

Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. h.c. Carl Baudenbacher
Präsident des EFTA-Gerichtshofs a.D.
Monckton Chambers, London

Rechtsgutachten zur Streitentscheidungsregelung des InstA zu Handen der Kommission des Nationalrates für Wirtschaft und Abgaben WAK

Kurzfassung

Die Rechtsfrage und ihre Implikationen

I. Entstehung des Schiedsgerichtsmodells

1. Das “reine” EuGH-Modell als Ausgangspunkt
2. Die EU bringt das Schiedsgerichtsmodell ins Spiel
3. Verhandlungsverlauf und öffentliche Debatte

II. Aufgabe des Schiedsgerichts

1. Abkommenstext
2. Interpretation durch die Befürworter des Schiedsgerichts

(i) Vorbemerkungen

(ii) Bundesrat

(iii) Economiesuisse

3. Stellungnahme

(i) Schiedsgericht ist copy-paste aus den Abkommen der EU mit Georgien, Moldawien und der Ukraine

(ii) Alle Drittstaatsverträge der EU mit Schiedsgerichtsmodell sind einheitlich auszulegen

(a) Prinzip

(b) Beamtenklausel im InstA

(iii) Völkerrecht ist nicht entscheidend

(iv) Strukturelle Schwäche des Ad-hoc- Schiedsgerichts

(v) Ergebnis: Es gibt kaum Fälle, die ohne Einschaltung des EuGH entschieden werden können

(vi) EuGH muss einem neuen Streitentscheidungsmechanismus zustimmen

III. Parallele zu Artikel 267 AEUV?

1. Die These
2. Stellungnahme

IV. Zwischenfazit

V. Der EuGH als Gericht der Gegenpartei

1. Vorbemerkungen
2. Der Ansatz von Epiney und Oesch
3. Stellungnahme

VI. Überwachung

1. Abkommenstext
2. Stellungnahme

VII. Schiedsgericht passt nicht für westliche Volkswirtschaften mit demokratischer Tradition, ausgebautem Rechtsstaat und Menschenrechtsschutz

1. Grundsätzliches
2. Streitentscheidung

VIII. Schluss

Kurzfassung

Die mir vorgelegte **Rechtsfrage** lautet:

“Wie gross ist das Ermessen des Schiedsgerichts, wenn es im Sinne von Artikel III.9 Ziff. 3 des Protokolls 3 des Rahmenvertrags von der EU angefragt wird, den EuGH anzurufen?”

Antwort:

1. Wenn dem Schiedsgericht ein nennenswertes Ermessen zukommt, so ist das InstA dem ursprünglich geplanten Modell eines Rahmenvertrages mit dem EuGH als Entscheider (im Folgenden: das “reine” EuGH-Modell) unter Gesichtspunkten der Souveränität überlegen.

Über das “reine”-EuGH-Modell hat die Schweiz vom 22. Mai 2014 bis 2. März 2018 verhandelt. Bei Konflikten sollte jede Partei den EuGH anrufen können, der zwar verbindlich, aber nicht endgültig entscheiden würde. Die endgültige Entscheidung sollte nach Auffassung des Bundesrates beim Gemischten Ausschuss liegen wo die Schweiz im Falle des Unterliegens nein sagen könnte. Damit würde sich die Frage stellen, welche Ausgleichsmassnahmen die EU ergreifen könnte. Das von der EU ins Spiel gebrachte Modell des Andockens der Schweiz an die Institutionen des im Rahmen des EWR geschaffenen EFTA-Pfeilers (EFTA-Überwachungsbehörde [“ESA”] und EFTA-Gerichtshof) lehnte der Bundesrat ab. Die Idee des Andockens war, dass die Schweiz bei ihrem sektoriellen Ansatz hätte bleiben und gleichzeitig die Einsitznahme eines der ihren im ESA-Kollegium und im EFTA-Gerichtshof hätte aushandeln können. Die Andockvariante wurde mit einer Reihe unzutreffender Aussagen herabgesetzt. Unrichtig war insbesondere die Annahme, der EFTA-Gerichtshof könne nicht mit bindender Wirkung für die EU entscheiden¹.

2. Im Verlauf des Jahres 2017 ist der Bundesrat zum Schluss gelangt, das “reine” EuGH-Modell sei aus der Perspektive der Souveränität der Schweiz nicht weiter zu verfolgen. Am 2. März 2018 änderte er das Verhandlungsmandat und setzte auf ein “Schiedsgericht”. Die Idee dazu stammte von der EU. Allerdings wurde schon früh klar, dass die geplante Institution mit einem Schiedsgericht im landläufigen Sinn nichts gemeinsam haben würde. Denn in allen Fällen, in denen EU-Recht direkt oder indirekt betroffen sein würde, müsste das Schiedsgericht das Verfahren aussetzen und den EuGH um ein verbindliches Urteil ersuchen. Trotzdem wurde im Frühjahr 2018 unter der Führung Berns eine öffentliche Debatte geführt, die auf der These fusste, dass das Schiedsgerichtsmodell ein Entgegenkommen der EU bedeutete und dass die Schweiz der EU entscheidende Verbesserungen abgerungen habe².

¹ Unten, I.1.

² Unten, I.2. und 3.

3. Das Schiedsgericht ist freilich keineswegs eine massgeschneiderte Lösung für die Schweiz. Es beruht auch nicht auf einem Entgegenkommen der EU, sondern wurde copy-paste aus den Assoziierungsabkommen der EU mit den postsowjetischen Staaten Georgien, Moldawien und der Ukraine übernommen. Auch die Regierung des Vereinigten Königreichs hat diesen Mechanismus im November 2018 (überraschender Weise) im Entwurf des Austrittsvertrages aus der EU akzeptiert. Das House of Commons hat den Vertrag aber am 15. Januar 2019 abgelehnt. Alle Drittstaatsverträge der EU mit Schiedsgerichtsmodell sind einheitlich auszulegen. Obwohl das InstA einige Hinweise auf das Völkerrecht enthält, muss im Konfliktfall das Europarecht vorgehen³.

4. Das Schiedsgericht ist zur Einschaltung des EuGH verpflichtet wenn es um die Auslegung von EU-Recht und von aus dem EU-Recht abgeleiteten Abkommensrecht geht. Es würde sich um ein Ad-hoc-Schiedsgericht handeln. Ein Ad-hoc-Schiedsgericht wird für einen konkreten Fall zusammengestellt nachdem sich die Fakten ereignet haben. Es ist daher nicht mit einem permanenten Gericht zu vergleichen. Ein Ad-hoc-Schiedsgericht ist eine strukturell schwache Einrichtung. Wenn die EU-Kommission mit ihren spezialisierten Diensten einen Antrag auf Einschaltung des EuGH stellte, so wäre das Schiedsgericht kaum in der Lage, nein zu sagen. Es sind kaum Fälle vorstellbar, in denen das Schiedsgericht unabhängig, d.h. ohne Einschaltung des EuGH, entscheiden kann⁴.

5. Die These, dass das Schiedsgericht ähnliche Spielräume für sich beanspruchen könnte wie ein nationales Höchstgericht im Rahmen des EU-internen Vorabentscheidungsverfahrens, entbehrt jeder Grundlage. Ein Ad-hoc-Schiedsgericht wie das im InstA vorgesehene ist nicht mit einem nationalen Höchstgericht eines EU-Staates vergleichbar. Es ist kein EU-Gericht und damit nicht zur Unionstreue verpflichtet. Dass sich gewisse Höchstgerichte der EU-Staaten bei den Fragen, ob sie zur Vorlage verpflichtet sind und ob bzw. inwieweit sie dem Urteil des EuGH folgen, rechtlich fragwürdige Vorteile herausnehmen ist wahr. Dass das InstA-Schiedsgericht daraus etwas ableiten könnte, ist jedoch auszuschliessen⁵.

6. Ein Zwischenfazit ergibt, dass das im InstA vorgesehene Schiedsgericht in praktisch keinen Fällen über ein Ermessen verfügt, wenn es im Sinne von Artikel III.9 Ziff. 3 des Protokolls 3 des Rahmenvertrags von der EU angefragt wird, den EuGH anzurufen⁶.

7. In der Literatur ist die Auffassung vertreten worden, der EuGH als Gericht der Gegenpartei ohne Schweizer Richter sei für die Schweiz auch dann akzeptabel, wenn sich herausstellen sollte, dass dem Schiedsgericht in praktisch

³ Unten, II.3.(i)-(iii).

⁴ Unten, II.3.(v).

⁵ Unten, III.

⁶ Unten IV.

keinen Fällen ein Ermessen zukommt. Der EuGH sei ein angesehenes Gericht, das nach einer Art "Integrationslogik" entscheide. Eine Analyse der bisher ergangenen knapp zwanzig Urteile des EuGH zu den bestehenden bilateralen Abkommen mit der Schweiz zeige, dass der EuGH „sachlich und unparteiisch“ vorgehe und nicht systematisch zum Nachteil der Schweiz urteile. Die Schweiz müsse vor dem EuGH keine Angst haben⁷.

Dass der EuGH in den bald 70 Jahren seines Bestehens eine bedeutende historische Leistung erbracht hat, steht ausser Frage. Er ist, zusammen mit dem amerikanischen Supreme Court und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, eines der wichtigsten Gerichte der Welt. Ich habe in den 22 Jahren meiner Zugehörigkeit zum EFTA-Gerichtshof, davon 15 Jahre als Präsident, eng und erfolgreich mit dem EuGH zusammengearbeitet. Das ändert aber nichts daran, dass dem EuGH im Verhältnis zur Schweiz die Unparteilichkeit bzw. Parteineutralität fehlt. Die bisher zu den bilateralen Verträgen entschiedenen Fälle waren wenig spektakulär. Das wichtige Urteil zum Zürcher Flughafen vom 7. März 2013 (C-547/10 P) ist aber nicht überall auf Begeisterung gestossen. Für die Zukunft ist davon auszugehen, dass ein Stromabkommen oder ein Dienstleistungsabkommen zu Konflikten von erheblicher Tragweite führen könnten. Hier könnte auch das Vorverständnis des EuGH als Gericht der anderen Partei eine Rolle spielen⁸.

8. Die Vorstufe zur Streitentscheidung ist die Überwachung. Der Bundesrat fokussiert einzig auf die Regelung der Artikel 6 und 7 InstA. Danach wird mit dem InstA keine neue supranationale Überwachungsbehörde geschaffen. Die jeweiligen Behörden der Vertragsparteien sind vielmehr selbständig auf ihrem eigenen Territorium für die korrekte Anwendung der Abkommen verantwortlich. Der Bundesrat tut so als sei die Schweiz damit jeder supranationalen Überwachung entkommen. Das fusst freilich auf einer selektiven Wahrnehmung. Nach Artikel 10 Absatz 2 InstA kann jede Vertragspartei, die EU und die Schweiz, ein Schiedsgerichtsverfahren einleiten, ohne dass es dazu der Zustimmung der anderen Vertragspartei bedarf. Die Kommission, die supranationale Überwachungsbehörde der EU, wird damit zur faktischen Überwachungsbehörde der Schweiz. Da dem Schiedsgericht in praktisch allen Fällen kein Ermessen zukommt, kann die Kommission damit den eigenen Gerichtshof anrufen. Es ist offenkundig, dass die EU das als ausreichend ansieht, um eine effektive Kontrolle der Vertragstreue der Schweiz sicherzustellen. Auf eine solche Kontrolle könnte die EU-Kommission selbst dann nicht verzichten, wenn sie es wollte⁹.

9. Das Schiedsgerichtsmodell des InstA ist von der EU entwickelt worden, um drei post-sowjetische Staaten sukzessive an demokratische, rechtsstaatliche und marktwirtschaftliche Strukturen heranzuführen, mit dem Endziel der EU-

⁷ Unten, V.1. und 2.

⁸ Unten, V.3.

⁹ Unten, VI.

Mitgliedschaft. Es war ursprünglich nicht für hoch entwickelte Volkswirtschaften Westeuropas gedacht. Erst als sich das „reine“ EuGH-Modell in der Schweiz als nicht realisierbar herausstellte und der Brexit grosse Probleme bereitete, wurde es für generell verwendbar erklärt. Hier liegt eine aus Sicht der Rechtsvergleichung unzulässige Bastelei („*bricolage*“) vor. Man hat eine Regelung aus ihrem Kontext herausgerissen und auf einen ganz anderen Kontext übertragen. Bereits im Fall der genannten Staaten wurde in der Literatur festgestellt, dass das Schiedsgericht dazu dienen soll, die einseitige Abhängigkeit vom EuGH zu verschleiern. Das Schiedsgericht passt erst recht nicht für eine führende westliche Volkswirtschaft mit demokratischer Tradition, ausgebautem Rechtsstaat und Menschenrechtsschutz. Die herrschende Lehre teilt diese Auffassung. Guillaume van der Loo spricht im Fall der Ukraine von einer extremen Verpflichtung, die nur durch einen starken politischen Willen des Landes erklärt werden kann, in die EU integriert zu werden. Beth Oppenheim charakterisiert das Ukraine-Modell als stark zugunsten der EU angelegt („*strongly tilted in the EU's favour*“), mit schwerwiegenden Konsequenzen für die Souveränität. Martin Howe verwendet den Ausdruck „Vasallisierung“. Das ‘unabhängige’ Schiedsgericht fungiere lediglich als Postfach für die Übermittlung der Streitigkeit an den EuGH. Und als Stempelsystem, wenn die Antwort zurückkommt. Mervyn King, der frühere Gouverneur der Bank of England, hat zu dem EU-Austrittsvertrag, der den Schiedsgerichtmechanismus enthielt, festgestellt: “Wenn dieser Deal nicht aufgegeben wird, glaube ich, dass das Vereinigte Königreich ihn am Ende einseitig aufkündigen wird - unabhängig von dem schweren Schaden, der dem Ruf und dem Ansehen Grossbritanniens entstehen würde. Vasallenstaaten gehen nicht sanft in diese gute Nacht. Sie wüten. Wenn dieses Parlament seinen Nachfolgern die Wahl zwischen einer demütigenden Unterwerfung und der Aufhebung eines verbindlichen internationalen Vertrags vermacht, wird ihm nicht vergeben - und es wird es auch nicht verdienen.” Der Osloer Ordinarius für Internationales Recht Mads Andenæs hat das EU-Austrittsabkommen des Vereinigten Königreichs als “EWR des armen Mannes“ bezeichnet.¹⁰

10. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen beantworte ich die mir gestellte Rechtsfrage wie folgt:

„Wenn das Schiedsgericht im Sinne von Artikel III.9 Ziff. 3 des Protokolls 3 des Rahmenvertrags von der EU angefragt wird, den EuGH anzurufen, so kommt ihm in praktisch allen Fällen kein Ermessen zu. Damit unterwirft sich die Schweiz dem Gericht der Gegenpartei, dem bei aller Qualität und ungeachtet seiner historischen Leistung die Unparteilichkeit fehlt.

Das Schiedsgerichtsmodell stellt gegenüber dem ‚reinen‘ EuGH-Modell, das der Bundesrat im Verlauf des Jahres 2017 verworfen hat, unter Gesichtspunkten der Souveränität keine Verbesserung dar.

¹⁰ Unten, VII.

Eine solche Unterwerfung hätte auch Auswirkungen auf die Position der Schweiz bei künftigen Vertragsverhandlungen mit der EU.“

Die Rechtsfrage und ihre Implikationen

Die mir vorgelegte Rechtsfrage lautet:

“Wie gross ist das Ermessen des Schiedsgerichts, wenn es im Sinne von Artikel III.9 Ziff. 3 des Protokolls 3 des Rahmenvertrags von der EU angefragt wird, den EuGH anzurufen?”

Diese Frage betrifft eines der zentralen Probleme des InstA. Wenn dem Schiedsgericht ein nennenswertes Ermessen zukommt, so ist das InstA dem ursprünglich geplanten Modell eines Rahmenvertrages mit dem EuGH als Entscheider (“reines” EuGH-Modell) unter Gesichtspunkten der Souveränität überlegen. Bekanntlich ist der Bundesrat im Verlauf des Jahres 2017 zum Schluss gelangt, das “reine” EuGH-Modell sei aus der Perspektive der Souveränität der Schweiz nicht weiter zu verfolgen. Der damalige Bundesratskandidat Ignazio Cassis hat daraus den Schluss gezogen, im Europadossier sei der “Reset-Knopf” zu drücken.

Die Beantwortung der mir vorgelegten Rechtsfrage setzt erstens einen kurzen Rückblick auf die Entstehungsgeschichte des Schiedsgerichtsmodells voraus. Zweitens ist die Aufgabe des Schiedsgerichts zu analysieren. Drittens stellt sich die Frage der Parallelität zum Vorabentscheidungsverfahren innerhalb der EU. Viertens ist zu prüfen, ob der EuGH als Gericht der Gegenpartei für die Schweiz auch dann akzeptabel ist, wenn sich herausstellen sollte, dass dem Schiedsgericht kein nennenswertes Ermessen zukommt. Und da das Schiedsgerichtsverfahren nach dem InstA eine Zwischenstufe im Überwachungs- und Gerichtsverfahren darstellt, ist fünftens die Regelung der Überwachung zu beleuchten.

I. Entstehung des Schiedsgerichtsmodells

1. Das “reine” EuGH-Modell als Ausgangspunkt

Das Schiedsgerichtsmodell kann nur verstanden werden, wenn man seine Vorgeschichte kennt. Erstmals im Jahr 2008 hat die EU von der Schweiz die Institutionalisierung der bilateralen Abkommen verlangt. Damit meinte sie die Einführung eines Überwachungs- und Gerichtsmechanismus. Diese Forderung wurde in der Folge alle zwei Jahre wiederholt¹¹. Der Bundesrat tat sich damit

¹¹ Vgl Schlussfolgerungen des Rates der Europäischen Union vom 8. Dezember 2008, <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&f=ST%2016651%202008%20REV%201>; Schlussfolgerungen des Rates der Europäischen Union vom 14. Dezember 2010, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/foraff/118466.pdf; Schlussfolgerungen des Rates der Europäischen Union vom 20. Dezember 2012, <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&f=ST%205101%202013%20INIT>; Schlussfolgerungen des Rates der Europäischen Union vom 16. Dezember 2014, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16583-2014-INIT/de/pdf>; Schlussfolgerungen des Rates der Europäischen Union vom 28. Februar 2017 zu den

schwer. Im seinem Bericht über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik vom 17. September 2010 nannte er hinsichtlich Überwachung und Interpretation drei Modelle, die Inanspruchnahme der ESA und des EFTA-Gerichtshofs durch die Schweiz (sog. Andocken), die Einrichtung eines (echten) Schiedsgerichts und die Errichtung eines gemeinsamen Gerichts Schweiz-EU. Dass die zweite und dritte Option für die EU unannehmbar wäre, war eigentlich klar. Doch mit der Erwähnung des Andockmodells hatte der Bundesrat scheinbar einen grossen Schritt getan. Das Gutachten des Zürcher Völkerrechtlers Daniel Thürer vom 7. Juli 2011 über mögliche Formen der Umsetzung und Anwendung der bilateralen Abkommen¹² schlug im Wesentlichen vor, dass die Schweiz entweder an die Institutionen des EFTA-Pfeilers andocken oder einen Schweiz-Pfeiler mit einer schweizerischen Aufsichtsbehörde und dem Bundesgericht als Gerichtsinstanz errichten sollte.

Der Vorschlag zur Andocklösung stammte von der Europäischen Kommission. Die Idee war, dass die Schweiz, anders als die EWR/EFTA-Staaten, nicht das gesamte EU-Binnenmarktrecht zu übernehmen hätte, sondern bei ihrem sektoriellen Ansatz bleiben dürfte. Ihre bilateralen Verträge mit der EU würde sie aber der Überwachung durch die ESA und der gerichtlichen Kontrolle durch den EFTA-Gerichtshof unterwerfen. Dafür sollte die Schweiz mit den EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen das Recht aushandeln, ein Kollegiumsmitglied der EFTA-Überwachungsbehörde und einen Richter am EFTA-Gerichtshof zu stellen. Alternativ regte die EU an, die Schweiz sollte einen zweiten Anlauf zu einem EWR-Beitritt auf der Seite der EFTA machen.

Bundespräsidentin Eveline Widmer-Schlumpf schlug der EU freilich in einem Brief vom 15. Juni 2012 die Einsetzung eines unabhängigen Schweizer Überwachungsorgans und die Betrauung einer Kammer des Bundesgerichts mit der gerichtlichen Kontrolle vor. Die EU lehnte das ein halbes Jahr später ab. Kommissionspräsident José Manuel Barroso stellte in seinem Schreiben vom 21. Dezember 2012 an die Bundespräsidentin fest:

“Allerdings sehen Ihre Vorschläge [...] vor, dass sich nur Schweizer Organe mit möglichen Verstössen seitens der nationalen Behörden gegen die Regeln in den Verträgen befassen. Wie Sie wissen, ist ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes davon abhängig, dass ausserhalb der beteiligten Staaten unabhängige Kontrollmechanismen existieren. Für die EU wäre es daher notwendig, dass die Abkommen mit der Schweiz auch internationale Mechanismen zur Überwachung und gerichtlichen Kontrolle vorsehen, wodurch ein Niveau an Rechtssicherheit und Unabhängigkeit gewährleistet würde, das den im

Beziehungen der EU zur Schweizerischen Eidgenossenschaft, <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2017/02/28/conclusions-eu-swiss-confederation/>.

¹² https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/studien/Gutachten-ueber-moegliche-Formen-Umsetzung-u-Anwendung-BA_de.pdf.

Rahmen des Europäischen Wirtschaftsraums geschaffenen Mechanismen entspricht.”¹³

Nach dieser Absage erwarteten viele Beobachter, dass die Schweiz entweder einen EWR-Beitritt oder eine Andocklösung ins Auge fassen würde. Der Bundesrat sprach sich jedoch auf Drängen von Aussenminister Didier Burkhalter und Staatssekretär Yves Rossier dafür aus, dass die Schweiz den EuGH, das Gericht der Gegenpartei, als Streitentscheider anerkennen sollte. Da das innenpolitisch nur schwer vermittelbar war, stellte das EDA eine Reihe von problematischen Behauptungen auf. Was die dem EuGH zugedachte Rolle angeht, so wurde gesagt, dass Konflikte zwischen der Schweiz und der EU vom Gemischten Ausschuss zu entscheiden seien.

- Da dieser nur einstimmig beschliessen könne, habe die Schweiz ein Vetorecht.
- Allerdings sollte jede Partei, die Schweiz und die EU, das Recht haben, den EuGH einseitig, das heisst ohne Einverständnis des Gegners, um eine Auslegung der streitigen Bestimmungen zu ersuchen.
- Die Auslegung des EuGH sei zwar verbindlich, aber nicht endgültig.
- Die Entscheidungskompetenz verbleibe nämlich beim Gemischten Ausschuss. Wenn die Schweiz nein sage, so stelle sich einzig die Frage, welche Sanktionen die EU ergreifen könne.

Um eine Andocklösung zu diskreditieren, führte das EDA des Weiteren sechs Argumente ins Feld, die allesamt unrichtig waren¹⁴. Auf Einzelheiten ist hier nicht einzugehen. Ich beschränke mich auf die wohl folgenschwerste Fehlbeurteilung: Es wurde gesagt, dass der EFTA-Gerichtshof nur innerhalb des EFTA-Pfeilers des EWR, d.h. für Island, Liechtenstein und Norwegen, entscheiden könne. Seine Urteile im Vertragsverletzungsverfahren seien aber für die EU nicht verbindlich. Thomas Cottier hat dagegen in der NZZ vom 12. Juli 2013 ausgeführt:

“Der Bundesrat wendet gegen eine Anbindung an die Efta-Struktur ein, dass die Entscheidungen des Efta-Gerichtshofes für die EU nicht verbindlich sind. Damit werden die Funktionsweise des Zwei-Pfeiler-Modells und die vorgenannte beschränkte Zuständigkeit des EuGH bei

¹³ <https://www.zeit-fragen.ch/de/ausgaben/2013/nr4-vom-2112013/antwort-von-barroso-an-widmer-schlumpf.html>.

¹⁴ Vgl. Carl Baudenbacher, Europarechtliche Missverständnisse, NZZ vom 16. August 2013, <https://www.nzz.ch/meinung/debatte/europarechtliche-missverstaendnisse-berns-1.18133727>.

zwischenstaatlichen Streitigkeiten wie auch das Schiedsverfahren verkannt.“¹⁵

Damit traf Cottier den Nagel auf den Kopf. Dass die Argumente des Bundesrates damals verfangen haben, ist erstaunlich. Man hätte sich doch fragen müssen, wie die Schweizer Unterhändler der Jahre 1989 bis 1992 ein so schlechtes EWR-Abkommen abschliessen konnten, das vom Parlament mit grosser Mehrheit akzeptiert wurde. Thomas Cottier hat bemerkt, dass das Land in den Jahren 1989-1992 seine “besten Köpfe” in die institutionellen EWR-Verhandlungen geschickt hat¹⁶. Ebenso hätte man deswegen stutzig werden sollen, weil die Norweger, Isländer und Liechtensteiner mit diesem angeblich so schlechten Abkommen gut leben.

Trotzdem wurde am 18. Dezember 2013 ein Verhandlungsmandat auf der Grundlage des “reinen” EuGH-Modells erteilt und am 22. Mai 2014 wurden die Verhandlungen aufgenommen. Sie führten freilich zu keinem Ergebnis. Es wurde spätestens jetzt immer klarer, dass das “reine” EuGH-Modell in einer Volksabstimmung keine Chance haben würde. Es war nicht einmal sicher, ob das Parlament zugestimmt hätte.

2. Die EU bringt das Schiedsgerichtsmodell ins Spiel

Am Rande des Berner Besuchs von EU-Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker am 23. November 2017 gaben Mitglieder der EU-Delegation den Schweizern offenbar den Hinweis, wenn das “reine” EuGH-Modell innenpolitisch nicht durchsetzbar sei, so sollten sie es mit einem “Schiedsgericht” versuchen. Dabei war jedem Kenner der Materie a priori klar, dass ein echtes Schiedsgericht, bei dem beide Konfliktparteien je einen Schiedsrichter benennen, die sich dann auf einen Vorsitzenden einigen, zur Regelung von Konflikten eines Drittstaates mit der EU nicht in Betracht kommt. Ein solches Schiedsgericht wäre mit der Autonomie des EU-Rechts, so wie sie vom EuGH seit jeher verstanden wird, ebenso unvereinbar wie ein permanentes bilaterales Gericht Schweiz-EU. Insoweit ist auch auf zwei Bestimmungen des EWR-Abkommens und des Zollsicherheitsabkommens Schweiz-EU (“24-Stunden-Abkommen”) hinzuweisen. Nach Artikel 111 Abs. 3 und 4 EWRA darf ein Schiedsgericht nur über den Umfang oder die Dauer von Sanktionen entscheiden, nicht aber über die Auslegung von Bestimmungen des EWR-Rechts, die mit Vorschriften des EU-Rechts inhaltsgleich sind. Es wird ausdrücklich gesagt, dass solche Fragen in einem Schiedsverfahren „nicht behandelt werden“ dürfen, also ausgeschlossen sind. Derselbe Grundsatz ist in Artikel 29 Abs. 3 des 24-Stunden-Abkommens Schweiz-EU niedergelegt. Der

¹⁵ Für eine Anbindung an bestehende EFTA-Strukturen, NZZ vom 12. Juli 2013, <https://www.nzz.ch/meinung/debatte/fuer-eine-anbindung-an-bestehende-efta-strukturen-1.18114933>.

¹⁶ Für eine Anbindung an bestehende EFTA-Strukturen, NZZ vom 12. Juli 2013, <https://www.nzz.ch/meinung/debatte/fuer-eine-anbindung-an-bestehende-efta-strukturen-1.18114933>.

einziges Gerichtshof neben dem EuGH, der Recht auslegen darf, das mit dem EU-Recht inhaltsgleich ist, ist der EFTA-Gerichtshof.

Es wurde denn auch sehr schnell klar, dass mit dem Vorschlag der EU etwas ganz anderes gemeint war als ein echtes Schiedsgericht. Am 18. Januar 2018 berichteten die Medien, die Kommission habe der Schweiz die Einsetzung eines Dreierschiedsgerichts vorgeschlagen. Bedingung sei allerdings, dass bei Fragen, die einen Zusammenhang mit dem EU-Recht haben, der EuGH eingeschaltet würde¹⁷. Am 2. März 2018 wurde das Verhandlungsmandat entsprechend angepasst¹⁸.

3. Verhandlungsverlauf und öffentliche Debatte

Niklaus Nuspliger schrieb unter dem Titel “Junckers Avancen an die Schweiz” in der NZZ vom 18. Januar 2018, zwar käme auch dieses Modell nicht ohne den EuGH aus.

“Eine tragende Rolle käme aber einem neuen, dreiköpfigen Schiedsgericht zu. Die Schweiz und die EU könnten je einen eigenen Arbitr bestimmen, ein dritter Richter würde im Einvernehmen aus einer gemeinsamen Kandidatenliste ausgewählt. Käme es zwischen der Schweiz und der EU zu einem Streit um die Auslegung der bilateralen Marktzugangs-Verträge, wäre wie heute zuerst der mit Vertretern Berns und Brüssels bestückte Gemischte Ausschuss am Zug. Wäre dort keine Einigung möglich, könnte jede Seite auch gegen den Willen der anderen das Schiedsgericht anrufen. Die drei Schiedsrichter müssten dann in einem ersten Schritt beurteilen, ob der Streit zwischen Bern und Brüssel unmittelbar EU-Recht betrifft oder nicht. Würde es sich um die Auslegung von bilateralem Recht handeln, das sich nicht direkt vom EU-Recht ableitet, könnte das Schiedsgericht selber ein Urteil fällen. Der EuGH käme also gar nicht ins Spiel, und der Schiedsspruch der drei Arbitr wäre dennoch sowohl für die Schweiz wie für die EU verbindlich. Ein Beispiel aus der Vergangenheit für eine nicht direkt aus dem EU-Recht abgeleitete Bestimmung wäre womöglich die Ventilklausel aus dem Personenfreizügigkeitsabkommen, die der Bundesrat zum Ärger der EU aktivierte.”

Am gleichen Tag sagte der Präsident des Wirtschaftsdachverbandes Economiesuisse, Heinz Karrer, das von der EU-Kommission ins Spiel gebrachte Schiedsgericht wäre die beste Lösung. Eine derartige paritätische und je nach Fall zusammengesetzte Einrichtung würde die politische Akzeptanz eines Rahmenabkommens mit der EU innenpolitisch erhöhen. Mit dieser angeblich

¹⁷ Vgl. z.B. Jim Brunsten/Ralph Atkins, EU's Swiss proposal could serve as Brexit blueprint, Financial Times vom 18. Januar 2019, <https://www.ft.com/content/4164a5fo-fc6f-11e7-a492-2c9be7f3120a>.

¹⁸ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20183095>.

neuen Idee sollten die verpönten “fremden Richter” aus dem Fokus genommen werden. Vorgesehen sei ein dreiköpfiges Schiedsgericht mit Richtern aus der EU und der Schweiz. Betreffe der Streitfall “Recht, das nicht direkt EU-Recht ist”, so könne das Schiedsgericht entschieden. Als Beispiele nannte Karrer die Ventilklausel oder die flankierenden Massnahmen. Gehe es hingegen um EU-Recht, müsste das Schiedsgericht zwingend den EuGH fragen, bevor es sich mit dem Streitfall befasst¹⁹.

Die CVP, die sich bisher für ein Andocken an die EFTA-Überwachungsbehörde und den EFTA-Gerichtshof stark gemacht hatte, teilte am 20. Januar 2018 mit, sie dränge auf ein paritätisch besetztes Gericht. Nur so könnten die Interessen des Landes durch einen Schweizer Richter gewahrt werden. Dem EuGH dürfe bei der Streitbeilegung “keine entscheidende Rolle” zukommen. Die Partei sprach sich stattdessen für ein Modell des EFTA-Gerichtshofs oder für eine Schiedsgerichtslösung aus, unter der Voraussetzung, dass der “Schlussentscheid zur Rechtsauslegung” nicht bei der EU liege. Die Präsidentin der APK Nationalrat, Elisabeth Schneider-Schneiter, hielt es für möglich, dass es bei den Parteien eine breite Unterstützung für eine solche Schiedsgerichtslösung gebe²⁰. Am 6. November 2018, als das Schiedsgerichtsmodell praktisch auf dem Tisch lag, bekräftigte CVP-Parteipräsident Gerhard Pfister in einem Interview mit Dominik Feusi und Markus Somm in der BAZ diese Position und betonte, dass seine Partei einem Mechanismus, bei dem “die meisten Streitfälle statt vom Schiedsgericht vom Gerichtshof der EU in Luxemburg beurteilt würden” nicht zustimmen werde. Darüber bestehe Konsens²¹.

Am 1. Februar 2018 berichtete das Newsportal Watson über die angeblich neue Lage mit den Worten:

„Statt dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) soll ein paritätisch zusammengesetztes Schiedsgericht zum Einsatz kommen, wenn es bei der Anwendung der Bilateralen Streit gibt.“²²

Am Tag zuvor, dem 31. Januar 2018, hatte der Bundesrat eine umfassende Aussprache über die Europapolitik geführt und angekündigt, „neue Ansätze zur Streitbeilegung“ prüfen zu wollen.

¹⁹ <https://www.fm1today.ch/economiesuisse-begruesst-idee-eines-schiedsgerichts/682118>.

²⁰ <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/cvp-befuerwortet-schiedsgerichtsloesung-fuer-rahmenabkommen-132109703>.

²¹ Dominik Feusi/Markus Somm, Mitte ist eine Position, aber noch kein Inhalt. CVP-Präsident Gerhard Pfister über die Bundesratskandidaten, den Migrationspakt und die Verhandlungen mit der EU, BAZ vom 6. November 2018, <https://bazonline.ch/infografik/schweiz/mitte-ist-eine-position-aber-noch-kein-inhalt/story/17852432>.

²² <https://www.watson.ch/Schweiz/Schweiz-EU/849639934-Cassis-drueckt--in-der-Europapolitik-aufs-Gas--bleibt-aber-vage>.

Am 5. März 2018, schwenkte Bundesrat Cassis im Beisein seines neuen Europa-Staatssekretärs Roberto Balzaretto in einer Medienkonferenz auf das Schiedsgerichtsmodell ein. Am gleichen Tag titelte der *Tages-Anzeiger*:

„EU ist mit Schiedsgericht einverstanden. Der Bundesrat hält (sic!) beim Rahmenabkommen den eingeschlagenen Kurs bei. Zur Beilegung von Streitigkeiten mit der EU soll ein Schiedsgericht eingesetzt werden.“²³

Am 23. April 2018 berichteten Fabian Fellmann und Remo Haas in der *AZ*, unter dem Titel „EU kommt der Schweiz beim Schiedsgericht entgegen,“ Europa-Staatssekretär Balzaretto habe der EU Zugeständnisse „abringen“ können. Die EU sei bereit, die Rolle des EuGH in der bilateralen Streitschlichtung eng zu begrenzen.

„Im Prinzip soll das Schiedsgericht Streitigkeiten alleine lösen können [...]. Entscheiden wird das Schiedsgericht, das ist jetzt eine gemeinsame Position.“

Die EU, so die *AZ*, habe damit in einem zentralen Punkt nachgegeben. Sie gebe sich damit zufrieden, dass die drei Schiedsrichter selbst entscheiden, ob sie den EuGH beziehen. Das dürfte dort der Fall sein, wo es keine eindeutige Rechtsprechung des EuGH gibt²⁴.

In der *NZZ* schrieb Niklaus Nuspliger am 3. Mai 2018 unter dem Zwischentitel „Unabhängiges Schiedsgericht“:

„Eine Annäherung gab es jüngst beim Schiedsgericht, das mit der Streitschlichtung betraut werden soll. Geht es in einem politisch unlösbaren Streit um EU-Recht, soll das Gericht die Jurisprudenz des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) berücksichtigen oder den EuGH befragen, wenn noch keine Rechtsprechung vorliegt. Geht es um bilaterale Vereinbarungen ohne direkte Entsprechung im EU-Recht, würde das Schiedsgericht alleine entscheiden. Die drei Schiedsrichter sollen unabhängiger agieren, als Brüssel zunächst zulassen wollte. Die EU und die Schweiz könnten Argumente für oder gegen eine Anrufung des EuGH geltend machen. Doch wären die Arbitr in ihrem Entscheid frei, müssten ihn aber begründen.“²⁵

Zwar wurde, wie in anderen Zeitungsberichten, im Text (gewissermassen im Kleingedruckten) hinzugefügt, der EuGH müsse einem solchen Mechanismus noch seinen Segen geben. Aber zum einen stand im Titel etwas

²³ <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/EU-ist-mit-Schiedsgericht-einverstanden/story/29713530>.

²⁴ <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/eu-kommt-der-schweiz-beim-schiedsgericht-entgegen-132469888>.

²⁵ <https://www.nzz.ch/schweiz/eu-rahmenabkommen-die-stolpersteine-ld.1382669>, Hervorhebung hinzugefügt.

anderes und zum anderen machte sich niemand die Mühe, die Fallpraxis des EuGH zu neuen Gerichtsmechanismen in Abkommen der EU mit Drittstaaten zu analysieren. In der Öffentlichkeit, aber auch bei den Parlamentariern, entstand daher der Eindruck, das Problem der Streitentscheidung sei vom Tisch und man könne sich nun den anderen offenen Punkten zuwenden. Als sich der Streit mit der EU ab Oktober 2018 zuspitzte und Letztere dem Bundesrat am 29. November 2018 gar ein bis 7. Dezember 2018 befristetes Ultimatum stellte²⁶, spielte das Schiedsgericht in der Diskussion keine Rolle mehr.

Bern korrigierte diese optimistischen Aussagen nicht. Man darf im Gegenteil davon ausgehen, dass sie aus dem Bundeshaus orchestriert wurden.

Trotzdem verfiel das Schiedsgerichtsmodell nicht einmal in der Partei von Bundesrat Cassis. Die Delegierten der FDP verabschiedeten am 23. Juni 2018 im Beisein des Aussenministers einstimmig ein Papier zur Europapolitik, welches fordert, dass das Schiedsgericht bloss für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit von Sanktionen zuständig sein dürfe. Für die Streitbeilegung müsse wie bis anhin der Gemischte Ausschuss zuständig sein²⁷.

Was des Weiteren auffällt ist, dass Vertreter der Wissenschaft, die früher klar gegen die EuGH-Lösung votiert haben, zu Apologeten des InstA geworden sind. Thomas Cottier hat sich in der NZZ vom 12. Juli 2013 für eine “Anbindung an bestehende EFTA-Strukturen” ausgesprochen. In der BZ vom 26. April 2014 hat er bekräftigt, dass “ein Andocken an die Efta-Strukturen” für ihn “ein realistisch gangbarer Weg” ist und hinzugefügt:

“[D]er Bundesrat will den Europäischen Gerichtshof (EuGH) bei Streitigkeiten als Schiedsinstanz akzeptieren. Das hat Brüssel ziemlich erstaunt. Mich auch – zumal der EuGH der Schweiz nicht unbedingt wohl gesinnt ist, wenn man die Urteile betrachtet. Hinzu kommt, dass bei der Variante des Bundesrates die EU-Kommission die bilateralen Verträge überwacht. Dann hätten wir absolut nichts zu sagen. Ich verstehe diesen Ansatz nicht. Für unsere bilaterale Architektur sind die Efta-Institutionen wie geschaffen. Eine solche Anbindung wäre auch in einer Volksabstimmung einfacher durchzubringen, weil im Efta-Gericht auch

²⁶ Dominik Feusi/Stephan Israel, Die EU stellt dem Bundesrat ein Ultimatum, <https://bazonline.ch/schweiz/standard/die-eu-stellt-dem-bundesrat-ein-ultimatum/story/10229673?track>.

²⁷

https://www.fdp.ch/fileadmin/documents/fdp.ch/pdf/DE/Positionen/Positionspapiere/Aussenpolitik/Mehr_zu_diesem_Thema/20180623_Eckwerte_einer_selbstbewussten_Europapolitik_d_Beschluss_DV.pdf.

Schweizer Richter sitzen. Das Gleiche gilt auch für die Efta-Überwachungsbehörde.”²⁸

Heute macht Cottier geltend, aufgrund von “Wortlaut und Zweck” des Rahmenabkommens ergäben sich durchaus selbständige Funktionen des Schiedsgerichts²⁹. “Der Vertrag bietet im Ergebnis eine differenzierte und für die Schweiz vorteilhafte Regelung der rechtlichen Streitbeilegung. Sie bildet gegenüber der heutigen Rechtslage ein wesentlicher (sic!) Fortschritt.”³⁰

Christa Tobler war die Initiatorin des Briefes der 15 Professorinnen und Professoren des Europarecht, des Internationalen Privatrechts und des Staatsrechts an den Bundesrat vom Sommer 2013, der sich klar gegen das “reine” EuGH-Modell aussprach und davor warnte, ein entsprechendes Mandat zu entwerfen. Die Unterzeichner warfen dem Bundesrat vor, er sei deutlich über die Forderungen der EU zur Erneuerung des bilateralen Wegs hinausgegangen.³¹ Heute ist Christa Tobler Verfechterin des Schiedsgerichtsmodells³². Zu den Unterzeichnern des Briefes gehörte auch Thomas Cottier. Er war damals einer der wenigen, welche das Zwei-Pfeiler-Modell des EWR, das unter Mitwirkung der Schweizer Unterhändler zustande gekommen war, weil eine Unterwerfung unter den EuGH vermieden werden sollte, verstand³³. Cottier war während der EWR-Verhandlungen Bundesbeamter.

II. Aufgabe des Schiedsgerichts

1. Abkommenstext

Artikel 4 InstA bestimmt unter dem Titel „Grundsatz der einheitlichen Auslegung“:

„Zur Verwirklichung der in Artikel 1 definierten Ziele und unter Wahrung der Grundsätze des Völkerrechts werden die betroffenen Abkommen und die Rechtsakte der Europäischen Union, auf die darin Bezug genommen wird, in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt, einheitlich ausgelegt und angewandt.

²⁸ «Die Schweiz weiss nicht genau, wo sie hinwill», <https://www.bernerzeitung.ch/schweiz/standard/die-schweiz-weiss-nicht-genau---wo-sie-hinwill/story/25844327>.

²⁹ Thomas Cottier, Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU, https://suisse-en-europe.ch/wp-content/uploads/2019/01/Der-Rechtsschutz-im-Rahmenabkommen-Schweiz-EU-Cottier-0119_2.pdf, 3.

³⁰ Thomas Cottier, Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU, https://suisse-en-europe.ch/wp-content/uploads/2019/01/Der-Rechtsschutz-im-Rahmenabkommen-Schweiz-EU-Cottier-0119_2.pdf, 9.

³¹ <https://www.nzz.ch/schweiz/appell-der-europarechtler-an-den-bundesrat-1.18124962>.

³² Vgl. Christa Tobler in <https://www.luzernerzeitung.ch/schweiz/bilaterale-streit-um-fremde-richter-juncker-schlaegt-schiedsgericht-vor-ld.81987>.

³³ Oben, I.1.

Impliziert die Anwendung der Bestimmungen dieses Abkommens und der betroffenen Abkommen sowie der Rechtsakte, auf die darin Bezug genommen wird, unionsrechtliche Begriffe, werden die Bestimmungen und Rechtsakte gemäss der vor oder nach der Unterzeichnung des betreffenden Abkommens ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ausgelegt und angewandt.“

Artikel 10 bestimmt unter dem Titel „Verfahren bei Streitigkeiten bezüglich Auslegung oder Anwendung“:

„1. Bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Auslegung oder der Anwendung dieses Abkommens oder eines betroffenen Abkommens oder eines Rechtsakts, der darin erwähnt wird, konsultieren sich die Vertragsparteien im sektoriellen Ausschuss, um eine für beide Seiten akzeptable Lösung zu finden. Im Hinblick auf eine gründliche Prüfung des Sachverhalts sind sämtliche zweckdienlichen Informationen zur Verfügung zu stellen. Gelingt es dem sektoriellen Ausschuss nicht, eine Lösung zu finden, so kann eine Vertragspartei verlangen, dass die Angelegenheit offiziell zur Entscheidung auf die Tagesordnung des sektoriellen Ausschusses gesetzt wird. Der sektorielle Ausschuss prüft sämtliche Möglichkeiten zur Erhaltung des ordnungsgemässen Funktionierens des betroffenen Abkommens.

2. Findet der sektorielle Ausschuss innerhalb einer Frist von drei Monaten ab dem Datum, an dem er mit der Angelegenheit befasst wurde, keine Lösung für die Streitigkeit gemäss Absatz 1, so kann die Schweiz oder die Europäische Union verlangen, dass ein Schiedsgericht gemäss dem Protokoll über das Schiedsgericht den Streitfall entscheidet.

3. Wirft der Streitfall eine Frage betreffend die Auslegung oder Anwendung einer Bestimmung gemäss Artikel 4 Absatz 2 dieses Abkommens auf und ist deren Auslegung für die Streitbeilegung relevant und für seine Entscheidung notwendig, so ruft das Schiedsgericht den Gerichtshof der Europäischen Union an. Das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union ist für das Schiedsgericht verbindlich.

[...]“

Artikel III.9 des Protokolls 3 über das Schiedsgericht bestimmt unter dem Titel „Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union“:

„1. In Anwendung von Artikel 4 und 10 des Abkommens ruft das Schiedsgericht den Gerichtshof der Europäischen Union an.

2. Das Schiedsgericht kann den Gerichtshof der Europäischen Union zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens anrufen, sofern es den rechtlichen und tatsächlichen Rahmen und die aufgeworfenen Rechtsfragen hinreichend genau bestimmen

kann. Das Verfahren vor dem Schiedsgericht wird bis zur Verkündung des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union ausgesetzt.

3. Jede Partei kann einen begründeten Antrag auf Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union an das Schiedsgericht richten. Das Schiedsgericht weist einen solchen Antrag zurück, wenn die Voraussetzungen für die Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union gemäss den Bestimmungen von Absatz 1 dieses Artikels seiner Auffassung nach nicht erfüllt sind. Weist das Schiedsgericht den Antrag einer Partei auf Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union zurück, so muss es seine Entscheidung im Schiedsspruch in der Hauptsache begründen.

[...]“

2. Interpretation durch die Befürworter des Schiedsgerichts

(i) Vorbemerkungen

Daran, dass das Schiedsgericht bei Vorliegen der einschlägigen Voraussetzungen den EuGH anrufen muss, kann aufgrund des klaren Wortlauts von Artikel III.9. Absatz 1 des Protokolls 3 kein Zweifel bestehen („ruft an“, im französische Originaltext „*saisit*“). Die Frage ist aber, wann das der Fall ist. Artikel III.9. Absatz 1 des Protokolls 3 verweist dazu auf die Artikel 4 und 10 InstA.

Nach Artikel 10 Absatz 3 InstA kommt es darauf an, ob „der Streitfall eine Frage betreffend die Auslegung oder Anwendung einer Bestimmung gemäss Artikel 4 Absatz 2 dieses Abkommens“ aufwirft und „deren Auslegung für die Streitbeilegung relevant und für seine Entscheidung notwendig“ ist. Eine solche Frage ist nach Artikel 4 Absatz 2 InstA dann gegeben, wenn „die Anwendung der Bestimmungen dieses Abkommens und der betroffenen Abkommen sowie der Rechtsakte, auf die darin Bezug genommen wird, unionsrechtliche Begriffe [impliziert]“ (im französischen Originaltext „*implique*“). Die Entscheidung darüber obliegt dem Schiedsgericht. Die Frage ist allerdings, ob das Schiedsgericht dabei ein Ermessen hat.

Thomas Cottier hat die Auffassung vertreten, eine Einschaltung des EuGH sei nur dann erforderlich, „wo sich auf Grund von Wortlaut, Sinn und Zweck eine identische Anwendung mit dem EU Recht aufdrängt“³⁴. Die bilateralen Abkommen seien völkerrechtliche Verträge. Sie seien in erster Linie nach dem Wortlaut und nicht nach der viel stärker von Sinn und Zweck bestimmten

³⁴ Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU, https://suisse-en-europe.ch/wp-content/uploads/2019/01/Der-Rechtsschutz-im-Rahmenabkommen-Schweiz-EU-Cottier-0119_2.pdf, 8.

Methode des EU Rechts auszulegen³⁵. Die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismässigkeit seien daher unter den bilateralen Verträgen und dem InstA als Begriffe dieser Abkommen zu interpretieren. Diese Meinung ist mit Artikel 4 Absatz 2 InstA nicht vereinbar. Cottier argumentiert sodann, die Schiedsgerichtsbarkeit sei von der EU als Kompromiss vorgeschlagen worden. Dieser mache nur Sinn, “wenn dem paritätisch zusammengesetzten Gericht (sic!) eine gewisse Autonomie bei der Auslegung der bilateralen Verträge zugestanden wird”³⁶. Das mag ein frommer Wunsch sein, der aber rechtlich irrelevant ist.

(ii) Bundesrat

Der Bundesrat betrachtet die Schiedsgerichtslösung als Erfolg. Die angestrebten Ziele seien erreicht worden. In der Sache vertritt der Bundesrat die Auffassung, dem Schiedsgericht komme ein Ermessen zu, was unter Gesichtspunkten der Unabhängigkeit wichtig sei. In den „Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU“ vom 19. Januar 2019³⁷ wird folgendes ausgeführt:

“Das Streitbeilegungsverfahren als solches wird [...] in Artikel 10 geregelt. Grundsätzlich handelt es sich dabei um ein **klassisches Schiedsgerichtsverfahren**, wie es in zahlreichen völkerrechtlichen Verträgen besteht – mit der Besonderheit, dass das Schiedsgericht für die Auslegung des in den Abkommen enthaltenen EU-Rechts falls notwendig den EuGH beizieht. Dies ergibt sich daraus, dass dem EuGH die Auslegungshoheit über das EU-Recht zukommt. Dem schiedsgerichtlichen Verfahren vorgelagert ist die **herkömmliche Streitbeilegung im Rahmen der jeweiligen Gemischten Ausschüsse der Vertragsparteien**.

Im Falle eines Streits über die Auslegung oder Anwendung eines der betroffenen Marktzugangsabkommen oder auch des InstA selbst (siehe dazu das Schema in Anhang II) sowie bei Differenzen in der Frage einer Rechtsübernahme (siehe dazu das Schema in Anhang I) konsultieren sich die Vertragsparteien zunächst wie üblich im jeweiligen **Gemischten Ausschuss** und versuchen, einvernehmlich eine Lösung für den Streit zu finden (Art. 10 Abs. 1). Gelingt es dem Gemischten Ausschuss innerhalb von drei Monaten, nachdem der Streit offiziell auf seine Agenda gesetzt worden ist, nicht, den Streit beizulegen, kann jede

³⁵ Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU, https://suisse-en-europe.ch/wp-content/uploads/2019/01/Der-Rechtsschutz-im-Rahmenabkommen-Schweiz-EU-Cottier-0119_2.pdf, 5.

³⁶ Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU, https://suisse-en-europe.ch/wp-content/uploads/2019/01/Der-Rechtsschutz-im-Rahmenabkommen-Schweiz-EU-Cottier-0119_2.pdf, 8.

³⁷ <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/55046.pdf>, B.2.4.

Vertragspartei die Einsetzung eines **paritätischen Schiedsgerichts** verlangen (Art. 10 Abs. 2).

[...]

Wirft die Streitigkeit eine **Frage der Auslegung oder Anwendung von EU-Recht** auf, deren Klärung für die Beilegung der Streitigkeit notwendig ist, befasst das Schiedsgericht den **EuGH** damit (Art. 10 Abs. 3). Die Vertragsparteien dürfen nicht direkt zum EuGH gelangen, sondern müssen den Einbezug des EuGHs beim Schiedsgericht beantragen. Der Entscheid darüber obliegt allein dem Schiedsgericht. Lehnt es den Einbezug des EuGH ab, so hat es dies zu begründen (Art. III.9 Abs. 3 Prot. 3).³⁸

In Anhang C.2. wird schliesslich eine Graphik abgedruckt. Darin steht u.a.:

„Anrufung des EuGH durch das Schiedsgericht – nur wenn Streitgegenstand EU-Recht betrifft + Auslegung durch EuGH relevant und notwendig ist. Auslegung des EuGH ist für Schiedsgericht bindend.“³⁹

Ein unbefangener Leser dieser Absätze erhält den Eindruck, als sei die Entscheidung einer Streitigkeit durch das Schiedsgericht die Regel und die Anrufung des EuGH die Ausnahme.

(iii) *Economiesuisse*

Economiesuisse, ein anderer wichtiger Protagonist, liegt auf derselben Linie. In seinem Papier vom 14. Januar 2019 schreibt der Dachverband:

„Entscheidet das Schiedsgericht, dass es sich beim betroffenen Rechtsbereich um EU-Recht handelt, ist der EuGH ähnlich wie in einem Vorlageverfahren zu konsultieren und dessen Auslegung zu berücksichtigen. Das Schiedsgericht fällt hierauf einen abschliessenden und verbindlichen Entscheid. [...] Die Schweiz erhält bei der Streitschlichtung mit dem vereinbarten Mechanismus ein Instrument, um ihre Interessen in Bezug auf die betroffenen Markt Zugangsabkommen wirksam durchzusetzen. Dies stärkt die Rechtssicherheit. [...] Das paritätische Schiedsgericht entspricht nach einer ersten Einschätzung [...] den gängigen völkerrechtlichen Prinzipien. Die Schweiz hat in vielen ihrer Abkommen solche Schiedsverfahren abgeschlossen⁴⁰.

³⁸ Hervorhebungen im Original.

³⁹ Hervorhebung hinzugefügt.

⁴⁰ <https://www.economiesuisse.ch/de/dossier-politik/insta-entwurf-inhalt-und-zentrale-fragestellungen>. Hervorhebungen hinzugefügt.

3. Stellungnahme

(i) Schiedsgericht ist copy-paste aus den Abkommen der EU mit Georgien, Moldawien und der Ukraine

Wer die Erläuterungen des Bundesrats liest, könnte glauben, das Schiedsgericht sei eine massgeschneiderte Lösung für die Schweiz. Das ist nicht der Fall. Der Bundesrat erwähnt mit keinem Wort, dass das Schiedsgerichtsmodell keineswegs zur Lösung von Konflikten zwischen der EU und einer der weltweit stabilsten und am höchsten entwickelten Volkswirtschaften der Welt mit funktionierender direkter Demokratie, ausgebautem Rechtsstaat und Schutz der Menschenrechte geschaffen worden ist; einer Volkswirtschaft, die stärker in Europa integriert ist als die vieler EU-Mitgliedstaaten. Das Schiedsgerichtsmodell wurde von der EU vielmehr im Rahmen der Europäischen Nachbarschaftspolitik zur Vertiefung und Stärkung der Beziehungen zu den ehemaligen Sowjetrepubliken Georgien, Moldawien und Ukraine entwickelt. Mit diesen drei Staaten schloss die Union im Jahr 2014 Assoziationsverträge deren Ziele mit denen des InstA nicht das Geringste zu tun haben. Das zeigt schon ein Blick in die Präambeln.

In der Präambel des InstA wird auf die gemeinsamen Werte der EU, ihrer Mitgliedstaaten und der Schweiz ebenso hingewiesen wie auf die Tatsache, dass die EU und die Schweiz durch zahlreiche bilaterale Abkommen in verschiedenen Bereichen miteinander verbunden sind, die spezifische Rechte und Pflichten enthalten und in mancher Hinsicht jenen innerhalb der Europäischen Union entsprechen. Es wird weiter gesagt, die (sc. bereits bestehende) Beteiligung der Schweiz am EU-Binnenmarkt sei zu stärken und zu vertiefen, “unter Wahrung der Unabhängigkeit der Vertragsparteien sowie jener ihrer Institutionen und – in Bezug auf die Schweiz – unter Wahrung der Grundsätze der direkten Demokratie und des Föderalismus”. Die Demokratie soll also in der Schweiz nicht aufgebaut werden, sie ist älter als die Demokratien der meisten EU-Staaten.

In der Präambel des Ukraine-Abkommens der EU heisst es demgegenüber:

- Die Parteien bekennen sich zu engen, dauerhaften Beziehungen “auf der Grundlage gemeinsamer Werte, nämlich Achtung der demokratischen Grundsätze, Rechtsstaatlichkeit, verantwortungsvolle Staatsführung, Menschenrechte und Grundfreiheiten einschliesslich der Rechte von Angehörigen nationaler Minderheiten, Nichtdiskriminierung von Minderheiten und Achtung der Vielfalt, Menschenwürde und Bekenntnis zu den Grundsätzen der freien Marktwirtschaft, was die Beteiligung der Ukraine an der europäischen Politik erleichtern würde” (BE 2).
- Die Parteien bekräftigen die Tatsache, “dass die Europäische Union die auf Europa gerichteten Bestrebungen der Ukraine anerkennt und ihre Entscheidung für Europa begrüsst, einschliesslich ihrer Zusage, eine

vertiefte und tragfähige Demokratie und eine Marktwirtschaft aufzubauen” (BE 6).

- Die Parteien erkennen, “dass die gemeinsamen Werte, auf die sich die Europäische Union stützt, nämlich Demokratie, Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie Rechtsstaatlichkeit, auch wesentliche Elemente dieses Abkommens sind” (BE 7).
- Die Parteien sind überzeugt, “dass die Ukraine die politischen, sozioökonomischen und institutionellen Reformen durchführen muss, die für eine wirksame Umsetzung dieses Abkommens erforderlich sind” (BE 15) ⁴¹.

Die Präambeln der Abkommen mit den beiden anderen post-sowjetischen Staaten enthalten ähnliche Formulierungen⁴². Insgesamt ist nochmals zu betonen, dass diese Verträge primär auf die Ziele Schaffung von Stabilität und Errichtung demokratischer, rechtsstaatlicher und marktwirtschaftlicher Strukturen in der Nachbarschaft der EU gerichtet sind, während im Fall der Schweiz die (partielle) Teilnahme am Binnenmarkt im Zentrum steht.

Was den Streitentscheidungsmechanismus im Besonderen anlangt, so gibt es bei den einzelnen Verträgen Unterschiede.

Artikel 322 des Ukraine-Abkommens bestimmt unter dem Titel „Streitbeilegung im Zusammenhang mit der Annäherung der Regelungen“:

„(1) Die in diesem Artikel genannten Verfahren gelten für Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen, die bezüglich der Annäherung der Regelungen in Kapitel 3 (Technische Handelshemmnisse), Kapitel 4 (Gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Massnahmen), Kapitel 5 (Zoll- und Handelserleichterungen), Kapitel 6 (Niederlassung, Dienstleistungshandel und elektronischer Geschäftsverkehr), Kapitel 8 (Öffentliches Beschaffungswesen) und Kapitel 10 (Wettbewerb) festgelegt sind oder die einer Vertragspartei auf andere Weise durch Bezugnahme auf eine Bestimmung des EU-Rechts eine Verpflichtung auferlegen.

(2) Stellt sich im Rahmen einer Streitigkeit eine Frage zur Auslegung einer Bestimmung des EU-Rechts gemäss Absatz 1, so entscheidet das Schiedspanel die Frage nicht, sondern legt sie dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Entscheidung vor. In diesem Fall sind die Fristen für die Entscheidungen des Schiedspanels unterbrochen, bis der Gerichtshof der Europäischen Union

⁴¹ http://publications.europa.eu/resource/cellar/4589a50c-e6e3-11e3-8cd4-01aa75ed71a1.0004.03/DOC_1.

⁴² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0830%2802%29&from=DE>; [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:22014A0830\(01\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:22014A0830(01)&from=DE).

entschieden hat. Die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist für das Schiedspanel bindend.“

Der Vollständigkeit halber weise ich darauf hin, dass die EU Mitte Januar 2019 das erste Verfahren gegen die Ukraine eingeleitet hat⁴³. Als ersten Schritt hat die EU bilaterale Konsultationen mit der Ukraine zur Beilegung von Streitigkeiten über das ukrainische Exportverbot für unverarbeitetes Holz verlangt.

Artikel 403 des Moldawien-Abkommens lautet praktisch gleich wie die Ukraine-Regelung. Er bestimmt:

“Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union

(1) Die in diesem Artikel genannten Verfahren gelten für Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen, die in Titel V (Handel und Handelsfragen) Kapitel 3 (Technische Handelshemmnisse), Kapitel 4 (Gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Massnahmen), Kapitel 5 (Zoll- und Handelserleichterungen), Kapitel 6 (Niederlassung, Dienstleistungshandel und elektronischer Geschäftsverkehr), Kapitel 8 (Öffentliches Beschaffungswesen) oder Kapitel 10 (Wettbewerb) die schrittweise Annäherung betreffen oder die einer Vertragspartei auf andere Weise durch Bezugnahme auf eine Bestimmung des Unionsrechts eine Verpflichtung auferlegen.

(2) Stellt sich im Rahmen einer Streitigkeit eine Frage zur Auslegung einer Bestimmung des Unionsrechts gemäss Absatz 1, so entscheidet das Schiedspanel die Frage nicht, sondern legt sie dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Entscheidung vor. In diesem Fall sind die Fristen für die Entscheidungen des Schiedspanels unterbrochen, bis der Gerichtshof der Europäischen Union entschieden hat. Die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist für das Schiedspanel bindend.”

Artikel 267 des Georgien-Vertrages bestimmt:

“Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union

(1) Die in diesem Artikel genannten Verfahren gelten für Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung von Bestimmungen dieses Abkommens, die einer Vertragspartei durch Bezugnahme auf eine Bestimmung des Unionsrechts eine Verpflichtung auferlegen.

(2) Stellt sich im Rahmen einer Streitigkeit eine Frage zur Auslegung einer Bestimmung des Unionsrechts gemäss Absatz 1, so entscheidet das

⁴³ https://www.einnews.com/pr_news/473750580/eu-requests-bilateral-dispute-settlement-consultations-with-ukraine-over-wood-export-ban.

Schiedspanel die Frage nicht, sondern legt sie dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Entscheidung vor. In diesem Fall sind die Fristen für die Entscheidungen des Schiedspanels unterbrochen, bis der Gerichtshof der Europäischen Union entschieden hat. Die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist für das Schiedspanel bindend.”

Die Formulierung im Georgien-Vertrag unterscheidet sich von denen in den beiden anderen Verträgen dadurch, dass die Streitigkeiten, bei denen der EuGH anzurufen ist, weniger spezifisch umschrieben werden. Entscheidend ist aber, dass die Anrufung des EuGH in allen drei Abkommen vorgeschrieben wird, wenn Abkommensrecht in Frage steht, das auf Unionsrecht Bezug nimmt.

Der Vollständigkeit halber sei hier auch die entsprechende Vorschrift des (vom House of Commons am 15. Januar 2019 abgelehnten) Austrittsvertrages des Vereinigten Königreichs aus der EU genannt⁴⁴. Dessen Artikel 174 Absatz 1 bestimmt:

„Disputes raising questions of Union law

Where a dispute submitted to arbitration in accordance with this Title raises a question of interpretation of a concept of Union law, a question of interpretation of a provision of Union law referred to in this Agreement or a question of whether the United Kingdom has complied with its obligations under Article 89(2), the arbitration panel shall not decide on any such question. In such case, it shall request the Court of Justice of the European Union to give a ruling on the question. The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give such a ruling which shall be binding on the arbitration panel.“

„Streitigkeiten, die Fragen des Unionsrechts aufwerfen

„Wirft eine Streitigkeit, die gemäss diesem Titel dem Schiedspanel vorgelegt wird, eine Frage der Auslegung eines Begriffs des Unionsrechts, eine Frage der Auslegung einer in diesem Abkommen in Bezug genommenen Bestimmung des Unionsrechts oder eine Frage darüber auf, ob das Vereinigte Königreich seinen Verpflichtungen aus Artikel 89 Absatz 2 nachgekommen ist, so entscheidet das Schiedspanel nicht über eine solche Frage. In diesem Fall muss es den Gerichtshof der Europäischen Union ersuchen, über die Frage zu entscheiden. Der Gerichtshof der Europäischen Union ist für eine solche Entscheidung zuständig, die für das Schiedspanel bindend ist.“⁴⁵

Die dritte Konstellation (Entscheidung darüber, ob das Vereinigte Königreich seinen Verpflichtungen aus Artikel 89 Absatz 2 nachgekommen ist) ist im

⁴⁴

https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/draft_withdrawal_agreement_o.pdf.

⁴⁵ Meine Übersetzung.

vorliegenden Zusammenhang irrelevant. (Natürlich würde dem EuGH nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs kein britischer Richter mehr angehören)⁴⁶.

Das InstA verwendet eine andere Sprachtechnik. Es nennt das Unionsrecht und das aus dem Unionsrecht abgeleitete Abkommensrecht nicht als zwei separate Kategorien. Es soll darauf ankommen, ob unionsrechtliche Begriffe “impliziert” sind (Artikel 4 Absatz 2). Angesichts der oben zitierten Aussagen des Bundesrates und von Economiesuisse⁴⁷ muss man die Frage stellen, ob diese Formulierung dem Schweizer Schiedsgericht ein höheres Mass an Unabhängigkeit verleiht als den Schiedsgerichten der drei postsowjetischen Staaten und Grossbritanniens zugestanden wurde. Offenbar gibt es in Bern Leute die das glauben oder die zumindest möchten, dass es andere glauben. In einem Kommentar in der *NZZ* vom 28. November 2018 schreibt Heidi Gmür, “das heute vorliegende Angebot der EU” enthalte einige “Verhandlungserfolge” der Schweiz. Dazu gehörten neben der Einschränkung des Geltungsbereich des InstA auf fünf zentrale (und allfällige neue) Marktzugangsabkommen und einer längeren Frist zur dynamischen Übernahme neuen EU-Rechts die Tatsache, dass die Streitbeilegung “statt an den Europäischen Gerichtshof” an ein paritätisch zusammengesetztes Schiedsgericht “delegiert” werde. “Dieses soll zudem, heisst es, unabhängiger sein als jenes, auf das sich Grossbritannien und die EU im Austrittsvertrag geeinigt haben.”⁴⁸ Gegen diese Lesart spricht freilich schon, dass das EDA selbst in einem Papier vom 7. Dezember 2018 feststellt: “Die Zuständigkeit des EuGHs ist auf die Auslegung von übernommenem EU-Recht beschränkt.”⁴⁹

(ii) Alle Drittstaatsverträge der EU mit Schiedsgerichtsmodell sind einheitlich auszulegen

(a) Prinzip

Das Ukraine-Modell war ursprünglich nicht für führende westeuropäische Staaten wie die Schweiz und das Vereinigte Königreich gedacht. Als sich herausstellte, dass das (vom Bundesrat initiierte) “reine” EuGH-Modell in der Schweiz nicht realisierbar war und sich die Probleme des Brexit als schier unüberwindbar herausstellten, beschloss die EU aber offenbar, das Ukraine-Modell zum neuen Standard für ihre Drittstaatsbeziehungen zu machen,

⁴⁶ <http://blogs.lse.ac.uk/brexit/2018/10/29/britzerland-the-problem-of-dispute-resolution-post-brexit/>.

⁴⁷ Oben, II.2.

⁴⁸ Heidi Gmür, Der Bundesrat steckt beim Rahmenabkommen in der Zwickmühle, *NZZ* vom 28. November 2018, <https://www.nzz.ch/schweiz/rahmenabkommen-der-bundesrat-steckt-in-der-zwickmuehle-ld.1440188?reduced=true>.

⁴⁹ Institutionelles Abkommen Schweiz–EU: Das Wichtigste in Kürze, <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/55046.pdf>, - Diese Formulierung findet sich in einer “Kurzbilanz”. Im Text dieses Papiers wird auch hier behauptet, der EuGH sei nur dann anzurufen, wenn es um eine Frage der Auslegung oder Anwendung von EU-Recht geht.

unabhängig davon, ob es sich bei einem Drittstaat um ein Schwellenland mit autokratischen Zügen oder um eine wettbewerbsfähige Volkswirtschaft mit demokratischen und rechtsstaatlichen Strukturen handelt. Der ehemalige Generaldirektor des Juristischen Dienstes des Rates der EU Jean-Claude Piris, der sich in der Brexit-Debatte in regelmässigen Abständen zu Wort meldet, hat das vor einigen Monaten ganz offen eingeräumt. In einem Tweet hat er den Ukraine-Streitentscheidungsmechanismus als “klassisch“ bezeichnet und damit geltend gemacht, er eigne sich auch für den Austrittsvertrag der Briten aus der EU und zur Gestaltung der künftigen Handelsbeziehungen EU-Grossbritannien⁵⁰. Gleiches gälte natürlich (aber das war nicht Piris’s Thema) für das InstA.

Die in der Schweiz verbreitete Meinung, die EU sei uns mit dem Schiedsgerichtsmodell „entgegengekommen“⁵¹ und wir hätten der EU das Schiedsgericht “abgerungen“⁵², entbehrt also jeder Grundlage. Offenbar wollte die EU nicht allzu offenkundig den Eindruck erwecken als handle sie nach dem Motto “one size fits all“ (eine Grösse für alle). Tatsächlich hat sie aber genau das gemacht. Das hat einen ganz einfachen Grund. Überall dort, wo es um die Auslegung von EU-Recht oder von Recht geht, das aus dem EU-Recht abgeleitet ist und deshalb auf ihm beruht bzw. mit ihm inhaltsgleich ist, beansprucht der EuGH eine Monopolstellung⁵³. Gemeint ist somit in allen fünf Abkommen dasselbe.

Bei der Wahl der Formulierung, entscheidend sei, ob EU-Recht „impliziert“ ist, ist die EU möglicherweise einem Wunsch der Schweiz nachgekommen. Auch das ändert aber nichts daran, dass der EuGH alle Drittstaatsabkommen, welche den Ukraine-Streitentscheidungsmechanismus enthalten, gleich auslegen wird. Es kann also keine Rede davon sein, dass die Schweiz besser behandelt würde als die drei ehemaligen Sowjetrepubliken oder (ggf.) Grossbritannien. Die Rechtslage ähnelt der, die nach 1972 bei den Freihandelsabkommen bestanden hat, welche die damalige EWG mit den einzelnen EFTA-Staaten abschloss. Obwohl das bilaterale Verträge waren, hat sie der EuGH einheitlich gehandhabt⁵⁴.

(b) Beamtenklausel im InstA

Eine signifikante Eigenheit des InstA findet sich in Artikel II.2., der die Anforderungen an die Schiedsrichter festlegt. Die Vorschrift bestimmt, dass in das Schiedsgericht

⁵⁰ https://twitter.com/piris_jc/status/1063420962035679232.

⁵¹ Vgl. Christa Tobler in <https://www.luzernerzeitung.ch/schweiz/bilaterale-streit-um-fremde-richter-juncker-schlaegt-schiedsgericht-vor-ld.81987>.

⁵² <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Bevor-sich-das-Zeitfenster-schliesst/story/16415872>.

⁵³ EuGH Gutachten 1/91.

⁵⁴ Vgl. Carl Baudenbacher, Swiss Economic Law Facing the Challenges of European and International Law, ZSR 2012 II, 419, 526 ff.

“hoch qualifizierte Personen mit oder ohne Verbindungen zu nationalen Verwaltungen zu bestellen [sind], die unabhängig und frei von Interessenkonflikten sind und über ein breites Erfahrungsspektrum verfügen.”⁵⁵

Das steht in einem auffallenden Gegensatz zu dem, was in Artikel 172 Absatz 2 des Austrittsabkommens Grossbritannien-EU gesagt wird. Diese Vorschrift lautet:

“The list [...] [of possible arbitrators] shall only comprise persons whose independence is beyond doubt, who possess the qualifications required for appointment to the highest judicial office in their respective countries or who are jurisconsults of recognised competence, and who possess specialised knowledge or experience of Union law and public international law. That list shall not comprise persons who are members, officials or other servants of the Union institutions, of the government of a Member State, or of the government of the United Kingdom.”

“Die Liste der möglichen Schiedsrichter umfasst nur Personen, die jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten und in ihrem Staat die für die höchsten richterlichen Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Juristen von anerkannt hervorragender Befähigung sind und über besondere Kenntnisse oder Erfahrungen im Unionsrecht und im Völkerrecht verfügen. Diese Liste umfasst keine Personen, die Mitglieder, Beamte oder sonstige Bedienstete der Organe der Union, der Regierung eines Mitgliedstaats oder der Regierung des Vereinigten Königreichs sind.”⁵⁶

Die Formulierung, dass nur Personen in Betracht kommen,

“die jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten und in ihrem Staat die für die höchsten richterlichen Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Juristen von anerkannt hervorragender Befähigung sind”,

ist Artikel 253 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union entnommen⁵⁷. Sie gilt für Richter und Generalanwälte des EuGH. Artikel 30 des Überwachungs- und Gerichtshofsabkommens der EFTA-Staaten bestimmt für die Richter des EFTA-Gerichtshofs dasselbe. Die Gründe dafür, dass das InstA auch Beamte zulässt, sind mir nicht bekannt. Aber angesichts dessen, dass das Schiedsgericht kaum eigene Kompetenzen hätte, ist das vielleicht auch nicht so wichtig. Trotzdem würde diese Vorschrift nicht zur Reputation des Schiedsgerichts des InstA beitragen.

⁵⁵ Hervorhebung hinzugefügt.

⁵⁶ Meine Übersetzung.

⁵⁷

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=DE.](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=DE)

(iii) Völkerrecht ist nicht entscheidend

Zur angeblichen Relevanz des Völkerrechts bei der Auslegung des InstA halte ich folgendes fest: Das Abkommen enthält einige Hinweise auf Grundsätze des Völkerrechts (vgl. Artikel 1 Absatz 3, Artikel 4, Artikel IV.3. von Protokoll 3). Daraus abzuleiten, dass im Falle eines Konflikts mit dem EU-Recht das Völkerrecht vorgehe, wäre freilich verfehlt. Zwar gibt es noch keine Rechtsprechung des EuGH zu den Abkommen mit den drei post-sowjetischen Staaten. Entscheidend wird aber Artikel 4 Absatz 2 InstA sein, der in seinem zweiten Absatz ganz klar bestimmt, dass immer dann, wenn unionsrechtliche Begriffe „impliziert sind“, die relevanten Vorschriften „gemäss der vor oder nach der Unterzeichnung des betreffenden Abkommens ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ausgelegt und angewandt“ werden. Die Formulierung „vor oder nach der Unterzeichnung des betreffenden Abkommens ergangenen Rechtsprechung“ geht sehr weit.

Der Satz des Bundesrates in den „Erläuterungen“, dass es sich vorliegend (grundsätzlich) um ein „klassisches Schiedsgerichtsverfahren“ handelt, wobei der EuGH falls erforderlich beizuziehen ist⁵⁸, ist eine *contradictio in adjecto* (ein Widerspruch in sich). Es gibt im klassischen Völkerrecht keine Verfahren, bei denen ein paritätisch besetztes Schiedsgericht das Gericht der einen Seite um eine verbindliche Auslegung ersuchen muss. Auch die Bezeichnung des InstA-Schiedsgerichts als „unabhängig“ an anderer Stelle der „Erläuterungen“ ist eine solche (unzulässige) *contradictio*.

(iv) Strukturelle Schwäche des Ad-hoc-Schiedsgerichts

Das im InstA vorgesehene Schiedsgericht wäre keine permanente Einrichtung. Es würde sich um ein Ad-hoc-Schiedsgericht handeln, das nur für einen konkreten Fall eingesetzt würde, nachdem sich die Fakten ereignet haben. Im Gegensatz zur Kommission und zum EuGH (aber auch zur ESA und zum EFTA-Gerichtshof) verfügte ein Ad Hoc-Schiedsgericht über keine Infrastruktur mit erfahrenen Beamten und Gerichtsschreibern, die sich routinemässig mit europarechtlichen Fragen befassen. Das wäre selbst dann nicht der Fall, wenn frühere europäische oder nationale Höchstrichter zu Schiedsrichtern ernannt würden. Im Fall der Schweiz ist hier überdies der „Beamtenvorbehalt“ zu beachten⁵⁹. Ein solches Schiedsgericht hätte im Gegensatz zu einem permanenten Gerichtshof kein institutionellen Gedächtnis. Es würde nicht über ein konsistentes Fallrecht verfügen, sondern sich von Fall zu Fall vorsichtig vortasten müssen. Das Ad-hoc-Schiedsgericht erinnert damit an einen Chirurgen, der nur einmal Gelegenheit bekommt, eine bestimmte komplizierte Operation durchzuführen. Das Schiedsgericht hätte auch keine eigene Kanzlei. Nach Artikel I.2 von Protokoll 3 soll das Internationale Büro des Ständigen Schiedshofs in Den Haag die Aufgaben einer Kanzlei erfüllen und die

⁵⁸ Oben, II.2.

⁵⁹ Oben, II.3.(ii)(b).

erforderlichen Sekretariatsdienstleistungen erbringen. Damit wäre das Schiedsgericht auch nicht mit einem nationalen Höchstgericht vergleichbar⁶⁰. Das Schiedsgericht wäre sohin kaum in der Lage, einen begründeten Antrag der EU auf Anrufung des EuGH zurückzuweisen, und zwar auch dann nicht, wenn sich die Schweiz dem entgegenstellen sollte.

(v) Ergebnis: Es gibt kaum Fälle, die ohne Einschaltung des EuGH entschieden werden können

Was Unionsrecht und was auf dem Unionsrecht beruhendes Abkommensrecht ist, ist relativ leicht eruierbar. Vier der fünf bestehenden Marktzugangsabkommen, welche unter das InstA fallen sollen, bestehen im Wesentlichen aus übernommenem EU-Recht. Selbst Kommentatoren, welche dem InstA positiv gegenüberstehen, räumen ein, dass fast keine Fälle vorstellbar sind, in denen es nicht um die Auslegung von EU-Recht oder von aus dem EU-Recht abgeleiteten Abkommensrecht geht. Eine Ausnahme könnte allenfalls die leistungsbedingte Schwerverkehrsabgabe sein, die Teil des Landverkehrsabkommens mit der EU ist, aber im EU-Recht kein Äquivalent findet⁶¹. Künftige Marktzugangsabkommen, z.B. im Bereich des Stromhandels oder der Dienstleistungen, werden ebenfalls weitestgehend aus abgeleitetem EU-Recht bestehen. Matthias Oesch hat in der Fernsehsendung „Arena“ vom 9. März 2018 ausgeführt, es gehe immer im EU-Recht. Dominik Feusi berichtete in der BAZ vom 13. März 2018 darüber mit den folgenden Worten:

„In der Sendung «Arena» des Schweizer Fernsehens sagte der Europarechtler Matthias Oesch der Universität Zürich, dass alles Recht des Binnenmarkts letztlich vom Gerichtshof der EU ausgelegt werde: 'Wir werden nicht am EuGH vorbeikommen', und der Gerichtshof der EU werde 'permanent eine Rolle spielen'. Zum EU-Recht gehöre auch dasjenige Recht, das auf einen Drittstaat ausgedehnt werde, also auch das Recht, das die Schweiz übernommen habe. 'In den Bilateralen hat es kein Schweizer Recht', sagte Oesch. Bis auf das Freihandelsabkommen von 1972 bestünden die Bilateralen eigentlich nur aus EU-Recht, und dieses werde selbst gemäss dem Bundesrat vom EuGH ausgelegt.“

Das theoretisch vorhandene Ermessen des Schiedsgerichts tendiert also in der Realität gegen null. Seine Funktion erschöpft sich darin, den Fall für den EuGH vorzubereiten und das Urteil des EuGH umzusetzen.

Die Behauptung des Bundesrates, der EuGH sei nur dann zu befassen, wenn die Streitigkeit "eine Frage der Auslegung oder Anwendung von EU-Recht" betrifft⁶², ist unzutreffend. Es sind auch Fälle erfasst, in denen aus dem EU-Recht abgeleitetes Abkommensrecht betroffen ist. Unzutreffend ist auch der

⁶⁰ Vgl. dazu auch unten, V.2.

⁶¹ Freundlicher Hinweis von Matthias Oesch.

⁶² Oben, II.2.(ii).

durch die Ausführungen des Bundesrates geschaffene Eindruck, als sei die Entscheidung einer Streitigkeit durch das Schiedsgericht die Regel und die Anrufung des EuGH die Ausnahme.

Auch die Kommentare von Economiesuisse⁶³ gehen an der Realität vorbei.

- Es wird der Eindruck erweckt, das Schiedsgericht sei bei der Entscheidung darüber, ob es sich um EU-Recht handelt, frei oder habe zumindest erhebliches Ermessen.
- Es wird verschwiegen, dass die Pflicht, den EuGH anzurufen nicht nur bei EU-Recht besteht, sondern auch bei aus EU-Recht abgeleitetem Abkommensrecht.
- Der EuGH ist sodann nicht zu „konsultieren“, sondern um ein verbindliches Urteil zu ersuchen.
- Das Urteil des EuGH ist nicht bloss zu „berücksichtigen“, sondern zu befolgen.
- Entscheidend sind nicht die „gängigen völkerrechtlichen Prinzipien“, entscheidend ist das Europarecht.
- Dass die Schweiz in vielen Verträgen solchen Schiedsverfahren zugestimmt hat, stimmt ebenfalls nicht. Das InstA ist das einzige Abkommen, in dem ein „Schiedsgericht“ vorgesehen wird, das in praktisch allen Fällen das Gericht der Gegenpartei anrufen muss.

(vi) EuGH muss einem neuen Streitentscheidungsmechanismus zustimmen

Schliesslich ist zu beachten, dass die Assoziationsverträge der EU mit den drei ehemaligen Sowjetrepubliken dem EuGH nicht nach Artikel 218 Absatz 11 AEUV zur Genehmigung vorgelegt wurden. Nach dieser Vorschrift können ein Mitgliedstaat, das Europäische Parlament, der Rat oder die Kommission „ein Gutachten des Gerichtshofs über die Vereinbarkeit einer geplanten Übereinkunft mit den Verträgen einholen. Ist das Gutachten des Gerichtshofs ablehnend, so kann die geplante Übereinkunft nur in Kraft treten, wenn sie oder die Verträge geändert werden.“ Letzteres bedeutet, dass das Gutachten entgegen dem was sein Name vermuten lässt, rechtsverbindlich ist. Ob der EuGH dem Streitentscheidungsmechanismus des InstA zustimmen würde, ist fraglich. Denn zum einen ist nicht sichergestellt, dass ein Schiedsgericht den EuGH tatsächlich anruft, wenn die Voraussetzungen der Artikel 4 und 10 InstA gegeben sind. Und zum anderen ist offen, was zu geschehen hat, wenn ein Schiedsgericht das Urteil des EuGH trotz seiner Rechtsverbindlichkeit nicht oder falsch umsetzt. Hier darf ein Hinweis auf das Gutachten 2/13 zum Beitritt

⁶³ Oben, II.2.(iii)

der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten nicht fehlen. In Paragraph 6 wird ausgeführt:

„Wenn es dem Gerichtshof nicht gestattet wäre, die verbindliche Auslegung des abgeleiteten Rechts vorzunehmen [...], würde der Grundsatz der ausschliesslichen Zuständigkeit des Gerichtshofs für die verbindliche Auslegung des Unionsrechts fraglos verletzt.“

III. Parallele zu Artikel 267 AEUV?

1. Die These

Nach Artikel III.9 des Protokolls 3 über das Schiedsgericht wendet der EuGH „die internen Verfahrensvorschriften, die für die Ausübung seiner Befugnis zur Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge und Rechtsakte der Institutionen, Organe und sonstigen Stellen der Union gelten, sinngemäss an“.

Christa Tobler und Thomas Cottier haben geltend gemacht, Ermessensspielräume ergäben sich für das Schiedsgericht aufgrund einer Analogie zu Artikel 267 AEUV. Nach dieser Vorschrift entscheidet der EuGH auf Vorlage von nationalen Gerichten der EU-Staaten u.a. über die Auslegung von EU-Recht. Höchstgerichte sind zur Vorlage an den EuGH verpflichtet. Die Antwort des EuGH erfolgt in einem Urteil und ist für das nationale Gericht verbindlich.

Beim Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 267 AEUV gibt es für die nationalen Höchstgerichte faktisch (nicht rechtlich) zwei Arten von Spielräumen. Zum einen können sie die Vorlage, zu der sie verpflichtet sind, weitgehend ohne Konsequenzen verweigern. Die Erfahrung zeigt, dass sie das vor allem dann tun, wenn sie eine Antwort des EuGH befürchten, welche den rechtlichen oder wirtschaftlichen Interessen ihres Landes zuwiderlaufen würde. Zum anderen haben nationale Höchstgerichte dem EuGH mitunter die Gefolgschaft verweigert, ebenfalls weitgehend ohne Konsequenzen. Offenbar glauben die genannten Autoren, dass das im INSTA vorgesehene Schiedsgericht auf diesen Spuren wandeln könnte bzw. sollte. Es wird also einer Analogie zum EU-internen Vorabentscheidungsverfahren das Wort geredet⁶⁴.

⁶⁴ Vgl. Christa Tobler, zitiert in <https://www.luzernerzeitung.ch/schweiz/bilaterale-streit-um-fremde-richter-juncker-schlaegt-schiedsgericht-vor-ld.81987>; Thomas Cottier, Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU, https://suisse-en-europe.ch/wp-content/uploads/2019/01/Der-Rechtsschutz-im-Rahmenabkommen-Schweiz-EU-Cottier-0119_2.pdf, 8.

Es wird insbesondere geltend gemacht, die sogenannte *acte clair*-Doktrin müsse auch auf das Schiedsgericht nach dem InstA Anwendung finden⁶⁵. Gemäss dieser im *CILFIT*-Urteil von 1982 (283-81) entwickelten Lehre muss ein nationales Höchstgericht eine Frage des EU-Rechts dem EuGH trotz Bestehens einer grundsätzlichen Vorlagepflicht dann nicht vorgelegen, wenn über die Auslegung vernünftigerweise keine Zweifel bestehen können.

2. Stellungnahme

Rechtlich gesehen bestehen die behaupteten Spielräume im EU-Recht nicht.

Der EuGH hat bereits im *CILFIT*-Urteil die Voraussetzungen für die Annahme, dass ein *acte clair* vorliegt, sehr eng formuliert. Ein nationales Höchstgericht darf von der Vorlage nur dann absehen, wenn die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, „dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt. Das innerstaatliche Gericht darf jedoch nur dann davon ausgehen, dass ein solcher Fall vorliegt, wenn es überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, darf das innerstaatliche Gericht davon absehen, diese Frage dem Gerichtshof vorzulegen, und sie stattdessen in eigener Verantwortung zu lösen.“⁶⁶ Der EuGH verweist des Weiteren darauf, dass die Auslegung des Unionsrechts wegen seiner Eigenheiten besonders schwierig ist, dass es in mehreren Sprachen abgefasst ist und dass die verschiedenen Sprachfassungen gleichermassen verbindlich sind, womit ein Vergleich der verschiedenen Sprachfassungen erforderlich ist. Hinzu komme, dass das Unionsrecht eine eigene, besondere Terminologie verwende und dass Rechtsbegriffe im Unionsrecht und in den verschiedenen nationalen Rechten nicht unbedingt den gleichen Gehalt haben müssten. Schliesslich sei jede Vorschrift des EU-Rechts in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten EU-Rechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen⁶⁷.

Der EuGH hat unlängst im Urteil C-416/17 *Kommission ./.. Frankreich* vom 4. Oktober 2018 erneut deutlich gemacht, dass die Freiheit der nationalen Höchstgerichte eng begrenzt ist. Der französische Conseil d'État hatte sich dafür entschieden, von einem Urteil des EuGH abzuweichen, weil sich die Regelung des Vereinigten Königreichs, um die es in diesem Urteil ging, von der französischen Regelung unterscheidet. Der EuGH stellte dazu fest:

„Er (sc. der Conseil d'État) konnte aber nicht sicher sein, dass der Gerichtshof ohne Weiteres zu demselben Schluss gelangen würde.“

⁶⁵ Thomas Cottier, Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU, https://suisse-en-europe.ch/wp-content/uploads/2019/01/Der-Rechtsschutz-im-Rahmenabkommen-Schweiz-EU-Cottier-0119_2.pdf, 8.

⁶⁶ Paragraph 16.

⁶⁷ Paragraphen 17-20.

Dass gewisse mitgliedstaatliche Höchstgerichte sich beim EU-internen Vorabentscheidungsverfahren Befugnisse herausnehmen, die ihnen gar nicht zustehen, ist vorliegend irrelevant. Benedikt Pirker hat dazu festgestellt:

*“[T]he tribunal may behave like some EU Member State courts in the context of the preliminary ruling procedure and try to exploit the leeway it has. Article 10 (3), after all, speaks of “questions” that must arise, an interpretation that has to be “relevant” (pertinente) to resolve the dispute, and “necessary” (nécessaire) for the Tribunal to decide. At each juncture, at least theoretically it appears possible that the Tribunal would try to carve out some interpretive leeway for itself. However, there is a catch. The more leeway we interpret into the norms on the Tribunal, the less palatable the FA’s arbitral tribunal solution appears from the perspective of the CJEU.”*⁶⁸

“Das Schiedsgericht könnte sich verhalten wie einige Gerichte der EU-Mitgliedstaaten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens und versuchen, seinen Spielraum zu nutzen. Artikel 10 Absatz 3 spricht schliesslich von ‘Fragen’, die sich stellen müssen, einer Auslegung, die ‘relevant’ (pertinente) für die Beilegung des Streitfalls und ‘notwendig’ (nécessaire) für die Entscheidung des Schiedsgerichts sein muss. An jedem Punkt erscheint es zumindest theoretisch möglich, dass das Schiedsgericht versuchen würde, sich einen gewissen Interpretationsspielraum zu verschaffen. Es gibt jedoch einen Haken. Je mehr Spielraum wir in die Normen des Schiedsgerichts hineininterpretieren, desto weniger schmackhaft erscheint die Lösung des Schiedsgerichts der FA aus der Sicht des EuGH.”⁶⁹

Die These, es sei eine Analogie zum Vorabentscheidungsverfahren in der EU zu ziehen, ist damit nicht haltbar. Dass ein Schiedsgericht der in Rede stehenden Art, unabhängig von seiner Zusammensetzung⁷⁰, den *CILFIT*-Anforderungen auch nur ansatzweise gewachsen sein könnte, ist auszuschliessen. Überdies ist das Schiedsgericht im Gegensatz zu den nationalen Höchstgerichten der EU-Staates nicht zur Unionstreue nach Artikel 4 Abs. 3 EUV verpflichtet. Insgesamt zeigt sich hier erneut, dass die Apologeten des InstA sich nicht darüber im Klaren sind, dass das vorgesehene Schiedsgerichts nicht mit einem staatlichen oder europäischen Gericht zu vergleichen ist⁷¹.

IV. Zwischenfazit

Die vorstehenden Überlegungen führen zum Schluss, dass dem Schiedsgericht, wenn es im Sinne von Artikel III.9 Ziff. 3 des Protokolls 3 des Rahmenvertrags

⁶⁸ <https://europeanlawblog.eu/2018/12/12/dispute-settlement-and-interpretation-in-the-draft-framework-agreement-between-switzerland-and-the-eu/>.

⁶⁹ Meine Übersetzung.

⁷⁰ Vgl. II.3.(ii)(b).

⁷¹ Oben, II.3.(iv).

von der EU angefragt wird, den EuGH anzurufen, in praktisch allen Fällen kein Ermessen zukommt.

Dieser Befund wird auf folgende Argumente gestützt:

1. Die Wendung, das Schiedsgericht rufe den EuGH an in Artikel 10 Absatz 3 InstA (im französischen Originaltext: „saisit“) ist dahin zu verstehen, dass eine entsprechende Rechtspflicht besteht. Artikel 10 Absatz 3 ist eine Muss-Vorschrift, keine Kann-Vorschrift. Diese Auslegung des Artikels 10 Abs. 3 InstA steht im Einklang mit dem, was in den Abkommen der drei post-sowjetischen Staaten Georgien, Moldawien und Ukraine steht. Dort lautet der Wortlaut nicht „ruft an“, sondern „legt vor“. Gemeint ist aber dasselbe. Dass es um eine Rechtspflicht geht, wird schliesslich durch das *EU-UK Withdrawal Agreement* bestätigt. Dort wird die Formulierung „*shall request*“ („muss ersuchen“) verwendet. In diesem Zusammenhang darf der Hinweis nicht fehlen, dass die englischen Versionen der Abkommen mit den drei post-sowjetischen Staaten ebenfalls die Wendung „*shall request*“ enthalten. Die französischen Fassungen sprechen von „*demande*“, die italienischen von „*chiede*“, die spanischen von „*solicitará*“. Die Formulierung „ruft an“ („*saisit*“) ist also linguistisch originell. In der Sache ändert das aber nichts.

Angesichts der strengen Praxis des EuGH zur Vereinbarkeit neuer Streitentscheidungsmechanismen mit der Autonomie des Gemeinschaftsrechts kann man nicht annehmen, dass hier ein irgendwie geartetes Ermessen besteht. Dafür, dass das InstA in diesem Punkt drittstaatsfreundlicher auszulegen wäre als die Abkommen mit Georgien, Moldawien und der Ukraine, gibt es keinen Anhaltspunkt.

2. Der Begriff „impliziert“ (im französischen Originaltext „*implique*“) in Artikel 4 Absatz 3 InstA umfasst sowohl eigentliches Unionsrecht als auch aus dem Unionsrecht abgeleitetes und daher auf ihm beruhendes und inhaltsgleiches Recht umfasst. Auch hier wurde sprachlich eine andere Lösung getroffen als in den Verträgen mit den drei post-sowjetischen Staaten und im Austrittsvertrag des Vereinigten Königreichs. In den Abkommen mit Georgien, Moldawien und der Ukraine ist von EU-Recht und Bezugnahme auf EU-Recht die Rede, im Austrittsabkommen des Vereinigten Königreichs von „*a concept of Union law*“ und „*a provision of Union law referred to in this Agreement*“. Gemeint ist aber in allen Fällen dasselbe.

3. Die Frage, ob dem Schiedsgericht deshalb ein Ermessen zukommt, weil es darüber entscheiden muss, ob es im konkreten Fall um Unionsrecht oder aus dem Unionsrecht abgeleitetes Abkommensrecht geht oder nicht, ist zu verneinen. Dass das strukturell schwache Ad-hoc-Schiedsgericht einen entsprechenden Antrag der EU-Kommission, die mit dem Rechtsdienst und dem Auswärtigen und Diplomatischen Dienst über zwei regelrechte Prätorianergarden verfügt, ablehnt, ist praktisch auszuschliessen. Im Übrigen wird die Entscheidung darüber, ob Unionsrecht oder aus dem Unionsrecht

abgeleitetes Abkommensrecht betroffen ist, in aller Regel keine besonderen Schwierigkeiten zu bereiten.

4. Die Frage, ob das Schiedsgericht deshalb ein Ermessen hat, weil Artikel 10 Absatz 3 InstA die Einschaltung des EuGH nur dann vorschreibt, wenn die Auslegung der fraglichen Bestimmung “für die Streitbeilegung relevant und für seine Entscheidungsfällung notwendig“ ist, ist aus den gleichen Gründen zu verneinen.

5. Eine Analogie zum innereuropäischen Vorabentscheidungsverfahren besteht nicht. Ein Ad-hoc-Schiedsgericht, dem auch Nicht-EU-Mitglieder angehören, ist nicht mit einem nationalen Höchstgericht wie dem deutschen Bundesverfassungsgericht oder dem Bundesgerichtshof oder der französischen *Cour de Cassation* zu vergleichen. Diese nationalen Gerichte sind funktional gesehen neben ihrer nationalen Rolle auch europäische Gerichte. Sie sind denn auch nach Artikel 4 Absatz 3 zur Unionstreue verpflichtet.

Dem Schiedsgericht Spielräume zuzuschreiben, welche sich gewisse nationale Gerichte von EU-Staaten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens durch rechtlich fragwürdige Praktiken verschafft haben, ist nicht angängig.

6. Es ist nochmals zu betonen, dass all die Bestrebungen, dem Schiedsgericht ein nennenswertes Ermessen zuzuschreiben, egal ob unter Berufung auf den angeblichen Wortlaut und Zweck, den angeblichen Kompromisscharakter des Schiedsgerichtsmodells oder die angebliche Parallelität des Schiedsgerichtsverfahrens zum Vorabentscheidungsverfahren innerhalb der EU, kontraproduktiv sein können. Sollte der EuGH den Eindruck erhalten, dass die Autonomie des Unionsrechts gefährdet sein könnte, so wäre seine Zustimmung zum InstA fraglich.

V. Der EuGH als Gericht der Gegenpartei

1. Vorbemerkungen

Da dem Schiedsgericht in praktisch allen Fällen kein Ermessen zukommt, ist das InstA dem ursprünglich geplanten Modell eines Rahmenvertrages mit dem EuGH als Entscheider (“reines” EuGH-Modell) unter Gesichtspunkten der Souveränität nicht überlegen. Der einzige Unterschied zwischen den beiden Ansätzen besteht darin, dass mit der Zwischenschaltung des Schiedsgerichts Zeit vergeht. Nach landläufiger Auffassung ist das ein Vorteil für die Schweiz. Man darf sich hier aber nicht auf die Streitpunkte beschränken, welche aktuell auf dem Tisch liegen. Bei künftigen Abkommen könnte sich die Lage umgekehrt präsentieren. Eine zügige Behandlung von Streitigkeiten könnte dann durchaus im Interesse der Schweiz liegen.

2. Der Ansatz von Epiney und Oesch

Astrid Epiney hat bereits am 23. August 2013, als es um das „reine“ EuGH-Modell ging, den Bundesrat in einem Zeitungsartikel mit den Worten gepriesen, es sei ihm „die Quadratur des Kreises gelungen“. Der Beitrag basierte im Wesentlichen auf denselben Argumenten, die dem Vorschlag des Bundesrates zugrunde lagen. Insbesondere übernahm die Autorin die unrichtige Annahme, dass der EFTA-Gerichtshof nicht in der Lage sei, Urteile zu fällen, die für die EU bindend seien⁷². Epineys Artikel endete mit einer Ode an die Unabhängigkeit des EuGH. Nichts deute darauf hin, dass der EuGH dazu neigen könnte, gegen die Schweiz zu entscheiden. Vielmehr sei seine Rechtsprechung von einer Art „Integrationslogik“ geprägt, die unabhängig von Spezialinteressen agiere⁷³.

Matthias Oesch hat mit seinem Assistenten Gabriel Speck die bisher knapp zwanzig Urteile des EuGH zu den bestehenden bilateralen Abkommen analysiert. Die beiden Autoren sind zum Ergebnis gelangt, der EuGH gehe „sachlich und unparteiisch“ vor. Er entscheide nicht systematisch zum Nachteil der Schweiz bzw. von beschwerdeführenden Personen und Unternehmen⁷⁴. An der gestreamten Experten-Anhörung der APK Nationalrat vom 15. Januar 2019 hat Oesch hinzugefügt, der EuGH sei „ein angesehenes Gericht, das gestützt auf eine innere Logik“ urteile. Die Schweiz müsse „keine Angst haben vor dem EuGH“.⁷⁵

Economiesuisse hat die Argumentation von Oesch und Speck im Massstab eins zu eins übernommen⁷⁶.

3. Stellungnahme

Die genannten Aussagen gehen zumindest implizit von der Annahme aus, dass die Entscheidungsmacht beim Streitscheidungsverfahren nach dem InstA beim EuGH liegt. Sie treffen freilich den Kern der Sache nicht. Integrationslogik ist bei der Auslegung von Drittstaatsverträgen – jedenfalls aus der Sicht des Drittstaates, d.h. hier der Schweiz – nur bedingt gefragt. Dass die Rechtsprechung zu den bestehenden bilateralen Abkommen kaum zu Kontroversen geführt hat, kann für die Zukunft nicht entscheidend sein. Die meisten Fälle, welche bisher nach dem Freizügigkeitsabkommen entschieden wurden, waren relativ unspektakulär. Aber bereits das zum

⁷² Oben, I.1.

⁷³ Astrid Epiney, Quadratur des Kreises gelungen, NZZ vom 23. August 2013, <https://www.nzz.ch/meinung/quadratur-des-kreises-gelungen-1.18137608?reduced=true>.

⁷⁴ Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz - EU und der EuGH, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, 257 ff.

⁷⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=LODKvWROkxU>, Minute 1:11.16 ff.

⁷⁶ <https://www.economiesuisse.ch/de/dossier-politik/insta-entwurf-inhalt-und-zentrale-fragestellungen>.

Luftverkehrsabkommen ergangene Flughafenurteil des EuGH vom 7. März 2013 (C-547/10 P) ist aber nicht überall auf Begeisterung gestossen⁷⁷. Deutschland hatte Anfang 2003 das Überfliegen des deutsche Hoheitsgebiets in niedrigen Höhen während der Nacht untersagt, um die Lärmbelastung der lokalen Bevölkerung durch Anflüge auf den Flughafen Zürich-Kloten zu reduzieren. Da alle Flugzeuge, die aus dem Norden oder Nordwesten nach Zürich-Kloten kommen, durch den deutschen Luftraum fliegen müssen, waren Anflüge in der betreffenden Zeit nicht mehr möglich. Darüber hinaus mussten Flugzeuge, die nach Norden starteten, in dieser Zeit vor dem Eindringen in den deutschen Luftraum abdrehen, um die vorgeschriebene Mindestflughöhe zu erreichen. Der zwangsläufig mit dem Flugbetrieb verbundene Lärm entstand nun über die Schweiz. Der EuGH wies die Klage der Schweiz gegen die EU-Kommission, welche die deutschen Massnahmen genehmigt hatte, ab. Das Urteil ist im vorliegenden Zusammenhang von besonderem Interesse, weil dem EuGH im Luftverkehrsabkommen die Zuständigkeit übertragen wurde.

Dass der EuGH ein hoch angesehenes Gericht ist, ist unbestritten. Er ist eines der drei wichtigsten Gerichte der Welt. Die beiden anderen sind der amerikanische Supreme Court und der Europäische Menschenrechtsgerichtshof. Ich habe in meiner Eigenschaft als Richter und Präsident des EFTA-Gerichtshofs eng mit dem EuGH zusammengearbeitet. Zwischen dem EuGH und dem EFTA-Gerichtshof hat sich während dieser Zeit ein intensiver judizieller Dialog entwickelt; man hat sich regelmässig zitiert.⁷⁸ Bei meinem Rücktritt vom EFTA-Gerichtshof am 9. April 2019 hat EuGH-Präsident Koen Lenaerts am Schweizer Fernsehen gesagt, mit meinem Beitrag zur einheitlichen Auslegung des Rechts in EU und EWR hätte ich „auch den Respekt gewonnen von allen Kollegen des EuGH. Er war in gewissem Sinne eigentlich auch Teil von unserer Gerichtsbarkeit.“⁷⁹

Das alles ändert aber nichts daran, dass es dem Gericht der einen Seite in einem bilateralen Verhältnis *per definitionem* an der Unparteilichkeit bzw. an Parteineutralität fehlt. Wir müssen auch in die Zukunft schauen. Unter einem künftigen Stromabkommen, das auf Marktliberalisierung gerichtet wäre und den relevanten EU-Rechtsbestand übernehme, dürften sich Probleme von einer ganz anderen Dimension stellen als die Erhebung einer Schweizer diskriminierenden Jagdpachtabgabe in Österreich (C-70/07 *Hengartner und Gasser*) oder die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf juristische Personen im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Immobilie in Österreich durch eine Gesellschaft, deren Anteile ausschliesslich von Schweizer Gesellschaften gehalten wurden (C-541/08 *Fokus Invest*). Und falls die EU und die Schweiz in der Zukunft ein Dienstleistungsabkommen abschliessen sollten,

⁷⁷ Vgl. Laura Melusine Baudenbacher, EuGH überträgt die Polydor-Rechtsprechung auch auf das Luftverkehrsabkommen, *European Law Reporter* 2013 179 ff.

⁷⁸ Vgl. anstelle vieler Carl Baudenbacher, *Judicial Independence. Memoirs of a European Judge*, Springer Biographies, 2019, Chapter 21.

⁷⁹ <https://www.srf.ch/news/schweiz/praesident-efta-gerichtshof-bekanntester-richter-der-schweiz-tritt-ab>.

so könnte es häufiger zu grösseren Konflikten kommen. Hier kann man mitunter in guten Treuen die eine oder die andere Auffassung vertreten. Richten ist keine exakte Wissenschaft. Je nach Konstellation könnte das Vorverständnis der Richter eine entscheidende Rolle spielen. In das Vorverständnis fliessen neben rechtlichen Erwägungen politische, ökonomische, kulturelle und andere Überzeugungen ein⁸⁰. Hinzuweisen ist z.B. die Rechtsprechung des EuGH zur Rettung des Euro durch den Europäischen Stabilitätsmechanismus, Outright-Geschäfte des Eurosystems an den Sekundärmärkten für Staatsanleihen und den Kauf von Staatsanleihen durch die EZB (C-370/12 *Pringle*; C-62/14 *Gauweiler* C-493/17 *Heinrich Weiss*)⁸¹.

Ein Fall, in dem Schweizer Akteure betroffen waren, ist C-452/04 *Fidium Finanz*. Die Fidium Finanz AG war ein Unternehmen mit Sitz in St. Gallen, das über Internet und über Vermittler Kleinkredite anbot. Dieses Angebot richtete sich zu 90% an Deutsche. Die deutsche Aufsichtsbehörde für Finanzdienstleistungen Bafin untersagte Fidium die Kreditgewährung in Deutschland gestützt auf das deutsche Kreditwesengesetz. Auf Klage der Fidium legte das Verwaltungsgericht Frankfurt dem EuGH i.w. die Frage vor, ob dieses Verbot gegen die Freiheit des Kapitalverkehrs im europäischen Binnenmarkt verstosse. Die Frage war insofern brisant, als Fidium in der Schweiz, und damit in einem Nicht-EU-Staat ansässig war. Die einschlägige Vorschrift des EU-Rechts sieht vor dass alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten verboten sind. Generalanwältin Christine Stix-Hackl wollte den Fall gestützt auf diese Vorschrift lösen. Auch die EU-Kommission vertrat diese Auffassung. Die Regierungen Griechenlands, Irlands, Italiens und Portugals, die sich an dem Verfahren beteiligten, plädierten aber für die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit. Dort gibt es keine Drittstaatsklausel und Unternehmen aus Drittstaaten haben keine Rechte. Der EuGH sah sowohl die Kapitalverkehrsfreiheit als auch die Dienstleistungsfreiheit als betroffen an. Der Schwerpunkt liege aber auf der Dienstleistungsfreiheit. Die gewerbsmässige Kreditvergabe stelle in erster Linie eine Dienstleistung dar. Damit konnte sich Fidium Finanz nicht auf die Drittstaatsklausel berufen.⁸²

Der Bundesrat befürchtet denn auch, die Schweiz könnte zur Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie gezwungen werden, obwohl, respektive gerade weil sie im Text des Rahmenabkommens nicht erwähnt wird. Zwar nennt der Bundesrat

⁸⁰ Zur Lehre vom Vorverständnis aus schweizerischer Sicht Hans Georg Hinderling, Rechtsnorm und Verstehen, Bern 1971; Roger Zäch, Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, ZSR 1977, 313 ff.

⁸¹ Kritisch zum *Gauweiler*-Urteil des EuGH das deutsche Bundesverfassungsgericht. 2 BvR 2728/13 (2016).

⁸² Vgl. zum Fall z.B. Carl Baudenbacher, Der Finanzplatz Schweiz im Angesicht der Reziprozitätspolitik der EU, European Law Reporter 2006 398 ff.; Christa Tobler, Die Fidium Finanz-Entscheidung des EuGH: Ein Vorbote der Luxemburger Rechtsprechung zum bilateralen Recht?, 16 Swiss. Rev. Int'l & Eur. L. 397 ff. (2006)

in den „Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU“ den entscheidenden Punkt – die Tatsache, dass das Schiedsgericht den EuGH einschalten müsste – nicht. Er erweckt vielmehr den Eindruck als könnte das (wie er betont „paritätische“) Schiedsgericht selbst entscheiden. Trotzdem wird aus seinen Ausführungen deutlich, dass der Bundesrat selbst nicht an die Parteinutralität des EuGH glaubt⁸³.

Im Hinblick auf mögliche künftige Entwicklungen im Bereich der Finanzdienstleistungen darf schliesslich ein Hinweis auf das Grundsatzurteil des EFTA-Gerichtshofs im ersten *Icesave*-Fall (E-16/11) nicht fehlen. Die EFTA-Überwachungsbehörde hatte geltend gemacht, Island hafte für den Betrag, den Grossbritannien und die Niederlande aufgewendet hatten, um ihre Einleger in die jeweiligen Niederlassungen der isländische Landsbanki zu entschädigen (nominal fast 4 Milliarden Euro). Der isländische Einlagensicherungsfonds war zur Entschädigung nicht in der Lage. Der EFTA-Gerichtshof wies die Klage, welche von der Kommission und den EU-Staaten Grossbritannien und Niederlande unterstützt wurde, ab. Nicht wenige Kommentatoren, zum Beispiel Professor Damien Chalmers von der *London School of Economics*, vertraten die Auffassung, der EuGH hätte sie, wenn er zuständig gewesen wäre, gutgeheissen⁸⁴. Für Island hätte das wohl den Staatskonkurs bedeutet. Das Urteil war – man muss angesichts der anderslautenden Behauptungen aus der Bundesverwaltung darauf hinweisen - verbindlich, auch für die EU-Staaten Grossbritannien und Niederlande.

VI. Überwachung

1. Abkommenstext

Artikel 6 bestimmt unter dem Titel “Zusammenarbeit”:

“1. Die Europäische Kommission und die zuständigen Schweizer Behörden arbeiten bei der Überwachung der Anwendung der betroffenen Abkommen zusammen und unterstützen sich gegenseitig.

2. Die Vertragsparteien können Informationen über ihre Tätigkeiten zur Überwachung der Anwendung der Abkommen austauschen. Sie können ihre Meinungen austauschen und Anliegen von gegenseitigem Interesse besprechen.“

Artikel 7 bestimmt unter dem Titel “Wirksame und harmonische Anwendung der Abkommen“:

⁸³ https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/InstA-Erlaeuterungen_de.pdf, B.5.2.

⁸⁴ Damien Chalmers, *Icesave – Limited Homogeneity and Unlimited Judicial Interpretation*, in: EFTA Court., Ed., *The EEA and the EFTA Court: Decentered Integration*, Oxford/Portland Oregon 2015, 407 ff.

“1. Jede Vertragspartei trifft die geeigneten Massnahmen zur Sicherstellung einer wirksamen und harmonischen Anwendung der Abkommen auf ihrem Hoheitsgebiet.

2. Die Vertragsparteien sorgen im Rahmen der zuständigen sektoriellen Ausschüsse gemeinsam für die Überwachung der Anwendung der Abkommen. Stellen die Europäische Kommission oder die zuständigen Schweizer Behörden eine mangelhafte Anwendung fest, wird der Fall dem zuständigen sektoriellen Ausschuss vorgelegt, um eine angemessene Lösung zu finden.

3. Die Europäische Kommission und die zuständigen Schweizer Behörden überwachen die Anwendung der betroffenen Abkommen durch die andere Vertragspartei. Bei Bedenken bezüglich der Auslegung oder der Anwendung gilt das in Artikel 10 vorgesehene Verfahren. Soweit für die wirksame und harmonische Anwendung eines betroffenen Abkommens seitens der Institutionen der Europäischen Union bestimmte Überwachungskompetenzen gegenüber einer Vertragspartei erforderlich sind, wie beispielsweise Untersuchungs- und Entscheidungsbefugnisse, muss das betroffene Abkommen diese Kompetenzen explizit vorsehen.”

2. Stellungnahme

Der Bundesrat betrachtet die Tatsache, dass keine neue supranationale Behörde zur Überwachung der Vertragstreue der Schweiz geschaffen werden soll, als Erfolg und tut so als sei die Schweiz mit den genannten Regeln jeder Überwachung durch eine nicht-schweizerische Instanz entkommen. In den „Erläuterungen zum institutionellen Abkommen Schweiz-EU“ vom 19. Januar 2019 führt er aus:

“Die Schweiz und die EU schaffen mit dem InstA keine supranationalen Überwachungsorgane (wie dies der Fall ist für das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum EWR mit der EFTA-Überwachungsbehörde ESA), sondern ihre jeweiligen Behörden sind je selbstständig für die korrekte Anwendung der Abkommen auf ihrem eigenen Territorium verantwortlich (**Zwei-Pfeiler-Modell**). Ein Informationsaustausch ist dabei möglich und im Bereich der staatlichen Beihilfen auch ausdrücklich vorgesehen. Es besteht aber keine völkerrechtliche Verpflichtung dazu. Allfällige Probleme werden in den für die Verwaltung der Abkommen zuständigen Gemischten Ausschüssen diskutiert.”⁸⁵

Auch Christa Tobler hat das (angebliche) Fehlen eines überstaatlichen Überwachungsverfahrens gegenüber der Schweiz in der gestreamten Experten-Anhörung der APK Nationalrat vom 15. Januar 2019 als Verhandlungserfolg

⁸⁵ https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/InstA-Erlaeuterungen_de.pdf.

bezeichnet und es der Überwachung der EWR/EFTA-Staaten durch die ESA gegenübergestellt⁸⁶.

Wenn es so wäre, so wäre das in der Tat ein beachtlicher Erfolg. Es ist aber nicht so. Die EU hat sich von Anfang an auf den Standpunkt gestellt, die Schweiz müsse, wie alle europäischen Staaten, die ganz oder partiell am Binnenmarkt teilnehmen, überwacht werden. Als der damalige EU-Kommissionspräsident Barroso am 21. Dezember 2012 den Vorschlag des Bundesrates, einen Schweiz-Pfeiler mit einem nationalen Überwachungsorgan und dem Bundesgericht zu schaffen, zurückwies, hat er, wie oben ausgeführt, ausdrücklich festgehalten, dass “ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes davon abhängig [ist], dass ausserhalb der beteiligten Staaten unabhängige Kontrollmechanismen existieren.”⁸⁷ Das ist ein tragender Grundsatz des Binnenmarktrechts, den die EU-Kommission nicht einmal dann zur Disposition stellen könnte wenn sie es wollte. Dass sie auf die Schaffung einer neuen supranationalen Überwachungsbehörde verzichtet hat, trifft zwar zu. Das heisst aber nicht, dass die Schweiz keiner solchen Aufsicht unterworfen ist. Nach Artikel 10 Absatz 2 InstA kann die EU, wenn der sektorielle Ausschuss innerhalb einer Frist von drei Monaten ab dem Datum, an dem er mit der Angelegenheit befasst wurde, keine Lösung für eine Streitigkeit findet, einseitig verlangen, dass ein Schiedsgericht gemäss dem Protokoll über das Schiedsgericht den Streitfall entscheidet. Der Zustimmung der Schweiz bedarf es dazu nicht. Da das Schiedsgericht in allen Fällen, in denen es um EU-Recht oder um aus EU-Recht abgeleitetes Abkommensrecht geht, den EuGH anrufen muss – das heisst praktisch immer –, ist die Kommission, das supranationale Überwachungsorgan der Gegenpartei, in der Lage, die Sache jederzeit vor ihren eigenen Gerichtshof zu bringen. Sie ist damit die faktische Überwachungsbehörde der Schweiz.

Der Vollständigkeit halber gebe ich zwei weitere Hinweise:

Erstens hat sich die EU bereits zu den Zeiten von Burkhalter/Rossier, als über das “reine” EuGH-Modell verhandelt wurde, mit dieser Lösung einverstanden erklärt. Und bereits damals gab es Beobachter, welche die These von der Überwachungsfreiheit der Schweiz nicht geglaubt haben. Der Schweizerische Gewerbeverband hat bereits Ende 2013, d.h. noch vor der Verabschiedung des Verhandlungsmandats mit dem „reinen“ EuGH-Modell, in einem Brief an den damaligen Aussenminister Burkhalter darauf hingewiesen, dass die EU-Kommission die faktische Überwachungsbehörde der Schweiz wäre⁸⁸.

Offensichtlich ist die EU zum Schluss gekommen, dass der genannte Ansatz, bei dem sie das Heft allein in der Hand hat, der Beauftragung einer supranationalen

⁸⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=LODKvWROkxU>, Minute 42.

⁸⁷ Oben, I.1.

⁸⁸ <https://www.nzz.ch/nzzas/nzz-am-sonntag/gewerbe-greift-burkhalters-eu-plaene-an-1.18195777?reduced=true>.

Überwachungsbehörde nach dem Vorbild der ESA, an der die Schweiz beteiligt wäre, mindestens ebenbürtig ist. In einem Abstimmungskampf kann man sogar, wie es der Bundesrat bereits heute tut, versuchen zu argumentieren, die Schweiz überwache sich selbst. Dass die EU nun bei ihrer Einschätzung geblieben ist, erstaunt nicht.

Zweitens hat sich in den vergangenen 25 Jahren gezeigt, dass die ESA bei der Überwachung der EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen alles andere als aggressiv ist. Im Durchschnitt hat sie im Jahr eine Vertragsverletzungsklage in einem umstrittenen Fall erhoben. Die Tatsache, dass die drei genannten Länder mit je einem Kollegiumsmitglied vertreten sind, wirkt sich offensichtlich dämpfend auf die Bereitschaft der ESA aus, zu klagen⁸⁹. Dies wäre mit der im InstA vorgesehenen unilateralen Möglichkeit der Anrufung des Schiedsgerichtes, respektive faktisch des EuGH, durch die EU-Kommission ganz anders.

VII. Schiedsgericht passt nicht für westliche Volkswirtschaften mit demokratischer Tradition, ausgebautem Rechtsstaat und Menschenrechtsschutz

1. Grundsätzliches

Aufgrund ihrer Grösse ist die Ukraine der wichtigste der drei in Rede stehenden post-sowjetischen Staaten. Das Ukraine-Abkommen der EU hat deshalb ein gewisses Forschungsinteresse geweckt.

Der bedeutendste wissenschaftliche Autor ist der belgische Jurist Guillaume van der Loo, ein Forscher des berühmten Brüsseler Think Tanks *Centre for European Policy Studies (CEPS)*⁹⁰. In seiner im Jahre 2016 veröffentlichten Ph.D.-Arbeit mit dem Titel *“The EU-Ukraine Association Agreement and Deep and Comprehensive Free Trade Area. A New Legal Instrument for EU Integration without Membership“* schreibt van der Loo zur Frage, ob das Ukraine-Abkommen ein Modell zur Gestaltung der Beziehungen EU-Schweiz sein könnte:

“The EU-Ukraine AA and DCFTA is not an appropriate ‘template’ for this envisaged EU-Switzerland agreement [...]. As the fourth largest trade partner of the EU in the world with a strong developed economy which is already now closely integrated in the EU Internal Market, Switzerland is too different from Ukraine and the other EaP partners. [...] It seems unlikely that Switzerland would agree to a type of market access

⁸⁹ Vgl. Carl Baudenbacher, *Judicial Independence. Memoirs of a European Judge*, Springer Biographies, 2019, Chapter 7.

⁹⁰ <https://www.ceps.eu/content/guillaume-van-der-loo>.

conditionality which would allow EU institutions to ‘monitor’ and ‘evaluate’ the domestic Swiss legislative process.”⁹¹

“Das EU-Ukraine AA und DCFTA ist keine geeignete ‘Vorlage’ für dieses geplante Abkommen zwischen der EU und der Schweiz [.....]. Als viertgrösster Handelspartner der EU in der Welt mit einer starken entwickelten Wirtschaft, die bereits jetzt eng in den EU-Binnenmarkt integriert ist, unterscheidet sich die Schweiz zu sehr von der Ukraine und den anderen östlichen Partnern. Es ist unwahrscheinlich, dass die Schweiz einer Art Marktzugangskonditionalität zustimmen würde, die es den EU-Institutionen ermöglichen würde, den nationalen schweizerischen Gesetzgebungsprozess zu ‘überwachen’ und zu ‘bewerten’.”⁹²

Angesichts der oben geschilderten fundamentalen Unterschiede zwischen der Ukraine und der Schweiz ist das nur folgerichtig. Dasselbe gilt natürlich für die Abkommen der EU mit Georgien und Moldawien.

2. Streitentscheidung

Zum Streitentscheidungsmechanismus des Ukraine-Abkommens hat van der Loo festgestellt:

*“It is clear [...] that this procedure is far-reaching from the perspective of transfer of sovereignty. Ukraine accepts in an international agreement to be bound by the interpretation of a court of the other contracting party (i.e. the ECJ) for any dispute regarding the interpretation of provisions of that agreement that are actually rules of the ‘internal’ law of that other party (i.e. the EU). The fact that Ukraine accepts this role of the ECJ for these disputes only ‘indirectly’ (i.e. through a preliminary ruling procedure, initiated by an arbitration panel), was considered by an EU official as a good political compromise as it partially conceals the explicit nature of Ukraine’s submission to the ECJ. Nevertheless, considering the broad scope of the incorporated EU acquis in the DCFTA, this is an extreme commitment which can only be explained by a strong political will of Ukraine to be integrated into the EU.”*⁹³

“Es ist klar [...], dass dieses Verfahren aus der Sicht der Übertragung der Souveränität weitreichend ist. Die Ukraine akzeptiert in einem internationalen Abkommen, dass sie bei jeder Streitigkeit betreffend die Auslegung von Bestimmungen dieses Abkommens, die eigentlich Regeln des ‘internen’ Rechts der anderen Partei (d.h. der EU) sind, durch die

⁹¹ 340 f.

⁹² Meine Übersetzung.

⁹³ 300.

Auslegung eines Gerichts der anderen Vertragspartei (d.h. des EuGH) gebunden ist. Die Tatsache, dass die Ukraine diese Rolle des EuGH für diese Streitigkeiten nur 'indirekt' (d.h. durch ein Vorabentscheidungsverfahren, das von einem Schiedsgericht eingeleitet wird) akzeptiert, wurde von einem EU-Beamten als guter politischer Kompromiss angesehen, da sie den expliziten Charakter der Unterwerfung der Ukraine unter den EuGH teilweise verschleiert. Angesichts des grossen Umfangs des in das DCFTA aufgenommenen EU-Besitzstands ist dies jedoch eine extreme Verpflichtung, die nur durch einen starken politischen Willen der Ukraine erklärt werden kann, in die EU integriert zu werden."⁹⁴

Zur Politik der Verschleierung verweist van der Loo auf ein Interview vom 18. Juni 2014 mit einem Mitglied des Kabinetts des EU-Kommissars für Handel⁹⁵.

Was die Übernahme von EU-Recht durch die Schweiz angeht, so betont der Bundesrat zwar, dass der Anwendungsbereich des InstA auf die fünf bestehenden Marktzugangsabkommen sowie auf zukünftige Marktzugangsabkommen (z.B. im Bereich Strom) beschränkt ist⁹⁶. Indes wird seit Jahren über ein Dienstleistungsabkommen gesprochen und Weiteres ist in der Pipeline. Der Bundesrat stellt dazu fest, dass sich beide Seiten auf eine Erwähnung des Freihandelsabkommens in der Präambel des InstA sowie auf eine Gemeinsame Erklärung geeinigt haben, "wonach die Schweiz und die EU ihre Absicht bekunden, Verhandlungen über eine Modernisierung insbesondere des FHA sowie weiterer handelsrelevanter Abkommen aufnehmen zu wollen"⁹⁷. Hinzu kommen die beihilfenrechtlichen Bestimmungen. Die Qualifikation als "extreme Verpflichtung" ist damit auch mit Bezug auf das InstA Schweiz-EU angebracht.

Die Position van der Loos ist herrschende Lehre. Andere Autoren vertreten denselben Standpunkt. Die englische Politikwissenschaftlerin Beth Oppenheim vom Londoner Think Tank *Centre for European Reform* hat das Ukraine-Modell am 27. Februar 2018 als Vorbild für ein Abkommen Grossbritannien-EU abgelehnt. Der Vertrag sei stark zugunsten der EU angelegt ("*strongly tilted in the EU's favour*"), mit schwerwiegenden Konsequenzen für die Souveränität⁹⁸.

Martin Howe QC, ein führender englischer Rechtsanwalt ("*Barrister*") und Brexit-Spezialist, der unlängst vor dem Ausschuss für die

⁹⁴ Meine Übersetzung, Hervorhebungen hinzugefügt.

⁹⁵ <https://www.ceps.eu/content/guillaume-van-der-loo>.

⁹⁶ <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/55046.pdf>, A.1.

⁹⁷ <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/55046.pdf>, B.7.

⁹⁸ <https://www.cer.eu/insights/ukraine-model-brexit-dissociation-just-association>.

Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestags als Experte aufgetreten ist⁹⁹, hat am 24. November 2018 ausgeführt:

“A supposedly neutral ‘arbitration panel’ has been set up to decide general disputes between the UK and EU. But under Art. 175, disputed questions of EU law will be decided not by the panel but by the ECJ – and the panel will be bound by the ECJ’s ruling. So the ‘independent’ panel will simply act as a postbox for sending the dispute to the ECJ. And as a rubber stamp when the answer comes back.”¹⁰⁰

This vassalage that the UK government now seeks is rare, but not unheard of. It is the system imposed on the former Soviet republics of Moldova, Georgia and Ukraine in their EU association agreements. What will the world make of Britain agreeing to such debasement?”

“Es wurde ein angeblich neutrales ‘Schiedsgericht’ eingerichtet, um allgemeine Streitigkeiten zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU zu entscheiden. Aber nach Art. 175 werden strittige Fragen des EU-Rechts nicht vom Panel, sondern vom EuGH entschieden - und das Panel ist an das Urteil des EuGH gebunden. Das ‘unabhängige’ Panel fungiert also lediglich als Postfach für die Übermittlung der Streitigkeit an den EuGH. Und als Stempelsystem, wenn die Antwort zurückkommt.

Die Vasallisierung, welche die britische Regierung jetzt anstrebt, ist selten, aber nicht unbekannt. Es ist das System, das den ehemaligen Sowjetrepubliken Moldawien, Georgien und Ukraine in ihren EU-Assoziierungsabkommen auferlegt wurde. Was wird die Welt davon halten, dass Grossbritannien einer solchen Erniedrigung zustimmt?”¹⁰¹

Lord Mervyn King, der frühere Gouverneur der Bank of England, hat am 3. Dezember 2018 zu dem EU-Austrittsvertrag, der den Schiedsgerichtmechanismus enthielt, festgestellt:

“If this deal is not abandoned, I believe that the U.K. will end up abrogating it unilaterally – regardless of the grave damage that would do to Britain’s reputation and standing. Vassal states do not go gently into that good night. They rage. If this parliament bequeaths to its successors the choice between a humiliating submission and the abrogation of a binding international treaty, it will not be forgiven – and will not deserve to be.”¹⁰²

⁹⁹

https://www.bundestag.de/blob/586328/1441d8188b07c2a47a2b5ae3292fc99e/stgn_howe-data.pdf.

¹⁰⁰ <https://www.spectator.co.uk/2018/11/mays-brexit-deal-the-legal-verdict/>.

¹⁰¹ Meine Übersetzung, Hervorhebungen hinzugefügt.

¹⁰² <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-12-04/mervyn-king-says-may-s-brexit-deal-is-a-betrayal>.

“Wenn dieser Deal nicht aufgegeben wird, glaube ich, dass das Vereinigte Königreich ihn am Ende einseitig aufkündigen wird - unabhängig von dem schweren Schaden, der dem Ruf und dem Ansehen Grossbritanniens entstehen würde. Vasallenstaaten gehen nicht sanft in diese gute Nacht. Sie wüten. Wenn dieses Parlament seinen Nachfolgern die Wahl zwischen einer demütigenden Unterwerfung und der Aufhebung eines verbindlichen internationalen Vertrags vermacht, wird ihm nicht vergeben - und es wird es auch nicht verdienen.”¹⁰³

Der Osloer Ordinarius für Internationales Recht Mads Andenæs hat das EU-Austrittsabkommen im November 2018 als “EWR des armen Mannes” (“a poor man’s EEA”) bezeichnet ¹⁰⁴.

Sogar die Generaldirektion Interne Politikbereiche des Europaparlaments, einer EU-Institution, hat 2017 festgehalten:

“For two reasons this agreement cannot serve as a blueprint for a Brexit-agreement: Firstly, the UK economy already matches EU standards. Secondly, contrary to the EU-Ukraine Association Agreement, an UK -EU agreement would rather be aimed at disengagement than at rapprochement.”

“Aus zwei Gründen kann diese Vereinbarung nicht als Blaupause für eine Brexit-Vereinbarung dienen: Erstens: Die britische Wirtschaft entspricht bereits den EU-Standards. Zweitens würde ein Abkommen zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU im Gegensatz zum Assoziierungsabkommen zwischen der EU und der Ukraine eher auf den Rückzug als auf die Annäherung abzielen.”¹⁰⁵

Natürlich kommt es immer wieder vor dass ein Gesetzgeber oder ein Vertragsgeber Elemente aus anderen Rechtsordnungen übernimmt. Gerade ein Staat von der Grösse der Schweiz kann das Rad nicht jedes Mal neu erfinden. Eine Rezeption fremden Rechts kommt aber a priori nur dann in Betracht, wenn die rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Voraussetzungen vergleichbar sind. Man spricht in diesem Zusammenhang vom Kontext. An dieser Vergleichbarkeit fehlt es vorliegend.

Das zusammenbasteln von Elementen, die nicht zusammenpassen, wird in der Literatur als „bricolage“ bezeichnet¹⁰⁶. Genau das wurde mit der Übertragung

¹⁰³ Meine Übersetzung.

¹⁰⁴ <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6472397967755091968>, accessed 10 December 2018.

¹⁰⁵ Meine Übersetzung.

¹⁰⁶ Mark Tushnet, 108 The Yale Law Journal, 1225, 1285 ff. (1999); Roger P. Alford, Misusing International Sources to Interpret the Constitution, 98 Am. J. Int'l L. 57 (2004); vgl. schon Claude Lévi-Strauss, La Pensée sauvage, Paris 1962, Chapitre 1.

des Ukraine-Modells auf das InstA (und auf das Austrittsabkommen Vereinigtes Königreich-EU) gemacht¹⁰⁷. Die einschlägigen Begründungserwägungen aus der Präambel des Ukraine-Abkommens sind oben wiedergegeben worden¹⁰⁸. Man kann dazu auch die Deutsche Bundesregierung zitieren, die im Hinblick auf die Ratifizierung der drei Abkommen schrieb, Ziel sei es, das ukrainische, georgische und moldauische Recht schrittweise an Rechtsvorschriften der EU anzunähern. Damit solle

“die Beachtung der Wertvorstellungen der EU in Bezug auf Menschenrechte, Demokratie¹⁰⁹ und Rechtsstaatlichkeit in den drei Ländern gefördert werden”.

„Liberalisierung und Ausweitung des Handels und der Investitionstätigkeit sollen die Wirtschaftsentwicklung in nachhaltiger Weise anheben.“¹¹⁰

Thomas Cottier erwähnt das Abkommen EU-Ukraine, den künftigen Vertrag EU-Grossbritannien (nicht das Austrittsabkommen!) und das InstA in einem Atemzug, so als befänden sich die drei Staaten in einer ähnlichen Situation ¹¹¹. Damit werden Äpfel und Birnen verglichen.

VIII. Schluss

Die Ausführungen zu den Ziffern VI. und VII. bestätigen das, was ich unter Ziffer V. als Zwischenfazit gezogen habe.

¹⁰⁷ Vgl. auch Axel Weber, Die EU muss sich überlegen, wie sie mit der Schweiz umgeht, Tages-Anzeiger vom 3. Januar 2019, <https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standard/Die-EU-muss-sich-ueberlegen-wie-sie-mit-der-Schweiz-umgeht/story/12678576>. <https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standard/UBS-Praesident-haelt-die-EU-zur-Selbstkritik-an/story/12678576>.

¹⁰⁸ Oben, III.3.(iii).

¹⁰⁹ Vgl. zum Demokratieaspekt den Chefredaktor des Tages-Anzeigers, Arthur Rutishauser, Das Abkommen ist einer Demokratie unwürdig, Tages-Anzeiger vom 29. Januar 2019, <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/das-abkommen-ist-einer-demokratie-unwuerdig/story/29535683>

¹¹⁰

https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2015/kw13_de_assoziierungsabkommen/366494.

¹¹¹ Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU, https://suisse-en-europe.ch/wp-content/uploads/2019/01/Der-Rechtsschutz-im-Rahmenabkommen-Schweiz-EU-Cottier-0119_2.pdf, 3.

Ich beantworte die mir vorgelegte Rechtsfrage wie folgt:

„Wenn das Schiedsgericht im Sinne von Artikel III.9 Ziff. 3 des Protokolls 3 des Rahmenvertrags von der EU angefragt wird, den EuGH anzurufen, so kommt ihm in praktisch allen Fällen kein Ermessen zu. Damit unterwirft sich die Schweiz dem Gericht der Gegenpartei, dem bei aller Qualität und ungeachtet seiner historischen Leistung die Unparteilichkeit fehlt.

Das Schiedsgerichtsmodell stellt gegenüber dem ‚reinen‘ EuGH-Modell, das der Bundesrat im Verlauf des Jahres 2017 verworfen hat, unter Gesichtspunkten der Souveränität keine Verbesserung dar.

Eine solche Unterwerfung wird auch Auswirkungen auf die Position der Schweiz bei künftigen Vertragsverhandlungen mit der EU haben.“

St. Gallen, 6. Februar 2019

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'N. K. ...', with a small horizontal line above the first letter.

Carl Baudenbacher CV

Unabhängiger Schiedsrichter und Berater, Monckton Chambers, London (seit Mai 2018),

Präsident des EFTA-Gerichtshofs 2003 bis 2017, Richter 1995 bis 2018,

Mitglied der von der österreichischen Bundesregierung eingesetzten Untersuchungskommission zur Aufklärung der Vorkommnisse im Zusammenhang mit der Hypo Alpe-Adria-Bank International AG („Griss-Kommission“) 2014,

Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen HSG 1987-2013,

Gründer und Präsident des St. Gallen International Competition Law Forum ICF (seit 1995),

Mitglied des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs von Liechtenstein 1994-1995,

Permanent Visiting Professor für Europäisches und Internationales Recht an der University of Texas at Austin School of Law 1993-2004,

Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Technischen Universität Kaiserslautern 1987,

Vertretungsprofessor an verschiedenen deutschen Universitäten (u.a. FU Berlin und Tübingen) 1984-1986,

Experte des Schweizerischen Bundesrates, des National- und Ständerates in Fragen des Urheberrechts, des Kartellrechts und der Europapolitik.

Berater verschiedener ausländischer Regierungen, Gutachter und Schiedsrichter,

Habilitation Universität Zürich 1983,

Dr. iur. Universität Bern 1978,

Autor von über 40 Büchern und über 270 Aufsätzen zum Europarecht und Internationalen Recht, Obligationenrecht, Arbeitsrecht, Lauterkeitsrecht, Kartell- und Beihilfenrecht, Gesellschafts- und Finanzmarktrecht, Immaterialgüterrecht, zur Rechtsvergleichung, zum Recht der internationalen Gerichte und zum Recht der Globalisierung.

Neuste Publikationen:

Judicial Independence. Memoirs of a European Judge, Springer Biographies, 2019, <https://www.springer.com/us/book/9783030023072>.

The Art of Judicial Reasoning, Festschrift in Honour of Carl Baudenbacher, Selvik/Clifton/Haas/Lourenço/Schwiesow, (Eds.), Springer 2019, <https://www.springer.com/us/book/9783030025526>.