

Board of Editors

PROF. DR. DR.
CARL BAUDENBACHER
LUXEMBURG/
ST. GALLEN (PRÄSIDENT)

PROF. DR. DR.
GENERALDIREKTOR A.D.
WALTER BARFUß
WIEN

FÜRSTLICHER RAT
ALT REGIERUNGSCHEF
HANS BRUNHART
VADUZ

PROF. DOTT.
ALDO FRIGNANI
AVVOCATO
TORINO

PROF. DR.
CHRISTIAN KOHLER
SAARBRÜCKEN

RECHTSANWALT DR.
FRANK MONTAG
BRÜSSEL

DR. SVEN NORBERG
BRÜSSEL

I. ZUR DEBATTE

Intra-EU Transport of Animals: When the Coherence of the Internal Market Borders on the Perverse 184

II. DATENSCHUTZ

Das Safe-Harbour-Urteil des Europäischen Gerichtshofs und seine Folgen 187

III. GRUNDRECHTE

Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit: «Mitdiskriminierung» durch das Anbringen von Stromzählern in grosser Höhe rechtswidrig 194

IV. IM FOKUS

Schweiz-EU: Von der Unfähigkeit zu kontextuellem Denken 198

V. EUROPEAN TAX TALK

203

VI. IN KÜRZE

In Brief 205

VII. DIE DREI EUROPÄISCHEN GERICHTSHÖFE

Members of the European Courts 209

VIII. WORDSMITHERY

187

194

198





«At first sight this might all seem a question of technical detail which certainly does not hold the same excitement as many literary treatments of the subject of piracy».

With reference to the stories about the character of *Long John Silver* in «*Treasure Island*» (Robert Louis Stevenson) and «*El Trato de Argel*» (Miguel de Cervantes), but also children's stories like «*Pippi Langstrumpf in Taka-Tuka-Land*» (Astrid Lindgren) and «*Jim Button and the Wild 13*» (Michael Ende) Advocate General Kokott in her Opinion of 28 October 2015, Case C-263/14, *Parliament v Council*, point 4 and footnote 5

IV.

Carl Baudenbacher, Luxemburg/St. Gallen

Schweiz-EU: Von der Unfähigkeit zu kontextuellem Denken

(1) Einleitung

Nachdem der Rat der EU den Abschluss weiterer bilateraler Abkommen mit der Schweiz ab 2008 davon abhängig gemacht hatte, dass ein übergeordneter Überwachungs- und Gerichtsmechanismus geschaffen wird, schlug die EU-Kommission einen Beitritt zum EWR oder – bei Beibehaltung des sektoriellen Ansatzes – ein Andocken der Schweiz an die EWR/EFTA-Institutionen, d. h. an die EFTA-Überwachungsbehörde («ESA») und an den EFTA-Gerichtshof, vor. Letzteres in der Meinung, dass die Schweiz in den sie betreffenden Fällen ein Mitglied des ESA-Kollegiums und einen Richter/eine Richterin am EFTA-Gerichtshof hätte stellen können. Voraussetzung wäre eine entsprechende Einigung mit den drei EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen gewesen. Aufgrund der in Bern herrschenden EWR-Phobie schloss das Eidgenössische Department für Auswärtige Angelegenheiten («EDA») diese Optionen aber aus. Man glaubte, das Ei des Kolumbus dadurch gefunden zu haben, dass man eine Einzelschrift, Art. 111 Abs. 3, aus dem EWR-Abkommen herausbricht und zur Grundlage eines Institutionenabkommens macht.

Artikel 111 Abs. 3 EWRA bestimmt:
«Betrifft die Streitigkeit die Auslegung von Bestimmungen dieses Abkommens, die in ihrem wesentlichen Gehalt identisch sind mit entsprechenden Bestimmungen des Vertrags zur Gründung

der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl oder der aufgrund dieser Verträge erlassenen Rechtsakte, und wird die Streitigkeit nicht innerhalb von drei Monaten nach der Anrufung des Gemeinsamen EWR-Ausschusses beigelegt, so können die an dem Streit beteiligten Vertragsparteien (sc. es braucht die Zustimmung beider Seiten) vereinbaren, den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften um eine Entscheidung über die Auslegung (sc. aus dem Wort leitet Bern ab, das Urteil des EuGH sei nur eine 'Auslegung', aber keine 'Entscheidung') der einschlägigen Bestimmungen zu ersuchen.»

(2) Kontext

Die genannte Norm macht nur in einem bestimmten Kontext Sinn. Was ist dieser Kontext?

(a) Zwei-Pfeiler-Modell des EWR

Im EWR besteht ein **Zwei-Pfeiler-Modell** (EU-Pfeiler und EWR/EFTA-Pfeiler). Das Recht in beiden Pfeilern ist weitgehend inhaltsgleich, es gibt aber zwei getrennte Rechtsordnungen, zwei Überwachungsorgane (Kommission und ESA) und zwei Gerichte (EuGH und EFTA-Gerichtshof). Die Einhaltung des EWR-Rechts in beiden Pfeilern durch die Staaten wird i. W. durch zwei Verfahren sichergestellt: Das Vertragsverletzungsverfahren und das Vorabentscheidungsverfahren.





(b) Vertragsverletzungsverfahren

Beim Vertragsverletzungsverfahren im EU-Pfeiler klagt die Kommission gegen einen EU-Mitgliedstaat, z.B. Italien. Findet der EuGH, dass die Klage begründet ist, so verurteilt er Italien. Das Urteil ist verbindlich und muss von Italien umgesetzt werden. Italien entscheidet aber selbst darüber, wie es das Urteil umsetzt, häufig besteht ein gewisser Spielraum.

Wird das Urteil nicht oder falsch umgesetzt, so kann der EuGH auf Klage der Kommission ein **Zwangsgeld** gegen Italien verhängen.

Beim Vertragsverletzungsverfahren im EFTA-Pfeiler klagt die ESA gegen einen EWR/EFTA-Staat, z. B. Norwegen. Findet der EFTA-Gerichtshof, dass die Klage begründet ist, so verurteilt er Norwegen. Das Urteil ist verbindlich und muss von Norwegen umgesetzt werden. Norwegen entscheidet selbst darüber, wie es das Urteil umsetzt, häufig besteht, wie im EU-Pfeiler, ein gewisser Spielraum.

Die Urteile entfalten Rechtskraft. Das heisst, dass sie **auch im jeweils anderen Pfeiler verbindlich** sind. Ein Urteil des EFTA-Gerichtshofs bindet also nicht nur die EWR/EFTA-Staaten, sondern auch die EU-Staaten. Hauptbeispiel ist der Fall E-16/11 *Icesave*, im dem der EFTA-Gerichtshof die Vertragsverletzungsklage der ESA gegen Island abwies. Betroffen waren dadurch das Vereinigte Königreich und die Niederlande. Die Kommission hatte die ESA als Streithelferin unterstützt und war damit ebenfalls bei den Verlierern.

Die Möglichkeit der Verurteilung zu einem Zwangsgeld besteht im EFTA-Pfeiler nicht.

In beiden EWR-Pfeilern ist das Vertragsverletzungsverfahren eine **starke Waffe in der Hand der Privaten und der Unternehmen**. Zwar wird die Klage von Kommission und ESA erhoben, aber häufig wird das Verfahren durch eine Beschwerde von Privaten oder Unternehmen eingeleitet. Für Letztere fallen keine Kosten an.

(c) Vorabentscheidungsverfahren

Beim Vorabentscheidungsverfahren legt ein nationales Gericht eines Mitgliedstaats dem EuGH bzw. dem EFTA-Gerichtshof **Fragen betreffend die Auslegung des EWR-Rechts** zur Vorabentscheidung vor. Wenn ein Fall vor einem Gericht eines EU-Staates anhängig ist, so erfolgt die Vorlage an den EuGH, wenn ein Fall vor einem Gericht eines EWR/EFTA-Staates anhängig ist, so erfolgt die Vorlage an den EFTA-Gerichtshof.

Die Urteile des EuGH sind verbindlich, die des EFTA-Gerichtshofs sind indirekt verbindlich. Letztere stellen zwar Gutachten dar, ein Staat, der sich darüber hinwegsetzt, bringt sich aber möglicherweise in den Zustand der Vertragsverletzung. Gegen eine Vertragsverletzung kann die ESA klagen. In der Vergangenheit hat sie das aber noch nie getan.

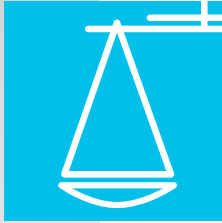
(d) Streitbeilegungsverfahren

Da die Existenz zweier unabhängiger Gerichtshöfe im EWR eine Herausforderung für die homogene Entwicklung der Rechtsprechung darstellt, wurde für den Fall, dass alle Stricke reissen, ein Streitbeilegungsverfahren als «Dach» über den beiden Pfeilern errichtet.

Nach Artikel 111 kann die EU oder ein EFTA-Staat in Streitsachen über die Auslegung oder Anwendung des EWR-Abkommens den Gemeinsamen EWR-Ausschuss anrufen. Dieser kann den Streit beilegen. Er muss alle Möglichkeiten prüfen, das gute Funktionieren des Abkommens aufrechtzuerhalten. Wenn der Konflikt die Auslegung von Bestimmungen des EWR-Abkommens betrifft, die in ihrem wesentlichen Gehalt identisch sind mit entsprechenden Bestimmungen des EU-Rechts, so kommt der eingangs zitierte Abs. 3 der Vorschrift zur Anwendung. Letztlich kann eine Vertragspartei zum Ausgleich etwaiger Ungleichgewichte entweder eine Schutzmassnahme ergreifen oder Bestimmungen des EWRA ausser Kraft setzen. Das Streitbeilegungsverfahren ist im EWR **ultima ratio** und ist **noch nie** relevant geworden. Das hängt damit zusammen, dass die beiden anderen in Rede stehenden Verfahrensarten – Vertragsverletzungsverfahren und Vorabentscheidungsverfahren – ein hohes Mass an Rechtsschutz bieten. Im Übrigen hat sich der EFTA-Gerichtshof in den vergangenen 22 Jahren ein Standing erarbeitet, das es für die EU schwierig machen würde, ein Streitbeilegungsverfahren vom Zaun zu brechen. Die EU und ihre Mitgliedstaaten haben auch dann nie ein Streitbeilegungsverfahren angestrengt, wenn sie mit dem Ausgang eines Vertragsverletzungsverfahrens vor dem EFTA-Gerichtshof unzufrieden waren. Das war beispielsweise in der oben genannten Rechtsache *Icesave* der Fall.

In der Praxis wird Homogenität **nicht als Momentaufnahme**, sondern als Prozess verstanden. Der Vergleich zweier Urteile zu einem beliebigen Zeitpunkt greift entsprechend viel zu kurz, um Inhomogenität zwischen den beiden Pfeilern heraufbeschwören zu wollen. Wesentliche Bedeutung hat dieses Verständnis von Homogenität an-





gesichts des judiziellen Dialogs zwischen dem EFTA-Gerichtshof und dem EuGH. Auch gerade deswegen weil der EFTA-Gerichtshof häufig mit neuen Rechtsfragen befasst ist, beziehen sich die Unionsgerichte und die Generalanwälte regelmässig auf seine Rechtsprechung. Damit fliesst, ohne dass die Homogenität im EWR gefährdet wird, genuines EFTA-Gedankengut in das EU-Recht ein. Die EFTA-Philosophie war seit jeher geprägt durch Eigenverantwortung, Freihandel und Wettbewerb. Das hat sich z. B. gezeigt beim Vertrieb fortifizierter Lebensmittel, bei der richterlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen im Kartellrecht, bei der Definition des relevanten Konsumentenleitbilds im Internetzeitalter oder bei der Auslegung der Arbeitszeitrichtlinie.

(3) Unstimmigkeiten des EuGH-Modells des EDA

Durch das Herausbrechen des dritten Absatzes von Artikel 111 EWRA aus seinem Kontext sind Unstimmigkeiten entstanden, welche dem schweizerischen Publikum nicht offengelegt werden. Man muss von systematischer Doppelbödigkeit sprechen. **Drei Problemkreise** stehen besonders ins Auge.

(a) Angeblicher Gutachtencharakter der Urteile des EuGH

Das EDA hat für den Konfliktfall aus Artikel 111 Abs. 3 EWRA ein sog. «Dreiphasenmodell» abgeleitet. Danach versucht der Gemischte Ausschuss in einer ersten Phase, den Konflikt beizulegen. Gelingt das nicht, so kann jede Seite den EuGH um die «Auslegung» der fraglichen Vorschriften ersuchen. Angeblich legt der EuGH dabei lediglich das Recht aus – eine in Bern beliebte Fomel lautet, der EuGH würde nicht den Streitfall entscheiden, sondern den Konfliktparteien lediglich «sagen», wie die fragliche Norm zu «lesen» ist. Das wird als zweite Phase bezeichnet. In einer dritten Phase soll dann der Gemischte Ausschuss unter Berücksichtigung der Auslegung des EuGH den Streit entscheiden. Der schweizerische Aussenminister hat seit jeher behauptet, der EuGH werde ggf. ein «Gutachten» erstatten, die Entscheidungsgewalt bleibe beim Gemischten Ausschuss, wo die Schweiz nein sagen oder eine Zwischenlösung aushandeln könne. Es wurde auch ausgeführt, das «Geniale» an der EuGH-Lösung sei, dass sich die EU bei positivem Ausgang für die Schweiz gebunden fühlen werde, während die Schweiz bei positivem Ausgang für die EU nicht gebunden sei. Allerdings wurde von Anfang an «**zweigleisig**» gefahren: Mal wurde gesagt, die Sprüche des EuGH seien unverbindlich, ein anderes Mal sie

seien verbindlich, aber es seien nur «Auslegungen», keine Entscheidungen. Nach der Klarstellung durch EuGH-Präsident *Koen Lenaerts* im Schweizer Fernsehen am 3. November 2015 wurde scheinbar zugegeben, dass die **Urteile verbindlich** sind. Trotzdem hielt der Aussenminister an der These fest, die Entscheidungsgewalt liege beim Gemischten Ausschuss.

Erstaunlicherweise wurde dann auch noch behauptet, die Kommission habe in diesem Punkt Flexibilität angedeutet. Tatsächlich hat die Kommission der «Dreiphasentheorie» **nie** zugestimmt. Und selbst wenn sie es täte, so würde das nichts helfen. **Das letzte Wort liegt beim EuGH**, der jedes neue Gerichtsmodell nach Art. 218 Abs. 11 AEUV in einem Staatsvertrag, bei welchem die EU Partei ist, absegnen muss. Der EuGH hat seinerzeit im Gutachten 1/91, in dem er die Errichtung eines gemischten, aus EuGH- und EFTA-Richtern bestehenden EWR-Gerichtshofes festgestellt, dass er Vorabentscheidungen auf Antrag von Drittstaatsgerichten nur erlässt, wenn ihre Verbindlichkeit «gewährleistet» ist. Bei Urteilen im Rahmen eines Streitbelegungsverfahrens kann nichts anderes gelten. Das zweite EWR-Gutachten 1/92 des EuGH hat dazu im EWR-Kontext festgestellt:

«34 Zwar soll die Anrufung des Gerichtshofes nach Artikel 111 Absatz 3 des Abkommens diesem nicht die Regelung der Streitsache übertragen, die beim Gemischten Ausschuss anhängig bleibt. Dies ändert jedoch nichts daran, daß die vom Gerichtshof vorzunehmende Auslegung verbindlich ist, wie sich schon aus dem Wortlaut der dem Gerichtshof vorgelegten beiden Sprachfassungen des Abkommens ergibt, in denen im Französischen der Ausdruck «se prononcer» und im Englischen der Ausdruck «(to) give a ruling» verwendet wird.

35 Daraus folgt, daß, wenn der Gerichtshof nach Artikel 111 Absatz 3 des Abkommens zu entscheiden hat, sowohl die Vertragsparteien als auch der Gemischte Ausschuss an die vom Gerichtshof vorgenommene Auslegung der fraglichen Bestimmungen gebunden sind. Daher ist die Zuständigkeit, die Artikel 111 Absatz 3 des Abkommens dem Gerichtshof für die Auslegung der Bestimmungen des Abkommens auf Antrag der Streitparteien verleiht, mit dem EWG-Vertrag vereinbar».

Hier zeigt sich mit aller Deutlichkeit, dass das Vorgehen der Schweiz, eine einzelne Bestimmung **out of context** interpretieren zu wollen, verfehlt ist. Verbindlich heisst, dass die Urteile des EuGH ohne weitere Verhandlungen umzusetzen





sind. Für die «Dreiphasentheorie» des EDA ist kein Raum; sie läuft auf Haarspalterei hinaus. Für das Vertragsverletzungsverfahren und das Vorabentscheidungsverfahren ist das längst geklärt. Wie EuGH-Präsident *Lenaerts* deutlich gemacht hat, wird es auch bei einem Streitbeilegungsverfahren nicht anders sein. Wenn die Schweiz in einem solchen Verfahren verliert, so ist die Rechtslage die gleiche, wie wenn sie im Vertragsverletzungsverfahren verurteilt worden wäre. Das Urteil ist **verbindlich** und muss umgesetzt werden.

Hier fällt ins Gewicht, dass nach der Logik der EU alles unterlassen werden muss, was den EU-Mitgliedstaaten als **Bevorzugung der Schweiz** erschiene. Wenn man der Schweiz bei der Verbindlichkeit Konzessionen machen würde, so wäre die Vertragstreue der EU-Mitgliedstaaten gefährdet. Gleiches gilt für die drei EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen. Der Einwand, man sei ja nicht Mitglied des Binnenmarktes und dürfe deshalb eine andere (bessere) Behandlung erwarten, ist nutzlos. Man darf hier nicht übersehen, dass der Rat der EU in seinen Schlussfolgerungen zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom Dezember 2012 festgestellt hat, dass die Schweiz durch eine Teilnahme an Teilbereichen des EU-Binnenmarktes und der EU-Politik «nicht nur eine bilaterale Beziehung eingeht, sondern Teilnehmer an einem multilateralen Projekt wird» (Punkt 33).

Schliesslich stellt sich die **Frage der Sanktionen** bei Nichtbefolgung eines Urteils des EuGH. Die Kommission besteht offenbar darauf, dass dann zumindest das betroffene bilaterale Abkommen dahinfällt. Dazu muss man wissen, dass im EFTA-Pfeiler in zwei Fällen ein (Vertragsverletzungs-)Urteil des EFTA-Gerichtshofs nicht umgesetzt wurde, ohne dass dadurch das Abkommen betroffen worden wäre. Es ist dann einfach zu einer zweiten Klage der ESA und zu einer zweiten Verurteilung des betreffenden EWR/EFTA-Staates gekommen. Die möglichen Konsequenzen einer Vertragsverletzung wären folglich beim EuGH-Modell viel gravierender.

Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Schweizer Unterhändler in Brüssel – nolens volens oder weil es ihnen egal ist – die Verbindlichkeit im eben geschilderten Sinne zusagen, für das heimische Publikum aber daran festhalten, dass nach dem Urteil des EuGH weiterverhandelt werden kann.

(b) Angebliche Selbstüberwachung der Schweiz
Dass das künstliche Herausbrechen einer Bestimmung aus dem EWRA zu Unstimmigkeiten führt,

wird zweitens bei der **Überwachung** deutlich. Die offizielle Sprachregelung des EDA für die Schweizer Öffentlichkeit lautet, jede Seite überwache sich selbst. Es wird sogar gesagt, das entspreche dem bisherigen Rechtszustand.

Dass diese Aussagen unhaltbar sind, folgt bereits aus der Tatsache, dass die Kommission (anders als beim bisherigen Rechtszustand im bilateralen Verhältnis Schweiz-EU und anders als nach Art. 111 Abs. 3 EWRA) jederzeit **einseitig ihren eigenen Gerichtshof**, den EuGH, anrufen kann. Es besteht also kein Zweifel, dass die Schweiz im EuGH-Modell von der Kommission überwacht würde.

Zwar ist davon auszugehen, dass die Schweizer Unterhändler versuchen, eine ausdrückliche Erwähnung der Überwachungsfunktion der Kommission für die Schweiz zu vermeiden. Man kommt also nicht umhin, auch dieses als **doppelbödig** einzustufen.

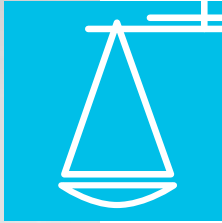
(c) Falsche Vorstellungen zur Überwachung der EU

Dass das **Streitbeilegungsverfahren nur im Zwei-Pfeiler-Modell des EWR Sinn** macht, zeigt sich schliesslich bei der Überwachung der EU. Im EWR obliegt die Überwachung der EU-Staaten der EU-Kommission, die der EWR/EFTA-Staaten der ESA. Keine Behörde hat Befugnisse im anderen Pfeiler. Die EU-Kommission hat die Kompetenz, fehlbare EU-Staaten mittels Vertragsverletzungsklage vor den EuGH zu bringen, die ESA vor den EFTA-Gerichtshof. Das System funktioniert in beiden Pfeilern gut. Es ist zu zahlreichen Verurteilungen von EU-Mitgliedstaaten wegen Verletzung des EWR-Abkommens, insbesondere im Steuerrecht, gekommen.

Das EDA geht davon aus, dass das Verhältnis zu Italien derzeit für die Schweiz die grösste Herausforderung darstellt. Als stossend wird z. B. der Umgang italienischer Behörden mit Schweizer Unternehmen bei der öffentlichen Auftragsvergabe empfunden. Beim Andocken an ESA und EFTA-Gerichtshof, so sagt man dann, unterläge Italien aufgrund des Zwei-Pfeiler-Modells der Überwachung durch die EU-Kommission und der gerichtlichen Beurteilung durch den EuGH. Also gebe es hier gar keinen Unterschied zwischen dem EuGH-Modell und dem Andocken. Es sei deshalb nur konsequent, wenn sich die Schweiz insgesamt für das EuGH-Modell entscheidet.

Dieser Schluss schüttet das Kind mit dem Bade aus. Nur weil Kommission und EuGH im Zwei-Pfeiler-Modell des EWR zu Überwachung und Beurteilung





lung der EU-Staaten zuständig sind, kann man nicht folgern, sie müssten auch die Schweiz überwachen und verurteilen können. Die Erfahrung von 22 Jahren EWR zeigt, dass die entscheidenden Konflikte vor dem EFTA-Gerichtshof ausgetragen werden. Hinzu kommt, dass beim EuGH-Modell mit der Kommission und dem EuGH die Überwachungsbehörde und das Gericht der Gegenpartei die Schweiz überwachen bzw. beurteilten. Die EFTA-Überwachungsbehörde und der EFTA-Gerichtshof wären hingegen bei Einsitznahme eines Schweizer Kollegiumsmitglieds und eines Schweizer Richters eigene Organe. Auch hier zeigt sich der Mangel an kontextuellem Denken auf der Seite der Planer in der Schweiz.

Die Konzentration auf die derzeit im Verhältnis zu Italien bestehenden Probleme ist im Übrigen schon deshalb unzureichend, weil ein Rahmenabkommen sich nicht am Status quo orientieren kann, sondern in die **Zukunft** blicken muss. Falls es gelingen sollte, ein Dienstleistungsabkommen mit der EU zu schliessen, so würden sich ganz andere Probleme stellen, die man heute noch gar nicht erahnen kann.

(4) **Ungenügender Rechtsschutz für Private und Unternehmen**

Schliesslich ist das EuGH-Modell des EDA unter dem **Gesichtspunkt des Zugangs zur Justiz für Bürger und Unternehmen** ungenügend. Die Idee dahinter ist, dass ein Streitbeilegungsverfahren nur in ausserordentlichen Fällen zur Anwendung kommt; es soll «ultima ratio»-Charakter haben. Viele Fragen, die im EWR vor dem EFTA-Gerichtshof landen, würden es im EDA-Modell wohl nicht einmal in den Gemischten Ausschuss schaffen, da sie als zu trivial angesehen würden. Im Sinne des **Rechtsschutzes und der Rechtssicherheit** ist es aber wichtig, dass solche Fragen geklärt werden. Dadurch, dass nur ein Streitbeilegungsverfahren vorgesehen wird, wollen die Diplomaten im EDA (scheinbar) das Heft in der Hand behalten. Man ist ein wenig an das *Ancien régime* mit seinen Gnädigen Herren erinnert.

(5) **Schlussfolgerungen**

(a) Verbindlichkeit von EuGH-Urteilen im sog. Streitbeilegungsverfahren

Damit steht fest, dass die Schweiz sowohl unter dem EuGH-Modell des Bundesrates als auch unter einem allfälligen EFTA-Modell in verbindlicher Weise verurteilt werden könnte, beim EuGH-Modell auf Antrag der Kommission durch den EuGH und beim EFTA-Modell auf Klage der ESA durch den EFTA-Gerichtshof. Anders als im Kontext des

EWR wäre das Streitbeilegungsverfahren beim EuGH-Modell in der Sache aufgrund des einseitigen Antragsrechts der Kommission ein **eigenliches Vertragsverletzungsverfahren**. Zu verhandeln gäbe es nichts mehr. Die Sanktionen bei Nichtbefolgung des Urteils wären beim EuGH-Modell tendenziell gar schärfer.

(b) Auch Vorabentscheidungen des EuGH wären verbindlich

Im Nonpaper der damaligen Chefunterhändler wird auch ein Vorabentscheidungsverfahren für Schweizer Gerichte vor dem EuGH ins Auge gefasst. Schweizer Gerichte hätten das Recht, dem EuGH Fragen betreffend die Auslegung der bilateralen Abkommen vorzulegen. Dass die Urteile verbindlich wären, hat der EuGH in seinem Gutachten 1/91, in dem er die Errichtung eines gemischten, aus EuGH- und EFTA-Richtern bestehenden EWR-Gerichtshofes abgelehnt hat, festgestellt.

(c) Was ist die Funktion eines eigenen Richters?

Die Schweiz könnte beim EuGH-Modell **weder einen EU-Kommissar noch einen Richterleine Richterin am EuGH** stellen. Bei der ESA und dem EFTA-Gerichtshof könnte hingegen versucht werden, solche Einsitznahmen auszuhandeln. Dass sich die EU auf den schweizerischen Vorschlag eingelassen hat, ist offensichtlich damit zu erklären, dass man in Brüssel die Chance gesehen hat, die Schweiz an die Kandare zu nehmen.

Erstaunlicherweise besteht unter Schweizer Spitzenbeamten und Parlamentariern die Erwartung, ein eigener Richter werde – wie ein Diplomat – als **verlängerter Arm** seiner Regierung agieren und für sein Land stimmen. Daraus wird der Schluss gezogen, es spiele gar keine Rolle, ob man einen eigenen Richter hat, weil der einzige Schweizer Richter in einem mehrköpfigen Gerichtshof ohnehin stets in der Minderheit wäre. Gemäss einem Bericht der Neuen Zürcher Zeitung vom 6. August 2013 steht das sogar in einem internen EDA-Papier. Solche Äusserungen werfen **grundsätzliche Fragen zum Richterbild** auf. Vorliegend muss aber die Bemerkung genügen, dass es keineswegs die Funktion eines eigenen Richters ist, die Interessen seines Landes zu vertreten. Aufgabe eines eigenen Richters ist vielmehr, den Gerichtshof über die politischen, rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Eigenheiten seines Landes ins Bild zu setzen. Ausserhalb des EDA gibt es durchaus Politiker, die sich über diese Zusammenhänge im Klaren sind. Der St. Galler Regierungspräsident *Benedikt Würth* hat z.B. unlängst im österreichischen Fernsehen





keinen Zweifel daran gelassen, dass seiner Regierung die Einsitznahme eines eigenen Richters wichtig ist. Solche Beteiligung ist auch aus Gründen der Psychohygiene, der Selbstachtung und der Akzeptanz der Urteile wichtig. Richten ist keine exakte Wissenschaft und es gibt Grenzfälle.

Man möchte sich nicht vorstellen, wie die schweizerische Öffentlichkeit reagieren würde, wenn der EuGH in einem Grenzfall zulasten der Schweiz entschiede.

* Präsident des EFTA-Gerichtshofes und Direktor CC EIL-HSG der Universität St.Gallen HSG.

V. Jivaan Bennett, London*, Joseph Tomlinson, London**, Alessia Riposi, London***

European Tax Talk

All the latest and most important developments in European tax law are set out in easily digestible notes in this, the first, instalment of European Tax Talk. Updates include developments at the European level as well as issues of particular interest or significance arising at national level in Member States.

(1) European Commission finds that Luxembourg and the Netherlands granted Illegal State Aid to Fiat and Starbucks

In June 2014, the Commission launched four in-depth investigations into the system of **tax rulings** in various Member States, including in Luxembourg and the Netherlands. The European Commission, having heard arguments from all relevant parties, has found that Fiat and Starbucks have each **benefited from illegal State aid** arising out of tax rulings granted to them by Luxembourg and the Netherlands respectively. It has been estimated that the sums granted in illegal State aid (and interest) could total between EUR 20-30m in each case.

Following these investigations, the Commission concluded that, in each of the two cases, the Member States have granted the company in question a fiscal advantage which was not compliant with Article 107(1) TFEU, which prohibits: «any aid ... through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, insofar as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market».

The Commission has reasoned that the methods of computing their respective domestic tax liabilities, as permitted in the tax rulings, differed significantly from the standard regime of corporation tax and granted Fiat and Starbucks an advantage in that they were able to significantly lower their tax burden. This, the Commission as-

serts, distorts the operation of the single market. Since the decisions, a further investigation has been opened against McDonald's.

(2) Council approves the automatic exchange of cross-border tax rulings and advance pricing arrangements

On 6 October 2015, the Economic and Financial Affairs Council of the EU reached a political agreement on a directive to **increase transparency** and, ultimately, **combat corporate tax avoidance**. EU Member States have agreed to the automatic exchange of cross-border tax rulings as well as advance pricing arrangements. This transparency initiative follows from the leaked tax rulings in 2014, in which it was revealed that a number of multinationals have benefited from favourable advance pricing arrangements and tax rulings agreed to by some EU Member States (see above note on the subsequent State aid investigations).

Cross-border rulings refer to agreements concluded between multinational taxpayers and a Member State in relation to their tax liability in that State. The Member State may, for example, agree to specific method of computing the corporate taxpayer's chargeable profits which derogates from the standard method applicable to other taxpayers. An advance pricing arrangements is a class of tax rulings that relates to the pricing of certain related-company transactions prior to such transactions taking place. An advance pricing arrangement is generally valid for a number of years. In both cases, the rulings offer companies a degree of certainty as to their tax liability and may represent a significant incentive to attract them to set up operations in the Member State.

Currently, EU tax authorities have limited ability to obtain information on their residents' activities in other Member States. Although the Directive



Impressum

in
Zusammenarbeit
mit dem



Institut
für
Europarecht
an der
Universität
St. Gallen HSG

GESCHÄFTSLEITUNG

Dr. rer. pol. Doris Baudenbacher-Tandler, Luxemburg

REDAKTION

Dr. Philipp Speitler (Chefredaktion)

Michael-James Clifton, LL.B.(EU), LL.M.(Adv), Barrister (Stellv. Chefredakteur)

Ref. iur. Moritz Am Ende (Staatliche Beihilfen)

Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (Immaterialgüterrecht)

RA Ferdinand Ochs/Univ.-Prof. Mag. Dr. Tina Ehrke-Rabel (Steuerrecht)

RA Stefan Lars-Thoren Heun-Rehn, Mag. jur., LL.M. (Bank- und Kapitalmarktrecht)

Dr. Henning Kahlert, LL.M. (IT- und Datenschutzrecht)

Dr. Vincent Kronenberger (Wettbewerbsrecht)

Ref. iur. Romen Link (Markenrecht)

Mag. Dr. Klaus Mayr, LL.M. (Arbeits- und Sozialrecht)

RA Markus Rübenstahl, Mag. iur. (Justiz und Inneres)

Dr. Magnus Schmauch, LL.M. (Staatliche Beihilfen)

PD. Dr. Myriam Senn, LL.M. (Finanzdienstleistungsrecht)

Dr. Gabriel N. Toggenburg, LL.M. (Institutionen und Grundfreiheiten)

RA Dr. Alexander Wittwer, LL.M. (Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht)

Maria Krausenboeck, LL.B. (Hons), LL.M. (Redakteurin)

Dr. Christine Würfel

KORRESPONDENTINNEN

Mag. iur. Theresa Haas, LL.M., Innsbruck

Mag. iur. Lisa Schwarz, St.Gallen/Wien

AUTOREN (INNEN) DIESER AUSGABE

Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. h.c. Carl Baudenbacher, Luxemburg/St. Gallen

Cand. iur. Maximilian Benke, Innsbruck

Jivaan Bennett, LL.B. (Hons), LL.M., London

Ass. Jur. Armin Ewert, Düsseldorf

Alessia Riposi, LL.B. (Hons), LL.M., London

Joseph Tomlinson, LL.B. (Hons), London

Annalisa Volpato, LL.M., Padua

ABONNEMENTS:

Verlag radical brain S.A.

L-1024 Luxemburg

Postfach 2455

info@elr.lu

www.elr.lu

ERSCHEINUNGSWEISE:

Zweimonatlich

BEZUGSBEDINGUNGEN:

Der Jahresbezugspreis beträgt Euro 380,- plus MwSt. und anteilige Versandkosten.

Das Abonnement kann jederzeit ohne Angabe von Gründen gekündigt werden.

Allfällige Guthaben werden in diesem Fall zurückerstattet.

© EUROPEAN LAW REPORTER ELR:

Vervielfältigungen, insbesondere Kopien und Nachdrucke, nur mit Genehmigung.

Weiterverbreitung in elektronischen Medien ist untersagt.

ZITIERWEISE: ELR

www.elr.lu

 /EuropeanLawReporter

 @ELR_Journal