

Michael Ambühl / Daniela S. Scherer

Zum Entwurf des Institutionellen Abkommens Auf der Suche nach einem Interessenausgleich

Ein institutionelles Abkommen ist aus Sicht der EU nötig – und aus Schweizer Sicht sogar wünschbar, falls die aufgrund der dynamischen Rechtsübernahme notwendigen abfedernden Massnahmen von der Innenpolitik als hinreichend wahrgenommen werden. Im vorliegenden Text werden im Hinblick auf ein entsprechendes Verhandlungsergebnis konkrete Präzisierungsvorschläge formuliert: Ausnahmen von der Rechtsübernahmepflicht in vitalen Bereichen, Vereinfachung des Streitbeilegungsprozesses, Relativierung der Guillotine-Klausel.

Beitragsarten: Beiträge
Rechtsgebiete: Europarecht

Zitiervorschlag: Michael Ambühl / Daniela S. Scherer, Zum Entwurf des Institutionellen Abkommens, in: Jusletter 4. Februar 2019

Inhaltsverzeichnis

1. Hintergrund
 - 1.1. Relevante Aspekte in der Entstehung der Bilateralen I und II
 - 1.2. Der statische Charakter der bilateralen Verträge
 - 1.3. Der Wunsch der EU nach einem neuen Gleichgewicht
2. Verhandlungen über ein neues Gleichgewicht
 - 2.1. Interessenlage
 - 2.2. Verhandlungsergebnis
 - 2.3. Einschätzung
3. Weiteres Vorgehen
 - 3.1. Entscheidungssituation des Bundesrates
 - 3.2. Konkrete Vorschläge für allfällige Weiterverhandlungen
4. Weitere Aspekte
5. Schlussfolgerungen

1. Hintergrund

1.1. Relevante Aspekte in der Entstehung der Bilateralen I und II

[Rz 1] Verhandlungen dienen – so die einschlägige Definition – der Suche nach einem Interessenausgleich zwischen zwei oder mehreren Parteien. Trotz Ablehnung des EWRs Ende 1992 durch das Schweizer Volk, blieben Bern und Brüssel überzeugt, dass das bilaterale Verhältnis angesichts der engen Bindungen nicht nur auf dem Freihandelsabkommen von 1973 beruhen sollte. So wurde die Suche nach einem entsprechenden Interessenausgleich aktuell. Die beiden Parteien explorierten ab Anfang 1993 Möglichkeiten einer engeren Zusammenarbeit auf der Basis von sektoriellen, bilateralen Abkommen. Diese Explorationsgespräche, klassische Vorverhandlungen, drehten sich primär um die Liste der Verhandlungsthemen. Der Schweizer Vorschlag einer 16er Liste stiess in der EG auf wenig Gegenliebe und wurde von ihr auf 5 Themen reduziert und mit den 2 Themen «Personenfreizügigkeit» und «Landwirtschaft» ergänzt. Im Herbst 1993 konnten die Verhandlungen über die 7 Themen¹ beginnen, die später als Bilaterale I bezeichnet wurden. Sie wurden gemäss Brüsseler Vorgabe «einem angemessenen Parallelismus» unterstellt, der in eine Ausserkraftsetzungs-Verknüpfung aller 7 Abkommen mündete, der sogenannten Guillotine.

[Rz 2] Die Verhandlungen wurden allerdings im Februar 1994, einen Tag nach der Annahme der Alpeninitiative², von der europäischen Kommission solange unterbrochen, bis der Bundesrat genau erklären konnte, wie er den neuen Verfassungsartikel binnenmarktkompatibel umzusetzen gedachte. Die Verhandlungen wurden im Herbst 1994 wieder freigegeben. Sie dauerten bis Ende 1998. Nach der Annahme der Bilateralen I im Frühling 2000 durch das Schweizer Stimmvolk vereinbarten die beiden Parteien erneut, einen Ausbau des bilateralen Vertragswerkes ins Auge zu fassen, indem sie in weiteren 9 Themen³ Verhandlungen aufnahmen (Bilaterale II). Auch deren Resultate und die Folgeabstimmungen bezüglich der geografischen Ausdehnung der Personenfreizügigkeit wurden in der Schweiz, soweit es zu Referenden kam, stets relativ gut angenom-

¹ Personenfreizügigkeit, Technische Handelshemmnisse (MRA), Öffentliches Beschaffungswesen, Landwirtschaft, Landverkehr, Luftverkehr, Forschung.

² Art. 84 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

³ Schengen/Dublin, Zinsbesteuerungsabkommen, Betrugsbekämpfung, Landwirtschaftliche Verarbeitungsprodukte, Umwelt, Statistik, MEDIA (Kreatives Europa), Ruhegehälter, Bildung, anfänglich war auch noch ein Dienstleistungsabkommen dabei.

men. Im ersten dieser Referenden, im Mai 2000 über die Bilateralen I, spielte das Argument der statischen⁴ – aber revisionsfähigen – Verträge eine entscheidende Rolle⁵. Damit konnte ein wichtiger Grund, der wohl mitverantwortlich für das EWR-Nein war – der dynamische Charakter des EWRs –, ausgeräumt werden. Man konnte erklären, dass die Bilateralen keine «Satellitisierung» – ein Schlagwort in der EWR-Debatte – mit sich bringen würden, «weil die gesetzgeberische Autonomie», im Unterschied zum EWR, «beibehalten» würde.⁶

[Rz 3] Die basisdemokratisch legitimierten Abkommen erlauben den Schluss, dass das bilaterale Vertragswerk aus Schweizer Sicht in einem Gleichgewicht war und ein Interessenausgleich mit der EU gefunden werden konnte. Sicherlich musste auch aus der Sicht der EU und deren Mitgliedstaaten ein Gleichgewicht bestanden haben, ansonsten sie die Verhandlungsergebnisse nicht akzeptiert hätten. Äusserungen über angebliche «Rosinenpickerei» durch die Schweiz waren und sind nicht fundiert und verkennen die Zielstrebigkeit und den Professionalismus der Brüsseler Verhandlungspartner.

1.2. Der statische Charakter der bilateralen Verträge

[Rz 4] Seit längerem drängt nun aber die EU auf eine Modifizierung des Vertragswerkes, weil dieses für sie offenbar nicht mehr im Gleichgewicht zu sein scheint. Das bestehende Vertragswerk beruht auf Teilen des EU-Acquis und ist statisch. Wie die meisten Rechtstexte entwickelt sich auch der EU-Acquis laufend weiter, was zu einem gewissen Auseinanderdriften der bilateralen Abkommen und des gültigen EU-Rechts führen kann. Solche Unterschiede können gegenläufig zum ursprünglichen Ziel sein – nämlich der Sicherstellung der gleich langen Spiesse für Schweizer und EU Akteure. Bis anhin haben die EU und die Schweiz im Gemischten Ausschuss jeweils eine Lösung gesucht. Dabei hatte die Schweiz die Möglichkeit, eine für sie unerwünschte Änderung im EU-Recht nicht zu übernehmen, während die EU ihrerseits das Recht hatte, der Schweiz Änderungen zu verweigern.

[Rz 5] Die Sicherstellung, dass sich der EU-Acquis nicht zu sehr vom bilateralen Vertragswerk weg entwickelt, erfordert folglich Verhandlungen, welche aus Sicht der EU zunehmend als aufwändig beurteilt werden. Aus Schweizer Sicht besteht das Risiko, dass die EU der Schweiz wichtige Anpassungen nur zugesteht, wenn sie Konzessionen in anderen Bereichen erhält.⁷

[Rz 6] Weshalb hat die EU überhaupt der Natur der bilateralen Verträge, die keine Übernahmepflicht vorsehen, zugestimmt? Möglicherweise ging die EU davon aus, dass die bilateralen Ver-

⁴ Präzisierung zum Begriff «statisch»: Die sogenannten statischen Abkommen wurden zwar in der Vergangenheit immer wieder angepasst, es besteht aber kein Grundsatz und keine Pflicht zur Übernahme von neuem Recht. Sie sind folglich nicht statisch im Sinne, dass sie nicht revisionsfähig wären. Der Einfachheit halber werden wir im Folgenden aber von statischen Verträgen sprechen. Nur im politisch wenig heiklen Abkommen über den Luftverkehr der Bilateralen I und im politisch sensibleren Schengen/Dublin der Bilateralen II ist die Schweiz jeweils gehalten, die Rechtsentwicklungen der EU zu übernehmen.

⁵ Im politisch wenig heiklen Abkommen über den Luftverkehr der Bilateralen I und im politisch sensibleren Schengen/Dublin der Bilateralen II ist die Schweiz jeweils gehalten, die Rechtsentwicklungen der EU zu übernehmen. Ausserdem wurde das Güterverkehrsabkommen von 1990 im Jahre 2009 formell durch das erweiterte Zollsicherheitsabkommen ersetzt, welches auch dynamisch ausgestaltet ist.

⁶ Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, vom 23. Juni 1999, p. 6131.

⁷ Beispielsweise drohte letzthin EU-Kommissar Hahn, dass die bestehenden bilateralen Abkommen ohne institutionelles Abkommen nicht mehr aktualisiert werden. Vgl. «Tages-Anzeiger» vom 18. Dezember 2018, «EU-Kommissar Johannes Hahn spielt den Ball zurück nach Bern», p. 4.

träge nur als Übergangslösung und als Hürdenabbau für einen Schweizer EU-Beitritt konzipiert waren. Dies auch vor dem Hintergrund, dass der Bundesrat den EU-Beitritt als strategisches Ziel definiert hatte. Die Idee hinter den bilateralen Verträgen wäre in dieser Logik eine schrittweise Integration in den Binnenmarkt gewesen, damit die weniger mehrheitsfähigen Änderungen, wie zum Beispiel die Öffnung für 40-Töner oder die Personenfreizügigkeit, bei einem Beitritt nicht alle auf einmal hätten eingeführt werden müssen. So gab es wohl Überlegungen, dass das bilaterale Vertragswerk die Schweiz immer näher an die EU bringen und damit einen EU-Beitritt erleichtern würde.

1.3. Der Wunsch der EU nach einem neuen Gleichgewicht

[Rz 7] Es ist anders gekommen. Die Skepsis einem EU-Beitritt gegenüber hat in der Schweiz in den letzten Jahren eher zu- als abgenommen. Gründe dafür sind wohl auch die zum Teil hausgemachten Schwierigkeiten der EU, wie die griechische Staatsschuldenkrise, der Euro, Haushaltschwierigkeiten in Italien, rechtsstaatlichen Probleme in Polen oder Ungarn, die Korruptionsproblematik in Rumänien, oder das «Überdehnen» der EU mit zu vielen Mitgliedsstaaten.⁸

[Rz 8] Die EU-Wahrnehmung, dass der bilaterale Weg nur eine Übergangslösung zum Schweizer Beitritt darstelle, muss entsprechend korrigiert worden sein. Unter diesem Blickwinkel ist es nachvollziehbar, dass die EU der Schweiz nicht länger eine vermeintliche «Spezialbehandlung» gewähren möchte. Das bilaterale Vertragswerk scheint für sie nicht mehr ganz im Gleichgewicht zu sein; sie will es daher in ein neues überführen. Während eine solche Forderung zwar legitim sein mag, kann man geltende Verträge nicht einfach so zugunsten einer Partei verändern. Es braucht eine Suche nach einem neuen Interessenausgleich im Sinne *beider* Parteien – dies zumindest aus Sicht der Verhandlungstheorie.

2. Verhandlungen über ein neues Gleichgewicht

2.1. Interessenlage

[Rz 9] Im Wesentlichen geht es der EU darum, das Streitbeilegungsverfahren zu verbessern und die Übernahme von Weiterentwicklungen des EU-Acquis grundsätzlich dynamisch auszugestalten. Dabei hat sie das Ziel, die Homogenität der Rechtsentwicklung und -auslegung in jenen Bereichen, in denen die Schweiz am Binnenmarkt teilnimmt, zu garantieren. Sie möchte diese Forderungen in einem neuen Abkommen festhalten. Das Homogenitätsziel ist in der Logik des Binnenmarktes per se begründet. Dazu kommt, dass die EU einerseits wegen ihrer Erweiterung politisch heterogener geworden ist und andererseits im Wirtschafts-Wettbewerb mit den Supermächten USA und China gefordert ist. Dies bedingt Protektion des Binnenmarktes durch klare Homogenitätsregeln.

⁸ An dieser Stelle möchten wir betonen, dass aus unserer Sicht die Osterweiterung eine historische Leistung der EU war und die Integrationsbemühung der Osteuropäer bemerkenswert und auch im Interesse der Schweiz ist. Gerade deshalb sollte sich die Schweiz durchaus grosszügig – oder vielleicht sogar noch grosszügiger – finanziell mit einem Kohäsionsbeitrag beteiligen.

[Rz 10] Auch der Bundesrat hat schon relativ bald nach der Genehmigung der Bilateralen II, resp. Schengen/Dublin, in den Nullerjahren signalisiert⁹, dass es im Interesse der *Schweiz* sein könnte, mit der EU ein neues Abkommen auszuhandeln (damals als eine Art «Dacherlass/Rahmenabkommen» bezeichnet), um den institutionell unterschiedlich abgestützten bilateralen Verträgen eine einheitliche und kohärente Basis zu geben und damit insbesondere:

- i. die Koordination bei der Verwaltung der bilateralen Abkommen und deren Monitoring zu fördern,
- ii. eine Struktur für einen politischen Dialog zu erhalten und
- iii. eine Plattform für die Weiterentwicklung der bilateralen Beziehungen zu schaffen.

[Rz 11] Eine dynamische Rechtsübernahme hatte man seitens der Schweiz damals nicht im Visier – obwohl eine solche nicht a priori negativ sein muss. Insbesondere besteht dann – wie erwähnt – nicht das Risiko, bei den Verhandlungen über die Übernahme neuen Rechts ungerechtfertigte Konzessionen machen zu müssen, weil die Neuerungen der Schweiz rechtlich zustehen. Ebenso kann ein modifiziertes Streitbeilegungsverfahren auch im Interesse der Schweiz sein.

[Rz 12] Obwohl die beiden von der EU dezidiert vorgetragenen Wünsche innenpolitisch nicht ganz unproblematisch waren, hat der Bundesrat, sicherlich zu Recht, nicht einfach «Nein», sondern «Ja, aber» gesagt, in der Absicht, in den Verhandlungen einen Interessenausgleich zu erzielen.

2.2. Verhandlungsergebnis

[Rz 13] Der Vertragsentwurf¹⁰ des institutionellen Abkommens wurde bereits an anderer Stelle umfassend beleuchtet.¹¹ Wir greifen hier nur die aus unserer Sicht zentralen Punkte auf:

- i. Der Vertragsentwurf zeigt, dass es grundsätzlich möglich ist, ein institutionelles Abkommen auszuhandeln.
- ii. Ein neues Organ, der sogenannte horizontale Gemischte Ausschuss, könnte dazu beitragen, den politischen Dialog zwischen der Schweiz und der EU zu fördern.
- iii. Der Streitbeilegungsprozess sieht vor, dass bei Uneinigkeiten, für die im Gemischten Ausschuss keine Lösung gefunden werden kann, ein paritätisch zusammengesetztes Schiedsgericht angerufen werden kann. Dessen Urteile sind für beide Parteien verbindlich. Sobald in einem Streitfall eine Frage betreffend die Auslegung/Anwendung von EU-Rechtsakten oder betreffend übernommenen unionsrechtlichen Begriffen aufkommt, muss das Schiedsgericht

⁹ Postulat Stähelin (05.3564) vom 5. Oktober 2005 «Rahmenvertrag zwischen der Schweiz und der EU», das einen Bericht über den Stellenwert eines Rahmenvertrages fordert und vom BR am 26. Oktober 2005 angenommen wurde.

¹⁰ Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération Suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe, 23. November 2018 – version finale (InstA), (https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/accord-inst-projet-de-texte_fr.pdf, alle Websites zuletzt besucht am 23. Januar 2019).

¹¹ ASTRID EPINEY, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU, in: Jusletter 17. Dezember 2018; CHRISTA TOBLER, JACQUES BEGLINGER, Tobler/Beglinger-Brevier zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, Ausgabe 2019-01.3, (<http://www.eur-charts.eu/books/institutional-negotiations-ch-eu>); MARKUS NOTTER, Institutionelles Rahmenabkommen – ein europapolitischer Zwischenruf, in: Zeitschrift für Europarecht 1/2019.

aber den Europäischen Gerichtshof (EuGH) befassen. Dessen Urteile sind für das Schiedsgericht verbindlich.¹² Da es sich bei den bilateralen Verträgen naturgemäss meistens um EU-Recht handelt, dürfte daher meistens die Entscheidung des EuGHs ausschlaggebend sein.

- iv. Mit dem institutionellen Vertrag wird die bestehende Ausserkraftsetzungs-Verknüpfung der Bilateralen I («Guillotine») letztlich weiter ausgedehnt:

Bei einer Kündigung des institutionellen Abkommens, treten innert 6 Monaten nicht nur das institutionelle Abkommen selber, sondern auch alle zukünftigen Verträge, die sich auf das institutionelle Abkommen beziehen, ausser Kraft. Zudem treten auch die 5 betroffenen Abkommen des Bilateralen I Pakets ausser Kraft, sollten sich die Parteien nicht innert 3-Monats-Frist anders einigen.¹³ Der «Default value» bezüglich den 5 betroffenen Abkommen ist somit die Kündigung. Aufgrund der bestehenden Guillotine-Klausel in den Bilateralen I¹⁴, müssten im Falle einer Kündigung der 5 betroffenen Abkommen¹⁵ die verbleibenden 2 Abkommen¹⁶ auch ausser Kraft treten.

Zusammenfassend werden im «Default value» bei einer Kündigung des institutionellen Abkommens, neben diesem auch alle zukünftigen Abkommen, die sich auf das institutionelle Abkommen beziehen, plus – im Falle einer Nicht-Einigung – das gesamte Bilaterale I Paket wie wohl auch Schengen/Dublin ausser Kraft gesetzt.

- v. Es besteht in gewissen für die Schweiz zentralen Fragen, wie zum Beispiel im Landverkehr, eine explizite Ausnahme der Rechtsübernahmepflicht. Bemerkenswert ist, dass die flankierenden Massnahmen, die durch das Abkommen teilweise eingeschränkt würden, nicht in ihrer Ganzheit auf dieser Liste sind. Ähnlich dazu wird die Unionsbürgerrichtlinie in diesem Zusammenhang nicht erwähnt.

2.3. Einschätzung

[Rz 14]

- i. Grundsätzlich wäre es aus Schweizer Sicht gut, ein institutionelles Abkommen zu haben. Es verhilft dem bilateralen Weg zur bisher fehlenden institutionellen Grundlage. Gerade neben anders gelagerten Partnerschaften wie einem Freihandelsabkommen, das zu wenig weit geht, und dem EWR- oder EU-Beitritt, die innenpolitisch zur Zeit nicht mehrheitsfähig sind, ist es im Interesse der Schweiz, den bilateralen Weg auf ein solideres Fundament zu stellen.
- ii. Mit dem Horizontalen Ausschuss als potentiell Gefäss für einen geregelten politischen Dialog konnte ein wichtiges Ziel erreicht werden.
- iii. Da Art. 10 vorsieht, den EuGH zu konsultieren, sobald in einem Streitfall EU-Recht betroffen ist, dürfte es sich in den meisten Fällen um ein eigentliches EuGH-Verfahren handeln.

¹² Art. 10(3) Institutionelles Abkommen (InstA).

¹³ Art. 22(2) InstA.

¹⁴ Z. B. diejenige im Personenfreizügigkeitsabkommen Art. 25(3) (FZA, SR 0.142.112.681).

¹⁵ Art. 2(2) InstA.

¹⁶ Öffentliches Beschaffungswesen und Forschung. Dazu kommt, dass Schengen/Dublin aus Sicht der EU nur in einem Personenfreizügigkeitsraum praktikierbar ist. Damit dürfte mit dem Wegfall der Bilateralen I auch Schengen/Dublin wegfallen.

Selbstverständlich ist der EuGH eine achtenswerte und integre Instanz. Vermutlich ist dies aber nicht eine hinreichende Bedingung, um innenpolitische Bedenken bezüglich der Unparteilichkeit aus dem Weg zu räumen.

- iv. Dadurch, dass der EU bei Schweizerischem «Fehlverhalten» (nicht richtige Anwendung von bestehendem oder Nichtübernahme von neuem EU-Recht) Ausgleichsmassnahmen zugestanden werden, besteht keine *politische* Rechtfertigung mehr für eine Guillotine.
- v. Da die bestehenden flankierenden Massnahmen nicht in ihrer Gesamtheit von der dynamischen Rechtsübernahme ausgenommen werden konnten, sondern zusätzlich geschmälert wurden, wird das Abkommen von den Gewerkschaften kritisiert. Der Unmut rührt unter anderem auch daher, dass die flankierenden Massnahmen von der Schweiz stets als rote Linie bezeichnet wurden.

Ähnlich verhält es sich auch mit der ungeklärten Situation der Unionsbürgerrichtlinie und den Unsicherheiten bezüglich den staatlichen Beihilfen, die von verschiedenen Akteuren respektive von den Kantonen kritisiert werden.

Damit dürfte das Abkommen innenpolitisch einen schwereren Stand haben.

[Rz 15] Alles in allem: Die von der EU geforderte Dynamisierung der Rechtsübernahme ist für einen am Brüsseler Entscheidungsprozess nicht beteiligten Drittstaat nicht leicht zu akzeptieren. Freilich kann man diesbezüglich entgegenhalten, die Nichtbeteiligung sei selbstverschuldet, der Drittstaat könne ja beitreten oder auf die Vorteile der Binnenmarkt-Assoziation verzichten.

[Rz 16] Aus unserer Sicht ist jedoch der Grundsatz der Dynamisierung zu akzeptieren. Dieser sollte aber durch abfedernde Massnahmen flankiert werden, die angesichts deren geringen praktischen Bedeutung für die EU akzeptierbar sein sollten. Dabei könnte sich die Schweiz von entsprechenden, bereits ausgehandelten Massnahmen in den schon dynamischen Abkommen, insbesondere dem Zollsicherheitsabkommen von 2009, inspirieren lassen. Der Bundesrat ist unseres Erachtens auf kluge Weise auf die Forderungen des grossen Partners eingegangen und hat sich darum bemüht, einen Ausgleich der Interessen zu finden: Dort die Forderung nach Dynamisierung, hier der Wunsch nach abfedernden Massnahmen. Die Frage sei aber erlaubt, ob mit dem vorliegenden Entwurf bereits ein neues, echtes Gleichgewicht gefunden worden sei. Aufgrund der vorliegenden Rückmeldungen aus Politik und Wirtschaft muss man, im jetzigen Zeitpunkt, zu einer diesbezüglich skeptischen Beurteilung kommen.

3. Weiteres Vorgehen

3.1. Entscheidungssituation des Bundesrates

[Rz 17] Der Bundesrat wird bald vor der Entscheidung stehen, ob er – nach der Konsultation – das Abkommen unterzeichnen und es ins ordentliche Genehmigungsverfahren (Parlament/Referendum) geben soll oder auf eine Weiterführung der Verhandlungen setzen will. Je nach Entscheidung des Bundesrates für oder gegen eine Unterzeichnung des Abkommens kommen unterschiedliche Konsequenzen zum Tragen. Diese schematisieren wir vereinfachend dargestellt in Abbildung 1.

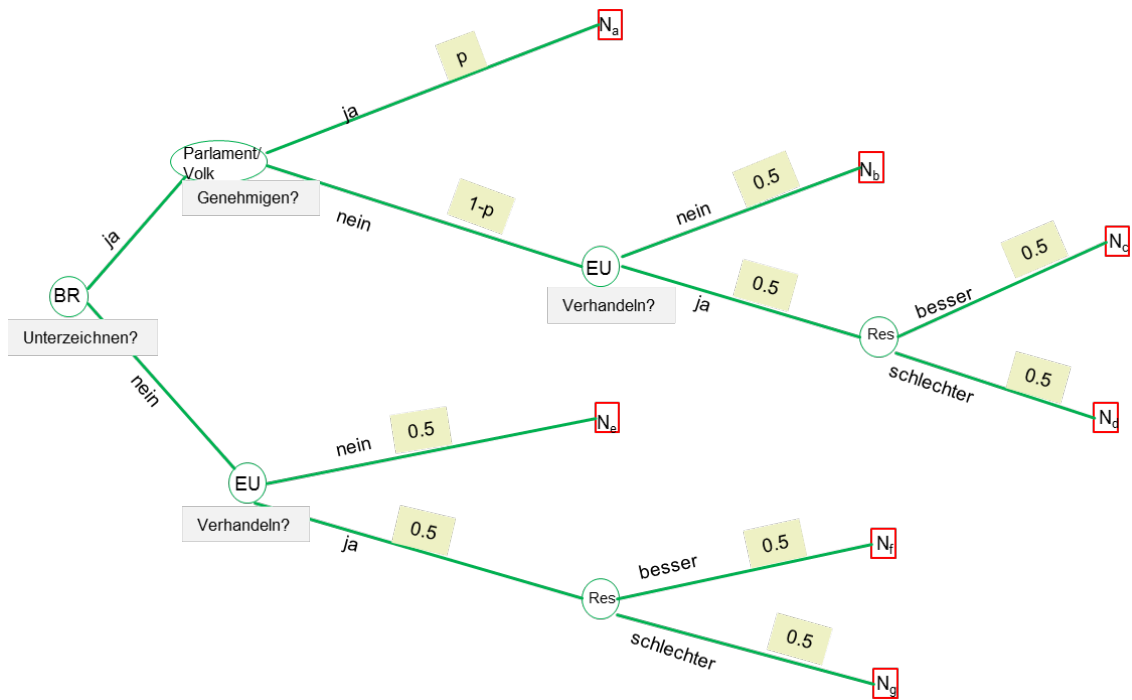


Abbildung 1: Schema des Entscheidungsbaums

[Rz 18] Entscheidet sich der Bundesrat für eine Unterzeichnung des Vertrags und genehmigt das Parlament den entsprechenden Bundesbeschluss, befindet das Volk im Falle eines Referendums über dessen Genehmigung. Bei einem Volks-Nein, müsste der Bundesrat eine Weiterführung der Verhandlungen mit der EU anstreben. Diese wiederum kann ihrerseits entscheiden, ob sie zu einer solchen Weiterführung bereit ist oder nicht. Im Falle einer Weiterführung der Verhandlungen kann das neue Verhandlungsergebnis (Res) entweder besser oder schlechter ausfallen.¹⁷

[Rz 19] Entscheidet sich der Bundesrat gegen die Unterzeichnung des Vertrags, müsste er sich direkt um die Weiterführung der Verhandlungen mit der EU bemühen. Auch in diesem Falle steht es der EU frei, einer Weiterführung zuzustimmen oder nicht, und auch hier stellt sich die Frage, ob das neue Verhandlungsergebnis besser oder schlechter ausfällt.¹⁸

[Rz 20] Eine zentrale Frage ist hierbei, ob die EU bereit ist, die Verhandlungen weiterzuführen. Es ist zu erwarten, dass sie aus taktisch naheliegenden Gründen eine Weiterführung der Verhandlungen während der Konsultationsphase ausschliessen wird. Sie dürfte auch wohllosiert den Druck auf die Schweiz erhöhen: Nichtanerkennung der Börsenäquivalenz, Bekanntgabe, dass sie keine Anpassungen der Verträge mehr machen werde, Nichtweiterführung der Forschungszusammenarbeit u.a.m. Die Einschätzungen zur tatsächlichen Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Weiterführung der Verhandlungen reichen in der Schweiz von «nicht realistisch» (Prof. ASTRID EPINEY) bis «Das müsste man in Brüssel erklären können». (BR JOHANN

¹⁷ Unter einem «besseren Abkommen» verstehen wir in diesem Zusammenhang einfachheitshalber eine Verbesserung in einem derartigen Ausmass, dass es vom Volk akzeptiert würde.

¹⁸ Ibid.

SCHNEIDER-AMMANN).¹⁹ Die Einschätzung der entsprechenden Wahrscheinlichkeit ist naturgemäss nicht leicht.

[Rz 21] Wir legen in unserer Analyse an dieser Stelle jedoch den Fokus auf die Wahrscheinlichkeit, mit der das Volk das Abkommen annimmt. Dabei gehen wir von folgender Arbeitshypothese aus: Eine Ablehnung des Verhandlungsergebnisses (resp. des Vertrages) kann auf Stufe Unterhändler, Bundesrat, Parlament oder Volk erfolgen. Je höher in der demokratischen Hierarchie die Ablehnung stattfindet, desto schwerwiegendere Konsequenzen in unseren Beziehungen zur EU dürfte es haben. Deshalb sollte ein Volks-Nein vermieden werden.

[Rz 22] Mit einer probabilistischen Analyse des Entscheidungsbaums in Abbildung 1 finden wir, dass die Aussage noch etwas präzisiert werden kann: Nach einer Nutzenbewertung der Szenarien haben wir eine Einschätzung der Wahrscheinlichkeiten vorgenommen.²⁰ Wir nehmen dabei an, dass das Volk den Vertragsentwurf mit einer Wahrscheinlichkeit von p annimmt und dementsprechend mit einer Wahrscheinlichkeit von $1-p$ ablehnt. Bei den anderen Entscheidungsästen haben wir – angesichts fehlender, genügend klarer Indizien – davon abgesehen, dem einen oder andern Ausgang klar die grössere/kleinere Chance zuzuordnen; wir gehen daher von einer 50-50 Wahrscheinlichkeit aus.²¹ Wir haben dann berechnet, für welches p ein Gleichgewicht zwischen einer Unterzeichnung und einer Ablehnung aus Sicht des Bundesrates besteht. Bei $p = 0.55$ wäre der Nutzen aufgrund dieses Modells, bei den gegebenen Annahmen, für die Ablehnung der Genehmigung des Bundesrats gleich gross wie für deren Annahme (Indifferenz/Break-even-point). Entsprechend, falls $p < 0.55$, dann hätte der Bundesrat einen grösseren Nutzen, wenn er den Vertragsentwurf ablehnt.²²

[Rz 23] Mit anderen Worten: Damit sich eine Unterzeichnung des Abkommens mit den angenommenen Nutzenbewertungen der Szenarien für den Bundesrat lohnt, bedarf es einer Wahrscheinlichkeit von mindestens 55 %, dass das Volk dem Vertrag zustimmen wird. (Diese Zahl besagt, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Vorlage eine Zustimmung erhält [d.h. vom Volk mit mehr als 50 % angenommen wird]; sie ist nicht zu verwechseln mit der Prozentzahl, mit der die Vorlage angenommen würde.) Sollte der Bundesrat hingegen zum Schluss kommen, dass das Abkommen in einer allfälligen Volksabstimmung mit einer kleineren Wahrscheinlichkeit als 55 % angenommen wird (z. B. nur mit einer Wahrscheinlichkeit von einem Drittel), sollte er eine Weiterführung der Verhandlungen anstreben.²³

¹⁹ Vgl. «NZZ» vom 15. Januar 2019, «Ein ausgewogenes Verhandlungsergebnis», p. 10; «NZZ» vom 21. Dezember 2018, «Das müsste man in Brüssel erklären können», p. 13.

²⁰ Wir haben folgende Annahmen getroffen: $N_a = 5$, $N_b = 0$, $N_c = 7$, $N_d = 2$, $N_e = 1$, $N_f = 10$, $N_g = 3$. Dafür haben wir das Spektrum $[0, 10]$ gewählt, wobei eine Ablehnung von Weiterverhandlungen seitens der EU nach einem Volks-Nein ($N_b = 0$) als schlechtesten Endzustand angenommen wird; demgegenüber wird als bester Endzustand ein besseres Verhandlungsergebnis nach der Ablehnung des Entwurfs durch den Bundesrat ($N_f = 10$) angenommen. Eine Annahme des jetzigen Vertragsentwurfs durch das Volk haben wir als mittleren Nutzen angenommen ($N_a = 5$) und die anderen Endzustände entsprechend dazwischen verteilt. Ausserdem nehmen wir an, dass nach einem Volks-Nein die Beziehungspflege und spätere Ausgangslage schlechter ist, als wenn der Bundesrat den Entwurf ablehnt (vgl. Ausführungen oben zur demokratischen Hierarchie).

²¹ Die Zahlen/Parameter in den schraffierten Boxen entsprechen den jeweiligen Wahrscheinlichkeiten.

²² Natürlich sind grundsätzlich auch andere Nutzenbewertungen der Szenarien möglich. Bei gleichbleibender Ordnung und ähnlichen Annahmen (vgl. Fn. 20, mit Fixpunkten 0, 5 und 10 sowie Einmischung der dazwischenliegenden Endzustände), z. B. $N_a = 5$, $N_b = 0$, $N_c = 7.5$, $N_d = 2.5$, $N_e = 1.25$, $N_f = 10$, $N_g = 3.75$, müsste die Wahrscheinlichkeit, dass das Volk den Vertrag annimmt über 0.375 sein, damit sich die Genehmigung lohnt. Das heisst immer noch über einem Drittel.

²³ Wir möchten den Aussagewert der hier vorgenommenen quantitativen Betrachtung nicht überbewerten, sondern mit ihr lediglich dazu beitragen, aufzuzeigen, dass es bei der anstehenden Entscheidung um eine nüchterne

3.2. Konkrete Vorschläge für allfällige Weiterverhandlungen

[Rz 24] Die aus unserer Sicht als innenpolitisch sensibel wahrgenommenen Themen sind die Frage des Lohnschutzes bzw. des sozialen Friedens, der Unionsbürgerrichtlinie, der Rechtsübernahmepflicht, der Guillotine und der Rolle des EuGHs. Diese innenpolitischen Bedenken können aus dem Weg geräumt werden, indem bei der Rechtsübernahmepflicht einige Ausnahmen zugesichert werden und das Streitbeilegungsverfahren vereinfacht wird. Mit diesen Änderungen würden aus unserer Sicht keine fundamentalen Korrekturen an den EU-Forderungen erfolgen, weil die Schweiz nach wie vor die zentralen, gerechtfertigten Anliegen der EU in Bezug auf die Sicherstellung der Homogenität des Binnenmarktes erfüllen würde. Die Änderungen führen zu einem Streitbeilegungsverfahren, dem die EU bereits in einer ähnlichen Form im Zollsicherheitsabkommen von 2009 zugestimmt hat.²⁴ Auch bei diesen Verhandlungen drängte die EU auf eine dynamische Rechtsübernahme, um das gleichwertige Sicherheitsniveau zwischen der Schweiz und der EU sicherzustellen.

[Rz 25] Vor diesem Hintergrund schlagen wir für die Weiterführung der Verhandlungen²⁵, die folgenden 3 abfedernden Massnahmen vor:

- i In vitalen Bereichen sollte eine *Ausnahme von der Übernahmepflicht* erhalten werden, wie dies der Bundesrat bereits in einigen Fällen erreicht hat (zum Beispiel bei den bestehenden Sonderregelungen im Bereich Landverkehr²⁶ oder bei der doppelten Strafbarkeit [Bankgeheimnis]²⁷). Zusätzlich zu diesen Verhandlungserfolgen müssten hier der Arbeitnehmerschutz, sowie andere in der Schweiz als vital angesehene Bereiche (z. B. die Unionsbürgerrichtlinie und gegebenenfalls die Staatsbeihilfen) auch miteingeschlossen sein. Damit die EU eine solche Liste von Ausnahmen akzeptiert, sollte diese nur vitale Themen beinhalten und kurz sein. Die entsprechend notwendige Priorisierung sollte durch die Schweiz vorab erfolgen.
- ii Gemäss Erläuterung des Bundes vom 16. Januar 2019²⁸, wird zwischen der Nicht-Übernahme von *neuem* Recht einerseits (Anhang C.1.) und der Anwendung und Auslegung von *bestehendem* Recht andererseits (Anhang C.2.) unterschieden.

Nutzen- und Interessenabwägung gehen sollte – über die man selbstverständlich unterschiedlicher Ansicht sein kann.

²⁴ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen (ZollA), SR 0.631.242.05, abgeschlossen am 25. Juni 2009, welches das Güterverkehrsabkommen von 1990 ersetzt hat.

²⁵ Angesichts der Tatsache, dass der Bundesrat das «derzeitige Verhandlungsergebnis» lediglich «zur Kenntnis nimmt», bringt er zum Ausdruck, dass er die Verhandlungen nicht notwendigerweise als abgeschlossen betrachtet. Somit würde es sich aus Schweizer Sicht bei zukünftigen Verhandlungen nicht um Neu-/Nachverhandlungen, sondern um die Weiterführung der Verhandlungen handeln, wissend, dass die EU dies anders sehen mag und die Verhandlungen einseitig als abgeschlossen betrachtet.

²⁶ Protokoll 2 InstA.

²⁷ Art. 7(5), Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, SR 0.362.31.

²⁸ Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, 16. Januar 2019, p. 6 f., 8 f., 17-18, (https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/InstA-Erlaeuterungen_de.pdf)

- a Vereinfachend dargestellt, wird im ersten Fall der EU bei einer, vom Schiedsgericht als unkorrekt angesehener, Nicht-Übernahme das Recht auf angemessene Ausgleichsmassnahmen konzidiert, deren Angemessenheit das Schiedsgericht überprüfen kann. → Dies scheint uns eine ausgewogene Lösung zu sein. Um jedoch eine allfällige Anrufung des EuGHs bei der Beurteilung der Legitimität der Nicht-Übernahme zu vermeiden, schlagen wir vor,
1. dass die Schweiz der EU in diesem Fall – *ohne Umweg*²⁹ über das Schiedsgericht – das Recht auf angemessene Ausgleichsmassnahmen konzidiert und
 2. dass für die Dauer des Schiedsgerichtsverfahrens bezüglich der Angemessenheitsfrage die Ausgleichsmassnahmen ausgesetzt werden und erst wieder ergriffen werden dürfen, wenn das Schiedsgericht deren Angemessenheit bejaht hat.
- b Im zweiten Fall, bei der falschen Anwendung oder Auslegung von bestehendem Recht, kann – ebenfalls vereinfacht dargestellt – der Streitfall vor das Schiedsgericht gebracht werden. Sobald dieser Streitfall den EU-Acquis betrifft, muss das Schiedsgericht aber den EuGH befassen. Sollte die EU der Meinung sein, dass das Fehlverhalten der Schweiz andauert, so kann sie angemessene Ausgleichsmassnahmen ergreifen, welche wiederum vom Schiedsgericht auf deren Angemessenheit überprüft werden können. → Dies scheint uns eine Lösung zu sein, die noch präzisiert werden könnte. Auch hier sollte eine Lösung angestrebt werden, in der der EuGH *keine* explizite Rolle hat³⁰, könnte man die von uns vorgeschlagene Lösung aus dem ersten Fall [a.] hier ebenfalls anwenden und damit die beiden Fälle grundsätzlich gleich behandeln. Streng logisch unterscheiden sich diese zwei Fälle [a. und b.], nämlich letztlich nicht, weil in beiden Fällen ein Verhandlungspartner ein Fehlverhalten des anderen Partners ausmacht (nicht richtige Anwendung von bestehendem beziehungsweise Nichtübernahme von neuem Recht). Dementsprechend wurde diese Vorgehensweise bereits im Zollsicherheitsabkommen so festgelegt.³¹
- iii Als Korollar zu ii. sollte zudem (1) explizit festgehalten werden, dass eine Kündigung der bilateralen Verträge nicht als angemessene Ausgleichsmassnahme gelten kann, weil sie viel zu weit ginge. In diesem Zusammenhang sollte (2) auch die *Guillotine*, bzw. der Automatismus der Kündigungen der betroffenen 5 Abkommen der Bilateralen I im Falle einer Nicht-Einigung wie in Art. 22(2) InstA beschrieben, beseitigt werden. So sollte als «Default-value» ähnlich dem Zollsicherheitsabkommen³² keine automatische Kündigung der Bilateralen I stattfinden,

²⁹ Ähnlich zu Art. 29 Zolla.

³⁰ Um klarzustellen, dass die Kompetenz des EuGHs keinesfalls beschnitten wird, kann eine entsprechende explizite Formulierung des Zollsicherheitsabkommens übernommen werden. Art. 29(3) Zolla, letzter Satz: «Auslegungsfragen zu Bestimmungen, die sich mit den entsprechenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts decken, können nicht in diesem Rahmen [Schiedsgerichtsverfahren] geklärt werden.»

³¹ «Eine Vertragspartei kann [...] angemessene Ausgleichsmassnahmen [...] 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.» (Art. 29(1) Zolla).

³² Gemäss Art. 29(1) Zolla kann eine Vertragspartei Ausgleichsmassnahmen ergreifen, die bis zur Aussetzung der Bestimmungen des Kapitels III gehen können. Diese Aussetzung erfolgt jedoch *nicht* automatisch, sondern bedarf

ausser eine der beiden Partei entscheidet sich innerhalb von 3 Monaten für eine Kündigung jener Abkommen. Damit bleibt das Kündigungsrecht vorbehalten, der Ausserkraftsetzungs-Automatismus und die faktische Ausweitung der Guillotine-Klausel werden jedoch vermieden. Das Recht der EU, beliebig viele Verträge zu kündigen, falls die Schweiz ein bestimmtes Abkommen kündigt, wird somit nicht beschnitten.

Im Weiteren (3) wäre mit einem institutionellen Abkommen auch die Abschaffung der Guillotine-Klausel der Bilateralen I angezeigt. Sollte sich diese als schwer erreichbar³³ herausstellen, könnte anstelle einer formellen Änderung der bestehenden Verträge eine politische Erklärung im Sinne einer «Best Endeavour»-Klausel angestrebt werden.

[Rz 26] *Kommentar:*

Gegenüber dem im Entwurf geplanten Verfahren ist der hier vorgeschlagene Weg einfacher und setzt den Hauptakzent auf das übliche diplomatische, konsensuale Streitbeilegungsverfahren. Eine solche Lösung dürfte innenpolitisch einfacher zu vermitteln sein, beseitigt sie doch die als politisch heikel wahrgenommene Einschränkung der Souveränität.

[Rz 27] Man kann ausserdem auch davon ausgehen, dass mit einer vorgängigen Anrufung des EuGHs im Streitfall gewisse Elemente vorweggenommen oder in eine bestimmte Richtung gelenkt werden. Unser Vorschlag hätte den Vorteil, dass das Schiedsgericht die Angemessenheit relativ unabhängig beurteilen könnte, da der hier beschriebene Prozess, ähnlich dem Zollsicherheitsabkommen, eine allfällige Zusatzschleife über den EuGH auslöst. Wird der EuGH nicht explizit erwähnt, könnten Zweifel beseitigt werden, dass die Verhältnismässigkeitsfrage nicht doch auch noch als EU-Acquis-relevante Frage ausgelegt werden könnte und damit wiederum durch den EuGH (vor-)tranchiert wird.

[Rz 28] Demgegenüber könnte argumentiert werden, dass die Einbindung des EuGHs, wie im Vertragsentwurf vorgeschlagen, den möglichen Vorteil einer «Schutzfunktion» für die Schweiz haben könnte, falls die EU-Kommission zu Unrecht die Auslegung von bestehendem Recht oder die Nichtübernahme von zukünftigem Recht nicht akzeptiert.³⁴ Wir sind allerdings skeptisch, ob dieses Argument die Öffentlichkeit zu überzeugen vermag.

[Rz 29] *Zusammenfassung:*

- i. Dynamisierung: Die Schweiz akzeptiert den Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme. Für einige Themen von vitalem Interesse, gibt es eine Ausnahme von der Rechtsübernahmepflicht.
- ii. Streitbeilegung: Stellt die EU ein «Fehlverhalten» (sei es in Bezug auf bestehenden oder neuen Acquis) der Schweiz fest, wird dafür eine Lösung im Gemischten Ausschuss gesucht. Falls dies nicht möglich ist, kann die EU angemessene Ausgleichsmassnahmen ergreifen,

eines aktiven Entscheids der entsprechenden Vertragspartei. Diese Umkehrung des «Default value» musste explizit verhandelt werden.

³³ Weil das FZA ein gemischtes Abkommen ist (Abkommen, das nicht nur mit der EU, sondern auch mit allen Mitgliedstaaten abgeschlossen worden ist), benötigt eine formelle Änderung viel mehr Aufwand.

³⁴ Vgl. EPINEY (Fn. 11), Rz. 46; MATTHIAS OESCH, GABRIEL SPECK, Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz-EU und der EUGH, in: Astrid Epiney, Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, Stämpfli Verlag, 2017, p. 257273.

ohne vorher den Streitfall vor ein Gericht bringen zu müssen. Sollte die Schweiz die Angemessenheit anzweifeln, kann sie diese durch das Schiedsgericht überprüfen lassen. Dieses Verfahren ist dem Streitbeilegungsverfahren im Zollsicherheitsabkommen ähnlich.³⁵

- iii. Guillotine: Die Guillotine-Klausel hat in einem dynamisierten Rechtsübernahmesystem keine politische Begründung, daher gehört sie abgeschafft oder relativiert.

4. Weitere Aspekte

[Rz 30] Einige Faktoren, wie zum Beispiel der mögliche Brexit, die neue EU-Kommission, Wahlen in der Schweiz, die Initiative zur Kündigung des Personenfreizügigkeitsabkommens, haben wir in diesem Rahmen bewusst nicht weiter diskutiert. Sie führen primär zu polit-taktischen Überlegungen, dürften aber in der einen oder anderen Form für die anstehenden Entscheidungen auch relevant sein.

5. Schlussfolgerungen

[Rz 31] Die EU möchte eine grundsätzliche Änderung des bisherigen bilateralen Weges in der Form einer Rechtsübernahmepflicht sowie die Schaffung eines konkreten Streitbeilegungsprozesses – dies auf der Basis eines institutionellen Abkommens. Auch für die Schweiz ist ein solches nützlich. Einerseits kann sie damit dem grossen Partner entgegenkommen, für den das Gleichgewicht im bisherigen Vertragswerk in den letzten 20 Jahren verloren gegangen zu sein scheint. Andererseits kann per se ein solches Abkommen auch für die Schweiz sinnvolle Punkte enthalten, wie zum Beispiel die Rechtssicherheit und die politische Festigung des bilateralen Weges.

[Rz 32] Wichtig ist aus unserer Sicht, dass dieses Abkommen nur dann abgeschlossen werden sollte, wenn es einen echten Interessenausgleich bringt und dieser auch innenpolitisch so wahrgenommen wird. Das Zufriedenstellen der EU ist zwar wichtig, aber nicht das einzige Kriterium. Das Abkommen muss auch in der Schweiz angenommen werden. Zu diesem Zweck haben wir konkrete Präzisierungsvorschläge formuliert: Genauer formulierte Ausnahmen von der Rechtsübernahmepflicht in vitalen Bereichen und zudem, in Anlehnung an das Verfahren im Zollsicherheitsabkommen, eine Vereinfachung des Streitbeilegungsprozesses und eine Relativierung der Guillotine-Klausel.

[Rz 33] Des Weiteren scheint es empfehlenswert, die Zusammenarbeit mit der EU weiterhin zu fördern, insbesondere in jenen Bereichen, in denen es sich die Schweiz gut leisten kann, wie zum Beispiel durch einen grosszügigen Kohäsionsbeitrag.

[Rz 34] Gerade im Vergleich mit anderen Drittstaaten scheint das Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU insgesamt problemfrei. Ja, selbst im Vergleich mit den eigenen Mitgliedstaaten bereitet die Schweiz der EU Kommission wohl wenig Kopfschmerzen. Wir sind deshalb zuversichtlich, dass mit wenigen Anpassungen am Vertragsentwurf und etwas gutem Willen die bestehende konstruktive Partnerschaft im Interesse beider Parteien gefestigt und weiter ausgebaut werden kann.

³⁵ Im Gegensatz zum Streitbeilegungsverfahren im Zollsicherheitsabkommen soll es für die Anrufung des Schiedsgerichts aber nicht das Einverständnis beider Parteien brauchen (Art. 29(3) Zolla, zweiter Satz).

MICHAEL AMBÜHL, Professor für Verhandlungsführung und Konfliktmanagement an der ETH Zürich, ehem. Staatssekretär im EDA und im EFD und ehem. Schweizer Chefunterhändler der Bilateralen II.

DANIELA S. SCHERER, Doktorandin am Lehrstuhl für Verhandlungsführung und Konfliktmanagement an der ETH Zürich.