



Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. h.c. Carl Baudenbacher

Institutionelle Aspekte des Rahmenabkommens 2.0
Kurzpapier zu Händen der WAK-Nationalrat, 12. Februar 2024

Embargo: 12. 2. 2024, 14 h

Die WAK Nationalrat hat mich eingeladen, die institutionellen Aspekte des Rahmenabkommens 2.0 («**RA 2.0**») zu analysieren und sie den bisherigen Vorschlägen zur Regelung des Verhältnisses der Schweiz mit der EU gegenüberzustellen, insbesondere dem Entwurf zu einem Institutionellen Rahmenabkommen 2018 («**InstA 2018**»).

Das Papier untersucht die strukturellen Elemente, die zu erwartenden Auswirkungen auf die Schweiz und die Qualität und Korrektheit der dem Schweizer Parlament zur Verfügung gestellten Informationen.

Ich war und bin in die Debatte um die Gestaltung des Verhältnisses der Schweiz zur EU seit 1989 in vielen Funktionen involviert (siehe Aufstellung am Ende). Befürworter des RA 2.0 versuchen meine Argumente mit diffamierenden Behauptungen zu entkräften. Dieser *modus operandi* macht mich betroffen. Es geht hier um eine Weichenstellung für die Zukunft der Schweiz. Nur Sachargumente zählen.

I. Dynamische Rechtsübernahme

Identisch mit dem InstA-Entwurf 2018.

Mitspracherecht der Schweiz beim Erlass neuen RA 2.0-relevanten EU-Rechts.

Kein Mitentscheidungsrecht.

II. Überwachung

Identisch mit dem InstA-Entwurf 2018.

EU-Kommission kann die Schweiz einseitig, d.h. ohne deren Zustimmung, vor ein «Schiedsgericht» ziehen. Dieses «Schiedsgericht» muss immer dann, wenn EU-Recht impliziert ist, den EuGH um Auslegung durch ein verbindliches Urteil ersuchen. Die nicht neutrale EU-Kommission wird zur faktischen Überwachungsbehörde der Schweiz.

Vom SGV im Dezember 2013 abgelehnt ([Gewerbe greift Burkhalters EU-Pläne an | NZZ](#)).

III. Streitbeilegung

1. Rückblick: Reines Kommissions-/EuGH-Modell

Seit 2010 wurde auf Vorschlag der EU-Kommission über ein «**Andockmodell**» gesprochen. Die Idee war, dass die Schweiz ihren sektoriellen Ansatz beibehält, sich aber den Institutionen des EWR/EFTA-Pfeilers (EFTA-Überwachungsbehörde [«**ESA**»] und EFTA-Gerichtshof) unterstellt. Dabei hätte die Schweiz je ein Mitglied in beiden Organen stellen können. Die ESA hätte Vertragsverletzungsverfahren gegen die Schweiz anstrengen können. Private und Unternehmen hätten bei Schweizer Gerichten Vorlage an den EFTA-Gerichtshof beantragen können, in dessen Spruchkörper ein Schweizer Richter gesessen hätte. Der Autor dieses Kurzpapiers stand in Kontakt mit Bundespräsidentin *Doris Leuthard* und hat im August 2010 an einer Europaklausur des Bundesrates teilgenommen ([Ein EWR-Advokat findet Gehör bei den Bundesräten | Berner Zeitung](#)).

Nach der Neubesetzung der Spitze des EDA 2012 wurde in der Europapolitik ein abrupter Richtungswechsel vorgenommen. Ende 2013 wurde ein Verhandlungsmandat verabschiedet, das einen einzigen Verfahrenstyp vorsah: ein Streitbeilegungsverfahren mit der EU und der Schweiz als Parteien. Die EU-Kommission sollte im Konfliktfall das Recht haben, einseitig, d.h. ohne Zustimmung der Schweiz vor dem EuGH zu klagen. Ende 2013 wurde ein Verhandlungsmandat auf dieser Basis verabschiedet.

Das Modell stiess bei Spitzenpolitikern nach kurzer Zeit auf Ablehnung. Exemplarisch hier StR (heute BR) *Karin Keller-Sutter* im St. Galler Tagblatt vom 17.8.2015:

«Der EuGH ist das Gericht der Gegenpartei und deshalb nicht neutral.» Die Schweiz müsse ihre Strategie überdenken und 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

Daraufhin legte die EU-Kommission im Januar 2018 ein Modell auf den Tisch, bei dem ein Schiedsgericht dem EuGH vorgeschaltet werden sollte ([EU's Swiss proposal could serve as Brexit blueprint \(ft.com\)](#)). Wenn es in einem Fall um EU-Recht oder um mit EU-Recht inhaltsgleiches Abkommensrecht ginge, hätte das Schiedsgericht den EuGH um eine verbindliche Auslegung ersuchen müssen. Gestützt darauf würde das Schiedsgericht den Fall entscheiden. Unser Höchstgericht, das Bundesgericht, hätte nichts zu sagen gehabt.

Es war die Zeit des Brexits, und die EU-Kommission offerierte das Modell auch den Briten. EuGH-Präsident *Koen Lenaerts* im August 2017 den Briten die Unterstellung unter den EFTA-Gerichtshof vorgeschlagen ([Post-Brexit-law-enforcement-cooperation-negotiations-and-future-options.pdf \(ukandeu.ac.uk\)](#)).

Der Mechanismus mit dem Schiedsgericht ohne Macht wurde nicht für die Schweizer und die Briten erfunden. Er stammt aus den Assoziationsabkommen der EU mit den früheren Sowjetrepubliken Armenien, Georgien, Moldawien und Ukraine. In der britischen Debatte war denn auch von Anfang an vom «Ukraine»-Modell die Rede.

Die Briten lehnten das «Ukraine»-Modell für das Handels- und Kooperationsabkommen mit der EU ab, mussten es aber aufgrund ungeschickter Verhandlungsführung durch PM *Theresa May* im Austrittsabkommen akzeptieren. Die zeitliche Dauer des Austrittsabkommens ist begrenzt. Es ist bisher zu keinen Fällen gekommen.

Im März 2018 wurde das Verhandlungsmandat auf Vorschlag des EDA auf das «Ukraine»-Modell geändert.

3. RA 2.0

Gemäss dem «*Common Understanding*» («CS») soll das «Ukraine»-Modell auch im RA 2.0 eingeführt werden. EDA, die KdK und befürwortende Professoren sind bestrebt, dem Schiedsgericht möglichst viel Unabhängigkeit zuzuschreiben. Dabei wird dreierlei vorgetragen:

- (1) Das Schiedsgericht werde rechtliches Ermessen bei der Frage haben, ob es an den EuGH gelangt.

Hier wird darauf hingewiesen, dass der EuGH gemäss dem InstA-Entwurf 2018 nur dann anzurufen sei, wenn es

«für die Streitbeilegung relevant und für seine Entscheidfällung notwendig»

ist. Darüber entscheide das Schiedsgericht allein. Hier habe die Schweiz besser verhandelt als die post-sowjetischen Republiken. Letzteres stimmt nicht, weil das Erfordernis der «Relevanz» auch im Abkommen der EU mit Armenien enthalten ist (Artikel 342[2]).

In der Praxis ändern die beiden Begriffe nichts daran, dass der EuGH immer dann anzurufen ist, wenn EU-Recht «impliziert» ist. Es ist denkbar, dass das Schiedsgericht auf die Einschaltung des

EuGH verzichten möchte, z.B. wenn klare EuGH-Rechtsprechung vorliegt. Aber auch dann hätte es bei der Übernahme dieses Fallrechts kein Ermessen, sondern könnte nur die EuGH-Urteile übernehmen.

Die Streitbeilegungsklausel wird vom Schiedsgericht im Lichte ihres Zwecks angewendet werden. Weil das Ziel die Herstellung grösstmöglicher Homogenität im Binnenmarkt ist, wird das Schiedsgericht in Zweifelsfällen einem Antrag der EU auf Einschaltung des EuGH stattgeben.

Hier kommen auch strukturelle und soziologische Überlegungen ins Spiel. Das Schiedsgericht wäre eine ad-hoc-Einrichtung ohne eigene Kanzlei, ohne permanente Gerichtsschreiber, ohne etablierte Praxis und Abläufe und ohne «*institutional memory*». Schon von daher hätte es Schwierigkeiten, einen gut begründeten Antrag der EU auf Anrufung des EuGH abzulehnen. Des Weiteren wären die Schiedsrichter naturgemäss interessiert, ihre gute Reputation zu wahren. Mehr oder weniger offen geäusserte Hoffnungen, dass sie der Schweiz besonders gesonnen und daher bereit wären, ein Abkommen mit der EU tendenziell zugunsten der Schweiz zu interpretieren, sind reines Wunschdenken.

- (2) Das Schiedsgericht werde rechtliches Ermessen bei der Frage haben, ob und wie es den Spruch des EuGH umsetzt.

Es trifft zu, dass die Schiedsrichter theoretisch vom Urteil des EuGH abweichen könnten. Aber das wäre ein klarer Rechtsverstoss. Die Schweiz kann ihre aussenpolitischen Beziehungen nicht auf der Hoffnung gründen, dass Entscheidungsträger Rechte und Pflichten systematisch verletzen werden zulasten der EU bzw. zugunsten der Schweiz.

- (3) Das Schiedsgericht werde faktisches Ermessen haben, weil das «Ukraine-Modell» Ähnlichkeiten mit dem Vorabentscheidungsverfahren in der EU habe, wo die nationale Höchstgerichte ebenfalls ein Ermessen hätten.

Befürworter sagen, dass die Höchstgerichte der EU-Staaten manchmal ungestraft ihre Pflicht zur Vorlage an den EuGH verletzen und sich in gewissen Fällen sogar sich weigern würden, dem EuGH zu folgen. Auch hier wird also die künftige EU-Politik auf einer Hoffnung bzw. Aufforderung an ein Gericht gestützt, das Recht zu verletzen. Der Vergleich des Schiedsgerichts mit den Höchstgerichten der EU-Staaten ist überdies unhaltbar.

IV. Beurteilung durch unabhängige Kommentatoren

Unabhängige und renommierte internationale Beobachter, die keine hidden agenda mit Bezug auf die Schweizer EU-Politik haben und sich keinen Sitz in einem künftigen Schiedsgericht erhoffen, sprechen Klartext darüber, ob das Schiedsgericht eigene Befugnisse hätte:

Der ehemalige belgische Richter am Gericht der EU, *Franklin Dehousse*, bezeichnet diesen Ansatz als «*judicial imperialism*» («judiziellen Imperialismus»).

Der Osloer Ordinarius für Internationales Recht und früherer Direktor am *King's College* der Universität London, *Mads Andenas*, beschreibt den Ansatz des RA 2.0 als den «EWR des armen Mannes».

Die britische Politikwissenschaftlerin *Beth Oppenheim* hält den Vertrag als stark zu Gunsten der EU angelegt («*strongly tilted in the EU's favour*») und bezeichnet das Schiedsgericht als ein Feigenblatt («*a fig leaf*»).

Gemäss dem belgischen Völkerrechtler *Guillaume van der Loo* soll das «Schiedsgericht» den enormen Souveränitätstransfer auf die EU «verschleiern» («*conceal*»). Es handle sich um eine extreme Verpflichtung, welche für die Schweiz nicht passe.

Laut dem britischen Wirtschaftsrechtsanwalt *Martin Howe* KC fungiert das «Schiedsgericht» als blosser Briefkasten («*post box*») für die Übermittlung der Streitigkeit an den EuGH und als Stempelsystem («*rubber stamp*»), wenn die Antwort zurückkommt.

Der niederländische Rechtsprofessor *Dimitry Kochenov* spricht von einem «ungleichen Vertrag» («*unequal treaty*»).

Der Luxemburger Wirtschaftsanwalt *Joë Lemmer* sieht das «Schiedsgericht» als «Trojanisches Pferd mit dem EuGH im Bauch».

Der italienische Rechtsanwalt und Dozent *Maurizio Lo Gullo*, der auch in Lugano praktiziert, erklärte, dass der EuGH ein Organ der Schweiz werden würde.

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

V. Wäre der EuGH neutral?

Damit reduziert sich alles auf die Frage, ob der EuGH im Verhältnis zur Schweiz als neutrales Gericht angesehen werden kann. Der frühere StS *Yves Rossier* hat im Juni 2013 mit dem Satz provoziert, bei den EuGH-Richtern handle es sich um fremde Richter, aber es gehe ja auch um fremdes Recht ([«Ja, es sind fremde Richter» | Tages-Anzeiger \(tagesanzeiger.ch\)](#)).

Diese Schlussfolgerung ist falsch: das Abkommensrecht ist gemeinsames Recht. Und der Begriff des fremden Richters ist eine Leerformel; entscheidend ist, ob ein Richter/eine Richterin neutral ist.

Die heutige Bundesrätin *Karin Keller-Sutter* hat den EuGH mit dem Argument abgelehnt, er sei das Gericht der Gegenseite. Tatsächlich fehlt dem EuGH die Neutralität. Genau wie die Kommission oder der Rat ist der EuGH ein «Organ» der EU (Artikel 13 EUV).

NR *Gerhard Pfister* im Tagesanzeiger vom 28.9.2020:

«Wir müssen endlich über das grundlegende Problem reden: die Souveränität. 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 haben eingewandt, der EuGH habe schon viele Fälle mit Beteiligung von Schweizer *Privatpersonen* und *Unternehmen* gefällt, ohne dass es zu einer systematischen Benachteiligung gekommen sei. Die *Schweiz als Staat* habe daher nichts zu befürchten.

Diese Argumentation verwechselt Äpfel und Birnen. Die Fälle, die der EuGH bisher entschieden hat, betrafen Vorabentscheidungsverfahren, z.B. betreffend einen Schweizer, der in Deutschland arbeitete oder einen, der in Österreich ein Stück Land kaufen oder ein Jagdpatent erwerben wollte. In solchen Fällen ist ein Gericht wie der EuGH ebenso neutral, wie das Bundesgericht umgekehrt, wenn z.B. ein italienischer Anwalt Zugang zum Schweizer Rechtsmarkt sucht. Unter dem RA 2.0 ginge es aber um ganz anderes, nämlich um völkerrechtliche Streitigkeiten zwischen der Schweiz als Staat und der EU als supranationalem Gebilde. In solchen Fällen wäre der EuGH als Gerichtshof der EU gegenüber der Schweiz nicht neutral. Im Luftverkehrsabkommen mit der EU hat man den EuGH in dieser Rolle akzeptiert. Hier gibt es bislang ein Präjudiz, das für die Schweiz nicht gut ausgegangen ist: den Zürcher Fluglärmstreit. Nach dem Urteil des EuGH ist die Bevölkerung in der Schweiz, in Hessen und in Oberbayern weniger schutzwürdig gegenüber Fluglärm als die im Südschwarzwald (Rs. C-547/10 P). Die Folgen für den Flughafen Zürich sind bekannt.

VI. Ausnahmen vom Zugriff des EuGH

1. Reichweite

Der Bundesrat ist nicht bereit, das skizzierte Streitbeilegungsmodell in den Verhandlungen noch einmal zu diskutieren. Sein Ziel ist es vor allem, die Gewerkschaften ins Boot zu holen, welche ihn mit ihrer Forderung nach absolutem Lohnschutz zum Abbruch der InstA 2018-Verhandlungen veranlassten. Ausnahmen sollen auch bei der Unionsbürgerrichtlinie und bei den Beihilfen erreicht werden. Bei der Unionsbürgerrichtlinie will man den Kreisen entgegenkommen, welche eine erleichterte Zuwanderung in die Sozialsysteme befürchten. Bei den Beihilfen will man die Kantone damit beschwichtigen, dass einstweilen nichts unternommen wird gegen den kantonalen Steuerwettbewerb, die Staatsgarantien einiger Kantonalbanken sowie die kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole.

Unabhängig davon, welche Ausnahmen die Schweiz derzeit in den genannten Teilbereichen aushandeln kann, ist dieser Ansatz schon deshalb ungenügend, weil er nur eine Momentaufnahme darstellt. In Zukunft werden derzeit noch nicht bekannte Konflikte z.B. in den Bereichen Landverkehr, Energieversorgung oder Liberalisierung des Schienenverkehrs entstehen. Dasselbe gilt für ein künftiges Dienstleistungsabkommen, das auch die Finanzdienstleistungen abdecken würde. Spätestens beim Abschluss weiterer Abkommen würde zudem die EU darauf bestehen, die Ausnahmen aufzugeben. Das würde das voraussichtliche Ende einer kontrollierten Einwanderung, des kantonalen Steuerwettbewerbs, der kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole und der Kantonalbanken bedeuten.

Schliesslich kann niemand die EU daran hindern, dass sie sich künftig auf den Standpunkt stellt, auch das Freihandelsabkommen von 1972 müsse institutionalisiert werden. Selbst wenn die Schweiz nennenswerte Ausnahmen vom Zugriff des EuGH aushandeln könnte, könnte das den gewaltigen Souveränitätsverlust nicht wettmachen.

2. Im Zweifel entscheidet der EuGH

Aus dem Common Understanding folgt, dass bei Streitigkeiten zwischen der EU und der Schweiz der EuGH im Zweifelsfall entscheidet. Ziffer 10 hält dazu fest:

«Where the dispute raises a question concerning the interpretation or application of a provision that falls within the scope of an exception from the dynamic alignment obligation set out in paragraph 9 and where such dispute does not involve the interpretation or application of concepts of Union law, the arbitral tribunal should decide the dispute without referring to the Court of Justice of the EU.»

«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 Begriffen des Unionsrechts betrifft, sollte das Schiedsgericht die Streitigkeit entscheiden, ohne den Gerichtshof der Europäischen Union anzurufen.»
(Inoffizielle Übersetzung)

Zu beachten ist, dass das CU nicht von «*notions*» («Begriffen») des EU-Rechts spricht sondern «*concepts of Union law*», was man mit «Konzepten des Unionsrechts» übersetzen kann. «Konzept» ist ein unscharfer Begriff. Das Schiedsgericht würde nach allgemeiner Lebenserfahrung im Zweifelsfall dazu tendieren, einem Antrag der EU-Kommission auf Einschaltung des EuGH stattzugeben. Das bedeutet, dass der EuGH im Endeffekt über die Tragweite von Ausnahmen entscheiden würde.

Ulrich Mückenberger (1971): «Ausnahmen haben Realität zweiter Klasse».

Ausnahmen sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eng auszulegen.

Was werden die EU-Staaten plädieren?

VII. Ein-Pfeiler-Modell

1. Grundsätzliches

Das gesamte Projekt RA 2.0 beruht auf konzeptionell falschen Prämissen. Der unablässig wiederholte Satz, das Abkommen fusse auf einem «Zwei-Pfeiler-Modell», ist unhaltbar.

Das Konzept der Zwei-Pfeiler stammt aus dem EWR-Recht. Der EWR besteht aus einem EU-Pfeiler mit 27 Staaten und einem EWR/EFTA-Pfeiler mit Island, Liechtenstein und Norwegen. Jeder Pfeiler hat *bis zur letzten Instanz seine eigenen*, strukturell unabhängigen Institutionen. Im EU-Pfeiler sind das die EU-Kommission als Überwachungsorgan und der EuGH als Gerichtsbehörde. Diese beiden Organe haben im Zeitpunkt des Inkrafttretens des EWR-Abkommens bereits bestanden. Für die Administration des EWR/EFTA-Pfeilers wurden entsprechende Institutionen neu geschaffen: die ESA und der EFTA-Gerichtshof. Sie bestehen seit dem 1. Januar 1994, feiern also derzeit ihre 30-jährige Existenz.

Die Vorzüge des Zwei-Pfeiler-Modells für die EWR/EFTA-Staaten sind unter Souveränitätsgesichtspunkten offensichtlich. Liechtenstein, Island und Norwegen unterstehen

einzig der Aufsicht durch ihre eigene Überwachungsbehörde (ESA), in der ihre eigenen Vertreter sitzen. Im Gegensatz zur EU-Kommission, welche sich immer mehr als politisches Organ versteht, ist die ESA eine reine Aufsichtsbehörde.

ESA kann bei EWR-Rechtsverstößen Verfahren gegen Liechtenstein, Island und Norwegen vor dem EFTA-Gerichtshof eröffnen. Auch hier stellen diese drei Ländern je einen Richter sowie juristisches und nicht-juristisches Personal. Es ist also ihr eigener Gerichtshof in ihrem eigenen Pfeiler, der letztinstanzlich entscheidet über ihre EWR-Rechtspflichten. In diesem EWR/EFTA-Pfeiler System hat die EU-Kommission kein Recht, gegen Liechtenstein, Island und Norwegen zu ermitteln und von sich aus einen Fall an den EuGH zu bringen. Diese Kompetenz hat allein die Behörde dieser drei Staaten.

Von all dem kann unter dem RA 2.0 keine Rede sein.

2. Unterstellung der Schweiz unter die Organe der EU

Weil es im RA 2.0 kein Zwei-Pfeiler-Modell gibt, ist die weitverbreitete Behauptung, die Schweiz überwache sich selbst, irreführend. Im Gegensatz zu Liechtenstein, Island und Norwegen kann die Schweiz von der EU-Kommission jederzeit einseitig (über das «Schiedsgericht») vor ihren eigenen Gerichtshof, den EuGH, gezogen werden. Der EuGH hätte ein Monopol in der Auslegung des anwendbaren Rechts. Damit bestände mit dem RA 2.0 nur ein Pfeiler, der die Schweiz überwacht und gerichtlich kontrolliert: die Europäische Union.

3. Rolle des Bundesgerichts

Das Schweizerische Bundesgericht wäre beim vorgeschlagenen Streitbeilegungsverfahren ausgeschaltet. Hier zeigt sich besonders deutlich, wie unüberlegt die Architekten des RA vorgegangen sind. Ohne seriöse rechtsvergleichende Analyse wurden Konzepte aus dem EWRA herausgepickt und mit einer wesentlichen Verschlechterung für die Schweiz übernommen (einseitige Anrufbarkeit des EuGH durch die EU). Für Liechtenstein, Island und Norwegen sieht Artikel 111 Absatz 3 Unterabsatz 1 EWR-Abkommen vor:

«Betrifft die Streitigkeit die Auslegung von Bestimmungen dieses Abkommens, die in ihrem wesentlichen Gehalt identisch sind mit entsprechenden Bestimmungen des [...] [EU-Rechts], und wird die Streitigkeit nicht innerhalb von drei Monaten nach der Anrufung des Gemeinsamen EWR-Ausschusses beigelegt, so können die an dem Streit beteiligten Vertragsparteien vereinbaren, den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften um eine Entscheidung über die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen zu ersuchen.»
(Hervorhebungen hinzugefügt)

Zunächst könnte der EuGH im Verhältnis EU-Liechtenstein-Island-Norwegen nur zum Zuge kommen bei Streitigkeiten betreffend die Auslegung von *Bestimmungen* des EWR-Rechts. Es geht also um konkret ausformulierte Rechtsnormen und nicht, wie im *CU*, um «Konzepte».

Sodann kann der EuGH von der EU-Kommission nur dann angerufen werden, wenn die EFTA-Seite zustimmt. Damit haben Vaduz, Reykjavík und Oslo ein Veto-Recht dagegen, dass der EuGH ins Spiel kommt.

Entscheidend ist aber nicht, was auf dem Papier steht, sondern wie ein Vertrag in der Praxis gelebt wird. Artikel 111 Absatz 3 Unterabsatz 1 EWRA ist in den dreissig Jahren des Bestehens des EWR nie zur Anwendung gekommen – selbst bei politisch kontroversen Fällen wie dem Zusammenbruch der isländischen Banken in der Finanzkrise von 2008. Im EWR stehen eben Instrumente zur Verfügung, welche die Lösung von Konflikten auf andere Weise ermöglichen unter grösstmöglicher Wahrung der Souveränität der Beteiligten: das Vertragsverletzungsverfahren und das Vorabentscheidungsverfahren. Das Streitbeilegungsverfahren in Artikel 111 EWRA ist nur *ultima ratio*. Und weil es nur mit Zustimmung der EFTA-Seite zur Anwendung gelangen kann, handelt es sich um symbolische Gesetzgebung.

Der Satz im Faktenblatt «Institutionelle Elemente»

«Die Auslegungskompetenz des Bundesgerichts und der schweizerischen Gerichte für Schweizer Recht wird ausdrücklich gewahrt» ([institutionelle-elemente_DE.pdf](#))

macht einen ratlos. Natürlich ist das Bundesgericht zur Auslegung der bilateralen Verträge befugt. Das folgt aber nicht aus einer Zusage der EU, sondern aus dem Schweizer Recht. Entscheidend ist, dass Bundesgericht im Streitbeilegungsverfahren ausgeschaltet wäre.

Die Behauptung, die Schweiz unterstände unter dem RA 2.0 der Jurisdiktion des Bundesgerichts, ist falsch. Im Endeffekt wäre sie der Rechtsprechungshoheit des nicht neutralen Gerichts der Gegenpartei, des EuGH, unterworfen. Auch hier erweist sich das Argument, das RA 2.0 beruhe auf einem «Zwei-Pfeiler-Modell», als unhaltbar.

Die vom Bundesrat nicht thematisierte Ausschaltung des Bundesgerichts wäre eine gravierende Angelegenheit. Kein anderes Höchstgericht in EU oder EWR wird so schlecht behandelt. In EU und EWR spielen die obersten nationalen Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren eine wichtige Rolle. Sie nehmen durch die Formulierung der Vorlagefragen Einfluss auf das Urteil des EuGH bzw. des EFTA-Gerichtshofs. Und sie haben dem EuGH bzw. dem EFTA-Gerichtshof bei der Umsetzung von Vorabentscheidungen souveränitätswahrende Grenzen gezogen ([A closer look at the Primacy of EU law - Brussels Report](#)). Ein Beispiel unter vielen ist die Rechtsprechung des französischen *Conseil*

d'État, dass der Schutz der inneren Sicherheit französische Zuständigkeit bleibe, solange es im EU-Recht keine äquivalenten Garantien gebe (*French data network*, 21. April 2021). Diese Möglichkeiten hätte das Bundesgericht nicht. In Norwegen und in Island wäre der Streitbeilegungsmechanismus des RA 2.0 verfassungswidrig, in den meisten EU-Staaten wohl auch.

VIII. Das Streitbeilegungsmodell als Kern der EU-Nachbarschaftspolitik

Das Streitbeilegungsmodell des RA 2.0 ist nicht für die Schweiz massgeschneidert. Es handelt sich um einen «Anzug von der Stange», der für Schwellenländer entwickelt wurde, die am Finanztropf der EU hängen. Diese Staaten sind Gegenstand der sogenannten EU-Nachbarschaftspolitik («**ENP**»). Bereits verwirklicht ist das Modell in den Assoziationsabkommen mit den vier post-sowjetischen Republiken Armenien, Georgien, Moldawien, Ukraine. Drei davon sind EU-Beitrittskandidaten. Hintergrund ist der Versuch, diese Länder der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und der Marktwirtschaft näher zu bringen.

Die EU will diesen «Ukraine»-Mechanismus im Rahmen von Handelsabkommen auch den Staaten Nordafrikas aufzwingen. Es handelt sich um ehemalige Kolonien europäischer Mächte ohne EU-Beitrittsperspektive (Neokolonialismus). Dazu gehören z.B. Marokko, Algerien, Ägypten und Jordanien.

Die Schweiz ist Innovationsweltmeisterin und eine der erfolgreichsten Volkswirtschaften der Welt. Sie ist zudem, im Gegensatz zu sämtlichen EU-Mitgliedstaaten, eine der ältesten Demokratien weltweit. Dass ein für die genannten Länder entwickeltes Modell für die Schweiz übernommen werden soll, ist nicht nachvollziehbar.

IX. Ausgleichsmassnahmen

Wenn die Schweiz vor dem EuGH bzw. dem «Schiedsgericht» unterläge, wäre sie zur Umsetzung des Spruchs verpflichtet. Täte sie das nicht, hätte die EU das Recht, im betreffenden Abkommen oder in einem anderen Abkommen eine Reihe «angemessener» Ausgleichsmassnahmen zu treffen. Deren Ausgestaltung läge allein bei Brüssel. Die Schweiz hätte lediglich das Recht, dem Schiedsgericht die Frage nach der Verhältnismässigkeit dieser Massnahmen zu stellen.

Die Formulierung, dass Ausgleichsmassnahmen verhältnismässig sein müssen, stammt aus dem EWR-Abkommen und gibt lediglich eine Selbstverständlichkeit wieder. In rechtsstaatlichen Gebilden muss sämtliches hoheitliches Handeln stets verhältnismässig sein, in der Schweiz, in Deutschland und natürlich auch in der EU. Dieses vermeintliche Zugeständnis an die Schweiz ist keines, und es wäre auf keinen Fall ein Ersatz dafür, dass das Schiedsgericht im Kern des Streits kein Ermessen hat.

X. Qualität der Information

1. Bullshit

Das Projekt RA 2.0 war von Anfang an auf Unwahrheiten aufgebaut. Die amerikanische Moralphilosophie spricht in diesem Zusammenhang von «Bullshit»: Gerede, das überzeugen will, ohne Rücksicht auf Wahrheit (*Harry G. Frankfurt*, [On Bullshit : Frankfurt, Harry G.: Amazon.de: Bücher](#)). In zwei Punkten war und ist der vom EDA verbreitete Bullshit besonders gravierend:

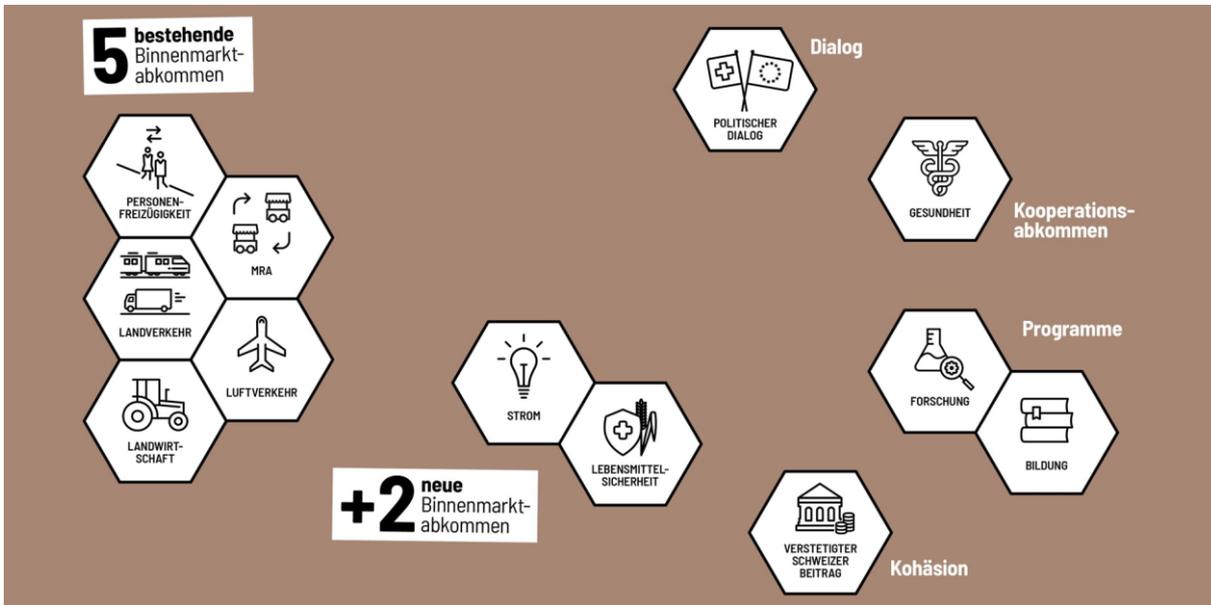
- (1) Aus der Phase des Kommissions-/EuGH-Modells (ab 2013) war es vor allem die Behauptungen des EDA, der EuGH werde die Schweiz nicht «verurteilen» können, sondern lediglich «Gutachten erstatten». Das sei vorteilhafter als ein Verfahren vor dem EFTA-Gerichtshof gewänne, denn dessen Urteile seien für die EU nicht verbindlich. Hier zeigen sich erschreckende Lücken über grundlegende Abläufe innerhalb der europäischen Justiz.
- (2) Aus der Phase des «Ukraine»-Mechanismus (ab 2018) sind es vor allem die Behauptungen, das Schiedsgericht habe Ermessen, der EuGH sei der Schweiz gegenüber neutral und die Schweiz habe ein «Zwei-Pfeiler-Modell» ausgehandelt.

2. Absichtliche Irreführung

Es gibt auch Äusserungen der RA 2.0-Befürworter, die über die genannte Bullshit-Politik hinausgehen, weil sie die Wahrheit proaktiv verbergen wollen. Der Bundesrat hat nach der Unterbrechung der Verhandlungen im Mai 2021 den horizontalen Ansatz durch einen vertikalen ersetzt. Die institutionellen Fragen sollen nicht mehr abkommensübergreifend, sondern in den einzelnen Verträgen geregelt werden. Der Bundesrat spricht vom «Paketansatz». Dieser angebliche Paradigmenwechsel wird dazu benutzt, die entscheidenden institutionellen Punkte als eine Frage unter vielen zu bezeichnen oder überhaupt wegzuretouchieren. Hier liegt absichtliche Irreführung vor.

Besonders krass ist dieser Tatbestand erfüllt bei zwei Diagrammen, die am 15. Dezember 2023, dem Tag, an dem das «*Common Understanding*» und der Entwurf zu einem Verhandlungsmandat der Öffentlichkeit vorgestellt wurden, vom EDA und von economiesuisse ins Netz gestellt wurden. In beiden wird die Tatsache, dass sich die Schweiz den Organen der EU unterstellen soll, einfach unterdrückt. Es findet sich kein diesbezügliches Wort.

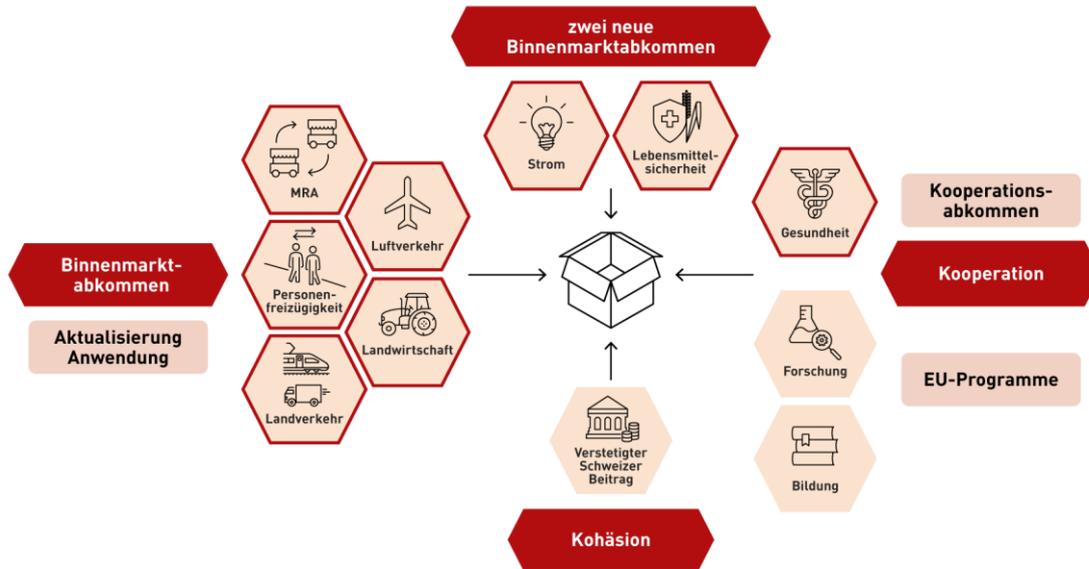
EDA



«Für die Schweiz ist ein massgeschneiderter Zugang zum EU-Binnenmarkt wichtig. Mit der Aktualisierung von fünf bisherigen und mit zwei neuen Binnenmarkt-Abkommen, mit verbindlicheren Kooperationen und mit einer Verstärkung 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



Bei diesen Abkommen ist die dynamische Rechtsübernahme anwendbar

Quelle: EDA 2023 (eigene erweiterte Darstellung)
www.economiesuisse.ch

Ich war viele Jahre ständiger Gastprofessor an der University of Texas in Austin. Auch während des berühmten *O. J. Simpson*-Mordprozesses Mitte der 1990er Jahre war ich dort. In diesem Fall ging es u.a. um die Frage, ob *O.J.* einen blutgetränkten Handschuh, der am Tatort gefunden worden war, getragen hatte. Der Handschuh passte ihm nicht und *Simpsons* Hauptanwalt, *Jonnie Cochran Jr.*, schloss sein Plädoyer mit den Worten:

„It doesn't fit, and if it doesn't fit you must acquit.“

Das überzeugte die Jury, und *Simpson* wurde freigesprochen.

Meine Damen und Herren Nationalrätinnen und Nationalräte, ich rufe Ihnen etwas Ähnliches zu im Blick auf Frage, ob auf der Grundlage des „*Common Understanding*“ über ein RA 2.0 verhandelt werden sollte. Ich lasse nur einen Buchstaben weg:

„It doesn't fit, and if it doesn't fit you must quit.“



„Es passt nicht, und wenn es nicht passt, so müssen Sie es aufgeben.“

CB Tätigkeiten mit Bezug zu RA 2.0 und ähnlichen Problemstellungen

1989 bis 1994 Hauptberater der Regierung des Fürstentums Liechtenstein bei den EWR-Verhandlungen

1994 – 1995 Ersatzrichter am Obersten Gerichtshof des Fürstentums Liechtenstein

1995 – 2017 Richter am EFTA-Gerichtshof

2003 – 2017 Präsident des EFTA-Gerichtshofs

2006 – 2008 Mitglied von Turkey's EU Observatory Working Groups, Istanbul Policy Center & Sabanci University.

2010 Berater des Bundesrates in Fragen eines Rahmenabkommens

2013-2017 Mitglied der Studiengruppe der japanischen Regierung zur Prüfung der Möglichkeit, einen nordostasiatischen Wirtschaftsraum zu schaffen.

2018-2020 Berater beider Häuser des Britischen Parlaments in Fragen der Gestaltung des Verhältnisses zur EU nach dem Brexit

2018 Vorsitz des Schiedsgerichts EU-Vereinigtes Königreich unter dem Austrittsabkommen von H.M. Government angeboten, aber abgelehnt

2019 Experte der WAK Nationalrat in Sachen Rahmenabkommen

2019 Experte der Regierung des Königreichs Marokko in Fragen eines vertieften und umfassenden Handelsabkommens mit der EU.

2019 Berater der isländischen Regierung in Fragen des EWR-Energie-Rechts

Zahllose Bücher, Aufsätze und Referate zum Thema Verhältnis EU-Nicht-EU-Staaten.

Der Grossteil meiner Tätigkeit als Partner von Baudenbacher Kvernberg, lawyers and advisors, Zürich/Oslo etc., dreht sich um bilaterales Recht Schweiz-EU, nachvollzogenes EU-Recht, EU-Recht und EWR-Recht.