

Tobler/Beglinger-Brevier zu den institutionellen Fragen im Paketansatz Schweiz – EU



Ausgabe 2023-12.1

Prof. Dr. Christa Tobler, LL.M.*
Jacques Beglinger, Rechtsanwalt, D.E.S.S.**

Stand: 27. Dezember 2023 | Neueste Ausgabe jeweils unter www.brevier.eur-charts.eu

Die Schweiz und die Europäische Union (EU) sind durch zahlreiche bilaterale Abkommen rechtlich miteinander verbunden. Seit einiger Zeit suchen die Parteien nach Lösungen für eine Modernisierung der Regeln über das Funktionieren einer Reihe von besonders wichtigen Wirtschaftsabkommen (sog. „institutionelle Fragen“). Nach mehrjährigen Verhandlungen veröffentlichte der Bundesrat Ende 2018 den Entwurf für ein „Institutionelles Abkommen“ (E-InstA). Der Text enthielt neue Regelungen über das Funktionieren von fünf bestehenden Abkommen und war als Modell für weitere (insbes. künftige) Abkommen gedacht. Nach Konsultationen teilte der Bundesrat der EU im Juni 2019 mit, dass er das Abkommen über weite Strecken als im Interesse der Schweiz erachte, zu bestimmten Punkten aber Klärungen als erforderlich erachte. Im Mai 2021 entschied der Bundesrat, das Abkommen in der damals vorliegenden Entwurfsform nicht zu unterzeichnen. Ab dem März 2022 führten die Schweiz und die EU sodann mit Blick auf mögliche neue Verhandlungen Gespräche. Der Bundesrat möchte in einem neuen Anlauf im sog. Paketansatz die institutionellen Fragen jeweils in den einzelnen Abkommen verankern, einige neue Abkommen abschliessen sowie weitere Fragen regeln. Im Juni 2023 beschloss der Bundesrat Eckwerte für ein neues Verhandlungsmandat. Mitte Dezember 2023 genehmigte er den Entwurf eines neuen Mandats, das jetzt in die Vernehmlassung geht. Kurz darauf, ebenfalls im Dezember 2023, legte die Europäische Kommission den Entwurf für ein neues Verhandlungsmandat der EU vor. Beide Mandate müssen noch formell beschlossen werden.

Das vorliegende Brevier in der Form von Fragen und Antworten will wichtige Neuerungen und Fortschritte in den Gesprächen über die institutionellen Fragen beleuchten und in einen grösseren Kontext stellen.

Zitiervorschlag: Christa Tobler/Jacques Beglinger, Tobler/Beglinger-Brevier zu den institutionellen Fragen im Paketansatz Schweiz-EU, Ausgabe 2023-12.1, Internetpublikation, <https://brevier.eur-charts.eu>.

Informationen und Hintergründe bis vor der Entscheidung des Bundesrats vom Mai 2021 sind im früheren, deutlich umfangreicheren Brevier «[Tobler-Beglinger Brevier zum institutionellen Abkommen Schweiz – EU](#)», Ausgabe 2021-05.1, nachzulesen (Stand bis vor der Entscheidung des Bundesrats vom Mai 2021, das E-InstA nicht zu unterzeichnen).

* Prof. Dr. Christa Tobler, LL.M., ist Professorin für das Recht der Europäischen Union an den Europainstituten der Universitäten Basel (Schweiz) und Leiden (Niederlande).

** Jacques Beglinger, Rechtsanwalt, D.E.S.S. (Droit international), befasst sich juristisch u.a. mit dem Verhältnis Schweiz – EU und ist Rechtsanwalt in Zürich, Beglinger LPC, www.beg.ch.

Inhaltsverzeichnis:

I.	ALLGEMEINES	4
1. Frage	Warum ist das EU-Recht für die Schweiz wichtig?	4
2. Frage	Was ist das bilaterale Recht?	4
3. Frage	Wie verhält sich das bilaterale Recht zum EU-Recht?	5
4. Frage	Was sind im bilateralen Recht die „institutionellen Fragen“?	5
5. Frage	Um welchen Teil der bilateralen Abkommen geht es bei den institutionellen Fragen?	5
6. Frage	Wie sieht der institutionelle Rahmen im heutigen bilateralen Recht aus und warum soll er modernisiert werden?	6
7. Frage	Wie weit sind die Bemühungen um modernisierte institutionelle Regeln bisher gediehen?	6
8. Frage	Wer ist in der Schweiz an der Diskussion um die institutionellen Fragen beteiligt?	6
9. Frage	Was gehört zum neuen Paket?	7
II.	ÜBERBLICK: DIE INSTITUTIONELLEN FRAGEN UND IHR KONTEXT	9
10. Frage	Was ist das Grundanliegen der EU mit Bezug auf die institutionellen Fragen?	9
11. Frage	Was ist in diesem Zusammenhang der „erweiterte Binnenmarkt“?	9
12. Frage	Was ist das Grundanliegen des Bundesrats mit Bezug auf die institutionellen Fragen?	10
13. Frage	Für welche Abkommen sollen neue institutionelle Regeln gelten?	10
14. Frage	Für welche institutionellen Elemente sollen neue Regeln geschaffen werden?	10
15. Frage	Gab es ein Vorbild für die Lösung der institutionellen Fragen?	11
III.	GRUNDZÜGE DER ANGEDACHTEN NEUEN INSTITUTIONELLEN REGELN	12
16. Frage	Wie sieht die angedachte Regelung mit Bezug auf das Aufdatieren des bilateralen Rechts in den Grundzügen aus?	12
17. Frage	Wie sieht die angedachte Regelung mit Bezug auf die Auslegung des bilateralen Rechts in den Grundzügen aus?	13
18. Frage	Wie sieht die angedachte Regelung mit Bezug auf die Streitbeilegung in den Grundzügen aus?	13
IV.	FORTSCHRITTE GEGENÜBER DEN FRÜHEREN VERHANDLUNGEN UND VERBLEIBENDE ANLIEGEN	14
19. Frage	Welche heiklen Punkte wollte der Bundesrat nach dem Abbruch der Verhandlungen über ein Institutionelles Abkommen von 2021 lösen?	14
	1. Ergebnis der Sonderierungsgespräche zur Unionsbürgerrichtlinie	14
20. Frage	Worum geht es bei der sog. Unionsbürgerrichtlinie?	14
21. Frage	Warum gilt das Thema in der Schweiz als heikel?	15
22. Frage	Auf welcher Basis fanden die Sondierungsgespräche statt?	15
23. Frage	Was ist in den Sondierungsgesprächen erreicht worden?	15
24. Frage	Ein verwandter Punkt: Was sind die Anforderungen an die Schweizer Identitätskarten?	16
	2. Ergebnis der Sonderierungsgespräche zum Lohnschutz und den flankierenden Massnahmen	16
25. Frage	Worum geht es bei den sog. flankierenden Massnahmen der Schweiz?	16
26. Frage	Was gilt in der EU inhaltlich zum Lohnschutz?	16
27. Frage	Und was gilt in der EU für die Durchsetzung der Schutzvorschriften?	17
28. Frage	Auf welchem EU-rechtlichen Stand zum Lohnschutz ist das aktuelle FZA?	17
29. Frage	Warum gilt das Thema in der Schweiz als heikel?	17
30. Frage	Was ist in den Sondierungsgesprächen erreicht worden?	17
31. Frage	Welche noch Anliegen sind mit Bezug auf den Lohnschutz noch offen?	18
32. Frage	Gibt es im Text des <i>Common Understanding</i> unklare Elemente zum Lohnschutz?	19
	3. Ergebnis der Sonderierungsgespräche zu den staatlichen Beihilfen	19
33. Frage	Worum geht es bei den staatlichen Beihilfen?	19
34. Frage	Warum gilt das Thema in der Schweiz als heikel?	20
35. Frage	Was ist in den Sondierungsgesprächen erreicht worden?	20
V.	WEITERE FRAGEN, WELCHE DANK EINER EINIGUNG ÜBER DIE INSTITUTIONELLEN FRAGEN GELÖST WERDEN KÖNNTEN	21

36. Frage	Forschungszusammenarbeit, Bildung	21
37. Frage	Konformitätsbewertungen: Medizinprodukte und Maschinen	21
38. Frage	Finanzmärkte und Börsenäquivalenz	22
ANHANG I:	ÜBERBLICK ÜBER DIE WICHTIGSTEN BILATERALEN ABKOMMEN	23
ANHANG II:	SCHIEDSVERFAHREN	24
ANHANG III:	AUSGLEICHSMASSNAHMEN	25

I. ALLGEMEINES

Das EU-Recht und die Schweiz:

Die Schweiz ist mit den sie umringenden Ländern kulturell, geschichtlich und wirtschaftlich eng verbunden. Alle Nachbarländer der Schweiz gehören der Europäischen Union (EU) oder dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Die daran beteiligten Länder bilden einen grossen Wirtschaftsraum, der auf gemeinsamen, im EU-Recht entwickelten Regeln beruht. Als Exportland kann sich die Schweiz diesen Regeln nicht entziehen. Sie pflegt eine Annäherung daran einerseits durch den Abschluss von Abkommen mit der EU und andererseits durch einseitige Anpassungen im schweizerischen Recht (sog. autonomer Nachvollzug).

Bilaterale Abkommen, bilaterales Recht, bilateraler Weg:

„Bilaterale Abkommen“ nennen wir in der Schweiz die Abkommen, welche die Schweiz im Laufe der Zeit mit der EU und ihren Vorgängerorganisationen zu unterschiedlichsten Themen geschlossen hat. Die bilateralen Abkommen bilden das „bilaterale Recht“ und sind die Grundlage für den „bilateralen Weg“.

Institutionelle Fragen:

Der institutionelle Teil eines Abkommens betrifft seine Funktionsweise. Dazu gehört insbes. die Frage, wie sichergestellt wird, dass das Abkommen in der Praxis richtig ausgelegt und angewandt wird, weiter aber auch, wie es bei Bedarf an neue Verhältnisse angepasst wird. Die Schweiz und die EU sind sich darüber einig, dass die institutionellen Regeln wichtiger bilateraler Abkommen modernisiert werden sollen. In der Schweiz spricht man in diesem Zusammenhang von den „institutionellen Fragen“.

Der neue Paketansatz:

Die über die institutionellen Fragen ab 2014 geführten Verhandlungen konnten nicht erfolgreich abgeschlossen werden. Die EU und die Schweiz möchten in neuen Verhandlungen über die institutionellen Fragen hinausgehen und weitere Elemente einbeziehen, in denen sie eine Lösung für wichtig erachten.

1. Frage Warum ist das EU-Recht für die Schweiz wichtig?

Die Schweiz ist mit den sie umringenden Ländern kulturell, geschichtlich und wirtschaftlich eng verbunden. Alle Nachbarländer der Schweiz gehören der Europäischen Union (EU) oder dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Die daran beteiligten Länder bilden einen grossen Wirtschaftsraum, der auf gemeinsamen, im EU-Recht entwickelten Regeln beruht. Als Exportland kann sich die Schweiz diesen Regeln nicht entziehen. Sie pflegt eine Annäherung daran einerseits durch den Abschluss von Abkommen mit der EU (siehe nächste Frage) und andererseits durch einseitige Anpassungen im schweizerischen Recht (sog. autonomer Nachvollzug).

2. Frage Was ist das bilaterale Recht?

„Bilaterales Recht“ nennen wir in der Schweiz die Gesamtheit der Abkommen, welche die Schweiz im Laufe der Zeit (genauer: seit den 1950er Jahren) mit der Europäischen Union (EU) und ihren Vorgängerorganisationen zu unterschiedlichsten Themen geschlossen hat. In der EU verwendet man im Allgemeinen den Begriff der „sektoriellen Abkommen“. Er weist darauf hin, dass die Schweiz mit der EU in ausgewählten Bereichen (eben „Sektoren“) im Rahmen von Verträgen zusammenarbeitet. Im Laufe der Zeit sind zahlreiche Abkommen abgeschlossen worden. Viele davon sind heute nicht mehr in Kraft oder durch neuere Versionen abgelöst worden. Trotzdem gibt es auch heute noch alte Abkommen, die zusammen mit neueren das bilaterale Recht bilden.

Einige Beispiele:

- Die Abkommen über den Handel mit Uhren von 1967 (heute das älteste noch in Kraft stehende bilaterale Abkommen)
- Das Freihandelsabkommen über den Handel mit v.a. Industrieerzeugnissen von 1972 (seither ausgeweitet auf verarbeitete Landwirtschaftsprodukte)
- Das Abkommen über die Niederlassung von Versicherungsunternehmen von 1989
- Das Paket der sog. Bilateralen I von 1999, darunter u.a. das Abkommen über die Personenfreizügigkeit („Freizügigkeitsabkommen“, FZA), das Landverkehrsabkommen, das Luftverkehrsabkommen, das Abkommen über Landwirtschaftsprodukte (Agrarabkommen) und das

Abkommen über die technischen Handelshemmnisse (gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, also der technischen Prüfung von Produkten)

- Das Paket der sog. Bilateralen II von 2004, darunter u.a. das Schengenabkommen (über die Abschaffung der Personenkontrollen an den Landesgrenzen, die Polizeizusammenarbeit und Visa), das Dublinabkommen (über die Zuständigkeit für Asylverfahren) sowie das Abkommen über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten zur Förderung der Steuerehrlichkeit bei internationalen Sachverhalten (ursprünglich: Abkommen über die Zinsbesteuerung, 2015 geändert und umbenannt)
- Das Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherheit von 2009
- Das Abkommen über die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden von 2013
- Das Abkommen über die Zusammenarbeit mit dem EU-Unterstützungsbüro für Asylfragen von 2014
- Das Abkommen über die Verknüpfung der Emissionshandelssysteme von 2017
- Das Abkommen über Polizeizusammenarbeit von 2019

Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (Schweizer Aussenministerium) führt eine [Liste](#) von sämtlichen in Kraft stehenden Abkommen Schweiz – EU.

Der Anhang I zu diesem Brevier bietet eine Übersicht über die Entwicklung des bilateralen Rechts und die wichtigsten Abkommen.

3. Frage Wie verhält sich das bilaterale Recht zum EU-Recht?

Das EU-Recht ist thematisch viel umfassender als das bilaterale Recht. Wichtige bilaterale Abkommen übernehmen inhaltlich EU-Recht, tun dies aber nach heutigem Stand nur bis zu einem gewissen Grad. Durch das bilaterale Recht wird deshalb nie der gesamte EU-Rechtsbestand übernommen, auch nicht in den konkreten Themenbereichen von einzelnen Abkommen (z.B. der Personenfreizügigkeit). Das bilaterale Recht bleibt insofern selektiv. Dies gilt auch dort, wo sich die Schweiz via Wirtschaftsabkommen (v.a. die sog. Marktzugangsabkommen, dazu 5. Frage) am EU-Binnenmarkt beteiligt.

4. Frage Was sind im bilateralen Recht die „institutionellen Fragen“?

Internationale Abkommen haben jeweils zwei Seiten: Die eine Seite betrifft die inhaltliche Thematik (z.B. den Handel mit Waren, die Personenfreizügigkeit oder den Flugverkehr), die andere Seite die Funktionsweise des Abkommens oder seine Spielregeln. Diese zweite Seite ist die institutionelle Seite. Dazu gehört insbes. die Frage, wie sichergestellt wird, dass die Abkommen in der Praxis richtig ausgelegt und angewandt werden, weiter aber auch die Frage, wie die Abkommen in der Zukunft bei Bedarf an neue Verhältnisse angepasst werden können. Die Schweiz und die EU wollen den institutionellen Rahmen wichtiger bilateralen Abkommen modernisieren. Die damit verbundenen Aspekte werden in der Schweiz als die „institutionellen Fragen“ bezeichnet.

5. Frage Um welchen Teil der bilateralen Abkommen geht es bei den institutionellen Fragen?

Zählt man sämtliche rechtlichen Abmachungen zwischen der Schweiz und der EU zusammen, so kommt man auf eine Zahl von weit über 100. Eine gewisse Übersicht ergibt sich, wenn man diese vielen Abmachungen in Kategorien einteilt, z.B.:

- Abkommen über den wirtschaftlichen Austausch zwischen der Schweiz und der EU (z.B. über den Handel mit Waren, über die Personenfreizügigkeit oder über den Dienstleistungsverkehr). Weil es dabei um Themen geht, welche innerhalb der EU zum sog. Binnenmarktrecht gehören, spricht man hier auch von Marktzugangsabkommen. *Die Suche nach modernisierten institutionellen Regeln betrifft nur diese eine Kategorie von Abkommen.*
- Abkommen über die Beteiligung der Schweiz an EU-Programmen, z.B. im Bereich der Forschung (zur Zeit nicht mehr bestehend, soll wieder aktiviert werden).
- Abkommen über die Zusammenarbeit der Behörden der Schweiz und der EU (z.B. im Bereich des Katastrophenschutzes, der Polizeiarbeit, der Umwelt, des Wettbewerbsrechts).
- Abkommen über weitere Themen, welche nicht in eine der anderen Kategorien passen, wie z.B. über die Zuständigkeit für Asylverfahren, sog. Dublin-System, oder über die Abschaffung der Personenkontrollen an den Landesgrenzen, die Polizeizusammenarbeit und Visumsbestimmungen, sog. Schengen-System.

Die weiter oben erwähnte Übernahme von EU-Recht ins bilaterale Recht (dazu 3. Frage) ist bei den Schengen- und Dublin-Abkommen sowie bei den Marktzugangsabkommen besonders wichtig.

6. Frage Wie sieht der institutionelle Rahmen im heutigen bilateralen Recht aus und warum soll er modernisiert werden?

Je nach Abkommen sind die institutionellen Aspekte nur zum Teil und/oder verschieden geregelt. Man muss sich dabei vor Augen führen, dass viele Abkommen schon recht alt sind und aus einer Zeit stammen, zu der man noch weniger als heute an detaillierte institutionelle Bestimmungen dachte. Einen einheitlichen Rahmen für die institutionelle Seite des heutigen bilateralen Rechts gibt es deshalb nicht. Das macht die Sache komplex. Hinzu kommt, dass es im heutigen System keine juristische Möglichkeit gibt herauszufinden, wer Recht hat, wenn sich die Schweiz und die EU darüber streiten, ob ein bestimmtes Abkommen richtig angewendet wird. Dies hat in der Vergangenheit dazu geführt, dass einzelne grundsätzliche Uneinigheiten über Jahre bestehen blieben, ohne dass dafür eine Lösung gefunden werden konnte.

Die institutionellen Fragen gehen vor diesem Hintergrund auf ein Anliegen der EU zurück. Nach einer Gesamtanalyse des bilateralen Rechts teilte sie der Schweiz ihren Wunsch mit, die institutionelle Seite des bilateralen Rechts zu vereinheitlichen und zugleich so zu modernisieren, dass die inhaltliche Übereinstimmung (Homogenität) der Marktzugangsabkommen mit dem EU-Recht, von welchem sie sich ableiten, gewährleistet ist. Im Jahr 2009 hielt die EU fest, dass sie neue Marktzugangsabkommen mit der Schweiz nur noch unter der Bedingung eines neuen, auf Homogenität gerichteten institutionellen Rahmens für schon bestehende und künftige Marktzugangsabkommen schliessen wolle. Später machte sie auch eine inhaltliche Modernisierung bestehender Abkommen grundsätzlich von institutionellen Fortschritten abhängig.

Auf der Seite der Schweiz ist der Bundesrat (der in der Schweiz für die Aussenpolitik zuständig ist) der Meinung, dass die Schweiz von einem erneuerten institutionellen System des bilateralen Rechts profitieren würde. Er stimmte deshalb Verhandlungen über diese Thematik zu, um so den bilateralen Weg zu konsolidieren, zukunftsfähig zu machen und seine Weiterentwicklung zu ermöglichen.

7. Frage Wie weit sind die Bemühungen um modernisierte institutionelle Regeln bisher gediehen?

Die [Verhandlungen](#) zwischen der Schweiz und die EU ab dem Mai 2014 führten gegen vor fünf Jahren zu einem Entwurfstext für ein Institutionelles Abkommen (E-InstA), welches der Bundesrat am 7. Dezember 2018 [veröffentlichte](#). Der Entwurfstext enthielt gemeinsame neue Regelungen über das Funktionieren von fünf bestehenden Abkommen und war als Modell für weitere (insbes. künftige) Abkommen gedacht. Nachdem er in der Schweiz Konsultationen durchgeführt hatte, teilte der Bundesrat der EU im Juni 2019 mit, dass er das Abkommen über weite Strecken als im Interesse der Schweiz erachte, zu bestimmten Punkten aber Klärungen als erforderlich erachte. Am 26. Mai 2021 fand der Bundesrat, dass zu diesen Punkten nicht genügend erreicht worden war. Er beschloss deshalb, das Abkommen in der damals vorliegenden Entwurfsform [nicht zu unterzeichnen](#).

Ab dem März 2022 führten die Schweiz und die EU sog. exploratorische Gespräche bzw. Sondierungsgespräche mit Blick auf mögliche neue Verhandlungen. Dabei ging es nicht mehr nur um die institutionellen Fragen, sondern im Rahmen des vom Bundesrat vorgeschlagenen sog. Paketansatzes (dazu 9. Frage) auch um weitere Themen. Die Schweiz und die EU (bzw. die für sie handelnde Europäische Kommission) hielten die Ergebnisse der Sondierungsgespräche in einem Gemeinsamen Dokument («[Common Understanding](#)» vom 27. Oktober 2023) fest.

Auf dieser Basis erarbeiteten sodann beide Parteien Entwürfe für neue Verhandlungsmandate. Nachdem der Bundesrat am 21. Juni 2023 bereits erste Eckwerte für ein mögliches Verhandlungsmandat [verabschiedet](#) hatte, [informierte](#) er am **15. Dezember 2023** über den Stand der Arbeiten in der Schweiz und veröffentlichte u.a. den [Entwurf für die Verhandlungsleitlinien](#) (nicht aber für das Mandat selber). Die EU [informierte](#) ebenfalls und veröffentlichte ihrerseits u.a. den [Entwurfstext](#) für das Mandat. Sobald die Mandate beidseits formell angenommen sind, können die Verhandlungen über das Paket von Themen beginnen. Gemäss dem *Common Understanding* hoffen die Parteien, dass die Verhandlungen im Lauf des Jahres 2024 erfolgreich abgeschlossen werden können.

8. Frage Wer ist in der Schweiz an der Diskussion um die institutionellen Fragen beteiligt?

Rechtlich relevant sind der Bundesrat, das Bundesparlament (und damit auch die dort vertretenen politischen Parteien), die Kantone und – im Fall einer Volksabstimmung – das Schweizer Stimmvolk.

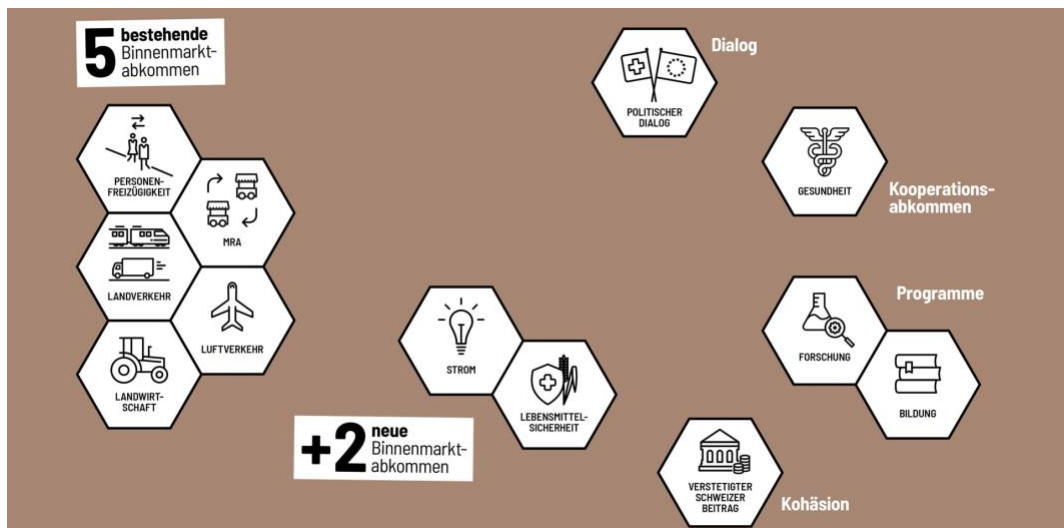
An der öffentlichen Diskussion über die institutionellen Fragen beteiligen sich darüber hinaus unterschiedlichste Anspruchsgruppen, darunter etwa die politischen Parteien, Schweizer Regionen, Branchen- sowie Interessenverbände, Sozialpartner und mehr oder weniger lose Organisationen, die z.T. gezielt mit Blick auf die Thematik der institutionellen Fragen errichtet worden sind. Der Bundesrat hat insbes. während der Sondierungsphase intensiv mit verschiedenen Gruppen gearbeitet und will dies während einer künftigen Verhandlungsphase weiterhin tun. Eine besondere Stellung haben dabei die Sozialpartner.

9. Frage Was gehört zum neuen Paket?

Die Sondierungsgespräche zwischen der EU und der Schweiz richteten sich auf Wunsch des Bundesrats auf mehrere Elemente, über die später Verhandlungen geführt werden sollen. Dieses [Paket umfasst laut Bundesrat](#):

- Die schon bisher relevanten institutionellen Fragen, dies allerdings nicht mehr in der Gestalt von gemeinsamen Regeln für mehrere Abkommen (nun nicht mehr verfolgter sog. horizontaler Ansatz). Stattdessen sollen auf Wunsch des Bundesrats die institutionellen Änderungen jeweils in die einzelnen Marktzugangsabkommen eingefügt werden, begleitet von thematisch bedingten Sonderregeln und Ausnahmen (sog. vertikaler Ansatz). Die EU hat dem zugestimmt. Als Folge dieser Änderung erscheint ein Element aus dem E-InstA, das in der öffentlichen Diskussion in der Schweiz z.T. zu Kritik geführt hatte, nun nicht mehr, nämlich die sog. «Super-Guillotine-Klausel». Wäre das InstA gekündigt worden, so wäre es sechs Monate nach Erhalt der Kündigung zusammen mit allen denjenigen künftigen Abkommen ausser Kraft getreten, welche sich auf das InstA bezogen hätten. (Die gleiche Art von Klausel findet sich bereits in den Abkommen des Pakets der Bilateralen I; diese ursprünglichen Guillotine-Klauseln bleiben bestehen).
- Die inhaltliche Modernisierung der Wettbewerbsregeln über die staatlichen Beihilfen in den Abkommen über den Luft- und Landverkehr. (Diese Abkommen enthalten bereits jetzt Bestimmungen über die staatlichen Beihilfen.)
- Die Neubelebung der Teilnahme der Schweiz an diversen EU-Programmen, darunter u.a. im Bereich der Forschung und der Bildung. Dazu gab es früher schon Abkommen, die aber nicht erneuert wurden.
- Die Schaffung eines dauerhaften Rahmens für einen Schweizer Kohäsions- bzw. Solidaritätsbeitrag. Dazu gab es schon bisher zeitlich befristete Vereinbarungen, aufgrund derer die Schweiz v.a. an Entwicklungsprojekte in wirtschaftlich weniger entwickelten EU-Staaten beitrug.
- Der Abschluss von neuen Abkommen in den Bereichen Elektrizität (einschliesslich Wettbewerbsregeln über die staatlichen Beihilfen), Lebensmittelsicherheit und Gesundheit.
- Schaffung eines hochrangigen (auf Ministerialstufe) politischen Dialogs zwischen der Schweiz und der EU.

Vgl. dazu die Infografik des Bundesrats vom 15.12.2023:



Quelle: ©EDA, <https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/newsuebersicht/2023/europa.html>

Der Bundesrat hat zu den verschiedenen Elementen des Pakets bzw. einzelnen Themenbereichen Faktenblätter veröffentlicht, welche online verfügbar sind: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-99463.html> (unter «Dokumente»).

Das vorliegende Brevier legt den Fokus auf die institutionellen Fragen.

II. ÜBERBLICK: DIE INSTITUTIONELLEN FRAGEN UND IHR KONTEXT

Ziel der Sondierungsgespräche bzw. der künftigen Verhandlungen:

Die Sondierungsgespräche bzw. die künftigen Verhandlungen zielen im Wesentlichen auf die inhaltliche Übereinstimmung (Homogenität) der relevanten bilateralen Abkommen mit dem EU-Recht, von dem sie sich ableiten. Das Ziel des Bundesrates ist es, den bilateralen Weg zu stabilisieren und für die Zukunft entwicklungsfähig zu machen.

Relevante institutionelle Aspekte:

Die institutionellen Fragen betreffen die Weiterentwicklung bzw. inhaltliche Anpassung der bilateralen Abkommen bei veränderten Verhältnissen, die Auslegung ihrer Bestimmungen und den Mechanismus für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Parteien über die Auslegung und die Anwendung der Abkommen.

Betroffene Abkommen:

Die institutionellen Fragen beziehen sich auf eine kleine Zahl von bereits bestehenden sowie weiter von künftigen bilateralen sog. Marktzugangsabkommen. Diese Abkommen leiten sich inhaltlich grossteils von EU-Recht ab.

10. Frage Was ist das Grundanliegen der EU mit Bezug auf die institutionellen Fragen?

Die EU möchte einheitliche Spielregeln für den von ihr geschaffenen Binnenmarkt. Beim EU-Binnenmarkt geht es zuerst einmal um gemeinsame Regeln für den wirtschaftlichen Austausch zwischen den EU-Staaten selber. Man spricht von den sog. „vier Freiheiten“ bzw. vom freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital (d.h. Investitionen), ergänzt durch Wettbewerbsrecht. Das EU-Recht sieht in diesem Rahmen Verbote von Hindernissen für den Verkehr und das wirtschaftliche Tätigwerden über die Landesgrenzen vor. Diese Verbote werden ergänzt durch weitere gemeinsame Vorschriften (Harmonisierung), z.B. über die Herstellung von Produkten (wie etwa Schokolade) oder über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen von Produkten. In der Praxis verändert sich der Bedarf nach der rechtlichen Regelung von Wirtschaftstätigkeiten ständig. Aus diesem Grund entwickeln sich auch die Binnenmarktregeln der EU laufend weiter.

Der eigentliche EU-Binnenmarkt besteht aus dem Gebiet der zur Zeit 27 EU-Mitgliedstaaten. Zugleich sind aber weitere Staaten, darunter die Schweiz, in unterschiedlichem Mass daran beteiligt. Die EU hält es für wichtig, dass in diesem sog. «erweiterten Binnenmarkt» grundsätzlich die gleichen inhaltlichen Regeln gelten und gleiche oder gleichwertige institutionelle Regeln zur Anwendung kommen.

11. Frage Was ist in diesem Zusammenhang der „erweiterte Binnenmarkt“?

Via den in den 1990er Jahren entstandenen Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind drei Nichtmitgliedstaaten („Drittstaaten“) voll am EU-Binnenmarkt beteiligt, nämlich Island, Norwegen und unser Nachbarland Liechtenstein. Sie werden als die „EWR/EFTA-Staaten“ bezeichnet, dies im Gegensatz zur Schweiz, die – zusammen mit Island, Norwegen und Liechtenstein – zwar zur Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) gehört (welche mit der EU nichts zu tun hat), nicht aber zum EWR.

Die Schweiz ist durch verschiedene bilaterale Abkommen am EU-Binnenmarkt ebenfalls beteiligt, allerdings nur bis zu einem gewissen Grad. Hierdurch erhalten Schweizer Wirtschaftsteilnehmende Zugang zum EU-Markt und umgekehrt EU-Wirtschaftsteilnehmende Zugang zum Schweizer Markt.

Durch die erwähnten Abkommen zwischen der EU und gewissen Drittstaaten sind weite Teile des EU-Binnenmarkts auf die erwähnten Drittstaaten erstreckt worden. Man spricht denn auch von einer Assoziation dieser Länder an den EU-Binnenmarkt. Die EU erblickt darin eine erweiterte Form des von ihr geschaffenen Binnenmarktes. Damit dieser „erweiterte Binnenmarkt“ einheitlich („homogen“) ist, wünscht sich die EU für das gesamte Gebiet grundsätzlich dieselben oder zumindest gleichwertige institutionellen Spielregeln. Die EU bringt diese Thematik konsequent in alle Vereinbarungen über eine solche Assoziation ein, so z.B. auch in den Verhandlungen über eine umfassende Binnenmarktassoziation von Andorra, Monaco und San Marino.

Was die Schweiz anbelangt, akzeptiert die EU, dass sie sich an dem von der EU erarbeiteten Binnenmarkt nicht voll, sondern nur selektiv beteiligen will. Die EU erwartet aber, dass sich die Schweiz verstärkt an die dort geltenden Spielregeln hält.

12. Frage Was ist das Grundanliegen des Bundesrats mit Bezug auf die institutionellen Fragen?

Der Bundesrat ist davon überzeugt, dass eine einheitliche Anwendung und Auslegung der Abkommen im Interesse der Schweiz liegt, damit wirtschaftliche tätige Personen und Unternehmen gleiche Chancen sowie Rechtssicherheit haben und damit der Standort Schweiz in Europa weiterhin attraktiv bleibt. Der Bundesrat möchte den bilateralen Weg stabilisieren und für die Zukunft entwicklungsfähig machen.

13. Frage Für welche Abkommen sollen neue institutionelle Regeln gelten?

Die institutionellen Fragen beziehen sich auf eine kleine Zahl von bereits bestehenden sowie weiter von künftigen bilateralen sog. Marktzugangsabkommen. Diese Abkommen leiten sich inhaltlich grossteils von EU-Recht ab. Es handelt sich laut dem *Common Understanding* um die bereits bestehenden Abkommen über die Personenfreizügigkeit, den Luftverkehr, den Landverkehr, die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen und den Handel mit landwirtschaftlichen Produkten, sowie um künftige Abkommen, mit welchen sich die Schweiz am erweiterten EU-Binnenmarkt beteiligt (hier insbes. das Abkommen im Bereich der Elektrizität).

14. Frage Für welche institutionellen Elemente sollen neue Regeln geschaffen werden?

Die Sondierungsgespräche richteten sich – wie bereits die früheren Verhandlungen ab 2014, die dann aber abgebrochen wurden – auf drei institutionelle Elemente, nämlich:

- **Die fortlaufende Anpassung (Aufdatierung) der bilateralen Abkommen an das EU-Recht, das ihnen zugrunde liegt:** Dieses Element hängt mit der Tatsache zusammen, dass die bilateralen Marktzugangsabkommen inhaltlich auf ausgewählten Teilen des EU-Binnenmarktrechtes beruhen und sich zugleich das betreffende EU-Recht innerhalb der EU laufend fortentwickelt. Wird ein Abkommen nicht angepasst, so hinkt es bald hinter dem EU-Recht her und ist nicht mehr auf dem Stand des Binnenmarktes, der doch im entsprechenden Bereich eigentlich auch für die Schweiz gelten und zu dem ein diskriminierungsfreier Zugang bestehen soll.
- **Die Auslegung der Abkommen parallel zum EU-Recht, das ihnen zugrunde liegt:** Dieses zweite Element ist die logische Ergänzung des ersten. Wenn die bilateralen Binnenmarktabkommen inhaltlich auf EU-Recht beruhen und die Regeln des EU-Binnenmarkts teilweise im Verhältnis zur Schweiz gelten sollen, so gelingt dies nur, wenn ihr Inhalt gleich verstanden wird wie in der EU. Weil aber dort der Gerichtshof der Europäischen Union (Europäischer Gerichtshof, EuGH) die Oberhoheit über die Auslegung des EU-Rechts hat, soll seine Rechtsprechung zum Inhalt des EU-Rechts aus der Sicht der EU auch für das Assoziationsrecht (im Fall der Schweiz die bilateralen Binnenmarktabkommen) der Massstab sein.
- **Einen Streitschlichtungsmechanismus mit einem gerichtlichen Element:** Dieses dritte Element ist für den Fall gedacht, dass sich die Schweiz und die EU darüber streiten, ob ein bestimmtes Abkommen richtig angewandt wird. Es betrifft also nur Streitigkeiten auf der allerobersten Ebene, nämlich jener der formellen Vertragsparteien: Schweiz auf der einen und EU (oder allenfalls auch ein EU-Mitgliedstaat) auf der anderen Seite. Nach den bisherigen Erfahrungen reicht es bei solchen Streitigkeiten nicht, dass die Meinungsverschiedenheiten in einem gemeinsamen Gremium besprochen werden. Unter Umständen stellen dort die Parteien nämlich einfach fest, dass sie unterschiedlicher Meinung sind, ohne für den Streit eine Lösung finden zu können. Eine verbindliche Lösung können die Parteien dagegen unter Beizug eines Gerichts finden, das darüber entscheidet, wie das Abkommen bzw. die strittige Vorschrift richtig ausgelegt und angewendet wird. Dies bietet Rechtssicherheit. Beruht aber ein Abkommen inhaltlich auf EU-Recht, so muss in der Logik der EU der EuGH im Rahmen ihrer Rechtsordnung die letzte Hoheit über die Auslegung dieses Rechtes haben.

Bei diesem letzten Punkt handelt sich um einen verfassungsrechtlichen Grundsatz der EU, der vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zunehmend klarer umrissen

worden ist. Danach darf die EU Abkommen mit Nichtmitgliedstaaten nur dann abschliessen, wenn diese Abkommen die Autonomie der Unionsrechtsordnung respektieren. Dazu gehört insbes. die erwähnte Oberhoheit des EuGH über die Auslegung von EU-Recht. Die EU kann von diesem Grundsatz nicht abweichen, ohne ihre eigene Rechtsordnung zu verletzen.

Detaillierter hierzu *Tobler/Beglinger-Brevier zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU*, Ausgabe 2021-05.1, ab Frage 98.

In der Abkommenspraxis der EU mit Nichtmitgliedstaaten haben sich über die Jahre mehrere unterschiedliche Modelle entwickelt, welche dem EuGH eine Rolle für die Auslegung des aus dem EU-Recht stammenden Elemente in den Abkommen einräumen. In der jüngeren Vergangenheit ist eines dieser Modelle in den Vordergrund getreten, das auch in den Gesprächen zwischen der Schweiz und der EU zugrundeliegt (zu diesem Modell 18. Frage).

15. Frage Gab es ein Vorbild für die Lösung der institutionellen Fragen?

Ja, es gab als Vorbild das institutionelle Modell des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), wo der Grundsatz der Homogenität von zentraler Wichtigkeit ist. Die EU dachte mit Blick auf die bilateralen Marktzugangsabkommen mit der Schweiz ursprünglich an ein dem EWR entsprechendes institutionelles Modell. Die jetzt für das Verhältnis Schweiz-EU angedachte Lösung weist sowohl Gemeinsamkeiten als auch Abweichungen vom EWR-Modell auf (siehe dazu die Hinweise in den folgenden Teilen dieses Breviers).

III. GRUNDZÜGE DER ANGEDACHTEN NEUEN INSTITUTIONELLEN REGELN

Fortlaufendes Aufdatieren der betroffenen Abkommen:

Neu soll ein System des fortlaufenden bzw. dynamischen Aufdatierens gelten: Die Parteien der betroffenen Abkommen (Schweiz und EU) entscheiden zusammen über die Anpassung der Abkommen an neues EU-Binnenmarktrecht. Widersetzt sich eine Partei, sollen Rechtsfolgen eintreten können.

Auslegung des bilateralen Rechts:

Soweit die betroffenen Abkommen auf EU-Recht basieren, sollen sie im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) ausgelegt werden.

Streitbeilegung:

Dem bisher bestehenden Mechanismus für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien soll neu ein gerichtliches Element beifügt werden. Wie bisher sollen Streitigkeiten zuerst im für das betreffende Abkommen zuständigen Gemischten Ausschuss besprochen und möglichst gelöst werden. Erweist sich das als unmöglich, sollen die Parteien die Möglichkeit haben, ein Schiedsgericht anzurufen, in dem beide Parteien vertreten sind, und dieses mit der Beilegung der Streitigkeit zu beauftragen. Wirft die Streitigkeit eine Frage über die Auslegung oder die Anwendung von Vorschriften mit Begriffen des Unionsrechts auf und ist die Auslegung dieser Vorschriften für die Beilegung der Streitigkeit relevant und notwendig, dann sollte das Schiedsgericht diese Frage (also die Frage der Auslegung des Begriffes) dem EuGH zur Entscheidung vorlegen. Für die Entscheidung der Streitigkeit selbst bleibt in jedem Fall das Schiedsgericht zuständig.

16. Frage Wie sieht die angedachte Regelung mit Bezug auf das Aufdatieren des bilateralen Recht in den Grundzügen aus?

Das *Common Understanding* nennt ein System der fortlaufenden («dynamischen») Anpassung der relevanten bilateralen Abkommen. Danach sind die Parteien verpflichtet, die Abkommen fortlaufend neuem EU-Recht anzupassen. Die Pflicht zur Anpassung der betreffenden Abkommen besteht nur mit Bezug auf neues EU-Recht, welches in den thematischen Anwendungsbereich dieser Abkommen fällt. Praktisch soll sich der sog. Gemischte Ausschuss des relevanten Abkommens (ein Gremium mit Personen beider Parteien) mit der Frage von Anpassungen befassen. Ein Aufdatieren erfolgt in keinem Fall automatisch, sondern muss von den Parteien (Schweiz, EU) aktiv beschlossen werden. Eine Verweigerung des Aufdatierens durch eine der beiden Partei soll zu einem Schiedsverfahren führen und Rechtsfolgen haben können. Die Schweiz soll zudem weiterhin im EU-Gesetzgebungsverfahren in den für die Abkommen relevanten Sachbereichen Mitspracherechte geniessen, mit denen sie bis zu einem gewissen Grad Einfluss auf die EU-Gesetzgebung nehmen kann.

Anmerkung: Wo der Gemischte Ausschuss nach einem konkreten Abkommen die Befugnis hat, selber Änderungen vorzunehmen, beschliesst er selber. Wo das nicht der Fall ist, schlägt er eine formelle Revision des Abkommens vor. Dies wäre – falls der Gemischte Ausschuss dies wollte – z.B. in Bezug auf die Unionsbügerrichtlinie (dazu ab 20. Frage) der Fall.

Die Grundzüge des Systems des dynamischen Aufdatierens gemäss dem *Common Understanding* sind dieselben wie im Entwurf für das E-InstA.

Detaillierter hierzu *Tobler/Beglinger-Brevier zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, Ausgabe 2021-05.1*, ab Frage 29.

Neu sieht das *Common Understanding* aber gewisse Ausnahmen von der Verpflichtung zum Aufdatieren vor, welche im nächsten Teil über die Fortschritte gegenüber den früheren Verhandlungen und die verbleibenden Anliegen besprochen werden (Teil IV. des vorliegenden Breviers).

17. Frage Wie sieht die angedachte Regelung mit Bezug auf die Auslegung des bilateralen Rechts in den Grundzügen aus?

Bei der Auslegung geht es darum, die inhaltliche Bedeutung von rechtlichen Bestimmungen zu ermitteln. Gleich wie in anderen Rechtstexten sind die in den bilateralen Abkommen verwendeten Begriffe (z.B. „Diskriminierung“) manchmal nicht aus sich selber heraus vollständig klar. Sie müssen ausgelegt werden, um zu ermitteln, was sie im Kontext des Abkommens genau bedeuten.

Das *Common Understanding* hält fest, dass die relevanten bilateralen Abkommen, soweit sie auf EU-Recht basieren (in der englischen Originalsprache des Dokuments wörtlich: «to the extent that their application involves concepts of Union law», also «soweit ihre Anwendung Begriffe des Unionsrechts betrifft»), im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) ausgelegt werden. Daran sollen sich insbes. die Behörden und die Gerichte der beiden Parteien halten.

Die Grundzüge der Auslegung der bilateralen Marktzugangsabkommen gemäss dem *Common Understanding* sind dieselben wie im E-InstA.

18. Frage Wie sieht die angedachte Regelung mit Bezug auf die Streitbeilegung in den Grundzügen aus?

Das *Common Understanding* hält fest, dass dem bisher bestehenden Mechanismus für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien (also der Schweiz und der EU) neu ein gerichtliches Element beigefügt werden soll. Wie bisher sollen Streitigkeiten zuerst im für das betreffende Abkommen zuständigen Gemischten Ausschuss besprochen und möglichst gelöst werden. Erweist sich das als unmöglich, sollen die Parteien die Möglichkeit haben, ein Schiedsgericht anzurufen, in dem beide Parteien vertreten sind, und dieses mit der Beilegung der Streitigkeit zu beauftragen.

Wirft die Streitigkeit eine Frage über die Auslegung oder die Anwendung von Vorschriften mit Begriffen des Unionsrechts auf und ist die Auslegung dieser Vorschriften für die Beilegung der Streitigkeit relevant und notwendig, dann sollte das Schiedsgericht diese Frage (also die Frage der Auslegung des Begriffes) dem EuGH zur Entscheidung vorlegen.

Käme es zu einer Auslegungsentscheidung des EuGH, so wäre diese für das Schiedsgericht bindend. Über den Streitfall selbst aber entscheidet in jedem Fall nur das Schiedsgericht, und zwar abschliessend. Hält sich darauf die unterlegene Partei nicht an die Entscheidung des Schiedsgerichts, könnte die andere Partei „angemessene Ausgleichsmassnahmen“ ergreifen. Diese können laut dem *Common Understanding* entweder dasjenige Abkommen betreffen, um welches es im konkreten Streitfall geht, oder aber ein anderes Marktzugangsabkommen. Hält die unterlegene Partei die Ausgleichsmassnahmen für unverhältnismässig, kann sie ein weiteres Schiedsverfahren verlangen, dieses Mal in Bezug auf die Verhältnismässigkeit der Ausgleichsmassnahmen. Das Schiedsgericht entscheidet hierüber abschliessend. Dem EuGH käme in diesem zusätzlichen Schiedsverfahren keine Rolle zu.

Die Grundzüge des Streitbeilegungssystems gemäss dem *Common Understanding* sind dieselben wie im Entwurf für das E-InstA. Neu hält das *Common Understanding* aber ausdrücklich fest, dass das Schiedsgericht zu einer Anrufung des EuGH dann nicht verpflichtet ist, wenn es um eine Ausnahme von der Verpflichtung zur dynamischen Anpassung geht und wenn die Streitigkeit nicht die Auslegung oder Anwendung von Begriffen des Unionsrechts betrifft, sondern eigenständige Elemente des bilateralen Rechts (z.B. Sonderregelungen zugunsten der Schweiz; siehe dazu unten im Teil IV. des Breviers). In solchen Fällen soll das Schiedsgericht die Streitigkeit ohne Anrufung des EuGH entscheiden.

Die Anhänge II und III zu diesem Brevier bieten eine schematische Übersicht über den angedachten Streitbeilegungsmechanismus (II: Streitbeilegung; III: Folgen bei Nichtbeachtung des Entscheides des Schiedsgerichts).

Detaillierter hierzu Tobler/Beglinger-Brevier zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, *Ausgabe 2021-05.1*, ab Frage 93 sowie ab Frage 113.

IV. FORTSCHRITTE GEGENÜBER DEN FRÜHEREN VERHANDLUNGEN UND VERBLEIBENDE ANLIEGEN

Vom Bundesrat nach den Verhandlungen über das E-InstA identifizierte Problempunkte:

Der Bundesrat identifizierte nach den Konsultationen zum damals vorliegenden Entwurfstext für ein Institutionelles Abkommen drei thematische Bereiche, in denen eine Mehrheit der konsultierten Kreise zusätzliche Klarstellungen und Ergänzungen wünschte, nämlich dem Lohnschutz, der Unionsbürgerrichtlinie und den staatlichen Beihilfen. Die beiden ersten Punkte betreffen das Aufdatieren des bilateralen Personenfreizügigkeitsabkommens, der letzte Punkt insbes. das Aufdatieren des Luftverkehrsabkommens und ein künftiges Elektrizitätsabkommen.

Ergebnis der Sondierungsgespräche mit Bezug auf die Unionsbürgerrichtlinie:

Im Bereich der Unionsbürgerrichtlinie hat der Bundesrat in wichtigen Punkten zusätzliche Sonderlösungen erreicht. Sie betreffen die Ausschaffung von kriminellen Personen sowie ein eingeschränktes Daueraufenthaltsrecht und als Folge davon begrenzte allfällige Ansprüche auf Sozialhilfe.

Ergebnis der Sondierungsgespräche mit Bezug auf den Lohnschutz:

Im Bereich des Lohnschutzes ist dem Bundesrat gelungen, das duale Kontrollsystem der Schweiz abzusichern. Weiter soll die Schweiz in der Zukunft nicht an neues EU-Entsenderecht gebunden sein, wenn dieses eine erhebliche Schwächung oder Verringerung des Schutzniveaus der entsandten Arbeitskräfte in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zur Folge hat (sog. *non-regression clause*). Bezüglich der unbefriedigenden Spesenregelung des EU-Rechts will der Bundesrat noch eine Lösung finden.

Ergebnis der Sondierungsgespräche mit Bezug auf die staatlichen Beihilfen:

Im Bereich der staatlichen Beihilfen konnte der Bundesrat den Anwendungsbereich der modernisierten Beihilfenregelung auf wenige Abkommen beschränken.

19. Frage Welche heiklen Punkte wollte der Bundesrat nach dem Abbruch der Verhandlungen über ein Institutionelles Abkommen von 2021 lösen?

Der Bundesrat hatte bereits 2019 in einem Bericht zu den Konsultationen zum damals vorliegenden Entwurfstext für das E-InstA (das ja dann nicht unterzeichnet wurde) drei thematische Bereiche identifiziert, in denen eine Mehrheit der konsultierten Kreise zusätzliche Klarstellungen und Ergänzungen wünschte, nämlich dem Lohnschutz, der Unionsbürgerrichtlinie und den staatlichen Beihilfen. Die beiden ersten Punkte betreffen das Aufdatieren des bilateralen Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA), der letzte Punkt insbes. das Aufdatieren des Luftverkehrsabkommens und ein künftiges Elektrizitätsabkommen.

Nach dem Abbruch der Verhandlungen über das E-InstA im Mai 2021 richtete der Bundesrat innenpolitisch wie auch in den Sondierungsgesprächen mit der EU das Augenmerk besonders auf diese Punkte.

Der Streitbeilegungsmechanismus gehörte nicht zu den vom Bundesrat als besonders heikel identifizierten Themen, wird aber in der Öffentlichkeit weiterhin kontrovers diskutiert.

Der erwähnte «Bericht des Bundesrats über die Konsultationen zum Institutionellen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union» vom 7. Juni 2019 ist via die Webseite des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) zugänglich:
<https://www.eda.admin.ch/europa/de/home/bilateraler-weg/weiterentwicklung-bilateraler-weg/institutionelles-abkommen.html>.

1. Ergebnis der Sondierungsgespräche zur Unionsbürgerrichtlinie

20. Frage Worum geht es bei der sog. Unionsbürgerrichtlinie?

Die EU-Unionsbürger- oder Freizügigkeitsrichtlinie (Richtlinie 2004/38, UBRL) enthält Vorschriften über das Recht der Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten und gewisser ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten.

Konkret geht es um das Recht, aus dem eigenen EU-Staat auszureisen, in einen anderen EU-Staat einzureisen und dort Aufenthalt zu nehmen. Die Richtlinie enthält auch Vorschriften über die Einschränkung dieser Rechte («Ausnahmen»). Weiter sieht sie ein Recht auf Gleichbehandlung vor, das sich u.a. auf staatliche Sozialleistungen erstreckt, sofern die betreffende Person ein Aufenthaltsrecht im betreffenden Staat hat. Dabei gelten allerdings wichtige Ausnahmen.

Die UBRL hat eine Doppelnatur. Einerseits ersetzt sie in der EU älteres Recht zu den Themen Ein- und Ausreise sowie Aufenthalt. Insofern stellt sie eine Weiterentwicklung des früheren Freizügigkeitsrechtes dar. Andererseits stellt z.B. das erwähnte Recht auf Gleichbehandlung ein neues Element dar, das in der EU gemeinhin dem Status der Unionsbürgerschaft zugerechnet wird. Der Status der Unionsbürgerschaft umfasst zahlreiche weitere Rechte, u.a. auch politischer Natur, welche aber nicht in der UBRL geregelt sind (sondern in anderen EU-Rechtsinstrumenten).

Die EU-Richtlinie 2004/38 regelt teilweise eine Thematik, die auch zum aktuellen FZA gehört: Das FZA enthält ebenfalls Regelungen über Aus- und Einreise sowie Aufenthalt. Diese sind aber älterem EU-Recht nachgebildet oder verweisen auf solches Recht (z.B. für die Ausnahmen). Das FZA ist diesen Punkten bisher nicht dem neueren EU-Recht angepasst worden.

21. Frage Warum gilt das Thema in der Schweiz als heikel?

Die volle Übernahme der UBRL ins bilaterale FZA hätte in verschiedener Hinsicht Folgen für die Schweiz, welche hierzulande z.T. kontrovers diskutiert wurden. Dazu gehören insbes. (1) ein Recht auf Daueraufenthalt für freizügigkeitsberechtigte Personen nach fünf Jahren rechtmässigen Aufenthalts, was in der Folge gegebenenfalls zu Ansprüchen an die staatliche Sozialhilfe führen könnte, und weiter (2) verschärfte Regeln über die Wegweisung von Personen, die sich bereits länger im Gastland befinden, was v.a. die Ausschaffung krimineller Personen erschweren könnte.

22. Frage Auf welcher Basis fanden die Sondierungsgespräche statt?

Die EU bestand ursprünglich darauf, dass die UBRL gleich wie im EWR grundsätzlich als Ganzes ins FZA übernommen wird. Der Bundesrat wollte umgekehrt die Richtlinie ganz vom System des dynamischen Aufdatierens ausnehmen. In den Sondierungsgesprächen haben beide Parteien ihre Haltungen revidiert und stattdessen auf inhaltliche Sonderlösungen für die Schweiz hingearbeitet.

23. Frage Was ist in den Sondierungsgesprächen erreicht worden?

Das *Common Understanding* nennt ausdrücklich gewisse Ausnahmen und Garantien zugunsten der Schweiz im Bereich der UBRL. Sie werden mit besonderen Umständen in der Schweiz begründet. Wichtig sind v.a. die folgenden Punkte:

Zur **Ausschaffung** hält das *Common Understanding* fest, dass die Schweiz und die EU die geltenden Verpflichtungen gemäss dem heute geltenden FZA aufrechterhalten und deshalb darüber hinausgehende Regeln der UBRL nicht anwendbar sein sollen. Dies betrifft konkret den verstärkten Schutz gegen Ausschaffung gemäss den Abs. 2 und 3 von Art. 28 der UBRL, der im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU nicht gelten soll. Der Grund dafür liegt im Schweizer Recht über die Ausschaffung krimineller Personen. Dabei geht es um das durch die Ausschaffungsinitiative eingeführte Schweizer Recht auf der Ebene der Bundesverfassung und weiterer Gesetze. In der praktischen Anwendung werden diese Bestimmung durch die Anwendung einer Härteklausele u.U. etwas abgemildert. Die Schweiz sichert sich mit der erwähnten Ausnahme von der UBRL die Möglichkeit, dieses Regime beizubehalten.

Zum **Daueraufenthaltsrecht** hält das *Common Understanding* fest, dass im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU ein solches Recht nur Erwerbstätigen (d.h. angestellten Arbeitskräften und Selbständigen) und ihren Familienangehörigen zugestanden werden muss (für Letztere insoweit, als das FZA einen Familiennachzug vorsieht; dieser betrifft nur bestimmte Kategorien von Familienangehörigen). Für die Berechnung der für das Daueraufenthaltsrecht erforderlichen fünf Jahre sollen zudem gewisse Einschränkungen gelten. Mit Bezug auf die UBRL würde dies bedeuten, dass ihr Art. 16 über das Daueraufenthaltsrecht nur mit den erwähnten Einschränkungen ins FZA übernommen würde. Die erwähnten Ausnahmen würde es der Schweiz erlauben, den Kreis der unter gewissen Umständen neu Sozialhilfeberechtigten aus der EU bis zu einem gewissen Grad zu begrenzen.

In beiden Punkten würde sich die Schweiz damit wirkliche inhaltliche Ausnahmen von der Anpassung des FZA an die UBRL sichern. Zum Vergleich: Es handelt sich um Ausnahmen, welche im E-InstA noch

nicht vorgesehen waren und welche auch im EWR-Recht nicht vorkommen (dort wurde die UBRL als Ganzes übernommen).

Das *Common Understanding* formuliert darüber hinaus gewisse **Garantien**, welche für die Schweiz bedeutsam sind. Sie beziehen sich zum einen auf praktische Aspekte der Grenzen des Rechts auf Sozialhilfe, wie sie die UBRL vorsieht. Dazu gehört z.B. das Recht, den gemäss dem revidierten FZA freizügigkeitsberechtigten Personen in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts Sozialhilfe zu versagen, ohne den individuellen Fall analysieren zu müssen. Das *Common Understanding* bekräftigt zudem das Ziel der beiden Parteien, Sozialhilfemissbrauch zu bekämpfen. Zum anderen beziehen sich die Garantien auf das Recht des Gastlandes zur Ausschaffung von Personen, welche die Bedingungen für einen rechtmässigen Aufenthalt gemäss dem FZA nicht mehr erfüllen.

24. Frage Ein verwandter Punkt: Was sind die Anforderungen an die Schweizer Identitätskarten?

Gemäss dem FZA erfordert das Überschreiten von Grenzen zwischen der Schweiz und der EU grundsätzlich eine gültige Identitätskarte oder einen gültigen Pass (wobei im Bereich des Schengen-Abkommens Grenzkontrollen im Prinzip abgeschafft sind). In der EU sind die Anforderungen an Personalausweise in der «Verordnung 2019/1157 zur Erhöhung der Sicherheit der Personalausweise von Unionsbürgern und der Aufenthaltsdokumente, die Unionsbürgern und deren Familienangehörigen ausgestellt werden» geregelt. Solche Dokumente müssen biometrische Elemente enthalten.

Die Verordnung soll im Rahmen des dynamischen Aufdatierens des FZA in den Rechtsbestand dieses Abkommens übernommen werden. Laut dem *Common Understanding* soll aber der Schweiz i.S. einer Ausnahme zugestanden werden, auch nicht biometrische Identitätskarten beizubehalten. Der Bundesrat führt dazu aus, dass Schweizer Staatsbürgerinnen und -bürger selbst entscheiden können sollen, ob sie eine biometrische Identitätskarte wollen oder nicht. Nicht-biometrische Karten, welche vor der Gültigkeit der Verordnung 2019/1157 im Rahmen des FZA ausgestellt worden sind, könnten während einer längeren Übergangsfrist auch für Reisen in die EU verwendet werden.

2. Ergebnis der Sonderierungsgespräche zum Lohnschutz und den flankierenden Massnahmen

25. Frage Worum geht es bei den sog. flankierenden Massnahmen der Schweiz?

Die von der Schweiz geschaffenen sog. „Flankierenden Massnahmen“ (FlaM) betreffen einen Sonderaspekt des FZA. Danach dürfen Unternehmen aus dem EU-Ausland in der Schweiz während bis zu 90 Tagen pro Kalenderjahr Aufträge ausführen und dabei ihr eigenes Personal (also vom Unternehmen angestellte Arbeitskräfte) mitbringen. Dasselbe gilt auch umgekehrt, in Richtung zur EU. Man spricht von der Entsendung. Um in solchen Fällen sicherzustellen, dass sich die ausländischen Unternehmen an die schweizerischen Arbeitsbedingungen halten, hat die Schweiz eine spezielle Entsendegesetzgebung geschaffen. Diese sieht diverse Arbeitsschutzmassnahmen vor, eben die flankierenden Massnahmen. Sie betreffen u.a. den Schutz des Lohnes des entsandten Personals, wenn es in der Schweiz arbeitet.

26. Frage Was gilt in der EU inhaltlich zum Lohnschutz?

Das EU-Recht zur Entsendung hat sich im Laufe der Zeit stark entwickelt. Die Rechte der entsendenden Unternehmen gründen auf der Dienstleistungsfreiheit. Der EuGH anerkannte schon früh, dass die Dienstleistungsfreiheit der Unternehmen im Interesse des Schutzes der Arbeitskräfte beschränkt werden darf. In den 1990er Jahren schuf die EU sodann spezielles Recht über die Rechtsstellung der entsandten Arbeitskräfte, nämlich die sog. Entsenderichtlinie 96/71. Sie enthielt in ihrer damaligen Form für spezifisch bestimmte Tätigkeiten einen Kernbestand von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (z.B. den Lohn, die Ferienansprüche und die Gleichbehandlung der Geschlechter). Für andere Fälle konnten die EU-Mitgliedstaaten eigene Regelungen erlassen, soweit sie dabei nicht diskriminierten und im Rahmen der Verhältnismässigkeit blieben.

Im Jahr 2018 modernisierte die EU die ursprüngliche Entsenderichtlinie 96/71 mittels der Änderungsrichtlinie 2018/957. Der Kernpunkt der Anpassung war die Verstärkung des Grundsatzes, dass für die entsandten Arbeitskräfte die Arbeitsbedingungen des Gastlandes gelten (Art. 3 der Richtlinie 96/71 in der geänderten Version). Dies gilt insbes. auch für Entlohnung, die nach den Vorschriften des Gastlandes zu erfolgen hat. Eine Ausnahme gilt allerdings für die Spesen, welche

durch die Entsendung für die Arbeitskräfte entstehen (z.B. Kosten für die Unterkunft im Gastland). Das Entsendeunternehmen kann sie nach den Vorschriften seines Herkunftslandes bezahlen.

27. Frage **Und was gilt in der EU für die Durchsetzung der Schutzvorschriften?**

Die Entsenderichtlinie 96/71 regelt die Durchsetzung der Schutzvorschriften nicht, welche nach ihrem Erlass einstweilen weiterhin nach den Vorschriften der Dienstleistungsfreiheit zu beurteilen waren.

Im Jahr 2014 erliess die EU sodann die Durchsetzungsrichtlinie 2014/67. Diese will insbes. sicherstellen, dass die von den EU-Mitgliedstaaten vorgesehenen Durchsetzungsmassnahmen gerechtfertigt und verhältnismässig sind. Die Richtlinie enthält einen allgemeinen Grundsatz über Verwaltungs- und Kontrollmassnahmen (diese dürfen nicht diskriminieren und müssen verhältnismässig sein) sowie konkrete Regelungen für bestimmte Fälle.

28. Frage **Auf welchem EU-rechtlichen Stand zum Lohnschutz ist das aktuelle FZA?**

Das FZA enthält ausdrückliche Vorschriften über die Entsendung und den Schutz der entsandten Arbeitskräfte. Danach gelten für solche Arbeitskräfte die Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Gastlandes. Zusätzlich verweist das Abkommen aber auf die EU-Entsenderichtlinie 96/71.

Im Rahmen des FZA gilt die EU-Entsenderichtlinie in der Fassung, wie sie zum Zeitpunkt des Abschlusses des Abkommens im Jahr 1999 bestand, also die ursprüngliche Version der Richtlinie 96/71. Die Verstärkung des Schutzes der entsandten Arbeitskräfte nach der Änderungsrichtlinie 2018/957 ist bisher nicht ins FZA übernommen worden. Auch die Durchsetzungsrichtlinie 2014/67 ist bisher nicht Bestandteil des FZA.

29. Frage **Warum gilt das Thema in der Schweiz als heikel?**

Die Schweiz hat im Rahmen ihrer Entsendegesetzgebung (dazu 25. Frage) einige flankierende Massnahmen geschaffen, welche die EU teilweise als im Widerspruch zum FZA betrachtet (und zwar auch nach dem heutigen Rechtsstand des Abkommens, also noch vor einer Anpassung an die EU-Durchsetzungsrichtlinie). Dazu gehört u.a. eine Voranmeldepflicht für Entsendungen verbunden mit einem Arbeitsverbot während der Voranmeldefrist.

Detaillierter hierzu *Tobler/Beglinger-Brevier zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, Ausgabe 2021-05.1*, ab Frage 52.

In der Schweiz befürchten v.a. die Gewerkschaften, mit einer Anpassung des FZA an die neueren EU-Regeln verbunden mit dem neuen Streitbeilegungsverfahren würde der EU die Möglichkeit gegeben, rechtlich gegen diese Massnahmen vorzugehen, was u.U. zu einer Aufweichung der Schweizer Regeln und einem Abbau des Lohnschutzes führen könnte.

In seinem Bericht über die Konsultationen zum E-InstA nannte der Bundesrat vor diesem Hintergrund deshalb u.a. das Anliegen einer Garantie des Lohnschutzes in der heutigen Form oder aber des aktuellen Schutzniveaus sowie die Gewährleistung des sog. dualen Vollzugs, also der aktiven Rolle der Schweizer Sozialpartner bei der Kontrolle der Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, wie sie heute in der Schweiz praktiziert wird.

30. Frage **Was ist in den Sondierungsgesprächen erreicht worden?**

Das *Common Understanding* sieht – insofern gleich wie schon das E-InstA – für das Entsenderecht gewisse Ausnahmen von der Pflicht zum dynamischen Aufdatieren vor. In den betreffenden Punkten sollen der Schweiz **Sonderregelungen** zugestanden werden. Es handelt sich um Regelungen, welche vom geltenden EU-Recht abweichen (und im Übrigen auch im EWR-Recht nicht vorgesehen sind) und der Schweiz wegen ihrer speziellen Situation als Hochpreis- und Hochlohnland zustanden werden sollen. Konkret:

- Die heute in der Schweiz geltende 8-Tage-Regel i.S.v. 8 Kalendertagen würde auf eine 4-Tage-Regel i.S.v. 4 Arbeitstagen verkürzt und nach einer objektiven und branchenspezifischen Risikoanalyse angewendet.

- Wo Dienstleistungserbringer in der Vergangenheit ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachgekommen sind, hätte weiterhin eine Kautionsauferlegung werden können, auch hier aufgrund einer branchenspezifischen Risikoanalyse.
- Zur Bekämpfung von Scheinselbständigkeit könnten Selbständige verpflichtet werden, eine Reihe von Dokumenten zur Verfügung zu stellen, um so eine wirksame Kontrolle zu erlauben und so eine Umgehung der Entsendevorschriften durch Scheinselbständigkeit zu verhindern.

Neu sind im *Common Understanding* zwei zusätzliche Elemente:

Zum einen hält das *Common Understanding* fest, dass die Verantwortung für die Durchführung wirksamer Kontrollen zur Gewährleistung der Schutzvorschriften bei den Behörden und anderen Überwachungs- und Durchsetzungsstellen nach nationalem Recht liegt. Dabei wird ausdrücklich erwähnt, dass dies die Sozialpartner einbeziehen kann – was in der Schweiz der Fall ist. Damit wird dem Anliegen der Gewährleistung des schweizerischen Systems des dualen Vollzugs Rechnung getragen.

Zum anderen nennt das *Common Understanding* das gemeinsame Ziel der Schweiz und der EU, das zwischen ihnen vereinbarte Schutzniveau für entsandte Arbeitskräfte beizubehalten, sobald die Schweiz das neuere EU-Entsenderecht übernommen hat. Um dies zu erreichen, soll ein allfälliger Rückschritt ausgeschlossen werden: Die Schweiz soll in der Zukunft nicht an neues EU-Entsenderecht gebunden sein, wenn dieses eine erhebliche Schwächung oder Verringerung des Schutzniveaus der entsandten Arbeitskräfte in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zur Folge hat (sog. *non-regression clause*). Es handelt sich faktisch um eine weitere Beschränkung der Pflicht zum dynamischen Aufdatieren. Sie soll zeitlich nach der Aufdatierung des FZA im Lichte der Änderungsrichtlinie 2018/957 und der Durchsetzungsrichtlinie 2014/67 wirksam werden.

31. Frage Welche noch Anliegen sind mit Bezug auf den Lohnschutz noch offen?

Die Gewerkschaften befürchten trotz der Konzessionen der EU an die Schweiz unverändert einen Abbau des Lohnschutzes. Dazu ist allerdings zu bemerken, dass sich die Anpassung einzelner flankierender Massnahmen (etwa die Klürzung der bisherigen 8-Tage-Regel auf eine 4-Tage-Regel) nicht unbedingt in einen Abbau des Schutzniveaus zu übersetzen braucht. In vielen Fällen dürfte es möglich sein, die Wirksamkeit der betreffenden flankierenden Massnahmen auch so, z.B. durch technische Anpassungen zu verbessern und allenfalls durch neue, abkommenskonforme Massnahmen zu ergänzen, um so das heute in der Schweiz geltende Schutzniveau halten zu können.

Die Gewerkschaften kritisieren zudem in neuerer Zeit v.a. die EU-Spesenregelung – mit Recht, stellt sie doch unbestrittenermassen ein problematisches Element des EU-Rechts dar. Die Schweiz hat in den Sondierungsgesprächen versucht, auch dafür eine Ausnahme von der Pflicht zum dynamischen Aufdatieren zu erreichen, was die EU aber nicht zugestehen wollte. Der Schweiz sollte sich in künftigen Verhandlungen aus Gründen der rechtlichen Kohärenz weiterhin dafür einsetzen.

Für den Fall, dass dies nicht gelingt, sind von wissenschaftlicher Seite her zwei Vorschläge vorgebracht worden, um eine Spesenregelung nach den Schweizer Vorschriften beizubehalten (siehe dazu die Nachrichtensendung von Radio srf [Echo der Zeit vom 2. Dezember 2023](#), EU-Dossier: «Schweiz wird ihr Spesenniveau verteidigen können»):

- Astrid Epiney von der Universität Fribourg argumentiert, dass sich eine von der heute in der EU geltenden Regelung in der Entsenderichtlinie 96/71 abweichende Spesenregelung aufgrund einer Ausnahmebestimmung in der Richtlinie über die öffentliche Ordnung mit der Richtlinie vereinbaren lässt.
- Christa Tobler von der Universität Basel ist der Auffassung, dass die Spesenregelung den EU-rechtlichen Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt und deswegen nicht angewendet werden muss bzw. sollte.

Sollte in den Verhandlungen keine Ausnahmeregelung erzielt werden können, könnte die Schweiz im Rahmen des Verhandlungspakets mit der EU die Pflicht zum dynamischen Aufdatieren auch für das Entsenderecht anerkennen, im eigenen Recht aber die schweizerische Spesenregelung letztlich dennoch beibehalten. Sollte es zu Gerichtsfällen kommen (z.B. im Rahmen des neuen Streitbeilegungsverfahrens), so könnten die beiden erwähnten Argumente kombiniert werden: In erster Linie könnte sich die Schweiz auf die Ausnahme berufen und hilfsweise – also für den Fall, dass sie mit diesem Argument nicht durchdränge – das weitere Argument der Verletzung der Rechtsgleichheit vorbringen.

Laut dem Bundesrat muss das Thema Spesenregelung in den Verhandlungen mit der EU nochmals diskutiert werden. Daneben will der Bundesrat die Gespräche mit den inländischen Akteuren

fortsetzen. Zu diesen gehören insbes. die Sozialpartner. Das Ziel des Bundesrats ist eine zufriedenstellende Regelung zur Erhaltung des heutigen Schutzniveaus.

32. Frage **Gibt es im Text des *Common Understanding* unklare Elemente zum Lohnschutz?**

V.a. in Gewerkschaftskreisen wird angesichts des Textes des *Common Understanding* die Frage diskutiert, ob die Kontrolldichte beim Vollzug der schweizerischen flankierenden Massnahmen zu jenen Elementen gehört, für welche eine Auslegungszuständigkeit des EuGH ausgeschlossen wäre. Die Frage betrifft jenen Teil des *Common Understanding*, in welchem der Schweiz eine viertägige Voranmeldefrist für Entsendungen zugestanden wird. Dort heisst es wörtlich (eigene Übersetzung des englischen Originaltextes, Hervorhebung hinzugefügt):

*„Die Schweiz sollte eine Voranmeldefrist von höchstens 4 Arbeitstagen für Dienstleistungserbringer, die selbständig tätig sind oder Arbeitnehmer in ihr Hoheitsgebiet entsenden, anwenden können, wenn dies für die Durchführung von Vor-Ort-Kontrollen in bestimmten Sektoren erforderlich ist. **Die Menge und Dichte (Kontrollziele) sowie die zu kontrollierenden Sektoren und Gebiete [...] werden von der Schweiz autonom auf der Grundlage einer objektiven Risikoanalyse festgelegt.** Die Kontrollziele sowie die Sektoren und Gebiete sollten auf der Grundlage einer autonomen und objektiven Risikoanalyse in verhältnismässiger und nicht diskriminierender Weise festgelegt werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass das FZA den freien Dienstleistungsverkehr auf neunzig Tage pro Kalenderjahr begrenzt. Die Festlegung der Sektoren sollte in regelmäßigen Abständen überprüft und aktualisiert werden.“*

Laut dem [Bericht](#) des Bundesrats zu den exploratischen Gesprächen vom 15. Dezember 2023 umfasst die Ausnahme über die 4-Tage-Regel zugleich die Kontrolldichte (S. 17: „eine maximal viertägige Voranmeldepflicht **inklusive** autonomer Festlegung der Kontrolldichte auf der Basis einer verhältnismässigen, nichtdiskriminierenden und objektiven Risikoanalyse“; Hervorhebung hinzugefügt). Die EU dagegen erwähnt in ihrem Mandatsentwurf die Voranmeldefrist ohne Nennung der Kontrolldichte. Das Frage- und Antwortdokument („Q&A“) der Europäischen Kommission geht auf diesen Punkt nicht ein; es führt zur Frage, ob die flankierenden Massnahmen der Schweiz zur Entsenderichtlinie abgeschafft werden sollen, lediglich aus: «Nein. Mit dem in der Vereinbarung verfolgten Ansatz ist gewährleistet, dass die von der Schweiz durchgeführten Kontrollen im Bereich der Entsendung von Arbeitnehmern gerechtfertigt, nichtdiskriminierend und verhältnismässig sind. Durch die Kontrollen wird sichergestellt, dass die Freiheit zur Erbringung von Dienstleistungen an bis zu 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr eingehalten wird.»

Es ist aufgrund dieser Textlage zur Zeit unklar, ob sowohl der Bundesrat als auch die EU die autonome Festlegung der Kontrolldichte als Teil der Ausnahme über die 4-Tage-Regel sehen, der deshalb von der Zuständigkeit des EuGH ausgenommen wäre, oder ob es sich um einen zusätzlichen Punkt handelt, der ausserhalb der eigentlichen Ausnahme steht. Im letzteren Fall würde sich die weitere Frage stellen, ob es sich beim Element der autonomen Festlegung um eine spezielle bilateralrechtliche Regelung handelt, die – weil nicht ein Element des Unionsrechts – im Streitfall vom Schiedsgericht eigenständig zu beurteilen wäre, also aus diesem Grund ebenfalls von der Zuständigkeit des EuGH ausgeschlossen wäre.

Diese Fragen sollten in den künftigen Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU geklärt werden.

3. *Ergebnis der Sonderierungsgespräche zu den staatlichen Beihilfen*

33. Frage **Worum geht es bei den staatlichen Beihilfen?**

Im EU- und im EWR-Recht gilt grundsätzlich ein Verbot bzw. die Kontrolle von vom Staat gewährten finanziellen Vorteilen (z.B. Subventionen oder Steuererleichterungen), wenn sie gewisse weitere Voraussetzungen erfüllen. Staatliche Beihilfen können dann problematisch sein, wenn sie nur gewissen Branchen oder Unternehmen (also selektiv) gewährt werden bzw. die Herstellung bestimmter Waren begünstigen, und zudem den grenzüberschreitenden Warenhandel beeinträchtigen sowie den Wettbewerb verzerrten bzw. verzerren könnten. Es gelten zahlreiche Ausnahmen, so dass man heute eher von einem Kontrollsystem als von einem strengen Verbotssystem sprechen könnte. Neue Beihilfen ab einer bestimmten Höhe müssen zur wettbewerbsrechtlichen Vorabkontrolle angemeldet werden und dürfen nur dann gewährt werden, wenn sie von der zuständigen Wettbewerbsbehörde gutgeheissen worden sind.

Das Beihilferecht ist ein wichtiger Aspekt des EU- und EWR-Wettbewerbsrechts, zu dem es im Schweizer Wettbewerbsrecht (Kartellgesetz) keine Entsprechung gibt. Für die Schweiz gibt es bisher Beihilfenregelungen nur in drei spezifischen, bilateralen Abkommen (nämlich im Freihandelsabkommen – das von den Sondierungsgesprächen nicht direkt erfasst wird –, sowie im Luftverkehrs- und im Landverkehrsabkommen), dies allerdings in unterschiedlicher Ausgestaltung (so im Landverkehrsabkommen nur sehr ansatzweise) und ohne Vorschriften über die institutionelle Durchsetzung.

34. Frage Warum gilt das Thema in der Schweiz als heikel?

In seinem Bericht zu den Konsultationen über das E-InstA nannte der Bundesrat hierzu zwei Anliegen: 1) Gleichbehandlung von Bund und Kantonen bei der Überwachung und 2) keine horizontale Wirkung der Beihilfenregelung, d.h. keine Wirkung über den Bereich der vom E-InstA abgedeckten Marktzugangsabkommen hinaus. Der letztere Punkt hängt damit zusammen, dass im E-InstA für später eine Modernisierung der Abkommen über den Handel mit Waren angedacht war und Bedenken bestanden, die neuen Beihilfenregelungen könnten dort schon vor der eigentlichen Modernisierung Wirkung entfalten.

In der öffentlichen Diskussion wird zudem der Einfluss einer neuen Beihilfenregelung auf die Grundversorgungsdienste (sog. *Service public*) diskutiert, z.B. im Bereich der Elektrizität.

35. Frage Was ist in den Sondierungsgesprächen erreicht worden?

Das *Common Understanding* nennt die Abkommen über den Warenhandel nicht mehr, so dass sich hier die Frage einer Beihilfenregelung einstweilen nicht stellt. Inhaltlich und institutionell modernisierte Beihilfenregeln sollen einzig in Abkommen über den Luftverkehr und den Landverkehr sowie in künftigen Marktzugangsabkommen verankert werden, insbes. im Bereich der Elektrizität. Damit ist dem Anliegen des Bundesrats, den Anwendungsbereich der modernisierten Beihilfenregelung zu beschränken, Rechnung getragen.

Für die Beihilfekontrolle nennt das *Common Understanding* ein sog. Zwei-Pfeiler-System, wonach die EU wie auch die Schweiz jeweils selbständig für die Überwachung verantwortlich wären. Die jeweiligen Verfahren sollten gleichwertig sein, was impliziert, dass sie nicht deckungsgleich (identisch) zu sein brauchten. Die Schweiz würde dafür neu ein Beihilfekontrollsystem entwickeln. Die Tatsache, dass sie hier eigenständig ein Verfahren aufbauen kann, dürfte es ihr ermöglichen, der angestrebten Gleichbehandlung von Bund und Kantonen bei der Überwachung der Beihilfen intern Rechnung zu tragen.

Was die Grundversorgungsdienste (sog. *Service public*) anbelangt, weist der Bundesrat für den Landverkehr darauf hin, dass der inländische öffentliche Verkehr vom Landverkehrsabkommen gar nicht erfasst werde, so dass eine Beihilfenregelung in diesem Abkommen für diesen Bereich irrelevant wäre. Was andere Bereiche anbelangt, ermöglicht das EU-Beihilfesystem für den *Service public* gewisse Ausnahmen (siehe dazu den Befund der «Technischen Arbeitsgruppe Bund und Kantone» über die Regelung und Überwachung staatlicher Beihilfen in der Schweiz vom 8. Februar 2023, verfügbar via die [Webseite](#) des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO).

V. WEITERE FRAGEN, WELCHE DANK EINER EINIGUNG ÜBER DIE INSTITUTIONELLEN FRAGEN GELÖST WERDEN KÖNNTEN

Forschungszusammenarbeit und Bildung

Eine Lösung der institutionellen Fragen soll die Blockade bei der Teilnahme der Schweiz an diversen EU-Programmen aufheben. Für die Forschung ist die EU bereit, der Schweiz auf der Basis eines Übergangsabkommens rasch Zugang gewähren.

Konformitätsbewertungen: Medizinprodukte und Maschinen

Von der neu einzuführenden Verpflichtung zum dynamischen Aufdatieren sollte u.a. das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung der Konformitätsbewertungen profitieren. Dadurch sollten die heute bestehenden Probleme im Teil über die Medizinprodukte behoben werden und ähnliche Probleme im Bereich der Maschinen verhindert werden können.

Finanzmärkte und Börsenäquivalenz

Die Schweiz und die EU wollen die Schweiz und die EU ihren schon früher einmal geführten Dialog über die Finanzmärkte wieder aufnehmen. Er dürfte den Rahmen bilden, in welchem sie auch über eine neue Börsenäquivalenzentscheidung sprechen können. Da die Europäische Kommission die Nichterneuerung der Entscheidung mit dem Fehlen von institutionellen Lösungen für die Marktzugangsabkommen begründete, ist zu erwarten, dass sie mit der Lösung dieser Fragen im Rahmen des neuen Paketansatzes auch wieder bereit sein wird, eine solche Entscheidung zu erlassen.

36. Frage Forschungszusammenarbeit, Bildung

Ebenfalls als Folge der fehlenden institutionellen Lösungen liess die EU die Beteiligung der Schweiz an diversen zeitlich begrenzten EU-Programmen auslaufen, darunter insbes. im Bereich der Forschung (zur Zeit insbes. *Horizon Europe* und das Euratom Forschungs- und Ausbildungsprogramm) und der Bildung (zur Zeit Erasmus+). Laut dem *Common Understanding* sollen die Parteien sofort damit beginnen, einen Rechtsrahmen für eine Schweizer Beteiligung an diesen Programmen sowie dem neuen Förderprogramm *Digital Europe* zu erarbeiten (das neue Programm hat zum Ziel, digitale Technologien für Unternehmen, Bürgerinnen, Bürger und öffentliche Verwaltungen bereitzustellen). Spezifisch für die Forschung hält das *Common Understanding* die Bereitschaft der Europäischen Kommission zum Abschluss eines Übergangsabkommens fest, das eine rasche Beteiligung der Schweiz ermöglichen soll. Auf der Seite der Schweiz wurde der finanzielle Rahmen vom Bundesparlament bereits beschlossen, so dass insofern einer raschen Lösung nichts im Wege steht. Die Materie ist für den Wissenschaftsstandort Schweiz und seiner Wichtigkeit im internationalen Wettbewerb von grosser Wichtigkeit.

Detaillierter hierzu *Tobler/Beglinger-Brevier zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, Ausgabe 2021-05.1*, ab Frage 160.

37. Frage Konformitätsbewertungen: Medizinprodukte und Maschinen

Von der neu einzuführenden Verpflichtung zum dynamischen Aufdatieren (dazu 16. Frage) sollte das zum Paket der Bilateralen I gehörende Abkommen über die gegenseitige Anerkennung der Konformitätsbewertungen profitieren können. Hier bestehen zur Zeit Probleme, weil die EU wegen des Fehlens einer institutionellen Lösung eine Aufdatierung des Abkommensteils über die Medizinprodukte verweigert und diesen Teil als nicht mehr anwendbar erklärt hat, was in der Schweiz in der Branche empfindliche wirtschaftliche Folgen hatte. Ähnliche Probleme drohen im Bereich der Maschinen. Mit dem neuen System wäre die EU zum regelmässigen Aufdatieren verpflichtet.

Detaillierter hierzu *Tobler/Beglinger-Brevier zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, Ausgabe 2021-05.1*, ab Frage 155 sowie mit Bezug auf den Brexit ab Frage 171.

38. Frage Finanzmärkte und Börsenäquivalenz

Die Schweiz und die EU haben bisher kein Abkommen spezifisch über Finanzdienstleistungen von Banken und Versicherungen geschlossen.

Anmerkung: Das Versicherungsabkommen von 1989 betrifft nicht die Dienstleistungsfreiheit, sondern vielmehr die Niederlassung von Versicherungsunternehmen.

Wegen des Fehlens eines Abkommens erfordern Tätigkeiten von Schweizer Unternehmen auf den EU-Finanzmärkten die in der internen EU-Gesetzgebung für solche Fälle vorgesehenen sog. Äquivalenzentscheidungen der Europäischen Kommission. Im Fall der Börse liess die Kommission die Äquivalenzentscheidung für die Schweiz wegen des Fehlens einer institutionellen Lösung für die Marktzugangsabkommen auslaufen. Die Folgen davon konnten zwar durch schweizerische Massnahmen abgefedert werden, doch besteht Einigkeit darüber, dass es besser wäre, wieder eine Äquivalenzentscheidung zu erlangen.

Gemäss dem *Common Understanding* wollen die Schweiz und die EU ihren schon früher einmal geführten Dialog über die Finanzmärkte wieder aufnehmen. Er dürfte den Rahmen bilden, in welchem die Schweiz und die EU auch über eine neue Börsenäquivalenzentscheidung sprechen können. Da die EU die Nichterneuerung der Entscheidung mit dem Fehlen von institutionellen Lösungen für die Marktzugangsabkommen begründete, ist zu erwarten, dass sie mit der Lösung dieser Fragen im Rahmen des neuen Paketansatzes auch wieder bereit sein wird, eine solche Entscheidung zu erlassen.

Detaillierter hierzu <i>Tobler/Beglinger-Brevier zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, Ausgabe 2021-05.1</i> , ab Frage 144.
--

Thema:

Die Schweiz hat seit den 1950er Jahren mit den Europäischen Gemeinschaften bzw. mit der Europäischen Union weit über 100 sog. bilaterale Abkommen abgeschlossen. Diese Abkommen betreffen sowohl wirtschaftliche als auch andere Themenbereiche.

Bilaterale Abkommen Schweiz - EU (ursprünglich Europäische Gemeinschaften)

Wichtige Änderungen betr. die Parteien: Am 1.11.1993 wurde die EWG in EG umbenannt; am 1.12.2009 trat die EU an die Stelle der EG. Die EGKS wurde am 23.7.2002 durch Vertragsablauf aufgelöst. (Euratom besteht fort.)

Im Wesentlichen drei Phasen bzw. drei Generationen von Abkommen

**Phase 1: 1956–1972
Anfangsphase**

- Insbesondere:
- 1956 CH-Hohe Behörde der EGKS: Konsultationsabkommen (nicht mehr in Kraft)
 - 1956 CH-EGKS: Eisenbahntarife (nicht mehr in Kraft)
 - 1967 CH-EWG: Handel mit Käse
 - 1967 CH-EWG: Handel mit Uhren

**Phase 2: 1972–1993
Verstärkter Bilateralismus**

- Insbesondere:
- 1972 CH-EWG: Freihandelsabkommen (FHA)
 - 1972 CH-Mitgliedstaaten der EGKS: Handel (nicht mehr in Kraft)
 - 1978 CH-Euratom: Kooperation (KernfusionsA)
 - 1985 CH-EWG: Handel mit Suppen, Sossen und Würzmitteln
 - 1986 CH-EGKS/Euratom/EWG: Forschung
 - 1989 CH-EWG: Versicherungsabkommen (VersA)
 - 1990 CH-EWG: Güterverkehr (nicht mehr in Kraft)
 - 1992 CH-EWG: Transitverkehr (nicht mehr in Kraft)

Wichtige politische Entwicklungen in der Schweiz

- 20.5.1992: Bundesrat stellt bei den Europäischen Gemeinschaften ein «Beitrittsgesuch» (Brief über Aufnahme von Beitrittsgesprächen)
- 6.12.1992: Volk und Stände lehnen EWR-Beitritt ab

Folgen:

- «Beitrittsgesuch» auf Eis
- Fortsetzung des bilateralen Weges *plus* selektiv autonomer Nachvollzug von EU-Recht (einseitige Anpassung an das EU-Recht)
- [2016: formeller Rückzug des «Beitrittsgesuchs»]

**Phase 3: seit 1993
Ausweitung und Vertiefung**

- 1999 «Bilaterale I» (mit Guillotineklausel):**
- Freizügigkeit (FZA): Personen, Dienstleistungen (Erweiterungsprotokolle 2004, 2008, 2016)
 - Luftverkehr (LVA)
 - Landverkehr (LandVA)
 - Landwirtschaftsprodukte (AgrarA)
 - Konformitätsbewertungen (KonfBA)
 - Öffentl. Beschaffungswesen (ÖffBA)
 - Forschung (2x erneuert, 2014 z.T. und 2016 wieder voll erneuert, 2021 nicht erneuert)

2004 «Bilaterale II»:

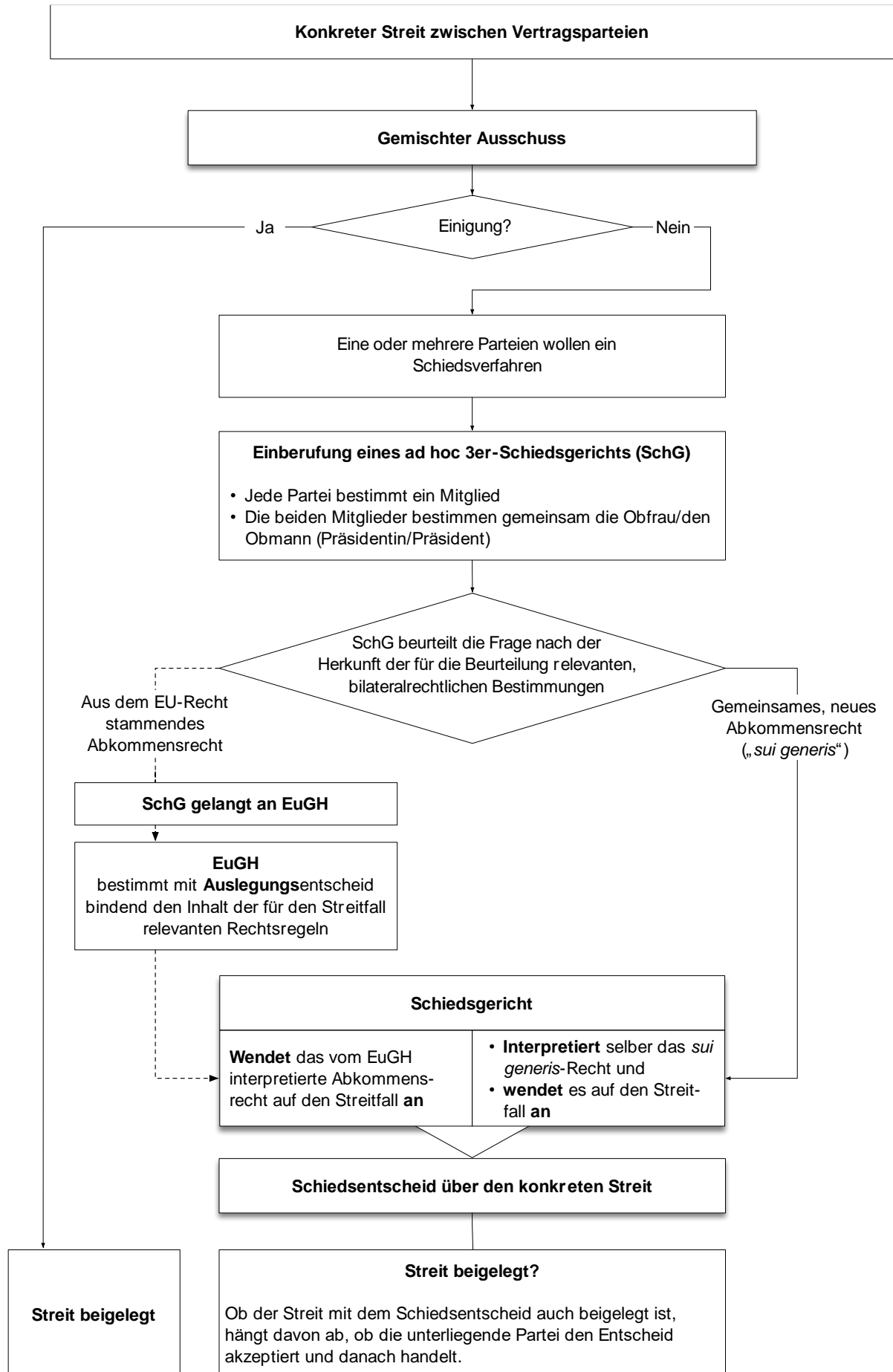
- Schengenassoziation: Abschaffung von Grenzkontrollen (SAA)
- Dublinassoziation: Asylzuständigkeit (DAA)
- Zinsbesteuerung, seit 2015: Automatischer Informationsaustausch (AIA)
- Betrugsbekämpfung
- Verarbeitete Landwirtschaftsprodukte (ändert ein Protokoll zum FHA)
- Umwelt
- Statistik
- Medien (1x erneuert, 2014 nicht erneuert)
- Ruhegehälter (EU-Beamte)

Seither weitere Abkommen, z.B.:

- 2009 Zollerleichterungen und -sicherheit (ZollA)
- 2010 Bildung, Berufsbildung, Jugend (2014 nicht erneuert)
- 2011 Geschützte Ursprungsbezeichnungen und geographische Angaben (GUB/GGA-A; Anhang zum AgrarA)
- 2013 Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden (WettBA)
- 2014 Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO)
- 2017 Emissionshandel
- 2019 Prümer Zusammenarbeit

+ Plus in der Schweiz selektiv autonomer Nachvollzug; siehe **Tafel 9**

ANHANG II: SCHIEDSVERFAHREN



ANHANG III: AUSGLEICHSMASSNAHMEN

