

Verhältnis Schweiz-EU – Chancen und Tücken für Unternehmen

Carl Baudenbacher*

Der Bundesrat will den privilegierten Zugang der Schweiz zum europäischen Binnenmarkt retten, indem er die Verhandlungsmasse vergrössert («**Bilaterale III**») und die Institutionalisierung **vertikal**, d.h. in Einzelverträgen anstrebt. Ob die EU darauf einsteigen wird, ist offen. So oder anders: Für die Schweizer Wirtschaft und Forschung bedeutet das erhebliche Rechtsunsicherheit über die nächsten Jahre.

Enge wirtschaftliche Verflechtung

Die Schweiz ist nach den USA, China und dem Vereinigten Königreich der **viertgrösste Export- und Importmarkt** für Waren der EU und deckt rund 8% des EU-Aussenhandels ab. 69% der Schweizer Importe kommen aus der EU und 51% der Schweizer Exporte gehen in die EU. Im Dienstleistungsbereich ist die Schweiz mit einem Exportanteil von 11% der zweitwichtigste Handelspartner der EU. 13% der ausländischen Direktinvestitionen in der EU stammen aus der Schweiz. An jedem Arbeitstag werden zwischen der Schweiz und der EU Waren im Wert von über 1 Milliarde Schweizer Franken ausgetauscht.

Rechtlicher Status Quo

Ergebnislose InstA-Verhandlungen

Am 26. Mai 2021 hat der Bundesrat die Verhandlungen über den Abschluss eines institutionellen Rahmenabkommens mit der EU («**InstA**») nach sieben Jahren

abgebrochen. Offiziell wurde das mit Differenzen beim Lohnschutz, bei der Unionsbürgerschaft und bei den staatlichen Beihilfen begründet. In breiten Kreisen wurde aber vor allem die institutionelle Einseitigkeit moniert im Zusammenhang mit der dynamischen Rechtsübernahme, der faktischen Überwachung durch die Europäische Kommission, der gerichtlichen Kontrolle durch den EuGH, und der knebelungsartigen Beendigungsordnung («**Superguillotine**»). Der österreichische Bundeskanzler *Karl Nehammer* hat dazu am 15. Februar 2022 festgestellt: «Die Schweiz hat [...] nicht mutwillig die Gespräche abgebrochen, sondern weil das Rahmenabkommen in einer Volksabstimmung gefährdet gewesen wäre.»

Dem InstA hätten **fünf bestehende und alle künftigen** bilateralen Marktzugangsabkommen zwischen der Schweiz und der EU unterstanden. Im Gegenzug hätte sich die EU bereit erklärt, neue bilaterale Marktzugangsverträge mit der Schweiz abzuschliessen und bestehende Verträge zu

* Partner, Nobel Baudenbacher Rechtsanwälte (Zürich | Brüssel); Door Tenant Monckton Chambers, London; Visiting Professor London School of Economics LSE; Präsident des EFTA-Gerichtshofs 2003-2017.

aktualisieren.

Bestehende Verträge

Das Verhältnis der Schweiz zur EU ist damit unverändert durch ein Netz von über 100 bilateralen Verträgen geregelt. Rund **20** von ihnen sind von besonderer Relevanz. Die wichtigsten sind:

- das Freihandelsabkommen von 1972 («**FHA**»);
- das Versicherungsabkommen von 1989;
- das Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherheit von 2009;
- die «**Bilateralen I**» von 1999 betreffend Personenfreizügigkeit, Technische Handelshemmnisse («**MRA**»), öffentliches Beschaffungswesen, Handel mit Agrarprodukten, Forschung, Luftverkehr und Landverkehr; und
- die «**Bilateralen II**» von 2004, vor allem betreffend Assoziation an Schengen/Dublin, Zinsbesteuerung (seit 2017 Automatischer Informationsaustausch), Betrugsbekämpfung und Handel mit landwirtschaftlichen Verarbeitungsprodukten.

Mit Ausnahme des Luftverkehrsabkommens, für welches die Schweiz die Zuständigkeit der Europäischen Kommission und des EuGH anerkennen musste, sind alle diese Verträge institutionenfrei. Es gibt keine supranationale Überwachung und

keine supranationale Gerichtsbarkeit. Das Funktionieren der Verträge wird von diplomatischen Organen, sog. **Gemischten Ausschüssen**, administriert, die nur im Konsens entscheiden können. Das gibt der Schweiz ein Vetorecht.

Direkte Anwendbarkeit

Für Private und Unternehmen ist wichtig, ob internationale Verträge direkt anwendbar sind bzw. Direktwirkung haben, so dass sie sich auf ihre Bestimmungen **vor den Gerichten berufen können**. Das ist in der EU bezüglich des Freihandelsabkommens der Fall (EuGH, Rs. 104/81 *Kupferberg*). Das Schweizer Bundesgericht hat den Vorschriften des FHA zum Wettbewerbsrecht und zur Warenverkehrsfreiheit in den Fällen *Stanley Adams* und *Omo* vor Jahrzehnten die Direktwirkung abgesprochen (BGE 104 IV 175; 105 II 49). Heute ist jedoch anzunehmen, dass das FHA der Direktwirkung fähig ist (vgl. BGE 131 II 271 *SOVAG*). Das Bundesgericht hat sodann entschieden, dass sich Private auf das Versicherungsabkommen berufen können (BGE 138 I 378). Das Personenfreizügigkeitsabkommen ist in den Rechtsordnungen beider Vertragsparteien direkt anwendbar, wobei in der EU der Weg zum EuGH über des Vorabentscheidungsverfahren offensteht (BGE 129 II 249; EuGH Rs. C-381/08 *Grimme*). Das Zinsbesteuerungsabkommen von 2005 ist, wie gesagt, 2017 vom Abkommen über den Automatischen Informationsaustausch abgelöst worden. Es gibt aber nach wie vor Gerichtsverfahren, in denen das durch das Zinsbesteuerungsabkommen anerkannte,

ehemalige Schweizer Bankgeheimnis eine Rolle spielt (vgl. v.a. den Pariser Prozess der UBS). Nach richtiger Auffassung sind die Vorschriften des Zinsbesteuerungsabkommens der direkten Wirkung fähig.

Polydor-Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat die Erfolgchancen von Schweizer Protagonisten in Verfahren unter den bilateralen Verträgen durch die *Polydor*-Formel geschmälert. Nach dieser in Rs. 270/80 entwickelten Rechtsprechung dürfen Bestimmungen der bilateralen Abkommen nur dann parallel zu gleichlautenden Bestimmungen des EU-Rechts ausgelegt werden, wenn der **Zweck** und der **Kontext** der Abkommensbestimmung (insbesondere im Hinblick auf die Integrationstiefe des Abkommens) vergleichbar sind mit dem Zweck und dem Kontext der EU-Rechtsbestimmung. Die *Polydor*-Formel wurde im Zusammenhang mit dem damaligen FHA EWG-Portugal anerkannt. Sie war aber eine Antwort auf die engherzigen Urteile des Bundesgerichts in *Stanley Adams* und *Omo* in Sachen direkte Anwendbarkeit. *Polydor* gilt auch für das FHA EU-Schweiz sowie für das Luftverkehrsabkommen EU-Schweiz. Im *Zürcher Flughafen-Fall* (Rs. EuGH C-547/10 P *Schweiz ./.* *Kommission*) konnte sich die Schweiz deshalb nicht auf die Dienstleistungsfreiheit, das Diskriminierungsverbot und die Grundrechte des EU-Rechts berufen. Zu Beginn hat der EuGH das *Polydor*-Prinzip auch auf das Personenfreizügigkeitsabkommen angewandt (Rs. C-381/08 *Grimme*). In der neueren Rechtsprechung scheint er aber von dieser Haltung

abzurücken (Rs. C-581/17 *Wächtler*).

Post-InstA Politik der EU

Grundzüge

Für die Zukunft ist die EU ohne Lösung der Institutionenfrage zum einen nicht bereit, mit der Schweiz neue Marktzugangsverträge abzuschliessen, z.B. in den Bereichen Stromhandel, Finanzdienstleistungen oder Gesundheit. Zum anderen sollen die bestehenden Abkommen nicht mehr an neue Entwicklungen angepasst werden and so nach sukzessive „erodieren“. Das entspricht dem, was die Kommission seit einiger Zeit für den Fall der Nichtunterzeichnung des InstA angekündigt hat. Hinzu kommen Diskriminierungen und Bestrafungen, welche der Schweiz bzw. ihrer Wirtschaft schaden sollen.

„Nadelstiche“

Bereits vor dem Ende der InstA-Verhandlungen hat die EU am 1. Juli 2019 der **Schweizer Börse** in diskriminierender Weise die Gleichwertigkeit («**Äquivalenz**») aberkannt. Da sich das Abwehrdispositiv der Schweiz aber als sehr wirksam erwiesen hat, muss man von einem Eigentümer der EU sprechen. Der Bundesrat hatte den Handel mit Schweizer Beteiligungspapieren im Ausland für unzulässig erklärt mit der Folge, dass das Handelsvolumen in der Schweiz kräftig anstieg.

Eine weitere negative Massnahme war die Schlechterstellung der Schweiz in der COVID-Krise, und zwar mit Bezug auf die

Teilnahme am sog. European Gateway, der die COVID Tracing-Apps verband, und hinsichtlich der Kontrolle des Handels mit COVID-19-Impfstoffen.

Entgegen einer klaren Zusicherung aus dem Jahr 2019 wurde die Schweiz auch bei der Assoziierung an das EU-Forschungsprogramm **Horizon 2020** schlechter gestellt. Der Bundesrat hat auf die Blockade in doppelter Weise reagiert. Zum einen erhalten Forscher in der Schweiz die Mittel nicht mehr über Brüssel, sondern direkt aus Bern. Und zum anderen sieht man sich nach anderen Partnern um, insbesondere in den USA, Japan, Korea, China und Israel. Bundespräsident und Forschungsminister *Guy Parmelin* hat bei einer Pressekonferenz im Oktober 2021 den Satz geprägt, die **Forschung als Geisel** zu nehmen, sei keine gute Idee. Am 18. November 2021 unterzeichnete *Parmelin* in Washington ein neues *Memorandum of Understanding* über die Zusammenarbeit im Bereich der Berufsbildung zwischen der Schweiz und den USA. Die vollständige Assoziierung an Horizon 2020 bleibt dennoch das Ziel des Bundesrates.

Noch am 26. Mai 2021, dem Tag, an welchem der Bundesrat den Verzicht auf die Unterzeichnung des InstA kommunizierte, gab die Europäische Kommission bekannt, das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen («**Mutual Recognition Agreement**», «**MRA**») werde nicht aktualisiert. Mit dem Geltungsbeginn der neuen EU-Medizinprodukteverordnung («**Medical Device Regulation**», «**MDR**») verlor die

Schweizer MedTech-Industrie deshalb ihren bisher barrierefreien Zugang zum EU-Binnenmarkt. Gleichzeitig trat das entsprechende Schweizer Medizinprodukterecht in Kraft. Mitte 2021 machten die Handelsverbände *Medtech Europe* und *Swiss Medtech* ein Gutachten der Brüsseler Anwälte der amerikanischen Anwaltskanzlei *Sidley Austin* publik, wonach die Mitteilung der Kommission vom 26. Mai 2021 **gegen EU-Recht, das MRA und WTO-Recht verstösst**. Mitte Dezember erhoben acht Schweizer MedTech-Unternehmen Klage beim Gericht der EU (**EuG**). Im Januar 2022 wurde bekannt, dass deutsche Bundesländer willens sind, MedTech-Produkte mit Schweizer Zertifizierung zu akzeptieren.

Ein unfreundlicher Akt gegenüber der Schweiz ist auch die Weigerung der EU, dem Beitritt des Vereinigten Königreichs zum **Lugano-Übereinkommen** über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen («LugÜ») zuzustimmen. Bis zum *Brexit* war das Vereinigte Königreich als EU-Mitgliedstaat Vertragspartner des Lugano-Übereinkommens. Für die Zeit nach dem *Brexit* hat das Land am 8. April 2020 den Beitritt zum LugÜ als Einzelmitglied beantragt. Die Schweiz, Norwegen und Island haben dem Antrag zugestimmt. Die Europäische Kommission erklärte am 5. Mai 2021, die EU sehe sich nicht in der Lage, ihr Einverständnis zu erklären. Gegenüber dem EU-Parlament und dem Ministerrat berief sich die Kommission darauf, dass das LugÜ mit dem Binnenmarkt zusammenhänge, dem

das Vereinigte Königreich nicht mehr angehöre. Diese Begründung ist unhaltbar. Als das LugÜ 1988 unterzeichnet wurde, gab es den Binnenmarkt noch gar nicht und als die Schweiz mit ihrem EWR-Nein vom 6. Dezember 1992 den Beitritt zum Binnenmarkt ablehnte, hatte das keine Konsequenzen für die LugÜ-Mitgliedschaft des Landes. Das Vorgehen der Kommission ist eine politische Retourkutsche gegen das Vereinigte Königreich wegen *Brexit*. Genau wie beim MedTech-Thema und bei der Forschung schädigt die Kommission mit ihrem Vorgehen i.S. LugÜ auch EU-Bürger und -Unternehmen. Betroffen sind neben den sozial Schwächsten auf beiden Seiten des Ärmelkanals die 6 Millionen EU- und EFTA-Bürger im Vereinigten Königreich, deren Rechte nicht mehr oder nur noch unter erheblichen Schwierigkeiten durchgesetzt werden können. Entscheidend für die Haltung der Kommission ist vor allem das **Interesse Frankreichs**, juristische Dienstleistungen von London nach Paris umzulenken. Offenbar sind die Regierungen in London und in Bern bereit, über ein **bilaterales Abkommen Vereinigtes Königreich-Schweiz** über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen zu verhandeln.

Die Schweiz hat mit der EU 14 Jahre über ein bilaterales **Abkommen im Elektrizitätsbereich** verhandelt mit dem Ziel, Zugang zum europäischen Energiemarkt zu erhalten. Im Vordergrund steht für beide Seiten die Versorgungssicherheit, die im stark vernetzten Energiebereich von keinem Land allein erreicht werden kann.

Wegen des Nicht-Zustandekommens des InstA liegt auch dieses Projekt auf Eis.

Die Herausforderungen

Schwierigkeiten bei der Erstellung eines Fahrplans

Der Bundesrat wollte nach dem Ende der InstA-Verhandlungen zunächst auf eine Strategie des «**Politischen Dialogs**» und der «Stabilisierung» setzen. Ersteres stiess in der EU auf wenig Begeisterung. Einem «Dialog um des Dialogs willen» konnte man in Brüssel nur wenig abgewinnen. Unter Letzterem versteht der Bundesrat eine Verstärkung des bereits seit 1988 praktizierten «autonomen Nachvollzugs» von EU-Recht. Damit ist freilich kein Zugang zum Binnenmarkt verbunden. Im Übrigen wollte der Bundesrat das EU-Dossier erst nach den nächsten Wahlen im Jahr 2023 wieder an die Hand nehmen. Die Europäische Kommission forderte hingegen eine «**Roadmap**», in der die dynamische Rechtsübernahme, ein funktionierender Streitbeilegungsmechanismus, aber auch der regelmässige finanzielle Beitrag der Schweiz zur EU-Kohäsionspolitik angegangen werden sollen, und setzte dafür eine Frist bis zum Januar 2022.

Dynamische Rechtsanwendung

Die bestehenden bilateralen Verträge fassen auf dem Prinzip der statischen Übernahme von EU-Recht. Anpassungen an neue Entwicklungen müssen daher im Einzelfall ausgehandelt werden. Nach der Auffassung der EU nimmt die Schweiz aber

nicht nur partiell am Binnenmarkt teil, sondern an einem **gemeinsamen Wirtschaftsraum**, was die Akzeptanz von gemeinsamen Rechtsvorschriften und deren Durchsetzung erfordert (vgl. Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen der EU zur Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. Februar 2019). Mit anderen Worten muss die Schweiz zur dynamischen Rechtsübernahme übergehen.

Überwachung und gerichtliche Kontrolle

Der Elefant im Raum in den Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU ist die Frage der Überwachung und der gerichtlichen Kontrolle der bilateralen Verträge. Sie kann nur vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung verstanden werden. Marksteine waren das EWR-Nein von 1992, die Lancierung der Idee eines Rahmenabkommens in 2005, das Propagieren des «reinen» Kommissions/EuGH-Modells in 2013 und die grundsätzliche Anerkennung eines «Schiedsgerichts»-Modells mit dem EuGH hinter dem Vorhang in 2018.

EWR-Nein und institutionenfreier Bilateralismus

Am 6. Dezember 1992 lehnten eine knappe Volksmehrheit und eine klare Mehrheit der Stände den Beitritt der Schweiz zum multilateralen EWR-Abkommen auf der Seite der EFTA ab. Die EWR-Mitgliedschaft hätte die Übernahme des ganzen Binnenmarktrechts sowie die Unterstellung der Schweiz unter die EFTA-Überwachungsbehörde **ESA** («EFTA Surveillance

Authority») mit einem Schweizer «College Member» und unter den EFTA-Gerichtshof mit einem Schweizer Richter bedeutet. Das auf einem Zwei-Pfeiler-Modell fussende EWR-Abkommen («**EWRA**») trat am 1. Januar 1994 für die EU und ihre damals 12 Mitgliedstaaten und die fünf EFTA-Staaten Finnland, Island, Norwegen, Österreich und Schweden in Kraft. Am 1. Januar 1995 traten Finnland, Österreich und Schweden der EU bei. Seit 1. Mai 1995 besteht der EFTA-Pfeiler des EWR aus Island, Liechtenstein und Norwegen.

Die wichtigsten Verfahrenstypen des EFTA-Gerichtshofs sind weitgehend deckungsgleich mit denen des EuGH: beim Vertragsverletzungsverfahren klagt die ESA gegen einen EWR/EFTA-Staat, beim Vorabentscheidungsverfahren ersucht ein Gericht eines EWR/EFTA-Staates den EFTA-Gerichtshof um die Auslegung einer Frage des EWR-Rechts und beim Nichtigkeitsverfahren klagt ein EWR/EFTA-Staat oder ein Privater gegen eine Entscheidung der ESA.

Streitigkeiten zwischen der EU und einem EFTA-Staat werden vom **Gemeinsamen EWR-Ausschuss** behandelt. Betrifft die Streitigkeit die Auslegung von Bestimmungen des EWRA, die in ihrem wesentlichen Gehalt identisch sind mit entsprechenden Bestimmungen des EU-Rechts, so können die an dem Streit beteiligten **Vertragsparteien** vereinbaren, den EuGH um eine Entscheidung über die Auslegung zu ersuchen. Die EU kann also ihren Gerichtshof **nicht einseitig** anrufen; die EWR/EFTA-Staaten verfügen über ein Vetorecht.

Letztlich kann eine Partei zum Ausgleich etwaiger Ungleichgewichte eine Schutzmassnahme ergreifen oder den betroffenen Teil des EWRA vorläufig ausser Kraft setzen. Dazu ist es in den fast dreissig Jahren des Bestehens des EWRA nie gekommen.

Rahmenabkommen als Ersatz für die EU-Mitgliedschaft

Der Bundesrat, der bereits im Mai 1992 (also sechs Monate vor dem EWR-Referendum) einen Antrag auf EU-Mitgliedschaft gestellt hatte, steuerte nach dem 6. Dezember 1992 den EU-Beitritt an. In den Jahren 1999 und 2004 gelang es der Schweiz, die oben genannten zwei Pakete von **institutionenfreien bilateralen Abkommen** mit der EU zu schliessen. Am 4. März 2001 wurde eine Volksinitiative, welche die sofortige Aufnahme von Beitrittsverhandlungen verlangte, von fast 77% der Stimmentenden abgelehnt. Damit wurde eine offene EU-Beitrittspolitik praktisch unmöglich. Das hiess aber nicht, dass der Bundesrat und insbesondere das Aussendepartement das Beitrittsziel aus den Augen verloren.

2005 wurde aus Schweizer Parlamentskreisen die Idee eines Rahmenabkommens lanciert, das als **Dach** über den bilateralen Verträgen fungieren sollte. Die EU, die bisher mit dem Funktionieren der Verträge ganz zufrieden war, griff den Gedanken auf. Ab 2008 forderte sie in regelmässigen Abständen die Anerkennung einer supranationalen Überwachung und einer supranationalen Gerichtsbarkeit durch die Schweiz. Konkret schlug die Union einen zweiten EWR-Anlauf oder ein «Andocken»

an die ESA und den EFTA-Gerichtshof vor. **Andocken** hätte bedeutet, dass die Schweiz (im Gegensatz zu Island, Liechtenstein und Norwegen) bei ihrem sektoriellen Ansatz hätte bleiben können. Die bilateralen Verträge wären der Überwachung durch die ESA und der Gerichtsbarkeit des EFTA-Gerichtshofs unterstellt worden, wobei die Schweiz mit Island, Liechtenstein und Norwegen die Einsitznahme eines Schweizer Kollegiumsmitglieds in der ESA und eines Richters am EFTA-Gerichtshof hätte aushandeln müssen.

Reines Kommissions/EuGH-Modell

Zur Überraschung sämtlicher Fachleute und der EU selbst optierte der Bundesrat 2013 für die Überwachung durch die EU-Kommission und die Gerichtsbarkeit des EuGH. Allerdings sollte es, anders als im EWR, kein Vertragsverletzungsverfahren und kein Vorabentscheidungsverfahren geben. Man brach vielmehr die Regelung betreffend Streitbeilegung aus dem EWR-Abkommen heraus. Anders als nach Artikel 111(3) EWRA sollte aber jede Partei **einseitig** den EuGH anrufen können. Die nicht parteineutrale Kommission wäre damit zur faktischen Überwachungsbehörde und der nicht parteineutrale EuGH zum Gerichtshof der Schweiz geworden. Dem Schweizer Bundesgericht wäre keine Rolle zugekommen. Solche «*bricolage*» ist selten erfolgreich. Ziel war, einen «**Point of No Return**» («**PNR**») auf dem Weg zur EU-Mitgliedschaft zu setzen. Das EDA lancierte in der Folge eine grosse Bullshitkampagne. Das an sich ordinäre Wort «*Bullshit*» ist vom amerikanischen Autor *Harry*

G. Frankfurt im Jahr 1986 in einem berühmten Essay zu einem moralphilosophischen Begriff geformt worden. Frankfurt definiert «Bullshit» als «*speech aimed at persuading without regard to truth*». Das EDA stellte zahllose falsche Behauptungen auf. Die folgenreichsten waren, der EuGH würde ggf. nur «Gutachten» zuhanden der Gemischten Ausschüsse erstellen und Urteile des EFTA-Gerichtshofs im Vertragsverletzungsverfahren seien für die EU nicht verbindlich, so dass die Schweiz von einem allfälligen Sieg nichts hätte. Erstaunlicherweise verdingen diese Behauptungen bei den meisten Parlamentariern, Verbänden, Professoren und einer klaren Mehrheit der Kantone. 2017 wurde indes klar, dass das «reine» Kommissions/EuGH-Modell innenpolitisch keine Chance haben würde.

Pro-Forma Schiedsgericht mit dem EuGH hinter dem Vorhang

Im März 2018 sprach sich der Bundesrat auf Empfehlung der EU für ein Modell der Überwachung und Streitentscheidung aus, das den Assoziationsabkommen der EU mit der **Ukraine** und den anderen postsowjetischen Republiken Georgien, Moldawien und Armenien entnommen war. Dasselbe Modell will Brüssel den Staaten des südlichen Mittelmeers aufoktroyieren. Im Konfliktfall sollten beide Seiten einseitig ein «**Schiedsgericht**» anrufen können. Wenn EU-Recht oder aus diesem abgeleitetes Abkommensrecht in Frage gestanden hätte, so hätte aber der EuGH um ein verbindliches Urteil ersucht werden müssen. Das **Bundesgericht** wäre auch bei diesem Modell ausgeschaltet gewesen. Der

damalige Bundesrichter und heutige Schweizer Richter am Europäischen Menschenrechtsgerichtshof *Andreas Zünd* warnte denn auch vor diesem Mechanismus.

In Anlehnung an die Geschichte des späten chinesischen Kaiserreichs kann man vom «**EuGH hinter dem Vorhang**» sprechen. Das EDA versuchte, den «Schiedsgerichts»-Mechanismus mit einer zweiten Bullshitkampagne in der Schweizer Öffentlichkeit durchzusetzen. Es fiel aber auf, dass EU-Vertreter praktisch nur vom EuGH sprachen und das «Schiedsgericht» kaum erwähnten.

Die EU versuchte, den «Schiedsgerichts»-Mechanismus auch dem *Brexit*-Vereinigten Königreich schmackhaft zu machen. Die Briten akzeptierten ihn im Austrittsabkommen, nicht aber im viel wichtigeren Handels- und Kooperationsabkommen («*Trade and Cooperation Agreement*», «**TCA**»). Premierministerin *Theresa May* wollte den «Schiedsgerichts»-Mechanismus auch im TCA schlucken. Ihrem Nachfolger *Boris Johnson* gelang es unter Zeitdruck nur noch, ihn im TCA zu vermeiden. Ausgehend von der britischen Debatte wurde der InstA-Entwurf wegen der Rolle des EuGH als «**unequal treaty**» bezeichnet. «*Unequal treaties*» nannten die chinesischen Nationalisten und später die Kommunisten die Verträge, die ihnen die imperialistischen Mächte ab Mitte des 19. Jahrhunderts aufzwingen. Kernbestandteil dieser Vereinbarungen waren extraterritoriale Gerichte, die ausländisches Recht anwandten. Die Parallele zur Rolle des EuGH im

InstA liegt auf der Hand, zumal es im Falle Chinas nur um privat- und strafrechtliche Fälle ging, während im Fall des InstA **völkerrechtliche Konflikte** zu entscheiden gewesen wären.

Optionen

Für die Gestaltung ihres künftigen Verhältnisses zur EU hat die Schweiz grundsätzlich **zwei Optionen**: Sie verbleibt im Binnenmarkt oder sie beschränkt sich auf ein blosses Freihandelsabkommen mit der EU und verlässt den Binnenmarkt. Im ersten Fall ist die dynamische Rechtsübernahme unabdingbar und der Zugang zu EU-Forschungsprogrammen gewährleistet. Bezüglich Überwachung und gerichtlicher Kontrolle gibt es dann **drei Unteroptionen**:

- (1) Den «**Schiedsgerichts**»-**Mechanismus** mit der nicht parteineutralen Kommission und dem nicht parteineutralen EuGH ohne Schweizer Vertreter bei gleichzeitiger Ausschaltung des Bundesgerichts. Das ist mit der Souveränität einer alten, ungebrochenen Demokratie und erfolgreichen Volkswirtschaft schwer vereinbar.
- (2) Den Beitritt zum **EWR**, d.h. die Unterstellung unter die parteineutrale EFTA-Überwachungsbehörde und den parteineutralen EFTA-Gerichtshof mit Schweizer Vertreter. Im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens käme dem Bundesgericht eine wichtige Rolle zu. Das steht der Schweiz jederzeit

offen, aber dann wäre das gesamte Binnenmarkt zu übernehmen.

- (3) Das **Andocken** an die parteineutrale EFTA-Überwachungsbehörde und den parteineutralen EFTA-Gerichtshof mit Schweizer Präsenz. Alsdann könnte die Schweiz ihren sektoriellen Ansatz beibehalten. Wenn neben dem Vertragsverletzungsverfahren auch das Vorabentscheidungsverfahren übernommen würde, so käme dem Bundesgericht eine wichtige Rolle zu. Ein möglichst hohes Mass an Neutralität wäre des Weiteren gut für den **Rechtsstandort** und den **Schiedsplatz** Schweiz.

Wenn die Schweiz den Binnenmarkt verlässt, so sollen Systemwettbewerb und die Einrichtung eines echten Schiedsgerichts nach dem Modell des TCA EU–Vereinigtes Königreich möglich sein. Diese Bestrebungen sind auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass die EU in den letzten dreissig Jahren erheblich zentralistischer geworden ist, und dass mit dem Austritt des Vereinigten Königreichs marktwirtschaftliches Denken verloren gegangen ist. Die **geographische Lage der Schweiz** ist freilich eine andere als die des Vereinigten Königreichs. Hinzu kämen der „*Brussels effect*“ (der faktische Druck zur Übernahme von EU-Normen ohne privilegierten Marktzugang) und die Tatsache, dass die EU zum Abschluss eines reinen Handelsabkommens nur bei Bestehen eines „*Level Playing Field*“ (gleich lange Spiesse) bereit wäre. Die Möglichkeiten eines Systemwettbewerbs durch liberale

Regulierung wären damit eingeschränkt. Des weiteren könnten sich Nachteile für die Exportindustrie und (möglicherweise) die Forschung ergeben.

Der Ordnung halber ist darauf hinzuweisen, dass ein echtes Schiedsgericht bei einem Verbleiben im Binnenmarkt nicht in Betracht kommt. Hier ist Artikel 111(4) EWRA relevant, der bestimmt, dass Fragen, welche die Auslegung von mit EU-Recht inhaltsgleichem Abkommensrecht betreffen, nicht von einem Schiedsgericht behandelt werden dürfen. Dieselbe Vorschrift findet sich in Artikel 29(3) des Zollsicherheitsabkommens zwischen der EU und der Schweiz.

Kohäsionszahlungen der Schweiz wären je nachdem «**sunk costs**», für welche die Schweiz nicht dieselben Gegenleistungen erhalte wie z.B. Norwegen.

„Plan B“ des Bundesrates

Der Schweizer Bundespräsident *Ignazio Cassis* hat am 21. Januar 2022 gesagt, es werde „kein InstA 2.0“ geben. Am 25. Februar 2022 hat der Bundesrat indes in der Sache bekanntgegeben, dass er eine Wiederbelebung des InstA in veränderter Form anstrebt. Ziele seines «Planes B» sind das Verbleiben der Schweiz im Binnenmarkt, die **Vergrößerung der Verhandlungsmasse** («Bilaterale III» betreffend Abkommen in den Bereichen Stromhandel, Lebensmittelsicherheit, Forschung, Gesundheit und Bildung), und die Regelung von Überwachung und Streitbeilegung in den **Einzelverträgen**. Letzteres würde

einen Schrittwechsel vom horizontalen zum vertikalen Ansatz bedeuten. Die Vergrößerung der Verhandlungsmasse soll das Schlucken «institutioneller Kröten» erleichtern. Das «Schiedsgerichts»-Modell kann also nach den neuen Vorstellungen des Bundesrates fallweise akzeptiert werden. Es geht Bern offensichtlich nach wie vor um das Setzen eines *PNR*.

Wenig erfolgversprechend ist nach der hier vertretenen Auffassung das Überwachungs- und Streitentscheidungsmodell, das der frühere Staatssekretär *Michael Ambühl* vorgeschlagen hat: danach sollte die EU im Konfliktfall Ausgleichsmassnahmen verhängen können, deren Angemessenheit durch ein (echtes) Schiedsgericht überprüft werden könnte. Ein solches «Hosenlupfverfahren» (mein Ausdruck, CB) ohne Beteiligung eines Gerichtshofs würde auf eine «Dejustizialisierung» hinauslaufen. Das läge aus Gründen der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit auch nicht im Interesse der Schweiz.

Folgerungen

Der „Plan B“ des Bundesrates ist wenig durchdacht. Eine vorurteilsfreie Auslegung wurde nicht gemacht. Es war die Schweiz, die zu Beginn des InstA-Prozesses einen horizontalen Ansatz vorgeschlagen hat. Ob sich die verärgerte EU auf das scheinbarweise Vorgehen einlassen wird, ist fraglich. Die Einlassungen des dossierführenden EU-Kommissions-Vizepräsidenten *Maroš Šefčovič* sprechen ebenso dagegen wie die Politik der Kommission seit 2013. EU-

Justiz-Kommissar *Didier Reynders* hat verlauten lassen, dass ein «*cadre général*» und ein «*menu complet*» notwendig seien. Salamtaktik komme nicht in Frage. Auch ob die EU auf den Schachzug mit der Vergrößerung der Verhandlungsmasse einsteigen wird, ist offen. Bislang hatte sich der Bundesrat gerühmt, die Beschränkung des Anwendungsbereichs des InstA auf nur fünf Verträge sei ein Verhandlungserfolg. Innenpolitisch fällt negativ ins Gewicht, dass der «Schiedsgerichts»-Mechanismus nun einmal das Modell ist, das die EU für **post-sowjetische Republiken** und für die Staaten Nordafrikas entwickelt hat. Überdies würde das Bundesgericht ausgeschaltet. Vielleicht spielt der Bundesrat auf Zeit bis zur nächsten Legislatur. Der politische Analyst *Claude Longchamp* sagt für dann eine neue EWR-Debatte voraus

Ein zweiter EWR-Anlauf wird mit der Begründung kritisiert, er würde wegen der Notwendigkeit der Übernahme des gesamten Binnenmarktrechts zu einer stärkeren Integration führen als ein Rahmenabkommen mit dem fallweise zu akzeptierenden «Schiedsgerichts»-Mechanismus. Dazu ist anzumerken, dass der EWR mit einer parteineutralen Überwachungsbehörde und einem parteineutralen Gerichtshof sehr viel **souveränitätsschonender** wäre als der Mechanismus aus den Abkommen mit den post-sowjetischen Republiken. Auch bezüglich der drei materiellrechtlichen Hauptstreitpunkte Lohnschutz, Unionsbürgerschaftsrichtlinie und Beihilfenkontrolle könnten eine parteineutrale EFTA-Überwachungsbehörde und ein parteineutraler EFTA-Gerichtshof von Vorteil sein.

Wie überall, genügt es nicht, das «*law on the books*» zu vergleichen. Entscheidend ist das «*law in action*». In der Rechtssache E-2/11 *STX*, einem Fall, in dem es um Probleme des **Arbeitens über die Grenze** und damit des **Lohnschutzes** im Schiffsbau ging, ist der EFTA-Gerichtshof im Wesentlichen dem Ansatz des EuGH gefolgt und hat bestimmte norwegische Arbeitsbedingungen für mit dem EWR-Abkommen unvereinbar erklärt. Der norwegische Oberste Gerichtshof hat dem EFTA-Gerichtshof aber die Gefolgschaft verweigert und die ESA hat ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Norwegen eröffnet. Daraufhin haben sich die norwegischen Arbeitgeber und Gewerkschaften auf einen Vergleich geeinigt. Am Ende wurde der Konflikt also im Rahmen der **Sozialpartnerschaft** endgültig gelöst.

Beim **Andocken** könnte die Schweiz ihren sektoriellen Ansatz beibehalten und partiell am Binnenmarkt partizipieren, so wie sie es bisher getan hat. Da die EU das Andocken im Jahr 2018 den Briten vorgeschlagen hat, würde sie dieses Angebot möglicherweise auch der Schweiz machen, wenn das von Bern gewünscht und mit Nachdruck vertreten würde.

Wie soll sich die Wirtschaft einstellen?

Auch wenn betroffene Branchen und die Hochschulen angesichts der Nadelstichpolitik der EU zur Eile mahnen, kann man nicht annehmen, dass die Schweizer Europapolitik ihr gemächliches Tempo aufgeben wird. Falls die EU auf den «Plan B»

einsteigt, so werden die neuen Verhandlungen voraussichtlich Jahre dauern. Am 8. März 2022 hat der Nationalrat überraschend mit 112 zu 69 Stimmen bei 6 Enthaltungen ein Postulat der Grünliberalen angenommen, wonach der Bundesrat einen **EWR-Beitritt** prüfen muss. Nach 30 Jahren verfügt man, anders als 1992, über grosse Erfahrung mit diesem Vertragswerk.

Für die **Wirtschaft** heisst das, dass sie Geduld haben und sich entsprechend wappnen muss. Nach der hier vertretenen Auffassung sind folgende Konsequenzen zu ziehen:

- Eine europarechtsadäquate Vertrags- und Statutengestaltung ist wichtiger denn je;
- wichtig ist vor allem bei Nadelstichen eine glaubwürdige und realistische Kommunikation und Lobbyarbeit;
- je nach Situation empfiehlt sich ein Schulterchluss mit marktwirtschaftlich gesinnten ausländischen und europäischen Verbänden;
- es gibt neuerdings eine Bereitschaft in der Schweizer Wirtschaft, sich gegen Rechtsverletzungen der EU notfalls auf dem Klageweg zur Wehr zu setzen. Den Gerichten der EU – EuGH und EuG – fehlt die Parteineutralität in Verfahren, in denen die Eidgenossenschaft gegen die EU prozessiert. Es gibt aber andere

Verfahren, in denen sich dieses Problem nicht stellt. Wenn man klagt, so ist eine professionelle Pressearbeit wesentlich.

- Der Vollständigkeit halber sei schliesslich erwähnt, dass das **Kartellrecht der EU** auf Handlungen von Schweizer Unternehmen anwendbar ist, die sich im Binnenmarkt auswirken. Hier darf der Hinweis nicht fehlen, dass die vom Parlament angenommene «Motion *Français*», welche die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts zu vertikalen Wettbewerbsabreden (BGE 143 II 297 *GABA/Elmex*; 144 II 194 *BMW*; 144 II 296 *Altimum*) rückgängig machen will, der Rechtslage in der **EU diametral zuwiderläuft**. Die historische Erfahrung lehrt, dass die Europäische Kommission bereit ist, Durchsetzungslücken im Kartellrecht notfalls auch ausserhalb der EU zu schliessen. Das ist im Fall des **Vitaminkartells** passiert, als die Schweiz zwar den Schaden hatte, aber wegen der damaligen ungenügenden Rechtslage bei den Bussen leer ausging.

Sources

Alford Roger P., Misusing International Sources to Interpret the Constitution, 98 Am. J. Int'l L. 57 (2004).

Ambühl Michael/Scherer Daniela, Alternativen im Verhandlungsprozess, Gutachten zuhanden des EDA vom 8. Februar 2021, abrufbar [hier](#).

Baudenbacher Carl, Für eine multilaterale Integration der Schweiz in Europa, Plädoyer 2021, 16 ff.

ders., Why did EU-Swiss negotiations on a Framework Agreement fail?, Brussels Report vom 27. Mai 2021, abrufbar [hier](#).

ders., Brexit, EFTA und EWR, Schweizerisches Institut für Auslandsforschung, Zürich 2017, 87 ff.

Baudenbacher Carl/Baudenbacher Laura Melusine, Die Kohäsionsmilliarde ist kein Reuegeld – sie verfehlt ihren Zweck, NZZ vom 7. Oktober 2021, abrufbar [hier](#).

Baudenbacher Laura Melusine, Schutz von Schweizer Konsumenten vor absoluten Gebietsabreden - Zum BMW-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Jusletter vom 2. Mai 2016, abrufbar [hier](#).

dies., EuGH überträgt die Polydor-Rechtsprechung auch auf das Luftverkehrsabkommen, ELR 2013.

dies., Das Personenfreizügigkeitsabkommen EU-Schweiz ist doch kein Integrationsvertrag, ELR 2010.

Blick.ch, Forscher kämpfen für die Schweiz. EU gerät zunehmend unter Druck, 10. Februar 2022, abrufbar [hier](#).

Brunsdén Jim/Atkins Ralph, EU's Swiss proposal could serve as Brexit blueprint. Arbitration panel for trade disputes floated as way of resolving deadlock, FT vom 18. Januar 2018, abrufbar [hier](#).

Cottier Thomas, Für eine Anbindung an bestehende Efta-Strukturen, NZZ vom 12. Juli 2013, abrufbar [hier](#).

Darwall Rupert, It's the Political Declaration, not the backstop, that could scupper Boris, The Spectator vom 27. Juli 2019, abrufbar [hier](#).

Europäische Kommission, Assoziierungsabkommen zwischen der EU und der Ukraine tritt vollständig in Kraft, Pressemitteilung vom 1. September 2017, abrufbar [hier](#).

Feusi Dominik/Israel Stephan, Die EU stellt dem Bundesrat ein Ultimatum. Die Schweiz muss sich bis zum 7. Dezember zum Rahmenabkommen äussern, BAZ vom 29. November 2018, abrufbar [hier](#).

Forster Christof, Lohnschutz – der Knackpunkt des Rahmenabkommens mit der EU, NZZ vom 30. Dezember 2018, abrufbar [hier](#).

Gafafer Tobias, Der Bundesrat macht einen wichtigen Schritt für einen Neuanlauf mit der EU – doch die schwierigen Fragen folgen erst, NZZ vom 25. Februar 2022, abrufbar [hier](#).

ders., Der Plan B für einen Neuanlauf mit der EU, der nie vertieft geprüft wurde, NZZ vom 1. Februar 2022, abrufbar [hier](#).

ders., Carl der Grosse – warum ein supranationaler Richter gegen den Rahmenvertrag mit der EU kämpft, NZZ vom 1. März 2021, abrufbar [hier](#).

Guldimann Alice, Rahmenabkommen 2.0 oder EWR-Beitritt: Die Grünliberalen wollen Beziehungen zur EU stärken, AZ vom 22. Januar 2022, abrufbar [hier](#).

Kappeler Beat, Der Superstaat, Zürich 2020.

Kellenberger Jakob, Wo liegt die Schweiz?, Zürich 2014.

Minsch Rudolf/Baur François, Economie-suisse, Mit «Stick to Science» gegen die Vereinnahmung der Forschung durch die Politik, 10. Februar 2022, abrufbar [hier](#).

Müller Felix E., Kleine Geschichte des Rahmenabkommens, Zürich 2020.

Oesch Matthias, Schweiz – Europäische Union. Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug, Zürich 2020.

ders., Europarecht, Zürich 2019.

Strahm Rudolf, Ein umfassendes Freihandelsabkommen könnte die Blockade lösen, 30. November 2021, abrufbar [hier](#).

Tobler Christa, Wie weiter mit dem Institutionellen Abkommen?, Jusletter vom 20. Januar 2020, abrufbar [hier](#).

Widmer Paul, Diesen Vertrag darf die Schweiz nicht unterzeichnen, NZZ am Sonntag vom 5. Januar 2018, abrufbar [hier](#).

Van der Loo Guillaume, The EU-Ukraine Association Agreement and Deep and Comprehensive Free Trade Area, 2016.

Zimmer Oliver, Wer hat Angst vor Tell?, Unzeitgemässes zur Demokratie, Basel 2020.

Zünd Andreas, EU-Vertrag: Aargauer SP-Bundesrichter warnt vor Schiedsgericht, AZ vom 23. März 2019, abrufbar [hier](#).