



01 / 2019

Institutionelles Abkommen Schweiz-EU – Fragestellungen und Einordnung

14.01.2019

Executive summary

Der Entwurf für ein Institutionelles Abkommen (InstA) zwischen der EU und der Schweiz umfasst die heutigen Marktzugangsabkommen. Es geht um die fünf Abkommen Personenfreizügigkeit, Land- und Luftverkehr, Agrarprodukte und Technische Normen. Auch künftige Marktzugangsabkommen werden erfasst. Somit ist ein InstA zwar bedeutend für die Wirtschaft, aber gleichermassen auf eine kleine Zahl der bilateralen Abkommen begrenzt.

Aus Sicht von economiessuisse sind mit dem Institutionellen Abkommen drei Hauptziele zu erreichen:

1. Der heute mit den bilateralen Abkommen erreichte Integrationsgrad im Europäischen Binnenmarkt ist zu sichern.
2. Die Option auf eine künftige Weiterentwicklung des bilateralen Wegs mit neuen Abkommen ist beizubehalten.
3. Die Rechtssicherheit ist zu verbessern.

Wie bei jedem Verhandlungsprozess braucht es Kompromisse. Bei einer Beurteilung des vorliegenden Entwurfs sollte deshalb neben der Zielerreichung auch die Frage nach dem Preis in der Form von Zugeständnissen der Schweiz transparent angegangen werden.

Die Konsultation in der Schweiz findet in einer aussergewöhnlichen Phase statt. Der Brexit führt nicht nur zu Unsicherheiten, sondern ist auch eine historische Zäsur in der europäischen Integrationsgeschichte. Das dossierpolitik soll zu diesen Punkten einen Beitrag leisten.

Contact and requests

Dr. Jan Atteslander

Bereichsleiter Aussenwirtschaft, Mitglied
der erweiterten Geschäftsleitung

François Baur

Head of European Affairs

Positions of economiessuisse

Bei der Konsultation kommt es für economiesuisse auf folgende Aspekte an:

- Angesichts der grossen wirtschaftlichen Bedeutung des bilateralen Wegs für die Schweiz sollte sich der innenpolitische Diskurs auf die staats- und wirtschaftspolitische Gesamtsicht ausrichten.
- Dabei sind die Fragestellungen zentral: Der Grad der Zielerreichung und die Zugeständnisse im Verhandlungsprozess ebenso wie die Weiterentwicklung des europäischen Binnenmarktes sind einzubeziehen.
- Es braucht eine inhaltliche Diskussion, welche auf dem vorliegenden Entwurf basiert. Die Phase der «Phantomdiskussion» ist vorbei.

InstA-Entwurf – Inhalt und zentrale Fragestellungen

Struktur des InstA

Der Vertragsentwurf gliedert sich in verschiedene Teile:

- Der eigentliche **Abkommenstext** (Artikel 1 bis 22).
- Der **Annex X** mit sektorspezifischen Bestimmungen zum Beihilferecht im Zusammenhang mit dem Luftverkehrsabkommen.
- Ein **Protokoll I** mit Bestimmungen, um den spezifischen Bedingungen des Schweizer Arbeitsmarktes Rechnung zu tragen (Flankierende Massnahmen FlaM).
- Ein **Protokoll II** mit Ausnahmebestimmungen, um den unter den Vertragsparteien gewährten Besonderheiten in den Bereichen Personenfreizügigkeit (inkl. Sozialversicherungen), Landtransport und Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen Rechnung zu tragen.
- Ein **Protokoll III** über Aufbau, Kompetenz und Arbeit des Schiedsgerichts.
- Drei **Erklärungen** zur Modernisierung des Freihandelsabkommens von 1972, zum Erweiterungsbeitrag und zu den Bestimmungen für staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem Luftverkehrsabkommen. Sowohl der Annex X als auch die Protokolle sind integraler Bestandteil des Abkommens. Die Erklärungen sind dagegen vor allem politisch relevant.

Einigkeit zwischen der Schweiz und der EU besteht offenbar beim eigentlichen Abkommenstext, bei den Protokollen II und III sowie beim Inhalt der politischen Erklärungen. Keine Einigung konnte gemäss Aussage des Bundesrats zu den Bestimmungen der Spezifika des Schweizer Arbeitsmarktes (FlaM/Lohnschutz) erzielt werden. Andernfalls wäre dieser Teil wohl ebenfalls im Protokoll II integriert worden.

Geltungsbereich und Kündigung

Das InstA soll lediglich auf die fünf bestehenden Marktzugangsabkommen der Bilateralen I anwendbar sein: Personenfreizügigkeit, Landverkehr, Luftverkehr, technische Handelshemmnisse (MRA), Landwirtschaft. Auch künftig abgeschlossene Marktzugangsabkommen würden unter das InstA fallen (vgl. Artikel 2). Dazu zählt beispielsweise ein Stromabkommen oder allenfalls auch ein modernisiertes Freihandelsabkommen 1972 (vgl. politische Erklärung). Dem Gemischten Ausschuss für das Freihandelsabkommen soll die Kompetenz gegeben werden, bei einem Streitfall im beidseitigen Einvernehmen das durch das Institutionelle Abkommen eingerichtete Schiedsgericht anzurufen.

Wird das InstA durch eine der beiden Parteien gekündigt, tritt dieses nach sechs Monaten ausser Kraft – zusammen mit allen seit dem Abschluss des InstA vereinbarten Marktzugangsabkommen. Für die bereits bestehenden Marktzugangsabkommen der Bilateralen I ist in diesem Fall ein dreimonatiger Konsultationsprozess vorgesehen, um eine Lösung für deren Fortbestand zu finden. Gelingt dies nicht, würden auch diese nach einer Frist von sechs Monaten ausser Kraft gesetzt.

Fragestellungen

Die Reduktion der Anwendbarkeit von ursprünglich sämtlichen rund 140 bilateralen Abkommen der Schweiz mit der EU auf nunmehr fünf Marktzugangsabkommen ist von erheblicher Bedeutung. Dies schafft auch innenpolitisch Klarheit, senkt das Konfliktpotenzial und sorgt für Rechtssicherheit. Beim Risiko der Aufhebung der unter das InstA fallenden Marktzugangsabkommen im Falle einer Kündigung des InstA stellt sich die Frage, ob dies im Vergleich mit der heutigen Situation eine Verschlechterung darstellt. So weisen bereits die Bilateralen I eine Guillotine-Klausel auf. Neu gibt es eine Relativierung: Die Verhältnismässigkeit von Gegenmassnahmen im Fall einer Verletzung eines der fünf bestehenden Marktzugangsabkommen kann durch den Streitschlichtungsmechanismus überprüft werden.

Dynamische Rechtsübernahme, Auslegung und Überwachung

Die EU und die Schweiz haben sich auf eine dynamische Rechtsübernahme von neuen EU-Bestimmungen in den relevanten Marktzugangsabkommen geeinigt. Hierfür hat die Schweiz jeweils zwei Jahre Zeit. Im Unterschied zu einer automatischen Rechtsübernahme werden die direktdemokratischen Entscheidungsprozesse der Schweiz in diesem Zusammenhang gewahrt. Sollte es zu einem Gesetzesreferendum kommen, ist ein zusätzliches Jahr Umsetzungszeit zugesichert. Zudem sichert die Schweiz gemäss Vorschlag der EU im Protokoll I zu, das relevante EU-Recht im Entsandebereich innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten des InstA zu übernehmen. Gleichzeitig wird die Schweiz bei der Entwicklung des relevanten EU-Rechts wie die EU-Mitgliedstaaten systematisch konsultiert und kann ihre Anliegen im Rahmen des «decision shaping» aktiv einbringen. Bereits heute ist die Schweiz beispielsweise bei der Rechtsentwicklung im Zusammenhang mit dem Abkommen über technische Handelshemmnisse involviert.

Ausnahmen von der Rechtsübernahme sind im Protokoll I und II festgehalten. Sie sichern den Erhalt bisheriger Sonderregelungen der Schweiz mit der EU. Insbesondere zeigt sich die EU erstmals bereit, Massnahmen der Schweiz zum Lohnschutz vertraglich festzuhalten und damit abzusichern: Voranmeldefrist (neu risikobasiert und vier Arbeitstage anstatt acht Kalendertage), Kautionspflicht sowie Dokumentationspflicht für Selbstständige.

Beide Parteien legen die bilateralen Abkommen zudem eigenständig («dans le respect des principes du droit international public»), aber möglichst einheitlich aus (vgl. Artikel 4). Wo es sich um EU-Recht handelt, ist für die Auslegung die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vor und nach Inkrafttreten des InstA zu berücksichtigen. Bei der Überwachung gilt grundsätzlich das Zweipfeiler-Modell, wie es auch der EWR kennt: Die Schweiz und die EU sind für die korrekte Anwendung auf ihrem Territorium verantwortlich.

Fragestellungen

Die Verpflichtung zur Übernahme der Rechtsentwicklung im Bereich der Marktzugangsabkommen mag zwar als Einschränkung des Handlungsspielraums der Schweiz aufgefasst werden. Es ist jedoch näher zu prüfen, ob dies auch faktisch relevant ist. Die Rechtsübernahme wird wohl primär – zusammen mit der Arbeit des Schiedsgerichts – zu einer entpolitisierten Rechtsharmonisierung führen. Heute kann die EU-Kommission beispielsweise die Anpassung des Abkommens über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen verzögern oder blockieren. Dank der dynamischen Rechtsübernahme wäre dies grundsätzlich nicht mehr möglich bzw. die Schweiz könnte einen solchen Fall vor das Schiedsgericht ziehen. Sie stärkt somit die Rechtssicherheit für Unternehmen.

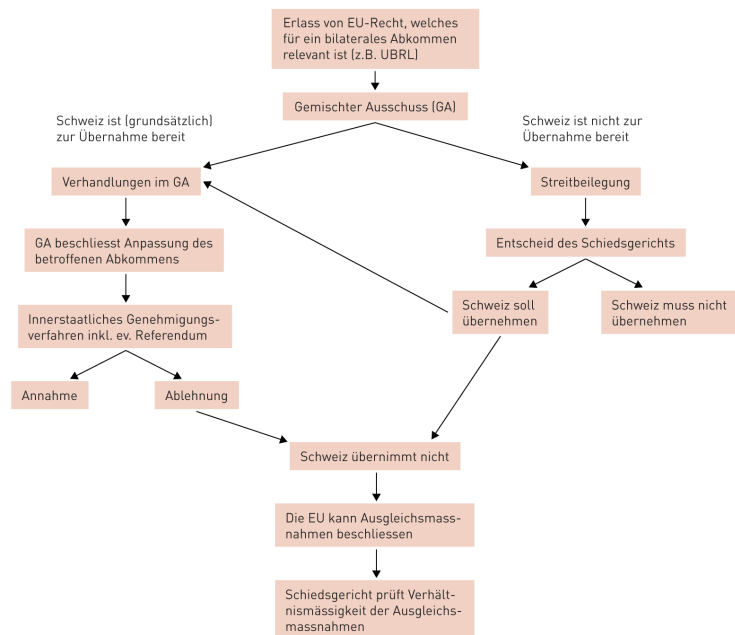
Zu fragen ist, ob im Rahmen einer dynamischen Rechtsübernahme die direktdemokratischen Entscheidungsprozesse in der Schweiz gewahrt werden können. Der zeitliche Rahmen dafür ist gegeben: Das InstA sieht für die Übernahme in Schweizer Recht eine Frist von zwei Jahren vor, mit der Möglichkeit, diese im Falle eines Referendums um ein weiteres Jahr zu verlängern. Die Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme ist bereits heute im Luftverkehrsabkommen verankert und hat seit seinem Inkrafttreten 2002 zu keinerlei Problemen bezüglich des innerschweizerischen Gesetzgebungsverfahrens geführt.

Ausserdem ist bei der Bewertung des InstA zu berücksichtigen, dass die Schweiz in Zukunft bei der Erarbeitung der relevanten Rechtsentwicklungen in der EU systematisch konsultiert wird und so ihre Anliegen frühzeitig einbringen kann (decision shaping) und Schweizer Experten bei der Umsetzung der EU-Vorschriften in EU-Gremien mitarbeiten können (Komitologie). Zu begrüssen ist, dass die EU die überwiegende Mehrheit der in den Bilateralen I bestehenden Ausnahmen von der dynamischen Rechtsübernahme nicht infrage stellt. Dass die Schweiz keine vollumfängliche Ausnahme der bestehenden flankierenden Massnahmen von der dynamischen Rechtsentwicklung aushandeln konnte, entspricht hingegen nicht den im Verhandlungsmandat festgelegten roten Linien des Bundesrats. Gleichzeitig darf die Bedeutung der Entsendung für das Lohnniveau in der Schweiz nicht überschätzt werden. Nur bei einer angemessenen Einordnung dieses Themenkreises kann der bilaterale Weg fortgesetzt werden.

Da die EU seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon nicht mehr zwischen Binnenmarkt, Justiz und Inneres und Aussenpolitik unterscheidet, können Richtlinien und Verordnungen auch Regeln enthalten, die für den Binnenmarkt und die betroffenen Marktzugangsabkommen nicht relevant sind. Es wird wichtig sein, dass die Schweiz deren Anwendung bei der Übernahme ausschliesst. Die Relevanz einzelner Regelungen in einem EU-Erlass für den Binnenmarkt (und damit die Pflicht zur Übernahme durch die Schweiz, soweit der Geltungsbereich der fünf Abkommen betroffen ist) kann auch durch das Schiedsgericht beurteilt werden. Hier ist zudem zu prüfen, ob die Beschränkung auf die Bilateralen I und künftige Marktzugangsabkommen der potenziellen Ausuferung des Geltungsbereichs nicht bereits eine rechtliche Hürde setzt.

Grafik 1

Dynamische Rechtsentwicklung Schweiz-EU mit InstA



Quelle: EDA 2018
www.economiesuisse.ch

Streitschlichtung

Im Fall von Streitigkeiten (z.B. Rechtsübernahme) sucht der Gemischte Ausschuss innerhalb von drei Monaten nach einer einvernehmlichen Lösung. Gelingt dies nicht, kann jede Partei die Einsetzung eines paritätisch zusammengesetzten Schiedsgerichts verlangen (vgl. Artikel 10 und Protokoll III). Entscheidet das Schiedsgericht, dass es sich beim betroffenen Rechtsbereich um EU-Recht handelt, ist der EuGH ähnlich wie in einem Vorlageverfahren zu konsultieren und dessen Auslegung zu berücksichtigen. Das Schiedsgericht fällt hierauf einen abschliessenden und verbindlichen Entscheid. Wird dieser von der unterlegenen Partei nicht umgesetzt, kann die andere Partei Ausgleichsmaßnahmen ergreifen. Diese können wiederum angefochten und ihre Verhältnismässigkeit durch das Schiedsgericht beurteilt werden.

Der im InstA vorgesehene Schiedsgerichtsregelung muss das EuGH bezüglich seiner dort vorgesehenen Rolle noch zustimmen.

Fragestellungen

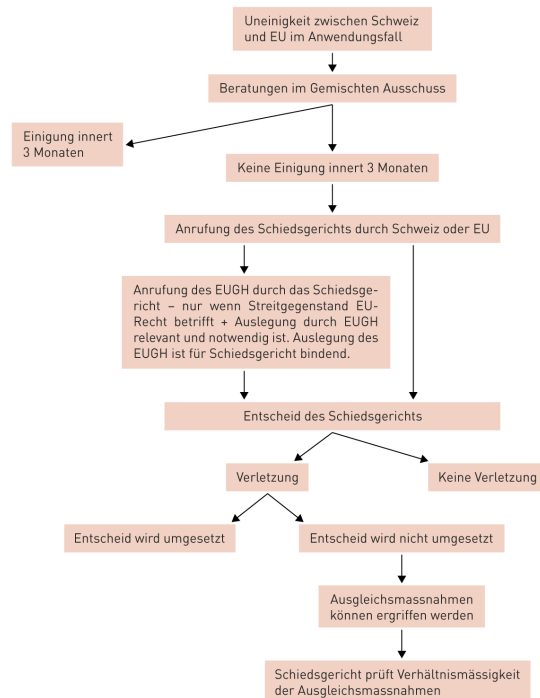
Die zentrale Frage bezüglich des Schlichtungsverfahrens ist, ob sich die Position der Schweiz damit verbessert. Die Schweiz erhält bei der Streitschlichtung mit dem vereinbarten Mechanismus ein Instrument, um ihre Interessen in Bezug auf die betroffenen Marktzugangsabkommen wirksam durchzusetzen. Dies stärkt die Rechtssicherheit. Bisher war dies ohne einvernehmliche Lösung im jeweiligen Gemischten Ausschuss nicht möglich. Die Überprüfung der Verhältnismässigkeit von

Gegenmassnahmen bei Nichtumsetzung eines Entscheids des Schiedsgerichts ist ebenfalls bedeutsam. Ausgleichsmassnahmen können im Maximum bis zur Suspendierung von Abkommen gehen. Eine Kündigung ist ausgeschlossen. Eine Suspendierung ganzer Abkommen durch die EU dürfte kaum verhältnismässig sein, sollte die Schweiz einzelne Rechtsentwicklungen nicht übernehmen wollen. Es liegt in der Natur der Sache, dass mancherorts durch das Schiedsverfahren ein Eingriff in die nationale Hoheit befürchtet wird. Dieser Punkt ist genau zu diskutieren. Das paritätische Schiedsgericht entspricht nach einer ersten Einschätzung jedoch den gängigen völkerrechtlichen Prinzipien. Die Schweiz hat in vielen ihrer Abkommen solche Schiedsverfahren abgeschlossen.

Eine umstrittene Frage betrifft die vermutete Parteilichkeit des EuGH. Eine Analyse ^[1] sämtlicher bisheriger EuGH-Entscheide, welche eine Auslegung der bilateralen Abkommen Schweiz-EU erforderten, zeigt nun, dass der Gerichtshof hierbei sachlich und unparteiisch vorgeht und «nicht systematisch zum Nachteil der Schweiz bzw. beschwerdeführender Personen und Unternehmen urteilt, welche sich auf die vertraglich abgesicherten (Marktzugangs-)Rechte berufen». Es ist klar, dass nur ein politisch unabhängiges Schiedsverfahren von beiden Seiten akzeptiert wird. Die Anzahl künftiger Streitschlichtungsverfahren ist schwer einzuschätzen. Ein Blick auf die «Konflikte» in den letzten Jahren zeigt, dass hier eher mit einer kleinen Zahl zu rechnen ist.

Grafik 2

Streitschlichtungsmechanismus Schweiz-EU mit InstA



Quelle: EDA 2018
www.economiesuisse.ch

Staatliche Beihilfen

Um für Schweizer und EU-Akteure im Binnenmarkt gleiche Bedingungen zu schaffen und Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche Eingriffe zu vermeiden («level playing field»), enthält das InstA Grundsätze zum Umgang mit sogenannten staatlichen Beihilfen (vgl. Art. 8A, 8B, 8C). Diese sind auf alle künftigen Marktzugangsabkommen (z.B. Stromabkommen) sowie auf das bestehende Luftverkehrsabkommen anwendbar. Rechtlich verbindlich und damit gerichtlich durchsetzbar (justiziabel) sind die Grundsätze nur in Kombination mit sektoriellen Bestimmungen im Luftfahrtabkommen und in den jeweiligen künftigen Marktzugangsabkommen. Ausnahmen vom Verbot der staatlichen Beihilfen sind im InstA explizit vorgesehen und teilweise konkret aufgeführt (vgl. Art. 8A Abs. 2 Bst. b). Dazu zählt etwa die Förderung wirtschaftlich benachteiligter Regionen oder die Realisierung von wichtigen Projekten im Landesinteresse.

Die Einhaltung dieser Grundsätze durch die Vertragsparteien soll jeweils durch eigenständige und voneinander unabhängige Schweizer respektive eine EU-Überwachungsinstanz mit gleichwertigem Vorgehen sichergestellt werden (Zwei-Pfeiler-Modell, Äquivalenzprinzip). Diese kann beispielsweise über die Rückerstattung unrechtmässiger staatlicher finanzieller Beihilfen an Unternehmen entscheiden oder eine Genehmigung für geplante Beihilfen erteilen. Vorgesehen ist zudem der regelmässige und transparente Austausch zwischen den beiden Überwachungsbehörden.

Mit Blick auf das bereits bestehende Luftfahrtabkommen finden sich im Annex X konkrete sektorspezifische Bestimmungen zum EU-Beihilferecht, welche in Zukunft auch für die Schweiz anwendbar sein werden.

Fragestellungen

Annex X spiegelt die Rechtsentwicklung des EU-Beihilferechts seit dem Abschluss des Luftfahrtabkommens 1999 wieder, welches damit auf den Stand der aktuellen EU-Gesetzgebung gebracht wird. Trotz der ausführlichen Liste an Bestimmungen gilt es, die theoretisch mögliche von der praktisch zu erwartenden Betroffenheit zu unterscheiden. So könnten beispielsweise die Kantonalbanken durch die erwähnte «Bankenmitteilung» in Bezug auf das Luftverkehrsabkommen zwar theoretisch betroffen sein, allerdings wohl nur sehr begrenzt – etwa, wenn eine Kantonalbank mit Staatsgarantie Flugunternehmen (nicht Infrastrukturen) finanziert, deren Dienstleistungen unter das Luftverkehrsabkommen fallen.

Vier Schlussfolgerungen lassen sich trotzdem bereits ziehen: Erstens sehen auch die Grundsätze durchaus Ausnahmen vom Verbot staatlicher Beihilfen vor. Zweitens sind die Beihilferegeln neben dem Luftfahrtabkommen nur auf diejenigen künftigen Marktzugangsabkommen anwendbar, in die sie übernommen werden. Drittens konnte die Unabhängigkeit der Überwachung staatlicher Beihilfen im InstA gewahrt werden – die EU wird auch künftig keine hoheitliche Aufsichtskompetenz gegenüber der Schweiz erhalten. Und viertens ist aus Sicht der Wirtschaft eine erhöhte Transparenz der Subventionen und Beihilfen in der Schweiz durchaus wünschenswert – und zwar aus innenpolitischen Gründen.

Dennoch drängt sich eine eingehendere Analyse der im InstA festgehaltenen Grundsätze auf, um ihre Auswirkung auf das Schweizer Subventionsrecht und das

föderale System der Schweiz abschätzen zu können. Dies gilt insbesondere auch bezüglich einer künftigen Unterstellung des Freihandelsabkommens unter das InstA ^[2]. Von den Kantonen 2017 in Auftrag gegebene Analysen ^[3] zum Beihilferecht stützen sich nicht auf den nun verfügbaren Vertragstext und bedürfen wohl einer erneuten, rechtlichen Überprüfung.

Politische Erklärungen

In Form von rechtlich unverbindlichen Erklärungen bekräftigen beide Parteien, das Freihandelsabkommen aus dem Jahr 1972 modernisieren zu wollen. Dazu zählen etwa die Bereiche Marktzugang für Güter und Dienstleistungen, Modalitäten im Rahmen von Schutzmassnahmen, die Vereinfachung von Zollprozessen und Ursprungsregeln, der Schutz des geistigen Eigentums oder Verbesserungen bei der gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbeurteilungen. In gegenseitigem Einvernehmen soll zudem der Zugang zum Streitschlichtungsmechanismus bereits ab Abschluss des InstA möglich sein.

Unterstrichen wird zudem die Bedeutung des Erweiterungsbeitrags der Schweiz an die EU. Ausserdem wird die Integration des Anhangs zu staatlichen Beihilfen (Annex X) in das Luftverkehrsabkommen angekündigt.

Fragestellungen

Die Bereitschaft zur Modernisierung des bestehenden Freihandelsabkommens ist ein wichtiges Signal für die Wirtschaft. Hier braucht es jedoch auf beiden Seiten weitergehende Abklärungen über die Stossrichtung der Modernisierung.

Weitere zentrale Themen

Unionsbürgerrichtlinie

Die Unionsbürgerrichtlinie (EUBR) wird im InstA nicht erwähnt. Daraus könnte man im Umkehrschluss vermuten, dass die EU zu einem späteren Zeitpunkt die Übernahme der EUBR durch die Schweiz verlangen wird, um das FZA der Rechtsentwicklung der EU anzupassen. Das ist aber keineswegs sicher. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des FZA existierte das Konzept der Unionsbürgerschaft bereits, wurde aber ausdrücklich nicht übernommen. Zwar enthält Anhang 1 des FZA gewisse Vorgängerrichtlinien, die durch die EUBR ersetzt worden sind. Deshalb ist davon auszugehen, dass nur Teile der EUBR von der Pflicht der dynamischen Rechtsübernahme erfasst sind, andere nicht ^[4]. Die Bereiche, die von der Schweiz übernommen werden sollen, müssen einen konkreten Bezug zum Binnenmarkt haben, ansonsten besteht im InstA keine Grundlage für eine Übernahmepflicht. Welche dies konkret sind, ist einerseits Verhandlungssache und könnte im Streitfall durch das Schiedsgericht geklärt werden ^[5]. So kann davon ausgegangen werden, dass beispielsweise Stimm- und Wahlrechte, welche die EUBR Unionsbürgern auf kommunaler Ebene im Mitgliedstaat gewährt, in welchem sie ihren Hauptwohnsitz haben, von der Übernahmepflicht nicht erfasst wären. In materieller Hinsicht werden die Unterschiede zwischen der EUBR und dem FZA zudem überschätzt. Beim Recht der EU-Bürger auf Aufenthalt und beim Anspruch auf Sozialleistungen bis zu fünf Jahren ist die Rechtslage in der EU und der Schweiz bereits heute vergleichbar: Das Aufenthaltsrecht und der Anspruch auf Sozialleistungen sind an einen bestehenden

Arbeitsvertrag geknüpft. Der EuGH räumt den Mitgliedstaaten zudem beim Anspruch auf Sozialleistungen von nicht erwerbstätigen Unionsbürgern aus einem anderen EU-Land einen weiten Gestaltungsspielraum ein. Damit können diese eine Einwanderung in ihre Sozialsysteme verhindern.

Sozialhilfe und Unionsbürgerrichtlinie: EuGH-Rechtsprechung Keine Einwanderung in die Sozialsysteme

Nicht erwerbstätige Unionsbürger, die sich allein mit dem Ziel, in den Genuss von Sozialhilfe zu kommen, in einen anderen Mitgliedstaat begeben, können von bestimmten Sozialleistungen ausgeschlossen werden^[6], urteilte der EuGH mit Entscheid vom 11. November 2014.

Im konkreten Fall schützte der EuGH einen Entscheid des Jobcenters Leipzig, welches einer rumänischen Staatsangehörigen und ihrem Sohn Leistungen auf Grundsicherung^[7] verweigert hatte. Mit Verweis auf die Unionsbürgerrichtlinie^[8] beschied der EuGH, ein Aufenthaltsrecht für nicht erwerbstätige Personen könne nur entstehen, wenn diese während der ersten fünf Jahre über genügend Eigenmittel verfügen. Damit soll verhindert werden, dass nicht erwerbstätige Unionsbürger das System der sozialen Sicherheit des Aufnahmemitgliedstaats zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts in Anspruch nehmen.

Mit dem Urteil vom 15. September 2015 entschied der EuGH ferner, dass auch im Falle von arbeitssuchenden Unionsbürgern unter gewissen Umständen jegliche Sozialhilfeleistung selbst dann verweigert werden kann, wenn diese Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates zustehen^[9].

Bereits heute haben Angehörige von 15 EU- und EFTA-Staaten^[10] aufgrund des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG) und von bilateralen Vereinbarungen einen Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung nach fünf Jahren Aufenthalt in der Schweiz. Mit der Übernahme der EUBR würde dieser Anspruch auf alle übrigen EU-Mitgliedstaaten ausgedehnt. Die Auswirkungen dieser Ausweitung dürften sich allerdings in Grenzen halten, da Angehörige der Nachbarstaaten mit den grössten Einwanderungskontingenten (Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich) bereits heute durch bilaterale Vereinbarungen mit der Schweiz ein Anrecht auf Daueraufenthalt nach fünf Jahren haben.

Ob die Übernahme der EUBR allenfalls zu einer Erschwerung der Ausweisung krimineller Unionsbürger aus der Schweiz führen könnte, kann derzeit nicht abschliessend beurteilt werden. Mit der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative hat die Schweiz ihre Ausschaffungspraxis verschärft und EU-Bürger können ihren Aufenthaltsstatus bzw. die Niederlassungsbewilligung in der Schweiz bereits verlieren, wenn sie zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt wurden^[11]. Gemäss EUBR darf eine Ausweisung von Unionsbürgern oder ihrer Familienangehörigen mit Daueraufenthaltsrecht jedoch nur bei einer schwerwiegenden Störung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit erfolgen^[12]. Erste Entscheide^[13] des Bundesgerichts zum Landesverweis von EU-Bürgern und

der Anwendung der Härtefallregelung lassen aber vermuten, dass die Schweizer Praxis wohl im Rahmen des den EU-Mitgliedstaaten zugestandenen Ermessensspielraums liegen würde.

Entsenderecht vs. Flankierende Massnahmen

Protokoll I verlangt die Umsetzung der Entsenderichtlinie 2018/957 und der Durchsetzungsrichtlinie 2014/67 durch die Schweiz innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten des InstA. Wie genau die Umsetzung zu erfolgen hat, muss auf dem Verhandlungsweg noch geklärt werden. So erlaubt die Entsenderichtlinie beispielsweise in der EU eine Entsendung von zwölf Monaten, während die Erbringung von Dienstleistungen in der Schweiz und somit die Entsendung auf 90 Tage im Jahr begrenzt ist. Die Entsenderichtlinie müsste folglich bei ihrer Übernahme in diesem Sinne entsprechend angepasst respektive eingeschränkt werden.

In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass die EU erstmals Ausnahmen vom Acquis akzeptiert. Dies als Gegenleistung zur vorgesehenen dynamischen Rechtsübernahme bei der Personenfreizügigkeit. Das InstA sieht folgende Regeln vor:

- eine Anmeldefrist von vier Arbeitstagen aufgrund einer objektiven und branchenspezifischen Risikoanalyse,
- die Kautionspflicht für Unternehmen, die in der Vergangenheit den finanziellen Verpflichtungen nicht nachgekommen sind und
- Massnahmen zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit.

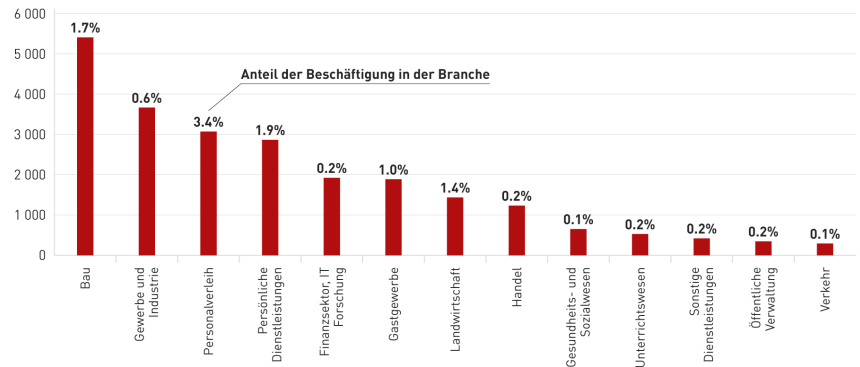
In ihrem Angebot schlägt die EU die Absicherung derjenigen Schweizer Massnahmen vor, welche das heutige EU-Recht nicht kennt. Die übrigen bestehenden FlaM lassen sich weitgehend mit heute geltendem EU-Recht vergleichen (insb. der revidierten Entsenderichtlinie). Sie wären zwar nicht vertraglich abgesichert und unterlägen der Rechtsentwicklung bzw. dem Streitschlichtungsmechanismus. Inhaltlich sind sie den Massnahmen in der EU aber gleichwertig und darum im Grundgehalt nicht gefährdet. Zudem kann die Schweiz auch künftig FlaM zur Sicherstellung des Grundsatzes «gleicher Lohn für gleiche Arbeit» ergreifen, sofern diese mit der Entsende- und der Durchsetzungsrichtlinie vereinbar, d.h. nicht diskriminierend sowie verhältnismässig sind ^[14].

Die Gewerkschaften bekämpfen die Anpassung der FlaM mit der Begründung, dass ohne diese das Lohnniveau in der Schweiz auf breiter Front einbrechen würde. Alle empirischen Studien ^[15] haben bisher aber nur geringe Auswirkungen der Personenfreizügigkeit auf das Lohnniveau gemessen. Gemäss Berechnungen von **Avenir Suisse** leisten Kurzaufenthalter hierzulande ein Arbeitsvolumen, welches gerade mal 0,7 Prozent der Gesamtbeschäftigung entspricht. Entsprechend negative Auswirkungen auf das Lohnniveau in der Schweiz dürften deshalb deutlich geringer sein, als von gewerkschaftlichen Kreisen behauptet. Zudem kann festgestellt werden, dass seit Inkrafttreten des FZA in der Schweiz auch die tiefsten Löhne gestiegen sind.

Grafik 3

Schweizer Lohnniveau durch EU-Kurzaufenthalter kaum gefährdet

► Kurzaufenthalter nach Sektor (in Vollzeitstellen umgerechnet)



Quelle: Seco/Avenir Suisse 2017
www.economiesuisse.ch

Sozialversicherungen

Derzeit wird die Verordnung zur Koordination der Sozialversicherungen 883/2004 auf EU-Ebene revidiert. Diese Verordnung ist Bestandteil des FZA (Anhang 2) und regelt die Koordination der Sozialansprüche von Arbeitnehmern, die während ihres Berufslebens in verschiedenen, der Personenfreizügigkeit unterliegenden Ländern Europas arbeiten. Ein zentraler Punkt der Revision betrifft den Wechsel der Zuständigkeit für Arbeitslosenleistungen an Grenzgänger. Davon ist die Schweiz besonders betroffen, arbeiten doch 320'000 Grenzgänger in der Schweiz. Die Schweiz hatte deshalb die Koordination der Sozialversicherungen von der Pflicht der dynamischen Rechtsübernahme ausnehmen wollen, was die EU ablehnte. Da die Revision noch nicht abgeschlossen ist, wird die Koordination der Sozialversicherungen im InstA jedoch nicht erwähnt. Verhandlungen über die Übernahme der revidierten Verordnung in das FZA würden wohl 2020 beginnen [16]. In Zukunft muss die Schweiz aufgrund des Systemwechsels mit zusätzlichen Kosten im «höheren dreistelligen Millionenbereich» [17] rechnen. Sollten diese Annahmen zutreffen, muss mittelfristig mit einer Erhöhung der Arbeitslosenbeiträge gerechnet werden, um die ALV finanziell im Gleichgewicht zu halten.

Es ist festzuhalten, dass der Wechsel der Zuständigkeit für Arbeitslosenleistungen an Grenzgänger auch unabhängig von den Verhandlungen über ein InstA zu einem wichtigen Verhandlungspunkt in den Beziehungen Schweiz-EU werden wird.

Fragestellungen im Bereich der weiteren zentralen Themen

Sowohl bei der EUBR, den FlaM wie auch den Sozialversicherungen bestehen wichtige Fragestellungen. So sind die Effekte einer absehbaren Weiterentwicklung der Abkommen in diesen drei Bereichen abzuschätzen. Diese hängen sowohl von Verhandlungen als auch von der Rechtswirkung des InstA ab. So ist bei der EUBR zurzeit offen, welche Teile am Schluss tatsächlich von der Schweiz übernommen werden.

Es besteht Einigkeit darüber, dass das Arbeitnehmerschutzniveau zu halten ist. Die von den FlaM verfolgten Ziele, nämlich der Schutz vor Lohndumping und der Erhalt des Schweizer Lohnniveaus sind unbestritten. Allerdings muss deren gesellschaftliche und volkswirtschaftliche Bedeutung korrekt eingeordnet werden. Bei einer gesamtwirtschaftlichen Arbeitsleistung der entsandten Arbeitnehmer von durchschnittlich 0.7 Prozent muss die Auswirkung allfälliger Anpassungen der Schutzmassnahmen in Relation zur volkswirtschaftlichen Bedeutung des bilateralen Wegs gesetzt werden. Auf dieser Basis ist dann nach Lösungen zu suchen. Von weit grösserer Bedeutung ist die Frage, wie weit die ebenfalls zu übernehmende Durchsetzungsrichtlinie^[18] in die Tarifautonomie der Sozialpartner eingreift^[19]. Hier ist eine Klärung vor Unterzeichnung des InstA notwendig und allenfalls auch eine offizielle Klarstellung der Vertragsparteien, dass das System der paritätischen Kontrolle (Überwachungs- und Sanktionierungskompetenz) durch die Schweizer Sozialpartner durch die Entsenderichtlinie und die Durchsetzungsrichtlinie nicht eingeschränkt wird. Dies würde die innenpolitische Akzeptanz des InstA erheblich verbessern.

Bei den Sozialversicherungen ergeben sich analoge Fragestellungen. Die Abschätzung allfälliger Lohnkosten muss in Relation zur Gesamtsicht erfolgen. Die mögliche Regelentwicklung ist ebenfalls zu überdenken. So haben sich in der EU die Massnahmen gegen das Lohndumping den Schweizer Regeln angenähert – bei den Sozialversicherungen sind analoge Entwicklungen nicht auszuschliessen.

Zwischenfazit zum InstA

Gesamthaft kann gesagt werden, dass das Verhandlungsergebnis in vielen Bereichen dem Verhandlungsmandat entspricht. Im Bereich des FZA ist dies nicht der Fall. Allerdings werden die Auswirkungen einer Unionsbürgerrichtlinie auf das bestehende Schweizer Recht wohl überschätzt. Bei näherer Betrachtung sind die Unterschiede des europäischen Entsenderechts zur Schweizer Gesetzgebung seit der Revision der Entsenderichtlinie viel geringer, als bislang angenommen. Mit einem Einbruch des Schweizer Lohnniveaus ist bei der geringen Bedeutung der Entsendearbeit in der Schweiz und gestützt auf eine Vielzahl von Studien ebenfalls nicht zu rechnen.

Bei der dynamischen Übernahme von EU-Recht wird darauf geachtet werden müssen, dass nur diejenigen Bestimmungen einer EU-Gesetzgebung übernommen werden müssen, bei denen es sich tatsächlich um eine Weiterentwicklung des unter ein Marktzugangsabkommen fallenden unionsrechtlichen Besitzstandes handelt und nicht um neues Recht, das mit dem Kerngehalt des Abkommens nichts zu tun hat. Auch muss die Schweiz darauf achten, nur Vorschriften zu übernehmen, die für die Teilnahme am europäischen Binnenmarkt auch relevant sind und Vorschriften ausserhalb des Binnenmarktrechts von der Übernahme ausschliesst (z.B. Vorschriften, welche die Beziehungen der Schweiz zu einem Drittstaat betreffen).

Die innenpolitische Debatte würde an Sachlichkeit gewinnen, wenn insbesondere folgende Fragestellungen noch vor einer Entscheidung des Bundesrats geklärt würden:

- Eine Klarstellung (allenfalls in Form einer einseitigen Erklärung der Schweiz), dass nur EU-Acquis mit konkretem Bezug zum Binnenmarkt und ihm Rahmen der unterstellten Marktzugangsabkommen von der Pflicht zur dynamischen Übernahme durch die Schweiz umfasst ist, insbesondere auch in Bezug auf eine künftige Übernahme der EUBR durch die Schweiz;
- eine eingehendere Analyse der im InstA festgehaltenen Grundsätze über staatliche Beihilfen, um ihre Auswirkung auf das Schweizer Subventionsrecht und das föderale System der Schweiz abschätzen zu können, insbesondere auch bezüglich einer künftigen Unterstellung des Freihandelsabkommens unter das InstA;
- eine Klärung vor Unterzeichnung (allenfalls im Rahmen einer offiziellen Klarstellung der Vertragsparteien zwecks rechtsverbindlicher Absicherung), dass das System der paritätischen Kontrolle (Überwachungs- und Sanktionierungskompetenz) durch die Schweizer Sozialpartner durch die Entsenderichtlinie und die Durchsetzungsrichtlinie nicht eingeschränkt wird.

Es sei betont, dass die hier erwähnten Punkte nicht abschliessend sind.

Positionierung und Entscheidungsprozess bei economiesuisse

economiesuisse unterstützt die Verhandlungen für ein Institutionelles Rahmenabkommen. Damit sollen drei Hauptziele erreicht werden.

1. Der heute mit den bilateralen Abkommen erreichte Integrationsgrad im Europäischen Binnenmarkt ist zu sichern.

Begründung: Nur bei einer zeitgerechten Anpassung der fünf Abkommen kann der Integrationsgrad beibehalten werden. Die EU hat verschiedentlich signalisiert, dass sie dies nicht mehr über einzelne Verhandlungen, sondern durch ein Institutionelles Abkommen machen will. Ohne Nachführung der fünf Abkommen verliert deren Inhalt an Geltung und der Integrationsgrad erodiert zunehmend.

2. Die Option auf eine spätere Weiterentwicklung des bilateralen Wegs mit neuen Abkommen ist beizubehalten.

Begründung: Dynamische Entwicklungen als Folge des technologischen Wandels, der Globalisierung, der Digitalisierung oder von sozialen Veränderungen werden zur Notwendigkeit neuer Abkommen zwischen der Schweiz und der EU führen. So sind bei der Stromversorgung, der Forschung, den Bankdienstleistungen, aber auch betreffend Datenhandel und Blockchain grenzüberschreitende Regelungen und Zusammenarbeit von Vorteil. Ohne ein Institutionelles Abkommen wird die Schweiz aber kaum noch Marktzugangsabkommen abschliessen können.

3. Die Rechtssicherheit ist zu verbessern.

Begründung: Bei einem Konflikt mit der EU oder einem EU-Mitglied innerhalb des Geltungsbereichs eines der fünf Abkommen kann die Schweiz ihre Interessen bisher nur auf dem Verhandlungsweg durchsetzen und ist damit auf den Goodwill der Partner angewiesen. Bei einem verbindlichen Streitschlichtungsverfahren als Teil des InstA erhielte die Schweiz jedoch ein neues Rechtsinstrument zur Durchsetzung ihrer Interessen.

Steht die Schweiz in Zukunft mit InstA besser oder schlechter da?

Die Entscheidungssituation zur Beurteilung des Entwurfs kann auf folgende binäre Fragestellung reduziert werden: Ist die Schweiz in der Zukunft mit oder ohne InstA besser- oder schlechtergestellt? Dabei werden auch die künftigen Entwicklungen abzuschätzen sein. Wenn man annimmt, dass der Status quo ohne InstA nicht gehalten werden kann, dann wird das InstA entsprechend wertvoller für die Schweiz. Sollte es gar zu einer starken inhaltlichen Erosion der bestehenden bilateralen Abkommen kommen, würde der bilaterale Weg ohne ein InstA faktisch an Wert verlieren. Es wäre dann nicht mehr eine Situation mit Nadelstichen, sondern eine Entwicklung mit erheblichem Schadenspotenzial für den Schweizer Wirtschaftsstandort. Bei der Einschätzung der Eintretenswahrscheinlichkeit dieser Szenarien besteht eine erhebliche Unsicherheit. Hinzu kommt, dass sich die EU nach dem Brexit institutionell verändern wird. Auch ist sachpolitisch mit Anpassungen zu rechnen – etwa im Sozialversicherungsrecht.

Bei den zu erwartenden Konflikten stellt sich die Frage nach der Verhandlungsposition der Schweiz. Weder die FlaM noch die Forderung nach der Aufnahme von Teilen der EUBR sowie der Anpassung der Verordnung zur Koordination der Sozialversicherungen 883/2004 an das revidierte EU-Recht werden bei einer Ablehnung des InstA durch die Schweiz vom Tisch sein. Die EU wird weiterhin auf ihren Forderungen bestehen. Es ist daher zu beurteilen, ob die Schweiz mit oder ohne InstA eine vergleichsweise bessere Verhandlungsposition hat. So ist gut denkbar, dass am Ende eines Schlichtungsverfahrens die Schweiz nicht zur vollständigen Übernahme der EUBR verpflichtet wird. Je wahrscheinlicher ein solches Resultat, desto mehr stärkt das InstA die Stellung der Schweiz bei Verhandlungen über die Nachführung des FZA. Zudem müssten Massnahmen der EU im Fall, dass sich die Schweiz trotz eines entsprechenden Schiedspruchs weigert, eine Weiterentwicklung zu übernehmen, verhältnismässig sein bzw. deren Verhältnismässigkeit wäre schiedsgerichtlich überprüfbar.

Grafik 4

Weitere Beurteilungskriterien zum InstA-Vertragsentwurf

Kriterium	Einschätzung
Ausnahmen für FlaM im Abkommen möglich, keine zusätzlichen FlaM in der Schweiz;	Erfüllt, aber mit Abstrichen: Die Voranmeldepflicht bleibt bestehen, aber von acht Kalendertagen auf vier Arbeitstage gekürzt. Die Kautionspflicht wird auf Fälle mit erhöhtem Risiko beschränkt. Die übrigen FlaM sind nicht vertraglich abgesichert, entsprechen aber weitgehend EU-Massnahmen; neue zusätzliche FlaM möglich, wenn neue Gefährdungssituationen eintreten und die FlaM nicht diskriminierend und verhältnismässig ausgestaltet sind.
Schweizer Arbeitsrecht wird durch künftigen EU-Acquis nicht tangiert.	Nicht erfüllt: Die Übernahme der Entsende- und Durchsetzungsrichtlinie würde Schweizer Arbeitsrecht tangieren. De facto werden die Bilateralen I bereits heute regelmässig nachgeführt. Zudem besteht seitens der EU auch bereits heute oft schon ein politischer Druck zur Nachführung (z.B. bei der UBRL).
Ausnahmen im Landverkehr werden beibehalten (LSVA, 40 Tonnen).	Erfüllt
Genaue Definition des Homogenitätserfordernisses; dynamische Rechtsübernahme auf Kerninhalt der Abkommen beschränkt.	Erfüllt, da sich das InstA nur auf fünf Marktzugangsabkommen bezieht. Der Kerninhalt wird jeweils zu prüfen sein.
«Äquivalenz» soll weiterhin möglich sein.	Erfüllt
Die Schweiz ist frei bei der Ausgestaltung ihrer Wirtschaftsbeziehungen zu Drittstaaten.	Erfüllt
Keine Überwachung oder Untersuchung in der Schweiz durch die EU.	Erfüllt
Streitschlichtung: Unterscheidung zwischen Bilateralem Recht und Acquis.	Erfüllt: Mit dem zweistufigen System der Streitschlichtung ist diese Unterscheidung vorgesehen.
Steuerrecht ist explizit ausgenommen.	Nicht direkt erfüllt – dank Beschränkung auf nur noch fünf Abkommen indirekt erfüllt.

Quelle: economiesuisse 2019
www.economiesuisse.ch

Die Gremien von economiesuisse werden den Entwurf hinsichtlich seines Zielerreichungsgrads bei den drei Hauptzielen und den weiteren Kriterien im Januar 2019 beurteilen. Dabei ist die staats- und wirtschaftspolitische Gesamtsicht ausschlaggebend.

1. MATTHIAS OESCH/GABRIEL SPECK: Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz-EU und der EUGH, in Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Zürich/Bern 2017, S. 257–273.
2. Hier geht es insbesondere um Art. 23 Abs. 1 Bst. iii, wonach jede staatliche Beihilfe, die den Wettbewerb durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verfälscht oder zu verfälschen droht, mit dem FHA72 unvereinbar ist.
3. PHILIPP ZURKINDEN: Beihilfenkontrolle im Verhältnis Schweiz/EU, Memorandum im Auftrag der KdK v. 30.9.2017; SIMON HIRSBRUNNER, Über die Folgen einer möglichen Übernahme des Verbots staatlicher Beihilfen der EU durch die Schweiz, Bericht im Auftrag der KdK v. 9.10.2017.
4. Siehe hierzu ausführlich ASTRID EPINAY, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU, in: Jusletter 17, Dezember 2018, S. 11 ff.
5. Obwohl auch der EWR die Unionsbürgerschaft nicht übernommen hat, wurde die EUBR 2008 in den Rechtsbestand des EWR überführt, aber mit gewissen Ausnahmen, die auslegebedürftig sind. Hierzu CHRISTA TOBLER, Personenfreizügigkeit mit und ohne Unionsbürgerrichtlinie – Reise- und Aufenthaltsrechte im Ankara-Abkommen, dem FZA Schweiz-EU und dem EWR-Recht, in Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, Zürich/Bern 2018, S. 438 ff.
6. Urteil in der Rechtssache C-333/13, Elisabeta Dano, Florin Dano vs. Jobcenter Leipzig.
7. Dabei handelte es sich um die existenzsichernde Leistung für die Mutter und um das Sozialgeld für ihren Sohn sowie um anteilige Kosten für Unterkunft und Heizung.
8. Richtlinie 2004/38
9. Urteil in der Rechtssache C-67/14, Jobcenter Berlin Neukölln vs. Nazifa, Sonita, Valentina und Valentino Alimanovic.
10. Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Spanien, Vereinigtes Königreich.
11. [Art. 62 lit. b AuG / Art. 63 Abs. 1 lit. a AuG i.V.m. Art. 62 lit. b AuG].
12. Art. 28 Abs. 2 Richtlinie 2004/38
13. Urteil des BGer v 1.11.2018 (6B 235/2018) und vom 23.11.2018 (6B_209/2018).
14. Siehe hierzu ausführlich ASTRID EPINEY, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU, in: Jusletter 17, Dezember 2018, S. 13 ff.
15. Eine umfassende Literaturliste mit den relevanten Studien zur Zuwanderung in die Schweiz mit Bezug zum Arbeitsmarkt wurde vom Seco veröffentlicht:
https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Arbeit/Personenfreizuegigkeit/Observatorium/literaturliste_observatoire.pdf.download.pdf/Literatur%20Observatoire%20d.pdf.
16. 2015 zahlten Grenzgänger aus der EU 418 Millionen Franken in die Arbeitslosenversicherung ein, während die Schweiz im gleichen Zeitraum 193 Millionen Franken Arbeitslosenentschädigungen an EU-Staaten auszahlte. Umgekehrt haben rund 120'000 in der EU lebende Schweizer Bürger Zugang zu Sozialversicherungseinrichtungen in EU-Ländern.
17. So Cornelia Lüthy, Vizedirektorin des Staatssekretariats für Migration (SEM) in «Der Bund» v. 22.6.2018 (<https://www.derbund.ch/schweiz/standard/die-schweiz-soll-zahlen/story/21799437>).
18. Richtlinie 2014/67/EU zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems.
19. Laut Art.1 Abs.2 wird das Recht, im Einklang mit nationalem Recht und nationalen Gepflogenheiten Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie kollektive Maßnahmen zu ergreifen durch die Durchsetzungsrichtlinie nicht eingeschränkt.