe

Aus den Rechtsvorschriften in Anhang 5 Anlage 2 Agrarabkommen ergibt sich, dass die Übereinstimmung im Bereich der Futtermittelzusatzstoffe zentral ist. Die Schweiz übernahm zu diesem Zweck den Rechtsrahmen für Futtermittelzusatzstoffe aus dem EU-Recht,[1185] z. B. den Grundsatz der Zulassung oder das Zulassungsverfahren.[1186] Ebenfalls wurden die Kennzeichnungsvorschriften mittels Reformulierung ins Schweizer Recht übernommen.[1187]

1182 Art. 41 ff., Art. 55 f. FMV; Art. 6, Art. 20 ff. VO 183/2005.

1183 Art. 44 FMV; Art. 6 VO 183/2005.

1184 Art. 42 Abs. 3 FMV, Art. 55 FMV; Art. 4 Abs. 1 VO 183/2005, Art. 20 VO 183/2005.

1185 Art. 18 ff. FMV; Art. 3 ff. VO 1831/2003.

1186 Art. 19 Abs. 1 FMV, Art. 24 FMV; Art. 3 VO 1831/2003, Art. 5 VO 1831/2003.

1187 Art. 32 FMV, Art. 18 i. V. m. Anhang 8.5 FMBV; Art. 16 VO 1831/2003, Anhang III VO 1831/2003.

Die angestrebte Parallelität im Bereich der Futtermittelzusatzstoffe kommt in der FMV deutlich zum Ausdruck: Im Zusammenhang mit den Vorschriften im Bereich der Zulassung von Futtermittelzusatzstoffen, der Überprüfung der zugelassenen Futtermittelzusatzstoffe, des Entzugs der Bewilligung eines Futtermittelzusatzstoffes und bei der Verlängerung der Zulassung wird in der FMV unterstrichen, dass das BLW jeweils die Entscheide der EU zu berücksichtigen hat.[1188] Auf diese Weise soll garantiert werden, dass im Schweizer Recht und im EU-Recht jeweils die gleichen Futtermittelzusatzstoffe zugelassen sind. Die Liste der zugelassenen Futtermittelzusatzstoffe wurde aus dem EU-Recht in die FMBV übernommen.[1189] Das FMBV führt die zugelassenen Stoffe im Sinne der Reformulierung einzeln auf, wodurch häufige Änderungen notwendig sind, um auf Entwicklungen in der EU zu reagieren.

1.4.2.2.2. Verbotene und unerwünschte Stoffe

Um ein gleichwertiges Sicherheitsniveau zu garantieren, hat die Schweiz auch die Vorschriften der EU über in der Tierernährung verbotene oder eingeschränkte Stoffe und unerwünschte Stoffe in der Tierernährung und deren Höchstgehalte inhaltlich gleich ins Schweizer Recht übernommen.[1190] Als Folge stimmen auch die Listen dieser Stoffe im Schweizer Recht mit jenen im EU-Recht überein.[1191] In Bezug auf die unerwünschten Stoffe berücksichtigt das WBF gem. Art. 36 Abs. 2 FMV die Liste der Höchstwerte und Aktionsgrenzen der EU, um eine parallele Rechtslage zu gewährleisten.[1192]

1.4.2.3. Einfuhr von Futtermitteln aus Drittstaaten

Unter die gem. Anhang 5 Anlage 1 Agrarabkommen als gleichwertig anerkannten Rechtsakte im Schweizer Recht und im EU-Recht fallen auch die Vorschriften über die Einfuhr von Futtermitteln aus Drittstaaten. Aus diesem Grund ist für

---

[1188] Art. 20 Abs. 1, Art. 22 Abs. 2, Art. 30 Abs. 1, Art. 30 Abs. 3, Art. 31 Abs. 1 FMV.

[1189] Art. 20 Abs. 1 FMV; Art. 17 FMBV i. V. m. Anhang 2 FMBV; die in der EU zugelassenen Futtermittelzusatzstoffe werden gem. Art. 17 Abs. 1 VO 1831/2003 im Gemeinschaftsregister der Futtermittelzusatzstoffe genannt, welches online abrufbar ist.

[1190] Art. 8 und Art. 35 ff. FMV.

[1191] Art. 2 i. V. m. Anhang 4.1 FMBV bzw. Art. 6 i. V. m. Anhang III VO 767/2009; Art. 19 i. V. m. Anhang 10 FMBV bzw. Anhang I RL 2002/32/EG.

[1192] In Anhang 10 FMBV wird bezüglich der Höchstgehalte und Aktionsgrenzen direkt auf die relevanten Vorschriften im EU-Recht verwiesen, d. h. auf Anhang I und II RL 2002/32/EG.

die Gleichwertigkeitsanerkennung gem. Anhang 5 Art. 1 Abs. 2 Agrarabkommen wichtig, dass die Vorschriften in der Schweiz und der EU in diesem Bereich zu vergleichbaren Ergebnissen führen. Im Sinne des klassischen Rechtsrahmens der EU für Drittstaaten sieht das EU-Recht vor, dass Futtermittel aus Drittstaaten nur dann in die EU exportiert werden dürfen, wenn sie aus einem Drittstaat und von einem Betrieb stammen, welcher auf der Liste der Drittstaaten bzw. der Betriebe ist, aus welchen Futtermittel in die EU eingeführt werden dürfen.[1193] Zusätzlich müssen die Futtermittel den EU-Vorschriften, den von der EU als gleichwertig anerkannten Vorschriften oder den Bestimmungen eines Abkommens entsprechen.[1194] Um einen gleichwertigen Rechtsrahmen zu garantieren, sieht Art. 57 Abs. 1 FMV vor, dass die Schweiz die Listen der EU übernehmen kann.

Um ein gleichwertiges Sicherheitsniveau bei der Einfuhr von Futtermitteln aus Drittstaaten zu gewährleisten, orientiert sich die Schweiz bei der Kontrollintensität eng am EU-Recht: Das WBF wird gem. Art. 58 Abs. 1 FMV ermächtigt, analog zum EU-Recht Listen mit Futtermitteln aus Drittstaaten zu erstellen, welche speziell kontrolliert werden müssen. In Anhang 4.2 FMBV wird direkt auf die relevanten Rechtsakte der EU verwiesen, um eine inhaltliche Übereinstimmung zu garantieren.[1195]

1.4.2.4. Zwischenfazit

Die Schweiz hat ihr Futtermittelrecht inhaltlich sehr eng an das EU-Recht angeglichen. Obwohl nach dem Wortlaut von Anhang 5 Art. 1 Abs. 2 Agrarabkommen nur «gleiche Ergebnisse» gefordert werden, verlangt die EU in der Praxis eine enge Übernahme des EU-Rechts im Bereich der Futtermittelhygiene und der Inhalte von Futtermitteln. Der Grad der Angleichung und der Handlungsspielraum gleichen im Bereich der Futtermittel somit eher den Produktebereichen, bei denen Typ 2 der Gleichwertigkeitsanerkennung zur Anwendung kommt. Im Rahmen des geplanten P-LSR würde der Bereich der Futtermittel unter das P-LSR fallen, was,

---

[1193] Art. 23 Abs. 1 lit. a und b VO 183/2005, wobei noch auf die Listen gem. Art. 48 VO 882/2004 verwiesen wird.

[1194] Art. 23 Abs. 1 lit. d VO 183/2005.

[1195] Vgl. Art. 3 Abs. 1 und 2 i. V. m. Anhang 4.2 Teil 1 und 2 FMBV. Das BLW hat gem. Art. 58 Abs. 3 FMV die Kompetenz, die Listen in Anhang 4.2 FMBV zu ändern, wenn sich das EU-Recht ändert. Da das Schweizer Recht direkt auf das EU-Recht verweist, muss lediglich der Verweis auf die gültige Fassung des EU-Rechtsakts angepasst werden.

im Falle des Inkrafttretens, bedeuten würde, dass die Schweiz das relevante EU-Recht direkt anwenden müsste.[1196]

2. Handlungsspielraum bei Typ 2 der Gleichwertigkeitsanerkennung

In den Bereichen des Handels mit tierischen Produkten (Anhang 11 Teil II) und der Bio-Produkte (Anhang 9) kommt Typ 2 der Gleichwertigkeitsanerkennung zur Anwendung. Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit bezieht sich in diesen Bereichen direkt auf die Vorschriften im Schweizer Recht und im EU-Recht.[1197] Damit ist der Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung grundsätzlich kleiner als bei Typ 1, da direkt die Vorschriften der beiden Parteien direkt verglichen werden.

Obwohl sich die genannten Produktebereiche Typ 2 der Gleichwertigkeitsanerkennung zuordnen lassen, variiert der Grad des Handlungsspielraums in den einzelnen Produktebereichen erheblich, wie in den folgenden Kapiteln aufgezeigt werden soll.

2.1 Handel mit tierischen Produkten (Anhang 11 Teil II)

2.1.1. Rechtlicher Rahmen

Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit ist im Bereich des Handels mit tierischen Produkten detaillierter geregelt als in allen anderen vom Agrarabkommen erfassten Produktebereichen.[1198]

In Anhang 11 Art. 12 Abs. 2 Agrarabkommen wird festgelegt, auf welche Arten von Vorschriften das Gleichwertigkeitsprinzip angewendet wird. Im Zentrum stehen dabei «die veterinärhygienischen Massnahmen in den Bereichen beziehungsweise Teilbereichen der tierischen Erzeugung».[1199] Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit wird gem. Anhang 11 Art. 12 Abs. 2 Agrarabkommen aber auch auf «Überwachungs- und Kontrollregelungen bzw. -teilregelungen oder auf spezifische Rechtsvorschriften und Anforderungen auf dem Gebiet der Überwachung und/oder Hygiene» angewandt. Anhang 11 Art. 12 Abs. 1 Agrarabkommen besagt, dass für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit die Bewertung

1196 Art. 6 P-LSR.

1197 Vgl. vorne § 7 Kap. C.I.4.2.

1198 Anhang 11 Art. 12 ff. Agrarabkommen.

1199 Anhang 11 Art. 12 Abs. 2 Agrarabkommen.

und Anerkennung der Rechtsvorschriften, aber auch der «laufenden Programme, mit denen die Einhaltung der nationalen Vorschriften und der Vorschriften des Einfuhrlandes gewährleistet und kontrolliert wird», nötig ist.[1200] Dazu kommt die Bewertung und Anerkennung der Organisation der zuständigen Behörden[1201] sowie der Leistungsfähigkeit «der zuständigen Behörde hinsichtlich der Durchführung des Kontrollprogramms und des erreichten Garantieniveaus».[1202] Anhang 11 Art. 13 Agrarabkommen enthält schliesslich Vorschriften in Bezug auf das Verfahren der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit.

Zusammengefasst stehen im Bereich der tierischen Produkte für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit einerseits die materiellen veterinärhygienischen Massnahmen und andererseits die Vorschriften über die Kontrolle der Einhaltung der veterinärhygienischen Massnahmen im Zentrum. Die Vorschriften über die veterinärhygienischen Massnahmen und die Kontrollen dieser Massnahmen gehören zum für das Lebensmittelrecht zentralen Bereich des Hygienerechts.

2.1.2. Autonomer Nachvollzug im Bereich des Hygienerechts

Im Zeitpunkt des Abschlusses des Agrarabkommens bestand nur in Bezug auf Milch und Milchprodukte und tierische Nebenprodukte eine gleichwertige Rechtslage im Schweizer Recht.[1203] Nachdem die EU 2004 kurz vor der Erweiterung der EU auf Staaten in Zentral- und Osteuropa ihr Hygienerecht mit dem EG-Hygienepaket überarbeitet hatte, entschied der Bundesrat, das neue Hygienerecht der EU ins Schweizer Lebensmittelrecht zu übernehmen, um die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit auf alle tierischen Produkte auszudehnen.[1204]

Die Angleichung des Schweizer Rechts an das neue Hygienerecht der EU war sehr zeitaufwändig, da das damals geltende Schweizer Hygienerecht in Bezug auf viele Aspekte vom EU-Recht abwich.[1205]

Die EU erwartete im Hinblick auf die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit eine inhaltlich enge Übernahme des Hygienerechts der EU ins Schweizer

---

[1200] Anhang 11 Art. 12 Abs. 1 erster Spiegelstrich Agrarabkommen.

[1201] Anhang 11 Art. 12 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich Agrarabkommen.

[1202] Anhang 11 Art. 12 Abs. 1 dritter Spiegelstrich Agrarabkommen. Diese Voraussetzung ist relevant im Rahmen der Rechtsanwendung. Vgl. dazu im Detail hinten § 7 Kap. D.III.1.2.2.1.

[1203] Botschaft Bilaterale I, S. 6237; vgl. bereits vorne § 7 Kap. C.II.1.2.1.1.

[1204] Vgl. Hauser, S. 100; Streinz, S. 206.

[1205] Hauser, S. 99.

Hygienerecht. Ausdruck davon ist der Umstand, dass die beteiligten Bundesämter für alle Verordnungen des neuen EU-Rechts eine Konkordanz-Tabelle schaffen mussten, in welcher für jede Vorschrift im EU-Recht die entsprechende, gleichwertige Vorschrift im Schweizer Recht aufgezeigt werden musste.[1206]

2.1.3. Handlungsspielraum

2.1.3.1. Veterinärhygienische Massnahmen

2.1.3.1.1. Notwendigkeit der engen Übernahme

Der Fakt, dass die Schweiz die Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts anhand einer Konkordanz-Tabelle darlegen musste, deutet darauf hin, dass im Bereich der veterinärhygienischen Massnahmen grundsätzlich kein Spielraum für inhaltliche Abweichungen im Schweizer Recht bestand. Da das alte Schweizer Hygienerecht vor 2005 teilweise auf anderen Grundsätzen beruhte als in der EU, musste die Schweiz im Rahmen des autonomen Nachvollzugs einerseits die Grundsätze des Hygienerechts der EU und andererseits die einzelnen Hygienevorschriften ins Schweizer Recht übernehmen.

Eine zentrale Bestimmung im EU-Hygienerecht ist die Bewilligungspflicht für Betriebe, welche mit Lebensmitteln tierischer Herkunft tätig sind.[1207] Eine inhaltlich gleiche Bewilligungspflicht im Schweizer Recht war die «unabdingbare Voraussetzung dafür, dass die EU das Schweizer Recht als äquivalent anerkennt».[1208] So musste die Schweiz die Bewilligungspflicht auf alle Betriebe ausdehnen, die Lebensmittel mit tierischer Herkunft herstellen, verarbeiten, lagern oder abgeben.[1209]

Im Rahmen der eigentlichen veterinärhygienischen Massnahmen werden z. B. Anforderungen an die Räumlichkeiten von Schlachtbetrieben,[1210] Temperaturvorschriften in diesen Betrieben und bei der Lagerung von Fleisch,[1211] Vorschriften

---

[1206] Hauser, S. 102 f.; vgl. bereits vorne § 7 Kap. D.I.2.2.2.

[1207] Art. 6 Abs. 3 VO 852/2004; Art. 4 Abs. 1 lit. b, Art. 4 Abs. 2 VO 853/2004; Botschaft LMG 2011, S. 5605.

[1208] Botschaft Bilaterale I, S. 6249.

[1209] Art. 11 LMG, Art. 21 LGV, Botschaft LMG 2011, S. 5605; Erläuternder Bericht LGV 2016, S. 9; Donauer, Rz. 201.

[1210] Art. 28 Abs. 3 HyV; siehe die detaillierten Anforderungen in Anhang 1 Ziff. 1 und 2 VHyS.

[1211] Art. 29 HyV.

zur Personalhygiene[1212] und zur Schulung des Personals[1213] sowie Anforderungen an den Ablauf der Schlachtung festgelegt.[1214] Die Schweiz übernahm diese Hygienevorschriften eng im Schweizer Recht.

2.1.3.1.2. Relativierung des fehlenden Spielraums

Die Aufzählung deutet an, dass es sich bei den veterinärhygienischen Massnahmen vielfach um technische Vorschriften handelt, welche auf wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen. Eine Abweichung von diesen Vorschriften (z. B. Temperaturvorschriften über die Lagerung von verschiedenen Arten von Fleisch) würde die Lebensmittelsicherheit beeinträchtigen und ist somit nicht im Interesse der Schweiz. Der grundsätzlich fehlende Spielraum im Bereich der veterinärhygienischen Massnahmen wird daher relativiert.

2.1.3.1.3. Vergleich mit EU-Mitgliedstaaten

Der fehlende Spielraum für Abweichung bei den veterinärhygienischen Massnahmen zeigt sich auch bei den EU-Mitgliedstaaten. Das EU-Hygienerecht bestand vor der Revision 2004 aus der RL 93/43/EG und produktespezifischen Hygienevorschriften in sektoriellen Rechtsakten.[1215] Die EU-Mitgliedstaaten hatten dabei einen gewissen Spielraum bei der Umsetzung des Hygienerechts in ihrem nationalen Recht. Mit dem EU-Hygienepaket wurde dieser alte Rechtsrahmen durch neue Verordnungen abgelöst.[1216] Mit dem Wechsel von der Richtlinie zur Verordnung wurde auch der Spielraum der EU-Mitgliedstaaten eingeschränkt, welche die Verordnungen direkt anwenden müssen.[1217]

2.1.3.1.4. Inhaltlicher Spielraum

Spielraum für inhaltliche Abweichungen besteht für die Schweiz nur dort, wo das EU-Recht den EU-Mitgliedstaaten ebenfalls einen Spielraum einräumt. Um dem

---

[1212] Art. 20 f. HyV.

[1213] Art. 22 HyV.

[1214] Dazu gehören auch die Anforderungen an den Transport der Tiere vor der Schlachtung und die Anforderungen an die Gesundheitsmeldung, über welche die Tiere verfügen müssen, vgl. Art. 7 f., Art. 22 ff. VSFK.

[1215] Hagenmeyer/Teufer, Rz. 190, 198.

[1216] Zur Umsetzung in den Mitgliedstaaten vgl. Hagenmeyer/Teufer, Rz. 196 f.

[1217] Dies zeigt auch Erw. 13 VO 853/2004, welcher besagt, dass die Mitgliedstaaten in den Bereichen über einen Ermessensspielraum verfügen, welcher nicht von der Verordnung erfasst wird.

Umstand Rechnung zu tragen, dass die Lebensmittelbranche aus einer Vielzahl von Betrieben besteht, welche sich grössenmässig stark unterscheiden, geographisch teilweise sehr dezentral gelegen sind und nach unterschiedlichen Methoden produzieren, sieht das EU-Recht die Möglichkeit von angepassten Hygienevorschriften für bestimmte Situationen und Betriebe vor.[1218] Das Schweizer Recht hat diese Möglichkeit in Art. 10 Abs. 5 LGV übernommen, wobei dem EDI die Kompetenz zum Erlass entsprechender Vorschriften übertragen wurde.[1219] Das EDI schuf gestützt auf diese Bestimmung zum Beispiel angepasste Bestimmungen über die hygienische Milchverarbeitung in Sömmerungsbetrieben in Art. 59 ff. HyV, welche gem. Art. 59 HyV den Vorschriften der VHyMP vorgehen.

2.1.3.1.5. Spielraum im Bereich der Formulierung und Strukturierung

Als Nicht-Mitglied der EU muss die Schweiz die EU-Hygiene-Verordnungen nicht direkt anwenden, sondern darf im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit das EU-Recht im Schweizer Recht umsetzen.[1220] Dadurch bleibt der Schweiz im Rahmen der Formulierung und der Strukturierung der einzelnen Bestimmungen insofern ein Spielraum für Abweichungen vom EU-Recht, soweit inhaltlich nicht vom EU-Recht abgewichen wird. Ein Vergleich zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht zeigt, dass die Schweiz diesen Spielraum nutzt: Während zum Beispiel in der VO 853/2004 die Vorschriften für die Beförderung von lebenden Tieren zum Schlachthof und die Anforderungen an die Schlachthöfe und die Zerlegungsbetriebe für jede Tierart aufgeführt werden und sich daher wiederholen,[1221] werden diese Vorschriften im Schweizer Recht in je einem Artikel für alle Tierarten zusammengefasst und wo nötig durch spezielle Vorschriften für gewisse Tierarten ergänzt.[1222] Somit konnte das Schweizer Recht schlanker und übersichtlicher als das EU-Recht gestaltet werden, obwohl es inhaltlich gleich ist.

[1218] Erw. 9 VO 852/2004, Art. 13 Abs. 3, Art. 13 Abs. 4 lit. a Ziff. i, ii VO 852/2004; Erw. 16 VO 852/2004.

[1219] Vgl. Art. 10 Abs. 4 i. V. m. Art. 10 Abs. 5 lit. a, lit. b LGV.

[1220] Im Bereich der Angleichung des Hygienerechts konnte die Schweiz die EU auf Probleme im EU-Recht hinweisen, welche den schweizerischen Expertinnen und Experten aufgrund der kritischen Auseinandersetzung mit dem EU-Recht im Rahmen der Angleichung aufgefallen waren. Die EU-Kommission war laut Hauser, S. 104, «nicht undankbar für die kritische Durchsicht».

[1221] Vgl. jeweils Kap. I, II und III in den Abschnitten zu den einzelnen Produktearten in Anhang III VO 853/2004.

[1222] Vgl. Art. 28 ff. HyV.

2.1.3.2. Kontrolle der Einhaltung der veterinärhygienischen Massnahmen

Den zweiten wichtigen Bereich für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich des Handels mit tierischen Produkten stellen die Vorschriften über die Kontrolle der veterinärhygienischen Massnahmen dar. Die Sicherstellung der Einhaltung der veterinärhygienischen Massnahmen erfolgt im EU-Recht und im nachvollzogenen Schweizer Recht einerseits im Rahmen der Selbstkontrolle und andererseits im Rahmen der amtlichen Kontrolle.

2.1.3.2.1. Selbstkontrolle

Sowohl im EU-Recht als auch im Schweizer Recht ist das Prinzip der Selbstkontrolle[1223] «einer der Grundpfeiler der Lebensmittelgesetzgebung»[1224].[1225] Die Selbstkontrolle bestand im Grundsatz bereits unter dem alten Lebensmittelrecht in der Schweiz.[1226] Im Rahmen der Angleichung des Schweizer Hygienerechts an das EU-Recht 2005 und im Hinblick auf die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit wurden wichtige Elemente, welche die Pflicht zur Selbstkontrolle konkretisieren, in das Schweizer Recht übernommen.[1227]

Um ein gleichwertiges Gesundheitsschutzniveau in der EU und der Schweiz zu gewährleisten, muss das Schweizer Recht die gleichen Elemente der Selbstkontrolle vorschreiben wie die EU.[1228] Die Schweiz übernahm z. B. das für die Lebensmittelsicherheit zentrale Element der Rückverfolgbarkeit von Lebensmitteln[1229] oder Regelungen über die Rücknahme und den Rückruf von Produkten.[1230] Zudem mussten die Dokumentationspflichten bei der Selbstkontrolle erhöht werden, damit sie gleichwertig zum EU-Recht waren.[1231] Eine Angleichung musste auch bei den technischen Vorschriften erfolgen: Im Rahmen der Selbstkontrolle sind Lebens-

---

[1223] Art. 17 VO 178/2002; Art. 26 LMG; dazu Ammann, Rz. 687.

[1224] Botschaft LMG 2011, S. 5616.

[1225] Ammann, Rz. 684; Botschaft LMG 2011, S. 5616.

[1226] Botschaft LMG 2011, S. 5616.

[1227] Vgl. RFA Lebensmittelrecht 2005, S. 11; Agroscope, Bericht Lebensmittelrecht, S. 6.

[1228] Streinz, S. 205.

[1229] Art. 49 Abs. 3 lit. c und Art. 50 LGV 2005; heute Art. 28 LMG, Art. 75 lit. a Ziff. 4 und Art. 83 LGV. RFA Lebensmittelrecht 2005, S. 11.

[1230] Art. 54 LGV 2005; heute Art. 75 lit. a Ziff. 5 LGV, Art. 84 LGV; Erläuternder Bericht LGV 2016, S. 28 RFA Lebensmittelrecht 2005, S. 11.

[1231] Art. 55 LGV 2005; heute Art. 75 lit. a Ziff. 6 LGV, Art. 85 LGV, RFA Lebensmittelrecht 2005, S. 11.

mittelbetriebe zu Probenahmen und Analysen verpflichtet, um zu kontrollieren, ob die Massnahmen der Selbstkontrolle funktionieren.[1232] Die Regelmässigkeit der Kontrollen ergibt sich aufgrund des Risikos, welches von den Produkten ausgeht.[1233] Das Schweizer Recht wurde bis auf die technische Ebene dem EU-Recht angeglichen: Die Anforderungen an die mikrobiologischen Untersuchungen und die Grenzwerte wurden ebenfalls unverändert aus dem EU-Recht ins Schweizer Recht übernommen.[1234]

2.1.3.2.2. Amtliche Kontrollen

Ein Vergleich des Schweizer Rechts mit dem EU-Recht zeigt, wie eng die Schweiz ihr Recht im Bereich der amtlichen Kontrollen an das EU-Recht angleichen musste, damit die EU das Schweizer Recht als gleichwertig anerkannte.

2.1.3.2.2.1. Notwendigkeit der engen Übernahme

Die Schweiz musste in erster Linie sicherstellen, dass die zwei Grundpfeiler des EU-Rechts zur amtlichen Kontrolle auch im Schweizer Recht gelten: Aus dem EU-Recht wurde die Verpflichtung übernommen, dass amtliche Kontrollen nicht mehr wie zuvor stichprobenmässig,[1235] sondern risikobasiert erfolgen müssen.[1236] Der zweite Grundpfeiler, dass amtliche Kontrollen entlang der gesamten Produktionskette erfolgen müssen *(from farm to fork)*, galt hingegen bereits vor der Revision des Hygienerechts 2005 im Schweizer Lebensmittelrecht.[1237]

1232 Art. 75 lit. a Ziff. 3 und Art. 81 Abs. 1 LGV; Art. 4 Abs. 3 lit. e VO 852/2004; dazu Ammann, Rz. 712.

1233 Vgl. Art. 81 Abs. 2 LGV; Ammann, Rz. 712.

1234 Art. 67 Abs. 1 i. V. m. Anhang 1 HyV; im EU-Recht Anhang I VO 2073/2005.

1235 Vgl. Botschaft LMG 2011, S. 5620.

1236 Ammann, Rz. 724. Vgl. etwa Art. 55 Abs. 1 VSFK, wonach die amtlichen Vollzugsorgane regelmässig und entsprechend den Risiken in den Betrieben kontrollieren müssen, ob die Schlachthygiene eingehalten wird. Die Verpflichtung zu risikobasierten Kontrollen wurde 2005 ins Verordnungsrecht übernommen und erst mit der Revision des LMG auf den 1. Mai 2017 in Art. 31 aufgenommen.

1237 Art. 56 Abs. 1 LGV 2005, heute Art. 3 ff. LMVV; Botschaft LMG 2011, S. 5619; der zweite Grundpfeiler, dass amtliche Kontrollen entlang der gesamten Produktionskette *(from farm to fork)* erfolgen müssen, bestand bereits zuvor auch im schweizerischen Lebensmittelrecht, Botschaft LMG 2011, S. 5619.

In verschiedenen schweizerischen Verordnungen wurden auch die Detailvorschriften zu den amtlichen Kontrollen an das EU-Recht angeglichen:[1238] So wurden die Anforderungen an die Kontrollbehörden aus dem EU-Recht übernommen. Wie im EU-Recht wurde im Schweizer Recht verankert, dass ein amtlicher Tierarzt oder eine amtliche Tierärztin bei jeder Schlachtung anwesend sein muss.[1239] Zudem wurde wie im EU-Recht der Beruf der amtlichen Fachassistentin/des amtlichen Fachassistenten im Veterinärdienst geschaffen[1240] und die Anforderungen und Befugnisse der amtlichen Laboratorien[1241] und der nationalen Referenzlaboratorien[1242] im Einklang mit den Vorschriften der EU festgelegt. Zur Sicherstellung, dass die Laboratorien über die notwendigen Fähigkeiten verfügen, müssen sowohl die amtlichen Laboratorien sowie die mit amtlichen Untersuchungen beauftragten privaten Laboratorien nach der europäischen Norm EN ISO/IEC 17025 akkreditiert sein.[1243] Gerade die nationalen Referenzlaboratorien sind im System der Lebensmittelkontrolle der EU von grosser Wichtigkeit, weshalb die Schaffung solcher Einrichtungen in der Schweiz eine Voraussetzung für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit darstellte.[1244]

Zudem wurden die Modalitäten der Durchführung der amtlichen Kontrollen eng mit dem EU-Recht abgestimmt. Um gleichwertige Kontrollen zu ermöglichen, wurde die Regelung im Schweizer Recht, dass amtliche Kontrollen nur während der üblichen Betriebszeiten durchgeführten werden dürfen, gestrichen.[1245] Eine Anhebung der amtlichen Kontrollen in der Schweiz auf das Niveau der EU er-

---

[1238] Vgl. die erst nachträglich geschaffene Gesetzesgrundlage in Art. 30 Abs. 5 LMG; Botschaft LMG 2011, S. 5620; Leuch-Scherrer, S. 168.

[1239] RFA Lebensmittelrecht 2005, S. 11; Kölliker/Marti, S. 45; dies gilt nur bei Grossbetrieben gem. Art. 53 Abs. 2 VSFK.

[1240] Botschaft LMG 2011, S. 5620; Art. 68 ff. LMVV. Siehe die spezifischen Bestimmungen zur amtlichen Fachassistentin Schlachttieruntersuchung und Fleischuntersuchung in Art. 54 VSFK.

[1241] Art. 48 LMG; Art. 44 ff. LMVV. Wie im EU-Recht wurde nach Schweizer Recht vorgeschrieben, dass sowohl amtliche als auch private Laboratorien, welche im Rahmen der amtlichen Kontrolle Laboranalysen durchführen, akkreditiert sein müssen, vgl. Botschaft LMG 2011, S. 5630.

[1242] Art. 43 LMG. In Art. 43 Abs. 3 LMG wird der Bundesrat beauftragt, die Zuständigkeitsbereiche und die Aufgaben zu regeln, was der Bundesrat detailliert und in Übereinstimmung mit dem EU-Recht in Art. 59 ff. und Anhang 7 LMVV gemacht hat.

[1243] Vgl. im Bereich der Schlachtung Art. 47 Abs. 2 VSFK; Botschaft LMG 2011, S. 5630.

[1244] Botschaft LMG 2011, S. 5626 f.

[1245] Vgl. Botschaft LMG 2011, S. 5620; vgl. auch Art. 85a LGV.

folgte im Bereich der Schlachttier- und Fleischuntersuchung in Schlachthöfen.[1246] Während die Schlachttieruntersuchung bei Schweinen und Jungtieren der Rinder-, Schaf- und Ziegengattungen nach altem Recht stichprobenweise erfolgen durfte, wurde in Übereinstimmung mit dem EU-Recht festgelegt, dass die Schlachttieruntersuchung bei jedem Tier dieser Gattungen, das geschlachtet wird, durchgeführt werden muss.[1247] Die technischen Details zu den beiden Kontrollen wurden inhaltlich übereinstimmend mit EU-Recht im Wege der Reformulierung ins Schweizer Recht übernommen.[1248] Schliesslich musste die Schweiz, um die Gleichwertigkeit zum EU-Recht sicherzustellen, die obligatorische Untersuchung auf Trichinellen insbesondere bei Schweinen und Pferden einführen.[1249]

2.1.3.2.2.2. Vergleich mit EU-Mitgliedstaaten

Der Umstand, dass die Schweiz ihr Recht im Bereich der amtlichen Kontrollen eng an EU-Recht angleichen musste, um die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zu erreichen, widerspiegelt sich in der Situation der EU-Mitgliedstaaten. Im Rahmen der Revision des EU-Hygienerechts wurde 2004 mit der VO 882/2004 erstmals ein einheitlicher Rahmen für amtliche Kontrollen im gesamten Bereich der Lebens- und Futtermittel geschaffen.[1250] In den Erwägungsgründen wurde argumentiert, dass ein integriertes und horizontales Konzept notwendig sei für eine kohärente Politik im Bereich der Kontrolle von Lebensmitteln und Futtermitteln.[1251] Die VO 882/2004 wurde durch die VO 2017/625 ersetzt.[1252]

2.2 Bio-Produkte (Anhang 9)

2.2.1. Rechtlicher Rahmen

Gemäss Anhang 9 Art. 3 Abs. 1 Agrarabkommen anerkennen die Parteien, dass die Rechts- und Verwaltungsvorschriften gem. Anlage 1 dieses Anhangs gleich-

---

[1246] Vgl. Art. 31 LMG. Die Schlachttieruntersuchung erfolgt vor der Schlachtung, die Fleischuntersuchung nach der Schlachtung.

[1247] Art. 31 Abs. 1 LMG; Art. 27 Abs. 1 VSFK. Bei Hausgeflügel und Hauskaninchen kann die Schlachttieruntersuchung noch immer stichprobenweise erfolgen, vgl. Art. 27 Abs. 2 VSFK.

[1248] Vgl. zur Schlachttieruntersuchung Art. 4 i. V. m. Anhang 4 VHyS, zur Fleischuntersuchung Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Anhang 6 VHyS.

[1249] Art. 31 Abs. 2 VSFK; RFA Lebensmittelrecht 2005, S. 11.

[1250] Uebe, Lebensmittelrecht EU–Schweiz, S. 93 f.

[1251] Erw. 45 VO 882/2004.

[1252] Vgl. zu den Gründen für die Revision insbesondere Erw. 19 VO 2017/625.

wertig sind. Die Parteien können vereinbaren, dass sie bestimmte Aspekte oder Erzeugnisse von der Gleichwertigkeitsregelung ausschliessen.[1253]

Zudem sind die Parteien gem. Anhang 9 Art. 4 Agrarabkommen verpflichtet, nach ihren einschlägigen internen Verfahren die erforderlichen Massnahmen zu treffen, dass die Produkte, welche unter diesen Anhang fallen und die Vorschriften des Schweizer Rechts oder des EU-Rechts erfüllen, eingeführt und in den Verkehr gebracht werden können.

In Bezug auf die Etikettierung besagt Anhang 9 Art. 5 Abs. 1 Agrarabkommen, dass die Parteien dafür Sorge tragen sollen, dass dieselben Bezeichnungen von ökologischen Erzeugnissen im Recht der Schweiz und der EU geschützt sind und auf den Etiketten die gleichen obligatorischen Begriffe verwendet werden, um eine Neuetikettierung zu verhindern.[1254]

Betreffend die Einfuhr von biologischen Produkten aus Drittländern tragen die Parteien gem. Anhang 9 Art. 6 Abs. 1 Agrarabkommen Sorge, dass ihre Einfuhrvorschriften gleichwertig sind. Um zu gewährleisten, dass Drittstaaten und Kontrollstellen in Drittstaaten nach gleichwertigen Kriterien anerkannt werden, arbeiten die Parteien gem. Anhang 9 Art. 6 Abs. 2 Agrarabkommen zusammen, um ihre Erfahrungen zu nutzen. Sie konsultieren sich gegenseitig, bevor ein neuer Drittstaat oder eine neue Kontrollstelle anerkannt wird.

2.2.2. Handlungsspielraum

Der Schweizer Rechtsrahmen im Bereich der Bio-Produkte wurde bereits durch die Bio-Verordnung, welche auf den 1. Januar 1998 in Kraft trat, zu grossen Teilen an das damalige EG-Recht angeglichen.[1255] Als Folge anerkannte die EU die Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts für biologische pflanzliche Produkte und Lebensmittel.[1256]

Hinsichtlich der einseitigen sowie der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Agrarabkommen war relevant, dass das Schweizer Recht gleichwertig zum EU-Recht ist in Bezug auf die materiell-rechtlichen Anforderungen, welche die verschiedenen Typen von Produkten erfüllen müssen, damit sie als biologisch

---

[1253] Eine Ausnahme besteht in Bezug auf Umstellungsbetriebe, vgl. Anhang 9 Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Anlage 1 Agrarabkommen.

[1254] Anhang 9 Art. 5 Abs. 1 Agrarabkommen.

[1255] Richli, Rz. 504 ff.; Kiener, S. 56 f.

[1256] Aebi et al., S. 607; Kiener, S. 63 f.

bezeichnet werden dürfen, und in Bezug auf die Verfahren der Zertifizierung und Kontrolle von Bio-Produkten.

2.2.2.1. Materiell-rechtliche Anforderungen an Bio-Produkte

Mit Ausnahme der Vorschriften zu Umstellungsbetrieben, auf welche sich die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit nicht bezieht,[1257] wurden die Anforderungen an die verschiedenen Arten von Bio-Produkten im Rahmen des autonomen Nachvollzugs aus dem EU-Recht ins Schweizer Recht übernommen. Während die grundlegenderen Bestimmungen in der Bio-Verordnung geregelt wurden, wurden die detaillierten, technischen Vorschriften in der WBF-Bio-Verordnung aus dem EU-Recht nachvollzogen. Im Rahmen der Rechtsübernahme in den einzelnen Bereichen (Pflanzenbau, Nutztierhaltung, Anforderungen an die Verarbeitung von Lebens- und Futtermitteln, Kennzeichnung) wurde auf eine enge Übernahme geachtet.[1258] Bei der Revision der Bio-Verordnung 2009 wurden z. B. die spezifischen Grundsätze für die Herstellung verarbeiteter biologischer Lebensmittel vollständig aus der damaligen VO 834/2007 übernommen.[1259] Im Bereich der technischen Vorschriften werden die zugelassenen Pflanzenschutzmittel oder Dünger im Wege der Reformulierung und in Übereinstimmung mit dem EU-Recht im Schweizer Recht aufgelistet.[1260]

Eine Übereinstimmung der Anforderungen an Bio-Produkte, insbesondere der zugelassenen Stoffe, ist notwendig, damit nach Schweizer Recht und EU-Recht gleichwertige Bio-Produkte erzeugt bzw. hergestellt werden.

2.2.2.2. Zertifizierungs- und Kontrollverfahren

Die Anforderungen an die Zertifizierungs- und Kontrollverfahren wurden ebenfalls eng aus dem EU-Recht ins Schweizer Recht übernommen. Dies gilt z. B. in Bezug auf die Anforderungen, welche erfüllt sein müssen, damit ein Zertifikat ausgestellt wird, oder die Anforderungen an das Zertifikat selbst.[1261] Abweichungen zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht bestehen nur in Bezug

---

[1257] Anhang 9 Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Anlage 1 Agrarabkommen.

[1258] Art. 6 f., Art. 10 ff. Bio-Verordnung; Art. 9, Art. 12 ff. VO 2018/848.

[1259] Erläuternder Bericht Änderungen Bio-Verordnung 2009, S. 3.

[1260] Im Schweizer Recht Art. 1 i. V. m. Anhang 1 WBF-Bio-Verordnung, Art. 2 i. V. m. Anhang 2 WBF-Bio-Verordnung; im EU-Recht Art. 1 i. V. m. Anhang I Durchführungsverordnung 2021/1165, Art. 2 i. V. m. Anhang II Durchführungsverordnung 2021/1165.

[1261] Vgl. Art. 30a^{ter} Bio-Verordnung; Art. 35 VO 2018/848.

auf Details.[1262] Nach dem EU-Recht können Mitgliedstaaten wählen, ob die Zertifizierung durch eine staatliche Behörde erfolgen soll oder die Kontrollbefugnisse an eine oder mehrere private Kontrollstellen übertragen werden sollen.[1263] Werden private Kontrollstellen beauftragt, wird als Konsequenz das Modell der Konformitätsbewertung mit der Akkreditierung und Zertifizierung wie bei den Industrieprodukten gewählt.[1264] Die Schweiz wählte das Modell der privaten Kontrollstellen bzw. Zertifizierungsstellen.[1265] Analog zum EU-Recht müssen die privaten Zertifizierungsstellen einerseits durch eine staatliche Stelle (im Falle der Schweiz durch das BLW) zugelassen werden.[1266] Die Zulassungsvoraussetzungen nach Schweizer Recht entsprechen dabei den Anforderungen aus dem EU-Recht. Andererseits müssen die privaten Kontrollstellen durch die staatliche Akkreditierungsstelle akkreditiert worden sein.[1267] Die Akkreditierung stellt eine Voraussetzung für die Zulassung dar.[1268] Die Akkreditierung erfolgt auf der Basis der Norm EN ISO/IEC 17065 und wird durch die zugelassene Schweizerische Akkreditierungsstelle SAS durchgeführt.[1269] Somit kann sichergestellt werden, dass die schweizerischen Zertifizierungsstellen über die gleichen Qualitäten und Fähigkeiten verfügen wie in der EU. Um die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zu erhalten,

---

1262 Nach Schweizer Recht (Art. 30a^{ter} Abs. 3 Bio-Verordnung) kann das Zertifikat auch elektronisch ausgestellt werden, sofern die Authentizität gewährleistet ist, nach Art. 35 Abs. 1 lit. a VO 2018/848 muss das Zertifikat «möglichst in elektronischer Form ausgestellt [werden]».

1263 Erw. 67 VO 2018/848; Art. 34 Abs. 1 VO 2018/848; noch zur alten VO 834/2007 Dimitropoulos, S. 164 f.

1264 Anders als bei den Industrieprodukten wird im Rahmen der Agrarprodukte immer von Zertifizierung und nicht von Konformitätsbewertung gesprochen, vgl. Dimitropoulos, S. 165.

1265 Art. 28 Bio-Verordnung. Mit der Durchführung der Zertifizierung nach der Bio-Verordnung durch private Stellen knüpfte der Verordnungsgeber an das System der nicht staatlichen Zertifizierung in Bezug auf private Bio-Qualitätszeichen an, welches bereits vor Erlass der Bio-Verordnung bestand und welches von der EU einseitig als gleichwertig anerkannt wurde im Rahmen der VO 2092/91, dazu Botschaft Agrarpaket 95, S. 645; Kiener, S. 85.

1266 Vgl. die Anforderungen für die Zulassung nach Art. 28 Bio-Verordnung. Im EU-Recht ergeben sich die Anforderungen aus den Bedingungen für die Übertragung bestimmter Aufgaben der amtlichen Kontrolle auf beauftragte Stellen gem. Art. 29 VO 2017/625 und Art. 40 VO 2018/848.

1267 Vgl. Dimitropoulos, S. 170.

1268 Art. 28 Abs. 1 lit. a Bio-Verordnung.

1269 Art. 28 Abs. 1 lit. a Bio-Verordnung in Verbindung mit der AkkBV; von Büren, S. 91 f.

musste analog zum EU-Recht die Kompetenz in Art. 32 Abs. 4 Bio-Verordnung aufgenommen werden, dass das BLW die Zulassung einer Zertifizierungsstelle suspendieren oder die Zulassung ganz entziehen kann, wenn die Zertifizierungsstelle die Anforderungen oder Pflichten nicht mehr erfüllt.[1270]

Auch das System zur Kontrolle der privaten Zertifizierungsstellen durch staatliche Behörden im Schweizer Recht entspricht inhaltlich den Anforderungen des EU-Rechts. So müssen Zertifizierungsbehörden mindestens einmal im Jahr einer Inspektion durch eine staatliche Stelle (im Falle der Schweiz durch das BLW) unterzogen werden.[1271] Die enge Übereinstimmung im Bereich des Kontrollverfahrens führte zu einem grösseren Spielraum der Schweiz bei der Zulassung von privaten Kontrollstellen: Im Rahmen der Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit prüft die EU regelmässig die von einem Drittstaat anerkannten Kontrollstellen.[1272] Im Rahmen des Agrarabkommens verzichtet die EU auf diese Kontrolle: Es ist im Rahmen des Agrarabkommens alleinige Sache der Schweizer Behörden, die privaten Kontrollstellen zuzulassen und zu überwachen. Die EU vertraut der Kompetenz der schweizerischen Seite.

2.2.2.3. Einfuhr von Bio-Produkten aus Drittstaaten

Gemäss Anhang 9 Art. 6 Abs. 1 Bio-Verordnung tragen die Parteien dafür Sorge, dass die Einfuhrvorschriften, die sie auf biologische bzw. ökologische Erzeugnisse anwenden, gleichwertig sind. In diesem Sinne hat die Schweiz ihr System in Bezug auf die Einfuhr von Bio-Produkten aus Drittstaaten sehr stark an das System der EU angelehnt:[1273] Sowohl die Voraussetzungen für die Einfuhr[1274] als auch die Liste mit den Drittstaaten, welche garantieren können, dass ihre Produkte die Voraussetzungen erfüllen, sind im Einklang mit dem EU-Recht.[1275] Bio-Produkte

---

1270 Vgl. BLW, Übersicht landwirtschaftliches Verordnungspaket 2017, S. 1. Im EU-Recht Art. 36 Abs. 2 VO 2018/848.

1271 Art. 33 Bio-Verordnung; Art. 38 Abs. 3 VO 2018/848.

1272 Art. 46 Abs. 5 und 6 VO 2018/848.

1273 Für das System im EU-Recht siehe Dimitropoulos, S. 175 ff. (noch zum Rechtsrahmen unter der VO 834/2007).

1274 Art. 22 lit. a und b Bio-Verordnung; Art. 46 Abs. 2 und 3 VO 2018/848.

1275 Art. 22 Bio-Verordnung. Die Länderliste gem. Art. 23 Abs. 1 Bio-Verordnung befindet sich in Anhang 1 BLW-Bio-Verordnung. Im EU-Recht befindet sich die Liste in Anhang I Durchführungsverordnung 2021/2325.

aus Drittstaaten müssen für den Import in die Schweiz von den gleichen Kontrollbescheinigungen begleitet werden wie beim Import in die EU.[1276]

Gemäss Art. 23a Abs. 1 Bio-Verordnung anerkennt die Schweiz die Zertifizierungsstellen und Kontrollbehörden, die in der EU aufgrund des Verfahrens nach Art. 46 VO 2018/848 anerkannt wurden.[1277] Damit ist gewährleistet, dass die Schweiz und die EU im Anwendungsbereich von Anhang 9 einen homogenen Rechtsrahmen aufweisen: Bio-Produkte können unter den gleichen Bedingungen aus einem Drittstaat in die EU wie auch in die Schweiz importiert werden. Die Schweiz und die EU bilden somit faktisch einen *gemeinsamen Raum für Bio-Produkte*.[1278]

Trotzdem verbleibt der Schweiz gem. Art. 23a Abs. 2 Bio-Verordnung ein Spielraum für die Anerkennung von Zertifizierungsstellen und Kontrollbehörden, die nicht in der Liste der EU sind. Dass die EU diese Ausnahme erlaubt, kann m. E. als Hinweis gedeutet werden, dass die EU den Schweizer Behörden vertraut, dass nur Zertifizierungsstellen und Kontrollbehörden anerkennt werden, die den inhaltlich mit dem EU-Recht übereinstimmenden Vorschriften entsprechen.[1279]

2.2.3. Zwischenfazit

Im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit musste die Schweiz ihren Rechtsrahmen im Bereich der Bio-Produkte eng an denjenigen der EU angleichen. Dies gilt sowohl für die Anforderungen an die verschiedenen Arten von Bio-Produkten als auch für die Vorschriften bezüglich der Zertifizierung und der Kontrollen. Während der Spielraum für Abweichungen in der Rechtsetzung auf der einen Seite gering ist, hat die Schweiz auf der anderen Seite eine grössere Eigenständigkeit, indem die EU die von der Schweiz zugelassenen Zertifizierungsstellen im Rahmen des Agrarabkommens nicht überprüfen kann.

[1276] Art. 24 Abs. 1 Bio-Verordnung verweist auf die Kontrollbescheinigung nach der Del. VO 2021/2306.

[1277] Art. 23a Abs. 1 Bio-Verordnung verweist auf Anhang II Durchführungsverordnung 2021/1378 in der «jeweils geltenden Fassung», d. h., es handelt sich um einen dynamischen Verweis.

[1278] Vgl. vorne § 7 Kap. C.III.3.3.

[1279] Vgl. die Liste in Anhang 2 BLW-Bio-Verordnung, welche vor allem Zertifizierungsstellen aus dem Vereinigten Königreich enthält.

3. Spezialfall: Einfuhr von lebenden Tieren und tierischen Produkten aus Drittstaaten

Im Bereich des Handels mit lebenden Tieren und tierischen Produkten (Anhang 11 Teil I und Teil II) kommt im Agrarabkommen in Bezug auf die Vorschriften über die Einfuhr von lebenden Tieren und tierischen Produkten aus Drittstaaten ein *Spezialfall* von Typ 2 der Gleichwertigkeitsanerkennung zur Anwendung.

3.1 Rechtlicher Rahmen

Gemäss Anhang 11 Anlage 3 Ziff. III Agrarabkommen wendet das BLV «gleichzeitig mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union die in den unter Ziffer I dieser Anlage aufgelisteten Rechtsakten genannten Einfuhrvorschriften, Durchführungsmassnahmen und Listen von Betrieben an, aus denen entsprechende Einfuhren zugelassen sind». Da in Ziff. I nur die Rechtsakte der EU genannt werden, macht diese Bestimmung deutlich, dass die Schweiz inhaltlich EU-Recht anwenden muss.[1280] Von der Form her handelt es sich immer noch um eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit von Schweizer Recht und EU-Recht, denn in Ziff. I werden die Rechtsakte der EU aufgelistet und in Ziff. II die Rechtsakte im Schweizer Recht. Da Ziff. III als Durchführungsvorschrift der Schweiz jedoch die Anwendung der EU-Vorschriften in Ziff. I vorschreibt, wird die Funktion der Gleichwertigkeitsanerkennung faktisch untergraben: Die schweizerischen Vorschriften in Ziff. II werden nur noch *pro forma* aufgeführt. Eine inhaltlich vergleichbare Vorschrift besteht im Bereich der tierischen Produkte in Anhang 11 Anlage 10 Kap. V Ziff. 3 Agrarabkommen.

Der Grund für diesen Spezialfall ergibt sich aus der Entwicklung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich von Anhang 11 Agrarabkommen. Mit der Angleichung des Schweizer Hygienerechts an das Recht der EU konnte die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit auf alle tierischen Produkte ausgedehnt werden.[1281] Die EU erklärte sich jedoch nur unter der Bedingung bereit, die Grenzkontrollen zwischen der Schweiz und der EU ganz abzubauen, dass die Schweiz das gleiche Einfuhrregime für lebende Tiere und tierische Produkte

[1280] Mader/Kropf, S. 88. Nach Ansicht von Mader/Kropf enthalten diese Bestimmungen «keine eigentliche Pflicht zur dynamischen Übernahme von EU-Recht», jedoch eine «Anwendungsverpflichtung». Diese Anwendungsverpflichtung bezieht sich gem. Mader/Kropf, S. 88, auch auf alle Änderungen des relevanten EU-Rechts.

[1281] Vgl. vorne § 7 Kap. D.II.2.1.2.

aus Drittstaaten anwendet wie die EU.[1282] Da die Abschaffung der Grenzkontrollen und damit die Schaffung des gemeinsamen europäischen Veterinärraums[1283] im Interesse der Schweiz war, glich sie 2007 ihren Rechtsrahmen im Bereich der Einfuhr, Durchfuhr und Ausfuhr von Tieren und Tierprodukten, der aus dem Jahre 1988 stammte, an das EU-Recht an.[1284] 2015 wurde der Schweizer Rechtsrahmen revidiert.[1285]

3.2 Handlungsspielraum

Aufgrund der Verpflichtung zur Anwendung des relevanten EU-Rechts gem. Anhang 11 Anlage 3 Ziff. III und Anhang 11 Anlage 10 Kap. V Ziff. 3 Agrarabkommen verbleibt der Schweiz inhaltlich kein Spielraum für Abweichungen vom Rechtsrahmen der EU. Die Schweizer Verordnungen über die Einfuhr, Ausfuhr und Durchfuhr von Tieren und tierischen Produkten beschränken sich daher vielfach auf einen Verweis auf das relevante EU-Recht:[1286] Gemäss Art. 5 Abs. 1 EDAV-DS gelten für die Einfuhr von Tieren und Tierprodukten aus Drittstaaten die harmonisierten Einfuhrbedingungen der EU.[1287] Welche Rechtsakte des EU-Rechts konkret anwendbar sind, wurde vom EDI (gem. der Delegation in Art. 5 Abs. 2 EDAV-DS) in Anhang 1 EDAV-DS-EDI festgelegt.[1288]

Die Verwendung der Verweistechnik widerspiegelt den Umstand, dass die Schweiz bei der Umsetzung des EU-Rechts im Schweizer Recht aufgrund der Vorgaben im Agrarabkommen inhaltlich keinen Spielraum für Abweichungen hat.

Der Grund, weshalb die EU für den kompletten Abbau der Grenzkontrollen auf einer Anwendung des EU-Rechts bestand, hängt mit der Wirkung des Abbaus der Grenzkontrollen zusammen: Im Rahmen des Gemeinsamen Veterinärraums dürfen Tiere oder tierische Produkte aus Drittstaaten nach einer veterinärrechtlichen Kontrolle an einer Grenzstelle dieses Gemeinsamen Veterinärraums ohne weitere

---

1282 Mader/Kropf, S. 87.

1283 Vgl. vorne § 7 Kap. C.III.3.1.

1284 Die Verordnungen im Schweizer Recht, welche 2007 erlassen wurden, werden in Anhang 11 Anlage 3 Ziff. II Agrarabkommen genannt.

1285 Zum neuen Rechtsrahmen vgl. Müller-Hüppi, Rz. 134 ff.

1286 Müller-Hüppi, Rz. 139.

1287 In Art. 5 Abs. 1 lit. a–e EDAV-DS werden Teilbereiche aufgezählt, in welchen die EU-Vorschriften zur Anwendung gelangen, z. B. in Bezug auf die erforderlichen Begleitdokumente (lit. c).

1288 Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Anhang 1 EDAV-DS-EDI.

veterinärrechtliche Kontrolle innerhalb dieses Raums gehandelt werden.[1289] Nur wenn sichergestellt ist, dass alle Grenzstellen die gleiche Art von Kontrollen und das gleiche Kontrollniveau anwenden, kann garantiert werden, dass alle Tiere oder tierischen Produkte das gleiche Sicherheitsniveau erfüllen, «was die Voraussetzung für das Funktionieren des gemeinsamen Veterinärraums»[1290] darstellt.

4. Fazit

4.1 Handlungsspielraum *de lege lata*

Anders als im Bereich der Industrieprodukte kann die Frage des Spielraums in der Rechtsetzung bei den Agrarprodukten nicht in Bezug auf alle Produktebereiche einheitlich beantwortet werden. Die Analyse des Spielraums in den einzelnen Produktebereichen zeigt, dass der Typ der Gleichwertigkeitsanerkennung, welcher in einem Produktebereich verwendet wird, einen Indikator für den Handlungsspielraum darstellt: In den Produktebereichen, in denen die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in Bezug auf die Wirkung der Vorschriften erfolgt (Typ 1), ist der Handlungsspielraum bei der Rechtsetzung tendenziell grösser als in den Produktebereichen, in welchen sich die Gleichwertigkeitsanerkennung auf die Vorschriften bezieht (Typ 2).

Die Wahl des Typs der Gleichwertigkeitsanerkennung in einem Produktebereich im Rahmen des Agrarabkommens widerspiegelt dabei häufig die Situation innerhalb der EU: In den Bereichen, in welchen das EU-Recht den Mitgliedstaaten mehr Spielraum bei der Umsetzung des EU-Rechts lässt, kommt auch der Schweiz Spielraum im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zu. Der Handlungsspielraum hängt jedoch auch vom Gegenstand des Produktebereichs ab und dem Risiko, welches von diesen Produkten für die Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen ausgeht.

Bei Produkten, von welchen grundsätzlich ein grösseres Risiko für die Gesundheit von Menschen ausgeht, erwartete die EU eine engere Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht: Im Handel mit tierischen Produkten (Anhang 11 Teil II) ist das Risiko für die menschliche Gesundheit tendenziell höher als z. B. in Handel mit Pflanzen und pflanzlichen Produkten (Anhang 4). Daher bestand die EU im Bereich des Hygienerechts bei tierischen Produkten tendenziell auf einer engeren Angleichung als im Bereich der Vorschriften über die Pflanzengesundheit.

[1289] Mader/Kropf, S. 87.

[1290] Mader/Kropf, S. 87.

4.2 Handlungsspielraum *de lege ferenda*

Die Analyse des Spielraums der Schweiz in den einzelnen Produktebereichen verdeutlicht jedoch, dass der Spielraum, welcher der Schweiz zukommt, eine Momentaufnahme darstellt und sich daher ändern kann. Als die Schweiz und die EU in den 1990er Jahren über das Agrarabkommen verhandelten, war die Situation im EU-Recht anders als heute. Die Tendenz einer immer stärkeren Harmonisierung im Verhältnis Schweiz–EU zeigt sich am geplanten P-LSR, in dessen Rahmen die Schweiz gem. Art. 6 P-LSR verpflichtet würde, das relevante EU-Recht direkt anzuwenden.

Im Falle des Inkrafttretens des P-LSR würde der Spielraum der Schweiz praktisch an jenen der EU-Mitgliedstaaten angeglichen, obwohl die Schweiz formell nicht Mitglied der EU ist. Die Schweiz müsste dadurch verschiedene Eigenheiten wie Schweizer Begriffe oder die Strukturierung der Schweizer Rechtsakte aufgeben, welche im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zum Grossteil erhalten werden konnten. Da die Schweiz ihre Vorschriften, wie in diesem Kapitel dargelegt, in vielen Bereichen sowieso bereits eng an EU-Recht angeglichen hat, würde das P-LSR materiell-rechtlich nicht zu grossen Änderungen im Schweizer Recht führen.

III. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsanwendung und -auslegung

1. Rechtsanwendung durch Schweizer Behörden

1.1 Rechtsanwendung im Rahmen von amtlichen Kontrollen

Die Rechtsanwendung durch hoheitliche Behörden im Bereich des Handels mit Agrarprodukten erfolgt in erster Linie in Form der Durchführung von amtlichen Kontrollen. Sowohl im EU-Recht als auch im Schweizer Recht sind Unternehmen auf allen Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen zur Selbstkontrolle verpflichtet.[1291] Es ist somit primär ihre Aufgabe, zu prüfen, dass sie bei ihrer Tätigkeit die rechtlichen Vorgaben einhalten.

Die Durchsetzung der relevanten Vorschriften ist Sache der zuständigen Behörden in den Mitgliedstaaten bzw. der Schweiz.[1292] Im Rahmen von amtlichen Kontrol-

[1291] Im Schweizer Recht Art. 26 Abs. 1 LMG; im EU-Recht Art. 19 und 20 VO 178/2002; Erw. 13 VO 2017/625, vgl. Baumgartner, Lebensmittelrecht EU–Schweiz, S. 64.

[1292] Erw. 15 VO 2017/625.

len prüfen sie, ob die Unternehmen bei ihrer Tätigkeit die relevanten Vorschriften einhalten sowie ob die Tiere und Waren den rechtlichen Vorgaben entsprechen. Die amtlichen Kontrollen haben somit eine zentrale Funktion zur Sicherstellung eines hohen Schutzniveaus für Menschen, Tiere und Pflanzen in der Schweiz und der EU.

1.2 Gleichwertige Rechtsanwendung im Agrarabkommen

1.2.1. Förderung einer gleichwertigen Rechtsanwendung mittels Durchführungsvorschriften

In der Form von Durchführungsvorschriften in den einzelnen Produktebereichen, welche Pflichten zum Informationsaustausch[1293] und zur Amtshilfe[1294] oder Vorgaben für gemeinsame Kontrollen zwischen Behörden der Mitgliedstaaten und der Schweiz[1295] umfassen, kommt zum Ausdruck, dass im Rahmen des Agrarabkommens grundsätzlich eine gleichwertige Rechtsanwendung und damit ein einheitliches Schutzniveau in der Schweiz und der EU angestrebt wird.

1.2.2. Relevanz der Rechtsanwendung für die Gleichwertigkeitsanerkennung

Abgesehen von den Vorgaben in den Durchführungsbestimmungen ist eine gleichwertige Rechtsanwendung auch im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in den einzelnen Produktebereichen relevant.

1.2.2.1. Mangelnde Vorgaben im Agrarabkommen

Lediglich im Bereich des Handels mit tierischen Produkten (Anhang 11 Teil II) wird die Bedeutung der Rechtsanwendung für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit explizit ausgewiesen: Gemäss Anhang 11 Art. 12 Abs. 1 dritter Spiegelstrich Agrarabkommen ist für die Anerkennung der Gleichwertigkeit die «Bewertung und Anerkennung» u. a. der «Leistungsfähigkeit der zuständigen Behörde hinsichtlich der Durchführung des Kontrollprogramms und des erreichten Garantieniveaus» erforderlich.

[1293] Anhang 4 Art. 9, Anhang 5 Art. 3, Anhang 9 Art. 7 und Anhang 11 Art. 17 Agrarabkommen; vgl. die Informationsverpflichtungen bei Änderungen der Situation in Bezug auf Tierseuchen, z. B. Anhang 11 Anlage 2 Kap. I Teil B Ziff. 6 Abs. 3 Agrarabkommen.

[1294] Anhang 7 Art. 12 ff. Agrarabkommen; Anhang 8 Art. 15 Agrarabkommen.

[1295] Anhang 4 Art. 8 Agrarabkommen; Anhang 7 Art. 20 Abs. 4 Agrarabkommen.

In Anhang 4 betreffend den Handel mit Pflanzen und pflanzlichen Produkten kann eine Relevanz vermutet werden, da in Art. 9 Abs. 2 Agrarabkommen erwähnt wird, dass eine «Gleichwertigkeit der Anwendung der Durchführungsbestimmungen» angestrebt wird.

In den übrigen Produktebereichen mit Gleichwertigkeitsanerkennung[1296] fehlt ein expliziter Hinweis auf die Bedeutung der Rechtsanwendung für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit. Anhand von Kontrollen der Schweizer Rechtsanwendungspraxis, welche die EU-Kommission durchführt, zeigt sich jedoch, dass die Rechtsanwendung auch in diesen Produktebereichen von Relevanz ist für die Gleichwertigkeitsanerkennung.

1.2.2.2. Erkennbarkeit der Relevanz durch Kommissionskontrollen

In den Bereichen des Handels mit Pflanzen und pflanzlichen Produkten (Anhang 4), Futtermitteln (Anhang 5), Bio-Produkten (Anhang 9) sowie des Handels mit lebenden Tieren und tierischen Produkten (Anhang 11) prüft die EU-Kommission im Rahmen von sog. Kommissionskontrollen regelmässig den Schweizer Rechtsrahmen und die Anwendung dieser Vorschriften durch Schweizer Behörden.

Die Durchführung dieser Kommissionskontrollen im Verhältnis Schweiz–EU ist nur in den Bereichen des Handels mit Pflanzen und pflanzlichen Produkten (Anhang 4) sowie des Handels mit lebenden Tieren und tierischen Produkten (Anhang 11) im Agrarabkommen explizit vorgesehen:

> Gemäss Anhang 11 Art. 16 Abs. 1 Agrarabkommen können die Parteien «die Ausfuhrpartei einem Prüfverfahren unterziehen», welches einerseits eine «Gesamt- oder Teilbewertung des Kontrollprogramms der zuständigen Behörden sowie ggf. der Überwachungs- und Prüfprogramme» sowie andererseits Kontrollen vor Ort enthalten kann. Diese Kontrollen dienen gem. Anhang 11 Art. 16 Abs. 1 Agrarabkommen dazu, «das Vertrauen in die ordnungsgemässe Anwendung der Bestimmungen dieses Titels zu stärken».
>
> Im Bereich des Handels mit Pflanzen und pflanzlichen Produkten besteht in Anhang 4 Art. 9 Agrarkommen eine rechtliche Grundlage für die Kommissionskontrollen in der Schweiz: Gemäss Anhang 4 Art. 9 Abs. 2 Agrarabkommen «lässt jede Partei auf Ersuchen der anderen Partei Besuche von Sachverständigen der anderen Partei in ihrem Gebiet zu». Diese Vorgabe dient dazu, dass gem. Anhang 4 Art. 9 Abs. 2 Agrarabkommen «die Gleichwertigkeit der Anwendung der Durchführungsbestimmungen der von diesem Anhang betroffenen Rechtsvorschriften gewährleistet ist».

[1296] Vgl. zu diesen Produktebereichen vorne § 7 Kap. C.I.1.

Bei der Durchführung der Kommissionskontrollen wird in den beiden, vorne genannten Produktebereichen als rechtliche Grundlage folglich explizit auf die genannten Vorschriften in den Anhängen 4 und 11 verwiesen.[1297] Da im Bereich der Futtermittel (Anhang 5) und der Bio-Produkte (Anhang 9) eine explizite Grundlage für die Kommissionskontrollen im Agrarabkommen fehlt, wird jeweils auf die relevante Bestimmung im EU-Recht verwiesen,[1298] welche Kommissionskontrollen in Drittstaaten im Rahmen des Verfahrens der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit vorsieht.[1299]

Die im EU-Recht vorgesehenen Kommissionskontrollen in Drittstaaten dienen dem Zweck, die Gleichwertigkeit des Rechtsrahmens und der Rechtsanwendung im Drittstaat zu prüfen.[1300] Die Ergebnisse der Kommissionskontrollen haben einen Einfluss auf die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit durch die EU-Kommission, da die Gleichwertigkeit gem. Art. 129 Abs. 1 lit. b VO 2017/625 nur bei einem «zufriedenstellenden Ergebnis» der Kontrollen anerkannt wird.

Aus den Vorgaben in den Anhängen 4 und 11 Agrarabkommen und den Vorschriften im EU-Recht für Kommissionskontrollen in Drittstaaten ergibt sich, dass die Schweizer Rechtsanwendung in allen Produktebereichen, in welchen Kommissionskontrollen stattfinden, von Relevanz ist für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit.

1.3 Indirekte Sicherstellung der Gleichwertigkeit der Rechtsanwendungspraxis durch gleichwertigen Rechtsrahmen

Die Sicherstellung einer gleichwertigen Rechtsanwendung und damit eines gleichwertigen Schutzniveaus erfolgt indirekt dadurch, dass im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit ein gleichwertiger Rechtsrahmen im Bereich der amtlichen Kontrollen verlangt wird. Die Schweiz hat dazu ihre Vorgaben durch den autonomen Nachvollzug eng an jene des EU-Rechts angeglichen.[1301]

[1297] DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Pflanzengesundheit 2015, S. 2; DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Importkontrollen 2017, S. 1.

[1298] DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Futtermittelzusatzstoffe 2010, S. 2, und DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Bio-Produkte 2013, S. 2 mit Verweis auf Art. 46 VO 882/2004, die damals gültige Rechtsgrundlage.

[1299] Art. 120 VO 2017/625.

[1300] Art. 120 Abs. 1 lit. a und b VO 2017/625.

[1301] Vgl. z. B. vorne § 7 Kap. D.II.2.1.3.2.

1.4 Direkte Sicherstellung der Gleichwertigkeit der Rechtsanwendungspraxis durch Kommissionskontrollen

Um die Gleichwertigkeit der Rechtsanwendung in der Schweiz zu prüfen und sicherzustellen, führen Expertinnen und Experten der Generaldirektion Gesundheit der EU-Kommission Kommissionskontrollen in den erwähnten Bereichen durch.[1302]

1.4.1. Durchführung der Kommissionskontrollen

Kommissionskontrollen können inhaltlich ganze Produkte- oder Themenbereiche innerhalb eines Produktebereichs betreffen[1303] oder auf einzelne, spezifische Aspekte[1304] beschränkt sein. In den Berichten zu den Kommissionskontrollen, welche öffentlich gemacht werden,[1305] wird im Detail dargelegt, welche Bereiche und Aspekte Gegenstand der Kontrolle waren, auf welche Weise sie kontrolliert wurden und welche Ergebnisse aus der Kommissionskontrolle folgen. Die Überprüfung der Rechtsanwendungspraxis erfolgt insb. durch Kontrollen vor Ort bei den zuständigen Behörden und durch Gespräche mit den Verantwortlichen sowie den Kontrolleurinnen und Kontrolleuren in der Schweiz.[1306]

Die Berichte zu den Kommissionskontrollen enthalten zudem Empfehlungen an die Schweizer Behörden, falls Verbesserungsbedarf festgestellt wird. Die Schweizer Verwaltungsbehörden haben die Möglichkeit, Kommentare zum Entwurf des Berichts abzugeben und zu den Empfehlungen der EU-Kommission Stellung zu nehmen.

1302 Vgl. vorne § 7 Kap. D.III.1.2.2.2. Eine Übersicht über alle Kommissionskontrollen, welche in der Schweiz seit 1998 durchgeführt wurden, ist abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/food/audits-analysis/audit-report>.

1303 Z. B. die Kontrolle im Bereich «öffentliche Gesundheit – Lebensmittelsicherheit» in der Kommissionskontrolle Nr. 2009-8217 vom Oktober 2009 oder die Kommissionskontrollen in den Bereichen Milch oder Schweinefleisch, vgl. Kommissionskontrollen Nr. 2000-1214 vom November 2000 und Nr. 2000-1079 vom Juni 2000.

1304 Z. B. die Kontrolle der Schutzmassnahmen in der Schweiz gegen die Krankheit BSE in den Kommissionskontrollen Nr. 1999-1046 vom Februar 1999 und Nr. 2000-1278 vom November 2000. Hintergrund der Kontrollen waren die BSE-Vorfälle in der Schweiz, vgl. dazu Dollinger, S. 621.

1305 Vgl. Art. 122 VO 2017/625.

1306 Vgl. z. B. DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Pflanzengesundheit 2015, S. 18 Ziff. 76.

1.4.2. Detaillierte Prüfung der Rechtsanwendungspraxis

Die Expertinnen und Experten der EU-Kommission untersuchen die Schweizer Rechtsanwendungspraxis im Detail. Konkret prüfen sie, ob die Behördenpraxis mit den rechtlichen Vorgaben im Schweizer Recht und teilweise auch mit den internationalen Standards im Einklang steht.[1307] Die Genauigkeit, mit welcher die Schweizer Rechtsanwendungspraxis geprüft wird, zeigt sich exemplarisch am Beispiel der Kommissionskontrolle im Bereich der Schweizer Einfuhrkontrollen zur Sicherstellung der Pflanzengesundheit:

> Im Rahmen der Überprüfung der Tätigkeit der Spezialistinnen und Spezialisten des Eidg. Pflanzenschutzdiensts (EPSD) wurde bemängelt, dass von den Schweizer Behörden in der Praxis eine kleinere Menge an Proben (im Verhältnis zur Grösse einer Sendung von Pflanzen bzw. pflanzlichen Produkten) genommen werde, als sie in der internen Richtlinie des EPSD und der relevanten internationalen Norm ISPM 31 vorgegeben sei.[1308] Dadurch würde die Wahrscheinlichkeit, dass Schadorganismen gefunden werden, und das Schutzniveau, welches durch die Schweizer Vorschriften sichergestellt werden solle, verkleinert.[1309]
>
> Zudem wurde von den Expertinnen und Experten der EU-Kommission bemängelt, dass die Schweizer Behörden am Flughafen Zürich bei Spitzenzeiten mit hohem Wareneingang zu wenig Zeit hätten, eine ausreichende Prüfung der einzelnen Sendungen vorzunehmen.[1310] Da jede Sendung aus verschiedenen Lots bestehe, bleibe für die Kontrolle eines Lots nur ca. eine bis zwei Minuten Zeit.[1311] Dies sei unzureichend, um sicherzustellen, dass ausreichende Proben genommen und diese untersucht werden können. Als Folge werde das pflanzengesundheitliche Schutzniveau, welches durch die Schweizer Vorschriften und die internationale Norm ISPM 31 erreicht werden solle, tangiert.[1312]

Aus diesen Feststellungen wurden Empfehlungen an die Schweizer Behörden zur Verbesserung der Situation formuliert. Insbesondere das letzte Beispiel zeigt, dass die Expertinnen und Experten der EU-Kommission durch die Kontrollen die Schweizer Rechtsanwendungspraxis zu beeinflussen vermögen: Die zeitli-

---

1307 Die *International Standards for Phytosanitary Measures* (ISPM) wurden bei der Kommissionskontrolle bezüglich der Pflanzengesundheit 2015 berücksichtigt, weil die Schweiz Mitglied der *International Plant Protection Convention* (IPPC) ist, vgl. DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Pflanzengesundheit 2015, S. 2.

1308 DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Pflanzengesundheit 2015, S. 16 Ziff. 68.

1309 DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Pflanzengesundheit 2015, S. 19 Ziff. 79.

1310 DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Pflanzengesundheit 2015, S. 19 Ziff. 71.

1311 DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Pflanzengesundheit 2015, S. 19 Ziff. 71.

1312 DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Pflanzengesundheit 2015, S. 17 Ziff. 71, 80.

chen Vorgaben für ausreichende Kontrollen ergeben sich weder explizit aus dem Schweizer Recht noch aus der internationalen Norm ISPM 31. Die Feststellung der Expertinnen und Experten, dass die Zeit zu knapp ist, stellt somit eine Auslegung der Schweizer Vorschriften bzw. der internationalen Norm durch die Expertinnen und Experten der EU-Kommission dar, welche wohl auf der Grundlage von Erfahrungswerten basiert.

1.4.3. Handlungsspielraum

Die EU kann die Schweiz rechtlich nicht zur Beachtung der Empfehlungen aus den Kommissionskontrollen verpflichten, da dies im Agrarabkommen nicht vorgesehen ist.[1313]

In den Berichten zu den Kontrollen wird die Schweiz daher bloss «eingeladen», innert 25 Tagen seit Erhalt des Berichts die Kommission über die getroffenen oder geplanten Massnahmen und den Zeitrahmen zu informieren.[1314] Im Rahmen der Kommissionskontrolle wird zudem geprüft, ob die Schweiz die Empfehlungen aus einer früheren Kontrolle in diesem Bereich umgesetzt hat.[1315]

Mit den Kommissionskontrollen wird, wie bereits erwähnt, das Ziel verfolgt, zu prüfen und sicherzustellen, dass in Drittstaaten wie der Schweiz Gleichwertigkeit in Bezug auf die Rechtsetzung und Rechtsanwendung besteht.[1316] Dienen Empfehlungen dazu, die Gleichwertigkeit in der Rechtsanwendung herzustellen, ist die Schweiz zwar nicht rechtlich, aber faktisch verpflichtet, diese Empfehlungen umzusetzen, wenn sie die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in einem Produktebereich erreichen bzw. erhalten möchte.

Diese faktische Umsetzungs-Verpflichtung wirkt sich wesentlich auf den Handlungsspielraum der Schweizer Behörden aus: Die Rechtsanwendung bei den amtlichen Kontrollen in der Schweiz muss im Einklang mit den Vorgaben der Expertinnen und Experten der EU-Kommission erfolgen. Aufgrund der detaillierten Kommissionskontrollen und des strengen Bewertungsmassstabes bleibt somit

---

[1313] Das Gleiche ergibt sich aus dem EU-Recht: Während die Mitgliedstaaten gem. Art. 119 lit. a VO 2017/625 zur Umsetzung der Empfehlungen aus den Kommissionskontrollen verpflichtet sind, besteht in Bezug auf Drittstaaten keine entsprechende Verpflichtung, vgl. Art. 120 ff. VO 2017/625.

[1314] DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Pflanzengesundheit 2015, S. 25.

[1315] DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Importkontrollen 2017, S. 18; DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Pflanzengesundheit 2015, S. 24.

[1316] Vgl. vorne § 7 Kap. D.III.1.2.2.2.2.

kaum Spielraum für Abweichungen von den Vorgaben der Expertinnen und Experten der EU-Kommission in der Schweizer Rechtsanwendungspraxis.

Dennoch bedeutet diese faktische Umsetzungs-Verpflichtung der Empfehlungen nicht, dass eine Nichteinhaltung einer Empfehlung unmittelbar zu einer Gefährdung einer bestehenden Gleichwertigkeitsanerkennung im Agrarabkommen führt. Im Sinne der Verhältnismässigkeit kommt es auf den Einzelfall an, wobei insb. der Grad einer Abweichung der Schweizer Praxis auf die Gleichwertigkeit und damit die Auswirkung auf das gleichwertige Schutzniveau in der EU und der Schweiz sowie die praktische Umsetzbarkeit einer Empfehlung eine Rolle spielen dürften.

Im Rahmen einer Kommissionskontrolle der Schweizer Einfuhrkontrollen wurde bereits 2010 bemängelt, dass in der Schweiz kein genügendes System der internen Qualitätskontrolle bei Einfuhrkontrollen bestehe.[1317] Trotz den daraus folgenden Empfehlungen wurde 2017 bei einer erneuten Kommissionskontrolle in diesem Bereich festgestellt, dass die Empfehlungen nur zu Teilen, jedoch nicht in genügendem Umfang umgesetzt worden seien.[1318] Konkret erkannten die Expertinnen und Experten noch immer Abweichungen von den einschlägigen Schweizer Vorgaben in der Praxis der Schweizer Behörden, was zeigt, dass die interne Qualitätskontrolle nicht in genügendem Umfang erfolgte.[1319] Die Erkenntnisse führten nicht zu einer direkten Auswirkung auf die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit, sondern zu einer erneuten Empfehlung an die Schweiz.[1320]

1.4.4. Kommissionskontrollen als Grundlage zur Erhaltung der Gleichwertigkeit

Im Rahmen der Kommissionskontrollen wird nicht nur die Gleichwertigkeit der Schweizer Rechtsanwendungspraxis, sondern jeweils auch die Gleichwertigkeit der Schweizer Vorschriften geprüft.

Obwohl sich die EU-Kommission seit 2018 weigerte, die Binnenmarktabkommen und damit auch das Agrarabkommen[1321] zu aktualisieren, bis die institutionellen

---

1317 DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Importkontrollen 2017, S. 14 Ziff. 67, S. 18.

1318 DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Importkontrollen 2017, S. 14 Ziff. 68 ff., S. 15 Ziff. 73.

1319 DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Importkontrollen 2017, S. 14 f. Ziff. 71 f.

1320 Vgl. die Empfehlung Nr. 1 in DG SANTE, Bericht Kommissionskontrolle Importkontrollen 2017, S. 19.

1321 Bislang wurde das Agrarabkommen als Binnenmarktabkommen gesehen. Durch die Überführung verschiedener Produktebereiche vom Agrarabkommen in das vorgesehene P-LSR würde das Agrarabkommen nicht mehr als Binnenmarktabkommen qualifiziert werden, falls die neuen und geänderten Abkommen in Kraft treten, vgl. Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 468 f.

Vorgaben in den Binnenmarktabkommen in Kraft treten, konnte der grenzüberschreitende Handel zwischen der Schweiz und der EU unter den vereinfachten Bedingungen, wie sie auf der Grundlage der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in den einzelnen Produktebereichen vorgesehen sind, bislang uneingeschränkt weitergeführt werden.

Meines Erachtens könnten die Kommissionskontrollen faktisch einen Grund dafür darstellen, dass der Handel weiterhin auf der Grundlage der vereinfachten Handelsbedingungen weitergeführt wurde. Ohne dass eine formelle Prüfung der Gleichwertigkeit im Rahmen des Agrarabkommens stattfinden musste, konnte durch die Kommissionskontrollen stets sichergestellt werden, ob faktisch noch Gleichwertigkeit zwischen der Schweiz und der EU gegeben ist.

1.5 Auswirkungen auf den Handlungsspielraum durch partielle Einbindung in unionale Verfahren

Im Bereich des Handels mit lebenden Tieren und tierischen Produkten bilden die Schweiz, die EU und Norwegen zusammen einen gemeinsamen europäischen Veterinärraum, in welchem Tiere und tierische Produkte unter gleichen Bedingungen gehandelt werden können (gleiche Handelsformalitäten, keine Grenzkontrollen).[1322] Auf der Grundlage des Agrarabkommens wird die Schweiz ansatzweise in die im EU-Recht vorgesehenen Verfahren einbezogen, welche anwendbar sind, wenn bei Tieren oder Waren festgestellt wird, dass diese eine Gefahr für die Gesundheit von Menschen darstellen.

1.5.1. Ansatzweiser Einbezug in das EU-Schnellwarnsystem bei gefährlichen Produkten aus Drittstaaten

Die Schweiz wird im Rahmen des Agrarabkommens punktuell in das Schnellwarnsystem der EU für Lebens- und Futtermittel (RASFF) eingebunden.[1323] Über dieses Schnellwarnsystem informieren sich die Schweiz und die EU gegenseitig über die Zurückweisung von Lebens- und Futtermitteln durch Grenzkontrollstellen, wenn sie feststellen, dass von den zurückgewiesenen Produkten ein unmittelbares oder mittelbares Risiko für die menschliche Gesundheit ausgehen könnte.[1324]

[1322] Vgl. vorne § 7 Kap. C.III.3.1.

[1323] Art. 52 VO 178/2002.

[1324] Anhang 11 Anlage 10 Kap. I Teil B Ziff. 2 Agrarabkommen.

1.5.2. Ansatzweiser Einbezug in das unionale Amtshilfeverfahren

Für den Handel mit Tieren und tierischen Produkten innerhalb des Gemeinsamen Veterinärraums wird die Schweiz auf der Grundlage des Agrarabkommens zudem ansatzweise in das unionale Amtshilfeverfahren eingebunden, welches zur Anwendung gelangt bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, d. h., wenn die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats bei Tieren oder Waren, welche ihren Ursprung in einem anderen Mitgliedstaat haben, ein Risiko für die Gesundheit von Menschen und Tieren feststellen.[1325]

Im Falle, dass die Behörden der Schweiz oder in einem EU-Mitgliedstaat bei einer stichprobenweisen Kontrolle am Bestimmungsort feststellen, dass ein Tier von einer Krankheit befallen ist oder von einem tierischen Produkt eine Gefahr für die Gesundheit von Menschen oder Tieren ausgeht, sind die Behörden am Bestimmungsort verpflichtet, «die erforderlichen Massnahmen»[1326] zu ergreifen sowie die zuständigen Behörden im Versandstaat und die EU-Kommission über «die Art der vorgenommenen Kontrollen, ihre Entscheidungen und die Gründe für diese Entscheidungen [zu informieren]».[1327]

Gemäss dem Verfahren im EU-Recht streben die betroffenen Mitgliedstaaten als nächsten Schritt «eine Einigung auf ein angemessenes Vorgehen im Hinblick auf den Verstoss an».[1328] Kommt keine Einigung zwischen den betroffenen Mitgliedstaaten zustande, müssen sie gem. Art. 106 Abs. 3 lit. b VO 2017/625 die EU-Kommission unterrichten, welche gem. Art. 108 Abs. 1 VO 2017/625 Koordinierungs- und Folgemassnahmen anordnen kann: Die EU-Kommission kann die zuständigen Behörden im Versandmitgliedstaat z. B. auffordern, «die amtlichen Kontrollen in geeigneter Weise zu verstärken und ihr über die ergriffenen Massnahmen Bericht zu erstatten».[1329] Zudem kann sie gem. Art. 108 Abs. 2 lit. c VO 2017/625 «alle anderen geeigneten Massnahmen», die im Einklang mit den Vorschriften in diesem Rechtsbereich stehen, ergreifen.

[1325] Vgl. Art. 106 Abs. 1 VO 2017/625.

[1326] Die Formulierung im Agrarabkommen lehnt sich an Formulierungen in Art. 9 Abs. 1 RL 90/425/EWG und Art. 8 Abs. 1 RL 89/662/EWG an, auf welche verwiesen wird. Diese beiden Richtlinien wurden mittlerweile durch die VO 2017/625 ersetzt, vgl. insb. Art. 106 und 108 VO 2017/625.

[1327] Anhang 11 Anlage 5 Kap. II Teil B Abs. 1 und Anhang 11 Anlage 10 Kap. II Teil B Abs. 1 Agrarabkommen.

[1328] Art. 106 Abs. 3 lit. a VO 2017/625.

[1329] Art. 108 Abs. 2 lit. b VO 2017/625.

Die Einbindung der Schweiz gem. Agrarabkommen geht nicht über die Informationspflicht und die Verpflichtung zum Ergreifen von erforderlichen Massnahmen hinaus. Eine Anordnung von weiteren Massnahmen für die Schweiz ist nur möglich, wenn sich die Schweiz und die EU einvernehmlich im Rahmen des Gemischten Veterinärausschusses darauf einigen.[1330] Die EU-Kommission kann daher aufgrund des Agrarabkommens und im Unterschied zur Situation im MRA *keine* Massnahmen erlassen, welche die Schweiz direkt zu einer Handlung verpflichten (z. B. die Verpflichtung zur Verstärkung der amtlichen Kontrollen). Die Einbindung der Schweiz in das unionale Verfahren geht somit nicht so weit, dass die EU-Kommission direkt auf die Rechtsanwendungstätigkeit der Schweizer Behörden einwirken könnte, wie dies bei den EU-Mitgliedstaaten der Fall ist.

1.5.3. Verpflichtung zur Übernahme von Schutzmassnahmen

Eine Übernahmeverpflichtung ist im Agrarabkommen bezüglich der Anordnung von Schutzmassnahmen durch die EU-Kommission vorgesehen: Ordnet die EU-Kommission Schutzmassnahmen für Mitgliedstaaten, Teilgebiete von Mitgliedstaaten oder Drittstaaten an, ist die Schweiz gem. Anhang 11 Art. 20 Abs. 3 Agrarabkommen grundsätzlich verpflichtet, diese Schutzmassnahmen zu übernehmen. Auf diese Weise wird der Handlungsspielraum der Schweizer Behörden eingeschränkt. Ist die Schweiz jedoch der Ansicht, dass die angeordnete Schutzmassnahme ungerechtfertigt ist, muss im Rahmen des Gemischten Veterinärausschusses nach einer einvernehmlichen Lösung gesucht werden.[1331]

1.5.4. Zwischenfazit

Im Rahmen der Einbindung der Schweiz in die unionalen Verfahren bei Tieren und Waren, von welchen ein Risiko für die Gesundheit für Menschen und Tiere ausgeht, hat die Schweiz in erster Linie Informationspflichten zu befolgen. Eine direkte Einschränkung des Handlungsspielraums der Schweizer Behörden durch Massnahmen der EU-Kommission ist aufgrund der lediglich teilweisen Einbindung der Schweiz in das unionale Amtshilfeverfahren nicht vorgesehen. Erlässt die EU-Kommission hingegen Schutzmassnahmen gegenüber Mitglied-

---

[1330] Vgl. Anhang 11 Anlage 5 Kap. II Teil B Abs. 2, in welchem die Anwendung verschiedener EU-Vorschriften, z. B. jener in Art. 9 RL 90/425/EWG, in den Zuständigkeitsbereich des Gemischten Veterinärausschusses gelegt wird. Ein entsprechender Verweis besteht in Anhang 11 Anlage 10 Kap. II Teil B Abs. 2 Agrarabkommen.

[1331] Vgl. Anhang 11 Art. 20 Abs. 3 Agrarabkommen, welcher auf das Verfahren in Abs. 1 verweist.

staaten, gewissen Gebieten in Mitgliedstaaten oder Drittstaaten, ist die Schweiz *grundsätzlich*[1332] verpflichtet, diese zu übernehmen, wodurch der Handlungsspielraum der Schweizer Behörden eingeschränkt wird.

2. Rechtsauslegung durch Schweizer Gerichte

2.1 Keine direkte Verpflichtung aus dem Abkommen

Das Agrarabkommen enthält, wie das MRA[1333] und im Unterschied zum FZA,[1334] keine Vorgaben zur Rechtsauslegung, welche die Schweizer Gerichte verpflichten würden, die Spruchpraxis des EuGH zum EU-Recht zu beachten.

2.2 Europarechtskonforme Auslegung

Da das für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit relevante Schweizer Recht mehrheitlich im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an EU-Recht angeglichen wurde bzw. wird, sind das EU-Recht und dessen Auslegung durch unionale Gerichte im Sinne der europarechtskonformen Praxis des BGer und des BVGer als Auslegungshilfen heranzuziehen.[1335]

Dies gilt insb. in den Produktebereichen, in welchen im Schweizer Recht direkt auf die anwendbaren Bestimmungen im EU-Recht verwiesen wird, wie dies z. B. bezüglich der Vorschriften zur Einfuhr von Tieren und Waren aus Drittstaaten der Fall ist. Durch den Verweis im Schweizer Recht auf das relevante EU-Recht wird dieses unmittelbar anwendbar in der Schweiz.[1336] In diesem Sinne stützte sich das BVGer in zwei Urteilen bezüglich Grenzkontrollen von Fischereiprodukten aus Drittstaaten auf das relevante EU-Recht, auf welches in den Schweizer Vorschriften verwiesen wird,[1337] z. B. hinsichtlich der Frage, wie viele Packstücke einer

---

[1332] Bei Uneinigkeit kann die Anwendung der Schutzmassnahme im Rahmen des Gemischten Veterinärausschusses zwischen den Parteien besprochen werden.

[1333] Vgl. vorne § 6 Kap. D.III.4.1.

[1334] Art. 16 Abs. 2 FZA. Eine Beachtung der Rechtsprechung des EuGH ist *de lege ferenda* im neuen P-LSR vorgesehen.

[1335] Vgl. zur europarechtskonformen Auslegung vorne § 3 Kap. B.

[1336] In diesem Sinne BGE 143 II 297 S. 327 E. 6.2.3, dazu Heinemann, Gaba-Urteil, S. 111; BVGer, C-2093/2006 vom 12. Dezember 2007, E. 3.4.1.

[1337] BVGer, B-3046/2013 vom 8. Januar 2014, E. 2.2.2, 3.5; BVGer, B-5322/2012 vom 16. April 2013, E. 2.2.2, 3.1.6.

Sendung zu prüfen sind oder unter welchen Umständen die Kontrolle ausgedehnt werden kann.[1338]

Im Bereich der Vorschriften zur Einfuhr von Tieren und Waren aus Drittstaaten ist die enge Anlehnung an die Praxis der EU umso wichtiger, als die Schweiz durch das Agrarabkommen verpflichtet ist, inhaltlich die EU-Vorschriften anzuwenden.[1339] Zwar besteht im Agrarabkommen auch bezüglich dieser Vorschriften *de lege lata* keine Verpflichtung zur Beachtung der Auslegungspraxis in der EU, doch entspricht eine enge Abstimmung in der Rechtsauslegung der Zielsetzung einer einheitlichen Einfuhrpraxis im gemeinsamen Veterinärraum.

Bei EU-Vorschriften, welche im Wege der Reformulierung ins Schweizer Recht übernommen wurden, wägen das BGer und das BVGer im Einzelfall ab, ob der Rückgriff auf das EU-Recht, welches als «Vorbild» für die Reformulierung diente, bzw. dessen Auslegungspraxis notwendig ist. In einem Urteil des BVGer bezüglich importierter Fische aus den USA, welche den Quecksilbergrenzwert überschritten hatten, liess das BVGer die Frage offen, ob eine Leitlinie der zuständigen EU-Behörde für die Schweiz beachtlich ist, weil die relevante Frage gestützt auf das Schweizer Recht eindeutig beantwortet werden konnte.[1340]

[1338] BVGer, B-3046/2013 vom 8. Januar 2014, E. 3.5.

[1339] Vgl. vorne § 7 Kap. D.II.3.

[1340] BVGer, B-3046/2013 vom 8. Januar 2014, E. 4.6. Zur betroffenen Leitlinie der damaligen Generaldirektion Gesundheit und Verbraucher der EU-Kommission siehe E. 4.2.

§ 8 Emissionshandel

A. Einführung

I. Übersicht und Relevanz

Emissionshandelssysteme stellen ein wichtiges «klimapolitisches Instrument»[1341] dar, da sie zu einer Reduktion des Ausstosses von Treibhausgasen, darunter insbesondere CO_2, beitragen.[1342]

Sowohl die Schweiz als auch die EU verfügen über ein Emissionshandelssystem (EHS). Das EHS der EU nahm den Betrieb im Jahr 2005 auf und ist aktuell das weltweit grösste Emissionshandelssystem.[1343] Die Schweiz folgte 2008 mit einem eigenen Emissionshandelssystem.[1344]

Mit dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union zur Verknüpfung ihrer jeweiligen Systeme für den Handel mit Treibhausgasemissionen vom 23. November 2017, welches am 1. Januar 2020 in Kraft trat, verknüpften die Vertragsparteien ihre beiden Emissionshandelssysteme, ohne dass diese dadurch ihre Eigenständigkeit verloren haben.[1345]

Auch im Bereich des grenzüberschreitenden Emissionshandels zwischen der Schweiz und der EU sind der autonome Nachvollzug und der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit von Bedeutung für die Verknüpfung der beiden Emissionshandelssysteme.[1346] Der Emissionshandel stellt damit ein modernes Beispiel dar für einen Bereich, in welchem der autonome Nachvollzug die Grundlage für eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit bildet.

Der Bereich des Emissionshandels ist besonders interessant, weil die beiden genannten Instrumente durch die Verwendung anderer Konzepte kontrastiert werden: Die Angleichung des Schweizer Rechts an das EU-Recht im Bereich des

---

[1341] Botschaft EHS-Abkommen, S. 426.

[1342] Botschaft EHS-Abkommen, S. 412, 416; Weber/Koch, Rz. 3.

[1343] Das EU-EHS beruht auf der RL 2003/87/EG, vgl. EU-Kommission, Bericht CO_2-Markt 2017, S. 5.

[1344] Die Grundlage bildet das CO_2-Gesetz, vgl. Art. 15 ff.; siehe zur Entwicklung des EHS in der Schweiz im Detail hinten § 8 Kap. B.III.

[1345] Botschaft EHS-Abkommen, S. 426.

[1346] Vgl. im Detail hinten § 8 Kap. C.

Emissionshandels erfolgte bzw. erfolgt teilweise auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs und teilweise im Rahmen einer vertraglichen Verpflichtung.[1347] Im EHS-Abkommen spielt die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit eine wichtige Rolle.[1348] Die gegenseitige Gleichwertigkeitsanerkennung ist jedoch nicht der einzige Mechanismus, der im EHS-Abkommen zur Anwendung gelangt. Aufgrund der Unterschiede und der Vielfältigkeit soll im Rahmen dieses Kapitels die Bedeutung des autonomen Nachvollzugs als Grundlage für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit noch deutlicher aufgezeigt werden.

II. Funktionsweise des Emissionshandels

1. Hintergrund

Der Emissionshandel stellt ein «marktwirtschaftliches Instrument»[1349] zur Bekämpfung des Klimawandels dar, indem er Unternehmen ermöglicht, den Ausstoss von Treibhausgasen «kostengünstig zu reduzieren».[1350] Im Unterschied zu anderen Instrumenten, welche auf ordnungspolitischen oder -rechtlichen Mitteln wie Verboten oder Einschränkungen basieren, ist der Emissionshandel ein «marktbasiertes Instrument»,[1351] welches die Emittenten von Treibhausgasen (d. h. insb. Unternehmen) durch ökonomische Anreize zu einer Verminderung des Ausstosses bewegen soll.[1352] Die Idee des Emissionshandels entwickelte sich in der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung.[1353] Gerade im Kreise der Umweltökonomie galt der Emissionshandel lange als «Königsweg»[1354] zur Bekämpfung des Klimawandels.[1355]

1347 Vgl. hinten § 8 Kap. C.III.1. und C.III.2.

1348 Fons, S. 343; Botschaft EHS-Abkommen, S. 426; dazu im Detail hinten § 8 Kap. C.II.

1349 Botschaft EHS-Abkommen, S. 416; Weber/Koch, Rz. 3.

1350 Botschaft EHS-Abkommen, S. 416.

1351 Weber/Koch, Rz. 3; vgl. jedoch Wagner Pfeifer, S. 157, welche unterstreicht, dass Emissionshandelssysteme doch auch einen regulativen Charakter haben.

1352 Weber/Koch, Rz. 3; Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 4.

1353 Siehe für eine Übersicht über die theoretische Grundlage Convery, S. 396 f.; Weber/Koch, Rz. 12 ff.

1354 Weber/Koch, Rz. 3.

1355 Weber/Koch, Rz. 3.

2. Grundidee

Beim Emissionshandel geht es nicht um den Handel mit Emissionen, sondern um jenen mit Emissionsrechten.[1356] Ein Emissionsrecht gibt dem Halter das *Recht* zum Ausstoss einer gewissen Menge an Emissionen innerhalb eines vorgegebenen Zeitraums.[1357] Im Rahmen des Kyoto-Protokolls, aber auch der EHS der EU und der Schweiz berechtigt ein Emissionsrecht jeweils zum Ausstoss von einer Tonne CO_2-Äquivalente.[1358] Wurde eine entsprechende Menge an Emissionen ausgestossen, besteht die *Verpflichtung*, das Emissionsrecht dem Verwalter des Emissionshandelssystems abzugeben. Auf diese Weise entsteht das Handelsgut des Emissionsrechts:[1359] Hat ein Emittent mehr Emissionsrechte erhalten, als er tatsächlich Treibhausgase ausstösst (z. B. weil er eine moderne und energieeffiziente Anlage hat), kann er die überschüssigen Emissionsrechte an einen anderen Emittenten verkaufen, welcher zusätzliche Emissionsrechte braucht, weil er (z. B. aufgrund seiner alten Anlagen) mehr Emissionen verursacht, als er Emissionsrechte hat. Auf diese Weise wird ein ökonomischer Anreiz geschaffen, weniger Treibhausgase auszustossen bzw. in Anlagen zu investieren, welche weniger Treibhausgase ausstossen.[1360] Das Instrument hat jedoch Schwächen, weil die Wirkung des Anreizes von verschiedenen Faktoren abhängt. So ist der Anreiz für Emittenten z. B. nur dann gegeben, wenn der Preis für ein Emissionsrecht hoch genug ist.[1361]

3. Detaillierte Funktionsweise der EHS der EU und der Schweiz

Im Folgenden soll die Funktionsweise des Emissionshandels anhand der wichtigsten Elemente erklärt werden. Es gibt weder in der Theorie noch in der Praxis *ein System* des Emissionshandels. Die Ausgestaltung der einzelnen Elemente variiert je nach Emissionshandelssystem. Da im Rahmen dieser Arbeit die Emissionshandelssysteme der EU und der Schweiz im Zentrum stehen, wird die detaillierte Funktionsweise anhand dieser beiden Systeme aufgezeigt.

1356 Simonetti/de Witt Wijnen, S. 157 f.

1357 Vgl. Simonetti/de Witt Wijnen, S. 158, m. w. H.

1358 Simonetti/de Witt Wijnen, S. 158 f.

1359 Vgl. Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 5.

1360 Weber/Koch, Rz. 6; Fons, S. 340.

1361 Vgl. Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 5; zur Problematik in der EU siehe Kreuter-Kirchhof, S. 414.

3.1 Emissionshandelssystem als hoheitliches System

Die Systeme, in welchen Emissionshandel betrieben wird, können staatlich organisiert sein oder privatrechtlich in einzelnen Unternehmen. Sowohl das EHS der EU als auch jenes der Schweiz sind staatliche Systeme, deren Vorgaben hoheitlich durch die EU bzw. die Schweiz festgelegt und durchgesetzt werden.[1362]

3.2 Anwendungsbereich

3.2.1. Erfasste Bereiche und Tätigkeiten

Je nach Emissionshandelssystem können verschiedene Bereiche und Tätigkeiten erfasst sein. Das EHS der EU und jenes der Schweiz erfassten von Anfang an die Bereiche der Industrie-Anlagen.[1363] 2012 wurde der Luftverkehr ins EHS der EU aufgenommen,[1364] 2020 ins EHS der Schweiz.[1365] Die EU bezog 2023 zudem den Seeverkehr in ihr EHS ein,[1366] 2027 wird das EU-EHS auf die Bereiche Bau, Strassentransporte und weitere Sektoren ausgedehnt.[1367]

Gewisse EHS sehen die freiwillige Teilnahme von Unternehmen vor, andere verpflichten Unternehmen, die eine gewisse Tätigkeit ausüben, zur Teilnahme. Sowohl im EU-Recht als auch im Schweizer Recht wird festgelegt, welche Tätigkeiten in den vom EHS erfassten Bereichen obligatorisch unter das Emissionshandelssystem fallen und welche Tätigkeiten von einer Teilnahme ausgenommen sind.[1368]

1362 Vgl. Wagner Pfeifer, S. 157.

1363 Vgl. Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7474 f.; Kreuter-Kirchhof, S. 413.

1364 Bartlik, S. 196; siehe S. 196 ff. m. w. H. zum Einbezug des Luftverkehrs in das EU-EHS.

1365 Botschaft EHS-Abkommen, S. 439; vgl. Art. 16a Abs. 1 CO_2-Gesetz.

1366 Siehe dazu Stäsche, S. 460 f.

1367 Diese neuen Bereiche bilden das «EHS 2», siehe Steuer, S. 311, während das EHS, welches die anderen drei Bereiche umfasst, als «EHS 1» bzw. «ETS 1» bezeichnet wird, vgl. Stäsche, S. 459. Deutschland kennt bereits seit 2021 ein Emissionshandelssystem, in welchem die neuen Bereiche erfasst werden, vgl. Steuer, S. 311 ff.; EU-Kommission, Bericht CO_2-Markt 2023, S. 4.

1368 Im Bereich der Anlagen sind Unternehmen, deren Anlagen fossile oder teilweise fossile Energieträger verbrennen mit einer Gesamtfeuerungswärmeleistung von unter 20 MW, nicht zur Teilnahme verpflichtet, vgl. Anhang I RL 2003/87/EG; Art. 40 Abs. 1 i. V. m. Anhang 6 Ziff. 1 CO_2-Verordnung.

3.2.2. Erfasste Treibhausgase

Wie im Kyoto-Protokoll fallen unter das EHS der EU und jenes der Schweiz nicht nur Emissionen von Kohlendioxid (CO_2), sondern von weiteren Treibhausgasen, darunter Methan oder Lachgas.[1369]

3.3 Emissionsrechte als Gegenstand des Handels

Den Gegenstand des Handels in einem Emissionshandelssystem bilden Emissionsrechte bzw. nach der Terminologie des EU-Rechts Emissionszertifikate.[1370] Emissionsrechte sind «handelbare Berechtigungen zum Ausstoss von Treibhausgasen»,[1371] die im entsprechenden Emissionshandelssystem anerkannt werden. In Übereinstimmung mit dem Kyoto-Protokoll berechtigt ein Emissionsrecht zum Ausstoss von einer Tonne CO_2-Äquivalente.[1372] Die erwärmende Wirkung der anderen Treibhausgase wird im Rahmen des Emissionshandelssystems in CO_2-Äquivalente umgerechnet.[1373]

Die Teilnehmer des EHS sind sowohl im EHS der EU als auch im EHS der Schweiz verpflichtet, jährlich die Anzahl an Emissionsrechten abzugeben, welche ihrem Ausstoss an Tonnen CO_2-Äquivalente entspricht.[1374]

3.4 Obergrenze

Sowohl das EHS der EU als auch jenes der Schweiz sind als sog. *cap and trade*-Systeme ausgestaltet.[1375] In beiden Systemen wird jährlich eine fixe Obergrenze

---

[1369] Vgl. die Liste in Anhang II RL 2003/87/EG und Art. 1 Abs. 1 CO_2-Verordnung.

[1370] Art. 3 lit. a RL 2003/87/EG; Zenke/Telschow, Energiehandel in Europa, Rz. 4.

[1371] Vgl. die Definition in Art. 2 Abs. 3 CO_2-Gesetz.

[1372] Dies entspricht einer Tonne CO_2. Weil andere Treibhausgase eine stärkere erwärmende Wirkung haben, darf im Rahmen eines Emissionsrechts insgesamt viel weniger dieses Gases ausgestossen werden, bis eine Tonne CO_2-Äquivalente erreicht ist. Vgl. Erläuternder Bericht CO_2-Verordnung 2012, S. 4.

[1373] Vgl. Art. 1 Abs. 2 CO_2-Verordnung i. V. m. Anhang 1 CO_2-Verordnung; die Berechnungen richten sich nach dem Leitfaden der UNO für die Berichterstattung über die Treibhausgasemissionen, «welcher an den aktuellen Stand der Wissenschaft angepasst worden ist», vgl. Erläuternder Bericht CO_2-Verordnung 2012, S. 4; Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 8.

[1374] Art. 12 Abs. 3 RL 2003/87/EG; Art. 16 Abs. 2 und Art. 16a Abs. 2 CO_2-Gesetz.

[1375] Vgl. zu diesem Begriff Weber/Koch, Rz. 6.

(engl. *cap*) an verfügbaren Emissionsrechten im Bereich der Anlagen und des Luftverkehrs festgelegt, welche nicht überschritten werden kann.[1376]

Die Obergrenze ist eines der zentralen Instrumente zur Senkung der Treibhausgasemissionen.[1377] Um die Reduktionsziele, zu welchen sich die EU und die Schweiz verpflichtet haben, einzuhalten, wird die Obergrenze in beiden Systemen jährlich um einen gewissen Prozentsatz, den sog. linearen Kürzungsfaktor, gesenkt.[1378] Er betrug in der EU und in der Schweiz von 2013 bis 2020 1,74% und wurde 2021 auf 2,2% erhöht.[1379] Um das neue und ambitionierte Ziel der EU zu erreichen (Reduktion der Treibhausgasemissionen um 62% bis 2030 gegenüber dem Stand von 2005), wurde der lineare Kürzungsfaktor auf den 1. Januar 2024 auf 4,3% angehoben.[1380] Gleichzeitig hat die EU bereits festgelegt, dass der Faktor ab 2028 4,4% betragen wird.[1381] Die Schweiz wendet seit 2013 jeweils den gleichen Faktor wie die EU an,[1382] wobei der Wechsel auf 4,3% mit einem Jahr Verzögerung erfolgte.[1383]

Für den Bereich der Anlagen und des Luftverkehrs wird eine eigene Obergrenze berechnet, wobei der lineare Kürzungsfaktor in beiden Bereichen der gleiche ist.[1384] Die ursprüngliche Gesamtmenge wurde sowohl in der EU als auch in der Schweiz anhand des Durchschnitts der jährlichen Emissionen der früheren Jahre in den beiden Bereichen berechnet.[1385]

3.5 Zuteilung der Emissionsrechte

Die Zuteilung im Rahmen des EHS der EU und desjenigen der Schweiz erfolgt entweder durch eine kostenlose Zuteilung der Emissionsrechte oder durch einer kostenpflichtigen Zuteilung in Form einer Versteigerung von Emissionsrechten.

1376 Fons, S. 340; Weber/Koch, Rz. 26.

1377 Stäsche, S. 460.

1378 Vgl. Stäsche, S. 460.

1379 Fons, S. 340 f.; Erläuternder Bericht Änderung CO_2-Verordnung 2020, S. 4.

1380 Art. 9 Abs. 3 RL 2003/87/EG; vgl. Stäsche, S. 460.

1381 Vgl. Art. 9 Abs. 3 RL 2003/87/EG.

1382 Vgl. Anhang 8 Ziff. 1 CO_2-Verordnung.

1383 Vgl. dazu im Detail hinten § 8 Kap. D.II.2.2.2.

1384 Art. 46e Abs. 1 i. V. m. Anhang 15 Ziff. 1 CO_2-Verordnung.

1385 Zur Berechnung der Gesamtmenge in der EU m. w. H. Bartlik, S. 198; in der Schweiz vgl. Botschaft EHS-Abkommen, S. 423.

3.5.1. Kostenlose Zuteilung

3.5.1.1. Anlagen

Im Bereich der Anlagen wurden in der ersten (2005–2008) und der zweiten Phase (2009–2012) die meisten Emissionsrechte kostenlos an die Betreiber der Anlagen zugeteilt.[1386] Seit der dritten Phase (2013–2020) stellt die Versteigerung die hauptsächliche Zuteilungsmethode dar.[1387]

Dennoch wurde und wird weiterhin ein grosser Teil der Emissionsrechte kostenlos zugeteilt. Für die vierte Phase (2021–2030) beträgt der Anteil der zu versteigernden Emissionsrechte im Bereich der Anlagen 57%, das heisst, dass jährlich noch 43% der Emissionsrechte kostenlos zugeteilt werden.[1388] Im Rahmen der neusten Reform wurde beschlossen, dass Freizertifikate längstens bis 2034 an Anlagen vergeben werden dürfen.[1389] Danach werden alle Emissionsrechte im Bereich der Anlagen versteigert.[1390]

Während sich die Zahl der kostenlos zugeteilten Emissionsrechte an die einzelnen Betreiber von Anlagen vor 2013 auf der Grundlage von Daten zu den historischen Emissionen dieser Anlagen ergab (sog. *Grandfathering*),[1391] wird die Zahl der kostenlos zugeteilten Emissionsrechte seit 2013 in erster Linie anhand von Produkte-Benchmarks in heute 52 Produktebereichen berechnet.[1392] Die Benchmarks werden für jeden Sektor einzeln berechnet und gelten in der ganzen EU.[1393] Um für den Zeitraum von 2021 bis 2025 wieder kostenlose Emissionsrechte zu erhalten, mussten die Unternehmen Zuteilungsanträge stellen, in welchen sie der

---

1386 Wegener, S. 283. In den zwei ersten Phasen war die Zuteilung Sache der Mitgliedstaaten. Obwohl nach EU-Recht die Möglichkeit bestand, in der ersten Phase bis 5%, in der zweiten Phase bis 10% der Emissionsrechte zu versteigern, wurde das Instrument der Versteigerung nicht oft genutzt, vgl. Pohlmann, S. 356.

1387 Pohlmann, S. 357. Vgl. Wegener, S. 287.

1388 Vgl. Stäsche, S. 462.

1389 Stäsche, S. 463.

1390 Stäsche, S. 463.

1391 Kreuter-Kirchhof, S. 413 f.

1392 Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 67. Die Produkte-Benchmarks stellen das erste Zuteilungselement dar. Ist bei einem Betreiber keines seiner Produkte «in einem der Produkt-Benchmarks abgebildet» (Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 67), wird auf den Wärme-Emissionswert zurückgegriffen. Ist die eingesetzte Wärme bei der Herstellung eines Produkts nicht messbar, wird eine Zuteilung anhand des Brennstoff-Emissionswerts vorgenommen, vgl. im Detail Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 67.

1393 Stäsche, S. 463.

EU-Kommission die produktespezifischen Emissionen ihrer Anlagen von 2013 bis 2018 mitteilten.[1394] Die Kommission berechnete die Benchmarks auf der Grundlage der 10% der effizientesten Anlagen in Europa in den Jahren 2016 und 2017.[1395] Die Unternehmen, welche Zuteilungsanträge stellten, erhielten somit jeweils nur die Menge an kostenlosen Emissionsrechten, welche dem Ausstoss von Treibhausgasen der 10% der effizientesten Anlagen in der EU entspricht: Hat ein Unternehmen keine Anlage, welche zu den 10% der effizientesten gehört, wird es seine Emissionen nicht durch die kostenlosen Emissionsrechte decken können und somit zusätzliche Emissionsrechte im Rahmen von Versteigerungen erwerben müssen. Auf diese Weise werden energieeffiziente Anlagen belohnt und damit Anreize zur Senkung des Ausstosses von Treibhausgasen geschaffen.[1396]

Von 2021 bis 2025 ist zusätzlich eine Verschärfung der Benchmarkwerte geplant.[1397] Damit werden «stärkere Anreize für die Entwicklung von Technologien zur Energieeffizienzsteigerung geschaffen»,[1398] wobei darauf abgezielt wird, «dass in der Übergangszeit nur noch effiziente Unternehmen von den Freizertifikaten profitieren».[1399]

Die von *Carbon Leakage*[1400], das heisst der Abwanderungsbedrohung,[1401] betroffenen Unternehmen erhalten bis 2030 weiterhin 100% ihrer Emissionsrechte kostenlos zugeteilt.[1402] Die Gefahr von *Carbon Leakage* betrifft vor allem Unternehmen in «energieintensiven und handelsexportierenden Sektoren».[1403] Dieser Gefahr soll in der EU durch die Verpflichtung von EU-Importeuren zum Erwerb von CBAM-

---

1394 Vgl. Art. 4 Del. VO 2019/331; m. w. H. Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 69 ff.

1395 Zenke/Telschow, Rz. 67. Stäsche, S. 463.

1396 Stäsche, S. 463.

1397 Die Verschärfung liegt bis 2025 zwischen 0,2 und 1,6%, von 2026 bis 2030 wird sie zwischen 0,3 und 2,5% betragen, m. w. H. Stäsche, S. 463.

1398 Stäsche, S. 463.

1399 Stäsche, S. 463.

1400 Von *Carbon Leakage* wird gesprochen, wenn Unternehmen, welche in einem Land ambitionierten Klimaschutzmassnahmen ausgesetzt sind, ihre Preise als Folge davon erhöhen müssen, Marktanteile an Konkurrenten in Ländern verlieren, in welchen weniger strenge Klimaschutzmassnahmen bestehen, oder selbst «emissionsintensive Produktionsschritte» ins Ausland verlagern, vgl. im Detail Bundesrat, Bericht Carbon Border Adjustment Mechanism, S. 11.

1401 Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 67.

1402 Art. 10b Abs. 1 RL 2003/87/EG.

1403 Bundesrat, Bericht Carbon Border Adjustment Mechanism, S. 11.

Zertifikaten entgegengewirkt werden.[1404] Die EU-Kommission legt jeweils vor einer neuen Phase die von *Carbon Leakage* betroffenen Sektoren innerhalb des Bereichs der Anlagen fest.[1405]

3.5.1.2. Luftverkehr

Bis 2023 wurden im Bereich des Luftverkehrs jeweils 82% der Emissionsrechte kostenlos zugeteilt, 15% versteigert und 3% einer Reserve für neue Unternehmen zugeteilt.[1406] Die Zahl der Emissionsrechte, welche versteigert werden, wurde 2024 und 2025 jeweils erhöht, während die Zahl der kostenlos zugeteilten Emissionsrechte gleichzeitig gesenkt wurde.[1407] Die kostenlose Zuteilung erfolgt ebenfalls anhand von Benchmark-Werten.[1408]

3.5.2. Versteigerung

Die Versteigerung wird nach den Vorschriften der EU in den Mitgliedstaaten durchgeführt.[1409] Sie erfolgt im Auftrag der zuständigen Behörden an regulierten Plattformen, insb. an der EEX in Leipzig.[1410] In der Schweiz ist das BAFU für die Versteigerungen zuständig und führt diese direkt durch.[1411]

3.5.3. Anreizwirkung im Bereich der Zuteilung

Die Produkte-Benchmarks sowie das Instrument der Versteigerung stellen neben der Obergrenze zwei weitere zentrale Instrumente dar, um den Anreiz zur Senkung der Treibhausgasemissionen bei Teilnehmern des EHS zu erhöhen: Mit der schrittweisen Kürzung der kostenlos zugeteilten Emissionsrechte bewegen sich die Emissionshandelssysteme der EU und der Schweiz immer mehr in Richtung des Verursacherprinzips, wonach jener die Kosten der Verschmutzung zu tragen hat, welcher sie verursacht.[1412]

1404 Bundesrat, Bericht Carbon Border Adjustment Mechanism, S. 17.

1405 Delegierter Beschluss der Kommission 2019/708.

1406 Bartlik, S. 198.

1407 Vgl. Art. 3d Abs. 1 RL 2003/87/EG.

1408 Art. 3c Abs. 6 RL 2003/87/EG; Bartlik, S. 200 f.

1409 Vgl. Art. 10 Abs. 1 RL 2003/87/EG.

1410 Botschaft EHS-Abkommen, S. 430; Paulun, Rz. 53 f. und 60 f.

1411 Vgl. Art. 48 Abs. 1 CO_2-Verordnung.

1412 Sog. *«polluter pays principle»*, vgl. Weber/Koch, Rz. 16.

3.6 Handel mit Emissionsrechten

Neben der kostenlosen Zuteilung und der Versteigerung können die Teilnehmer eines EHS die Emissionsrechte untereinander handeln (engl. *trade*).[1413] Emissionsrechte können einerseits an Börsen gehandelt werden, z. B. an der EEX in Leipzig.[1414] Der Handel kann andererseits auch direkt zwischen Teilnehmern des EHS erfolgen.[1415]

3.7 Emissionshandelsregister als Grundbuch der Emissionsrechte

Die Zuteilung und der Handel von Emissionsrechten erfolgen sowohl in der EU als auch in der Schweiz über ein Emissionshandelsregister. Das Emissionshandelsregister stellt ein Online-Buchungssystem dar, in welchem die Vergabe von Emissionsrechten, das Guthaben der Teilnehmer, die Übertragung, der Erwerb und die Rückgabe von Emissionsrechten verbucht werden.[1416] Indem alle Änderungen an Emissionsrechten dokumentiert werden, kommt dem Emissionshandelsregister eine ähnliche Funktion zu wie dem Grundbuch für Immobilien.[1417] Aufgrund der wichtigen Funktion muss jedes Unternehmen über ein Konto beim Emissionshandelsregister verfügen.[1418] In der Schweiz erfolgt auch die Versteigerung über das Emissionshandelsregister.[1419]

3.8 Überwachung der Einhaltung der Vorschriften

Ein Emissionshandelssystem kann nur dann zur Bekämpfung des Klimawandels beitragen, wenn die Teilnehmer die Vorschriften befolgen, d. h. tatsächlich nur so viel Treibhausgase ausstossen, wie sie Emissionsrechte abgeben. Deshalb ist die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften zentral.

1413 Kreuter-Kirchhof, S. 413.

1414 Vgl. Paulun, Rz. 50 ff.

1415 Weber/Koch, Rz. 26.

1416 Wagner Pfeifer, S. 159.

1417 BAFU, Schweizer Emissionshandelsregister (EHR).

1418 Vgl. Art. 57 Abs. 1 CO_2-Verordnung.

1419 Botschaft EHS-Abkommen, S. 430.

3.8.1. Monitoringsystem

Um die Einhaltung der Vorschriften sicherzustellen, sehen das EHS der EU und jenes der Schweiz ein Monitoringsystem vor. Es besteht aus einem Monitoringkonzept und einem jährlich einzureichenden Monitoringbericht.

Das Monitoringkonzept bildet das Kernstück der Überwachung.[1420] Darin müssen die Teilnehmer «die jährlichen Treibhausgasemissionen und Energieverbräuche so vollständig und genau wie möglich ermittel[n]».[1421] Die Monitoringkonzepte enthalten daher viele technische Ausführungen.[1422] Die Unternehmen sind für die Vollständigkeit und Richtigkeit des Monitoringkonzepts verantwortlich.[1423] Das Monitoringkonzept muss vor der Aufnahme des Unternehmens in das EHS den zuständigen Behörden eingereicht und von ihnen genehmigt werden.[1424]

Auf der Grundlage des Monitoringberichts müssen die Teilnehmer der EHS der EU und der Schweiz jährlich bis zum 31. März des Folgejahres einen Monitoringbericht einreichen, in welchem sie unter anderem darlegen, wie viel Treibhausgasemissionen sie im vergangenen Jahr tatsächlich ausgestossen haben.[1425] Anhand dieser Angaben ergibt sich die Anzahl Emissionsrechte, welche jeder einzelne Teilnehmer abgeben muss.[1426] Um sicherzustellen, dass die von den Teilnehmern gemachten Angaben insb. zu den Treibhausgasemissionen korrekt sind, können die zuständigen Behörden im Bereich der Anlagen verlangen, dass die Teilnehmer den Monitoringbericht durch eine unabhängige Stelle verifizieren lassen.[1427] Im Bereich des Luftverkehrs ist die Verifizierung nach Schweizer Recht vorgeschrieben.[1428]

1420 Erw. 7 f. Durchführungsverordnung 2018/2066.

1421 BAFU, EHS Anlagen, S. 26.

1422 Vgl. die Details in BAFU, EHS Anlagen, S. 27 ff.

1423 BAFU, EHS Anlagen, S. 26.

1424 Art. 12 Abs. 1 Durchführungsverordnung 2018/2066; Art. 51 Abs. 1 CO_2-Verordnung; Erläuternder Bericht CO_2-Verordnung 2012, S. 26; BAFU, EHS Anlagen, S. 26.

1425 Art. 68 Abs. 1 Durchführungsverordnung 2018/2066; Art. 52 Abs. 1 CO_2-Verordnung; BAFU, EHS Anlagen, S. 38; Erläuternder Bericht, CO_2-Verordnung 2012, S. 27.

1426 Vgl. Art. 55 Abs. 1 und 2 CO_2-Verordnung.

1427 Art. 15 RL 2003/87/EG; Art. 52 Abs. 3 CO_2-Verordnung; Erläuternder Bericht CO_2-Verordnung 2012, S. 27.

1428 Art. 52 Abs. 4 CO_2-Verordnung.

3.8.2. Abgabepflicht von Emissionsrechten

Sowohl im EHS der EU als auch im EHS der Schweiz sind die Teilnehmer verpflichtet, die Anzahl Emissionsrechte, welche der im Monitoringbericht dokumentierten Menge an Treibhausgasemissionen entspricht, den zuständigen Behörden bis zum 30. September des Folgejahres abzugeben.[1429] Kommt ein Teilnehmer dieser Verpflichtung nicht nach, muss er für jedes fehlende Emissionsrecht eine Strafe in der Höhe von 100 Euro bzw. 125 CHF bezahlen.[1430] Mit der Zahlung entfällt jedoch nicht die Verpflichtung zur Abgabe der fehlenden Emissionsrechte.[1431] Die Umsetzung der Verpflichtung zur Abgabe wird im EU-Recht den Mitgliedstaaten überlassen. Im Schweizer Recht müssen fehlende Emissionsrechte bis zum 31. Januar des nächsten Jahres nachgereicht werden.[1432] Anderenfalls werden sie mit den Emissionsrechten, welche dem Teilnehmer im neuen Jahr kostenlos zugeteilt würden, verrechnet.[1433]

B. Entwicklung des grenzüberschreitenden Emissionshandels Schweiz–EU

Der Aufbau der Emissionshandelssysteme in der EU und der Schweiz ist auf das Kyoto-Protokoll von 1997 zurückzuführen, in dessen Rahmen die Möglichkeit des Emissionshandels auf internationaler Ebene geschaffen wurde.

I. Internationales EHS im Rahmen des Kyoto-Protokolls

Das erste Mal, dass ein EHS im Rahmen des Klimaschutzes eingesetzt wurde, war Anfang der 1990er Jahre in den USA zur Bekämpfung des «sauren Regens».[1434] Der Startpunkt zur Verwendung des Emissionshandels als Instrument zur Be-

---

1429 Art. 12 Abs. 3 Satz 1 RL 2003/87/EG; Art. 55 Abs. 1 und 3 CO_2-Verordnung.

1430 Art. 16 Abs. 3 Satz 2 RL 2003/87/EG; Art. 56 Abs. 1 CO_2-Verordnung i. V. m. Art. 21 Abs. 1 CO_2-Gesetz.

1431 Art. 16 Abs. 3 Satz 3 RL 2003/87/EG; Art. 21 Abs. 2 CO_2-Gesetz.

1432 Art. 56 Abs. 3 CO_2-Verordnung.

1433 Art. 56 Abs. 3 CO_2-Verordnung.

1434 Convery, S. 397, m. w. H.

kämpfung des Klimawandels in grösserem Rahmen erfolgte auf internationaler Ebene durch die Klimakonferenzen der UNO.[1435]

1. Verbindliche Reduktionsziele

Obwohl im ersten Bericht des Weltklimarats (IPCC) 1990 im Rahmen der Klimakonferenz in Rio de Janeiro 1992 erstmals deutlich die Auswirkungen des Klimawandels aufgezeigt wurden, konnten sich die teilnehmenden Staaten der Weltklimakonferenz in Rio de Janeiro von 1992 nicht zu verbindlichen Zielen bei der Senkung des Ausstosses von Treibhausgasen durchringen.[1436] Dies änderte sich 1997 mit dem Abschluss des Kyoto-Protokolls.[1437] Darin verpflichteten sich erstmals verschiedene Industriestaaten verbindlich, ihren Ausstoss an Treibhausgasen zu reduzieren.[1438]

2. Internationaler Emissionshandel als flexibler Mechanismus

Die Reduktion des Ausstosses von Treibhausgasen sollte gem. Kyoto-Protokoll in erster Linie durch Massnahmen in den einzelnen Staaten erfolgen.[1439] Zusätzlich sah das Kyoto-Protokoll drei sog. flexible Mechanismen vor, welche die Staaten ebenfalls nutzen können, um ihre Reduktions-Ziele zu erreichen.[1440] Einer dieser Mechanismen ist der internationale Emissionshandel gem. Art. 17 Kyoto-Protokoll.[1441]

Für die Verpflichtungsperiode von 2008 bis 2012 erhielten alle Staaten, welche sich zu einer Reduktion des Ausstosses von Treibhausgasen verpflichteten, eine Anzahl an Emissionsrechten (sog. *Assigned Amount Units*) zugeteilt, welche dem

---

[1435] Der Emissionshandel war bereits 1979 im Rahmen der ersten Weltklimakonferenz in Genf «Gegenstand von Überlegungen zu einem internationalen Klimaschutz», vgl. Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 6.

[1436] Die Weltklimakonferenz endete jedoch in der Unterzeichnung des Rahmenübereinkommens der Vereinten Nationen über Klimaveränderungen, Zenke/Telschow, Energierecht Rz. 6.

[1437] Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 6 f.

[1438] Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 7.

[1439] Simonetti/de Witt Wijnen, S. 157.

[1440] Vgl. Simonetti/de Witt Wijnen, S. 157.

[1441] Simonetti/de Witt Wijnen, S. 157.

um das Reduktionsziel verminderten Betrag ihres durchschnittlichen Ausstosses an Treibhausgasen entsprach.[1442] Das Element des Handels ergibt sich durch die Möglichkeit von Staaten, ihre Emissionsrechte an andere Staaten zu verkaufen, wenn sie weniger Emissionen verursachen, als sie Emissionsrechte haben.[1443] Dadurch entsteht ein Anreiz für Staaten, weniger Emissionen auszustossen.

Dieses internationale Emissionshandelssystem ist klar von den EHS der EU und der Schweiz zu unterscheiden, da es auf Ebene der Staaten angesiedelt ist (nicht Unternehmen, sondern Staaten sind die Teilnehmer)[1444] und viel weniger differenziert ist als die anderen beiden Systeme. Trotzdem bildete der internationale Emissionshandel gem. Kyoto-Protokoll den Ausgangspunkt für die Schaffung von Systemen in verschiedenen Staaten und der EU.[1445]

II. Entwicklung des Emissionshandels in der EU

Die EU war zwar bereits an der Klima-Konferenz in Rio de Janeiro 1992 eine Befürworterin einer Restriktion von Treibhausgasen und von verbindlichen Reduktionszielen für Staaten,[1446] doch waren die EU und ihre Mitgliedstaaten anfänglich gegen die Aufnahme eines marktbasierten flexiblen Mechanismus in das Kyoto-Protokoll.[1447] Die EU stimmte der Aufnahme des Internationalen Emissionshandels im Kyoto-Protokoll schliesslich zu, um dessen Abschluss nicht zu verhindern.[1448]

Aus verschiedenen Gründen gewann die Idee, innerhalb der EU ein Emissionshandelssystem zu schaffen, um die Reduktionsziele des Kyoto-Protokolls zu erreichen, ab 1997 immer stärker an Zuspruch.[1449] Wichtige Aspekte waren die end-

---

1442 Simonetti/de Witt Wijnen, S. 158.

1443 Der internationale Emissionshandel funktioniert somit nach dem *cap and trade*-Prinzip, Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 8. Siehe zur Funktionsweise des *cap and trade*-Prinzips vorne § 8 Kap. A.II.3.4 und A.II.3.6.

1444 Vgl. zu den beschränkten Möglichkeiten von Unternehmen Simonetti/de Witt Wijnen, S. 161.

1445 Vgl. Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 6.

1446 Convery, S. 395.

1447 Pohlmann, S. 340; Convery, S. 393.

1448 Pohlmann, S. 340.

1449 Vgl. zu den Gründen Convery, S. 398 ff.; Pohlmann, S. 340 ff.

gültige Ablehnung des Vorschlags einer EU-weiten CO_2-Steuer 1997[1450] und die Erkenntnis, dass die Reduktionsziele mit marktbasierten Mechanismen erreicht werden sollten, um die Wettbewerbsfähigkeit der Industrie in der EU nicht zu gefährden.[1451]

Nachdem sich die EU-Kommission im Rahmen eines Grünbuchs für die Einführung eines Emissionshandelssystems in der EU stark gemacht hatte, unterstützten auch der Rat und das Parlament die Schaffung eines Emissionshandelssystems.[1452] Die EU-Kommission präsentierte ihren Vorschlag für eine Richtlinie bereits 2001. Im parlamentarischen Prozess wurden ca. 80 Änderungsvorschläge gemacht, von denen 23 angenommen wurden.[1453] Am Ende dieses Prozesses steht der Erlass der RL 2003/87/EG, mit welcher das EHS der EU geschaffen wurde.

Seit ihrem Inkrafttreten wurde die RL 2003/87/EG bereits sechzehn Mal revidiert. Diese Revisionen der Richtlinie führten zu wichtigen Veränderungen des EHS, welche für das Funktionieren des Systems oftmals notwendig waren: In den ersten drei Phasen konnte das EU-EHS seine Erwartungen nicht erfüllen, da die grosse Menge an überschüssigen Emissionsrechten auf dem Markt dazu führte, dass der Preis für ein Emissionsrecht stark sank.[1454] Erst durch mehrere Reformen[1455] konnte die Problematik der überschüssigen Emissionsrechte in den Griff bekommen werden, so dass der Preis für Emissionsrechte wieder anstieg.

III. Entwicklung des Emissionshandels in der Schweiz

Um das Reduktionsziel aus dem Kyoto-Protokoll, zu welchem sich die Schweiz verpflichtete, zu erreichen, schuf der Gesetzgeber das erste CO_2-Gesetz vom 8. Oktober 1999. Es sah als Instrument zur Erreichung des Reduktionsziels vor allem freiwillige Massnahmen vor,[1456] z. B. die freiwillige Verpflichtung von Emittenten, ihre fossilen Brenn- und Treibstoffe zu begrenzen.[1457] Als subsidiäre Massnahme

---

1450 Convery, S. 393.

1451 Pohlmann, S. 340.

1452 Vgl. Erw. 2 RL 2003/87/EG.

1453 Pohlmann, S. 341.

1454 Kreuter-Kirchhof, S. 413.

1455 Bereits mit der Reform von 2009 wurde versucht, die Problematik zu bekämpfen, was nicht gelang, vgl. Kreuter-Kirchhof, S. 413.

1456 Art. 3 Abs. 1 CO_2-Gesetz 1999.

1457 Art. 4 Abs. 1 CO_2-Gesetz 1999; Jakob-Gallmann, S. 99.

war bereits damals vorgesehen, dass der Bund eine Lenkungsabgabe auf fossile Energieträger, die sog. CO_2-Abgabe, erheben kann, falls das Reduktionsziel nicht durch freiwillige Massnahmen erreicht wird.[1458]

Der Emissionshandel war im CO_2-Gesetz von 1999 nicht explizit als Massnahme zur Erreichung des Reduktionsziels vorgesehen.[1459] Trotzdem wurde auf den 1. Januar 2008 im Rahmen der Verordnung über die CO_2-Abgabe zeitgleich mit der CO_2-Abgabe ein Emissionshandelssystem eingeführt.

1. EHS nach dem CO_2-Gesetz 1999

Weil sich abzeichnete, dass die Schweiz ihr Reduktionsziel durch die im CO_2-Gesetz 1999 vorgesehenen freiwilligen Massnahmen nicht erreichen würde, aktivierte der Bundesrat die CO_2-Abgabe und schlug der Bundesversammlung einen Abgabesatz zur Genehmigung vor.[1460] Mit dem Erlass der Verordnung über die CO_2-Abgabe wurden die Abgabesätze für CO_2-Emissionen aus fossilen Brennstoffen festgelegt.[1461]

Die CO_2-Abgabe bildete die Grundlage für die Einführung eines Emissionshandelssystems.[1462] Der Emissionshandel wurde in der Verordnung über die CO_2-Abgabe als Mechanismus vorgesehen für Unternehmen, welche von der CO_2-Abgabe befreit wurden.[1463]

Bereits im CO_2-Gesetz 1999 wurde die Abgabebefreiung vorgesehen für Unternehmen, welche grosse Mengen an fossilem Brenn- oder Treibstoff verbrauchen oder die in ihrer internationalen Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt werden könnten aufgrund der Einführung der CO_2-Abgabe.[1464] Eine Befreiung war möglich unter der Bedingung, dass sich die betroffenen Unternehmen gegenüber dem Bund zu einer Reduktion ihrer CO_2-Emissionen verpflichten.[1465] Im Rahmen der Verpflichtung mussten diese Unternehmen ein absolutes Begrenzungsziel an CO_2-Emissionen, ein sog. CO_2-Frachtziel, vorschlagen, welches das BAFU genehmi-

---

1458 Art. 3 Abs. 2 und Art. 6 CO_2-Gesetz 1999.

1459 Jakob-Gallmann, S. 99.

1460 Vgl. Art. 7 Abs. 4 CO_2-Gesetz 1999.

1461 Vgl. Art. 3 Abs. 1 Verordnung über die CO_2-Abgabe.

1462 Bundesrat, Medienmitteilung vom 16.12.2009.

1463 Art. 12 Verordnung über die CO_2-Abgabe; Jakob-Gallmann, S. 102.

1464 Art. 9 Abs. 1 Verordnung über die CO2-Abgabe.

1465 Art. 9 Abs. 1 Verordnung über die CO2-Abgabe.

gen musste.[1466] Den Unternehmen wurden Emissionsrechte im Umfang ihres absoluten Begrenzungsziels zugeteilt.[1467] Nach jedem Jahr der Verpflichtungsperiode mussten die Unternehmen darlegen, wie viel CO_2 sie ausgestossen haben[1468] und in diesem Umfang Emissionsrechte dem BAFU abgeben.[1469] Stiess ein Unternehmen weniger CO_2 aus als geplant, konnte es die übrigen Emissionsrechte an andere Unternehmen verkaufen. Im umgekehrten Fall musste es Emissionsrechte dazukaufen.[1470]

2. Weiterentwicklung des EHS im Rahmen der Totalrevision des CO_2-Gesetzes

Das CO_2-Gesetz war bis 2012 befristet und verpflichtete den Bundesrat, der Bundesversammlung rechtzeitig Vorschläge zu Reduktionszielen für die Zeit nach 2010 zu unterbreiten.[1471] Mit dem Entwurf zur Totalrevision des CO_2-Gesetzes kam der Bundesrat 2009 dieser Verpflichtung nach.

Im Rahmen der Botschaft zum Entwurf des totalrevidierten CO_2-Gesetzes schlug der Bundesrat die «Weiterführung und Verbesserung des bestehenden Emissionshandelssystems»[1472] vor. Die Revision des Emissionshandelssystems sollte gem. Bundesrat «im Hinblick auf eine Verknüpfung [des Schweizer Systems] mit dem EG-System erfolgen».[1473] Der Bundesrat strebte durch die Revision des Schweizer EHS Kompatibilität mit dem EU-EHS an, «um eine Verknüpfung der beiden Systeme mittels eines bilateralen Staatsvertrags zwischen der Schweiz und der EG zu ermöglichen».[1474] Mit anderen Worten schlug der Bundesrat die Angleichung an EU-Recht im Rahmen des autonomen Nachvollzugs vor,[1475] um die Grundlage für eine Verknüpfung der beiden EHS zu schaffen.

1466 Vgl. Art. 8 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 Verordnung über die CO_2-Abgabe.

1467 Art. 12 Abs. 1 Verordnung über die CO_2-Abgabe.

1468 Art. 11 Abs. 1 Verordnung über die CO_2-Abgabe.

1469 Art. 12 Abs. 3 Verordnung über die CO_2-Abgabe.

1470 Vgl. Bundesrat, Medienmitteilung vom 16.12.2009.

1471 Vgl. Art. 2 Abs. 6 CO_2-Gesetz 1999; Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7435.

1472 Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7436. Siehe auch S. 7461.

1473 Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7436.

1474 Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7461, vgl. auch S. 7474.

1475 Wagner Pfeifer, S. 139, 157; Meyer, S. 13 f.; Geiger/Geiger, Komm. Energierecht II, Art. 16 CO_2-Gesetz Rz. 3.

Die Idee der Verknüpfung wurde damit begründet, dass Schweizer Unternehmer so die Möglichkeit hätten, «an einem System teilzunehmen, in dem sich der Handel bereits etabliert hat»,[1476] und dass sie auf diese Weise «ins gleiche System eingeschlossen [wären] wie ihre wichtigsten Handelspartner».[1477] Zudem wurde als Vorteil hervorgehoben, dass das EU-EHS ein grösseres Handelsvolumen habe, was die Liquidität am Markt erhöhe und zu stabileren Preisen führe.[1478] Die Idee der Verknüpfung wurde in den eidgenössischen Räten «intensiv diskutiert».[1479] Am Ende wurde dem Entwurf des Bundesrats und damit dem autonomen Nachvollzug im Rahmen des CO_2-Gesetzes zugestimmt.

IV. Autonomer Nachvollzug im Rahmen der CO_2-Gesetzgebung

Der autonome Nachvollzug des EU-Rechts erfolgte nicht nur durch das CO_2-Gesetz, in welchem die Grundsätze des Schweizer EHS kompatibel zum EU-EHS ausgestaltet wurden, sondern primär auch im Rahmen der Verordnung über die Reduktion der CO_2-Emissionen vom 30. November 2012 (CO_2-Verordnung).[1480]

1. Grundlagen im CO_2-Gesetz

Um das Schweizer System mit dem EHS der EU kompatibel zu machen, wurde die Teilnahme am EHS für gewisse Tätigkeiten im Bereich der Anlagen im Unterschied zur früheren Regelung und analog zur EU für obligatorisch erklärt.[1481]

Während das Verfahren zur Revision des CO_2-Gesetzes in der Schweiz lief, war die EU ebenfalls mit der Revision ihres Emissionshandelssystems beschäftigt. Daher stand noch nicht fest, welche Tätigkeiten unter das reformierte EU-EHS fallen würden. Dementsprechend übertrug die Bundesversammlung dem Bundesrat die

[1476] Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7474.

[1477] Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7474.

[1478] Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7474.

[1479] Vgl. BGE 143 II 87 S. 94 E. 5.1 mit Verweis auf Voten in den beiden Räten.

[1480] Wagner Pfeifer, S. 139, 157; Meyer, S. 13 f.

[1481] Art. 16 Abs. 1 CO_2-Gesetz; Geiger/Geiger, Komm. Energierecht II, Art. 16 CO_2-Gesetz Rz. 1.

Kompetenz, die Tätigkeiten im Nachgang zur Revision des EU-Rechts in Übereinstimmung mit diesem festzulegen.[1482]

Zudem vereinbarte die Bundesversammlung als Sanktionsmechanismus, dass Unternehmen, welche weniger Emissionsrechte abgeben, als sie Emissionen verursacht haben, einen Betrag von damals 160 CHF pro fehlendes Emissionsrecht an den Bund bezahlen müssen.[1483] Als wichtiger Punkt wurde die EU-Regelung ins Schweizer Recht übernommen, dass diese Verwaltungssanktion die Unternehmen nicht von der Abgabe der fehlenden Emissionsrechte befreit.[1484]

Trotz des Ziels der Kompatibilität entschied sich die Bundesversammlung in gewissen Bereichen, explizit vom EU-Recht abzuweichen. Vor der Verknüpfung der beiden EHS waren weder der Luftverkehr noch fossil-thermische Kraftwerke in das EHS der Schweiz eingebunden.[1485] Bereits in der Botschaft deutete der Bundesrat an, dass ein Einbezug des Luftverkehrs[1486] und der fossil-thermischen Kraftwerke[1487] ins Schweizer EHS im Zusammenhang mit einem zukünftigen Abkommen über die Verknüpfung der EHS der Schweiz und der EU notwendig sein würde. Dennoch wurde im Rahmen der Totalrevision des CO_2-Gesetzes noch auf die Aufnahme dieser beiden Bereiche verzichtet.

2. Detaillierte Vorschriften in der CO_2-Verordnung

Im Rahmen der CO_2-Verordnung, welche am 1. Januar 2013 in Kraft trat, wurden detaillierte Vorschriften zu den Vorgaben im CO_2-Gesetz festgelegt, z. B. in Bezug auf die freiwillige Teilnahme am EHS, die Berechnung der Obergrenze sowie die Menge der Emissionsrechte, die kostenlos zugeteilt werden.[1488]

Das CO_2-Gesetz enthält an verschiedenen Stellen Delegationen an den Bundesrat, damit dieser die Details des Schweizer EHS in der CO_2-Verordnung europarechts-

---

[1482] Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7515.

[1483] Vgl. Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7493.

[1484] Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7493.

[1485] Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7475 und 7476.

[1486] Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7475; zum Einbezug des Luftverkehrs im Detail siehe hinten § 8 Kap. C.III.1.2.

[1487] Der Bundesrat betonte in der Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7476, dass eine Sonderregelung im Schweizer Recht in diesem Bereich ein «Hindernis für eine mögliche Verknüpfung» darstellen könnte.

[1488] Art. 41 f., 45 und 46 CO_2-Verordnung.

kompatibel ausgestalten kann, nachdem Änderungen im EU-Recht erfolgt sind.[1489] Im Sinne dieser Delegation achtete der Bundesrat seit 2013 auf eine möglichst grosse Parallelität zum EU-Recht.[1490]

V. EHS-Abkommen Schweiz–EU

1. Verhandlungen

Noch bevor der Bundesrat der Bundesversammlung den Entwurf zur Totalrevision des CO_2-Gesetzes vorlegte, begannen 2008 exploratorische Gespräche mit der EU über die Verknüpfung der beiden Systeme.[1491] Nachdem beide Seiten ihr Interesse an einer Verknüpfung signalisiert hatten, verabschiedete der Bundesrat am 16. Dezember 2009 das Mandat für Verhandlungen mit der EU-Kommission mit dem Ziel, eine gegenseitige Anerkennung der Emissionsvorschriften im Rahmen eines bilateralen Abkommens zu erreichen.[1492] Im Zeitpunkt der Verabschiedung des Mandats für die Verhandlungen strebte der Bundesrat an, das Abkommen noch vor 2013 abzuschliessen,[1493] was nicht erreicht wurde.

Während sich die Parteien aufgrund des autonomen Nachvollzugs im Bereich der Anlagen rasch einig waren, dass die Verknüpfung erfolgen konnte, weil das Schweizer EHS in diesem Bereich als kompatibel zum EU-EHS angesehen wurde,[1494] gaben die Abweichungen im Bereich der fossil-thermischen Kraftwerke und des Luftverkehrs zu Diskussionen Anlass.[1495] Die Schweiz zeigte sich schlussendlich zum Einbezug beider Bereiche in ihr EHS bereit.[1496]

Die Annahme der Masseneinwanderungsinitiative im Februar 2014 führte zum Aussetzen der Verhandlungen.[1497] Obwohl die technischen Verhandlungen bereits

---

1489 Vgl. Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7515; BGE 143 II 87 S. 94 E. 5.1.

1490 Vgl. Erläuternder Bericht CO_2-Verordnung 2012, S. 19.

1491 Vgl. Bundesrat, Medienmitteilung vom 16.12.2009.

1492 Bundesrat, Medienmitteilung vom 16.12.2009.

1493 Bundesrat, Medienmitteilung vom 16.12.2009.

1494 Vgl. Botschaft EHS-Abkommen, S. 422.

1495 Der Bundesrat betonte bereits in der Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7476, dass eine Sonderregelung im Schweizer Recht in diesem Bereich ein «Hindernis für eine mögliche Verknüpfung» darstellen könnte.

1496 Botschaft EHS-Abkommen, S. 422 f., m. w. H. zum Gegenstand der Verhandlungen.

1497 Botschaft EHS-Abkommen, S. 423.

im Mai 2014 wieder aufgenommen wurden, wurde der Abschluss des Abkommens erst vereinbart, nachdem die Schweiz eine europarechtskonforme Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative beschlossen hatte, welche das FZA nicht gefährdete.[1498] Das EHS-Abkommen wurde schliesslich am 23. November 2017 abgeschlossen und trat am 1. Januar 2020 in Kraft.[1499]

2. Inhalt des Abkommens

2.1 Ziel des Abkommens

Das Abkommen verfolgt gem. Art. 1 das Ziel, das Emissionshandelssystem der EU mit dem Emissionshandelssystem der Schweiz zu verknüpfen. Dabei bleiben beide Emissionshandelssysteme als eigenständige Systeme, die je auf einer eigenen rechtlichen Grundlage beruhen, bestehen.[1500]

2.2 Qualifikation des Abkommens

Der Bundesrat qualifiziert das Abkommen in der Botschaft als Kooperationsabkommen.[1501] Auch die EU scheint das Abkommen nicht zum Kreise der Marktzugangsabkommen zu zählen, da es nicht unter das geplante Institutionelle Abkommen gefallen wäre und nicht zum Kreise derjenigen Abkommen gehört,[1502] für welche die Schweiz und die EU im Rahmen des neuen Pakets zur Stabilisierung und Weiterentwicklung die Einführung von institutionellen Mechanismen vereinbart haben.[1503] Der Bundesrat begründete den Umstand, dass das Abkommen nicht in den Anwendungsbereich des Institutionellen Abkommens fiel, damit, dass das Abkommen «nicht den Zugang zum Binnenmarkt mittels einer direkten Übernahme von EU-Recht beabsichtigt».[1504] Diese Erklärung steht im Kontrast zu einer Aussage an anderer Stelle in der Botschaft, wonach mit der Verknüpfung der beiden Emissionshandelssysteme «ein Binnenmarkt für Emissionsrechte geschaffen [wird]».[1505]

1498 Botschaft EHS-Abkommen, S. 423.

1499 Botschaft EHS-Abkommen, S. 423 f.

1500 Botschaft EHS-Abkommen, S. 426.

1501 Botschaft EHS-Abkommen, S. 424.

1502 Vgl. Erläuterungen InstA, S. 5.

1503 Das EHS-Abkommen ist nicht Teil des Pakets zur Stabilisierung und Weiterentwicklung, vgl. Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 58.

1504 Botschaft EHS-Abkommen, S. 424.

1505 Botschaft EHS-Abkommen, S. 442.

Zwar ist unbestritten, dass das EHS der Schweiz durch die Verknüpfung seine Eigenständigkeit bewahrt und die Schweiz dadurch nicht wie ein Mitgliedstaat Teil des EU-EHS wird,[1506] doch gibt es im EHS-Abkommen auch einige Elemente, die ebenfalls in den bilateralen Marktzugangsabkommen vorkommen. Auf die Frage der Qualifikation soll im Rahmen der Beurteilung des Spielraums der Schweiz (Kap. D.II. und D.III.) zurückgekommen werden.

2.3 Wirkung der Verknüpfung

Die zentrale Wirkung der Verknüpfung und damit das «Kernstück des Kooperationsabkommens»[1507] bildet gem. Art. 4 Abs. 1 die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit der Emissionsrechte der Schweiz und der EU.[1508] Durch die Verknüpfung der beiden Systeme wird «ein Binnenmarkt für Emissionsrechte geschaffen, in welchem die Emissionsrechte der Schweiz und der EU gleichwertig und damit gleichgestellt sind».[1509]

Als Folge der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit der Emissionsrechte können Teilnehmer des EHS der EU und solche des EHS der Schweiz einerseits Emissionsrechte aus dem jeweils anderen EHS erwerben und diese andererseits auch zur Deckung ihrer Emissionen verwenden:[1510] Teilnehmer des Schweizer EHS können somit zur Kompensation ihrer Emissionen europäische Emissionsrechte abgeben und umgekehrt.

Auf technischer Ebene musste eine elektronische Verknüpfung der Emissionshandelsregister hergestellt werden, damit Emissionsrechte zwischen den beiden Registern transferiert werden können.[1511] Diese technische Verknüpfung bildet erst die Grundlage, damit ein Transfer und damit eine Anrechnung von Emissionsrechten aus dem anderen System möglich ist.[1512]

[1506] Z. B. Botschaft EHS-Abkommen, S. 426; Fons, S. 344, spricht mit Blick auf die Wirkung von einer «Integration» des Schweizer EHS in das EU-EHS.

[1507] Vgl. Botschaft EHS-Abkommen, S. 424.

[1508] Botschaft EHS-Abkommen, S. 442.

[1509] Vgl. Botschaft EHS-Abkommen, S. 418, S. 442.

[1510] Vgl. Botschaft EHS-Abkommen, S. 412.

[1511] EU-Kommission, Vorschlag EHS-Abkommen, S. 5; Botschaft EHS-Abkommen, S. 429.

[1512] Vgl. Botschaft EHS-Abkommen, S. 429; die technische Verknüpfung ist in Art. 3 sowie in den Anhängen I Teil C und II EHS-Abkommen geregelt.

Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit der beiden Systeme bildet die Grundlage für die Verknüpfung der beiden Systeme. Im folgenden Kapitel soll auf die Verwendung dieses Mechanismus im Rahmen des EHS-Abkommens eingegangen werden (Kap. C.I. und C.II.) sowie auf die Bedeutung des autonomen Nachvollzugs (Kap. C.III.).

C. Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des EHS-Abkommens

I. Bedeutung der Gleichwertigkeit

1. Gleichwertigkeit als Voraussetzung für die Verknüpfung der beiden Systeme

Die Verknüpfung der Emissionshandelssysteme der Schweiz und der EU bildet die Voraussetzung für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit der Emissionsrechte gem. Art. 4 Abs. 1 des Abkommens.[1513]

Die Gleichwertigkeit der beiden Emissionshandelssysteme ist wiederum die Voraussetzung für die Verknüpfung der beiden Systeme.[1514] Im Rahmen des Emissionshandels wird teilweise nicht von Gleichwertigkeit gesprochen, sondern der Begriff der Kompatibilität verwendet.[1515] In den Schweizer Materialien wird hingegen auch von Gleichwertigkeit[1516] oder Äquivalenz[1517] gesprochen.

Trotz der Verwendung unterschiedlicher Begriffe wird deutlich, worum es im Kern geht: Damit die EHS der Schweiz und der EU verknüpft werden können,

---

[1513] Botschaft EHS-Abkommen, S. 429.

[1514] Vgl. Bundesrat, Bericht Carbon Border Adjustment Mechanism, S. 3: «Das EHS-Abkommen funktioniert nur, wenn die EHS der EU und der Schweiz gleichwertig ausgestaltet sind.»

[1515] So z. B. im EU-Recht in Art. 25 Abs. 1a RL 2003/87/EG; EU-Kommission, Vorschlag EHS-Abkommen, S. 4; auch im Rahmen der allgemeinen Literatur, welche sich mit der Verknüpfung von Emissionshandelssystemen generell beschäftigt, wird der Begriff der Kompatibilität verwendet, vgl. z. B. Mehling, S. 114.

[1516] Bundesrat, Bericht Carbon Border Adjustment Mechanism, S. 3, 9, 29; Botschaft CO_2-Gesetz nach 2024, S. 11: «[D].h. die beiden EHS sind gleichwertig zueinander weiterzuentwickeln.»

[1517] Bundesrat, Bericht Carbon Border Adjustment Mechanism, S. 3, 29, 48; Botschaft CO_2-Gesetz nach 2024, S. 11, 45, 69.

müssen die beiden Systeme einen gewissen Grad an Übereinstimmung in ihrer Ausgestaltung aufweisen.

Im Sinne der Einheitlichkeit mit den anderen Kapiteln dieser Arbeit wird der Begriff der Gleichwertigkeit verwendet. Er dient als Begriff für den hier zur Anwendung kommenden Mechanismus, wonach die Verknüpfung nur möglich ist, wenn ein gewisser Grad an Übereinstimmung zwischen den beiden EHS besteht. Gleichwertigkeit wird hingegen nicht als Begriff für einen *bestimmten* Grad an Übereinstimmung und im Kontrast zum Begriff der Kompatibilität benutzt.

Aufgrund des z. B. in der EU verwendeten Begriffs der Kompatibilität könnte geschlossen werden, dass die Übereinstimmung grundsätzlich weniger hoch sein muss, als wenn der Begriff der Äquivalenz oder der Gleichwertigkeit verwendet wird. Ob dies der Fall ist, soll im Rahmen der Behandlung des Spielraums in Kap. D.II. im Detail analysiert werden. Dass im Rahmen der Verknüpfung von Emissionshandelssystemen von Kompatibilität gesprochen wird, könnte m. E. weniger am Grad der geforderten Übereinstimmung, sondern mehr am Umstand liegen, dass es sich bei der Verknüpfung von Emissionshandelssystemen auch um einen technischen Vorgang handelt.[1518]

2. Hintergrund der Gleichwertigkeitsverpflichtung

2.1 Notwendigkeit der Gleichwertigkeit als politische Frage

Im Schrifttum zur Verknüpfung von Emissionshandelssystemen wird die Frage der Notwendigkeit der «gegenseitigen Kompatibilität» für eine Verknüpfung von zwei Systemen diskutiert.[1519]

Es wird argumentiert, dass Unterschiede zwischen den Emissionshandelssystemen die Aussichten auf eine Verknüpfung verkleinern könnten.[1520] Würden Emissionshandelssysteme verlinkt, welche nicht in Bezug auf alle Aspekte kompatibel sind, könne dies zudem dazu führen, dass sich die positive Wirkung auf den Ausstoss von Treibhausgasen, welche durch die Verknüpfung erzeugt werden soll, nicht voll entfalten könne.[1521] Trotzdem kommen verschiedene Studien zum Schluss,

[1518] Vgl. die Definition des Begriffs der Kompatibilität im Duden, in welcher auf die Verwendung des Begriffs im Bereich der Technik hingewiesen wird.

[1519] Mehling, S. 114.

[1520] Mehling, S. 114.

[1521] Mehling, S. 114 mit Verweis auf Studien in Fn. 33.

dass eine Verknüpfung von zwei EHS grundsätzlich möglich ist, auch wenn sie sich in zentralen Elementen unterscheiden.[1522]

Mehling leitet daraus ab, dass die Frage, ob Gleichwertigkeit bzw. Kompatibilität die Voraussetzung für eine Verknüpfung darstellen muss, eine politische Frage ist, welche von den beteiligten Parteien abhängt.[1523] Das Gleiche gilt für die Frage, bei welchem Grad an Übereinstimmung und in Bezug auf welche Thematiken davon ausgegangen wird, dass zwei Systeme gleichwertig bzw. kompatibel sind.

2.2 Kompatibilität als Voraussetzung gemäss EU-Recht

Im Falle der Verknüpfung der Emissionshandelssysteme der EU und der Schweiz bildet die Gleichwertigkeit bzw. Kompatibilität der beiden Systeme die Voraussetzung, weil dies im EU-Recht vorgesehen ist. Art. 25 Abs. 1a RL 2003/87/EG definiert drei Voraussetzungen, welche ein Emissionshandelssystem eines Drittstaats oder einer subföderalen bzw. regionalen Verwaltungseinheit erfüllen muss, damit das System mit dem Emissionshandelssystem der EU verknüpft werden kann: Das EHS eines Drittstaats muss gem. Art. 25 Abs. 1a RL 2003/87/EG verbindlich sein, eine absolute Emissionsgrenze aufweisen und *kompatibel* sein mit dem Emissionshandelssystem der EU.[1524] Die ersten zwei Voraussetzungen können als Aspekte der Kompatibilität verstanden werden. Mit anderen Worten kann gesagt werden, dass die Voraussetzung der Kompatibilität verlangt, dass das EHS eines Drittstaats insb. verbindlich sein und eine absolute Emissionsgrenze aufweisen muss.

2.3 EU-Recht als Referenzpunkt für die Gleichwertigkeit

Im Falle der Verknüpfung der EHS der EU und der Schweiz richtet sich die Gleichwertigkeit bzw. die «Kompatibilität» klar nach dem EU-Recht aus, was sich im Rahmen der Totalrevision der CO_2-Gesetzgebung deutlich zeigte: Die Schweiz glich ihr Recht an EU-Recht an und machte es damit kompatibel zum EU-Recht, um die Grundlage für eine Verknüpfung zu schaffen.[1525]

Daher ist auch die Aussage des Bundesrats in der Botschaft zu relativieren, wonach die Schweiz im Zusammenhang mit dem EHS-Abkommen nicht direkt EU-

---

[1522] So Mehling, S. 114. Vgl. die Tabelle 5.1 auf S. 115, in welcher Mehling die Relevanz einzelner Thematiken für die Verknüpfung bewertet.

[1523] Mehling, S. 115, wobei er auch betont, dass dies nicht bedeute, dass eine Verknüpfung frei von rechtlichen und normativen Rahmenbedingungen sei, vgl. S. 116.

[1524] Vgl. EU-Kommission, Vorschlag EHS-Abkommen, S. 2; Rutherford, S. 285.

[1525] Fons, S. 344; vgl. vorne § 8 Kap. B.IV.

Recht übernommen hat.[1526] Die Schweiz wendet zwar anders als in anderen bilateralen Abkommen nicht direkt EU-Recht an, jedoch wurde das Schweizer Recht sowohl im Bereich der Anlagen als auch im Bereich des Luftverkehrs nach dem EU-Recht ausgestaltet und beruht daher in weiten Teilen auf EU-Recht. Somit wendet die Schweiz in diesem Bereich zumindest indirekt oder mittelbar ebenfalls EU-Recht an.[1527]

3. Sicherstellung der Gleichwertigkeit im Abkommen

Durch Art. 2 des EHS-Abkommens soll rechtlich die Gleichwertigkeit der beiden Systeme sichergestellt werden.[1528] Gemäss Art. 2 EHS-Abkommen erfüllen die Emissionshandelssysteme der Vertragsparteien «mindestens die wesentlichen Kriterien gemäss Anhang I».

Anhang I EHS-Abkommen besteht aus vier Teilen: Teil A enthält die wesentlichen Kriterien in Bezug auf den Bereich der ortsfesten Anlagen und Teil B jene in Bezug auf den Luftverkehr. In Teil C werden die wesentlichen Kriterien für die Emissionshandelsregister aufgelistet, während Teil D die wesentlichen Kriterien für die Auktionsplattformen und Auktionstätigkeiten im Zusammenhang mit Emissionsrechten regelt.

Der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit wird nicht in allen vier Teilen von Anhang I zur Sicherstellung der Gleichwertigkeit verwendet. Dies zeigt sich anhand der formellen Ausgestaltung der einzelnen Teile.

3.1 Bereiche mit Gleichwertigkeitsanerkennung

Der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit kommt in Bezug auf die wesentlichen Kriterien für Anlagen in Anhang I Teil A und für den Luftverkehr in Anhang I Teil B EHS-Abkommen zur Anwendung. In diesen beiden Teilen werden zum einen die wesentlichen Kriterien und zum anderen die als gleichwertig anerkannten Vorschriften der EU und der Schweiz in Bezug auf die einzelnen wesentlichen Kriterien aufgeführt.

1526 Botschaft EHS-Abkommen, S. 426.

1527 In diesem Sinne auch Fons, S. 344: «Der CH-EHS musste sich, vor allem aufgrund des geringen Umfangs im Vergleich zum EU-EHS, dem EU-EHS anpassen und nicht umgekehrt.»

1528 EU-Kommission, Vorschlag EHS-Abkommen, S. 4.

Ohne dass im EHS-Abkommen oder in Anhang I Teil A und Teil B explizit von der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit gesprochen wird, ergibt sich aus der Logik des Abkommens und insb. aus Art. 2, welcher die Gleichwertigkeit der beiden Systeme sicherstellen soll, dass die Vertragsparteien die in Teil A und B genannten Vorschriften der EU und der Schweiz gegenseitig als gleichwertig anerkennen. Von Schweizer Seite wird in diesem Zusammenhang vom Äquivalenzprinzip gesprochen.[1529]

3.2 Bereiche ohne Gleichwertigkeitsanerkennung

Anhang I Teil C und Teil D EHS-Abkommen enthalten detaillierte Anforderungen, welche die beiden Systeme gem. Art. 2 des Abkommens erfüllen müssen. Im Unterschied zu Teil A und B werden keine Vorschriften der EU und der Schweiz aufgeführt, welche diese wesentlichen Kriterien aufnehmen.

Somit kommt in den Teilen C und D nicht der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zur Anwendung. Die Gleichwertigkeit der Vorschriften im EU-Recht und im Schweizer Recht soll hingegen durch einheitliche materiell-rechtliche Anforderungen sichergestellt werden, welche in Teil C und D aufgeführt werden und welche die Parteien in ihrem Recht anwenden müssen.

Da im Rahmen dieser Arbeit die Konstellation von Interesse ist, in welcher der autonome Nachvollzug zu einer Anerkennung der Gleichwertigkeit führt, wird in der Folge nur auf die Bereiche *mit Gleichwertigkeitsanerkennung* vertieft eingegangen.

II. Funktionsweise der Gleichwertigkeitsanerkennung

1. Gleichwertigkeitsanerkennung im Bereich der Anlagen

Die wesentlichen Kriterien in Anhang I Teil A EHS-Abkommen enthalten keine detaillierten inhaltlichen Vorgaben, sondern sind als kategoriale Mindestkriterien im Bereich der Anlagen zu verstehen.[1530] Anhang I Teil A Ziff. 2 lautet: «Das EHS erstreckt sich mindestens auf die Tätigkeiten gemäss […].» Der Verweis richtet sich auf die als gleichwertig anerkannten Vorschriften im Recht der EU und der

[1529] Bundesrat, Bericht Carbon Border Adjustment Mechanism, S. 3, 29, 48; Botschaft CO_2-Gesetz nach 2024, S. 11, 45, 69.

[1530] Fons, S. 343.

Schweiz. Für die EU ergibt sich somit aus dem EU-Recht, welche Tätigkeiten unter ihr EHS fallen müssen, und für die Schweiz aus dem Schweizer Recht.[1531]

Die wesentlichen Kriterien legen fest, «welche kategorialen Mindestkriterien beide Vertragspartner gemeinsam haben müssen, um eine gemeinsame Vertragsgrundlage zu haben».[1532] In Anhang I Teil A Ziff. 2 besteht das Mindestkriterium darin, dass es Tätigkeiten geben muss, die obligatorisch von den beiden EHS erfasst werden. In Bezug auf die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit definieren die wesentlichen Kriterien in Anhang I Teil A somit den *Gegenstand*, auf welchen sich die Gleichwertigkeit beziehen muss.

2. Gleichwertigkeitsanerkennung im Bereich des Luftverkehrs

Bezüglich der formellen Ausgestaltung gleichen sich Anhang I Teil A und Teil B EHS-Abkommen. In Teil B werden ebenfalls die wesentlichen Kriterien vorgegeben. Sie sind wie in Teil A als Mindestkategorien ausgestaltet (z. B. Ziff. 7 «Benchmark für die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten an Luftfahrzeugbetreiber») und enthalten keine detaillierten Vorgaben. Damit geben die wesentlichen Kriterien auch in Teil B den Gegenstand für die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit vor.

Analog zu Teil A werden die in Bezug auf die einzelnen wesentlichen Kriterien relevanten Vorschriften im EU-Recht aufgeführt. In der ursprünglichen Fassung von Anhang I Teil B (Fassung im Zeitpunkt des Abschlusses des Abkommens)[1533] fehlten die gleichwertigen Schweizer Vorschriften noch. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des Abkommens noch keine Schweizer Vorschriften für den Einbezug des Luftverkehrs in das Schweizer EHS bestanden.[1534] Folglich war die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich des Luftverkehrs zu diesem Zeitpunkt noch nicht möglich.

In Art. 6 des EHS-Abkommens wird die Schweiz verpflichtet, den Bereich des Luftverkehrs nach den Grundsätzen des EU-EHS in das Schweizer System

---

1531 Vgl. Fons, S. 343.

1532 Fons, S. 343.

1533 Vgl. die ursprüngliche Fassung des EHS-Abkommens in AS 2018 895.

1534 Sie wurden erst zwischen Abschluss und Inkrafttreten des Abkommens geschaffen, vgl. Botschaft EHS-Abkommen, S. 439.

einzubeziehen.[1535] Bereits in der ursprünglichen Version des Abkommens enthielt Anhang I Teil B zudem materiell-rechtliche Vorgaben in Bezug auf die Ausgestaltung des Einbezugs des Luftverkehrs in das Schweizer EHS. Diese Vorgaben stellen Konkretisierungen der Angleichungsverpflichtung in Art. 6 des EHS-Abkommens dar.[1536]

Anders als z. B. im Bereich des Agrarabkommens, in welchem die Herstellung der Gleichwertigkeit in den einzelnen Produktebereichen auch erst nach Inkrafttreten des Abkommens möglich war, vereinbarten die EU und die Schweiz, dass die Aufnahme des Luftverkehrs ins Schweizer EHS und damit die Herstellung einer gleichwertigen Rechtslage nach den Vorgaben in Anhang I Teil B die Bedingung für das Inkrafttreten des Abkommens ist.[1537]

Auf der Grundlage der Verpflichtung der Schweiz in Art. 6 und der Konkretisierungen in Anhang I Teil B schuf die Schweiz in der Zeit zwischen Abschluss und Inkrafttreten des Abkommens einen zum EU-Recht parallelen Rechtsrahmen in Bezug auf den Luftverkehr.[1538] Nach Erlass der Schweizer Vorschriften wurden sie auf ihre Gleichwertigkeit zum EU-Recht geprüft. Danach erfolgte die Aufnahme der Schweizer Vorschriften in Anhang I Teil B.[1539] Die materiell-rechtlichen Anforderungen in Teil B wurden nicht entfernt, doch wurden sie durch die als gleichwertig anerkannten Vorschriften im Schweizer Recht ergänzt.[1540] Damit wurde erreicht, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Abkommens am 1. Januar 2020 auch im Bereich des Luftverkehrs eine gleichwertige Rechtslage im Recht der EU und der Schweiz sowie eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit dieser Vorschriften im Rahmen des EHS-Abkommens bestanden.

1535 Vgl. zur Angleichungsverpflichtung im Detail hinten § 8 Kap. C.III.1.2 und C.III.2.3.

1536 Vgl. Art. 6 Satz 1 EHS-Abkommen und hinten § 8 Kap. C.III.1.2.

1537 EU-Kommission, Vorschlag Standpunkt GA, S. 1; vgl. auch Erw. 1 Beschluss Nr. 2/2020 GA EHS-Abkommen. Auf Schweizer Seite wird hingegen nur davon gesprochen, dass die Anpassungen notwendig gewesen seien, «um die Verpflichtungen des Abkommens umzusetzen», vgl. Botschaft EHS-Abkommen, S. 441, siehe auch bereits S. 435.

1538 Der Einbezug des Luftverkehrs ins Schweizer EHS erfolgte im Rahmen einer Teilrevision des CO_2-Gesetzes, welche der Bundesversammlung zeitgleich mit dem EHS-Abkommen unterbreitet wurde, vgl. Botschaft EHS-Abkommen, S. 439.

1539 Die Aufnahme erfolgte durch den Beschluss Nr. 2/2019 GA EHS-Abkommen, welcher am 1. Januar 2020 in Kraft trat. Vgl. zum Verfahren der Änderung der Anhänge im Detail hinten § 8 Kap. D.I.2.

1540 Dabei wird oftmals folgende Formulierung verwendet: «Dies ist vorgesehen in: […]»; vgl. z. B. Anhang I Teil B Ziff. 4 EHS-Abkommen.

III. Bedeutung des autonomen Nachvollzugs für die Gleichwertigkeitsanerkennung

1. Bedeutung für die Herstellung der Gleichwertigkeit

Obwohl der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit sowohl im Bereich der Anlagen als auch in jenem des Luftverkehrs zur Anwendung kommt,[1541] erfolgte die Herstellung der Gleichwertigkeit auf unterschiedlicher Grundlage.

1.1 Autonomer Nachvollzug im Bereich der Anlagen

Wie im Kapitel zur Entwicklung des Emissionshandelssystems in der Schweiz bereits erläutert wurde,[1542] glich die Schweiz im Rahmen der Totalrevision der CO_2-Gesetzgebung ihre Vorschriften zum EHS im Bereich der Anlagen an das EU-Recht an, um die Grundlagen für eine Verknüpfung der beiden Systeme zu schaffen. Die Angleichung erfolgte ohne rechtliche Verpflichtung i. S. d. autonomen Nachvollzugs.[1543]

Als Folge des autonomen Nachvollzugs bestand zwischen den Vertragsparteien im Rahmen der Verhandlungen schnell Einigkeit darüber, dass das Emissionshandelssystem der Schweiz im Bereich der Anlagen, abgesehen von wenigen Details, grundsätzlich gleichwertig zu jenem der EU ist.[1544] Um die Gleichwertigkeit vollständig zu gewährleisten, wurden vor Inkrafttreten des Abkommens noch wenige Änderungen am Schweizer System vorgenommen:

> Eine Differenz bestand in Bezug auf den Anwendungsbereich, da fossil-thermische Kraftwerke in der Schweiz, im Unterschied zur EU, nicht zur Teilnahme am EHS verpflichtet waren.[1545] Weil dieser Unterschied für die EU im Hinblick auf die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit von Relevanz war, bat sie die Schweiz um Angleichung in diesem Bereich.[1546] Die Schweiz kam dieser Bitte vor Inkrafttreten des Abkommens im Rahmen der Teilrevision des CO_2-Gesetzes

[1541] Vgl. vorne § 8 Kap. C.II.

[1542] Vgl. vorne § 8 Kap. B.IV.

[1543] Wagner Pfeifer, S. 139, 157; Meyer, S. 13 f.; Geiger/Geiger, Komm. Energierecht II, Art. 16 CO_2-Gesetz Rz. 3.

[1544] Botschaft EHS-Abkommen, S. 417, 422, 424; Weber/Koch, Rz. 37; Fons, S. 341 f.

[1545] Gem. Botschaft EHS-Abkommen, S. 422, wurde eine «gewichtige Differenz» festgestellt. Weber/Koch, Rz. 37, sprechen hingegen von minimalen Differenzen.

[1546] Botschaft EHS-Abkommen, S. 422.

nach.[1547] Kleinere Änderungen erfolgten zudem im Bereich von Definitionen[1548] und Begrifflichkeiten.[1549] Diese Anpassungen waren für die EU ebenfalls Bedingung für das Inkrafttreten des Abkommens, jedoch nicht Elemente, welche direkt unter die wesentlichen Kriterien nach Anhang I Teil A EHS-Abkommen fielen. Die Angleichung in Bezug auf diese Aspekte erfolgte im Hinblick auf das gute Funktionieren des Abkommens.

1.2 Rechtliche Verpflichtung im Bereich des Luftverkehrs

Gemäss Art. 6 Satz 2 EHS-Abkommen ist die Schweiz verpflichtet, den Luftverkehr nach «denselben Grundsätzen wie im EU-EHS» einzubeziehen.[1550] Art. 6 EHS-Abkommen wird in den Schweizer Materialien als «Spiegelungsprinzip» bezeichnet:[1551] Beim Einbezug des Luftverkehrs in das Schweizer EHS sollte der Gesetzgeber «die wesentlichen Prinzipien des EHS der EU, namentlich bezüglich Abdeckung der Flüge, der maximal verfügbaren Menge an Emissionsrechten und den Zuteilungsregeln spiegeln (Art. 6)».[1552] Detailliertere Vorgaben zur Ausgestaltung des Einbezugs wurden in Anhang I Teil B festgelegt.[1553]

Die Verpflichtung zur Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht ist auf den Umstand zurückzuführen, dass die Schweiz den Bereich des Luftverkehrs nicht bereits im Vorfeld im Rahmen des autonomen Nachvollzugs ins Schweizer EHS aufgenommen hatte.[1554]

[1547] Vgl. Botschaft EHS-Abkommen, S. 439.

[1548] Art. 2 Abs. 3 CO_2-Gesetz wurde aufgrund des EHS-Abkommens dahingehend präzisiert, dass auch Emissionsrechte, die von Staatengemeinschaften wie der EU ausgegeben werden, als Emissionsrechte nach dem CO_2-Gesetz gelten. Um eine zum EU-Recht einheitliche Terminologie zu garantieren und die Schweizer Vollzugspraxis zu vereinfachen, wurde der Begriff der Anlagen in Art. 2 Abs. 5 CO_2-Gesetz definiert.

[1549] Im Hinblick auf eine einheitliche Terminologie wurde der Begriff der «Unternehmen» durch jenen der «Betreiber von Anlagen» ersetzt, vgl. z. B. Art. 15 und 16 CO_2-Gesetz; Botschaft EHS-Abkommen, S. 442.

[1550] Vgl. bereits vorne § 8 Kap. C.II.2.

[1551] Vgl. Bundesrat, Bericht Carbon Border Adjustment Mechanism, S. 29; Botschaft CO2-Gesetz nach 2024, S. 45.

[1552] Botschaft EHS-Abkommen, S. 425.

[1553] Vgl. Art. 6 Satz 1 EHS-Abkommen, welcher besagt, dass die Vertragsparteien den Luftverkehr «im Einklang mit den wesentlichen Kriterien in Anhang I Teil B in ihr jeweiliges EHS ein[beziehen]»; Botschaft EHS-Abkommen, S. 425.

[1554] Vgl. vorne § 8 Kap. B.IV.1.

Die Aufnahme des Luftverkehrs war im Rahmen der Totalrevision der CO_2-Gesetzgebung 2009 ein Thema gewesen.[1555] Der Bundesrat stellte damals in Aussicht, dass der Luftverkehr «voraussichtlich auch in der Schweiz ins ETS eingebunden werden [soll]»,[1556] doch unterstrich er, dass die Ausgestaltung und der Zeitpunkt des Einbezugs «vom Verlauf der Verhandlungen mit der EG über die Verknüpfung des Schweizer ETS mit dem EG-ETS und weiterer internationaler Entwicklungen»[1557] abhängen.[1558] Er begründete den Entscheid, den Luftverkehr erst, im Rahmen einer Verknüpfung des Schweizer EHS mit dem EU-EHS, in das Schweizer EHS aufzunehmen, mit dem Umstand, dass ein vorgezogener Einbezug ohne Verknüpfung der beiden Systeme aufgrund der Grösse des Schweizer Luftverkehrssektors zu Marktverzerrungen im EHS führen würde.[1559] Der Gesetzgeber folgte dem Vorschlag des Bundesrats und entschied bei der Verabschiedung des CO_2-Gesetzes am 23. Dezember 2011 bewusst, den Luftverkehr noch nicht ins Schweizer EHS aufzunehmen.[1560] Die Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht erfolgte im Rahmen der Teilrevision des CO_2-Gesetzes durch Beschluss der Bundesversammlung vom 22. März 2019 zeitgleich mit der Genehmigung des EHS-Abkommens.[1561]

2. Bedeutung für die Aktualisierung der Gleichwertigkeit

2.1 Notwendigkeit der Aktualisierung

Seit Erlass der RL 2003/87/EG, welche die Grundlage des EU-EHS bildet, ist das Emissionshandelssystem sechzehn Mal geändert worden. Diese Weiterentwicklungen waren notwendig, um das Emissionshandelssystem effizienter und wirksamer zu machen und es an neue klimapolitische Ziele anzupassen.[1562] Diese Tatsache verdeutlicht, dass das relevante EU-Recht regelmässig weiterentwickelt wird.

1555 Vgl. das Postulat Nr. 07.3061, mit welchem die Bundesverwaltung beauftragt wurde, die angemessene Besteuerung des Luftverkehrs zu prüfen, Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7464.

1556 Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7475.

1557 Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7475.

1558 Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7475.

1559 Erläuternder Bericht CO_2-Verordnung 2012, S. 20.

1560 Vgl. vorne § 8 Kap. B.IV.1.

1561 Vgl. vorne § 8 Kap. C.II.2.

1562 Vgl. Steuer, S. 285 f.

Die Verknüpfung der beiden EHS beruht auf der Gleichwertigkeit der wesentlichen Kriterien.[1563] In den Bereichen der Anlagen und des Luftverkehrs wird die Gleichwertigkeit durch die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit der wesentlichen Kriterien in Anhang I Teil A und B EHS-Abkommen sichergestellt.[1564] Um die Gleichwertigkeit und die Gleichwertigkeitsanerkennung bei einer Weiterentwicklung des EU-Rechts zu erhalten, ist es einerseits faktisch notwendig, dass das Schweizer Recht an das weiterentwickelte EU-Recht angeglichen wird. Andererseits müssen die in Anhang I Teil A und B genannten Vorschriften der Schweiz und der EU angepasst werden, damit auch die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in Anhang I Teil A und B auf gültigen Rechtsvorschriften beruht. Durch die Aktualisierung der in Anhang I Teil A und B genannten Vorschriften wird auch die Gleichwertigkeitsanerkennung in Anhang I Teil A und B aktualisiert.

Würde die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit nicht aktualisiert, könnte sich eine Vertragspartei auf den Standpunkt stellen, dass die Verknüpfung der beiden Systeme nicht mehr gültig ist, weil sie auf einer Gleichwertigkeitsanerkennung beruht, welche ihrerseits auf Vorschriften abstellt, die nicht mehr in Kraft sind.[1565]

2.2 Aktualisierung im Rahmen des autonomen Nachvollzugs

Im Bereich der Anlagen sieht das EHS-Abkommen keine rechtliche Verpflichtung zur Angleichung des Schweizer Rechts an weiterentwickeltes EU-Recht vor.[1566]

Eine Verpflichtung lässt sich auch nicht aus Art. 2 EHS-Abkommen herleiten. Art. 2 EHS-Abkommen verpflichtet die Vertragsparteien zwar, in ihrem Recht «mindestens die wesentlichen Kriterien gemäss Anhang I» zu erfüllen. Anhang I Teil A ist jedoch statisch ausgestaltet, d. h., die genannten Vorschriften des Schweizer Rechts und des EU-Rechts gelten stets in der Fassung, die explizit genannt wird.[1567] Da das weiterentwickelte Recht erst Eingang in Anhang I Teil A findet, nachdem die Schweiz ihr Recht an das weiterentwickelte EU-Recht angeglichen

---

[1563] Vgl. vorne § 8 Kap. C.I.1.

[1564] Vgl. vorne § 8 Kap. C.I.3.1.

[1565] Vgl. die parallele Situation im Bereich der Industrieprodukte vorne § 6 Kap. D.I.4.1.

[1566] Bundesrat, Bericht Carbon Border Adjustment Mechanism, S. 29.

[1567] Bei den Vorschriften der EU ist es meistens die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Abkommens geltende Fassung, bei den Schweizer Vorschriften die Fassung vom 1. Januar 2022, vgl. z. B. Anhang I Teil A Ziff. 4 EHS-Abkommen.

hat, kann Art. 2 EHS-Abkommen somit keine Verpflichtung zur Aktualisierung enthalten.

Damit die Vorschriften an geändertes Recht angepasst werden können, muss der Gemeinsame Ausschuss einen entsprechenden Beschluss fassen.[1568]

2.3 Aktualisierung aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung

Von Seiten des Bundesrats und der für die Verwaltung des EHS-Abkommens zuständigen Bundesbehörden wird davon ausgegangen, dass im Bereich des Luftverkehrs «eine rechtliche Verpflichtung [besteht], dass die Schweiz ihr EHS nach denselben Grundsätzen wie die EU weiterentwickelt (Spiegelungsprinzip)».[1569] Das Spiegelungsprinzip, wie es der Bundesrat und die Bundesverwaltung verstehen, ist somit als Form der Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme zu qualifizieren, wie sie in vergleichbarer Weise z. B. in den Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen vorkommt.[1570]

Dieser Standpunkt ist m. E. erstaunlich, weil im Rahmen der Botschaft zum EHS-Abkommen keine entsprechenden expliziten Aussagen gemacht werden. Auch der Text zum Abkommen enthält keine eindeutigen Hinweise dazu. Die Überprüfung des EHS-Abkommens bei Änderungen in Bezug auf Luftverkehrstätigkeiten ist in Art. 7 EHS-Abkommen geregelt. Art. 7 Abs. 1 des Abkommens besagt, dass der Gemeinsame Ausschuss «den entsprechenden Anhang I Teil B» überprüft im Falle von Änderungen bezüglich der Luftverkehrstätigkeiten im EU-EHS. Der Gemeinsame Ausschuss kann gem. Art. 13 Abs. 2 EHS-Abkommen beschliessen, einen neuen Anhang anzunehmen oder einen bestehenden Anhang dieses Abkommens zu ändern.

Art. 7 EHS-Abkommen ist damit als *lex specialis* im Bereich des Luftverkehrs zu Art. 10 EHS-Abkommen zu qualifizieren. Dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 13 Abs. 2 EHS-Abkommen ist jedoch keine Verpflichtung zur anschliessenden Angleichung des Schweizer Rechts an geändertes EU-Recht zu entnehmen, zumal Art. 13 Abs. 2 EHS-Abkommen als *«kann-Vorschrift»* ausgestaltet ist. Trotz der Zweifel am bundesrätlichen Standpunkt wird im Rahmen dieser Arbeit, aufgrund der Praxis des Bundesrats und der Bundesverwaltung, ebenfalls von der

---

[1568] Vgl. zu diesem Verfahren im Detail hinten § 8 Kap. D.I.2.

[1569] Vgl. Bundesrat, Bericht Carbon Border Adjustment Mechanism, S. 29; Botschaft CO_2-Gesetz nach 2024, S. 45.

[1570] Art. 2 Abs. 3 SAA und Art. 1 Abs. 3 DAA.

Annahme ausgegangen, dass eine Verpflichtung zur Angleichung des Schweizer Rechts an weiterentwickeltes EU-Recht im Bereich des Luftverkehrs besteht.

2.4 Relevanz der Unterscheidung

Solange die Schweiz ihr Recht sowieso an geändertes EU-Recht angleicht, um die Verknüpfung der beiden EHS aufrechtzuerhalten, ist die rechtliche Grundlage, auf welcher sie diese Angleichung beschliesst, aus praktischer Perspektive sekundär. Von grösserer Relevanz ist die Frage, wie viel Spielraum der Schweiz für Abweichungen bleibt, ohne dass die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit gefährdet wird. Dieser Frage widmet sich § 8 Kap. D.II.

3. Bedeutung für die Aufnahme des Mechanismus in das EHS-Abkommen

Der Umstand, dass die Herstellung der Gleichwertigkeit im Bereich der Anlagen auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs und im Bereich des Luftverkehrs auf der Grundlage einer rechtlichen Verpflichtung erfolgt, könnte zur Schlussfolgerung führen, dass der vorgängige autonome Nachvollzug für den Abschluss des EHS-Abkommens nicht notwendig gewesen wäre. Eine solche Argumentation würde m. E. jedoch zu kurz greifen. Verschiedene Gründe sprechen dafür, dass der vorgängige autonome Nachvollzug im Bereich der Anlagen die Voraussetzung für den Abschluss des EHS-Abkommens darstellte.

3.1 Erfüllung der Kompatibilitäts-Voraussetzung nach EU-Recht

Gemäss Art. 25 Abs. 1a RL 2003/87/EG ist die Verknüpfung des EU-EHS mit einem anderen Emissionshandelssystem nur unter der Voraussetzung möglich, dass dieses gleichwertig bzw. kompatibel zum EU-EHS ist.[1571] Durch den autonomen Nachvollzug im Zuge der Totalrevision des CO_2-Gesetzes schuf die Schweiz ein zum EU-Recht weitgehend kompatibles Emissionshandelssystem und damit die Grundlage für eine mögliche Verknüpfung.[1572]

Zwar zeigt das Beispiel des Luftverkehrs, dass Kompatibilität auch nachträglich hergestellt werden kann, doch ist es im Rahmen einer nachträglichen Angleichung zum einen nicht möglich, gegenseitiges Vertrauen zu schaffen, was zentral ist bei

[1571] Vgl. bereits vorne § 8 Kap. C.I.2.2.

[1572] Vgl. vorne § 8 Kap. B.IV.

der Verknüpfung der beiden Systeme.[1573] Zum anderen können die Bereiche der Anlagen und des Luftverkehrs nicht ohne Differenzierung miteinander verglichen werden, da es grosse Unterschiede zwischen den beiden Bereichen gibt, insb. in Bezug auf ihre Bedeutung.

3.2 Autonomer Nachvollzug als Grundlage für das gegenseitige Vertrauen

Bei der Verknüpfung von zwei Emissionshandelssystemen ist ein gegenseitiges Vertrauen in das richtige Funktionieren des jeweils anderen Systems zentral, da bei der Verknüpfung zwei eigenständige Systeme bestehen bleiben. Der Betreiber des einen EHS (z. B. die EU) kann somit bei Unstimmigkeiten in Bezug auf die Anwendung des anderen, verknüpften EHS nicht einfach in das andere, verknüpfte EHS (z. B. der Schweiz) eingreifen, wie wenn es sein eigenes EHS wäre. Die Betreiber der EHS werden daher einer Verknüpfung nur zustimmen, wenn sie ein gegenseitiges Vertrauen haben, dass die jeweils andere Seite ihr EHS korrekt und im Sinne der gemeinsamen Vereinbarungen führt.

Die zwei Komponenten, welche für die Schaffung eines gegenseitigen Vertrauens zentral sind, sind einerseits ein möglichst gleichwertig ausgestalteter rechtlicher Rahmen auf beiden Seiten und andererseits eine möglichst gleichwertige Anwendung dieses rechtlichen Rahmens.[1574]

Das Kompatibilitätserfordernis im EU-Recht ist Ausdruck dieser ersten Komponente und wurde durch die Schweiz im Rahmen des autonomen Nachvollzugs erfüllt. Der autonome Nachvollzug führte dazu, dass der Betrieb des zum EU-Recht kompatibel ausgestalteten Schweizer EHS vor Abschluss eines EHS-Abkommens aufgenommen werden konnte. Die EU konnte sich anhand des Schweizer EHS, welches bereits vorgängig zum Abschluss des EHS-Abkommens an EU-Recht angeglichen und in Betrieb genommen wurde, vergewissern, dass das Schweizer EHS auch kompatibel zum EU-EHS angewendet wird.

Zur Stärkung eines gegenseitigen Vertrauens trug m. E. schliesslich auch das politische Zeichen bei, welches die Schweiz der EU aufgrund des autonomen Nachvollzugs aussandte: Der Umstand, dass die Schweiz ein System nach dem Vorbild der EU aufbaute, zeigte der EU, dass die Schweiz die Strategie der EU zur Verminderung der CO_2-Emissionen mitträgt und die gleichen Massnahmen zur

[1573] Zur Bedeutung des gegenseitigen Vertrauens im Allgemeinen vgl. vorne § 4 Kap. C.III.2.

[1574] Vgl. vorne § 4 Kap. C.III.2.

Erreichung der Reduktionsziele anwendet.[1575] Der autonome Nachvollzug ging daher viel weiter, als es eine blosse politische Erklärung der Schweiz getan hätte, in welcher sie ihre Bereitschaft signalisiert hätte, ein zum EU-Recht kompatibles EHS zu schaffen, falls die EU einer Verknüpfung zugestimmt hätte.[1576] Die Herstellung von Vertrauen auf Seiten der EU war für die Schweiz besonders wichtig, da das Interesse an der Verknüpfung in erster Linie von der Schweiz ausging.[1577] Durch den autonomen Nachvollzug konnte die Schweiz somit ein gegenseitiges Vertrauen aufbauen, welches das Fundament für eine Verknüpfung der beiden Emissionshandelssysteme schuf.

3.3 Bereich der Anlagen als Kern des Emissionshandelssystems

Aus dem Umstand, dass die Schweiz im Bereich des Luftverkehrs ihr Recht erst nachträglich an EU-Recht angleichen konnte, kann schliesslich nicht gefolgert werden, dass dies bei den Anlagen auch so möglich gewesen wäre, da es grosse Unterschiede zwischen den beiden Bereichen gibt. Der Bereich der Anlagen stellt den Kern des EU-EHS dar. Die Anlagen waren der erste und bis zum Einbezug des Luftverkehrs 2012 der einzige Bereich, welcher vom EU-EHS erfasst wurde.[1578] Auch nach Einbezug des Luftverkehrs ist der Bereich der Anlagen zahlenmässig noch immer der bedeutendere (weil mehr Emissionen in diesem Bereich ausgestossen werden) und von seiner rechtlichen Ausgestaltung her der komplexere Bereich.[1579]

Die beiden Bereiche können somit bedeutungsmässig nicht auf die gleiche Stufe gestellt werden. Weil in Bezug auf den wichtigen Bereich der Anlagen ein gleichwertiger Rechtsrahmen im Schweizer Recht bestand, konnte wohl eine Einigung im Rahmen des EHS-Abkommens erzielt werden, obwohl die Gleichwertigkeit in Bezug auf den Bereich des Luftverkehrs noch nicht gegeben war. Ohne kompatibles EHS der Schweiz im Bereich der Anlagen hätten Verhandlungen zur Verknüpfung m. E. wohl nicht zum Abschluss eines entsprechenden Abkommens geführt.

[1575] Meyer, S. 14, welcher von einem «*shared commitment to tackle climate change*» spricht in Bezug auf die Angleichung des schweizerischen Rechts an EU-Recht.

[1576] Vgl. Meyer, S. 15.

[1577] Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7474.

[1578] Vgl. vorne § 8 Kap. A.II.3.2.1.

[1579] Z. B. die komplexe Berechnung der Zuteilung von Emissionsrechten, vgl. vorne § 8 Kap. A.II.3.5.1.

D. Bewertung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit

I. Rechtssicherheit im Verfahren der Gleichwertigkeitsanerkennung

1. Rechtlicher Rahmen in Bezug auf die Weiterentwicklung

1.1 Grundsatz der freien Weiterentwicklung

Art. 10 Abs. 1 EHS-Abkommen hält als Grundsatz fest, dass das EHS-Abkommen nicht das Recht jeder Vertragspartei berührt, «für das Abkommen relevante Rechtsvorschriften zu ändern oder zu verabschieden; dies schliesst ihr Recht ein, striktere Schutzmassnahmen anzunehmen». Damit wird berücksichtigt, «dass das Abkommen die Verknüpfung von zwei EHS mit je einer eigenständigen Rechtsgrundlage regelt».[1580] Aufgrund von Art. 10 Abs. 1 EHS-Abkommen sind die Parteien in der Weiterentwicklung ihrer Rechtsvorschriften somit nicht eingeschränkt.

1.2 Notwendigkeit der Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung

Da die Verknüpfung der beiden Emissionshandelssysteme auf der Gleichwertigkeit des Rechts beider Parteien in Bezug auf die wesentlichen Kriterien in Anhang I beruht, ist bei jeder Weiterentwicklung des Rechts einer Partei im Bereich ihres EHS zu prüfen, ob sich die Änderung auf die wesentlichen Kriterien auswirkt. Ist dies der Fall, ist eine Aktualisierung von Anhang I notwendig, damit die Verknüpfung weiterhin auf Vorschriften der Schweiz und der EU beruht, welche in Kraft sind.[1581]

Wie das Beispiel des Agrarabkommens zeigt, kann die Wirkung, welche sich durch die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit ergibt, auch bestehen bleiben, wenn faktisch eine gleichwertige Rechtslage herrscht, ohne dass auch die Gleichwertigkeitsanerkennung im Abkommen aktualisiert wird.[1582] Dieser Zustand ist aus Sicht der Rechtssicherheit jedoch problematisch, weil damit die Rechtsgrundlage, auf welcher die Verknüpfung beruht, nicht mehr dem geltenden Recht entspricht. Aus diesem Grund sieht auch das EHS-Abkommen ein Verfah-

[1580] Botschaft EHS-Abkommen, S. 432.

[1581] Siehe zur Notwendigkeit der Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung bereits vorne § 8 Kap. C.III.2.1.

[1582] Vgl. vorne § 7 Kap. D.I.3.2.

ren vor, wie Weiterentwicklungen im Recht einer Vertragspartei in das Abkommen aufgenommen werden können.

2. Verfahren der Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung

2.1 Kompetenz des Gemeinsamen Ausschusses

Wie beim MRA[1583] und beim Agrarabkommen[1584] sieht auch das EHS-Abkommen vor, dass der Gemischte Ausschuss, welcher im Abkommen als Gemeinsamer Ausschuss bezeichnet wird,[1585] gem. Art. 13 Abs. 2 EHS-Abkommen beschliessen kann, einen neuen Anhang anzunehmen oder einen bestehenden Anhang des Abkommens zu ändern.[1586] Die Kompetenz des Gemeinsamen Ausschusses besteht in Bezug auf Änderungen sowohl im Bereich der Anlagen als auch in jenem des Luftverkehrs.[1587]

2.2 Notifikationspflicht bei Änderungen von Vorschriften im Bereich des Abkommens

Wenn eine Vertragspartei ihre Vorschriften im für das Abkommen relevanten Bereich weiterentwickelt, ist sie gem. Art. 10 Abs. 2 EHS-Abkommen verpflichtet, die andere Vertragspartei rechtzeitig schriftlich darüber zu unterrichten. Nach der Annahme eines für das Abkommen relevanten Rechtsakts durch eine Vertragspartei muss diese gem. Art. 10 Abs. 4 und 5 EHS-Abkommen der anderen Vertragspartei im Gemeinsamen Ausschuss eine Abschrift davon übermitteln. Wie im Bereich der zwei anderen, in dieser Arbeit behandelten bilateralen Abkommen[1588] gehen Weiterentwicklungen des Rechts normalerweise von der EU aus. Es ist somit für gewöhnlich sie, welche die Schweiz über eine geplante Weiterentwicklung ihrer Rechtsvorschriften informiert.

1583 Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.2.

1584 Vgl. vorne § 7 Kap. D.I.2.1.1.

1585 Vgl. Art. 12 Abs. 1 EHS-Abkommen.

1586 Vgl. bereits vorne § 8 Kap. C.III.2.3.

1587 Vgl. Art. 7 Abs. 1 EHS-Abkommen, welcher auf Art. 13 Abs. 2 EHS-Abkommen verweist.

1588 Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.3.2. und § 7 Kap. D.I.2.2.

2.3 Meinungsaustausch im Gemeinsamen Ausschuss

Im Anschluss kann jede Vertragspartei gem. Art. 10 Abs. 3 EHS-Abkommen einen Meinungsaustausch im Gemeinsamen Ausschuss beantragen, um insbesondere zu beurteilen, ob sich die geänderten Rechtsvorschriften unmittelbar auf die Kriterien in Anhang I auswirken.[1589] Art. 13 Abs. 4 EHS-Abkommen konkretisiert mit Verweis auf Art. 10 Abs. 3, dass im Rahmen des Meinungsaustauschs insbesondere geprüft wird, ob die vorgeschlagenen Rechtsvorschriften einer Partei dazu führen könnten, «dass das EHS der jeweiligen Vertragspartei die Kriterien in den Anhängen nicht mehr erfüllt».

Betrifft eine Weiterentwicklung die wesentlichen Kriterien in Anhang I EHS-Abkommen, ist eine Anpassung dieser grundsätzlich notwendig, da sonst die Vorgaben im Abkommen und die tatsächliche Rechtslage *«auseinanderdriften»*.[1590] Da das EHS-Abkommen auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit beruht,[1591] bedeutet dies zudem, dass die andere Vertragspartei für die Änderung des EHS-Abkommens in ihrem Recht zuerst eine gleichwertige Rechtslage schaffen muss.

2.4 Grundsatzentscheid im Bereich der Anlagen

Ergibt sich im Rahmen des Meinungsaustauschs gem. Art. 13 Abs. 4 EHS-Abkommen, dass sich eine Weiterentwicklung im EU-Recht auf die wesentlichen Kriterien auswirkt, wird von der Schweiz erwartet, dass sie ihr Recht an die Weiterentwicklungen im EU-Recht angleicht, damit die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in Anhang I Teil A aktualisiert werden kann.[1592]

Da im Bereich der Anlagen jedoch keine rechtliche Verpflichtung zur Angleichung des Schweizer Rechts an weiterentwickeltes EU-Recht besteht,[1593] bleibt der Schweiz die rechtliche Entscheidungsfreiheit: Im Sinne eines Grundsatzentscheides muss der Bundesrat bzw. bei Änderungen, welche das CO_2-Gesetz betreffen, die Bundesversammlung entscheiden, ob er bzw. sie das Schweizer Recht an die konkrete Weiterentwicklung des EU-Rechts angleichen möchte oder nicht. Entscheidet sich der Bundesrat bzw. die Bundesversammlung für eine Angleichung, wird das Schweizer Recht an das weiterentwickelte EU-Recht angeglichen und

---

[1589] Im Unterschied dazu schreibt Art. 7 Abs. 1 EHS-Abkommen einen solchen Austausch im Bereich des Luftverkehrs vor, vgl. vorne § 8 Kap. C.III.2.3.

[1590] Vgl. vorne § 8 Kap. C.III.2.1.

[1591] Vgl. vorne § 8 Kap. C.I.1.

[1592] Vgl. Bundesrat, Bericht Carbon Border Adjustment Mechanism, S. 29.

[1593] Vgl. vorne § 8 Kap. C.III.1.1 und C.III.2.2.

die Grundlage für eine Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit und damit für eine Weiterführung der Verknüpfung geschaffen.

Fällt der Entscheid auf Schweizer Seite gegen eine Angleichung aus, bedeutet dies, dass das Schweizer Recht nicht mehr gleichwertig zum weiterentwickelten EU-Recht ist. Stellt sich die EU auf den Standpunkt, dass die Weiterentwicklung zentral ist für die Sicherstellung der Verknüpfung, riskiert die Schweiz bei einer Verweigerung der Angleichung, dass die EU das EHS-Abkommen kündigen könnte.[1594] Möchte die Schweiz sicherstellen, dass die Verknüpfung der beiden EHS weiterbesteht, bleibt ihr, trotz der rechtlichen Entscheidungsfreiheit, faktisch oft keine andere Wahl, als ihr Recht an das weiterentwickelte EU-Recht anzugleichen, um so die Gleichwertigkeit zu erhalten.[1595]

2.5 Verpflichtung zur Übernahme des weiterentwickelten EU-Rechts im Bereich des Luftverkehrs

Im Bereich des Luftverkehrs ist die Schweiz verpflichtet, die Weiterentwicklung des EU-Rechts ins Schweizer Recht zu übernehmen.[1596] Es ist zu betonen, dass die Übernahme auch im Bereich des Luftverkehrs nicht automatisch erfolgt: Der Bundesrat bzw. die Bundesversammlung muss der Angleichung des Schweizer Rechts zustimmen und kann diese daher auch verweigern. Eine Verweigerung im Bereich des Luftverkehrs würde jedoch einen Verstoss gegen Art. 6 EHS-Abkommen darstellen, während eine Verweigerung im Bereich der Anlagen nicht gegen das EHS-Abkommen verstösst.

Würde die Schweiz die Übernahme von weiterentwickeltem EU-Recht im Bereich des Luftverkehrs verweigern, wäre die EU aufgrund von Art. 15 Abs. 1 lit. a EHS-Abkommen berechtigt, die Anwendung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit der Emissionsrechte gem. Art. 4 Abs. 1 EHS-Abkommen auszusetzen.[1597] Das Aussetzen ist gem. Art. 15 Abs. 3 EHS-Abkommen nur vorübergehend. In diesem Falle sind die Vertragsparteien gem. Art. 13 Abs. 5 EHS-Abkommen verpflichtet, einen Meinungsaustausch im Gemeinsamen Ausschuss durchzuführen und sich zu bemühen, «eine Einigung zur Beendigung der Aussetzung» zu finden. Kommt keine Einigung zustande, kann das Streitbeilegungs-

---

1594 Die Kündigung erfolgt nach den Regelungen in Art. 16 EHS-Abkommen.

1595 Vgl. Bundesrat, Bericht Carbon Border Adjustment Mechanism, S. 29.

1596 Vgl. vorne § 8 Kap. C.III.1.2 und C.III.2.3.

1597 Die EU könnte sich nämlich gem. Art. 15 Abs. 1 lit. a EHS-Abkommen auf den Standpunkt stellen, dass die Schweiz den Verpflichtungen gem. Art. 6 EHS-Abkommen nicht nachkomme.

verfahren gem. Art. 14 EHS-Abkommen aktiviert werden. Zudem hätte die EU wiederum die Möglichkeit, das Abkommen gem. Art. 16 EHS-Abkommen zu kündigen.

3. Auswirkungen des Verfahrens auf die Rechtssicherheit

3.1 Bereich der Anlagen

Die Situation im Bereich der Anlagen ist vergleichbar zu jener im MRA und im Agrarabkommen: Auch wenn die Schweiz ihr Recht im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an das weiterentwickelte EU-Recht angeglichen hat und damit materiell-rechtlich eine gleichwertige Rechtslage zum EU-Recht geschaffen hat, ist die EU nicht verpflichtet, im Rahmen des Gemeinsamen Ausschusses einer Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in Anhang I Teil A EHS-Abkommen zuzustimmen.[1598] Im Normalfall ist nicht von einer solchen Verweigerung von Seiten der EU auszugehen, da sie ebenfalls ein Interesse am Funktionieren des EHS-Abkommens hat. Das Beispiel der Medizinprodukte zeigt jedoch, dass ein Blockieren der Aktualisierung von Seiten der EU nicht ausgeschlossen werden kann.

Dieser Umstand wirkt sich dennoch negativ auf die Rechtssicherheit aus, weil die EU die Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung und damit die Aufrechterhaltung der Verknüpfung grundsätzlich aus sachfremden Gründen blockieren kann. Die Schweiz hätte in diesem Fall die Möglichkeit, gem. Art. 14 Abs. 2 EHS-Abkommen die Streitigkeit dem Ständigen Schiedshof in Den Haag vorzulegen. Da im EHS-Abkommen keine Verpflichtung zur Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit besteht, würde der Ständige Schiedshof wohl keinen Verstoss der EU gegen das EHS-Abkommen feststellen können.

3.2 Bereich des Luftverkehrs

Trotz der Verpflichtung zur Angleichung des Schweizer Rechts an weiterentwickeltes EU-Recht im Bereich des Luftverkehrs[1599] besteht aufgrund der Ausgestaltung des EHS-Abkommens auch in diesem Bereich keine Verpflichtung der EU, der Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zuzustimmen. Dies führt zur Situation, dass die Schweiz auf der einen Seite zur

[1598] Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.1 und D.I.4.2 sowie § 7 Kap. D.I.3.1.

[1599] Vgl. vorne § 8 Kap. C.III.2.3.

Aufrechterhaltung der Gleichwertigkeit verpflichtet ist, auf der anderen Seite aber keine Garantie hat, dass die Gleichwertigkeit durch die EU anerkannt wird.

Im Falle, dass die EU die Zustimmung zur gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des Gemeinsamen Ausschusses aus sachfremden Gründen verweigern würde, obwohl die Schweiz zuvor eine gleichwertige Rechtslage im Schweizer Recht geschaffen hatte, könnte die Schweiz ebenfalls das Streitbeilegungsverfahren aktivieren und den Ständigen Schiedshof in Den Haag anrufen.[1600] Die Schweiz könnte argumentieren, dass die Pflicht zur Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht gem. Art. 6 EHS-Abkommen im Hinblick auf die Sicherstellung der Gleichwertigkeit besteht. Bei einer Verweigerung der Anerkennung von Seiten der EU, obwohl eine gleichwertige Rechtslage besteht, könnte die Schweiz allenfalls, gestützt auf Art. 31 Abs. 1 WVRK, eine Verletzung von Treu und Glauben durch die EU geltend machen.[1601]

4. Möglichkeiten zur Verbesserung der Problematik

Anders als im Bereich des MRA und des Agrarabkommens stellt der Wechsel des Grundmechanismus keine Verbesserungsmöglichkeit dar.[1602] Eine Abkehr vom Prinzip der Gleichwertigkeit hin zu einem Abkommen, in welchem die Schweiz EU-Recht direkt anwenden müsste, ergibt beim EHS-Abkommen keinen Sinn, da das Abkommen nicht auf eine Integration des Schweizer EHS in das EU-EHS abzielt, sondern nur auf eine Verknüpfung beider Systeme.[1603]

Das Beispiel des Luftverkehrs zeigt, dass ein Wechsel zu einer dynamischen Rechtsübernahme im Bereich der Anlagen die Problematik der Rechtssicherheit verbessern könnte. Wie beim IP-MRA wäre die Aufnahme einer Verpflichtung beider Parteien wünschenswert, möglichst rasch einen Beschluss im Gemeinsamen Ausschuss zur Aufnahme von geändertem Recht in das Abkommen zu fassen. Würde die EU bei Bestehen einer solchen Verpflichtung ihre Zustimmung im Gemeinsamen Ausschuss verweigern, könnte die Schweiz eine Verletzung des Abkommens durch die EU vor dem Ständigen Schiedshof geltend machen. Selbst wenn der Ständige Schiedshof im Sinne der Schweiz eine Verletzung des Abkom-

---

[1600] Vgl. Art. 14 Abs. 2 EHS-Abkommen.

[1601] In diesem Sinne in Bezug auf den Bereich der Medizinprodukte Beglinger/Tobler, S. 551 f.

[1602] Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.3.1. und § 7 Kap. D.I.3.3.1.

[1603] Vgl. vorne § 8 Kap. B.V.2.1.

mens durch die EU feststellen würde, könnte die Schweiz eine Zustimmung der EU faktisch nicht erzwingen.[1604]

II. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung

Im Bereich der Anlagen erfolgt die Herstellung von Gleichwertigkeit im Hinblick auf die Gleichwertigkeitsanerkennung durch den autonomen Nachvollzug.[1605] Es soll daher untersucht werden, in welchem Ausmass dem Schweizer Gesetz- und Verordnungsgeber ein Spielraum bei der Rechtsetzung im Bereich der Anlagen bleibt unter der Prämisse, dass er den Erhalt der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit anstrebt. Die Ausführungen sollen punktuell durch einen Vergleich mit dem Bereich des Luftverkehrs kontrastiert werden, in welchem die Herstellung von Gleichwertigkeit aufgrund der rechtlichen Verpflichtung in Art. 6 EHS-Abkommen vorgeschrieben ist.[1606]

1. Vorgaben aus dem EHS-Abkommen

1.1 Bedeutung des Mindestkriteriums

Bei neun der elf wesentlichen Kriterien in Anhang I Teil A und auch in Art. 2 EHS-Abkommen fällt die Verwendung des Begriffs *«mindestens»* auf. So müssen die Emissionshandelssysteme der Vertragsparteien gem. Art. 2 «*mindestens* die wesentlichen Kriterien gemäss Anhang I» erfüllen. Gemäss Anhang I Teil A Ziff. 2 müssen sich die EHS *mindestens* auf die Tätigkeiten nach den Vorschriften im EU-Recht respektive im Schweizer Recht erstrecken.

Die Verwendung dieses Begriffs deutet darauf hin, dass sich die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit auf ein *Mindestniveau* bezieht, welches von den Parteien überschritten werden darf, ohne dass sich dies negativ auf die Gleichwertigkeitsanerkennung auswirkt. Dem Mindestkriterium ist hingegen kein Hinweis zu entnehmen hinsichtlich der Frage, bei welchem Grad an Übereinstimmung das Schweizer Recht und das EU-Recht als gleichwertig anerkannt werden und wie viel Spielraum der Schweiz bei der Rechtsgestaltung bleibt.

[1604] Vgl. Beglinger/Tobler, S. 552.

[1605] Vgl. vorne § 8 Kap. C.III.1.1 und C.III.2.2.

[1606] Vgl. vorne § 8 Kap. C.III.1.2 und C.III.2.3.

1.2 Hinweise zum geforderten Grad der Übereinstimmung

Nur vereinzelt enthalten die wesentlichen Kriterien in Anhang I Teil A Anhaltspunkte zum geforderten Grad der Übereinstimmung im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit. An den entsprechenden Stellen wird auf diese Anhaltspunkte eingegangen.

2. Bewertung der Praxis

Ein Vergleich zwischen dem Rechtsrahmen der Schweiz und der EU im Bereich der Anlagen verdeutlicht, dass Abweichungen zwischen den beiden Systemen im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit möglich sind. Dies soll anhand der folgenden Beispiele aufgezeigt werden.

2.1 Von den EHS erfasste Tätigkeiten

2.1.1. Rechtlicher Rahmen

Anhang I Teil A Ziff. 2 EHS-Abkommen enthält keine besonderen Vorgaben in Bezug auf die Gleichwertigkeit. Die EU und die Schweiz haben die Tätigkeiten in Anhang I RL 2003/87/EG und in Anhang 6 CO_2-Verordnung gegenseitig als gleichwertig anerkannt. Trotzdem besteht offensichtlich ein gewisser Spielraum für Abweichungen, denn das Schweizer Recht und das EU-Recht sind nicht komplett identisch ausgestaltet.

2.1.2. Handlungsspielraum

2.1.2.1. Differenzierung nach Treibhausgasen bei den Tätigkeiten

Im EU-Recht wird im Rahmen von Anhang I RL 2003/87/EG bei den einzelnen Tätigkeiten jeweils ergänzt, welche Treibhausgase bei einer bestimmten Tätigkeit für den Emissionshandel und damit auch für die Berechnung der Menge der kostenlosen Emissionsrechte von Relevanz sind.[1607] Im Schweizer Recht fehlt eine entsprechende Differenzierung.

Dieser Unterschied führte zu einer Beschwerde eines Schweizer Unternehmens vor dem BVGer.[1608] Das betroffene Unternehmen stellt Dämmmaterial her, was sowohl nach Schweizer Recht als auch nach EU-Recht eine Tätigkeit darstellt,

[1607] Vgl. Gerbig, Komm. Klimaschutzrecht, § 2 TEHG Rz. 13.

[1608] BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024.

welche unter das jeweilige EHS fällt.[1609] Bei der Berechnung der kostenlosen Emissionsrechte berücksichtigte das BAFU als zuständige Behörde nicht nur den Ausstoss an CO_2, welcher bei der Produktion des Dämmmaterials entsteht, sondern auch von Lachgas (N_2O).[1610] Lachgas fällt unter diejenigen Treibhausgase, welche sowohl vom EHS der EU als auch vom EHS der Schweiz erfasst werden, und entsteht u. a. bei der Produktion von Dämmmaterial.[1611] Da im EU-Recht bei der Herstellung von Dämmmaterial nur der Ausstoss von CO_2 relevant ist für die Berechnung der Emissionen, stellte sich das Unternehmen auf den Standpunkt, dass dies in der Schweiz wie im EU-Recht gehandhabt werden müsse und Schweizer Unternehmen folglich gleich wie jene in der EU behandelt werden müssten.[1612] Das Unternehmen begründete sein Vorbringen damit, dass die beiden EHS durch das EHS-Abkommen verknüpft seien und die ungleiche Behandlung zu Wettbewerbsverzerrungen führen würde.[1613]

Das BVGer stützte in seinem Urteil, entgegen dem Vorbringen des Unternehmens, die Auslegung des BAFU, welche den Ausstoss von Lachgas bei der Berechnung der kostenlosen Zuteilung von Emissionsrechten berücksichtigt.[1614] Es begründete diese Haltung mit Verweis auf die Zielsetzungen des CO_2-Gesetzes und den Umstand, dass Lachgas explizit eines der Treibhausgase darstellt, welche unter das EHS fallen.[1615] Mit Verweis auf die Botschaft zum EHS-Abkommen unterstrich das Gericht zudem, dass das Abkommen «die gegenseitige Verknüpfung respektive die Anerkennung von zwei EHS mit eigenständigen Rechtsgrundlagen»[1616] beabsichtige.[1617] Das Abkommen sehe jedoch keine «identische Ausgestaltung der

---

[1609] Vgl. im Schweizer Recht Anhang 6 Ziff. 14 CO_2-Verordnung, im EU-Recht Anhang I RL 2003/87/EG, eingefügt durch RL 2009/29/EG. Insofern ist die Feststellung in BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 5.1.3, nicht korrekt, dass in «in Anhang I der Richtlinie 2003/87/EG die Herstellung von Dämmmaterial aus Mineralwolle nicht in den zur Teilnahme am EHS verpflichtenden Tätigkeiten aufgeführt [wird]».

[1610] BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 3.1.

[1611] BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 5.1.3; vgl. Anhang II RL 2003/87/EG; Art. 1 Abs. 1 lit. d CO_2-Verordnung.

[1612] BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 3.2.

[1613] BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 3.2.

[1614] BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 5.2.

[1615] BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 5.2.

[1616] BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 5.2.

[1617] BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 5.2.

rechtlichen Grundlagen beziehungsweise Übernahme des EU-Rechts»[1618] vor.[1619] Aus der Verknüpfung ergebe sich somit nicht, «dass für beide Systeme in jeder Hinsicht gleiche Verhältnisse bestehen müssten».[1620] Schliesslich nahm das BVGer Bezug auf das Mindestkriterium gem. Art. 2 des EHS-Abkommens und urteilte, dass die Schweiz diese Mindestbedingungen mit ihrer Regelung erfülle.[1621]

Durch den Unterschied bei der Berücksichtigung der Treibhausgase in Bezug auf die einzelnen Tätigkeiten ist das Schweizer Recht strenger ausgestaltet als das EU-Recht. Es geht somit über die Mindestvorgaben in der EU hinaus, indem es bei Tätigkeiten, welche unter das EHS fallen, den Ausstoss aller für das EHS relevanten Treibhausgase berücksichtigt. Trotz des Unterschieds anerkannten die beiden Parteien die Gleichwertigkeit ihrer Rechtsvorschriften in diesem Bereich. Daraus ist zu schliessen, dass es sich um ein Anwendungsbeispiel des Mindestkriteriums handelt: Solange die Schweiz entweder einen mindestens gleichwertigen Rechtsrahmen wie die EU vorweist oder einen strengeren, wirkt sich dies nicht negativ auf die Gleichwertigkeitsanerkennung aus.[1622]

2.1.2.2. Abweichungen in Bezug auf einzelne Tätigkeiten

Abweichungen sind auch in Bezug auf einzelne Tätigkeiten feststellbar, welche unter die EHS fallen. Während die Herstellung von Niacin nach Schweizer Recht eine Tätigkeit darstellt, welche vom Schweizer EHS erfasst wird,[1623] wird diese Tätigkeit im EU-Recht nicht erwähnt. Es handelt sich bei diesem Beispiel m. E. wieder um einen Anwendungsfall des Mindestkriteriums, da das Schweizer Recht mehr Tätigkeiten erfasst als das EU-EHS und damit über die Mindestvorgaben des EU-Rechts hinausgeht.

Eine umgekehrte Konstellation, in welcher das EU-Recht eine Tätigkeit enthält, welche im Schweizer Recht fehlt, gibt es in Bezug auf den Ausstoss von Treibhausgasen, welcher im Zusammenhang mit der Beförderung und geologischen Speicherung von Treibhausgasen entsteht.[1624] Der Unterschied ist u. a. darauf zu-

---

[1618] BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 6.1.

[1619] BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 6.1.

[1620] BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 6.1.

[1621] BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 6.1.

[1622] In diesem Sinne auch BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 6.1.

[1623] Anhang 6 Ziff. 26 CO_2-Verordnung.

[1624] Vgl. Anhang I RL 2003/87/EG. Die Menge an Treibhausgasen, welche im Rahmen des *Carbon Capture und Storage* (CCS) geologisch gespeichert wird, fällt nicht unter das

rückzuführen, dass die geologische Speicherung in der Schweiz bislang in entsprechenden Anlagen noch nicht erfolgte.[1625] Da die Schweiz die geologische Speicherung von CO_2 im Rahmen ihrer Klimaziele vorantreiben möchte, wurde die entsprechende Tätigkeit neu auch ins Schweizer EHS aufgenommen.[1626]

Das Beispiel lässt vermuten, dass das Mindestkriterium nur in eine Richtung funktioniert. Schafft die EU strengere Vorschriften, welche über die Mindestvorgaben *de lege lata* hinausgehen, wird von der Schweiz im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit erwartet, dass sie die Änderungen ins Schweizer Recht übernimmt und somit wieder eine gleichwertige Rechtslage herstellt. Diese Vermutung erhärtet sich anhand der Herstellung von Wasserstoff und Synthesegas: Mit der Änderung der RL 2003/87/EG durch die RL 2023/959 wurde die Schwelle für den Einbezug anhand des Beispiels der Herstellung von Wasserstoff und Synthesegas in das EU-EHS bereits 2023 auf eine Produktionskapazität von über 5 t pro Tag gesenkt,[1627] während sie nach altem EU-Recht und bis 2025 nach Schweizer Recht 25 t pro Tag betrug. Mit der neusten Teilrevision der CO_2-Verordnung, welche auf den 1. Januar 2025 in Kraft trat, wurde der Wert auch im Schweizer Recht entsprechend angepasst.[1628] Damit stellt die Schweiz die Aufrechterhaltung der Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts mit dem EU-Recht sicher und schuf so die Grundlage für die Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung.

2.1.2.3. Zwischenfazit

Aus den Beispielen lässt sich schliessen, dass nur dann Spielraum für Abweichungen im Schweizer Recht besteht, sofern das Schweizer Recht über die Mindestanforderungen hinausgeht und strengere Vorschriften als das EU-Recht enthält. Im umgekehrten Fall muss die Schweiz ihr Recht jeweils an EU-Recht anpassen, um die Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit sicherzustellen.

EHS, jedoch die Emissionen, welche im Zusammenhang mit der Speicherung und dem Transport entstehen, vgl. Erläuternder Bericht Änderung CO_2-Verordnung 2025, S. 28.

[1625] Bundesrat, Bericht CCS und NET 2022, S. 7; BAFU, Faktenblatt CO_2-Entnahme und -Speicherung, S. 2.

[1626] Anhang 6 Ziff. 27–29 CO_2-Verordnung. Die Aufnahme erfolgte auf den 1. Januar 2025, vgl. Erläuternder Bericht Änderung CO_2-Verordnung 2025, S. 28 und 72 f.

[1627] Vgl. Anhang Ziff. 1 lit. c Ziff. vii RL 2023/959.

[1628] Vgl. Anhang 6 Ziff. 24 CO_2-Verordnung.

2.2 Obergrenze

2.2.1. Rechtlicher Rahmen

Anhang I Teil A Ziff. 4 EHS-Abkommen enthält keine besonderen Vorgaben in Bezug auf den Spielraum bei der Obergrenze.

2.2.2. Handlungsspielraum

Der lineare Reduktionsfaktor ist ein zentrales Instrument zur Senkung des Ausstosses von Treibhausgasen und damit zur Erreichung der Klimaziele.[1629] Die Bedeutung des linearen Reduktionsfaktors zeigt sich daran, dass er in Anhang I Teil A Ziff. 4 EHS-Abkommen explizit genannt wird.[1630] Bei der Angleichung des linearen Reduktionsfaktors zeigen sich Unterschiede zwischen dem Bereich des Luftverkehrs und jenem der Anlagen:

Im Bereich des Luftverkehrs, in dem die Schweiz aufgrund des Spiegelungsprinzips zur Übernahme der Entwicklungen des EU-Rechts insbesondere im Bereich der Obergrenze verpflichtet ist,[1631] wurde der lineare Reduktionsfaktor durch die Änderung von Anhang 15 Ziff. 1 CO_2-Verordnung ins Schweizer Recht übernommen, damit dieser parallel zur EU ab dem 1. Januar 2024 angewendet werden konnte.[1632]

Im Bereich der Anlagen, in welchem die Schweiz keine rechtliche Verpflichtung zur Angleichung ihres Rechts an Änderungen des EU-Rechts hat, erfolgte die Anpassung des linearen Reduktionsfaktors im Schweizer Recht ein Jahr verspätet auf den 1. Januar 2025.[1633] Im Erläuternden Bericht wird betont, dass dieser «Abgleich mit den Regelungen des EHS der EU [erfolge], um die Verknüpfung der beiden EHS aufrechtzuerhalten».[1634]

Anhand der Gegenüberstellung des Bereichs der Anlagen und des Luftverkehrs zeigt sich, dass im Bereich der Anlagen offensichtlich mehr Spielraum für Abweichungen besteht, da die Schweiz den linearen Kürzungsfaktor erst ein Jahr später

---

[1629] Vgl. vorne § 8 Kap. A.II.3.4.

[1630] Da der Gemeinsame Ausschuss Anhang I Teil A seit 2024 noch nicht aktualisiert hat, nennt Ziff. 3 noch den bis 2024 geltenden linearen Reduktionsfaktor von 2,2%.

[1631] Vgl. Art. 7 Abs. 1 EHS-Abkommen und vorne § 8 Kap. C.III.2.3.

[1632] Vgl. Anhang 15 Ziff. 1.2.3 CO_2-Verordnung; Erläuternder Bericht Änderung CO_2-Verordnung 2023, S. 16 f.

[1633] Erläuternder Bericht Änderung CO_2-Verordnung 2025, S. 73.

[1634] Erläuternder Bericht Änderung CO_2-Verordnung 2025, S. 73.

als die EU anpasste. Die Erläuterungen zeigen jedoch auch die Grenzen des Spielraums für die Schweiz auf: Um die Gleichwertigkeit zu erhalten, hat die Schweiz keinen Spielraum, längerfristig einen vom linearen Reduktionsfaktor der EU abweichenden Faktor zu belassen, da dieser ein wesentliches Kriterium i. S. v. Art. 2 i. V. m. Anhang I Teil A Ziff. 4 EHS-Abkommen und ein zentrales Instrument im EHS darstellt.

2.3 Mechanismus der Marktstabilität

2.3.1. Rechtlicher Rahmen

Anhang I Teil A nennt den Marktstabilitätsmechanismus in Ziff. 5 als wichtigen Punkt, ohne weitere Angaben zum Grad der geforderten Übereinstimmung zu machen.

2.3.2. Hintergrund

Eine Kumulation von Gründen führte dazu, dass bis 2015 ein massives Überangebot an Emissionsrechten in der EU bestand, welches den Preis der Emissionsrechte fallen liess. Einerseits hatten die Mitgliedstaaten in den ersten zwei Phasen bis 2013 zu viele Emissionsrechte im Rahmen des *Grandfathering* kostenlos zugeteilt,[1635] andererseits konnten sich Unternehmen «günstige Projektgutschriften aus Klimaschutzprojekten in Drittstaaten»[1636] in grossem Umfang anrechnen lassen.[1637] Schliesslich wirkte sich auch die Wirtschaftskrise negativ auf den Preis der Emissionsrechte aus.[1638] Am Tiefpunkt im April 2013 kostete ein Emissionsrecht unter drei Euro.[1639]

Eine der Massnahmen, um diesem Überschuss und dem damit verbundenen tiefen Preis der Emissionsrechte entgegenzuwirken, war die Einführung des *Backloading* und der Marktstabilitätsreserve.[1640] Um den Überschuss von 2,1 Milliarden Emissionsrechten zu verkleinern, wurde im Rahmen des *Backloading* beschlossen, 900 Mio. Emissionsrechte vom Markt zu nehmen.[1641] Während zunächst ge-

---

1635 Vgl. dazu vorne § 8 Kap. A.II.3.5.1.1.

1636 Kreuter-Kirchhof, S. 414.

1637 Kreuter-Kirchhof, S. 414.

1638 Kreuter-Kirchhof, S. 414.

1639 Kreuter-Kirchhof, S. 414, m. w. H.

1640 Die Marktstabilitätsreserve wurde mit dem Beschluss 2015/1814 geschaffen, vgl. insb. Erw. 5 Beschluss 2015/1814.

1641 Kreuter-Kirchhof, S. 414.

plant war, dass diese später wieder auf den Markt gebracht werden, entschieden sich das Europäische Parlament und der Rat dazu, eine Marktstabilitätsreserve zu schaffen, wohin die 900 Mio. Emissionsrechte überführt wurden.[1642] Des Weiteren wurden für die Zukunft Regelungen geschaffen, ab welchem Schwellenwert Emissionsrechte vom Markt genommen werden müssen.[1643]

2.3.3. Handlungsspielraum

Die Schweiz schuf noch vor Inkrafttreten des EHS-Abkommens einen Mechanismus «in Anlehnung an die Umsetzung in der EU»[1644] in Art. 19 Abs. 5 CO_2-Gesetz und Art. 48 Abs. 1^{bis} und 5 CO_2-Verordnung.[1645] Die Funktionsweise und der Zweck stimmen im EU-Recht und im Schweizer Recht überein: Sobald die Anzahl an Emissionsrechten, welche im Umlauf ist, einen gewissen Schwellenwert überschreitet, wird eine bestimmte Menge an Emissionsrechten, welche der Versteigerung hätten zugeführt werden sollen, vom Markt genommen.[1646]

In Bezug auf die genaue Berechnungsweise des Schwellenwerts sowie in Bezug auf die detaillierten Folgen bei einem Überschuss ist das Schweizer Recht nicht deckungsgleich mit dem EU-Recht. Der Schweizer Mechanismus ist viel weniger differenziert ausgestaltet als derjenige im EU-Recht. Zudem kennt die Schweiz keine eigentliche Marktstabilitätsreserve.

Da das Schweizer Recht und das EU-Recht im Rahmen von Anhang I Teil A Ziff. 5 EHS-Abkommen dennoch von den Parteien als gleichwertig anerkannt wurden, zeigt sich, dass sich die Gleichwertigkeit in diesem Bereich auf die rechtlichen Grundlagen beschränkt: Beide EHS müssen einen Mechanismus vorsehen, der es erlaubt, einer zu hohen Zahl an Emissionsrechten, welche im Umlauf sind, entgegenzuwirken. Eine Übereinstimmung in der detaillierten Ausgestaltung wird im Rahmen der Gleichwertigkeitsanerkennung hingegen offensichtlich nicht vorausgesetzt.

1642 Art. 1 Abs. 2 Beschluss 2015/1814; Kreuter-Kirchhof, S. 415.

1643 Kreuter-Kirchhof, S. 415; Art. 10 Abs. 1 RL 2003/87/EG.

1644 Erläuternder Bericht Änderung CO_2-Verordnung 2021, S. 9.

1645 Erläuternder Bericht Änderung CO_2-Verordnung 2021, S. 9.

1646 Art. 48 Abs. 1^{bis} i. V. m. Abs. 5 CO_2-Verordnung; Art. 10 Abs. 1 RL 2003/87/EG, hinzugefügt durch RL 2018/410.

2.4 Überwachung und Berichterstattung

2.4.1. Rechtlicher Rahmen

Anhang I Teil A Ziff. 12 EHS-Abkommen schreibt vor, dass das EHS der Schweiz in Bezug auf die Vorschriften zur Überwachung und Berichterstattung «mindestens so streng» ausgestaltet sein muss wie das EU-EHS.

2.4.2. Handlungsspielraum in Bezug auf das Monitoringkonzept

2.4.2.1. Materiell-rechtliche Komponente

Ein Vergleich zwischen dem Recht der Schweiz und der EU zeigt, dass die Anforderungen an das Monitoringkonzept in der Schweiz auf materieller Ebene parallel zum EU-Recht ausgestaltet sind. So sind grundlegende Anforderungen an die Monitoringkonzepte in Anhang 16 CO_2-Verordnung[1647] in Übereinstimmung mit dem EU-Recht in Art. 5 ff. Durchführungsverordnung 2018/2066 geregelt worden.[1648] Die detaillierten technischen Vorschriften sind im EU-Recht ebenfalls in der Durchführungsverordnung 2018/2066 festgelegt worden, während die inhaltlich identischen Vorgaben in der Schweiz nicht in der CO_2-Verordnung, sondern in der Vollzugshilfe *EHS Anlagen* des BAFU zu finden sind.

Da das Monitoringkonzept die Grundlage für die Feststellung der jährlichen Treibhausgasemissionen der Unternehmen darstellt,[1649] ist eine möglichst parallele Ausgestaltung insb. der technischen Vorschriften massgebend, um die Vergleichbarkeit beider Systeme sicherzustellen. Wie die Formulierung von Anhang I Teil A Ziff. 12 EHS-Abkommen vermuten lässt, verfügt die Schweiz daher über keinen nennenswerten Spielraum für Abweichungen.

2.4.2.2. Formell-rechtliche Komponente

Aus materiell-rechtlicher Perspektive ist es, aufgrund der parallelen Ausgestaltung des Schweizer Rechts zum EU-Recht, nicht überraschend, dass die EU der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zugestimmt hat. Anders sieht es aus formell-rechtlicher Perspektive aus: Nur die Grundsätze des Monitoringberichts sind in der CO_2-Verordnung und damit in einem für die Teilnehmer des

---

[1647] Art. 51 Abs. 3 CO_2-Verordnung, welcher auf Anhang 16 CO_2-Verordnung verweist.

[1648] Anhang 16 Ziff. 1 lit. a CO_2-Verordnung besagt, dass im Monitoringkonzept dargelegt werden muss, wie gewährleistet wird, dass die Treibhausgasemissionen und der Energieverbrauch vollständig, konsistent und genau erfasst werden. Diese Anforderungen entsprechen Art. 5 f. Durchführungsverordnung 2018/2066.

[1649] Vgl. vorne § 8 Kap. A.II.3.8.1.

EHS verbindlichen Rechtsakt geregelt. Die detaillierten technischen Vorschriften regelt der Bund in einer Vollzugshilfe des BAFU, welche das BVGer als Verwaltungsverordnung qualifiziert hat, die für die Rechtsanwender nicht verbindlich ist.[1650] Zwar dient die Vollzugshilfe der Konkretisierung der «Praxis des BAFU als Vollzugsbehörde in Bezug auf die Umsetzung des Emissionshandelssystems für Betreiber von Anlagen».[1651] Aufgrund der fehlenden Verbindlichkeit der Vollzugshilfe für Teilnehmer des EHS fehlt es faktisch aber an einer rechtsverbindlichen Grundlage für die technischen Details des Monitoringkonzepts. Es ist denkbar, dass Teilnehmer des Schweizer EHS z. B. eine abweichende Berechnungsweise für ihre Treibhausgasemissionen wählen könnten mit der Begründung, dass das Schweizer Recht keine verpflichtenden Vorgaben dazu enthalte. Somit ist es erstaunlich, dass die EU der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit trotz fehlender verbindlicher Grundlage der technischen Details im Schweizer Recht zugestimmt hat.

2.4.3. Handlungsspielraum in Bezug auf den Monitoringbericht

Im Bereich des Monitoringberichts sind die Vorschriften im Schweizer Recht ebenfalls parallel zu jenen im EU-Recht ausgestaltet worden, z. B. in Bezug auf die Fristen zur Abgabe des Monitoringberichts[1652] oder die Mindestanforderungen an den Monitoringbericht.[1653] Die Ausführungen zum Monitoringkonzept lassen sich *mutatis mutandis* auf den Monitoringbericht übertragen: Aufgrund der Bedeutung des Monitoringberichts als das Instrument, mit welchem die Unternehmen jährlich ihre Treibhausgasemissionen darlegen,[1654] besteht auch in diesem Bereich kein substantieller Spielraum für Abweichungen.[1655] Da die Mindestanforderungen an den Monitoringbericht wiederum nicht in der CO_2-Verordnung,

---

1650 BVGer, A-3341/2023 vom 24. Juni 2024, E. 7.6.

1651 BAFU, EHS Anlagen, S. 5.

1652 Die Berichte müssen bis zum 31. März des Folgejahres abgegeben werden, vgl. Art. 52 Abs. 1 CO_2-Verordnung; Art. 15 Abs. 2 RL 2003/87/EG und Art. 68 Abs. 1 Durchführungsverordnung 2018/2066.

1653 Art. 52 Abs. 2 i. V. m. Anhang 17 CO_2-Verordnung; BAFU, EHS Anlagen, S. 38 f.; Art. 68 Abs. 3 i. V. m. Anhang X Durchführungsverordnung 2018/2066.

1654 Vgl. vorne § 8 Kap. A.II.3.8.1.

1655 Möglich sind höchstens Abweichungen in Bezug auf gewisse Begrifflichkeiten. Während im Schweizer Recht vom Monitoringbericht (Art. 52 Abs. 1 CO_2-Verordnung) gesprochen wird, verwendet das EU-Recht den Begriff des Jahresemissionsberichts, vgl. Art. 68 Abs. 3 Durchführungsverordnung 2018/2066.

sondern in der Vollzugshilfe *EHS Anlagen* geregelt sind, bestehen die parallelen Defizite und möglichen Probleme wie im Bereich des Monitoringkonzepts.

2.5 Sanktionen und Verpflichtung zur Abgabe der Emissionsrechte

2.5.1. Rechtlicher Rahmen

Anhang I Teil A Ziff. 11 EHS-Abkommen sieht vor, dass die Sanktionen hinsichtlich ihrer Bedingungen und des Umfangs im EHS der Schweiz «vergleichbar» sein müssen mit jenen im EU-EHS.

2.5.2. Handlungsspielraum

Obwohl das EHS-Abkommen im Hinblick auf die Gleichwertigkeitsanerkennung nur die Vergleichbarkeit der Vorschriften verlangt, glich die Schweiz ihr Sanktionssystem eng an die Vorgaben des EU-Rechts an: In beiden Systemen sind die Teilnehmer der EHS verpflichtet, ihre Emissionsrechte bis zum 30. September des Folgejahres an die zuständigen Behörden abzugeben.[1656] Kann ein Unternehmen nicht so viele Emissionsrechte abgegeben, wie es gem. Monitoringbericht im vergangenen Jahr an Tonnen CO_2-Äquivalente ausgestossen hat, sind im Recht der EU und der Schweiz die gleichen Folgen vorgesehen:

Einerseits ist das Unternehmen verpflichtet, für jedes fehlende Emissionsrecht eine Kompensationszahlung[1657] an die zuständigen Behörden zu leisten.[1658] Andererseits entbindet die Zahlung das Unternehmen in beiden Systemen nicht von der nachträglichen Abgabe der fehlenden Emissionsrechte.[1659] Wie die nachträgliche Abgabepflicht konkret umgesetzt wird, gibt das EU-Recht nicht vor, sondern überlässt die konkrete Ausgestaltung den Mitgliedstaaten. Ein grosser Umsetzungsspielraum besteht dabei jedoch nicht. Die Schweizer Regelung, welche inhaltlich jener im deutschen Recht entspricht,[1660] setzt diese nachträgliche Abgabepflicht vollständig um.[1661]

1656 Vgl. Art. 55 Abs. 3 CO_2-Verordnung; Art. 12 Abs. 3, Art. 16 Abs. 3 RL 2003/87/EG.

1657 Die Kompensationszahlung wird in der Botschaft Totalrevision CO_2-Gesetz 2009, S. 7493, als Verwaltungssanktion qualifiziert. G.M. Geiger/Geiger, Komm. Energierecht II, Art. 21 CO_2-Gesetz Rz. 5.

1658 Vgl. Art. 21 Abs. 1 CO_2-Gesetz; Art. 16 Abs. 3 RL 2003/87/EG.

1659 Art. 16 Abs. 3 RL 2003/87/EG; Art. 21 Abs. 1 CO_2-Gesetz.

1660 § 30 Abs. 3 Satz 1 und 2 TEHG.

1661 Vgl. zur Umsetzung im Schweizer Recht vorne § 8 Kap. A. II.3.8.2.

In der Lehre wird in Bezug auf die Verknüpfung zweier EHS die Wichtigkeit der Übereinstimmung im Bereich der Sanktionen unterstrichen.[1662] Es wird argumentiert, dass eine Verknüpfung von zwei Systemen mit einem unterschiedlich strengen Sanktionssystem die Wirkung der EHS beeinträchtigen könnte.[1663] Wohl aufgrund dieser Überlegungen glich die Schweiz im Rahmen der Totalrevision des CO_2-Gesetzes ihr Sanktionssystem eng an jenes der EU an und führte den Kompensationsbetrag ein.[1664] Vor der Totalrevision war als Sanktion lediglich vorgesehen, dass Unternehmen, welche nicht alle Emissionsrechte eingereicht haben, als Kompensation für die fehlenden Emissionsrechte nachträglich die CO_2-Abgabe zahlen mussten.[1665]

Aufgrund der Bedeutung der Parallelität des Sanktionssystems ist der Begriff der Vergleichbarkeit in Anhang I Teil A Ziff. 11 EHS-Abkommen eng auszulegen. Es ist unwahrscheinlich, dass die EU der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit bei grösseren Abweichungen des Schweizer Sanktionssystems (z. B. kein Kompensationsbetrag oder keine nachträgliche Abgabepflicht für nicht eingereichte Emissionsrechte) zustimmen würde. Somit besteht auch in diesem Bereich kein nennenswerter Spielraum für Abweichungen im Schweizer Recht.

III. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsanwendung und -auslegung

1. Vorgaben aus dem EHS-Abkommen

Das EHS-Abkommen enthält im Unterschied zu anderen bilateralen Abkommen wie dem FZA keine expliziten Vorgaben in Bezug auf die Rechtsanwendung und Rechtsauslegung.[1666]

[1662] Rutherford, S. 287; Schüle/Sterk, S. 15.

[1663] Schüle/Sterk, S. 15 m. w. H. auf Studien und verschiedene Modelle der rechtlichen Ausgestaltung.

[1664] Die Abweichung zwischen dem Schweizer Recht und dem EU-Recht in diesem Bereich vor der Änderung der Schweizer Vorschriften stellte gem. Rutherford, S. 287, ein «*obstacle*» für die Verknüpfung dar.

[1665] Rutherford, S. 287.

[1666] Vgl. Art. 16 Abs. 2 FZA.

2. Eigenständige Rechtsanwendung durch Schweizer Behörden

Obwohl die Schweiz und die EU ihre EHS verknüpft haben, sieht das EHS-Abkommen somit nicht vor, dass Schweizer Behörden bei ihren Entscheidungen die Praxis der EU-Verwaltung berücksichtigen müssen: Die Schweizer Behörden entscheiden eigenständig über die exakte jährliche Obergrenze der Emissionsrechte, die Anwendung des Marktstabilitätsmechanismus oder die Zuteilung der Emissionsrechte an Anlagen oder Luftfahrzeugbetreiber in der Schweiz. Zudem ist nicht vorgesehen, dass die EU-Kommission Beschlüsse fällen kann, welche für die Schweizer Behörden verbindlich sind. Damit steht das EHS-Abkommen im Kontrast zum MRA, in welchem die Schweizer Marktüberwachungsbehörden deutlich stärker ins unionale System eingebunden sind und sich an Beschlüsse der EU-Kommission halten müssen.[1667]

Aufgrund dieser Tatsache lässt sich auch die Kategorisierung des EHS-Abkommens als Kooperationsabkommen rechtfertigen.[1668] Die Verknüpfung der beiden Systeme beschränkt sich auf die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit der Emissionsrechte. Die Schweiz wird dabei nicht in das EU-EHS integriert.[1669]

Dies zeigt sich im Kontrast zur Situation der EU-Mitgliedstaaten, die ins EU-EHS eingebunden sind. Bis zum Ende der zweiten Phase im Jahr 2012 war das EU-EHS ein, im Vergleich zu heute, viel stärker dezentralisiertes System, welches die wichtigen Entscheidungen wie die Festlegung der Obergrenze, die Zuteilung mittels nationalen Allokationsplans oder das Monitoring grundsätzlich den Mitgliedstaaten überliess.[1670] Im Hinblick auf die dritte Phase von 2013 bis 2020 zentralisierte der EU-Gesetzgeber das EHS, weil es aufgrund der dezentralen Ausgestaltung als zu wenig effizient angesehen wurde.[1671] So wurden eine EU-einheitliche Obergrenze und ein linearer Kürzungsfaktor geschaffen, die durch die EU-Kommission festgelegt werden.[1672] Zudem wurden einheitliche Zuteilungsregeln durch die EU-

---

1667 Vgl. vorne § 6 Kap. D.III.3.3.1.2. und D.III.3.4.1.2.

1668 Vgl. vorne § 8 Kap. B.V.2.2.

1669 A.M. mit Blick auf die Wirkung Fons, S. 344.

1670 Pohlmann, S. 343, welcher das damalige EHS der EU beschreibt als «system of 30 largely independent, but inter-linked national emissions trading schemes, which have agreed to make their allowances tradable within the EU ETS while adhering to certain common EU rules, procedures, guidelines and criteria»; Zenke/Telschow, Energiehandel in Europa, Rz. 13 und 25.

1671 Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 65.

1672 Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 65.

Kommission erlassen.[1673] Die EU-Mitgliedstaaten verfügen somit über viel weniger Kompetenzen und Eigenständigkeit als die Schweiz trotz Verknüpfung ihres EHS mit demjenigen der EU.

3. Rechtsauslegung durch Schweizer Gerichte

3.1 Keine Verpflichtung aus dem EHS-Abkommen

Da das EHS-Abkommen keine Vorgaben in Bezug auf die Rechtsauslegung oder die Beachtung der Rechtsprechung des EuGH macht, bestehen für die Gerichte in der Schweiz keine völkerrechtlichen Vorgaben aus dem Abkommen.

3.2 Europarechtskonforme Auslegung

Aufgrund der Tatsache, dass das Schweizer EHS gleichwertig zum EU-EHS ausgestaltet ist, stellt sich jedoch die Frage, inwiefern die Schweizer Gerichte das EU-Recht und die Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der europarechtskonformen Auslegung beachten sollen. Das BVGer äusserte sich zu dieser Frage im Rahmen von zwei Beschwerden.[1674]

In den vom BVGer behandelten Fällen beriefen sich die Beschwerdeführer jeweils auf die Rechtslage in der EU, weil diese für sie günstiger war, und argumentierten, dass aufgrund des EHS-Abkommens und der damit verbundenen Verknüpfung der beiden EHS in der Schweiz und der EU eine gleiche Rechtslage gelten müsse.[1675] Es stand somit die Frage im Raum, ob das Schweizer Recht europarechtskonform, d. h. im Sinne des EU-Rechts, ausgelegt werden muss.

Das BVGer wendet in den zwei Urteilen in Bezug auf die Frage der europarechtskonformen Auslegung der Schweizer Vorschriften die Praxis des BGer aus dem Mehrwertsteuerrecht in analoger Weise an.[1676] Das Recht der EU und die Rechtsprechung des EuGH können nach dieser Rechtsprechung «nur insoweit als Aus-

---

[1673] Zenke/Telschow, Energierecht, Rz. 65.

[1674] BVGer, A-3341/2023 vom 24. Juni 2024, E. 7.4.4; BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 5.3.

[1675] BVGer, A-3341/2023 vom 24. Juni 2024, E. 7.8.2; BVGer, A-2572/2022 vom 5. Juni 2024, E. 6.1.

[1676] Vgl. BGE 145 II 270 S. 279 E. 4.5.3.3; BGE 124 II 193 S. 203 E. 6; siehe zur europarechtskonformen Auslegung im Mehrwertsteuerrecht bereits vorne § 3 Kap. B.IV.

legungshilfe berücksichtigt werden, als das inländische Recht nicht ausdrücklich von der Regelung der EU abweicht und einen eigenständigen Weg beschreitet».[1677]

In den bislang vom BVGer behandelten Fällen zum Bereich der Anlagen wich das Schweizer Recht nach Einschätzung des Gerichts stets ausdrücklich von der Rechtslage im EU-Recht ab, was das BVGer dazu veranlasste, das EU-Recht und die Spruchpraxis des EuGH nicht zu berücksichtigen.[1678] Aufgrund der Urteile ist jedoch davon auszugehen, dass das BVGer das EU-Recht und die Urteile des EuGH als Auslegungshilfe beiziehen wird in Fällen, in welchen das Schweizer Recht und das EU-Recht im Bereich der Emissionshandelssysteme übereinstimmen.

[1677] BVGer, A-3341/2023 vom 24. Juni 2024, E. 7.4.4, mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in BGE 145 II 270 S. 279 E. 4.5.3.3; BVGer, A-2527/2022 vom 5. Juni 2024, E. 5.3.

[1678] BVGer, A-3341/2023 vom 24. Juni 2024, E. 7.4.6; BVGer, A-2527/2022 vom 5. Juni 2024, E. 5.5.

§ 9 Finanzdienstleistungen

A. Einführung

I. Übersicht und Relevanz

Der Bereich der Finanzdienstleistungen ist ein zentraler Bereich, in welchem der autonome Nachvollzug durch die Schweiz zu einer einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit durch die EU führt. Diese einseitige Gleichwertigkeitsanerkennung bildet die Grundlage für Handelserleichterungen bei Finanzdienstleistungen im grenzüberschreitenden Verhältnis Schweiz–EU.

Aus wirtschaftlicher Perspektive ist der grenzüberschreitende Verkehr mit Finanzdienstleistungen zwischen der Schweiz und der EU von grosser Bedeutung, was sich anhand der Zahlen zeigt: Der Schweizer Finanzmarkt ist der zweitwichtigste für die EU bezüglich Export und Import von Finanzdienstleistungen.[1679] Für die Schweiz, mit ihrem relativ kleinen Heimmarkt, ist die grenzüberschreitende Erbringung von Finanzdienstleistungen von hoher Relevanz für die Entwicklung des Schweizer Finanzplatzes.[1680]

Obwohl bereits umfangreiche Literatur besteht, welche sich mit der Thematik des Marktzugangs von Drittstaaten wie der Schweiz zum EU-Binnenmarkt für Finanzdienstleistungen und dem Äquivalenzprinzip beschäftigt,[1681] soll dieser Themenbereich aus nachfolgenden Gründen als Anschauungsbeispiel auch in dieser Arbeit behandelt werden.

Der Bereich der Finanzdienstleistungen stellt aus praktischer Perspektive das zentrale Anwendungsbeispiel dar, bei welchem der autonome Nachvollzug die Grundlage für die Anerkennung der Gleichwertigkeit bildet. Anhand der Analyse dieses Bereichs soll damit im Sinne der Fragestellung dieser Arbeit aufgezeigt werden, welche Bedeutung der autonome Nachvollzug für die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit hat und wie diese Form des grenzüberschreitenden Verhältnisses zwischen der Schweiz und der EU aus der Perspektive der Rechtssicherheit und

[1679] Schürger, S. 158.

[1680] Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009, S. 46.

[1681] Z. B. Schürger; Imm; Wess; Lehmann/Zetzsche; Zetzsche; Pennesi; Schären/Jutzi.

des Handlungsspielraums im Bereich der Rechtsetzung sowie der Rechtsanwendung und -auslegung zu bewerten ist.

Die Behandlung eines Anwendungsbeispiels der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit bildet zudem die Grundlage für einen abschliessenden Vergleich im Schlussteil der Arbeit[1682] zwischen Bereichen, in welchen die Schweiz den Marktzugang mittels einseitiger Anerkennung der Gleichwertigkeit verfolgt, und Bereichen, in welchen der Zugang auf der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit basiert. Der Bereich der Finanzdienstleistungen ist hierbei besonders interessant, weil ein Marktzugang mittels gegenseitiger Anerkennung der Gleichwertigkeit partiell ebenfalls eine Rolle spielt.[1683] Im Unterschied zur bestehenden Literatur zielen die Ausführungen in diesem Kapitel zudem nicht darauf ab, die Thematik primär aus finanzmarktrechtlicher Sicht zu beleuchten, sondern aus der staatsrechtlichen Perspektive der Fragestellung dieser Arbeit.

In einem ersten Schritt sollen die theoretischen Grundlagen im Bereich der Finanzdienstleistungen und der grenzüberschreitenden Erbringung dieser geschaffen werden (Kap. A.II.–A.IV.) und aufgezeigt werden, wie die Rechtslage in der EU ist (Kap. A.V.). Nach einem kurzen Überblick über die Entwicklung der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU im Bereich der grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen (Kap. B.) soll die Funktionsweise des Mechanismus der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, dessen Wirkung und eine Zwischenbewertung des Mechanismus aus der Perspektive der Schweiz vorgenommen werden (Kap. C.). Schliesslich soll im Sinne der Fragestellung untersucht werden, wie sich der Mechanismus der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit auf die Rechtssicherheit (Kap. D.I.) und den Handlungsspielraum der Schweiz im Bereich der Rechtsetzung (Kap. D.II.) sowie im Bereich der Rechtsanwendung und -auslegung (Kap. D.III.) auswirkt.

II. Grenzüberschreitende Erbringung von Finanzdienstleistungen

1. Begriff der Finanzdienstleistung

Im Unterschied zum Bereich der Industrieprodukte oder Agrarprodukte geht es im Bereich der Finanzdienstleistungen nicht um den Handel mit Waren, sondern um die Erbringung von Dienstleistungen. Eine einheitliche Definition des

[1682] Vgl. hinten § 10 Kap. C.I. und C.III.1.2.1.

[1683] Vgl. hinten § 9 Kap. A.V.2.1.

Begriffs der Finanzdienstleistungen, welche teilweise auch als Finanzgeschäfte bezeichnet werden, besteht nicht.[1684] Im Rahmen dieser Arbeit wird von einem weiten Verständnis des Begriffs ausgegangen, welcher alle Tätigkeiten von Finanzintermediären[1685] umfasst, d. h. insb. das klassische Bankgeschäft (Entgegennahme von Einlagen, Vergabe von Krediten), die Vermittlung von Krediten oder Versicherungen, die Vermögensberatung, das Angebot von Marktinfrastrukturen (z. B. Börsen) oder die Erbringung von Informationsdienstleistungen (z. B. durch Ratingagenturen).[1686]

2. Begriff der grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen

2.1 Arten der grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen

Die Qualifikation einer Erbringung von Dienstleistungen als grenzüberschreitend, in Abgrenzung von reinen Binnensachverhalten, ist aus finanzmarktrechtlicher Sicht insb. aufgrund des anwendbaren Rechts relevant.[1687] Von einer grenzüberschreitenden Finanzdienstleistung ist grundsätzlich dann auszugehen, wenn sie mit zwei Rechtsordnungen in Berührung kommt.[1688] Im GATS wird zwischen vier verschiedenen Konstellationen von grenzüberschreitenden Tätigkeiten unterschieden: Eine grenzüberschreitende Dienstleistung liegt vor, wenn sie von einem Dienstleistungserbringer in einem Staat für eine Dienstleistungsempfängerin in einem anderen Staat erbracht wird, wobei die Dienstleistung über die Grenze hinaus erbracht wird, ohne dass Dienstleistungsempfängerin oder -erbringer die Grenzen überqueren.[1689] Diese Form, zu welcher der internetbasierte Wertpapierhandel oder das grenzüberschreitende Onlinebanking zählt, hat aufgrund der Digitalisierung und der Steigerung der Internetnutzung für Finanzgeschäfte stark an Bedeutung gewonnen.[1690] Diese Art der Erbringung von grenzüberschreitenden

---

1684 Wess, Rz. 43.

1685 Vgl. die Definition der Finanzintermediäre bei Wess, Rz. 44 ff.

1686 Es handelt sich damit um die Tätigkeiten, welche Finanzintermediären i. w. S. zugeordnet werden, vgl. Wess, Rz. 45; zu teilweise engeren Definitionen des Begriffs der Finanzdienstleistungen siehe Wess, Rz. 48.

1687 Vgl. Bizzozero/Robinson, S. 33.

1688 Wess, Rz. 56, mit Verweis auf Bizzozero/Robinson, S. 32; enger Eggen/Schaefer, S. 369.

1689 Art. I Abs. 2 lit. a GATS; im EU-Recht wird von einer sog. Korrespondenzdienstleistung gesprochen, Sethe, Drittstaaten, S. 617; Wess, Rz. 57; Eggen/Schaefer, S. 369.

1690 Wess, Rz. 57 m. w. H.; Sethe, Drittstaaten, S. 617.

Dienstleistungen erfolgt auch durch die neuen FinTech-Unternehmen, welche ihre Dienstleistungen von einem einzigen Standort aus in die ganze Welt erbringen.[1691]

Grenzüberschreitende Sachverhalte liegen zudem vor, wenn ein Dienstleistungsempfänger die Grenze überquert, um eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen (passiver Dienstleistungsverkehr),[1692] oder wenn die Dienstleistungserbringerin zur Erbringung der Dienstleistung in den Staat des Dienstleistungsempfängers reist (aktiver Dienstleistungsverkehr; sog. Geschäftsbesuch).[1693]

Als grenzüberschreitende Dienstleistung nach GATS wird schliesslich auch die Konstellation betrachtet, in welcher der Dienstleistungserbringer aus dem einen Staat eine Dienstleistung über eine kommerzielle Präsenz im Staat des Dienstleistungsempfängers an diesen erbringt.[1694] Denkbar ist eine grenzüberschreitende Tätigkeit im Rahmen eines rechtlich selbständigen Tochterunternehmens oder einer unselbständigen Zweigniederlassung des ausländischen Dienstleistungserbringers.[1695]

2.2 Verständnis der grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen in dieser Arbeit

Im Rahmen dieser Arbeit werden unter dem Begriff der grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen die Konstellationen verstanden, in welchen die Finanzdienstleistungen grenzüberschreitend erbracht werden (im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit) oder durch eine unselbständige Zweigniederlassung (im Rahmen der Niederlassungsfreiheit). Die Gründung eines selbständigen Tochterunternehmens wird in dieser Arbeit nicht als grenzüberschreitende Finanzdienstleistung bezeichnet, denn selbständige Tochterunternehmen eines Mutterunternehmens stellen aus rechtlicher Sicht eigenständige Unternehmen nach dem Recht des Staats dar, in

---

1691 Vgl. Schürger, S. 1 und 10.

1692 Art. I Abs. 2 lit. b GATS; sog. passiver Dienstleistungsverkehr oder Nutzung im Ausland, vgl. Sethe, Drittstaaten, S. 618. Diese Form liegt vor, wenn z. B. ein deutscher Kunde für eine Vermögensberatung in die Schweiz zum Sitz des Vermögensberaters reist, vgl. Wess, Rz. 58; Hanten, S. 157.

1693 Art. I Abs. 2 lit. d GATS; Zetzsche, S. 69; z. B., wenn ein Schweizer Vermögensverwalter nach Frankreich reist, um seine dortige Kundin bei einem Geschäft zu beraten, vgl. Wess, Rz. 59; Hanten, S. 158.

1694 Art. I Abs. 2 lit. c GATS. Dazu Bizzozero/Robinson, S. 32; Wess, Rz. 60; Sethe, Drittstaaten, S. 618.

1695 Zetzsche, S. 69; Sethe, Drittstaaten, S. 618.

dem sie gegründet wurden.[1696] Die Erbringung von Dienstleistungen durch das Tochterunternehmen als inländisches Unternehmen erfolgt damit rechtlich nicht grenzüberschreitend aus einem Drittstaat.[1697] Der Vollständigkeit halber wird an gewissen Stellen dennoch auf die Möglichkeit der Gründung eines Tochterunternehmens hingewiesen.

III. Vorteile und Risiken der grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen

Die Öffnung eines Finanzmarkts für Finanzdienstleistungen aus einem Drittstaat steht stets im Spannungsfeld zwischen (wirtschaftlichen) Vorteilen und Risiken im aufsichtsrechtlichen Bereich.

1. Vorteile

1.1 Aus der Perspektive eines Staats, der seinen Finanzmarkt öffnet

Insbesondere aus wirtschaftlicher Perspektive ist eine Öffnung eines Finanzmarkts mit Vorteilen verbunden: Die Erweiterung eines Markts auf Akteure aus Drittstaaten erhöht Angebot und Nachfrage und die Liquidität des eigenen Markts.[1698] Dabei werden auch die Innovation und die Produktedifferenzierung gefördert.[1699] Zudem trägt die Erweiterung des Teilnehmerkreises zu mehr Wettbewerb auf dem Finanzmarkt bei und erhöht die Liquidität des Markts.[1700] Des Weiteren können Skalenerträge genutzt werden, was zu einer kostengünstigeren Abwicklung von Finanzdienstleistungen beitragen kann.[1701]

1.2 Aus der Perspektive eines Drittstaats

Aus Sicht eines Drittstaats wie der Schweiz ist die grenzüberschreitende Erbringung von Finanzdienstleistungen aus dem Drittstaat heraus oder über eine unselb-

---

[1696] Sethe, Drittstaaten, S. 618; Wess, Rz. 60; Pennesi, S. 42, Fn. 50.

[1697] Wess, Rz. 60. Das einzige grenzüberschreitende Element besteht darin, dass das Tochterunternehmen wirtschaftlich vom Mutterunternehmen im Drittstaat beherrscht wird, vgl. Pennesi, S. 42.

[1698] Zetzsche, S. 54 f.

[1699] Sethe, Drittstaaten, S. 616; siehe im Detail Zetzsche, S. 55.

[1700] Zetzsche, S. 55; Sethe, Drittstaaten, S. 616.

[1701] Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009, S. 47.

ständige Zweigniederlassung im anderen Staat wirtschaftlich attraktiv. Kann ein Schweizer Unternehmen aus der Schweiz heraus Dienstleistungen an die Kundschaft in der EU erbringen, vergrössert sich der Kreis der potenziellen Kundinnen und Kunden enorm, was gerade aufgrund des kleinen Heimmarkts der Schweiz für Unternehmen interessant ist.[1702] Von Vorteil für die Schweiz ist der Umstand, dass die Wertschöpfung dabei in der Schweiz erfolgt: Die Arbeitsplätze befinden sich in der Schweiz und die Steuereinnahmen kommen ebenfalls der Schweiz zugute.[1703]

2. Risiken

Neben diesen Vorteilen (für einen Finanzplatz und Drittstaaten) birgt eine Öffnung eines Finanzmarkts auch Gefahren für diesen: In der Lehre wird auf negative Externalitäten hingewiesen, welche drohen, im Falle, dass Anbieter aus Drittstaaten einer weniger strengen Aufsicht unterstellt sind.[1704] Zum einen nimmt damit das Risiko zu für die Kundschaft, welche mit weniger streng regulierten Unternehmen aus Drittstaaten Geschäfte eingeht (Gefahr für den Schutz der Marktteilnehmer, sog. Anlegerschutz).[1705] Zum anderen ist eine Marktöffnung oftmals mit Befürchtungen einer Regulierungsarbitrage und eines *race to the bottom* im Bereich des Aufsichtsrechts verbunden:[1706] Unternehmen aus Drittstaaten, welche weniger strengen Aufsichtsregeln unterstehen, könnten durch den Zugang in einen Finanzmarkt mit Akteuren, die strengeren Aufsichtsregeln unterworfen sind, einen Wettbewerbsvorteil erhalten[1707] und auf diese Weise eine Wettbewerbsverzerrung bewirken.[1708]

1702 Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009, S. 46.

1703 Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009, S. 47: Diese Vorteile bestehen gerade nicht, wenn ein Schweizer Unternehmen eine selbständige Tochtergesellschaft im Ausland gründen muss. Zudem ist die Gründung einer Tochtergesellschaft mit Mehrkosten verbunden.

1704 Pennesi, S. 3; Sethe, Drittstaaten, S. 616.

1705 Vgl. Zetzsche, S. 56 f.

1706 Zetzsche, S. 56 f.

1707 Weber/Sethe, S. 570.

1708 Sethe, Drittstaaten, S. 616.

Im schlimmsten Fall können Finanzdienstleister aus einem Drittstaat, welche dort nicht genügend beaufsichtigt werden, ein Risiko für die gesamte Stabilität eines Finanzmarkts darstellen, wenn sie in Konkurs gehen.[1709]

3. Notwendigkeit der Regulierung grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen

Aufgrund der Vorteile und Risiken ist für einen Staat bzw. einen Staatenbund wie die EU mit einem Binnenmarkt die Regelung des Zugangs von Finanzdienstleistern aus Drittstaaten zu diesem Finanzmarkt von grosser Relevanz. Der Staat bzw. Staatenbund muss rechtlich festlegen, welche Arten der grenzüberschreitenden Dienstleistungen zulässig sein sollen und unter welchen Bedingungen. Es geht somit um die Regelung der Bedingungen des Marktzugangs für Drittstaaten.

Im internationalen Finanzdienstleistungsverkehr haben sich verschiedene Ansätze der Regulierung grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen entwickelt, welche im nächsten Kapitel überblicksartig dargestellt werden sollen.

IV. Ansätze der Regulierung von grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen

1. *National Treatment*

1.1 Funktionsweise

Der erste Ansatz zur Regulierung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen, welcher zugleich den am meisten verwendeten Ansatz weltweit darstellt, ist das sog. *National* oder *Domestic Treatment*.[1710] Das *National Treatment* basiert auf dem Territorialitätsprinzip.[1711] Im Rahmen dieses Ansatzes werden alle Akteure, die auf einem Finanzmarkt tätig sind, d. h. heimische Unternehmen mit Sitz in diesem Staat und Unternehmen aus Drittstaaten, rechtlich gleichbehandelt:[1712] Un-

[1709] Dieses Risiko soll im Rahmen des Funktionsschutzes bzw. des Systemschutzes (als Teil des Funktionsschutzes), welche zentrale Ziele des Aufsichtsrechts im Bereich der Finanzdienstleistungen darstellen, verkleinert werden, vgl. Zobl/Kramer, Rz. 30.

[1710] Vgl. Pennesi, S. 39; Wess, Rz. 108.

[1711] Pennesi, S. 39; vgl. auch Schären/Jutzi, Rz. 20.

[1712] Oftmals kommt die Gleichbehandlung daher, dass ein Staat keine speziellen Regelungen für Unternehmen aus Drittstaaten enthält, vgl. Eggen/Schaefer, S. 371; Wess, Rz. 108.

ternehmen aus einem Drittstaat, die in einem Staat mit dem *National Treatment*-System tätig werden wollen, unterliegen den Vorschriften dieses Staates, z. B. in Bezug auf die Zulassung zur Tätigkeit oder das anschliessende Ausführen der Tätigkeit (aufsichtsrechtliche Vorgaben).[1713]

1.2 Wirkung

Folglich sind beim *National Treatment*-Ansatz der rechtliche Rahmen in einem Drittstaat und dessen Effektivität grundsätzlich nicht von Bedeutung für den Marktzutritt von Unternehmen aus Drittstaaten. Dieses muss, anders als bei der einseitigen oder gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit,[1714] die Vorschriften des Staats, in dem es tätig werden möchte, erfüllen, selbst wenn die Vorschriften im Drittstaat ein gleiches Sicherheitsniveau garantieren.[1715]

Da ein Unternehmen aus einem Drittstaat die gleichen Voraussetzungen insb. für die Aufnahme der Tätigkeit erfüllen muss wie heimische Unternehmen aus dem Staat mit *National Treatment*-Ansatz, führt dies dazu, dass es wie ein heimisches Unternehmen oftmals über eine Zulassung oder Registrierung in diesem Staat verfügen muss und nicht von einer bestehenden Zulassung im Drittstaat profitieren kann.[1716] Je nach Staat kann dies bedeuten, dass ein Unternehmen aus einem Drittstaat dazu eine unselbständige Zweigniederlassung im anderen Staat gründen muss oder sogar eine selbständige Tochtergesellschaft.[1717] Da dies mit höheren Kosten verbunden ist, könnten kleinere Unternehmen aus Drittstaaten davon abgehalten werden, auf diesem Markt tätig zu werden.[1718]

Ist ein Unternehmen aus einem Drittstaat in einem Staat mit *National Treatment* tätig, erfolgt die Aufsicht normalerweise durch die lokalen Aufsichtsbehörden in diesem Staat.[1719] Im Rahmen der Aufsicht kann es dazu kommen, dass die Auf-

---

1713 Wess, Rz. 108, m. w. H.

1714 Vgl. hinten § 9 Kap. A.IV.2.2.

1715 Eggen/Schaefer, S. 371.

1716 Schären/Jutzi, Rz. 20; Pennesi, S. 39.

1717 Pennesi, S. 39, 42.

1718 Schürger, S. 13.

1719 Pennesi, S. 40; Schären/Jutzi, Rz. 19 f. Bei einem Tochterunternehmen ist dies aus rechtlicher Sicht eine logische Folge, da ein Tochterunternehmen rechtlich kein fremdes Unternehmen darstellt, sondern ein Unternehmen des Staates, in welchem es seinen Sitz hat.

sichtsbehörde auch Tätigkeiten ausserhalb ihres Staates anschaut, was zur Extraterritorialität der Aufsicht führt.[1720]

2. Anerkennung der Gleichwertigkeit

2.1 Funktionsweise

Einen zweiten Ansatz zur Regelung von grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen stellt die Anerkennung der Gleichwertigkeit dar.[1721] Die Gleichwertigkeit kann auch im Bereich der Finanzdienstleistungen entweder einseitig von einer Partei anerkannt werden oder gegenseitig zwischen zwei oder mehreren Parteien.[1722]

Die Funktionsweise ist dabei im Grundsatz stets die gleiche: Anstatt dass ein Unternehmen aus einem Drittstaat nur Zugang zu einem fremden Finanzmarkt erhält, wenn es die Vorschriften dieses fremden Staats erfüllt (Ansatz des *National Treatment*), wird der Marktzugang gewährt, sofern das Unternehmen im Drittstaat einem Rechts- und Aufsichtsrahmen unterworfen ist, welcher gleichwertig ist zu jenem im anerkennenden Staat.[1723]

2.2 Wirkung

Weil das Recht des Drittstaats als gleichwertig anerkannt wird, genügt es, wenn das Unternehmen des Drittstaats die Vorschriften des Drittstaats einhält.[1724] Die Einhaltung der Vorschriften des Drittstaats ersetzt damit die Einhaltung der Vorschriften im Staat, in dem das Unternehmen grenzüberschreitend tätig sein möchte (sog. *Substituted Compliance*).[1725] Die Anerkennung der Gleichwertigkeit bedeutet für Unternehmen in Drittstaaten, im Vergleich zum *National Treatment*, weniger Kosten, da sie grundsätzlich die gleichen Vorschriften zu beachten haben, wie wenn sie nur im Drittstaat selbst tätig wären.

[1720] Vgl. zur Problematik der Extraterritorialität im Detail Pennesi, S. 41.

[1721] Eggen/Schaefer, S. 372; Pennesi, S. 41 ff. Die Anerkennung der Gleichwertigkeit ist auch im GATS explizit vorgesehen im Annex on Financial Services Abschnitt 3 lit. a.

[1722] Pennesi, S. 42. Zu den beiden Formen der Anerkennung der Gleichwertigkeit siehe vorne § 4 Kap. B.I.

[1723] Pennesi, S. 41 f. In der Lehre wird auch der Begriff der *Deference* verwendet, so z. B. bei Schürger, S. 6, oder Lehmann, S. 429.

[1724] Pennesi, S. 41 f.

[1725] Schären/Jutzi, Rz. 29.

2.2.1. *Passporting*

Für die Aufnahme der grenzüberschreitenden Tätigkeit brauchen Unternehmen aus Drittstaaten daher oftmals keine Zulassung im anerkennenden Staat, denn die Zulassung im Drittstaat wird als gleichwertig anerkannt.[1726] Dieses Prinzip wird als *Passporting* oder *Single License* bezeichnet:[1727] Mit einer Zulassung erhält ein Unternehmen Zugang zu mehreren Finanzmärkten.[1728] Dies vereinfacht die administrativen Hürden und senkt Kosten für auswärtige Unternehmen.[1729]

2.2.2. Herkunftslandkontrolle

Zudem wird bei der ein- oder gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit verschiedentlich eine Herkunftslandkontrolle vereinbart, was bedeutet, dass für die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften durch das Drittstaaten-Unternehmen die Aufsichtsbehörden im Drittstaat zuständig bleiben, auch wenn dieses grenzüberschreitend tätig ist.[1730] Grundlage dafür ist das Vertrauen, dass die Aufsichtsbehörden im Drittstaat ihre Aufsichtsaufgabe seriös ausführen, damit praktisch ein gleichwertiges Aufsichtsniveau besteht.[1731] Das Vertrauen wird in der Praxis oftmals durch Kooperationsvereinbarungen zwischen den Aufsichtsbehörden gestärkt.[1732]

2.3 Beispiele der Anerkennung der Gleichwertigkeit

2.3.1. Einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit

Die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit ist heute das wichtigste Konzept in der Regelung des Zugangs von Drittstaaten zum EU-Finanzbinnenmarkt und somit «der zentrale Marktzugangsmechanismus des europäischen Finanzmarkt-

---

1726 Eggen/Schaefer, S. 373; Schürger, S. 5.

1727 Schären/Jutzi, Rz. 29.

1728 Wess, Rz. 114.

1729 Arquint/Schaefer, S. 272.

1730 Zur Herkunftslandkontrolle im EU-Recht Jung/Bischof, Rz. 96; vgl. auch hinten § 9 Kap. A.V.1.2.2.

1731 Schürger, S. 72.

1732 Dazu Eggen/Schaefer, S. 371 f.; Schürger, S. 72.

rechts».[1733] Auch das Schweizer Recht[1734] und punktuell das US-Recht[1735] setzen auf das Konzept der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit.

2.3.2. Gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit

Während die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit das zentrale Prinzip der EU-Finanzmarkt-Architektur im Aussenverhältnis darstellt, ist die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit von zentraler Bedeutung im Innenverhältnis: Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit bildet zusammen mit dem Prinzip der Mindestharmonisierung das Fundament für die Schaffung des EU-Finanzbinnenmarkts.[1736]

In Asien und Amerika gibt es weitere Beispiele für eine gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit auf regionaler Ebene.[1737] Trotzdem bestehen insgesamt immer noch wenige Beispiele eines grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsverkehrs auf der Grundlage der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, obwohl diese Möglichkeit im GATS explizit vorgesehen ist.[1738] Ein aktuelles Beispiel, in welchem der gegenseitige Marktzugang auf der Grundlage der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in einer Vielzahl von Teilbereichen vereinbart wurde, ist das am 21. Dezember 2023 unterzeichnete bilaterale Abkommen zwischen dem UK und der Schweiz über die gegenseitige Anerkennung im Bereich der Finanzdienstleistungen.[1739]

1733 Schären/Jutzi, Rz. 30; Wess, Rz. 116; siehe im Detail hinten § 9 Kap. A.V.2.2.2.

1734 Z. B. die einseitige Anerkennung ausländischer Handelsplätze gem. Art. 41 FinfraG oder ausländischer zentraler Gegenparteien gem. Art. 60 FinfraG.

1735 Z. B. im Bereich des Derivatehandels. Im Rahmen des US-Rechts wird nicht von «*equivalence*», sondern von «*substituted compliance*» gesprochen, vgl. Lehmann/Zetzsche, Rz. 13; Schürger, S. 6; Emmenegger/Bigler, S. 160.

1736 Siehe im Detail hinten § 9 Kap. A.V.1.2.

1737 Vgl. Pennesi, S. 43.

1738 Pennesi, S. 43. Mit Ausnahme der EU betreffen die anderen Beispiele stets eine limitierte Anzahl Aktivitäten und Unternehmen.

1739 Das Abkommen wird auch als *Berne Financial Services Agreement* bezeichnet; vgl. zur Funktionsweise Botschaft Abkommen Schweiz–UK, S. 6 ff. und 9.

3. Harmonisierung

3.1 Funktionsweise

Ein dritter Ansatz zur Regelung von grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen besteht in der grenzüberschreitenden Harmonisierung von finanzmarktrechtlichen Vorschriften.[1740] Der Ansatz beruht auf der Idee, dass das Risiko abgebaut wird, wenn in zwei oder mehr Staaten ein gleicher Rechtsrahmen gilt, und dadurch die Unternehmen in diesen Staaten den gleichen Vorschriften unterliegen und die Aufsichtsbehörden überall die gleichen Kompetenzen haben.[1741]

3.2 Wirkung

Harmonisierte Vorschriften bilden wie bei der einseitigen oder gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit die Grundlage für ein Passport-System[1742] und eine Überwachung durch den Staat, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat.[1743] Die Zulassung und die Überwachung könnten auch durch eine zentralisierte Behörde erfolgen.

3.3 Beispiele für den harmonisierten Ansatz

3.3.1. Internationale Standards als Ausdruck einer Harmonisierung

Auf internationaler Ebene konnte bislang kein verbindlicher Rahmen mit Vorschriften für Unternehmen geschaffen werden.[1744] Trotzdem ist eine gewisse Harmonisierung erfolgt durch die Schaffung von internationalen Standards, die im Rahmen von sogenannten *transnational regulatory networks* wie der FSB, IOSCO oder dem Basler Ausschuss erlassen wurden.[1745] Die internationalen Standards sind nicht verbindlich für einzelne Staaten, sondern stellen *soft law* dar.[1746] Trotzdem darf ihre Wirkung nicht unterschätzt werden: Dadurch, dass diese internationalen Standards von vielen Staaten übernommen werden, entsteht eine gewis-

---

1740 Pennesi, S. 34 ff.

1741 Vgl. Wess, Rz. 118.

1742 Wess, Rz. 117 f.; Eggen/Schaefer, S. 373; vgl. vorne § 9 Kap. A.IV.2.2.1.

1743 Vgl. vorne § 9 Kap. A.IV.2.2.2.

1744 Eggen/Schaefer, S. 371.

1745 Vgl. im Detail Pennesi, S. 34 ff.

1746 Vgl. Pennesi, S. 35.

se Harmonisierungswirkung.[1747] Das EU-Recht macht die Übernahme gewisser Prinzipien und Standards zu einer Voraussetzung für eine einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit.[1748] Auf diese Weise werden diese Prinzipien auch für Drittstaaten verbindlich, wenn sie grenzüberschreitend auf dem EU-Binnenmarkt tätig sein möchten.

3.3.2. Harmonisierung auf regionaler Ebene: EU-Finanzbinnenmarkt

Wie im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit bereits angesprochen, erfolgte die Schaffung des EU-Finanzbinnenmarkts zu einem wesentlichen Teil auf der Grundlage der Harmonisierung des Rechts.[1749]

V. Regelung grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen in der EU

Die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit stellt im Bereich der Finanzdienstleistungen seit 2009 das zentrale System in der EU zur Regelung der Beziehungen zu Drittstaaten dar.[1750] Um den Bedeutungszuwachs der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit darzustellen, muss zunächst auf die Entwicklung der Regelung der grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungen innerhalb der EU (Kap. A.V.1.) und im Verhältnis zu Drittstaaten (Kap. A.V.2.) eingegangen werden. Am Schluss des Kapitels soll ein Überblick über die möglichen Zugänge zum EU-Finanzbinnenmarkt für Drittstaaten gegeben werden (Kap. A.V.3.).[1751]

1747 Vgl. Pennesi, S. 36 f., welcher auf die fehlende Möglichkeit der Durchsetzung dieser Standards hinweist.

1748 Vgl. hinten § 9 Kap. C.I.5.2.2.3. und Kap. C.I.5.2.2.4.

1749 Vgl. vorne § 9 Kap. A.IV.2.3.2.

1750 Schären/Jutzi, Rz. 30.

1751 Hinweis zur Bezeichnung der EU-Rechtsakte in § 9: Bei den jüngeren EU-Rechtsakten wird jeweils, wie in der Literatur und Praxis üblich, die englische Kurzbezeichnung verwendet. Für die vollständigen Angaben zu den Rechtsakten vgl. das Rechtsquellenverzeichnis.

1. Entwicklung grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen innerhalb der EWG/EG/EU

1.1 Ziel der Vollharmonisierung bis 1985

Die Entwicklung des EU-Rechts im Bereich der Finanzdienstleistungen zeigt starke Parallelen zu den anderen in dieser Arbeit behandelten Themenbereichen auf und folgt der allgemeinen Entwicklung der Harmonisierung innerhalb der EWG/EG/EU.[1752] Die Harmonisierung des Finanzbereichs als Teilbereich des Gemeinsamen Markts wurde von der Kommission bereits in den 1960er Jahren angestrebt, um die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit zu verwirklichen.[1753]

Wie in anderen Bereichen gelang bis zum Erlass des Weissbuchs 1985 keine grossflächige Harmonisierung und somit kein Durchbruch hin zu einem gemeinsamen Markt, in welchem die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit realisiert werden konnten.[1754] Die zunächst angestrebte Vollharmonisierung erwies sich auch in diesem Bereich aus verschiedenen Gründen, insb. wegen des Einstimmigkeitserfordernisses beim Erlass von Richtlinien, als nicht erreichbar.[1755] Die ersten EWG-Rechtsakte im Bereich der Finanzdienstleistungen waren daher geprägt von einer «Politik der kleinen Schritte»[1756]: Auf Ebene der EWG wurden nur Mindeststandards festgelegt, wobei die Mitgliedstaaten weitergehende nationale Regelungen beschliessen konnten.[1757] Da auf diese Weise die Grundlagen für einen gemeinsamen Markt nicht geschaffen werden konnten, war die grenzüberschreitende Erbringung von Finanzdienstleistungen auch zwischen den EWG-Mitgliedstaaten noch mit grossen Hindernissen verbunden.[1758]

1752 Vgl. zur allgemeinen Entwicklung vorne § 3 Kap. C.I.3.1.

1753 Wess, Rz. 77 m. w. H.; Lutter et al., Rz. 5.7 ff.

1754 Die Kommission strebte bereits in den 1970er Jahren eine einheitliche Bankenaufsicht an, welche aufgrund des Widerstands der Mitgliedstaaten nicht durchgesetzt werden konnte, vgl. Hübner, Rz. 6.

1755 Wess, Rz. 77.

1756 Hübner, Rz. 6.

1757 Hübner, Rz. 6, mit Verweis auf die RL 77/780/EWG (erste Bankenkoordinierungs-RL).

1758 Im Versicherungsbereich wurden in den 1970er Jahren immerhin die Grundlagen für die Schaffung von Zweigniederlassungen angeglichen mit der RL 73/239/EWG (erste Koordinierungs-RL Schaden), vgl. Botschaft Versicherungsabkommen 1991, S. 4.

1.2 Mindestharmonisierung und gegenseitige Anerkennung ab 1985

Ein Anschub für den Integrationsprozess innerhalb der damaligen EWG erfolgte ab Mitte der 1980er Jahre durch das Weissbuch zur Vollendung des Binnenmarkts 1985 und die Einheitliche Europäische Akte 1986.[1759] Das Weissbuch stellte den Grundstein dar für die Schaffung eines einheitlicheren Markts für Finanzdienstleistungen.[1760]

Die damalige EG-Kommission unterstrich im Weissbuch, dass sich der neue Ansatz im Bereich der Finanzdienstleistungen mit jenem im Bereich der Industrie- und Agrarprodukte vergleichen lässt.[1761] Sie schlug als Strategie eine «minimale Koordinierung der Vorschriften (insb. hinsichtlich solcher Fragen wie die Zulassung, die finanzielle Überwachung und Neuorganisation, die Liquidität usw.)»[1762] vor, welche als Grundlage für die «gegenseitige Anerkennung der jeweiligen einzelstaatlichen Vorschriften»[1763] dienen sollte.[1764] Diese Doppelstrategie im Bereich der Finanzdienstleistungen ging somit auch auf die Rechtsprechung des EuGH im Fall *Cassis de Dijon* zurück, durch welche das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung einen Durchbruch erlebte.[1765]

In den Rechtsakten, welche ab 1985 erlassen wurden, wurde das neue Konzept des Weissbuchs umgesetzt: Die neuen Richtlinien harmonisierten die Vorschriften so weit, wie dies «zur Gewährleistung der gegenseitigen Anerkennung der Zulassung und der Aufsichtssysteme unbedingt erforderlich und hinreichend ist».[1766] In Ausführung der Mindestharmonisierung und der Anerkennung der Gleichwertigkeit wurden in den Rechtsakten zwei Prinzipien vorgesehen, mit welchen die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit verwirklicht werden konn-

---

1759 Hübner, Rz. 6.

1760 Wess, Rz. 77; Schären/Jutzi, Rz. 7; Jung/Bischof, Rz. 2.

1761 Weissbuch 1985, Ziff. 102.

1762 Weissbuch 1985, Ziff. 102.

1763 Weissbuch 1985, Ziff. 102.

1764 Lutter et al., Rz. 5.24.

1765 EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42; vgl. zu diesem Urteil vorne § 4 Kap. C.V.1.

1766 Erw. 4 RL 89/646/EWG; Erw. 3 RL 93/22/EWG; Erw. 3 RL 93/6/EWG.

ten:[1767] Es handelt sich dabei um den Europäischen Pass und die Herkunftslandkontrolle.[1768]

1.2.1. Europäischer Pass

Die gegenseitige Anerkennung *der Zulassung* wurde im Prinzip der Einheitszulassung konkretisiert: Verfügt ein Akteur über eine Zulassung in einem Mitgliedstaat (auf der Grundlage der harmonisierten Vorschriften), darf er seine Tätigkeiten in der ganzen EU ausführen, sei es grenzüberschreitend oder durch eine unselbständige Zweigniederlassung.[1769] Dies ist möglich, weil die Mitgliedstaaten die Zulassung gegenseitig anerkennen müssen. Auf der Grundlage einer einzigen Zulassung steht dem Unternehmen damit die Erbringung von Dienstleistungen in der ganzen EU offen, weshalb vom Europäischen Pass (Europapass oder von der *Single License*) gesprochen wird.[1770]

1.2.2. Herkunftslandkontrolle

Die gegenseitige Anerkennung *der Aufsichtssysteme* wurde durch das Prinzip der Herkunftslandkontrolle in der Praxis umgesetzt.[1771] Gemäss diesem Prinzip erfolgt die Kontrolle eines Unternehmens in dessen Herkunftsland, d. h. im Mitgliedstaat, in dem es seinen Sitz hat.[1772] Die Herkunftslandkontrolle basiert auf der gegenseitigen Anerkennung der Aufsichtssysteme, welche wiederum die Mindestharmonisierung der Aufsicht als Grundlage hat: Weil in allen Mitgliedstaaten ein gewisses Mindestniveau an Aufsicht gewährleistet ist, anerkennen die Mitgliedstaaten die Aufsichtssysteme der jeweils anderen Mitgliedstaaten.[1773]

1.2.3. Bedeutung der beiden Prinzipien

Die Regelung des Europäischen Passes und der Herkunftslandkontrolle auf der Grundlage der Mindestharmonisierung und des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung in den einzelnen Bereichen hat die Grundlage für einen EU-

---

[1767] Jung/Bischof, Rz. 96.

[1768] Sie werden zusammen auch als Sitzlandprinzip bezeichnet, vgl. Jung/Bischof, Rz. 96.

[1769] Z. B. Art. 5 RL 92/49/EWG.

[1770] Jung/Bischof, Rz. 96.

[1771] Jung/Bischof, Rz. 96.

[1772] Jung/Bischof, Rz. 96.

[1773] Jung/Bischof, Rz. 97; z. B. Erw. 5 und Art. 9 RL 92/49/EWG.

Finanzbinnenmarkt geschaffen, da auf diese Weise grenzüberschreitende Tätigkeiten hindernisfrei ermöglicht wurden. Die beiden Prinzipien wurden zuerst im Bereich der Banken eingeführt,[1774] danach folgte der Bereich der Versicherungen,[1775] der Wertpapierdienstleistungen[1776] und schliesslich der Fonds-Geschäfte.[1777] Die beiden Prinzipien bilden auch heute noch das Fundament des EU-Finanzbinnenmarkts in den einzelnen Bereichen.[1778]

1.3 Verstärkte Harmonisierung seit 1999

Die Entwicklung des EU-Finanzbinnenmarkts wurde im Rahmen des Aktionsplans für Finanzdienstleistungen 1999 weiterentwickelt: Durch den Aktionsplan wurden wichtige Rechtsakte geschaffen, welche als Grundbausteine des Finanzmarktrechts gelten.[1779]

Die nächste Phase ab 2005 sollte eine Konsolidierung der zuvor geschaffenen Grundbausteine bringen.[1780] Sie wurde durch die globale Finanzkrise 2007/2008 beendet, welche den Ursprung für weitreichende Reformen des EU-Finanzmarktrechts war: Im Rahmen dieser Reformen, die auf dem Larosière-Bericht von 2009 beruhten, wurde eine «umfassende Reform sowohl des Aufsichtssystems als auch des materiellen Kapitalmarktrechts»[1781] durchgeführt.[1782] Aufgrund der Defizite im Bereich der Aufsicht, welche die Finanzkrise deutlich machte, wurde zuerst das

---

1774 RL 89/646/EWG (zweite Bankenkoordinierungs-RL), m. w. H. Wess, Rz. 82, Fn. 405.

1775 Im Bereich der Direktversicherung: Erw. 5 f. und Art. 5 RL 92/49/EWG (Europäischer Pass); Erw. 9 und Art. 9 RL 92/49/EWG (Herkunftslandkontrolle); im Bereich der Lebensversicherung: Erw. 5 f. und Art. 4 RL 92/96/EWG (Europäischer Pass); Erw. 7, 10 und Art. 8 RL 92/96/EWG (Herkunftslandkontrolle).

1776 RL 93/22/EWG (Wertpapierdienstleistungs-RL).

1777 Erste Ansätze bestanden bereits in der RL 85/611/EWG (UCITSD I). Der Europäische Pass für Verwaltungsgesellschaften wurde mit der RL 2009/65/EG (UCITSD IV) eingeführt. Ein Europäischer Pass ist auch in der AIFM-RL vorgesehen, vgl. zum Ganzen Wess, Rz. 82, Fn. 405.

1778 Art. 33 CRD IV; Art. 34 f. MiFID II; Art. 15 Abs. 1 Solvency II; vgl. Wess, Rz. 77; Jung/Bischof, Rz. 2.

1779 Z. B. die MiFID I, vgl. Lutter et al., Rz. 14.20 f.; Pennesi, S. 52; Aktionsplan Finanzdienstleistungen 1999, S. 4.

1780 Jung/Bischof, Rz. 3; Lutter et al., Rz. 14.22.

1781 Lutter et al., Rz. 14.25.

1782 Jung/Bischof, Rz. 5; Lutter et al., Rz. 14.25.

Europäische Finanzaufsichtssystem neu geordnet.[1783] Danach wurde auch eine Totalrevision der Grundbausteine durchgeführt[1784] und neue Rechtsakte geschaffen in Bereichen, die bislang noch nicht rechtlich geregelt waren.[1785]

Mit den Reformen war eine Entwicklung in Richtung einer Vollharmonisierung verbunden.[1786] Dies zeigte sich daran, dass oftmals Verordnungen erlassen wurden, welche bestehende Richtlinien ergänzten.[1787] In den Bereichen, welche neu geregelt wurden, setzte der EU-Gesetzgeber von Anfang an auf das Instrument der Verordnung.[1788] Daher kann man spätestens seit der Finanzkrise 2007/2008 «bei der Finanzmarktregulierung in der EU nicht mehr vom Prinzip der Mindestharmonisierung sprechen».[1789]

2. Entwicklung des EU-Rechts gegenüber Drittstaaten

2.1 Marktzugang mittels bilateraler Abkommen

Bereits in den 1970er Jahren erhielten die Rechtsakte der damaligen EWG im Bereich der Banken und Versicherungen erste Vorschriften betreffend den Umgang mit Akteuren aus Drittstaaten.[1790] Im Bereich der Banken wurde etwa vorgeschrieben, dass Zweigstellen von Kreditinstituten aus Drittstaaten von den einzelnen Mitgliedstaaten nicht günstiger behandelt werden dürfen als Kreditinstitute von anderen Mitgliedstaaten.[1791]

In Bezug auf die Regelung der Frage des Marktzugangs sah das EWG/EG-Recht über lange Zeit nur die Option eines Abkommens mit Drittstaaten vor.[1792] Der Zu-

---

1783 Lutter et al., Rz. 14.26.

1784 Lutter et al., Rz. 14.28.

1785 Lutter et al., Rz. 14.29.

1786 Jung/Bischof, Rz. 6.

1787 CRR ergänzt CRD IV, MiFIR ergänzt MiFID II. Vgl. zur Tendenz des Wechsels von Richtlinien zu Verordnungen Glaser, Handbuch des Verwaltungsrechts, Rz. 15 ff.

1788 Vgl. z. B. die Verordnungen EMIR, CSDR oder CRAR.

1789 Wess, Rz. 79.

1790 Art. 23 RL 73/239/EWG (erste Koordinierungs-RL Schaden); Art. 9 RL 77/780/EWG (erste Bankenkoordinierungs-RL).

1791 Art. 9 Abs. 1 RL 77/780/EWG (erste Bankenkoordinierungs-RL).

1792 Schürger, S. 24; Art. 29 RL 73/239/EWG (erste Koordinierungs-RL Schaden); Art. 9 Abs. 3 RL 77/780/EWG (erste Bankenkoordinierungs-RL).

gang zu den Märkten einzelner Mitgliedstaaten war für Drittstaaten jedoch möglich auf der Grundlage mitgliedstaatlichen Rechts.

2.2 Marktzugang mittels einseitiger Anerkennung der Gleichwertigkeit

2.2.1. Anfänge vor der globalen Finanzkrise 2007–2008

Der erste Rechtsakt, in welchem die Idee der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit durch die EU-Kommission verwirklicht wurde, war die RL 2003/71/EG (Prospekt-RL).[1793] Die Prospekt-RL schrieb vor,[1794] dass für die Zulassung von Wertpapieren an einer Wertpapierbörse ein Prospekt notwendig ist, in welchem die wichtigsten Informationen zum Wertpapier enthalten sind.[1795] Für Wertpapiere von Unternehmen aus Drittstaaten war vorgesehen, dass deren Prospekte in der EU anerkannt werden, sofern im Drittstaat die Offenlegungsstandards der IOSCO eingehalten werden und die Anforderungen des Drittstaats gleichwertig sind zu jenen in der Prospekt-RL.[1796] Im ersten Entwurf sah die Kommission vor, dass die Entscheidung über die Anerkennung der Gleichwertigkeit durch die einzelnen Mitgliedstaate gefällt werden soll.[1797] Das Europäische Parlament schlug jedoch vor, dass die Beurteilung der Gleichwertigkeit einheitlich durch die Kommission erfolgen soll, welche einen Beschluss darüber fasst.[1798]

In der Prospekt-RL wurden schliesslich zwei alternative Möglichkeiten festgelegt: Einerseits konnte die Einhaltung der internationalen Offenlegungsstandards der IOSCO und der Gleichwertigkeit mit den Vorgaben der Prospekt-RL durch einen Herkunftsmitgliedstaat anerkennt werden, wobei diese einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit einen Europäischen Pass bewirkte, indem der Prospekt in allen Mitgliedstaaten anerkennt wird.[1799] Andererseits war erstmals die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit durch die EU-Kommission vorgesehen.[1800]

1793 Lehmann/Zetzsche, Rz. 14; Schürger, S. 25.

1794 Die Prospekt-RL ist durch die VO 2017/1129 (Prospekt-VO) ersetzt worden.

1795 Jung/Bischof, Rz. 192.

1796 Art. 20 Abs. 1 lit. a, b RL 2003/71/EG.

1797 Vgl. den Entwurf zu Art. 18 in EU-Kommission, Entwurf Prospekt-RL.

1798 Europäisches Parlament, Bericht Prospekt-RL, Änderungsantrag 55 zu Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1.

1799 Art. 20 Abs. 2 i. V. m. Art. 17 Abs. 1 RL 2003/71/EG.

1800 Art. 20 Abs. 3 RL 2003/71/EG.

In der Folge wurde das System der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit auch in der RL 2004/109/EG (Transparenz-RL) und in der RL 2006/43/EG (Abschlussprüfungs-RL) verwirklicht.[1801]

2.2.2. Bedeutungszuwachs nach der globalen Finanzkrise 2007–2008

Obwohl das Prinzip der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in gewissen Teilbereichen bereits vor der Finanzkrise zur Anwendung kam, wurde die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit erst im Nachgang zur globalen Finanzkrise von 2007/2008 zum zentralen Prinzip im EU-Recht bezüglich des Zugangs von Drittstaaten zum EU-Finanzbinnenmarkt.[1802]

Die umfassenden Reformen des EU-Finanzmarktrechts, welche im Nachgang zur globalen Finanzkrise einsetzten, betrafen auch die Regelungen über den Zugang von Drittstaaten zum EU-Finanzbinnenmarkt.[1803] Sowohl in den Verordnungen, welche bestehende Richtlinien ergänzten, als auch in den neuen Rechtsakten, welche Thematiken regelten, für welche zuvor noch keine oder keine genügenden Vorschriften bestanden, wurde zur Regelung des grenzüberschreitenden Verhältnisses zu Drittstaaten der Mechanismus der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit verwendet.[1804]

In der Lehre ist umstritten, weshalb die EU auf das Prinzip der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit und nicht auf einen anderen Regulierungsansatz setzte.[1805] Quaglia argumentiert, dass das Prinzip der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit einen Kompromiss der EU-Kommission darstelle aufgrund unterschiedlicher Standpunkte von Mitgliedstaaten in der Frage des Zugangs von Drittstaaten zum EU-Finanzbinnenmarkt.[1806] Der Entscheid, den Marktzugang auf der Grundlage des Prinzips der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zu gestalten, ist auch vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklungen zu sehen: Einerseits ist die gegenseitige Anerkennung als Vorgehensweise im GATS

[1801] Schürger, S. 25.

[1802] Vgl. Schären/Jutzi, Rz. 25.

[1803] Lutter et al., Rz. 14.25, 14.27.

[1804] Z. B. im Bereich der Ratingagenturen, alternativen Investmentfonds oder des Handels mit Derivaten, siehe Quaglia, S. 167.

[1805] Vgl. Quaglia, S. 168 f., m. w. H.

[1806] Quaglia, S. 171; Imm, S. 95.

explizit vorgesehen.[1807] Andererseits wurde das sog. *Deference*-Modell[1808] auch auf Ebene der G20 empfohlen, insb. im Bereich des Derivatehandels.[1809]

Obwohl nicht anschliessend geklärt ist, aus welchen Gründen die EU auf die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit setzte, ist festzuhalten, dass sich dieses Prinzip mit den Reformen nach der globalen Finanzkrise als zentraler Mechanismus zur Regelung von grenzüberschreitenden Sachverhalten im Bereich der Finanzdienstleistungen im EU-Recht etabliert hat.[1810]

2.2.3. Weiterentwicklung des Gleichwertigkeitsprinzips im Lichte von Brexit

Da es beachtliche Unterschiede zwischen den Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in den einzelnen Bereichen gibt, wurden Diskussionen über Verbesserungen des Systems geführt und Reformen von einzelnen Bestimmungen vorgenommen.[1811] Reformbestrebungen des Marktzugangssystems für Drittstaaten wurden auch vor dem Hintergrund des Austritts des UK aus der EU laut.[1812] Die angestossenen Reformen führten tendenziell zu einer Verschärfung des Prinzips der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, indem die Anforderungen erhöht wurden.[1813] Es handelt sich dabei insb. um die Revision des Mechanismus in der EMIR sowie in MiFID II und MiFIR.[1814]

[1807] Vgl. Erw. 7 EMIR, welche in Bezug auf die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit auf das GATS verweist.

[1808] *Deference* dient als Sammelbegriff für die Modelle der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit. Es geht somit um die Konstellationen, in welchen Staaten vom Ansatz des *National Treatment* abrücken bei Akteuren aus Drittstaaten, welche über einen gleichwertigen Rahmen der Vorschriften und Aufsicht verfügen, vgl. Schürger, S. 6.

[1809] G20 Gipfel St. Petersburg, Leaders Declaration, Ziff. 71; Schürger, S. 25 f.

[1810] Schären/Jutzi, Rz. 31; Quaglia, S. 168: «Equivalence rules are the cornerstone of the new regulatory approach of the EU towards third countries in finance.»

[1811] EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 5.

[1812] Jutzi/Schären, S. 419.

[1813] Schären/Jutzi, Rz. 46.

[1814] Schären/Jutzi, Rz. 41 ff., 45 ff.

3. Optionen des EU-Marktzugangs für Drittstaaten

3.1 Zentraler Marktzugang zum EU-Finanzbinnenmarkt

3.1.1. Einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit

Wie erläutert, stellt die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit aus heutiger Perspektive den zentralen Mechanismus für den Marktzugang von Drittstaaten zum EU-Binnenmarkt dar.[1815] Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit sind in 40 Vorschriften vorgesehen, welche sich auf 17 Rechtsakte verteilen.[1816] Die Kommission hat bislang mehr als 280 Gleichwertigkeitsbeschlüsse für mehr als 30 Staaten gefällt.[1817]

3.1.2. Bilaterale Abkommen zwischen der EU und Drittstaaten

Obwohl der Mechanismus der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit die Möglichkeit von Abkommen zwischen der EU und Drittstaaten als zentrale Option zur Regelung grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen abgelöst hat, ist die Möglichkeit von bilateralen Abkommen weiterhin möglich und explizit in einigen EU-Sekundärrechtsakten vorgesehen.[1818]

3.1.3. Gründung einer EU-Tochtergesellschaft

Der Vollständigkeit halber soll darauf hingewiesen werden, dass Unternehmen aus Drittstaaten stets die Möglichkeit haben, ein selbständiges Tochterunternehmen in einem Mitgliedstaat zu gründen.[1819] Als EU-Unternehmen steht der Tochtergesellschaft die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit *ex origine* zu, d. h., sie profitiert vom Europäischen Pass.[1820] Die Schaffung eines Tochterunternehmens ist wirtschaftlich sowohl für das Unternehmen als auch für den Drittstaat weniger attraktiv.[1821]

[1815] Vgl. vorne § 9 Kap. A.IV.2.3.1. und A.V.2.2.2.

[1816] EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 2; Schürger, S. 65.

[1817] EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 2; siehe die Übersicht über alle Beschlüsse auf der Website der Kommission, abrufbar unter: <https://finance.ec.europa.eu/eu-and-world/equivalence-non-eu-financial-frameworks_en>.

[1818] Art. 171, 175 und 264 Solvency II.

[1819] Vgl. bereits vorne § 9 Kap. A.II.2.1 und A.II.2.2.

[1820] Lehmann/Zetzsche, Rz. 43.

[1821] Lehmann/Zetzsche, Rz. 43.

3.1.4. *Reverse Solicitation*

Unternehmen von Drittstaaten können Kunden aus der EU ohne Abkommen oder einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit betreuen, wenn die Initiative für ein Rechtsgeschäft klar vom Kunden in der EU ausgeht.[1822] Das EU-Recht sieht diese Konstellation als reinen Drittstaaten-Sachverhalt, da der EU-Kunde freiwillig eine Rechtsbeziehung mit einem Unternehmen aus einem Drittstaat eingehen möchte und somit freiwillig auf den Schutz des EU-Rechts verzichtet.[1823] Diese Konstellation wird als passive Dienstleistungsfreiheit[1824] oder *Reverse Solicitation* bezeichnet.[1825]

3.2 Zugang zu den Märkten einzelner Mitgliedstaaten

Neben den Optionen des zentralisierten Zugangs zum EU-Binnenmarkt besteht in vielen Bereichen weiterhin die Möglichkeit für Drittstaaten, den Zugang zum Markt einzelner Mitgliedstaaten zu erlangen.[1826] Diese Zugänge sind nicht mit einem Europäischen Pass verbunden, was bedeutet, dass Drittstaaten nur Zugang zu einzelnen Mitgliedstaaten, nicht zum gesamten EU-Finanzbinnenmarkt, erhalten.[1827]

B. Entwicklung der grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen Schweiz–EU

I. Interessenlage in der Schweizer Finanzmarktpolitik

1. Bedeutung des Zugangs zu ausländischen Märkten

Der Schweizer Finanzmarkt ist seit langer Zeit international ausgerichtet, indem in der Schweiz ansässige Unternehmen grenzüberschreitende Geschäfte mit auslän-

---

1822 Schären/Jutzi, Rz. 16.

1823 Eggen/Schaefer, S. 369; Sethe, Drittstaaten, S. 618.

1824 Sethe, Drittstaaten, S. 618.

1825 Schären/Jutzi, Rz. 16.

1826 Schären/Jutzi, Rz. 51 f. Z. B. im Bereich der Erbringung von Finanzdienstleistungen an Kleinanleger und sog. gekorene professionelle Kunden gem. Art. 39 MiFID II, vgl. dazu im Detail Wess, Rz. 241 ff.

1827 Schären/Jutzi, Rz. 54; Wess, Rz. 242.

dischen Kunden führen.[1828] Die Schweiz weist grundsätzlich einen kleinen Heimmarkt auf.[1829] Die Bedeutung des Schweizer Finanzplatzes in der Welt ist daher zu einem grossen Masse auf das grenzüberschreitende Geschäft von Schweizer Finanzmarktakteuren zurückzuführen. So ist die Schweiz mittlerweile das wichtigste Zentrum für die grenzüberschreitende Vermögensverwaltung und auch im Bereich des Erst- und Rückversicherungsgeschäfts sehr bedeutend.[1830]

Die internationale Ausrichtung des Schweizer Finanzplatzes ist finanziell attraktiv, hat jedoch auch Schwachstellen, was der Bundesrat 2009 betonte: «Die grosse Abhängigkeit von der grenzüberschreitenden Vermögensverwaltung und der vergleichsweise kleine Heimmarkt machen den Schweizer Finanzplatz verwundbar.»[1831] Für viele Akteure auf dem Finanzplatz Schweiz ist die Möglichkeit, grenzüberschreitend tätig zu sein, von zentraler wirtschaftlicher Bedeutung.[1832]

2. Bedeutung des Zugangs zum EU-Finanzbinnenmarkt

Der Zugang zu den Märkten der Nachbarstaaten und anderen europäischen Märkten war aufgrund «der geographischen Nähe sowie der wirtschaftlichen und kulturellen Verbundenheit»[1833] stets von grosser Bedeutung für die Schweiz und ist es auch heute noch.[1834]

Solange im grenzüberschreitenden Verhältnis zwischen einzelnen EWG-Mitgliedstaaten selbst Marktzugangshürden bestanden, war die Schweiz als Drittstaat in Bezug auf den Marktzugang nicht wesentlich schlechter gestellt als die EWG-Mitgliedstaaten selbst.[1835] Mit der schrittweisen Ausformung von gemeinsamen

---

1828 Z. B. bei der Anlageberatung oder der Vermögensverwaltung, vgl. Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009, S. 11.

1829 Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009, S. 46.

1830 Bundesrat, Bericht Zukunft Finanzplatz 2020, S. 5; siehe bereits Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009, S. 11. Weniger wichtig ist hingegen aus Schweizer Sicht das grenzüberschreitende Retailgeschäft der Banken, welches nicht so stark international ausgerichtet ist, vgl. Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009, S. 12, 20 mit einer Übersicht.

1831 Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009, S. 21.

1832 Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009, S. 21.

1833 Bundesrat, Bericht Zukunft Finanzplatz 2020, S. 7.

1834 Bundesrat, Bericht Zukunft Finanzplatz 2020, S. 7.

1835 Schweizer Versicherungsunternehmen verfügten bereits in den 1970er Jahren über Zweigniederlassungen in den EWG-Mitgliedstaaten gestützt auf mitgliedstaatliches Recht, vgl. Botschaft Versicherungsabkommen 1991, S. 4; siehe dazu bereits vorne § 3 Kap. C.I.2.2.

Finanzmärkten innerhalb der EWG in den einzelnen Teilbereichen ab den 1980er Jahren, wodurch die Hürden für den grenzüberschreitenden Handel zwischen den EWG-Mitgliedstaaten gesenkt wurden, wuchsen in der Schweiz als Drittstaat die Befürchtungen in Bezug auf die Konkurrenzfähigkeit des Schweizer Finanzmarkts[1836] und es entstand ein zunehmender «Wettbewerbsdruck».[1837] Der Zugang zu diesem sich immer stärker entwickelnden EU-Finanzbinnenmarkt wurde daher in den späten 1980er Jahren zu einem zentralen Ziel der Schweizer Finanzmarktpolitik.[1838]

Das Ziel der Erhaltung und des Ausbaus des Marktzugangs zum EU-Finanzbinnenmarkt hat sich im Grundsatz bis heute nicht geändert und stellt weiterhin einen zentralen Pfeiler der Schweizer Finanzmarktpolitik dar.[1839] Im Laufe der Jahre haben sich hingegen die Strategien des Marktzugangs gewandelt, also die Art und Weise, wie die Schweiz den Zugang zum EU-Finanzbinnenmarkt zu erreichen versuchte. Die Entwicklung soll im nächsten Kapitel kurz aufgezeigt werden.

II. Etappen der Entwicklung

Die Entwicklung der grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen zwischen der Schweiz und der EU lässt sich grob in eine Zeit vor dem Aufkommen der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit bis 2009 (Kap. B. II.1.) und eine Phase danach (Kap. B.II.2.) teilen.

1. Entwicklung bis 2009: Versuch des Marktzugangs mittels bilateraler Abkommen

1.1 Entwicklung vor 1993

In den Richtlinien, mit welchen die Grundlagen für die Ausformung gemeinsamer Märkte in den einzelnen Bereichen geschaffen wurden, war als einzige Zugangs-

---

1836 In Bezug auf das Fondsgeschäft Botschaft AFG, S. 223; Forstmoser, S. 524 f.

1837 Botschaft AFG, S. 219 f.

1838 Vgl. Sethe, Rechtsangleichung, S. 355.

1839 Vgl. den neusten Bericht des Bundesrats, in dem der Marktzugang unter dem Titel «Exportfähigkeit von Finanzdienstleistungen verbessern» einen zentralen Platz einnimmt, Bundesrat, Bericht Zukunft Finanzplatz 2020, S. 14.

möglichkeit für Drittstaaten zum EU-Finanzbinnenmarkt der Abschluss von bilateralen Abkommen mit der EWG/EG/EU vorgesehen.[1840]

In der Schweiz wurden die Vorgänge in der EU jeweils genau beobachtet und nach Inkrafttreten der neuen Rechtsakte versucht, einen Zugang zu diesem neuen Markt mittels eines Abkommens zu erreichen. Das einzige erfolgreiche Beispiel dieser Bestrebungen stellt das Abkommen zwischen der Schweiz und der EWG über Direktversicherungen von 1989 dar.[1841] 1989 setzten die Verhandlungen zum EWR-Abkommen ein.[1842] Durch das EWR-Abkommen wurden die EG-Vorschriften über Finanzdienstleistungen auf die EFTA-Mitgliedstaaten ausgedehnt, welche dem Beitritt zum EWR-Abkommen zustimmten.[1843] Damit wurden die EWR/EFTA-Mitgliedstaaten mit Inkrafttreten des Abkommens auf den 1. Januar 1994 Teil des sich formierenden EU-Finanzbinnenmarkts und können seither insb. vom Europäischen Pass profitieren.[1844]

1.2 Entwicklung ab 1993

Die Schweiz blieb aufgrund der Ablehnung des Beitritts zum EWR-Abkommen in der Volksabstimmung am 6. Dezember 1992 im Verhältnis zum EWR weiterhin ein Drittstaat, welcher nicht von der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit (mit Ausnahme im Bereich der Direktversicherungen aufgrund des Versicherungsabkommens) profitieren konnte.[1845]

Im Rahmen des Folgeprogramms führte die Schweiz ihre bisherige Strategie des Marktzugangs weiter und strebte den Abschluss von bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG im Bereich der Finanzdienstleistungen an.[1846] Konkret setzte sich der Bundesrat im Rahmen der Botschaft zum Folgeprogramm die Erweiterung des bestehenden Versicherungsabkommens sowie den Abschluss neuer Abkommen im Banksektor und im Bereich der Anlagefonds zum Ziel.[1847] Die Thematiken gehörten jedoch nicht zu den dringlichsten Bereichen und fanden nicht Eingang in das Verhandlungspaket der Bilateralen I.

1840 Vgl. vorne § 9 Kap. A.V.2.1.

1841 Vgl. dazu vorne § 3 Kap. C.I.2.2.

1842 Vgl. zum EWR-Abkommen vorne § 3 Kap. C.II.3.

1843 Zetzsche, S. 53.

1844 Zetzsche, S. 52 f.

1845 Schären/Jutzi, Rz. 47.

1846 Botschaft Folgeprogramm, S. 820.

1847 Botschaft Folgeprogramm, S. 820.

Im Rahmen der Verhandlungen zu den Bilateralen II begannen die Schweiz und die EU über ein allgemeines Dienstleistungsabkommen zu verhandeln, welches auch die Finanzdienstleistungen erfasst hätte.[1848] Die Verhandlungen wurden im März 2003 jedoch im gegenseitigen Einvernehmen suspendiert.[1849] Ein solches allgemeines Dienstleistungsabkommen hätte die breite Übernahme von EU-Recht im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen bedeutet und wurde in der Schweiz politisch zu wenig unterstützt.[1850]

Der Umstand, dass sich die Schweiz und die EU nicht auf ein Abkommen einigen konnten, bedeutet nicht, dass keine grenzüberschreitenden Tätigkeiten stattfanden: Die Schweizer Finanzdienstleister können zwar nicht von einem zentralisierten Marktzugang zum EU-Finanzbinnenmarkt profitieren, sie sind jedoch in einzelnen Mitgliedstaaten tätig.[1851] Als wichtigstes Beispiel gilt das Abkommen zwischen der Schweiz und Deutschland von 2013 über die Freistellung im Bereich der Banken.[1852] Der Marktzugang richtete sich nach den Vorgaben der einzelnen Mitgliedstaaten.[1853] Für Schweizer Unternehmen ist dieser Marktzugang aus wirtschaftlicher Perspektive weniger attraktiv im Vergleich zu einem zentralisierten Marktzugang. Trotzdem ist die Bedeutung dieses Alternativzugangs nicht zu unterschätzen.

2. Entwicklung ab 2009: Aufkommen der Gleichwertigkeitsverfahren

Mit dem Aufkommen der Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit (Äquivalenzverfahren) in verschiedenen Bereichen entstand für die Schweiz eine neue Option für den Marktzugang zum EU-Finanzbinnenmarkt. Die ersten zwei Gleichwertigkeitsbeschlüsse im Bereich der RL 2006/43/EG (Abschlussprüfungs-RL) erhielt die Schweiz bereits 2010.[1854]

Mit der Festlegung der Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in immer mehr Bereichen des Finanzdienstleistungsrechts wurde die Er-

---

[1848] Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009, S. 50.

[1849] Vgl. Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009, S. 50.

[1850] Vgl. Oesch, Schweiz–EU, Rz. 193.

[1851] Schären/Jutzi, Rz. 51 f.

[1852] Zu diesem Abkommen Arquint/Schaefer, S. 276 ff.

[1853] Vgl. vorne § 9 Kap. A.V.3.2.

[1854] Emmenegger/Bigler, S. 172; Beschluss 2010/64/EU und Beschluss 2011/30/EU.

reichung der Gleichwertigkeitsanerkennung immer stärker zur zentralen Strategie des Marktzugangs der Schweiz. Der Beirat betonte 2014, dass die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit «jedenfalls dort Bestandteil der Bestrebungen der Schweiz zur Verbesserung des Marktzutritts sein [soll], wo es dem Erhalt des Marktzugangs dient oder wo sich gute Aussichten auf eine Verbesserung desselben eröffnen».[1855]

Als einer der ersten Bereiche setzte sich der Bundesrat die «Anerkennung der Äquivalenz des Schweizerischen Versicherungsaufsichtsrechts»[1856] im Rahmen der 2009 erlassenen und 2012 in Kraft getretenen Solvency II zum Ziel und erreichte die Gleichwertigkeitsanerkennung in allen drei Verfahren 2015.[1857] In den Jahren 2014 bis 2016 anerkannte die EU-Kommission die Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts in weiteren Bereichen, so z. B. in Bezug auf den Marktzugang von zentralen Gegenparteien.[1858]

Der Zugang mittels einseitiger Anerkennung der Gleichwertigkeit stellt auch heute noch die zentrale Marktzugangsstrategie der Schweiz dar, wie der Bundesrat im neusten Bericht von 2020 betonte: «Der Bundesrat verfolgt mit der EU und den Nachbarstaaten praktikable Marktzugangslösungen, darunter die Anerkennungen der Gleichwertigkeit der Schweizer Regulierung und Aufsicht, wo dies volkswirtschaftlich sinnvoll ist.»[1859]

3. Zusätzliche Marktzugangsoptionen der Schweiz

Die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit stellt die zentrale, jedoch nicht die einzige Marktzugangsstrategie der Schweiz zum EU-Finanzbinnenmarkt dar. Die weiteren Optionen, mit welchen eine Verbesserung des Marktzugangs erreicht werden kann, sind ein Finanzdienstleistungsabkommen Schweiz–EU (Kap. B. II.3.1) und der Regulierungsdialog im Finanzdienstleistungsbereich zwischen der Schweiz und der EU (Kap. B.II.3.2).

Der Vollständigkeit halber wird zudem auf die Möglichkeit des Abschlusses von bilateralen Abkommen mit einzelnen Mitgliedstaaten (Kap. B.II.3.3) sowie die Gründung von Tochterunternehmen in der EU (Kap. B.II.3.4) hingewiesen.

1855 Expertengruppe Finanzmarktstrategie, Bericht 2014, S. 26.

1856 Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009, S. 49.

1857 Emmenegger/Bigler, S. 164; dazu im Detail hinten § 9 Kap. D.II.3.1.

1858 Emmenegger/Bigler, S. 168; dazu hinten § 9 Kap. D.II.2.1.

1859 Bundesrat, Bericht Zukunft Finanzplatz 2020, S. 14.

3.1 Finanzdienstleistungsabkommen Schweiz–EU

Nachdem die Schweiz und die EU 2003 Verhandlungen über ein allgemeines Dienstleistungsabkommen sistiert hatten,[1860] schlug die vom Bundesrat eingesetzte Expertengruppe zur Weiterentwicklung der Finanzmarktstrategie[1861] in ihrem Expertenbericht 2014 die Option eines sektoriellen Finanzdienstleistungsabkommens (FDLA) vor, in welchem, auf der Grundlage der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit, der Zugang der Schweiz zum EU-Finanzbinnenmarkt geregelt werden könnte.[1862] Im Expertenbericht 2014 werden die möglichen positiven Auswirkungen für die Wirtschaft hervorgehoben, jedoch auch betont, dass die Schweiz im Rahmen eines solchen Abkommens mindestens den sektoriellen EU-Acquis im Bereich der Finanzdienstleistungen übernehmen müsste.[1863] Die Idee des Finanzdienstleistungsabkommens hatte in der Schweiz innenpolitisch zu wenig Unterstützung erhalten, weshalb die Expertengruppe ein solches Abkommen in ihrem Bericht von 2020 nur noch als langfristige Option bewertete.[1864]

3.2 Regulierungsdialog im Finanzdienstleistungsbereich

Als weitere Massnahme zur Wahrung und Verbesserung des Marktzutritts nennt der Expertenbericht 2014 den Regulierungsdialog zwischen dem SiF und der EU-Kommission, in dessen Rahmen offene Themen zu Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit behandelt werden können.[1865] Der Regulierungsdialog wurde 2017 ausgesetzt und 2024 wieder aufgenommen, nachdem die Schweiz und die EU sich auf die Aufnahme von Verhandlungen bezüglich des Pakets zur Stabilisierung und Weiterentwicklung einigen konnten.[1866]

Der Regulierungsdialog vermag allein nicht, den Marktzugang zum EU-Binnenmarkt zu erreichen. Er stellt daher keine Alternative zur einseitigen An-

---

[1860] Vgl. vorne § 9 Kap. B.II.1.2.

[1861] Zum Mandat der Expertengruppe siehe Expertengruppe Finanzmarktstrategie, Bericht 2014, S. 4.

[1862] Expertengruppe Finanzmarktstrategie, Bericht 2014, S. 27.

[1863] Expertengruppe Finanzmarktstrategie, Bericht 2014, S. 28.

[1864] Beirat, Bericht Roadmap 2020, S. 18. Im neusten Bericht des Bundesrats wird ein Finanzdienstleistungsabkommen mit der EU nicht mehr explizit als Option genannt, vgl. Bundesrat, Bericht Zukunft Finanzplatz 2020, S. 14.

[1865] Expertengruppe Finanzmarktstrategie, Bericht 2014, S. 26; Beirat, Bericht Roadmap 2020, S. 17 f.; Schären/Jutzi, Rz. 61.

[1866] Bundesrat, Medienmitteilung vom 04.07.2024.

erkennung der Gleichwertigkeit dar, sondern unterstützt den Zugang über die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit, da im Rahmen des Regulierungsdialogs insb. Probleme bezüglich der Gleichwertigkeitsanerkennung besprochen werden können.[1867]

3.3 Bilaterale Abkommen mit einzelnen EU-Mitgliedstaaten

Ein punktueller Zugang zu den Märkten einzelner Mitgliedstaaten ist auf der Grundlage von bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten möglich, jedoch nur in den Bereichen, in welchen das EU-Recht keine harmonisierten Vorgaben zum Marktzugang enthält und die Regelung des Marktzugangs daher Sache der Mitgliedstaaten ist.[1868] Einen solchen Bereich stellt jener der Banken dar,[1869] in welchem die Schweiz, wie bereits erwähnt, über ein Abkommen mit Deutschland verfügt.[1870] Durch die zunehmende Harmonisierungstendenz auf EU-Ebene nehmen die Bereiche ab, in welchen solche Abkommen überhaupt noch möglich sind.[1871]

3.4 Marktzugang mittels Gründung einer EU-Tochtergesellschaft

Zugang zum Binnenmarkt ist für Schweizer Unternehmen schliesslich stets möglich mittels Gründung einer selbständigen Tochtergesellschaft, wobei es sich, nach dem Begriffsverständnis in dieser Arbeit, nicht um eine grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung handelt, da das Tochterunternehmen rechtlich ein EU-Unternehmen darstellt.[1872]

III. Bedeutung des autonomen Nachvollzugs

Der Bereich der Finanzdienstleistungen ist einer der ersten Bereiche, in welchen Schweizer Recht in verschiedenen Teilbereichen freiwillig an EU-Recht angeglichen wurde, nachdem der autonome Nachvollzug 1988 als Integrationsstrategie geschaffen wurde.[1873] Mit dem autonomen Nachvollzug werden in der Schweizer Finanzmarktpolitik zwei Ziele verfolgt.

1867 Vgl. Beirat, Bericht Roadmap 2020, S. 17.

1868 Schären/Jutzi, Rz. 55.

1869 Vgl. zum Marktzugang im Bereich der Banken Wess, Rz. 156 ff.

1870 Vgl. vorne § 9 Kap. B.II.1.2.

1871 Schären/Jutzi, Rz. 55.

1872 Vgl. vorne § 9 Kap. A.II.2.2.

1873 Sethe, Rechtsangleichung, S. 352; Weber/Sethe, S. 569; Wess, Rz. 25.

1. Förderung der Attraktivität des Schweizer Finanzstandorts

Einerseits sollen durch die rechtlich freiwillige Angleichung von Schweizer Recht an EU-Recht die Wettbewerbsfähigkeit und die Attraktivität des Schweizer Finanzstandorts gestärkt werden.[1874]

Im Bereich der Anlagefonds erfolgte auf den 1. Januar 1995 eine Angleichung an das EU-Recht u. a. aus diesem Grund,[1875] weil das damalige EG-Recht modernere und für die Wirtschaft attraktivere Rahmenbedingungen bot als das Schweizer Recht.[1876] Die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit stellte auch 2006 bei der Schaffung des KAG, welches das AFG ersetzte, einen wesentlichen Grund für die Rechtsangleichung dar.[1877]

2. Grundlage für den Zugang zum EU-Finanzbinnenmarkt

Andererseits wird der autonome Nachvollzug als grundlegendes Instrument für die Erreichung des Zugangs zum EU-Binnenmarkt gesehen.[1878] Dies zeigte sich bereits ab Mitte der 1980er Jahre, als durch den autonomen Nachvollzug versucht wurde, Abkommen mit der damaligen EWG abzuschliessen (Kap. B.III.2.1). Der autonome Nachvollzug gewann zudem an Bedeutung mit dem Aufkommen der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im EU-Recht (Kap. B.III.2.2).

2.1 Autonomer Nachvollzug als Grundlage für bilaterale Abkommen

Bereits 1986 beurteilte die Schweizerische Bankiervereinigung den Abschluss eines Abkommens mit der damaligen EWG im Bereich der Fonds als «sehr wünschenswert»[1879], um die Freizügigkeit der Schweizer Fonds zu gewährleisten.[1880] Im Rahmen von Abklärungen wurde deutlich, dass die EWG nicht bereit war, für ein Abkommen mit der Schweiz von ihren eigenen Vorschriften abzuweichen, und dass daher «jede einzelne Bestimmung der EG-Richtlinie als Mindestpostulat zu

---

1874 Sethe, Rechtsangleichung, S. 349, 353 f.

1875 Ein weiterer Grund war das angestrebte bilaterale Abkommen mit der EU, vgl. hinten § 9 Kap. B.III.2.1.

1876 Sethe, Rechtsangleichung, S. 353; Forstmoser, S. 524 f.

1877 Sethe, S. 353 f.; Botschaft KAG, S. 6396.

1878 Sethe, Rechtsangleichung, S. 355.

1879 Botschaft AFG, S. 224.

1880 Botschaft AFG, S. 224.

verstehen [war]».[1881] Die Schweiz entschied sich daher, das damalige EG-Recht im Rahmen des autonomen Nachvollzugs ins Schweizer Recht zu übernehmen, um die Grundlage für ein solches Abkommen zu schaffen,[1882] welches schliesslich trotzdem nicht realisiert werden konnte.[1883]

2.2 Autonomer Nachvollzug als Grundlage für die Gleichwertigkeitsanerkennung

Mit dem Aufkommen der Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit durch die EU-Kommission gewann der autonome Nachvollzug zusätzlich an Bedeutung.

Um eine zum EU-Recht gleichwertige Rechtslage im Schweizer Recht zu erreichen, muss dieses an das relevante EU-Recht angeglichen werden.[1884] Da für die Angleichung keine völkerrechtliche Pflicht besteht, erfolgt sie stets im Rahmen des autonomen Nachvollzugs.[1885] Somit bildet der autonome Nachvollzug die Grundlage für die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit.[1886]

Die neue Funktion des autonomen Nachvollzugs wurde vom Bundesrat bereits in seinem Bericht von 2009 angesprochen: «Um für bestimmte Sektoren bestehende Marktzutrittshindernisse zu beseitigen, muss geprüft werden, ob sich diese punktuell durch eine autonome Angleichung von Schweizer Vorschriften im ausgewiesenen Bedarfsfall an jene der EU beseitigen lassen.»[1887]

Die zentrale Bedeutung des autonomen Nachvollzugs für die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit ist seither anerkannt und kommt auch in den Materialien zum Ausdruck: In vielen Revisionen, in welchen Schweizer Recht an EU-Recht angeglichen wird, wird unterstrichen, dass diese freiwillige Angleichung erfolgt, um die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zu erreichen bzw. zu bewahren.[1888] Der autonome Nachvollzug stellt somit ein grundlegendes Instrument der Schweizer Finanzmarktpolitik dar.

1881 Botschaft AFG, S. 224.

1882 Botschaft AFG, S. 218, 226; Sethe, Rechtsangleichung, S. 355.

1883 Sethe, Rechtsangleichung, S. 355.

1884 Sethe, Rechtsangleichung, S. 358.

1885 Weber/Sethe, S. 570.

1886 In diesem Sinne Sethe, Rechtsangleichung, S. 358.

1887 Bundesrat, Bericht Stossrichtungen 2009, S. 50.

1888 Wess, Rz. 25; Botschaft FIDLEG/FINIG, S. 8918, 8938; Botschaft FinfraG, S. 7509.

C. Mechanismus der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit

Nachdem in den vorangegangenen Kapiteln erläutert wurde, wie die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zum zentralen Mechanismus des EU-Rechts für die Regelung des Zugangs von Drittstaaten zum EU-Finanzbinnenmarkt geworden ist und welche Bedeutung der Mechanismus im Verhältnis Schweiz–EU hat, soll im Rahmen dieses Kapitels vertieft auf die Funktionsweise des Mechanismus (Kap. C.I.), die Bedeutung des autonomen Nachvollzugs (Kap. C.II.) und die Wirkung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit (Kap. C.III.) eingegangen werden. Zudem soll anhand der Erkenntnisse eine Zwischenbewertung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in Bezug auf die Schweiz (Kap. C.IV.) gemacht werden.

I. Funktionsweise

1. Anwendungsbereich

Der Umstand, dass es im EU-Recht mittlerweile 40 Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der Finanzdienstleistungen gibt, welche sich auf 17 Rechtsakte verteilen, unterstreicht den breiten Anwendungsbereich des Mechanismus.[1889] Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit bestehen in allen Teilbereichen des Rechts der Finanzdienstleistungen, was jedoch nicht bedeutet, dass die Verfahren überall die gleiche Wirkung erzeugen. In einigen Teilbereichen ermöglichen sie Drittstaaten einen breiten Zugang zum EU-Finanzbinnenmarkt, während die Wirkung in anderen Teilbereichen (insb. aus der Perspektive eines Drittstaats) beschränkt bleibt.[1890]

2. Ziele

Gemäss der EU-Kommission werden mit dem Mechanismus der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit drei Ziele verfolgt: Erstens verbindet die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit «die Notwendigkeit von Finanzstabilität und Anlegerschutz in der EU einerseits mit den Vorteilen der Beibehaltung eines of-

[1889] Vgl. dazu EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 2.

[1890] Eine beschränkte Wirkung haben die Gleichwertigkeitsverfahren insb. im Bereich der Banken.

fenen und global integrierten EU-Finanzmarkts andererseits».[1891] Zweitens spielt der Mechanismus «eine entscheidende Rolle für die Förderung der Annäherung der Rechtsvorschriften an internationale Standards»[1892] und drittens stellt er einen wichtigen Faktor dar «für die Begründung oder Verbesserung der aufsichtsrechtlichen Zusammenarbeit mit Drittlandspartnern».[1893]

Aus der ersten Zielsetzung wird deutlich, dass sich die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit im Spannungsfeld zwischen Öffnung des EU-Finanzbinnenmarkts für Dienstleistungen aus Drittstaaten und den sich daraus ergebenden Vorteilen und den zentralen Anliegen der Finanzstabilität und des Anlegerschutzes im EU-Binnenmarkt bewegt.[1894]

Gemäss eigenen Angaben setzt sich die EU «für die Förderung offener, fairer und effizienter Finanzmärkte ein, für die strenge Aufsichtsrahmen und Verhaltenskodizes gelten».[1895] In ihrem Bericht zur Gleichwertigkeit von 2019 betonte die Kommission, dass die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit «sowohl der EU als auch ihren Drittlandspartnern Vorteile [verschaffe]».[1896] Vor allem aus früheren Äusserungen der Kommission wird jedoch deutlich, dass das System der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit primär den Interessen der EU und den im EU-Finanzbinnenmarkt tätigen Akteuren dienen soll.[1897] Letztere sollen von einer grösseren Auswahl an Dienstleistungen, Instrumenten und Investitionsmöglichkeiten profitieren können.[1898] Die Kommission unterstrich, dass die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit somit auch nicht als Instrument zur Liberalisierung des grenzüberschreitenden Handels mit Finanzdienstleistungen zu verstehen sei, sondern als Schlüsselinstrument zur effektiven Regelung der grenzüberschreitenden Tätigkeiten von Marktteilnehmern in einem sicheren aufsichtsrechtlichen Umfeld mit Drittstaaten, welche gleich hohe Standards vorschreiben und anwenden wie in der EU.[1899]

1891 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 3.

1892 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 3.

1893 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 3.

1894 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 3; EU-Kommission, SWD 2017, S. 5; Emmenegger/Bigler, S. 158.

1895 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 3.

1896 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 5.

1897 Explizit EU-Kommission, SWD 2017, S. 5.

1898 EU-Kommission, SWD 2017, S. 5.

1899 Eigene sinngemässe Übersetzung der englischen Aussage in EU-Kommission, SWD 2017, S. 5.

3. Grundmechanismus

In den Gleichwertigkeitsverfahren anerkennt die EU formell die Gleichwertigkeit des Rechts- und Aufsichtsrahmens eines Drittstaats in Bezug auf einen spezifischen Themenbereich, welcher den Gegenstand des Verfahrens bildet.[1900] Die Gleichwertigkeitsanerkennung wirkt sich auf die Rechtsposition des Drittstaats und der von einem Verfahren betroffenen Akteure in einem Drittstaat aus.

Die Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit sind uneinheitlich ausgestaltet,[1901] was die Kommission mit den unterschiedlichen Zielsetzungen in den einzelnen Bereichen rechtfertigt.[1902] Unterschiede bestehen insb. in Bezug auf die Kriterien, welche der Gleichwertigkeitsprüfung zugrunde liegen, und auf die Wirkung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit.

4. Verfahrensablauf

4.1 Zuständigkeit der EU-Kommission für den Gleichwertigkeitsbeschluss

Die Gleichwertigkeitsanerkennung erfolgt rechtlich auf der Grundlage eines Gleichwertigkeitsbeschlusses, welcher das konstitutive Element des Verfahrens der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit darstellt.[1903] Der Gleichwertigkeitsbeschluss wird in den meisten Verfahren[1904] durch die EU-Kommission gefällt[1905] und ergeht, je nach Vorgabe in der relevanten Vorschrift, in der Form eines delegierten Rechtsakts oder eines Durchführungsrechtsakts.[1906]

Der Gleichwertigkeitsbeschluss bildet den Abschluss des Verfahrens der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, in dessen Rahmen die Gleichwertigkeit

---

1900 Vgl. EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 3, 5.

1901 Schürger, S. 65; EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 5.

1902 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 5; Schürger, S. 79 f.

1903 Schürger, S. 66.

1904 Eine Ausnahme bildet das Verfahren gem. Art. 37 AIFM-RL, in welchem die zuständige Behörde im Referenz-Mitgliedstaat über die Einhaltung der Voraussetzungen zu entscheiden hat, vgl. Jutzi/Schären, S. 417; Arquint/Schaefer, S. 279; Schürger, S. 67.

1905 Z. B. Art. 25 Abs. 6 EMIR; Art. 25 Abs. 9 CSDR; Art. 47 Abs. 1 MiFIR; EU-Kommission, SWD 2017, S. 8; EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 2.

1906 Einen Durchführungsrechtsakt verlangt z. B. Art. 25 Abs. 6 EMIR.

anhand verschiedener Aspekte geprüft wird.[1907] Die Prüfung der Gleichwertigkeit durch die Kommission erfolgt jeweils auf der Grundlage einer vorgängigen Beurteilung durch eine der drei EU-Aufsichtsbehörden ESMA, EIOPA oder EBA, welche die Gleichwertigkeit eines Drittstaats in ihrem Empfehlungs-Bericht an die Kommission detailliert analysieren und der Kommission gestützt darauf eine Empfehlung unterbreiten.[1908]

Die Aspekte, anhand welcher die Gleichwertigkeitsprüfung erfolgt, betreffen die Ebene der Drittstaaten. Der Gleichwertigkeitsbeschluss richtet sich, abgesehen von einer Ausnahme,[1909] daher an Drittstaaten als Adressaten des Beschlusses und nicht direkt an einzelne Akteure eines Drittstaats, auch wenn diese indirekt durch die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit begünstigt werden.[1910]

4.2 Zuständigkeit der EU-Aufsichtsbehörden für nachgelagerte Verfahren

Bei Verfahren, in welchen die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zu einem Marktzugang für den Drittstaat bzw. die betroffenen Akteure führt,[1911] sieht das EU-Recht oftmals ein nachgelagertes Anerkennungs- oder Zulassungsverfahren für einzelne Akteure aus Drittstaaten vor. Diese Verfahren fallen in die Zuständigkeit der EU-Aufsichtsbehörden und schaffen die Grundlage, dass die betroffenen Akteure aus Drittstaaten tatsächlich grenzüberschreitend in der EU tätig sein dürfen.[1912] Ein positiver Gleichwertigkeitsbeschluss durch die Kommission bildet stets die Voraussetzung für die Eröffnung dieser nachgelagerten Verfahren.[1913]

1907 Zu den Gleichwertigkeitskriterien siehe im Detail hinten § 9 Kap. C.I.5.2.

1908 Wymeersch, S. 30; Imm, S. 104 f.; Schürger, S. 69 f.

1909 Die Ausnahme bildet wiederum Art. 37 AIFM-RL, in welchem es direkt um die Zulassung von AIF-Managern aus Drittstaaten geht, vgl. Jutzi/Schären, S. 417 f.; Lehmann/Zetzsche, Rz. 33 f; Zetzsche, S. 104 ff.

1910 Art. 114 Abs. 7 CRR betrifft die Risikogewichtung für Zentralregierungen und Zentralbanken in Drittstaaten. Obwohl die Wirkung diese Akteure betrifft, bezieht sich die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit auf die Vorschriften des Drittstaats. Im Gleichwertigkeitsbeschluss werden die Drittstaaten und nicht einzelne Akteure genannt, vgl. z. B. den Durchführungsbeschluss 2021/1753.

1911 Siehe zu den Wirkungen im Detail hinten § 9 Kap. C.III.1.

1912 Z. B. Art. 25 Abs. 1 EMIR; das Verfahren ist in Art. 25 Abs. 2 bis 5 EMIR geregelt.

1913 Vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. a EMIR.

5. Vorgehen der EU-Kommission im Gleichwertigkeitsverfahren

Die Prüfung der Gleichwertigkeit eines Drittstaats durch die Kommission erfolgt auf der Grundlage einer «strengen Einzelfallprüfung seiner Vorschriften und Beaufsichtigung».[1914] In einem ersten Schritt eruiert die Kommission die Risiken, welche für das EU-Finanzsystem entstehen könnten aufgrund der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit für einen bestimmten Drittstaat (Kap. C.I.5.1).[1915] Die Prüfung der materiellen Gleichwertigkeit erfolgt danach als zweiter Schritt vor dem Hintergrund der eruierten Risiken (Kap. C.I.5.2).[1916] Als dritter und letzter Schritt muss die EU-Kommission sicherstellen, dass ein Entscheid mit den politischen Prioritäten der EU vereinbar ist (Kap. C.I.5.3).

5.1 Eruierung der Risiken für die EU-Finanzstabilität

Da die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in erster Linie ein «Verfahren der Risikobewertung»[1917] ist, prüft die EU-Kommission zuerst das Risiko, welches von einem Drittstaat für den EU-Finanzbinnenmarkt und die Marktteilnehmer ausgeht.[1918] Das Risiko hängt insb. vom Grad der Vernetzung zwischen dem Finanzmarkt der EU und jenem des Drittstaats ab.[1919]

5.2 Prüfung der Gleichwertigkeit (rechtliche Beurteilung)

Die Prüfung der Gleichwertigkeit erfolgt durch die Kommission, anhand der in den einzelnen Rechtsakten verankerten Kriterien (Gleichwertigkeitskriterien), vor dem Hintergrund des Risikos, welches von einem Drittstaat ausgeht.[1920] Die Kriterien der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit sind nicht in allen Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit einheitlich ausgestaltet worden. In diesem Kapitel sollen die Kriterien überblicksartig dargestellt werden.

1914 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

1915 EU-Kommission, SWD 2017, S. 8.

1916 EU-Kommission, SWD 2017, S. 8.

1917 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

1918 EU-Kommission, SWD 2017, S. 8; EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

1919 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8; vgl. im Detail hinten § 9 Kap. D.II.1.3.1.

1920 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

5.2.1. Gleichwertigkeit des Rechts- und Aufsichtsrahmens

Das Herzstück der Prüfung der Gleichwertigkeit bildet das Kriterium der Gleichwertigkeit des Rechts- und Aufsichtsrahmens eines Drittstaats.[1921] Dieses Kriterium setzt sich aus zwei Elementen zusammen: Die Gleichwertigkeit bezieht sich einerseits auf die Vorschriften eines Drittstaates in einem gewissen Bereich (Rechts- bzw. Regulierungsrahmen) und andererseits auf die Aufsicht und die Durchsetzung dieser Vorschriften (Aufsichtsrahmen).[1922] Gleichwertigkeit muss somit sowohl in materieller (Inhalt der Rechtsvorschriften) als auch in formeller Hinsicht (Aufsicht und Durchsetzung) bestehen.[1923]

5.2.1.1. Gleichwertigkeit der Rechtsvorschriften

In *allen* Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit bildet das Kriterium der Gleichwertigkeit der Rechtsvorschriften die Voraussetzung für die Gleichwertigkeitsanerkennung. In den einzelnen Verfahren wird konkretisiert, in Bezug auf welche thematischen Aspekte eine gleichwertige Rechtslage bestehen muss.[1924]

> Art. 25 Abs. 6 EMIR sieht die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit des Rechts- und Aufsichtsrahmens eines Drittstaats in Bezug auf zentrale Gegenparteien (CCP) vor. Die Gleichwertigkeitsanerkennung bildet die Grundlage, dass zentrale Gegenparteien aus diesem Drittstaat grenzüberschreitend in der gesamten EU tätig sein dürfen. Art. 25 Abs. 6 lit. a EMIR schreibt vor, dass die «Rechts- und Aufsichtsmechanismen eines Drittstaats gewährleisten, dass die in diesem Drittstaat zugelassenen zentralen Gegenparteien dauerhaft rechtsverbindliche Anforderungen erfüllen, die den Anforderungen des Titels IV [EMIR] entsprechen». Bei den Vorschriften in Titel IV EMIR geht es um organisatorische Vorschriften (z. B. Regeln zur Besetzung des Verwaltungsrats),[1925] aber auch aufsichtsrechtliche Vorschriften (z. B. Anforderungen an Liquidität und an das Risikosystem einer CCP),[1926] welche zentrale Gegenparteien in der EU erfüllen müssen.

1921 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 2; Lehmann/Zetzsche, Rz. 21.

1922 Lehmann/Zetzsche, Rz. 21.

1923 Zetzsche, S. 129.

1924 Diese Aspekte ergeben sich vor dem Hintergrund der Zielsetzung eines Verfahrens, vgl. EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 5.

1925 Art. 27 EMIR.

1926 Art. 40 ff. EMIR.

5.2.1.2. Gleichwertigkeit der Aufsicht und der Rechtsdurchsetzung

Das zweite zentrale Element des Kriteriums der Gleichwertigkeit des Rechts- und Aufsichtsrahmens bildet die Gleichwertigkeit der Aufsicht und der Rechtsdurchsetzung.[1927]

Die Gleichwertigkeit der Rechtsvorschriften ist nur dann effektiv mit Blick auf den Schutz des eigenen Finanzmarkts, wenn die gleichwertigen Vorschriften in einem Drittstaat im Rahmen seines Aufsichtssystems auch gleichwertig durchgesetzt werden.[1928] Insbesondere in den älteren Vorschriften wird die Gleichwertigkeit der Aufsicht und Rechtsdurchsetzung nicht explizit als eigenständiges Kriterium aufgeführt. Dennoch bildet die Gleichwertigkeit des Aufsichtsrahmens auch bei den älteren Verfahren einen zentralen Bestandteil der Prüfung, was sich anhand der Gleichwertigkeitsbeschlüsse der Kommission und der Empfehlungs-Berichte der EU-Aufsichtsbehörden zeigt.[1929] Das Kriterium findet keine Anwendung bei Gleichwertigkeitsverfahren, welche Akteure betreffen, die keiner rechtlichen Überwachung unterstehen, wie Gebietskörperschaften oder Zentralbanken.[1930]

> Als Beispiel soll wieder das Gleichwertigkeitsverfahren für zentrale Gegenparteien aus Drittstaaten dienen: Art. 25 Abs. 6 lit. b EMIR betrifft die Gleichwertigkeit der Aufsicht und der Rechtsdurchsetzung und verlangt, dass «in dem Drittstaat dauerhaft eine wirksame Beaufsichtigung der betreffenden CCPs und eine effektive Rechtsdurchsetzung sichergestellt sind». Geprüft wird im Rahmen dieses Kriteriums, ob die Aufsichtsmechanismen und -instrumente der Aufsichtsbehörden in einem Drittstaat eine wirksame Beaufsichtigung erlauben und ob die gleichwertigen rechtlichen Anforderungen im Drittstaat durch diese auch effektiv durchgesetzt werden.

5.2.1.3. Geforderter Grad der Übereinstimmung

5.2.1.3.1. Ergebnisfokussierter Ansatz

Welchen Grad an Übereinstimmung die EU-Kommission im Rahmen der Gleichwertigkeit verlangt, hängt von ihrer eigenen Einschätzung ab, da in den Gleichwertigkeitsvorschriften keine Anhaltspunkte dazu bestehen. Gemäss EU-Kommission werden bei der Gleichwertigkeitsprüfung des Rechts- und Aufsichtsrahmens eines

---

1927 EU-Kommission, SWD 2017, S. 5; Imm, S. 117.

1928 Zetzsche, S. 129; Lehmann/Zetzsche, Rz. 12; Schürger, S. 71.

1929 Im Rahmen der Gleichwertigkeitsprüfungen in Solvency II wird die Gleichwertigkeit der Aufsicht und Rechtsdurchsetzung von der EIOPA sogar jeweils als Erstes geprüft, vgl. das «Principle 1 Powers and responsibilities of third country supervisory authorities» in EIOPA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, S. 10 ff.

1930 Schürger, S. 71.

Drittstaats grundsätzlich die «Ergebnisse bei Regulierung und Beaufsichtigung bewertet».[1931] Die Regelungen der Drittstaaten müssen folglich «nicht mit dem EU-Rahmen identisch sein, aber die gleichen Ergebnisse gewährleisten».[1932] Somit verlangt die EU-Kommission eine funktionale Gleichwertigkeit für die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit.[1933]

5.2.1.3.2. Einfluss der Risikobewertung

Die Prüfung der Gleichwertigkeit erfolgt vor dem Hintergrund der eruierten Risiken.[1934] Dies bedeutet, dass die Kommission die Kriterien im betroffenen Rechtsakt in einer Weise anwendet, die verhältnismässig ist zu den vorhandenen Risiken.[1935] Damit wird deutlich, dass sich die Risikobewertung auf den geforderten Grad der Übereinstimmung auswirkt.

In welchem Umfang die Risikobewertung die Beurteilung der Gleichwertigkeit konkret beeinflusst und wie viel Spielraum einem Drittstaat im Rahmen der Rechtsetzung, Rechtsanwendung und -auslegung bleibt, soll in § 9 Kap. D.II. und D.III. am Beispiel der Schweiz untersucht werden.

5.2.2. Weitere Kriterien

Neben den zwei zentralen Kriterien der Gleichwertigkeit des Rechts- und Aufsichtsrahmens[1936] sind in vielen Gleichwertigkeitsvorschriften weitere Kriterien vorgesehen, welche im Rahmen der Prüfung der Gleichwertigkeit beachtet werden müssen.

1931 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

1932 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8; Imm, S. 114, betont, dass im Rahmen der Beurteilung der Gleichwertigkeit durch die EU-Überwachungsbehörden ein detaillierter Vergleich der Rechtsvorschriften erfolgen kann.

1933 Imm, S. 113 f.; Schürger, S. 82 f.; zur funktionalen Gleichwertigkeit siehe bereits vorne § 4 Kap. B.III.

1934 EU-Kommission, SWD 2017, S. 8. Zur Eruierung der Risiken vgl. vorne § 9 Kap. C.I.5.1.

1935 EU-Kommission, SWD 2017, S. 8. Die Kommission legt «grössten Wert auf eine verhältnismässige Betrachtung der Risiken, die mit den bewerteten Rahmen von Drittländern verbunden sind», EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

1936 Vgl. vorne § 9 Kap. C.I.5.2.1.1. und Kap. C.I.5.2.1.2.

5.2.2.1. Reziprozität des Systems der Gleichwertigkeitsanerkennung

In einigen Verfahren[1937] der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit wird als zusätzliches Kriterium verlangt, dass der Drittstaat ebenfalls über ein «wirksames gleichwertiges System der Anerkennung»[1938] verfügt.[1939] Damit wird im EU-Recht eine abstrakte Reziprozität[1940] bzw. Gegenseitigkeit gefordert, d. h. die rechtliche Möglichkeit einer einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit durch den Drittstaat.[1941] Das Kriterium kommt vor allem in neueren Gleichwertigkeitsverfahren vor, welche den Marktzugang von Akteuren aus Drittstaaten regeln.[1942]

5.2.2.2. Kooperationsvereinbarung zwischen den Aufsichtsbehörden

Als weiteres Kriterium für eine einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit wird in einigen Verfahren[1943] das Bestehen einer Kooperationsvereinbarung zwischen den zuständigen Behörden in der EU und im Drittstaat vorausgesetzt.[1944] Eine Kooperationsvereinbarung ist wichtig im Hinblick auf eine wirksame Überwachung im Nachgang der Gleichwertigkeitsanerkennung, insb. wenn dadurch Akteure aus einem Drittstaat grenzüberschreitend in der EU tätig sein dürfen.[1945] Hat eine EU-Aufsichtsbehörde z. B. den Verdacht, dass ein Unternehmen aus einem Drittstaat bei seinen grenzüberschreitenden Tätigkeiten das gleichwertige Recht des Drittstaats verletzt, kann eine wirksame Abklärung des Verdachts aufgrund einer Kooperationsvereinbarung erfolgen, z. B. indem die zuständige EU-Aufsichtsbehörde

---

1937 Schürger, S. 74, nennt acht Verfahren, womit dieses Kriterium eher die Ausnahme als die Regel darstelle.

1938 Vgl. z. B. in Art. 25 Abs. 6 lit. c EMIR.

1939 Lehmann/Zetzsche, Rz. 24.

1940 Vgl. Schürger, S. 74.

1941 Um eine konkrete Reziprozität würde es sich handeln, wenn die Vorschriften verlangen würden, dass der Drittstaat die EU als gleichwertig anerkannt hat, vgl. Schürger, S. 74.

1942 Schürger, S. 74.

1943 Vgl. m. w. H. Schürger, S. 72.

1944 Jutzi/Schären, S. 416; Art. 25 Abs. 2 lit. c i. V. m. Art. 25 Abs. 7 EMIR, in welchen es um Kooperationsvereinbarungen zwischen der ESMA und den zuständigen Behörden der betreffenden Drittstaaten geht. Im Falle der Schweiz wäre dies die FINMA.

1945 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 11.

zusammen mit der zuständigen Behörde des Drittstaats, wie in der Kooperationsvereinbarung vorgesehen,[1946] eine Prüfung vor Ort durchführt.[1947]

An welcher Stelle im Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit eine Kooperationsvereinbarung vorausgesetzt wird, variiert je nach Rechtsakt: Im Rahmen von Art. 37 AIFM-RL bildet eine abgeschlossene Kooperationsvereinbarung eine Voraussetzung für die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit.[1948] Bei der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit für zentrale Gegenparteien gem. Art. 25 EMIR wird die Kooperationsvereinbarung hingegen erst beim nachgelagerten Anerkennungsverfahren verlangt.[1949]

5.2.2.3. Mindestniveau im Bereich der Geldwäscheregulierung und der Steuertransparenz

In verschiedenen Rechtsakten wird schliesslich die Einhaltung eines Mindestniveaus im Bereich der Geldwäscheregulierung und der Steuertransparenz von Drittstaaten gefordert.[1950] Die Situation in den einzelnen Gleichwertigkeitsvorschriften ist auch in diesem Bereich nicht einheitlich: In gewissen Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit ist ein gewisses Mindestniveau eine Voraussetzung für die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit.[1951] Im Rahmen der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit von zentralen Gegenparteien gem. Art. 25 EMIR wird die Einhaltung eines Mindestniveaus hingegen erst im nachgelagerten Anerkennungsverfahren gefordert.[1952]

Als weiteres Beispiel soll auf die Vorgaben in Art. 37 AIFM-RL hingewiesen werden: Die Gleichwertigkeit wird gem. Art. 37 Abs. 7 lit. f AIFM-RL nur unter der Bedingung anerkannt, dass zwischen dem Drittstaat und dem betroffenen Mitgliedstaat eine Vereinbarung besteht, welche den Standards gem. Art. 26 OECD-Musterabkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von Einkommen und Vermögen entspricht und einen wirksamen Informationsaustausch in Steuerange-

---

1946 In einigen Verfahren werden inhaltliche Anforderungen an Kooperationsvereinbarungen gemacht, vgl. Schürger, S. 72 f.

1947 Vgl. Schürger, S. 72 f.; vgl. auch Arquint/Schaefer, S. 273 f.

1948 Art. 37 Abs. 7 lit. d AIFM-RL; Zetzsche, S. 106.

1949 Art. 25 Abs. 2 lit. c i. V. m. Abs. 7 EMIR.

1950 Lehmann/Zetzsche, Rz. 26; Schürger, S. 75 f.

1951 Dies ist z. B. in Art. 47 Abs. 1a UAbs. 3 MiFIR der Fall.

1952 Art. 25 Abs. 2 lit. d EMIR.

legenheiten gewährleistet.[1953] Zudem darf der Drittstaat nicht auf der Liste der nicht kooperativen Länder und Gebiete sein, wie sie die Arbeitsgruppe «Finanzielle Massnahmen gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung» (FATF) aufgestellt hat.[1954]

5.2.2.4. Einhaltung weiterer internationaler Standards

In gewissen Gleichwertigkeitsvorschriften wird zudem die Einhaltung von anderen internationalen Standards, z. B. jenen der IOSCO, für die Anerkennung der Gleichwertigkeit vorausgesetzt.[1955] Ein Beispiel bildet das Verfahren in der CSDR.[1956]

5.3 Vereinbarkeit mit den politischen Prioritäten der EU (politische Beurteilung)

Ob die EU-Kommission die Gleichwertigkeit anerkennt oder nicht, hängt nicht nur von der Erfüllung der Gleichwertigkeitskriterien im Rahmen der rechtlichen Beurteilung der Gleichwertigkeit ab, sondern zusätzlich auch von einer politischen Beurteilung durch die Kommission.[1957]

Die EU-Kommission berücksichtigt als letzten Schritt im Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit jeweils auch, ob die Gleichwertigkeitsbeschlüsse «mit den politischen Prioritäten der EU […] vereinbar sind und dadurch für ein kohärentes Handeln der EU auf der Weltbühne sorgen».[1958] Gemäss eigenen Angaben der Kommission geht es insb. um die «politischen Prioritäten der EU im Bereich der internationalen Sanktionen, der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung»[1959] sowie um «das verantwortungsvolle […] Handeln im Steuerbereich auf globaler Ebene»[1960] oder um andere relevante aussenpolitische Prioritäten.[1961] Wie anhand des Kriteriums des Mindestniveaus im Bereich der

---

[1953] Art. 37 Abs. 7 lit. f AIFM-RL; Zetzsche/Lehmann, Rz. 26 m. w. H.

[1954] Art. 37 Abs. 7 lit. e AIFM-RL; Zetzsche, S. 106.

[1955] Schürger, S. 76.

[1956] Art. 25 Abs. 9 UAbs. 2 CSDR, wobei der Einbezug des Kriteriums im Ermessen der Kommission steht und nicht verbindlich ist.

[1957] EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 4, 9.

[1958] EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 4.

[1959] EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 4.

[1960] EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 4.

[1961] EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 4.

Geldwäscheregulierung und der Steuertransparenz in einigen Verfahren erkennbar ist, sind die politischen Prioritäten teilweise in einzelne Kriterien eingeflossen und verrechtlicht worden.[1962]

Die Prüfung der Vereinbarkeit eines Gleichwertigkeitsbeschlusses mit anderen relevanten aussenpolitischen Prioritäten hatte im Falle der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit von Handelsplätzen (sog. Börsenäquivalenz) negative Konsequenzen für die Schweiz: Die Kommission erliess am 21. Dezember 2017 einen befristeten Gleichwertigkeitsbeschluss, in welchem sie die Gleichwertigkeit der Schweizer Handelsplätze anerkannte.[1963] Die Verlängerung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit machte sie damals explizit von Fortschritten in den Verhandlungen zu einem institutionellen Abkommen abhängig.[1964] Nachdem die Kommission die Gleichwertigkeitsanerkennung im Dezember 2018 nochmals um ein halbes Jahr verlängert hatte,[1965] liess sie diese auf den 30. Juni 2019 auslaufen, da die Verhandlungen aus ihrer Sicht zu wenig grosse Fortschritte gemacht hatten.[1966] Gemäss Lehmann/Zetzsche bestand eine ähnliche Problematik bereits in Bezug auf die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit des Schweizer Clearingsystems, welches wegen angeblicher Einschränkungen der Arbeitsmobilität von EU-Bürgerinnen und -Bürgern durch die Schweiz nicht anerkannt wurde.[1967]

Wie die Beispiele erkennen lassen, ist der Einbezug von politischen Prioritäten aus der Perspektive der Rechtssicherheit kritisch zu betrachten. Auf den Einfluss der politischen Beurteilung auf die Rechtssicherheit wird in § 9 Kap. D.I. im Detail eingegangen.

II. Bedeutung des autonomen Nachvollzugs für die Gleichwertigkeitsanerkennung

Wie bereits am Beispiel der Schweiz erläutert wurde,[1968] führt die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit durch die EU-Kommission zu keinen rechtlichen Verpflichtungen für Drittstaaten, da es sich um ein einseitiges Verfahren der EU

[1962] Vgl. vorne § 9 Kap. C.I.5.2.2.3.

[1963] Durchführungsbeschluss 2017/2441.

[1964] Erw. 31 Durchführungsbeschluss 2017/2441.

[1965] Erw. 32 Durchführungsbeschluss 2018/2047.

[1966] Vgl. Schürger, S. 110.

[1967] Lehmann/Zetzsche, Rz. 21.

[1968] Vgl. vorne § 9 Kap. B.III.2.2.

handelt, welches gegenüber Drittstaaten keine rechtliche Bindungswirkung zu erzeugen vermag.

Dies gilt sowohl für die Phase vor als auch für jene nach einer einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit: Der Entscheid über die Schaffung einer gleichwertigen Rechtslage, welche die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit durch die EU ermöglicht, ist ausschliesslich Sache eines Drittstaats. Dasselbe gilt auch für die Aktualisierung der Gleichwertigkeit: Im Nachgang zu einer Gleichwertigkeitsanerkennung kann ein Drittstaat frei entscheiden, ob er sein Recht an Weiterentwicklungen des EU-Rechts angleichen möchte, um die Gleichwertigkeit zum relevanten EU-Recht zu erhalten, oder ob er darauf verzichten möchte und damit riskiert, dass die Kommission die Gleichwertigkeit im Rahmen einer erneuten Beurteilung nicht mehr anerkennt.[1969]

In Bezug auf die Schweiz bedeutet dies, dass die Angleichung von Schweizer Recht an EU-Recht im Zusammenhang mit den Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit stets rechtlich freiwillig und damit im Rahmen des autonomen Nachvollzugs erfolgt.[1970]

III. Wirkung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit

Die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit führt grundsätzlich zu einer Vereinfachung der grenzüberschreitenden Beziehungen zwischen der EU und dem Drittstaat im Bereich der Finanzdienstleistungen.[1971] Die Wirkung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit ist nicht in allen Verfahren gleich. In welcher Form die Wirkung, d. h. Vereinfachung, erfolgt, hängt ab von der Ausgestaltung und Zielsetzung des jeweiligen Verfahrens der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit. In diesem Kapitel soll ein Überblick über die verschiedenen Arten der Wirkung gegeben werden.

Emmenegger/Bigler unterscheiden zwischen drei Arten der Wirkung:[1972] Die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit kann zu einem Marktzugang durch Passrecht (Kap. C.III.1.), zu einer *Substituted Compliance* (Kap. C.III.2.) oder

---

[1969] Die Kommission überprüft gem. eigenen Angaben regelmässig, ob die Gleichwertigkeit noch gegeben ist, vgl. EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 10 f.

[1970] In diesem Sinne Sethe, Rechtsangleichung, S. 357 f.; vgl. vorne § 9 Kap. B.III.2.2.

[1971] EU-Kommission, SWD 2017, S. 5.

[1972] Emmenegger/Bigler, S. 158 ff.

einer sonstigen Gleichbehandlung ohne Passrecht (Kap. C.III.3.) führen.[1973] In verschiedenen Verfahren führt die Gleichwertigkeitsanerkennung auch zu einer Kombination verschiedener Arten der Wirkung.

1. Marktzugang durch Passrecht

1.1 Funktionsweise

Einige Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit bewirken einen zentralisierten Zugang für vom Verfahren betroffene Akteure von Drittstaaten zum EU-Binnenmarkt.[1974] In diesen Gleichwertigkeitsvorschriften ist jeweils vorgesehen, dass die betroffenen Akteure aus Drittstaaten (z. B. zentrale Gegenparteien, Wertpapierfirmen, Transaktionsregister, Zentralverwahrer oder Ratingagenturen)[1975] ihre Dienstleistungen aufgrund der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit grenzüberschreitend in der gesamten EU erbringen können, wobei die Zulassung für die Tätigkeit im Drittstaat auch für die Ausübung der Dienstleistung in der EU genügt.[1976] Die Gleichwertigkeitsanerkennung führt somit zu einem Passrecht für diese Drittstaaten-Akteure, welches in seiner Wirkung dem Europäischen Pass für Unternehmen aus EU-Mitgliedstaaten gleicht.[1977] Der Marktzugang durch Passrecht ist vor allem in den Verfahren vorgesehen, welche eine Regelung der Finanzintermediäre (z. B. Zentralverwahrer) anstreben.[1978]

1.2 Unterschiede im Umfang des Marktzugangs

Auch innerhalb der Wirkung des Marktzugangs gibt es Unterschiede zwischen den einzelnen Verfahren in Bezug auf den Umfang des Marktzugangs. Während einige Verfahren einen vollen Marktzugang vorsehen, ist der Zugang zum EU-Finanzbinnenmarkt bei gewissen Verfahren eingeschränkt.

1973 Die folgende Darstellung orientiert sich an jener bei Emmenegger/Bigler, S. 158 ff., wobei gewisse Änderungen vorgenommen werden.

1974 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 4.

1975 Art. 25 Abs. 6 EMIR; Art. 47 Abs. 1 MiFIR; Art. 75 Abs. 1 EMIR und Art. 19 Abs. 1 SFTR; Art. 25 Abs. 9 CSDR; Art. 5 Abs. 6 CRAR.

1976 Vgl. Emmenegger/Bigler, S. 159; Lehmann/Zetzsche, Rz. 28.

1977 Lehmann/Zetzsche, Rz. 28.

1978 Vgl. Zetzsche, S. 99, 120.

1.2.1. Verfahren mit vollem Marktzugang

Ein Beispiel für ein Verfahren, welches einen vollen Marktzugang gewährt, ist die bereits mehrfach erwähnte Gleichwertigkeitsanerkennung für zentrale Gegenparteien gem. Art. 25 EMIR: Im Falle, dass die Gleichwertigkeit durch die Kommission einseitig anerkannt wurde, können die zentralen Gegenparteien ihre Dienstleistungen in allen EU-Mitgliedstaaten und gegenüber allen Kundengruppen anbieten. Ein voller Marktzugang ist auch im Rahmen der Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit für Transaktionsregister, Zentralverwahrer oder nicht systemrelevante Ratingagenturen[1979] aus Drittstaaten vorgesehen.

1.2.2. Verfahren mit eingeschränktem Marktzugang

In gewissen Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit ist der Marktzugang durch Passrecht als Wirkung grundsätzlich vorgesehen, doch bestehen inhaltliche Einschränkungen.[1980] Ein Beispiel betrifft die für Drittstaaten interessante grenzüberschreitende Vermögensverwaltung: Die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit gem. Art. 47 MiFIR erlaubt es Vermögensverwaltern und Anlageberatern aus Drittstaaten, ihre Dienstleistungen grenzüberschreitend in allen Mitgliedstaaten zu erbringen, jedoch nur an geeignete Gegenparteien und professionelle Kunden.[1981] Die grenzüberschreitende Vermögensverwaltung für Kleinanleger ist im Rahmen von Art. 47 MiFIR nicht möglich und der Marktzugang in diesem Bereich daher eingeschränkt.[1982]

1.3 Kombination mit anderen Arten der Wirkung

In einigen Verfahren kommen zum Marktzugang durch Passrecht weitere Arten der Wirkung hinzu, insb. die *Substituted Compliance*:[1983] Die von der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit betroffenen Drittstaats-Unternehmen dürfen bei ihrer grenzüberschreitenden Tätigkeit in die EU das Recht ihres Drittstaats anwenden und werden bei ihren Tätigkeiten von den Aufsichtsbehörden im Dritt-

---

[1979] Emmenegger/Bigler, S. 159.

[1980] Emmenegger/Bigler, S. 159.

[1981] Art. 46 Abs. 1 MiFIR; dazu Sethe, Drittstaaten, S. 624 ff.; Lehmann/Zetzsche, Rz. 30 ff.

[1982] Möglich ist die Dienstleistungserbringung an Kleinanleger im Rahmen der *Reverse Solicitation*, vgl. Sethe, Drittstaaten, Rz. 622 f.

[1983] Emmenegger/Bigler, S. 159.

staat beaufsichtigt.[1984] Für die Akteure aus Drittstaaten macht es somit praktisch keinen Unterschied, ob sie ihre Dienstleistung in ihrem Sitzstaat (aus Sicht der EU dem Drittstaat) oder grenzüberschreitend in die EU erbringen. Die Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, welche diese Arten der Wirkung kombinieren, stellen für Drittstaaten und ihre Akteure die interessanteste Option dar, weil die grenzüberschreitende Erbringung von Finanzdienstleistungen am stärksten erleichtert wird.

1.4 Bereiche ohne Marktzugang

Die verschiedenen Beispiele, in welchen die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zu einem Marktzugang führt, dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass der für Drittstaaten interessante zentralisierte Zugang zum EU-Binnenmarkt mittels Gleichwertigkeitsanerkennung in vielen Bereichen nicht vorgesehen ist.[1985] Dies gilt für den Bereich der Kreditvergabe (klassisches Bankengeschäft) und den Bereich des Versicherungsrechts.[1986] In diesen Bereichen gibt es zwar Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, doch bewirken diese keinen zentralisierten Marktzugang.[1987] Im Bereich des Anlagerechts ist mit Art. 37 AIFM-RL der zentralisierte Marktzugang für Akteure aus Drittstaaten möglich, welche alternative Investmentfonds in der EU verwalten oder vertreiben wollen.[1988] Eine EU-weite Verwaltung von anderen Fonds (sog. UCITS) ist hingegen nicht vorgesehen.[1989] Wie bereits erwähnt, ist schliesslich nicht vorgesehen, dass

---

1984 Die Kombination von Passrecht und *Substituted Compliance* ist vorgesehen im Verfahren gem. Art. 25 EMIR oder Art. 47 MiFIR.

1985 Emmenegger/Bigler, S. 158 f.

1986 In Bezug auf das Bankwesen Wess, Rz. 156 ff.; im Bereich der Versicherungen Wess, Rz. 665 ff., 669.

1987 Im Bereich der Versicherungen ist die Einrichtung von Zweigniederlassungen von Versicherungsunternehmen aus Drittstaaten in den einzelnen Mitgliedstaaten möglich gem. den Voraussetzungen in Art. 162 Solvency II, doch profitieren diese Zweigniederlassungen nicht von einem Passrecht, vgl. Wess, Rz. 667; zu den Voraussetzungen für die Schaffung von Zweigniederlassungen Zetzsche, S. 100; Wess, Rz. 666. Als «funktionales Pendant zum Europäischen Pass», so Wess, Rz. 667, sind Erleichterungen möglich, wenn ein Versicherungsunternehmen aus einem Drittstaat in mehreren Mitgliedstaaten über Zweigniederlassungen verfügt, dazu Zetzsche, S. 101; Wess, Rz. 667.

1988 Im Detail Zetzsche, S. 104.

1989 Wess, Rz. 496 f.

Wertpapierfirmen aus Drittstaaten grenzüberschreitend ihre Dienstleistungen an Kleinkunden in der gesamten EU erbringen dürfen.[1990]

Der Zugang zum EU-Finanzbinnenmarkt ist jedoch auch in diesen Bereichen nicht völlig verschlossen: Grenzüberschreitende Tätigkeiten in einzelne Mitgliedstaaten sind oftmals möglich entweder auf der Grundlage von nationalem Recht der Mitgliedstaaten oder auf der Grundlage von EU-Vorschriften, wobei die Entscheidung über die Gewährung des Zugangs in den Händen der Mitgliedstaaten liegt. Die Drittstaaten erhalten durch diese Verfahren Zugang zum Markt einzelner Mitgliedstaaten, nicht aber wie bei den Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zum gesamten EU-Finanzbinnenmarkt.

2. *Substituted Compliance*

Als *Substituted Compliance* wird das Recht eines Akteurs aus einem Drittstaat bezeichnet, die regulatorischen Anforderungen gem. dem Recht des Drittstaats zu erfüllen.[1991] Wie gesehen, tritt die *Substituted Compliance* in einigen Verfahren zum Marktzugang durch Passrecht als weitere Art der Wirkung hinzu.[1992] In verschiedenen Gleichwertigkeitsverfahren ist die *Substituted Compliance* jedoch auch als alleinige Wirkung vorgesehen, z. B. in den Bereichen, in welchen die Verfahren auf eine Vertriebsregulierung abzielen.[1993] Als Veranschaulichung sollen zwei Beispiele aus dem Versicherungsrecht dienen:

> Das Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit gem. Art. 227 Abs. 2 Solvency II ermöglicht Versicherungsgruppen, die ihren Hauptsitz in der EU haben, jedoch über Tochtergesellschaften in Drittstaaten verfügen, bei der Berechnung der Solvabilität der Gruppe in Bezug auf die Tochtergesellschaft die Anforderungen des Drittstaats zu berücksichtigen, z. B. in Bezug auf die Solvenzkapitalanforderungen oder die anrechenbaren Eigenmittel.[1994]

> Das Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit gem. Art. 260 Abs. 3 Solvency II betrifft die umgekehrte Konstellation, bei welcher ein Versicherungsunternehmen eines Drittstaats über eine Tochtergesellschaft in der EU verfügt. Im Falle der Gleichwertigkeitsanerkennung dürfen sich die Aufsichtsbehörden in den Mitgliedstaaten auf diese gleichwertige Gruppenaufsicht des Drittstaats stützen und müssen das EU-Tochterunternehmen nicht noch zusätzlich be-

---

[1990] Vgl. vorne § 9 Kap. C.III.1.2.2.

[1991] Emmenegger/Bigler, S. 160.

[1992] Vgl. vorne § 9 Kap. C.III.1.3.

[1993] Emmenegger/Bigler, S. 160.

[1994] Zetzsche, S. 81; Emmenegger/Bigler, S. 164.

aufsichtigen.[1995] Damit wird die Aufsicht in der EU (gestützt auf EU-Recht) durch die gleichwertige Aufsicht im Drittstaat (gestützt auf drittstaatliches Recht) ersetzt, d. h. substituiert.[1996]

3. Gleichbehandlung ohne Passrecht

Einzelne Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit bewirken eine Gleichbehandlung von Akteuren aus Drittstaaten in Bezug auf ausgewählte Aspekte.[1997]

3.1 Gleichbehandlung bei der Vergabe von Krediten

Ein Beispiel stellen die verschiedenen Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in der CRR dar, in welchen es um die Gewichtung von Risikopositionen geht bei der Vergabe von Krediten durch EU-Kreditinstitute an bestimmte Schuldner in Drittstaaten.[1998] Wenn ein Kreditinstitut (z. B. eine Bank) einen Kredit vergibt, besteht stets das Risiko, dass der Schuldner diesen nicht zurückzahlen kann. Bei Schuldnern aus Drittstaaten ist dieses Risiko höher, weshalb das EU-Recht bei der Vergabe von Krediten an Schuldner in Drittstaaten den EU-Kreditinstituten vorschreibt, Risikozuschläge oder Bewertungsabschläge vorzunehmen.[1999] Die Gleichwertigkeitsanerkennung bewirkt in Bezug auf unterschiedliche Akteure aus Drittstaaten, dass EU-Kreditinstitute ihre Risikopositionen gegenüber diesen Schuldnern gleichbehandeln dürfen wie gegenüber Schuldnern aus der EU.[2000] Die Begründung liegt darin, dass ein Vertrag mit einem Akteur aus einem Drittstaat, der im Vergleich zur EU über einen gleichwertigen Rechts- und Aufsichtsrahmen verfügt, keine höheren Risiken birgt und eine Ungleichbehandlung daher nicht gerechtfertigt bzw. notwendig ist.[2001] Die Verfahren in der CRR sind somit in erster Linie an EU-Kreditinstitute gerichtet.[2002] Akteure aus Drittstaaten profitieren höchstens mittelbar, indem die Kreditgewährung aus Sicht der

---

1995 Emmenegger/Bigler, S. 164.

1996 Zetzsche, S. 83; Emmenegger/Bigler, S. 164.

1997 Emmenegger/Bigler, S. 159.

1998 Emmenegger/Bigler, S. 162.

1999 Vgl. Zetzsche, S. 78.

2000 Emmenegger/Bigler, S. 162; vgl. das Beispiel der Zentralbanken bei Zetzsche, S. 79.

2001 Vgl. Zetzsche, S. 78.

2002 Vgl. Emmenegger/Bigler, S. 162.

EU-Kreditinstitute einfacher wird und die betroffenen Akteure aus Drittstaaten als Schuldner attraktiver werden.

3.2 Gleichbehandlung durch Freistellung von Rechtsvorschriften

Bei drei weiteren Verfahren bewirkt die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit, dass Zentralbanken und gewisse öffentliche Stellen aus Drittstaaten wie die entsprechenden Akteure aus der EU und den EU-Mitgliedstaaten vom Geltungsbereich eines Rechtsaktes oder zumindest von gewissen Vorschriften ausgenommen werden (sog. *Exemptions*).[2003]

IV. Bewertung der Wirkung aus der Perspektive der Schweiz

Bevor in Kap. D eine detaillierte Bewertung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in Bezug auf die Rechtssicherheit (Kap. D.I.) und den Handlungsspielraum bei der Rechtsetzung sowie der Rechtsanwendung und -auslegung (Kap. D.II. und D.III.) vorgenommen wird, soll zunächst eine Zwischenbewertung zur Wirkung der Gleichwertigkeitsanerkennung aus der Perspektive der Schweiz erfolgen.

1. Überblick

Eine einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zugunsten der Schweiz besteht aktuell in 13 Verfahren.[2004] Die Schweiz bewegt sich damit, gemessen an der Zahl der Gleichwertigkeitsbeschlüsse, im oberen Mittelfeld verglichen mit anderen Drittstaaten. Eine Bewertung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit nur anhand der Anzahl der Gleichwertigkeitsbeschlüsse ist jedoch nicht sinnvoll, da sich die Bedeutung eines Gleichwertigkeitsbeschlusses primär aufgrund seiner Wirkung ergibt und für die Schweiz zudem einige Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit nicht relevant sind.[2005]

[2003] Es handelt sich um die Verfahren in Art. 1 Abs. 6 EMIR, Art. 1 Abs. 9 MiFIR und Art. 6 Abs. 5 MAR; Emmenegger/Bigler, S. 160. Zur Wirkung dieser drei Verfahren siehe hinten § 9 Kap. C.IV.2.3.

[2004] Vgl. die aktuelle Liste zu den Gleichwertigkeitsbeschlüssen auf der Website der EU-Kommission.

[2005] Die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit für Ratingagenturen würde den Zugang zum EU-Finanzbinnenmarkt ermöglichen. Da in der Schweiz keine relevanten Ratingagenturen ihren Sitz haben, ist auch das Verfahren für die Schweiz nicht von Relevanz, vgl. Emmenegger/Bigler, S. 171.

2. Wirkung für die Schweiz

Die 13 Gleichwertigkeitsbeschlüsse wirken sich unterschiedlich auf das Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU im Bereich der Finanzdienstleistungen aus.

2.1 Marktzugang durch Passrecht

Von den Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, welche einen Marktzugang durch Passrecht bewirken, hat die EU-Kommission die Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts- und Aufsichtsrahmens bislang nur im Bereich der zentralen Gegenparteien (Art. 25 Abs. 6 EMIR) einseitig anerkannt.[2006] Die einzige schweizerische zentrale Gegenpartei SIX x-clear kann somit grenzüberschreitend ihre Dienstleistungen an Kunden in allen Mitgliedstaaten erbringen, wobei sie ihre Tätigkeit gestützt auf Schweizer Recht ausführen darf und unter Aufsicht der Schweizer Aufsichtsbehörden (FINMA, SNB) steht.[2007]

In den übrigen Verfahren, welche einen Marktzugang bewirken, hat die Schweiz gem. SiF ein besonderes Interesse an der Gleichwertigkeitsanerkennung im Bereich der Vermögensverwaltung und Anlageberatung für professionelle Kunden gem. Art. 47 MiFIR sowie im Bereich der Verwaltung und des Vertriebs von alternativen Investmentfonds durch Verwalter aus der Schweiz gem. Art. 37 AIFM-RL.[2008] Emmenegger/Bigler zählen zudem die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit für Zentralverwahrer gem. Art. 25 Abs. 9 CSDR zu den zentralen Verfahren, bei welchen die Erreichung der Gleichwertigkeitsanerkennung für die Schweiz von Interesse wäre.[2009]

In den zwölf restlichen Verfahren, in welchen eine einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zugunsten der Schweiz besteht, ist kein Marktzugang vorgesehen.[2010] Dennoch tragen die Gleichwertigkeitsbeschlüsse zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Verhältnisses bei.

2006 Durchführungsbeschluss 2015/2042; Emmenegger/Bigler, S. 168.

2007 Vgl. Emmenegger/Bigler, S. 168.

2008 SiF, Äquivalenzverfahren mit der EU, abrufbar unter: <https://www.sif.admin.ch/de/aquivalenzverfahren-eu>; Beirat, Bericht Roadmap 2020, S. 19.

2009 Emmenegger/Bigler, S. 174.

2010 Emmenegger/Bigler, S. 173, die noch die Börsenäquivalenz nennen, welche nicht mehr besteht, vgl. zur Börsenäquivalenz vorne § 9 Kap. C.I.5.3.

2.2 Erleichterungen im Bereich der Versicherungen

Eine Erleichterung bewirken insb. die drei Verfahren im Bereich des Versicherungsrechts. Die Schweiz hat das Potential der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit voll ausgeschöpft, indem sie in allen drei Verfahren über eine Gleichwertigkeitsanerkennung verfügt.[2011]

Der gemeinsame Gleichwertigkeitsbeschluss für alle drei Verfahren bewirkt im Bereich der Rückversicherung, dass die Mitgliedstaaten Rückversicherungsverträge mit Schweizer Rückversicherungsunternehmen gleichbehandeln müssen wie Verträge mit EU-Rückversicherungsunternehmen. Praktisch bedeutet dies, dass die Mitgliedstaaten keine zusätzlichen Sicherheiten von Rückversicherungsunternehmen aus der Schweiz verlangen dürfen.[2012] Die Gleichwertigkeitsanerkennung führt damit zu einer Gleichbehandlung von Schweizer Rückversicherungsunternehmen gegenüber ihren Konkurrenten aus der EU. Ob Rückversicherungsunternehmen aus der Schweiz direkt grenzüberschreitend in die EU tätig sein dürfen oder nicht, ist nicht Gegenstand des Verfahrens, sondern Sache der Mitgliedstaaten.[2013] Die zwei weiteren Verfahren gem. Art. 227 Abs. 2 und Art. 260 Abs. 3 Solvency II bewirken Erleichterungen bei der Berechnung der Solvabilität.[2014]

Anhand des Bereichs der Versicherungen werden die Grenzen der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit aus der Perspektive eines Drittstaats wie der Schweiz deutlich: Obwohl die Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts in allen möglichen Verfahren anerkannt wurde, ist die grenzüberschreitende Erbringung von Versicherungsdienstleistungen zwischen der Schweiz und der EU nur sehr eingeschränkt möglich,[2015] da der Marktzugang mittels einseitiger Anerkennung der Gleichwertigkeit nicht vorgesehen ist. Abhilfe würde der Abschluss eines bilateralen Finanzdienstleistungsabkommens schaffen, in welchem der Marktzugang explizit geregelt würde und womit auch das bestehende Versicherungsabkommen von 1989 erweitert würde.[2016]

2011 Emmenegger/Bigler, S. 173; vgl. zu den einzelnen Verfahren im Detail hinten § 9 Kap. D.II.3.1.

2012 Weber/Baisch, § 2 Rz. 78; Zetzsche, S. 80, welcher betont, dass Mitgliedstaaten keine zusätzliche Rückstellung und Besicherung verlangen dürfen.

2013 A.M. Wess, Rz. 671; Lehmann/Zetzsche, Rz. 14.

2014 Vgl. im Detail vorne § 9 Kap. C.III.2.

2015 Die Möglichkeit der Eröffnung von Zweigniederlassungen in der EU ist aufgrund des Versicherungsabkommens von 1989 möglich, vgl. Wess, Rz. 681.

2016 Vgl. zum Finanzdienstleistungsabkommen vorne § 9 Kap. B.II.3.1.

2.3 Gleichbehandlung von Schweizer Akteuren in anderen Teilbereichen

Bei sieben der dreizehn Gleichwertigkeitsbeschlüssen führt die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zu einer Gleichbehandlung von Schweizer Akteuren mit jenen in der EU.

Die EU-Kommission hat die Gleichwertigkeit einerseits in fünf Verfahren in der Kapitaladäquanz-VO CRR anerkannt.[2017] Die Gleichwertigkeitsanerkennung führt zu einer Gleichbehandlung von Schweizer Kreditinstituten, der SNB und den Schweizer Gebietskörperschaften (Bund, Kantone, Gemeinden) in Bezug auf Risikopositionen mit EU-Schuldnern bei der Vergabe von Krediten.[2018] Damit werden diese Schweizer Akteure aus Sicht von EU-Kreditinstituten als Schuldner attraktiver.

Andererseits führt die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zu Ausnahmen für die SNB, welche sie in Bezug auf gewisse Aspekte mit Zentralbanken in den Mitgliedstaaten gleichstellt:[2019] Die SNB ist wie Zentralbanken aus den Mitgliedstaaten von den Vorschriften der MAR[2020] und der EMIR[2021] ausgenommen.[2022] Zudem finden die in Art. 1 Abs. 6 MiFIR genannten Vorschriften auf Geschäfte der SNB keine Anwendung, womit sie den mitgliedstaatlichen Zentralbanken gleichgestellt wird.[2023]

2.4 *Substituted Compliance* im Bereich der Abschlussprüfung

Die ersten zwei Gleichwertigkeitsbeschlüsse zugunsten der Schweiz gehen auf das Jahr 2010 zurück.[2024] Seit dann verfügt die Schweiz über eine einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen der zwei Verfahren in der RL 2006/43/EG (Abschlussprüfungs-RL).[2025] Werden übertragbare Wertpapiere eines Emitten-

---

2017 Emmenegger/Bigler, S. 162.

2018 Vgl. zur Wirkung der Verfahren in der CRR vorne § 9 Kap. C.III.3.1.

2019 Emmenegger/Bigler, S. 173.

2020 Die Ausnahme gilt nur bei Geschäften, Aufträgen oder Handlungen, die aus geld- oder wechselkurspolitischen Gründen erfolgen, vgl. Art. 6 Abs. 5 MAR i. V. m. Art. 6 Abs. 1 MAR.

2021 Art. 1 Abs. 6 i. V. m. Abs. 4 lit. c Ziff. VIII EMIR.

2022 Emmenegger/Bigler, S. 173.

2023 Art. 1 Abs. 9 MiFIR.

2024 Vgl. vorne § 9 Kap. B.II.2.; Emmenegger/Bigler, S. 172.

2025 Emmenegger/Bigler, S. 172.

ten aus einem Drittstaat ab einer gewissen Höhe in der EU gehandelt, muss der Jahresabschluss des Drittstaaten-Unternehmens geprüft werden. Die Prüfung kann durch Prüfungsunternehmen aus Drittstaaten erfolgen, doch müssen diese in der EU registriert sein und EU-Recht beachten.[2026] Durch die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit dürfen Prüfunternehmen in Drittstaaten die Jahresrechnung dieser Unternehmen nach den Vorschriften des Drittstaats prüfen und einen Bestätigungsvermerk machen, ohne dass sie sich dem Aufsichtssystem der Mitgliedstaaten unterwerfen müssen.[2027] Das Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit gem. Art. 47 Abs. 3 RL 2006/43/EG ermöglicht zudem, dass Arbeitspapiere und Dokumente an die zuständigen Stellen von Drittstaaten weitergegeben werden dürfen.[2028]

3. Bewertung der Wirkung

Mittels der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit konnte die grenzüberschreitende Erbringung von Finanzdienstleistungen zwischen der Schweiz und der EU tendenziell vereinfacht und damit verbessert werden. Aus Sicht der Schweiz, welche im Rahmen ihrer Finanzmarktpolitik einen möglichst breiten Zugang zum EU-Finanzbinnenmarkt anstrebt, bleibt der Status quo jedoch hinter den verfolgten Zielen zurück.[2029] Aufgrund der Beurteilung der Wirkung in den vorangegangenen Kapiteln lassen sich sowohl rechtliche als auch praktische Einschränkungen eruieren, welche einen breiten Marktzugang verhindern.

3.1 Rechtliche Einschränkungen

Rechtliche Einschränkungen ergeben sich einerseits daraus, dass das EU-Recht in einigen Teilbereichen und für gewisse Akteure keine Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit vorsieht, welche einen breiten Marktzugang ermöglichen, z. B. im Bereich der Banken oder Versicherungen.[2030] Dieser Umstand ist aus drittstaatlicher Perspektive unbefriedigend, erstaunt jedoch nicht

---

2026 Art. 44 f. RL 2006/43/EG.

2027 Art. 46 Abs. 2 RL 2006/43/EG.

2028 Emmenegger/Bigler, S. 172.

2029 Insb. aufgrund der noch nicht erreichten einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich von Art. 47 MiFIR und Art. 37 AIFM-RL, vgl. vorne § 9 Kap. C.IV.2.1. Gem. Emmenegger/Bigler, S. 174, «erscheint das Potential des Äquivalenzprinzips als Marktzugangsmechanismus nahezu ausgereizt» aus Sicht der Schweiz.

2030 Vgl. vorne § 9 Kap. C.III.1.4.

vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Kommission, wonach die Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit primär der EU und den Akteuren nutzen sollen und nicht auf eine möglichst grosse Liberalisierung des grenzüberschreitenden Verkehrs mit Finanzdienstleistungen ausgerichtet sind.[2031]

Andererseits bestehen, wie dargelegt,[2032] rechtliche Einschränkungen auch in Verfahren, die grundsätzlich einen Marktzugang vorsehen. Das für die Schweiz relevanteste Beispiel ist das Verfahren gem. Art. 47 MiFIR, welches die grenzüberschreitende Vermögensverwaltung und Anlageberatung für professionelle Kunden vorsieht, jedoch nicht für Kleinanleger in der EU.[2033]

3.2 Faktische Einschränkungen

Auch in Bezug auf die faktischen Einschränkungen ist das Verfahren gem. Art. 47 MiFIR relevant: Die Vermögensverwaltung oder Anlageberatung für professionelle Kunden, welche die Gleichwertigkeitsanerkennung gem. Art. 47 MiFIR ermöglicht, ist für die bedeutenden Vermögensverwaltungsunternehmen in der Schweiz wirtschaftlich interessant. Allerdings verfügt die Schweiz bislang nicht über eine einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit.[2034] Ebenso fehlt die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit für Verwalter von alternativen Investmentfonds.[2035] In diesen beiden Bereichen besteht für die Schweiz grundsätzlich ein Potential zur Verbesserung des Marktzugangs.[2036] Jedoch darf dabei nicht vergessen werden, dass es nicht in erster Linie an der Schweiz liegt, dass die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit in diesen beiden Verfahren noch nicht anerkannt wurde. Die Schweiz hat ihr Recht in beiden Bereichen an das relevante EU-Recht angeglichen und erfüllt damit die Anforderungen an die Gleichwertigkeit.[2037] Im Falle des Verfahrens gem. Art. 37 AIFM-RL bestätigte die ESMA bereits zwei Mal die Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts- und Aufsichtsrahmens.[2038] Die Kommis-

---

2031 Zu den Zielen der Gleichwertigkeitsverfahren aus Sicht der EU-Kommission vgl. vorne § 9 Kap. C.I.2.

2032 Vgl. vorne § 9 Kap. C.III.1.2.2.

2033 Vgl. vorne § 9 Kap. C.III.1.2.2. und C.IV.2.1.

2034 Schären/Jutzi, Rz. 64; Beirat, Bericht Roadmap 2020, S. 19.

2035 Schären/Jutzi, Rz. 64; vgl. vorne § 9 Kap. C.IV.2.1.

2036 Emmenegger/Bigler, S. 173.

2037 In Bezug auf das Verfahren in Art. 47 MiFIR vgl. Sethe, Rechtsangleichung, S. 358; siehe aber Emmenegger/Bigler, S. 174, mit dem Hinweis, dass die im EU-Recht geforderte Möglichkeit der Reziprozität im Schweizer Recht noch nicht besteht.

2038 Emmenegger/Bigler, S. 166.

sion verzichtete bislang trotzdem in Bezug auf beide Verfahren, einen Gleichwertigkeitsbeschluss für einen Drittstaat zu erlassen. Es handelt sich in diesen zwei Fällen somit um eine faktische Einschränkung, da die Gleichwertigkeitsanerkennung rechtlich möglich wäre.

Es ist möglich, dass die EU die Gleichwertigkeit der Schweiz in weiteren Verfahren anerkennt, falls die mit dem Paket zur Stabilisierung und Weiterentwicklung geplanten Änderungen der bestehenden Binnenmarktabkommen und die drei neuen Abkommen in Kraft treten. Ob eine einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit aber gerade in den zwei für die Schweiz besonders interessanten Verfahren von Art. 47 MiFIR und Art. 37 AIFM-RL erreicht werden könnte, ist m. E. dennoch zu bezweifeln, da die EU-Kommission bei diesen beiden Verfahren bislang grundsätzlich nicht bereit schien, einen Gleichwertigkeitsbeschluss für einen Drittstaat zu erlassen.

Ein breiter und umfassender Marktzugang der Schweiz zum EU-Finanzbinnenmarkt lässt sich daher wohl nur im Rahmen eines bilateralen Finanzdienstleistungsabkommens erreichen. Aus Sicht der Schweiz wäre ein Abkommen zu bevorzugen, in welchem der Marktzugang auf der Grundlage der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit gewährt wird, wie dies beim bilateralen Abkommen zwischen dem UK und der Schweiz über die gegenseitige Anerkennung im Bereich der Finanzdienstleistungen der Fall ist.[2039] Die Schweiz müsste so nicht das gesamte EU-Recht im Bereich der Finanzdienstleistungen übernehmen. Aufgrund der bisherigen Haltung der EU im Rahmen der Verhandlungen zu einem allgemeinen Dienstleistungsabkommen[2040] ist jedoch fraglich, ob sich die EU bereit zeigen würde für ein Abkommen auf der Grundlage der Anerkennung der Gleichwertigkeit. Ein entscheidender Faktor für den Entscheid der EU könnte sein, wie gut sich das Abkommen zwischen der Schweiz und dem UK in der Praxis bewährt.

[2039] Vgl. vorne § 9 Kap. A.IV.2.3.2.

[2040] Vgl. vorne § 9 Kap. B.II.1.2.

D. Bewertung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit

I. Rechtssicherheit im Verfahren der Gleichwertigkeitsanerkennung

1. Übersicht

1.1 Vermeintlicher Vorteil der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit

Auf den ersten Blick scheint es, als ob die Rechtssicherheit bei den Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der Finanzdienstleistungen grösser sein müsste als bei den Verfahren der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit (Industrie- und Agrarprodukte):

- Die *einseitige* Anerkennung der Gleichwertigkeit basiert auf Vorschriften im EU-Sekundärrecht. Sie erfolgt somit *prima facie* im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens nach EU-Recht, welches ins EU-Rechtsschutzsystem eingebunden ist.
- Die *gegenseitige* Anerkennung der Gleichwertigkeit erfolgt hingegen auf der Grundlage des Völkerrechts, wobei die Verfahren der Gleichwertigkeitsanerkennung, wie im Bereich der Industrie- und Agrarprodukte gezeigt wurde,[2041] oftmals in einer Weise ausgestaltet sind, welche mit Blick auf die Rechtssicherheit problematisch ist.

Der vermeintliche Vorteil der Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit bei Finanzdienstleistungen muss angesichts der Praxis der EU-Kommission zur einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit jedoch relativiert werden. Im Rahmen dieses Kapitels sollen die problematischen Bereiche identifiziert und analysiert werden.

1.2 Problematische Bereiche

Zwei Aspekte in Bezug auf die Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit sind mit Blick auf die Rechtssicherheit problematisch: Einerseits geht es um die prozessrechtliche Frage, inwiefern ein (positiver oder negativer) Gleichwertigkeitsbeschluss der EU-Kommission im Rahmen einer Klage vor den Unionsgerichten anfechtbar ist (Kap. D.I.2.). Andererseits geht es um die materiellrechtliche Frage, ob der Einbezug und die teilweise höhere Gewichtung von

[2041] Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4. und § 7 Kap. D.I.3.

politischen Prioritäten im Rahmen des Gleichwertigkeitsverfahrens durch die EU-Kommission rechtmässig sind (Kap. D.I.3.).

2. Anfechtbarkeit von Gleichwertigkeitsbeschlüssen der EU-Kommission

Der erste Problembereich betrifft die Frage der Justiziabilität eines Gleichwertigkeitsbeschlusses, d. h. die Frage, inwiefern ein Gleichwertigkeitsbeschluss der Kommission überhaupt gerichtlich angefochten werden kann.

2.1 Verständnis und Praxis der EU-Kommission

Gemäss der EU-Kommission wird ein Gleichwertigkeitsbeschluss «einseitig und nach Ermessen der EU erlassen und von der Kommission im Einklang mit den Prioritäten der Union und den Interessen der EU-Finanzmärkte ausgearbeitet und angenommen».[2042]

Drittstaaten können «ihr Interesse an einer Bewertung äussern, was von der Kommission dann eingehend geprüft wird».[2043] In Bezug auf die Stellung der Drittstaaten vertritt die Kommission hingegen eine klare Haltung: «Befugnisse zur Feststellung der Gleichwertigkeit verleihen Drittländern jedoch nicht das Recht, ihren Rahmen prüfen oder seine Gleichwertigkeit feststellen zu lassen, auch dann nicht, wenn sie nachweisen können, dass er die massgeblichen Kriterien erfüllt.»[2044]

Die Kommission sagt damit nicht explizit, dass allfällige Gleichwertigkeitsbeschlüsse gerichtlich nicht anfechtbar sind. Ihre Praxis deutet jedoch auf ein solches Verständnis hin: Anerkennt die Kommission die Gleichwertigkeit, erlässt sie einen Gleichwertigkeitsbeschluss in der geforderten Form (positiver Gleichwertigkeitsbeschluss). Kommt sie hingegen zum Schluss, dass die Gleichwertigkeit nicht anerkannt werden soll, fällt sie nicht etwa einen inhaltlich negativen Gleichwertigkeitsbeschluss, in welchem sie feststellt, dass die Gleichwertigkeit nicht besteht, wie dies im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens zu erwarten wäre, sondern sie fällt keinen Beschluss.[2045] Die Kommission scheint davon auszugehen, dass ihr nicht nur Ermessen zukommt in Bezug auf die Frage, ob sie die Gleichwertigkeit materiell anerkennen möchte, sondern auch ein solches in Bezug

---

2042 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 7, vgl. auch bereits S. 5.

2043 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 9.

2044 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 9.

2045 Wymeersch, S. 30; Imm, S. 106, 122.

auf die verfahrensrechtliche Frage, ob sie überhaupt einen formellen Beschluss erlassen muss, unabhängig von dessen Inhalt (Anerkennung oder verweigerte Anerkennung).

2.2 Rezeption in der Lehre

Lehmann/Zetzsche betonen, dass Äquivalenzfeststellungen gem. Ansicht der Kommission «eine Ermessensentscheidung zur Förderung öffentlicher Interessen und der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte in der EU unter Berücksichtigung weiterer politischer Präferenzen [sind]».[2046] Sie folgern daraus, dass «kein Rechtsweg zur Überprüfung der EU-Gleichwertigkeitsfeststellung eröffnet [sei]»[2047] und ein Gleichwertigkeitsbeschluss «demnach nicht justiziabel [sei]».[2048] Diese Haltung wird in der Lehre verschiedentlich geteilt, sofern die Frage der Justiziabilität überhaupt behandelt wird.[2049] In einigen in den letzten Jahren erschienenen Publikationen wurde diese Haltung jedoch vermehrt kritisch beleuchtet.[2050]

Bislang hat es soweit ersichtlich kein gerichtliches Verfahren gegeben im Zusammenhang mit der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der Finanzdienstleistungen. Somit wurde auch die Frage der Justiziabilität noch nicht richterlich beurteilt.

2.3 Bewertung

2.3.1. Entschliessungsermessen der EU-Kommission

Die Vorschriften der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit sind durchwegs als «kann»-Vorschriften formuliert.[2051] Bei Vorliegen der Voraussetzungen, welche das EU-Recht vorschreibt, *kann* die Kommission einen Gleichwertigkeitsbeschluss fassen, sie ist gem. dem Wortlaut jedoch nicht dazu verpflichtet.[2052] Ihr kommt somit nach der wörtlichen Auslegung der Bestimmungen ein Entschlies-

[2046] Lehmann/Zetzsche, Rz. 22.

[2047] Lehmann/Zetzsche, Rz. 22.

[2048] Lehmann/Zetzsche, Rz. 22.

[2049] Z. B. Schären/Jutzi, Rz. 26; Contratto, S. 659.

[2050] Vgl. insb. Schürger, S. 116; Imm, S. 120 ff.

[2051] Z. B. Art. 47 Abs. 1 MiFIR; Schürger, S. 111.

[2052] Vgl. in diesem Sinne auch Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 55.

sungsermessen zu, wie es in verwaltungsrechtlichen Vorschriften verschiedentlich der Fall ist.[2053]

2.3.2. Rechtsprechung des EuGH zur Schweiz im Strombereich

Die Einschätzung der Kommission und eines Teils der Lehre, dass der Charakter des Gleichwertigkeitsbeschlusses als Ermessensentscheid zu einem Ausschluss der Überprüfbarkeit führt, ist aufgrund eines neuen Urteils des EuGH im Strombereich kritisch zu betrachten.

2.3.2.1. Hintergrund des Urteils

Der dem Urteil zugrunde liegende Fall betrifft nicht den Bereich der Finanzdienstleistungen, sondern jenen des Elektrizitätsbinnenmarktes, konkret die Beteiligung der Schweiz an europäischen Plattformen für den Austausch von Standardprodukten für Regelarbeit (insb. die Plattform TERRE).[2054] Die Regelenergie-Plattformen spielen eine wichtige Rolle zur Sicherung der Stromnetzstabilität.[2055]

Die Schweiz, in der Form des Schweizer Übertragungsnetzbetreibers Swissgrid, half beim Aufbau dieser europäischen Plattformen für Regelenergie mit und war daher faktisch Mitglied dieser Plattformen.[2056] Da die Schweiz rechtlich jedoch nicht Teilnehmerin des EU-Elektrizitätsbinnenmarkts ist, ist auch die Teilnahme von Swissgrid an diesen Plattformen rechtlich nicht vorgesehen.[2057] Im Bereich der Plattformen für Regelenergie kann die Schweiz jedoch einbezogen werden auf der Grundlage von Art. 1 Abs. 6 und 7 VO 2017/2195.[2058] Der Einbezug von Swissgrid in die Regelenergie-Plattformen ist einerseits möglich, sofern die Schweiz gem. Art. 1 Abs. 6 VO 2017/2195 die «wesentlichen Bestimmungen des Unionsrechts für den Strommarkt im Schweizer Recht umgesetzt [hat]» und ein bilaterales Abkommen im Strombereich mit der EU geschlossen hat.[2059] Andererseits ist

---

2053 Vgl. im Schweizer Recht Griffel, Rz. 265; Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:C:2024:615, Rn. 39 f.; vgl. auch Widmer, Rz. 213.

2054 Vgl. EuGH, Urteil vom 13.02.2025, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2025:83, Rn. 1.

2055 Swissgrid, Factsheet Regelenergie-Plattformen, S. 4.

2056 Swissgrid, Factsheet Regelenergie-Plattformen, S. 1.

2057 Art. 1 Abs. 2 VO 2017/2195.

2058 Es handelt sich um eine Drittstaaten-Bestimmung, welche nur für die Schweiz gilt.

2059 Art. 1 Abs. 6 VO 2017/2195.

der Einbezug von Swissgrid aus Gründen der Netzstabilität möglich, d. h., «wenn der Ausschluss der Schweiz zu ungeplanten physischen Leistungsflüssen durch die Schweiz führen könnte, die die Systemsicherheit der Region gefährden».[2060] Sofern eine der beiden Alternativvoraussetzungen erfüllt ist, entscheidet die Kommission gem. Art. 1 Abs. 7 VO 2017/2195 über den Einbezug der Schweiz auf der Grundlage einer Stellungnahme der Übertragungsnetzbehörden in den Mitgliedstaaten und der relevanten EU-Agentur ACER.

Obwohl beide Stellungnahmen vorlagen und sich alle Beteiligten für den Einbezug von Swissgrid aussprachen, fasste die Kommission keinen Beschluss.[2061] In einem Brief vom 17. Dezember 2020, welcher an die ÜNB in den Mitgliedstaaten gerichtet war, äusserte sich der Direktor der Generaldirektion für Energie der EU-Kommission hingegen zur Situation der Schweiz: Er unterstrich u. a., dass der Einbezug der Schweiz ohne Beschluss der Kommission gegen Art. 1 Abs. 6 und 7 VO 2017/2195 verstosse.[2062] Zudem forderte er die Übertragungsnetzbetreiber der Mitgliedstaaten auf, Swissgrid von der Plattform TERRE auszuschliessen.[2063]

Swissgrid erhob aufgrund des Briefs eine Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV. Während sie sich als Rechtsmittelführerin auf den Standpunkt stellte, dass der Brief einen Entscheid darstelle, welcher im Rahmen einer Nichtigkeitsklage angefochten werden kann, vertrat die Kommission die gegenteilige Ansicht und plädierte auf Unzulässigkeit der Klage.[2064]

2.3.2.2. Beschluss des EuG

Das Gericht (EuG), welches sich als erste Instanz mit dem Fall beschäftigte, wies die Klage als unzulässig ab, da es im Sinne der Kommission urteilte, dass der Brief keinen gültigen Anfechtungsgegenstand darstelle.[2065]

[2060] Art. 1 Abs. 6 VO 2017/2195.

[2061] EuG, Beschluss vom 21.12.2022, Swissgrid/Kommission, T-127/21, ECLI:EU:T:2022:868, Rn. 4 f.

[2062] EuG, Beschluss vom 21.12.2022, Swissgrid/Kommission, T-127/21, ECLI:EU:T:2022:868, Rn. 10.

[2063] EuG, Beschluss vom 21.12.2022, Swissgrid/Kommission, T-127/21, ECLI:EU:T:2022:868, Rn. 10.

[2064] EuG, Beschluss vom 21.12.2022, Swissgrid/Kommission, T-127/21, ECLI:EU:T:2022:868, Rn. 15 f.

[2065] EuG, Beschluss vom 21.12.2022, Swissgrid/Kommission, T-127/21, ECLI:EU:T:2022:868, Rn. 23.

Das EuG stellte sich konkret auf den Standpunkt, dass der Brief keine verbindliche Rechtswirkung gegenüber Swissgrid erzeuge und daher die Anfechtungsvoraussetzungen von Art. 263 AEUV nicht erfüllt seien.[2066] Es ging dabei nicht auf den Inhalt des Schreibens ein,[2067] sondern stützte sich in seiner Argumentation auf das Ermessen der Kommission in Bezug auf den Erlass eines Entscheids:[2068] Da der Beschluss über den Einbezug von Swissgrid einzig vom Entscheid der Kommission abhänge, welche in dieser Hinsicht über Ermessen verfüge, komme Swissgrid aus Art. 1 Abs. 7 VO 2017/2195 kein individuelles Recht zu, einen Beschluss der Kommission zu verlangen und zu erhalten.[2069] Aus diesem Grund könne der Brief keine Entscheidung darstellen, welche eine verbindliche Rechtswirkung gegenüber Swissgrid entfalten könne, indem z. B. ihre Rechtsposition geändert würde.[2070]

2.3.2.3. Urteil des EuGH

Swissgrid zog den Beschluss des EuG an den EuGH weiter. Mit Urteil vom 13. Februar 2025 hob der EuGH den Beschluss des EuG auf und verwies die Sache zur weiteren Prüfung zurück an das EuG.[2071]

Der Gerichtshof urteilte im Sinne der Schweiz, dass das EuG in seinem Beschluss zwei Rechtsfehler begangen habe:[2072] Der erste Fehler liegt darin, dass das EuG, ohne das wahre Wesen des streitigen Schreibens zu berücksichtigen, angenommen hat, dass dieses keine mit einer Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV anfechtbare Handlung darstelle.[2073]

[2066] EuG, Beschluss vom 21.12.2022, Swissgrid/Kommission, T-127/21, ECLI:EU:T:2022:868, Rn. 23, 24, 29.

[2067] Vgl. die Kritik bei Schlussanträgen GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:C:2024:615, Rn. 35.

[2068] EuG, Beschluss vom 21.12.2022, Swissgrid/Kommission, T-127/21, ECLI:EU:T:2022:868, Rn. 29 f.

[2069] EuG, Beschluss vom 21.12.2022, Swissgrid/Kommission, T-127/21, ECLI:EU:T:2022:868, Rn. 30, vgl. auch Rn. 24, 28 f.

[2070] EuG, Beschluss vom 21.12.2022, Swissgrid/Kommission, T-127/21, ECLI:EU:T:2022:868, Rn. 29.

[2071] EuGH, Urteil vom 13.02.2025, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:C:2025:83, Rn. 55.

[2072] EuGH, Urteil vom 13.02.2025, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:C:2025:83, Rn. 52.

[2073] EuGH, Urteil vom 13.02.2025, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:C:2025:83, Rn. 52. Bereits Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:C:2024:615, Rn. 35 f.

Einen zweiten Fehler beging das EuG, als es sich «auf das Fehlen eines individuellen Rechts der Rechtsmittelführerin […], das die Entscheidungsbefugnis der Kommission begrenzen würde, und folglich auf das Bestehen eines freien Ermessens der Kommission in Bezug auf den Erlass von Beschlüssen nach dieser Bestimmung gestützt hat».[2074] Auf diese Weise habe das EuG bei der Prüfung der Anfechtbarkeit ein Kriterium des Bestehens eines subjektiven Rechts hinzugefügt, welches sich weder aus Art. 263 AEUV noch aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt.[2075]

2.3.3. Konsequenzen für den Bereich der Finanzdienstleistungen

2.3.3.1. Relevanz des Urteils für den Bereich der Finanzdienstleistungen

Trotz des Umstands, dass das Urteil des EuGH einen anderen Rechtsbereich betrifft, ist es m. E. gerechtfertigt, das Urteil zur Bewertung der Rechtslage im Bereich der Finanzdienstleistungen heranzuziehen, weil der rechtliche und politische Rahmen in beiden Konstellationen sehr ähnlich ist: In beiden Fällen geht es um die Entscheidung über den Einbezug eines Drittstaats bzw. von Akteuren aus Drittstaaten in einen Teilbereich des Binnenmarkts durch Entscheid der EU-Kommission. Zudem ist die Frage des Ermessens der Kommission (und deren Umfang) in beiden Konstellationen von Relevanz.

2.3.3.2. Kein Ausschluss der Anfechtbarkeit aufgrund des Ermessensspielraums

Aus dem Urteil des EuGH zeigt sich deutlich, dass die Anfechtbarkeit eines Beschlusses nicht aufgrund eines Ermessensspielraums der Kommission ausgeschlossen werden darf. Selbst wenn die Kommission über ein Ermessen in Bezug auf die Gleichwertigkeitsanerkennung verfügt und die Schweiz daher kein individuelles Recht auf die Anerkennung der Gleichwertigkeit hat,[2076] wirkt sich dieser Umstand gem. EuGH nicht auf die Anfechtbarkeit aus und ist somit in Bezug darauf unerheblich.

[2074] EuGH, Urteil vom 13.02.2025, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:C:2025:83, Rn. 51; vgl. bereits Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 38.

[2075] EuGH, Urteil vom 13.02.2025, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:C:2025:83, Rn. 51 f.

[2076] Vgl. Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 55. Der EuGH ging inhaltlich nicht auf die Frage des Ermessens der Kommission ein, vgl. EuGH, Urteil vom 13.02.2025, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:C:2025:83, Rs. C-121/23 P, Rn. 51.

2.3.3.3. Anfechtbarkeit trotz des Fehlens eines formellen Beschlusses

Die Ausgangslage im Bereich der Finanzdienstleistungen ist jedoch insofern komplexer, als die Kommission gem. ihrer Praxis *keinen* Beschluss erlässt, wenn sie die Gleichwertigkeit nicht einseitig anerkennt.[2077] Es fragt sich daher, ob die Anfechtbarkeit aufgrund eines fehlenden Anfechtungsobjekts scheitert. Die Argumentation des EuGH und die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott deuten m. E. darauf hin, dass die Anfechtbarkeit nicht aufgrund eines fehlenden formellen Beschlusses ausgeschlossen werden kann.[2078]

2.3.3.3.1. Notwendigkeit eines effektiven Rechtsschutzes

Gemäss der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist die Form eines Entscheids «für seine Einstufung als anfechtbare Handlung im Sinne von Art. 263 AEUV nicht entscheidend».[2079] Der Gerichtshof begründete dies damit, dass sich die Kommission andernfalls «der Kontrolle durch die Unionsgerichte entziehen [könnte], indem sie formelle Anforderungen an die Vornahme der in Rede stehenden Handlung missachte […]».[2080] Zusammenfassend folgerte der EuGH: «Da die Union eine Rechtsgemeinschaft ist, in der die Handlungen ihrer Organe auf ihre Vereinbarkeit mit dem Vertrag hin kontrolliert werden, sind die Verfahrensmodalitäten für die bei den Unionsgerichten eingereichten Klagen so weit wie möglich dahin auszulegen, dass sie zur Erreichung des Ziels beitragen, einen effektiven gerichtlichen Schutz der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte zu gewährleisten.»[2081]

Diese Aussage des EuGH, welche aufgrund des Wortlauts nicht auf den konkreten Streitfall beschränkt zu sein scheint, muss m. E. so verstanden werden, dass die Praxis der Kommission, bei einem negativen inhaltlichen Entscheid keinen Beschluss zu erlassen, nicht dazu führen kann, dass die Anfechtbarkeit einer Handlung der EU-Kommission ausgeschlossen wird. Ein Ausschluss würde dem Ziel

---

2077 Vgl. vorne § 9 Kap. D.I.2.1; dazu auch Wymeersch, S. 30; Imm, S. 106 und 122.

2078 Von einer Anfechtbarkeit in gewissen Konstellationen geht auch Imm, S. 123 und 124, aus.

2079 EuGH, Urteil vom 13.02.2025, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:C:2025:83, Rn. 48.

2080 EuGH, Urteil vom 13.02.2025, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:C:2025:83, Rn. 49.

2081 EuGH, Urteil vom 13.02.2025, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:C:2025:83, Rn. 49.

eines effektiven gerichtlichen Schutzes entgegenwirken. Diese Sichtweise erhärtet sich durch die Ausführungen der Generalanwältin Kokott.[2082]

2.3.3.3.2. Recht auf eine Antwort als Teilgehalt des Rechts auf eine gute Verwaltung

Die Generalanwältin betonte, dass die Weigerung, einen Genehmigungsbeschluss zu erlassen, «notwendigerweise darauf ausgerichtet [sei], Rechtswirkungen zu erzeugen, die die Interessen der Rechtsmittelführerin durch eine qualifizierte Änderung ihrer Rechtsstellung beeinträchtigen».[2083] Daher könne der Rechtsmittelführerin «nicht das Recht nach Art. 263 AEUV und Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union […] vorenthalten werden, die Begründetheit dieser Weigerung […] vor den Unionsgerichten anzufechten».[2084]

Des Weiteren wies Generalanwältin Kokott in ihrer Argumentation auf die Rechtslage im Wettbewerbsrecht hin.[2085] Ein Wettbewerber in einem Verfahren des öffentlichen Beschaffungsrechts, welcher ein berechtigtes Interesse hat, kann «die Kommission zwar nicht dazu zwingen, einen Beschluss in dem von ihm gewünschten Sinne zu erlassen; er hat aber gleichwohl Anspruch auf eine sorgfältige und unparteiische Prüfung seiner Beschwerde, sowie eine endgültige, mit Gründen versehene Antwort der Kommission, gegen die ein Rechtsbehelf eingelegt werden kann […]».[2086] Swissgrid könne sich daher, so die Generalanwältin, «wie ein Beschwerdeführer im Wettbewerbsrecht auf das Recht berufen, dass die Kommission ihr Dossier, insbesondere ihren Genehmigungsantrag, sorgfältig und unparteiisch bearbeitet und die endgültige Antwort auf diesen Antrag ordnungsgemäss begründet, um ihr zu ermöglichen, die Antwort in der Sache anzufechten».[2087]

2082 Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 36 ff.

2083 Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 36.

2084 Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 36.

2085 Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 40, 42.

2086 Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 40 mit Verweis auf die Rechtsprechung in Fn. 22.

2087 Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 42.

Aufgrund der Ähnlichkeit der Verfahren und des Umstands, dass die Generalanwältin für ihre Argumentation selbst auf einen anderen Rechtsbereich (Wettbewerbsrecht) verweist, lassen sich die vorne stehenden Ausführungen m. E. *mutatis mutandis* auf die Gleichwertigkeitsverfahren im Bereich der Finanzdienstleistungen übertragen. Im Rahmen des Rechts auf eine gute Verwaltung gem. Art. 47 GRC verfügen Drittstaaten über Verfahrensrechte, welche sie gegenüber der Kommission geltend machen können: Beantragt ein Drittstaat die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit, hat er Anspruch darauf, dass die Kommission diesen sorgfältig und unparteiisch bearbeitet und die endgültige Antwort auf diesen Antrag ordnungsgemäss begründet, damit der Drittstaat diesen in der Sache anfechten kann.[2088]

Entgegen der ursprünglichen Haltung des EuG zeigt die Rechtsprechung des EuGH, dass die Einhaltung der Verfahrensrechte umso wichtiger ist, je mehr Ermessen der Entscheidbehörde zukommt: Gemäss Rechtsprechung des EuGH «kommt der Beachtung der verfahrensrechtlichen Garantien eine grosse Bedeutung zu, wenn ein Organ über einen weiten Ermessensspielraum verfügt».[2089] Als zentrales Verfahrensrecht muss dem Drittstaat auch das rechtliche Gehör geschenkt werden.[2090] Die Rechtsmittelführerin hat folglich das Recht, die Einhaltung des rechtlichen Gehörs gerichtlich überprüfen zu lassen.[2091]

2.3.3.3.3. Praktische Umsetzung

Sofern ein Drittstaat das Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit nicht selbst in Gang bringt, indem er sein Interesse an einer Bewertung äussert,[2092] wird der Drittstaat spätestens im Rahmen der Prüfung der Gleichwertigkeit durch die zuständige EU-Aufsichtsbehörde oder die Kommission kontaktiert werden und dadurch vom laufenden Verfahren Kenntnis erhalten.[2093] Da die Kom-

---

2088 Dieser Ansicht ist im Ergebnis auch Schürger, S. 124 f.

2089 EuGH, Urteil vom 13.02.2025, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:C:2025:83, Rn. 57; Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 42.

2090 Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 46.

2091 Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 46.

2092 Dazu ist er auch gem. Ansicht der Kommission berechtigt, vgl. EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 9.

2093 Vgl. Schürger, S. 117. Die zuständige Aufsichtsbehörde hat mit den Aufsichtsbehörden des Drittstaats Kontakt, wenn sie dessen Rechts- und Aufsichtsrahmen evaluiert, vgl. vorne § 9 Kap. C.I.4.1.

mission gem. ihrer Praxis keinen Beschluss erlässt, wenn sie die Gleichwertigkeit nicht einseitig anerkennt,[2094] müssen Drittstaaten ihre Verfahrensrechte aktiv wahrnehmen und von der Kommission auf der Grundlage des Rechts auf eine gute Verwaltung gem. Art. 47 GRC eine begründete Antwort auf ihren Antrag verlangen. Eine Antwort der Kommission kann nach der hier vertretenen Ansicht dann als Anfechtungsobjekt im Rahmen einer Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV verwendet werden.

3. Politische Prioritäten als Kriterium bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit

Ein zweites Element, welches sich negativ auf die Rechtssicherheit auswirkt, ist die Berücksichtigung von politischen Prioritäten der EU bei der Beurteilung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit durch die Kommission.

3.1 Verständnis und Praxis der EU-Kommission

Bei der Beurteilung, ob ein Gleichwertigkeitsbeschluss gefasst werden soll, macht die Kommission zwei Prüfungen: Einerseits erfolgt eine rechtliche Beurteilung anhand der im EU-Recht verankerten Kriterien, andererseits eine politische Beurteilung eines möglichen Gleichwertigkeitsbeschlusses.[2095]

Obwohl in der Literatur betont wird, dass die Kommission ihre Gleichwertigkeitsbeschlüsse meist sachlich auf der Grundlage der rechtlichen Kriterien fällt,[2096] gibt es Fälle, in welchen die politischen Prioritäten die Haltung der Kommission beeinflusst haben.[2097] Dazu wird die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit der USA für zentrale Gegenparteien gezählt, deren Beurteilung sehr lange gedauert hat,[2098] oder die Haltung der Kommission im Bereich der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit für Manager von alternativen Investmentfonds gem. Art. 37

2094 Die Kommission unterbreitet «anzunehmende Entwürfe von Gleichwertigkeitsbeschlüssen» einer öffentlichen Konsultation, EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 6. Tendiert die Kommission dazu, die Gleichwertigkeit nicht einseitig anzuerkennen, findet offensichtlich keine solche Konsultation statt.

2095 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 4; vgl. im Detail vorne § 9 Kap. C.I.5.2 und C.I.5.3.

2096 Schürger, S. 108 f.

2097 Vgl. Schürger, S. 109 f.

2098 Schürger, S. 109.

AIFM-RL.[2099] Obwohl die ESMA bereits vor Jahren eine positive Beurteilung der Gleichwertigkeit im Rahmen ihrer Empfehlungs-Berichte für verschiedene Staaten, darunter die Schweiz, vorgenommen hat, hat die Kommission bislang keinen Gleichwertigkeitsbeschluss gem. Art. 37 AIFM-RL erlassen.[2100]

Während politische Prioritäten in Bezug auf die Verzögerungen bei den zwei genannten Beispielen nur vermutet werden,[2101] ist der Einfluss politischer Beweggründe bei der verweigerten Verlängerung der Gleichwertigkeitsanerkennung für Schweizer Handelsplätze offensichtlich: Im Durchführungsbeschluss 2018/2047, mit welchem die Gleichwertigkeit der Schweizer Handelsplätze noch einmal um ein halbes Jahr verlängert wurde, war unbestritten, dass die Schweiz die Kriterien für die Gleichwertigkeitsanerkennung gem. Art. 25 Abs. 4 lit. a UAbs. 4 MiFID II erfüllte.[2102] Die Kommission nahm im Gleichwertigkeitsbeschluss explizit Bezug auf die politische Situation zwischen der Schweiz und der EU und betonte, dass die «Voraussetzung für die weitere Entwicklung des sektorbezogenen Ansatzes mit der Schweiz […] die Schaffung eines gemeinsamen institutionellen Rahmens für bestehende und künftige Abkommen über die Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt der EU [sei]».[2103] Sie befristete den Gleichwertigkeitsbeschluss auf ein halbes Jahr, um die weitere Geltung von den Fortschritten in den Verhandlungen abhängig zu machen.[2104] Damit verknüpfte die Kommission die Verlängerung der Gleichwertigkeitsanerkennung explizit mit den politischen Prioritäten der EU gegenüber der Schweiz. Im Juni 2019 verlängerte sie den Gleichwertigkeitsbeschluss nicht, da die Verhandlungen aus Sicht der EU zu wenig fortgeschritten waren.[2105] Die Gleichwertigkeitsanerkennung wurde somit zu einem Pfand in Bezug auf die Weiterentwicklung der bilateralen Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz.[2106]

2099 Schürger, S. 109.

2100 Vgl. vorne § 9 Kap. C.IV.3.2; Schürger, S. 109.

2101 M.w.H. Schürger, S. 109 f.

2102 Erw. 25 Durchführungsbeschluss 2018/2047.

2103 Erw. 30 Durchführungsbeschluss 2018/2047.

2104 Erw. 32 Durchführungsbeschluss 2018/2047.

2105 Schürger, S. 110.

2106 Schürger, S. 110, welcher von einem *«bargaining chip»* spricht.

3.2 Rezeption in der Lehre

In der Lehre wird das Verständnis der Kommission, dass im Rahmen des Ermessensspielraums auch politische Gesichtspunkte beachtet werden dürfen, weitgehend geteilt. Lehmann/Zetzsche betonen z. B., dass der Begriff der Gleichwertigkeit «ein offener und auslegungsfähiger Begriff»[2107] sei und er wegen seiner Offenheit auch eine «politische Verhandlungsmasse»[2108] beinhalte. Aus Sicht von Pennesi stellt die Frage, welche Handelsbeziehungen die EU mit Drittstaaten haben solle, hauptsächlich eine politische Frage dar.[2109] Daher sei es legitim, dass die Kommission politische Überlegungen in die Frage einbeziehe, ob die Gleichwertigkeit eines Drittstaats anerkannt werden soll oder nicht.[2110] Schürger stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass die Kommission bei den Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit keine politischen Gesichtspunkte berücksichtigen dürfe, da dies gegen EU-Recht und WTO-Recht verstosse.[2111]

3.3 Bewertung

3.3.1. Grundlagen

3.3.1.1. Ermessensspielraum beim Entscheid über die Gleichwertigkeitsanerkennung

Aufgrund der Formulierung der Gleichwertigkeitsbestimmungen als «kann»-Vorschriften ist unbestritten, dass der Kommission bei der Entscheidung über die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit ein gewisser Ermessensspielraum (sog. Entschliessungsermessen) zukommt.[2112] Das Bestehen eines Entschliessungsermessens der Kommission bedeutet jedoch nicht, wie in anderen verwaltungsrechtlichen Verfahren mit Entschliessungsermessen, dass die Kommission in ihrer Entscheidung völlig frei ist.[2113]

2107 Lehmann/Zetzsche, Rz. 21.

2108 Lehmann/Zetzsche, Rz. 21; vgl. auch Imm, S. 128 f.

2109 Pennesi, S. 232.

2110 Pennesi, S. 232.

2111 Schürger, S. 110 ff. und 116.

2112 Vgl. Widmer, Rz. 213, und vorne § 9 Kap. D.I.2.3.1.

2113 Vgl. Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 40.

3.3.1.2. Fehlende rechtliche Grundlage für den Einbezug politischer Prioritäten

Trotz des Vorliegens eines Entschliessungsermessens[2114] der Kommission ist der Einbezug politischer Prioritäten beim Entscheid über die Gewährung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit kritisch zu betrachten, denn die Beachtung von politischen Prioritäten ist in den Gleichwertigkeitsvorschriften nicht explizit vorgesehen.[2115]

In einigen Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit fanden politische Prioritäten explizit Eingang in einzelne Kriterien.[2116] In diesen Fällen wurden die politischen Aspekte verrechtlicht, womit ihre Berücksichtigung rechtlich vorgeschrieben wird. Eine generalklauselartige Formulierung, wonach die Kommission neben den rechtlich vorgegebenen Kriterien weitere Aspekte bei ihrer Entscheidung berücksichtigen kann, ist den Gleichwertigkeitsvorschriften nicht zu entnehmen.[2117]

Der Kommission kommt zudem in Bezug auf die Konkretisierung der Gleichwertigkeitskriterien eine ergänzende, gesetzgebende Funktion zu: In einigen Verfahren, in welchen die Gleichwertigkeitskriterien nur sehr generell geregelt sind, wird die Kommission beauftragt, delegierte Rechtsakte zu erlassen, in welchen sie die Kriterien in detaillierterer Weise festlegt.[2118] In den Delegationsvorschriften wird vorgegeben, in Bezug auf welche Aspekte die Kommission detailliertere Kriterien schaffen soll.[2119] Damit ist die Delegation beschränkt auf die Konkretisierung von rechtlichen Themen.[2120]

3.3.1.3. Zwischenfazit

Der Einbezug von politischen Prioritäten, welche nicht eigenständige Kriterien in einer Gleichwertigkeitsvorschrift darstellen, kann somit nur im Rahmen des Entschliessungsermessens der Kommission erfolgen. Damit stellt sich einerseits die

---

2114 Vgl. Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 40.

2115 Schürger, S. 111: «Thus, equivalence provisions never explicitly allow policy considerations to enter the decision-making process.»

2116 Vgl. vorne § 9 Kap. C.I.5.3.

2117 Schürger, S. 111.

2118 Schürger, S. 105 f.

2119 Z. B. Art. 227 Abs. 3 Solvency II.

2120 Schürger, S. 111.

Frage, wie weit das Ermessen der Kommission tatsächlich gehen darf bzw. ob das Hinzunehmen von politischen Prioritäten tatsächlich in den Ermessensspielraum der Kommission fällt (Kap. D.I.3.3.2.). Andererseits ist aus verfahrensrechtlicher Perspektive zu klären, inwiefern die Ausübung des Ermessens der Kommission überhaupt gerichtlich überprüft werden kann (Kap. D.I.3.3.3.).

3.3.2. Umfang des Ermessensspielraums

3.3.2.1. Begriff des Ermessens

Während das deutsche und das Schweizer Recht zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen, welche einen Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsseite schaffen, und Ermessen auf Rechtsfolgeseite unterscheiden,[2121] wird der Begriff des Ermessens im EU-Recht breiter verstanden und umfasst Beurteilungsspielräume sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgeseite.[2122] Die weiteren Ausführungen basieren daher auf dem Verständnis in der EU, womit Ermessen als Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen verstanden wird.

3.3.2.2. Ermessen im Rahmen der rechtlichen Beurteilung der Gleichwertigkeit

Das Ermessen der Kommission ist im Rahmen der Prüfung der einzelnen Kriterien (rechtliche Beurteilung der Gleichwertigkeit) von Relevanz. Ermessensspielraum besteht bei Vorgängen innerhalb der Prüfung der Gleichwertigkeitskriterien, welche eine subjektive Bewertung beinhalten.[2123]

Im Rahmen der Bewertung des Risikos, welches von einem Drittstaat für die Finanzstabilität in der EU ausgeht, besteht ein solcher Ermessensspielraum.[2124] Die Bewertung, wie gross das Risiko eines Drittstaats ist und ob, aufgrund des Risikos, ein höheres Niveau an Übereinstimmung gefordert werden soll, basiert zwar auf objektiven Gesichtspunkten,[2125] beinhaltet zu einem gewissen Grad aber auch subjektive Wertungen und Prognosen.

Das Gleiche gilt in Bezug auf die Bewertung der Unterschiede und Gemeinsamkeiten des Rechts- und Aufsichtsrahmens der EU und desjenigen eines Drittstaats, aufgrund welcher die Kommission schliesslich entscheiden muss, ob Gleichwer-

---

2121 Vgl. im Schweizer Recht Griffel, Rz. 261.

2122 Schürger, S. 106.

2123 Schürger, S. 117.

2124 Vgl. zur Risikobewertung hinten § 9 Kap. D.II.1.3.

2125 Schürger, S. 118.

tigkeit im Sinne der betroffenen Vorschrift gegeben ist (und anerkennt werden soll) oder nicht.[2126] Bei der Beurteilung, ob eine Vorschrift im Drittstaat zu gleichwertigen Ergebnissen führt wie eine relevante Vorschrift im EU-Recht, besteht ein gewisser Spielraum.[2127] Dies gilt umso mehr, als der Begriff der Gleichwertigkeit und sein Umfang unbestimmt sind.[2128] Zu diesem Befund gelangte auch Generalanwältin Kokott in Bezug auf den Einbezug von Swissgrid in die Regelenergie-Plattformen: Nach Ansicht der Generalanwältin deuten die unbestimmten Begriffe in den Voraussetzungen für die Aufnahme von Swissgrid und der offene Wortlaut der relevanten Bestimmung darauf hin, «dass die Kommission im Zusammenhang mit der Frage, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, über ein[en] weiten Beurteilungsspielraum verfügt».[2129] Ob die Kommission über einen darüberhinausgehenden Ermessensspielraum verfügt, liess auch die Generalanwältin offen.[2130]

3.3.2.3. Ermessen in der politischen Beurteilung

Wie bereits vorne beschrieben, gehen einige Stimmen in der Literatur davon aus, dass der Einbezug von politischen Gesichtspunkten aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffs der Gleichwertigkeit möglich ist.[2131]

Gemäss Schürger könnte dieses weite Verständnis des Ermessensspielraums von der Auffassung der Möglichkeiten der Kommission geprägt sein, welche diese bei der Aushandlung des Marktzugangs für Drittstaaten mittels bilateraler Verträge hat.[2132] Bei den Verhandlungen konnte bzw. kann die Kommission politische Prioritäten einbringen und einen Abschluss des Abkommens ablehnen, wenn die politischen Prioritäten aus ihrer Sicht nicht erfüllt sind. Die Regelung des Marktzugangs mittels völkerrechtlicher Verträge ist jedoch klar von der Regelung mittels einseitiger Anerkennung der Gleichwertigkeit zu unterscheiden: Bei letzterer handelt es sich um ein im EU-Recht verankertes und sowohl in Bezug auf das Verfahren als auch die Kriterien detailliert geregeltes Verfahren.[2133] Die Gleichwertig-

---

2126 Schürger, S. 117.

2127 Schürger, S. 117.

2128 Vgl. vorne § 9 Kap. C.I.5.2.1.3.

2129 Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 57.

2130 Schlussanträge GA Kokott, Swissgrid/Kommission, C-121/23 P, ECLI:EU:2024:615, Rn. 58.

2131 Vgl. vorne § 9 Kap. D.I.3.2.

2132 Schürger, S. 111 f.

2133 Schürger, S. 111.

keitsbeschlüsse als Ergebnis des Verfahrens sind zudem nach der hier vertretenen Ansicht der gerichtlichen Überprüfung zugänglich.[2134]

Die im Rahmen dieser Arbeit vertretene Ansicht bewegt sich zwischen dem Verständnis eines uneingeschränkten Einbezugs von politischen Prioritäten und einem kompletten Ausschluss dieser: Meines Erachtens sollte der Einbezug politischer Gesichtspunkte im Rahmen der Abwägung trotz fehlender gesetzlicher Grundlage möglich sein, solange die politischen Prioritäten in einem gewissen Zusammenhang stehen mit den Zielen des betroffenen Rechtsakts oder den generellen Zielen der EU im Bereich der Finanzdienstleistungen, z. B. indem sie die Finanzstabilität, die Marktintegrität oder den Anlegerschutz in der EU betreffen.[2135]

Die Beachtung von politischen Prioritäten, welche keinen oder einen sehr losen Konnex zum Bereich der Finanzdienstleistungen aufweisen, sollte hingegen im Rahmen des Entschliessungsermessens der Kommission nicht zulässig sein. Zu solchen sachfremden politischen Prioritäten gehört m. E. die Entwicklung des Verhältnisses zwischen der EU und einem Drittstaat im Gesamten oder in einem Teilbereich, welcher nicht mit den Finanzdienstleistungen zusammenhängt. In diesem Sinne hat die Kommission, nach der hier vertretenen Ansicht, ihr Ermessen überschritten, als sie die Verlängerung der Gleichwertigkeitsanerkennung der Schweizer Handelsplätze von Fortschritten in Bezug auf ein institutionelles Abkommen abhängig machte.[2136]

Wäre der Einbezug von politischen Prioritäten im Rahmen ihres Ermessensspielraums inhaltlich gar nicht beschränkt, könnte die Kommission tatsächlich irgendwelche Gründe anführen, um die Gleichwertigkeit nicht einseitig anzuerkennen. Damit würde der Charakter der Gleichwertigkeitsverfahren geändert, indem diese zu rein politischen Verfahren verkämen. Eine solche Betrachtungsweise widerspricht der vorne aufgeführten Rechtsprechung des EuGH zum Einbezug von Swissgrid, welche sich auf den Bereich der Finanzdienstleistungen übertragen lässt: Die Gleichwertigkeitsbeschlüsse wirken sich auf die Rechtsposition der Drittstaaten aus und müssen daher gestützt auf Art. 263 AEUV und Art. 47 GRC gerichtlich überprüft werden können.[2137] Eine Einordnung der Gleichwertigkeitsbeschlüsse als rein politische Entscheide stände m. E. im Widerspruch zu dieser Einschätzung des EuGH.

[2134] Vgl. vorne § 9 Kap. D.I.2.3.3.2. und D.I.2.3.3.3.

[2135] Vgl. EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 4.

[2136] Zum Entzug der Börsenäquivalenz bereits vorne § 9 Kap. C.I.5.3 und D.I.3.1.

[2137] Vgl. vorne § 9 Kap. D.I.2.3.3.3.2.

3.3.3. Gerichtliche Überprüfbarkeit des Ermessensspielraums

3.3.3.1. Kognition der Unionsgerichte

Die Rechtsprechung des EuGH im Urteil zum Einbezug von Swissgrid in die Regelenergie-Plattformen zeigt, dass Beschlüsse der Kommission, bei welchen der Kommission offensichtlich ein Ermessensspielraum zukommt, der Kontrolle durch die Unionsgerichte unterliegen.[2138] Wie umfangreich die gerichtliche Kontrolle in der Sache ist, hängt davon ab, ob ein Vorgang innerhalb des Verfahrens vom Ermessensspielraum der Kommission erfasst ist oder nicht.

Eine volle gerichtliche Kontrolle ist möglich in Bezug auf Vorgänge, welche dem Ermessensspielraum der Kommission nicht unterstehen.[2139] Ist ein Vorgang hingegen vom Ermessen der Kommission geprägt, ist der EuGH zurückhaltend und prüft diesen nur auf handfeste Fehler, Rechtsmissbrauch und eine klare Ermessensüberschreitung[2140] oder einen Ermessensmissbrauch.[2141]

3.3.3.2. Prüfungsmöglichkeit im Rahmen der rechtlichen Beurteilung der Gleichwertigkeit

Einer vollen gerichtlichen Kontrolle muss etwa die Eruierung der relevanten Vorschriften eines Drittstaats unterstehen.[2142] Ein Drittstaat muss daher z. B. vorbringen können, dass die Kommission relevante Vorschriften des drittstaatlichen Rechts nicht berücksichtigt hat. Auch bei der Eruierung der Gemeinsamkeiten und Differenzen zwischen dem Recht der EU und jenem eines Drittstaats (jedoch vor der Abwägung dieser) sollte der EuGH prüfen können, ob die Erkenntnisse der Kommission richtig oder zumindest plausibel sind.[2143]

Geht es jedoch um *die Abwägung* der Gemeinsamkeiten und Differenzen, um die Einschätzung des Risikos, welches von einem Drittstaat ausgeht und, gestützt darauf, um die Festlegung des geforderten Grads der Übereinstimmung, ist die Prüfungsbefugnis des EuGH eingeschränkt, weil diese Vorgänge vom Ermessen der Kommission geprägt sind.[2144] Denkbar wäre m. E., dass der EuGH in einem

---

2138 Vgl. vorne § 9 Kap. D.I.2.3.3.2.

2139 Schürger, S. 117.

2140 Als Ermessensüberschreitung wird eine Verletzung der anwendbaren Rechtsvorschrift verstanden, vgl. Widmer, Rz. 283 f.

2141 Schürger, S. 118; vgl. auch Widmer, Rz. 277, 285 f.

2142 Vgl. Schürger, S. 117.

2143 Schürger, S. 117.

2144 Schürger, S. 117.

extremen Fall von einem Ermessensmissbrauch ausginge, falls die Kommission von einem Drittstaat einen sehr hohen Grad an Übereinstimmung fordert, obwohl von ihm offensichtlich ein sehr geringes Risiko ausgeht.

3.3.3.3. Einbezug von politischen Prioritäten als qualifizierter Ermessensfehler

Da der Einbezug von politischen Prioritäten in der Bewertung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit nur im Rahmen der Ermessensausübung möglich ist, ist die Überprüfungsbefugnis der Unionsgerichte von Anfang an eingeschränkt. Eine Klärung der Frage, inwiefern der Einbezug von politischen Prioritäten beim Entscheid über die Gleichwertigkeitsanerkennung rechtmässig ist, könnte durch einen Drittstaat erreicht werden, indem er eine Ermessensüberschreitung oder einen Ermessensmissbrauch durch die Kommission geltend macht. Anhand eines solchen Vorbringens könnte der EuGH prüfen, ob der Einbezug von politischen Prioritäten in den Ermessensspielraum der Kommission fällt.[2145] Interessante Anhaltspunkte sind in Bezug auf diese Frage im weiteren Verfahren zum Einbezug von Swissgrid in die Regelenergie-Plattformen zu erwarten, falls der EuG im Rahmen seiner erneuten Befassung die Prozessvoraussetzungen gutheisst und das Vorbringen von Swissgrid in der Sache prüft.

II. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung

1. Allgemeine Einschätzung zum Handlungsspielraum

1.1 Geforderter Grad der Übereinstimmung: Gleichwertigkeit der Ergebnisse

Im Rahmen der Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit verlangt die EU-Kommission von Drittstaaten nicht, dass deren Vorschriften «mit dem EU-Rahmen identisch»[2146] sein müssen.[2147] Die Vorschriften eines Dritt-

[2145] Wymeersch, S. 35, und Imm, S. 125, betonen, dass es fraglich sei, ob von einem Ermessensmissbrauch ausgegangen werden könne, wenn sich die Kommission inhaltlich nur auf politische Gesichtspunkte stütze.

[2146] EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

[2147] EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

staats müssen jedoch «die gleichen Ergebnisse gewährleisten»[2148], damit die EU-Kommission die Gleichwertigkeit eines Drittstaats anerkennt.[2149]

1.2 Individualität der einzelnen Verfahren

Obwohl der Richtwert der Gleichwertigkeit der Ergebnisse grundsätzlich für alle Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit gilt,[2150] gibt es Unterschiede zwischen den einzelnen Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit aufgrund der individuellen Bedürfnisse und Ziele in den einzelnen Sachbereichen und Rechtsakten.[2151] Diese Unterschiede wirken sich auch auf die Bewertung der Gleichwertigkeit aus. Die Frage des Handlungsspielraums muss somit, trotz der allgemeinen Richtschnur der gleichwertigen Ergebnisse, für jedes Verfahren einzeln analysiert werden auf der Grundlage der spezifischen Anforderungen in den relevanten Vorschriften.

1.3 Einfluss der Risikobewertung

Die Beurteilung der Gleichwertigkeit variiert je nach Drittstaat aufgrund des Risikos, welches von einem Drittstaat ausgeht.[2152] Die Prüfung der Gleichwertigkeit eines Drittstaats durch die Kommission erfolgt auf der Grundlage einer «strengen Einzelfallprüfung seiner Vorschriften und Beaufsichtigung».[2153] Die Kommission unterstreicht, dass sie dabei «grössten Wert auf eine verhältnismässige Betrachtung der Risiken, die mit den bewerteten Rahmen von Drittländern verbunden sind»[2154], legt.[2155]

1.3.1. Eruierung der Risiken

Von Drittstaaten können für die EU-Finanzmärkte unterschiedliche Risiken ausgehen, die «unter anderem von der Vernetzung des bewerteten Markts mit den

---

2148 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

2149 Imm, S. 113 f.; Schürger, S. 82; EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

2150 Die Aussage der Kommission ist nicht auf einzelne Verfahren beschränkt, vgl. EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

2151 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 5.

2152 Vgl. bereits vorne § 9 Kap. C.I.5.2.1.3.2.

2153 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 5.

2154 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

2155 EU-Kommission, SWD 2017, S. 8.

EU-Finanzmärkten und somit auch dem Marktanteil des betreffenden Drittlands abhängen».[2156] Die Kommission muss sich «unter Umständen mit spezifischen Fragen wie der Tatsache, dass EU-Unternehmen stark von Betreibern abhängen, die in einem bewerteten Drittland reguliert und beaufsichtigt werden»,[2157] beschäftigen. Ist zu erwarten, dass ein Gleichwertigkeitsbeschluss von Marktteilnehmern eines Drittstaats «mit grosser Wahrscheinlichkeit stark in Anspruch genommen wird»[2158], geht die Kommission davon aus, dass der Drittstaat mit «erheblich grösseren Risiken behaftet sein wird».[2159]

1.3.2. Auswirkungen auf den geforderten Grad der Übereinstimmung

Gemäss der Kommission kann das Prinzip der Verhältnismässigkeit bei der Risikobewertung dazu führen, «dass die EU von Ländern mit starken Auswirkungen verbindlichere Zusicherungen bezüglich der Gewährleistung der erforderlichen Ergebnisse erwartet».[2160] Mit anderen Worten setzt die EU-Kommission bei Drittstaaten, von welchen gem. ihrer Einschätzung ein höheres Risiko ausgeht, einen höheren Grad an Übereinstimmung voraus zwischen dem Rechts- und Aufsichtsrahmen der EU und demjenigen des Drittstaats. Diese Haltung der Kommission ist auch anhand ihrer Praxis nachweisbar.[2161] Welchen Grad an Übereinstimmung die Kommission konkret fordert, hängt somit vom eruierten Risiko ab, wobei der EU-Kommission ein gewisser Ermessensspielraum bleibt.[2162]

Die unterschiedlichen Ansprüche an den geforderten Grad der Übereinstimmung werden dadurch gerechtfertigt, dass sich «Unzulänglichkeiten oder Lücken»[2163] beim Rechts- und Aufsichtsrahmen von Drittstaaten mit höherem Risiko stärker in negativer Weise auf die Finanzstabilität oder die Marktintegrität im EU-Binnenmarkt auswirken könnten als bei Drittstaaten, von welchen generell ein kleineres Risiko für die EU ausgeht.[2164]

2156 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

2157 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8 f.

2158 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

2159 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

2160 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 9.

2161 Vgl. hinten § 9 Kap. D.II.2.6.

2162 Vgl. EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

2163 EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

2164 Vgl. EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

1.4 Auswirkungen auf die Analyse des Handlungsspielraums der Schweiz

Die Ausführungen verdeutlichen, dass eine Analyse des Handlungsspielraums nicht übergreifend und abstrakt für alle Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit und für alle Drittstaaten gemacht werden kann.

Der Handlungsspielraum der Schweiz bei der Rechtsetzung muss somit im Rahmen der einzelnen Verfahren betrachtet werden, in welchen die Schweiz über eine einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit verfügt. Im Rahmen dieses Kapitels soll der Handlungsspielraum der Schweiz daher konkret anhand des Verfahrens der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit von zentralen Gegenparteien gem. Art. 25 Abs. 6 EMIR (Kap. D.II.2.) und anhand der drei Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Versicherungsbereich gem. der Solvency II (Kap. D.II.3.) analysiert werden. Aufgrund der Erkenntnisse aus diesen einzelnen Verfahren sollen generelle Schlussfolgerungen über den Spielraum der Schweiz bei der Rechtsetzung im Bereich der Finanzdienstleistungen gewagt werden (Kap. D.II.4.).

2. Handlungsspielraum im Bereich der Gleichwertigkeitsanerkennung für zentrale Gegenparteien

2.1 Hintergrund

Art. 25 Abs. 6 EMIR sieht die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit für zentrale Gegenparteien in Drittstaaten vor. Die Gleichwertigkeit der Schweiz wurde durch die EU-Kommission am 13. November 2015 einseitig anerkannt, womit die Schweiz einer der ersten Staaten war, welche über eine Gleichwertigkeitsanerkennung verfügten.[2165]

2.2 Rechtlicher Rahmen

Gemäss Art. 25 Abs. 6 lit. a EMIR müssen die zentralen Gegenparteien (CCP) in einem Drittstaat rechtsverbindliche Anforderungen erfüllen, die den Anforderungen in Titel IV EMIR entsprechen.[2166] Obwohl nicht explizit von Gleichwertigkeit gesprochen wird, verlangt die EU-Kommission in Übereinstimmung mit ihrer

---

[2165] Durchführungsbeschluss 2015/2042; dazu Emmenegger/Bigler, S. 168.

[2166] Art. 25 Abs. 6 lit. a EMIR. Zudem werden als weitere Kriterien eine effektive Rechtsdurchsetzung und die Reziprozität des Verfahrens der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit verlangt.

allgemeinen Haltung,[2167] dass die Vorschriften des Drittstaats zu «gleichwertigen wesentlichen Ergebnissen»[2168] führen.

Die Vorschriften unter Titel IV EMIR beinhalten organisatorische Anforderungen, Wohlverhaltensregeln und die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an CCP. In Erw. 10 des Gleichwertigkeitsbeschlusses für die Schweiz hob die EU-Kommission gewisse Aspekte aus Titel IV EMIR hervor, in Bezug auf welche das Schweizer Recht zu gleichwertigen wesentlichen Ergebnissen führt.[2169] Aufgrund der expliziten Aufführung dieser Aspekte ist m. E. darauf zu schliessen, dass die Kommission auf diese besonderen Wert legte bei der Gleichwertigkeitsprüfung.

2.3 Bedeutung des autonomen Nachvollzugs

Die Prüfung der Gleichwertigkeit durch die EU-Kommission erfolgte noch gestützt auf den alten Rechtsrahmen in der Schweiz vor Erlass des FinfraG, d. h. konkret gestützt auf das Bankengesetz und die NBV.[2170] Dass die Gleichwertigkeit einseitig anerkannt wurde, ist eindeutig auf den vorgängigen autonomen Nachvollzug im Rahmen der Revision der NBV vom 10. Juni 2013 zurückzuführen.

Die Revision der NBV 2013 erfolgte hauptsächlich aus zwei Gründen: Um mit den internationalen Standards für Finanzmarktinfrastrukturen kompatibel zu bleiben, diente die Revision 2013 einerseits der Angleichung des Schweizer Rechts an die *Principles for Financial Market Infrastructures* (PFMI) der IOSCO und des CPSS.[2171] Andererseits wurde die NBV im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an die 2012 erlassene EMIR angeglichen, «damit der massgebende Rechts- und Regulierungsrahmen für in der Schweiz domizilierte zentrale Gegenparteien äqui-

---

2167 Vgl. vorne § 9 Kap. C.I.5.2.1.3.1.

2168 Erw. 10 Durchführungsbeschluss 2015/2042.

2169 Es handelt sich gem. Erw. 10 Durchführungsbeschluss 2015/2042 dabei um die Anzahl der Ausfälle, die durch die Summe der finanziellen Ressourcen gedeckt sein muss, das Liquiditätsrisiko, die Geschäftskontinuität, die Besicherungsanforderungen, die Anlagestrategie, das Abwicklungsrisiko, die Trennung und Übertragbarkeit, die Berechnung der Ersteinschusszahlungen und die Governance, einschliesslich der organisatorischen Anforderungen, der Anforderungen an die Geschäftsleitung, den Risikoausschuss, die Führung von Aufzeichnungen, qualifizierte Beteiligungen, die Meldungen an die zuständige Behörde, Interessenkonflikte und das Geschäftsgebaren.

2170 Erw. 6 Durchführungsbeschluss 2015/2042.

2171 Erläuterungsbericht Revision NBV 2013, S. 1, welcher von den CPSS-IOSCO PFMI spricht.

valent ist mit jenem in der Europäischen Union (EU)».[2172] Die Herstellung der Äquivalenz erfolgte vor dem Hintergrund der neuen Regelung in Art. 25 EMIR, welche es nur noch erlaubt, dass zentrale Gegenparteien ihre Dienstleistungen in der EU anbieten, «wenn der Drittstaat über einen äquivalenten Rechts- und Regulierungsrahmen verfügt».[2173] Konkret wurden mit der Revision neue Mindestanforderungen geschaffen und bestehende ergänzt. Auf diese Weise konnten die PFMI umgesetzt und in Bezug auf zentrale Gegenparteien ein gleichwertiger Regulierungsrahmen zu jenem in der EU geschaffen werden.[2174]

Wie notwendig der autonome Nachvollzug für die Herstellung eines gleichwertigen Rechtsrahmens war, zeigt sich anhand der Änderungen der Mindestanforderungen:[2175] Viele der Aspekte, welche die ESMA und die Kommission als relevant für die Bewertung der Gleichwertigkeit erachteten, wurden erst mit der Revision 2013 in die NBV eingefügt.

2.4 Handlungsspielraum

2.4.1. Gleichwertigkeit trotz Abweichungen im Schweizer Recht

Aufgrund der Revision der NBV 2013 stellte die ESMA in ihrem Empfehlungs-Bericht an die EU-Kommission fest, dass verschiedene Anforderungen der EMIR direkt in die Schweizer Vorschriften aufgenommen wurden.[2176] Trotzdem blieb nach Ansicht der ESMA und der Kommission auch im revidierten Rechtsrahmen «eine Reihe von Unterschieden zwischen den rechtsverbindlichen Anforderungen für CCPs in der Schweiz und den rechtsverbindlichen Anforderungen für CCPs [gem. EMIR]»[2177] bestehen.[2178] Die ESMA zeigte an verschiedenen Stellen in ihrem ausführlichen Empfehlungs-Bericht auf, dass der Schweizer Rechtsrahmen weniger ausführlich ist als das EU-Recht.[2179]

2172 Erläuterungsbericht Revision NBV 2013, S. 2.

2173 Erläuterungsbericht Revision NBV 2013, S. 2.

2174 Erläuterungsbericht Revision NBV 2013, S. 5.

2175 Erläuterungsbericht Revision NBV 2013, S. 5 f.

2176 ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013, S. 12 Ziff. 51.

2177 Erw. 6 Durchführungsbeschluss 2015/2042.

2178 Erw. 6 Durchführungsbeschluss 2015/2042; ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013, S. 13 Ziff. 54.

2179 Z. B. ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013, S. 47 im Bereich «*Segregation and portability*» oder S. 59 in Bezug auf «*Collateral Requirements*».

Dass die ESMA und die Kommission dennoch zum Ergebnis gelangten,[2180] dass die Schweizer Vorschriften zu gleichwertigen wesentlichen Ergebnissen führen wie die Anforderungen in Titel IV EMIR, ist auf die Auslegungshinweise der SNB im Erläuterungsbericht zurückzuführen.[2181] Die SNB betonte im Erläuterungsbericht, dass mit der Revision der NBV zu internationalen Normen kompatible Vorschriften geschaffen wurden und «[b]ei der Auslegung der revidierten Bestimmungen […] diese Kompatibilität zu berücksichtigen [sei] und daher sowohl die CPSS-IOSCO PFMI als auch Titel IV und V von EMIR sowie die diesbezüglichen technischen Standards heranzuziehen [seien]».[2182] Mit dem Begriff der technischen Standards meint die SNB die detaillierten Vorschriften in der Del. VO 153/2013 der Kommission, welche die Vorschriften in der EMIR konkretisieren und ergänzen.[2183]

2.4.2. Genereller Befund

Aus dem Empfehlungs-Bericht der ESMA, dem Durchführungsbeschluss der Kommission und durch den Vergleich des Schweizer Rechtsrahmens mit jenem der EU lässt sich folgende Aussage treffen: Die Grundsätze des rechtlichen Rahmens für zentrale Gegenparteien im Schweizer Recht und im EU-Recht stimmen durchwegs überein.[2184] Dies ist dem autonomen Nachvollzug zu verdanken, mit welchem alle wichtigen Aspekte des EU-Rechts im Schweizer Recht ergänzt wurden. Die von der ESMA und der Kommission festgestellten Abweichungen sind v. a. auf den tieferen Detaillierungsgrad des Schweizer Rechts zurückzuführen.[2185] Die Schweiz vermag diese Unterschiede zu kompensieren, indem die zentralen Gegenparteien zu einer europarechtskonformen Auslegung der weniger detaillier-

---

2180 ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013, S. 13 Ziff. 547 f.; Erw. 20 und Art. 1 Durchführungsbeschluss 2015/2042.

2181 Vgl. Erw. 6 Durchführungsbeschluss 2015/2042; ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013, S. 13 Ziff. 54. Dies zeigt sich auch am Umstand, dass die Auslegungshinweise im Erläuterungsbericht explizit genannt werden als Teil des Schweizer Rechtsrahmens, welcher in Art. 1 Durchführungsbeschluss 2015/2042 als gleichwertig anerkannt wurde.

2182 Erläuterungsbericht Revision NBV 2013, S. 7.

2183 ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013, S. 13 Ziff. 54.

2184 Erw. 20 Durchführungsbeschluss 2015/2042; ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013, S. 13 Ziff. 57 f.

2185 ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013, S. 13 Ziff. 54.

ten Schweizer Vorschriften angehalten werden.[2186] Dieser generelle Befund soll anhand von drei Beispielen illustriert werden.

2.4.3. Praktische Beispiele

2.4.3.1. Beispiel 1: Wasserfallprinzip

Zentrale Gegenparteien treten zwischen einen Vertrag von Käufer und Verkäufer bei Derivatverträgen und verpflichten sich in ihrer Funktion, die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen auch dann zu erfüllen, wenn eine der Gegenparteien (Käufer/-in oder Verkäufer/-in) ausfällt.[2187] Fällt eine Gegenpartei tatsächlich aus, muss die zentrale Gegenpartei über genügende finanzielle Ressourcen verfügen, um die Verluste zu decken. Zum einen kann sie Sicherheiten einsetzen, welche sie von den Gegenparteien zuvor verlangt hat,[2188] und zum anderen, bis zu einem gewissen Grad, ihre Eigenmittel. Die Reihenfolge, in welcher die verfügbaren Ressourcen bei einem Ausfall eingesetzt werden müssen, wird als Wasserfall *(Default Waterfall)* bezeichnet und wurde im Schweizer Recht in Art. 28b Abs. 4 NBV aus dem EU-Recht (Art. 45 EMIR) nachvollzogen.[2189]

An dritter Stelle werden zur Deckung der Verluste Eigenmittel der CCP eingesetzt.[2190] Gemäss Art. 35 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Del. VO 153/2013 muss jede CCP in der EU einen Eigenmittelbetrag von 25% des Mindestkapitals (gem. Art. 16 Abs. 1 EMIR) gesondert in der Bilanz vorweisen können. Dieser Eigenmittelbetrag würde gem. Art. 35 Abs. 1 Del. VO 153/2013 im Rahmen des Wasserfallprinzips bei einem Ausfall einer Gegenpartei benutzt werden. Im Schweizer Recht ist in Art. 28b Abs. 4 lit. c NBV in generellerer Weise vorgegeben, dass die zugeordneten Eigenmittel in einem «substanziellen Verhältnis zur Höhe der gesamten verfügbaren Eigenmittel der zentralen Gegenpartei stehen müssen».[2191] Im Erläuterungsbericht konkretisiert die SNB mit Verweis auf das EU-Recht, dass die dort vorgeschriebene Quote von 25% «als Richtgrösse da-

---

2186 Erläuterungsbericht Revision NBV 2013, S. 7; Erw. 6 Durchführungsbeschluss 2015/2042.

2187 Erläuterungsbericht Revision NBV 2013, S. 21.

2188 Die Sicherheiten bestehen in Form von Ersteinschusszahlungen *(Initial Margins)*, Nachschusszahlungen *(Variation Margins)* und Ausfallfondsbeiträgen *(Default Fund Contributions)*, vgl. Erläuterungsbericht Revision NBV 2013, S. 21.

2189 Erläuterungsbericht Revision NBV 2013, S. 22.

2190 Art. 45 Abs. 4 EMIR; Art. 28b Abs. 4 NBV.

2191 Art. 28b Abs. 4 lit. c NBV.

für dienen [kann], was unter einem substanziellen Verhältnis zu verstehen ist».[2192] Zentrale Gegenparteien in der Schweiz wissen folglich, dass sie diese Richtgrösse einhalten müssen, wenn sie in der EU tätig sein wollen. Eine explizite rechtliche Verpflichtung der Einhaltung einer Quote von mindestens 25% besteht im Schweizer Recht hingegen nicht. Die ESMA und die Kommission akzeptierten die weniger detaillierten Schweizer Vorschriften und gingen aufgrund der Auslegungsergänzung der SNB im Erläuterungsbericht insgesamt trotzdem von gleichwertigen Ergebnissen aus.[2193]

2.4.3.2. Beispiel 2: Einschussforderungen

Die zentrale Gegenpartei verlangt von ihren Gegenparteien Einschusszahlungen, welche bei einem Ausfall gem. dem Wasserfallprinzip zuerst verwendet werden, um die Verluste zu decken.[2194] Gemäss Art. 41 Abs. 1 EMIR müssen die Einschusszahlungen ausreichend sein, um Verluste aus mind. 99% der Forderungsveränderungen über einen angemessenen Zeithorizont zu decken. Das Schweizer Recht stimmt mit dem EU-Recht überein.[2195] Der Zeithorizont für die Liquidationsperiode entspricht sowohl im EU-Recht als auch im nachvollzogenen Schweizer Recht bei nicht ausserbörslich gehandelten Derivaten mindestens zwei Tagen und bei ausserbörslich gehandelten Derivaten (OTC-Derivate) mindestens fünf Tagen.[2196]

Während damit die Grundsätze zu den Einschussforderungen übereinstimmen, gibt es Unterschiede bei der konkreten Festlegung der Berechnung der Einschusszahlungen und deren Überwachung. Das EU-Recht schreibt vor, dass die CCP in der EU Modelle und Parameter schaffen müssen, die von den zuständigen Behörden validiert werden müssen.[2197] Die Vorgaben im Schweizer Recht weichen davon ab, da Art. 28c NBV insb. keine spezielle Überprüfung durch die zuständige Behörde vorsieht.[2198] Eine Überwachung erfolgt jedoch durch eine interne oder externe Revisionsstelle im Rahmen der generellen Prüfung des Risiko-

---

2192 Erläuterungsbericht Revision NBV 2013, S. 22.

2193 ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013, S. 58; Erw. 6 Durchführungsbeschluss 2015/2042.

2194 Vgl. Art. 45 Abs. 1 EMIR; Art. 28b Abs. 4 lit. a NBV.

2195 Art. 28c Abs. 1 NBV.

2196 Art. 26 Abs. 1 lit. a und b Del. VO 153/2013; Art. 28c Abs. 2 NBV.

2197 Art. 41 Abs. 2 EMIR.

2198 ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013, S. 49.

Managements.[2199] Der SNB müssen diese Informationen zudem als Teil der Risikokontrollergebnisse ebenfalls eingereicht werden.[2200] Obwohl der Rechtsrahmen bezüglich der Überwachung der Einschussforderungen im Schweizer Recht und im EU-Recht somit nicht übereinstimmt, gehen die ESMA und die Kommission davon aus, dass beide Vorgehensweisen zu gleichwertigen wesentlichen Ergebnissen führen, und akzeptieren daher diese Unterschiede im Rahmen der Gleichwertigkeit.[2201]

2.4.3.3. Beispiel 3: Führung von Aufzeichnungen

Sowohl das EU-Recht als auch das Schweizer Recht schreiben als Grundsatz der Aufbewahrungspflicht vor, dass die CCP sämtliche Aufzeichnungen über erbrachte Dienstleistungen und ausgeübte Tätigkeiten für einen Zeitraum von mindestens zehn Jahren aufbewahren müssen.[2202] In Bezug auf die Details enthält das EU-Recht weitergehende Vorgaben als das Schweizer Recht. Die ESMA und die Kommission gehen auch in diesem Fall von der Gleichwertigkeit aus,[2203] weil die SNB im Erläuterungsbericht den CCP in der Schweiz, welche grenzüberschreitend tätig werden wollen, empfiehlt, ihre Aufzeichnungen gem. den Vorgaben der technischen Standards zur EMIR zu erstellen.[2204] Eine rechtliche Verpflichtung vermag die Empfehlung der SNB hingegen nicht zu schaffen. Damit erreicht die Schweiz die Gleichwertigkeit, ohne die technischen Details des EU-Rechts übernehmen zu müssen, und bewahrt sich so eine gewisse Flexibilität: Zentrale Gegenparteien, welche nur in der Schweiz tätig sind, müssen nicht die detaillierten Anforderungen des EU-Rechts erfüllen.[2205]

2.5 Bewertung

Die Haltung der Kommission, welche anhand von drei Beispielen verdeutlicht wurde, zeigt, dass die Kommission der Schweiz einen gewissen Handlungsspiel-

---

2199 ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013, S. 49; vgl. Art. 22 Abs. 1 lit. c NBV.

2200 Art. 36 Abs. 1 lit. i NBV.

2201 Vgl. ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013, S. 49 f.

2202 Art. 29 Abs. 1 EMIR; Art. 22b Abs. 1 NBV; siehe auch Art. 19 FinfraG.

2203 ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013, S. 13 Ziff. 54, im Detail S. 33 ff.

2204 Erläuterungsbericht Revision NBV 2013, S. 13.

2205 Dieser Spielraum hat keine praktische Bedeutung, da es aktuell nur eine zentrale Gegenpartei in der Schweiz gibt, vgl. Emmenegger/Bigler, S. 168. Sie ist grenzüberschreitend in die EU tätig und muss die Schweizer Vorschriften daher sowieso im Sinne der Auslegungsempfehlung der SNB europarechtskonform anwenden.

raum in der Rechtsetzung einräumt: Die EU-Kommission lässt es im Rahmen der Prüfung der Gleichwertigkeit genügen, wenn das Schweizer Recht weniger detaillierte Anforderungen an Schweizer CCP stellt, da diese gem. dem Erläuterungsbericht der SNB gehalten sind, die Vorschriften im Sinne des EU-Rechts anzuwenden. Auf Seiten der EU scheint ein Vertrauen in die Schweiz zu bestehen, dass die Vorschriften von den Behörden und der in der Schweiz tätigen zentralen Gegenpartei in einer Weise angewendet werden, dass zum EU-Recht gleichwertige Ergebnisse gewährleistet sind.

2.6 Vergleich mit anderen Drittstaaten

Der Vergleich des Gleichwertigkeitsbeschlusses für die Schweiz mit jenen für andere Drittstaaten zeigt, dass die Thematik des Risikopotentials nicht in allen Gleichwertigkeitsbeschlüssen gleichbehandelt wird. Ist die Kommission der Ansicht, dass von einem Drittstaat ein geringes Risiko ausgeht, bezieht die Kommission diesen Umstand explizit in die Gleichwertigkeitsbewertung mit ein.

Im Falle von Neuseeland argumentierte die Kommission, dass durch die dort tätigen CCP ein geringes Risiko für den Finanzbinnenmarkt ausgehe.[2206] In der anschliessenden Bewertung begnügte sich die Kommission im Hinblick auf die Gleichwertigkeit damit, dass das neuseeländische Recht inhaltlich mit den PFMI übereinstimmt: «Die Primärvorschriften für diese in Neuseeland zugelassenen ausgewählten Abrechnungssysteme samt der ergänzenden internen Vorschriften und Verfahren, mit denen die PFMI umgesetzt werden, mindern das geringere Risiko in Neuseeland und erzielen ein Maß an Risikominderung, das dem mit der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 angestrebten gleichwertig ist.»[2207]

Inhaltlich ähnliche Schlussfolgerungen der Kommission sind auch in Gleichwertigkeitsbeschlüssen für andere Drittstaaten mit geringem Risiko zu finden.[2208] Diese Gleichwertigkeitsbeschlüsse verdeutlichen m. E., in welchem Ausmass der von der EU-Kommission geforderte Grad der Übereinstimmung von der Risikobewertung abhängig gemacht wird. Bei Drittstaaten mit geringem Risiko lässt die Kommission die Einhaltung von internationalen Standards wie den PFMI genügen, um von der Gleichwertigkeit auszugehen. Dass im Gleichwertigkeitsbeschluss der Schweiz keine entsprechenden Aussagen zu finden sind, zeigt, dass die EU-Kommission bei der Schweiz von einem Drittstaat mit höherem Risiko ausgeht.

[2206] Erw. 8 Durchführungsbeschluss 2016/2274.

[2207] Erw. 9 Durchführungsbeschluss 2016/2274.

[2208] Vgl. z. B. Erw. 12 f. Durchführungsbeschluss 2022/984 in Bezug auf China.

Daher nahm sie im Falle der Schweiz eine strengere und detaillierte Prüfung des Rechtsrahmens vor und liess die Übereinstimmung des Schweizer Rechts mit den PFMI nicht genügen.[2209] Dieser Befund erhärtet sich im Vergleich zum Gleichwertigkeitsbeschluss für die USA, in welchem die EU-Kommission Abweichungen in detaillierten Vorschriften bemängelte.[2210]

3. Handlungsspielraum im Bereich der Gleichwertigkeitsanerkennung für Versicherungen

3.1 Ausgangslage

Das EU-Recht sieht drei Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der Versicherungen vor.[2211] Abgesehen von den Bermudas ist die Schweiz bislang der einzige Drittstaat, dessen Rechts- und Aufsichtsrahmen durch die EU-Kommission in allen drei Bereichen als gleichwertig zum EU-Recht anerkannt wurde.[2212] Die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit erfolgte am 5. Juni 2015 für alle drei Verfahren im Del. Beschluss 2015/1602.[2213] Bei den restlichen Drittstaaten wurde die Gleichwertigkeit jeweils nur vorläufig anerkannt, während für die Schweiz und die Bermudas eine vollständige und zeitlich nicht begrenzte einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit gilt.[2214] Die Schweiz hat somit die Möglichkeiten im Rahmen der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit voll ausgeschöpft.[2215]

3.2 Rechtlicher Rahmen

3.2.1. Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in Solvency II

Im Rahmen des Verfahrens der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit auf dem Gebiet der Rückversicherungstätigkeit prüft die Kommission gem. Art. 172 Abs. 1 Solvency II, ob das Solvabilitätssystem, das in einem Drittstaat für Rück-

---

2209 Nur aufgrund des Auslegungshinweises der SNB im Erläuterungsbericht zur NBV gingen die ESMA und die Kommission schliesslich von Gleichwertigkeit aus, vgl. vorne § 9 Kap. D.II.2.4.1.

2210 Erw. 15 ff. und Art. 1 Durchführungsbeschluss 2021/85.

2211 Emmenegger/Bigler, S. 164.

2212 Mächler, Rz. 527.

2213 Del. Beschluss 2015/1602.

2214 Mächler, Rz. 527.

2215 Emmenegger/Bigler, S. 164.

versicherungstätigkeiten von Unternehmen mit Sitz in diesem Staat angewendet wird, zu dem in Titel I Solvency II beschriebenen System gleichwertig ist. Durch die Gleichwertigkeitsanerkennung können Rückversicherungsverträge mit Unternehmen aus Drittstaaten gleichbehandelt werden wie mit Unternehmen aus der EU, welche gem. der Solvency II zugelassen sind.[2216]

Beim Verfahren gem. Art. 227 Solvency II geht es um Versicherungsgruppen, die ihren Hauptsitz in der EU, aber Tochtergesellschaften in Drittstaaten haben. Als Voraussetzung für die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit fordert Art. 227 Abs. 1 Solvency II die Zulassungspflicht und ein Solvabilitätssystem, welches den Anforderungen von Titel I Kap. VI Solvency II «zumindest gleichwertig» ist. Durch die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit dürfen bei der Berechnung der Solvabilität der ganzen Gruppe in Bezug auf das Unternehmen aus dem Drittstaat die Solvenzkapitalanforderung und die auf diese Anforderung anrechnungsfähigen Eigenmittel des Drittstaats berücksichtigt verwendet werden im Sinne einer *Substituted Compliance*.[2217]

Das dritte Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit gem. Art. 260 Solvency II betrifft Versicherungsgruppen (Mutterunternehmen) in Drittstaaten, welche Tochterunternehmen in der EU haben. Die Gleichwertigkeit wird von der EU-Kommission einseitig anerkannt, sofern der Drittstaat über Vorschriften zur Gruppenaufsicht verfügt, welche den Anforderungen gem. Titel III Solvency II gleichwertig sind.[2218] Die Gleichwertigkeitsanerkennung bewirkt, dass die Gruppenaufsicht durch die zuständigen Behörden im Drittstaat erfolgen kann und sich die EU auf diese Aufsicht stützen kann.[2219]

3.2.2. Kriterien zur Beurteilung der Gleichwertigkeit

In allen drei Verfahren wird die Kommission beauftragt, delegierte Rechtsakte zu erlassen, in welchen Kriterien festgelegt werden sollen, anhand derer die Gleichwertigkeit beurteilt werden kann.[2220] Diesem Auftrag kam die Kommission 2015 mit dem Erlass der Del. VO 2015/35 nach.[2221]

2216 Weber/Baisch, § 2 Rz. 78; Emmenegger/Bigler, S. 164.

2217 Emmenegger/Bigler, S. 164; Zetzsche, S. 83.

2218 Art. 260 Abs. 1 und 2 Solvency II.

2219 Art. 260 Abs. 1 Solvency II; Emmenegger/Bigler, S. 164.

2220 Art. 172 Abs. 1 Satz 1 Solvency II; Art. 260 Abs. 2 Solvency II.

2221 Del. VO 2015/35.

Die Kommission stütze sich bei ihrer Beurteilung der Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts- und Aufsichtsrahmens auf sechs Hauptkriterien,[2222] welche im Bereich der Rückversicherung und der Gruppenaufsicht noch durch spezifische Kriterien ergänzt wurden.[2223] Es handelt sich dabei um die Befugnisse und Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörde im Drittstaat,[2224] die Solvabilität,[2225] die Governance,[2226] Anforderungen an die Transparenz,[2227] an das Berufsgeheimnis, den Informationsaustausch und die behördliche Zusammenarbeit[2228] sowie den Umgang mit vertraulichen Informationen und Auswirkungen von Entscheidungen auf die Finanzstabilität.[2229] Diese Hauptkriterien decken sich grösstenteils mit den Kriterien, welche die EIOPA in ihrem Empfehlungs-Bericht anwandte.[2230]

3.3 Autonomer Nachvollzug im Versicherungsaufsichtsrecht

Bereits nach Abschluss des Versicherungsabkommens und im Nachgang zur Ablehnung des EWR-Beitritts der Schweiz wurde das Recht der Versicherungen und der Versicherungsaufsicht im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an die Vorgaben im damaligen EG-Recht angeglichen.[2231] Der autonome Nachvollzug in den folgenden Jahren, z. B. im Rahmen der Totalrevision des VAG,[2232] führte dazu, dass die Schweiz im Vorfeld der Beurteilung der Gleichwertigkeit durch die Kommission die meisten Kriterien erfüllte, was die EIOPA bereits 2011 feststellte im Entwurf zu ihrer Empfehlung an die Kommission.[2233] Abweichungen stellte die EIOPA jedoch insb. im Bereich der Governance und der Anforderungen an die Transparenz fest.[2234] Der Bundesrat reagierte auf diese Abweichungen mit der Revision der AVO vom 25. März 2015, mit welcher auch in Bezug auf diese

---

2222 Erw. 11–17 Del. Beschluss 2015/1602.

2223 Erw. 18–23 Del. Beschluss 2015/1602.

2224 Erw. 10 Del. Beschluss 2015/1602.

2225 Erw. 11 Del. Beschluss 2015/1602.

2226 Erw. 12–14 Del. Beschluss 2015/1602.

2227 Erw. 15 Del. Beschluss 2015/1602.

2228 Erw. 16 Del. Beschluss 2015/1602.

2229 Erw. 17 Del. Beschluss 2015/1602.

2230 Vgl. die Übersicht in EIOPA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, S. 11 f.

2231 Weber/Baisch, § 2 Rz. 77.

2232 Weber/Baisch, § 2 Rz. 82.

2233 EIOPA, Entwurf Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, Ziff. 24.

2234 EIOPA, Entwurf Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, Ziff. 28, 39.

zwei Kriterien eine gleichwertige Rechtslage zum EU-Recht geschaffen wurde.[2235] Die Kommission zog die AVO in ihrer revidierten Form in ihre Gleichwertigkeitsprüfung ein und anerkannte in der Folge die Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts.[2236]

3.4 Handlungsspielraum

3.4.1. Genereller Befund

Die Analyse des Empfehlungs-Berichts der EIOPA und die im Del. Beschluss 2015/1602 gemachten Ausführungen der Kommission verdeutlichen, dass die EIOPA und die Kommission im Sinne ihres allgemeinen Ansatzes für die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit eine *Gleichwertigkeit der Ergebnisse* voraussetzen, wobei ein gewisser Spielraum für eine abweichende rechtliche Ausgestaltung bleibt. Dies zeigt sich zunächst beim zentralen Element der Gleichwertigkeitsprüfung, dem Verfahren der Solvabilität.

3.4.2. Praktische Beispiele

3.4.2.1. Beispiel 1: Berechnung der Solvabilität

Das zentralste Element der Gleichwertigkeitsprüfung in allen drei Verfahren ist die Berechnung der Solvabilität, d. h. der Kapitalausstattung der Versicherungen.[2237] Es geht dabei um die erforderlichen freien und unbelasteten Eigenmittel, welche eine Versicherung aufweisen können muss für ihre Zulassung und Tätigkeit.[2238] Die Berechnung der Solvabilität im Schweizer Recht erfolgt auf der Grundlage des Schweizer Solvenztests (SST), während die Berechnung der Solvabilität in der EU gem. den Vorschriften in Solvency II erfolgt.[2239] In beiden Verfahren erfolgt die Berechnung der Eigenmittel risikobasiert, d. h. nach Massgabe der Risiken, welchen ein Versicherungsunternehmen ausgesetzt ist.[2240]

Die EIOPA beanstandete in ihrem Empfehlungs-Bericht, welcher die Revision der AVO 2014 noch nicht berücksichtigte, den Umstand, dass nach früherem Schwei-

---

2235 Vgl. Erläuternder Bericht Änderung AVO 2015, S. 3.

2236 Vgl. Erw. 7 Del. Beschluss 2015/1602, wobei in Fn. 3 auf die revidierte Fassung der AVO verwiesen wird.

2237 Vgl. Wess, Rz. 694.

2238 Weber/Baisch, § 6 Rz. 4.

2239 Weber/Baisch, § 6 Rz. 8 ff., Rz. 50 ff.

2240 Erw. 11 Del. Beschluss 2015/1602; siehe im Detail Wess, Rz. 694; Weber/Baisch, § 6 Rz. 50.

zer Recht gewisse Rückversicherungsunternehmen von der Durchführung des SST ausgenommen waren.[2241] Zur Herstellung der Gleichwertigkeit änderte der Bundesrat Art. 2 AVO in dem Sinne, dass heute, wie in der EU, alle Versicherungsunternehmen den Solvabilitätstest machen müssen.[2242]

Weitere Unterschiede stellte die EIOPA bei den Vorschriften zur Berechnung der Solvabilität von Gruppen fest.[2243] Während das EU-Recht die Berechnung eines Gruppensolvabilitätskoeffizienten vorschreibt, wird nach dem Schweizer Recht «eine Reihe von Solvabilitätskoeffizienten für jedes Unternehmen innerhalb der Gruppe»[2244] berechnet.[2245] Obwohl damit die Vorschriften des Schweizer Rechts nicht gleichwertig zu jenen in Art. 230 und 233 Solvency II sind, kam die Kommission zum Schluss, dass die Berechnung der Solvabilität für Gruppen nach Schweizer Recht dennoch zu Ergebnissen führt, die jenen nach Art. 230 und 233 Solvency II «zumindest gleichwertig» sind.[2246]

Daraus lässt sich schliessen, dass die Kommission einzelne Unterschiede in der materiellen Ausgestaltung des Schweizer Rechts zulässt, solange die Ergebnisse zumindest gleichwertig sind.[2247] Dies lässt sich an weiteren Beispielen zeigen, wo die EIOPA materielle Unterschiede festgestellt hat, welche sich insgesamt nicht auf die Gleichwertigkeit der Ergebnisse auswirken.[2248]

2241 Es handelte sich um sog. Rückversicherungscaptives; vgl. EIOPA Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, Ziff. 230 und 257; Erläuternder Bericht Änderung AVO 2015, S. 8.

2242 Erläuternder Bericht Änderung AVO 2015, S. 8.

2243 EIOPA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, Ziff. 236.

2244 Erw. 23 Del. Beschluss 2015/1602.

2245 Vgl. im Detail EIOPA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, Ziff. 236 ff.

2246 Erw. 23 Del. Beschluss 2015/1602; bereits EIOPA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, Ziff. 260, welche den Schweizer Ansatz trotz der Unterschiede als gleichwertig einschätzte.

2247 Das Schweizer System gilt allgemein sogar als strenger als das System in der EU, Wess, Rz. 696 m. w. H.

2248 Vgl. z. B. EIOPA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, Ziff. 206, 207 in Bezug auf die «*profit and loss attribution*»; Ziff. 176 zu den «*new business risks*»; Ziff. 177 zu den «*operational risks*».

3.4.2.2. Beispiel 2: Interne Revision *(Compliance)* als Teil der *Governance*

Der wichtige Bereich des qualitativen Risiko-Managements war im Schweizer Recht bis 2015 nur rudimentär durch wenige Vorschriften geregelt.[2249] Der Schweizer Rechtsrahmen erfüllte deshalb weder die internationalen Standards noch war er gleichwertig zum EU-Recht.[2250] Erst mit der Revision der AVO 2015 schuf der Bundesrat einen zum EU-Recht gleichwertigen Rechtsrahmen.[2251]

Im Empfehlungs-Bericht an die Kommission, welcher die Revision der AVO 2015 noch nicht berücksichtigte, hob die EIOPA zwei Bereiche hervor, in welchen sie Abweichungen zwischen dem Schweizer Recht und dem Recht der EU feststellte. Es handelte sich einerseits um die interne Revision der Geschäftstätigkeit von Versicherungsunternehmen[2252] und andererseits um die Offenlegung (vgl. das anschliessende Beispiel 3 in § 9 Kap. D.II.3.4.2.3.).[2253]

Abweichungen stellte die EIOPA in Bezug auf die interne Revision von Versicherungsunternehmen fest.[2254] Während die EU eine interne Revision für alle Versicherungsunternehmen vorschreibt,[2255] waren im Schweizer Recht in begründeten Einzelfällen Ausnahmen möglich.[2256] Vor der Revision der AVO war die interne Revision sogar nur im FINMA-RS 2008/32 geregelt, welche für die Rechtsanwender nicht direkt verbindlich ist.[2257] Die EIOPA berücksichtigte als entlastenden Umstand die Tatsache, dass die FINMA von allen Versicherungen eine interne Revision verlangt.[2258]

Gestützt auf die Revision der AVO anerkannte die Kommission die Schweizer Vorschriften als gleichwertig,[2259] obwohl die Ausnahmebestimmung im VAG weiterhin bestand. Erst in der letzten Revision des VAG 2020 wurde die Ausnahme gestrichen mit der Begründung, dass «die Äquivalenz-Anerkennung durch die

---

2249 Erläuternder Bericht Änderung AVO 2015, S. 4.

2250 Erläuternder Bericht Änderung AVO 2015, S. 4.

2251 Erläuternder Bericht Änderung AVO 2015, S. 4.

2252 EIOPA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, Ziff. 105.

2253 EIOPA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, Ziff. 106.

2254 EIOPA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, Ziff. 98.

2255 Art. 47 Abs. 1 Solvency II.

2256 EIOPA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, Ziff. 98, 105.

2257 Winzeler, BSK-FINMAG/FinfraG, Art. 7 FINMAG Rz. 18.

2258 EIOPA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, Ziff. 98.

2259 Erw. 13 Del. Beschluss 2015/1602.

EU nur unter der Bedingung erfolgt, dass auf diese Ausnahmeregelung verzichtet wird».[2260] Die Begründung des Bundesrats ist insofern überraschend, als die Gleichwertigkeit bereits 2015 ohne diese Änderung im VAG anerkannt wurde. Die nachträgliche Streichung kann m. E. auf zwei Arten gedeutet werden: Einerseits könnte es sein, dass die Kommission bereits 2015 die Änderung der Bestimmung forderte, die Gleichwertigkeit aber dennoch anerkannte aufgrund der Praxis der FINMA. Andererseits ist denkbar, dass die Kommission die Schweiz vor der Revision des VAG 2020 darauf hinwies, dass die Abweichung im Rahmen einer Überprüfung der Gleichwertigkeit als Hinderungsgrund für die Aktualisierung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit gewertet werden könnte.

3.4.2.3. Beispiel 3: Offenlegung *(Disclosure)* als Teil der Transparenz

Das EU-Recht schreibt den Versicherungsunternehmen in Art. 51 Solvency II vor, jährlich einen Bericht über ihre Solvabilität und ihre Finanzlage zu veröffentlichen. Vor der Revision der AVO 2015 sah das Schweizer Recht keine entsprechende Verpflichtung vor.[2261] Die EIOPA wertete dies als einen wichtigen Unterschied,[2262] was zu einem Vorbehalt führte.[2263] Um eine Verweigerung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zu verhindern, wurde mit Art. 111a AVO die «Regulierungslücke bei der Offenlegung (Disclosure) geschlossen».[2264] Aufgrund des autonomen Nachvollzugs stellte die Kommission danach keine Einschränkungen der Gleichwertigkeit mehr fest.[2265]

Die inhaltlichen Anforderungen an den Bericht stimmen im EU-Recht und nach der Revision der AVO im Schweizer Recht grundsätzlich überein,[2266] wobei die Anforderungen im EU-Recht detaillierter festgelegt sind: Während im Schweizer Recht in genereller Weise vom Risikoprofil gesprochen wird,[2267] verlangt das EU-Recht eine Beschreibung, die für jede Risikokategorie gesondert vorzunehmen ist, d. h. eine Beschreibung der Risikoexponierung, der Risikokonzentration, der

---

2260 Botschaft Revision VAG 2020, S. 8999.

2261 Vgl. Erläuternder Bericht Revision AVO 2015, S. 19.

2262 Die EIOPA spricht von einer «important difference between the two regimes», EIOPA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2011, Ziff. 109.

2263 Erläuternder Bericht Revision AVO 2015, S. 19.

2264 Erläuternder Bericht Revision AVO 2015, S. 19.

2265 Erw. 15 Del. Beschluss 2015/1602.

2266 Vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a–e Solvency II, Art. 111a Abs. 2 lit. a–g AVO.

2267 Art. 111a Abs. 2 lit. d AVO.

Risikominderung und der Risikosensitivität.[2268] Die entsprechenden detaillierten Zusätze wurden für Schweizer Versicherungsunternehmen erst im Nachgang zur einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit (5. Juni 2015) in einem Rundschreiben der FINMA zur Offenlegung für Versicherer vorgegeben, welches die FINMA am 3. Dezember 2015 erlassen hat.[2269] Der Kommission genügten die generelleren Vorgaben des Schweizer Rechts in Art. 111a AVO, weshalb sie im Rahmen ihres Gleichwertigkeitsbeschlusses von der Gleichwertigkeit in Bezug auf diesen Aspekt ausging,[2270] obwohl das Schweizer Recht damals wie heute viel weniger detailliert ist, insb. weil das Rundschreiben der FINMA für die Versicherungsunternehmen nicht verbindlich ist.

3.5 Bewertung

Wie in anderen Sachbereichen stellt die EU-Kommission im Rahmen der Bewertung der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Versicherungsbereich auf die Gleichwertigkeit der Ergebnisse des Schweizer Rechts ab. Der Schweiz bleibt daher Spielraum für eine vom EU-Recht abweichende Rechtsetzung, solange sich die Abweichungen nicht auf die Gleichwertigkeit der Ergebnisse auswirken. Dies zeigt sich am Schweizer Solvenztest, welcher nicht bloss eine inhaltliche Kopie des EU-Solvenzsystems gem. Solvency II darstellt, sondern an einigen Stellen von diesem abweicht,[2271] ohne dass die beiden Tests dadurch zu anderen inhaltlichen Ergebnissen kommen. Bei den Grundsätzen, insb. dem Anwendungsbereich und den aufsichtsrechtlichen Vorschriften, duldet die Kommission im Rahmen der Gleichwertigkeitsprüfung hingegen keine Abweichungen. So musste die Schweiz z. B. den Bericht über die Finanzlage als aufsichtsrechtliches Instrument und Teil des Risiko-Managements einführen.[2272] Mehr Spielraum besteht in Bezug auf den Detaillierungsgrad, indem die EU-Kommission auch dann von gleichwertigen Ergebnissen ausgeht, wenn die Schweizer Vorschriften weniger detailliert sind.

2268 Art. 51 Abs. 1 lit. c Solvency II.

2269 FINMA-RS 16/2 «Offenlegung – Versicherer (Public Disclosure)», Ziff. 48 ff.

2270 Erw. 15 Del. Beschluss 2015/1602.

2271 Vgl. Weber/Baisch, § 2 Rz. 82.

2272 Vgl. vorne § 9 Kap. D.II.3.4.2.3.

4. Übergreifende Bewertung des Handlungsspielraums im Bereich der Rechtsetzung

Anhand der Beispiele der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der zentralen Gegenparteien und der Versicherungen sollen Tendenzen im Handlungsspielraum der Schweiz in der Rechtsetzung aufgezeigt werden.

Die Beispiele deuten an, dass die EU-Kommission im Rahmen der Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit den Ansatz der ergebnisorientierten Gleichwertigkeit *(functional equivalence)* wählt:[2273] Die Kommission toleriert Abweichungen im Schweizer Recht, solange sie zu gleichwertigen Ergebnissen führen. Dabei akzeptiert die Kommission insb. einen tieferen Detaillierungsgrad des Schweizer Rechts. Verschiedentlich ist der tiefere Detaillierungsgrad möglich, weil die Kommission die Behördenpraxis oder Anweisungen der Schweizer Behörden in Bezug auf die Auslegung der weniger detaillierten Bestimmungen in ihre Beurteilung einbezieht und gestützt auf diese zur Einschätzung gelangt, dass gleichwertige Ergebnisse vorliegen.[2274] Dieser Befund zeigt m. E. ein Vertrauen der Kommission in die Aufsichtstätigkeit der Schweizer Behörden: Die Kommission scheint davon auszugehen, dass die Empfehlungen in Bezug auf die Auslegung der Schweizer Bestimmungen in einer Weise von den Schweizer Behörden angewendet und kontrolliert werden, dass keine Probleme in Bezug auf die Einhaltung der Gleichwertigkeit der Ergebnisse entstehen.

Die grosse Vernetzung des Finanzmarkts der Schweiz und der EU wirkt sich auf die Risikobewertung aus. Im Vergleich zu anderen Drittstaaten wird die Schweiz nicht als Drittstaat mit geringem Risiko eingeschätzt und kann daher nicht von einem grosszügigeren Massstab bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit profitieren. Während die Kommission bei Drittstaaten mit geringem Risiko von einer Gleichwertigkeit ausgeht, wenn die internationalen Standards eingehalten werden, wird von der Schweiz ein höherer Grad an Übereinstimmung gefordert.[2275] Die Prüfung des Schweizer Rechtsrahmens ist entsprechend detaillierter, was sich nur schon an den Beschlüssen zeigt, welche für die Schweiz länger und umfassender sind.

[2273] Vgl. EU-Kommission, Bericht Gleichwertigkeit, S. 8.

[2274] Dies zeigt sich sowohl in Bezug auf den Bereich der zentralen Gegenparteien als auch in Bezug auf jenen der Versicherungen.

[2275] Vgl. vorne § 9 Kap. D.II.2.6.

III. Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsanwendung und -auslegung

1. Bedeutung der Rechtsanwendung im Rahmen der Gleichwertigkeitsanerkennung

1.1 Bedeutung im Rahmen des Kriteriums der Gleichwertigkeit des Aufsichtsrahmens

Im Rahmen der Gleichwertigkeitsprüfung beurteilt die EU-Kommission jeweils die Gleichwertigkeit des Aufsichtsrahmens eines Drittstaats, d. h., ob im Drittstaat auch eine wirksame Beaufsichtigung der betroffenen Akteure und eine effektive Rechtsdurchsetzung der als gleichwertig beurteilten Rechtsvorschriften stattfindet.[2276] Obwohl vermutet werden könnte, dass in diesem Zusammenhang insb. *die konkrete Rechtsanwendungspraxis* der Schweizer Aufsichtsbehörden analysiert wird, zeigen die Empfehlungs-Berichte der EU-Aufsichtsbehörden und die Praxis der Kommission in Bezug auf die Schweiz, dass die Beurteilung anhand der im Schweizer Recht genannten Mittel und Möglichkeiten der Aufsichtsbehörden in der Theorie erfolgt und nicht an der konkreten Rechtsanwendungspraxis.[2277] Die Gleichwertigkeit der Rechtsanwendungspraxis von Schweizer Behörden steht damit nicht im Zentrum bei der Beurteilung des Kriteriums der Gleichwertigkeit des Aufsichtsrahmens.

1.2 Bedeutung im Rahmen des Kriteriums der Gleichwertigkeit des Rechtsrahmens

Die Analyse des Handlungsspielraums der Schweiz im Bereich der Rechtsetzung hat hingegen gezeigt, dass die EU-Aufsichtsbehörden und die Kommission im Rahmen der Prüfung der Gleichwertigkeit des Schweizer Rechtsrahmens[2278] verschiedentlich auf die Praxis von Schweizer Behörden, insb. der FINMA, abgestellt haben.

2276 Vgl. vorne § 9 Kap. C.I.5.2.1.2.

2277 Vgl. in Bezug auf die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit von CCP gem. Art. 25 Abs. 6 EMIR, Erw. 13 ff. Durchführungsbeschluss 2015/2042; ESMA, Empfehlungs-Bericht Schweiz 2013, S. 8 ff.

2278 Vgl. zu diesem Kriterium vorne § 9 Kap. C.I.5.2.1.1.

1.2.1. Kompensations-Funktion der Behördenpraxis

Da die Schweizer Vorschriften in den in Kap. D.II.2. und D.II.3. untersuchten Bereichen über einen tieferen Detaillierungsgrad verfügen als das EU-Recht, berücksichtigten die EU-Aufsichtsbehörden die Auslegungshinweise der SNB zur NBV[2279] und die Behördenpraxis der FINMA in Form verschiedener Rundschreiben[2280] in ihrer Analyse der Gleichwertigkeit. Mit den FINMA-Rundschreiben wird gem. Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG eine «einheitliche und sachgerechte Praxis der Aufsichtsbehörde bei der Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung»[2281] bezweckt. Die Rundschreiben binden nicht die einzelnen Finanzmarktakteure, aber die FINMA bei ihrer Rechtsanwendung.[2282]

Die europarechtskonforme Anwendungspraxis der Schweizer Behörden wurde von der EU somit in verschiedenen Beispielen als Kompensation für weniger detaillierte Schweizer Vorschriften und damit als Garantie für die Gleichwertigkeit der Ergebnisse gewertet.[2283]

1.2.2. Auswirkungen auf den Handlungsspielraum bei der Rechtsanwendung

Aufgrund der Kompensationsfunktion der Rechtsanwendungspraxis der Schweizer Behörden wird die Rechtsanwendung zu einem zentralen Element der Prüfung der Gleichwertigkeit des Rechtsrahmens, was sich tendenziell auf den Handlungsspielraum der Schweizer Behörden in der Rechtsanwendung auswirkt.

In einem Bereich, in welchem die EU-Aufsichtsbehörden und die Kommission auf die Behördenpraxis der Schweiz abstützen, weil das Schweizer Recht weniger detaillierte Vorschriften als das EU-Recht enthält, ist die Notwendigkeit einer europarechtskonformen Praxis für Schweizer Behörden grösser als in anderen Bereichen. Um die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit nicht zu gefährden, müssen Schweizer Behörden im Zweifel eine europarechtskonforme Praxis wählen.

2279 Vgl. vorne § 9 Kap. D.II.2.4.1. und die drei Beispiele in § 9 Kap. D.II.2.4.3.

2280 Vgl. z. B. vorne § 9 Kap. D.II.3.4.2.3.

2281 FINMA, Aufsichtspraxis der FINMA, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/dokumentation/rundschreiben/>.

2282 Winzeler, BSK-FINMAG/FinfraG, Art. 7 FINMAG Rz. 18.

2283 Vgl. bereits vorne § 9 Kap. D.II.2.4.2.

Aus theoretischer Perspektive sind die Schweizer Behörden angehalten, ihre Verwaltungspraxis europarechtskonform auszugestalten, wenn der Gesetz- oder Verordnungsgeber mit den relevanten, aber im Vergleich zur EU weniger detaillierten Vorschriften die Gleichwertigkeit zum EU-Recht anstrebt.[2284] Aus praktischer Perspektive ist die europarechtskonforme Rechtsanwendung in den Fällen, in welchen der Rechtsanwendung eine Kompensations-Funktion zukommt, aber umso wichtiger, weil die Kommission die Schweizer Behördenpraxis genauer anschaut und direkt in ihre Bewertung der Gleichwertigkeit des Rechtsrahmens einbezieht.

1.2.3. Zwischenfazit

In den Bereichen, in welchen die EU-Aufsichtsbehörden und die EU-Kommission auf die Behördenpraxis der Schweiz abstellen, wird der Handlungsspielraum der Schweizer Behörden bei der Rechtsanwendung eingeschränkt. Die Schweizer Behörden sollten in diesen Fällen besonders genau auf die Europarechtskompatibilität ihrer Rechtsanwendung achten, da die Behördenpraxis als Ergänzung zu den weniger detaillierten Schweizer Vorschriften analysiert wird und damit einen tragenden Faktor darstellt in Bezug auf die Frage, ob die Gleichwertigkeit des Schweizer Rechts anerkannt wird.

2. Rechtsauslegung durch Schweizer Gerichte

2.1 Keine rechtliche Verpflichtung zur Beachtung der Europäischen Rechtsprechung

Durch die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit als einseitiger Akt der EU-Kommission werden keine direkten Vorgaben für Schweizer Gerichte zur Beachtung der Rechtsprechung des EuG oder EuGH gemacht. Ein Einbezug der europäischen Rechtsprechung durch Schweizer Gerichte kann jedoch im Rahmen der europarechtskonformen Auslegung erfolgen.[2285]

2.2 Europarechtskonforme Auslegung

2.2.1. Notwendigkeit einer europarechtskonformen Auslegung

Hat die Schweiz ihr Recht im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an EU-Recht angeglichen, ist diese Harmonisierung in der Rechtsetzung gem. der Praxis des BGer und des BVGer grundsätzlich auch in der Rechtsanwendung und der Rechts-

[2284] Vgl. zur europarechtskonformen Rechtsanwendung vorne § 3 Kap. B.I.

[2285] Dazu vorne § 3 Kap. B.II.

auslegung anzustreben.[2286] Diese Praxis der europarechtskonformen Rechtsauslegung hat sich jedoch nicht einheitlich entwickelt und ist nicht in allen Rechtsbereichen gleich.

Das Recht der Finanzdienstleistungen ist insofern ein heterogener Bereich, als grundsätzlich in verschiedenen Teilbereichen eine hohe Übereinstimmung zum EU-Recht besteht, die Angleichung jedoch nicht immer im Rahmen des autonomen Nachvollzugs erfolgt ist. Die Schweizer Gerichte müssen somit stets prüfen, ob eine Vorschrift im Schweizer Recht an EU-Recht angeglichen wurde und aus welchem Beweggrund.

Wurde eine Schweizer Vorschrift im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an EU-Recht angeglichen im Hinblick auf die Erreichung einer einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, sollten das BVGer und das BGer im Sinne einer europarechtskonformen Auslegung die parallele EU-Vorschrift und ihre Auslegung durch das EuG und den EuGH bei der historischen und der teleologischen Rechtsauslegung einbeziehen.[2287] Erfolgte die Angleichung einer Schweizer Vorschrift an EU-Recht im Rahmen einer Rechtsvergleichung, kann das EU-Recht bzw. die Rechtsprechung gem. Praxis des BGer rechtsvergleichend herangezogen werden.[2288]

2.2.2. Gerichtliche Praxis in der Schweiz

Das BGer und das BVGer nehmen in ihrer Rechtsprechung zum Bereich der Finanzdienstleistungen, soweit ersichtlich, selten auf die Rechtsakte und die EU-Rechtsprechung Bezug.

Eine Ausnahme bildet BGE 147 I 57. Im Fall, welcher dem Urteil zugrunde liegt, ging es um die Beurteilung der Frage, ob die Möglichkeit der finanzmarktrechtlichen Publikationsanordnung gem. Art. 34 FINMAG bei schweren Verletzungen von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen durch Unternehmen (sog. *naming and shaming*)[2289] als eine verwaltungsrechtliche oder eine strafrechtliche Sanktion zu qualifizieren ist.[2290] Das BGer unterstrich, dass sowohl Vorschriften aus dem Recht

---

2286 BGE 129 III 335 S. 350 E. 6.

2287 Vgl. vorne § 3 Kap. B.III.

2288 Vgl. zu dieser Praxis des Bundesgerichts BGE 147 I 57 S. 66 E. 5.3.2; BGE 133 III 180 S. 184 E. 3.5; BGer, 2C_586/2015 vom 9. Mai 2016, E. 2.1 nicht publ. in BGE 142 II 307; BGer, 2C_150/2016 vom 22. Mai 2017, E. 2.2; Jaag/Hänni, Rz. 4207a.

2289 Botschaft FINMAG, S. 2883.

2290 BGE 147 I 57 S. 63 E. 4.1.

des UK als auch jene aus EU-Rechtsakten Vorbild von Art. 34 FINMAG waren.[2291] Im Rahmen der Klärung des Charakters der Bestimmung prüfte das BGer daher u. a., ob die Publikationsanordnung im EU-Recht als verwaltungs- oder strafrechtliche Massnahme bewertet wird.[2292] Der Vergleich mit dem relevanten EU-Recht erfolgte explizit in rechtsvergleichender Hinsicht und somit nicht im Rahmen einer europarechtskonformen Auslegung.[2293] Diese Haltung des BGer ist wohl auf den Umstand zurückzuführen, dass Art. 34 FINMAG nicht im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an EU-Recht angeglichen wurde, sondern der Gesetzgeber im Sinne des Rechtsvergleichs von den EU-Vorschriften bloss inspiriert wurde.

In einem Fall vor dem BVGer ging es um die Frage des Risikomanagements bei Zentralverwahrern.[2294] Die FINMA forderte den Schweizer Zentralverwahrer SIX SIS AG auf, jährlich eine Prüfung der Modelle und Parameter, welche das Unternehmen im Rahmen seines Risikomanagements verwendet, durchführen zu lassen. Art. 54 Abs. 3 FinfraV sieht bei Zentralverwahrern vor, dass diese eine Prüfung der Modelle und Parameter, welche ihrem Risikomanagement zugrunde liegen, «regelmässig» durchführen müssen. Der Zentralverwahrer SIX SIS AG machte vor BVGer geltend, dass sich aus Art. 54 Abs. 3 FinfraV keine Verpflichtung zur *jährlichen* Prüfung ergebe.[2295] Eine solche Verpflichtung bestehe hingegen für zentrale Gegenparteien in Bezug auf das Risikomodell für das Management der Kreditrisiken, da die jährliche Prüfung explizit in Art. 28d Abs. 1 lit. e NBV vorgeschrieben sei.[2296]

Das BVGer nahm in seinem Urteil folglich die Auslegung der Verpflichtung zur «regelmässigen» Prüfung gem. Art. 54 Abs. 3 FinfraV vor.[2297] Dabei verzichtete es komplett auf einen Vergleich zum relevanten EU-Recht. Diese Haltung ist m. E. kritisch zu betrachten. Während in den Materialien zur NBV explizit zum Ausdruck kommt, dass die Vorschriften für zentrale Gegenparteien im Rahmen des autonomen Nachvollzugs aus dem EU-Recht übernommen wurden,[2298] um die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zu erreichen, fehlen solche deutli-

2291 BGE 147 I 57 S. 59 ff. E. 2.2, E. 2.3.

2292 BGE 147 I 57 S. 66 E. 5.3.2.

2293 BGE 147 I 57 S. 66 E. 5.3.2.

2294 BVGer, B-669/2019 vom 22. Februar 2022.

2295 BVGer, B-669/2019 vom 22. Februar 2022, E. 6.

2296 BVGer, B-669/2019 vom 22. Februar 2022, E. 6, E. 6.3, E. 7.5.4, E. 8.

2297 BVGer, B-669/2019 vom 22. Februar 2022, E. 7.3 ff.

2298 Vgl. vorne § 9 Kap. D.II.2.3.

chen Aussagen, die sich explizit auf Zentralverwahrer beziehen, in den Materialien. In der Botschaft zum FinfraG wird dennoch an verschiedenen Stellen deutlich, dass das EU-Recht von Relevanz war bei der Ausgestaltung der Vorschriften für alle Finanzmarktinfrastrukturen und damit auch für Zentralverwahrer. Der Bundesrat betonte zunächst, dass die Gefahr bestehe, dass «Schweizer Finanzmarktinfrastrukturen ihre internationale Anbindung verlieren»[2299], falls «keine gleichwertige Regulierung geschaffen [werde]».[2300] Er verwies dabei insb. auf die zentrale Gegenpartei SIX x-clear AG, doch ist schon anhand der Verwendung des Begriffs «insbesondere» erkennbar, dass auch andere Schweizer Finanzmarktinfrastrukturen gemeint sein müssen.[2301] Dieser Befund bestätigt sich durch die Aussage des Bundesrates, «dass bei der Ausarbeitung der Regulierung der Finanzmarktinfrastrukturen in materieller Hinsicht bewusst eine möglichst EU-konforme Regulierung angestrebt [wurde], um den Zutritt zum EU-Binnenmarkt zu ermöglichen».[2302] Der Bundesrat listete in der Botschaft die expliziten Abweichungen zum EU-Recht auf, wobei die Vorschriften über das Risikomanagement bei Zentralverwahrern nicht dazu gehören.[2303] Abgesehen von diesen Abweichungen ging der Bundesrat davon aus, dass «eine äquivalente schweizerische Regulierung geschaffen wurde».[2304]

Die Ausführungen in der Botschaft des FinfraG zeigen damit, dass der Bundesrat das Ziel verfolgte, eine möglichst europarechtskonforme Rechtslage in Bezug auf *alle* Finanzmarktinfrastrukturen zu schaffen, um den Marktzugang zu ermöglichen. Vor dem Hintergrund der Praxis der europarechtskompatiblen Rechtsauslegung des BGer in Fällen, in welchen vom Gesetzgeber eine Harmonisierung der Rechtsetzung angestrebt wird, ist die Harmonisierung auch im Bereich der Rechtsauslegung zu beachten. Daher hätte das BVGer m. E. die Vorschriften der CSDR zum Risikomanagement für Zentralverwahrer in der EU[2305] und eine allfällige Rechtsprechung des EuGH in seine Auslegung von Art. 54 FinfraV einbeziehen müssen.

2299 Botschaft FinfraG, S. 7496.

2300 Botschaft FinfraG, S. 7496.

2301 Botschaft FinfraG, S. 7496 f.

2302 Botschaft FinfraG, S. 7509.

2303 Botschaft FinfraG, S. 7509 f.

2304 Botschaft FinfraG, S. 7512.

2305 Vgl. insb. Art. 47 ff. CSDR.

2.2.3. Zwischenfazit

Schweizer Gerichte werden in ihrer Rechtsauslegung durch die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit rechtlich nicht eingeschränkt. In der Praxis gibt es soweit ersichtlich noch keine Fälle, in welchen Schweizer Gerichte Vorschriften des Schweizer Rechts auslegen mussten, welche im Rahmen einer einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit von Bedeutung sind. Bei solchen Vorschriften müssten BVGer und BGer im Sinne der Praxis der europarechtskonformen Auslegung die Rechtsprechung des EuG und des EuGH in ihre Rechtsprechung miteinbeziehen.

§ 10 Schlussbetrachtungen

A. Einordnung des Zugangsmechanismus in den Gesamtkontext der Beziehungen Schweiz–EU

I. Zugangswirkung durch Zusammenwirken

Der autonome Nachvollzug bewirkt in Verbindung mit dem Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit eine Vertiefung und Intensivierung der Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union. Ohne rechtliche Verpflichtung der Schweiz zur Übernahme von EU-Recht verschafft ihr der autonome Nachvollzug zusammen mit der Anerkennung der Gleichwertigkeit in einzelnen Bereichen einen Zugang zum EU-Binnenmarkt, welcher in gewissen Bereichen bis zum teilweisen Einbezug der Schweiz in den EU-Verwaltungsverbund führt (gemeinsamer Veterinärraum und phytosanitärer Raum).[2306]

II. Zentraler Mechanismus im Verhältnis Schweiz–EU

Der aus dem autonomen Nachvollzug und der Anerkennung der Gleichwertigkeit entstandene Zugangsmechanismus im Verhältnis Schweiz–EU ist vor dem Hintergrund der Entwicklungen Anfang der 1990er Jahre erstaunlich.[2307] Die EU lehnte eine Teilnahme der EFTA-Staaten am Binnenmarkt über ein solches Zugangsmodell ab. Stattdessen konnte sie die EFTA-Staaten (mit Ausnahme der Schweiz) im Rahmen des EWR-Abkommens von einem institutionell geregelten Zugang auf der Grundlage einer Verpflichtung zur Übernahme des relevanten EU-Rechts überzeugen.[2308] Dennoch schlossen die Schweiz und die EU 1999 mit dem MRA und dem Agrarabkommen zwei völkerrechtliche Verträge ab, welche den Zugang der Schweiz zum Binnenmarkt auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs und der Anerkennung der Gleichwertigkeit regeln.[2309] Auch nach Abschluss der Bilateralen I wurde das bilaterale Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU in gewissen Bereichen auf der Grundlage des autonomen Nachvoll-

[2306] Vgl. insb. vorne § 6 Kap. C.III.2.; § 7 Kap. C.III.3.; § 8 Kap. B.V.2.3; § 9 Kap. C.IV.2.1.

[2307] Vgl. im Detail vorne § 3 Kap. C.I.3.2.3., Kap. C.II.3. und insb. C.II.3.5.

[2308] Vgl. vorne § 3 Kap. C.II.3.3.

[2309] Vgl. vorne § 6 Kap. C.II. und § 7 Kap. C.I.

zugs und der Anerkennung der Gleichwertigkeit ausgebaut, z. B. im Bereich des EHS-Abkommens oder der Finanzdienstleistungen.[2310] Diese Entwicklung zeigt, dass dieser Zugangsmechanismus nicht als historisches Relikt oder Eigenheit der Verhandlungen im Nachgang zum EWR-Nein zu bewerten ist, sondern dass sich die Anerkennung der Gleichwertigkeit auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs als eigenständiger Zugangsmechanismus im Verhältnis Schweiz–EU etabliert hat.

Der Zugangsmechanismus auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs und der Anerkennung der Gleichwertigkeit ist nur *ein Mechanismus* neben anderen, welche im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU zur Anwendung kommen. Dieser hat sich in den letzten zwanzig Jahren aufgrund seiner Verwendung in verschiedenen Bereichen von wirtschaftlicher Bedeutung (insb. Handel mit Agrar- und Industrieprodukten sowie grenzüberschreitende Erbringung von Finanzdienstleistungen) jedoch zu einem *zentralen Mechanismus* entwickelt.

B. Bedeutung des autonomen Nachvollzugs

Aus der Perspektive des autonomen Nachvollzugs stellt die Anerkennung der Gleichwertigkeit eine Wirkungsweise desselben dar.[2311] Im Rahmen der Schlussbetrachtungen soll einerseits die Bedeutung und Rolle des autonomen Nachvollzugs für die Anerkennung der Gleichwertigkeit aufgezeigt werden (Kap. B.I.). Andererseits gilt es zu beleuchten, wie diese Wirkungsweise den autonomen Nachvollzug *als Instrument der Schweizer Europapolitik* (Kap. B.II.) prägt.

I. Grundlage der Gleichwertigkeitsanerkennung

Der autonome Nachvollzug lässt sich in doppelter Hinsicht als Grundlage der Anerkennung der Gleichwertigkeit charakterisieren.

[2310] Vgl. vorne § 8 Kap. C.II. und § 9 Kap. A.V.3.1.1.

[2311] Vgl. vorne § 1.

1. Materiell-rechtliche Grundlage

Wie anhand der vier behandelten Bereiche deutlich wird,[2312] bildet der autonome Nachvollzug die Voraussetzung für die Anerkennung der Gleichwertigkeit, indem durch die rechtlich freiwillige Angleichung im Schweizer Recht eine zum EU-Recht gleichwertige Rechtslage geschaffen wird.[2313] Der autonome Nachvollzug bildet somit die materiell-rechtliche Grundlage für die Anerkennung der Gleichwertigkeit.

Darüber hinaus trägt der autonome Nachvollzug auch auf politischer und praktischer Ebene zur Ermöglichung der Anerkennung der Gleichwertigkeit bei.

2. Politische und praktische Grundlage

Durch den autonomen Nachvollzug wird die Verwendung des beschriebenen Zugangsmechanismus im Rahmen von bilateralen Abkommen begünstigt: Kann die Schweiz bei Verhandlungen bereits einen zum EU-Recht gleichwertigen Schweizer Rechtsrahmen vorweisen, fördert dies die Bereitschaft auf Seiten der EU, eine Vertiefung der Beziehungen auf der Grundlage einer freiwilligen Rechtsangleichung und der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zu vereinbaren.[2314]

Mit dem autonomen Nachvollzug signalisiert die Schweiz der EU zum einen die Bereitschaft, ihren Rechtsrahmen auch ohne entsprechende Verpflichtung an jenen der EU anzugleichen und damit eine zur EU vergleichbare Rechtslage im Schweizer Recht zu schaffen.[2315] Zum andern trägt der vorgängige autonome Nachvollzug zu einer Stärkung des gegenseitigen Vertrauens bei: Die Schweizer Behörden können durch den autonomen Nachvollzug bereits vor Abschluss eines bilateralen Vertrags Erfahrungen in der Anwendung der gleichwertigen Vorschriften und Verfahren sammeln.[2316] Dies stellte sich insb. im Bereich der Industrieprodukte als vorteilhaft heraus für die Schaffung von Vertrauen auf Seiten der EU und führte

---

[2312] Industrieprodukte (§ 6), Agrarprodukte (§ 7), Emissionshandel (§ 8) und Finanzdienstleistungen (§ 9).

[2313] Vgl. vorne § 6 Kap. C.II.2.; § 7 Kap. C.II.1.; § 8 Kap. C.III.; § 9 Kap. B.III.2.2 und Kap. C.II.

[2314] Vgl. vorne § 6 Kap. B.III.2.; § 7 Kap. C.III.3.

[2315] Vgl. vorne z. B. § 7 Kap. C.II.2. und § 8 Kap. C.III.3.2.

[2316] Vgl. vorne § 7 Kap. C.II.2. und § 8 Kap. C.III.3.2.

praktisch dazu, dass die EU auf vertrauensbildende Übergangsmassnahmen verzichtete.[2317]

Im Unterschied zur Funktion des autonomen Nachvollzugs als materiell-rechtliche Grundlage für die Anerkennung der Gleichwertigkeit wirkt der autonome Nachvollzug in der Rolle der politischen und praktischen Grundlage als *soft factor bzw. weiche Voraussetzung*, welcher bzw. welche rechtliche Entscheide lediglich zu beeinflussen vermag. Anhand von zwei Beispielen zeigt sich, dass diese Funktion des autonomen Nachvollzugs nicht zu unterschätzen ist.

Bei den Verhandlungen zum MRA konnte die Schweiz die EU von der Aufnahme des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit überzeugen, wobei dafür zentral war, dass die Schweiz in vielen Produktebereichen bereits über gleichwertiges Recht verfügte.[2318] Der fördernde Effekt des autonomen Nachvollzugs scheint zudem im Rahmen des EHS-Abkommens von Bedeutung gewesen zu sein: Im Bereich der Anlagen, in welchem die Schweiz ihr Recht vorgängig an die Vorschriften im EU-Recht angeglichen hatte, einigten sich die beiden Parteien auf die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit ohne Verpflichtung zur Rechtsübernahme.[2319] Im Gegensatz zum Bereich der Anlagen musste sich die Schweiz im Bereich des Luftverkehrs, welcher vor Abschluss des EHS-Abkommens nicht in das Schweizer EHS integriert war, im Abkommen verpflichten, die einschlägigen Vorschriften der EU und auch deren Änderungen zu übernehmen.[2320]

II. Bedeutungszuwachs des autonomen Nachvollzugs

Über die Wirkungsweise der Anerkennung der Gleichwertigkeit trägt der autonome Nachvollzug zur Gestaltung des Verhältnisses zwischen der Schweiz und der EU bei, indem er in verschiedenen Bereichen eines der zentralen Ziele der Schweizer Europapolitik, den Zugang zum EU-Binnenmarkt, ermöglicht.[2321] Im Rahmen dieser Wirkungsweise wird deutlich, dass der autonome Nachvollzug ein zentrales Instrument darstellt und somit über die Funktion eines Hilfsinstruments der Schweizer Europapolitik hinausgeht.

2317 Hertig, S. 560 f.

2318 Vgl. vorne § 6 Kap. B.III.2.

2319 Vgl. vorne § 8 Kap. C.III.1.1 und C.III.2.2.

2320 Vgl. vorne § 8 Kap. C.III.1.2 und C.III.2.3.

2321 Vgl. vorne § 3 Kap. A.II.2.1.2.

In der Kombination mit der Anerkennung der Gleichwertigkeit entfernt sich der autonome Nachvollzug immer stärker von einer Charakterisierung als rein politische Vorgehensweise und bewegt sich in Richtung eines Rechtsbegriffs mit klaren Konturen: In der Form der Anerkennung der Gleichwertigkeit ist die mittelbare europapolitische Zielsetzung des autonomen Nachvollzugs explizit vorgegeben.[2322] Diese klare Zielsetzung wirkt sich konkretisierend sowohl auf die Rechtsetzung als auch auf die Rechtsanwendung und -auslegung aus. Die Angleichung im Bereich der Rechtsetzung und die Beachtung der EU-Praxis im Rahmen der europarechtskonformen Auslegung und Anwendung müssen in einem Ausmass erfolgen, dass die Anerkennung der Gleichwertigkeit erreicht bzw. erhalten werden kann. Obwohl nicht immer auf Anhieb klar ist, welches Ausmass der Angleichung bzw. der Beachtung der EU-Praxis *in concreto* notwendig ist, erhält der autonome Nachvollzug bei dieser Wirkungsweise doch klarere Konturen als z. B. in den Fällen, in welchen mit dem autonomen Nachvollzug eine Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit beabsichtigt wird.[2323]

C. Bewertung des Zugangsmechanismus

I. Einfluss der Anerkennungsform auf die Wirkung

Anhand der vier in dieser Arbeit untersuchten Bereiche zeigt sich, dass die Form der Anerkennung der Gleichwertigkeit die Wirkung beeinflusst.

1. Gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit

Die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit erfolgt im Rahmen eines völkerrechtlichen Vertrags.[2324] Die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens und des Umfangs der Anerkennung sowie der damit verbundenen Rechtsfolgen ist Gegenstand der Verhandlungen der beiden Parteien, weshalb Gestaltungsspielraum

---

[2322] Vgl. vorne § 3 Kap. A.II.2.2.

[2323] Die Frage, inwiefern die Praxis der EU bei der Auslegung beachtet werden muss, um der Zielsetzung der Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit (vgl. vorne § 3 Kap. A. II.2.1.2.) zu entsprechen, ist wohl in den meisten Fällen weniger genau bestimmbar als bei der Zielsetzung der Anerkennung der Gleichwertigkeit.

[2324] Vgl. vorne § 4 Kap. B.I.1.

vorhanden und die Vereinbarung einer auf die beiden Parteien zugeschnittenen Lösung möglich ist.

Die drei in dieser Arbeit behandelten Abkommen[2325] verdeutlichen, dass der Anwendungsbereich der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit oftmals breit gefasst wird: Die Gleichwertigkeitsanerkennung bezieht sich häufig auf ganze Themen- bzw. Produktebereiche (z. B. Handel mit tierischen Produkten oder mit Spielzeug) und nicht nur auf Teilaspekte innerhalb dieser Bereiche. Im Rahmen des autonomen Nachvollzugs ist daher eine breite Angleichung an EU-Recht erforderlich, damit die Gleichwertigkeit anerkannt werden kann.[2326] Mit der Gleichwertigkeitsanerkennung ist jedoch auch ein breiterer und tieferer Zugang der Schweiz zum EU-Binnenmarkt verbunden, welcher bis zur ansatzweisen Integration der Schweiz in den EU-Verwaltungsverbund reicht.[2327]

2. Einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit

Die in dieser Arbeit untersuchten Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der Finanzdienstleistungen basieren auf dem EU-Recht.[2328] Das EU-Recht gibt sowohl die Voraussetzungen für die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit als auch die konkreten Verfahrensschritte und die Rechtsfolgen der Gleichwertigkeitsanerkennung vor.[2329] Dadurch besteht kein Raum für die individuelle Ausgestaltung der Modalitäten im bilateralen Verhältnis Schweiz–EU: Die Schweiz muss die im EU-Recht vorgesehenen Vorgaben erfüllen, um die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit zu erreichen. Wird die Gleichwertigkeit von der EU-Kommission anerkannt, treten die im EU-Recht vorgesehenen Folgen ein.

Die Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit sind inhaltlich weniger breit ausgestaltet im Vergleich zu den Beispielen der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit: Sie beschränken sich oftmals auf gewisse Aspekte innerhalb eines Themenbereichs.[2330] Dadurch ist aus Sicht der Schweiz eine weniger breite Angleichung notwendig, damit die Gleichwertigkeit einseitig an-

---

2325 MRA (§ 6), Agrarabkommen (§ 7) und EHS-Abkommen (§ 8).

2326 Vgl. vorne § 6 Kap. D.II.3.; § 7 Kap. D.II.4.; § 8 Kap. D.II.2.1.2.3. und Kap. D.II.2.5.2.

2327 Vgl. vorne § 6 Kap. D.III.3.3; § 7 Kap. C.III.3. und D.III.1.5.

2328 Vgl. vorne § 5 Kap. B.; § 9 Kap. A.V.2.2.

2329 Vgl. vorne § 9 Kap. C.I. und Kap. C.III.

2330 Z. B. auf die Prüfung von Jahresabschlüssen, vgl. vorne § 9 Kap. C.IV.2.4.

erkannt wird. Jedoch sind auch die Rechtsfolgen entsprechend punktueller ausgestaltet und erlauben oftmals keinen breiten, umfassenden Marktzugang.[2331] Auch eine Integration eines Drittstaats wie der Schweiz in den Binnenmarkt ist mit den Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit nicht vorgesehen.

3. Wahl der Anerkennungsform

Welche Form der Anerkennung der Gleichwertigkeit aus Schweizer Perspektive geeigneter ist, hängt von den politischen Zielen ab. Möchte die Schweiz einen möglichst breiten Zugang zum EU-Binnenmarkt erreichen, ist eine staatsvertragliche Lösung zu bevorzugen. Am Beispiel der Finanzdienstleistungen zeigt sich, dass es Bereiche geben kann, in welchen ein breiter autonomer Nachvollzug politisch nicht mehrheitsfähig ist und der punktuelle Ansatz der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit daher die geeignetere Option für die Schweiz darstellt.[2332]

II. Rechtssicherheit als Schwachpunkt des Zugangsmechanismus

Sowohl bei der gegenseitigen als auch bei der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit bestehen Defizite in Bezug auf die Rechtssicherheit.

1. Ursprung in der Grundkonzeption

Die Problematik ergibt sich bei beiden Formen daraus, dass eine rechtliche Verpflichtung der anerkennenden Partei bzw. Parteien zur Anerkennung der Gleichwertigkeit fehlt, selbst wenn offensichtlich ist, dass die materielle Voraussetzung der Gleichwertigkeit erfüllt ist.[2333] Der Entscheid über die Anerkennung der Gleichwertigkeit erhält dadurch eine politische Komponente: Ob Gleichwertigkeit besteht, ist zwar primär Gegenstand einer rechtlichen Beurteilung, doch kann die Anerkennung der Gleichwertigkeit dennoch aus politischen Gründen verwehrt werden, wie die verweigerte Aktualisierung der Gleichwertigkeitsanerkennung im

---

2331 Vgl. vorne § 9 Kap. C.III.1.4; für eine Übersicht über die Wirkungen für die Schweiz vgl. § 9 Kap. C.IV.

2332 Vgl. vorne § 9 Kap. B.II.1.2 und Kap. B.II.3.1.

2333 Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.1; § 7 Kap. D.I.3.1; § 8 Kap. D.I.3.1; § 9 Kap. D.I.2.3.1.

Bereich der Medizinprodukte[2334] oder die nicht verlängerte Börsenäquivalenz[2335] zeigt.

Die fehlende Verpflichtung zur Anerkennung der Gleichwertigkeit ist auf die Grundkonzeption des Zugangsmechanismus auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs und der Anerkennung der Gleichwertigkeit zurückzuführen: So wie die Schweiz nicht verpflichtet ist, ihr Recht an EU-Recht anzugleichen und damit eine gleichwertige Rechtslage herzustellen, so ist keine Verpflichtung zur Anerkennung der Gleichwertigkeit durch die zuständigen Stellen vorgesehen.[2336] Die rechtliche Freiwilligkeit in der Rechtsangleichung widerspiegelt sich in der Freiwilligkeit des Akts der Anerkennung der Gleichwertigkeit. Diese Spiegelung ist aus rechtlicher Sicht nicht zwingend, jedoch politisch gewollt.

2. Unzureichender Rechtsschutz

Hinzu kommt, dass die Möglichkeiten des Rechtsschutzes gegen eine verweigerte Anerkennung der Gleichwertigkeit eingeschränkt sind und sich daher eine rechtliche Anfechtung einer Verweigerung schwierig gestaltet. Im MRA und Agrarabkommen ist als Instanz zur Schlichtung von Streitigkeiten nur der Gemischte Ausschuss und damit das gleiche Gremium vorgesehen, in welchem über die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit entschieden wird.[2337] Im EHS-Abkommen ist die Anrufung eines Schiedsgerichts bei Streitigkeiten vorgesehen, welches darüber entscheiden kann.[2338] Aufgrund der Tatsache, dass im Bereich der Anlagen weder eine Verpflichtung zur Angleichung noch eine solche zur gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit besteht, ist es unwahrscheinlich, dass das Schiedsgericht eine Verletzung des Abkommens feststellen würde bei einer verweigerten Anerkennung von Seiten der EU.[2339]

Bei den Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit wurde in der Lehre lange mehrheitlich davon ausgegangen, dass kein Rechtsweg gegen

[2334] Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.1.

[2335] Vgl. vorne § 9 Kap. C.I.5.3 und Kap. D.I.3.1.

[2336] Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.2; § 7 Kap. D.I.3.1.

[2337] Art. 14 MRA, vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.3.2.2.; Art. 7 Agrarabkommen, vgl. vorne § 7 Kap. D.I.3.3.2.

[2338] Art. 14 Abs. 2 EHS-Abkommen, vgl. vorne § 8 Kap. D.I.3.1.

[2339] Vgl. vorne § 8 Kap. D.I.3.1.

eine verweigerte Anerkennung besteht.[2340] Die neuste Rechtsprechung des EuGH deutet hingegen auf das Bestehen einer formellen Anfechtungsmöglichkeit gegen Gleichwertigkeitsbeschlüsse hin.[2341] Aufgrund des vorgesehenen Entschliessungsermessens der Kommission[2342] ist es jedoch unwahrscheinlich, dass der EuGH einen Gleichwertigkeitsbeschluss der Kommission inhaltlich korrigieren würde, ausser im Falle, dass die Kommission ihr Ermessen offensichtlich überschritten oder missbraucht hat.[2343] Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung gegeben, wenn sich die Kommission bei ihrem Entscheid, wie im Falle der verweigerten Verlängerung der Börsenäquivalenz, auf sachfremde politische Argumente stützt.[2344] Ein entsprechender Sachverhalt wurde vom EuGH bislang noch nicht beurteilt.

3. Verbesserung durch Änderung des Zugangsmechanismus

Im Rahmen des MRA und des Agrarabkommens liesse sich eine Verbesserung der Problematik zum einen durch einen Wechsel des Grundmechanismus von der Äquivalenz- zur Integrationsmethode erreichen, da auf diese Weise der Gleichwertigkeitsbeschluss im Gemischten Ausschuss als Schwachpunkt wegfällt.[2345] Zum anderen ist eine Verbesserung der Rechtssicherheit durch die Stärkung der institutionellen Mechanismen in allen Abkommen mit gegenseitiger Anerkennung der Gleichwertigkeit zu erreichen,[2346] wie *de lege ferenda* im Institutionellen Protokoll zum MRA (IP-MRA) und im Protokoll zur Errichtung eines gemeinsamen Lebensmittelsicherheitsraums (P-LSR) vorgesehen. Im Falle des Inkrafttretens des IP-MRA ist die Schweiz verpflichtet, ihr Recht an geändertes, relevantes EU-Recht anzugleichen (Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme).[2347] Gleichzeitig besteht für den Gemischten Ausschuss gem. Art. 5 Abs. 4 IP-MRA die Verpflichtung, «so rasch wie möglich einen Beschluss zur Änderung des An-

---

2340 Vgl. vorne § 9 Kap. D.I.2.2.

2341 Vgl. vorne § 9 Kap. D.I.2.3.2.

2342 Vgl. vorne § 9 Kap. D.I.2.3.1.

2343 Vgl. vorne § 9 Kap. D.I.3.3.3.1. und D.I.3.3.3.3.

2344 Vgl. vorne § 9 Kap. D.I.3.3.2.3.

2345 Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.3.1. und § 7 Kap. D.I.3.3.1.

2346 Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.3.2.; § 7 Kap. D.I.3.3.2.; § 8 Kap. D.I.4.

2347 Art. 5 Abs. 1 IP-MRA; vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.3.2.1.1. Eine Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme besteht auch in Art. 13 Abs. 1 P-LSR, vgl. vorne § 7 Kap. D.I.3.3.2.

hangs 1 des Abkommens» zu erlassen, um das geänderte EU-Recht in Anhang 1 MRA aufzunehmen.[2348] Somit werden in der Konsequenz beide Vertragsparteien völkerrechtlich verpflichtet, der Aktualisierung des Abkommens zuzustimmen. Ein Blockieren der Aktualisierung, wie es von Seiten der EU seit 2021 im Bereich der Medizinprodukte erfolgt, verstiesse gegen die geplanten Vorschriften im IP-MRA und ist daher nicht mehr zu erwarten.[2349] Hält eine der beiden Seiten ihre Verpflichtungen trotzdem nicht ein, ist in Art. 10 Abs. 2 IP-MRA vorgesehen, dass ein Schiedsgericht angerufen werden kann, welches über den Streitfall entscheiden muss.[2350] Damit würde sich, im Falle des Inkrafttretens des IP-MRA, der Charakter des Streitbeilegungsverfahrens von einem rein diplomatischen hin zu einem schiedsgerichtlichen Verfahren entwickeln.[2351] Aufgrund des völkerrechtlichen Charakters des Verfahrens bzw. einer fehlenden Vollzugsinstanz im zwischenstaatlichen Verhältnis kann eine vom Schiedsgericht angeordnete Anerkennung der Gleichwertigkeit nicht durchgesetzt werden. Jedoch ist die obsiegende Partei berechtigt, Ausgleichsmassnahmen zu erlassen, falls sich die unterlegene Vertragspartei nicht an den Schiedsspruch hält.[2352]

Das Beispiel verdeutlicht, dass eine Verbesserung der Problematik der Rechtssicherheit unter Beibehaltung des Zugangsmechanismus auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs und der Anerkennung der Gleichwertigkeit politisch nicht möglich ist, sondern eine Änderung des Grundmechanismus des Abkommens oder eine Stärkung der institutionellen Mechanismen und somit in jedem Fall einen Wechsel des Zugangsmechanismus bedingt.

III. Unterschiedlichkeit des Handlungsspielraums

Im Rahmen des Zugangs zum EU-Binnenmarkt auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs und der Anerkennung der Gleichwertigkeit verbleibt der Schweiz ein gewisser Handlungsspielraum in jedem der drei untersuchten Funktionen

[2348] Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.3.2.1.1.; vgl. auch Art. 13 Abs. 4 P-LSR.

[2349] In diesem Sinne Oesch im Interview in der NZZ vom 30. Juli 2025, S. 9.

[2350] Vgl. dazu im Detail vorne § 6 Kap. D.I.4.3.2.2.; ein inhaltlich gleiches Schiedsverfahren ist auch im P-LSR vorgesehen, vgl. vorne § 7 Kap. D.I.3.3.2.

[2351] Vgl. Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 82. Das Gleiche gilt für das P-LSR.

[2352] Art. 11 IP-MRA; zu den Ausgleichsmassnahmen siehe vorne § 6 Kap. D.I.4.3.2.2.

(Rechtsetzung, Rechtsanwendung und -auslegung)[2353]. Dieser Handlungsspielraum ist jedoch nicht einheitlich bei allen drei Funktionen.

1. Handlungsspielraum in der Rechtsetzung

1.1 Bereichsübergreifende Erkenntnisse

1.1.1. Für die Gleichwertigkeitsanerkennung relevante Vorschriften

Im Vergleich der vier Bereiche zeigt sich, dass für die Anerkennung der Gleichwertigkeit sowohl materiell-rechtliche Vorschriften (z. B. bezüglich des Anwendungsbereichs, der Anforderungen an Produkte, Dienstleistungserbringer oder Kontrollen)[2354] als auch formell-rechtliche Vorschriften (z. B. Konformitätsbewertungsverfahren)[2355] von Relevanz sind.

1.1.2. Handlungsspielraum

Bei den für die Gleichwertigkeitsanerkennung relevanten Vorschriften ist bereichsübergreifend ein gewisser Handlungsspielraum für Abweichungen in der Rechtsetzung auszumachen. Als genereller Befund ist daher festzuhalten, dass der Handlungsspielraum in der Rechtsetzung bei diesem Zugangsmechanismus grösser ist, als wenn die Schweiz verpflichtet wird, EU-Recht direkt anzuwenden.

Der Handlungsspielraum ist jedoch nicht in allen vier Bereichen gleichmässig, sondern variiert je nach Bereich. Ein Vergleich der vier Bereiche zeigt, dass der Spielraum für Abweichungen vom EU-Recht in den Bereichen des Emissionshandels und der Finanzdienstleistungen[2356] grösser ist als in den Bereichen der Industrie- und Agrarprodukte.[2357]

Bei der Betrachtung des Handlungsspielraums aus der Perspektive der verschiedenen Arten von Rechtsvorschriften ergibt sich, dass in Bezug auf die materiell-

---

[2353] Rechtsetzung durch die Bundesversammlung und den Bundesrat, Rechtsanwendung durch Schweizer Behörden und Rechtsauslegung durch Schweizer Gerichte, vgl. zu diesen Funktionen Martenet, Rz. 6 f.

[2354] Vgl. vorne § 6 Kap. D.II.1.; z. B. § 7 Kap. D.II.1.3.2., Kap. D.II.2.1.3.1. und Kap. D.II.2.1.3.2.; z. B. § 8 Kap. D.II.2.1 und Kap. D.II.2.5; z. B. § 9 Kap. D.II.2.4.3. und Kap. D.II.3.4.2.

[2355] Vgl. vorne § 6 Kap. D.II.2.; z. B. § 7 Kap. D.II.2.2.2.2.

[2356] Vgl. z. B. vorne § 8 Kap. D.II.2.2.2. und Kap. D.II.2.3.3.; § 9 Kap. D.II.2.5 und Kap. D.II.3.5.

[2357] Vgl. vorne § 6 Kap. D.II.3. und § 7 Kap. D.II.4.1.

rechtlichen Vorschriften (z. B. grundlegende Anforderungen an Industrieprodukte oder Hygienevorschriften bei tierischen Produkten) am wenigsten Handlungsspielraum besteht.[2358] In gewissen Bereichen und in Bezug auf einzelne Vorschriften ist praktisch kein Spielraum für Abweichungen vorhanden, sofern die Gleichwertigkeitsanerkennung angestrebt wird.[2359] Die Notwendigkeit einer engen Übereinstimmung des Schweizer Rechts mit dem EU-Recht ist auch in Bezug auf die verfahrensrechtlichen Vorschriften (z. B. Zulassungsverfahren für Lebensmittelhersteller und gewisse Dienstleistungserbringer sowie Konformitätsbewertungsverfahren) bereichsübergreifend festzustellen. Folglich ist der Handlungsspielraum der Schweiz bezüglich dieser Art der Vorschriften eingeschränkt.

Spielraum für Abweichungen verbleibt der Schweiz hingegen in Bezug auf Bezeichnungen,[2360] womit teilweise an verwendeten Begriffen der Schweizer Rechtssprache festgehalten werden kann, und im Bereich der Kompetenzen und der Organisation der Behörden.[2361] Da die Schweiz im Rahmen des Prinzips der Anerkennung der Gleichwertigkeit über eine gleichwertige Behördenstruktur verfügen muss, ohne dass sie (abgesehen von gewissen Ausnahmen) in den EU-Verwaltungsverbund integriert wird, ist die Schweiz von verschiedenen Pflichten, welche Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission haben, ausgenommen. Dies lässt der Schweiz, im Vergleich zu den Mitgliedstaaten, einen gewissen Spielraum bei der internen Behördenorganisation und Kompetenzverteilung: Im Rahmen der Anerkennung der Gleichwertigkeit wird zwar vorausgesetzt, dass im Schweizer System behördliche Stellen bestehen, welche auf Schweizer Seite funktional die Aufgaben der Kommission wahrnehmen.[2362] Bei der Bestimmung, welche Stellen der Verwaltung in der Schweiz zuständig sind, verfügt die Schweiz über Handlungsspielraum.

1.2 Faktoren, die den Spielraum beeinflussen

Im Vergleich der vier Bereiche können vier Faktoren identifiziert werden, welche den Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung beeinflussen. Die Wirkung der einzelnen Faktoren erfolgt nicht alternativ, sondern oftmals kumulativ (meh-

[2358] Vgl. z. B. vorne § 6 Kap. D.II.1.3.1.1.; § 7 Kap. D.II.2.1.3.1.

[2359] Vgl. z. B. vorne § 7 Kap. D.II.2.1.3.1.1.

[2360] Z. B. im Bereich der Pflanzengesundheit, vgl. vorne § 7 Kap. D.II.1.3.2.1.

[2361] Z. B. im Bereich des Saatguts, vgl. vorne § 7 Kap. D.II.1.2.2.3.

[2362] Vgl. z. B. vorne § 8 Kap. D.III.2.

rere Faktoren beeinflussen den Spielraum in einem Bereich in unterschiedlichem Masse).

1.2.1. Form der Anerkennung der Gleichwertigkeit

Wie bereits erwähnt, beeinflusst die Form der Gleichwertigkeitsanerkennung den Handlungsspielraum insb. bezüglich der Breite der Rechtsangleichung. Mit einer gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit ist meistens eine breitere Angleichung von Schweizer Recht an EU-Recht verbunden, während die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit oftmals nur eine punktuelle Rechtsangleichung notwendig macht.[2363]

1.2.2. Rechtsbereich und dessen Schutzgüter

Der im Rahmen der Anerkennung der Gleichwertigkeit geforderte Grad der Übereinstimmung bzw. die Tiefe der Rechtsangleichung hängt wesentlich vom betroffenen Rechtsbereich und von den Rechtsgütern ab, deren Schutz die Vorschriften bezwecken. Bereichsübergreifend ist festzustellen: Je höher das Schutzgut ist, desto kleiner ist der Handlungsspielraum.

In den Bereichen, in welchen die relevanten Vorschriften den Schutz der Gesundheit von Menschen sowie von Tieren, Pflanzen und der Umwelt bezwecken, ist der Handlungsspielraum am kleinsten. Dies ist im Bereich der Agrar- und Industrieprodukte der Fall.

Der kleine Spielraum für Abweichungen rechtfertigt sich aufgrund der potenziellen Folgen, welche Abweichungen auf diese Schutzgüter haben können. Bei den Hygienevorschriften für tierische Produkte, wie z. B. Käse, können bereits kleine Abweichungen betreffend die Herstellung u. U. gravierende Auswirkungen auf die Gesundheit von Konsumentinnen und Konsumenten haben.[2364] Die Einschleppung von Tierseuchen oder pflanzlichen Schadorganismen kann ebenfalls weitreichende Folgen für die Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen sowie für die Wirtschaft haben. Daher müssen in der Schweiz und der EU zum einen Massnahmen gegen die Ausbreitung von Tierseuchen das gleiche Schutzniveau garantieren können[2365] und zum anderen die Kategorisierung der pflanzlichen Schadorganis-

[2363] Vgl. vorne § 10 Kap. C.I.

[2364] Vgl. vorne § 7 Kap. D.II.2.1.3.1.1.

[2365] Vgl. vorne § 7 Kap. D.II.1.1.2.

men und die Bekämpfungsmassnahmen übereinstimmen.[2366] Dies hat jedoch zur Folge, dass der Spielraum für Abweichungen in diesen Rechtsbereichen oftmals minimal ist.

Im Bereich des Emissionshandels und der Finanzdienstleistungen können Abweichungen im Rechtsrahmen zu Beeinträchtigungen von Eigentum oder zur Gefährdung der Stabilität eines Finanzmarkts oder gewisser Teilmärkte führen. Damit sind auch in diesen Bereichen negative Auswirkungen möglich, doch führen sie nicht unmittelbar zur Gefährdung des hohen Schutzguts der Gesundheit von Menschen. Folglich ist der Bewertungsmassstab für die Gleichwertigkeit in diesen Bereichen tendenziell lockerer und aus Sicht der Schweiz die Möglichkeit für Abweichungen grösser.[2367] Dieser Befund zeigt sich praktisch am Umstand, dass die EU im Bereich des Emissionshandels und der Finanzdienstleistungen bezüglich der Gleichwertigkeitsanerkennung einen stellenweise weniger detaillierten Rechtsrahmen im Schweizer Recht akzeptiert.[2368] Zwar wurde die Gleichwertigkeit in beiden Bereichen wohl nur anerkannt, weil die Schweizer Behördenpraxis im Einklang mit den detaillierten Vorgaben des EU-Rechts ist und daher sichergestellt ist, dass im Ergebnis Gleichwertigkeit besteht.[2369] Der lockerere Bewertungsmassstab der EU zeigt sich jedoch daran, dass sich die EU damit begnügt, dass die Konkretisierung auf Seiten der Schweiz nicht durch generell-abstrakte Vorschriften, sondern durch Verwaltungsverordnungen erfolgt, welche für die Rechtsanwender nicht verbindlich sind.[2370] Es besteht von Seiten der EU offensichtlich ein Vertrauen, dass die Schweizer Behörden gleichwertige Ergebnisse sicherstellen können.[2371]

1.2.3. Art der Rechtsvorschriften

Ein weiterer Faktor, welcher den Grad des Spielraums beeinflusst, ist die Art der Rechtsvorschriften. Die Bereiche der Agrar- und Industrieprodukte sowie des Emissionshandels sind zu einem hohen Grad durch technische Vorschriften geprägt, was sich auf den Abweichungsspielraum auswirkt.

2366 Vgl. vorne § 7 Kap. D.II.1.3.2.1. und Kap. D.II.1.3.2.2.

2367 Vgl. vorne z. B. § 8 Kap. D.II.2.3.3.; § 9 Kap. D.II.3.5 sowie Kap. D.II.2.4.3.3. und Kap. D.II.3.4.2.1.

2368 Vgl. vorne § 8 Kap. D.II.2.3.3. und § 9 Kap. D.II.3.5.

2369 Vgl. vorne § 8 Kap. D.II.2.4.2.1. und Kap. D.II.2.4.3.; § 9 Kap. D.II.2.4.1. und D.III.1.2.1.

2370 Vgl. vorne § 8 Kap. D.II.2.4.2.2. und Kap. D.II.2.4.3.; § 9 Kap. D.II.3.4.2.3.

2371 Vgl. vorne § 9 Kap. D.II.4.

Basieren Vorgaben, wie dies oft im Bereich der Agrarprodukte der Fall ist, auf naturwissenschaftlichen Erkenntnissen (z. B. die Temperatur zur Lagerung von tierischen Produkten oder die anwendbaren Verfahren für mikrobiologische Analysen), lässt sich das geforderte gleichwertige Schutzniveau nicht durch abweichende Vorgaben erreichen.[2372] Damit besteht praktisch kein Spielraum für Abweichungen in der Rechtsetzung. Parallele Erkenntnisse zeigen sich auch im Bereich der Industrieprodukte (z. B. Inhaltsstoffe, welche aufgrund ihrer gesundheitsschädigenden Wirkung in Spielzeug verboten sind)[2373] oder beim EHS-Abkommen (z. B. beim linearen Reduktionsfaktor).[2374]

Im Bereich der Agrarprodukte bleibt der Schweiz in vielen Teilbereichen im Rahmen des Marktzugangs über die Anerkennung der Gleichwertigkeit faktisch nur noch ein minimaler Spielraum für Abweichungen, weil diese aus wissenschaftlichen Gründen nicht möglich sind, ohne das Schutzniveau zu tangieren.[2375] Insbesondere aus diesem Grund[2376] wurde in den Verhandlungen zum Paket über die Stabilisierung und Weiterentwicklung der bilateralen Beziehungen Schweiz–EU ein Wechsel des Zugangsmechanismus im Teilbereich der Lebens- und Futtermittel vereinbart: Unter der Bedingung, dass dem Paket auch von Schweizer Seite zugestimmt wird, würde der grenzüberschreitende Handel (sowohl beim MRA als auch bei den Produktebereichen, welche unter das P-LSR fallen) nicht mehr auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs, sondern auf der Grundlage einer rechtlichen Verpflichtung erfolgen.[2377] Im Bereich der Lebens- und Futtermittel würde zudem ein Wechsel des Grundmechanismus stattfinden vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit hin zur Verpflichtung der Schweiz, das relevante EU-Recht direkt anzuwenden.[2378]

1.2.4. Harmonisierungsgrad im EU-Recht

Schliesslich beeinflusst auch der Harmonisierungsgrad im EU-Recht den Handlungsspielraum der Schweiz in der Rechtsetzung. Beschränkt sich das EU-Recht

---

[2372] Vgl. vorne § 7 Kap. D.II.2.1.3.1.2.

[2373] Vgl. vorne § 6 Kap. D.II.1.3.1.1.

[2374] Vgl. vorne § 8 Kap. D.II.2.2.2.

[2375] Vgl. vorne § 7 Kap. D.II.1.4.2.4., D.II.2.1.3.1.2., D.II.2.1.3.2.2.1. und D.II.3.2.

[2376] Der Wechsel ist auch Ausdruck der Zunahme der Harmonisierung innerhalb der EU, siehe hinten § 10 Kap. C.II.1.2.4.

[2377] Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.3.2.1. und § 7 Kap. D.I.3.3.2. sowie hinten § 10 Kap. D.I.1.

[2378] Art. 6 P-LSR; vgl. dazu vorne § 7 Kap. D.I.3.3.1.

in einem Bereich auf die Regelung der Grundsätze und überlässt die Ausgestaltung der konkretisierenden Vorschriften den Mitgliedstaaten, verbleibt diesen im Rahmen der Umsetzung des EU-Rechts ein Spielraum bei der Rechtsetzung. Dieser Spielraum kommt folglich auch der Schweiz zu, da sich die Anerkennung der Gleichwertigkeit auf die weniger detaillierten Vorschriften des EU-Rechts bezieht.[2379] Verstärkt die EU in einem Bereich die Harmonisierung, indem sie die rechtlichen Vorgaben immer detaillierter auf unionaler Ebene regelt, schränkt dies einerseits den Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung ein. Über die Anerkennung der Gleichwertigkeit wirkt sich die Harmonisierung andererseits entsprechend auch auf die Schweiz aus, deren Spielraum ebenfalls abnimmt.

In den vier untersuchten Bereichen (und auch darüber hinaus)[2380] ist der Trend zu einer verstärkten Harmonisierung auf unionaler Ebene erkennbar, welcher sich durch einen Wechsel der Form der Rechtsakte von der Richtlinie zur Verordnung erkennen lässt. Die Verstärkung der Harmonisierung im EU-Recht ist am deutlichsten in den Bereichen der Industrie- und Agrarprodukte erkennbar.[2381] Durch die Harmonisierungsbestrebungen nahm der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten und folglich auch der Schweiz in den letzten zwanzig Jahren ab.[2382] In den Bereichen des Emissionshandels und der Finanzdienstleistungen ist ebenfalls ein Harmonisierungseffekt erkennbar,[2383] doch verbleiben in diesen Bereichen in der Tendenz noch substantiellere Umsetzungsspielräume für die Mitgliedstaaten, was sich in Bezug auf die Schweiz am vorne beschriebenen lockereren Bewertungsmassstab der EU widerspiegelt.[2384]

2. Handlungsspielraum in der Rechtsanwendung durch Schweizer Behörden

Die Praxis der Rechtsanwendung durch Schweizer Behörden ist von unterschiedlicher Relevanz für die Anerkennung der Gleichwertigkeit in den einzelnen Bereichen. Dies wirkt sich auf den Handlungsspielraum aus.

2379 Vgl. z. B. § 7 Kap. D.II.1.2.3. und Kap. D.II.4.1.

2380 Vgl. Glaser, Handbuch des Verwaltungsrechts, Rz. 15 ff.

2381 Z. B. § 6 Kap. D.II.1.3.1.2. und Kap. D.III.2.1; § 7 Kap. D.II.1.1.3. und Kap. D. II.2.1.3.1.3.

2382 Z. B. § 6 Kap. D.II.1.3.1.2. und § 7 Kap. D.II.2.1.3.1.3.

2383 Vgl. vorne § 8 Kap. D.III.2. und § 9 Kap. A.V.1.3.

2384 Vgl. vorne § 10 Kap. C.III.1.2.2.

2.1 Relevanz der Rechtsanwendung für die Gleichwertigkeitsanerkennung

Die Gleichwertigkeit der Rechtsanwendung bildet aus theoretischer Perspektive eine der zwei zentralen Komponenten, welche von Bedeutung sind für die Anerkennung der Gleichwertigkeit: Neben der Gleichwertigkeit der Vorschriften ist auch eine gleichwertige Praxis der Rechtsanwendung dieser Vorschriften notwendig zur Erreichung einer gleichwertigen Rechtslage.[2385]

Trotz der theoretischen Relevanz der Rechtsanwendung für die Anerkennung der Gleichwertigkeit bestehen in den vier Bereichen nur wenige Hinweise auf die praktische Relevanz der Rechtsanwendung: Lediglich in den Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit bei den Finanzdienstleistungen[2386] und im Verfahren der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit der tierischen Produkte[2387] wird die Rechtsanwendung als Kriterium für die Anerkennung der Gleichwertigkeit explizit aufgeführt.

Anhand verschiedener Massnahmen in den vier Bereichen, welche der Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsanwendung dienen, ist dennoch erkennbar, dass grundsätzlich eine gleichwertige Rechtsanwendungspraxis in der Schweiz und der EU in allen vier Bereichen angestrebt wird. Die angesprochenen Massnahmen zur Sicherstellung einer gleichwertigen Praxis, welche je nach Bereich variieren, beeinflussen den Handlungsspielraum in der Rechtsanwendung in unterschiedlichem Masse.

2.2 Indirekte Sicherstellung der Gleichwertigkeit über die Rechtsvorschriften

Bereichsübergreifend zeigt sich, dass die Gleichwertigkeit der Rechtsanwendung primär über Rechtsvorschriften und damit indirekt sichergestellt werden soll: In allen vier Bereichen ist der rechtliche Aufsichtsrahmen von Relevanz für die Anerkennung der Gleichwertigkeit.[2388] Durch gleichwertige Anforderungen an die Organisation und die Kompetenzen von Aufsichtsbehörden sowie an die Mass-

---

2385 Vgl. vorne § 4 Kap. C.III.2.; § 7 Kap. C.II.2.; § 8 Kap. C.III.3.2.

2386 Vgl. vorne § 9 Kap. C.I.5.2.1.2., vgl. auch Kap. D.III.1.

2387 Anhang 11 Art. 12 Ziff. 1 Agrarabkommen; dazu vorne § 7 Kap. D.III.1.2.2.1.

2388 Vgl. vorne § 6 Kap. D.III.2.2.1.; § 7 Kap. D.II.2.1.3.2.2.; § 8 Kap. D.II.2.4.2.1., Kap. D.II.2.4.3. und Kap. D.II.2.5.2.; § 9 Kap. D.III.1.1, vgl. insb. die Beispiele in § 9 Kap. D.II.2.4.3.3. und Kap. D.II.3.4.2.3.

nahmen, die jene ergreifen können, soll eine einheitliche Rechtsanwendung gewährleistet werden.

Ein vertrauensbildendes Element im Bereich der Industrie- und Agrarprodukte ist die Verpflichtung zur Zertifizierung gewisser Behörden wie Prüfinstitute oder Laboratorien nach internationalen Normen.[2389] Auf diese Weise soll verfahrensmässig garantiert werden, dass die Behörden in der EU und der Schweiz über gleiche Fähigkeiten verfügen.

Dass die Gleichwertigkeit des Rechtsrahmens die primäre Massnahme zur Sicherstellung einer gleichwertigen Rechtsanwendung bildet, ist auf praktische Gründe zurückzuführen: Einerseits trägt ein gleichwertiger Kontrollrahmen in der Schweiz und der EU zu einer gleichwertigen Rechtsanwendung bei. Andererseits lässt sich die Gleichwertigkeit der Vorschriften relativ einfach feststellen (durch Vergleich der relevanten Rechtsakte), während eine Prüfung der Rechtsanwendungspraxis aufwändiger ist.

2.3 Zweck der Berücksichtigung der Rechtsanwendungspraxis

Eine konkrete Prüfung der Rechtsanwendungspraxis erfolgt im Bereich der Agrarprodukte, der Finanzdienstleistungen und des Emissionshandels, jedoch aus unterschiedlichen Beweggründen.

2.3.1. Zur Sicherstellung der Gleichwertigkeit der Rechtsanwendung

Im Bereich des Handels mit Agrarprodukten erfolgt eine regelmässige Prüfung der Schweizer Rechtsanwendungspraxis mit dem Ziel, eine gleichwertige Rechtsanwendung in der Schweiz und der EU zu gewährleisten.[2390]

Die Prüfung der Rechtsanwendungspraxis erfolgt durch Fachexpertinnen und -experten der Kommission im Rahmen von Kommissionskontrollen in den Bereichen des Handels mit tierischen Produkten, lebenden Tieren und tierischem Vermehrungsmaterial sowie in den Bereichen der Futtermittel, Bio-Produkte und der Pflanzengesundheit.[2391] Stellen die Sachverständigen der Kommission Verbesse-

[2389] Z. B. EN ISO/IEC 17025 und 17065, vgl. vorne § 7 Kap. D.II.2.1.3.2.2.1. und D.II.2.2.2.2.

[2390] Vgl. vorne § 7 Kap. D.III.1.2.2.2.

[2391] Vgl. vorne § 7 Kap. D.III.1.2.2.2.

rungsbedarf in der Schweizer Rechtsanwendungspraxis fest, wird dieser in Form von Empfehlungen an die Schweizer Behörden übermittelt.[2392]

Aus dem Agrarabkommen ergibt sich jedoch nicht, ab welchem Grad von Abweichungen in der Rechtsanwendungspraxis mit negativen Folgen für die Anerkennung der Gleichwertigkeit zu rechnen ist. Sofern im Rahmen der Kommissionskontrollen zum einen keine groben Verstösse gegen die gleichwertigen Schweizer Vorschriften festgestellt werden und die Schweiz zum anderen die Empfehlungen aus den Kommissionskontrollen umsetzt, ist davon auszugehen, dass sich Abweichungen nicht direkt auf die Anerkennung der Gleichwertigkeit auswirken.[2393] Erst wenn Verstösse von der Schweiz nicht behoben werden und daher über längere Zeit weiterbestehen oder die Verstösse von einer Qualität sind, welche das Schutzniveau in der Schweiz gegenüber jenem in der EU merklich senkt, ist zu erwarten, dass die Kommission eine Aktualisierung der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit unter die Bedingung einer Behebung der Abweichungen stellt.[2394]

Aus der Perspektive des Handlungsspielraums bleibt der Schweiz in diesen Produktebereichen ein kleiner Spielraum für Abweichungen, da der Kontrollmassstab der EU im Rahmen der Kommissionskontrollen streng ist.[2395] Indem die Kommission Abweichungen im Rahmen der Kommissionskontrollen konsequent bemängelt, sorgt sie für die Sicherstellung einer kohärenten Anwendungspraxis in der Schweiz und der EU.[2396]

2.3.2. Zur Konkretisierung der Rechtsetzung

Im Bereich der Finanzdienstleistungen und des EHS-Abkommens wird die Rechtsanwendungspraxis von Schweizer Behörden in Form von Vollzugshilfen als Konkretisierung der weniger detaillierten Schweizer Vorschriften berücksichtigt.[2397] Die Berücksichtigung der Schweizer Rechtsanwendungspraxis erfolgt somit genau genommen im Rahmen der Prüfung der Gleichwertigkeit der Rechtsetzung und nicht der Rechtsanwendung.[2398] Bezüglich der Frage des Handlungsspielraums macht dies praktisch keinen Unterschied: Die Rechtsanwendungspraxis der

[2392] Vgl. vorne § 7 Kap. D.III.1.4.1.

[2393] Vgl. vorne § 7 Kap. D.III.1.4.3.

[2394] Vgl. vorne § 7 Kap. D.III.1.4.3.

[2395] Vgl. vorne § 7 Kap. D.III.1.4.3.

[2396] Vgl. vorne § 7 Kap. D.III.1.4.2.

[2397] Vgl. vorne § 10 Kap. C.III.1.2.2.

[2398] Vgl. vorne § 8 Kap. D.II.2.4.2.2. und D.II.2.4.3.; § 9 Kap. D.III.1.2.

Schweiz muss sich mit den detaillierteren Vorschriften des EU-Rechts decken, weshalb der Handlungsspielraum eingeschränkt ist.

2.4 Wirkung der punktuellen Einbindung der Schweiz in den EU-Verwaltungsverbund

In den Bereichen der Industrie- und Agrarprodukte wird die Schweiz ansatzweise und auf der Grundlage von völkerrechtlichen Vorschriften im MRA und Agrarabkommen in den EU-Verwaltungsverbund integriert.

Im Rahmen des MRA ist in verschiedenen Produktebereichen der Einbezug der Schweiz in die unionalen Schutzklauselverfahren vorgesehen, wodurch die Schweiz Mitgliedstaats-ähnliche Rechte und Pflichten erhält (jedoch auf der Grundlage der Vorgaben im Abkommen und nicht direkt gestützt auf EU-Recht): Die Schweiz hat einerseits Informationsverpflichtungen gegenüber der Kommission und den Mitgliedstaaten, wenn sie im Rahmen der Marktüberwachung Gefahren bei Produkten feststellt, welche auch die EU-Mitgliedstaaten betreffen können.[2399] Zudem muss sie Beschlüsse der Kommission im Bereich des Schutzklauselverfahrens umsetzen.[2400] Andererseits hat die Schweiz wie ein Mitgliedstaat das Recht, ein Schutzklauselverfahren zu initiieren, wenn sie eine Massnahme einer Marktüberwachungsbehörde in einem Mitgliedstaat für ungerechtfertigt hält.[2401]

Auf der Grundlage von Anhang 11 des Agrarabkommens bilden die Schweiz und die EU einen gemeinsamen europäischen Veterinärraum, in welchem der Handel mit lebenden Tieren, tierischem Vermehrungsmaterial und tierischen Produkten unter einheitlichen Bedingungen erfolgt und gleiche Einfuhrvorschriften für Tiere und Produkte von ausserhalb dieses Veterinärraums bestehen.[2402] Als Teilnehmerin dieses Veterinärraums wird die Schweiz ansatzweise in die Strukturen des unionalen Verwaltungssystems eingebunden. Der Schweiz werden in Anhang 11 Agrarabkommen verschiedene Informationsverpflichtungen auferlegt, im Falle, dass Unregelmässigkeiten bei Tieren oder Produkten festgestellt werden.[2403] Im Gegenzug erhält die Schweiz entsprechende Informationen von Mitgliedstaaten. Im Unterschied zum Bereich der Industrieprodukte ist im Agrarabkommen nicht

[2399] Vgl. vorne § 6 Kap. D.III.3.3.1.1.

[2400] Vgl. vorne § 6 Kap. D.III.3.3.1.2.

[2401] Vgl. im Detail vorne § 6 Kap. D.III.3.3.1.2.

[2402] Vgl. vorne § 7 Kap. D.II.3.1.

[2403] Vgl. vorne § 7 Kap. D.III.1.5.2.

vorgesehen, dass die Kommission Beschlüsse fassen kann, welche die Schweiz zu einer Handlung verpflichten (z. B. Anordnung einer höheren Kontrollfrequenz nur in der Schweiz).[2404] Hingegen ist die Schweiz grundsätzlich zur Übernahme von Schutzmassnahmen verpflichtet, welche die EU-Kommission gegen einen EU-Mitgliedstaat, Teilgebiete eines EU-Mitgliedstaats oder einen Drittstaat erlässt.[2405]

Durch die ansatzweise Einbindung der Schweiz in die unionalen Verwaltungssysteme wird eine einheitliche Rechtsanwendungspraxis in der Schweiz und der EU sichergestellt (z. B. wird im Rahmen des MRA der Verkauf eines gefährlichen Industrieprodukts aufgrund eines Beschlusses der Kommission in der ganzen EU und der Schweiz untersagt)[2406]. Aus Sicht der Schweiz ist damit eine Einschränkung des Spielraums in der Rechtsanwendung verbunden.[2407] Da die Einbindung im Rahmen von Verfahren erfolgt, welche den Schutz von Konsumentinnen und Konsumenten betreffen, überwiegen die Vorteile der Einbindung die Nachteile der Einschränkungen in der Rechtsanwendung.

3. Handlungsspielraum in der Rechtsauslegung durch Schweizer Gerichte

3.1 Relevanz der Rechtsauslegung

In keinem der vier Bereiche wird im Zusammenhang mit der einseitigen oder gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit explizit auf die Rechtsprechung oder die gerichtliche Praxis Bezug genommen. Vorschriften zur Beachtung der Rechtsprechung und Auslegungspraxis des EuGH, wie sie im Rahmen des FZA und in den institutionellen Protokollen vorgesehen sind, bestehen in den drei Abkommen (MRA, Agrarabkommen und EHS-Abkommen) nicht.[2408] Auch im Bereich der Finanzdienstleistungen wird die gerichtliche Tätigkeit in Drittstaaten nicht explizit angesprochen im Zusammenhang mit den Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im EU-Recht.[2409] Diese Erkenntnisse lassen den Schluss zu, dass die Rechtsauslegung, im Unterschied zur Rechtsetzung und Rechtsanwendung, nicht unmittelbar von Relevanz ist für die Anerkennung der Gleichwertigkeit.

2404 Vgl. im Detail vorne § 7 Kap. D.III.1.5.2.

2405 Vgl. vorne § 7 Kap. D.III.1.5.3.

2406 Vgl. vorne § 6 Kap. D.III.3.3.1.2.

2407 Vgl. vorne § 6 Kap. D.III.3.4.1.2.; § 7 Kap. D.III.1.5.3.

2408 Vgl. vorne § 6 Kap. D.III.4.1; § 7 Kap. D.III.2.1; § 8 Kap. D.III.3.1.

2409 Vgl. vorne § 9 Kap. D.III.2.1.

3.2 Auswirkungen auf den Handlungsspielraum

Die, im Vergleich zu den anderen zwei Funktionen festgestellte, tiefere Relevanz bedeutet jedoch nicht, dass die Verfahren der Anerkennung der Gleichwertigkeit keinen Einfluss auf den Handlungsspielraum haben können.

Auswirkungen auf den Rechtsprechungsspielraum der Schweizer Gerichte können sich indirekt ergeben in den Fällen, in welchen die Schweiz zur Umsetzung von Beschlüssen der Kommission verpflichtet ist. Dies ist, wie bereits angesprochen,[2410] bei den Schutzklauselverfahren im Bereich der Industrieprodukte der Fall: Ergreift ein Hersteller in der Schweiz eine Beschwerde gegen eine einschränkende Massnahme, die gegen eines seiner Produkte durch die EU-Kommission im Rahmen des Schutzklauselverfahrens angeordnet wurde, wird der Entscheidungsspielraum der Schweizer Gerichte eingeschränkt. Der Beschluss der EU-Kommission ist von den Schweizer Gerichten grundsätzlich zu berücksichtigen, da sich seine Verbindlichkeit aus dem Agrarabkommens und damit aus dem Völkerrecht ergibt.[2411]

Im Falle, dass gleichzeitig ein Schutzklauselverfahren gem. EU-Recht und ein Beschwerdeverfahren vor dem BVGer oder BGer gegen ein Produkt hängig sind, ist davon auszugehen, dass die Schweizer Gerichte ihr Verfahren sistieren, bis die Kommission einen Beschluss gefällt hat.[2412] Dies würde einer pragmatischen Vorgehensweise entsprechen, wie sie die Schweizer Gerichte bereits in anderen Fällen gewählt haben.[2413]

Die Rechtsprechungstätigkeit der Schweizer Gerichte ist, wie erwähnt,[2414] nicht unmittelbar relevant für die Anerkennung der Gleichwertigkeit. Inwiefern sich eine von der EU-Praxis abweichende Auslegung der Schweizer Gerichte dennoch negativ auf die Anerkennung der Gleichwertigkeit auswirken könnte, muss aufgrund fehlender praktischer Beispiele anhand von theoretischen Überlegungen beurteilt werden. Würde die Auslegung einer für die Gleichwertigkeitsanerkennung relevanten Schweizer Vorschrift durch das BVGer oder BGer zu einer Verwaltungs- und Spruchpraxis in der Schweiz führen, welche erheblich von jener in der EU abweicht, ist es wahrscheinlich, dass die EU diese Divergenzen im Austausch mit der Schweiz thematisieren würde. Könnte im bilateralen Austausch kei-

---

2410 Vgl. vorne § 10 Kap. C.III.2.4.

2411 Vgl. vorne § 6 Kap. D.III.4.3.1.

2412 Vgl. vorne § 6 Kap. D.III.4.3.2.

2413 Vgl. Oesch, Schweiz–EU, Rz. 417.

2414 Vgl. vorne § 10 Kap. C.III.3.1.

ne Einigung erzielt werden, ist m. E. nicht ausgeschlossen, dass die Kommission im betroffenen Bereich die Aktualisierung der Anerkennung der Gleichwertigkeit verweigern könnte, bis eine einvernehmliche Lösung gefunden wird.

Derartige Abweichungen in der Schweizer Rechtsauslegung, die sich negativ auf die Anerkennung der Gleichwertigkeit auswirken könnten, sind allerdings aufgrund der Praxis der europarechtskonformen Auslegung des BVGer und des BGer grundsätzlich nicht zu erwarten.

3.3 Einfluss der europarechtskonformen Auslegung

Das BGer und das BVGer sehen für nachvollzogene Vorschriften in ständiger Rechtsprechung eine europarechtskonforme Auslegung vor.[2415] Die Praxis der europarechtskonformen Auslegung der Gerichte ist jedoch nicht in allen Bereichen gleich.[2416]

Wie sich die europarechtskonforme Auslegung in den vier behandelten Bereichen tatsächlich und konkret gestaltet, d. h. in welchem Umfang die Praxis des EuGH berücksichtigt wird, ist aufgrund einer geringen gerichtlichen Praxis zu den für die Anerkennung der Gleichwertigkeit relevanten Vorschriften in diesen vier Bereichen nur ansatzweise erkennbar.

Im Bereich der Industrieprodukte wird in verschiedenen Produktebereichen oftmals direkt auf die relevanten Vorschriften des EU-Rechts verwiesen.[2417] Entsprechend bezieht das BGer im Sinne einer europarechtskonformen Auslegung die Auslegungspraxis in der EU in der Form von Literatur, Auslegungshilfen der Kommission und Urteilen des EuGH mit ein.[2418] Einzelne Urteile im Zusammenhang mit dem EHS-Abkommen deuten darauf hin, dass eine europarechtskonforme Auslegung unter Berücksichtigung der gerichtlichen Praxis in der EU erfolgen würde, sofern zum EU-Recht gleichwertige Vorschriften Gegenstand des Verfahrens bilden.[2419]

[2415] Vgl. vorne § 3 Kap. B.II.

[2416] Vgl. vorne § 3 Kap. B.IV.

[2417] § 6 Kap. D.II.1.3.1.1. und D.II.2.2.3.1. Das Gleiche gilt für den Bereich der Einfuhr von lebenden Tieren und tierischen Produkten aus Drittstaaten, vgl. vorne § 7 Kap. D.II.3.2.

[2418] Z. B. BGE 143 II 518 S. 530 f. E. 5.6.3, dazu § 6 Kap. D.III.4.2; BVGer, B-3046/2013 vom 8. Januar 2014, E. 2.2.2 und 3.5, dazu vorne § 7 Kap. D.III.2.2.

[2419] Vgl. vorne § 8 Kap. D.III.3.2.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine enge Orientierung an der Auslegungspraxis in der EU, wie sie im Rahmen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Industrieprodukten erfolgt, in allen Bereichen, in welchen der Marktzugang auf der Grundlage der Anerkennung der Gleichwertigkeit erfolgt, im Sinne einer europarechtskonformen Auslegung angezeigt: Da der Gesetzgeber mit dem autonomen Nachvollzug die Erreichung bzw. Erhaltung der Anerkennung der Gleichwertigkeit anstrebt und das BGer im Rahmen der europarechtskonformen Auslegung grossen Wert auf die Beachtung des gesetzgeberischen Willens legt,[2420] sollte die Auslegung von Gleichwertigkeits-relevanten Vorschriften in einer Weise erfolgen, welche dieses mittelbare europapolitische Ziel des autonomen Nachvollzugs unterstützt und nicht gefährdet. In diesem Sinne sollten die Schweizer Gerichte in diesen Bereichen eine enge Beachtung der Spruchpraxis in der EU im Rahmen der europarechtskonformen Auslegung anstreben.

D. Zukünftige Bedeutung des autonomen Nachvollzugs und der Anerkennung der Gleichwertigkeit

I. Partielle Bedeutungsabnahme bei Änderungen der bilateralen Binnenmarktabkommen

Die durch das Paket zur Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz–EU vorgesehenen Änderungen an den bilateralen Binnenmarktabkommen in Bezug auf die institutionellen Vorgaben werden sich (sofern sie in Kraft treten werden) auf die Bedeutung des autonomen Nachvollzugs und des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit auswirken.

1. Dynamische Rechtsübernahme statt autonomer Nachvollzug

Die Schweiz würde in den bestehenden bilateralen Binnenmarktabkommen, zu welchen auch das MRA und das Agrarabkommen[2421] gehören, *de lege ferenda* verpflichtet werden, Änderungen des EU-Rechts in den für die Abkommen rele-

[2420] Vgl. vorne § 3 Kap. B.III.

[2421] Die Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme ist im P-LSR enthalten und betrifft nur die Produktebereiche des aktuell gültigen Agrarabkommens, welche ins

vanten Bereichen ins Schweizer Recht zu übernehmen.[2422] Die Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht wird daher auf der Grundlage der Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme und nicht mehr wie bis anhin ohne rechtliche Verpflichtung im Rahmen des autonomen Nachvollzugs erfolgen.[2423] Der autonome Nachvollzug würde damit seine wichtige Funktion als Grundlage für die Aktualisierung der bilateralen Abkommen verlieren.[2424] In dieser Funktion stellte der autonome Nachvollzug die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Binnenmarktabkommen über mehr als zwanzig Jahre sicher.

2. Direkte Anwendung des EU-Rechts statt Gleichwertigkeitsanerkennung

Im Bereich des Agrarabkommens wird der Handel mit Lebens- und Futtermitteln neu in einem separaten Protokoll zum Agrarabkommen geregelt.[2425] Dadurch sollen die auf der Grundlage des Agrarabkommens geschaffenen gemeinsamen Räume (insb. der gemeinsame europäische Veterinärraum) in einem grossen und einheitlichen Lebensmittelsicherheitsraum zwischen der Schweiz und der EU aufgehen.[2426] Mit dieser Neuordnung ist auch ein Wechsel des Zugangsmechanismus verbunden: Der gegenseitige Marktzugang erfolgt nicht mehr auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit, sondern (gem. Art. 6 P-LSR) auf der Verpflichtung der Schweiz zur direkten Anwendung von EU-Recht. Diese Verpflichtung gilt auch für zukünftige Änderungen von EU-Recht, welche dynamisch in das Protokoll aufgenommen werden.[2427] Der Wechsel des Grundmechanismus war aufgrund des geringen Spielraums in diesen Produktebereichen, insb. beim Hygienerecht für Lebens- und Futtermittel, zu erwarten.[2428] Damit ist eine Abnahme der Bedeutung der Anerkennung der Gleichwertigkeit sowie des Zugangsmechanismus auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs und der Anerkennung der Gleichwertigkeit verbunden.

P-LSR verschoben werden, vgl. Erläuternder Bericht Vernehmlassung Paket, S. 468 und 695; vgl. vorne § 7 Kap. D.I.3.3.1. und hinten § 10 Kap. D.I.2.

2422 Vgl. vorne § 6 Kap. D.I.4.3.2.1.; § 7 Kap. D.I.3.3.2.

2423 Vgl. bereits vorne § 10 Kap. C.II.

2424 Vgl. vorne § 3 Kap. A.II.1.5.2.

2425 Vgl. vorne § 7 Kap. D.I.3.3.1.

2426 Erläuternder Bericht Paket Vernehmlassung, S. 697.

2427 Art. 13 P-LSR.

2428 Vgl. bereits vorne § 7 Kap. D.II.4.2; § 10 Kap. C.III.1.2.2., Kap. C.III.1.2.3. und Kap. C.III.1.2.4.

3. Zukünftige Bedeutung im Bereich von Binnenmarktabkommen

In den neuen institutionellen Protokollen, welche die bestehenden Binnenmarktabkommen ändern und ergänzen, wird festgelegt, dass der neue institutionelle Rahmen auch bei zukünftigen Binnenmarktabkommen zur Anwendung kommen soll.[2429] Die konkrete Ausgestaltung der institutionellen Mechanismen ist bei jedem neuen Abkommen Gegenstand der bilateralen Verhandlungen. Daher kann nicht im Vorhinein gesagt werden, ob und in welchem Ausmass die dynamische Rechtsübernahme in künftigen Binnenmarktabkommen zur Anwendung kommen wird. Tendenziell ist aber zu erwarten, dass der autonome Nachvollzug bei den Abkommen, welche die EU als Binnenmarktabkommen einstuft, weil sie eine vertiefte handelstechnische Einbindung vorsehen, nur noch eine untergeordnete Rolle spielen wird. Die EU wird in diesen Fällen wohl auf der Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme bestehen.

II. Bedeutungsentwicklung ausserhalb der Binnenmarktabkommen

Obwohl der autonome Nachvollzug und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Bereich der Abkommen, welche Teil des Pakets bilden, an Bedeutung verlieren werden, ist aus verschiedenen Gründen zu erwarten, dass der autonome Nachvollzug und das Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit im Verhältnis Schweiz–EU weiterhin von Bedeutung bleiben.

1. Autonomer Nachvollzug als (weiterhin) zentrales Instrument

Abgesehen von den Bereichen mit Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme wird der autonome Nachvollzug von Bedeutung bleiben für die Angleichung von Schweizer Recht an EU-Recht.

Der Blick der Schweiz auf die Rechtsetzungstätigkeit der EU hat sich, seit Einführung des autonomen Nachvollzugs im Jahre 1988, stetig intensiviert.[2430] Dies liegt u. a. daran, dass die EU im Laufe der Jahre in immer mehr Rechtsgebieten rechtsetzend tätig geworden ist und im Kontext der digitalen Transforma-

[2429] Vgl. z. B. Art. 3 Abs. 1 P-LSR.

[2430] Vgl. zur historischen Entwicklung des autonomen Nachvollzugs vorne § 3 Kap. C.

tion neue Rechtsgebiete entstanden sind, in welchen eine grenzüberschreitende Vernetzung unumgänglich ist, weil sich Regelungsgegenstände nicht auf einzelne Staaten beschränken lassen.

Der autonome Nachvollzug wird weiterhin das Instrument der Schweizer Europapolitik bleiben, welches die Schweiz im Rahmen einer Angleichung an EU-Recht in neuen Rechtsgebieten zuerst nutzen wird. Dies lässt sich damit begründen, dass der Einsatz des autonomen Nachvollzugs aus Sicht der Schweiz selbständig möglich ist und unabhängig von der EU erfolgen kann (oftmals ist nicht von an Anfang klar, welche Form der Zusammenarbeit möglich ist bzw. ob ein bilaterales Abkommen eine Option darstellt).

Eine Kombination des autonomen Nachvollzugs mit dem Prinzip der Anerkennung der Gleichwertigkeit scheint auch in Zukunft ein Zugangsmechanismus zu sein, welcher im Verhältnis Schweiz–EU zur Anwendung kommen wird.

2. Zugangsmechanismus ohne bilaterale Abkommen

In Verbindung mit den Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit vermag der autonome Nachvollzug auch ausserhalb von bilateralen Abkommen einen Zugang zum EU-Binnenmarkt zu verschaffen. Da die einseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit im EU-Recht vorgesehen ist, hängt die zukünftige Bedeutung dieses Zugangsmechanismus von den Absichten der EU ab. Verschiedene aktuelle Beispiele deuten darauf hin, dass die EU gewillt ist, den Zugang für Drittstaaten auf der Grundlage der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit zu gestalten. Sowohl im Bereich der Finanzdienstleistungen[2431] als auch im Handel mit Tieren und Waren[2432] setzt die EU weiterhin auf das Modell der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit im Verhältnis zu Drittstaaten.

3. Zugangsmechanismus in bilateralen Abkommen

Ein Marktzugang zum EU-Binnenmarkt auf der Grundlage von bilateralen Abkommen ist auch ausserhalb der sog. Binnenmarktabkommen möglich, wie sich anhand des EHS-Abkommens zeigt, bei welchem die Schweizer Industrie Zugang zum EU-Binnenmarkt für Emissionshandelsrechte erhält.[2433] Aufgrund der Aus-

[2431] Vgl. vorne § 9 Kap. A.V.2.2.2. und Kap. A.V.3.1.1.

[2432] Art. 129 VO 2017/625; dazu vorne § 7 Kap. A.II.2.2.2.

[2433] Vgl. vorne § 8 Kap. B.V.2.3.

formung von neuen Märkten (z. B. dem digitalen Binnenmarkt) werden Marktzugangsfragen auch in Zukunft von Relevanz bleiben im Verhältnis Schweiz–EU. Es ist daher davon auszugehen, dass Aspekte, welche inhaltlich einen Marktzugang betreffen, auch zukünftig auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs und des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit in bilateralen Abkommen geregelt werden könnten. Es würde sich aus Sicht der EU dabei formell um Kooperationsabkommen handeln,[2434] welche jedoch wie das EHS-Abkommen ebenfalls Elemente eines Marktzugangs enthalten können.[2435]

III. Politische Wirkung bei einer Zustimmung zum Paket

Wird den Änderungen der bestehenden Abkommen und allenfalls dem Abschluss der drei neuen Abkommen im Rahmen des Pakets zur Stabilisierung und Weiterentwicklung von beiden Seiten zugestimmt, ist ein positiver Effekt für die Vertiefung der Zusammenarbeit auch auf der Grundlage des autonomen Nachvollzugs und der Anerkennung der Gleichwertigkeit zu erwarten. Mit dem Inkrafttreten der geänderten bzw. neuen Abkommen würde der Forderung der EU nach einem institutionellen Rahmen im Bereich der Binnenmarktabkommen entsprochen.[2436] Damit würden auf Seiten der EU die politischen Gründe wegfallen, um die bilaterale Zusammenarbeit in einzelnen Bereichen aus sachfremden Gründen zu blockieren. Meines Erachtens könnte sich dies einerseits positiv auf die offenen Verfahren der einseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit (insb. im Bereich der Finanzdienstleistungen)[2437] auswirken. Andererseits ist davon auszugehen, dass die EU eine grössere Bereitschaft zeigen könnte, neue Abkommen mit der Schweiz auf der Grundlage der rechtlich freiwilligen Rechtsangleichung und der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit abzuschliessen.

IV. Schlussfazit

Das Anwendungsfeld des autonomen Nachvollzugs und der Anerkennung der Gleichwertigkeit und des, in der Kombination entstandenen, Zugangsmechanis-

[2434] Vgl. zur Qualifikation des EHS-Abkommens vorne § 8 Kap. B.V.2.2.

[2435] Vgl. zur Wirkung des EHS-Abkommens vorne § 8 Kap. B.V.2.3.

[2436] Vgl. zu dieser Forderung vorne § 3 Kap. C.V.1.

[2437] Vgl. vorne § 9 Kap. C.IV.3.2.

mus wird sich wandeln, falls die mit dem Paket zur Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz–EU geplanten Änderungen in Kraft treten werden. Trotzdem ist zu erwarten, dass sowohl der autonome Nachvollzug als auch die Anerkennung der Gleichwertigkeit einzeln und zusammen als Zugangsmechanismus prägende Faktoren im Verhältnis zwischen der Schweiz und der Europäischen Union bleiben werden.

EXIMIUS

HERVORRAGENDE BEITRÄGE ZU DEN RECHTSWISSENSCHAFTEN
CONTRIBUTIONS EXCELLENTES AUX SCIENCES JURIDIQUES
EXCELLENT CONTRIBUTIONS TO THE LEGAL SCIENCES

Herausragende Leistungen sichtbar zu machen und die Früchte harter Arbeit angemessen zu präsentieren ist das Ziel der Reihe Eximius. Sie bietet jungen Juristinnen und Juristen aus den verschiedensten Rechtsgebieten die Möglichkeit, ihre Forschungsergebnisse der Öffentlichkeit vorzustellen. Jeder Band enthält eine als hervorragend bewertete Abhandlung zu einem aktuellen Thema und bürgt damit für dessen qualitativ hochstehende Erörterung sowie für gewinnbringende Erkenntnisse.

Der autonome Nachvollzug als Grundlage für die Anerkennung der Gleichwertigkeit im Verhältnis zwischen der Schweiz und der Europäischen Union

Der autonome Nachvollzug hat sich seit 1988 zu einem zentralen Instrument der Schweizer Europapolitik entwickelt, welches mittlerweile in vielen Rechtsbereichen zur Anwendung kommt.

In den Rechtsbereichen, in denen der autonome Nachvollzug zu einer Anerkennung der Gleichwertigkeit des EU-Rechts und des daran angeglichenen Schweizer Rechts führt, entsteht für die Schweiz ein punktueller Zugang zum EU-Binnenmarkt. Anhand von vier Themenbereichen wird in der vorliegenden Dissertation die Bedeutung des autonomen Nachvollzugs für die Anerkennung der Gleichwertigkeit aufgezeigt. Zudem wird untersucht, wie der in der Kombination von autonomem Nachvollzug und Anerkennung der Gleichwertigkeit entstehende Zugangsmechanismus zum EU-Binnenmarkt aus der Perspektive der Rechtssicherheit zu bewerten ist und inwiefern der Schweiz ein Handlungsspielraum im Bereich der Rechtsetzung, der Rechtsanwendung und -auslegung bleibt.

ISBN 978-3-03891-887-5

dike.ch