



16. Januar 2019

Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz–EU

A. Überblick	2
A.1. Interessenlage	2
A.2. Verhandlungsverlauf	2
A.3. Verhandlungsergebnis in Kürze	3
A.4. Einschätzung und weiteres Vorgehen	4
B. Das Abkommen im Detail	5
B.1. Präambel, Ziel (Art. 1) und Anwendungsbereich (Art. 2)	5
B.2. Institutionelle Mechanismen	6
B.2.1. Rechtsentwicklung (Art. 5 i.V.m. Art. 12-14) und gemischter parl. Ausschuss (Art. 16)	6
B.2.2. Rechtsauslegung (Art. 4)	7
B.2.3. Überwachung (Art. 6 und 7)	8
B.2.4. Streitbeilegung (Art. 9 und 10, Protokoll 3)	8
B.3. Ausnahmen von der dynamischen Rechtsentwicklung (Protokoll 2)	9
B.4. Staatliche Beihilfen (Art. 8A, 8B, 8C; Annex X)	10
B.5. Personenfreizügigkeit	12
B.5.1. Flankierende Massnahmen (FlaM) (Protokoll 1)	12
B.5.2. Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG «UBRL»)	13
B.5.3. Koordinierung der Sozialversicherungen	14
B.6. Kündigung (Art. 22)	15
B.7. Gemeinsame Erklärung Handelsverträge und Beschlussentwurf GA-FHA	15
B.8. Gemeinsame Erklärung Kohäsion	16
C. Anhänge	17
C.1. Dynamische Rechtsentwicklung	17
C.2. Streitbeilegungsverfahren in einem Anwendungsfall	18
C.3. Die Unterschiede zwischen dem EU-Entsenderecht und den Schweizer FlaM und zum Angebot der EU zu den FlaM	19
C.3.1. Ausgangslage FlaM, FZA und EU-Entsenderecht	19
C.3.2. Vergleich EU-Entsenderecht – FlaM	19
C.3.3. Bedeutung des EU-Angebots für die FlaM	21

A. Überblick

A.1. Interessenlage

Das Ziel des Bundesrats ist ein weitgehender Zugang zum EU-Binnenmarkt sowie Kooperationen mit der EU in ausgewählten Interessenbereichen unter Bewahrung grösstmöglicher politischer Eigenständigkeit. Der **bilaterale Weg** hat sich als massgeschneiderter europapolitischer Ansatz bewährt, welcher den Interessen der Schweiz am besten gerecht wird. Mit einem institutionellen Abkommen (InstA) will der Bundesrat den bilateralen Weg bzw. den **EU-Binnenmarktzugang konsolidieren**, zukunftsfähig machen und dessen Weiterentwicklung ermöglichen.

Auf der Grundlage der bilateralen Verträge Schweiz-EU findet heute ein Warenaustausch im Umfang von täglich einer Milliarde CHF statt. **Jeden dritten Franken** verdient die Schweiz im Rahmen ihrer Beziehungen zur EU. Zum Beispiel dank dem Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (MRA)¹: Dieses regelt den Abbau technischer Handelshemmnisse. In den 20 Produktbereichen des MRA kam es 2016 zu Exporten in die EU im Umfang von über 74 Mrd. CHF – das sind 69% der Schweizer Industrieexporte in die EU. Allein die Chemie- und Pharmaindustrie kann dank des Abkommens jährlich ca. 150–300 Mio. CHF an Kosten einsparen.

Das InstA konsolidiert den Marktzugang u.a., indem es für die bilateralen Marktzugangsabkommen das Prinzip der **dynamischen Aktualisierung** einführt. Damit werden Rechtsabweichungen sowie das Entstehen neuer Marktzugangshürden vermieden. Geschaffen wird ebenfalls ein **Streitschlichtungsmechanismus**. Durch diesen können beide Parteien ihre Rechtsansprüche geltend machen und verbindlich klären lassen. Damit erhöht das InstA **Rechts- und Planungssicherheit** für Schweizer Unternehmen sowie für Bürgerinnen und Bürger und schützt sie vor Diskriminierung gegenüber der EU-Konkurrenz. Zudem öffnet es den Weg für den **Ausbau des Marktzugangs**, beispielsweise im Strombereich. Seit über zehn Jahren haben die Schweiz und die EU keine neuen Marktzugangsabkommen abgeschlossen. Die EU ist nicht bereit, ohne Regelung der institutionellen Fragen neue Marktzugangsabkommen mit der Schweiz abzuschliessen.

Gleichzeitig zur Einführung des Prinzips der dynamischen Rechtsanpassung soll die **Eigenständigkeit der Schweizer Gesetzgebung** im InstA durch eine Reihe von Massnahmen erhalten bleiben. Dazu gehören u.a. **gestaltende Mitwirkungsrechte** bei der Erarbeitung von relevantem EU-Recht (*decision shaping*) sowie die Garantie **ausreichend langer Übernahmefristen**, damit die Durchführung der ordentlichen Schweizer Gesetzgebungsverfahren inklusive Referendumsmöglichkeit gesichert ist. Das bedeutet, dass sich die Schweiz mit dem InstA nicht zu einer automatischen Übernahme von EU-Recht verpflichtet. Entscheidet die Schweiz, neue Rechtsakte der EU oder Anpassungen nicht zu übernehmen, müssen allfällige Ausgleichsmassnahmen der EU **verhältnismässig** sein. Dies kann im Rahmen eines Streitbeilegungsverfahrens überprüft werden, was heute nicht möglich ist. Zudem wird der Schweiz im InstA eine Reihe von **Ausnahmen** von der dynamischen Rechtsentwicklung zugesichert, namentlich im Landverkehr, in der Landwirtschaft und im Bereich der Koordinierung der Sozialversicherungssysteme. Und schliesslich ist der Anwendungsbereich des InstA auf die fünf bestehenden **Marktzugangsabkommen** (Personenfreizügigkeit [FZA]², Landverkehr³, Luftverkehr⁴, technische Handelshemmnisse [MRA] und Landwirtschaft⁵) sowie auf zukünftige Marktzugangsabkommen (bspw. im Bereich Strom) beschränkt.

Die EU ihrerseits verfolgt das Ziel, dass alle Akteure, welche am EU-Binnenmarkt teilnehmen, den **gleichen Bedingungen** und Regeln unterstehen (*level playing field*). Dies lässt Raum für die gezielte Berücksichtigung nationaler Spezifitäten. *Generelle* Ausnahmen sind für die EU aber aus Prinzip nicht akzeptabel.

A.2. Verhandlungsverlauf

Die Verhandlungen über ein InstA basierten auf dem **Mandat** des Bundesrats vom 18. Dezember 2013, welches mit den aussenpolitischen Kommissionen und den Kantonen konsultiert worden war. Kurz darauf führte die Annahme der **Masseneinwanderungsinitiative** (Artikel 121a BV) am 9. Februar 2014 zu intensiven Konsultationen mit der EU im Bereich der Personenfreizügigkeit und zu einer weitgehenden **Suspendierung** von rund 15 bilateralen Diskussions- bzw. Verhandlungsdossiers durch die EU. Erst am 6. April 2017, vor dem Hintergrund der mit dem Freizügigkeitsabkommen kompatiblen

¹ SR 0.946.526.81.

² SR 0.142.112.681.

³ SR 0.740.72.

⁴ SR 0.748.127.192.68.

⁵ SR 0.916.026.81.

Umsetzung der Initiative durch die Bundesversammlung im vorangegangenen Dezember, vereinbarten die damalige Bundespräsidentin Doris Leuthard und EU-Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker in Brüssel die Deblockierung aller laufenden Dossiers. Die institutionellen Verhandlungen wurden im Mai 2014 eröffnet und während der Phase der Blockierung mit wechselnder Intensität weitergeführt. Sie fokussierten primär auf die sogenannten «institutionellen Mechanismen» (Rechtsentwicklung, Rechtsauslegung, Überwachung, Streitbeilegung). Mit der **Deblockade** vom 6. April 2017 formulierte der Kommissionspräsident das Ziel, das InstA **bis Jahresende 2017 abzuschliessen**. Die Haltung des Bundesrats diesbezüglich war immer, dass die Schweiz zu einem raschen Abschluss bereit sei, vorausgesetzt die wichtigen Interessen der Schweiz würden im Verhandlungsergebnis berücksichtigt: Die **Qualität kommt vor der Schnelligkeit** eines Abschlusses.

Mangels aus EU-Sicht ausreichender Verhandlungsfortschritte stellte die EU im Anschluss an das zweite Treffen der Bundespräsidentin mit dem EU-Kommissionspräsidenten am 23. November 2017 eine politische Verknüpfung zwischen der **Äquivalenzanerkennung** der Schweizer Börsenregulierung nach Artikel 23 der «*Markets in Financial Instruments Regulation*» (MIFIR) mit dem institutionellen Abkommen her. Die EU befristete Ende 2017 die Äquivalenzanerkennung auf ein Jahr und machte deren Weiterführung von ausreichenden Fortschritten in den institutionellen Verhandlungen abhängig.

Am 2. März 2018 **präzisierte** der Bundesrat das Verhandlungsmandat vom 18. Dezember 2013. Die Anpassungen betrafen namentlich einen neuen Ansatz für die Streitbeilegung auf Basis eines unabhängigen **Schiedsgerichts** sowie die Regelung der staatlichen Beihilfen und die Sicherung der flankierenden Massnahmen. Im Anschluss konnten die letzten offenen Punkte bei den in den Verhandlungen bisher dominanten institutionellen Mechanismen geregelt werden. Der Fokus der Arbeiten verschob sich auf die **staatlichen Beihilfen** sowie auf die Ausnahmeforderungen der Schweiz im Bereich der **Personenfreizügigkeit**, die sog. «roten Linien». Diese betreffen die Sicherung der flankierenden Massnahmen sowie Ausnahmen von der Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG) und der revidierten EU-Verordnung über die Koordinierung der Sozialversicherungssysteme (Weiterentwicklung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004).

Anlässlich des Treffens von Bundesrat Ignazio Cassis mit EU-Kommissar Johannes Hahn am 23. November 2018 in Zürich erklärte die EU den vorliegenden Vertragsentwurf für endgültig und die **Verhandlungen für beendet**. Am 7. Dezember 2018 nahm der Bundesrat den **Vertragsentwurf** zur Kenntnis. Ebenso nahm er zur Kenntnis, dass die EU die Verhandlungen nicht weiterführen will.

A.3. Verhandlungsergebnis in Kürze

Der **Anwendungsbereich** wurde – wie von der Schweiz gefordert – auf die fünf bestehenden sowie künftige Marktzugangsabkommen beschränkt. Das Freihandelsabkommen (FHA) von 1972 sowie das Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen unterstehen dem InstA nicht. Allerdings erklärten sich beide Parteien in einer politischen Erklärung bereit, das Streitschlichtungsverfahren des InstA ab dessen Inkraftsetzung im Rahmen des FHA zur Anwendung zu bringen, wenn im konkreten Fall beide Seiten zustimmen. Ausserdem bekräftigten beide Seiten ihre Absicht, Verhandlungen über eine **Modernisierung** dieser zwei Abkommen aufzunehmen, die soweit sie dadurch zu Marktzugangsabkommen im Sinne des InstA würden, eine Unterstellung unter das InstA zur Folge hätten (vgl. unten B.7). Diese Erklärung ist politischer Natur, d.h. rechtlich unverbindlich, folglich ergebnisoffen, und präjudiziert keine künftige Unterstellung unter das InstA.

Auch bei den **institutionellen Mechanismen** (Rechtsentwicklung, Rechtsauslegung, Überwachung, Streitbeilegung), dem Kernbestand des Abkommens, wurden die angestrebten Ziele erreicht: Die Schweiz entscheidet beispielsweise über jede EU-Rechtsentwicklung (Übernahme eines EU-Rechtsakts in ein bilaterales Abkommen) entsprechend ihren verfassungsrechtlich und gesetzlich vorgesehenen Genehmigungsverfahren inklusive Referendumsmöglichkeit (keine automatische Übernahme). Im InstA wird eine ausreichend lange Frist festgehalten, damit die Schweiz ihre innerstaatliche Genehmigungsverfahren durchführen kann. Die Einhaltung der Abkommen in der Schweiz wird durch schweizerische Instanzen überwacht, namentlich durch das Bundesgericht. Streitfälle werden von einem Schiedsgericht entschieden, in welchem paritätisch von der Schweiz und der EU ernannte Schiedsrichter einsitzen. Dabei ist die Zuständigkeit des EuGHs auf die Auslegung von im Abkommen enthaltenem EU-Recht beschränkt. Allfällige Ausgleichsmassnahmen, die bei Nicht-Einhaltung eines Schiedsspruchs ergriffen werden können, müssen verhältnismässig sein, was wiederum schiedsgerichtlich überprüft werden kann.

Bestimmte bestehende **Ausnahmen** von EU-Rechtsentwicklungen wurden der Schweiz in den Bereichen Landverkehr (z.B. Nacht- und Sonntagsfahrverbot, 40 Tonnen-Limite), Landwirtschaft (z.B. Verbot internationaler Tiertransporte auf der Strasse) sowie bei der Koordinierung der Sozialversicherungen (Nicht-Exportierbarkeit gewisser Leistungen) vertraglich bestätigt und garantiert.

Bei den **staatlichen Beihilfen** beschränken sich die materiellen Bestimmungen im InstA auf nicht direkt anwendbare Grundsätze (ausser im Bereich des Luftverkehrsabkommens, wo schon jetzt eine Beihilfeüberwachung vorgesehen ist). Für die Überwachung gilt das von der Schweiz geforderte Zweipfeiler-Modell: Jede Partei überwacht je eigenständig, ob die auf ihrem Territorium, gewährten staatlichen Beihilfen rechtmässig sind, wobei das schweizerische System demjenigen der EU äquivalent sein muss. Das Abkommen enthält diesbezüglich EU-rechtliche Grundprinzipien sowie einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten der jeweiligen verfassungsmässigen Kompetenzordnungen der Vertragsparteien.

Nicht bzw. lediglich teilweise aufgenommen wurden dagegen verschiedene Ausnahmeforderungen der Schweiz im Bereich der **Personenfreizügigkeit** (Unionsbürgerrichtlinie, flankierende Massnahmen, Koordinierung der Sozialversicherungen). Die EU anerkennt allerdings die Besonderheiten der Schweiz in Bezug auf die grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringer, beispielsweise die Beschränkung auf 90 Tage, und damit den Bedarf nach weitergehenden Massnahmen zur Garantie des Lohnschutzniveaus, die über das EU-Entsenderecht hinausgehen. Darum hat sich die EU bereit gezeigt, spezifische flankierende Kernmassnahmen zumindest teilweise vertraglich abzusichern (Voranmeldung, Kautionspflicht, Dokumentationspflicht für Selbstständige).

A.4. Einschätzung und weiteres Vorgehen

Der Bundesrat erachtet das derzeitige Verhandlungsergebnis in weiten Teilen als im **Interesse der Schweiz**. Die Eckwerte des Verhandlungsmandats konnten jedoch nicht vollständig erreicht werden. Insbesondere aufgrund der **offenen Punkte** in Bezug auf die flankierenden Massnahmen und der Unionsbürgerrichtlinie verzichtete der Bundesrat daher vorerst auf eine Paraphierung des InstA. Am 7. Dezember 2018 hat der Bundesrat beschlossen, im Hinblick auf eine allfällige Unterzeichnung des Abkommens gezielte **Konsultationen** der betroffenen Kreise durchzuführen. Der Bundesrat wird sich im Frühling 2019 mit dem Stand dieser Konsultationen befassen.

Zweck dieser Konsultationen ist, eine Diskussion über den Abkommensentwurf und über allenfalls mögliche interne Massnahmen zur Abfederung gewisser Konsequenzen zu führen sowie vor allem in den noch offenen Punkten eine konsolidierte Haltung zu erreichen. Auf der Grundlage der Konsultationsergebnisse soll eine fundierte **interessenpolitische Analyse** vorgenommen und über das weitere Vorgehen entschieden werden. Eine konsequente Abwägung der Interessen muss folgende Punkte berücksichtigen:

- Eine Sistierung bzw. ein Aufschieben der Verhandlungen sind für die EU **keine Option**. Die EU hat in einer Stellungnahme am 7. Dezember 2018 Verständnis und Respekt für die innerschweizerischen Prozesse gezeigt. Gleichzeitig hat sie ihre Erwartung bekräftigt, dass die Konsultationen rasch durchgeführt werden und zu einer klaren Entscheidung führen. Institutionelle Verhandlungen in der Zukunft sind zwar nicht ausgeschlossen, bedürften aber seitens EU eines neuen Verhandlungsmandats und wären kaum vor Mitte 2020 möglich. D.h. es besteht keine Garantie, dass die EU bei künftigen Verhandlungen bereit sein wird, auf dem im vorliegenden Vertragsentwurf Erreichten aufzubauen.
- Die Zurückweisung des aktuellen Verhandlungsergebnisses hätte **negative Konsequenzen**. Diese umfassen den Abbruch laufender Verhandlungen in sektoriellen Dossiers wie bspw. Strom, öffentliche Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (welche die EU mit den institutionellen Fragen verknüpft) sowie die fehlende Bereitschaft zur Erneuerung der Anerkennung der Gleichwertigkeit der Schweizer Börsenregulierung gemäss Art. 23 MIFIR. Die EU hatte diese Äquivalenzanerkennung im Dezember 2018 um vorläufig sechs Monate bis Ende Juni 2019 verlängert. An der Medienkonferenz vom 17. Dezember 2018 kündigte EU-Kommissar Johannes Hahn an, dass die EU ohne institutionelle Lösungen - neben der Nicht-Bereitschaft zum Abschluss neuer Marktzugangsabkommen - künftig auch nicht mehr zur Anpassung der bestehenden Verträge bereit sei. Ohne regelmässige Aktualisierung der bestehenden Marktzugangsabkommen (bspw. des Abkommens über den Abbau technischer Handelshemmnisse) entstehen Rechtsunsicherheiten und neue Marktzugangshürden, was zu einer Erosion des bestehenden Marktzugangs führen würde. Zudem besteht das Risiko, dass kein Abkommen über die Teilnahme der Schweiz als assoziierter Staat am nächsten EU-Rahmenprogramm für Forschung und Innovation ab 2021 abgeschlossen werden kann. Weitere Verhandlungen könnten beeinträchtigt werden und zwar in folgenden Bereichen: Kabotage-Rechte im Luftverkehr, Beteiligung der Schweiz an der Europäischen Eisenbahnagentur (*EU Agency for Railways*, ERA), Beteiligung am öffentlich regulierten Dienst (*Public Regulated Service*, PRS) sowie an der Agentur des Europäischen globalen Navigationssatellitensystems GNSS (*Global Satellite Navigation System Agency*, GSA, Galileo) sowie MEDIA bzw. Kulturelles Europa.

B. Das Abkommen im Detail

Das institutionelle Abkommen enthält folgende Elemente:

- Haupttext mit 22 Artikel;
- Annex X (welcher zu Art. 8B Abs. 6 gehört; staatl. Beihilfen Luftverkehr);
- Protokoll 1: Bestimmungen zur Berücksichtigung der Besonderheiten des Schweizer Arbeitsmarktes;
- Protokoll 2: Ausnahmen von der dynamischen Rechtsentwicklung;
- Protokoll 3: Funktionsweise des Schiedsgerichts.

Zum Verhandlungspaket gehören zudem folgende Textentwürfe:

- 3 Gemeinsame Erklärungen über Handelsverträge, Kohäsion und den Anhang X;
- Beschlussentwurf des Gemischten Ausschusses des Freihandelsabkommen von 1972.

B.1. Präambel, Ziel (Art. 1) und Anwendungsbereich (Art. 2)

Die Präambel hält die Motivation der Parteien für den Abschluss eines InstA fest sowie die damit verfolgten Absichten. Sie betont die **privilegierten Beziehungen** zwischen der Schweiz und der EU, welche auf zahlreichen bilateralen Abkommen, auf geografischer Nähe, geteilten Werten sowie auf einer gemeinsamen europäischen Identität basieren und aus Sicht der EU die Schweiz von anderen Drittstaaten unterscheiden. Vor diesem Hintergrund werden auch die eigenständigen Schweizer Beiträge zur Verringerung der wirtschaftlichen- und sozialen Ungleichheiten in Europa genannt (siehe dazu auch B.8).

Dem InstA unterstehen die **fünf bestehenden Marktzugangsabkommen** (Personenfreizügigkeit [FZA], Landverkehr, Luftverkehr, technische Handelshemmnisse [MRA] und Landwirtschaft). Hinzu kämen **künftige Marktzugangsabkommen** (z. B. das sich derzeit in Verhandlung befindliche Stromabkommen), sofern diese explizit auf das InstA verweisen und die EU und die Schweiz nichts anderes vereinbaren. Die dem InstA unterstellten Marktzugangsabkommen werden als die sog. «betroffenen Abkommen» bezeichnet. Das Übereinkommen über das **öffentliche Beschaffungswesen** und das **Freihandelsabkommen (FHA)** von 1972 **fallen nicht unter das InstA**. Im Gegenzug einigten sich beide Seiten auf eine Erwähnung des FHA in der Präambel des InstA sowie auf eine Gemeinsamen Erklärung, wonach die Schweiz und die EU ihre Absicht bekunden, Verhandlungen über eine **Modernisierung insbesondere des FHA sowie weiterer handelsrelevanter Abkommen** aufnehmen zu wollen (siehe dazu B.7). Je nach zukünftigem Umfang der Beteiligung der Schweiz am EU-Binnenmarkt soll das InstA auch für diese Abkommen anwendbar werden. Hingegen vom InstA nicht erfasst sind Finanzdienstleistungen im Allgemeinen sowie für den Schweizer Finanzplatz bedeutende Äquivalenzverfahren im Finanzmarktbereich.

Das generelle Ziel des InstA (Art. 1 Abs. 1) ist die **Gewährleistung der Rechtssicherheit** und **Gleichbehandlung** zugunsten der Vertragsparteien, Wirtschaftsakteuren und Privatpersonen. Dies soll allerdings nur dort gelten, wo die Schweiz sektoriell an einzelnen Bereichen des EU-Binnenmarktes teilnimmt, was mit dem gewählten Wortlaut explizit ausgedrückt wird. Dies entspricht insbesondere einer anderen Zielsetzung als derjenigen des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), welcher auf die Schaffung eines einheitlichen europäischen Wirtschaftsraums ausgerichtet ist. Das InstA regelt die Übernahme von Rechtsentwicklungen im Rahmen der sektoriellen Teilnahme, hingegen wird keine Ausdehnung des EU-Rechtsbestands auf die Schweiz vorgesehen, d.h. es gilt kein Bekenntnis zu Grundfreiheiten des Binnenmarkts oder zum Nicht-Diskriminierungsgrundsatz. Das Leitprinzip des InstA ist die **Sicherstellung homogener Bedingungen**. Homogenität bedeutet die möglichst einheitliche Anwendung und Auslegung der dem InstA unterstellten Marktzugangsabkommen und des darin enthaltenen EU-Rechts für die Schweiz, die EU und die Marktteilnehmer. Abweichende Anwendungen und Auslegungen der betroffenen Abkommen durch die Vertragsparteien sollen im Interesse der oben genannten Rechtssicherheit und gleicher Marktzugangsbedingungen vermieden werden. Diese Zielsetzung wird durch die im InstA vorgesehenen institutionellen Mechanismen realisiert (siehe dazu B.2). Die Präambel unterstreicht dabei die Bedeutung des **notwendigen Gleichgewichts** zwischen dem Homogenitätsziel auf Basis gemeinsam anwendbarer Regeln und der **Eigenständigkeit**, welche für die Schweiz insbesondere die Einhaltung der verfassungsmässigen Prinzipien und Regeln der direkten Demokratie und des Föderalismus umfasst.

B.2. Institutionelle Mechanismen

Die institutionellen Mechanismen Rechtsentwicklung, Rechtsauslegung, Überwachung und Streitbeilegung stellen den eigentlichen Kernbestand des Abkommens dar:

B.2.1. Rechtsentwicklung (Art. 5 i.V.m. Art. 12-14) und gemischter parl. Ausschuss (Art. 16)

Damit der Marktzugang der Schweiz langfristig gesichert ist, müssen die Marktzugangsabkommen Schweiz-EU regelmässig an die relevanten Entwicklungen des EU-Rechts angepasst werden. Geschieht dies nicht, entstehen Rechtsabweichungen, die zu Handelshürden führen können, die den gegenseitigen Marktzugang erschweren und insbesondere Schweizer Akteure benachteiligen. Die Verpflichtung, die Abkommen anzupassen, betrifft sowohl die Schweiz als auch die EU. Bei zukünftigen Verzögerungen seitens der EU (vgl. Verzögerungen bei der Anpassung des MRA 2016/2017) könnte auch die Schweiz ihre Rechte besser durchsetzen (siehe unten Streitbeilegung).

Laut Entwurf des InstA verpflichten sich die Schweiz und die EU, **relevante EU-Rechtsakte so rasch wie möglich in die betroffenen Marktzugangsabkommen zu integrieren**. Als relevant gelten nur jene EU-Rechtsakte, welche im Anwendungsbereich der Marktzugangsabkommen erlassen werden. Das InstA sieht **nicht vor, dass das EU-Recht** in der schweizerischen Rechtsordnung unmittelbar gilt. Die Entwicklungen des relevanten EU-Rechts müssen lediglich in die Marktzugangsabkommen – nach den Regeln der jeweiligen Abkommen und unter **Berücksichtigung der innerstaatlichen Verfahren** – integriert werden. Anders als unter den Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen muss jede einzelne Anpassung im zuständigen Gemischten Ausschuss oder in direkten Verhandlungen vereinbart werden. Im Rahmen dieser Vereinbarungen können auch allfällige Modalitäten der Übernahme, wie besondere Übergangsfristen, institutionelle Anpassungen oder Sondervorschriften festgelegt werden. Die definitive Zustimmung der Schweiz zu jeder Anpassung kann erst nach Abschluss der entsprechenden innerstaatlichen Genehmigungsverfahren erfolgen. Insbesondere sind sämtliche Genehmigungsbeschlüsse, soweit in Art. 140 oder 141 Bundesverfassung vorgesehen, dem fakultativen oder obligatorischen Referendum zu unterstellen. Jede Übernahme von EU-Recht in ein bilaterales Abkommen erfordert deshalb einen selbständigen Entscheid der Schweiz (und selbstverständlich auch der EU). Dies versteht man denn auch unter dem Begriff der **dynamischen Rechtsübernahme**. Eine **automatische Rechtsübernahme**, bei der EU-Recht ohne Zutun der Schweiz Bestandteil eines bilateralen Abkommens würde, **ist ausgeschlossen**.

Wie das in die bilateralen Abkommen übernommene EU-Recht **umzusetzen** ist, bestimmt sich allein nach Schweizer Recht. So kann die Schweiz insbesondere EU-Verordnungen, welche von den Mitgliedstaaten immer unmittelbar angewendet werden müssen, soweit nötig in ihr nationales Recht umsetzen. Abkommen, welche auf **Äquivalenz** der Schweizer und EU-Rechtsordnung aufbauen, behalten diese Eigenschaft. Bei der Integration neuen EU-Rechts in ein solches Abkommen ist zu prüfen, ob das entsprechende schweizerische Recht nach wie vor äquivalent ist. Allenfalls ist dieses zuerst anzupassen. D.h. es wird weiterhin möglich sein, Abkommen abzuschliessen, welche die **Äquivalenz** von Rechtsakten der EU und der Schweiz festhalten (wie dies insbesondere im MRA sowie, teilweise, im Landwirtschaftsabkommen und im Landverkehrsabkommen vorgesehen ist). Dies entspricht einer zentralen Forderung der Schweiz.

Entwürfe für neue Rechtsakte werden in der EU durch die Europäische Kommission ausgearbeitet. Bereits bei der Ausarbeitung eines solchen Entwurfs müsste die Europäische Kommission die Schweiz informieren. Sie müsste Schweizer Expertinnen und Experten genauso konsultieren, wie sie die Stellungnahmen der Expertinnen und Experten der EU-Mitgliedsstaaten einholt. Insofern würde die EU der Schweiz eine **möglichst umfassende Mitsprache (decision shaping)** zusichern. In sämtlichen Verfahren, in denen die Kommission zum Erlass von EU-Rechtsakten zuständig ist, kämen der Schweiz damit den EU-Mitgliedstaaten äquivalente Mitspracherechte zu. Ein Stimmrecht (**decision making**) ist hingegen nicht vorgesehen.

Für Entwürfe von EU-Rechtsakten, welche im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens der EU anschliessend vom Rat der EU und vom Europäischen Parlament beraten werden, sieht das InstA einen regelmässigen, formellen Meinungsaustausch zwischen der Schweiz und der EU innerhalb des jeweils zuständigen sektoriellen **Gemischten Ausschusses** vor (z.B. im Gemischten Ausschuss Luftverkehr). Dies würde es der Schweiz auch erlauben, über Direktkontakte mit einzelnen Mitgliedstaaten oder dem Europäischen Parlament Einfluss auf die Debatte in der EU zu nehmen.

Erfordern die Vertragsanpassungen (einschliesslich allenfalls erforderlicher innerstaatlicher Rechtsanpassungen) eine Genehmigung durch die Bundesversammlung, verfügt die Schweiz für die Durchführung der notwendigen Verfahren über eine **Frist von maximal 2 Jahren. Untersteht der**

Genehmigungsbeschluss dem Referendum, verlängert sich die Frist um ein weiteres Jahr. D.h., dass die in den EU-Rechtsakten vorgesehenen Umsetzungsfristen für die Schweiz nur dann relevant sind, wenn sie länger als diese Frist von 2 bzw. 3 Jahren sind. Ist der entsprechende EU-Rechtsakt in der EU vor dieser Frist von 2 bzw. 3 Jahren umzusetzen, prüft die Schweiz die Möglichkeit der vorläufigen Anwendung des entsprechenden Beschlusses des Gemischten Ausschusses, respektive der Vereinbarung über die Vertragsanpassung ab diesem Zeitpunkt. Ist eine vorläufige Anwendung nicht möglich, muss dies der EU mitgeteilt werden.

Das InstA sieht kein besonderes Verfahren vor für den Fall, dass sich eine Partei ausser Stande sieht, ein Abkommen rechtzeitig anzupassen: etwa, wenn die zweijährige Frist verstreicht, ohne dass eine vereinbarte Vertragsanpassung auch ratifiziert wird. Das Fehlen eines solchen Verfahrens kann so interpretiert werden, dass die Parteien keine speziellen Rechtsfolgen vereinbaren wollten. Verweigert eine Partei eine Anpassung eines Abkommens, entsteht ein Streitfall, auf den die Bestimmungen von Art. 10 des InstA anwendbar wären (siehe unten Streitbeilegung), da ein «*cas de difficulté d'interprétation ou d'application [...] des accords concernés ou d'un acte juridique qui y est mentionné [...]*» vorliegen würde. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn ein Bundesbeschluss über die Genehmigung einer Vertragsanpassung in einer Referendumsabstimmung abgelehnt würde und definitiv auf eine neue Vorlage verzichtet würde. Das Verfahren von Art. 10 InstA käme auch zur Anwendung, wenn sich die EU weigern würde, ein Abkommen, z.B. das Abkommen über die Anerkennung von Konformitätsbewertungen («MRA»), anzupassen.

Schliesslich sieht das InstA auch die Schaffung eines **gemischten parlamentarischen Ausschusses** vor (Art. 16), welcher sich – über die Rechtsentwicklung hinaus – über sämtliche dem InstA unterstellten Sachbereiche austauschen wird. Zusammengesetzt wird dieser Ausschuss aus Parlamentariern der Bundesversammlung und des Europäischen Parlaments. Es ist vorgesehen, dass der Ausschuss seine Meinung über Berichte und Resolutionen zum Ausdruck bringen kann. Ein institutionalisierter Einbezug der demokratisch gewählten Volksvertreterinnen und –vertreter soll dazu beitragen, das gegenseitige Verständnis zwischen der Schweiz und der EU zu fördern.

B.2.2. Rechtsauslegung (Art. 4)

Mit dem InstA soll in den unter das Abkommen fallenden Bereichen für alle Marktteilnehmer, d.h. Vertragsparteien, Wirtschaftsakteure und Privatpersonen, eine **grössere Rechtssicherheit** sowie einheitliche Bedingungen («**level playing field**») geschaffen werden. Ein zentrales Element für die Erreichung dieses Ziels stellt dabei die **einheitliche Auslegung der Regeln im gemeinsamen Markt** dar, der dank der Abkommen besteht.

Dieses Prinzip der einheitlichen Auslegung wird in Artikel 4 des InstA festgehalten. Adressaten dieser Bestimmung sind in erster Linie Gerichte und Behörden. Danach sind die Schweiz und die EU – je eigenständig auf ihrem Territorium – verpflichtet, die betroffenen Marktzugangsabkommen **einheitlich und unter Beachtung der Grundsätze des Völkerrechts** auszulegen und anzuwenden (Abs. 1). Sind dabei **EU-Rechtsbegriffe tangiert**, müssen diese von beiden Seiten gemäss der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung ausgelegt und angewendet werden (Abs. 2). Dies wird – wenn es um materielle Regeln der 5 betroffenen Abkommen geht, die weitestgehend auf EU-Recht basieren – naturgemäss regelmässig der Fall sein.

Dieser Grundsatz ist an sich nicht neu, sondern existiert bereits in bestehenden Marktzugangsabkommen zwischen der Schweiz und der EU, so insbesondere im FZA (Art. 16 Abs. 2 FZA) und im Luftverkehrsabkommen (Art. 1 Abs. 2). In diesen Bestimmungen wird jedoch lediglich eine Pflicht zur Berücksichtigung der *vor Unterzeichnung* der Abkommen ergangenen Rechtsprechung des EuGH vorgesehen. In einer dem Sinn und Zweck der Abkommen folgenden Logik (Schaffung einer parallelen Rechtslage) berücksichtigt das Bundesgericht – insbesondere im Bereich der Personenfreizügigkeit – allerdings bereits heute grundsätzlich auch die *nach der Unterzeichnung* der Abkommen ergangene EuGH-Rechtsprechung; eine Ausnahme macht es nur, wenn triftige Gründe vorliegen, die ein Abweichen von der neueren EuGH-Rechtsprechung rechtfertigen. Unter Artikel 4 des InstA müssten die Schweizer Behörden und Gerichte bei der Anwendung und Auslegung der betroffenen Abkommen die **künftige Rechtsprechung des EuGH** nach Unterzeichnung des InstA in den einschlägigen Bereichen nun jedoch **zwingend berücksichtigen**.

Die Verpflichtung zur einheitlichen Auslegung der Marktzugangsabkommen wird insgesamt durch die sogenannte **«Polydor-Rechtsprechung» des EuGH** relativiert. Gemäss dieser Rechtsprechung (welche der EuGH ursprünglich mit Bezug auf Freihandelsabkommen entwickelte⁶, aber seit 2009 auch auf das FZA und seit 2013 auch auf das Luftverkehrsabkommen Schweiz-EU anwendet) ist bei der Auslegung der in die bilateralen Abkommen Schweiz-EU übernommenen EU-Rechtsvorschriften ein

⁶ Urteil des EuGH vom 9.2.1982, *Polydor g. Harlequin Records*, Rs. C-270/80 (ECLI:EU:C:1982:43).

besonderer Zweck des fraglichen Abkommens zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung des EuGH zum EU-Recht kann deshalb **nicht automatisch auf die bilateralen Abkommen übertragen werden**. Dies ergibt sich daraus, dass diese Abkommen keine vollständige Integration in den EU-Binnenmarkt vorsehen, sondern etwas enger gefasst sind. Auch das Bundesgericht verfolgt eine analoge Rechtsprechung. Das InstA ändert am Charakter der darunterfallenden Marktzugangsabkommen grundsätzlich nichts (vgl. Art. 17 Abs. 1 InstA), weshalb diese Praxis auch in Zukunft ihre Gültigkeit behalten würde.

B.2.3. Überwachung (Art. 6 und 7)

Die Schweiz und die EU schaffen mit dem InstA keine supranationalen Überwachungsorgane (wie dies der Fall ist für das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum EWR mit der EFTA-Überwachungsbehörde ESA), sondern ihre jeweiligen Behörden sind je selbstständig für die korrekte Anwendung der Abkommen auf ihrem eigenen Territorium verantwortlich (**Zwei-Pfeiler-Modell**). Ein Informationsaustausch ist dabei möglich und im Bereich der staatlichen Beihilfen auch ausdrücklich vorgesehen. Es besteht aber keine völkerrechtliche Verpflichtung dazu. Allfällige Probleme werden in den für die Verwaltung der Abkommen zuständigen Gemischten Ausschüssen diskutiert.

B.2.4. Streitbeilegung (Art. 9 und 10, Protokoll 3)

Zunächst wird in Artikel 9 des InstA festgehalten, dass sich die Vertragsparteien zur Regelung allfälliger Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung der unter das InstA fallenden Marktzugangsabkommen **ausschliesslich des Streitbeilegungsverfahrens des InstA** bedienen. Somit bekennen sich die Parteien zum im InstA vereinbarten System. Dies ist eine übliche Verpflichtung, um das sog. *jurisdiction-shopping* zu verbieten, was auch im Interesse der Schweiz liegt, schliesst es doch die Möglichkeit aus, dass EU-Mitgliedstaaten via die EU-Kommission oder direkt zum EuGH gelangen können.

Das Streitbeilegungsverfahren als solches wird anschliessend in Artikel 10 geregelt. Grundsätzlich handelt es sich dabei um ein **klassisches Schiedsgerichtsverfahren**, wie es in zahlreichen völkerrechtlichen Verträgen besteht – mit der Besonderheit, dass das Schiedsgericht für die Auslegung des in den Abkommen enthaltenen EU-Rechts falls notwendig den EuGH beizieht. Dies ergibt sich daraus, dass dem EuGH die Auslegungshoheit über das EU-Recht zukommt. Dem schiedsgerichtlichen Verfahren vorgelagert ist die **herkömmliche Streitbeilegung im Rahmen der jeweiligen Gemischten Ausschüsse der Vertragsparteien**.

Im Falle eines Streits über die Auslegung oder Anwendung eines der betroffenen Marktzugangsabkommen oder auch des InstA selbst (siehe dazu das Schema in Anhang II) sowie bei Differenzen in der Frage einer Rechtsübernahme (siehe dazu das Schema in Anhang I) konsultieren sich die Vertragsparteien zunächst wie üblich im jeweiligen **Gemischten Ausschuss** und versuchen, einvernehmlich eine Lösung für den Streit zu finden (Art. 10 Abs. 1). Gelingt es dem Gemischten Ausschuss innerhalb von drei Monaten, nachdem der Streit offiziell auf seine Agenda gesetzt worden ist, nicht, den Streit beizulegen, kann jede Vertragspartei die Einsetzung eines **paritätischen Schiedsgerichts** verlangen (Art. 10 Abs. 2).

In einem Protokoll zum InstA (**Protokoll 3**) wird im **Detail** geregelt, wie sich das Schiedsgericht zusammensetzt und wie das Schiedsverfahren abläuft. Die Regeln entsprechen grundsätzlich der völkerrechtlichen Praxis in diesem Bereich. So bestimmen die Schweiz und die EU **je die gleiche Anzahl Schiedsrichter**, nämlich je einen Schiedsrichter (in der üblichen 3er-Besetzung) bzw. je zwei Schiedsrichter (in der 5er-Besetzung, welche auf Verlangen einer Partei zur Anwendung gelangt). Die von den Parteien ernannten Schiedsrichter ernennen ihrerseits gemeinsam die Präsidentin oder den Präsidenten des Schiedsgerichts. Dabei stützen sie sich auf eine Liste von qualifizierten Personen, welche von der Schweiz und der EU im Gemischten Ausschuss des InstA vorab vereinbart wurde (Art. II.2 Prot. 3). Das Schiedsgericht ist bestrebt, Entscheide per Konsens zu fällen; ist dies nicht möglich, entscheidet es per Mehrheitsentscheid (Art. IV.1 Prot. 3). Die mündlichen Verhandlungen vor dem Schiedsgericht sind öffentlich, ausser es bestehen wichtige Gründe, die dagegensprechen würden (Art. III.12 Abs. 2 Prot. 3). Die Entscheide des Schiedsgerichts sind in jedem Fall öffentlich zugänglich (Art. IV.2 Abs. 4 Prot. 3).

Wirft die Streitigkeit eine **Frage der Auslegung oder Anwendung von EU-Recht** auf, deren Klärung für die Beilegung der Streitigkeit notwendig ist, befasst das Schiedsgericht den **EuGH** damit (Art. 10 Abs. 3). Die Vertragsparteien dürfen nicht direkt zum EuGH gelangen, sondern müssen den Einbezug des EuGHs beim Schiedsgericht beantragen. Der Entscheid darüber obliegt allein dem Schiedsgericht. Lehnt es den Einbezug des EuGH ab, so hat es dies zu begründen (Art. III.9 Abs. 3 Prot. 3).

Das **Schiedsgericht legt den Streit** gestützt auf das InstA, die im relevanten Marktzugangsabkommen enthaltenen Regeln sowie weitere relevante Regeln des Völkerrechts **bei**; Letzteres umfasst auch allgemeine völkerrechtliche Grundsätze wie z.B. jene zur Staatenverantwortlichkeit (Art. IV.3 Abs. 1 Prot. 3). Hat das Schiedsgericht dem EuGH eine Frage betreffend die Auslegung von EU-Recht vorgelegt, so hat es bei der Streitbeilegung zudem dessen diesbezüglichen Entscheid zu beachten (Art. 10 Abs. 3). Die Vertragsparteien sind grundsätzlich **an den Schiedsspruch gebunden**. Die unterlegene Partei unterrichtet die Gegenpartei und den zuständigen Gemischten Ausschuss entsprechend über die Massnahmen, welche sie zur Einhaltung des Schiedsspruchs getroffen hat (Art. 10 Abs. 5).

Entscheidet eine Vertragspartei, das Urteil nicht umzusetzen, oder stehen die getroffenen Umsetzungsmassnahmen nach Ansicht der anderen Partei nicht in Einklang mit dem Schiedsspruch, kann letztere **Ausgleichsmassnahmen** ergreifen. Diese können bis hin zur Suspendierung eines oder mehrerer der unter das InstA fallenden Marktzugangsabkommen gehen, müssen aber **verhältnismässig** sein (Art. 10 Abs. 6). Bestehen bezüglich der Verhältnismässigkeit der Massnahmen unterschiedliche Meinungen zwischen den Vertragsparteien, kann die betroffene Partei diesbezüglich zunächst wieder den zuständigen Gemischten Ausschuss angehen. Kommt dieser innerhalb von sechs Monaten nicht zu einem Entscheid über die Verhältnismässigkeit der Massnahmen, kann die betroffene Vertragspartei die Frage ebenfalls einem **Schiedsgericht** zur Beurteilung unterbreiten. Dieses wird die Frage wiederum gestützt auf die oben genannten Rechtsgrundlagen beurteilen (Art. 10 Abs. 7).

B.3. Ausnahmen von der dynamischen Rechtsentwicklung (Protokoll 2)

Im InstA werden für die Schweiz eine Reihe expliziter Bestimmungen vom Prinzip der dynamischen Rechtsentwicklung ausgenommen. Es handelt sich um Bestimmungen, welche die Schweiz mit der EU bilateral in den verschiedenen Marktzugangsabkommen verhandelt hat und Schweizer Besonderheiten Rechnung tragen. Im Falle einer Streitbeilegung über eine dieser Bestimmungen wäre kein EU-Recht betroffen und somit auch keine Auslegung durch den EuGH erforderlich.

Basierend auf dem Bundesratsmandat vom 18. Dezember 2013 wurden folgende im Landverkehrsabkommen bestehende Ausnahmen zum **Erhalt typischer Schweizer Errungenschaften im Strassen- und Schienenverkehr** auch im InstA gesichert:

- Höchstzulässiges Gesamtgewicht für Lastwagen von 40 Tonnen;
- Verbot der Kobotage auf der Strasse (Beförderungen zwischen zwei Orten im Gebiet der Schweiz mit einem in der EU zugelassenen Fahrzeug und umgekehrt);
- Nacht- und Sonntagsfahrverbot;
- Keine Erhöhung der Strassenkapazitäten (insb. durch die zweite Gotthard-Strassenröhre);
- Leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe LSVA;
- Möglichkeit die Personentransportunternehmen zur Teilnahme an der tariflichen Integration im Rahmen des Direkten Verkehrs zu verpflichten;
- Möglichkeit beim Personenverkehr den Taktfahrplan auf der Schiene und mit Bussen zu priorisieren.

In Absprache mit dem Bundesamt für Verkehr wurde an einer Ausnahme für die Autobahnvignette nicht festgehalten. Diese liegt nicht im Anwendungsbereich des Landverkehrsabkommens und es soll vermieden werden, dass die Schweiz eine ihrerseits nicht erwünschte Variante mit kürzerer Gültigkeitsdauer einführen müsste (Verhältnismässigkeitsgrundsatz, Art. 32 Landverkehrsabkommen).

Basierend auf dem präzisierten Bundesratsmandat vom 2. März 2018 wurden gegenüber der EU im Bereich der **Koordinierung der Sozialversicherungen** (Anhang II zum FZA) folgende Regelungen von der dynamischen Rechtsübernahme ausgenommen:

- Ausschluss der kantonalen Rechtsvorschriften über Unterhaltsvorschüsse aus dem Geltungsbereich der Koordinierungsregelungen;
- Nichtexport der Ergänzungsleistungen nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen und gleichartiger in kantonalen Rechtsvorschriften vorgesehener Leistungen;
- Nichtexport der beitragsunabhängigen Mischleistungen bei Arbeitslosigkeit nach kantonalen Rechtsvorschriften;

- Regelungen betreffend den Beitritt zur freiwilligen AHV/IV und zur freiwilligen Weiterführung der AHV/IV;
- Nichtexport der Hilflosenentschädigungen.

Diese spezifischen Regelungen für die Schweiz wurden bereits bei den Verhandlungen über den ursprünglichen Text zum FZA vereinbart. Sie wurden sodann aufrechterhalten, als die früher geltende Koordinierungsverordnung (EWG) Nr. 1408/71 im Anhang II zum FZA per 1. April 2012 durch die geltende Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ersetzt wurde. Mit den expliziten Ausnahmen im InstA wird sichergestellt, dass diese für die schweizerischen Sozialversicherungen wichtigen Regelungen auch von künftigen Rechtsänderungen innerhalb der EU nicht betroffen sein werden, und dass insbesondere keine Ausweitung der Exportpflicht akzeptiert werden müsste.

Die einzige nicht zu erlangende Ausnahme in diesem Bereich war die Nichtübernahme der neuen Zuständigkeitsregeln für die Ausrichtung der Arbeitslosenversicherungen an Grenzgänger, die im Rahmen der laufenden Revision der *Verordnung 883/2004 zur Koordinierung der Sozialversicherungssysteme* in der EU beraten wird (siehe dazu B.5.3).

Über das Bundesratsmandat hinaus konnten schliesslich auch im **Landwirtschaftsabkommen** bestehende Ausnahmen von der dynamischen Rechtsentwicklung ausgenommen werden. Diese betreffen das Importverbot für Feuerbrand-Wirtspflanzen (Zwergmispeln und Stranvaesia), das Verbot internationaler Tiertransporte auf der Strasse sowie die Möglichkeit der Schweiz, Rindfleisch aus nicht hormonfreier Produktion zu importieren. Zudem wollte die Schweiz eine Ausnahme für den heute geltenden Vorbehalt im Landwirtschaftsabkommen betreffend genetisch verändertem Saatgut erwirken. Da im Rahmen des Landwirtschaftsabkommens aktuell Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU im Bereich Lebensmittelsicherheit geführt werden, hat die EU eine explizite Ausnahme abgelehnt. Sie wollte vielmehr diesbezüglich in einer Fussnote im Protokoll festhalten, dass in dieser Frage Verhandlungen zwischen den Parteien geführt werden. Ohne explizite Nennung der entsprechenden Ausnahme im InstA ist der Bereich «GVO» unter dem InstA zwar nicht explizit von der dynamischen Rechtsentwicklung ausgenommen, wie die Schweiz dies gewünscht hat. Mit der Fussnote wird aber klargestellt, dass eine einvernehmliche Neuregelung zwischen der Schweiz und der EU notwendig wäre, um den diesbezüglichen Vorbehalt im Landwirtschaftsabkommen abzuändern.

B.4. Staatliche Beihilfen (Art. 8A, 8B, 8C; Annex X)

Als wichtiges Element zur Gewährleistung gleicher Bedingungen für alle Akteure («*level playing field*») im Binnenmarkt der EU haben sich die Schweiz und die EU auf gemeinsame Grundsätze im Bereich der staatlichen Beihilfen geeinigt. Sie entsprechen dem Beihilfenrecht der EU.

Das Beihilfenrecht gehört zum **Wettbewerbsrecht der EU**. Beihilfen stellen in der EU Subventionen oder andere aus staatlichen Mitteln gewährte Vorteile (bspw. Steuerprivilegien) an einzelne Unternehmen oder zugunsten bestimmter Produktionsformen dar, die nicht ein marktkonformes Entgelt für eine erhaltene Gegenleistung darstellen. Sie sind grundsätzlich verboten, wenn sie den **grenzüberschreitenden Handel** beeinträchtigen und den Wettbewerb verfälschen oder ihn zu verfälschen drohen.

Das Beihilfenverbot gilt nicht absolut. Es gibt in der EU zahlreiche Ausnahmeregelungen, welche bestimmte Beihilfen erlauben und nach Massgabe der jeweiligen sektoriellen Verträge auch für die Schweiz gelten würden. Die Grundsätze des InstA sind (mit Ausnahme des Luftverkehrsabkommens) nicht unmittelbar anwendbar und auf bestimmte sektorielle Verträge zwischen der Schweiz und der EU beschränkt (siehe unten).

Mit dem Abschluss des InstA wären die darin festgehaltenen Grundsätze über staatliche Beihilfen vorerst nur auf das Luftverkehrsabkommen direkt anwendbar (Art. 8A Abs. 1 und Art. 8B Abs. 6) Das Luftverkehrsabkommen ist das einzige bestehende Marktzugangsabkommen, das Beihilferegeln enthält. In künftig abzuschliessende Marktzugangsabkommen, wie z.B. das Stromabkommen, müssten die Grundsätze übernommen und wo nötig ergänzt werden. Die EU hat immer betont, dass sie keine neuen Marktzugangsabkommen mehr abschliessen wird, ohne dass diese dem EU-Recht gleichwertige Beihilferegeln enthalten und über ein zur EU äquivalentes Beihilfenüberwachungssystem verfügen.

- Bei den *inhaltlichen (materiellen)* Bestimmungen über die staatlichen Beihilfen des InstA handelt es sich, mit Ausnahme des Bereichs des Luftverkehrs, um **nicht direkt anwendbare Grundsätze**, welche den Rahmen für die konkrete Beihilferegulierung in den sektoriellen Abkommen setzen (Art. 8A). Sie bestimmen, welche staatlich gewährten Zuwendungen und Vorteile als Beihilfe gelten und welche Beihilfen zulässig sind. Unter den Beihilfenbegriff fallen würden sämtliche staatlichen Subventionen oder andere aus staatlichen Mitteln gewährte Vorteile, also Einzelbeihilfen

(Verfügungen einer Behörde) und Beihilfenregelungen (Erlasse, in denen die Ausrichtung von Beihilfen vorgesehen wird). Ohne Übernahme in das jeweilige sektorielle Abkommen sind die materiellen Prinzipien des InstA nicht justiziabel.

Im **Luftverkehrsabkommen** besteht bereits eine Regelung über staatliche Beihilfen (vgl. Art. 13 und 14 LVA), welche mit den gemeinsamen Grundsätzen des InstA konform ist. Im InstA ist zudem vorgesehen, dass das Luftverkehrsabkommen mit dem für die Luftfahrt relevanten Beihilfenrecht der EU ergänzt wird (Art. 8B Abs. 6 und Annex X).

In Bezug auf **künftige Marktzugangsabkommen** müssen die verbindlichen materiellen Bestimmungen im Rahmen dieser sektoriellen Abkommen ausgehandelt werden.

Gemäss Entwurf für einen Beschluss des Gemischten Ausschusses, den die Schweiz und die EU nach Inkrafttreten des InstA im Rahmen des FHA zu verabschieden beabsichtigen, wären schliesslich auch die (sehr allgemein formulierten) Beihilfebestimmungen des **FHA** im Einklang mit den entsprechenden Bestimmungen des InstA auszulegen, sofern die Vertragsparteien in einem konkreten Streitfall über staatliche Beihilfen unter dem FHA das Schiedsgericht des InstA anzurufen beschliessen.

- Im Bereich der *verfahrensrechtlichen* Beihilfenbestimmung ist im InstA vorgesehen, dass jede Vertragspartei die staatlichen Beihilfen in ihrem Hoheitsgebiet durch je eigene Überwachungsbehörden in eigenständiger Weise überwacht (**Zwei-Pfeiler-Modell**). Das bedeutet für die Schweiz, dass staatliche Beihilfen des Bundes, der Kantone und gegebenenfalls der Gemeinden von einer Schweizer Behörde überwacht würden, wobei Artikel 190 Bundesverfassung zu beachten wäre. Die konkrete Umsetzung wäre im Landesrecht vorzunehmen und ist abhängig vom betroffenen Wirtschaftsbereich. In Artikel 8B InstA werden dafür bestimmte Modalitäten festgelegt, wobei das schweizerische System demjenigen der EU, in dem die Europäische Kommission die Beihilfenüberwachung wahrnimmt, äquivalent sein muss. Geplante Beihilfen, die nicht unter eine Ausnahmeregelung fallen, also beispielsweise einen bestimmten Mindestbetrag überschreiten, müssen einer unabhängigen Behörde zur vorgängigen Beurteilung unterbreitet werden. Die Überwachungsbehörde kann auch von sich aus bestehende Massnahmen auf ihre Zulässigkeit mit dem bilateralen Beihilfenrecht prüfen und muss die Kompetenz haben, die Rückforderung unrechtmässig gewährter Beihilfen zu erwirken. Als Massstab für die Äquivalenz einer zukünftigen, sektoriellen Schweizer Beihilfenüberwachung werden sämtliche im fraglichen Bereich geltenden EU-Vorschriften gelten (vgl. Art. 8B Abs. 6, 2. Lemma).

In Bezug auf das **Luftverkehrsabkommen** sollen diese Vorschriften durch einen Beschluss seines Gemischten Ausschusses festgelegt werden (vgl. die « Déclaration conjointe UE-Suisse sur l'intégration de l'annexe X sur les dispositions considérées comme nécessaires, au sens de l'article 8B paragraphe 6 premier tiret, pour l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien dans cet accord »). Aktuell übt die Wettbewerbskommission (WEKO) die Überwachung der Beihilfenbestimmungen im Rahmen des Luftverkehrsabkommens aus. Ihre Zuständigkeit und ihre Aufgaben werden im Lichte des InstA und des erwähnten Beschlusses des Gemischten Ausschusses zu überprüfen sein.

In Bezug auf **künftige Marktzugangsabkommen** wird die konkrete verfahrensrechtliche Umsetzung der Beihilfenüberwachung im Rahmen dieser sektoriellen Abkommen konkretisiert werden müssen.

Das InstA anerkennt, dass die Schweiz bei der Umsetzung der Überwachung staatlicher Beihilfen die verfassungsmässigen Prinzipien der Gewaltenteilung und des Föderalismus berücksichtigen wird. Grundsätzlich sieht das Abkommen die Schaffung einer Behörde für die Überwachung vor. Die Schweiz wird bestrebt sein, dass diese Behörde über sektorspezifische Zuständigkeiten verfügt und im Rahmen der geltenden Kompetenzordnung (Aufgabenteilung Bund/Kantone), d.h. ohne Verfassungsänderung, aufgestellt werden kann.

- Die Bestimmungen des InstA über die *Transparenz* (Art. 8C) sehen vor, dass gewährte staatliche Beihilfen und Entscheide der Überwachungsbehörden und Gerichte der Vertragsparteien offengelegt werden müssen. Das Niveau an Transparenz in der Schweiz muss dabei mit demjenigen in der EU äquivalent sein. Weiter ist ein regelmässiger Informationsaustausch vorgesehen, dessen Einzelheiten durch den jeweils zuständigen Gemischten Ausschuss festgelegt werden.
- Kommt es zum Streit zwischen den Vertragsparteien über die Gewährung staatlicher Beihilfen, ist das *Streitschlichtungsverfahren* des InstA anwendbar.

B.5. Personenfreizügigkeit

Das Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA) untersteht als Marktzugangsabkommen dem institutionellen Abkommen und somit der dynamischen Aktualisierung (vgl. Rechtsentwicklung). Der Bundesrat forderte aber in drei Bereichen **Ausnahmen** von der Rechtsübernahme («rote Linien»): bei den flankierenden Massnahmen, der Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG) sowie der Revision der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Sozialversicherungssysteme. Die EU vertritt dagegen den Standpunkt, dass alle Teilnehmenden am EU-Binnenmarkt den **gleichen Bedingungen** unterstehen müssen («*level playing field*») und generelle Ausnahmen grundsätzlich nicht akzeptabel sind. Wenn es bei der Frage einer Rechtsübernahme Meinungsverschiedenheiten gäbe, könnten diese aus Sicht der EU im Rahmen des Verfahrens für die Rechtsübernahme und falls notwendig im dafür vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismus des InstA von Fall zu Fall ausgetragen und gelöst werden. Für die drei genannten Bereiche der Personenfreizügigkeit gilt, dass sich die Frage einer allfälligen Übernahme erst nach dem Inkrafttreten des InstA und im Rahmen der vom InstA vorgesehenen Mechanismen (d.h. kein Übernahmepflicht, aber mögliche Ausgleichsmassnahmen der EU, sollte die Schweiz eine Übernahme verweigern) stellt.

B.5.1. Flankierende Massnahmen (FlaM) (Protokoll 1)

Der Bundesrat hat immer betont, dass der **Lohnschutz** in der Schweiz gewährleistet und das dafür nötige Schweizer Lohnschutzdispositiv der FlaM abgesichert sein muss. Das heutige Schutzniveau gilt es zu erhalten. Umgekehrt hält die EU bestimmte FlaM für nicht konform mit der im Personenfreizügigkeitsabkommen von 1999 verankerten Dienstleistungsfreiheit und fordert deshalb gewisse Anpassungen. Die Kritik der EU trifft dabei nicht grundsätzlich die jeweiligen Massnahmen als solche, sondern lediglich deren **Verhältnismässigkeit**. Diese Kritik begründete das Bedürfnis der EU, mit der Schweiz ein institutionelles Abkommen anzustreben. Ein Abkommen ohne Bezugnahme auf diese Frage macht aus Sicht der EU keinen Sinn.

Im vorliegenden Vertragsentwurf hat die **EU folgenden Vorschlag** gemacht (Protokoll 1): Im Sinne gleicher Bedingungen für alle Marktteilnehmenden («*level playing field*») soll die Schweiz das relevante EU-Recht im Entsendebereich drei Jahre nach Inkrafttreten des InstA übernehmen. Die EU hat ihr Entsenderecht seit 2013 (Zeitpunkt der Definition des Schweizer Verhandlungsmandats) zweimal verschärft: Mit der 2014 verabschiedeten **Durchsetzungsrichtlinie** (Richtlinie 2014/67/EU) wird der Vollzug in ihren Mitgliedsstaaten sichergestellt und mit der **revidierten Entsenderichtlinie** (Richtlinie (EU) 2018/957) das Prinzip «*gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort*» etabliert. Die Übernahme des EU-Entsenderechts würde die beiden genannten Rechtsakte umfassen, also die Durchsetzungsrichtlinie sowie die revidierte Entsenderichtlinie.

Die Übernahme der **rev. Entsenderichtlinie** würde die Stossrichtung des Schweizer Entsenderechts bestätigen und keine inhaltliche Differenz zum Schweizer Entsenderecht darstellen. Grundsätzlich sind wie bisher nur Vorschriften, welche in Gesetzen, Schiedssprüchen und allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (ave GAV) festgelegt sind, auf entsandte Arbeitnehmende anwendbar. Für die schweizerischen Verhältnisse bedeutet dies, dass wie bis anhin die Lohn- und Arbeitsbedingungen in ave GAV, in Gesetzen und Verordnungen sowie in Normalarbeitsverträgen mit zwingenden Mindestlöhnen (Art. 360b des Obligationenrechts) anwendbar sind.

Was die **Durchsetzungsrichtlinie** anbelangt, so bietet diese teilweise eine Grundlage für bestimmte flankierende Massnahmen der Schweiz. So bestehen in einigen Punkten im schweizerischen System **ähnliche Regelungen** und Lösungen, insbesondere bezüglich Meldepflicht, Informationsplattformen, Kontrollen, Verwaltungssanktionen, und Haftung bei Unteraufträgen. Die Übernahme dieser Bestimmungen hätte keine grundlegenden Auswirkungen auf die FlaM. In der Durchsetzungsrichtlinie sind ferner Kontroll-**Massnahmen vorgesehen, welche das Schweizer FlaM-Dispositiv nicht kennt**. Zum einen können die EU-Mitgliedstaaten verlangen, dass der Arbeitgeber gewisse Unterlagen während des Entsendezeitraums im Entsendestaat (Gaststaat) bereithält oder verfügbar macht (z.B. Arbeitsverträge, Lohnabrechnungen, Arbeitszeitznachweise). Zudem besteht die Möglichkeit, den Dienstleistungserbringer zur Benennung eines Ansprechpartners im Gaststaat zu verpflichten, der bei Bedarf Dokumente und/oder Mitteilungen verschickt und entgegennimmt. In anderen Punkten hingegen existieren **keine vergleichbaren Massnahmen im EU-Recht**, insbesondere hinsichtlich einer Voranmeldefrist, Kautionspflicht und Dokumentationspflicht vor Ort für selbständige Dienstleistungserbringer, welche eine erste Überprüfung ihres Status als Selbständige erlaubt.⁷ Zudem sieht die Durchsetzungsrichtlinie vor, dass Staaten weitere als die in der Richtlinie explizit genannten Kontrollmassnahmen vorschreiben können. Solche dürfen jedoch nur ergriffen werden, wenn die

⁷ Der Unterschied liegt darin, dass die Bereithaltung von Dokumenten gemäss der Durchsetzungsrichtlinie die Arbeitgeber betrifft, während sich die Dokumentationspflicht gemäss Entsendegesetz an die Selbständigen richtet.

bestehenden Massnahmen nicht ausreichend und die zusätzlichen Massnahmen **gerechtfertigt und verhältnismässig** sind.

Die EU anerkennt, dass mit der alleinigen Übernahme und Umsetzung des EU-Rechts die Schutzbedürfnisse in der Schweiz nicht vollumfänglich abgedeckt werden können. In Berücksichtigung der Besonderheiten des Schweizer Arbeitsmarkts und der zum Erhalt des Schutzniveaus notwendigen Massnahmen hat die EU deshalb angeboten, eine Reihe Instrumente zu akzeptieren, die über die im EU-Entsenderecht vorgesehenen Instrumente hinausgehen. Konkret umfasst die EU-Offerte die **vertragliche Absicherung folgender Kernmassnahmen**:

- die Möglichkeit einer branchenspezifischen **Voranmeldefrist** von vier Arbeitstagen auf der Basis von Risikoanalysen (heute 8 Kalendertage für alle Dienstleistungserbringer, d.h. inklusive Wochenenden und Feiertagen);
- die **Kautionspflicht** bei Akteuren, die finanziellen Verpflichtungen nicht nachgekommen sind (heute besteht eine generelle Kautionspflicht in denjenigen Branchen, die von einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag abgedeckt sind, der eine Kautionspflicht vorsieht); sowie
- eine **Dokumentationspflicht für Selbstständige**.

Eine Annahme des EU-Angebots würde bedeuten, dass **die vertraglich vereinbarten Massnahmen** von der Rechtsentwicklung ausgenommen und in ihrem Grundgehalt weder durch das Schiedsgericht noch andere Gerichte in Frage gestellt werden könnten. Das heisst, die genannten Kernmassnahmen und das duale Vollzugssystem wären nicht in Frage gestellt. Bei der erforderlichen Gesetzesrevision (Revision des Entsendegesetzes) wäre darauf zu achten, dass die angepassten Instrumente (insbesondere Kaution, Voranmeldefrist) weiterhin die gleiche Schutzwirkung entfalten können (siehe dazu die Beilage: «Erläuterung: Die Unterschiede zwischen dem EU-Entsenderecht und den Schweizer FlaM – EU-Angebot zu den FlaM», Ziff. 3).

Die anderen Flankierenden Massnahmen lassen sich über weite Strecken mit dem heute in der EU geltenden Recht vergleichen (Durchsetzungsrichtlinie und rev. Entsenderichtlinie). Das heisst, sie wären zwar nicht vertraglich abgesichert und unterlägen der Rechtsentwicklung und der Überprüfung durch das Schiedsgericht. Gleichzeitig ist festzustellen, dass sie mehrheitlich im Gehalt den Massnahmen in der EU sehr ähnlich sind und deshalb im Grundgehalt nicht gefährdet sind resp. in der Form unilateral so angepasst werden können, damit sie die bisherige Schutzwirkung weiterhin erzielen können.

B.5.2. Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG «UBRL»)

Die UBRL, welche durch den Maastrichter Vertrag 1992 ermöglicht wurde, führte innerhalb der EU zu einem Systemwechsel; weg von der reinen Arbeitnehmerfreizügigkeit hin zum Konzept einer eigentlichen Unionsbürgerschaft. Die UBRL umfasst einerseits die bis zu ihrem Erlass gesammelte Rechtsprechung im Bereich der Personenfreizügigkeit und ersetzt älteres Recht zur Ein- und Ausreise sowie zum Aufenthalt. In diesem Bereich stellt die UBRL eine Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts dar, welches ursprünglich auf dem Vertrag von Maastricht (1992) beruht. Darüber hinaus enthält die UBRL jedoch auch neue Rechte und Pflichten, die klar über die Arbeitnehmerfreizügigkeit hinausgehen und auf dem neuen Konzept der Unionsbürgerschaft basieren. Nach Einschätzung der Schweiz können diese Rechte und Pflichten für das Freizügigkeitsabkommen, welches auf der Arbeitnehmerfreizügigkeit beruht, nicht massgebend sein und damit in diesem Abkommen auch nicht abgebildet werden.

Inhaltlich sind verschiedene Aspekte der UBRL für die Schweiz besonders problematisch: insbesondere

- **ein Ausbau der Sozialhilfansprüche von nichterwerbstätigen Personen sowie von Personen, deren Arbeitsverhältnis unfreiwillig beendet wurde.** Erstere benötigen für den Aufenthalt genügende finanzielle Mittel. Gemäss Praxis des EUGH zur UBRL⁸ können sie nach drei Monaten Aufenthaltsdauer jedoch Anspruch auf Sozialhilfe erheben, ohne dass die Inanspruchnahme automatisch zu einer Ausweisung führt. Das Sozialsystem des Aufnahmestaates darf dabei nicht in «unangemessener» Weise beansprucht werden. Dies muss im Einzelfall geprüft werden. Letztere können während 6 Monaten nach Verlust ihrer Arbeitsstelle Sozialhilfe beziehen, wenn sie innerhalb des ersten Aufenthaltsjahres ihre Arbeitsstelle verloren haben. Personen, deren Arbeitsverhältnis nach den ersten 12 Monaten beendet wurde, haben ein unbeschränktes Aufenthaltsrecht einschliesslich eines Anspruchs auf Sozialhilfe, solange diese Personen bei einem Arbeitsamt eingeschrieben sind und sich aktiv um eine neue Stelle bemühen und begründete Aussicht haben, in absehbarer Zeit wieder eine Stelle zu finden. Gemäss

⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-140/12 (Brey).

geltendem Recht hingegen haben nichterwerbstätige Personen sowie Personen, die innerhalb des ersten Aufenthaltsjahres ihre Arbeitsstelle verlieren, keinen Anspruch auf Sozialhilfe. Bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit bei einem Arbeitsverhältnis von mehr als einem Jahr besteht während maximal sechs Monaten nach Verlust der Erwerbstätigkeit oder bis sechs Monate nach dem Ende der Arbeitslosenentschädigung ein Anspruch auf Sozialhilfe. Diese Regelungen gestützt auf das FZA wurden vom Parlament am 16.12.2016 beschlossen; sie sind am 1.7.2018 in Kraft getreten;

- **restriktivere Voraussetzungen für die strafrechtliche Landesverweisung, die Ausweisung sowie den Widerruf einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (ordre public Vorbehalt);** sowie,
- das **Daueraufenthaltsrecht**, welches gemäss UBRL ab 5 Jahren rechtmässigem und ununterbrochenen Aufenthalt gewährt wird. Auch im Falle einer fortgesetzten Sozialhilfeabhängigkeit kann der Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt grundsätzlich nicht verweigert werden. Das Recht auf Daueraufenthalt entspricht weitgehend der Niederlassungsbewilligung C EU/EFTA in der Schweiz, die gemäss Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG)⁹ bei guter Integration grundsätzlich nach 10 Jahren erteilt wird.¹⁰ Nach AIG sind die Voraussetzungen zur Begründung eines unbefristeten Aufenthaltsrechts sowie die Aufrechterhaltung dieses Rechts restriktiver ausgestaltet (Erfüllung von Integrationskriterien wie wirtschaftliche Selbständigkeit, Sprachvoraussetzungen) als bei der UBRL.¹¹

Diese Punkte fliessen nach Ansicht der Schweiz aus der Unionsbürgerschaft und müssen von der Schweiz daher nicht übernommen werden. Die EU vertritt dagegen die Meinung, dass die UBRL integral eine Weiterentwicklung der Personenfreizügigkeit darstellt.

Im vorliegenden Vertragsentwurf findet die UBRL keine Erwähnung. Die Schweiz konnte keine explizite Ausnahme im InstA erreichen, wonach sie nicht verpflichtet ist, die UBRL zu übernehmen. Anders als im Bereich des Entsenderechts hat die EU umgekehrt darauf verzichtet, im Abkommen ein explizites Engagement der Schweiz zur Übernahme der UBRL innert einer bestimmten Frist zu verlangen. Im Falle einer Meinungsverschiedenheit in Bezug auf die Frage der Übernahme der UBRL würde der Streitbeilegungsmechanismus des InstA zur Anwendung kommen. Da wie oben aufgeführt die für die Schweiz besonders problematischen Punkte der UBRL eben nicht auf der Arbeitnehmerfreizügigkeit basieren, sondern auf der Unionsbürgerschaft (z.B. Daueraufenthalt), würde die Schweiz in einem Streitfall vor einem paritätischen Schiedsgericht entsprechend argumentieren. Würde das Schiedsgericht nicht im Sinne der Schweiz entscheiden, müsste über die Modalitäten der Übernahme bzw. einer teilweisen Übernahme verhandelt werden. Wie oben im Kapitel zur Rechtsentwicklung (B.2.1) erklärt, sieht letztlich auch das InstA die Möglichkeit einer solchen Nichtübernahme vor. Würde die Schweiz eine Übernahme verweigern, könnte die EU Ausgleichsmassnahmen beschliessen. Die Schweiz könnte aber im Unterschied zu heute die Verhältnismässigkeit solcher Ausgleichsmassnahmen vom Schiedsgericht überprüfen lassen (siehe Anhang I).

B.5.3. Koordinierung der Sozialversicherungen

Basierend auf dem präzisierten Bundesratsmandat vom 2. März 2018 im Bereich der Koordinierung der Sozialversicherungen (Anhang II zum FZA) konnten bestehende Ausnahmen von der dynamischen Rechtsübernahme ausgenommen werden (vgl. B.3)

Derzeit läuft auf EU-Ebene eine weitere Revision der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. Ein zentraler Punkt betrifft den Wechsel der Zuständigkeit vom Wohn- ins Erwerbsland für Arbeitslosenleistungen an Grenzgänger. Im Gegensatz zum Entwurf der Europäischen Kommission und dem vom Ministerrat verabschiedeten Text sieht der Vorschlag des Europäischen Parlaments vor, dass arbeitslose Grenzgänger zwischen ihrem letzten Erwerbsland und ihrem Wohnland wählen können (sog. *choice-model*). Diese Änderungen würden zu erheblichen Mehrkosten für die schweizerische Arbeitslosenversicherung und einer entsprechenden Revision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (Beitragserhöhung) führen. Die EU ist der Forderung der Schweiz, im InstA eine explizite Ausnahme von der dynamischen Rechtsübernahme dieses zukünftigen Zuständigkeitswechsels vorzusehen, nicht nachgekommen. Der Revisionsprozess ist in der EU noch nicht abgeschlossen; aktuell werden auf EU-Ebene die dazugehörigen Trilogverhandlungen (EU-

⁹ SR 142.20.

¹⁰ Besteht eine Niederlassungsvereinbarung, beträgt diese Frist 5 Jahre. Mit folgenden Staaten besteht eine Niederlassungsvereinbarung: Belgien, Deutschland, Dänemark, Frankreich, Griechenland, Italien, Niederlande, Österreich, Portugal und Spanien. Praxisgemäss erhalten auch Angehörige von Finnland, Irland, Luxemburg, Schweden und des Vereinigten Königreichs nach 5 Jahren eine Niederlassungsbewilligung, wenn die Integrationskriterien erfüllt sind.

¹¹ Im Jahr 2017 wurden rund 66'600 Niederlassungsbewilligungen C an EU/EFTA-Staatsangehörige erteilt. Mit der Einführung eines Rechts auf Daueraufenthalt hätten per 31.12.2017 grundsätzlich zusätzlich rund 9'700 Personen einen Anspruch auf Daueraufenthalt geltend machen können. Quelle: ZEMIS-Sonderauswertung (es handelt sich um eine Momentaufnahme; 31.12.2017).

Parlament, EU-Rat, EU-Kommission) geführt. Entsprechend wurde von einer Erwähnung der Revision der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 im InstA abgesehen.

Allfällige Modalitäten einer Übernahme müssten später im Rahmen des Gemischten Ausschusses zum FZA verhandelt werden. Ein allfälliger Konflikt betreffend eine künftige Rechtsübernahme der revidierten Verordnung (EG) Nr. 883/2004 müsste im Rahmen des Streitbeilegungsmechanismus ausgetragen werden. Unabhängig vom Bestehen eines institutionellen Abkommens ist davon auszugehen, dass die EU und ihre Mitgliedstaaten von der Schweiz die Übernahme dieser Rechtsentwicklung fordern werden. Die Schweiz hat der Übernahme von früheren Änderungen der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in den Anhang zum FZA bisher immer zugestimmt. Beim Vorliegen eines institutionellen Abkommens könnte diese Auseinandersetzung im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens geordnet behandelt werden (siehe oben). Mögliche Ausgleichsmassnahmen der EU würden vom Schiedsgericht auf ihre Verhältnismässigkeit geprüft. Ohne institutionelles Abkommen ist nicht ausgeschlossen, dass die EU Retorsionsmassnahmen ergreift. Ein fester Mechanismus zur Überprüfung dieser Massnahmen wie unter dem InstA bestünde in diesem Fall nicht.

B.6. Kündigung (Art. 22)

Das InstA tritt sechs Monate nach dessen Kündigung ausser Kraft. Mit der Kündigung des InstA würde die sog. «Guillotine-Klausel», die in allen Abkommen der Bilateralen I festgehalten ist, nicht unmittelbar zur Anwendung kommen. Die fünf bereits bestehenden, vom InstA abgedeckten Marktzugangsabkommen würden also nicht automatisch ausser Kraft treten. Vertraglich vorgesehen ist ein **Konsultationsprozess von drei Monaten**, in welchem die Parteien die Auswirkungen auf diese Abkommen und das weitere Vorgehen diskutieren würden. Könnten sich die Parteien auf eine Lösung einigen, gelten diese Abkommen weiter. Andernfalls treten auch diese – nach Ablauf derer Kündigungsfrist von weiteren 6 Monaten – ausser Kraft.

Sektorielle Abkommen, die erst nach Abschluss des InstA vereinbart wurden und explizit auf dieses verweisen, treten gemeinsam mit dem InstA sechs Monate nach dessen Kündigung ausser Kraft. Dies folgt der Logik, dass einerseits ohne ein geltendes InstA seitens der EU keine weiteren Marktzugangsabkommen abgeschlossen würden und andererseits diese auf die institutionellen Mechanismen des InstA verweisen würden und bei deren Wegfallen institutionell nicht mehr funktionsfähig wären.

B.7. Gemeinsame Erklärung Handelsverträge und Beschlussentwurf GA-FHA

Die EU wollte neben den bilateralen Marktzugangsabkommen in den Bereichen Personenfreizügigkeit, Landverkehr, Luftverkehr, technische Handelshemmnisse und Landwirtschaft noch weitere bestehende Abkommen zwischen der Schweiz und der EU dem InstA unterstellen, so insbesondere das **Freihandelsabkommen von 1972 (FHA; SR 0.632.401)** und das **Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.172.052.68)**. Dies mit der Begründung, dass auch diese Abkommen den gegenseitigen Marktzugang erleichtern und einzelne Bestimmungen enthalten, die sich an das EU-Recht anlehnen. Die Schweiz lehnte diesen Anspruch jedoch von Beginn weg ab. Sie machte geltend, dass von einem Marktzugangsabkommen im Sinne des InstA erst dann gesprochen werden könne, wenn ein Abkommen auf Rechtsharmonisierung zwischen der Schweiz und der EU beruht, d.h. wenn das Abkommen im betroffenen Bereich auf dem relevanten EU-Recht basiert und der Schweiz im Gegenzug eine vollständige Teilnahme am EU-Binnenmarkt in diesem Bereich ermöglicht. Dies sei bei beiden betroffenen Handelsabkommen – im Unterschied zu den übrigen dem InstA unterstellten bilateralen Abkommen – nicht der Fall. Die EU erklärte sich bereit, das FHA und das Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen **vom Anwendungsbereich des InstA auszunehmen** (vgl. Art. 2 Abs. 2 InstA).

Im Gegenzug einigten sich beide Seiten auf eine Erwähnung des FHA in der Präambel des InstA sowie auf eine Gemeinsame Erklärung (nachstehend «Erklärung»), wonach die Schweiz und die EU ihre Absicht bekunden, Verhandlungen über eine **Modernisierung insbesondere des FHA sowie weiterer handelsrelevanter Abkommen** aufnehmen zu wollen (vgl. Ziff. 5 sowie auch Ziff. 11 der Erklärung). Ziel einer solchen Modernisierung ist es den gegenseitigen Marktzugang zu vertiefen und den gegenseitigen Handel zu erleichtern. Das Abkommen soll auf WTO-Standards aufbauen (Ziff. 3 der Erklärung).

Die Erklärung ist rechtlich nicht verbindlich und enthält eine nicht abschliessende Themenliste, die sich im Wesentlichen an umfassenden Freihandelsabkommen der jüngsten Generation orientiert und von den Verhandlungsparteien noch präzisiert werden muss (Ziff. 6 und 7 der Erklärung):

- Verbesserter Marktzugang und Austausch von Gütern in allen Bereichen;
- Anwendung allfälliger Handelsschutzmassnahmen gegenüber der anderen Vertragspartei;

- Handelserleichterungen und Zollzusammenarbeit;
- Vereinfachung der Ursprungsregeln;
- Liberalisierung von Dienstleistungshandel und Investitionen, unter Beibehaltung der bisherigen einschlägigen Ausnahmen (u.a. für Finanzdienstleistungen);
- Schutz von geistigem Eigentum;
- Nachhaltige Entwicklung (Sozial- und Umweltrechtstandards);
- Verbesserung beim öffentlichen Beschaffungswesen;
- Verbesserung bei der gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen;
- Regeln betreffend die staatlichen Beihilfen.

Je nach Umfang der Beteiligung der Schweiz am EU-Binnenmarkt aufgrund des modernisierten FHA würde dieses dem InstA und dem darin geregelten Streitschlichtungsverfahren unterstellt (vgl. Ziff. 9 der Erklärung). Für die Interimsphase ab Inkrafttreten des InstA bis zur Inkraftsetzung eines allfälligen modernisierten FHA sieht die Erklärung die **Möglichkeit** vor, **den Streitbeilegungsmechanismus des InstA auch im Bereich des FHA** und des Abkommens über das öffentliche Beschaffungswesen zu nutzen (vgl. Ziff. 8 der Erklärung). Voraussetzung ist, dass beide Parteien im konkreten Streitfall damit einverstanden sind. Die Nutzung des InstA-Streitbeilegungsmechanismus unter dem bestehenden FHA wäre grundsätzlich auch im Interesse der Schweiz. Denn bisher können Streitfälle im Rahmen des FHA von den Vertragsparteien nur im Gemischten Ausschuss diskutiert werden. Wenn in diesem Gremium keine Lösung gefunden wird, bleibt der Streit ungelöst. Allfällige Gegenmassnahmen könnten nicht schiedsgerichtlich auf ihre Verhältnismässigkeit überprüft werden. Insofern die Parteien einer allfälligen Anrufung des unter dem InstA etablierten Schiedsgerichts auf eine FHA-Streitigkeit explizit zustimmen müssen, steht es der Schweiz gleichzeitig auch offen, auf diese neue Option zu verzichten.

Damit die Nutzung des InstA-Streitbeilegungsmechanismus im Rahmen des bestehenden FHA rechtlich möglich wird, muss der Gemischte Ausschuss FHA dies formal beschliessen. Der **Entwurf für einen entsprechenden Beschluss des Gemischten Ausschusses FHA** liegt dem InstA ebenfalls bei. Dieser Beschluss wird der Gemischte Ausschuss FHA erst fällen, wenn das InstA in Kraft getreten ist. Mit Bezug auf allfällige Streitigkeiten über die staatlichen Beihilfebestimmungen des FHA wird in einem Erwägungsgrund des Beschlussentwurfs festgehalten, dass das InstA ein Nachfolgeabkommen des FHA im Sinne von Artikel 31 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge darstellt. Das heisst, dass die FHA-Beihilfebestimmungen ab Inkrafttreten des InstA im Einklang mit den Beihilfebestimmungen des InstA auszulegen sind. Das Schiedsgericht des InstA kann im Einzelfall jedoch wie oben erwähnt nur angerufen werden, sofern beide Vertragsparteien dem zustimmen.

B.8. Gemeinsame Erklärung Kohäsion

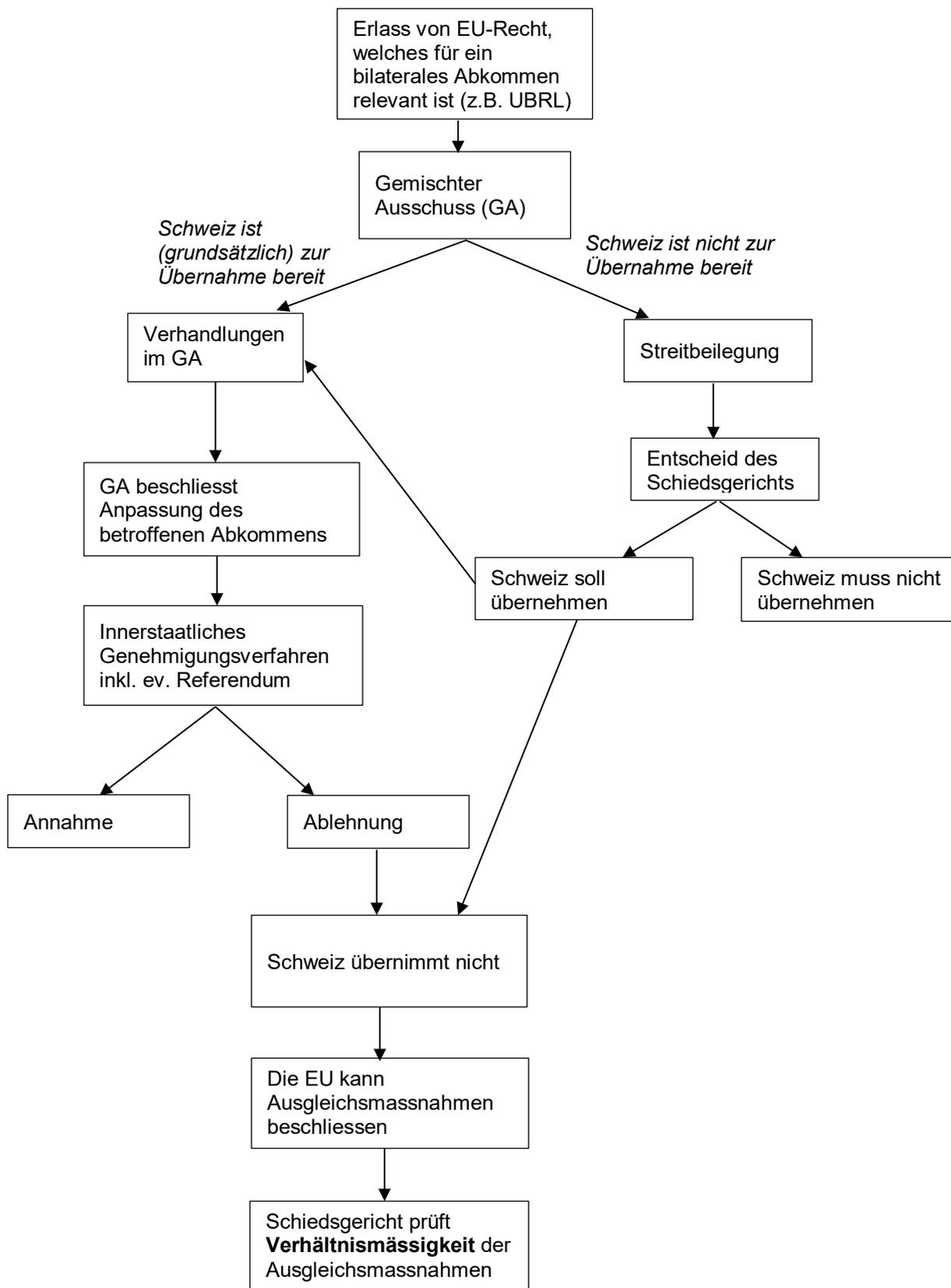
In der Präambel des InstA sowie im Entwurf einer gemeinsamen politischen Erklärung der Schweiz und der EU, welche ebenfalls anlässlich der Unterzeichnung des InstA abgegeben werden soll, werden die **Schweizer Beiträge an ausgewählte EU-Mitgliedstaaten zur Verringerung der wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheiten in der EU** genannt (sog. Schweizer Beitrag).

Dabei wird festgehalten, dass die Schweiz diese Beiträge **autonom** sowie in Anbetracht ihres **Zugangs zum EU-Binnenmarkt** entrichtet. Die Schweiz zeigt sich im Rahmen der Erklärung zudem dazu bereit, Projekte und Programme der Schweiz im Einklang mit den entsprechenden Programmen der EU zu finanzieren. Dadurch wird keine rechtliche Verpflichtung zu regelmässigen solchen Zahlungen geschaffen. Die gemeinsame Erklärung ist **politischer Natur**; ihr kommt keine rechtliche Verbindlichkeit zu.

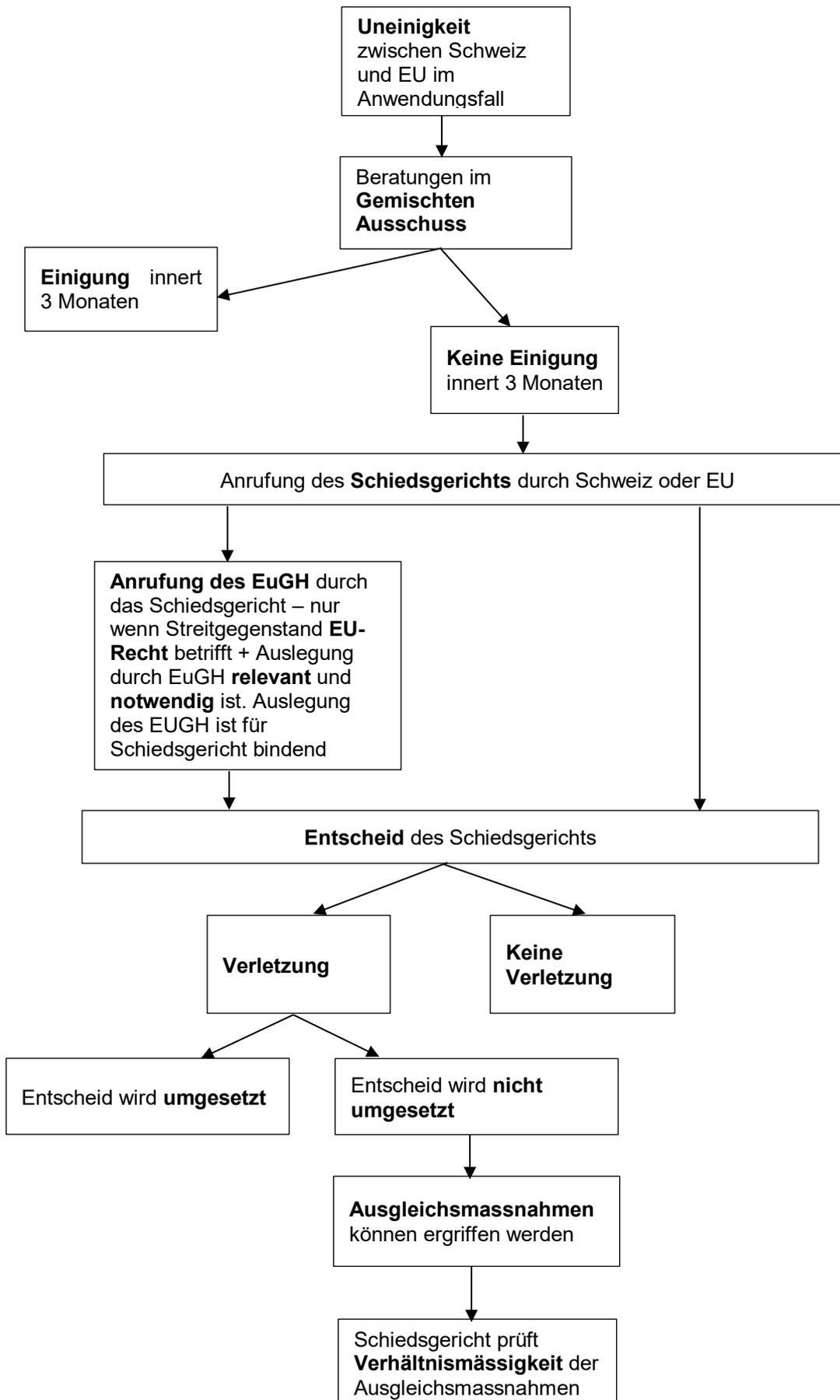
Schliesslich wird in der gemeinsamen Erklärung festgehalten, dass die Modalitäten der Umsetzung des autonomen Beitrags der Schweiz in einem noch auszuhandelnden separaten, rechtlich nicht verbindlichen **Memorandum of Understanding (MoU) zwischen der Schweiz und der EU** geregelt werden sollen. Ein solches MoU bestand schon für den ersten Erweiterungsbeitrag und steht im Einklang mit dem in der Botschaft über einen zweiten Schweizer Beitrag an ausgewählte EU-Mitgliedstaaten skizzierten Vorgehen.

C. Anhänge

C.1. Dynamische Rechtsentwicklung



C.2. Streitbeilegungsverfahren in einem Anwendungsfall



C.3. Die Unterschiede zwischen dem EU-Entsenderecht und den Schweizer FlaM und zum Angebot der EU zu den FlaM

C.3.1. Ausgangslage FlaM, FZA und EU-Entsenderecht

Mit der im Freizügigkeitsabkommen¹² (FZA) verankerten beschränkten Dienstleistungsfreiheit hat die Schweiz die Richtlinie 96/71/EG (nachfolgend „EntsRL“) über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen im Entsendegesetz¹³ (EntsG) umgesetzt. Arbeitgeber, welche im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit Arbeitnehmende in die Schweiz entsenden, müssen sich an die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen halten (Art. 2 EntsG). Zum Schutz der Löhne wurden zudem weitere FlaM eingeführt, welche auf die schweizerischen Gegebenheiten zugeschnitten sind, z.B. auf das duale Vollzugssystem. Aufgrund ihrer Verankerung im FZA prüft auch das Bundesgericht im Streitfall die Regelung im EntsG auf ihre Vereinbarkeit mit dem FZA hin.

Das System der FlaM hat sich seit dessen Einführung vor 15 Jahren stetig an die aktuellen Entwicklungen (bspw. Zunahme Dienstleistungserbringer und Grenzgänger aus der EU, verändernde Beschäftigungsstruktur) angepasst. Dabei wurde deren Risikobasierung und Effizienz laufend verbessert. Es gilt auch weiterhin, die Prozesse, die Vollzugsorganisation sowie die technischen Arbeitsmittel auf ihre Zielgerichtetheit zu überprüfen und den dualen und föderalen Vollzug effizient und effektiv auszugestalten.

Die EU stimmt mit den Grundsatzzielen der Schweizer FlaM überein. Seit Verabschiedung des Schweizer Verhandlungsmandates im Jahr 2013 hat die EU wesentliche Verschärfungen ihres Entsenderechtes vorgenommen: Mit dem Prinzip des gleichen Lohnes für gleiche Arbeit am gleichen Ort wird der Arbeitnehmerschutz heute höher gewichtet als das Prinzip der grenzüberschreitenden Dienstleistungsfreiheit. Damit nähert sich die EU dem Schweizer Ansatz bei den FlaM an. Aktuell verbleiben gewisse Differenzen hinsichtlich Instrumente und deren Umsetzung. Für die EU sind dabei insbesondere die Verhältnismässigkeit und die Nichtdiskriminierung zentral.

C.3.2. Vergleich EU-Entsenderecht – FlaM

C.3.2.1. Durchsetzungsrichtlinie der EU

Die EU hat am 15. Mai 2014 die «Richtlinie zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen» (DurchsRL) verabschiedet. Diese DurchsRL wurde als Folge einer Evaluation der EU-Kommission zur Umsetzung und Anwendung der EntsRL erlassen. Die EU-Kommission hatte Mängel und Probleme bei deren Umsetzung und Anwendung in bestimmten Mitgliedstaaten festgestellt. Die EU-Mitgliedstaaten mussten die DurchsRL bis spätestens am 18. Juni 2016 in nationales Recht umsetzen.

Instrumente der DurchsRL

Zur verbesserten Durchsetzung der Pflichten aus der EntsRL erlaubt die DurchsRL das Treffen von Massnahmen, soweit sie «notwendig sind, um eine wirksame Überwachung der Einhaltung der Pflichten, ... zu gewährleisten, vorausgesetzt, sie sind ... verhältnismässig». Die DurchsRL zählt exemplarisch folgende Instrumente auf, welche die EU-Mitgliedstaaten vorsehen können:

- Definitionen im Zusammenhang mit der Entsendung zur Verhinderung von Missbrauch (Kap. I DurchsRL): Es werden Kriterien mit dem Ziel einer einheitlichen Auslegung des Begriffs der Entsendung gemäss der Entsenderichtlinie definiert (Art. 4 Abs. 1 spricht von «Umständen, die den Behörden bei der Überprüfung und Kontrolle behilflich sein sollen»). Dadurch sollen die Kontrollorgane namentlich Scheinselbständigkeit oder Briefkastenfirmen zur Umgehung der Entsenderichtlinie besser identifiziert können;
- Zugang zu Informationen durch Dienstleistungserbringer (Kap. II): Um den Entsendebetrieben den Zugang zu Informationen über die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen im Gaststaat zu erleichtern, sollen die Mitgliedstaaten eine nationale, mehrsprachige Webseite einrichten, welche den Dienstleistungserbringern die relevanten Informationen mittels einer einzigen Quelle verfügbar machen;
- Verwaltungszusammenarbeit (gegenseitige Amtshilfe zum Informationsaustausch auf Basis des Binnenmarkt-Informationssystems [IMI]) (Kap. III) ;

¹² Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit; SR **0.142.112.681**

¹³ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne; SR **823.20**

- Anforderungen an Dienstleistungserbringer (Meldepflicht und Modalitäten) und Durchführen von Kontrollmassnahmen (Kap. IV) ;
- Rechtliche Durchsetzung von Ansprüchen der entsandten Arbeitnehmer durch diese selbst und durch Gewerkschaften im Gaststaat; die Haftung des Erstunternehmers bei Unteraufträgen (Kap. V);
- Grenzüberschreitende Durchsetzung von Sanktionen; Anerkennung, Zustellung und Vollstreckung von Entscheiden (Kap. VI) ;
- Regelung der Verwaltungszusammenarbeit, insbesondere mittels des Binnenmarkt-Informationssystem (IMI), welches den standardisierten Informationsaustausch unter den Behörden ermöglicht (Kap. VII).

Unterschiede zwischen der DurchsRL und dem FlaM-Dispositiv

In einigen Punkten bestehen im schweizerischen System ähnliche Regelungen und Lösungen, z.B. bezüglich Meldepflicht (Kap. IV DurchsRL), Informationsplattformen (Kap. II), Kontrollen (Kap. IV), Verwaltungsanktionen (Kap. VI), Haftung bei Unteraufträgen (Kap. V). Diese Teile könnten ohne grundlegende Auswirkungen auf die FlaM übernommen werden.

In der DurchsRL sind Kontroll-Massnahmen aufgezählt, welche das FlaM-Dispositiv nicht kennt. Zum einen können die EU-Mitgliedstaaten verlangen, dass der Dienstleistungserbringer gewisse Unterlagen während des Entsendezeitraums im Gaststaat bereithält oder verfügbar macht. Zudem besteht die Möglichkeit, den Dienstleistungserbringer zur Benennung eines Ansprechpartners im Gaststaat zu verpflichten, der bei Bedarf Dokumente und/oder Mitteilungen verschickt und entgegennimmt.

In anderen Punkten hingegen enthält das EU-Recht keine konkreten Vorgaben. Es handelt sich dabei zudem teilweise um Massnahmen in der FlaM-Gesetzgebung, welche die EU in ihrer Ausprägung bisher als Behinderung der Dienstleistungsfreiheit gemäss FZA beurteilt hat. Im Zentrum der EU-Kritik standen insbesondere die 8-Tage-Voranmeldefrist, die Kautionspflicht und die Dokumentationspflicht für selbständige Dienstleistungserbringer. Zwar sieht die DurchsRL wie erwähnt vor, dass Staaten weitere als die in der DurchsRL explizit genannten Kontrollmassnahmen vorschreiben können. Solche dürfen jedoch nur ergriffen werden, wenn sie gerechtfertigt und verhältnismässig sind. Die Beteiligung der Sozialpartner am Vollzug ist ausdrücklich erlaubt. Dementsprechend stellt die EU nicht grundsätzlich die Stossrichtung der Massnahmen, sondern deren Ausgestaltung in Frage. Bei einer Übernahme der DurchsRL müssten einzelne Massnahmen, welche aufgrund der besonderen Bedürfnissen des Schweizer Arbeitsmarktes sowie der föderalen und dualen Vollzugsorganisation notwendig sind, mit der EU im Rahmen einer Vereinbarung – beispielsweise als Protokoll zum InstA abgesichert werden. Ferner würde die Übernahme der Durchsetzungsrichtlinie für die Schweiz insbesondere hinsichtlich einer besseren Verwaltungszusammenarbeit mit den EU-Mitgliedstaaten (Zustellung amtlicher Dokumente, u.a. Verwaltungsanktionen) Vorteile bringen.

C.3.2.2.Revidierte EU-Entsenderichtlinie

Am 28. Juni 2018 haben das EU-Parlament und der Rat eine Revision der EntsRL verabschiedet. Mit der Revision wurde der von der EU anerkannte politische Grundsatz der „gleichen Entlohnung für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ umgesetzt. Die neue EntsRL sieht eine Ausdehnung der auf entsandte Arbeitnehmer anwendbaren Vorschriften des Gaststaates vor. Dazu sind insbesondere folgende Massnahmen vorgesehen:

- Befristung der maximalen Dauer von Entsendungen auf 12 Monate, mit Verlängerungsmöglichkeit auf 18 Monate. Danach gilt der Gaststaat als der Staat, in welchem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, mit der Folge, dass sämtliche Aspekte des Arbeitsrechts zu beachten sind (unter Ausschluss der Bestimmungen über den Abschluss und Beendigung eines Arbeitsverhältnisses);
- Der Grundsatz der Unterstellung unter die Sozialversicherungsvorschriften im Herkunftsland während der Entsendung bleibt von der oben erwähnten Regelung in Bezug auf das Arbeitsrecht jedoch unberührt;
- Erweiterung des Begriffs „Mindestlohn“ auf „Entlohnung“, was im Ergebnis bewirkt, dass grundsätzlich alle lohnrelevanten Ansprüche Lohnbestandteil werden, wie z.B. Überstundenzuschläge und Schlechtwetterentschädigungen, aber auch das gesamte Lohngefüge mit Kategorien nach Alter, Dienstjahren, Qualifikation usw.;
- Anwendbarkeit der Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer auf Personalverleihverhältnisse;
- Anwendbarkeit von allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen in allen Sektoren, nicht nur im Baugewerbe, insbesondere bezogen auf die Entlohnung;
- Verwendung der Europäischen Plattform zur verbesserten Zusammenarbeit bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit im Hinblick auf das Aufdecken von Missbrauchsfällen bei Entsendungen;

- Für den Strassentransport wird wegen seiner hohen Mobilität eine Sonderregelung zu treffen sein, womit das Strassentransportgewerbe von der Revision der EU-EntsRL nicht betroffen ist;
- Die Pflicht des Arbeitgebers zur Kostenübernahme im Zusammenhang mit der Entsendung nach den auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Rechtsvorschriften (Reise, Verpflegung und Unterkunft).

Die Schweiz ist aktuell nicht verpflichtet, Weiterentwicklungen des EU-Entsenderechts zu übernehmen. Artikel 17 FZA sieht unter dem Titel Entwicklung des Rechts vor, dass sich die Vertragsparteien im Gemischten Ausschuss gegenseitig über Änderungen ihrer Rechtsvorschriften informieren. Der Gemischte Ausschuss führt einen Meinungsaustausch über die Auswirkungen der Änderungen auf das ordnungsgemässe Funktionieren des Abkommens. Retorsionsmassnahmen sind grundsätzlich möglich. Eine Übernahme in das FZA erfolgt jedoch nur, wenn beide Parteien einverstanden sind.

Vergleich mit den FlaM

Die FlaM haben aufgrund der schweizerischen Besonderheiten ihre eigene Ausprägung. Der Kern der Regelungen (Arbeits- und Lohnbedingungen) ist in etwa vergleichbar. Bei einem Vergleich sind insbesondere folgende Umstände zu beachten:

- Die freie Dienstleistungserbringung gemäss FZA ist auf 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr beschränkt. Die über 90-tägigen Dienstleistungen sind vom FZA nicht erfasst und gemäss den Vorgaben des Ausländerrechts bewilligungspflichtig. Voraussetzung für die Bewilligungserteilung ist die Einhaltung der schweizerischen Lohn- und Arbeitsbedingungen, soweit sie auf Entsendesachverhalte anwendbar sind. Die von der EU anvisierte Befristung der Entsendungen auf 12 resp. 18 Monate hätte daher grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Schweizer Verhältnisse. Aufgrund der in der revidierten EntsRL vorgesehenen Ausnahmen bleiben bei einer Entsendung eines Arbeitnehmers aus der Schweiz in die EU unabhängig von der Entsendungsdauer die schweizerischen Bestimmungen zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses anwendbar;
- Das schweizerische EntsG sieht bereits heute vor, dass die bestehenden allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträge in allen Branchen von den Entsendebetrieben respektiert werden müssen, nicht nur jene des Baugewerbes. Die vorgeschlagene allgemeine Ausdehnung hätte also keine Auswirkungen auf das EntsG;
- In der schweizerischen Entsendegesetzgebung ist heute schon der Begriff der „Entlohnung“ und nicht nur des „Mindestlohns“ verwirklicht, weshalb die Begriffsänderung in der EU-EntsRL keine Auswirkungen hätte.

Der grenzüberschreitende Personalverleih ist nicht erfasst vom FZA und deshalb nicht Gegenstand der Dienstleistungsfreiheit gemäss FZA. Das schweizerische Recht lässt den grenzüberschreitenden Personalverleih nicht zu. Die Besserstellung von entliehenen Arbeitskräften in der EU-EntsRL würde gegenüber der Schweiz nicht wirksam und hätte auch keine Auswirkung auf die FlaM.

Die grundlegenden Unterschiede hinsichtlich Vollzugssysteme zwischen der EU und der Schweiz bleiben auch mit der Revision der Entsenderichtlinie bestehen. Die Schweiz kennt ein ausgeprägt sozialpartnerschaftliches Vollzugssystem von allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen, auch im Entsendebereich, während die EU-EntsRL weitgehend auf einem Konzept der staatlichen Durchsetzung des Entsenderechts beruht. So gibt die Schweiz den Sozialpartnern im Vollzug weitgehende Kompetenzen (insbesondere auch Sanktionierung), die die EU in dieser Ausprägung nicht kennt.

Vergleich des EU-Entsenderechts mit den FlaM – Konsultationen im Sommer 2018

Im Sommer 2018 fand in der Schweiz eine Konsultation zu den offenen Punkten hinsichtlich flankierende Massnahmen statt. Teilgenommen haben die Arbeitgeberverbände und die kantonalen Konferenzen der Kantonsregierungen und der Volkswirtschaftsdirektoren (KdK und VDK). Die Gewerkschaften haben auf eine Teilnahme verzichtet. Gegenstand dieser Konsultationen war ebenfalls eine Analyse des EU-Entsenderechts und der heutigen FlaM. Die Konsultationsrunde gelangte zum Schluss, dass eine Übernahme des EU-Rechts mit wenigen Unwägbarkeiten verbunden ist, unter der Voraussetzung, dass die Schweizer Kernelemente abgesichert werden können. Sie war u.a. der Auffassung, dass auch eine verkürzte Voranmeldefrist im Grundsatz die gleiche Wirkung entfalten kann, wenn die entsprechenden technischen und organisatorischen Voraussetzungen geschaffen werden können.

C.3.3. Bedeutung des EU-Angebots für die FlaM

Die EU fordert in ihrem Angebot, dass das gesamte EU-Entsenderecht in das FZA übernommen wird. Eine solche Übernahme würde damit eine Anpassung des FZA und in der Folge eine Revidierung des Entsendegesetzes und weiterer innerstaatlicher gesetzlicher Grundlagen hinsichtlich Informations- und Datenaustausch, Amts- und Vollstreckungshilfe und der Verordnung bedingen. Die EU anerkennt

gleichzeitig, dass mit der alleinigen Übernahme des EU-Rechts die Schutzbedürfnisse in der Schweiz nicht vollumfänglich abgedeckt werden können. Deshalb hat sie angeboten, eine Reihe zusätzlicher Instrumente zu akzeptieren, die über die im EU-Entsenderecht vorgesehenen Instrumente hinausgehen. Konkret umfasst die EU-Offerte die vertragliche Absicherung folgender Kernmassnahmen:

1. die Möglichkeit einer branchenspezifischen Voranmeldefrist von vier Arbeitstagen auf der Basis von Risikoanalysen (heute 8 Kalendertage);¹⁴
2. die Kautionspflicht bei Akteuren, die finanziellen Verpflichtungen nicht nachgekommen sind (heute besteht eine generelle Kautionspflicht in denjenigen Branchen, die von einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag abgedeckt sind, der eine Kautionspflicht vorsieht); sowie
3. eine Dokumentationspflicht für Selbstständige.

Zu 1: Die Verkürzung einer Voranmeldefrist müsste durch Anpassungen des aktuellen Online-Meldeverfahrens und Prozessanpassungen begleitet werden. Konkret wäre zwecks Beschleunigung des Online-Meldeverfahrens zu prüfen, wie insbesondere die Übermittlung der Meldedaten an die Vollzugsorgane deutlich beschleunigt werden kann. Mit einer nationalen Datenbank über die Dienstleistungserbringer aus der EU könnte ferner der Austausch zwischen Bund, den Kantonen und Kontrollorganen der Paritätischen Kommissionen (PK) verbessert werden, womit die risikobasierte Kontrolle vereinfacht würde. Zudem könnte geprüft werden, ob dank dem Einsatz von künstlicher Intelligenz ausländische Firmen, welche sich unter leicht unterschiedlichen Namen eintragen oder in kurzen Abständen Konkurs gehen und sich neu bilden, leichter erkannt und verstärkt kontrolliert werden könnten. Für die übrigen Branchen könnte eine Meldung spätestens ab Beginn der Arbeiten verlangt werden.

Zu 2: Die Kautionen wurden eingeführt, damit die Ansprüche der paritätischen Kommissionen aus Vollzugskostenbeiträgen, der Übertragung von Kontrollkosten auf fehlbare Betriebe und Konventionalstrafen abgesichert werden können. Damit eine angepasste Kautionspflicht weiterhin die gleiche Wirkung erzielt, müsste sichergestellt werden, dass die ausländischen Betriebe ihren Verpflichtungen auch tatsächlich nachkommen. Voraussetzung dazu wäre eine Optimierung des Online-Anmeldeverfahrens, damit sich fehlbare Betriebe nicht unter neuem Namen anmelden können sowie die Möglichkeit einer Sanktionierung bei Nichtleistung einer Kautions (bspw. Einführung einer Dienstleistungssperre bei nicht entrichteter Kautions).

Zu 3: In Bezug auf die selbständigen Dienstleistungserbringer entspricht das EU-Angebot der aktuellen Schweizer Regelung, womit keine gesetzlichen Anpassungen erforderlich wären.

Mit einer völkerrechtlich verbindlichen Regelung im Protokoll I zum Rahmenabkommen wären die entsprechenden Massnahmen besser als heute resp. nachhaltig gesichert. Hier ist festzuhalten, dass die EU die Absicherung in verhältnismässiger Form derjenigen Massnahmen vorschlägt, die sie im Vorfeld am schärfsten kritisiert hat.

Die anderen flankierenden Massnahmen lassen sich über weite Strecken mit dem heute in der EU geltenden Recht vergleichen (DurchsRL und rev. EntsRL). Das heisst, sie wären zwar nicht vertraglich abgesichert und unterlägen der Rechtsentwicklung und der Überprüfung durch das Schiedsgericht. Gleichzeitig ist festzustellen, dass sie mehrheitlich im Gehalt den Massnahmen in der EU sehr ähnlich sind und deshalb im Grundgehalt nicht gefährdet sind resp. in der Form unilateral so angepasst werden können, damit sie die bisherige Schutzwirkung weiterhin erzielen können.

Abgesehen von der Voranmeldefrist, der Kautionsregelung und der generellen Dokumentationspflicht für selbständige Dienstleistungserbringer hat die EU insbesondere die Verhältnismässigkeit der Doppelsanktionierung (zivil- und verwaltungsrechtliche Sanktionen) in Frage gestellt. Gemäss Schweizer Recht ist die zivil- und verwaltungsrechtliche Sanktionierung («Doppelsanktion») zulässig und auch verhältnismässig. Falls sie dennoch vom Schiedsgericht als unverhältnismässig beurteilt würde, wären nationale Ersatzmassnahmen möglich. Der Sinn und Zweck einer Sanktionierung liegt in der Bestrafung desjenigen, der gegen die Norm versties, sowie in der Abschreckung/Prävention. Der präventive Effekt könnte auch mittels Erhöhung des Strafrahmens der Verwaltungssanktion oder mit entsprechend erhöhter Konventionalstrafe sichergestellt werden.

Weiter ist für die EU einerseits die Wirksamkeit, andererseits die Verhältnismässigkeit und die Risikobasiertheit der Kontrollen von zentraler Bedeutung. Gleichzeitig sollen die Kontrollen

¹⁴ Die Voranmeldefrist von 8 Tagen gilt für Risikobranchen gemäss Art. 6 der Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (EntsV) vom ersten Tag an, für alle übrigen Arbeiten ist sie obligatorisch, wenn sie länger als 8 Tage pro Kalenderjahr dauern.

nichtdiskriminierend sein. Sie hat in diesem Zusammenhang wiederholt auf die höhere Kontrolldichte bei Entsendefirmen aus der EU im Vergleich zu Schweizer Unternehmen hingewiesen. Die Kontrolldichte bei Entsendebetrieben ist höher als diejenige bei den Schweizer Betrieben, wobei die Kontrollen nicht miteinander verglichen werden können. Die Kontrolltiefe bei Schweizer Betrieben ist grösser (integrale Kontrolle, nicht fokussiert auf Lohnbestimmungen), ebenso der Kontrollzeitraum (i.d.R. 2 Jahre) als bei ausländischen Entsendebetrieben. Der Vollzug der flankierenden Massnahmen wurde in den letzten Jahren deutlich risikobasierter ausgestaltet. So erfolgen die Kontrollen in Umsetzung der risikobasierten Kontrollstrategie in der Regel nur noch einmal jährlich. Somit wird der Zielsetzung der EU, verhältnismässig, risikobasiert und nichtdiskriminierend zu kontrollieren, aus Sicht der Schweiz bereits entsprochen. Auch hier ist nicht auszuschliessen, dass die Praxis der Schweiz vom Schiedsgericht auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft werden könnte, sollte die EU der Meinung sein, dass die Kontrollen in der Schweiz nicht dem Prinzip der Verhältnismässigkeit genügen.