

Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU: Kernstück des Abkommens und Instrument schrittweiser Rechtsentwicklung

Thomas Cottier, Bern *

Manuskript vom 15.4.2021

für das Schweizerische Jahrbuch für Europarecht 2020/21

I. Einleitung

Der im Dezember 2018 vorliegende Entwurf für ein institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der EU (institutionelles Rahmenabkommen, InstA) regelt erstmals horizontal und auf allgemeine Weise die gerichtliche Streitbeilegung zwischen den Vertragsparteien für die fünf unterstellten bilateralen Verträge.¹ Die Rechtsbeziehungen der Schweiz mit der EU kennen bis heute keine allgemeine zwischenstaatliche gerichtliche Streitbeilegung. Die EU hatte sich dem lange widersetzt, da sie politisch am längeren Hebelarm sitzt. Seit dem Freihandelsabkommen von 1972 beschränkt sich diese auf Verhandlungen im Rahmen der Gemischten Kommissionen. Drei Ausnahmen bestehen: das Versicherungsabkommen vom 10.10.1989 sieht in Art. 38 Abs. 2 bis 7 ein dreiköpfiges, verbindlich urteilendes Schiedsgericht vor.² Das Abkommen über Zollerleichterung und Zollsicherheit (ZESA) vom 25. 6.2009 sieht in Art. 29 Abs. 3 und Anhang III die Möglichkeit eines ad hoc Schiedsgerichts für die Prüfung der Verhältnismässigkeit von Ausgleichsmassnahmen, nicht aber für Fragen des EU

* Prof. Dr. iur. Dr. h.c., LL.M, Fürsprecher, emeritierter Ordinarius für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, Senior Fellow, World Trade Institute, Universität Bern und Adjunct Professor of Law, University of Ottawa. Der Autor war vielfach als Mitglied und Vorsitzender von WTO Streitschlichtungs-Panels tätig und ist Mitglied des MPIA Pools von zehn Appellationschiedsrichtern* in der Welthandelsorganisation; Präsident der Vereinigung La Suisse en Europe (ASE). Daniel Brühlmeier, SGA, sei bestens gedankt wertvolle Anregungen und Hervé Bribosia, ASE, für die kritische Durchsicht des diesem Beitrag zugrunde liegenden Textes Rechtsschutz im Rahmenabkommen vom 8.1.2019 bestens gedankt; <https://suisse-en-europe.ch/rechtsschutz-im-rahmenabkommen/>.

¹ EDA, Institutionelles Abkommen; <https://www.eda.admin.ch/dea/de/home/verhandlungen-offene-themen/verhandlungen/institutionelles-abkommen.html>. Abkommen zur Erleichterung der Bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen des Binnenmarktes, an denen die Schweiz teilnimmt, Text vom 23.11.18 (Übersetzung) InstA, nachstehend Rahmenabkommen. Im Folgenden wird der a.a.O. auffindbare französische Originaltext verwendet. Eingehend zum Abkommen s. Astrid Epiney, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU, in: Jusletter 17. Dezember 2018. Seitens der Regierung liegt bis Anfangs Mai 2019 lediglich eine knappe Erläuterung des Abkommens vor; Schweiz. Eidgenossenschaft, Erläuterungen zum Institutionellen Rahmenabkommen Schweiz-EU, 19.1.2019; https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/InstA-Erlaeuterungen_de.pdf. Der Bundesrat hat keine Stellung zum Entwurf bezogen, diesen aber Anfangs 2019 in eine breite Vernehmlassung geschickt. Zu diesem aussergewöhnlichen Vorgehen s. Thomas Cottier, Die Souveränität und das Rahmenabkommen, SJZ 2019 S. 345-355.

² SR.0.961.1.

Rechts vor.³ Das Luftverkehrsabkommen vom 2. 6.1999 sieht als Integrationsabkommen in Art. 20 vor, dass der Europäische Gerichtshof ausschliesslich zuständig ist für die Beurteilung der Gültigkeit von Beschlüssen und Entscheidungen von EU Organen im Rahmen des Abkommens, die im grenzüberschreitenden Verkehr mitunter auch die Schweiz betreffen.⁴

Der Erfolg des 1995 eingeführten WTO Streitbeilegungsverfahrens hat in der EU zu einem Umdenken geführt. Die Union gehört heute zu den stärksten Anhängern gerichtlicher Streitbeilegung und der *Rule of Law* in den Aussenwirtschaftsbeziehungen. Die Kommission hat dies in ihrer Handelsstrategie 2021-2030 eindrücklich zum Ausdruck gebracht.⁵ Sie setzt sich mit Nachdruck für die Streitbeilegung in der WTO ein, als Gegengewicht zu den USA, welche die Appellationsinstanz blockieren. Sie war federführend in der Erarbeitung der neuen als Überbrückung konzipierten Appellationschiedsgerichtsbarkeit MPIA in der Welthandelsorganisation.⁶ Die EU sieht heute in ihren Präferenzabkommen allemal besondere Streitbeilegungsmechanismen vor, die wesentlichen dem WTO Verfahren nachgebildet sind.⁷ Sie hat von ihr kürzlich in einem Streit mit der Ukraine unter Teilnahme eines Schweizer Schiedsrichters Gebrauch gemacht.⁸

Von dieser Entwicklung profitiert auch das institutionelle Rahmenabkommen mit der Schweiz. Erstmals besteht die Möglichkeit, einseitig ein paritätisches Schiedsgericht anzurufen und diesem eine Streitfrage vorzulegen. Umstritten ist vor allem die damit verbundene Verpflichtung des Schiedsgerichts, Auslegungsfragen zum Europarecht dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen. Darauf zu zurückzukommen. Vorerst gilt es den Paradigmenwechsel zu betonen, der die bisherigen innerstaatlichen Kanäle der gerichtlichen Streitbeilegung ergänzt. Diese werden auch in Zukunft das Gros der gerichtlichen Rechtsentwicklung beheimaten, während die neue zwischenstaatliche Streitbeilegung des Rahmenabkommens zwischen der Schweiz und der Union eine Ausnahme bleiben und wohl nur selten zur Anwendung kommen dürfte, aber der Schweiz neu die Möglichkeit belässt, gewisse Fragen in den Verhandlungen offen zu lassen und auf dem Wege der Streitbeilegung zu klären. Selbst bei einer Verurteilung gilt, dass die Schweiz nicht dazu gezwungen werden kann, ihr Recht gegen den eigenen Willen zu ändern. Ihre Souveränität bleibt gewahrt. Sie muss allenfalls Ausgleichsmassnahmen in Kauf nehmen, deren Verhältnismässigkeit wiederum der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellt ist.

³ SR 0.631.242.05.

⁴ SR.0.748.127.192.68.

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Trade Policy Review: An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy, COM(2021)66 final vom 18.2.2021;
https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/february/tradoc_159438.pdf (besucht 11.4.21).

⁶ Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU vom 27.3.2020;
https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc_158685.pdf (besucht 11.4.21).

⁷ Vgl. dazu das Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der EU und Grossbritannien vom 31.12.2020 Teil 6 Titel I Streitbeilegung, Art. 1-34.
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(01\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(01)&from=DE) (besucht 11.4.21)

⁸ Restrictions applied by Ukraine on exports of certain wood products to the European Union. Final Report of the Arbitration Panel, Lugano 11 December 2020;
https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/december/tradoc_159181.pdf (besucht 11.4.21).

Im Verhältnis zur Union besteht diesbezüglich indessen weder Erfahrung noch ein hinreichendes Bewusstsein. Das erklärt mitunter auch, weshalb Bundesrat und Parteien nach wie vor davon ausgehen, dass eine jede Streitfrage vor der Unterzeichnung des Abkommens geklärt sein muss. Berücksichtigt man ernsthaft die Möglichkeit der rechtlichen Streitbeilegung, so wird sich zeigen, dass alle die innenpolitisch motivierten Roten Linien und der von Parteien, Verbänden und Kantonen eingeforderte Klärungsbedarf in den Fragen des Lohnschutzes, der Fürsorgepflichten für EU Angehörige im Rahmen der Personenfreizügigkeit und der kantonalen Beihilfen im Rahmen des Freihandelsabkommens von 1972 aus rechtlicher Sicht nicht erforderlich sind. Sie reflektieren ein letztlich überholtes Verständnis der Vertragsgestaltung, das allein auf politische Verhandlungen setzt und die Option der gerichtlichen Streitbeilegung noch gar nicht wirklich bedenkt, ja teils sogar abgelehnt, ohne deren Potential zu erkennen.

Der vorliegende Beitrag ruft vorab die Bedeutung der innerstaatlichen Streitbeilegung in Erinnerung und wendet sich in der Folge dem neuen Instrumentarium des institutionellen Rahmenabkommens und seiner Möglichkeiten zu.

II. Streitigkeiten vor nationalen Gerichten

Rechtsstreitigkeiten zum Freihandelsabkommen und den bilateralen Verträgen zwischen der EU und der Schweiz werden heute weit überwiegend vor nationalen Gerichten ausgetragen. In der Schweiz sind dazu kantonale Gerichte und in letzter Instanz das Bundesgericht zuständig. In der EU sind es die Gerichte der Mitgliedstaaten; sie können dabei gemäss Art. 267 AEUV Auslegungsfragen zu den Abkommen und ihrem Verhältnis zum EU Recht und zum allgemeinen Völkerrecht dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorlegen.⁹ Letztinstanzliche Gerichte sind dazu verpflichtet, soweit die Rechtslage nicht bereits durch Präjudizien geklärt ist (sog. *actes clairs*).¹⁰ In Vorabentscheidungsverfahren hat sich der Gerichtshof verschiedentlich mit der Auslegung des Freihandelsabkommens und des Freizügigkeitsabkommens auseinandergesetzt.

An dieser Rechtslage ändert das Rahmenabkommen Schweiz-EU nichts. Das Bundesgericht entscheidet in der Schweiz auch künftig letztinstanzlich, unter Vorbehalt allfälliger Beschwerden an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Rahmen der EMRK. Ein Vorabentscheidungsverfahren an den EUGH ist für schweizerische Gerichte nicht vorgesehen, wie dies im Rahmen des EWR-Vertrages an den EFTA Gerichtshof der Fall ist. Die EU Kommission hat in den Verhandlungen auf diese ursprüngliche Forderung verzichtet. Nach Art. 4 des Rahmenabkommens sind nationale Gerichte verpflichtet, die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu den dem Abkommen unterstellten Bilateralen laufend zu befolgen. Das Bundesgericht macht dies schon heute weitgehend bei der Auslegung und Anwendung von Begriffen des EU Rechts.¹¹ Es weicht von der Auslegung des Europäischen Gerichtshofes

⁹ Eingehend zur Rechtsprechung schweizerischer Gerichte und des EuGH zu den Verträgen mit der Schweiz Thomas Cottier et al, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2015, zur früheren Praxis Oliver Jacot- Guillarmod, Le Juge face au droit européen, Basel Frankfurt 1993.

¹⁰ Eingehend Charlotte Gaitanides, Art. 267 (ex Artikel 234) [Vorabentscheidungsverfahren], in von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Kommentar Europäisches Unionsrecht, Bd. 4 S. 933-961, 7. Auflage, Baden-Baden 2015.

¹¹ Z.B. BGE 136 II 5 (X und Y c. Sicherheitsdirektion und Regierungsrat des Kantons Zürich vom 29.9.2009).; BGE 136 II 329 E. 2.3. (X und Mitb. c. Migrationsamt des Kantons Aargau vom 26.4.2010). Zur Auslegung nachvollzogenen Rechts Thomas Cottier et al a.a.O. Anm.9 S. 154-167.

nicht ohne Not und zwingende Gründe ab.¹² Mit dem Rahmenabkommen sind die schweizerischen Gerichte fortan verpflichtet, die Rechtsprechung des EuGH zu Begriffen des EU Rechts und des Rahmenabkommens auch in Zukunft zu übernehmen (Art. 4 Abs. 2); das Rahmenabkommen geht im Konfliktfall diesbezüglichen Bestimmungen in den unterstellten Abkommen grundsätzlich vor (Art. 17.) Die schweizerischen Gerichte entscheiden diese Fragen autonom. Das Abkommen sieht dabei den Dialog der Gerichte vor (Art. 11), der bei Meinungsverschiedenheiten nützlich sein wird. Grundsätzlich entscheiden die Gerichte aber unabhängig voneinander. Dass die Praxis schweizerischer Gerichte allenfalls Gegenstand des schiedsgerichtlichen Streitverfahrens wird, entspricht der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit, der auch Gerichte als staatliche Organe unterliegen. Das gilt für das Rahmenabkommen nicht anders als für das Streitbeilegungsverfahren der WTO oder unter bestehenden Freihandelsverträgen. Ob es sich um einen angefochtenen Akt des Verfassungsgebers, des Gesetzgebers von Behörden oder Gerichten handelt, ist nicht relevant. Greift die Kommission ein rechtskräftiges Urteil eines kantonalen Gerichtes oder des Bundesgerichts auf und thematisiert es in der gemischten Kommission und in einem Schiedsverfahren, so kann allenfalls der Gesetzgeber nach Feststellung einer Rechtsverletzung korrigierend eingreifen und das Recht für die Zukunft ändern. Das betreffende Urteil bleibt indessen unangetastet und in Kraft. Eine Revision des Urteils und Schadensersatz, wie dies im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention vorgesehen ist, sieht das Rahmenabkommen nicht vor. Der Einwand, dass das Schiedsverfahren die verfassungsrechtliche Unabhängigkeit des Bundesgerichts gefährdet, vermag daher nicht zu überzeugen.¹³

III. Rechtsstreitigkeiten zwischen Bund und EU

Die Erfahrung zeigt klar, dass die meisten Rechtsstreitigkeiten zu den bilateralen Verträgen weiterhin vor nationalen Gerichten ausgetragen werden. Daran wird auch das Rahmenabkommen nichts ändern. Die treibende Kraft der gerichtlichen Rechtenwicklung sind hier wie in der EU private Akteure, die von Rechtsakten von Behörden oder vom Verhalten Dritter betroffen sind. Hier entwickelt sich das einschlägige Fallrecht.¹⁴ Eine wichtige Ausnahme zu diesem allgemeinen Befund bildet bislang allein die von der Schweiz gegen die Kommission erhobene Klage im Klotener Flugverkehrs-Streit mit Deutschland auf Grund des Luftverkehrsabkommens, das der Schweiz als Integrationsabkommen Klagerechte vor dem Europäischen Gericht und dem Europäischen Gerichtshof einräumt.¹⁵ Allgemein aber sind Ansprachen unter Mitgliedstaaten selten; ihre Funktion wird innerhalb der Union zumeist durch die Kommission als Hüterin der Verträge wahrgenommen. Das gilt auch, wo zwischenstaatliche

¹² Z.B. BGE 140 II 447 E.4.3 (A Srl c. Dipartimento delle finance e dell'economia e Consiglio di Stato di Cantone Ticino vom 11.8.2014).

¹³ Die Befürchtungen der Bundesrichter: Mit dem Rahmenabkommen könnten künftig EU Beamte Urteile des Lausanner Gerichtes in Frage stellen, NZZ vom 21.3.2019 S. 14.

¹⁴ Die meisten Entscheidungen des EuGHs erfolgen im Rahmen der Vorabentscheidung, für eine Sammlung der Leitentscheidungen s. Thomas Cottier, Rachel Liechti-Mc Kee, Samuele Scarpelli, Wirtschaftsrecht der Europäischen Union: Grundlegende Urteile, Bern 2009, Thomas Cottier, Matthias Oesch, Julia Meyer, Verfassungsrecht der Europäischen Union: Grundlegende Urteile, Bern 2009.

¹⁵ EuGH, Rs. C-547/10 P Schweizerische Eidgenossenschaft c. Europäische Kommission vom 7. März 2013, ECLI:EU:C:2013:139, EuG, Rs T-319/05 vom 9.Sept. 2010, ECLI:EU:T2010:367; dazu Thomas Cottier et al. a.a.O. Anm.9 S. 365-373.

Schiedsverfahren vorgesehen sind. Im Rahmen des Versicherungsabkommens wurde von dieser Möglichkeit noch nie Gebrauch gemacht. Das gleiche gilt auch für den EWR Vertrag. Während Klagen gegen Norwegen, Island und Liechtenstein vor dem EFTA Gerichtshof alltäglich sind (entweder als Klage der EFTA Überwachungsbehörde oder als Vorlage im Rahmen eines nationalen Gerichtsverfahrens), hat der gemischte EWR Ausschuss dem EuGH noch nie einen Fall vorgelegt. Das gleiche gilt auch für die jüngeren Freihandelsabkommen der Schweiz mit Drittstaaten, die dem WTO Recht nachgebildete Schiedsverfahren mit Panels vorsehen.¹⁶ Solche Verfahren werden auch unter dem Rahmenabkommen selten sein, auch wenn hier einseitig Klage geführt werden kann und es anders als im EWR Vertrag nicht einer beidseitigen Zustimmung bedarf. Sie kommen erst zum Tragen, wenn im Rahmen des gemischten Ausschusses keine politische Verhandlungslösung mehr möglich ist. Die wesentliche Funktion der Schiedsgerichtsbarkeit ist präventiv. Aber allein dass sie möglich ist, übt einen wesentlichen Einfluss auf Verhandlungslösungen aus. Sie wird es erlauben, offene Probleme der bilateralen Beziehungen auf Augenhöhe anzugehen. Sie erlaubt es, nicht länger alle Fragen vorgängig der Vertragsunterzeichnung explizit regeln zu müssen. Die Vertragsgestaltung wird damit im Verbund mit der Rechtsprechung nationaler Gerichte zum laufenden Prozess der Rechtsgestaltung unabhängig davon, wie oft die zwischenstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit tatsächlich angerufen wird. Die Möglichkeit ihrer einseitigen Anrufung ist die entscheidende Neuerung. Sie stellt die bilateralen Beziehungen auf neue Grundlagen, die Regierung, Parteien, Medien und Politik in ihrer Bedeutung und Wirkung bis heute kaum zur Kenntnis genommen haben.

A. Verstärkter Rechtsschutz

Das Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union in seiner publizierten Fassung vom Dezember 2018 verstärkt Rechtssicherheit und Gleichbehandlung (Art. 1 Abs. 1) und den Rechtsschutz wesentlich. Es stellt die Streitbeilegung in Kapitel 3 und Annex 3 in seinen Mittelpunkt, deren Bestimmungen den meisten Platz einnehmen. Neu können Anträge zwischen den Vertragsparteien durch eine Partei einem Schiedsgericht vorlegt werden (Art. 10 Abs. 3 und Protokoll 3). Neu ist vor allem auch, dass keine Wirtschaftssanktionen seitens der EU oder der Schweiz ohne vorgängige gerichtliche Beurteilung ergriffen werden dürfen (Art. 10 Abs. 6); ergriffene Massnahmen unterliegen erneut einer gerichtlichen Prüfung ihrer Verhältnismässigkeit (Art. 10 Abs. 7). Das Abkommen übernimmt hier die Grundsätze des WTO Rechts, wonach einseitige Massnahmen ohne vorherige Anrufung der Streitbeilegung grundsätzlich und mit wenigen Ausnahmen im Bereich der Schutzmassnahmen ausgeschlossen sind.¹⁷ Das ist vor allem von Interesse für die Schweiz, die als politisch schwächerer und vom Marktzugang abhängiger Partner stärker auf Recht und Rechtssicherheit angewiesen ist als die EU. Sie gewinnt mit dem Rahmenabkommen an Statur und Einfluss. Indirekt wird wie gesagt ihre Verhandlungsmacht im gemischten Ausschuss gestärkt. Allein die Möglichkeit einer Klage verstärkt die Chance einer einvernehmlichen politischen Lösung der Streitfrage.

¹⁶ Z.B. das Freihandelsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Volksrepublik China vom 6. Juli 2013, Kapitel 15 Streitbeilegung, in Kraft 1. 7. 2014, SR 0946.292.492.

¹⁷ Art. 23 der Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung, Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15 April 1994, Anhang 2, in Kraft 1. Juli 1995, SR 0946.292.492.

B. Das Schiedsverfahren

Das Schiedsverfahren ist in Protokoll 3 des Rahmenabkommens eingehend geregelt und folgt den im Rahmen des Ständigen Gerichtshofes entwickelten Verfahrensgrundsätzen, die stärker als das WTO Verfahren auf privatrechtliche Streitigkeiten ausgerichtet sind. Das zeigt sich etwa in der ansonsten in zwischenstaatlichen Verfahren unüblichen Hinterlegung eines Kostenvorschusses (Art. IV.8). Das Verfahren ist für das Rahmenabkommen und die erfassten Verträge ausschliesslich (Art. 9), was indessen die Streitbeilegung auf Grund anderer Verträge, insbesondere der WTO, nicht ausschliessen kann. Das Sekretariat liegt beim Büro des Ständigen Schiedshofes in den Haag und damit einer völkerrechtlichen Institution. Diesem Büro sind auch die Schiedsanzeigen zu unterbreiten. Die klagende Partei benennt mit der Schiedsanzeige auch ihren Schiedsrichter oder ihre Schiedsrichter, je nachdem ob eine Dreier oder Fünfer Besetzung vereinbart wird. Die Gegenpartei nominiert ihren Schiedsrichter, die ihrerseits einen unabhängigen Vorsitzenden des Gerichts aus einem vorbestehenden Liste (Roster) ernennen. Können sie sich nicht einigen, wird der Präsident vom Generalsekretär des Ständigen Gerichtshofes ernannt. Als Schiedsrichter kommen nur hochqualifizierte Personen mit oder ohne Verbindungen zu nationalen Verwaltungen in Frage, die unabhängig und frei von Interessenkonflikten sind (Art. II(2)(6)). Besondere Vorgaben zur Staatsangehörigkeit bestehen nicht. Das Verfahren regelt den Ausschluss und Ersatz von Schiedsrichtern im Einzelnen.

Das Schiedsverfahren folgt klassischen Grundsätzen, wobei allenfalls auf eine mündliche Verhandlung auf Grund der eingereichten Klageschrift und Replik verzichtet werden kann (Art. III.1(3)). Das Schriftenverfahren muss innert 90 Tagen abgeschlossen werden (Art. III.8). Die Parteien können sich von Rechtsanwälten vertreten lassen (Art.III.9(6)). Die Verhandlungen sind grundsätzlich öffentlich (Art. III.12(2)). Das Schiedsgericht entscheidet über seine Zuständigkeit selbständig. (Art. III.6(1)). Jede Partei kann im Rahmen von Art. 4 und 10 einen Antrag auf Anrufung des EuGH stellen. Wird der Antrag abgelehnt, muss das Schiedsgericht dies in der Folge in seinem Urteil begründen; eine Anfechtungsmöglichkeit des Entscheides besteht nicht. Wird dem Antrag stattgegeben oder beschliesst das Schiedsgericht eigenhändig eine Anrufung, wird das Verfahren bis zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes ausgesetzt. Dieser wendet seine Regeln über die Vorabentscheidung sinngemäss an. (Art.III.9(5)). Die Parteien geniessen volle Partizipation und rechtliches Gehör im Verfahren vor dem EuGH (Art. 10(4)). Das Schiedsgericht kann allgemein und auch während der Litispandez vor dem Europäischen Gerichtshof keine vorläufigen Massnahmen anordnen (Art. III.10). Es ist gehalten, einvernehmliche Entscheidungen zu treffen; andernfalls entscheidet es mit Stimmenmehrheit (Art. IV.1). Abweichende Meinungen sind nicht explizit vorgesehen. Der Entscheid ist endgültig. Die Parteien können sich während des Verfahrens jederzeit vergleichen oder das Verfahren bis am Schluss aus anderweitigen Gründen im gegenseitigen Einvernehmen einstellen (Art IV.4).

Umstritten ist allein die Frage, wie selbständig dieses paritätische Schiedsgericht urteilen kann, und wie stark es vom EuGH abhängig sein wird. Die Meinung wurde ohne nähere Begründung geäussert, dass das Schiedsgericht damit zur vorgeschobenen Alibiübung des Europäischen Gerichtshofes wird, indem die Schweiz nicht vertreten ist.¹⁸ Auf dieser Auffassung

¹⁸ So die Auffassung von Carl Baudenbacher, Rechtsgutachten zur Streitentscheidungsregelung des InstA zu Händen der Kommission des Nationalrates für Wirtschaft und Abgaben WAK vom 6.2.2019; <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/rechtsgutachten-professor-carl-baudenbacher.pdf>. „Scheinschiedsgericht“ oder gar „EuGH im Tarnanzug“ so Baudenbacher in NZZ vom 13.12.18 S. 25. In der politischen

basiert einer der ins Feld geführten Hauptgründe gegen das Rahmenabkommen. Das Verhältnis von Schiedsgericht und EuGH wird wesentlich von der Rechtsprechung und im Fallrecht bestimmt werden, Das gilt auch für vergleichbare Regelungen in Assoziierungsverträgen der Union. Auf Grund von Wortlaut und Zweck des Rahmenabkommens ergeben sich indessen durchaus selbständige Funktionen des Schiedsgerichts. Sie beschränkt sich nicht auf die Vorbereitung von Vorlagen an den EuGH. Darauf ist nachstehend unter Hinweis auf die Bedeutung auch der völkerrechtlichen Natur der bilateralen Verträge einzugehen.

In seinem Gutachten 1/17 vom 30 April 2019 hielt der Gerichtshof in der Beurteilung des neuen und besonderen für Investitionsstreitigkeiten vorgesehenen gerichtlichen Verfahrens mit zwei Instanzen (ISDS Mechanismus) im umfassenden Freihandelsabkommen mit Kanada (CETA) fest, dass dieses mit dem EU Recht vereinbar ist. Wesentlich war für den Gerichtshof, dass hier im Unterschied zum früher beurteilten Europäischen Patentgericht¹⁹ die Autonomie der EU Rechtsordnung und die ausschliessliche Zuständigkeit des Gerichtshofes für die verbindliche Auslegung des Unionsrechts gewahrt wird. Der Gerichtshof hielt folgende Grundsätze auf Grund der Unterscheidung von völkerrechtlichen, nach Art. 31 VRK auszulegenden Regeln und dem Europarecht fest:

117. Ebenso wie von der Union geschlossene internationale Übereinkünfte einen festen Bestandteil der Rechtsordnung der Union bilden und somit Gegenstand von Vorabentscheidungsersuchen sein können (vgl. u. a. Urteile vom 30. April 1974, Haegeman, 181/73, EU:C:1974:41, Rn. 5 und 6, vom 25. Februar 2010, Brita, C 386/08, EU:C:2010:91, Rn. 39, und vom 22. November 2017, Aebtri, C 224/16, EU:C:2017:880, Rn. 50), betreffen sie die Drittstaaten, mit denen sie geschlossen worden sind, und können daher auch von deren Gerichten ausgelegt werden. Gerade wegen der Reziprozität internationaler Übereinkünfte und der Erforderlichkeit, die Zuständigkeit der Union in internationalen Beziehungen zu bewahren, kann die Union, wie sich aus der oben in Rn. 106 angeführten Rechtsprechung ergibt, eine Übereinkunft schließen, mit der einem internationalen Gericht die Zuständigkeit übertragen wird, die Übereinkunft auszulegen, ohne dabei an durch die Gerichte der Vertragsparteien vorgenommene Auslegungen der Übereinkunft gebunden zu sein.

118. Das Unionsrecht steht also weder dem entgegen, dass Kapitel acht Abschnitt F des CETA die Einrichtung eines Gerichts, einer Rechtsbehelfsinstanz und später eines multilateralen Investitionsgerichtshofs vorsieht, noch dem, dass diesen Gerichten die Zuständigkeit für die Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Abkommens nach den zwischen den Vertragsparteien geltenden völkerrechtlichen Regeln und Grundsätzen übertragen wird. Da diese Gerichte aber außerhalb des Gerichtssystems der Union stehen, können sie nicht dafür zuständig sein, Vorschriften des Unionsrechts außer den Vorschriften des CETA auszulegen oder anzuwenden oder Urteile zu erlassen, die dazu führen können, dass die Unionsorgane daran gehindert werden, gemäß dem verfassungsrechtlichen Rahmen der Union zu funktionieren.

119. Der im CETA vorgesehene ISDS-Mechanismus ist mithin nur dann mit der Autonomie der Rechtsordnung der Union vereinbar, wenn Kapitel acht Abschnitt F des CETA

Debatte nimmt dies den alten Vorwurf der sog. Fremden Richter auf, der nationalkonservativen Kreisen bekanntlich zum zentralen Grund der grundsätzlichen Ablehnung des Rahmenabkommens gereicht.

¹⁹ Gutachten I/09 vom 8.3.2011, ECLI:EU:2011:123.

- den vorgesehenen Gerichten keine Zuständigkeit für die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts überträgt, die über die Auslegung und Anwendung der Vorschriften des CETA nach den zwischen den Vertragsparteien geltenden völkerrechtlichen Regeln und Grundsätzen hinausgeht, und die Zuständigkeiten der vorgesehenen Gerichte nicht so ausgestaltet, dass diese, auch wenn sie keine anderen Vorschriften des Unionsrechts als die Vorschriften des CETA auslegen oder anwenden, Urteile erlassen können, die dazu führen, dass die Unionsorgane daran gehindert werden, gemäß dem verfassungsrechtlichen Rahmen der Union zu funktionieren.

Für die Abgrenzung der der Zuständigkeiten von Schiedsgericht und dem Europäischen Gerichtshof ist daher die Rechtsnatur der auszulegenden Bestimmung von zentraler Bedeutung. Ist sie Teil des Völkerrechts und unterliegt sie der Wiener Vertragsrechtskonvention und ihrer Auslegungsregeln, so fällt sie in den ausschliesslichen Bereich des Schiedsgerichts. Ist sie Teil des Europarechts, so unterliegt die grundsätzlich der abschliessenden Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofes. Diese Grundsätze kommen auch im Rahmenabkommen mit der Schweiz zum Tragen und führen zu Abgrenzungsfragen, die auf Grund der Rechtsnatur der betreffenden Norm gelöst werden müssen.

C. Das anwendbare Recht (Artikel 4 Rahmenabkommen)

Die Präambel des Rahmenabkommens (Abs. 2) hält fest, dass die Beziehungen der Vertragsparteien teils auf spezifischen Rechten und Pflichten, teils auf mit dem EU Recht in gewisser Hinsicht analogen Bestimmungen beruhen (*des droits et obligations spécifiques, analogues, à certains égards, à ceux prévus pour l'Union européenne*). Sie hält weiter fest, dass die wirtschaftlichen Beziehungen auf Gleichheit, Reziprozität und einem allgemeinen Gleichgewicht von Rechten und Pflichten besteht (Abs. 3). Die Beziehungen beschränken sich damit nicht auf die Übernahme von EU Recht, die zur stärkeren Integration der Schweiz in den Binnenmarkt vorgesehen ist (Abs. 6). Art. IV.3 von Protokoll 3 nennt die einschlägigen Rechtsquellen. Diese umfassen das Rahmenabkommen, die unterstellten Abkommen, die Rechtsakte der EU auf die Bezug genommen wird, sowie alle andern Regeln des Völkerrechts, die für die Anwendung der Abkommen relevant sind. Im Lichte des Gutachtens I/17 umfasst hier das Völkerrecht nicht auch das EU Recht, sondern allenfalls weitere Verträge, die im Kontext bei der Auslegung des Rahmenabkommens und der unterstellten Verträge zu berücksichtigen sind. Billigkeitsentscheidungen *ex aequo et bono* werden dabei ausgeschlossen. Es ist daher zu unterscheiden zwischen (i) eigenständigen völkerrechtlichen Normen der Abkommen *sui generis*, (ii) analogen und (iii) eigentlichen EU-rechtlichen Regelungen. Art. 4 des Abkommens ist für die Auslegung von zentraler Bedeutung:

Principe d'interprétation uniforme

1. Aux fins de la réalisation des objectifs fixés à l'article 1er et dans le respect des principes du droit international public, les accords concernés et les actes juridiques de l'Union européenne auxquels référence y est faite sont interprétés et appliqués de manière uniforme dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe.
2. Dans la mesure où leur application implique des notions de droit de l'Union européenne, les dispositions du présent accord et des accords concernés et les actes juridiques de l'Union européenne auxquels référence y est faite, sont interprétés et appliqués conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, antérieure ou postérieure à la signature de l'accord concerné.

Art. 4 dient der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Rechts im Bereich des völkerrechtlichen Geltungsbereiches des Rahmenabkommens. Die Bestimmung gilt allgemein, also wie oben ausgeführt auch für nationale Gerichte. Es soll dabei sichergestellt werden, dass die EU rechtlichen Bestimmungen überall gleich ausgelegt und angewendet werden. Bezweckt wird hier die Schaffung einheitlicher Rechtsverhältnisse mit dem europäischen Binnenmarkt.²⁰ Wichtig ist aber, dass diese Uniformität bestimmten Anforderungen unterliegt und nicht *tel quel* zur vollen rechtlichen Integration der Schweiz führt.

Erstens hält die Bestimmung in Abs. 1 fest, dass die Auslegung der bilateralen Verträge auf Grund des internationalen Rechts und damit von Art. 31 ff der Wiener Vertragsrechtskonvention erfolgt (*dans le respect des principes du droit international public*) Protokoll 3, Art IV.3 Abs.1 InstA bestätigt dies im Anschluss an das Gutachten 1/17 des Gerichtshofes und seiner grundlegenden Unterscheidung von Völkerrecht und Europarecht. Die Auslegung der bilateralen Verträge als völkerrechtliche Verträge erfolgt damit in erster Linie nach dem Wortlaut und nicht nach der viel stärker von Sinn und Zweck bestimmten Auslegungsmethode des EU Recht (*effet utile*). Das ergibt sich auch aus dem Umstand, dass die Beziehungen der Schweiz zur EU im Grundsatz ein Freihandelsverhältnis sind und keine Zollunion bilden. Sie beinhaltet mit Ausnahmen keine vertiefte Integration im Sinne der EU Verträge und einer vollen Mitgliedschaft. Die Schweiz bleibt rechtlich grundsätzlich im vierten Kreis der Integration, nach Währungsunion, Binnenmarkt und Europäischem Wirtschaftsraum, mit nur punktuell voller Anbindung an den gemeinsamen Markt.²¹ Der EuGH hat daher im Warenverkehr Bestimmungen in Freihandelsverträgen fallweise teilweise gleich (Zollrecht, mengenmässige Beschränkungen, Massnahmen gleicher Wirkung) teilweise anders (Steuern, *Cassis-de-Dijon* Prinzip, Immaterialgüterrecht) ausgelegt.²² Anders ist es, wo ein volles Integrationsverhältnis vorliegt, wie z.B. im Luftverkehrsabkommen oder (noch ausserhalb des RA) bei Schengen/Dublin. Hier geht die Integration der Schweiz punktuell über den 4. Kreis der europäischen Integration hinaus, was sich auch bei der Auslegung der betreffenden Abkommen auswirkt. Sie sind in vollem Einklang mit dem EU Recht anzuwenden.

Zweitens bezieht sich die einheitliche Auslegung auf Rechtsakte der EU, auf die in den Verträgen ausdrücklich verwiesen wird (*référence y est faite*) oder die künftig ausdrücklich übernommen werden. Nur solche Rechtsakte sind relevant. Es handelt sich hier vor allem über Richtlinien und Verordnungen, die vertraglich übernommen werden. Soweit sie im Rahmenabkommen und den unterstellten bilateralen Verträgen nicht erwähnt oder ausgeschlossen werden (Protokoll 2), bleiben sie ohne Anwendung und können weiterhin zu unterschiedlichen Ergebnissen im Verhältnis zum EU Recht führen. Die einheitliche Auslegung bezieht sich sodann nur auf Bereiche, wo die Schweiz am Binnenmarkt teilnimmt. Es handelt sich dabei um die dem Rahmenvertrag unterstellten Abkommen, erfasst aber nicht die zahlreichen weiteren Verträge mit der EU, die unabhängig davon in Kraft stehen und die gegenseitigen

²⁰ Silvio Arioli, Übernahme des EU-Rechts in den Marktzugangsabkommen: Kein EU-Diktat, sondern Sachzwang, <https://suisse-en-europe.ch/rechtsschutz-im-rahmenabkommen-2/>. (besucht 11.4.21)

²¹ Fritz Breuss, Thomas Cottier, Christian Müller-Graff (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden 2008. 237, Thomas Cottier, The Perspective from Outside: Squaring the 4th Circle of European Integration, in: Johannes W. Pichler und Alexander Balthasar (Hrsg.), The Report on the Future of Europe – Striking the Balance Between “Unity” and “Diversity”. Proceedings of the Conference on European Democracy 2013, Wien / Graz: 2014, S. 67-84, ders., Swiss Model of European Intergration, in: Astrid Epiney und Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2012/2013. Zürich / Bern 2013, S. 377-393.

²² Eingehend Thomas Cottier et al., a.a.O. Anm. 9 S. 213-254.

Beziehungen regeln. Sie werden vom Rahmenabkommen grundsätzlich nicht erfasst, selbst wo im Ergebnis ein hohes Integrationsniveau und im Ergebnis eine Beteiligung am Binnenmarkt besteht, namentlich im Bereich des freien Warenverkehrs.

Drittens hält Art. 4 Abs. 2 InstA fest, dass dort, wo die Verträge Begriffe des EU Rechts implizieren und wo auf EU Recht verwiesen wird, die Rechtsprechung des EuGH massgebend ist. Es ist klar und liegt im Sinn und Zweck des Rahmenvertrages, dass für die Auslegung von Richtlinien und allenfalls Verordnungen, die übernommen werden, die Rechtsprechung des Gerichtshofes massgebend ist. Hier wird auch das Schwergewicht der Vorlagepflicht liegen. Klärungsbedürftig ist aber, wo und inwieweit im RA und in den bilateralen Verträgen eigentliche Begriffe des EU Rechts (*notions*) zum Tragen kommen. Dazu ein Beispiel: der Grundsatz der Nichtdiskriminierung in Art. 2 des Freizügigkeitsabkommen (FZA) ist nicht identisch mit dem entsprechenden Grundsatz im EU Recht. Beide haben unterschiedliche Anknüpfungspunkte. Im FZA ist die rechtmässige Anwesenheit in einem Vertragsstaat massgebend, im EU Recht ist es die Staatsangehörigkeit schlechthin, was sich auf den Geltungsbereich auswirkt.²³ Sodann ist der Geltungsbereich des Abkommens nicht identisch mit dem freien Personenverkehr und umfasst atypischerweise auch selbständig Erwerbende und zeitlich beschränkte Dienstleistungen. Das FZA hat damit einen Begriff der Nichtdiskriminierung, der unter die Analogie zum EU *à certains égards* gehört. Das kann im Rahmen von Art. 16 Abs. 2 FZA unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGH zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.²⁴ In andern Abkommen wiederum kommen die Begriffe des EU Rechts stärker zum Tragen. So hat das Europäische Gericht das Nichtdiskriminierungsverbot von Art. 3 des Luftverkehrsabkommens gleich wie Artikel 12 des EG Vertrages (Art. 18 AEUV) ausgelegt, während der Europäische Gerichtshof im gleichen Fall die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit anders als das erstinstanzliche Gericht abgelehnt hat und damit hier eine völkerrechtliche Bestimmung der Luftverkehrsdienstleistungen zum Tragen kommt.²⁵ Das Landverkehrsabkommen wiederum weist durchaus eigenständige Normen *sui generis* auf. Streitigkeiten über die LSVA weisen keinen direkten Bezug zu Begriffen des EU Rechts auf. Das gilt grundsätzlich auch für die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze wie das Rückwirkungsverbot, Treu und Glauben oder der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Es gilt auch für die Berücksichtigung von Grundrechten der EMRK und UNO Menschenrechtspakte, da die Schweiz der EU Grundrechtscharta als Drittstaat nicht untersteht. Die Frage der EU rechtlichen Begriffe und ihre Anwendung im bilateralen Verhältnis muss daher fallweise im Kontext gelöst und kann daher nicht allgemein beantwortet werden.

D. Vorlagen an den Europäischen Gerichtshof

Art. 10 Abs. 3 InstA regelt die Frage, wann das Schiedsgericht die Klärung des EU Rechts dem Europäischen Gerichtshof vorlegen muss:

3. Lorsque le différend soulève une question concernant l'interprétation ou l'application d'une disposition visée dans le deuxième paragraphe de l'article 4 du présent accord, et si son interprétation est pertinente pour régler le différend et nécessaire pour lui permettre de statuer, le tribunal arbitral saisit la Cour de justice de

²³ Thomas Cottier et al., a.o.O. Anm. 9 S. 285-297.

²⁴ Thomas Cottier, Nicolas Diebold, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Verträgen, Jusletter 2.2.2009 Rz 41/42).

²⁵ A.a.O. Anm. 15 Rs T-319/05 para. 145; Rs C-547/10 P para. 81/82; dazu Christa Tobler, Anmerkungen zum EuGH Urteil Rs C-547/10 P, EuZW 11/2013 429, 492, Cottier et al Anm. 9 S. 373.

l'Union européenne. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne lie le tribunal arbitral.

Diese Bestimmung legt eine Vorlagepflicht des Schiedsgerichts an den Europäischen Gerichtshof im Rahmen von Art. 4 Abs. 2 Rahmenabkommen fest. Das Schiedsgericht muss damit mit Bestimmtheit Auslegungsfragen zu übernommenen Richtlinien und Verordnungen vorlegen. Es muss sodann vorlegen, soweit es um einen in den Verträgen verwendeten und ungeklärten Begriff des EU Rechts geht. Unklar ist, ob dies auch gilt, wenn das Schiedsgericht aus vorgenannten Gründen zum Ergebnis kommt, dass unter Berücksichtigung völkerrechtlicher Auslegungsregeln im Rahmen des Freihandelsverhältnisse ein analoger aber doch unterschiedlicher Begriff zum EU Recht vorliegt, wie im vorgenannten Beispiel der Nichtdiskriminierung von Art. 2 FZA. Antworten ergeben sich nicht klar aus dem Vertrag und werden künftig durch die Rechtsprechung zu klären sein. Zwei Auffassungen stehen sich hier gegenüber.

Nach der einen Auffassung fallen sinngemäss und analog verwendete Begriffe des EU-Recht unter die Vorlagepflicht.²⁶ Für diese Auffassung spricht, dass analog verwendete Begriffe wie der Nichtdiskriminierung dem gleichen Ziel der Integration in den Binnenmarkt dienen. Dafür spricht auch, dass das Bundesgericht sich in der Auslegung der bilateralen Verträge schon heute stark an die Rechtsprechung des EuGH anlehnt und damit letztlich auf EU rechtliche Begriffe rekurriert.²⁷ Er weicht davon nicht ohne Not ab.²⁸ Für diese Auffassung spricht auch, dass der europäische Gerichtshof zumeist im Rahmen von Vorlageverfahren seitens der Mitgliedstaaten Präferenzabkommen im Kontext des EU Rechts auslegt, dabei aber durchaus nuanciert und auf die Besonderheiten bilateralen Verträge eingegangen ist und wie im Warenverkehr zwischen Freihandel und Zollunion zu unterscheiden weiss.²⁹ Offen ist, ob dies auch in Zukunft im Rahmen von Art. 4 Rahmenabkommen auf gleiche Weise der Fall sein wird.

Auf der andern Seite bestehen gute Gründe, die Vorlagepflicht des Schiedsgerichts auf explizite Rechtsakte und die Übernahme von EU rechtlichen Begriffen im eigentlichen Sinne und damit vor allem auf die Auslegung von übernommenen Richtlinien und Verordnungen zu beschränken. Vor allem hier besteht ein EU weites Interesse nach einer gemeinsamen Auslegung und Anwendung der einschlägigen Bestimmungen, die über das bilaterale Verhältnis zur Schweiz hinausgehen und die Befassung mit einem Gericht rechtfertigt, in dem die Schweiz nicht vertreten ist. In diesen Fragen werden sich die Mitgliedstaaten im Verfahren mit unterschiedlichen Auffassungen engagieren wollen. Die Schiedsgerichtsbarkeit wurde seitens der EU als Kompromiss vorgeschlagen, der nur Sinn macht, wenn dem paritätisch zusammengesetzten Gericht eine gewisse Autonomie bei der Auslegung der bilateralen Verträge als völkerrechtliche Abkommen zugestanden wird und damit auch die paritätische Vertretung des Gerichts zum Tragen kommen kann und dessen Entscheidungen auch die Union und ihre Mitgliedstaaten völkerrechtlich binden. Meines Erachtens besteht daher in Fällen analoger, aber nicht identischer Verwendung von Begriffen und Prinzipien des EU Rechts wie der Nichtdiskriminierung im FZA keine Vorlagepflicht, da es sich genuin um die völkerrechtliche Ausle-

²⁶ Matthias Oesch zit. in Weltwoche Nr. 13/18 S. 32/33 und NZZ vom 13.12.18 S. 25).

²⁷ Thomas Cottier, Nicolas Diebold, a.a.O. Anm. 24; Anm. 11.

²⁸ A.a.O. Anm. 12.

²⁹ Matthias Oesch, Gabriel Speck, Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz-EU und der EuGH, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2017 S. 257-272).

gung und Anwendung eines bilateralen völkerrechtlichen Vertrages geht. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung ist nicht uniform, sondern variiert die Rechtsgleichheit in verschiedenen Ausprägungen, die für jeden Vertrag grundsätzlich gesondert zu ermitteln sind.³⁰ Das gleiche gilt auch für den zentralen Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Er kommt im Völkerrecht in unterschiedlichen Ausprägungen vor und hängt wesentlich auch von der zuständigen Gerichtsbarkeit ab.³¹ Die Auslegung der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismässigkeit sind damit unter den bilateralen Verträgen und dem Rahmenabkommen als völkerrechtliche Begriffe dieser Abkommen auszulegen und unterliegen meines Erachtens einer Vorlage an den EuGH nur, wo sich auf Grund von Wortlaut, Sinn und Zweck eine identische Anwendung mit dem EU Recht aufdrängt. Ein legitimes Interesse an einer identischen Auslegung mit dem Binnenmarktrecht besteht im Freihandelsverhältnis nicht *a priori*. Es muss nachgewiesen werden und kommt dann zum Tragen, wenn ein eigentliches Integrationsverhältnis vorliegt, das über den Vierten Kreis und damit ein Freihandelsverhältnis hinausgeht. Die teilweise unterschiedliche Auslegung gleichlautender Bestimmungen des EU Recht und von Freihandelsabkommen durch den EuGH bestätigen dies.³² Das Schiedsgericht wird in der Beurteilung dieser Frage die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Bundesgerichts berücksichtigen, ohne notwendigerweise daran gebunden zu sein. Die Lage ist durchaus vergleichbar mit dem EFTA Gerichtshof, der aus gleichen Gründen im Freihandelsverhältnis zu selbständigen Urteilen kommt und auf Grund des Freihandelsverhältnisses im Unterschied zur Zollunion nicht an die Rechtsprechung des Gerichtshofes gebunden ist, dabei aber dessen Rechtsprechung berücksichtigt.³³

Ein weiteres ist zu bedenken. Selbst wo es um Begriffe des EU Rechts und über übernommene Rechtsakte geht, muss das Schiedsgericht nicht in jedem Fall vorlegen. Es ist davon auszugehen, dass die Grundsätze des Vorlagerechts analog zur Anwendung kommen. So muss das Schiedsgericht nicht vorlegen, wenn die Rechtslage zu EU Begriffen klar und die Auffassung des Gerichtshofes bekannt ist (*Acte-clair Doktrin*).³⁴ Soweit die Tragweite einer Bestimmung durch ein Urteil bereits geklärt oder offensichtlich ist, kann selbst bei Verordnungen und Richtlinien von der Auslegung abgesehen werden. Gesamthaft resultiert damit auch unter diesem Aspekt eine durchaus eigenständige Funktion der Schiedsgerichtsbarkeit.

E. Selbständige Überprüfung von Ausgleichsmassnahmen

Soweit eine der Vertragsparteien einem Schiedsspruch des Schiedsgerichts nicht oder nur ungenügend nachkommt und an einem als rechtswidrig erkannten Zustand festhalten will,

³⁰ S. Thomas Cottier, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, 134 Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 2015 S. 325-346), Thomas Cottier, Matthias Oesch, Direct and indirect discrimination in WTO and EU Law, in: Gaines, Sanford E. / Olsen, Birgitte Egelund / Sørensen, Karsten Engsig (Hrsg.), Liberalising Trade in the EU and the WTO. A Legal Comparison. Cambridge 2012, S. 141-175; Thomas Cottier, Lena Scheller, The philosophy of non-discrimination in international trade regulation, in: Kamperman Sanders, Anselm (Hrsg), The Principle of National Treatment in International Economic Law. Trade, Investment, and Intellectual Property. Cheltenham: Edward Elgar 2014, S. 3-33.

³¹ S. Thomas Cottier et al, The Principle of Proportionality in International Law: Foundations and Variations, 18 Journal of World Investment & Trade 628-672 (2017).

³² Anm. 22.

³³ So z.B. in der Beurteilung von Parallelimporten, s. Case E-2/97 Mag Instruments Inc. vs. California Trading Company Norway, Ulsteen, Advisory Opinion vom 3.12.1997, wiedergegeben in Thomas Cottier, Rachel Liechti McKee, Samuele Scarpelli, a.a.O. Anm. 14 S. 612.

³⁴ So auch Christa Tobler, NZZ vom 13.12.18 S. 25.

kann die andere Partei angemessene Ausgleichsmassnahmen treffen und damit Vorteile des Binnenmarktes einschränken oder entziehen. Dieses Recht besteht – um Unterschied zur WTO – unilateral, kann aber auch hier nicht ohne vorgängige Durchführung eines Schiedsverfahrens geltend gemacht werden. Ausdrücklich wird in Art. 10 Abs. 6 festgehalten:

Si la partie dont le tribunal arbitral a constaté qu'elle n'a pas respecté le présent accord ou un accord concerné ne fait pas connaître, avant l'expiration d'un délai raisonnable [au sens de l'Article X du Protocol sur le tribunal arbitral], les mesures qu'elle a prises pour se conformer à la décision du tribunal arbitral ou si l'autre partie estime que les mesures communiqués ne sont pas conformes à la décision du tribunal arbitral, cette autre partie peut prendre des mesures de compensation allant jusqu' à la suspension de tout ou partie d'un ou des accords concernés afin de remédier le déséquilibre éventuel.

Der Vertrag weicht hier vom allgemeinen völkerrechtlichen Retorsionsrecht ab und schützt namentlich die Schweiz vor willkürlichen und politisch motivierten Sanktionen. Denn Art. 10 Abs. 7 InstA hält fest, dass Ausgleichsmassnahmen im Gemischten Ausschuss aufgegriffen werden können und die betroffene Partei das Recht, die Verhältnismässigkeit der Ausgleichsmassnahmen erneut vor das Schiedsgericht zu bringen. Schliesslich sieht Art. 10 Abs. 8 ein *Grandfathering* für betroffene Unternehmungen vor. Bestehende Rechte und Vorteile auf Grund abgeschlossener Geschäftsverträge werden nicht eingeschränkt. Die Massnahmen wirken damit nicht rückwirkend, sondern nur in die Zukunft.

Der Schutz vor unverhältnismässigen Sanktionen, wie sie heute möglich sind, wird damit wesentlich zugunsten der Schweiz verstärkt. Allein schon aus diesem Grunde sind das Schiedsgericht und damit der Rahmenvertrag für die Schweiz von grossem Interesse. Denn diese Funktion stellt die im Vertrag zugestandene *de facto* Opt-Out Möglichkeit der Schweiz von EU rechtlichen Verpflichtungen sicher. Das Rahmenabkommen sieht eine dynamische, aber keine automatische Rechtsübernahme des einschlägigen EU Rechts vor.³⁵ Die Schweiz kann Übernahmen punktuell ablehnen, muss dabei aber Ausgleichsmassnahmen in Kauf nehmen. Gemäss Art. 10 Abs. 7 unterliegen Ausgleichsmassnahmen nach einer beurteilten Rechtsverletzung dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Können sich die Parteien nicht einigen, unterliegt deren Beurteilung ausschliesslich dem Schiedsgericht. Der EuGH ist hier nicht involviert. Die Entscheidung unterliegt nicht der Vorlagepflicht, da es sich um eine völkerrechtliche Frage handelt. Praktisch bedeutet, dass die Schweiz bei einer bewussten Abweichung von EU rechtlichen Verpflichtungen, namentlich durch Entscheidungen des Gesetzgebers oder von Volk und Ständen, sich darauf verlassen kann, dass Ausgleichsmassnahmen gegenüber einer auch andauernden Vertragsverletzung im Rahmen bleiben und so in Kauf genommen werden können, solange die EU auf eine Kündigung des Vertragswerkes in Abwägung aller Interessen verzichtet.

IV. Relevanz für offene Fragen

Der Bundesrat hat die Paraphierung und Unterzeichnung des Abkommens von der Klärung von drei Bereichen abhängig gemacht, die in der politischen Konsultation von Parteien und Verbänden und Kantonen moniert wurden. Die Sicherstellung des Lohnschutzes im bisherigen Rahmen, den Ausschluss der Auswirkungen der sog. Unionsbürgerrichtlinie und die Ge-

³⁵ Silvio Arioli, a.a.O. Anm. 20.

währleistung kantonaler Beihilfen. Die Sicherstellung dieser Forderungen wird auf dem Verhandlungswege gesucht. Sie betreffen Kernanliegen der Union und es ist offensichtlich, dass die Forderungen der Schweiz auf Immunität nicht *tel quel* umgesetzt werden können. Nicht bedacht wird bei diesem Vorgehen die Möglichkeit, diese Probleme auf dem Wege der Verhandlung nach Abschluss des Rahmenvertrages und allenfalls mit Rekurs auf das Streitbeilegungsverfahren anzugehen.

A. Lohnschutz

Protokoll 1 InstA gewährleistet erstmals die Rechtmässigkeit der flankierenden Massnahmen des Bundes, die im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens umstritten sind. Der Lohnschutz wird fortan unter Berücksichtigung der Richtlinie 2018/57³⁶ auszugestaltet sein, wobei der Staatsvertrag in Protokoll 1 Ziff. 2 der Schweiz hier besondere Rechte einräumt: Sie beziehen sich auf eine 4-tätige Voranmeldung sowie die Möglichkeit, weiterhin Kauttionen gegenüber säumigen Unternehmungen zu verhängen und besondere Kontrollen gegen die Scheinselbstständigkeit durchzuführen. Nicht umstritten ist die sozialpartnerschaftliche Durchführung, die neu ergänzt wird durch die Einführung zwischenstaatlicher Amts- und Rechtshilfe im Rahmen des Binnenmarkt Informationssystems IMI. Der Bundesrat verlangte in den Nachverhandlungen auf Druck der Gewerkschaften auf unrealistische Weise die Forderung der Immunität des ganzen Bereiches, was im Klartext die Ausgliederung aus dem Vertrag und damit eines Kernanliegens der Union bedeutet. Das Streitbeilegungsverfahren macht solche Forderungen unnötig. Denn bei der Anpassung der flankierenden Massnahmen und der Umsetzung der Richtlinie kann die Schweiz ihre Kernanliegen durchaus umsetzen. Wird die Umsetzung angefochten, kann sie weitere Anpassungen vornehmen oder die Vertragsverletzung in Kauf nehmen. Sie muss gegebenenfalls Ausgleichsmassnahmen gewärtigen, die aber wiederum der Überprüfung durch das Schiedsgericht unterliegt. Das Problem des Lohnschutzes kann damit schrittweise weiterentwickelt werden. Das Streitbeilegungsverfahren zeigt, dass der vorliegende Ansatz Alles-oder-Nichts Ansatz unangemessen ist und die Möglichkeiten des Rechtsweges missachtet.

B. Sozialrechte

Das Rahmenabkommen enthält wie auch das Freizügigkeitsabkommen keine direkte Verweisung auf die Richtlinie 2004/38/EG.³⁷ Die dynamische Rechtsübernahme gemäss Art. 5 und Teil II Kapitel 3 (recte 4) bezieht sich auf künftige Anpassungen, die nach Inkrafttreten des Vertrages erfolgen werden. Sie erfolgt im Gegenzug zur eingeräumten Mitbestimmung. Gleichwohl geht Protokoll 2 vom Grundsatz der Übernahme bestehender Anpassungen im Bereich der unterstellten Verträge aus und bringt ein Kernanliegen der Union auf Aufdatierung der betreffenden Verträge zum Ausdruck. Ausnahmen von diesem Grundsatz werden

³⁶ Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 173/16 vom 9.7.2018.

³⁷ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. 30.4.2004 L 158/77.

explizit aufgelistet.³⁸ Damit gilt, dass auch die gegenüber der Verordnung 1623/68 eingetretenen Anpassungen der Richtlinie 2004/38 grundsätzlich übernommen werden müssen. Der springende Punkt ist indessen, dass diese Anpassung im Rahmen des Geltungsbereiches des bestehenden Freizügigkeitsabkommens erfolgen muss. Dessen Geltungsbereich wird durch den Rahmenvertrag nicht verändert (Art. 17 Abs. 1 InstA). Die Richtlinie kann das Freizügigkeitsabkommen nicht übersteuern. Das gilt namentlich für die in Art. 14 der Richtlinie eingeführten Sozialrechte, welche auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Unionsbürgerschaft und damit die Zugehörigkeit zu einem Mitgliedstaat der Union zurückgeführt werden.³⁹ Sie finden vorliegend Anwendung nur im Rahmen des beschränkten Geltungsbereiches des Freizügigkeitsabkommens. Sie gelten damit für selbständig und unselbständig erwerbende Personen und ihre Familien. Sie gelten für nichterwerbstätige Personen, die sich nach wie vor alle fünf Jahre bei Erneuerung der Niederlassung über hinreichende Mittel und Versicherungsschutz ausweisen können müssen. Die Einwanderung armengenössiger Menschen ist nicht Bestandteil der Rechte aus der Unionsbürgerschaft. Arbeitssuchende dürfen sodann während den drei Monaten ihres Aufenthaltes die Sozialwerke gemäss Art. 14 Abs. 1 nicht unangemessen belasten. Die Anwendung der Sozialrechte wird sich in der Praxis daher auf von der Arbeitslosenversicherung ausgesteuerte Personen und ihre Familien beschränken, die hier gearbeitet und Steuern bezahlt haben. Die Schweiz und die Kantone werden ihre Gesetze anzupassen haben (Art. 18), auch unter Berücksichtigung der Grundrechte der Bundesverfassung und der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu vergleichbaren Ansprüchen im Rahmen von Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (Schutz der Privatsphäre und Familie).⁴⁰

Die Regelung wird Gegenstand von weiteren Verhandlungen sein. Soweit keine Lösung gefunden werden kann und soweit die EU mit der Anpassung nicht einverstanden ist, kann sie ein Schiedsgericht anrufen. Auch hier gilt, dass die Schweiz zu guter Letzt eine allfällige Vertragsverletzung und damit angemessene Ausgleichsmassnahmen in Kauf nehmen kann, namentlich die Aussetzung von sozialrechtlichen Ansprüchen von in den Mitgliedstaaten der Union niederlassenden Staatsangehörigen der Schweiz. Sie verliert die Kontrolle über ihre Sozialwerke nicht. Wesentlich ist dabei die Einsicht, dass der Wandel der sozialrechtlichen Verantwortung vom Heimatort zum Wohnort auch in der Schweizer Geschichte ein langer Prozess war und sich für die schrittweise Entwicklung unter Rekurs auf Grundrechte EMRK, die bundesgerichtliche Praxis und die Streitbeilegung mit der EU eignet. Auch hier ist ein politischer Alles-oder-Nichts Ansatz fehl am Platz, unnötig und gefährlich.

C. Kantonale Beihilfen

Die Regelung der Beihilfen in Kapitel 2 des Vertrages beschränken sich auf den Luftverkehr und stellen den Rahmen für künftige Verträge mit allfälligen Ergänzungen dar (Art.8A Abs. 2 al 2). Die Kantone fürchten um ihre Eigenständigkeit in der Vergabe von Beihilfen, die heute im Rahmen des Freihandelsabkommens in Artikel 23 nur am Rande geregelt sind und die bei

³⁸ « Les Parties contractantes conviennent que la Suisse n'est pas tenue d'intégrer dans les accords concernés les actes juridiques de l'Union européenne adoptés dans les domaines couverts par ces accords lorsqu'ils concernent les mesures mentionnées ci-dessous »

³⁹ Grundlegend Rs. C-184/99 Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve vom 20.9.2001, Slg. 2001 I 06193, ECLI :EU :2001 :458.

⁴⁰ s. Thomas Cottier et al. a.a.O. Anm. 9 S. 58, unter Hinweis auf BGE 136 II 5 (X und Y. c. Sicherheitsdirektion und Regierungsrat des Kantons Zürich).

der geplanten Revision des Freihandelsabkommens von 1972 im Sinne von Kapitel 2 des Rahmenabkommens revidiert werden dürften.⁴¹ Sie befürchten die mit Art. 1 dieses Beschluss vorgesehene Unterstellung unter das Schiedsgericht. Im Unterschied zum ordentlichen Verfahren kann ein Schiedsverfahren gemäss Art. 1 Abs. 2 indessen nur im gegenseitigen Einvernehmen anhängig gemacht werden. Die Schweiz hat es damit in der Hand, solche Verfahren zu verhindern und offene Fragen auf die Vertragsverhandlungen im Rahmen der Revision des Freihandelsabkommens von 1972 und seiner Ausweitung auf weitere Bereiche, namentlich Dienstleistungen, Investitionen und Energie zu verschieben. Wesentlich ist die Einsicht, dass bestehende Probleme so oder so auf den Tisch kommen werden und die Schweiz und die Kantone mit dem neuen Instrument der Streitbeilegung des Rahmenabkommens eine bessere Ausgangslage haben, ihre Interessen zu verteidigen. Auch hier gilt, dass Kernanliegen mit der rechtmässigen Hinnahme einer Vertragsverletzung und von verhältnismässigen Ausgleichsmassnahmen gewahrt werden können. Auch hier ist ein politischer Ansatz Alles-oder-Nichts unnötig und nicht zielführend. Auch hier gilt es, ein Rechtsgebiet und seine Transparenz schrittweise zu entwickeln. Das Streitbeilegungsverfahren bietet dazu ein brauchbares Instrument.

V. Ausblick und Lehren

Liessen sich die vorstehenden Probleme auf dem Wege der Streitschlichtung und unter Wahrung der Souveränität lösen, so fragt sich, warum sich die Schweiz mit dem Rahmenabkommen und seiner Streitschlichtung trotz seinen Vorteilen so schwer tut.

Bundesrat und die parlamentarischen Kommissionen haben die von der Lehre wohl mehrheitlich bevorzugte Andockung an den EFTA Gerichtshof durch das EFTA Mitglied Schweiz abgelehnt.⁴² Entgegen den Erwartungen auch der EU Kommission setzte der Bundesrat vorerst auf die alleinige Streitbeilegung durch den Europäischen Gerichtshof. Im Gefolge einer zunehmenden innenpolitischen Opposition („Fremde Richter“), bot die Kommission Hand und legte den Vorschlag der Schiedsgerichtsbarkeit vor, die damit ein altes, seitens der Kommission aber bislang abgelehntes Anliegen der Schweiz aufnahm. Der Bundesrat hat sich, wohl auch unter dem nicht nachweisbaren Druck des Bundesgerichts, gegen die EFTA Lösung und damit auch gegen ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EFTA Gerichtshof und gegen eine allfällige Überwachung durch die EFTA *Surveillance Authority* ausgesprochen. Es ist im heutigen Zeitpunkt müssig, auf diese Diskussion zurückzukommen. Die Zuständigkeit des EuGH wurde wesentlich vom Bundesrat selbst in die Wege geleitet. Die für eine EFTA Lösung erforderlichen Verhandlungen mit den EWR Staaten Norwegen, Island und Liechtenstein wurden nie geführt. Der Widerstand gegen die Zuständigkeit des EuGH führte zum Vorschlag der Kommission, ein Schiedsgericht einzusetzen und den Gerichtshof auf die Auslegung des EU Rechts zu beschränken. Auch dieser Lösung schlägt Ablehnung entgegen. Noch im April 2021 war der Vertrag nicht paraphiert und sein Schicksal ungewiss. Die Chancen einer schrittweisen Lösung der Probleme unter Heranziehung des Streitbeilegungsverfahrens werden nicht ernsthaft diskutiert. Eher will man auf die rechtliche Streitschlichtung ganz ver-

⁴¹ Entwurf für einen Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses nach Art. 29 des am 22. Juli 1972 in Brüssel abgeschlossenen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Anhang zum Entwurf des Rahmenabkommens vom 23.11.18, InstA a.a.O Anm. 1.

⁴² Zur Genese Carl Baudenbacher, loc. cit. Anm. 9; zur befürworteten Andockung an die EWR Strukturen Thomas Cottier et al a.a.O. Anm. 9 S. 982-589. A.M. und für die Unterstellung unter den EuGH die Auffassung von Astrid Epiney, id. S. 587 ff.

zichten und hofft damit, das bilaterale Verhältnis zu retten, allerdings ohne Rücksicht auf die Interessen der EU und damit ohne die Rechnung mit dem Wirt zu machen.⁴³

Die Gründe dieses Befundes sind vielschichtig. Die Schweiz hat keine vertieften Erfahrungen in der gerichtlichen Beilegung von internationalen Handelsstreitigkeiten. Das gilt sowohl für ihre Freihandelsabkommen wie auch die WTO. Bei über 600 eingegangenen Verfahren seit 1995 hat sich die Schweiz lediglich in 5 Klagen als Partei und in 31 Fällen als Drittpartei zu Fragen von systemischer Bedeutung beteiligt. Im Vergleich zu vergleichbaren Handelsmächten wie Australien (10/112), Kanada (40/162), Neuseeland (9/61) oder auch Norwegen (5/111) fällt die Beteiligung vor allem als Drittpartei relativ bescheiden aus.⁴⁴ Der Bundesverwaltung fehlen die Ressourcen und das Personal, solche Verfahren zu führen und damit den Prozess der richterlichen Rechtsgewinnung zu beeinflussen. Handelspolitik in der Schweiz ist Verhandlungspolitik; das Recht spielt eine untergeordnete Rolle, dessen Bedeutung und Verfahren für die Rechtsentwicklung unterschätzt wird. Das gilt auch in Politik, Parteien, Verbänden und Kantonen. Kenntnisse des internationalen Wirtschaftsrechts und des Europarechts sind in der Schweiz dünn gesät und auf einige Expertinnen und Experten beschränkt. Das gilt auch in Politik, Verwaltung und Verbänden. Das findet seinen Grund auch wesentlich darin, dass die an den Universitäten angebotenen Vorlesungen für die Abschlüsse und die Anwaltsprüfungen nicht obligatorisch sind und die Kernfächer nach wie vor auf das nationale Recht beschränkt sind. Die juristische Beratung von Unternehmungen erfolgt zumeist ohne vertiefte Kenntnis der internationalrechtlichen Rahmenbedingungen und beschränkt sich auf Transaktionen. Wenn eine Lehre aus dem bisherigen Debakel um das Rahmenabkommen gezogen werden kann, so gilt sie einer besseren Ausbildung der Eliten und Information der Bevölkerung über die Bedeutung des Rechts im Prozess der Europäischen Integration und den bilateralen Beziehungen der Schweiz mit der Europäischen Union. Hier sind die Rechtsfakultäten, Anwaltsverbände und Medien gleichsam gefordert.

Dazu kommt, dass kein Dialog zwischen Politik, Verwaltung und Wissenschaft besteht. Zum Rahmenabkommen gibt es weder eine Task Force noch einen Runden Tisch, welcher das vorhandene Wissen und Ideen in Universitäten und Zivilgesellschaft abholen würde. In einem ausser-konstitutionellen Vernehmlassungsverfahren wurde das Abkommen über Jahre und ohne Führungsanspruch des Bundesrates zerredet und führte zu einer eigentlichen Verfassungskrise, nicht unähnlich der Situation Grossbritanniens vor dem Brexit.⁴⁵ Regierung und Verwaltung lassen sich von referendumsfähigen oder finanzstarken Kreisen vor sich hintreiben, die Sonderinteressen verfolgen. Es kann daher in diesem Umfeld nicht erstaunen, dass der Slogan der „Fremden Richter“ verhängt und das in der Schweiz konservative und wenig reflektierte Souveränitätsverständnis mit seiner Betonung von Autonomie und Selbstbestimmung trotz einer jahrhundertalten Verflechtung und Allianzen und der Notwendigkeit der Zusammenarbeit befeuert.⁴⁶ Es kann nicht erstaunen, dass die Regierung die Verhandlung mit der EU weiterhin ohne Berücksichtigung der Chancen des Streitbeilegungsverfahrens führt

⁴³ S. Tobias Gafafer, Der Schatten-Staatssekretär: Michael Ambühl war als Chefdiplomat der Mann für schwierige Fälle – nun prägt der die Gegner des Rahmenvertrages mit der EU, NZZ vom 29.3.21 S. 7.

⁴⁴ WTO, Dispute Settlement by Member, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm (besucht 12.4.21)

⁴⁵ Dazu Cottier, a.a.O. Anm. 1.

⁴⁶ Eingehend dazu Thomas Cottier und André Holenstein, Die Souveränität der Schweiz in Europa: Realitäten, Mythen und Wandel, Bern 2021.

und damit eine Hochrisiko-Politik im Sinne von Alles-oder-Nichts gegen die langfristigen Interessen des Landes verfolgt.

Eine Ablehnung des vorliegenden Streitbeilegungsverfahrens ist gleichbedeutend mit der Ablehnung des Rahmenvertrages auf lange Zeit. Damit verbunden sind die schrittweise Erosion der bilateralen Verträge und die Verschlechterung von Marktzutrittsrechten in der EU für Unternehmungen des Werk- Finanz- und Forschungsplatzes Schweiz. Sie wird ihre Klimaziele und die Versorgung mit nachhaltiger Energie im Alleingang nicht erreichen können. Das gleiche gilt für die digitale Wirtschaft und ihre Regulierung. Die Landwirtschaft wird ohne Rahmenabkommen bei Neuverhandlungen des Freihandelsabkommen massiv unter Druck kommen. Die Schweiz kann sich den Alleingang als Drittstaat auch im Lichte der heutigen geopolitischen Entwicklungen nicht leisten. „The Swiss, who have a complicated tangle of agreements with the EU may grumble about the EU’s dominance over their affairs, but ultimately accept the intrusion.“, schrieb der Economist am 20. März 2021.⁴⁷ Hoffnung und Zuversicht bestehen, dass die Politik die Vorteile des Abkommens in der Debatte erkennen wird, der Vertrag unterschrieben und dem Parlament vorgelegt wird⁴⁸ und sich die Chancen der Streitbeilegung als langfristige Strategie in den Beziehungen mit der Europäischen Union durchsetzen können, gerade um die eigene Souveränität konstruktiv zu wahren. Sie bietet die Möglichkeit einer schrittweisen und fallweisen Entwicklung der Rechtsbeziehungen und erlaubt den Verzicht auf sog. Rote Linien, die innenpolitisch motiviert für die aussenpolitische Auseinandersetzung und friedliche Problemlösung nicht zielführend sind. Sie führt aus der Sackgasse, in der die Schweiz geraten ist.

Das gilt umso mehr, als die vorliegende Lösung zusammengefasst durchaus vertretbar ist. Sie entspricht dem Vierten Kreis der Integration. Sie geht weniger weit als eine EFTA Lösung und stellt die Unabhängigkeit der schweizerischen Gerichte in den Vordergrund. Hier werden auch künftig die meisten Streitfälle anfallen und das Fallrecht bilden. Umgekehrt unterliegen Ansprachen in den EU Staaten den nationalen Gerichten und dem Vorabentscheidungsverfahren des EuGH. Die Regelung knüpft an der heutigen bewährten Praxis an und wird diese weiterentwickeln. Das Rahmenabkommen verändert deren Zuständigkeit nicht. Die Gerichte sind zwar neu zur dynamischen Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH verpflichtet, behalten aber ihre Unabhängigkeit. In der Schweiz wird das Bundesgericht nach wie vor letztinstanzlich und selbständig über die Anwendung und Auslegung der Verträge entscheiden.

Das paritätische Schiedsgericht für Streitigkeiten zwischen Bund und der EU nimmt durchaus selbständige Funktionen wahr. Die Frage der Vorlagepflicht bei materiellen Fragen an den EuGH wird sich erst in der Praxis klären lassen, soweit diese Funktion der Schiedsgerichtsbarkeit überhaupt zum Tragen kommen wird. Es ist davon auszugehen, dass der EuGH seinen Einfluss auf die Auslegung und Anwendung der bilateralen Verträge weiterhin vor allem im Rahmen von Vorabentscheidungen im Rahmen von Verfahren vor den Gerichten der Mitgliedstaaten geltend machen wird, wie dies in der Schweiz auch seitens des Bundesgerichts der Fall sein wird. Die Rolle des Gerichtshofes im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit wird weitgehend von der Praxis der Schiedsgerichte abhängen. Die unterschiedlichen Auffassungen lassen sich hier nicht vorgängig ausräumen. Sicher ist aber, dass kein Automatismus besteht

⁴⁷ Charlemagne: The New Turks, The Economist, 20.3.2021 S. 22.

⁴⁸ Fabian Schäfer, Die Befürworter melden sich zurück: Der Rahmenvertrag mit der EU soll vors Parlament gebracht werden – dazu fordert alt Bundesrat Koller seine Nachfolger auf, NZZ vom 9.4.21 S. 7.

Der Vertrag bietet im Ergebnis eine differenzierte und für die Schweiz vorteilhafte Regelung der rechtlichen Streitbeilegung. Sie ist ein Meilenstein in den Beziehungen und gegenüber der heutigen Rechtslage ein wesentlicher Fortschritt. Sie sichert die Fortsetzung des bilateralen Weges. Sie schützt die Schweiz vor willkürlichen Sanktionen und erlaubt ihr, de facto ein Opting-out, wo sie an ihrem eigenen Recht festhalten will, das einem Mitgliedstaat der Union nicht zusteht. Die EU ist der Schweiz hier stark entgegenkommen. Sie gewährt ihr einen massgeschneiderten Zugang zum Binnenmarkt à la Carte und nimmt Rücksicht auf die direkte Demokratie. Nirgends mehr kommt dies bei Licht besehen als im Streitbeilegungsverfahren des Rahmenabkommens zur Geltung.
