

Wie funktioniert der EWR?*

Carl Baudenbacher*

Am 8. März 2022 hat der Nationalrat mit klarer Mehrheit ein Postulat des Luzerner Grünliberalen Roland Fischer angenommen, das den Bundesrat auffordert, die Vor- und Nachteile eines EWR-Beitritts zu prüfen und darüber zu berichten. In der Vergangenheit beschränkten sich solche Berichte regelmässig auf eine Darstellung des geschriebenen Rechts («*law on the books*»). Im vorliegenden Newsletter soll der Hauptfokus auf dem «*law in action*» liegen.

Geschichte und Struktur

Das multilaterale Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum EWR («**EWRA**») fusst auf einem **Zwei-Pfeiler-Modell**, bestehend aus einem EU-Pfeiler und einem EFTA-Pfeiler. Es wurde am 2. Mai 1992 in Porto von der EU und ihren damals 12 Mitgliedstaaten auf der einen und den 7 EFTA-Staaten Finnland, Island, Liechtenstein, Norwegen, Österreich, Schweden und Schweiz auf der anderen Seite unterzeichnet. Am gleichen Tag schlossen die 7 EFTA-Staaten ein Abkommen über die Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs. Am 6. Dezember 1992 lehnten eine knappe Mehrheit des Volkes und eine klare Mehrheit der Kantone das EWR-Abkommen für die Schweiz ab. Der Vertrag trat am 1.

Januar 1994 für die EU und ihre Mitgliedstaaten und die fünf EFTA-Staaten Finnland, Island, Norwegen, Österreich und Schweden in Kraft. Seine Quintessenz war, wie der erste Präsident der EFTA-Überwachungsbehörde, der Norweger *Knut Almestad*, feststellte, die Tatsache, dass die EFTA-Staaten ihre eigene, unabhängige Überwachungsbehörde («*EFTA Surveillance Authority*», kurz «**ESA**») mit Sitz in Brüssel und ihren eigenen, unabhängigen EFTA-Gerichtshof mit Sitz in Genf hatten. Am 1. Januar 1995 traten Finnland, Österreich und Schweden der EU bei. Am 1. Mai 1995 wurde Liechtenstein Vertragspartei des EWRA.

Seither besteht der EFTA-Pfeiler aus den drei Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen. Am 1. September 1996 verlegte der EFTA-Gerichtshof seinen Sitz nach Luxemburg. Der EU-Pfeiler wuchs in der Folge

* Zu Chancen und Tücken der aktuellen Rechtslage, vgl. unseren vorhergehenden Newsletter Nota Bene (N.B.) März/1, abrufbar [hier](#).

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

beträchtlich. Am 1. Mai 2004 traten Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn und Zypern der EU bei, am 1. Januar 2007 folgten Bulgarien und Rumänien und am 1. Juli 2013 Kroatien. Alle EU-Mitgliedstaaten sind gleichzeitig **Vertragsparteien des EWRA**. Am 31. Dezember 2021 trat das Vereinigte Königreich aus EU und EWR aus. Gegenwärtig besteht der EWR aus der EU und ihren 27 Mitgliedstaaten («**EU-Pfeiler**») und den drei EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen («**EFTA-Pfeiler**»).

Die Schweiz als Zaungast

Die Schweiz hat den Beitritt zum EWR, wie gesagt, am 6. Dezember 1992 abgelehnt. Der Weg zu diesem Nein war ein seltsamer. Angestachelt von hohen Beamten kam der Bundesrat in den Jahren ab 1990 zur Auffassung, der EWR sei wegen des **fehlenden Stimmrechts** der EFTA-Staaten bei der Setzung neuen, EWR-relevanten, EU-Rechts nicht gut genug für die Schweiz. Alle anderen Verhandlungserfolge der EFTA-Staaten wurden ausgeblendet: das gestaltende Mitspracherecht bei der Gesetzgebung, die eigene Überwachungsbehörde, der eigene Gerichtshof, der freie Zugang zum Binnenmarkt, die Teilnahme an den Forschungsprogrammen der EU, die Wahrung der Souveränität in der Aussenpolitik, der Aussenwirtschaftspolitik, der Währungspolitik, der Landwirtschaft und der für die nordischen Staaten wichtigen Fischerei. Aber obwohl der Bundesrat nicht glücklich war, empfahl er das EWR-Abkommen zur Annahme. Da er aber 6

Monate vor dem Referendum ein **Beitritts-gesuch zur EU** stellte, war es für die Gegner um *Christoph Blocher* ein Leichtes zu sagen, es gehe gar nicht um eine Mitgliedschaft im EWR, sondern in der EU.

Nach dem 6. Dezember 1992 stieg die Schweiz aus dem EWR-Projekt aus. Die Frage, ob sie dem EWR in einem zweiten Anlauf beitreten soll, stellte sich aber in regelmässigen Abständen. Nach dem Abschluss zweier Pakete bilateraler Verträge – der **Bilateralen I** im Jahr 1999 und der **Bilateralen II** im Jahr 2004 – begann auf Schweizer Anregung die Diskussion über ein institutionelles Rahmenabkommen. Ab 2010 schlug die Europäische Kommission der Schweiz in diesem Zusammenhang den **Beitritt zum EWR** oder das «**Andocken**» an die ESA und den EFTA-Gerichtshof vor. Letzteres hätte eine Unterstellung der bilateralen Verträge unter diese beiden Institutionen mit Beteiligung eines Schweizer ESA-Kollegiumsmitglieds und eines Schweizer Richters bei Beibehaltung des sektoriellen Ansatzes bedeutet. Der Bundesrat lehnte das im Jahr 2013 ab und optierte zunächst für die Überwachung durch die **Europäische Kommission** und die gerichtliche Kontrolle durch den **EuGH**. Im März 2018 wurde das Verhandlungsmandat dahin geändert, dass vor dem EuGH ein Pro-Forma-«Schiedsgericht» zwischengeschaltet werden sollte. Es war das Modell der Assoziationsabkommen, welche die EU mit der **Ukraine** und anderen post-sowjetischen Republiken abgeschlossen hatte. Im Herbst 2018, als das institutionelle Rahmenabkommen («**InstA**») fertig verhandelt war,

aber bei weitem nicht überall in der Schweiz auf Begeisterung stiess, fragte SP-Nationalrat *Corrado Pardini* den Bundesrat, ob ein EWR-Beitritt nicht der richtige Schritt sei. Nach der ergebnislosen Beendigung der InstA-Verhandlungen im Mai 2021 doppelte GLP-Nationalrat *Roland Fischer* nach.

Der Bundesrat hat sich mit dem EWR im Europabericht von 2006, im Bericht «Markwalder» von 2010 und in seinen Antworten auf die genannten parlamentarischen Vorstösse befasst. Seine Antworten hatten und haben mit der Realität des EWRA wenig bis nichts zu tun. Der Bundesrat bezieht seine Kenntnisse des Abkommens aus Vorbehalten und **Reminiscenzen** aus der Zeit der EWR-Verhandlungen und aus den Ausführungen der Botschaft vom 18. Mai 1992.

Wenn ein internationales Abkommen ausverhandelt ist, so weiss man natürlich nicht, was in der Praxis daraus werden wird. Das Abkommen ist notwendigerweise «*law on the books*». Aber ein Vertragswerk wie das EWR-Abkommen entwickelt sich. Seine Vorschriften werden nicht nur von den nationalen Verwaltungen und Gerichten, sondern auch von der ESA, dem EFTA-GH, der Europäischen Kommission und dem EuGH angewandt. Das Abkommen lebt. Um mit den amerikanischen «*legal realists*» zu sprechen, muss man sich dem «*law in action*» zuwenden. Man kann sich nicht darauf beschränken, das «*law on the books*» mitsamt der im Entstehungszeitpunkt gemachten Prognosen wieder und wieder darzustellen. Genau das aber hat

der Bundesrat getan, und das ist ihm vorzuwerfen. Für dieses Vorgehen gibt es eigentlich nur eine Erklärung: Der Bundesrat war nie wirklich am EWR interessiert, er wollte immer in die EU, nach 1992 durch die Vordertür und nach 2013 durch die Hintertür. Das Abhandeln der angeblichen Option EWR war ihm stets ein lästiges Unterfangen. Der Bundesrat hat zwar in seiner Antwort vom 1. September 2021 auf das Postulat *Fischer* ausgeführt, er sei bereit, «die Vor- und Nachteile einer EWR-Mitgliedschaft unter Einbezug der im Postulatsentwurf aufgeführten Fragen erneut zu prüfen und darüber Bericht zu erstatten». Da er aber keineswegs diesen Bericht abwartet, sondern nunmehr auf einen «Plan B» setzt, mit dem «Schiedsgericht» in Einzelverträgen, sieht es so aus, als solle den bisherigen **Alibiübungen** eine weitere folgen. Die nachstehenden Ausführungen sind dem EWR-Recht «*in action*» gewidmet.

Zustandekommen des EWR-Rechts

Das EWRA umfasst den freien Waren-, Dienstleistungs-, Kapital- und Personenverkehr sowie die Wettbewerbs- und Beihilferegeln und grosse Teile des harmonisierten Wirtschaftsrechts der EU, die ein reibungsloses Funktionieren des **Binnenmarkts** gewährleisten.

Das Abkommen fusst, wie das nicht unterzeichnete InstA, auf dem Prinzip der **dynamischen Rechtsübernahme**. Im gesamten EWR sollen dieselben Vorschriften gelten, damit die Spiesse gleich lang sind. EU-Rechtsakte werden vom Gemeinsamen

EWR-Ausschuss durch Beschluss in das EWR-Abkommen eingefügt. EWR-Recht entsteht also im EU-Pfeiler, aber die EWR/EFTA-Staaten haben bei seiner Schaffung ein **gestaltendes Mitspracherecht**. Wenn die Europäische Kommission die Setzung neuer Rechtsvorschriften für den Binnenmarkt prüft, sind Experten aus den EWR/EFTA-Staaten an dem Prozess beteiligt. Sie bringen ihr technisches Fachwissen ein und identifizieren mögliche Probleme für die EWR/EFTA-Staaten. Die EWR/EFTA-Staaten haben aber kein Stimmrecht. Nach dem **InstA** wäre das nicht anders gewesen und unter dem seit 1988 praktizierten Programm des «autonomen Nachvollzugs» übernimmt die Schweiz EU-Recht systematisch und ohne Marktzugang. Entscheidend ist, dass die EWR/EFTA-Staaten ihre Bewertungen und Kommentare frühzeitig einbringen und den Gesetzgebungsprozess damit mitgestalten können.

Bundesrat und EDA bringen neben dem fehlenden Stimmrecht seit 1992 ein zweites Argument gegen eine Teilnahme der Schweiz am EWR vor. Nach Artikel 93(2) EWRA fasst der Gemeinsame EWR-Ausschuss seine Beschlüsse im Einvernehmen zwischen der EU einerseits und den mit einer Stimme sprechenden EFTA-Staaten andererseits. Es handelt sich um eine simple Konsequenz des Zwei-Pfeiler-Modells, die in der Praxis in wenigen Fällen zu leichten Verzögerungen, aber nicht zu wirklichen Problemen geführt hat. Befürchtungen, dass das im Fall einer Mitgliedschaft der Schweiz anders sein könnte, sind unbegründet.

Wenn die EU einen EWR-relevanten Rechtsakt verabschiedet hat, leitet das EFTA-Sekretariat (in dem auch die Schweiz vertreten ist) das Verfahren zu dessen Aufnahme in das EWR-Abkommen ein. Nach Gesprächen mit Sachverständigen einigen sich die EWR/EFTA-Staaten auf einen **Entwurf** für einen Beschluss zur Aufnahme des Rechtsakts. EFTA-Arbeits- oder Expertengruppen prüfen, ob der Rechtsakt EWR-relevant ist und ob er Vorschriften enthält, die aufgrund besonderer nationaler Gegebenheiten oder für die Zwecke des EWR-Abkommens angepasst werden müssen. Sobald das Aufnahmeverfahren eingeleitet ist, leiten die EWR/EFTA-Staaten ihre nationalen Verfahren ein. Aufgrund ihrer Rückmeldungen erarbeitet das EFTA-Sekretariat einen Entwurf für einen Aufnahmebeschluss.

Sobald die EWR/EFTA-Staaten den Beschlussentwurf gebilligt haben, leitet das EFTA-Sekretariat ihn an den Europäischen Auswärtigen Dienst («**EAD**») weiter. Der EAD beginnt eine Konsultation zu dem Beschlussentwurf mit den zuständigen Generaldirektionen der Kommission. Verlangt die EU Änderungen an dem Entwurf, so werden Gespräche mit dem Ziel geführt, eine Einigung zu erzielen. Wenn beide Seiten ihre Genehmigungsverfahren abgeschlossen haben, nimmt der **Gemeinsame EWR-Ausschuss** den Beschluss zur Aufnahme des Rechtsakts an.

Die Beschlüsse treten in der Regel einen Tag nach ihrer Annahme im Gemeinsamen EWR-Ausschuss in Kraft, es sei denn, es bestehen verfassungsrechtliche

Vorbehalte. Wenn die Beschlüsse in Kraft treten, so werden die Anhänge oder Protokolle zum EWR-Abkommen entsprechend aktualisiert, und die übernommenen Rechtsakte werden in die nationale Rechtsordnung der EWR/EFTA-Staaten aufgenommen. Nach den **Verfassungen** der EWR/EFTA-Staaten muss ein Beschluss, der Änderungen der nationalen Rechtsvorschriften zur Folge hat, vor seinem Inkrafttreten von den nationalen Parlamenten genehmigt werden. Ein Beschluss mit solchen verfassungsrechtlichen Anforderungen tritt in Kraft, wenn die Anforderungen in allen drei EWR/EFTA-Staaten erfüllt sind.

Rechtsakte, die in das EWR-Abkommen aufgenommen wurden und in Kraft getreten sind, müssen in die nationalen Rechtsordnungen der EWR-EFTA-Staaten **implementiert** werden. Die EFTA-Überwachungsbehörde kontrolliert die Übernahme und die Einhaltung der in das EWR-Abkommen aufgenommenen Rechtsvorschriften. Der EFTA-GH ist zuständig für die Entscheidung von **Vertragsverletzungsverfahren**, die gegen die drei EWR-EFTA-Staaten wegen Nichterfüllung ihrer Verpflichtungen aus dem EWR-Abkommen eingeleitet werden.

Vor allem Norwegen hat eine Politik entwickelt, die dem Land eine frühzeitige und wirkungsvolle Einflussnahme auf die EWR-relevante EU-Gesetzgebung erlauben. Obwohl Artikel 102 EWRA der EU im Falle der Nichtübernahme neuen Rechts durch die EWR/EFTA-Staaten die Möglichkeit zu Ausgleichsmassnahmen gibt und strikte Fristen setzt, hat es sich in der

Praxis gezeigt, dass die Dinge im **Gespräch** geklärt werden. Wünsche der EWR/EFTA-Staaten können dabei zu Anpassungen führen. Die EU ist mitunter bereit, Jahre zu warten. In dieser Zeit können sich die Dinge verändern.

Gegen einen Beitritt der Schweiz zum EWR wird mitunter eingewandt, dass dann das gesamte Binnenmarktrecht übernommen werden müsste. Indes strebt der Bundesrat ohnehin den Abschluss weiterer Verträge mit der EU an. Ein **drittes Paket** von Bilateralen hat er eben angekündigt.

Überwachungs- und Gerichtssystem

Grundzüge

Das Überwachungs- und Gerichtssystem des EWR-Abkommens unterscheidet sich grundsätzlich von dem des gescheiterten InstA. Der InstA-Entwurf sah nur einen Verfahrenstypus vor: das Streitbeilegungsverfahren. Die EU und die Schweiz sollten das Recht haben, im Konfliktfall einseitig, d.h. ohne Zustimmung der Gegenpartei, ein «Schiedsgericht» anzurufen, das allerdings in praktisch jedem wichtigen Fall den EuGH um eine verbindliche Entscheidung hätte ersuchen müssen. Private hätten dabei nur insoweit eine Rolle spielen können, als sie die Bundesverwaltung auf ein Problem hätten hinweisen können. Klage- oder Beschwerderechte hätten sie aber nicht gehabt.

Das EWRA hat hingegen mit einigen Abweichungen das Verfahrenssystem des EU-Rechts mit seiner Betonung des Schutzes

von **Bürgern und Unternehmen** übernommen. Die Rechtsdurchsetzung ist damit im EWR viel stärker entpolitisiert. Die wichtigsten Verfahrenstypen des EFTA-GH sind das Vertragsverletzungsverfahren, bei dem die ESA gegen einen EWR/EFTA-Staat klagt, das Vorabentscheidungsverfahren, bei dem ein Gericht eines EWR/EFTA-Staates den EFTA-GH um die Auslegung einer Frage des EWR-Rechts ersucht und das Nichtigkeitsverfahren, bei dem ein EWR/EFTA-Staat oder ein Privater gegen eine Entscheidung der ESA klagt.

Die dem EWR angehörenden EFTA-Staaten, die EU-Staaten, die ESA und die Europäische Kommission haben das Recht, vor dem EFTA-GH sowohl schriftliche wie mündliche Stellungnahmen abzugeben. Sie können auch als Streithelfer aktiv werden. Die **Kommission**, die in der Regel durch ihren Juristischen Dienst vertreten ist, spielt in den Verfahren vor dem EFTA-GH eine wichtige Rolle. Anders als nach dem InstA-Entwurf hat sie wegen des Zwei-Pfeiler-Modells aber nie Parteistellung. Der EFTA-GH ist den Anträgen der Kommission in vielen, aber nicht in allen Fällen gefolgt. Die **ESA** ist im Vertragsverletzungsverfahren und im Nichtigkeitsverfahren Partei, im Vorabentscheidungsverfahren ist sie Beteiligte. **EU-Staaten** beteiligen sich an Verfahren vor dem EFTA-GH, wenn sie davon ausgehen, dass sich eine Frage später auch vor dem EuGH stellen könnte.

Vertragsverletzungsverfahren

In der Schweiz ist die Auffassung

verbreitet, die ESA sei eine aktivistische Behörde, die ihre schiere Existenz dadurch rechtfertige, dass sie ihre Überwachungsaufgabe aggressiv wahrnehme. Der frühere Bundesrat *Didier Burkhalter* hat dafür das Schlagwort von den «100 neuen Überwachern» geprägt, die schon bei einer Andocklösung auf die Schweiz losgelassen würden. Die Zahl ist frei erfunden. ESA-Insider schätzten auf Anfrage, dass eine niedrige einstellige Zahl von Beamten erforderlich wäre, um die Schweiz zu überwachen. Im Übrigen ist die ESA in den fast 30 Jahren des Bestehens des EWR durch grosse **Zurückhaltung** aufgefallen. Von Anfang an hat die Behörde ein Vertragsverletzungsverfahren in einem streitigen Fall pro Jahr auf den Weg gebracht, nicht pro EWR/EFTA-Staat, sondern insgesamt. In politisch sensiblen Fällen klagt die ESA erst dann, wenn es nicht mehr anders geht. ESA betont stets, dass sie in erster Linie an **Verhandlungslösungen** interessiert ist.

Ein aktuelles Beispiel betrifft den norwegischen «NAV-Skandal». Die norwegische Wohlfahrtsbehörde NAV hat während Jahrzehnten die Zahlung von Leistungen bei Krankheit, Unfall oder Arbeitslosigkeit von der physischen Präsenz der Berechtigten auf norwegischem Boden abhängig gemacht. Das ist mit der Freiheit, Dienstleistungen zu empfangen, nicht vereinbar. Unschuldige wurden **strafrechtlich verfolgt** und zum Teil zu unbedingten Gefängnisstrafen verurteilt. Die Aufarbeitung des Skandals ist langwierig. Kritiker haben deshalb die **Europäische Kommission** aufgefordert, einzugreifen und ein Osloer Rechtsanwalt hat sogar eine förmliche

Beschwerde an sie gemacht. Die Kommission hat in einer solchen Angelegenheit kein Klagerecht. Sie könnte das Problem auf der politischen Ebene, im **Gemeinsamen EWR-Ausschuss**, aufgreifen. Die Kommission hat sich aber stets auf den Standpunkt gestellt, nach dem Zwei-Pfeiler-Modell, das dem EWR zugrunde liege, sei das **Sache der ESA**. Das Zwei-Pfeiler-Modell entfaltet insoweit eine **Sperrwirkung**.

Nach der hier vertretenen Auffassung hängt die Zurückhaltung der ESA mit der Tatsache zusammen, dass es sich bei den Kollegiumsmitgliedern überwiegend um langjährige frühere **Bürokraten und Diplomaten** handelt, die in den nationalen Verwaltungen über viele Jahre und Jahrzehnte sozialisiert wurden und die in vielen Fällen nach ihrer Zeit in Brüssel ihre nationale Karriere fortsetzen. Ehemalige Kollegiumsmitglieder sind von ihren Regierungen zu Botschaftern in Paris, Rom und Washington gemacht worden.

Urteile des EFTA-GH in Vertragsverletzungsverfahren sind **verbindlich**, und zwar im Gegensatz zu dem, was während der Amtszeit von Bundesrat *Burkhalter* behauptet wurde, auch gegenüber der EU. Wird ein EFTA-Staat verurteilt, so muss er das Urteil umsetzen. Tut er das nicht, kann ihm aber, anders als im EU-Pfeiler, kein Zwangsgeld auferlegt werden. ESA klagt dann ein zweites Mal und setzt auf den Grundsatz des «*namings and shaming*». Wird die Vertragsverletzungsklage hingegen **abgewiesen**, so ist die Sache auch mit Wirkung für die EU und ihre

Mitgliedstaaten erledigt. Die verbreitete These, die EU würde im Anschluss an ein solches Verfahren ein Streitbeilegungsverfahren nach Artikel 111 EWRA in die Wege leiten, so dass die Schweiz von einem Sieg nichts hätte, entbehrt jeder Grundlage. Wenn die EU das hätte tun wollen, so hätte sich Gelegenheit im grössten bislang entschiedenen Fall des EFTA-GH, E-16/11 *ESA v Iceland* («*Icesave*»), der zu Ungunsten der EU ausgegangen ist.

Vorabentscheidungsverfahren

Das Vorabentscheidungsverfahren im EFTA-Pfeiler unterscheidet sich vom Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH vor allem durch drei Besonderheiten: (1) Anders als in der EU sind die Höchstgerichte der EWR/EFTA-Staaten nach Artikel 34 ÜGA nicht zur Vorlage verpflichtet; (2) die Antworten des EFTA-GH stellen nach dem Wortlaut der Vorschrift Gutachten dar; (3) Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens kann nur die Auslegung des EWR-Rechts sein, nicht aber seine Gültigkeit. Was die Punkte (1) und (2) betrifft, so präsentiert sich die Rechtslage aufgrund der Rechtsprechung des EFTA-GH wie folgt: Eine Vorlagepflicht kann sich im **Einzelfall** aus der in Artikel 3 EWRA niedergelegten Treuepflicht und aus dem Grundsatz der Reziprozität ergeben (E-18/11 *Irish Bank*; E-3/12 *Jonsson*; E-11/12 *Koch*). Da EWR/EFTA-Bürger und Unternehmen freien Zugang zum EuGH haben, muss der Zugang im Grundsatz auch im EFTA-Pfeiler gegeben sein. Wenn ein nationales Gericht das Urteil des EFTA-GH missachtet, so kann es sein Land in den

Zustand der Vertragsverletzung bringen. ESA hat deswegen in wenigen Fällen ein **Vertragsverletzungsverfahren** eröffnet.

Vorliegend darf der Hinweis nicht fehlen, dass das **Bundesgericht** im Fall einer EWR-Mitgliedschaft der Schweiz eine wichtige Rolle als Dialogpartner des EFTA-GH spielen würde. Nach dem Streitbeilegungsmodell des gescheiterten InstA wäre das Bundesgericht hingegen vom Verfahren ausgeschlossen gewesen.

Nichtigkeitsverfahren

In Nichtigkeitsverfahren klagt ein EWR/EFTA-Staat oder ein Privater gegen eine Entscheidung der ESA. Das geschieht vor allem im Wettbewerbs- und im Beihilferecht. Die Regelung im EFTA-Pfeiler entspricht im Wesentlichen der des EU-Rechts. Der EFTA-GH ist jedoch nicht zuständig, Beschlüsse des Gemeinsamen EWR-Ausschusses über die Aufnahme neuer Gemeinschaftsrechtsakte in das EWR-Abkommen für nichtig zu erklären. EFTA-Personen und -Wirtschaftsbeteiligte müssen sich in Bezug auf den betreffenden Rechtsakt als Teil des Gemeinschaftsrechts auf ihre EU-Kollegen verlassen. Der EFTA-GH ist aber für die **Auslegung** von Beschlüssen des Gemeinsamen EWR-Ausschusses zuständig, der über die Übernahme von EU-Recht in die EFTA-Säule des EWR entscheidet (E-6/01 *CIBA*; E-2/00 *Allied Colloids*). Darüber hinaus gibt es gute Gründe für die Annahme, dass der EFTA-GH einen Rechtsakt, der einen schwerwiegenden Mangel aufweist, nicht

anwenden würde, unabhängig davon, ob er bereits vom EuGH für nichtig erklärt und vom Gemeinsamen EWR-Ausschuss aufgehoben wurde.

EFTA-Gerichtshof

Allgemeines

Der EFTA-GH ist die Schwesterinstitution des EuGH. Ein EFTA-Gericht erster Instanz gibt es nicht. Die Bundesverwaltung hat zum EFTA-GH in der Vergangenheit einige erstaunliche Äusserungen gemacht. Unter Schweizer Spitzenbeamten scheint da und dort die Erwartung zu bestehen, ein eigener Richter werde – wie ein Diplomat – jedenfalls in kritischen Fällen als **verlängerter Arm** seiner Regierung agieren und für sein Land stimmen. Daraus wird dann der Schluss gezogen, es spiele gar keine Rolle, ob man einen eigenen Richter hat, weil der einzige Schweizer in einem mehrköpfigen Gerichtshof ohnehin stets in der **Minderheit** wäre. Gemäss einem Bericht der NZZ vom 6. August 2013 stand das sogar in einem internen EDA-Papier. In seiner Antwort auf die Interpellation *Pardini* vom Herbst 2018 führte der Bundesrat aus: «Im Falle eines Beitritts zum EWR könnte die Schweiz einen Richter ernennen, der zusätzlich zu den derzeit drei Richtern im EFTA-Gerichtshof Einsitz nimmt.» Er fügte, nicht ohne bedauernden Unterton, hinzu: «Der Schweizer Richter oder die Schweizer Richterin würde jedoch nicht die Schweiz vertreten, sondern müsste völlig unabhängig arbeiten.» Solche Äusserungen werfen grundsätzliche Fragen zum **Richterbild** von

Bundesverwaltung und Bundesrat auf zumal der EuGH nach dem InstA jedenfalls nicht unabhängig gewesen wäre. Vorliegend muss die Bemerkung genügen, dass es keineswegs die Funktion eines eigenen Richters ist, die Interessen seines Landes zu vertreten. Wohl aber muss ein Richter seinen Gerichtshof über die politischen, rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Eigenheiten seines Landes ins Bild setzen, damit dieser «*en connaissance de cause*» entscheiden kann. Die Einsitznahme eines eigenen Richters/einer eigenen Richterin ist auch aus Gründen der Psychohygiene, der Selbstachtung und der **Akzeptanz der Urteile** wichtig. Es gibt Grenzfälle, die so oder anders ausgehen können.

Verhältnis zum EuGH

Helvetische EWR-Kritiker haben mitunter gesagt, der EFTA-GH müsse ja dem EuGH folgen, deshalb sei es für die Schweiz besser, sich direkt dem EuGH zu unterstellen. Tatsächlich soll der EFTA-GH nach Artikel 6 EWRA die relevante Rechtsprechung des EuGH zu Parallelnormen des EU-Rechts, die vor dem 2. Mai 1992 (Tag der Unterzeichnung des EWRA) ergangen ist, übernehmen. Nach Artikel 3(2) ÜGA soll er relevante Rechtsprechung des EuGH zu Parallelnormen des EU-Rechts, die nach dem 2. Mai 1992 ergangen ist, gebührend berücksichtigen. In der Praxis hat die politisch wichtige Unterscheidung zwischen Alt- und Neurechtsprechung nie eine Rolle gespielt. Der EuGH unterliegt keiner expliziten Pflicht, die Rechtsprechung des EFTA-GH zu bedenken. Entscheidend ist

aber wiederum das «*law in action*». Der ehemalige langjährige EuGH-Präsident *Vassilios Skouris* hat 2005 geschrieben:

«Das Ignorieren von Präjudizien des EFTA-Gerichtshofs wäre mit dem übergeordneten Ziel des EWR-Abkommens, nämlich der Homogenität, schlicht unvereinbar. [...] Beide Gerichte sind füreinander beispielhaft und zeigen so gegenseitigen Respekt, stärken die Regeln der Homogenität und verkörpern ein hohes Mass an Wertschätzung.» (Inoffizielle Übersetzung). 2014 hat *Skouris* hinzugefügt: «Der lang bestehende Dialog zwischen dem EFTA-Gerichtshof und dem EuGH hat den Informationsfluss in beide Richtungen ermöglicht. [...] Die symbiotische Natur der Beziehung hat zur erfolgreichen Entwicklung des EWR-Binnenmarktes beigetragen. [...] Die Zusammenarbeit zwischen den beiden Gerichten wurde auf einem soliden Fundament aufgebaut, das sich bewährt hat.» (Inoffizielle Übersetzung). Der **EuGH**, seine **Generalanwälte** und das **Gericht** der EU haben denn auch in zahllosen Fällen auf die Rechtsprechung des EFTA-GH Bezug genommen. In manchen Rechtssachen ist der EFTA-GH auch seinen eigenen Weg gegangen. Insgesamt zeichnet sich die Rechtsprechung des EFTA-GH durch eine Orientierung am Gedanken des **Freihandels** aus.

Keine Befugnis des Gemeinsamen EWR-Ausschusses, in die Rechtsprechung des EFTA-GH einzugreifen

Nach Artikel 105 EWRA verfolgt der Gemeinsame EWR-Ausschuss ständig die

Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH und des EFTA-GH und setzt sich dafür ein, dass die homogene Auslegung des Abkommens gewahrt bleibt. Gelingt es ihm nicht, innerhalb von zwei Monaten, nachdem ihm eine Abweichung in der Rechtsprechung der beiden Gerichte vorgelegt wurde, die homogene Auslegung des Abkommens zu wahren, so kann ein Streitbelegungsverfahren eröffnet werden. Letztlich kann die verletzte Partei zum Ausgleich etwaiger Ungleichgewichte eine Schutzmassnahme ergreifen oder den betroffenen Teil des Abkommens vorläufig ausser Kraft setzen. Dazu ist es aber nie gekommen; die Vorschrift ist toter Buchstabe geblieben. In einem Wirtschaftsraum mit zwei voneinander unabhängigen Gerichten sind **vorübergehende Inhomogenitäten** der Rechtsprechung nicht nur unvermeidlich, sie können auch produktiv sein. Ob das andere Gericht nachziehen wird, entscheidet sich in einem grundsätzlich herrschaftsfreien Diskurs. Der damalige Direktor des Rechtsdienstes der ESA, *Carsten Zatschler*, hat dies in der *Financial Times* vom 23. November 2017 zu Recht festgestellt. Die da und dort vertretene Meinung, Artikel 105 EWRA gebe dem Gemeinsamen EWR-Ausschuss das Recht, im Falle eines judiziellen Konflikts EuGH-EFTA-GH in die Rechtsprechung des letzteren einzugreifen, ist verfehlt.

Kohäsionszahlungen

Die EWR/EFTA-Staaten leisten im Rahmen des sog. Finanzierungsmechanismus regelmässige «Kohäsionszahlungen» an die weniger begüterten Staaten der EU.

Norwegen zahlt sogar (freiwillig) doppelt. Diese Leistungen sind ein Entgelt für den freien **Zugang zum Binnenmarkt**. Aber dabei bewendet es nicht. Die EWR/EFTA-Staaten erkaufen sich damit fallweise auch **Unterstützung** der Empfängerländer bei der Gesetzgebung und in Gerichtsverfahren vor dem EFTA-GH und dem EuGH. Angesichts des ungeklärten Verhältnisses der Schweiz zur EU sind deren Zahlungen zum Teil «*sunk costs*».

Materiellrechtliche Sorgen der Schweiz

Anhänger des InstA haben die Option EWR mit der Begründung kritisiert, die drei grossen **materiellrechtlichen Streitfragen**, die in den InstA-Verhandlungen offen blieben – Lohnschutz, Unionsbürgerschaft und Beihilfenkontrolle – würden sich auch bei einer EWR-Mitgliedschaft stellen. Diese Schlussfolgerung greift zu kurz, weil Kommission und EuGH im Falle einer EWR-Mitgliedschaft keine Kompetenzen hätten. Der EFTA-Pfeiler mit seiner parteineutralen Überwachungsbehörde und seinem parteineutralen Gerichtshof ist in jedem Fall **souveränitätsschonender** als es der Mechanismus aus den Abkommen mit den postsowjetischen Republiken gewesen wäre. Auch hier genügt es nicht, das «*law on the books*» zu vergleichen. In der Rechtssache E-2/11 *STX*, einem Vorabentscheidungsverfahren, in dem es um Probleme des Arbeitens über die Grenze und damit des **Lohnschutzes** im norwegischen 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. Das vorliegende Appellationsgericht von Borgarting (Oslo) und der norwegische Oberste Gerichtshof haben dem EFTA-Gerichtshof aber die Gefolgschaft verweigert, worauf die ESA ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Norwegen eröffnet hat. Daraufhin haben sich die norwegischen Arbeitgeber und Gewerkschaften auf einen Vergleich geeinigt. Am Ende wurde der Konflikt also im Rahmen der **Sozialpartnerschaft** endgültig gelöst. Ein solches Ergebnis wäre nach dem InstA unmöglich gewesen, wenn die EU ihre Vorstellungen zum Lohnschutz durchgesetzt hätte. Auch die **Beihilfenkontrolle** würde im EWR nicht von der Kommission, sondern von der ESA ausgeübt. Norwegen vergibt viel mehr Beihilfen als die Schweiz und ist mit der Aufsicht durch die ESA nicht unzufrieden. Auch in diesen Punkten krankt der traditionelle Schweizer Ansatz daran, dass er das «*law in action*» nicht analysiert. Tendenziell sind die EWR/EFTA-Staaten jedenfalls mit Bezug auf die drei Probleme besser dran als es die Schweiz nach dem InstA gewesen wäre.

Probleme des EWR

Die Probleme des EWR sind ganz andere als die Bundesverwaltung mit ihrem überholten «*law on the books*»-Ansatz glaubt. Die **Rechtssetzung** verläuft weitgehend **reibungslos**. Es trifft zu, dass die EWR/EFTA-Staaten bei der Verabschiedung neuer EWR-relevanter EU-Normen kein Stimmrecht haben, aber das wäre

auch nach dem InstA nicht anders gewesen. Was die **Überwachung** angeht, so ist die ESA entgegen dem, was in Bern seit Jahren behauptet wird, mit Vertragsverletzungsklagen sehr zurückhaltend. Der EFTA-GH hat sich über die Jahre und Jahrzehnte, wie es der frühere Nationalrat *Corrado Pardini* formuliert hat, «einen exzellenten Ruf» erarbeitet. Entsprechend habe seine Selbstständigkeit gegenüber dem EuGH zugenommen. Die Probleme der derzeitigen Institutionen der EWR/EFTA – ESA und EFTA-Gerichtshof – sind ihre Grösse und die norwegische Dominanz. Mit je drei Mitgliedern sind ESA und EFTA-GH nach dem Diktum des früheren ESA-Präsidenten *Sven Erik Svedman* nicht schwach, aber verwundbar.

In der ESA war der norwegische Machtanspruch seit jeher erfolgreich. Mit einer Ausnahme von 17 Monaten, als ein Isländer dem Gremium vorstand, wurde die ESA stets vom norwegischen Mitglied präsiert. Am EFTA-Gerichtshof hat vor vier Jahren ein Paradigmenwechsel stattgefunden. Im Zweifel wird dort nicht mehr auf die Belange der Bürger und Unternehmen Rücksicht genommen, sondern prononciert **regierungsfreundlich** judiziert. Der Osloer Professor *Mads Andenas* spricht von einer *Zäsur* («*rupture*»). Solche Fehlentwicklungen ändern nichts an der Tatsache, dass die **Struktur des EWR gelungen** und der des gescheiterten InstA überlegen ist. Die genannte Akzentverschiebung könnte an einem Dreiergerichtshof bereits durch die Teilnahme eines sachkundigen Schweizer Richters oder einer Schweizer Richterin korrigiert werden.



NOTA BENE (N.B.)
SERIE ZUM SCHWEIZER RECHT

MÄRZ/2
2022

Quellen

Andenæs Mads, Op-Ed: “Two Opinions on free movement and unemployment benefits in the EFTA Court: A Bit of a Dog’s Breakfast”, EU Law Live of 9 July 2021, abrufbar [hier](#).

Baudenbacher Carl, Judicial Independence. Memoirs of a European Judge, 2019.

Ders., Hrsg., The Fundamental Principles of EEA Law: EEA-ities, Springer, 2017.

Ders., Hrsg., The Handbook of EEA Law, Springer, 2016.

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

Baudenbacher Carl/Haas Theresa, Proportionality as a Fundamental Principle of EEA Law, in: Baudenbacher, Ed., The Fundamental Principles of EEA Law: EEA-ities, Springer, 2017, 169 ff.

Baudenbacher Carl/Tresselt Per/Örlygsson Thorgeir, Hrsg., The EFTA Court Ten Years On, Hart, Oxford/Portland Oregon 2005.

Baur Georges/Sanchez Rydelski Michael/Zatschler Carsten, European Free Trade Association (EFTA) and the European Economic Area (EEA) 2. Aufl., 2018.

Bekkedal Tarjei, Understanding the Nature of the EEA Agreement: On the Direct Applicability of Regulations, Common Market Law Review Volume 57, Issue 3 (2020) 773 ff.

Clifton Michael-James, Supplementary Contribution on the EFTA Court, in: National Courts and the Enforcement of EU Law: The Pivotal Role of National Courts in the EU Legal Order, XXIX FIDE Congress in The Hague 2020, Vol. 1, 509 ff.

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

EFTA Court, Hrsg., The EEA and the EFTA Court. Decentred Integration, Oxford/Portland Oregon 2014.

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](#).

Lawsky David, A small dog with a big bite. How did the EFTA court acquire an influence out of all proportion to its tiny size?, Review of “Baudenbacher, The EFTA Court in Action: Five lectures”, European Voice, 11 October 2010, abrufbar [hier](#).

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

Norberg Sven/Hökborg Karin/Johansson Martin/Eliasson Dan/Dedichen Lucien, The European Economic Area, EEA Law. A Commentary on the EEA Agreement, Stockholm 1993.

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

Ders., Europarecht, Zürich 2019.

Speitler Philipp, Judicial Homogeneity as a Fundamental Principle of the EEA, in: Baudenbacher, Ed., The Fundamental Principles of EEA Law: EEA-ities, Springer, 2017, 19 ff.

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

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

Zatschler Carsten, Which court ‘prevails’ ultimately comes down to the reasoning, Letter to the Editor of Financial Times, 24. November 2017, abrufbar [hier](#).

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