

# Schiedsgerichte im bilateralen Recht?

von **Christa Tobler**<sup>1</sup>

In der Diskussion über die Reform des Systems des bilateralen Rechts fällt im Zusammenhang mit dem Thema Streitbeilegung immer wieder einmal das Stichwort «Schiedsverfahren», so z.B. im Aussenpolitischen Bericht von 2009<sup>2</sup> und im sog. Markwalder-Bericht von 2010,<sup>3</sup> wo der Bundesrat die Leitlinien für seine künftige Europapolitik umschreibt. Dabei erwähnt er u.a. Schiedsklauseln als wünschbares Element bilateraler Verträge. Inwiefern dies in den neuerdings im Vordergrund stehenden Verhandlungen über ein Energieabkommen<sup>4</sup> eine Rolle spielen wird, bleibt abzuwarten. Tatsache ist, dass drei der existierenden Abkommen die Möglichkeit von Schiedsverfahren bereits vorsehen, wenn auch in recht unterschiedlicher Weise. Es handelt sich um das Kernfusionsabkommen von 1978,<sup>5</sup> das Versicherungsabkommen von 1989<sup>6</sup> und das Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherheit von 2009<sup>7</sup> (im Folgenden: Zollabkommen). Auch wenn es bisher in der Praxis noch nie zu einem Anwendungsfall gekommen ist, so ist es doch im Hinblick auf die Verhandlungen über neue Abkommen interessant zu überlegen, in welchem Rahmen solche Abkommen Schiedsverfahren überhaupt vorsehen können. Tatsache ist nämlich auch, dass das EU-Recht – und mit ihm zugleich das EWR-Recht – diesbezüglich enge inhaltliche Grenzen setzt. Und Tatsache ist ebenfalls, dass zumindest eines der

<sup>1</sup> Ord. Professorin für Europarecht an der Universität Basel; Mitglied des Redaktionskomitees.

<sup>2</sup> Aussenpolitischer Bericht 2009, BBl 2009 6291, S. 6331.

<sup>3</sup> Bericht zur Evaluation der Europapolitik 2010 (Bericht in Beantwortung des Postulats Markwalder [09.3560]) vom 17. September 2010, BBl 2010 7239.

<sup>4</sup> *Burkhalter: «Strategieskizze» für die EU-Politik*, news.ch, 11. Januar 2012, <<http://www.news.ch/Burkhalter+Strategieskizze+fuer+die+EU+Politik/524598/detail.htm>>.

<sup>5</sup> Abkommen vom 14. September 1978 über die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Atomgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft auf dem Gebiet der kontrollierten Kernfusion und der Plasmaphysik, für die Schweiz SR 0.424.11, für die EAG ABl. 1978 L 242/2.

<sup>6</sup> Abkommen vom 10. Oktober 1989 zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung, für die Schweiz SR 0.961.1, für die EWG (bzw. heute die EU als Rechtsnachfolgerin der EWG bzw. späteren EG) ABl. 1991 L 205/3.

<sup>7</sup> Abkommen vom 25. Juni 2009 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen, für die Schweiz künftig SR 0.631.242.05, für die EG (heute: die EU) ABl. 2009 L 199/24.

erwähnten drei Abkommen die Schiedsgerichtsbarkeit in einem Umfang vorsieht, welche über diese Grenzen hinausgeht.

Beginnen wir mit einem knappen Überblick. Während im Falle des Kernfusionsabkommens (Art. 17) und des Versicherungsabkommens (Art. 38) die vorgesehene Schiedsgerichtsbarkeit mit Bezug auf die zu beurteilende Materie umfassender Natur ist, werden im viel jüngeren Zollabkommen Fragen zur Auslegung des Abkommens ausdrücklich ausgenommen, sofern es um Bestimmungen geht, die sich mit den entsprechenden Bestimmungen des Unionsrechts decken. Die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens besteht nach dem Zollabkommen lediglich für Streitigkeiten über die Verhältnismässigkeit von Sanktionen. Nach Art. 29 des Abkommens kann eine Vertragspartei nach Konsultation im Gemischten Ausschuss angemessene Ausgleichsmassnahmen einschliesslich der Aussetzung der Anwendung der Bestimmungen des Kapitels III dieses Abkommens über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen ergreifen, wenn sie feststellt, dass die andere Vertragspartei diese Bestimmungen nicht einhält, oder wenn die Gleichwertigkeit der zollrechtlichen Sicherheitsmassnahmen beider Vertragsparteien nicht mehr gewährleistet ist. Wenn eine Verzögerung die Wirksamkeit der zollrechtlichen Sicherheitsmassnahmen gefährdet, können ohne vorherige Konsultationen geeignete vorläufige Schutzmassnahmen getroffen werden, sofern unmittelbar nach Ergreifen dieser Massnahmen Konsultationen stattfinden. Die Tragweite und die Dauer der Massnahmen sind auf das Mass zu beschränken, das zur Regelung des Falls und zur Gewährleistung eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen den Rechten und Verpflichtungen aus dem Abkommen erforderlich ist. Für den Fall, dass dies zu Streitigkeiten führt, kann ein Schiedsverfahren zum Tragen kommen. In diesem Zusammenhang bestimmt Art. 29 Abs. 3 des Zollabkommens: «Auslegungsfragen zu Bestimmungen, die sich mit den entsprechenden Bestimmungen des [Unions-]Rechts decken, können nicht in diesem Rahmen geklärt werden.»

Diese Regelung spiegelt in expliziter Weise die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (im Folgenden: EuGH) zur Zulässigkeit von gemeinsamen Gerichten im Verhältnis mit Drittstaaten, wie sie sich ab 1991 in einer Reihe von Gutachten zur Vereinbarkeit von geplanten internationalen Abkommen entwickelt hat, darunter insbesondere *EWR I* (1991),<sup>8</sup> *EWR II* (1992),<sup>9</sup>

<sup>8</sup> EuGH, Gutachten 1/91 (*EWR I*), Slg. 1991, I-6079. Hierzu etwa die Besprechung von HENRY SCHERMERS, in 29 CML Rev (1992), 991–1009, sowie ASTRID EPINEY, *L'appréciation de l'EEE et de son système de contrôle juridictionnel par la Cour de justice des Communautés européennes dans les avis 1/91 et 1/92*, 2 SZIER (1992), 275–304.

<sup>9</sup> EuGH, Gutachten 1/92 (*EWR II*), Slg. 1992, I-2821. Hierzu wiederum SCHERMERS & EPINEY (*supra* Fn. 8).

*Einheitlicher Luftraum* (2002)<sup>10</sup> sowie neuestens das vom Plenum des Gerichtshofs (!)<sup>11</sup> erstattete Gutachten *Patentgericht* (2011).<sup>12</sup> Den Tenor dieser Gutachten kann man dahingehend zusammenfassen, dass die Schaffung von gemeinsamen Gerichten zulässig ist, sofern diese die in den Verträgen der EU (heute: EU-Vertrag sowie Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) festgelegte Zuständigkeitsordnung und die Autonomie der Unionsrechtsordnung nicht beeinträchtigen. Insbesondere dürfen solche Gerichte nicht in die Zuständigkeit des EuGH bei der Auslegung des EU-Rechts und in den Mechanismus des Vorabentscheidungsverfahrens eingreifen. Im letzteren Zusammenhang muss es den mitgliedstaatlichen Gerichten möglich bleiben, dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen. Was insbesondere Schiedsgerichte anbelangt, so ist dem *EWR II*-Gutachten zu entnehmen, dass ihnen keine Fragen über die Auslegung von mit EU-rechtlichen Bestimmungen identischen Abkommensbestimmungen vorgelegt werden können. Dementsprechend bestimmt Art. 111 Abs. 4 des EWR-Abkommens im Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren: «Fragen, die die Auslegung von Bestimmungen [der Unionsverträge oder der aufgrund dieser Verträge erlassenen Rechtsakte] betreffen, dürfen in einem solchen Verfahren nicht behandelt werden.» Art. 29 Abs. 3 des Zollabkommens ist dieser Vorschrift nachgebildet.

Anders als das Zollabkommen wurden das Kernfusionsabkommen sowie das Versicherungsabkommen zeitlich vor den erwähnten Gutachten des EuGH abgeschlossen. Sie enthalten keine vergleichbare inhaltliche Begrenzung der Schiedsgerichtsbarkeit. Im Gegenteil, diese bezieht sich ausdrücklich auch auf Auslegungsfragen. Ob dies im Lichte der erwähnten Gutachten zulässig ist, hängt davon ab, ob die Abkommen Bestimmungen enthalten, welche mit solchen des Unionsrechts identisch sind. Das ist im Fall des Versicherungsabkommens klarerweise der Fall, geht es doch hier um die Niederlassungsfreiheit, einschliesslich des Verbots von Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit. Die Auslegung solcher Bestimmungen kann nach der erwähnten EuGH-Rechtsprechung einem Schiedsgericht nicht vorgelegt werden.

Weniger deutlich erscheint die Lage im Kernfusionsabkommen, das von seiner Art her ein blosses Kooperationsabkommen darstellt. Es ist fraglich, ob es dem EU-Recht entsprechende Bestimmungen enthält. Das Abkommen zielt auf

<sup>10</sup> EuGH Gutachten 1/00 (*Einheitlicher Luftraum*), Slg. 2002, I-3493. Hierzu etwa die Besprechung von FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE in 39 CML Rev (2002), 1373-1393.

<sup>11</sup> Dies ist äusserst selten und zeigt die Wichtigkeit des Gutachtens.

<sup>12</sup> EuGH, Gutachten 1/09 (*Patentgericht*) vom 8. März 2011 (Plenum), noch nicht in der Sammlung der Rechtsprechung veröffentlicht. Das im Gutachten u.a. zur Diskussion stehende einheitliche Patentgericht wäre auch für die Schweiz zuständig gewesen. Zu diesem Gutachten CARL BAUDENBACHER, *The EFTA Court remains the only Non-EU-Member States Court – Observations on Opinion 1/09*, European Law Reporter 2011, 236-242, sowie die Besprechung von MONICA CLAES & ALISON McDONNELL, welche in der Common Market Law Review 2012 erscheinen wird.

die Zusammenlegung der Forschungsbemühungen der Vertragsparteien auf dem Gebiet der kontrollierten Kernfusion und der Plasmaphysik. Zu diesem Zweck assoziieren die Vertragsparteien bestimmte Forschungsprogramme. Nach Art. 2 Abs. 1 verpflichtet sich die Schweiz dazu, mit dem Schweizer Programm «die langfristigen Ziele und die Formen der Zusammenarbeit des Euratom-Programms» zu übernehmen. Diese wiederum sind naturgemäss im Euratom-Recht definiert, welches im weiteren Sinne zum EU-Recht gehört.<sup>13</sup> Offen ist, ob dies reicht, um eine dem EU-Recht entsprechende Bestimmung anzunehmen; es erscheint nach der hier vertretenen Auffassung nicht ausgeschlossen.

Insgesamt ergibt sich somit, dass aus der Sicht des EU-Rechts ein Schiedsverfahren nur in engem Rahmen<sup>14</sup> vorgesehen werden kann, nämlich zur Lösung von Streitigkeiten, bei denen es nicht um die Auslegung von Bestimmungen geht, welche mit entsprechenden Bestimmungen des EU-Rechts identisch sind. Wie das Beispiel des durch die EU-Mitgliedstaaten abgeschlossenen Schiedsübereinkommens<sup>15</sup> zeigt, gilt dies etwa für den Bereich der Doppelbesteuerung (vor der Revision von Lissabon enthielt der EG-Vertrag in Art. 293 eine ausdrückliche Bestimmung über die Kompetenz der Mitgliedstaaten in diesem Bereich; im bilateralen Recht kommt dieses Thema nur im speziellen Zusammenhang im Abkommen über die Ruhegehälter von EU-Beamten und -Beamtinnen<sup>16</sup> zur Sprache). Das Schiedsübereinkommen sieht ein Streitbeilegungsverfahren mit einem Beratenden Ausschuss für Fälle vor, in denen es bei Unternehmen verschiedener EU-Mitgliedstaaten infolge einer bei einem Unternehmen in einem Mitgliedstaat vorgenommenen Gewinnberichtigung nach oben zu Doppelbesteuerung kommt. Ein weiteres Beispiel ist – wie erwähnt – das Zollabkommen, welches die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens im Zusammenhang mit Streitigkeiten über die Verhältnismässigkeit von Sanktionen vorsieht.

Was wäre nun aber, wenn die Schweiz im Zusammenhang mit einer Streitigkeit über Auslegungsfragen zur Niederlassungsfreiheit nach dem Versiche-

<sup>13</sup> Seit der Revision von Lissabon hat Euratom eine von der EU unabhängige Rechtsstellung als vorher; vgl. hierzu z.B. CHRISTA TOBLER & JACQUES BEGLINGER, *Essential EU Law in Charts*, 2<sup>nd</sup> Lisbon edition, Budapest: HVG-Orac 2010, Charts 21 und 22.

<sup>14</sup> Gänzlich unmöglich ist es aber nicht; vgl. dagegen CARL BAUDENBACHER, «*Helvetische Lösung*» *mit der EU kaum möglich*, NZZ vom 3. Januar 2012, S. 15.

<sup>15</sup> Übereinkommen 90/436/EWG zur Vermeidung der Doppelbesteuerung für den Fall der Gewinnberichtigung zwischen verbundenen Unternehmen, ABl. 1990 L 225/10, sowie das Protokoll hierzu vom 23. Juli 1990, ABl. 1999 C 202/1.

<sup>16</sup> Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von in der Schweiz ansässigen ehemaligen Beamten der Organe und Agenturen der Europäischen Gemeinschaften, für die Schweiz SR 0.672.926.81 (soweit ersichtlich nicht im Amtsblatt der EU veröffentlicht).

rungsabkommen auf das Schiedsverfahren zurückgreifen möchte – etwas, was nach dem EU-Recht in seiner heutigen Auslegung nicht zulässig ist? Zunächst ist denkbar, dass die EU versuchen würde, das Verfahren zu verhindern. Nach dem Abkommen ernennen die Parteien je einen Schiedsrichter bzw. eine Schiedsrichterin, welche sich anschliessend auf eine Vorsitzende bzw. eine Vorsitzenden zu einigen haben. Die EU könnte also versucht sein, schlicht und einfach die Ernennung «ihres» Richter oder «ihrer» Richterin zu unterlassen. Allerdings sieht das Versicherungsabkommen (gleich wie das Kernfusionsabkommen) für diesen Fall vor, dass der Präsident des Internationalen Gerichtshofs in Den Haag für eine Ersatzvornahme angerufen werden kann. Gleiches gilt auch, wenn sich die Parteien nicht über den Vorsitz einigen können. Dies wäre aber noch nicht das Ende der praktischen Probleme, denn die Schiedsklausel im Versicherungsabkommen schweigt (gleich wie jene in den Kernfusions- und Zollabkommen) über verschiedene wichtige Punkte, darunter etwa die Ablehnung von Richterinnen und Richtern, den Ort der Schiedsgerichtsbarkeit, den Zeitrahmen für das Verfahren, das vom Schiedsgericht anzuwendende Recht und die Durchsetzbarkeit seiner Entscheidung.

Ausserdem: Die Klausel im Zollabkommen, das ja laut Bundesrat für künftige Regelungen als Modell dienen soll, ist noch viel unvollständiger. Hier hängt die Bestellung eines Schiedsgerichts gänzlich vom (politischen) Willen der Parteien ab. Auch hier bestimmt jede der Parteien einen Richter bzw. eine Richterin. Der oder die Vorsitzende wird hier vom Gemischten Ausschuss aus einer von diesem aufgestellten Liste von sieben Personen ausgewählt. Für den Fall, dass diese Ernennungen nicht erfolgen, enthält das Abkommen aber keinerlei Regelung. Insbesondere ist keine Ersatzvornahme durch eine aussenstehende Instanz vorgesehen. Mangels Benennung des anwendbaren Rechts kann hierfür auch nicht auf ein nationales Recht oder ein internationales Modell (z.B. die UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung) zurückgegriffen werden. Mit anderen Worten: Hier ist es durchaus möglich, dass eine Partei die Bestellung des Schiedsgerichts und damit das ganze Verfahren verhindert. Darin liegt ein wesentlicher Stolperstein, und zwar auch mit Bezug auf Fragen, die aus rein rechtlicher Sicht durchaus einem Schiedsgericht vorgelegt werden könnten. Wenn künftige Abkommen Schiedsklauseln enthalten sollen, so müssen diese deshalb unbedingt die für ihre praktische Anwendung notwendigen Elemente enthalten. Andernfalls läuft die Schiedsklausel letztlich darauf hinaus, dass sich die Parteien faktisch gar nicht wirklich auf die Durchführung von Schiedsverfahren geeinigt haben.

Ergänzend ist zu bemerken, dass im Anwendungsbereich des WTO-Rechts auf den dort vorgesehenen Streitschlichtungsmechanismus ausgewichen werden kann, gelten doch die Bestimmungen der bilateralen Abkommen unbeschadet und unter Vorbehalt der Verpflichtungen aus der Mitgliedschaft der Ver-

tragsparteien in der Welthandelsorganisation (WTO).<sup>17</sup> Allerdings ist dies im Zusammenhang mit dem bilateralen Recht unterstehenden Themen meines Wissens bisher noch nie vorgekommen. Auch hier könnten politische Faktoren mitspielen. Und schliesslich noch ein juristisches Kuriosum: Im Landwirtschaftsabkommen<sup>18</sup> findet sich ein Spezialfall, in welchem die Anrufung der WTO-Streitschlichtungsmechanismen für die Schweiz (und nur für sie) ausgeschlossen wird. Nach der Gemeinsamen Erklärung zum Anhang 11 betreffend veterinärhygienische und tierzüchterische Massnahmen im Handel mit lebenden Tieren und tierischen Erzeugnissen verfolgt die Europäische Kommission in Zusammenarbeit mit den betreffenden Mitgliedstaaten die Entwicklung der Rinderseuche BSE und die Massnahmen genau, welche die Schweiz zu ihrer Bekämpfung erlassen hat. In diesem Zusammenhang verpflichtet sich die Schweiz, im Rahmen der WTO kein Verfahren gegen die Europäische Union oder ihre Mitgliedstaaten einzuleiten.

Aus alledem wird eines deutlich: Sollten der Bundesrat und die Europäische Kommission in künftige bilaterale Abkommen Schiedsklauseln nach dem Modell des Zollabkommens hineinschreiben, so besteht die reelle Gefahr, dass die getroffene Regelung über die Bedeutung eines Papiertigers nicht hinauskommt. Dabei ist bemerkenswert, dass das Zollabkommen – immerhin das jüngste unter den drei besprochenen Abkommen – eine Regelung vorsieht, welche aus der Perspektive der Schiedsgerichtsbarkeit mangelhafter ist als die beiden älteren Abkommen. Ob die EU und die Schweiz als Vertragsparteien neuer Abkommen oder aber bei der Schaffung einer allfälligen übergreifenden Lösung für das gesamte bilaterale Recht einem Rückgriff auf das alte Modell sowie dessen Ausbau durch weitere griffige Elemente zustimmen würden, ist offen.

<sup>17</sup> Gemeinsame Erklärung zu den Bilateralen Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der Schweiz, Schlussakte zum Landwirtschaftsabkommen von 1999.

<sup>18</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, für die Schweiz SR 0.916.026.81, für die EG (bzw. heute die EU) ABl. 2002 L 114/132.