

Rahmenabkommen EU-Schweiz – Ende der Fahnenstange

von Prof. Dr. Dr. h.c. Carl Baudenbacher*



Carl Baudenbacher
(Foto <https://baudenbacher-law.com>)

Der Bundesrat, die siebenköpfige Direktorialregierung der Schweiz, hat am 26. Mai 2021 die siebenjährigen Verhandlungen zwischen der EU und der Schweiz über den Abschluss eines «Institutionellen Rahmenabkommens» (InstA) abgebrochen. Schweizer InstA-Freunde hatten bis zum Schluss, zum Teil mit sehr fragwürdigen Mitteln versucht, das zu verhindern.

Genau genommen war es allerdings die EU, die im Herbst 2018 die Negotiationen für beendet erklärte. Seither stritt man absurderweise über drei materiell-rechtliche Nebenpunkte. In den Mitgliedstaaten der EU überwiegt die Enttäuschung. Politiker und Medien tendieren dazu die Schuld den Eidgenossen zuzuschieben. Das ist das Ergebnis des Brüsseler Spin und der Bullshitkampagne, welche das Schweizer Aussenministerium seit 2013 gefahren hat. Die Kommission reagierte auf die Entscheidung des Bundesrates ungnädig und stellte Gegenmassnahmen in Aussicht.

Die EU hat mit der Schweiz 1972 ein Freihandelsabkommen und nach 1999 zwei Pakete bilateraler Abkommen («Bilaterale I und II») abgeschlossen, unter anderem in den Bereichen technische Handelshemmnisse, Personenfreizügigkeit, Luft-

transport und Landtransport. Letzteres sichert der Union den Zugang zu Italien. Mit Ausnahme des Lufttransportvertrages sind alle Verträge institutionenfrei und neues EU-Recht wird in der Regel nur statisch übernommen. Konflikte werden in Gemischten Ausschüssen geregelt. Trotzdem ist die Schweiz damit nach beidseitigem Verständnis ein partielles Mitglied des Binnenmarktes geworden. Wer das Zustandekommen der beiden Pakete verstehen will, muss ins Jahr 1992 zurückblenden.

1992: Nein zu einem EWR-Beitritt der Schweiz

Damals sagte eine knappe Mehrheit des Volkes und eine klare Mehrheit der Kantone Nein zu einem EWR-Beitritt der Schweiz. Ziel des EWR-Abkommens ist die Ausdehnung des EU-Binnenmarktes auf die beteiligten EFTA-Staaten. Dazu übernehmen diese Staaten EU-Recht dynamisch; sie haben bei seiner Erarbeitung ein Mitspracherecht. Wichtig ist, dass die EFTA-Staaten ihre eigene Überwachungsbehörde («ESA») und ihren eigenen Gerichtshof haben. Die Erfahrung zeigt, dass diese Institutionen die Souveränität der EFTA-Staaten in erheblichem Mass schützen. In zahlreichen Fällen hat der EFTA-Gerichtshof als erster Gerichtshof im EWR entschieden und der Europäische Gerichtshof («EuGH») ist dem vielfach gefolgt. Der EFTA-Gerichtshof ist aber auch bei bestehendem EuGH-Fallrecht mitunter seinen eigenen Weg gegangen. Der Bundesrat hatte zwar seinerzeit die EWR-Vorlage unterstützt. Unter dem Druck des Aussenministeriums («EDA») stellte er aber ein halbes Jahr vor der Abstimmung einen Antrag auf EU-Beitritt. Damit war es für die hartgesottenen Integrationsgegner ein Leichtes, zu argumentieren, es gehe bei dem Referendum gar nicht um einen Beitritt zum Handelsabkommen EWR, sondern zur EU, die eine politische Integration anstrebe.

«Andocken» der Schweiz am EFTA-Gerichtshof?

Nach 1992 verfolgte der Bundesrat offiziell weiterhin das Ziel eines EU-Beitritts. Als aber immer klarer wurde, dass die Schweiz kein EU-Mitglieds-

* Carl Baudenbacher ist ein Schweizer Jurist. Seit Mai 2018 arbeitet er als unabhängiger Schiedsrichter und Berater von Unternehmen, Anwaltsfirmen, Regierungen und Parlamenten, u. a. bei *Monckton Chambers* in London. 2020 wurde er zum Visiting Professor an der *London School of Economics* (LSE) ernannt. Seit Mai 2021 ist er Senior Partner von *Baudenbacher Law*, Zürich.

Von 1995 bis April 2018 war Baudenbacher Richter am *EFTA-Gerichtshof* in Luxemburg, von 2003 bis 2017 dessen Präsident. Von 1987 bis 2013 war er ordentlicher Professor an der *Universität St. Gallen* (HSG) und zwischen 1993 und 2004 Permanent Visiting Professor an der *University of Texas* (UT) in Austin.



Der Grosse Gerichtssaal des Gerichtshofs der Europäischen Union. Der EuGH hätte gemäss dem gescheiterten Institutionellen Rahmenabkommen Schweiz–EU bei der Streitbeilegung eine entscheidende Rolle gespielt. Baudenbacher bezeichnet den EuGH als Weltgericht, mit dem er als Richter und Präsident des EFTA-Gerichtshofs eng zusammengearbeitet habe. Im Falle der Schweiz hätte dem EuGH indes die Neutralität gefehlt. (Foto Gerichtshof der Europäischen Union)

taut werden würde, forderte die EU ab 2008 den Wechsel zur dynamischen Rechtsübernahme und die Errichtung eines institutionellen Rahmens für die bilateralen Verträge. Da der Kommission die Schweizer Dünnhäutigkeit in Sachen «fremde Richter» bekannt war, machte sie ein grosszügiges Angebot: Die Schweiz sollte mit den drei EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen über das Recht verhandeln, an die Institutionen des EFTA-Pfeilers, die ESA und den EFTA-Gerichtshof «anzudocken». Das hätte bedeutet, dass die bilateralen Verträge Schweiz-EU diesen beiden Organen unterstellt worden wären. Die Schweiz hätte in den sie betreffenden Fällen je ein ESA-Kollegiumsmitglied und einen Richter/eine Richterin stellen können. Der EFTA-Gerichtshof wäre für die Schweiz ein parteineutrales Gericht gewesen. Gleichzeitig hätte das Land seinen sektoriellen Ansatz beibehalten können; es hätte also, anders als Island, Liechtenstein und Norwegen, nicht den gesamten Binnenmarktrechtsbestand übernehmen müssen. Der angestammte helvetische Bilateralismus hätte somit zu einem hybriden Modell mit bilateralen und multilateralen Elementen mutiert.

Bullshit im moralphilosophischen Sinn

Das EDA unter Aussenminister *Didier Burkhalter* lehnte diesen Vorschlag im Jahr 2013 ab und

setzte auf ein anderes Modell. Danach sollte kein besonderes Überwachungsorgan eingesetzt werden. Im Konfliktfall sollte die Kommission aber das Recht haben, die Schweiz einseitig vor den EuGH zu bringen; sie wäre damit die faktische Überwachungsbehörde der Schweiz gewesen. Dahinter stand die Absicht, einen «Point of No Return» in Richtung EU-Mitgliedschaft zu setzen.

Um die Idee des Andockens an die Institutionen der EFTA-Säule zu verunglimpfen, startete die EDA-Führung eine Kampagne mit unzähligen Behauptungen, die unabhängig von ihrem Wahrheitsgehalt überzeugen sollten. Es war ein Bullshit-Feldzug im Sinne des amerikanischen Moralphilosophen *Harry G. Frankfurt*. Die beiden grössten Sottisen waren:

1. Entschiede der EFTA-Gerichtshof in einem von der ESA angestregten Vertragsverletzungsverfahren zugunsten der Schweiz, so wäre die EU nicht an das Urteil gebunden.
2. Der EuGH würde gegebenenfalls lediglich «Gutachten» zu Händen des Gemischten Ausschusses erstellen.

Erstaunlicherweise fand das die Zustimmung der aussenpolitischen Kommissionen des Parlaments, der Kantone und der grossen Verbände. Ab 2014 wurde auf dieser Grundlage verhandelt. Im Frühling 2017 wurde aber klar, dass der nicht parteineutrale EuGH in der Schweiz nicht mehr-

heitsfähig sein würde. Aussenminister Burkhalter demissionierte, ein Akt, der in der Schweiz höchst selten vorkommt. Sein Nachfolger *Ignazio Cassis* versprach, den «Reset» im EU-Dossier. Nach Lage der Dinge konnte das nur das «Andocken» und damit den Verzicht auf den «Point of No Return» hin zum EU-Beitritt bedeuten.

Unter dem Einfluss seiner Kamarilla fand der neue Aussenminister aber den «Reset»-Knopf nicht. Brüssel war nicht entgangen, dass das EuGH-Modell auf irrigen Prämissen fusste. Aber als Bern ein weiteres Mal zu verstehen gab, dass es kein Andocken wünschte, legte die Kommission ein Überwachungs- und Gerichtsmodell auf den Tisch, das sie für die ehemaligen Sowjetrepubliken Georgien, Moldawien, Ukraine und Armenien entwickelt hatte und das auch für die ehemaligen Kolonien europäischer Mächte in Nordafrika vorgesehen ist:

Im Konfliktfall sollte die Kommission berechtigt sein, ein paritätisches «Schiedsgericht» anzurufen, das allerdings den EuGH immer dann um ein verbindliches Urteil ersuchen muss, wenn EU-Recht oder mit diesem inhaltsgleiches Abkommensrecht in Frage steht. Das heisst praktisch immer.

Der Bundesrat akzeptierte das im März 2018 und stellte es als grossen Durchbruch dar. Im Juli 2018 schluckte auch die Regierung von *Theresa May* in Grossbritannien das Ukraine-Modell. Das EDA behauptete fortan, das «Schiedsgericht» im InstA werde erhebliche eigene Kompetenzen haben, weil Bern erfolgreicher verhandelt habe als London. Es war der Auftakt zu einer weiteren Bullshitkampagne.

Helvetia's Hochschullehrer, darunter einige, die 2013 den EuGH in einem Brief an den Bundesrat abgelehnt hatten, schlugen sich mehrheitlich auf die Seite des Bundesrates. Die einen beteten die Mär von der angeblichen Unabhängigkeit des «Schiedsgerichts» nach. Die anderen räumten ein, dass es damit nicht weit her sei, trösteten sich aber mit dem Satz, der EuGH sei ein angesehenes Gericht. Letzteres ist nicht zu bestreiten, aber es ändert nichts daran, dass dem EuGH die Neutralität fehlt.

Differenzen bei drei Nebenfragen

Im Verlauf des Jahres 2018 wurde sodann deutlich, dass es bei drei materiellen Fragen, die auf Drängen der EU ebenfalls im InstA geregelt werden sollten, Differenzen gab: Beim *Lohnschutz* im Falle des Arbeitens über die Grenze, bei der Frage, ob die *Unionsbürgerschaftsrichtlinie* Teil

der Personenfreizügigkeit ist und beim *Verbot der staatlichen Beihilfen*.

Ende 2018 erklärte die EU die Negotiationen für abgeschlossen und forderte den Bundesrat zur Unterzeichnung auf. Dieser veröffentlichte den Text des Entwurfs, flüchtete in eine «Konsultation» der wichtigsten Stakeholder und schickte den Chefunterhändler auf eine PR-Tour mit dem Auftrag, den Ukrainemechanismus der Schweizer Öffentlichkeit zu verkaufen. Nach Abschluss der Konsultation teilte er der Kommission im Juni 2019 mit, bei den drei genannten Punkten sehe er Klärungsbedarf. Den Ukrainemechanismus akzeptierte der Bundesrat jedoch trotz erheblicher Kritik. Angesichts seiner bedenklichen Rolle in den Jahren 2013/2014 war das wohl ein Versuch der Gesichtswahrung.

Der Bundesrat unternahm in der Folge nichts mehr, um das Modell mit dem Schein-Schiedsgericht zu verteidigen. Der Chefunterhändler wurde entlassen und seine Nachfolgerin wurde beauftragt, bei den drei Nebenfragen Nachverhandlungen zu führen. Bei einem Treffen des Schweizer Bundespräsidenten *Guy Parmelin* mit der Kommissionspräsidentin *Ursula von der Leyen* am 23. April 2021 musste man allerdings feststellen, dass eine Lösung nicht einmal dort möglich war.

Am 26. Mai 2021 erklärte der Bundesrat die Verhandlungen für beendet. Da Frau von der Leyen das Telefon beim Anruf von Herrn Parmelin nicht abnahm, nahm die Chefunterhändlerin kurzerhand den Regierungsfieger und überbrachte den Brief in Brüssel persönlich.

Positionen der Akteure in der Schweiz

Die grossen Parteien waren in der InstA-Frage fast alle gespalten. Der an sich EU-freundlichen SP sind wegen des Widerstands der Gewerkschaften gegen eine Lockerung des Lohnschutzes die Hände gebunden. Die Grünen befinden sich in einer ähnlichen Situation. Die konservative SVP ist gegen jedes Abkommen. In der FDP, der Partei der Aussenminister Burkhalter und Cassis, gibt es einen diametralen Widerspruch zwischen einer Delegiertenresolution, die das Ukraine-Modell ablehnt, und einer Fraktionsresolution, die es «aus Vernunft» unterstützt. Auch die Mittepartei ist gespalten, obwohl ihr Vorsitzender das InstA wegen der Rolle des EuGH als «toxisch» bezeichnet hat. Vorbehaltlose Unterstützung für das InstA kam nur von den Grün-Liberalen. Die wichtigsten Wirtschaftsverbände haben sich lange für die Unterzeichnung des InstA eingesetzt, aber im letzten Jahr wurde die De-

batte von neuen Gruppierungen erfolgreicher globaler Unternehmen dominiert, die sich gegen den Vertrag aussprechen. Selbst der mächtige *Schweizerische Gewerbeverband* hat sich der Bewegung angeschlossen.

Und nun?

Im Berlaymont [Sitz der Europäischen Kommission in Brüssel] war die Konsternation gross. Der *Europäische Auswärtige Dienst* («EAD») hatte den Eidgenossen am Vorabend in einer peinlichen Aktion für den Fall der Nichtunterzeichnung per *Twitter* sämtliche Folterwerkzeuge gezeigt und mit einer Eiszeit gedroht. Es war der Tiefpunkt einer Kampagne, die der EAD seit 2019 geführt hat. Die Kommission praktiziert eine Politik der Bestrafung, die mit Treu und Glauben schwer vereinbar und gegenüber einer alten Freundin wie der Schweiz befremdlich ist.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien genannt: Die diskriminierende Verweigerung der Börsenäquivalenz ab 1. Juli 2019; der Ausschluss der Schweiz vom Europäischen System der COVID-Apps; die Diskriminierung der Schweiz bei der Kontrolle des (ohnedies umstrittenen) Vakzinhandels; die entgegen ausdrücklichen Zusagen geäusserte Drohung, die Schweiz vom Forschungsprogramm *Horizon 2020* auszuschliessen; die entgegen ausdrücklichen Zusagen geäusserte Drohung, die bestehenden bilateralen Abkommen, insbesondere das Abkommen über die technischen Handelshemmnisse, ohne Abschluss des InstA nicht mehr aufzudatieren.

Die Verweigerung der Zustimmung zum Beitritt Grossbritanniens zum *Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen* ist ein unfreundlicher Akt gegenüber den EFTA-Staaten Schweiz, Island und Norwegen, die dem Beitritt der Briten zugestimmt haben. In all diesen Fällen schadet sich die EU auch selbst. Bei der Weigerung, die Schweizer COVID-App zu akzeptieren, gefährdet sie sogar das Leben der eigenen Bürger. Aber das scheint die Brüsseler Hardliner nicht zu kümmern.

Geheimbericht der Bundesverwaltung wird geleakt

Die helvetischen InstA-Freunde waren ähnlich verzweifelt. Ein Geheimbericht der Bundesverwaltung, der mögliche negative Folgen eines Ausstiegs auflistete, wurde an das Staatsfernsehen geleakt. Inzwischen läuft deswegen eine Strafuntersuchung. Mitglieder der Aussenpoliti-

schen Kommission des Nationalrats, der Grossen Kammer des Parlaments, nahmen Nebenverhandlungen mit Eurokraten auf und versprachen dafür zu sorgen, dass in einem Referendum nur ein Volksmehr, aber keine Mehrheit der Kantone erforderlich sein würde. Auf *social media* wurde auch hier ein Strafverfahren gefordert. Die Boulevardzeitung «Blick» berichtete von einem «Europa-Chat», in dem Schweizer Parlamentarier und Professoren zusammen mit EU-Vertretern die Justizministerin *Karin Keller-Sutter* kritisierten und den Migrations-Staatssekretär *Mario Gattiker* herabsetzten. Auch der deutsche Botschafter *Michael Flügger* war Teil des Chat.

Unterschätzter Einfluss der Schweizer Zivilgesellschaft

Das InstA stand von Anfang an auf tönernen Füßen. Der Versuch des EDA, das Land gewissermassen durch die Hintertür in die EU zu schmuggeln, ist gescheitert. Das EDA übersah, dass Souveränitätsfragen seit dem Zweiten Weltkrieg Teil jeder aussenpolitischen Debatte in der Schweiz sind. Es übersah auch, dass die Trennung von wirtschaftlicher Kooperation und politischer Integration in der Schweizer Zivilgesellschaft tief verwurzelt ist – ähnlich wie in Grossbritannien. Die Kommission ihrerseits konnte der Versuchung nicht widerstehen, die renitente Schweiz der faktischen Überwachung durch sie selbst und der Rechtsprechungshoheit des EuGH zu unterstellen. Dabei überschätzte sie die Durchsetzungskraft des EDA und unterschätzte den Einfluss der Schweizer Zivilgesellschaft auf die Europapolitik.

Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Schweiz nun auf das Andockmodell setzen. Aber ob das im Jahr 2021 noch eine Option ist, ist offen. Sollte das nicht möglich sein, so bliebe der Schweiz wohl nur ein ähnlicher Weg wie Grossbritannien: das Ausscheiden aus dem Binnenmarkt mit dynamischer Rechtsübernahme, supranationaler Überwachung und supranationaler Gerichtskontrolle und der Rückzug auf ein blosses Freihandelsmodell. Mit dem jahrelangen Festhalten an ihrer verfehlten Verhandlungsstrategie hätten es Bundesrat und Europäische Kommission dann versäumt, die Schweiz dauerhaft in den Binnenmarkt einzubinden. Auch von einem solchen «Schwexit» ginge die Welt (und die Schweiz) nicht unter. Für die weitere Kohäsion der EU wäre das allerdings keine gute Nachricht.

(Publikation mit freundlicher Genehmigung des Autors,
3. Juni 2021)