Zeitschrift: Schweizer Monat : die Autorenzeitschrift für Politik, Wirtschaft und Kultur

Band: 99 (2019)

Heft: 1066

Artikel: Das Ei des Kolumbus?

Autor: Baudenbacher, Carl

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-868676

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 02.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Das Ei des Kolumbus?

Das institutionelle Rahmenabkommen Schweiz/EU: einer direkten Demokratie unwürdig. Ein Debattenbeitrag.

von Carl Baudenbacher

I. Justizialisierung des europäischen Rechts

Nach den drei grossen Umwälzungen des 20. Jahrhunderts, dem Sieg der Alliierten im Ersten Weltkrieg 1918, dem Sieg der Alliierten im Zweiten Weltkrieg 1945 und dem Ende des Kalten Krieges mit dem Zusammenbruch der Sowjetunion 1989, schossen internationale Gerichte wie Pilze aus dem Boden. Man spricht von der Justizialisierung («judicialisation») von Recht und Politik. Nach 1945 hat Europa dabei eine Vorreiterrolle eingenommen: Zum einen wollte man einen politischen Zusammenschluss (West-)Europas über wirtschaftliche Integration erreichen. Eine herausragende Rolle kam dabei dem 1952 errichteten Europäischen Gerichtshof (EuGH) zu. Der 1994 als Teil des EWR-Abkommens aus der Taufe gehobene EFTA-Gerichtshof ist hingegen auf die Anwendung europäischen Binnenmarktrechts beschränkt. Eine politische Zielsetzung fehlt. Zum anderen sollte sichergestellt werden, dass sich die Greuel des Krieges nicht wiederholen. Diesem Ziel diente die Errichtung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs im Jahr 1959.

Im Verlauf der Zeit änderten sich die Arbeitsgebiete der drei Gerichte. Der EuGH und der EFTA-Gerichtshof anerkannten EU- und EWR-Grundrechte und der Menschenrechtsgerichtshof befasste sich zunehmend mit wirtschaftsrechtlichen Problemen. Auf Einzelheiten kommt es hier nicht an. Entscheidend ist, dass Konflikte nicht mehr hinter verschlossenen Türen durch diplomatische Mechanismen und (echte) Schiedsgerichte gelöst werden, sondern auf dem offenen Forum eines Gerichts. Mit der Justizialisierung war in Europa auch eine Privatisierung verbunden: Es stehen sich nicht mehr nur souveräne Staaten gegenüber, auch Private, d.h. Bürger und Unternehmen, können Parteien oder zumindest Prozessbeteiligte sein.

Der EuGH ist ein supranationaler Gerichtshof, weil EU-Recht supranationales Recht ist, das auch gegen den Willen eines Mitgliedstaates durchgesetzt werden kann. Der EuGH hat im EU-Recht die Letztentscheidungskompetenz. Auch der EFTA-Gerichtshof hat überstaatliche Befugnisse; wenn es aber z.B. um die Position der nationalen Gerichte geht, so ist das Recht souveränitätsschonender ausgestaltet als innerhalb der EU. Der Europäische Menschenrechtsgerichtshof ist ebenfalls eine supranationale Instanz.

In allen drei Fällen haben also die jeweiligen Mitgliedstaaten Souveränität auf eine gemeinsame Gerichtsinstanz übertragen. Im Gegenzug haben sie freilich das Recht erhalten, (zumindest) einen Richter oder eine Richterin zu nominieren. Das ist unter Souveränitätsgesichtspunkten entscheidend. Nach allgemeiner Auffassung passt die Formel von den «fremden Richtern» für diese Gerichtshöfe *a priori* nicht. Neben dem eigenen Richter oder der eigenen Richterin haben die Mitgliedstaaten auch den Vorteil, dass die drei Gerichtshöfe juristisches und nichtjuristisches Personal mit entsprechender Staatsangehörigkeit beschäftigen. Es ist nicht nur aus politischen, sondern auch aus psychologischen Gründen wichtig, dass die Mitgliedstaaten in diesen Gerichtshöfen, die über grosse Entscheidungsbefugnisse verfügen, präsent sind. Zwar ist es nicht die Aufgabe der einzelnen Richter, ihre Herkunftsstaaten zu *vertreten*. Ihre Anwesenheit stellt aber sicher, dass der jeweilige Gerichtshof über die rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Eigenheiten dieser Staaten Bescheid weiss. Diese Kenntnis ist auch vorhanden, wenn in der im Einzelfall zuständigen Kammer *kein* Richter aus dem betroffenen Staat sitzt – das Wissen ist hier breit verteilt.

II. Partielle Teilnahme der Schweiz an der Justizialisierung

Die Schweiz hat sich dem Europäischen Menschenrechtsgerichtshof im Jahr 1974 unterstellt und ist seither auch mit einem Richter oder einer Richterin präsent. An der Schaffung des EFTA-Gerichtshofs waren Schweizer EWR-Unterhändler entscheidend beteiligt. Hätten Volk und Stände am 6. Dezember 1992 dem Beitritt zum EWR zugestimmt, so wäre der damalige Bundesbeamte und Neuenburger Rechtsprofessor Olivier Jacot-Guillarmod Schweizer Richter geworden. Die bilateralen Abkommen, die die Schweiz mit der EU abgeschlossen hat, sind hingegen (mit Ausnahme des Luftverkehrsabkommens) *nicht* in der beschriebenen Weise justizialisiert: Die Konfliktlösung obliegt hier diplomatischen Organen, sog. gemischten Ausschüssen, die nur im Konsens entscheiden können. Daneben sind die Gerichte der Vertragspartner (Schweiz und EU) zuständig – ein übergeordnetes Gericht fehlt.

III. Das EuGH-Modell: Unvereinbar mit der Souveränität

In den Jahren 2012/13 regte die EU-Kommission an, die Schweiz möge entweder dem EWR auf der EFTA-Seite beitreten oder an die Institutionen des EFTA-Pfeilers im EWR – EFTA-Überwachungsbehörde und EFTA-Gerichtshof – andocken. Bei einer EWR-Mitgliedschaft hätte die Schweiz den gesamten Binnenmarktacquis (Grundfreiheiten, Wettbewerbs- und Beihilfenrecht, harmonisiertes Wirtschaftsrecht) zu übernehmen. Beim Andocken war die Idee, dass die Schweiz ihren sektoriellen Ansatz beibehalten, ihre bilateralen Verträge mit der EU aber den beiden EFTA-Institutionen unterstellt hätte. Dabei hätte sie mit den drei EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen das Recht aushandeln sollen, ein Kollegiumsmitglied der ESA und einen Richter am EFTA-Gerichtshof zu stellen. Der Bundesrat lehnte dieses grosszügige Angebot aber gestützt auf grösstenteils unhaltbare Behauptungen ab. Ihm ging es darum, einen «Point of No Return» auf dem Weg in die EU zu schaffen.

Die Schweiz schlug der EU zu deren eigener Überraschung die Unterstellung der bilateralen Verträge unter die Zuständigkeit des EuGH vor. Dass dort kein Schweizer Richter Einsitz nehmen kann, ist klar. Klar ist auch, dass der EuGH in einem bilateralen Verhältnis das Gericht der anderen Partei ist. Es ist nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen mit dem Grundsatz der Souveränität nicht vereinbar, dass das Gericht der einen Seite über Konflikte aus einem Vertrag entscheidet. Um dem Vorwurf zu begegnen, die Schweiz begebe sich dadurch ihrer Souveränität in übermässiger Weise, operierte der Bundesrat mit fragwürdigen Argumenten. Er behauptete insbesondere, ein Urteil des EuGH sei zwar verbindlich (zwischendurch sprach er auch von «Gutachten»), aber es stelle eine «blosse Auslegung» dar; der EuGH könne die Schweiz also nicht verurteilen, die Entscheidung liege einzig beim gemischten Ausschuss und dort könne die Schweiz stets «Nein» sagen. Es stelle sich dann nur noch die Frage der Angemessenheit allfälliger Sanktionen der EU – und das könne von einem Schiedsgericht überprüft werden.

Im Sommer 2017 wurde klar, dass das EuGH-Modell in einer Volksabstimmung keine Chance haben würde. Die Tatsache, dass der EuGH das Gericht der Gegenseite ist, in dem die Schweiz nicht mit einem Richter oder einer Richterin präsent wäre, wog unter Souveränitätsgesichtspunkten zu schwer. Bundesrat Burkhalter trat zurück und wurde im Herbst 2017 durch Nationalrat Ignazio Cassis ersetzt. Dieser hatte in seiner Wahlkampagne versprochen, im Europadossier «den Reset-Knopf zu drücken».

IV. Das «Schiedsgerichtsmodell»: Genauso unvereinbar mit der Souveränität

Im Herbst 2017 brachten EU-Beamte am Rand des Juncker-Besuchs das Ukraine-Modell ins Spiel. Danach können beide Parteien, die EU und die Schweiz, im Konfliktfall einseitig ein paritätisch besetztes Schiedsgericht anrufen. Befürworter einer solchen Lösung argumentierten sofort, damit sei das Problem der fehlenden Präsenz der Schweiz gelöst. Dass das «Schiedsgericht» in praktisch allen Fällen den EuGH um eine verbindliche Auslegung ersuchen müsste, wurde ausgeblendet. Die Verhandlungen über ein Institutionenabkommen (InstA) wurden Anfang Dezember 2018 beendet, der Bundesrat sah sich aber nicht in der Lage, seine Unterschrift darunter zu setzen, sondern kündigte eine sog. «Konsultation» der interessierten Kreise an. Sowohl der Aussenminister als auch sein Europastaatssekretär werben trotzdem offensiv für eine Annahme. Der Verfasser dieses Beitrags hat der WAK Nationalrat am 6. Februar 2019 ein 48seitiges Gutachten abgeliefert, das den Streitentscheidungsmechanismus des InstA analysiert. Er ist darin zur Auffassung gelangt, dass das Schiedsgericht in praktisch keinem Fall über ein Ermessen verfügt, wenn es von einer Streitpartei (aus offensichtlichen Gründen ist vor allem an die EU-Kommission zu denken) aufgefordert wird, den EuGH einzuschalten. Das muss immer dann geschehen, wenn es entweder um EU-Recht geht oder aus dem EU-Recht abgeleitetes, inhaltsgleiches Abkommensrecht.

Britische, belgische und norwegische Kommentatoren haben auf die fehlende Unabhängigkeit des «Schiedsgerichts» hingewiesen. Die Rede ist von einer Vasallisierung. Auch der deutsche FDP-Politiker Wolfgang Kubicki hat kein Blatt vor den Mund genommen und festgestellt, wer das «Schiedsgericht» wolle, der könne ebenso gut direkt zum EuGH gehen. Die drei postsowjetischen Staaten Georgien, Moldawien und Ukraine haben das deshalb akzeptiert, weil ihnen nur so eine EU-Beitrittsperspektive eröffnet wurde. Die EU und die einzelnen EU-Mitgliedstaaten haben aber darauf hingewiesen, dass es bei den in Rede stehenden Assoziationsabkommen darum gehe, die drei Staaten sukzessive an die Ideen der Demokratie, des Rechtsstaates und der Marktwirtschaft heranzuführen. Das Ukraine-Modell passt also weder für die Schweiz noch für Grossbritannien.

Die Argumente, die von den Befürwortern des InstA vorgebracht werden, überzeugen nicht. Die Annahme, dass das «Schiedsgericht» faktisch ein Ermessen bei der Frage beanspruchen wird, ob es den EuGH anruft, entbehrt jeder Grundlage. Wenn EU-Recht oder aus dem EU-Recht abgeleitetes Abkommensrecht betroffen ist, so besteht eine Rechtspflicht zur Einschaltung des EuGH. Auch die Annahme, das «Schiedsgericht» werde sich bei der Umsetzung des Urteils des EuGH «Freiheiten herausnehmen», ist Spekulation. Hier darf der Hinweis nicht fehlen, dass es sich bei dem «Schiedsgericht» um ein *ad hoc*, das heisst für den Einzelfall, eingesetztes Gebilde handeln würde. Es hätte weder eine eigene Kanzlei noch juristische Mitarbeiter, es gäbe kein Präjudizienbewusstsein und damit auch kein institutionelles Gedächtnis. Ein so schwaches Gebilde könnte einen gut begründeten Antrag der EU-Kommission auf Anrufung des EuGH nicht ignorieren, selbst wenn es das wollte. Auch die These, das «Schiedsgericht» hätte eine den nationalen Höchstgerichten der EU-Staaten vergleichbare Stellung, ist aus der Luft gegriffen. Daher ist auch die Behauptung, das «Schiedsgericht» brauche den EuGH bei «klarer» Rechtsprechung nicht einzuschalten, unrichtig.

Dass Ausgleichsmassnahmen der EU für den Fall, dass die Schweiz ein für sie negatives Urteil nicht umsetzt, von einem zweiten Schiedsgericht auf ihre Verhältnismässigkeit überprüft werden können, ist ein kleines Trostpflaster, das an der Fremdbestimmung nichts ändert.

InstA-Befürworter, die realisiert haben, dass das «Schiedsgericht» keine eigenen Kompetenzen hätte, argumentieren schliesslich, die Schweiz brauche sich vor dem EuGH nicht zu fürchten, es handle sich um ein hochangesehenes, zivilisiertes Gericht. Letzteres ist richtig, aber es trifft den Punkt nicht, denn der EuGH bleibt trotzdem das Gericht der Gegenseite. Und nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen kann in einem bilateralen Verhältnis die Streitentscheidung nicht dem Gericht einer Partei obliegen. Der so entstehende Souveränitätsverlust wird schliesslich auch nicht durch den angeblichen Gewinn an Rechtssicherheit aufgewogen. Rechtssicherheit ist nur dann positiv zu veranschlagen, wenn ein Verfahren besteht, das Richtigkeitsgewähr bietet. Das ist freilich dort, wo die eine Partei das Gericht stellt, fraglich. Rechtssicherheit kann dann in Unrechtssicherheit umschlagen.

Schliesslich ist das «Schiedsgerichtsmodell» auch deshalb problematisch, weil Bürger und Unternehmen keine eigenen Klagerechte haben. Ihre Bevormundung durch Bundesverwaltung und Bundesrat ist einer direkten Demokratie unwürdig.

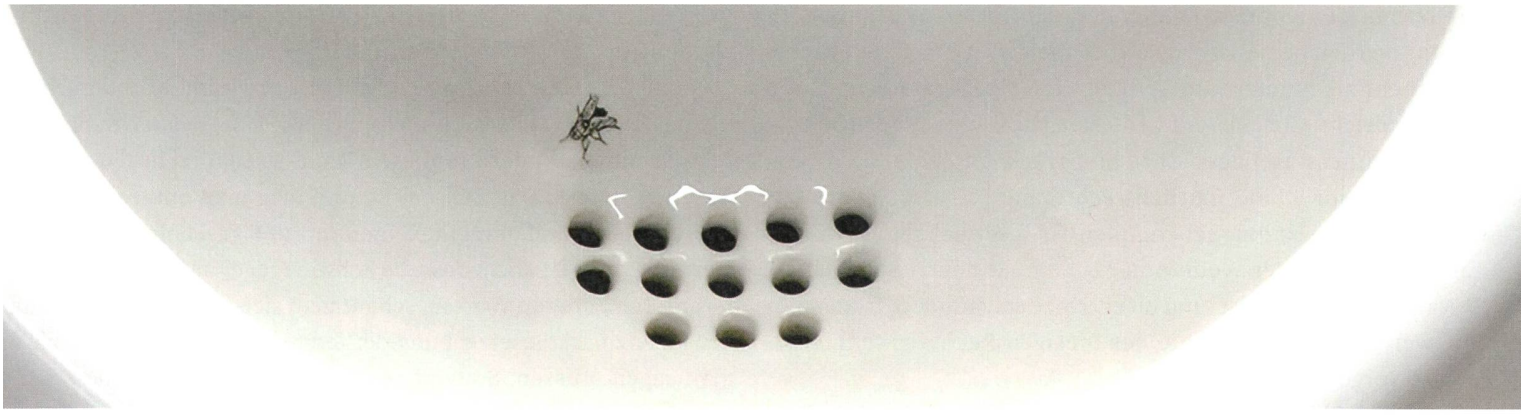
V. Ergebnis

Mit dem InstA hat der Bundesrat das Ei des Kolumbus nicht gefunden. Ob Nachverhandlungen beim «Schiedsgericht» möglich sind, ist allerdings zu bezweifeln. Der Souveränitätsverlust könnte vermieden werden, wenn sich die Schweiz doch noch zum Andocken an die Institutionen des EFTA-Pfeilers im EWR entschlösse. Entgegen Behauptungen aus dem EDA ist nicht klar, dass dieses *window of opportunity* zu ist. In jedem Fall ist es ratsam, mit der Unterschrift unter das InstA zuzuwarten, bis über den Brexit Klarheit besteht. Unter Umständen bietet es sich dann an, mit Grossbritannien (und allenfalls den anderen EFTA-Staaten) gemeinsame Sache zu machen. ❮

Carl Baudenbacher

ist Jurist und war von 2003 bis 2018 Präsident des EFTA-Gerichtshofs in Luxemburg. Er lehrte an der Universität St. Gallen und ist Teil von Monckton Chambers, einer führenden Gruppe von Rechtsanwälten mit Sitz in London. Zuhanden der Wirtschaftskommission des Nationalrats (WAK) hat Baudenbacher im Februar ein vieldiskutiertes Gutachten zum Ermessensspielraum des im institutionellen Rahmenabkommen mit der Europäischen Union vorgesehenen Schiedsgerichts in einem Streitbeilegungsverfahren zwischen der EU und der Schweiz abgegeben. Baudenbacher kommt darin zum Schluss, dass die Nachteile des vorgesehenen Schiedsgerichts für die Schweiz höher wären als die Vorteile.

Anzeige



Macht der sanften Schubser freut nicht nur Reinigungskräfte.

treffen wir Entscheidungen? Dieser Frage widmet sich die Verhaltensökonomie, deren bekanntesten Vertrete Wirtschaftsnobelpreis bekamen: Daniel Kahneman im Jahr 2002 und Richard Thaler im Jahr 2017.

Verhaltensökonomie studiert die kognitiven Verzerrungen, die unser Denk- und Urteilsvermögen trüben. sie analysiert, wie sich unser Verhalten beeinflussen lässt. Zum Beispiel durch einen cleveren sanften bser (einen sogenannten «Nudge»). Ein Beispiel: Wenn sich in einem Urinal eine kleine eingravierte Fliege det, geht 85% weniger auf den Boden. Warum? Ganz einfach: Männern macht Zielen einfach Spass.

en auch Sie im Bereich Unternehmensentwicklung auf die Erkenntnisse der Verhaltensökonomie – mit unserem tz Behavioral Business Strategy™. Wir freuen uns auf das Gespräch mit Ihnen.

.smartcut.consulting

smartcut consulting