

Christa Tobler

Wie weiter mit dem Institutionellen Abkommen?

Varianten zum Umgang mit den drei heiklen Punkten

Im Dezember 2018 veröffentlichte der Bundesrat den Entwurfstext für ein Institutionelles Abkommen Schweiz-EU. Nach der Durchführung einer Konsultation informierte er die Europäische Kommission darüber, dass er das Verhandlungsergebnis in weiten Teilen als im Interesse der Schweiz erachte, dass aber in drei Bereichen noch Klärungen erforderlich seien. Inzwischen liegen verschiedene Vorschläge dazu vor, wie in dieser Situation weiter vorgegangen werden soll. Der Artikel bietet eine Auslegeordnung der Varianten, einschliesslich eines eigenen Vorschlags der Autorin für eine Gemeinsame Erklärung zum Entwurfstext.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge
Rechtsgebiete: Bilaterale Abkommen CH-EU

Zitiervorschlag: Christa Tobler, Wie weiter mit dem Institutionellen Abkommen?, in: Jusletter
20. Januar 2020

Inhaltsübersicht

1. Einführung
2. Varianten im Überblick und allgemeine Stossrichtung
 - 2.1. Überblick
 - 2.2. Grundsätzliche Ablehnung des Abkommens
 - 2.2.1. Politik: SVP und das Komitee gegen den schleichenden EU-Beitritt
 - 2.2.2. Wissenschaft: Baudenbacher
 - 2.3. Unterzeichnung des vorliegenden Textes ohne Nachverhandlungen
 - 2.3.1. Überblick
 - 2.3.2. Wissenschaft: Cottier
 - 2.4. Nachverhandlungen mit Blick auf eine spätere Unterzeichnung
 - 2.4.1. Politik
 - 2.4.2. Wissenschaft: Nachverhandlungen entweder zum Text oder zu einer gemeinsamen Erklärung
 - 2.4.2.1. Ambühl und Scherer: inhaltliche Anpassungen des Entwurfs
 - 2.4.2.2. Eigener Vorschlag sowie Cottier: gemeinsame Erklärung
3. Unterschiedliche Haltungen zu den drei Punkten des Bundesrats
 - 3.1. Staatliche Beihilfen
 - 3.1.1. Zur Thematik
 - 3.1.2. Lösungsvorschläge
 - 3.2. Lohnschutz
 - 3.2.1. Zur Thematik
 - 3.2.2. Lösungsvorschläge
 - 3.3. Unionsbürgerrichtlinie
 - 3.3.1. Zur Thematik
 - 3.3.2. Lösungsvorschläge
4. Verfahrensrechtlicher Vorschlag, falls auf absehbare Zeit keine Lösung gefunden wird: Zwischenschritt in der Form eines Interimsabkommens
5. Schlussbemerkungen

1. Einführung

[1] Ende 2018 veröffentlichte der Bundesrat den Entwurfstext für ein Institutionelles Abkommen Schweiz-EU (InstA), wie er aus den bis dann geführten Verhandlungen mit der EU resultierte.¹

¹ Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt, Entwurf vom 23. November 2018, https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/accord-inst-Projet-de-texte_de.pdf (inoffizielle deutsche Fassung; Originalsprache Französisch; zuletzt besucht 17. Dezember 2019). – Für wissenschaftliche Literatur zu diesem Entwurf siehe insbesondere ASTRID EPINEY, «Der Entwurf des institutionellen Abkommens Schweiz – EU», Jusletter 17. Dezember 2018; MICHAEL AMBÜHL/DANIELA S. SCHERER, «Zum Entwurf des Institutionellen Abkommens», Jusletter 4. Februar 2019; MARINO BALDI, «Zu den Auswirkungen des geplanten Rahmenabkommens mit der EU», Jusletter 18. März 2019; CHRISTINE KADDOUS, «Switzerland and the EU: Current issues and new challenges under the Draft Institutional Framework Agreement», in: Sieglinde Gstöhl/David Phinnemore (Hrsg.), *Proliferation of Privileged Partnerships, The Proliferation of Privileged Partnerships between the European Union and its Neighbours*, Abingdon: Routledge 2019, 68–83; THOMAS COTTIER: «Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU», in: Astrid Epiney/Lena Hehemann/Petru Emanuel Zlătescu (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2019*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2019, 359–369; MATTHIAS OESCH, «Switzerland-EU Bilateral Agreements, the Incorporation of EU Law and the Continuous Erosion of Democratic Rights», in: *Oxford Yearbook of European Law 2019*, <https://doi.org/10.1093/yel/yez005> (zuletzt besucht 17. Dezember 2019)), insbes. V. über «EU-Swiss Institutional Agreement: dynamic integration», sowie auch CHRISTA TOBLER, «Streitbeilegung im Entwurf für den Brexit-Austrittsvertrag. Ein Schiedsgerichtsmodell ähnlich wie für das institutionelle Rahmenabkommen Schweiz-EU», Jusletter 17. Dezember 2018.

Aus einer Konsultation zu diesem Text² schloss der Bundesrat, dass das Verhandlungsergebnis in weiten Teilen als im Interesse der Schweiz ist, drei Punkte aber noch geklärt werden müssen. Dies teilte er der Europäischen Kommission im Juni 2019 mit.³ Die für den vorliegenden Artikel entscheidende Passage lautet wie folgt:

«Obleich der Bundesrat seine Absicht bekräftigt, mit der Europäischen Union Lösungen zu den institutionellen Fragen zu finden, und er das Verhandlungsergebnis des institutionellen Abkommens in weiten Teilen als im Interesse der Schweiz erachtet, hält er es, mit dem Ziel das Abkommen dem Parlament zu unterbreiten, für erforderlich:

- klarzustellen, dass die Bestimmungen über die staatlichen Beihilfen im Entwurf des institutionellen Abkommens keine horizontale Wirkung haben, insbesondere nicht auf das Freihandelsabkommen von 1972 vor seiner allfälligen Modernisierung; dies würde insbesondere dadurch erreicht, dass auf den letzten Erwägungsgrund des Beschlusentwurfs des Gemischten Ausschusses des FHA verzichtet wird.
- Rechtssicherheit bezüglich des in der Schweiz geltenden Lohnschutzniveaus zu schaffen.

Was die Unionsbürgerrichtlinie betrifft, präzisiert die Schweiz, dass keine Bestimmung des institutionellen Abkommens als Verpflichtung der Schweiz zur Übernahme der genannten Richtlinie sowie ihrer Weiterentwicklungen ausgelegt werden kann und dass eine allfällige Übernahme der genannten Richtlinie durch die Schweiz nur mittels Verhandlungen zwischen den Parteien erfolgen kann.

Auf der Grundlage dieser Elemente ist der Bundesrat bereit, mit der Kommission [...] in Dialog zu treten, um eine für beide Seiten gleichermaßen zufriedenstellende Lösung zu finden.»

[2] Eine solche Lösung ist bisher noch nicht gefunden worden. Vielmehr war es in den letzten Monaten in der Schweiz um das InstA vergleichsweise still. Erst seit den Parlamentswahlen vom Herbst 2019 ist das Thema in der öffentlichen Diskussion wieder vermehrt präsent. So verabschiedete Ende November 2019 eine Gruppe von Angehörigen des Schweizerischen Bundesparlaments (unter der Leitung von Nationalrat HANS-PETER PORTMANN) und des Parlaments der Europäischen Union (unter der Leitung des Abgeordneten ANDREAS SCHWAB) eine gemeinsame Erklärung, welche auf weitere Schritte mit Blick auf das InstA zielt. Die Erklärung hat zum Ziel, einen Beitrag zur «Deeskalation im Verhältnis Schweiz-EU» zu leisten.⁴ Sie ermutigt die Verhandlungsdelegationen der Schweiz und der EU «to come up with clarifications within the scope of the negotiated

² Bericht des Bundesrats über die Konsultationen zum institutionellen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union vom 7. Juni 2019, https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/bericht_konsultationen_insta/BR-Bericht-Konsultationen-InstA-190607_de.pdf (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

³ Brief des Bundesrats an den Kommissionspräsidenten vom 7. Juni 2019 (inoffizielle deutsche Übersetzung), https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/bericht_konsultationen_insta/20190607_Lettre-CF-President-Commission-europeenne_de.pdf (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

⁴ Mit gemeinsamer Erklärung aus der Sackgasse, 28 November 2019, <https://www.bluewin.ch/de/news/schweiz/deeskalation-mit-schweiz-eu-deklaration-328707.html> (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

text and the negotiation mandates». Weiter ersucht sie den Bundesrat und die Europäische Kommission «to define the outstanding open issues, with the aim of agreeing on clarifications in the next few months in order to adopt the Institutional Framework Agreement as soon as possible».⁵ Die konkreten Anliegen der Erklärung beziehen sich allerdings nicht auf die vom Bundesrat erwähnten heiklen drei Punkte, sondern auf die Schweizer Kohäsionszahlung und die Börsenäquivalenz.

[3] Der vorliegende Beitrag will vor diesem Hintergrund im Sinne einer Auslegeordnung verschiedene Varianten des weiteren Vorgehens, wie sie von wissenschaftlicher und politischer Seite her vorgeschlagen werden, darstellen und dabei auch auf die konkreten Vorschläge zu den drei Punkten des Bundesrates eingehen. Der Beitrag beginnt mit einem Überblick über die unterschiedlichen Stossrichtungen (unten 2.) und wendet sich anschliessend den konkreten Vorschlägen zu den drei laut Bundesrat heiklen Punkten zu (unten 3.). Ergänzend wird sodann ein weiterer, verfahrensrechtlicher Vorschlag erwähnt (unten 4.). Ein Schlusswort soll den Beitrag abrunden (unten 5.). Da im vorliegenden Rahmen nicht auf alle technischen Fragen im Einzelnen eingegangen werden kann, verweise ich im Folgenden für weitere Informationen regelmässig auf die Ausführungen in der Online-Publikation TOBLER/BEGLINGER-BREVIER zum Institutionellen Abkommen, das im Internet frei verfügbar ist.⁶

[4] Eine letzte, aber wichtige Vorbemerkung: Die politische Machbarkeit der verschiedenen Vorschläge hängt – wie immer im Falle eines Abkommens – von der Kompromissbereitschaft der Parteien ab. Dabei spielen ihre grundsätzlichen Ziele mit Blick auf das Abkommen eine wichtige Rolle. Die Schweiz strebt mit dem InstA letztlich den Erhalt und die Festigung des bilateralen Weges an, einschliesslich der Möglichkeit zum Abschluss neuer Marktzugangsabkommen. Die EU sieht das InstA als einen Baustein in einem grösseren Kontext, nämlich dem des erweiterten Binnenmarktes.⁷ Danach gehört die Schweiz zu jener begrenzten Anzahl von Drittländern, welche durch Abkommen mit der EU in einen geographisch über die EU hinaus ausgedehnten Binnenmarkt einbezogen werden. Dies zeigt sich auf der materiellen Ebene darin, dass die betreffenden Abkommen Vorschriften der EU übernehmen (konkret: Vorschriften über den freien Verkehr und den Wettbewerb). Das grundsätzliche Anliegen der EU mit Blick auf das InstA ist es vor diesem Hintergrund, im Verhältnis zur Schweiz mehr Homogenität im Rechtsbestand sowie in der Auslegung und Anwendung der relevanten Abkommen zu schaffen. Die Chancen, dass die EU den in diesem Beitrag vorgestellten Vorschlägen zustimmen könnte, hängen auch und gerade von diesem Kontext ab.

⁵ Joint Declaration of 27 November 2017, http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/189505/Final%20draft%20joint%20declaration%20with%20signatures_27.11.19-original.pdf (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

⁶ CHRISTA TOBLER/JACQUES BEGLINGER, TOBLER/BEGLINGER-BREVIER zum *Institutionellen Abkommen Schweiz-EU*, online-Veröffentlichung, Basel, Ausgabe 2019-08.1 vom 11. August 2019, <http://www.brevier.eur-charts.eu> (zuletzt besucht 17. Dezember 2019). Es handelt sich um eine an ein nichtwissenschaftliches Publikum gerichtete Darstellung mit Fragen und Antworten. – Ich danke dem Mitautor des Breviers, JACQUES BEGLINGER, für die kritische Durchsicht des vorliegenden Artikels.

⁷ *Ibidem*, 8. Frage.

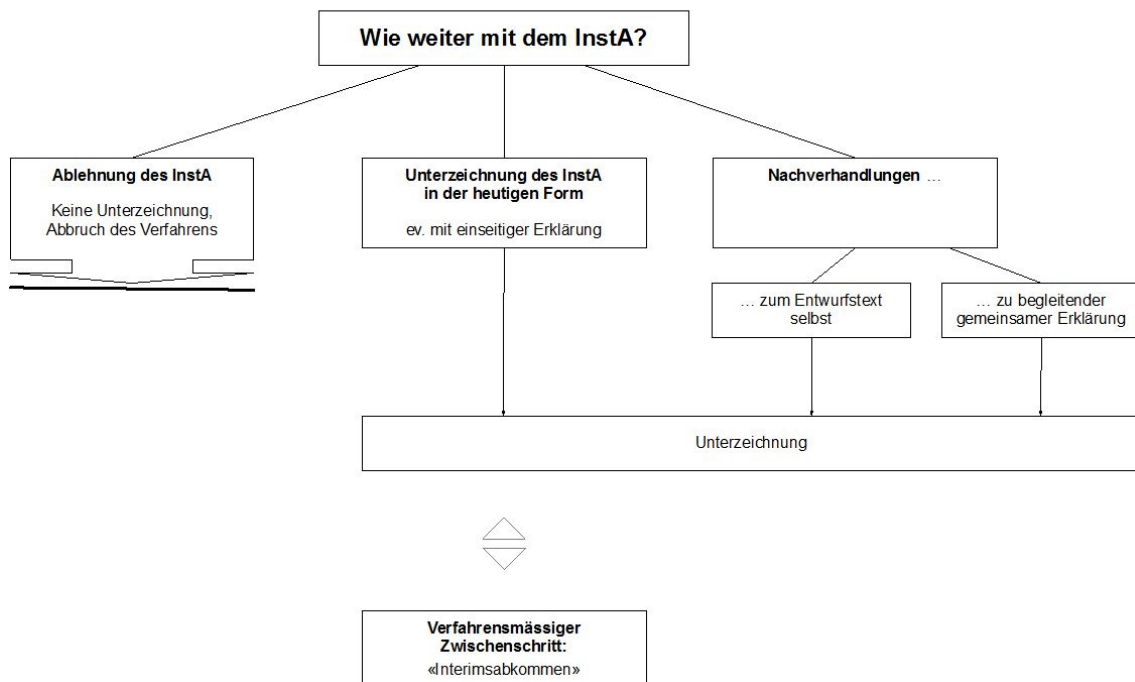
2. Varianten im Überblick und allgemeine Stossrichtung

2.1. Überblick

[5] Soweit ersichtlich, werden zurzeit (Ende Dezember 2019) in der Schweiz mit Blick auf den vorliegenden Entwurf für das Institutionelle Abkommen (E-InstA) die folgenden unterschiedlichen Vorgehensweisen vertreten:

- Grundsätzliche Ablehnung des Abkommens.
- Unterzeichnung des vorliegenden Textes für das InstA ohne Nachverhandlungen, allenfalls mit einer einseitigen Erklärung der Schweiz.
- Nachverhandlungen mit Blick auf eine spätere Unterzeichnung, wobei hier im Wesentlichen zwei Varianten unterschieden werden können, nämlich einerseits eine inhaltliche Anpassung des Abkommens und andererseits eine gemeinsame Erklärung zum heute vorliegenden Text.
- Ein verfahrensmässiger Zwischenschritt, falls innert absehbarer Frist keine Lösung gefunden werden kann.

[6] Schematisch stellen sich die erwähnten Optionen wie folgt dar:



[7] Im nächsten Teil wird vorab die allgemeine Stossrichtung der ersten drei dieser Varianten umrissen und im darauffolgenden Teil sodann auf ihre Haltung betr. die drei vom Bundesrat erwähnten Punkte eingegangen. Die letzte Variante (verfahrensmässiger Zwischenschritt) wird wegen ihrer grundsätzlich anderen Ausrichtung erst danach dargestellt.

2.2. Grundsätzliche Ablehnung des Abkommens

2.2.1. Politik: SVP und das Komitee gegen den schleichenden EU-Beitritt

[8] Auf der politischen Ebene stellt sich v.a. die Schweizerische Volkspartei (SVP) grundsätzlich gegen ein Institutionelles Abkommen. Die SVP bzw. ihre Parlamentsabgeordneten sprechen in diesem Zusammenhang von einem «Kolonialvertrag, der die direkte Demokratie aushöhlt, die schweizerische Unabhängigkeit, die Neutralität und den Föderalismus missachtet und die Schweizer Wohlfahrt gefährdet».⁸ Gleich argumentiert das der SVP nahestehende Komitee gegen einen schleichenden EU-Beitritt:⁹ «Der Rahmenvertrag ist ein Unterwerfungsvertrag. Wer dem Rahmenvertrag zustimmt, deponiert sein Stimmrecht in Brüssel.» In einer Motion¹⁰ fordert die SVP-Fraktion denn auch den Bundesrat auf:

«[...] weder mit der EU noch mit anderen Staaten bilaterale oder multilaterale Abkommen abzuschliessen, die eine Verpflichtung zur dynamischen, d. h. automatischen und zwingenden Rechtsübernahme beinhalten oder die die Gerichtsbarkeit der Gegenpartei zur Streitentscheidung vorsehen, da dies ein krasser Verstoss gegen den Zweckartikel der Bundesverfassung wäre (Art. 2 Abs. 1 BV: Die Schweizerische Eidgenossenschaft schützt die Freiheit und die Rechte des Volkes und wahrt die Unabhängigkeit und die Sicherheit des Landes.)»

2.2.2. Wissenschaft: Baudenbacher

[9] Auf der wissenschaftlichen Ebene lehnt insbes. BAUDENBACHER, unabhängiger Berater, emeritierter Rechtsprofessor und früherer Präsident des EFTA-Gerichtshofs,¹¹ den vorliegenden Entwurf des Institutionellen Abkommens grundsätzlich ab. Die folgende Darstellung seiner Haltung stützt sich im Wesentlichen auf das 2019 erschienene (und bereits vergriffene) Buch «Das Schweizer EU-Komplott»,¹² ergänzt durch das ebenfalls 2019 erstellte Rechtsgutachten zur Streitbeilegung im InstA.¹³ BAUDENBACHER hatte sich bereits unmittelbar nach der Veröffentlichung des Entwurfstexts zu diesem kritisch geäußert.¹⁴

⁸ So z.B. Nationalrat Aeschi, Motion 19.3542 vom 5. Juni 2019, Weiterer Nichtentscheid des Bundesrates statt Ablehnung des EU-Anbindungsvertrags (institutionelles Rahmenabkommen), <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeff?AffairId=20193542> (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

⁹ Komitee gegen den schleichenden EU-Beitritt, Der Rahmenvertrag Schweiz –EU im Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit, den bilateralen Verträgen und dem Zugang zum EU-Binnenmarkt: Argumentarium, Juli 2018, S. 6, https://eu-no.ch/wp-content/uploads/2018/07/Argumentarium_Rahmenvertrag_Schweiz-EU_web.pdf (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

¹⁰ Motion 19.3717, NR Thomas Aeschi (SVP): Die Schweizerische Eidgenossenschaft schützt die Freiheit und die Rechte des Volkes, wahrt die Unabhängigkeit und die Sicherheit des Landes. Rückweisung des institutionellen Rahmenabkommens an die EU, 20. Juni 2019, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeff?AffairId=20193717> (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

¹¹ Der EFTA-Gerichtshof ist im Rahmen des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) für EWR-rechtliche Fälle zuständig, welche sich in den sog. EWR/EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen ergeben.

¹² CARL BAUDENBACHER, *Das Schweizer EU-Komplott*, Basel: Münster-Verlag 2019.

¹³ CARL BAUDENBACHER, *Rechtsgutachten zur Streitentscheidungsregelung des InstA zu Handen der Kommission des Nationalrates für Wirtschaft und Abgaben WAK*, 6. Februar 2019, <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/rechtsgutachten-professor-carl-baudenbacher.pdf> (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

¹⁴ CARL BAUDENBACHER, «EU-Rahmenvertrag: Ein Ende mit Schrecken», *Inside Paradeplatz* vom 9. Dezember 2018, <https://insideparadeplatz.ch/2018/12/09/eu-rahmenvertrag-ein-ende-mit-schrecken/> (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

[10] Im erwähnten Buch geht BAUDENBACHER von der These aus, dass Bundesrat und Bundesverwaltung trotz des formellen Rückzugs des sog. Beitrittsgesuchs im Jahr 2016 heimlich noch immer auf einen EU-Beitritt hinarbeiten und zu diesem Zweck zielgerichtet sog. «*points of no return*» schaffen, wozu auch das Institutionelle Abkommen gehört. Der Autor ist davon überzeugt, dass die Schweiz im EFTA-Pfeiler des EWR gut aufgehoben wäre sowie dass ein institutionelles Modell wie jenes des EWR besser wäre als das jetzt im Entwurf für das InstA vorgesehene. BAUDENBACHER befürwortet zwar die dynamische Übernahme von neuem EU-Recht in das bilaterale Rechtsverhältnis, wie sie im E-InstA vorgesehen ist. Er kritisiert aber das Streitbeilegungsmodell mit Schiedsgericht und Anrufungspflicht des EuGH, weil es sich nicht um ein klassisches, von anderen Gerichten und Instanzen unabhängiges Schiedsgericht handelt. Laut BAUDENBACHER wird hier ein für ein anderes politisches Umfeld entwickeltes Modell auf die Schweiz übertragen. Als strukturell schwache Einrichtung – so BAUDENBACHER – könnte das Schiedsgericht einen Antrag der EU-Kommission auf Anrufung ihres eigenen Gerichtshofs faktisch nicht ablehnen. Faktisch unterwerfe sich die Schweiz in diesem Modell dem Gericht der Gegenpartei (zu diesen Kritikpunkten insbes. auch das erwähnte Gutachten).

[11] Stattdessen betont BAUDENBACHER die Vorzüge des EFTA-Gerichtshofs als eigenes Gericht der Nicht-EU-Staaten im EWR. Im Sinne einer grundsätzlichen Alternative zum InstA empfiehlt BAUDENBACHER, dass die Nicht-EU-Staaten Island, Liechtenstein, Norwegen, Schweiz und Vereinigtes Königreich ihre Kräfte bündeln und zusammen nach einer Lösung suchen, welche den gemeinsamen Interessen entspricht.¹⁵

[12] Persönlich schliesse ich mich, soweit es um die Vorzüge des EWR und des EFTA-Gerichtshofs geht, der Einschätzung BAUDENBACHERS an. Allerdings muss daran erinnert werden, dass die Rolle des EFTA-Gerichtshofs im Rechtssystem des EWR auf ganz bestimmte Verfahren beschränkt ist (nämlich die Vorabentscheidungs- und Vertragsverletzungsverfahren). Insbes. kann dieser Gerichtshof wegen des Grundsatzes der Autonomie der Unionsrechtsordnung nicht für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien im sog. Streitbeilegungsverfahren herangezogen werden.¹⁶ BAUDENBACHER ist allerdings der Auffassung, dass das Streitbeilegungsverfahren, wenn ein Vertragsverletzungsverfahren und ein Vorabentscheidungsverfahren beständen, faktisch irrelevant wäre. Würde ein erneuertes institutionelles System für das bilaterale Recht Schweiz-EU am EWR-System ausgerichtet (was die EU ursprünglich vorgeschlagen hatte, der Bundesrat aber ablehnte) und würde die Schweiz dafür an den bereits bestehenden EWR/EFTA-Institutionen andocken, so könnte nicht etwa der EFTA-Gerichtshof die Stelle einnehmen, welche im jetzigen Entwurf der EuGH einnimmt. Wegen der vor diesem Gerichtshof möglichen, anderen Verfahren würde aber die Rolle des EuGH im Rahmen der Streitbeilegung wohl weniger wichtig. Zudem kann im EWR der EuGH im Streitbeilegungsverfahren nur von beiden Parteien zusammen angerufen werden, und nicht einseitig wie im E-InstA (wo es aber die beiden anderen Verfahren des EWR-Systems nicht gibt). Dies stellt aus der Sicht des Nicht-EU-Mitgliedstaates einen klaren Vorteil dar.¹⁷

[13] Es ist allerdings offen, ob die EU heute angesichts der seither erfolgten Entwicklungen in den EU-Aussenbeziehungen – wo in den Beziehungen zu anderen Ländern im Wesentlichen das gleiche Modell wie im E-InstA eingeführt oder vorgeschlagen worden ist – bereit wäre, die Ver-

¹⁵ Dazu bereits der in der letzten Fussnote erwähnte Blogbeitrag.

¹⁶ Zur Autonomie der Unionsrechtsordnung TOBLER/BEGLINGER (Fn. 6), ab 98. Frage.

¹⁷ Ibidem, 16. Frage.

handlungen mit der Schweiz mit Blick auf eine Rückkehr zu einem institutionellen EWR-Modell wieder zu eröffnen.

2.3. Unterzeichnung des vorliegenden Textes ohne Nachverhandlungen

2.3.1. Überblick

[14] In der Politik setzt sich insbes. die Grünliberale Partei für die rasche Unterzeichnung des vorliegenden Entwurfstextes des InstA ohne Nachverhandlungen ein. Die Partei geht davon aus, dass mit dem E-InstA die wesentlichen Verhandlungsziele erreicht worden sind. In einer Medienmitteilung vom Juni 2019 schreibt die Partei:¹⁸

«Das vorliegende Rahmenabkommen sichert und verbessert unserer Wirtschaft, Forschung und Gesellschaft den Zugang nach Europa. Die Grünliberalen nehmen erfreut zur Kenntnis, dass endlich auch der Bundesrat eine positive Grundhaltung einnimmt. Er fordert drei Präzisierungen zum bestehenden Abkommen. Daraus dürfen keine neuen roten Linien oder gar eine Neuverhandlung des ganzen Abkommens werden. Auf die netten Worte müssen nun aber Taten folgen. Die Grünliberalen erwarten, dass der Bundesrat endlich Führungsverantwortung übernimmt und die Ratifizierung einleitet, meint Fraktionspräsidentin TIANA MOSER.»

2.3.2. Wissenschaft: Cottier

[15] In der Wissenschaft wird die gleiche Richtung insbes. vom emeritierten Rechtsprofessor THOMAS COTTIER vertreten. COTTIER ist der Überzeugung, dass sich die Vorteile des InstA «auf eine von der Union geförderte kooperative und geteilte Souveränität» stützen, welche im Gegensatz zu nationalkonservativen Wertvorstellungen steht. Ein tradiertes Souveränitätsverständnis im Verhältnis zu Europa (gemeint ist vermutlich spezifischer die Europäische Union) lasse sich angesichts bestehender Interdependenzen im Interesse der Wohlfahrt des Landes nicht mehr begründen.¹⁹ COTTIER erachtet das InstA in der heute vorliegenden Form vor allem wegen der Mitspracherechte der Schweiz im Rahmen der Schaffung von neuem, für die bilateralen Abkommen relevantem EU-Recht²⁰ sowie der Schutzfunktion des Schiedsgerichts institutionell als für die Schweiz vorteilhaft. Zugleich sieht er das InstA als eine notwendige Voraussetzung für den Schutz schweizerischer Arbeitsplätze in der sog. *Cyber Economy* sowie mit Blick auf eine zeitgerechte Klimapolitik, die auf Vereinbarungen mit der EU angewiesen sein wird.²¹

¹⁸ Medienmitteilung der Grünliberalen Partei vom 7. Juni 2019: «Auf die netten Worten des Bundesrats müssen Taten folgen: Endlich Ratifizierung des Rahmenabkommens einleiten», [https://grunliberale.ch/aktuell/media/media-detail~e375f6c7-ee33-4c4d-8237-a0e67ca0aee6~Auf%20die%20netten%20Worten%20des%20Bundesrats%20m%C3%BCssen%20Taten%20folgen:%20Endlich%20Ratifizierung%20des%20Rahmenabkommens%20einleiten~\(zuletzt besucht 17. Dezember 2019\)](https://grunliberale.ch/aktuell/media/media-detail~e375f6c7-ee33-4c4d-8237-a0e67ca0aee6~Auf%20die%20netten%20Worten%20des%20Bundesrats%20m%C3%BCssen%20Taten%20folgen:%20Endlich%20Ratifizierung%20des%20Rahmenabkommens%20einleiten~(zuletzt%20besucht%2017.%20Dezember%202019).).

¹⁹ THOMAS COTTIER, «Die Souveränität und das institutionelle Rahmenabkommen», *SJZ* 115(2019) Nr. 11, 345–355.

²⁰ Zum Mitspracherecht TOBLER/BEGLINGER-BREVIER (Fn. 6), 35. Frage.

²¹ Hierzu auch THOMAS COTTIER, *Das Rahmenabkommen Schweiz-EU: Diskrepanz von Recht und Politik*, <https://suisse-en-europe.ch/das-rahmenabkommen-schweiz-eu-diskrepanz-von-recht-und-politik/>.

[16] COTTIER agiert u.a. im Rahmen der Plattform Schweiz-Europa. Dabei handelt es sich laut Website um einen Verein aus der Zivilgesellschaft, der sich für ein konstruktives Verhältnis zu den Institutionen Europas einsetzt und eine sachliche Diskussion zum Verhältnis Schweiz – EU befördert.²² Die Plattform setzt sich aus im Europathema profilierten Einzelpersonen zusammen (für die vorliegend interessierende Thematik insbes. COTTIER und Alt-Staatssekretär GERBER) und arbeitet eng mit Organisationen zusammen, die dasselbe Ziel verfolgen.

[17] Ende Oktober 2019 forderte die Plattform Schweiz-Europa den Bundesrat in einer Petition auf, das Institutionelle Abkommen «in seiner vorliegenden Fassung und im jetzigen Zeitpunkt zu unterzeichnen»; Klärungen zum Text seien «weder nötig noch möglich».²³ Zudem sei es wichtig, vermehrt auch die veränderten geopolitischen Veränderungen zu berücksichtigen und die Unterzeichnung des Abkommens nicht allein nach innenpolitischen Gesichtspunkten zu beurteilen. Laut der Plattform geht es darum zu verhindern, dass die Schweiz in ihrem Verhältnis zur EU «zu einem Drittstaat mit beschränktem und erodierendem Zugang zum Binnenmarkt» wird. Es gelte zu bedenken, dass die gegenwärtige Schwäche der multilateralen Handelsordnung der WTO durch Handelsabkommen mit anderen Staaten und autonomen Massnahmen nicht hinreichend kompensiert werden könne. Vielmehr sei die Schweiz inmitten Europas in einer multipolaren Welt vermehrt auf die EU angewiesen. Vor diesem Hintergrund solle der Bundesrat «seine Führungsaufgabe dezidiert wahrnehmen [...] und den Volkswillen vom 28. November 2018 mit 66.3% der Stimmenden bzw. durch alle Kantone [gemeint ist die Ablehnung der sog. Selbstbestimmungsinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter»] mit der Unterzeichnung des Vertrags respektieren».

[18] Die von der Plattform Schweiz-Europa geforderte sofortige Unterzeichnung des InstA ist bislang nicht erfolgt. Die Plattform entschied deshalb im Sinne eines weiteren Schrittes von COTTIER einen Vorschlag für sog. «auslegende Erklärungen» zu den vom Bundesrat genannten drei Punkten erarbeiten zu lassen. Dabei dachte sie zuerst an einseitige Erklärungen der Schweiz, schloss aber später die Möglichkeit von gemeinsamen Erklärungen ebenfalls mit ein (dazu unten 2.4.2.1). Der Text der vorgeschlagenen Erklärungen wird weiter unten im Rahmen der Diskussion der drei Punkte wiedergegeben; für weitere Informationen sei auf die Website der Plattform Schweiz-Europa verwiesen.²⁴

2.4. Nachverhandlungen mit Blick auf eine spätere Unterzeichnung

[19] Der nun folgende Teil nennt Vorschläge, welche auf Nachverhandlungen zielen. Wie bereits in der Einleitung bemerkt, können dabei im Wesentlichen zwei Varianten unterschieden werden, nämlich einerseits eine inhaltliche Anpassung des vorliegenden Entwurfstextes und andererseits eine gemeinsame Erklärung zu diesem Text.

²² Siehe www.p-s-e.ch (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

²³ Plattform Schweiz-Europa, Petition an den Bundesrat: Institutionelles Rahmenabkommen Schweiz – EU, 31. Oktober 2019, https://p-s-e.ch/wp-content/uploads/2019/10/PSE_Petition-InstA_D.pdf (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

²⁴ Zurzeit (Ende Dezember 2019) noch *on file with the author*.

2.4.1. Politik

[20] Zur Ebene der Politik seien hier einige wenige Vorstösse beispielhaft erwähnt. So beschlossen im April 2019 die Kommissionen für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats (WAK-SR) und des Nationalrats (WAK-NR) je eine Motion mit dem Ziel einzureichen, den Bundesrat zu beauftragen, «mit der EU Zusatzverhandlungen zu führen oder andere geeignete Massnahmen zu ergreifen, um das institutionelle Abkommen mit der EU [...] zu verbessern».²⁵ Eine Minderheit der Kommissionen hatte sich gegen die Motionen ausgesprochen, mit dem Argument, damit werde die Position des Bundesrats nicht gestärkt, sondern im Gegenteil geschwächt.²⁶ Der Bundesrat beantragte die Ablehnung der Motionen. Trotzdem sind beide inzwischen angenommen worden.

2.4.2. Wissenschaft: Nachverhandlungen entweder zum Text oder zu einer gemeinsamen Erklärung

2.4.2.1. Ambühl und Scherer: inhaltliche Anpassungen des Entwurfs

[21] Bereits im Februar 2019 veröffentlichten ETH-Prof. MICHAEL AMBÜHL und seine wissenschaftliche Mitarbeiterin, DANIELA SCHERER, einen Artikel mit Präzisierungsvorschlägen zum Entwurf des InstA.²⁷ AMBÜHL ist Inhaber eines Lehrstuhls für Verhandlungsführung und Konfliktmanagement. Der Ausgangspunkt des Artikels ist denn auch die Aussage, dass Verhandlungen der Suche nach einem Interessenausgleich zwischen zwei oder mehreren Parteien dienen und dass dies auch der Hintergrund der Entwicklung des bilateralen Rechts ist. Laut AMBÜHL und SCHERER bedeutet die basisdemokratische Legitimation der sog. Bilateralen I und II, dass das bilaterale Vertragswerk aus Schweizer Sicht damals in einem Gleichgewicht war und ein Interessenausgleich mit der EU gefunden werden konnte. Seither hat sich aber für die EU die Lage verändert. Sie drängt insbes. wegen des zumeist statischen Charakters von wichtigen Abkommen²⁸ auf eine Modifizierung des rechtlichen Regimes.

[22] AMBÜHL und SCHERER sind der Auffassung, dass es aus Schweizer Sicht grundsätzlich gut wäre, ein InstA zu haben, würde es doch dem bilateralen Weg zur bisher fehlenden institutionellen Grundlage verhelfen: «Gerade neben anders gelagerten Partnerschaften wie einem Freihandelsabkommen, das zu wenig weit geht, und dem EWR- oder EU-Beitritt, die innenpolitisch zur Zeit nicht mehrheitsfähig sind, ist es im Interesse der Schweiz, den bilateralen Weg auf ein solideres Fundament zu stellen.»²⁹ AMBÜHL und SCHERER akzeptieren deshalb grundsätzlich die Dynamisierung der vom InstA erfassten Abkommen, stellen aber die Frage, ob mit dem vorlie-

²⁵ WAK-SR: Motion 19.3416 vom 9. April 2019: Zusatzverhandlungen zum institutionellen Abkommen mit der EU, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20193416> (zuletzt besucht 17. Dezember 2019); WAK-NR: Motion 19.3420 vom 16. April 2019: Zusatzverhandlungen zum institutionellen Abkommen mit der EU, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20193420> (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

²⁶ So z.B. die Ständeräte JOSITSCH und (PHILIPP) MÜLLER in der parlamentarischen Debatte, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=46320> (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

²⁷ MICHAEL AMBÜHL/DANIELA S. SCHERER, «Zum Entwurf des Institutionellen Abkommens», Jusletter 4. Februar 2019.

²⁸ Gemeint ist die Tatsache, dass die meisten bilateralen Abkommen anders als das EWR-Abkommen keine fortlaufende (dynamische) Anpassung an neues EU-Recht vorsehen. Anpassungen sind zwar möglich, z.T. durch Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse und z.T. durch formelle Vertragsrevision, aber es besteht diesbezüglich keine Rechtspflicht.

²⁹ AMBÜHL/SCHERER (Fn. 27), Rz. 14.

genden Entwurf bereits ein neues und echtes Gleichgewicht gefunden worden sei. Zu gewissen Aspekten des Entwurfstextes äussern sie sich kritisch und schlagen Änderungen vor. Diese richten sich auf Punkte, welche nach der Einschätzung von Autor und Autorin in der Schweiz als innenpolitisch sensibel gelten und deshalb bereinigt werden müssen, damit das InstA innenpolitisch eine Chance hat. Dazu gehören neben den vom Bundesrat erwähnten drei Punkten v.a. der Streitbeilegungsmechanismus und die Erweiterung der Guillotineklausel. Da die vorgeschlagenen Änderungen auf Präjudizen basieren und damit in der Vergangenheit von der EU in der einen oder anderen Form akzeptiert wurden, sind Autor und Autorin der Überzeugung, dass damit die Realisierungschancen erhöht werden, insbes. dann, wenn andere Faktoren, wie etwa die Kohäsionszahlungen, auch stimmen.

2.4.2.2. Eigener Vorschlag sowie Cottier: gemeinsame Erklärung

[23] Wie bereits oben angedeutet, erachtete ich selber zu Beginn des Prozesses um das InstA das institutionelle Modell des EWR als eine gute Lösung für das bilaterale Recht. Es wurde jedoch vom Bundesrat gleich am Anfang abgelehnt und steht nach meiner Einschätzung heute nicht mehr zur Diskussion. In der jetzt bestehenden Situation schlage ich vor, dass die Schweiz und die EU eine gemeinsame Erklärung aushandeln, welche dem Text des InstA beigelegt wird. Dies soll es den Parteien und insbes. der Schweiz erlauben, das Abkommen in seiner heutigen Entwurfsform zu unterzeichnen.³⁰ Das Ziel der Erklärung sollte es somit sein, die noch bestehenden Bedenken auszuräumen, ohne inhaltliche Nachverhandlungen aufnehmen zu müssen. Der mögliche Inhalt einer solchen gemeinsamen Erklärung wird im folgenden Abschnitt zusammen mit den anderen Vorschlägen vorgestellt.

[24] Wie bereits erwähnt, hat COTTIER für die Plattform Schweiz-Europa als zusätzlichen Schritt zu ihrer Petition zugunsten einer raschen Unterzeichnung des InstA in seiner heutigen Form ebenfalls einen Vorschlag für auslegende Erklärungen zu den drei heiklen Punkten erarbeitet, die im Idealfall von den Vertragsparteien gemeinsam verabschiedet würden.

3. Unterschiedliche Haltungen zu den drei Punkten des Bundesrats

[25] Im Folgenden geht es um die konkreten Vorschläge zu den vom Bundesrat erwähnten drei Punkten. Dabei wird jeweils zuerst die Thematik kurz umrissen und werden anschliessend die Lösungsvorschläge präsentiert. Auf weitere, in den Vorschlägen erwähnte Anliegen wird dagegen

³⁰ Für erste Hinweise hierzu siehe «Die Schweiz bleibt auch unter Ursula von der Leyen Chefsache in der EU-Kommission», NZZ vom 22. November 2019.

nicht eingegangen (Streitbeilegung: WAK-NR und WAK-SR,³¹ AMBÜHL und SCHERER;³² Guillotineklausel: AMBÜHL und SCHERER;³³ direkte Demokratie: WAK-NR und WAK-SR).³⁴

3.1. Staatliche Beihilfen

3.1.1. Zur Thematik

[26] Die Beihilferegeln des EU-Rechts sind Teil des Wettbewerbsrechts (Art. 101 ff. AEUV), welches die Regeln über den Binnenmarkt (Art. 28 ff. AEUV) ergänzt und damit in einem funktionalen Zusammenhang steht.³⁵ Staatliche Beihilfen sind finanzielle Vorteile, welche vom Staat bzw. durch staatliche Mittel selektiv gewährt werden. Sie sind dann mit dem EU-Binnenmarkt unvereinbar, wenn sie weitere Bedingungen bezüglich ihrer Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel und den Wettbewerb erfüllen. Allerdings enthält das EU-Recht eine lange Liste von Ausnahmen (unter die im bilateralen Rahmen wohl viele der heute in der Schweiz bestehenden Praktiken fallen würden). Neue Beihilfen müssen bei der Europäischen Kommission angemeldet und von ihr genehmigt werden, wobei die Entscheidungen der Kommission an den EuGH weitergezogen werden können. Die EuGH-Rechtsprechung zeigt, dass die Kommission in diesem Bereich wegen ihrer z.T. überstrengen Vorstellungen längst nicht in allen Fällen obsiegt.

[27] Dass auch steuerliche Vorteile staatliche Beihilfen darstellen können, ist in der EU bereits seit den 1960er Jahren bekannt.³⁶ Dementsprechend müssen z.B. auch sog. *Steuer-Rulings* an den Masstäben des Beihilfenrechts gemessen werden³⁷ (wobei die Kommission auch hier vor dem EuGH mit ihrer Argumentation nicht immer durchdringt). Dabei soll nochmals daran erinnert werden, dass das EU-Recht staatliche Beihilfen nicht rundweg verbietet, sondern vielmehr ein Prüfverfahren mit zahlreichen Ausnahmen vorsieht.

[28] Im bestehenden bilateralen Recht zwischen der EU und der Schweiz enthalten nur wenige Wirtschaftsabkommen bereits heute wettbewerbsrechtliche Elemente, darunter insbes. das

³¹ WAK-NR und WAK-SR (Fn. 25): «Es ist klar abzugrenzen, welche Tatbestände des geltenden und künftigen EU-Rechts zu einer Konsultation des EuGH durch das Schiedsgericht führen. Schweizer Gerichtsurteile dürfen nicht indirekt durch den EuGH aufgehoben werden können. Es ist eine periodische Berichterstattung über hängige Streitigkeiten und deren Beilegung vorzusehen.»

³² WAK-NR und WAK-SR (Fn. 25): «Stellt die EU ein «Fehlverhalten» (sei es in Bezug auf bestehenden oder neuen *Acquis*) der Schweiz fest, wird dafür eine Lösung im Gemischten Ausschuss gesucht. Falls dies nicht möglich ist, kann die EU angemessene Ausgleichsmassnahmen ergreifen, ohne vorher den Streitfall vor ein Gericht bringen zu müssen. Sollte die Schweiz die Angemessenheit anzweifeln, kann sie diese durch das Schiedsgericht überprüfen lassen. Dieses Verfahren ist dem Streitbeilegungsverfahren im Zollsicherheitsabkommen ähnlich.»

³³ AMBÜHL/SCHERER (Fn. 27), Rz. 29: «Die Guillotine-Klausel hat in einem dynamisierten Rechtsübernahmesystem keine politische Begründung, daher gehört sie abgeschafft oder relativiert.»

³⁴ WAK-NR und WAK-SR (Fn. 25): «Es ist sicherzustellen, dass die Schweizer Stimmberechtigten trotz dynamischer Rechtsübernahme weiterhin das letzte Wort haben. Entweder ist dies im institutionellen Abkommen oder durch eine nationale Anschlussgesetzgebung sicherzustellen.»

³⁵ Vgl. TOBLER/BEGLINGER-BREVIER (Fn. 6), ab 73. Frage.

³⁶ Hierzu z.B. CHRISTA TOBLER, «Bilaterale Beziehungen (punktuell) auf den Prüfstand? Einige Bemerkungen zum sog. Steuerstreit aus juristisch-systematischer Sicht», in: Christa Tobler (Hrsg.), *Aspekte des Finanzdienstleistungs- und Unternehmenssteuerrechts nach dem EG-Recht und dem bilateralen Recht*, Basler Schriften zur europäischen Integration No 86, Basel: Europa Institut der Universität Basel 2008, 29–64, S. 43.

³⁷ Vgl. dazu die Informationen der Europäischen Kommission auf ihrer Website (nur in englischer Sprache verfügbar): «State Aid. Tax Rulings», https://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

Freihandelsabkommen (FHA)³⁸ und das Luftverkehrsabkommen.³⁹ In beiden Fällen gehört eine Beihilferegulierung dazu, die allerdings im Vergleich mit dem heutigen EU-Recht rudimentär ausgestaltet ist und keine institutionelle Regelung umfasst (insbes. keine verfahrensrechtlichen Vorschriften über ein Anmelde- und Prüfverfahren).⁴⁰

[29] Das InstA betrifft die Beihilfenregelungen in diesen beiden Abkommen in unterschiedlicher Weise, und zwar sowohl institutionell als auch materiell (womit es in diesem Bereich faktisch über seinen Titel hinausgeht). So gehört das Luftverkehrsabkommen zu jenen fünf heute bestehenden bilateralen Abkommen, auf welche das InstA künftig anwendbar sein soll. Hierzu enthält der Entwurf denn auch detaillierte Bestimmungen, welche das bilaterale Beihilfenrecht in Einklang mit dem modernen EU-Beihilfenrecht im Bereich des Luftverkehrs bringen sollen (Teil II, Kapitel 2 sowie Anhang X E-InstA).

[30] Im Unterschied dazu ist das FHA nicht Teil der fünf direkt vom InstA erfassten Abkommen. Die Verhandlungsparteien haben dem Entwurfstext für das InstA aber zwei das FHA betreffende Dokumente beigelegt:

- Zum einen handelt es sich um eine gemeinsame Erklärung, welche auf eine spätere Revision bzw. umfassende Modernisierung insbes. des FHA zielt, einschliesslich seiner Wettbewerbsregeln. Die Erklärung hält fest, dass dies in einem späteren Schritt an die Hand genommen werden soll.⁴¹
- Zum anderen geht es um den Entwurf für einen Beschluss des Gemischten Ausschusses zum FHA, der nach dem Inkrafttreten des InstA verabschiedet werden soll.⁴² Dieses zweite Dokument zielt auf einen Zwischenschritt in Richtung der Entwicklung hin zu einer umfassenden Revision des FHA. Danach soll im Fall von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien im Bereich des FHA zur Unterstützung des Gemischten Ausschusses, «falls notwendig und gewünscht», das mit dem InstA geschaffene Schiedsgericht schon vor der formellen Revision von beiden Parteien gemeinsam (also nicht einseitig wie im E-InstA für die dort erfassten Abkommen) angerufen werden können.

[31] Der vom Bundesrat angesprochene heikle Punkt betr. staatliche Beihilfen und insbes. das FHA betrifft nun aber weder die Aussicht einer Modernisierung des Beihilfenregimes noch die

³⁸ Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, für die Schweiz SR 0.632.401, für die EWG (heute die EU) ABl. 1972 L 300/189.

³⁹ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, für die Schweiz SR 0.748.127.192.68, für die EG (heute die EU) ABl. 2002 L 114/73.

⁴⁰ Vgl. hierzu bereits CHRISTA TOBLER, «Bilaterales Wettbewerbsrecht Schweiz – EU: Uneinheitlich, ineffizient und irrelevant?», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 2013, 3–25. Spezifisch zum Beihilferecht JEAN-FRANÇOIS MAYORAZ, Staatliche Beihilfen in den Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Zürich: Schulthess 2018 sowie CLAUDIA SEITZ/ANDRÉ S. BERNE, «Das europäische Beihilferecht und die Schweiz. Neuer Entwicklungen unter Berücksichtigung des Entwurfs des institutionellen Abkommens zwischen der Schweiz und der EU», in: Astrid Epiney/Lena Hehemann/Petru Emanuel Zltescu (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2019*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2019, 413–454, mit weiteren Hinweisen.

⁴¹ Gemeinsame Erklärung EU–Schweiz zu den Handelsabkommen, S. 32 des Dokuments mit dem Entwurfstext, https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/Accord-inst-Projet-de-texte_de.pdf (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

⁴² Entwurf für einen Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses nach Artikel 29 des am 22. Juli 1972 in Brüssel abgeschlossenen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, S. 35 des Dokuments mit dem Entwurfstext, https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/Accord-inst-Projet-de-texte_de.pdf (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

mögliche Rolle des Schiedsgerichts im Rahmen des FHA als solche. Vielmehr befürchtet der Bundesrat eine aus der Sicht der Schweiz ungünstige Auswirkung der letzten Erwägung in der Präambel zum erwähnten Beschlussentwurf. Danach sind die Schweiz und die EU:

«[...] übereingekommen, dass die Bestimmungen von Teil II des Institutionellen Abkommens eine spätere Übereinkunft der Parteien im Sinne von Artikel 31 des Wiener Übereinkommens von 1969 über das Recht der Verträge darstellen, die für die Auslegung von Artikel 23 Absatz 1 Ziffer iii des Abkommens massgebend ist, und das dessen Anwendung fortan von dieser Auslegung geleitet werden soll».

[32] Nach ihrem Wortlaut geht es bei dieser Erwägung um die künftige Auslegung von Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA – die Beihilfebestimmung im bestehenden FHA – im Sinne des modernen EU-Beihilferechts. Faktisch hätte sie nur auf der Seite der Schweiz Auswirkungen: Die damalige Europäische Gemeinschaft hatte dem FHA bereits zur Zeit seiner Unterzeichnung im Jahr 1972 eine einseitige Erklärung beigelegt, wonach sie Art. 23 FHA nach den im relevanten Zeitpunkt geltenden Massstäben des Gemeinschaftsrechts (bzw. heute des Unionsrechts) auslegen will (was die Europäische Kommission im sog. Unternehmenssteuerstreit zwischen der Schweiz und der EU denn auch tun sollte).⁴³

[33] Der Bundesrat scheint nun zu befürchten, dass die genannte Erwägung auch über das FHA hinaus Wirkungen entfalten könnte. Zudem ist in den Erläuterungen zum E-InstA⁴⁴ zu lesen, die genannte Passage bedeute, dass die FHA-Beihilfebestimmungen bereits ab dem Inkrafttreten des InstA im Einklang mit den Beihilfebestimmungen des InstA auszulegen seien (und nicht erst nach dem Inkrafttreten des Beschlusses des Gemeinsamen Ausschusses). Ich habe dem im Wesentlichen mit dem Argument widersprochen, ein blosses Beschlussdokument könne vor seinem Inkrafttreten keine rechtlichen Wirkungen der erwähnten Art entfalten.⁴⁵ Wie der Brief des Bundesrats an die Europäische Kommission zeigt, halten Bundesrat und Bundesverwaltung aber an ihrer Auslegung fest. Vor diesem Hintergrund ist es das Anliegen des Bundesrats, die befürchtete Wirkung auszuschliessen, idealerweise indem der bewusste Erwägungsgrund gestrichen wird.

3.1.2. Lösungsvorschläge

[34] Die Vorschläge zu diesem Punkt sind sehr unterschiedlich. Die Motionen der beiden WAK halten sich kurz und sind sehr allgemein gefasst: «Staatliche Beihilfen: Es ist sicherzustellen, dass die heutigen in der Schweiz bekannten Beihilfen nicht ausgeschlossen werden und der nötige Spielraum auch für die Zukunft erhalten bleibt.» Zu den rechtlichen Mitteln, mit denen dieses Ziel erreicht werden soll, wird nichts gesagt.

⁴³ DAZU TOBLER (Fn. 37), SOWIE CHRISTA TOBLER, «State aid under Swiss-EU bilateral Law: The Example of Company Taxation», in: Mielle Bulterman/Leigh Hancher/Alison McDonnell/Hannah Sevenster (Hrsg.), *Views of European Law from the Mountain. Liber Amicorum Piet Jan Slot*, Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands: Wolters Kluwer, Law & Business 2009, 195–205.

⁴⁴ Schweizerische Eidgenossenschaft, Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz–EU, 16. Januar 2019, https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/InstA-Erlaeuterungen_de.pdf (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

⁴⁵ CHRISTA TOBLER, «Rahmenabkommen und staatliche Beihilfen», NZZ 14. März 2019.

[35] AMBÜHL und SCHERER gehen in die gleiche Richtung, sind aber konkreter. Sie schreiben unter dem Stichwort der Dynamisierung: «Die Schweiz akzeptiert den Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme. Für einige Themen von vitalem Interesse gibt es eine Ausnahme von der Rechtsübernahmepflicht.» Für Autor und Autorin ist es eine rein politische Frage, welche Themen als «vital» eingestuft werden sollten; sie geben diesbezüglich keine Meinung ab. Sie nennen als Beispiel für ein solches Thema u.a. den Lohnschutz und «gegebenenfalls die staatlichen Beihilfen». Offen bleibt, ob mit dieser Ausnahme eine grundsätzliche Änderung des Entwurfstextes in dem Sinne gemeint ist, dass sowohl der Teil über die Modernisierung der Beihilferegulation im Luftverkehrsrecht als auch der Beschlussentwurf für das Freihandelsabkommen gestrichen werden sollen, oder aber «nur» die Anpassung an künftiges, neues EU-Recht im Bereich der Beihilfen. Letzteres würde rechtstechnisch bedeuten, dass Art. 5 E-InstA eine Liste von Ausnahmen beigefügt würde, welche u.a. (d.h. neben anderen Ausnahmen) die Kategorie der künftigen EU-Beihilferegulungen für den Sektor des Luftverkehrs nennen würde.

[36] Nach der hier vertretenen Einschätzung ist es allerdings für beide Varianten unwahrscheinlich, dass die EU einer solchen Änderung des Entwurfstextes zustimmen würde. In ihrer Optik geht es vielmehr darum, endlich zumindest in wichtigen Bereichen des bilateralen Rechts die oben erwähnte Logik des (erweiterten) Binnenmarktes herzustellen, zu dem auch griffige Wettbewerbsregeln gehören.

[37] Im Unterschied zu den erwähnten Vorschlägen scheint die Plattform Schweiz-Europa der Auffassung zu sein, dass die Befürchtungen des Bundesrats unbegründet sind und gar keine spezielle Lösung nötig ist. Die Plattform schreibt hierzu: «Die Frage der Beihilferegulation für Kantone wird sich erst im Rahmen von Neuverhandlungen des Freihandelsabkommens von 1972 stellen und wird durch das Rahmenabkommen nicht präjudiziert.»

[38] Wie bereits erwähnt, teile ich die Meinung, dass das E-InstA den hier relevanten Punkt nicht unmittelbar regelt. Trotzdem scheint es mir sinnvoll, mit Blick auf die Befürchtungen des Bundesrats vorausschauend zu handeln und diesen Punkt in einer gemeinsamen Erklärung zum InstA anzusprechen. Das Ziel einer solchen Erklärung wäre es vorab, eine horizontale Wirkung (d.h. eine Wirkung auch auf andere Bereiche des bilateralen Rechts) des Kapitels 2 im Teil II E-InstA zu vermeiden. Weiter soll festgehalten werden, dass der das FHA betreffende Beschlussentwurf nicht schon mit dem Inkrafttreten des InstA Rechtswirkungen entfaltet, sondern erst mit seinem eigenen Inkrafttreten und zudem nur für das FHA. Dies führt mich sinngemäss zu folgendem Vorschlag:

«Staatliche Beihilfen:

Die Parteien halten fest, dass die Bestimmungen von Teil II Kapitel 2 des Institutionellen Abkommens zur Zeit der Unterzeichnung dieses Abkommens ausschliesslich auf das am 21. Juni 1999 zwischen den Parteien abgeschlossene Abkommen über den Luftverkehr anwendbar sind. Weiter bekräftigen die Parteien, dass der zur Zeit als Entwurf vorliegende Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses nach Artikel 29 des am 22. Juli 1972 in Brüssel abgeschlossenen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft so rasch wie möglich nach dem Abschluss des Institutionellen Abkommens vom Gemischten Ausschuss mit Blick auf seine formelle Verabschiedung wieder aufgenommen werden soll. Er wird nach seinem Inkrafttreten einzig für das Freihandelsabkommen Rechtswirkungen entfalten.»

[39] Mit der Formulierung, wonach der Entwurf nach dem Abschluss «wieder aufgenommen werden soll», wird zudem die Möglichkeit impliziert, dass die Parteien via den Gemischten Ausschuss über den Beschluss unter Umständen noch einmal inhaltlich beraten und z.B. übereinkommen, zu jenem Zeitpunkt die letzte Erwägung der Präambel wieder zu streichen. Dies dürfte zwar den Absichten der EU zuwiderlaufen. Sie dürfte den Text vielmehr so verstehen wollen, dass sich die Schweiz verpflichtet, der Verabschiedung des Entwurfs in der vorliegenden Form zuzustimmen. Tatsächlich kann die Schweiz aber zu einem Abschluss ohnehin nicht gezwungen werden. Insgesamt könnte die EU möglicherweise zum Schluss gelangen, dass sich diese punktuelle Konzession lohnt, wenn dadurch erreicht werden kann, dass die Schweiz das InstA unterzeichnet.

[40] Die von COTTIER für die Plattform Schweiz-Europa in Ergänzung zu ihrer Petition erarbeitete auslegende Erklärung geht grundsätzlich in dieselbe Richtung. Sie lautet im Entwurf:

«Die gemeinsame Erklärung Schweiz-EU zu den Handelsabkommen ist dahin auszulegen, dass die Frage des Umfangs, Art und Weise der Übernahme des Beihilferechts des Rahmenvertrages gemäss Art. 8 in einem revidierten Wirtschaftsabkommen Gegenstand von Verhandlungen sein wird und weder durch die gemeinsame Erklärung Schweiz-EU zu den Handelsabkommen noch durch die in Annex X zum Rahmenabkommen aufgelisteten Bestimmungen der EU betreffend den Luftverkehr präjudiziert wird. Der letzte Erwägungsgrund des Entwurfs für den Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses bewirkt nach dessen Annahme allein, dass bei der Auslegung von Artikel 23 die Beihilfebestimmungen von Art. 8 A und Art. 8 B als Kontext im Rahmen von Wortlaut und Zweck des Freihandelsabkommens und insbesondere von Artikel 23 zu berücksichtigen sind.

Artikel 1 des Entwurfs des Beschlusses des gemischten Ausschusses gemäss Art. 29 des Freihandelsabkommens von 1972 ist sodann unter Berücksichtigung von Ziff. 8 der Gemeinsamen Erklärung zu den Handelsabkommen auszulegen. Diese Bestimmung sieht klarerweise vor, dass das Schiedsgericht nach Inkrafttreten des Rahmenabkommens und vor Inkrafttreten der revidierten Freihandelsabkommens nur im Einverständnis beider Parteien angerufen werden kann.»

3.2. Lohnschutz

3.2.1. Zur Thematik

[41] Der Lohnschutz gehört im Rahmen des bilateralen Rechts zur Thematik der Entsendung, welche vom Freizügigkeitsabkommen (FZA) ausdrücklich erfasst wird.⁴⁶ Eine Entsendung liegt vor, wenn ein Unternehmen grenzüberschreitend eine Dienstleistung erbringt und dafür Personal mitbringt. Rechtssystematisch geht es dabei einerseits um die Dienstleistungsfreiheit des entsendenden Unternehmens und andererseits um den arbeitsrechtlichen Schutz der entsandten Arbeitskräfte. Für diesen letzteren Aspekt verweist das Abkommen auf die

⁴⁶ Vgl. TOBLER/BEGLINGER-BREVIER (Fn. 6), ab 52. Frage.

EU-Entsenderichtlinie 96/71⁴⁷ in der Version vor der kürzlich in der EU erfolgten Änderung durch die Richtlinie 2018/957;⁴⁸ das FZA ist diesbezüglich bisher nicht angepasst worden. Ebenso gehört die sog. EU-Durchsetzungsrichtlinie 2014/67⁴⁹ bisher nicht zum bilateralen Rechtsbestand. Beide Instrumente enthalten im Vergleich zum früheren EU-Recht und dem heutigen bilateralen Recht für bestimmte Bereiche detailliertere Bestimmungen über den Lohnschutz.⁵⁰

[42] Das heutige schweizerische Recht zum Lohnschutz (die sog. flankierenden Massnahmen, FlaM) enthält einzelne Bestimmungen, welche gemäss der Auffassung der EU den Vorgaben des heute geltenden FZA widersprechen, darunter insbes. die Voranmeldepflicht für dienstleistende Unternehmen (sog. 8-Tage-Regel) und die Kautionspflicht. In der Wissenschaft wird die Vereinbarkeit dieser Regelungen mit dem FZA kontrovers beurteilt.⁵¹

[43] Der Entwurf für das InstA sieht vor, dass die neuen Entsenderegeln der EU in das FZA integriert werden, wobei aber für die Schweiz angesichts ihrer besonderen Situation im Vergleich zu den EU-Staaten gewisse Sonderregelungen gelten sollen (Protokoll 1 über die anwendbaren Regeln zur Berücksichtigung der Besonderheiten des Schweizer Arbeitsmarkts). Der Bundesrat möchte diesbezüglich erreichen, dass «Rechtssicherheit bezüglich des in der Schweiz geltenden Lohnschutzniveaus» geschaffen wird. Bei dieser vagen Formulierung bleibt allerdings offen, wozu es genau geht und mit welchen Mitteln das anvisierte Ziel gegenüber dem heute vorliegenden Entwurfstext erreicht werden soll.

3.2.2. Lösungsvorschläge

[44] Auch hier ist die Plattform Schweiz-Europa der Auffassung, dass faktisch gar kein Problem besteht. Sie verweist hierzu auf die Sonderregelungen, welche das Protokoll 1 für die Schweiz vorsieht: «Das Rahmenabkommen verbessert entgegen der Haltung der Gewerkschaften den Lohnschutz gegenüber der heutigen Rechtslage unter dem Freizügigkeitsabkommen. Es gewährleistet eine viertägige Voranmeldung und eine Kautionspflicht für Säumige, die über das EU-Recht hinausgehen. Das Abkommen eröffnet neue Möglichkeiten der Amts- und Rechtshilfe und stärkt die Durchsetzung des Lohnschutzes gegenüber ausländischen Dienstleistungserbringern. Es kann nicht Aufgabe des Rahmenabkommens sein, weitere innenpolitische Reformen des Arbeitsmarktes zu präjudizieren und eine Zustimmung zum Abkommen von diesen Reformen abhängig zu machen. Diese müssen unabhängig davon an die Hand genommen werden.»

⁴⁷ Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18/1.

⁴⁸ Richtlinie 2018/957/EU zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 2018 L 173/16.

⁴⁹ 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 («IMI-Verordnung»), ABl. 2014 L 159/11.

⁵⁰ Dazu TOBLER/BEGLINGER-BREVIER (Fn. 6), ab 58. Frage.

⁵¹ Für die Vereinbarkeit spricht sich KURT PÄRLI, *Entsendegesetz (EntsG)*, Bern: Stämpfli 2018, Art. 6 EntsG, Rz. 42 ff., aus, dagegen PHILIPP ZURKINDEN/BERNHARD C. LAUTERBURG, *Institutionelles Abkommen – Rechtsgutachten zuhanden der WAK-N: Auswirkungen auf die flankierenden Massnahmen*, Bern, 24. Februar 2019, S. 19, sowie ASTRID EPINEY/PATRIZIA ZBINDEN, «Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG», *Cahiers fribourgeois de droit européen no 8/Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8*, Freiburg i.Üe.: EuropaInstitut der Universität Freiburg 2009, S. 29 ff.; ebenfalls ASTRID EPINEY/LENA HEHEMANN, «Die Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung», Jusletter 8. April 2019, Rz. 31.

[45] Gemäss den WAK-Motionen muss der Lohnschutz «auf dem heutigen Stand sichergestellt und nach Bedarf weiterentwickelt werden können. Die Sozialpartner sind in die geforderten Nachbesserungen einzubeziehen.» Auch hier wird nicht ausgeführt, was genau gemeint ist.

[46] AMBÜHL und SCHERER sind konkreter: Sie nennen auch diesen Bereich als ein Beispiel eines Themas von vitalem Interesse für die Schweiz, für welches der Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme nicht gelten sollte. Sie lassen offen, in welcher Form eine solche Ausnahmeregelung formuliert werden sollte: via eine Liste von Ausnahmen oder via eine verbindliche gemeinsame Erklärung. Sollte Art. 5 E-InstA eine Liste von Ausnahmen beigefügt werden, so müssten nach der hier vertretenen Meinung (Tobler) folgerichtig auch die Sonderregelungen im E-InstA gestrichen werden.

[47] Auch hier ist meine Einschätzung, dass die EU dafür nicht zu gewinnen wäre, weshalb ich auch hier vorschlagen möchte, dass eine den Lohn- bzw. den Arbeitsschutz betreffende Aussage in eine gemeinsame Erklärung aufgenommen wird. Sie könnte sinngemäss wie folgt lauten:

«Lohnschutz bzw. Arbeitsschutz im Falle der Entsendung:

Die Parteien anerkennen, dass sich die Schweiz wegen ihres hohen Lohnniveaus mit Blick auf die Entsendung von Arbeitskräften in einer besonderen Situation befindet, in welcher der Grundsatz gleichen Lohn für gleiche Arbeit von besonderer Wichtigkeit ist und dauerhaft gelten muss. Die Parteien gehen davon aus, dass die in das Freizügigkeitsabkommen aufgenommenen Bestimmungen über Arbeitsschutzmassnahmen auch über die der Schweiz im Institutionellen Abkommen dauerhaft eingeräumten Sonderregelungen gesetzgeberische Spielräume für griffige Schutzmassnahmen bieten. Die Durchführung von Kontrollen der Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen kann in der Schweiz weiterhin den Sozialpartnern anvertraut werden.»

[48] Diese Formulierung zielt darauf, die faktische Sonderposition der Schweiz und die Relevanz des Grundsatzes «gleicher Lohn für gleiche Arbeit» für ihr Staatsgebiet ebenso wie die Sonderregelungen dauerhaft zu verankern. Gleichzeitig soll festgehalten werden, dass es auch innerhalb des neuen EU-Rechts Freiräume für die Formulierung von Schutzmassnahmen gibt, welche die Staaten in guten Treuen nutzen können. Das EU-Entsenderecht statuiert neben bestimmten spezifischen Regelungen für alle anderen Aspekte lediglich den allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismässigkeit. Das heisst, dass die Staaten innerhalb dieses Rahmens frei sind, Schutzmassnahmen zu formulieren. Schliesslich soll festgehalten werden, dass die Kontrolle der Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen in der Schweiz wie bis anhin an die Sozialpartner delegiert werden kann.

[49] Im Vergleich dazu ist die von COTTIER für die Plattform Schweiz-Europa erarbeitete auslegende Erklärung etwas allgemeiner formuliert. Sie lautet im Entwurf:

«Die ausdrückliche Anerkennung des Grundsatzes gleicher Lohn für gleiche Arbeit in Protokoll 1 zum Rahmenabkommen ist dahin auszulegen, dass dieser eine weiterhin wirksame Kontrolle des Lohnschutzes für entsandte Arbeitende im Rahmen der vertraglichen Bestimmungen ermöglicht und verlangt. Die Wirksamkeit (*efficacité*) der flankierenden Massnahmen hängt weiterhin von den getroffenen Kontrollmassnahmen vor Ort ab. Diese bilden auch eine wesentliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der Zusammenarbeit unter Behörden der Vertragsparteien im Rahmen

des Informationssystems IMI und der Amts- und Rechtshilfe. Die Dichte und Verhältnismässigkeit der Kontrollmassnahmen seitens der Schweiz bemisst sich daher unter Berücksichtigung der künftigen Wirksamkeit der Zusammenarbeit in der Amts- und Rechtshilfe mit den einzelnen betroffenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Protokoll 1 und die einschlägigen Richtlinien sind sodann dahin auszulegen, dass das Rahmenabkommen die im Auftrage des Bundes an die Sozialpartner delegierte Durchführung der Kontrollmassnahmen in Zusammenarbeit mit den Behörden der Rechtspflege weiterhin im Interesse eines wirksamen Lohnschutzes im Bereich des Entsenderechts zulässt.»

3.3. Unionsbürgerrichtlinie

3.3.1. Zur Thematik

[50] Die Richtlinie 2004/38⁵² betrifft laut ihrem Titel «das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten». ⁵³ Von hier stammt der informelle Name der «Unionsbürgerrichtlinie» (UBR). In der EU wird die Richtlinie entsprechend ihrem Regelungsbereich auch als «Freizügigkeitsrichtlinie» bezeichnet. Sie fasst im Wesentlichen eine Anzahl älterer Gesetzgebungsakte über das Recht auf Einreise, Ausreise und Aufenthalt und den Familiennachzug zusammen und modernisiert die entsprechenden Bestimmungen. Zudem fügt sie gewisse Elemente bei, welche auf das zur Zeit der früheren Gesetzgebung noch nicht bestehende Institut der Unionsbürgerschaft zurückzuführen sind. Die Richtlinie hat insofern einen doppelten Ursprung.

[51] Das bilaterale Freizügigkeitsabkommen (FZA) enthält bereits jetzt Regelungen über Einreise, Ausreise und Aufenthalt sowie den Familiennachzug. Diese entsprechen aber der alten EU-Gesetzgebung. Das FZA wurde bisher diesbezüglich nicht auf den Stand der UBR gebracht, weil der BR sich dem diesbezüglichen Wunsch der EU widersetzte. Als das Thema mit dem InstA wiederaufkam, wollte der Bundesrat die UBR zuerst ganz vom dynamischen Aufdatierungsprozess ausklammern. Heute scheint er die Meinung zu vertreten, dass im Rahmen des InstA jedenfalls nicht die *ganze* Richtlinie relevant sein könne (so Bundesrat Cassis im November 2019 am Europaforum in Luzern). Die EU strebte umgekehrt an, dass die Richtlinie – gleich wie im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) – grundsätzlich vollumfänglich vom Grundsatz der dynamischen Aufdatierung erfasst wird. Für den EWR gelten gewisse einschränkende Erklärungen, deren rechtliche Tragweise bislang aber unklar ist. ⁵⁴

[52] Im Entwurfstext zum InstA erscheint die Richtlinie 2004/38 nicht ausdrücklich. Dies heisst rechtlich, dass sich auf der Ebene des Vertragstextes weder die EU noch die Schweiz durchsetzen konnten. Vor diesem Hintergrund will der Bundesrat in seinem Brief vom Juni 2019 an die Europäische Kommission gegenüber der EU präzisieren, «dass keine Bestimmung des institutionellen

⁵² Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. 2004 L 158/77.

⁵³ Vgl. TOBLER/BEGLINGER-BREVIER (Fn. 6), ab 44. Frage.

⁵⁴ Vgl. dazu z.B. CHRISTA TOBLER, «Free Movement of Persons in the EU v. in the EEA: Of Effect-Related Homogeneity and a Reversed *Polydor* Principle», European Papers 8 February 2019, 1429–1451.

Abkommens als Verpflichtung der Schweiz zur Übernahme der genannten Richtlinie sowie ihrer Weiterentwicklungen ausgelegt werden kann und dass eine allfällige Übernahme der genannten Richtlinie durch die Schweiz nur mittels Verhandlungen zwischen den Parteien erfolgen kann». Nach der hier vertretenen Auffassung ist v.a. der erste Teil dieser Formulierung nicht besonders glücklich, weil aus rechtlicher Sicht nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden kann, dass jedenfalls Teile der UBR FZA-relevant sind. Der zweite Teil (Notwendigkeit von formellen Vertragsänderungsverhandlungen) ist dagegen, wie unten zu zeigen sein wird, rechtlich zutreffend.

3.3.2. Lösungsvorschläge

[53] Auch hier gehen die Lösungsvorschläge in verschiedene Richtungen. Die WAK-Motionen halten zur Unionsbürgerrichtlinie fest: «Diese ist für die Schweiz nicht tragbar und muss explizit ausgeschlossen werden. Auch über im Europäischen Gerichtshof (EuGH) geführte Einzelprozesse darf diese nicht auf indirektem Weg für die Schweiz übernommen werden.» AMBÜHL und SCHERER zielen in dieselbe Richtung, indem sie UBR zu den vitalen Bereichen der Schweiz zählen, wofür eine Ausnahme vom Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme gelten sollte. Auch hier halte ich es aber für unrealistisch, dass sich diese Vorschläge, welche einen Kernbereich der Freizügigkeit ausklammern wollen, umsetzen lassen.

[54] Die Plattform Schweiz-Europa geht eher in die Richtung des Bundesrats: «Die Unionsbürgerrichtlinie wird im Abkommen nicht erwähnt. Ihre Behandlung gehört sachlich in den Bereich des Freizügigkeitsabkommens und wird Gegenstand von künftigen Verhandlungen in dessen Rahmen sein. Komplexe Fragen der Zuständigkeit für Sozialhilfeleistungen an EU Angehörige bzw. an Auslandschweizer in der EU können nicht im Rahmenabkommen auf die eine oder andere Seite entschieden werden.» Die von CORTIER vor diesem Hintergrund erarbeitete auslegende Erklärung lautet im Entwurf:

«Art. 2, Art 5 und Protokoll 2 des Rahmenabkommens sind dahin auszulegen, dass die Schweiz die weder im Freizügigkeitsabkommen noch im Rahmenabkommen erwähnte Richtlinie 2004/38/EG im Rahmen des Rahmenabkommens insoweit zu übernehmen hat, als sie in den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens von 2004 fallen und hierzu einen klaren Bezug aufweisen und eine spätere teilweise Übernahme weitergehender Rechte durch die Schweiz als Nichtmitgliedstaat der Union nicht präjudiziert. Die Frage wird im Zuge des Wechsels von Heimatstaatsprinzip zu Wohnortprinzip im Fürsorgewesen Gegenstand von späteren Verhandlungen im Rahmen von Art. 18 des Freizügigkeitsabkommen sein.»

[55] Mein eigener Vorschlag geht in dieselbe Richtung, ist aber knapper formuliert. In eine gemeinsame Erklärung könnte sinngemäss die folgende Passage aufgenommen werden:

«Unionsbürgerrichtlinie:

Die Parteien halten fest, dass eine Anpassung des Freizügigkeitsabkommens an die hierfür relevanten Bestimmungen der Richtlinie 2004/38 gemäss Art. 18 FZA im Weg der formellen Revision des Abkommens zu erfolgen hat.»

[56] Damit soll festgehalten werden, dass es zur Übernahme der Richtlinie entsprechend den Vorgaben des FZA ein formelles Änderungsverfahren brauchen würde. Wie EPINEY und AFFOLTER⁵⁵ zu Recht bemerken, sind auch im Rahmen des E-InstA die Zuständigkeiten im betreffenden Abkommen zu beachten. Dies ergibt sich konkret aus Art. 13 Abs. 2 E-InstA. Danach fasst der Gemischte Ausschuss «gemäss dem im betroffenen Abkommen vorgesehenen Verfahren einen Beschluss oder schlägt falls notwendig eine Revision des betroffenen Abkommens vor, um den Rechtsakt der Europäischen Union darin zu integrieren».

[57] Zugleich impliziert die vorgeschlagene Erklärung, dass das Übernahmeverfahren Raum für inhaltliche Diskussionen über das Ausmass des zu Übernehmenden böte. Im wissenschaftlichen Schrifttum gehen die Meinungen zur Reichweite der Übernahmepflicht mit Blick auf die UBR auseinander.⁵⁶ Insgesamt halte ich es angesichts der Doppelnatur der UBR rechtlich weder für angemessen, die Richtlinie ganz auszuschliessen noch sie ganz einzuschliessen. Mit dem hier vorgeschlagenen Text wäre in dieser Hinsicht nichts präjudiziert; es müsste vielmehr sowohl im Gemischten Ausschuss als auch später im Rahmen des ordentlichen Revisionsverfahrens darüber verhandelt werden, was von der Richtlinie wirklich FZA-relevant ist.

[58] Unauflösbare Meinungsverschiedenheiten im Gemischten Ausschuss zur Reichweite der Übernahmepflicht könnten, da sie die Auslegung von Art. 5 E-InstA betreffen, zu einem Streitbeilegungsverfahren mit Anrufung des Schiedsgerichts sowie des EuGH führen. Letzterer hätte die Frage zu beurteilen, welche Teile der UBR thematisch zum EU-Freizügigkeitsrecht gehören, das in das FZA inkorporiert worden ist, und welche nicht.⁵⁷ Eine Anrufung des EuGH zu dieser Frage hätte den Vorteil, dass er in seiner eigenen Rechtsprechung bereits früher festgehalten hat, dass gewisse Bestimmungen der Richtlinie in der Unionsbürgerschaft begründet sind (so z.B. in der Rechtssache *Ziebell*,⁵⁸ wonach es der Begriff der Unionsbürgerschaft rechtfertigt, dass nur den Unionsbürgerinnen und -bürgern erheblich verstärkte Garantien in Bezug auf die Ausweisung wie diejenigen des Art. 28 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 zuerkannt werden).⁵⁹ Sollte sich eine der beiden Parteien nicht an den Befund von EuGH und/oder Schiedsgericht halten, so könnte die andere (also gegebenenfalls auch die Schweiz) letztlich zu angemessenen Ausgleichsmassnahmen greifen.

⁵⁵ ASTRID EPINEY/SIAN AFFOLTER, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter 11. März 2019, Rz. 24 ff.

⁵⁶ So denken z.B. EPINEY/AFFOLTER (Fn. 55), Rz. 23, dass das Daueraufenthaltsrecht nicht zum FZA-relevanten Rechtsbestand gehört. Diese Auffassung teile ich nicht. Vgl. im Übrigen das TOBLER/BEGLINGER-BREVIER (Fn. 6), 49. Frage.

⁵⁷ OESCH (Fn. 1) führt hierzu unter V.C., Fussnote 16, aus: «As resolving such a dispute arguably will require the interpretation of a concept of EU law (namely Union rules on the free movement of persons, in particular the freedom of workers and of establishment, the Citizenship Directive 2004/38/EC and the directives which it replaced), the arbitration panel will be obliged to refer the matter to the ECJ (Article 10(3) InstA).»

⁵⁸ EuGH, Rs.C-371/18 *Nural Ziebell v Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2011:809.

⁵⁹ Der Fall betraf das bilaterale Vertragsverhältnis zwischen der EU und der Türkei und die Frage, ob die verschärfte EU-Regelung auf dieses Verhältnis übertragen werden könne. Der EuGH verneinte dies.

4. **Verfahrensrechtlicher Vorschlag, falls auf absehbare Zeit keine Lösung gefunden wird: Zwischenschritt in der Form eines Interimsabkommens**

[59] Schliesslich sei zum Schluss ein weiterer, verfahrensrechtlicher Vorschlag erwähnt. Im November 2019 haben AMBÜHL und SCHERER ihren im Februar vorgelegten Vorschlägen zur Erreichung eines inhaltlichen Interessenausgleichs durch Nachverhandlungen ein weiteres, auf das Verfahren ausgerichtetes Element hinzugefügt.⁶⁰ Autor und Autorin präsentieren ihren Verfahrensvorschlag vor dem Hintergrund von verhandlungstechnischen Lehren, welche sie aus dem Brexit ziehen und auf die Schweiz übertragen.

[60] Der Vorschlag ist für den Fall gedacht, dass es nicht gelingt, auf absehbare Zeit einen tragfähigen Interessenausgleich zu finden, der mit einer genügend grossen Wahrscheinlichkeit auch vom Schweizer Stimmvolk getragen wird. Nach der Überzeugung von AMBÜHL und SCHERER sollte in diesem Fall ein Ausweg gesucht werden, *bevor* ein tatsächliches Scheitern durch Ablehnung des Bundesrates, des Parlaments oder des Volks eintritt. In dieser Situation wäre das Ziel das Suchen eines Ausweges in der Form einer Zwischenlösung, um die guten bilateralen Beziehungen zu erhalten bzw. die negativen Folgen der (vorläufigen) Nichtunterzeichnung des InstAs abzufedern, z.B. durch ein Interimsabkommen in der Form eines niederschweligen sog. *Memo-randum of Understanding*.

[61] Den möglichen Inhalt eines solchen Interimsabkommens umschreiben AMBÜHL und SCHERER wie folgt: «Die Partnerinnen könnten darin vereinbaren, dass einerseits die Aufdatierung bestehender Verträge im gewohnten Rahmen weitergeführt wird und andererseits die Schweiz bis auf weiteres auf Forderungen nach neuen Marktzugangsabkommen verzichtet. Als Zeichen des guten Willens und zur Entkoppelung der politischen Konditionalitäten könnte sich die Schweiz beim Kohäsionsbeitrag klar grosszügiger zeigen. Das kommt sie immer noch günstiger zu stehen als ein nicht ausgewogenes Rahmenabkommen oder unvorhersehbare Nadelstiche der EU. Des Weiteren liesse sich die Absicht festhalten, die Verhandlungen fortzuführen, sobald die Zeit dafür reif ist.»

[62] Autor und Autorin betonen im Gespräch, dass der Definition der «Aufdatierung im gewohnten Rahmen» in den Verhandlungen besondere Aufmerksamkeit zukäme. Sie sind der Auffassung, dass eine Einigung darüber keine unüberwindbare Hürde darstellen sollte, hat man doch in der Diplomatie auch Erfahrungen im Umgang mit dem verwandten Konzept des «courant normal». Darüber hinausgehend, könnten allenfalls offene Punkte, die das Aufdatieren betreffen und ohnehin keine grösseren Probleme darstellen, geklärt werden. Beide Seiten sollten zudem ihre Absicht bekunden, sog. «Nadelstiche» zu unterlassen. Als Folge davon würde die EU z.B. die heute ausgesetzte Anerkennung der Börsenäquivalenz erneuern sowie in der Zukunft – wenn die Schweiz die technischen Bedingungen dafür erfüllt – die Datenschutzäquivalenz gewähren.⁶¹

⁶⁰ MICHAEL AMBÜHL/DANIELA SCHERER, «Ein Interimsabkommen könnte den Rahmenvertrag mit der EU retten», NZZ 25. November 2019. – Die folgenden Ausführungen zu diesem Vorschlag stützen sich über den NZZ-Text hinaus auf Erläuterungen, welche AMBÜHL und SCHERER der Autorin des vorliegenden Beitrages im Rahmen eines Gesprächs gaben.

⁶¹ Dazu das TOBLER/BEGLINGER-BREVIER (Fn. 6), ab 136. Frage.

[63] DE SÉPIBUS (welche ihrerseits aus rechtlicher Sicht zum InstA publiziert hat)⁶² kritisiert, dass der Vorschlag die bisherige, erfolglose Strategie der Schweiz des «demander beaucoup, sans donner suffisamment en retour» fortsetze.⁶³ Gemeint ist das Aufdatieren auf der Seite der EU und die Kohäsionszahlung auf der Seite der Schweiz. Die Autorin befürchtet, dass es in einem so ausgerichteten Interimsabkommen aus dem Blickwinkel der EU keinen Interessenausgleich geben könnte. Tatsächlich dürfte es daran fehlen, wenn etwa das Aufdatieren «im gewohnten Rahmen» so verstanden würde, dass zwar die EU wie bisher regelmässigem Aufdatieren zuzustimmen hätte (z.B. in dem für die Schweizer Exportwirtschaft besonders wichtigen Bereich des Konformitätsabkommens⁶⁴ und nächstens konkret dem Bereich der Medizintechnikprodukte),⁶⁵ die Schweiz aber gleichzeitig wie bisher das Aufdatieren in anderen, ihr nicht genehmen Bereichen vollständig verweigern könnte (z.B. jenem der Personenfreizügigkeit).

[64] Diese Kritikpunkte werden allerdings durch Erläuterungen von AMBÜHL und SCHERER im Gespräch relativiert. So müsste in Verhandlungen über das Aufdatieren austariert werden, was genau während der Übergangszeit von der EU (und was allenfalls auch von der Schweiz) erwartet werden könnte. Weiter geht es beim Kohäsionsbeitrag nach der Vorstellung von AMBÜHL und SCHERER nicht einfach darum, den Beitrag im heute diskutierten Umfang⁶⁶ zu leisten. Vielmehr denken Autor und Autorin an einen markant höheren Beitrag, der als Zeichen des guten Willens und europäischer Solidarität der Schweiz verstanden werden könnte. Die Schweiz sollte sich dabei – so AMBÜHL und SCHERER im Gespräch – an den deutlich höheren Beiträgen orientieren, die die EWR/EFTA-Staaten im Rahmen ihrer EWR-Mitgliedschaft (sog. *EEA Grants* bzw. *Norway Grants*)⁶⁷ bzw. die EU-Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer EU-Mitgliedschaft leisten. Weiter wäre es Verhandlungssache, eine für beide Seiten akzeptable Formulierung zur Vereinbarung zu finden, wonach die Verhandlungen über das InstA zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufgenommen werden sollen.

[65] Die politischen Chancen dieses Vorschlags können aus rein rechtlicher Sicht nicht abschliessend eingeschätzt werden. Immerhin sei zur Höhe der Kohäsionszahlungen angemerkt, dass den höheren Beiträgen der EWR/EFTA-Staaten bzw. der EU-Staaten ein deutlich höherer Grad an Marktzugang via das EWR- bzw. das EU-Recht entspricht, als ihn das heutige bilaterale Recht bietet. AMBÜHL und SCHERER postulieren aber wegen des Vorwurfs der «Rosinenpickerei» an die Schweiz dafür, bei den Kohäsionszahlungen nicht kleinlich zu sein.

⁶² JOELLE DE SEPIBUS, «Ein institutionelles Dach für die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union – Wie weiter? Ein Überblick über die Vor- und Nachteile unterschiedlicher Optionen», Jusletter 14. Juli 2014.

⁶³ Doutes sur l'accord intermédiaire avec l'UE proposé par MICHAEL AMBÜHL, rts 26. November 2019.

⁶⁴ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, für die Schweiz SR 0.946.526.81, für die EG (heute die EU) ABl. 2002 L 114/369.

⁶⁵ Dazu etwa «Die Medtech-Branche stellt sich auf ein Scheitern des Rahmenabkommens ein – und trifft Vorkehrungen. Falls die Schweiz das institutionelle Abkommen nicht unterzeichnet, verlieren Schweizer Medtech-Firmen ihren direkten Zugang zum europäischen Binnenmarkt», NZZ 24. April 2019, sowie JAN ATTESLANDER, «Reale Schäden wegen Herumtrödeln beim Rahmenabkommen», 29. November 2019, <https://www.economiesuisse.ch/de/artikel/reale-schaeden-wegen-herumtroedeln-beim-rahmenabkommen> (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

⁶⁶ Siehe dazu: Schweizer Beitrag (Erweiterungsbeitrag) an ausgewählte EU-Staaten, <https://www.eda.admin.ch/dea/de/home/verhandlungen-offene-themen/offene-themen/beitrag.html> (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

⁶⁷ Siehe dazu <https://eeagrants.org/> (zuletzt besucht 17. Dezember 2019).

5. Schlussbemerkungen

[66] Diese letzte Bemerkung führt zurück zu den eingangs erwähnten Zielen, welche die Parteien mit dem InstA verfolgen: Auf der Seite der Schweiz die Sicherung des bilateralen Wegs und den Erhalt seiner Ausbaufähigkeit; auf der Seite der EU die Homogenität im erweiterten Binnenmarkt. Dieses letztere Anliegen ist meines Erachtens nachvollziehbar. In diesem Rahmen erscheint es mir illusorisch, dass – wie z.T. vorgeschlagen – ganze Teile des relevanten Rechts vom InstA ausgeschlossen werden können (z.B. die Relevanz des Beihilfenrechts für Steuerfragen und speziell *Steuer-Rulings*). Stattdessen erscheint es mir erfolgversprechender, auf eine klärende, gemeinsame Erklärung hinzuarbeiten, welche die vom Bundesrat erwähnten Befürchtungen relativiert. Zwar bedeutet dies ein gewisser Aufwand, weil eine gemeinsame Erklärung ausgehandelt werden muss. Auf der anderen Seite kann so ein erheblicher Grad an Rechtssicherheit erreicht werden, weil eine solche Erklärung beide Parteien bindet – zwar nicht als Teil des Abkommens selber, aber als ein gemeinsames Element zu seiner Auslegung.

CHRISTA TOBLER ist Professorin für das Recht der Europäischen Union an den Europainstituten der Universitäten Basel und Leiden (Niederlande).