

Schweiz–EU

Damoklesschwert über Schweizer Köpfen

Im Vertragspaket mit der EU steckt der Teufel im Detail

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



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

In den offiziellen Dokumenten zum Vertragspaket EU–Schweiz, dem «Erläuternden Bericht» vom Juni 2025 und der Botschaft vom März 2026, geizt der Bundesrat nicht mit Lob für seine über siebzig Unterhändler, die zwischen März und Dezember 2024 in vierzehn Fachbereichen (Tracks) an

über 200 Verhandlungssitzungen und Sitzungen teilgenommen haben. Es wird pausenlos gesagt, alle Verhandlungsziele seien erfüllt, ja übererfüllt worden. Da diese Texte von der Bundesverwaltung geschrieben wurden, darf man davon ausgehen, dass sich die Beamten den Applaus selbst gespendet haben. Wer die untergegangene DDR erlebt hat, der wird ein Stück weit an die Losungen der *Sozialistischen Einheitspartei* (SED) zu den Parteitagen erinnert.

Bei nüchterner Betrachtung der Ergebnisse ist man allerdings weniger begeistert. Dabei rede ich nicht von der institutionellen Einseitigkeit der Abkommen mit der dynamischen Übernahme von EU-Recht durch die Schweiz, der faktischen Überwachung durch die *Europäische Kommission* und dem Auslegungsmonopol des *Europäischen Gerichtshofs* (EuGH). Diese Elemente eines ungleichen Vertrages («unequal treaty») hatte der Bundesrat gepaart mit der Zusage, regelmässige «Kohäsionszahlungen» zugunsten der weniger begüterten EU-Mitgliedstaaten zu erbringen, bereits am 15. Dezember 2023 akzeptiert.



Richard Westalls «Das Schwert des Damokles», 1812. (Bild Wikipedia)

II. «Lücken» und «Ausnahmen»

Auch im materiellen Recht erweisen sich die Verhandlungserfolge der Schweiz als bescheiden beziehungsweise unsicher. Das gilt zunächst für die «fehlenden Vorgaben» und «Ausnahmen». Bekanntlich wurde die nach der Unterbrechung der Verhandlungen vom Mai 2021 vorgenommene Umstellung vom «horizontalen» auf einen «vertikalen» Ansatz damit begründet, die Verankerung der institutionellen Elemente in den einzelnen Abkommen ermögliche das Aushandeln von Ausnahmen von der Institutionalisierung. In den Vertragstexten findet sich denn auch regelmässig eine Bestimmung, wonach im Fall einer Ausnahme von der Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme und wenn die Streitigkeit nicht die Auslegung oder Anwendung von unionsrechtlichen Begriffen impliziert, das Schiedsgericht die Streitigkeit ohne Anrufung des EuGH entscheide (vgl. z.B. Art. 32, Abs. 3, S. 2: Stromabkommen). Tatsächlich handelt es sich dabei weitgehend um Propaganda.

Nach offizieller Darstellung aus Bern zeigen «fehlende Vorgaben», «nicht erfasste» Fragen

* Prof. Dr. Dr. h.c. Carl Baudenbacher, Schweizer Jurist, emeritierter Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, war von 2003 bis 2017 Präsident des Efta-Gerichtshof in Luxemburg. Heute ist er Partner in einer Anwaltskanzlei und Gastprofessor an der *London School of Economics*.

und «explizite Ausnahmen», dass die Schweiz empfindliche Bereiche besser habe schützen können als noch im InstA-Entwurf von 2018. Das trifft aber nur bedingt zu. Dass ein Vertrag zu einer Frage schweigt, bedeutet nicht automatisch, dass der betreffende Bereich ausgeklammert und damit der schweizerischen Autonomie überlassen wurde. Ein Schweigen kann ebenso als Lücke verstanden werden, die von den zuständigen Rechtsanwendern, das heisst von Kommission und EuGH, zu schliessen wäre.

Auch explizite Ausnahmen bieten nur begrenzte Sicherheit. Zwar schaffen sie mehr Klarheit als das blosses Fehlen von Vorgaben, doch ihre Tragweite wäre ebenfalls nicht autonom durch die Schweiz festzulegen. Der EuGH müsste über ihre Reichweite befinden, und nach seiner ständigen Rechtsprechung sind Ausnahmen grundsätzlich eng auszulegen. Hinzu kommt, dass Ausnahmen stets unter dem Vorbehalt veränderter politischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Umstände stehen. Was heute als Sonderregelung gewährt wird, könnte morgen unter dem Druck des Prinzips der Homogenität, des Gebots, gleiche Wettbewerbsbedingungen (ein «level playing field») zu schaffen, und des Wunschs nach Marktöffnung neu bewertet und eingeschränkt werden. Auf Ausnahmen lässt sich keine stabile Ordnung aufbauen. Sie bleiben Momentaufnahmen innerhalb eines Systems, das strukturell auf Vereinheitlichung ausgerichtet ist.

III. Stockfehler unserer Verhandler

Hinzu kommt eine Fehlleistung der Schweizer Unterhändler in einem zentralen Punkt: bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Europäische Kommission ein Streitbeilegungsverfahren starten und damit im Endeffekt eine verbindliche Interpretation einer Rechtsfrage durch ihren eigenen Gerichtshof herbeiführen kann.

Art. 10, Abs. 3 des InstA-Entwurfs von 2018 lautete insoweit: «Wirft der *Streitfall* eine Frage betreffend die Auslegung oder Anwendung einer Bestimmung [...] auf [...], so ruft das Schiedsgericht den Gerichtshof der Europäischen Union an. Das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union ist für das Schiedsgericht verbindlich.» (Hervorhebung hinzugefügt.) Nun bestimmen zum Beispiel die Art. 10, Abs. 1, IP-FZA und 32, Abs. 1, Stromabkommen unter dem Titel «Verfahren bei Auslegungs- oder Anwendungsschwierigkeiten»: «Bei *Auslegungs- oder Anwendungsschwierigkeiten* des Abkommens oder eines darin genannten Unionsrechtsakts beraten sich die

Vertragsparteien im Gemischten Ausschuss, um eine beiderseits annehmbare Lösung zu finden. Findet der Gemischte Ausschuss innert drei Monaten keine Lösung, kann jede Vertragspartei die Streitigkeit einem Schiedsgericht unterbreiten. Ist für die Streitbeilegung die Auslegung oder Anwendung einer Bestimmung nach Art. 29, Abs. 2 (sc. Rechtsakte der Union, auf die im Abkommen Bezug genommen wird, und die Bestimmungen des Abkommens, soweit ihre Anwendung unionsrechtliche Begriffe impliziert), erforderlich, so legt das Schiedsgericht die Frage dem EuGH vor; betrifft die Streitigkeit dagegen eine Ausnahme und impliziert keine unionsrechtlichen Begriffe, so entscheidet das Schiedsgericht selbst. Legt das Schiedsgericht eine Frage vor, so ist die Entscheidung des EuGH für es bindend.»

Gleichlautende Bestimmungen enthalten die meisten anderen Verträge. Nach diesen Vorschriften ist die Einleitung eines Verfahrens, das zum EuGH führt, nicht auf Streitigkeiten beschränkt. Die Europäische Kommission kann auch aktiv werden, wenn sich Auslegungs- oder Anwendungsschwierigkeiten *im Vorfeld* eines solchen Prozederes ergeben.

IV. Abstraktes Auslegungsverfahren

Wer die professionelle Arbeitsweise der Europäischen Kommission kennt, dem ist klar, dass diese Änderung kein Zufall sein kann. Art. 10, Abs. 1, IP-FZA und Art. 32, Abs. 1, Stromabkommen erinnern an Art. 68, Abs. 3 des EG-Vertrags in der Amsterdamer Fassung von 1997. Art. 68, Abs. 3 des EG-Vertrags lautete:

«Der Rat, die Kommission oder ein Mitgliedsstaat können dem Gerichtshof eine Frage der Auslegung dieses Titels (sc. Titel IV) oder von auf diesen Titel gestützten Rechtsakten der Organe der Gemeinschaft zur Entscheidung vorlegen. Die Entscheidung, die der Gerichtshof auf dieses Ersuchen hin fällt, gilt nicht für Urteile von Gerichten der Mitgliedstaaten, die rechtskräftig geworden sind.»

Titel IV regelte die Vorabentscheidungszuständigkeit des EuGH im Bereich von Visa, Asyl, Einwanderung und anderen Politiken betreffend den freien Personenverkehr.

Mit dem Verfahren sollte geklärt werden können, wie bestimmte Gesetze zu verstehen sind, *ohne dass es einen konkreten Streitfall* (mit Kläger und Beklagtem) geben musste. Im Gegensatz zum klassischen Vorabentscheidungsverfahren nach (heute) Art. 267, AEUV ging es bei Art. 68, Abs. 3, Amsterdam nicht um einen Dialog

zwischen nationalen Gerichten und EuGH, sondern zwischen den *politischen Instanzen* Rat und Kommission sowie den Mitgliedstaaten und dem EuGH. Damit wurde die Auslegung eines besonders sensiblen Bereichs beim EuGH konzentriert.

Die politischen Unionsorgane bekamen ein eigenständiges Initiativrecht. Art. 68, Abs. 3, EG Amsterdam war also keine bloss technische Zuständigkeitsregelung, sondern Ausdruck eines Systems, das die Deutungshoheit in politisch sensiblen Fragen bewusst bei den politischen Unionsorganen und dem EuGH konzentrierte. Das ging auf Kosten der Mitgliedstaaten. Man kann von einem Anwendungsfall EU-interner asymmetrischer Streitbeilegung sprechen.

V. Parallele Art. 68, Abs. 3, EGV – Verträge EU–Schweiz

Art. 68, Abs. 3, EG Amsterdam begründete kein zwischenstaatliches Streitbeilegungsverfahren, sondern ein besonderes gemeinschaftsinternes Prozedere zur Sicherung einheitlicher Auslegung im Bereich des damaligen Titels IV EG. Die Verträge EU–Schweiz sehen ein Proforma-Schiedsgericht vor, das den EuGH einschalten und ihm folgen muss, wenn unionsrechtliche Auslegungsfragen «impliziert» sind. In beiden Fällen erhält *die Kommission, ein politisches Organ*, das Recht, Auslegungsfragen jederzeit unabhängig von einem konkreten Streitfall, das heisst abstrakt, vom EuGH klären zu lassen. Im Falle des Art. 68, Abs. 3, EG Amsterdam bestand die Asymmetrie im Verhältnis EU–Mitgliedstaaten. Bei den Verträgen EU–Schweiz besteht sie zwischen den Parteien. Dass das zwischenstaatliche Verfahren nach den Verträgen EU–Schweiz mit dem Proforma-Schiedsgericht ein hybrides Element enthält, ist lediglich dem Bestreben der Abkommensparteien geschuldet, den Schein des Fortbestehens einer gewissen Souveränität der Schweiz aufrechtzuerhalten.

Die Regelung des Art. 68, Abs. 3, EG Amsterdam kam nie zur Anwendung. Sie wurde später

im Zuge der Vertragsentwicklung aufgegeben. Nun erlebt ihr Grundgedanke im Vertragspaket EU–Schweiz eine Art Revival.

VI. Damoklesschwert

Die Formulierung der Art. 10, Abs. 1, IP-FZA und 32, Abs. 1, Stromabkommen bedeutet, dass die Kommission bei ihrem eigenen Gerichtshof, dem EuGH, jederzeit eine autoritative Entscheidung zu Zweifelsfragen anfordern kann, wenn es ihr politisch passt. Darauf, ob ein konkreter Konflikt besteht, kommt es nicht an. Die Kommission kann sich verbindliche Interpretationen des EuGH gewissermassen auf Vorrat bestellen. Und ihre Verhandlungsposition im Gemischten Ausschuss wurde gestärkt. Es ist davon auszugehen, dass die teilweise Umfunktionierung des *konkreten Streitbeilegungsmechanismus*, der noch im Jahr 2018 vorgesehen war, in einen abstrakten durch die Europäische Kommission selbst veranlasst wurde. Ob die hochgelobten Schweizer Unterhändler verstanden haben, was hier geschah, darf bezweifelt werden. Damit befindet sich die Schweiz in der Lage des legendären *Damokles*. In einer griechischen Sage beneidete Damokles den König *Dionysios* um dessen Reichtum und Macht. Um ihm zu zeigen, wie trügerisch dieses Glück ist, liess der König ihn auf dem Thron Platz nehmen, über dem ein Schwert an einem dünnen Pferdehaar hing, das jederzeit herabfallen konnte. So erkannte Damokles, dass Macht und Wohlstand keine Sicherheit bieten, und wollte den Thron wieder verlassen.

Die Schweizer haben die Verträge mit der EU unterzeichnet. In Sicherheit können sie sich nur noch bringen, wenn sie in einem Referendum nein stimmen. Dass entgegen der allgemeinen Erwartung ein abstraktes Kontrollverfahren in die Abkommen hineingeschmuggelt wurde, ist ein weiterer Grund, der für die Unterstellung unter das obligatorische Referendum mit Volks- und Ständemehr spricht.

(Erstabdruck in «Weltwoche», Nr. 25/2026)