



BAUDENBACHER KVERNBERG
LAWYERS & ADVISORS
ZÜRICH | OSLO | STAVANGER | BRUSSELS

**Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. h.c. Carl Baudenbacher,
LSE, Präsident des EFTA-Gerichtshofs 2003-2017**

Der institutionelle Kern des RA 2.0

WAK NR 12. Februar 2024

ee



I. Dynamische Rechtsübernahme

Wie InstA-E 2018; Mitsprache-, aber kein Mitbestimmungsrecht der Schweiz.

II. Überwachung

Wie InstA-E 2018. EU-Kommission kann Schweiz einseitig vor „Schiedsgericht“ ziehen, das immer dann, wenn EU-Recht impliziert ist, EuGH um Auslegung durch verbindliches Urteil ersuchen muss. Nicht neutrale EU-Kommission wird zur faktischen Überwachungsbehörde der Schweiz.

III. Streitbeilegung

1. Rückblick: Reines Kommissions/EuGH-Modell

2010 Vorschlag EU-Kommission: Schweiz sollte sektoriellen Ansatz beibehalten, bilaterale Marktzugangsabkommen aber Institutionen des EFTA-Pfeilers im EWR, EFTA-Überwachungsbehörde (ESA) und EFTA-Gerichtshof, unterstellen.

Vertretung durch je ein Mitglied in beiden Organen.

Vertragsverletzungsverfahren durch ESA; ev. Vorabentscheidungsverfahren (nat. Gericht – EFTA-GH).

Private und Unternehmen hätten bei Schweizer Gerichten Vorlage an den EFTA-Gerichtshof stellen können.

CB August 2010 Europaklausur des Bundesrates ([Ein EWR-Advokat findet Gehör bei den Bundesräten | Berner Zeitung](#)).

2013: BR Burkhalter/SS Rossier sorgen für Verhandlungsmandat mit einem einzigen Verfahrenstyp: Streitbeilegungsverfahren mit der EU und der Schweiz als Parteien und EuGH als Gericht.

Modell stiess bei Spitzenpolitikern nach kurzer Zeit auf Ablehnung. StR (heute BR) *Karin Keller-Sutter* liess sich im St. Galler Tagblatt vom 17.8.2015 folgendermassen vernehmen:

„Der EuGH ist das Gericht der Gegenpartei und deshalb nicht neutral.“ Die Schweiz müsse wieder auf den EFTA-Gerichtshof setzen ([EU-Politik - Inszenierung des Chefunterhändlers ist nur ein grosser Bluff des Bundesrates \(tagblatt.ch\)](#)).

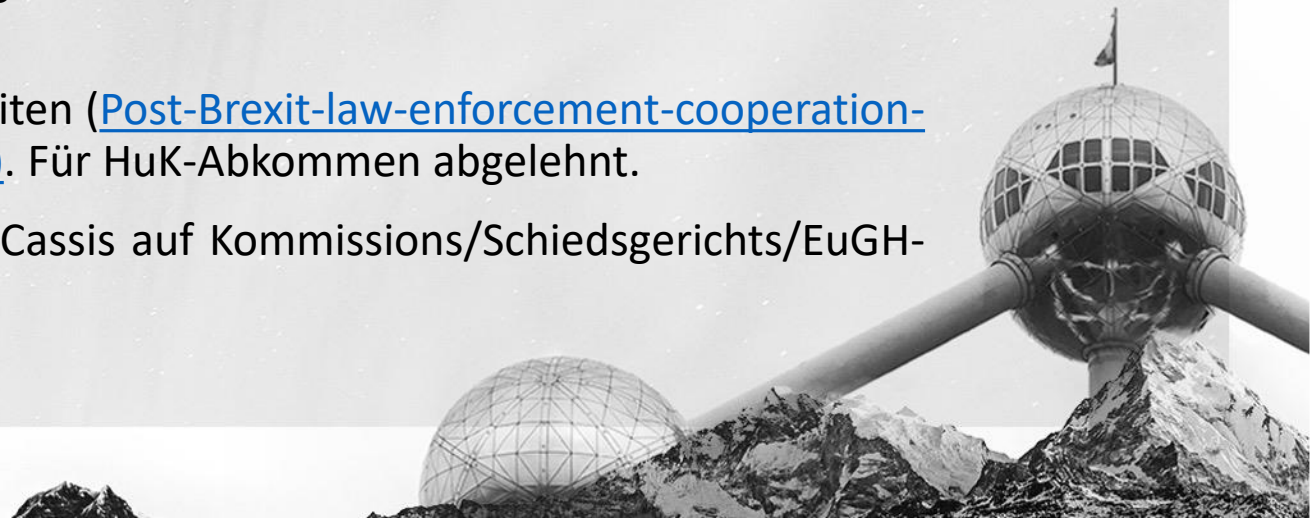
2. Kommissions/Schiedsgerichts/EuGH-Modell

Im Januar 2018 schlug EU-Kommission Modell mit paritätisch besetztem Schiedsgericht und EuGH vor ([EU's Swiss proposal could serve as Brexit blueprint \(ft.com\)](#)).

Wenn EU-Recht impliziert war (EU-Recht oder mit EU-Recht inhaltsgleiches Abkommensrecht), so war der EuGH um eine verbindliche Auslegung zu ersuchen. Gestützt darauf würde das Schiedsgericht den Fall entscheiden.

EU-Kommission offerierte Modell auch den Brexit-Briten ([Post-Brexit-law-enforcement-cooperation-negotiations-and-future-options.pdf \(ukandeu.ac.uk\)](#)). Für HuK-Abkommen abgelehnt.

März 2018: Verhandlungsmandat auf Betreiben BR Cassis auf Kommissions/Schiedsgerichts/EuGH-Modell abgeändert.



3. Common Understanding

Befürworter bestrebt, Schiedsgericht möglichst viel Unabhängigkeit zuzuschreiben.

(1) Rechtliches Ermessen bei Frage, ob es an den EuGH gelangt. Nur wenn für Streitbeilegung relevant und für Entscheidung notwendig.

→ Begriffe „relevant“ und „notwendig“ ändern nichts daran, dass EuGH immer dann anzurufen ist, wenn EU-Recht „impliziert“ ist.

Schiedsgericht könnte auf Einschaltung des EuGH verzichten, wenn klares Fallrecht des EuGH vorliegt. → Auch dann hätte es bei der Übernahme dieses Fallrechts kein Ermessen.

Aufgrund der Teleologie der Regelung (Herstellung von Homogenität im Binnenmarkt) gerade umgekehrt, als man in Bern annimmt: In Zweifelsfällen wird Schiedsgericht EuGH einschalten.

Strukturelle und soziologische Aspekte:

Ad-hoc-Einrichtung ohne eigene Kanzlei, ohne permanente Gerichtsschreiber, ohne „*institutional memory*“; EU-Kommission hoch professionell; Gefälle; Reputation wahren.

Hoffnungen, dass Schiedsrichter der Schweiz wohl gesonnen wären, entbehren jeder Grundlage.

„Niemand kann das Schiedsgericht zur Anrufung des EuGH zwingen.“ → Niemand kann es daran hindern, in Zweifelsfällen den EuGH anzurufen.

(2) Rechtliches Ermessen bei der Frage haben, ob und wie es den Spruch des EuGH umsetzt → Aus der Luft gegriffen. Verstoss gegen die Pflichten.

4. Wäre EuGH neutral?

Begriff des fremden Richters ist Leerformel. Entscheidend ist, ob Richter/Richterin neutral ist.

KKS (oben): EuGH fehlt Neutralität. Er ist, wie Kommission oder Rat, Organ der EU (Art. 13 EUV).

NR *Gerhard Pfister* im TA vom 28.9.2020:

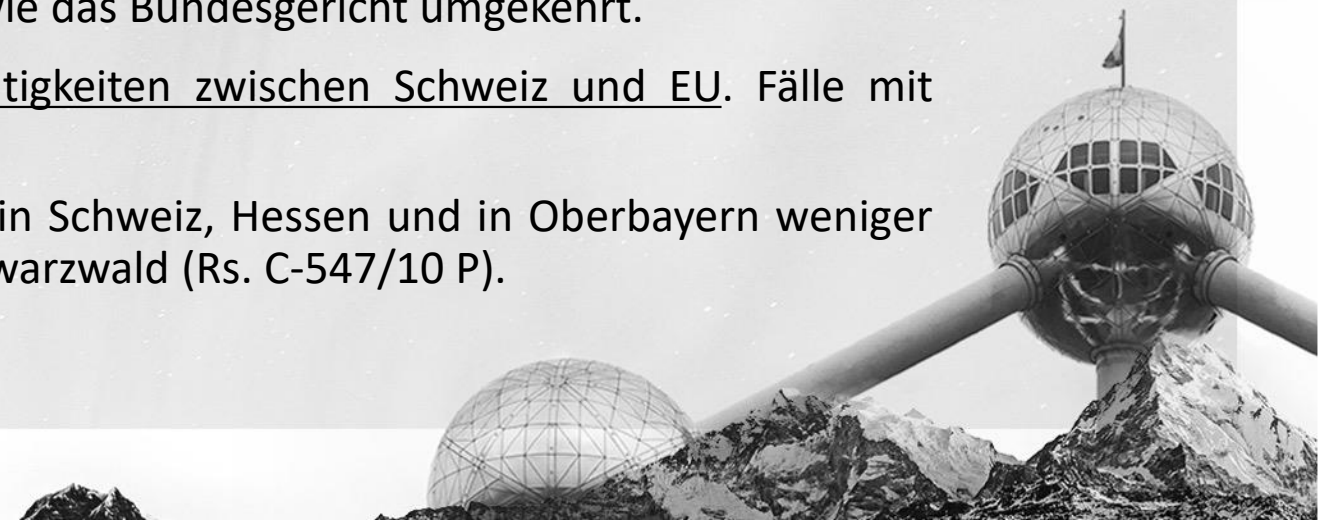
„'Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs im Rahmenabkommen ist toxisch' [...]. Es könne nicht sein, dass ein einseitig europäisches Gericht über das Verhältnis zwischen der EU und einem Nichtmitglied entscheide.”

Schweizer Professoren: EuGH habe in Fällen mit Beteiligung von Schweizer Parteien keine systematischen Benachteiligung erkennen lassen. → Schweiz habe nichts zu befürchten.

Antwort: In Vorabentscheidungsverfahren, z.B. betreffend einen Schweizer, der in Deutschland arbeitet oder in Österreich ein Stück Land kaufen oder ein Jagdpatent erwerben will, stehen sich nicht Staaten gegenüber. EuGH ist ebenso neutral, wie das Bundesgericht umgekehrt.

Unter RA ginge es aber um völkerrechtliche Streitigkeiten zwischen Schweiz und EU. Fälle mit starkem Interessengegensatz.

Präjudiz EuGH Zürcher Fluglärmstreit: Bevölkerung in Schweiz, Hessen und in Oberbayern weniger schutzwürdig gegenüber Fluglärm als die im Südschwarzwald (Rs. C-547/10 P).



5. Unabhängige internationale Kommentatoren

BE Völkerrechtler *Guillaume van der Loo*: „Schiedsgericht“ soll enormen Souveränitätstransfer auf EU „verschleiern“ („*conceal*“). Extreme Verpflichtung, passt für die Schweiz nicht.

UK Politikwissenschaftlerin *Beth Oppenheim*: Stark zugunsten der EU angelegt („*strongly tilted in the EU's favour*“); „Schiedsgericht“ ein Feigenblatt („*a fig leaf*“).

Martin Howe KC: „Schiedsgericht“ ist Briefkasten („*post box*“) für die Übermittlung der Streitigkeit an den EuGH. Und als Stempelsystem („*rubber stamp*“), wenn die Antwort zurückkommt.

MdB RA *Wolfgang Kubicki*: Wer das Schiedsgericht will, kann ebenso gut direkt zum EuGH gehen.

Universität Oslo Ordinarius für Internationales Recht und früherer Direktor am *King's College* der Universität London *Mads Andenas*: „EWR des armen Mannes“.

Prof. *Franklin Dehousse*, ehemaliger BE Richter am Gericht der EU: „*Judicial imperialism*“ („Judizieller Imperialismus“).

NL Prof. *Dimitry Kochenov*: „*Unequal treaty*“ (ungleicher Vertrag).

RA PD Dr. *Christian F. Schneider*, Universität Wien: „Im Vergleich mit den übrigen EFTA-Staaten unnötiger Souveränitätsverlust“.

RA *Maurizio Lo Gullo*, Como/Lugano: EuGH als Gericht der Schweiz.

Luxemburger Wirtschaftsanwalt *Joë Lemmer*: „Trojanisches Pferd mit dem EuGH im Bauch“.

5. Unabhängige internationale Kommentatoren

UK Politikwissenschaftlerin *Beth Oppenheim*:

«A fig leaf».



IV. Ausnahmen vom Zugriff des EuGH

1. Reichweite

Streitbeilegungsmodell wird in Verhandlungen nicht mehr diskutiert werden.

Fokus auf Ausnahmen. Lohnschutz, Unionsbürgerrichtlinie, Beihilfen.

Unabhängig davon, was erreicht werden kann, ist der Ansatz mit den Ausnahmen unhaltbar

(1) Realität zweiter Klasse.

(2) Enge Auslegung.

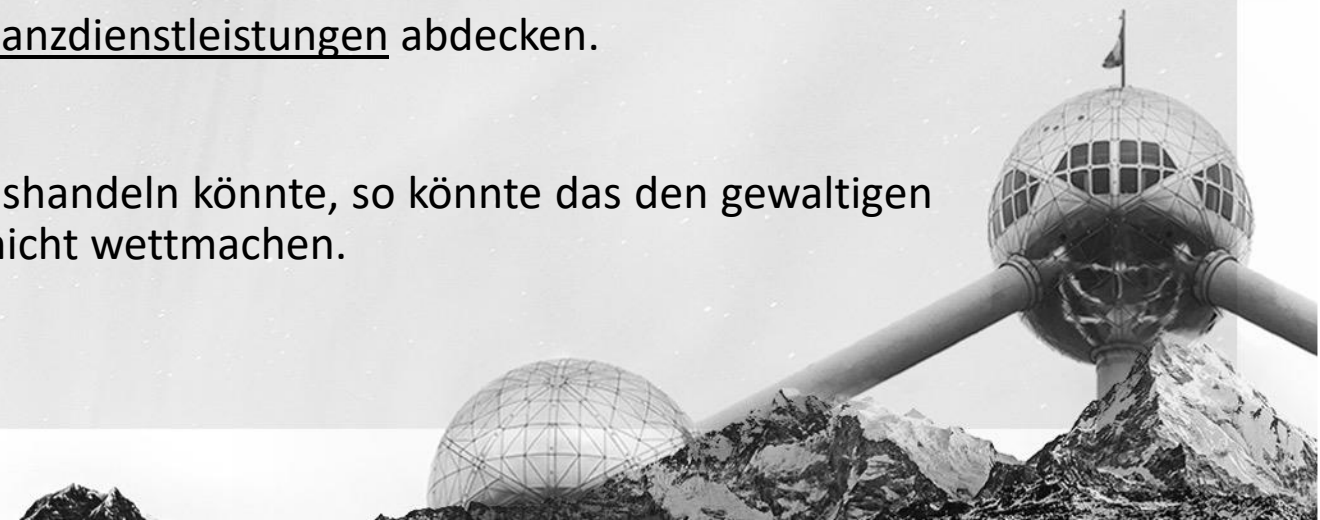
(3) Momentaufnahme.

In Zukunft sind Konflikte z.B. in den Bereichen Landverkehr, Energieversorgung oder Liberalisierung des Schienenverkehrs denkbar.

Künftiges Dienstleistungsabkommen würde auch Finanzdienstleistungen abdecken.

Freihandelsabkommen von 1972.

Selbst wenn die Schweiz beachtliche Ausnahmen aushandeln könnte, so könnte das den gewaltigen Souveränitätstransfer, den das RA mit sich brächte, nicht wettmachen.



IV. Ausnahmen vom Zugriff des EuGH

2. Im Zweifelsfall würde der EuGH entscheiden

„Common Understanding“, Ziff 10 a.E.:

„Wenn die Streitigkeit eine Frage der Auslegung oder Anwendung einer Bestimmung aufwirft, die in den Anwendungsbereich einer Ausnahme von der Verpflichtung zur dynamischen Anpassung nach Absatz 9 fällt, und wenn diese Streitigkeit nicht die Auslegung oder Anwendung von Konzepten des Unionsrechts betrifft, sollte das Schiedsgericht die Streitigkeit entscheiden, ohne den Gerichtshof der Europäischen Union anzurufen.“ (Inoffizielle Übersetzung.)

Beachte: Konzepte.

Wenn EU-Kommission Antrag auf Einschaltung des EuGH stellte, so würde das Schiedsgericht nach der Lebenserfahrung dem stattgeben.

Im Endeffekt würde EuGH über Tragweite von Ausnahmen entscheiden.

Was werden die EU-Staaten plädieren?

V. Beschränkung der Zuständigkeit des Bundesgerichts

Bundesrat:

“Die Auslegungskompetenz des Bundesgerichts und der schweizerischen Gerichte für Schweizer Recht wird ausdrücklich gewahrt.”

Der Satz macht ratlos.

Bundesgericht ist zuständig zur Auslegung der bilateralen Verträge. Das folgt aber nicht aus einer Zusage der EU, sondern aus dem Schweizer Recht.

Entscheidend ist aber, dass Bundesgericht im Streitbeilegungsverfahren ausgeschaltet wäre.

Vom Bundesrat nicht thematisiert.

Kein anderes Höchstgericht in EU oder EWR wird so schlecht behandelt.

Kritik des Schweizer Richters und ehemaligen Bundesrichters *Andreas Zünd* (SP): EU-Funktionäre könnten wegen eines Urteils ein Streitbeilegungsverfahren eröffnen. → Vor dem nicht neutralen EuGH, der gegen die Auslegung des Bundesgerichts entscheiden könnte.

([Schweizer Richter in Strassburg kritisiert EU-Rahmenvertrag - 20 Minuten](#))

Missglückte „Bricolage“.



VI. Kommissions/Schiedsgerichts/EuGH-Modell als Kern der EU-Nachbarschaftspolitik

Für ENP-Staaten = Schwellenländer entwickelt, die am Finanztropf der EU hängen.

Vier post-sowjetische Republiken Armenien, Georgien, Moldawien, Ukraine (drei davon EU-Beitrittskandidaten).



VI. Kommissions/Schiedsgerichts/EuGH-Modell als Kern der EU-Nachbarschaftspolitik

Staaten Nordafrikas (zB Marokko, Algerien, Ägypten, Jordanien, ehemalige Kolonien europäischer Mächte ohne EU-Beitrittsperspektive; Neokolonialismus).



In Norwegen und Island wäre das Modell verfassungswidrig, in den EU-Staaten wohl auch.

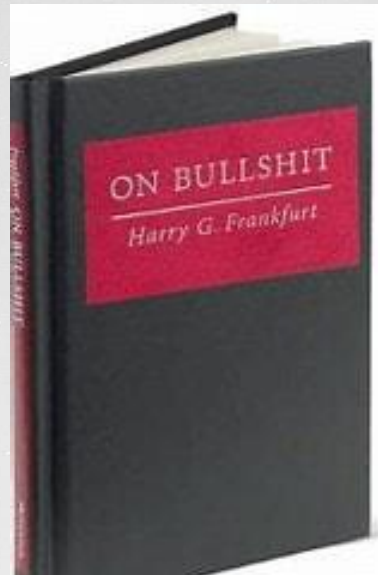
VII. Qualität der Information

1. Zu viel Bullshit

Das Projekt RA war von Anfang an auf Bullshit aufgebaut. Das ist Gerede, das überzeugen will, ohne Rücksicht auf Wahrheit (*Harry G. Frankfurt, [On Bullshit : Frankfurt, Harry G.: Amazon.de: Bücher](#)*).

Ab 2013 Behauptungen des EDA, der EuGH werde die Schweiz nicht verurteilen können, sondern lediglich Gutachten erstatten, und falls die Schweiz vor dem EFTA-Gerichtshof gewänne, so wäre das Urteil für die EU nicht verbindlich.

Ab 2018 Behauptungen, das Schiedsgericht habe Ermessen und der EuGH sei der Schweiz gegenüber neutral, aber auch Ausführungen zum angeblichen „RA Zwei-Pfeiler-Modell“.



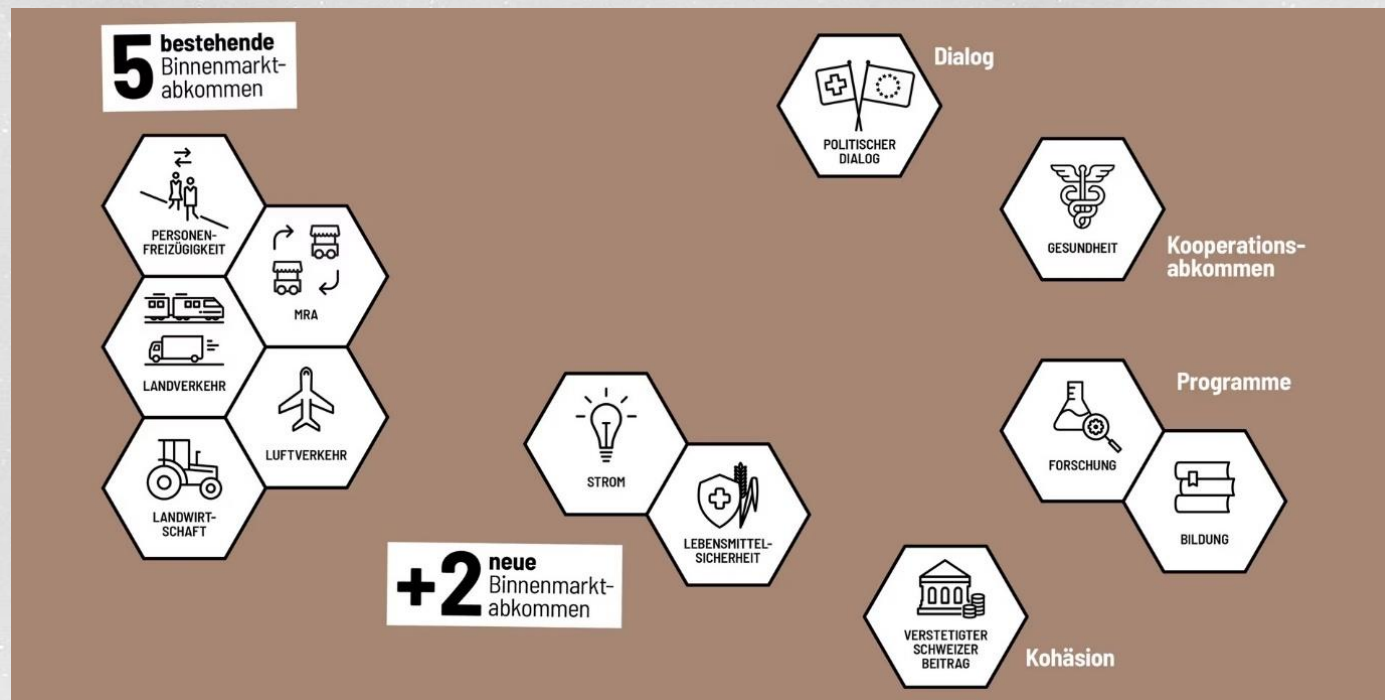
VII. Qualität der Information

2. Absichtliche Irreführung?

Es gibt auch Äusserungen der RA-Befürworter, welche die Wahrheit proaktiv verbergen und damit die über die genannte Bullshit-Politik hinausgehen. Unter dem angeblichen Paradigmenwechsel zum „Paketansatz“ werden die institutionellen Punkte wegretouchiert. → Parallele zum UWG.



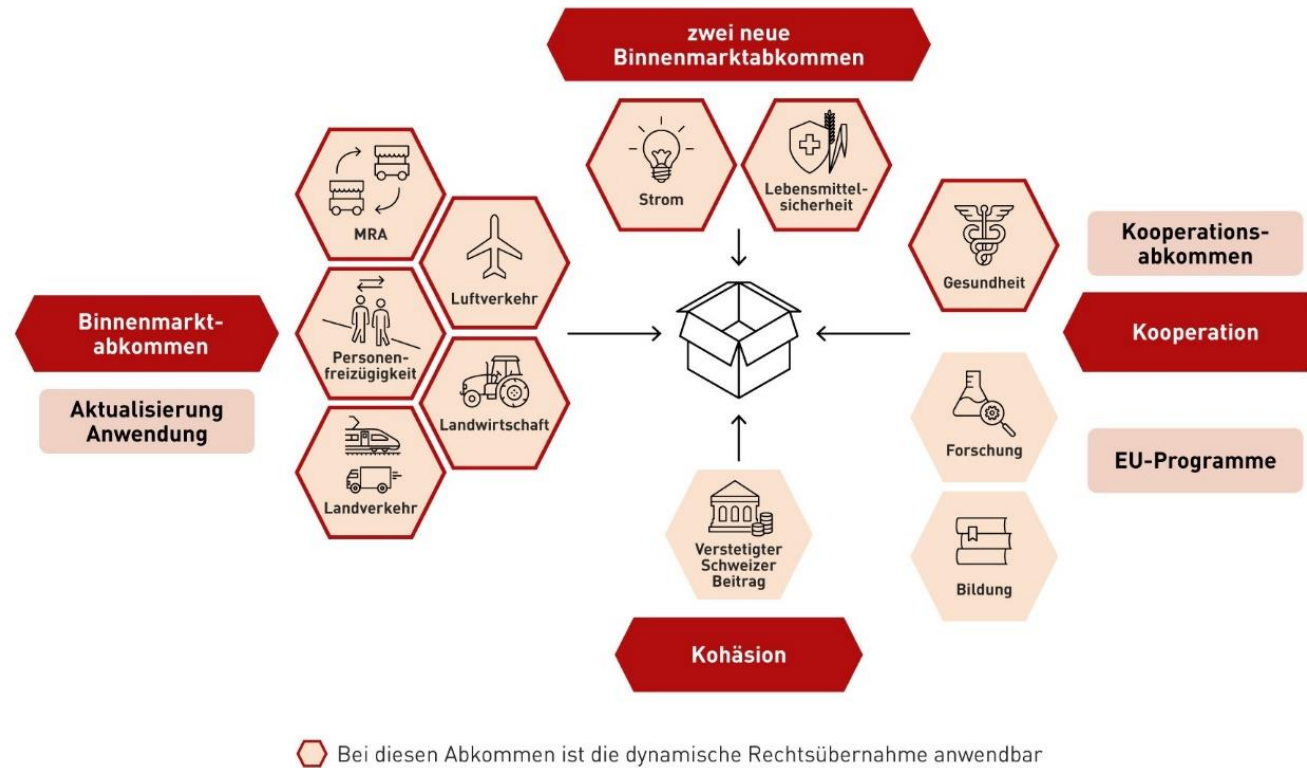
EDA:



«Für die Schweiz ist ein massgeschneiderter Zugang zum EU-Binnenmarkt wichtig. Mit der Aktualisierung von fünf bisherigen und mit zwei neuen Binnenmarktabkommen, mit verbindlicheren Kooperationen und mit einer Verstetigung des Schweizer Beitrags soll die Beziehung Schweiz-EU weiterentwickelt und stabilisiert werden. © EDA»

[Der Bundesrat genehmigt den Entwurf eines Mandats für Verhandlungen mit der Europäischen Union \(EU\) \(admin.ch\)](https://www.admin.ch)

Paket Bilaterale III



Quelle: EDA 2023 [eigene erweiterte Darstellung]
www.economiesuisse.ch

Das Erfolgsmodell sichern: Auf dem Weg zu den «Bilateralen III» | [economiesuisse](http://economiesuisse.ch)