Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Der Bundesrat

Bern, 26. Mai 2021

Bericht betreffend die Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der EU[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 («InstA»).

Übersicht

2006 zieht der Bundesrat offiziell die Möglichkeit eines «Rahmenabkommens» in Erwägung, um den bilateralen Weg mit der EU zu festigen. 2007 beschliesst er, die Zweckmässigkeit eines solchen Abkommens zu prüfen. Damit kommt er einem Wunsch des Parlaments nach, das die Prüfung der Zweckmässigkeit und Machbarkeit eines solchen Abkommens seit 2002 wiederholt gefordert hat. Die EU bekundet auch Interesse an einem «Rahmenabkommen», das sie in den Schlussfolgerungen des Rates vom 8. Dezember 2008 bestätigt. Diese halten das Ziel der EU fest, einen institutionellen Mechanismus für die bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU zu schaffen. Aber erst 2010 setzen die Schweiz und die EU eine gemeinsame Arbeitsgruppe ein, um die Möglichkeit eines «Rahmenabkommens» auf technischer Ebene zu explorieren Die Ergebnisse der Arbeitsgruppe werden trotz grösserer Differenzen als ermutigend angesehen. Sie erlauben es der Schweiz, ihre Strategie sowie ihre Grundsätze für eine institutionelle Lösung festzulegen. Angesichts eines steigenden Drucks seitens der Europäischen Kommission, die institutionelle Frage vor weiteren Fortschritten bei den offenen Dossiers zu klären, arbeitet die Schweiz 2012 zuhanden der EU Vorschläge für eine institutionelle Lösung aus. Dieser Austausch bringt die Diskussionen auf technischer Ebene wieder in Gang und ermöglicht es der Schweiz und der EU, 2013 ein gemeinsames «Non-Paper» mit drei möglichen Verhandlungsoptionen zu definieren. Die Schweiz und die EU bevorzugen die dritte Option mit einem Zwei-Pfeiler-Modell, bei dem die Schweiz und die EU je selbständig für die Auslegung und Überwachung in ihrem eigenen Hoheitsgebiet verantwortlich sind, wobei dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) eine Rolle bei der Streitbeilegung eingeräumt wird.

Auf dieser Grundlage werden 2014 nach der Verabschiedung der Mandate durch beide Parteien die Verhandlungen aufgenommen. Zwischen 2014 und 2018 treffen sich die Delegationen der Schweiz und der EU regelmässig im Rahmen formeller Verhandlungsrunden (mit einer Unterbrechung zwischen November 2014 und November 2015). Obwohl bei diesen Verhandlungen Kompromisse erzielt werden, insbesondere bezüglich der institutionellen Mechanismen, ist es nicht möglich, für bestimmte materielle Fragen im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsabkommen (FZA), das heisst der Unionsbürgerrichtlinie (UBRL) und den flankierenden Massnahmen (FlaM), eine Verhandlungslösung zu finden.

Am 23. November 2018 teilt die EU der Schweiz mit, dass die Verhandlungen über das institutionelle Abkommen (InstA) aus ihrer Sicht abgeschlossen sind. Sie verstärkt den Druck auf die Schweiz hinsichtlich eines raschen Abschlusses des Abkommens indem sie sich fortan weigert, die bestehenden bilateralen Abkommen weiter zu aktualisieren. Aufgrund der noch offenen Punkte verzichtet der Bundesrat auf die Paraphierung des Entwurfs des institutionellen Abkommens (InstA-Entwurf) und unterzieht ihn einer breiten landesweiten Konsultation. Diese erlaubt es, drei Punkte zu identifizieren, bei denen noch Klärungsbedarf besteht (UBRL, FlaM, staatliche Beihilfen). Über diese Punkte wird die EU am 7. Juni 2019 informiert.

Nach Einbezug der Kantone und Sozialpartner legt der Bundesrat am 11. November 2020 seine Position zu den drei verbleibenden offenen Punkten des InstA fest. Die Nachverhandlungen mit der EU ab Januar 2021 zu den von der Schweiz verlangten Klärungen führen zu einem besseren gegenseitigen Verständnis und ergeben auch einzelne inhaltliche Annäherungen. Sie bestätigen aber vor allem die grundsätzlichen Differenzen im Bereich der Personenfreizügigkeit, die bereits seit Anfang der Verhandlungen bestanden. Diese materiellen Differenzen werden zusätzlich verschärft durch die unterschiedliche Interessenlage der beiden Seiten: Nachdem die Schweiz in Bezug auf die institutionellen Mechanismen bereits souveränitätspolitische Konzessionen gemacht hat, braucht sie zum Schutz ihrer wesentlichen Interessen zumindest im sensiblen Bereich der Personenfreizügigkeit eine punktuelle Begrenzung der dynamischen Rechtsübernahme. Für die EU liegt der Mehrwert des InstA aber gerade in einer Dynamisierung im Bereich der Personenfreizügigkeit.

Angesichts dieser grundsätzlichen inhaltlichen wie interessenpolitischen Differenzen ist in absehbarer Zeit keine Lösung der offenen Punkte in dem von der Schweiz geforderten Sinne zu erwarten. Die Voraussetzungen für den Abschluss des institutionellen Abkommens sind daher für den Bundesrat nicht erfüllt. Die Konsequenzen eines Nichtabschlusses des InstA und dem von der EU schleichenden Abbau des Marktzugangs lassen sich im Voraus nicht genau benennen bzw. beziffern; denn sie hängen einerseits von der Reaktion der EU, anderseits von allfälligen Massnahmen der Schweiz ab. Darum ist es entscheidend, dass der Nichtabschluss des InstA sowohl durch die fortgesetzte Planung unilateraler Auffangmassnahmen (Schadensbegrenzung) als auch durch Bemühungen um eine Verständigung mit der EU begleitet wird mit dem Ziel, eine Negativdynamik bestmöglich zu verhindern und die Beziehungen zur EU zu stabilisieren (Bestandwahrung).

Inhaltsverzeichnis

1 Auftrag und Ziele des Berichts 5

2 Entwicklung der institutionellen Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU 5

2.1 Ausgangslage der Beziehungen Schweiz–EU vor Aufnahme der institutionellen Verhandlungen 5

2.2 Verlauf der Verhandlungen 7

2.2.1 Phase exploratorischer Gespräche 7

2.2.2 Ursprüngliche Verhandlungsmandate 11

2.2.3 Verlauf der Verhandlungen 2014–2018.....13

2.2.4 Verhandlungsunterbruch zwischen 2019 und 2020.....17

2.2.5 Schlussphase der Verhandlungen 2021.....19

2.3 Verhandlungsergebnis 20

2.3.1 Geltungsbereich.....20

2.3.2 Institutionelle Mechanismen und Funktionsweise des Abkommens.....20

2.3.3 Staatliche Beihilfen 23

2.3.4 Personenfreizügigkeit 24

2.3.5 Gemeinsame Erklärungen und Beschluss des Gemischten Ausschusses zum FHA 72 25

3 Einschätzung des Verhandlungsergebnisses 25

3.1 Interessenpolitische Ausgangslage 25

3.2 Verhandlungsmandat von 2013.....26

3.2.1 Institutioneller Bereich.....26

3.2.2 Materielle Punkte 26

3.3 Einschätzung des Abkommensentwurfs vom 23. November 2018 26

3.4 Einschätzung der Ergebnisse der Nachverhandlungen zu den drei offenen Punkten im Frühjahr 2021 28

3.5 Konsequenzen eines Nichtabschlusses 29

3.6 Ergebnisse der innenpolitischen Konsultationen bzw. Anhörung 31

3.7 Bilanz und Schlussfolgerung 32

1 Auftrag und Ziele des Berichts

Der Bundesrat beauftragte das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA), bis am 26. Mai 2021 einen Bericht betreffend die Vorbereitung, den Verlauf und die Ergebnisse der Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen (InstA) zwischen der Schweiz und der EU vorzulegen. Der vorliegende Bericht behandelt diese drei Punkte in Teil 2. Teil 3 des Berichts enthält zudem eine Einschätzung der Verhandlungsergebnisse.

2 Entwicklung der institutionellen Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU

2.1 Ausgangslage der Beziehungen Schweiz–EU vor Aufnahme der institutionellen Verhandlungen

Im Jahr 2006 befasste sich der Bundesrat mit der **Zukunft seiner Europapolitik**. Nachdem das Stimmvolk 2005 die Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen angenommen und der Ausdehnung der Personenfreizügigkeit auf die zehn neuen Mitgliedstaaten der EU zugestimmt hatte, wollte er die Weiterentwicklung des bilateralen Wegs festlegen. Um diesen zu festigen, zog er in seinem Europabericht die Möglichkeit einer **Verbesserung des institutionellen Rahmens**, beispielsweise in Form eines Rahmenabkommens, in Erwägung.[2] Ein solches Abkommen sollte eine bessere «Gesamtkoordination» gewährleisten, indem es eine «institutionelle Neuordnung» der wichtigsten Abkommen zwischen der Schweiz und der EU sicherstellt. In der Schweiz war die Idee eines «Rahmenabkommens» nicht neu. Die Konturen eines solchen «Rahmenabkommens», das manchmal auch als «Assoziierungsabkommen» bezeichnet wurde, waren zu Beginn unklar. Ziel war es jedoch, «gemeinsame Verfahren und Institutionen» für das bilaterale Verhältnis zu schaffen, um dieses so eng und ausgewogen wie möglich zu gestalten. Diese Idee stammte ursprünglich aus dem Parlament, wo sie ab März 2002 von der Aussenpolitischen Kommission des Ständerats diskutiert wurde. Später wurden auch parlamentarische Vorstösse zu diesem Thema eingereicht.[3] In einem weiteren Sinne rückte damit auch eine Frage wieder in den Vordergrund, die bereits bei den Verhandlungen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) ein zentrales Thema gewesen war (Beteiligung eines Drittstaats am EU-Binnenmarkt durch die Übernahme von EU-Recht). Für den Bundesrat wurde ein «Rahmenabkommen» erst nach dem Abschluss der Bilateralen II zu einer Option.

Die 2006 eingeleiteten Überlegungen zur Zukunft des bilateralen Wegs wurden im folgenden Jahr konkretisiert. Im Mai 2007 legte der Bundesrat **drei europapolitische Ziele** fest: 1) rasche und reibungslose **Umsetzung** aller mit der EU abgeschlossenen bilateralen Abkommen, 2) **Weiterentwicklung** der Beziehungen zur EU durch den Abschluss von Abkommen in neuen Bereichen von gemeinsamem Interesse, 3) **Konsolidierung** der Beziehungen zur EU, einschliesslich allfällige Sondierung eines «Rahmenabkommens». Zudem beschloss er, die Zweckmässigkeit eines solchen Abkommens zu prüfen. Damit kam er dem Wunsch des Parlaments nach, das die Prüfung der Zweckmässigkeit und Machbarkeit eines solchen Abkommens wiederholt gefordert hatte.[4] Die Form eines solchen Abkommens wurde zu diesem Zeitpunkt noch nicht festgelegt. Gleichzeitig stufte der Bundesrat eine Reihe von Dossiers als für Verhandlungen mit der EU vorrangig ein (insbesondere die Dossiers Strom, Agrar- und Lebensmittelbereich, öffentliche Gesundheit und Produktesicherheit sowie das REACH-Dossier betreffend die Registrierung, Bewertung, und Zulassung chemischer Stoffe).

[2] BBl 2006 6837.
[3] BBl 2002 6326 ; Postulat Polla (02.3374); Postulat Stähelin (05.3564); Medienmitteilung der APK-S vom 1. September 2006, in der die Kommission den Europabericht 2006 des Bundesrats würdigte und die Option eines Rahmenabkommens erneut als besonders prüfenswerte Lösung bezeichnete.
[4] BBl 2002 6326; Postulat Polla (02.3374); Postulat Stähelin (05.3564).

Die EU bekundete sowohl auf politischer als auch auf technischer Ebene wiederholt Interesse am Abschluss eines «Rahmenabkommens». In seinen **Schlussfolgerungen vom 8. Dezember 2008** würdigte der Rat der EU die «weitreichende und produktive Zusammenarbeit» mit der Schweiz, hielt jedoch erstmals fest, dass die einheitliche Anwendung und Auslegung des sich ständig weiterentwickelnden EU-Rechts eine Voraussetzung für einen gut funktionierenden Binnenmarkt sei. Des Weiteren stellte die EU Differenzen zwischen den bilateralen Abkommen mit der Schweiz und der Entwicklung des relevanten EU-Rechts fest. Diese sollten unter anderem durch die Einrichtung eines institutionellen Mechanismus verringert werden, der eine effizientere Anpassung der bilateralen Abkommen an die Weiterentwicklungen des EU-Rechts erlauben würde. In diesem Zusammenhang bekräftigte die Europäische Kommission beim Treffen vom 15. Dezember 2008 zwischen Bundespräsident Pascal Couchepin und Kommissionspräsident José Manuel Barroso ihr Interesse, die **Möglichkeit eines «Rahmenabkommens» zu sondieren**.

Im Jahr 2009 führten die Schweiz und die EU keine Sondierungsgespräche im Hinblick auf ein mögliches «Rahmenabkommen». Das Jahr war geprägt von den Europawahlen und der Schweizer Volksabstimmung vom 17. Mai 2009 über die Weiterführung der Personenfreizügigkeit mit der EU (wie im Freizügigkeitsabkommen [FZA] nach einer Laufzeit von 7 Jahren vorgesehen). Dies erlaubte es dem Bundesrat, in seinem Aussenpolitischen Bericht 2009 die **Grundsätze für die Übernahme von EU-Recht** festzulegen, die für die Definition seiner Position in den institutionellen Fragen wichtig waren.[5] Diese Grundsätze waren Ausdruck einer beidseitigen Unzufriedenheit in Bezug auf die Weiterentwicklung der bilateralen Abkommen. Die Schweiz bedauerte beispielsweise die langsame und zum Teil zögerliche Aktualisierung bestimmter Kapitel des Abkommens über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (MRA), während die EU der Schweiz bereits damals zunehmend Vorwürfe machte, weil diese es ablehnte, die Richtlinie 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich in der EU frei zu bewegen und aufzuhalten (UBRL), in das FZA zu übernehmen. Bei der Festlegung der Grundsätze orientierte sich der Bundesrat an dem am 25. Juni 2009 abgeschlossenen Abkommen mit der EU über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen (Zollsicherheitsabkommen), das eine dynamische Übernahme des relevanten EU-Rechts vorsieht und im Falle einer Nichtübernahme der anderen Partei das Recht zugesteht, verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen (bis hin zu einer Aussetzung eines Teils des Abkommens). Daher erklärte sich die Schweiz bereit zu akzeptieren, dass künftige Marktzugangsverhandlungen mit der EU auf der Grundlage des relevanten EU-Rechts geführt werden. Für den Bundesrat war jedoch entscheidend, dass 1) die Abkommen die Souveränität der Schweiz respektieren (keine automatische Übernahme des EU-Rechts wie von der EU gefordert), 2) die Übernahme des EU-Rechts mit einer angemessenen Beteiligung an dessen Ausarbeitung in der EU einhergeht («*decision shaping*»), 3) die innerstaatlichen Verfahren der Schweiz (einschliesslich Fristen) berücksichtigt werden, 4) alle Vertragsanpassungen im gegenseitigen Einvernehmen erfolgen und 5) die EU im Falle einer Nichtübernahme einer Rechtsentwicklung durch die Schweiz nur verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen ergreifen darf (kein Automatismus).

[5] BBl 2009 6334.

2.2 Verlauf der Verhandlungen

2.2.1 Phase exploratorischer Gespräche

Am 19. Juli 2010 kamen die Schweiz und die EU anlässlich eines Treffens zwischen Bundespräsidentin Doris Leuthard und EU-Kommissionspräsident José Manuel Barroso überein, **exploratorische Gespräche im Hinblick auf ein mögliches «Rahmenabkommen»** aufzunehmen. Zu diesem Zweck wurde eine **technische Arbeitsgruppe Schweiz–EU** (auf Direktorenebene) eingerichtet. Zur Vorbereitung dieser neuen Phase legte der Bundesrat im August 2010 die Grundsätze fest, die die Vertreterinnen und Vertreter der Schweiz in der Arbeitsgruppe zu vertreten hatten. Ein Teil dieser Grundsätze wurde im Bericht des Bundesrats über die Evaluation der Europapolitik aufgeführt, der in Beantwortung des Postulats Markwalder 09.3560 ausgearbeitet und im September 2010 veröffentlicht wurde.[6] Die Grundsätze betrafen die vier Punkte einer institutionellen Lösung: Rechtsentwicklung, Auslegung, Überwachung und Streitbeilegung. In Bezug auf die **Rechtsentwicklung** verwies der Bundesrat auf die im Aussenpolitischen Bericht 2009 aufgeführten Grundsätze, die sich am Zollsicherheitsabkommen orientierten. Für die **Auslegung** schloss er die Möglichkeit neuer Mechanismen nicht aus, sofern diese eine grössere Kohärenz bei der Auslegung der bilateralen Abkommen gewährleisten (z. B. Grundsatz der Homogenität, gemeinsame richterliche Instanz). Im Hinblick auf die **Überwachung** sprach er sich für die Schaffung einer unabhängigen nationalen oder multilateralen Behörde aus. Für die **Streitbeilegung** befürwortete er schliesslich die Einrichtung eines Schiedsgerichts oder einer ähnlichen gemeinsamen Instanz.

2.2.1.1 Arbeitsgruppe Schweiz–EU

Die Arbeitsgruppe Schweiz–EU, die sich auf Schweizer Seite aus Vertreterinnen und Vertretern des EDA, des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) und des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) zusammensetzte, wurde von einer Arbeitsgruppe aus Vertreterinnen und Vertretern aller Departemente unterstützt. Die Arbeitsgruppe Schweiz–EU, die von September bis November 2010 tagte, stützte sich bei ihrer Arbeit auf ein von der Schweiz vorgeschlagenes «Non-Paper». Dieses sah **drei mögliche institutionelle Lösungsmodelle** vor: 1) das Modell des Zollsicherheitsabkommens von 2009 (von der Schweiz favorisiertes aber von der EU abgelehntes Modell); 2) ein Zwei-Pfeiler-Modell (von der Schweiz ebenfalls bevorzugt); 3) ein an den EWR angelehntes Modell (von der EU favorisiert). Die EU schlug der Schweiz zusätzlich zwei neue Modelle vor, die beide dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) Befugnisse einräumten. Das erste basierte auf der Funktionsweise des Schengen-Assoziierungsabkommens und sah insbesondere die Überweisung von Fragen zur Vorabentscheidung an den EuGH vor. Das zweite, an den EWR angelehnte Modell räumte dem EuGH bei der Streitbeilegung ebenfalls eine Rolle ein. Die Schweiz lehnte beide Modelle ab, die daher nicht weiterverfolgt wurden.

Die Ergebnisse der Arbeitsgruppe wurden insgesamt als ermutigend angesehen. In mehreren Punkten bestanden **gemeinsame Ansätze**, vor allem in Bezug auf die dynamische Übernahme des relevanten EU-Rechts gekoppelt mit einem Mitwirkungsrecht der Schweiz bei dessen Ausarbeitung, die beiderseits angestrebte Sicherstellung einer einheitlichen Auslegung der betroffenen bilateralen Abkommen und die unabhängige Überwachung ihrer Einhaltung. Trotzdem verblieben nach wie vor **erhebliche Differenzen**, namentlich in Bezug auf die Art der Ausgleichsmassnahmen im Falle einer Nichtübernahme des EU-Rechts durch die Schweiz (Automatismus auf Seiten der EU, kein Automatismus und Forderung nach Verhältnismässigkeit solcher Massnahmen auf Seiten der Schweiz) und in Bezug auf die Überwachungsbehörde (EU: supranationale Behörde, Schweiz: nationale oder multilaterale Behörde). Während die Schweiz darauf hinwies, dass die Weiterführung der Gespräche über eine institutionelle

[6] BBl 2010 7239.

Lösung eine Deblockierung der laufenden bilateralen Verhandlungen voraussetze (vor allem beim Stromdossier), erklärte die Europäische Kommission, dass der bilaterale Weg ohne vorrangige Erneuerung durch einen institutionellen Rahmen keine Zukunft habe. Vor diesem ungewissen Hintergrund schlug der Rat der EU in seinen **Schlussfolgerungen vom 14. Dezember 2010** einen entschiedeneren Ton an und bekräftigte die Notwendigkeit einer institutionellen Lösung, die insbesondere eine dynamische Anpassung der bilateralen Abkommen an das EU-Recht, eine einheitliche Auslegung der Abkommen, einen unabhängigen Überwachungsmechanismus und ein Streitbeilegungsverfahren vorsehen müsse.

2.2.1.2 Festlegung der Strategien in der Schweiz und der EU

Am 26. Januar 2011 verabschiedete der Bundesrat seine Strategie für die bilateralen Beziehungen mit der EU. Diese sah einen **gesamtheitlichen und koordinierten Verhandlungsansatz** für alle laufenden Dossiers vor (einschliesslich der institutionellen Fragen). Trotz der Differenzen in Bezug auf die institutionelle Ausgestaltung (vor allem mögliche Massnahmen im Falle einer Nichtübernahme des EU-Rechts und Ausgestaltung der Überwachungsbehörde) war die Schweiz zuversichtlich, dass sich die EU dank der Vorteile gesamtheitlicher und koordinierter Verhandlungen (z. B. institutionelle Lösung, Kohäsionsbeitrag der Schweiz) dem Schweizer Ansatz anschliessen würde. Beim institutionellen Dossier sprach sich der Bundesrat schliesslich formell für die Ausarbeitung eines **horizontalen «Rahmenabkommens»** aus (und nicht mehr für ein allgemeines Modell, das in jedem Abkommen auszuhandeln und umzusetzen wäre), obwohl er sich der Risiken eines solchen Ansatzes bewusst war (z. B. neue institutionelle Funktionsweise bei den bestehenden Abkommen infolge eines solchen «Rahmenabkommens»). Beim Treffen zwischen Bundespräsidentin Micheline Calmy-Rey und Kommissionspräsident José Manuel Barroso am 8. Februar 2011 gelang es der Schweiz jedoch nicht, ihren gesamtheitlichen und koordinierten Verhandlungsansatz durchzusetzen, da der Präsident der Europäischen Kommission gewisse Vorbehalte gegenüber dem Schweizer Wunsch zum Abschluss eines Verhandlungspakets hatte. Nach diesem Treffen gab die Europäische Kommission der Schweiz immer deutlicher zu verstehen, dass die **institutionellen Fragen zuerst geregelt werden müssten**, bevor bei den übrigen offenen Dossiers Fortschritte möglich seien.

Um weitere exploratorische Gespräche zwischen der Schweiz und der EU zu den institutionellen Fragen zu ermöglichen, **ergänzte der Bundesrat seine Grundsätze** am 4. Mai 2011. Zu den bestehenden fünf Grundsätzen kam ein sechster zur Streitbeilegung hinzu, der die Zuständigkeit des gemischten Ausschusses für die Beilegung von Streitigkeiten und bei Uneinigkeit die Möglichkeit vorsah, verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen, die von einem Schiedsgericht überprüft werden können. Die Fragen im Zusammenhang mit der Auslegung und Überwachung wurden bis zum Vorliegen einer Stellungnahme des Bundesgerichts und eines Rechtsgutachtens von Prof. Thürer in dieser Sache aufgeschoben. Diese beiden Gutachten, die einige Monate später vorgelegt wurden, bestätigten insbesondere die Zweckmässigkeit eines Zwei-Pfeiler-Modells zur Gewährleistung der Auslegung und Anwendung der bilateralen Abkommen. Infolgedessen **finalisierte** der Bundesrat seine **Grundsätze** im Herbst 2011 nach Anhörung der Kantone, der aussenpolitischen Kommissionen und der Sozialpartner.

Die exploratorischen Gespräche zwischen der Schweiz und der EU wurden weitergeführt, doch wurden keine Fortschritte erzielt. In Bezug auf das zu wählende Modell bestanden nach wie vor erhebliche Differenzen. Gleichzeitig wies die Europäische Kommission die Schweiz immer häufiger auf neue Probleme im Zusammenhang mit der Umsetzung bestehender Abkommen hin und zeigte wenig Bereitschaft, die hängigen Dossiers voranzubringen. Um die Situation zu deblockieren, gab die Schweiz bei einem Treffen zwischen Bundespräsidentin Eveline Widmer-Schlumpf und Kommissionspräsident José Manuel Barroso bekannt, sie

werde der EU **Vorschläge für eine institutionelle Lösung** unterbreiten. Zudem schlug sie einen **Bottom-up-Ansatz** vor, der es erlauben sollte, das Stromabkommen rasch abzuschliessen, so dass dieses als Grundlage für eine institutionelle Lösung verwendet werden könnte, falls diese Lösung für beide Parteien akzeptabel wäre. Die EU stellte sich zunächst nicht gegen diesen Ansatz, unter der Voraussetzung, dass sie ausreichende Garantien in Bezug auf das weitere Vorgehen erhielte.

2.2.1.3 Konkrete Vorschläge der Schweiz und Reaktion der EU

Nach Anhörung der Kantone, der aussenpolitischen Kommissionen und der Sozialpartner beschloss der Bundesrat am 15. Juni 2012 seine **Vorschläge für eine institutionelle Lösung**. Dabei stützte er sich auf das **Zwei-Pfeiler-Modell**, das namentlich eine unabhängige schweizerische Überwachungsbehörde und die Anerkennung des Grundsatzes der Homogenität bei der Auslegung und Anwendung der bilateralen Abkommen sowie die Möglichkeit vorsah, bei Differenzen zwischen den Schweizer Gerichten und dem EuGH hinsichtlich der Auslegung/Anwendung verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen, auch wenn auf technischer Ebene in Bezug auf die Ausgestaltung der Überwachung und der Ausgleichsmassnahmen grosse Differenzen mit der Europäischen Kommission bestanden. Der Bundesrat bestätigte zudem seinen **Bottom-up-Ansatz**. Noch am gleichen Tag übermittelte Bundespräsidentin Eveline Widmer-Schlumpf Kommissionspräsident José Manuel Barroso schriftlich die detaillierten Vorschläge der Schweiz.

Die Antwort liess auf sich warten, weil die EU damit beschäftigt war, ihre eigene Position zu den institutionellen Fragen festzulegen. Während die Europäische Kommission die Vorschläge der Schweiz gesamthaft ablehnen wollte, zeigte der Rat der EU mehr Entgegenkommen. Seiner Ansicht nach bildeten die Schweizer Vorschläge eine Diskussionsgrundlage, auch wenn sie nicht in allen Punkten den Erwartungen der EU entsprachen. Die **Schlussfolgerungen des Rats der EU vom 20. Dezember 2012** und der darauf folgende Brief des Kommissionspräsidenten bestätigten die Bereitschaft der EU, eine dem **institutionellen Rahmen des EWR «gleichwertige»** Lösung auszuarbeiten. Die EU erklärte sich jedoch bereit, auch andere mögliche Modelle zu diskutieren. Sie forderte die Schweiz auf, sich zu einer dynamischen Übernahme des relevanten EU-Rechts zu verpflichten, wobei sie bei letzterem von einer weit gefassten Definition ausging. Zudem verlangte sie die Einrichtung einer unabhängigen «internationalen» Überwachungsbehörde und eines Mechanismus zur Vermeidung der Entstehung von Differenzen bei der Auslegung des relevanten EU-Rechts. Für die Streitbeilegung forderte die EU schliesslich, dass sich die Schweiz einer internationalen Gerichtsbarkeit unterwirft, die mit der Unabhängigkeit der EU-Rechtsordnung vereinbar ist. Schliesslich signalisierte die Europäische Kommission, ein **horizontales Rahmenabkommen sei eine unabdingbare Voraussetzung** für die Regelung der übrigen offenen Fragen, womit sie dem Schweizer Vorschlag, einen Bottom-up-Ansatz zu versuchen, eine Absage erteilte.

2.2.1.4 Ausarbeitung eines «Non-Papers» mit Verhandlungsoptionen durch die Schweiz und die EU

Nach der Antwort der EU wurden die **Gespräche auf technischer Ebene** wieder aufgenommen. Dazu wurde eine neue Arbeitsgruppe Schweiz–EU eingesetzt. Diese setzte sich auf Schweizer Seite aus Vertreterinnen und Vertretern des EDA, des WBF, des EJPD und des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) zusammen. In diesem Rahmen suchten Staatssekretär Yves Rossier und David O'Sullivan, administrativer Generaldirektor des Europäischen Auswärtigen Diensts (EAD), ab Januar 2013 nach Ansätzen, die es erlauben würden, auf der Grundlage der bestehenden Elemente eine akzeptable Lösung auszuarbeiten und Verhandlungen aufzunehmen. **Drei Optionen** wurden in einem «Non-Paper» definiert, das den Parteien einen gewissen Interpretationsspielraum im

Hinblick auf die Formulierung ihrer Verhandlungsmandate liess. Die erste, für die Schweiz schwer zu akzeptierende Option sah eine Neugestaltung des institutionellen Pfeilers der EFTA vor, so dass deren Überwachungsbehörde und Gerichtshof über die Auslegung und Anwendung der bilateralen Abkommen entscheiden könnten. Die zweite, für die EU schwer zu akzeptierende Lösung sah dafür die Schaffung neuer gemeinsamer supranationaler Institutionen vor. Da diese gemeinsamen Instanzen auch EU-Institutionen wären, müssten ihre Aktivitäten jedoch der Oberaufsicht der Europäischen Kommission und des EuGH unterstellt werden, was dieses Modell auch für die Schweiz heikel machte. Die dritte Option beruhte auf einem Zwei-Pfeiler-Modell, bei dem die Schweiz und die EU die Auslegung und Überwachung unabhängig voneinander auf ihrem jeweiligen Territorium sicherstellen würden, wodurch die Zuständigkeit der Schweizer Behörden in der Schweiz gegeben wäre. Bei dieser Option hätte die Europäische Kommission auch die Möglichkeit, den EuGH anzurufen, und wäre je nach Bedarf der einzelnen Sektoren befugt, Untersuchungen durchzuführen oder Entscheide zu treffen. Zudem sollten die Parteien die Möglichkeit prüfen, dass letztinstanzliche Gerichte der Schweiz dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorlegen können, ohne dass präzisiert wurde, um welche Rechtsfragen es sich dabei handeln würde. Der Streitbeilegungsmechanismus würde dadurch gestärkt, dass jede Partei für eine verbindliche Stellungnahme an den EuGH gelangen könnte, deren Nichteinhaltung zur Aussetzung oder Auflösung des betroffenen Abkommens bzw. der betroffenen Abkommen führen würde, falls der gemischte Ausschuss nichts Anderes entscheidet. Die vorgeschlagene Auslegungskompetenz des EuGH im Rahmen der Streitbeilegung **veränderte die Dynamik der Gespräche**. Für die EU fiel damit ein beträchtliches Hindernis weg, das mit der Forderung der Schweiz nach einer nationalen Überwachung der bilateralen Abkommen entstanden war, da die Streitbeilegung gestärkt wurde. Dieser Ansatz erlaubte es, den **Stillstand** in den exploratorischen Gesprächen zu den institutionellen Fragen **zu überwinden**. Zudem sah das «Non-Paper» neu auch vor, dass die institutionelle Lösung die **bestehenden und künftigen Marktzugangsabkommen** abdecken könnte, was erhebliche Auswirkungen auf die weiteren Verhandlungen hatte.

2.2.1.5 Evaluation des «Non-Papers» und Festlegung des weiteren Vorgehens

Im Juni 2013 beschloss der Bundesrat, das **institutionelle Gefüge** der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU im Bereich des Marktzugangs **zu erneuern**. Dies war aus seiner Sicht notwendig, weil die Verhandlungen mit der EU in den Marktzugangsbereichen (vor allem im Strombereich) nicht vorankamen oder nicht abgeschlossen werden konnten, da die EU zuerst die institutionellen Fragen regeln wollte. Vor diesem Hintergrund lancierte der Bundesrat die Ausarbeitung des Verhandlungsmandats basierend auf der **dritten Option des «Non-Papers»**. Er wählte diese Option, weil er sie für die vielversprechendste hielt. Diese Option sah einen Überwachungsmechanismus mit zwei Pfeilern vor, was diese Option aus souveränitätspolitischer Sicht attraktiver machte. Der Bundesrat akzeptierte auch den Grundsatz einer Ausdehnung der institutionellen Lösung auf die fünf bestehenden und die künftigen Marktzugangsabkommen (einschliesslich FZA). Dieser neue Punkt wurde in die Leitlinien des Bundesrats für die Definition des Verhandlungsmandats aufgenommen. Das FZA war damit Teil der Leitlinien, wobei der Rahmen für die Übernahme des EU-Rechts in dieses Abkommen festgelegt wurde. Indem die Schweiz die Anwendung der institutionellen Lösung für alle bestehenden und künftigen Marktzugangsabkommen akzeptierte, **weichte sie ihre Position auf**. Dies wurde insbesondere damit begründet, dass eine Einigung mit der EU sonst kaum zustande käme. Zudem wurde argumentiert, dies sei eine Chance, um auch von der EU Zugeständnisse bei den institutionellen Mechanismen zu erhalten, und ausserdem seien die materiellen Risiken dieser Neuausrichtung gering.

Beim **FZA** bestanden im Gemischten Ausschuss schon seit Jahren Meinungsverschiedenheiten zwischen der Schweiz und der EU, was die Anwendung und Auslegung dieses Abkommens angeht. Die Differenzen betreffen vor allem die Übernahme der UBRL und gewisse FlaM (z. B. 8-tägige Voranmeldefrist), die aus der Sicht der EU nicht mit dem FZA vereinbar ist. Nach Ansicht der Schweiz geht die UBRL über den Anwendungsbereich des FZA hinaus und gehört daher nicht zum relevanten Rechtsbestand. Im «Non-Paper» wurde übrigens ausdrücklich festgehalten, dass jede relevante Rechtsentwicklung «unter Berücksichtigung des Zwecks und des Geltungsbereichs» des betroffenen Abkommens zu übernehmen sei. Was die FlaM betrifft, wurde diese Positionsänderung sogar als Chance gesehen (z. B. um ihre Anerkennung seitens der EU erreichen zu können).

Der Bundesrat war zuversichtlich hinsichtlich des Ausgangs der Verhandlungen und entschied sich für eine **dreistufige Strategie**: 1) Beschluss des Bundesrats über die Erneuerung des bilateralen Wegs und Vorbereitung des Mandats für die institutionellen Verhandlungen, 2) Verabschiedung des Verhandlungsmandats zu den institutionellen Fragen und den anderen hängigen Dossiers (z. B. Gesundheitsabkommen), während bei den laufenden Verhandlungen eine Einigung erzielt wird (u. a. Stromdossier), und 3) Abschluss der Verhandlungen über die offenen Dossiers (einschliesslich institutionelle Fragen) im Juni 2014 anlässlich eines Gipfels zwischen der Schweiz und der EU.

2.2.2 Ursprüngliche Verhandlungsmandate

Die Schweiz verabschiedete ihr Verhandlungsmandat zu den institutionellen Fragen definitiv am **18. Dezember 2013** nach Konsultation der Kantone, der aussenpolitischen Kommissionen, der Sozialpartner und der Wirtschaftsdachverbände. In der EU dauerte der Prozess länger und wurde in Folge der Annahme der **Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung»** durch Volk und Kantone am 9. Februar 2014 infrage gestellt. Die Initiative, die eine Neuverhandlung des FZA verlangte, verunmöglichte es der Schweiz, das Protokoll III des FZA betreffend die Ausdehnung des Abkommens auf Kroatien zu unterzeichnen. Um die Verhandlungen wiederzubeleben, beschloss der Bundesrat am 30. April 2014 einseitig eine kontingentierte Zulassung von kroatischen Staatsangehörigen zum Schweizer Arbeitsmarkt sowie weitere einseitige Massnahmen, um zu verhindern, dass Kroatien im Vergleich zur Situation, wie sie im Falle einer Unterzeichnung von Protokoll III gelten würde, benachteiligt würde. Parallel zu diesen einseitigen Massnahmen verabschiedete die EU am **30. April 2014** das Mandat für die Verhandlungen über die institutionellen Fragen.

2.2.2.1 Mandat der Schweiz

Das Schweizer Mandat rief zuerst die **allgemeinen Grundsätze** in Erinnerung. So musste die Schweizer Delegation darauf achten, dass die institutionelle Lösung mit der Funktionsweise der Schweizer Institutionen, namentlich mit der direkten Demokratie und dem Föderalismus, vereinbar war. Die Lösung sollte zudem unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Schweiz kein EU-Mitglied ist, ausgewogene Rechte und Pflichten gewährleisten und die Homogenität des Rechts sowie eine einheitliche Anwendung und Auslegung der betroffenen Abkommen sicherstellen. Schliesslich wurde präzisiert, dass die institutionelle Lösung die bestehenden und künftigen Marktzugangsabkommen abdecken sollte.

Das Mandat definierte sodann die **Parameter der institutionellen Lösung**. In Bezug auf die **Rechtsentwicklung** sah das Mandat vor, dass eine automatische Übernahme von EU-Recht auszuschliessen sei. Vielmehr sollte jegliche Übernahme Gegenstand einer Entscheidung der Schweiz sein, unter Einhaltung ihrer verfassungsmässigen und gesetzlichen Bestimmungen. Die Übernahme sollte ausserdem nur das relevante EU-Recht betreffen, wobei dieses gemäss

den Zielen und dem Anwendungsbereich des jeweiligen Abkommens zu definieren wäre. Zudem müsste eine angemessene Beteiligung an der Ausarbeitung dieses Acquis in der EU gewährleistet werden. Bei der Nichtübernahme einer Weiterentwicklung des relevanten EU-Rechts sollte die EU nur verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen ergreifen dürfen (höchstens teilweise oder vollständige Suspendierung des betroffenen Abkommens). In Bezug auf die **Auslegung** des übernommenen EU-Rechts hielt das Mandat fest, dass die Schweiz die Zuständigkeit des EuGH für dessen Auslegung anerkennen könne. Ebenso könne die Möglichkeit von Schweizer Gerichten, dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung zu unterbreiten, und/oder ein institutionalisierter Dialog zwischen Bundesgericht und EuGH vorgesehen werden. Bezüglich **Überwachung** verankerte das Mandat das Zwei-Pfeiler-Modell, wobei jegliche direkte Zuständigkeit der Europäischen Kommission ausgeschlossen wurde. Was schliesslich die **Streitbeilegung** betrifft, sah das Mandat vor, dass dafür der gemischte Ausschuss zuständig sei – mit der Möglichkeit für beide Parteien, bei Streitigkeiten über die Auslegung des übernommenen EU-Rechts den EuGH um ein auslegendes Gutachten zu ersuchen. Der EuGH könnte allerdings die in Frage stehende Streitigkeit zwischen der Schweiz und der EU nicht schlichten. Allein der gemischte Ausschuss wäre dafür zuständig, im Einzelfall die Folgen einer Auslegung des EuGH zum umstrittenen Acquis zu bestimmen.

In Anbetracht der Tragweite der institutionellen Lösung regelte das Mandat schliesslich bestimmte **materielle Fragen im Zusammenhang mit den bestehenden Marktzugangsabkommen**, darunter das FZA und das Landverkehrsabkommen (das Freihandelsabkommen von 1972 [FHA 72] war ausgenommen). Darüber hinaus bestätigte das Mandat, dass die institutionelle Lösung den Geltungsbereich, die Ziele und den materiellen Inhalt der Abkommen in keiner Weise ändern dürfe. Auch sah das Mandat vor, dass sich die Schweiz generell nicht dazu verpflichten würde, den bereits vor Inkrafttreten des InstA bestehenden Acquis zu übernehmen. In Bezug auf das **FZA** unterstrich das Mandat insbesondere, dass die Schweiz die UBRL und deren Weiterentwicklungen nicht übernehmen und die FlaM aufrechterhalten werde, einschliesslich im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH.

2.2.2.2 Mandat der EU

Das Mandat der EU enthielt bestimmte **allgemeine Grundsätze**, deren gemeinsames Ziel es war, die Homogenität und die Rechtssicherheit des Binnenmarkts sicherzustellen. Das InstA sollte Folgendes vorsehen: eine **dynamische Übernahme** des EU-Rechts, wobei die Schweiz angemessen an dessen Entwicklung zu beteiligen wäre, eine **Verpflichtung zur einheitlichen Anwendung und Auslegung** dieses Rechts, einen **unabhängigen Überwachungsmechanismus**, bei dem die Europäische Kommission für die Überwachung der Anwendung der betroffenen Abkommen durch die Schweiz zuständig wäre, sowie eine **unabhängige gerichtliche Überprüfung**, bei der beide Parteien den EuGH anrufen und die Schweizer Gerichte den EuGH um auslegende Gutachten ersuchen könnten. Sollte eine Streitigkeit nicht beigelegt werden können (z. B. Nichteinhaltung einer EuGH-Rechtsprechung durch die Schweiz), würde dies zur Beendigung des betroffenen Abkommens bzw. der betroffenen Abkommen führen (automatische Sanktion).

Das Mandat präzisierte des Weiteren, dass die institutionelle Lösung die **bestehenden und künftigen Marktzugangsabkommen** abdecken sollte. Das institutionelle Abkommen sollte laut Mandat mindestens neun Abkommen abdecken: das FHA 72, das FZA, das Luftverkehrsabkommen, das Landverkehrsabkommen, das Landwirtschaftsabkommen, das MRA, das Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, das Zollsicherheitsabkommen und das Statistikabkommen. Schliesslich sah das Mandat vor, dass das InstA einen langfristigen Finanzmechanismus für den Kohäsionsbeitrag der Schweiz an die EU enthalten sollte.

2.2.3 Verlauf der Verhandlungen 2014–2018

Zwischen 2014 und 2018 verliefen die Verhandlungen über das InstA in **drei Phasen**. Während dieser drei Phasen bestand die Schweizer Delegation aus Vertreterinnen und Vertretern des EDA, des WBF und des EJPD sowie der Kantone und wurde von einer Koordinationsgruppe aus Vertreterinnen und Vertretern des EDA, des WBF, des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD), des UVEK, des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) und des EJPD unterstützt. **Erste Phase**: Die Verhandlungen begannen im Mai 2014 und dauerten bis November 2014, worauf eine einjährige Pause folgte. **Zweite Phase**: Anschliessend wurden sie im November 2015 wieder aufgenommen und dauerten bis Dezember 2017. **Dritte Phase**: Anfang 2018 änderte die Schweiz ihren Ansatz und präzisierte ihr Verhandlungsmandat. Die dritte Verhandlungsphase endete im November 2018 nach einem Treffen von Bundesrat Ignazio Cassis mit EU-Kommissar Johannes Hahn am 23. November 2018 in Zürich.

2.2.3.1 Erste Phase: 2014–2015

Die Verhandlungen begannen am **22. Mai 2014** mit der Präsentation der jeweiligen Abkommensentwürfe der beiden Parteien und wurden anschliessend auf der Grundlage des EU-Abkommensentwurfs, der mit einigen Elementen des Schweizer Entwurfs ergänzt worden war, fortgesetzt. Die Schweiz und die EU einigten sich rasch auf die Grundzüge des Prinzips der dynamischen Übernahme des EU-Rechts, verbunden mit einer Beteiligung der Schweiz an der Erarbeitung der Weiterentwicklung dieses Rechts, auch wenn bestimmte Punkte noch offen blieben (z. B. Ausgleichsmassnahmen im Falle der Nichtübernahme). Für die Auslegung und Überwachung der betroffenen Abkommen gab es unterschiedliche Modelle, was vertiefte Diskussionen erforderte. Diverse Treffen von Staatssekretär Yves Rossier mit Generaldirektor David O'Sullivan im Jahr 2014 **brachten gewisse Fortschritte**. So näherte sich die EU bei der Überwachung (keine Rolle für die Europäische Kommission) und der Streitbeilegung (gemischter Ausschuss als Hauptmechanismus) der Position der Schweiz an, auch wenn – in Zusammenhang mit Letzterem – bezüglich der Kognition des EuGH sowie bezüglich der möglichen Ausgleichsmassnahmen im Falle der Nichteinhaltung der EuGH-Urteile substanzielle Meinungsunterschiede bestanden. Mit Blick auf diese beiden Punkte **signalisierte** die Europäische Kommission **wenig Flexibilität**. Die **Streitbeilegung** erwies sich immer mehr als Haupthindernis für Fortschritte bei den Verhandlungen zum InstA.

Bei den **materiellen Fragen** brachte die Schweiz ab Juni 2014 ihre Forderungen bezüglich FZA (UBRL, FlaM) sowie bezüglich Landverkehrsabkommen vor. In Absprache mit der EU wurde vorgesehen, dass diese Fragen parallel zu den Verhandlungen über das InstA behandelt werden sollten. In Bezug auf die UBRL anerkannte die Europäische Kommission, dass zwischen dem Freizügigkeitsrecht des FZA und der Richtlinie gewisse Differenzen bestehen (z. B. beim Konzept der Sozialhilfe), die zu klären seien. Sie betonte jedoch, dass ihr Handlungsspielraum begrenzt sei, und tendierte zur Lösung, wie sie beim EWR Anwendung fand. Dort wurde die Richtlinie – versehen mit einer politischen Erklärung, die namentlich die Frage der politischen Rechte ausschliesst – vollständig übernommen. Betreffend die FlaM wies die Europäische Kommission drauf hin, dass ihr Handlungsspielraum ebenfalls klein sei, zumal ihrer Ansicht nach mindestens sieben (von elf) Massnahmen nicht mit dem FZA vereinbar seien (darunter die 8-Tage-Regel und die Kautionspflicht). Sie strebte dannzumal einen Meinungsaustausch an, mit dem Ziel, weniger restriktive Massnahmen mit derselben Wirkung festzulegen. Sie wies ausserdem darauf hin, dass die Durchsetzungsrichtlinie 2014/67, die von den Mitgliedstaaten gerade umgesetzt wurde, angemessene Lösungen für diese Problematik biete.

Im November 2014 wurden die Verhandlungen aufgrund der Europawahlen **ausgesetzt**, welche die Einsetzung einer neuen Europäischen Kommission unter der Leitung von Präsident Jean-Claude Juncker nach sich zogen. Dieser Wechsel führte zu einer Verhärtung der Fronten

bei den institutionellen Fragen, denn die neue Europäische Kommission zeigte sich im Rahmen informeller Kontakte bei den offenen Punkten etwas unflexibel. Vor dem Hintergrund der heiklen Umsetzung der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» erklärte der Rat der EU in seinen **Schlussfolgerungen vom Dezember 2014**, dass er sich das Recht vorbehalte, die Verhandlungen zu den institutionellen Fragen sowie weitere laufende Verhandlungen im Falle einer Verletzung des FZA durch die Schweiz zu beenden. In den diesbezüglichen Konsultationen zwischen der Schweiz und der EU knüpfte die Europäische Kommission den Abschluss der institutionellen Verhandlungen an eine Lösung beim FZA. Diese Konsultationen, die nach einem Treffen von Bundespräsidentin Simonetta Sommaruga und EU-Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker aufgenommen werden konnten, sollten die Umsetzung der **Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung»** sicherstellen. Im April 2015 beschloss die Europäische Kommission mehrere Massnahmen, darunter die Suspendierung der exploratorischen Gespräche über ein Finanzdienstleistungsabkommen und der Verhandlungen über ein Stromabkommen. Als Reaktion auf diese Entwicklungen gab sich die Schweiz im August 2015 eine **neue Struktur für die Verhandlungen mit der EU**. Staatssekretär Jacques de Watteville wurde mit der Koordination der Verhandlungen mit der EU beauftragt und übernahm die Leitung der neuen Struktur. Im September 2015 wurde parallel zu den Konsultationen zwischen der Schweiz und der EU zum FZA und angesichts des als positiv beurteilten *momentum* in diesem Dossier mit der EU vereinbart, **die Verhandlungen über das InstA wieder aufzunehmen**.

2.2.3.2 Zweite Phase: 2015–2017

Die Verhandlungen wurden am **24. November 2015** wieder aufgenommen, mit einem neuen Chefunterhändler seitens der EU-Delegation, Botschafter Claude Maerten. Dieses erste offizielle Treffen der Delegationen nach einem Jahr Pause bot beiden Seiten die Gelegenheit, die Verhandlungsziele und jeweiligen Positionen darzulegen. Zu diesem Zeitpunkt betrafen die Gespräche vor allem die **institutionellen Mechanismen**, namentlich die Rolle und die Kognition des EuGH bei der Streitbeilegung und die Art der Massnahmen, die im Falle ungelöster Streitigkeiten ergriffen werden können (verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen seitens der Schweiz vs. automatische Sanktionen bis hin zur automatischen Kündigung des betroffenen Abkommens bzw. der betroffenen Abkommen seitens der EU), sowie bestimmte verwandte Themen (z. B. Überwachung bei den staatlichen Beihilfen). Dabei wurden gewisse Fortschritte erzielt. So gelang es der Schweiz zum Beispiel, für sie vorteilhafte Formulierungen betreffend die Rechtsentwicklung (Beibehaltung des Äquivalenzprinzips, angemessene Frist für die Übernahme von EU-Recht durch die Schweiz) und die Auslegung der Abkommen (Verweis auf das Völkerrecht) durchzusetzen. Die **materiellen Fragen zum FZA** (UBRL, FlaM) wurden vorübergehend aus den Gesprächen der Delegationen ausgeklammert, weil sie eng mit der Umsetzung des neuen Artikels 121a der Bundesverfassung (Steuerung der Zuwanderung) und den in diesem Zusammenhang laufenden Konsultationen zwischen der Schweiz und der EU verknüpft waren. Die FlaM waren 2016 ungeachtet des laufenden Prozesses Gegenstand mehrerer technischer Sondierungsgespräche zwischen den zuständigen Stellen.

Anfang 2016 erschwerte die wachsende Nervosität innerhalb der EU aufgrund der **Brexit-Abstimmung im Vereinigten Königreich** das Finden einer für beide Seiten annehmbaren Lösung bei der Personenfreizügigkeit (Umsetzung der Initiative «Gegen Masseneinwanderung»), was Fortschritten bei den institutionellen Verhandlungen nicht gerade förderlich war, da die Europäische Kommission die beiden Dossiers miteinander verknüpfte. Die Kommission war nämlich der Auffassung, dass die Probleme im Bereich der Personenfreizügigkeit die Notwendigkeit eines institutionellen Abkommens belegten. Nach der Annahme des Brexit im Vereinigten Königreich am 23. Juni 2016 **verhärtete sich die Position der Europäischen Kommission**, was während der letzten Verhandlungsrunde über das InstA im Jahre 2016, welche

am 27. und 28. Juli stattfand, offensichtlich wurde. Die offenen Fragen zur Streitbeilegung blieben ungelöst, und eine baldige Einigung war nicht in Sicht. Dasselbe galt für die **materiellen Fragen betreffend das FZA**, die wieder im Rahmen der institutionellen Verhandlungen diskutiert wurden, obwohl die Schweizer Delegation darum gebeten hatte, sich vorrangig auf die institutionellen Mechanismen zu konzentrieren. In Bezug auf die **UBRL** verwies die EU darauf, dass es sich dabei um eine Weiterentwicklung der Regeln über die Personenfreizügigkeit handle, die dem FZA zugrunde lägen, was die Schweiz mit Nachdruck bestritt. Was die **FlaM** anbelangte, schlug die Schweiz vor, diese vom Anwendungsbereich des institutionellen Abkommens auszunehmen («*carve-out*»), was die EU strikt ablehnte. Ebenso widersetzte sich die EU einem Zusatzprotokoll zum Abkommen, das diese Massnahmen als FZA-konform anerkannt hätte; sie bestand darauf, dass die Übernahme der relevanten EU-Richtlinien genügen würde, um das aktuelle Lohnschutzniveau in der Schweiz zu gewährleisten.

Mit der Verabschiedung einer Änderung des Ausländergesetzes im Dezember 2016, welche eine Förderung des inländischen Arbeitskräftepotenzials bezweckte, konnte der mit der Initiative «Gegen Masseneinwanderung» eingeführte neue Artikel 121a BV umgesetzt werden. **Die Aufmerksamkeit verlagerte sich wieder auf die laufenden Verhandlungen**, zu denen auch das institutionelle Dossier gehörte. Hier kam es auf Seiten der Schweiz erneut zu einem personellen Wechsel. Per 1. April 2017 übernahm Staatssekretärin Pascale Baeriswyl die Koordination der Verhandlungen mit der EU von Staatssekretär Jacques de Watteville. Das Treffen von Bundespräsidentin Doris Leuthard mit Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker vom 6. April 2017 bekräftigte die **positive Dynamik**, die sich nach der Lösung der durch die Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» entstandenen Herausforderung in den Beziehungen Schweiz-EU entwickelt hatte. Die Europäische Kommission betonte, dass alle auf Eis gelegten Dossiers nunmehr deblockiert würden (z. B. Strom, öffentliche Gesundheit, volle Assoziierung an Horizon 2020). Sie äusserte zudem ihren Wunsch nach einer raschen Lösung im institutionellen Dossier. Für einen Abschluss des institutionellen Abkommens mussten noch vier wichtige Punkte geklärt werden: die Streitbeilegung, das auf staatliche Beihilfen anwendbare Regime (namentlich deren Überwachung), die materiellen Fragen (Auswirkungen der dynamischen Rechtsübernahme auf bestimmte bestehende Abkommen, darunter das FZA) sowie die Kündigungsklausel. **Gewisse Fortschritte konnten erzielt werden**. Insbesondere erklärte sich die Europäische Kommission im April 2017 bereit, auf die Rolle eines Schiedsgerichts einzugehen, das die Verhältnismässigkeit der Ausgleichsmassnahmen beurteilen und über die «sui generis»-Bestimmungen der betroffenen Abkommen (d. h. Bestimmungen, die nicht auf EU-Recht basieren) befinden würde. Trotzdem **bestanden weiterhin Meinungsunterschiede**. Bei den materiellen Fragen zum FZA (UBRL, FlaM) machte die Europäische Kommission geltend, dass Ausnahmen bezüglich Dynamisierung in diesen beiden Bereichen für die EU nicht annehmbar seien. Nur spezifische Lösungen kämen infrage und könnten diskutiert werden.

Ende 2017 erlangten die Verhandlungen auf technischer Ebene eine **neue Dynamik**. Anlässlich des Treffens vom 23. November 2017 zwischen Bundespräsidentin Doris Leuthard und Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker – das später von der Schweiz und der EU unterschiedlich gedeutet wurde – unterbreitete Präsident Juncker der Schweiz einen neuen Vorschlag zur Streitbeilegung. Zudem teilte er der Schweiz mit, dass er das Dossier erstmals ebenfalls einem Kommissar (Johannes Hahn) übertragen habe, womit Bundesrat Ignazio Cassis einen direkten gleichrangigen Ansprechpartner für das institutionelle Dossier erhielt. Der Vorschlag der EU sah vor, dass für Streitigkeiten ein Schiedsgericht zuständig sein sollte. Zur Wahrung des Grundsatzes der Homogenität sollte dieses Schiedsgericht den EuGH anrufen, wenn die Streitigkeit Bestimmungen über die «Funktionsweise der Bereiche des Binnenmarkts [an denen die Schweiz teilnimmt]» oder den «Wettbewerb im Binnenmarkt» betrifft oder wenn

eine der Parteien dies beantragt. Der Entscheid des EuGH wäre für das Schiedsgericht bindend.

Am 21. Dezember 2017 erliess die Europäische Kommission einen Durchführungsbeschluss zugunsten der Schweiz betreffend die Anerkennung der **Börsenäquivalenz**. Im Gegensatz zu den gegenüber anderen Drittstaaten in diesem Bereich ausgesprochenen Anerkennungen (z. B. Australien, USA) gewährte die Europäische Kommission der Schweiz jedoch nur eine befristete Äquivalenz bis zum 31. Dezember 2018. Sie berief sich auf die **Schlussfolgerungen des Rates vom 28. Februar 2017**, wonach mit Verweis auf die 2014 eingeleitete Politik der Abschluss eines institutionellen Abkommens für die EU eine Voraussetzung für die Weiterentwicklung des sektoriellen Ansatzes mit der Schweiz bleibe.

2.2.3.3 Dritte Phase: 2018

Angesichts dieser Entwicklungen führte der Bundesrat an seiner Sitzung vom 31. Januar 2018 eine **umfassende Aussprache über die Europapolitik der Schweiz**. Dabei prüfte er neue Ansätze betreffend die Streitbeilegung. Zudem beauftragte er Staatssekretär Roberto Balzaretti mit der Koordination der gesamten Verhandlungen mit der EU. In der Folge erteilte der Bundesrat dem EDA den Auftrag, bei der EU spezifische Punkte zu sondieren, um das Schweizer Verhandlungsmandat gegebenenfalls anzupassen. Bezüglich Streitbeilegung galt es zwei Punkte zu sondieren: 1) ein **alternatives Modell ohne EuGH,** aber unter Einbezug des Bundesgerichts (zuständig für die Beilegung von Streitigkeiten auf dem Gebiet der Schweiz, während der EuGH in der EU dafür zuständig wäre) und mit einem Schiedsgericht, das nur für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit allfälliger Ausgleichsmassnahmen zuständig wäre; 2) **Anpassungen des Vorschlags der EU** vom 23. November 2017 (namentlich die fakultative Anrufung des EuGH durch das Schiedsgericht). Gleichzeitig wollte der Bundesrat abklären, inwieweit er seine Position zur UBRL lockern könnte, und erteilte dem EJPD den Auftrag zu prüfen, welche Aspekte Gegenstand von Konzessionen sein könnten.

Anfang Februar 2018 sondierte Staatssekretär Roberto Balzaretti die genannten Punkte beim stellvertretenden EAD-Generalsekretär Christian Leffler. Die **EU lehnte diese Vorschläge klar ab** und verwies darauf, dass der EuGH zwingend die einzige Instanz für die Auslegung von EU-Recht sein müsse. Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen beschloss der Bundesrat am 2. März 2018, das **Verhandlungsmandat** in gewissen Punkten **anzupassen.** Dieses sah nunmehr vor, dass die Schweizer Delegation eine Streitbeilegung durch **ein paritätisch zusammengesetztes Schiedsgericht** akzeptieren könne, wenn der gemischte Ausschuss eine Streitigkeit nicht innerhalb der vorgegebenen Frist beilegen kann. Das Schiedsgericht könne auch den EuGH anrufen, wenn es um die Auslegung von EU-Recht geht. Das Mandat wurde zudem um eine Bestimmung zu den **staatlichen Beihilfen** ergänzt, die im ursprünglichen Mandat vom 18. Dezember 2013 nicht enthalten war. Diese sah vor, dass eine allfällige Reglementierung der staatlichen Beihilfen im institutionellen Abkommen auf die Grundsätze zu beschränken sei und dass das System zur Überwachung der staatlichen Beihilfen auf einer Zwei-Pfeiler-Lösung basieren und der Schweizer Rechtsordnung entsprechen müsse. Was die **FlaM** betrifft (11 Massnahmen im Anhang des Mandats), präzisierte das Mandat, dass diese vollumfänglich beibehalten werden müssten und dass das Schiedsgericht dazu keine Auslegungsersuchen an den EuGH richten können dürfe. Die UBRL, zu der das EJPD dem Bundesrat im Februar 2018 einen Gesamtüberblick mit ganz leichten Flexibilisierungsmöglichkeiten (z. B. Erleichterung des Familiennachzugs) unterbreitet hatte (unter Hinweis darauf, dass weitere Konzessionen innenpolitisch undenkbar seien), wurde schliesslich in den Präzisierungen nicht erwähnt. Das Verhandlungsmandat von 2013, das bereits vorsah, dass die Schweiz diese Richtlinie sowie ihre Weiterentwicklungen nicht übernimmt, blieb somit unverändert gültig. Die Anpassungen des Verhandlungsmandats präzisierten auch die zu erreichenden Ausnahmen im Bereich der sozialen Sicherheit.

Mit dieser neuen Ausgangslage wurden die **Verhandlungen im März 2018** wieder aufgenommen. Auch wenn es möglich gewesen wäre, Kompromisse zu erzielen, insbesondere bezüglich der Streitbeilegung (indem die EU akzeptiert hätte, dass der EuGH nur angerufen wird, wenn es um die Auslegung oder Anwendung von EU-Recht geht, und dass das Schiedsgericht im Einzelfall selber entscheidet, ob eine Anrufung in einem konkreten Fall angebracht und notwendig ist) oder auch bezüglich der staatlichen Beihilfen, war es aussichtslos, eine Verhandlungslösung für die materiellen Fragen betreffend das FZA (UBRL, FlaM) zu finden. In Bezug auf die **UBRL** bestand die EU darauf, dass diese vollständig ins FZA zu übernehmen sei, und wiederholte lediglich ihren Vorschlag für eine Lösung analog zu jener im EWR. Das Begehren der Schweiz, die Übernahme der Richtlinie im institutionellen Abkommen explizit auszuschliessen, wurde von der EU abgelehnt. Im Rahmen informeller Sondierungsgespräche am 16. Oktober 2018 seitens Staatssekretär Roberto Balzaretti und des Staatssekretärs für Migration Mario Gattiker lehnte es die EU auch ab, auf Teilausnahmen betreffend die Richtlinie einzugehen. In diesem Punkt bestand folglich ein **grundlegend unterschiedlicher Ansatz**. Die UBRL wurde deshalb im InstA-Entwurf nicht erwähnt. Was die **FlaM** betrifft, bemühte sich die Schweizer Delegation erneut darum, diese von der dynamischen Rechtsübernahme auszunehmen (*carve-out*), und betonte, dass der Bundesrat ohne eine solche Ausnahme nicht in der Lage sei, dass InstA abzuschliessen. Die EU bekräftigte ihren Standpunkt, dass ein Ausschluss aller FlaM von der dynamischen Rechtsübernahme nicht in Betracht komme. Sie schlug hingegen das Protokoll 1 vor, um gewisse spezifische Ausnahmen zu gewährleisten. Die Schweizer Delegation wies darauf hin, dass ihr das bestehende Mandat nicht erlaube, auf einen solchen Text einzutreten. Bei der **Kündigungsklausel** schliesslich gelang es der Schweiz und der EU nicht, das Verfahren für die durch das InstA abgedeckten bestehenden Abkommen im Falle der Kündigung des InstA zu finalisieren.

Am **23. November 2018** traf Bundesrat Ignazio Cassis EU-Kommissar Johannes Hahn zu einer Standortbestimmung betreffend die institutionellen Verhandlungen. Die EU brachte ihre Ungeduld zum Ausdruck und betonte, dass die Verhandlungen abgeschlossen seien. Auch wenn das Treffen zu einem Kompromiss bei der Kündigungsklausel führte, ermöglichte es unter den gegebenen Umständen keine Klärung der aus Schweizer Sicht noch offenen Punkte, namentlich in Bezug auf die UBRL (die im InstA-Entwurf nicht erwähnt wird) sowie auf die FlaM (das von der Schweiz nicht gutgeheissene Protokoll 1 bleibt ein Vorschlag der EU).

2.2.4 Verhandlungsunterbruch zwischen 2019 und 2020

Der Bundesrat nahm im Dezember 2018 **Kenntnis vom InstA-Entwurf** in der Fassung vom November 2018. Das Verhandlungsmandat der Schweiz aus dem Jahr 2013 hatte die Sicherung der aktuellen FlaM für die Zukunft und den expliziten Ausschluss einer Übernahme der UBRL in das FZA vorgesehen. Diese Punkte konnten im InstA-Entwurf nicht geregelt werden. Der Bundesrat **sah deshalb davon ab, den Abkommens-Entwurf** als gemeinsames Verhandlungsergebnis **zu akzeptieren** und zu paraphieren, obschon er diesen als in weiten Teilen im Interesse der Schweiz erachtete. Er beschloss, Anfang 2019 im Sinne eines Reifungsprozesses breit gefächerte Konsultationen mit der Wirtschaft, der Wissenschaft, den politischen Parteien, den Sozialpartnern, den Kantonen und dem Parlament und anderen betroffenen Kreisen dazu zu führen.

Diese umfassenden Ad-hoc-Konsultationen im ersten Halbjahr 2019 erlaubten es, die **Interessen und Anliegen der wichtigsten Schweizer Akteure** zu ermitteln bzw. zu präzisieren. Ausserdem lösten sie eine umfassende Diskussion über die Vor- und Nachteile des InstA-Entwurfs in der Schweiz aus. Im Rahmen dieser Konsultationen wurden verschiedene Kritikpunkte am InstA-Entwurf eingebracht. Es zeigte sich, dass **drei Aspekte des Entwurfs** – die UBRL, die FlaM und die staatlichen Beihilfen – konkreter Klärungen bedurften. Dies teilte der

Bundesrat der Europäischen Kommission mit Schreiben vom 7. Juni 2019 mit, in welchem er festhielt, dass er das Abkommen über weite Strecken als im Interesse der Schweiz erachte und dass eine Klärung der drei Punkte es ihm erlauben würde, das Abkommen dem Parlament zu unterbreiten. Ab Sommer 2019 war der Ausschuss Auswärtige Angelegenheiten des Bundesrates beauftragt, zusammen mit den Kantonen und Sozialpartnern konkrete, innenpolitisch breit abgestützte Lösungen für diese drei offenen Punkte auszuarbeiten. Umgehend wurde ein zweigleisiger Prozess auf der politischen und der technischen Ebene in die Wege geleitet und bis September 2020 fortgeführt. Der Prozess erfuhr Verzögerungen aufgrund der Covid-19-Pandemie und der Abstimmung über die Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung» (Begrenzungsinitiative).

Parallel zu diesem Konsultations- und Klärungsprozess in der Schweiz erhöhte die Europäische Kommission ihre Druckpolitik hinsichtlich eines Abschlusses des InstA. Ende 2018 signalisierte EU-Kommissar Hahn, dass es ohne eine Regelung der institutionellen Fragen keine Anpassung der bestehenden Abkommen mehr geben werde. Im Januar 2019 wies das Kabinett des Präsidenten der Europäischen Kommission die Kommissionsdienste formell an, die laufenden **Gespräche mit der Schweiz betreffend den Marktzugang auszusetzen oder zu verzögern**, bis ein Ergebnis im institutionellen Dossier vorliege – Ausnahmen sollten nur in Fällen eines überwiegenden Interesses der EU und nach Genehmigung durch den Generalsekretär der Europäischen Kommission und den Kabinettschef der Präsidentschaft zugelassen werden. Diese Massnahmen kamen zu den bereits blockierten Verhandlungen, etwa in den Bereichen öffentliche Gesundheit (blockiert seit Mai 2018), Strom (seit Juli 2018) und Lebensmittelsicherheit (seit Dezember 2018), sowie den negativen Signalen im Rahmen der Arbeiten zur Aktualisierung von Kapitel 4 des MRA über die Medizinprodukte hinzu. Der EU-Rat bekräftigte diese entschlossene Haltung in seinen **Schlussfolgerungen vom 19. Februar 2019**, in denen er betonte, dass der Abschluss des InstA für die EU eine Voraussetzung für den Abschluss künftiger Abkommen über die Teilnahme der Schweiz am EU-Binnenmarkt und auch «ein wichtiger Aspekt bei der Entscheidung über weitere Fortschritte auf dem Weg zu einem für beide Seiten vorteilhaften Marktzugang ist.» Wenige Wochen nach der Veröffentlichung des **Berichts über die Konsultationen in der Schweiz am 7. Juni 2019** und dem **positiven Signal**, das der **Bundesrat** bei dieser Gelegenheit an den Präsidenten der Europäischen Kommission Jean-Claude Juncker gesandt hatte, entschied die EU im Juli 2019, die im Dezember 2018 vorübergehend erneuerte Anerkennung der **Gleichwertigkeit der Schweizer Börsenregulierung** nicht weiter zu verlängern, da sie die Fortschritte beim institutionellen Dossier als unbefriedigend erachtete. Angesichts dieser Entwicklung genehmigte das Schweizer Parlament zwar einen **zweiten Beitrag der Schweiz** an ausgewählte EU-Mitgliedstaaten (Kohäsionsbeitrag), machte verbindliche Zusagen in dieser Angelegenheit jedoch von der Aufhebung diskriminierender Massnahmen der EU gegenüber der Schweiz (wie z. B. die Nichtverlängerung der Börsenäquivalenz) abhängig.

Vor diesem Hintergrund **wachsenden Drucks**, der durch die Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und der EU im Rahmen der Covid-19-Pandemie etwas abgeschwächt wurde, ernannte der Bundesrat am 14. Oktober 2020, nachdem die Begrenzungsinitiative am 27. September 2020 abgelehnt worden war, Staatssekretärin Livia Leu zur neuen Chefunterhändlerin für die Verhandlungen mit der EU. Ohne das 2013 verabschiedete und 2018 präzisierte Verhandlungsmandat zu ändern, legte der Bundesrat am 11. November 2020 seine Position mit präzisen Richtlinien für die drei klärungsbedürftigen Punkte des Abkommens fest. In Bezug auf die **UBRL** forderte er, dass eine integrale Übernahme der Richtlinie in das FZA explizit auszuschliessen sei und dass sich eine allfällige Teilübernahme der Richtlinie auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmenden und deren Familienangehörigen sowie – in geringerem Mass – auf nichterwerbstätige Personen, die über genügende finanzielle Mittel verfügten, zu beschränken habe. Konkret forderte die Schweiz die Zusicherung des Ausschlusses von sieben

Bereichen dieser Richtlinie. In Bezug auf die FlaM forderte der Bundesrat die Sicherung der Schutzwirkung der bestehenden FlaM, einschliesslich des dualen Vollzugssystems, unabhängig von den Entwicklungen des EU-Rechts und der Rechtsprechung des EuGH. Schliesslich sollte sichergestellt werden, dass die Bestimmungen über die **staatlichen Beihilfen** im Entwurf des InstA keine horizontalen Auswirkungen über die vom InstA abgedeckten Bereiche hinaus haben, insbesondere nicht auf das FHA 72. Am 13. November 2020 präsentierte Bundespräsidentin Simonetta Sommaruga anlässlich eines Telefongesprächs mit der Präsidentin der Europäischen Kommission, Ursula von der Leyen, das Angebot der Schweiz an die EU zu diesen drei Punkten und leitete damit die Verhandlungen auf technischer Ebene neu ein.

2.2.5 Schlussphase der Verhandlungen 2021

Die Verhandlungen mit der EU wurden nach einem **ersten Treffen am 21. Januar 2021** zwischen Stéphanie Riso, der stellvertretenden Kabinettschefin der neuen Präsidentin der Europäischen Kommission Ursula von der Leyen, und Staatssekretärin Livia Leu in Brüssel wieder aufgenommen. Es fanden **sechs Verhandlungsrunden** zwischen der Schweiz und der EU statt. Die Gespräche waren intensiv, substanziell und konkret und drehten sich um die drei vorstehend erwähnten Themenbereiche, die einer Klärung bedurften. Abhängig von den zu behandelnden Themen wurde Staatssekretärin Livia Leu jeweils von Staatssekretärin Marie-Gabrielle Ineichen-Fleisch (FlaM, staatliche Beihilfen) oder Staatssekretär Mario Gattiker (UBRL) begleitet. Die Schweiz kommunizierte der EU ihre Forderungen in Bezug auf die Klärungen im Wesentlichen schriftlich und erläuterte diese mündlich; zu den Vorschlägen/Gegenvorschlägen der EU nahm sie systematisch Stellung. Trotz des Engagements beider Delegationen konnte bei den Verhandlungen keine Einigung erzielt werden. Ein Treffen am 23. April 2021 zwischen Bundespräsident Guy Parmelin und der Präsidentin der Europäischen Kommission Ursula von der Leyen bot Gelegenheit, eine **politische Bilanz über die technischen Verhandlungen** zu ziehen und – für die Schweiz – ihr Angebot zu wiederholen.

Nach diesem Treffen **blieben erhebliche Differenzen zwischen der Schweiz und der EU bestehen**. Während der Aspekt der staatlichen Beihilfen zufriedenstellend gelöst werden könnte, unter der Voraussetzung, dass in den beiden anderen Punkten eine Einigung erzielt wird, blieben die **substantiellen Fragen zum FZA** (UBRL, FlaM) ungelöst. So signalisierte die EU deutlich, dass sie nicht in der Lage ist, die Forderungen der Schweiz in vollem Umfang zu akzeptieren. In Bezug auf die **UBRL** zeigte die EU keine Bereitschaft, der Schweiz bei einer allfälligen Übernahme der Richtlinie in das FZA eine Ausnahme in den sieben Bereichen zu gewähren, die auf dem Konzept der Unionsbürgerschaft beruhen und nach dem Verständnis der Schweiz über die im FZA vereinbarte Personenfreizügigkeit hinausgehen. Bei den **FlaM** war die EU bereit, das Protokoll 1 wieder zu öffnen. Sie machte aber nur zu einem Teil der Forderungen der Schweiz konkrete Gegenvorschläge (insbesondere: «non-regression»-Klausel in Bezug auf das vom EU-Recht und der EuGH-Rechtsprechung garantierte Schutzniveau sowie Anerkennung von zusätzlichen nationalen Massnahmen, der Rolle der Sozialpartner und der Festlegung der Kontrolldichte innerhalb des strengen Rahmens, der durch das zu übernehmende einschlägige EU-Recht vorgegeben ist) und unterbreitet keine Vorschläge zu anderen für die Schweiz wesentlichen Punkten (z. B. Forderung nach Ausweitung der im Protokoll 1 enthaltenen Ausnahmen). Diese Gegenvorschläge sind nicht ausreichend, um die Schutzwirkung der bestehenden FlaM zu gewährleisten. Als Gegenleistung für allfällige Anpassungen am Protokoll 1 (ursprünglich ein Vorschlag der EU, der nicht formell zwischen der Schweiz und der EU ausgehandelt wurde) erwartete die EU zusätzliche Konzessionen seitens der Schweiz, insbesondere einen Ausbau und eine Verstärkung derjenigen Elemente des InstA-Entwurfs, die sich auf die Kohäsion beziehen.

In diesem Zusammenhang signalisierte die EU – im Einklang mit ihrer üblichen Politik – ihre Bereitschaft, **die Verhandlungen fortzusetzen**, verknüpft mit der Erwartung zusätzlicher Zugeständnisse der Schweiz. Wie anlässlich des Treffens vom 23. April 2021 zwischen Bundespräsident Guy Parmelin und der Präsidentin der Europäischen Kommission Ursula von der Leyen vereinbart, blieben die beiden Chefunterhändlerinnen der Schweiz und der EU in dieser Phase in Kontakt. Im Rahmen ihrer Kontakte unterrichtete die Schweiz die Europäische Kommission über die vom Bundesrat durchgeführten Konsultationen in der Schweiz und wiederholte ihr Angebot. Die Europäische Kommission erinnerte an ihren Standpunkt, den sie bereits anlässlich des hochrangigen Treffens vom 23. April 2021 geäussert hatte.

2.3 Verhandlungsergebnis

2.3.1 Geltungsbereich

Der InstA-Entwurf bezieht sich auf die fünf bestehenden Marktzugangsabkommen (Personenfreizügigkeit, Landverkehr, Luftverkehr, MRA und Landwirtschaft). Sämtliche künftigen Marktzugangsabkommen (z. B. das Stromabkommen), fallen ebenfalls unter den Anwendungsbereich des InstA sofern diese explizit auf das InstA, verweisen und die EU und die Schweiz nichts Abweichendes hierzu vereinbaren. Das FHA 72, das Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, das Zollsicherheitsabkommen und das Statistikabkommen fallen nicht unter das InstA, trotz der Vorgaben im Mandat der EU zu diesem Punkt.

2.3.2 Institutionelle Mechanismen und Funktionsweise des Abkommens

Die institutionellen Mechanismen (Rechtsentwicklung, Rechtsauslegung, Überwachung und Streitbeilegung) stellen den eigentlichen Kernbestand des InstA-Entwurfs dar. Neben diesen Mechanismen spielt auch die Kündigungsklausel, die Teil der Funktionsweise des Abkommens ist, eine Rolle bei der Beurteilung des Verhandlungsergebnisses.

2.3.2.1. Rechtsentwicklung

Der InstA-Entwurf sieht eine **dynamische Rechtsübernahme** vor (Art. 5 in Verbindung mit Art. 12 bis 14), das heisst, die Schweiz und die EU verpflichten sich grundsätzlich, relevante EU-Rechtsakte so rasch wie möglich in die betroffenen Marktzugangsabkommen zu integrieren. Als relevant gelten nur jene EU-Rechtsakte, welche im Anwendungsbereich der Marktzugangsabkommen erlassen werden. Protokoll 2 des InstA-Entwurfs sieht gewisse Ausnahmen von der dynamischen Rechtsübernahme vor. Sobald neue EU-Rechtsakte ausgearbeitet werden, müsste die Europäische Kommission die Schweiz darüber informieren und Schweizer Expertinnen und Experten in gleichem Masse konsultieren wie die Expertinnen und Experten der EU-Mitgliedsstaaten. In diesem Sinne würde die EU der Schweiz eine möglichst umfassende Mitwirkung am Rechtsetzungsprozess der EU ("**decision shaping**") zusichern. Ein Stimmrecht der Schweiz in diesem Prozess ist hingegen nicht vorgesehen.

Die Weiterentwicklungen des relevanten EU-Rechts müssen in die Marktzugangsabkommen integriert werden, dies gemäss den Regeln der jeweiligen Abkommen und unter **Berücksichtigung der innerstaatlichen Verfahren der Schweiz**. Jede Anpassung der betroffenen Abkommen mit Blick auf die Integration einer EU-Rechtsentwicklung müsste entweder im zuständigen gemischten Ausschuss oder in direkten Verhandlungen vereinbart werden. Im Rahmen dieser Diskussionen können allfällige Modalitäten der Übernahme, wie besondere Übergangsfristen, institutionelle Anpassungen oder spezifische Regelungen festgelegt werden. Die definitive Zustimmung der Schweiz zu jeder Anpassung kann erst nach Abschluss der entsprechenden innerstaatlichen Genehmigungsverfahren (einschliesslich eines Referendums)

erfolgen. Jede Übernahme von EU-Recht in ein Marktzugangsabkommen erfordert damit einen **eigenständigen Entscheid der Schweiz.** Eine automatische Rechtsübernahme, bei welcher EU-Recht ohne Zutun der Schweiz Bestandteil eines bilateralen Abkommens würde, ist ausgeschlossen. Erfordert eine Vertragsanpassung (einschliesslich allfälliger innerstaatlicher Rechtsanpassungen) eine Genehmigung durch die Bundesversammlung, verfügt die Schweiz für die Durchführung der notwendigen innerstaatlichen Verfahren über eine Frist von maximal zwei Jahren. Wird der Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstellt, verlängert sich die Frist um ein weiteres Jahr. Das heisst, dass die in den EU-Rechtsakten vorgesehenen Umsetzungsfristen für die Schweiz nur dann relevant sind, wenn sie länger als diese Frist von zwei beziehungsweise drei Jahren sind. Ist ein entsprechender EU-Rechtsakt vor der genannten Frist von zwei beziehungsweise drei Jahren umzusetzen, prüft die Schweiz – gemäss den Vorgaben des schweizerischen Rechts – die Möglichkeit der vorläufigen Anwendung des entsprechenden Beschlusses des gemischten Ausschusses oder der entsprechenden Vereinbarung über die Vertragsanpassung ab dem Zeitpunkt, in dem diese(r) in der EU in Kraft tritt.

Der InstA-Entwurf sieht **kein Verfahren vor für den Fall, dass sich eine Partei ausser Stande sieht, ein Abkommen fristgerecht anzupassen**: etwa, wenn die zweijährige Frist für die Übernahme eines EU-Rechtsakts in das betroffene Abkommen verstreicht, ohne dass eine vereinbarte Vertragsanpassung ratifiziert werden konnte. Das Fehlen eines solchen Verfahrens kann so interpretiert werden, dass die Parteien keine spezifischen Rechtsfolgen vereinbaren wollten. Verweigert eine Partei eine Anpassung eines Abkommens, entsteht ein Streitfall, auf den die Bestimmungen von Artikel 10 des InstA-Entwurfs anwendbar wären (siehe unten Streitbeilegung). Das Verfahren nach Artikel 10 des InstA-Entwurfs käme auch zur Anwendung, wenn sich die EU weigern würde, ein Abkommen, zum Beispiel das MRA, anzupassen.

2.3.2.2. Auslegung

Der **Grundsatz der einheitlichen Auslegung** wird in Artikel 4 des InstA-Entwurfs festgehalten. Adressaten dieser Bestimmung sind in erster Linie die Gerichte und die für die Umsetzung der Abkommen zuständigen Behörden in der Schweiz und der EU. Gemäss Artikel 4 Absatz 1 des InstA-Entwurfs sind die Schweiz und die EU – je eigenständig auf ihrem Territorium – verpflichtet, die betroffenen Marktzugangsabkommen einheitlich und unter Beachtung der Grundsätze des Völkerrechts auszulegen und anzuwenden. EU-Rechtsbegriffe sind von beiden Seiten gemäss der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH auszulegen und anzuwenden (Abs. 2). Dies wird in der Regel der Fall sein, sobald es um die Anwendung materiellrechtlicher Bestimmungen in den fünf vom InstA umfassten Abkommen geht, soweit diese auf EU-Recht basieren. Dieser Grundsatz ist an sich nicht neu, sondern existiert bereits in den bestehenden Marktzugangsabkommen zwischen der Schweiz und der EU, so insbesondere im FZA (Art. 16 Abs. 2) und im Luftverkehrsabkommen (Art. 1 Abs. 2). Während diese Bestimmungen jedoch nur die Verpflichtung enthalten, die einschlägige Rechtsprechung des EuGH *vor* dem Datum der Unterzeichnung der genannten Abkommen zu berücksichtigen, sieht Artikel 4 des InstA-Entwurfs vor, dass die Schweizer Behörden und Gerichte auch die *nach* der Unterzeichnung des InstA ergangene einschlägige Rechtsprechung des EuGH berücksichtigen müssen.

2.3.2.3. Überwachung

Der InstA-Entwurf sieht ein **Zwei-Pfeiler-Modell** vor (Art. 6 und 7). Die Schweiz und die EU sind je eigenständig für die korrekte Anwendung der Abkommen auf ihrem Territorium verantwortlich. Mit dieser Lösung wird mithin kein supranationales Überwachungsorgan geschaffen, und die Europäische Kommission erhält auch keine Kompetenzen gegenüber der Schweiz, wie dies im Verhandlungsmandat der EU gefordert worden war.

2.3.2.4. Streitbeilegung

Das **Streitbeilegungsverfahren** ist in Artikel 10 des InstA-Entwurfs festgelegt. Es handelt sich dabei im Grunde um ein **klassisches Schiedsgerichtsverfahren**, wie es in zahlreichen völkerrechtlichen Verträgen besteht – mit der Besonderheit, dass das Schiedsgericht für die Auslegung des in den Abkommen enthaltenen EU-Rechts, falls notwendig und angebracht, den EuGH beiziehen soll. Die Rolle, die dem EuGH im InstA-Entwurf zugewiesen wird, ergibt sich aus der Tatsache, dass dem EuGH in letzter Instanz die Auslegungshoheit über das EU-Recht zukommt.

Bevor die Vertragsparteien das Schiedsgericht anrufen, versuchen sie, den **Streitfall im Rahmen des gemischten Ausschusses beizulegen**, wie es bereits in den bestehenden Abkommen vorgesehen ist. Im Falle eines Streits über die Auslegung oder Anwendung des InstA oder eines betroffenen Abkommens sowie bei Differenzen bezüglich der Übernahme einer EU-Rechtsentwicklung in ein betroffenes Abkommen konsultieren sich die Vertragsparteien zunächst wie üblich im jeweiligen gemischten Ausschuss um eine einvernehmliche Lösung für den Streit zu finden (Art. 10 Abs. 1). Gelingt es dem gemischten Ausschuss nicht, den Streit innerhalb einer bestimmten Frist beizulegen, kann jede Vertragspartei die Einsetzung eines paritätischen Schiedsgerichts verlangen (Art. 10 Abs. 2). In Protokoll 3 zum InstA-Entwurf wird im Detail geregelt, wie sich das Schiedsgericht zusammensetzt und wie das Schiedsverfahren abläuft. Die Regeln entsprechen grundsätzlich der völkerrechtlichen Praxis in diesem Bereich. Wirft die Streitigkeit eine **Frage der Auslegung oder Anwendung eines unionsrechtlichen Begriffs** auf, deren Klärung für die Beilegung der Streitigkeit notwendig und relevant ist, befasst das Schiedsgericht den EuGH mit der Frage (Art. 10 Abs. 3). Die Vertragsparteien sind nicht berechtigt den EuGH direkt anzurufen, sondern müssen den Einbezug des EuGHs beim Schiedsgericht beantragen. Der Entscheid, den EuGH anzurufen, obliegt allein dem Schiedsgericht. Lehnt dieses den Einbezug des EuGH ab, so hat es diesen Entscheid zu begründen (Art. III.9 Abs. 3 Prot. 3). Legt das Schiedsgericht stützt sich zur Streitbeilegung auf das InstA, die Bestimmungen der relevanten Marktzugangsabkommen sowie auf weitere anwendbare Regeln des Völkerrechts. Letztere umfassen auch allgemeine völkerrechtliche Grundsätze wie zum Beispiel jene zur Staatenverantwortlichkeit (Art. IV.3 Abs. 1 Prot. 3). Legt das Schiedsgericht dem EuGH eine Frage zur Auslegung einer Bestimmung des EU-Rechts vor, so hat es den Entscheid des EuGH bei der Streitbeilegung zu beachten (Art. 10 Abs. 3). Der konkrete Streitfall wird jedoch immer vom Schiedsgericht entschieden.

Die Vertragsparteien sind grundsätzlich **an den Entscheid des Schiedsgerichts gebunden**. Die unterlegene Partei unterrichtet die Gegenpartei und den zuständigen gemischten Ausschuss über die Massnahmen, welche sie zur Einhaltung des Schiedsspruchs getroffen hat (Art. 10 Abs. 5). Entscheidet eine Vertragspartei, den Entscheid des Schiedsgerichts nicht umzusetzen, oder erachtet die Gegenpartei die getroffenen Umsetzungsmassnahmen als nicht in Einklang mit dem Schiedsspruch, kann Letztere Ausgleichsmassnahmen ergreifen. Diese können bis hin zur Suspendierung des oder der betroffenen Abkommen(s) gehen, sie müssen jedoch verhältnismässig sein, indem sie ein mögliches Ungleichgewicht beseitigen (Art. 10, Abs. 6). Bestehen bezüglich der Verhältnismässigkeit der Massnahmen Differenzen zwischen den Vertragsparteien, kann die betroffene Partei diesbezüglich zunächst wieder den zuständigen gemischten Ausschuss anrufen. Kommt der gemischte Ausschuss innerhalb einer bestimmten Frist zu keinem Entscheid, kann die betroffene Vertragspartei die Frage dem Schiedsgericht zur Beurteilung unterbreiten. Dieses wird die Frage beurteilen.

2.3.2.5. Kündigungsklausel

Artikel 22 des InstA-Entwurfs enthält die **Kündigungsklausel**, die es jeder Vertragspartei erlaubt, das InstA zu kündigen. Diese Klausel regelt auch die Konsequenzen einer Kündigung. Jedes Marktzugangsabkommen, welches nach der Unterzeichnung des InstA abgeschlossen

wird und explizit auf dieses verweist, tritt gemeinsam mit dem InstA sechs Monate nach dessen Kündigung ausser Kraft. Dies entspricht der Logik, dass einerseits ohne ein geltendes InstA seitens der EU keine weiteren Marktzugangsabkommen abgeschlossen würden und andererseits diese Abkommen auf die institutionellen Mechanismen des InstA verweisen würden und bei dessen Wegfallen institutionell nicht mehr funktionsfähig wären. Die fünf bereits bestehenden, vom InstA abgedeckten Marktzugangsabkommen würden im Falle einer Kündigung des InstA hingegen **nicht automatisch ausser Kraft treten**. Im InstA ist vielmehr ein Konsultationsprozess von drei Monaten vorgesehen, während welchem die Parteien die Auswirkungen des Wegfalls des InstA auf diese Abkommen und das weitere Vorgehen diskutieren würden. Können sich die Parteien auf eine Lösung einigen, bleiben diese Abkommen in Kraft. Andernfalls treten auch diese – nach Ablauf der vorgesehenen Kündigungsfrist von ebenfalls sechs Monaten – ausser Kraft. Die Guillotine-Klausel, die in diesen bestehenden Abkommen der Bilateralen I enthalten ist, würde jedoch nicht zur Anwendung kommen; das heisst, das Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, das ebenfalls Teil der Bilateralen I ist, würde in Kraft bleiben.

2.3.3 Staatliche Beihilfen

Im InstA-Entwurf einigten sich die Schweiz und die EU auf **gemeinsame materielle Grundsätze im Bereich der staatlichen Beihilfen**, die dem einschlägigen EU-Recht entsprechen. Diese Grundsätze sind nicht unmittelbar anwendbar. Eine Ausnahme bildet das Luftverkehrsabkommen, da es das einzige bestehende Marktzugangsabkommen ist, das bereits Bestimmungen über staatliche Beihilfen enthält. Der InstA-Entwurf sieht weiter vor, dass dieses Abkommen durch einen Beschluss seines Gemischten Ausschusses um neue Bestimmungen des für die Luftfahrt relevanten EU-Beihilfenrechts ergänzt wird (Art. 8B Abs. 6 und Anhang X sowie Gemeinsame Erklärung EU–Schweiz zur Integration des Anhangs X über die gemäss Art. 8B Abs. 6 erster Spiegelstrich erforderlichen Bestimmungen in Bezug auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 über den Luftverkehr in das genannte Abkommen). In zukünftigen Marktzugangsabkommen wie zum Beispiel dem Stromabkommen müssen die im InstA-Entwurf enthaltenen Grundsätze über staatliche Beihilfen übernommen und wo nötig im Rahmen der Aushandlung dieser Abkommen ergänzt werden.

Der InstA-Entwurf legt in Bezug auf die staatlichen Beihilfen auch **verfahrensrechtliche Bestimmungen** fest. Er sieht vor, dass jede Partei die staatlichen Beihilfen in ihrem Hoheitsgebiet durch je eine eigene Überwachungsbehörde selbständig kontrolliert (**Zwei-Pfeiler-Modell**). Das bedeutet für die Schweiz, dass staatliche Beihilfen des Bundes, der Kantone und gegebenenfalls der Gemeinden von einer schweizerischen Behörde überwacht würden. Die konkrete Umsetzung dieser Überwachung wäre im Landesrecht vorzunehmen und wäre abhängig vom betroffenen Wirtschaftszweig. Artikel 8B des InstA-Entwurfs sieht dafür bestimmte Modalitäten vor wie zum Beispiel die Einführung eines Notifizierungsverfahrens. Konkret muss das Überwachungsniveau der Schweiz gleichwertig sein mit jenem der EU, in der die Europäische Kommission die Beihilfenüberwachung wahrnimmt. Der InstA-Entwurf anerkennt zudem ausdrücklich, dass die Schweiz bei der Umsetzung der Überwachung staatlicher Beihilfen ihre verfassungsmässige Kompetenzordnung berücksichtigt, namentlich die Grundsätze der Gewaltenteilung und des Föderalismus.

Das **FHA 72** ist von den Bestimmungen über die staatlichen Beihilfen im InstA-Entwurf nicht direkt betroffen. Gemäss dem Entwurf für einen Beschluss des Gemischten Ausschusses, den die Schweiz und die EU im Rahmen des FHA nach dem Inkrafttreten des institutionellen Abkommens zu verabschieden beabsichtigten, müssten die Bestimmungen des FHA 72 über staatliche Beihilfen (sehr allgemein formuliert) jedoch in Übereinstimmung mit den entspre-

chenden Bestimmungen des InstA ausgelegt werden, sofern die Parteien gemeinsam entscheiden, in einem konkreten Streitfall über staatliche Beihilfen im Rahmen des FHA das mit dem InstA geschaffene Schiedsgericht anzurufen.

2.3.4 Personenfreizügigkeit

Das FZA **untersteht** als Marktzugangsabkommen **dem InstA** und somit dem darin festgelegten Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme. Der Bundesrat hatte jedoch in drei Bereichen, die mit der Personenfreizügigkeit zusammenhängen, verschiedene Ausnahmen von diesem Grundsatz gefordert: 1) bei den **FlaM**, 2) bei der **UBRL** sowie 3) bei der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur **Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit**. Während es beim dritten Bereich möglich war, bestehende Ausnahmen vom Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme auszuschliessen, wie es im Mandat der Schweizer Delegation festgehalten war, konnte bei den zwei anderen Bereichen kein solches Ergebnis erzielt werden.

Bei den **FlaM** erachtet die EU mehrere der Massnahmen als nicht mit der im FZA verankerten Dienstleistungsfreiheit vereinbar und fordert entsprechende Anpassungen. Im InstA-Entwurf unterbreitete die EU der Schweiz einen *Vorschlag (Protokoll 1).* Das Protokoll 1 sieht vor, dass die Schweiz das relevante EU-Recht im Entsendebereich (insbesondere die Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU und die revidierte Entsenderichtlinie 2018/957/EU) innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten des InstA übernehmen würde. Die EU anerkannte jedoch, dass mit der Übernahme und Umsetzung dieses Rechts die Schutzbedürfnisse in der Schweiz nicht vollumfänglich abgedeckt werden könnten. Unter Berücksichtigung der Besonderheiten des schweizerischen Arbeitsmarktes sowie des spezifischen und beschränkten Charakters der Dienstleistungsfreiheit, die im FZA auf 90 Tage begrenzt ist, bot die EU im Protokoll 1 daher an, eine Reihe von Massnahmen zu akzeptieren, die über die im EU-Entsenderecht vorgesehenen Massnahmen hinausgehen. Das Angebot der EU umfasste konkret die Garantie für folgende Kernmassnahmen: 1) die Möglichkeit einer branchenspezifischen Voranmeldefrist von vier Arbeitstagen auf der Basis einer objektiven Risikoanalyse, 2) eine branchenspezifische Kautionspflicht auf der Basis einer objektiven Risikoanalyse bei Akteuren, die ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachgekommen sind, sowie 3) eine Dokumentationspflicht für Selbständige. Gemäss dem Angebot der EU würden die im Protokoll 1 vereinbarten Massnahmen vom Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme ausgenommen und könnten in ihrem Grundgehalt weder durch das Schiedsgericht noch durch andere Gerichte infrage gestellt werden. Die anderen FlaM wären dagegen durch das InstA nicht abgesichert und unterlägen der dynamischen Rechtsübernahme und der Überprüfung durch das Schiedsgericht. Sie sind jedoch inhaltlich mit den in der EU geltenden Massnahmen vergleichbar. Bei den Verhandlungen zur Klärung des InstA-Entwurfs war es nicht möglich, das Protokoll 1 in zufriedenstellender Weise anzupassen (siehe 2.2.5 oben).

Die **UBRL** wird im InstA-Entwurf nicht erwähnt. Die Schweiz konnte im InstA-Entwurf keine explizite Ausnahme erreichen, die sie von der Pflicht zur Übernahme der Richtlinie in das FZA befreit hätte. Im Falle einer Meinungsverschiedenheit in Bezug auf die Frage der Übernahme der UBRL würde der im InstA vorgesehene Streitbeilegungsmechanismus zur Anwendung gelangen. Dabei ist davon auszugehen, dass das Schiedsgericht die Fragen betreffend die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen der UBRL dem EuGH vorlegen würde. Sollte das Schiedsgericht einen Entscheid fällen, der nicht in die von der Schweiz gewünschte Richtung geht, müssten die Modalitäten für die Übernahme oder Teilübernahme der Richtlinie im Rahmen des Gemischten Ausschusses zum FZA ausgehandelt werden. Würde die Schweiz eine Übernahme der Richtlinie verweigern, könnte die EU verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen ergreifen. Es handelt sich hierbei insofern um ein realistisches Szenario, als die EU im

Rahmen der Verhandlungen zur Klärung des InstA-Entwurfs nicht bereit war, der Schweiz explizite Ausnahmen für den Fall einer möglichen Übernahme der UBRL in das FZA zu gewähren (siehe 2.2.5 oben).

2.3.5 Gemeinsame Erklärungen und Beschluss des Gemischten Ausschusses zum FHA 72

Die EU wollte dem InstA weitere bestehende Abkommen unterstellen, so insbesondere das **FHA 72**. Die Schweiz lehnte diese Forderung von Beginn weg ab. Sie machte geltend, dass von einem Marktzugangsabkommen im Sinne des InstA erst dann gesprochen werden könne, wenn ein Abkommen auf der Rechtsharmonisierung zwischen der Schweiz und der EU beruht (d. h. wenn das Abkommen im betroffenen Bereich auf dem relevanten EU-Recht basiert) und der Schweiz im Gegenzug eine vollständige Teilnahme am EU-Binnenmarkt in diesem Bereich erlaubt. Dies trifft auf das FHA 72 nicht zu. Die EU erklärte sich bereit, das FHA 72 auszuschliessen, sofern es in der Präambel des InstA erwähnt und in eine **gemeinsame Erklärung** aufgenommen würde, **in der die Schweiz und die EU ihre Absicht bekunden, Verhandlungen über dessen Modernisierung aufzunehmen**. Die Erklärung enthält eine nicht abschliessende Themenliste, die sich im Wesentlichen an den umfassenden Freihandelsabkommen der jüngsten Generation orientiert und von den Verhandlungsparteien noch präzisiert werden muss (Ziff. 6 und 7 der Erklärung). Für die Interimsphase ab Inkrafttreten des InstA bis zur Inkraftsetzung eines allfälligen modernisierten FHA sieht die Erklärung die Möglichkeit vor, den Streitbeilegungsmechanismus des InstA auch im Bereich des FHA 72 anzuwenden. Voraussetzung dafür ist, dass sich beide Parteien im konkreten Streitfall damit einverstanden erklären. Damit die Nutzung des InstA-Streitbeilegungsmechanismus im Rahmen des bestehenden FHA rechtlich möglich wird, muss der Gemischte Ausschuss des FHA 72 dies formell beschliessen. Der **Entwurf für einen diesbezüglichen Beschluss** liegt dem InstA bei. Der Gemischte Ausschuss des FHA 72, der nur über wenig Spielraum für inhaltliche Änderungen an diesem Entwurf verfügt, würde diesen Beschluss erst fällen, wenn das InstA in Kraft getreten ist.

Bezüglich **Kohäsion** ist dem InstA-Entwurf eine gemeinsame Erklärung beigefügt. Darin wird festgehalten, dass die Schweiz ihre Beiträge autonom sowie in Anbetracht ihres Zugangs zum EU-Binnenmarkt entrichtet. Aus dieser Erklärung erwächst der Schweiz keine rechtliche Verpflichtung, regelmässig solche Beiträge zu leisten.

3 Einschätzung des Verhandlungsergebnisses

3.1 Interessenpolitische Ausgangslage

Das langjährige europapolitische Ziel der Schweiz ist eine möglichst weitgehende Beteiligung am EU-Binnenmarkt verbunden mit Kooperationen in ausgewählten Interessensbereichen unter Bewahrung grösstmöglicher politischer Eigenständigkeit. Für diese Zielsetzung hat sich der **bilaterale Weg** als massgeschneiderter europapolitischer Ansatz bewährt. Dieser wird den Interessen der Schweiz gegenüber ihrer wirtschaftlich und politisch wichtigsten Partnerin, der EU, am besten gerecht.

Die EU ihrerseits drängt seit einigen Jahren darauf, die bilateralen Abkommen um institutionelle Mechanismen, namentlich die dynamische Rechtsübernahme sowie einen effizienten Streitbeilegungsmechanismus, zu ergänzen, und machte ein institutionelles Abkommen zur **Voraussetzung der Binnenmarktbeteiligung** bzw. neuer Marktzugangsabkommen. Dies mit

dem Anspruch, dass auf dem EU-Binnenmarkt für alle Akteure die gleichen Bedingungen gelten sollen («*level playing field*»). Seitens der EU bestand ein besonderes Interesse an Rechtshomogenität in Bezug auf den Bereich der Personenfreizügigkeit, wo zwischen der Schweiz und der EU bereits jahrelange Differenzen in Fragen der Rechtsübernahme bzw. Rechtsauslegung bestanden (Stichwort FlaM sowie UBRL).

Vor diesem Hintergrund verfolgte der Bundesrat mit der Aufnahme von Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen die Absicht, den bilateralen Weg im Bereich der Teilnahme am EU-Binnenmarkt **abzusichern** sowie durch den Abschluss neuer Marktzugangsabkommen **weiterzuentwickeln**.

3.2 Verhandlungsmandat von 2013

3.2.1 Institutioneller Bereich

Neben den erwähnten Interessen an einem institutionellen Abkommen war sich die Schweiz von Anfang an auch der problematischen Aspekte eines solchen bewusst. Dazu gehörten insbesondere gewisse **souveränitätspolitische Konsequenzen.** In seinem Verhandlungsmandat vom 18. Dezember 2013 (siehe 2.2.2 oben) anerkannte der Bundesrat im **institutionellen Bereich**, dass für die EU das Prinzip der dynamischen Rechtsübernahme sowie die Zuständigkeit des EuGHs für die Auslegung von EU-Recht integrale Bestandteile *sine qua non* eines institutionellen Rahmens der Binnenmarktbeteiligung darstellen. Im Gegenzug wurde bei der Rechtsentwicklung eine adäquate Beteiligung der Schweiz an der Ausarbeitung des relevanten EU-Rechts verlangt. Bei Nichtübernahme einer relevanten Rechtsentwicklung sollten nur verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen – bis hin zur teilweisen oder umfassenden Suspendierung des oder der betroffenen Abkommen(s) – zugelassen werden. Für die Überwachung der korrekten Anwendung der Abkommen sollten Schweizer Behörden zuständig sein. Gleichzeitig sollte sich das InstA auf die bestehenden Markzugangsabkommen beschränken, unter Ausschluss des FHA 72.

3.2.2 Materielle Punkte

Daneben enthielt das Mandat (siehe 2.2.2 oben) aber auch eine Reihe **wesentlicher Interessen** der Schweiz in **materiellen Bereichen** wie dem Landverkehr und vor allem der Personenfreizügigkeit. Zu deren Schutz wurden diesbezüglich im Verhandlungsmandat von Dezember 2013 eine Reihe von Ausnahmen von der Anwendung des institutionellen Abkommens festgelegt (materielle Vorbehalte zur Dynamisierung und EuGH-Rechtsprechung). Zu diesen «roten Linien» gehörten insbesondere die Sicherung sämtlicher **flankierender Massnahmen** sowie der explizite **Ausschluss der Übernahme der UBRL** in das FZA – zwei Bereiche, in welchen sich die EU ihrerseits im umgekehrten Sinn eine Klärung der Differenzen mit der Schweiz durch das InstA erhoffte (siehe oben). Der Interessenkonflikt zwischen der Schweiz und der EU im Bereich der Personenfreizügigkeit war damit vorgezeichnet.

3.3 Einschätzung des Abkommensentwurfs vom 23. November 2018

Vor dem Hintergrund des Verhandlungsmandats von 2013 (inkl. dessen Präzisierung vom 2. März 2018 mit einer detaillierten Aufzählung der zu schützenden FlaM und einer Ergänzung für die staatlichen Beihilfen, siehe 2.2.3.3 oben) konnte der Bundesrat in seiner Einschätzung des Abkommensentwurfs vom 23. November 2018 folgende Ergebnisse verbuchen:

Der **Anwendungsbereich** des Abkommens wurde – wie von der Schweiz gefordert – auf die fünf bestehenden sowie auf künftige Marktzugangsabkommen beschränkt. U.a. das FHA 72 sowie das Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen werden vom InstA nicht abgedeckt. Die Parteien erklären im Rahmen des InstA aber ihre Absicht, Verhandlungen über die Modernisierung beider Abkommen aufzunehmen.

In Bezug auf die souveränitätspolitischen Konsequenzen der **institutionellen Mechanismen** konnten ebenfalls Anpassungen im Sinne der Schweiz erzielt werden. Durch den Ausschluss der automatischen **Übernahme von EU-Rechtsentwicklungen** konnte die Eigenständigkeit des Schweizer Gesetzgebers sichergestellt werden. D.h. die Schweiz entscheidet dank ausreichend langer Fristen weiterhin eigenständig über die Übernahme jeder EU-Rechtsentwicklung gemäss ihren üblichen innerstaatlichen Genehmigungsverfahren (inklusive Referendumsmöglichkeit). Im Falle einer Nicht-Übernahme ist die EU berechtigt, verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen. Zudem wurden der Schweiz gestaltende Mitwirkungsrechte bei der Erarbeitung von relevanten EU-Rechtsakten in der EU zugestanden («decision shaping»).

Bei der **Überwachung** der unter das InstA fallenden Abkommen in der Schweiz bleiben grundsätzlich die schweizerischen Behörden und Gerichte für die Sicherstellung der korrekten Anwendung und Auslegung der Marktzugangsabkommen zuständig. Soweit es um EU-Rechtsbegriffe geht, müssen sie dabei allerdings die relevante Rechtsprechung des EuGHs berücksichtigen.

Für die **Streitbeilegung** wurde – wie im Völkerrecht üblich – ein Schiedsgericht eingesetzt, in welchem paritätisch von der Schweiz und der EU ernannte Schiedsrichter einsitzen. Akzeptiert werden musste der EuGH, soweit es um die Auslegung von in den Abkommen enthaltenem EU-Recht geht. Wird ein Schiedsspruch durch eine Vertragspartei nicht eingehalten, kann die Gegenseite Ausgleichsmassnahmen ergreifen, die verhältnismässig sein müssen, was wiederum schiedsgerichtlich überprüft werden kann.

Was die wesentlichen Interessen der Schweiz im materiellen Bereich betrifft, konnten bestimmte in den Marktzugangsabkommen bereits bestehende **Ausnahmen** zugunsten der Schweiz vom Prinzip der dynamischen Rechtsentwicklung ausgenommen werden. So werden z.B. im Bereich Landverkehr das Nacht- und Sonntagsfahrverbot und die 40 Tonnen-Limite, im Bereich Landwirtschaft das Verbot internationaler Tiertransporte auf der Strasse und bei der Koordinierung der Sozialversicherungen im Bereich der Personenfreizügigkeit die Nicht-Exportierbarkeit gewisser Leistungen im InstA explizit bestätigt und für die Zukunft garantiert.

Bei den **staatlichen Beihilfen** beschränkt sich die im InstA enthaltene materielle Regelung auf die Festlegung eines rechtlichen Rahmens, welcher in künftigen Marktzugangsabkommen übernommen und allenfalls ergänzt werden muss, damit er überhaupt zur Anwendung kommt. In Bezug auf die bereits bestehenden Marktzugangsabkommen kommen die InstA-Beihilfebestimmungen lediglich auf das Luftverkehrsabkommen zu Anwendung, wobei dieses bereits heute praktisch identische Bestimmungen enthält. Und für die Überwachung gilt das von der Schweiz geforderte Zwei-Pfeiler-Modell, d.h. die Überwachung staatlicher Beihilfen in der Schweiz erfolgt durch eine schweizerische Behörde, nicht durch die Europäische Kommission.

Nicht eingehalten wurde das Schweizer Mandat dagegen im Bereich der **Personenfreizügigkeit**, d.h. konkret: der explizite und verbindliche Ausschluss der Übernahme der UBRL sowie die vertragliche Absicherung der FlaM konnte nicht erreicht werden. In Bezug auf Letztere anerkennt die EU aufgrund der Besonderheiten des Schweizer Arbeitsmarktes den Bedarf nach weitergehenden Massnahmen zur Garantie des Lohnschutzniveaus, die über das EU-Entsenderecht hinausgehen. Entsprechend machte sie in Protokoll 1 den Vorschlag, drei spe-

zifische flankierende Kernmassnahmen zumindest teilweise vertraglich abzusichern (Voranmeldefrist, Kautionspflicht, Dokumentationspflicht für Selbstständige); dies genügt aber den schweizerischen Forderungen betreffend den Erhalt der aktuellen Massnahmen nicht. Die UBRL wird im Abkommensentwurf gar nicht erwähnt, womit die Frage deren Übernahme letztlich ungeregelt und damit weiterhin umstritten bleibt.

Problematisch ist schliesslich auch die **Kündigungsklausel**. Diese verknüpft die Kündigung des InstA mit der Ausserkraftsetzung der Abkommen in dessen Anwendungsbereich und schafft dadurch ein beachtliches Risiko für die Bilateralen I und damit zusammenhängend indirekt auch für Schengen/Dublin. Dies auch wenn die fünf aktuellen Marktzugangsabkommen – anders als künftige Abkommen – nicht automatisch mit der Kündigung des InstA ausser Kraft treten, sondern nur, wenn im Rahmen eines dreimonatigen Konsultationsprozesses keine anderweitige Lösung für sie gefunden werden kann. Damit würde der faktische Entscheidungsspielraum in Bezug auf eine Kündigung, aber auch auf eine Revision des InstA stark eingeschränkt.

In seiner Einschätzung vom 7. Dezember 2018 erachtete der Bundesrat das damalige Verhandlungsergebnis zwar in weiten Teilen als im Interesse der Schweiz. Weil die Eckwerte des Verhandlungsmandats jedoch **in wichtigen Interessensbereichen nicht erreicht** werden konnten, insbesondere in Bezug auf die flankierenden Massnahmen und die UBRL, sah der Bundesrat aber davon ab, den Abkommensentwurf als gemeinsames Verhandlungsresultat zu akzeptieren und verzichtete auf eine Paraphierung.

3.4 Einschätzung der Ergebnisse der Nachverhandlungen zu den drei offenen Punkten im Frühjahr 2021

Die breiten Konsultationen der wichtigsten politischen und wirtschaftlichen Akteure in der Schweiz bestätigten den dringendsten Klärungsbedarf in den Bereichen Lohnschutz und Unionsbürgerrichtlinie sowie bei den staatlichen Beihilfen. Um die Position der Schweiz in diesen drei Punkten innenpolitisch breit abzustützen, zog der Bundesrat die Kantone und Sozialpartner bei der Erarbeitung der Lösungsansätze bei und legte am 11. November 2020 folgende Position fest:

- Anstatt den integralen Ausschluss der Unionsbürgerrichtlinie von der Übernahme in das FZA fordert die Schweiz lediglich die **Ausnahme von sieben Bestimmungen der Unionsbürgerrichtlinie**.
- Anstatt die rechtliche Absicherung sämtlicher flankierender Massnahmen fordert die Schweiz lediglich Rechtssicherheit in Bezug auf den **Erhalt der Schutzwirkung** der aktuell geltenden flankierenden Massnahmen, wofür klare Vorgaben definiert werden.
- Und bei den staatlichen Beihilfebestimmungen soll lediglich sichergestellt werden, dass diese **keine horizontalen Vorwirkungen** über die vom institutionellen Abkommen abgedeckten Bereiche hinaus haben, insbesondere nicht auf das FHA 72.

Die **Nachverhandlungen** mit der EU ab Januar 2021 zu den von der Schweiz verlangten Klärungen führten zu einem besseren gegenseitigen Verständnis und ergaben auch einzelne inhaltliche Annäherungen. Sie bestätigten aber vor allem die **grundsätzlichen Differenzen** im Bereich der Personenfreizügigkeit, die bereits seit Anfang der Verhandlungen bestanden.

- Bei der Unionsbürgerrichtlinie besteht zwischen der Schweiz und der EU ein grundsätzlicher Dissens über das **Verständnis der Personenfreizügigkeit**, wie sie unter dem FZA etabliert wurde. Gemäss der Schweiz ist diese grundsätzlich auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmenden und deren Familienangehörigen beschränkt; nichterwerbstätige Personen können davon nur profitieren, wenn sie über genügende finanzielle Mittel verfügen. Eine

allfällige Übernahme der Richtlinie in das FZA muss sich darum auf diejenigen Aspekte beschränken, die sich auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmenden und deren Familienangehörigen beziehen. Für die EU dagegen wurde die Freizügigkeit mit der Verabschiedung der Unionsbürgerrichtlinie ausgeweitet und mit dem Konzept der Unionsbürgerschaft verknüpft. Entsprechend zeigte die EU keine Bereitschaft, auf den Lösungsansatz der Schweiz einzutreten und ihr die notwendigen Ausnahmen bei einer Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie in das FZA zu gewähren.

- In Bezug auf den Lohn- und Arbeitnehmerschutz wenden die Schweiz und die EU mittlerweile beide das Prinzip «***Gleicher Lohn für gleiche Arbeit***» an. Der zur Verfügung stehende Kernbestand der Entsenderegeln der einzelnen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz lässt sich deshalb heute in weiten Teilen vergleichen. Unterschiede bestehen insbesondere in Bezug auf einzelne Instrumente und im Vollzug (so beispielsweise die Voranmeldefrist, Kautionsregelung und Spesentragungspflicht). Diese Unterschiede gehen zum einen auf eine andere Vollzugsorganisation zurück, denn die Schweiz kennt einen dualen Vollzug mit einer langen Tradition, die weit vor die Einführung des FZA zurückreicht. In der EU ist der Einbezug der Sozialpartner zwar ebenfalls möglich, aber das Vollzugssystem bleibt weitgehend staatlich organisiert. Zum anderen benötigt die Schweiz aufgrund der besonderen Ausgangslage mit der auf 90 Tage befristeten Dienstleistungsfreiheit, die zu vielen kurzen Dienstleistungseinsätzen führt, sowie aufgrund der hohen Risikoexposition, die vor allem in dem nach wie vor beträchtlichen Lohngefälle begründet liegt, teilweise weitere Instrumente, die im EU-Recht nicht vorgesehen sind. Einige dieser Instrumente sind im Protokoll 1 bereits abgesichert, allerdings im Vergleich zu den aktuellen FlaM in abgeschwächter Form. Die EU hat zwar auf einzelne Anliegen der Schweiz mit konkreten Gegenvorschlägen reagiert. Sie war aber bisher nicht bereit, das eigentliche Ziel der Schweiz in diesem Bereich zu akzeptieren, nämlich die bessere Absicherung des aktuellen Lohnschutzes unabhängig von allfälligen negativen Entwicklungen des EU-Rechts und der EuGH-Rechtsprechung. Ohne entsprechende Nachbesserungen ist die Schutzwirkung der aktuell geltenden flankierenden Massnahmen **nicht abschliessend gesichert**.
- Betreffend die Beihilfebestimmungen des InstA war die EU bereit, auf die von der Schweiz gewünschte Klärung einzutreten. Dies allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die beiden anderen Punkte vorab geregelt werden können. Diese Voraussetzung ist, wie oben gezeigt, **nicht gegeben**.

Das **hochrangige Treffen** zwischen dem Bundespräsidenten und der EU-Kommissionspräsidentin am 23. April in Brüssel bestätigte die Differenzen und ergab keine Annäherung. Die Schweiz wiederholte ihr Lösungsangebot und machte klar, dass ohne substanzielles Entgegenkommen der EU in den drei offenen Punkten die Bedingungen für die Weiterführung der Verhandlungen bzw. für die Unterzeichnung des institutionellen Abkommens nicht gegeben sind. Auch auf Ebene der Unterhändlerinnen gab es seit dem Treffen auf Präsidentenstufe keine Anzeichen, dass die EU der Schweiz in ausreichendem Masse entgegenkommen würde.

3.5 Konsequenzen eines Nichtabschlusses

Der Entscheid über das weitere Vorgehen betreffend das InstA muss gestützt auf eine **Interessenabwägung** gefällt werden. Die oben dargelegten Folgen und Risiken eines Abschlusses auf der Basis des vorliegenden Entwurfs müssen ins Verhältnis zu den Nachteilen eines Nichtzustandekommens des InstA gesetzt werden. Analog zu den Konsequenzen eines Abschlusses des InstA sind allerdings auch diejenigen eines Nichtabschlusses schwierig zu benennen bzw. zu beziffern, weil sie von einer Reihe von Variablen abhängen.

Die konkreten wirtschaftlichen Folgen einer **schleichenden Einschränkung des Marktzugangs** durch die EU nach einem Nichtabschluss des InstA sind im Voraus kaum einzuschätzen. Diese würden insbesondere von den konkreten Massnahmen der EU im Rahmen ihrer **Druckpolitik** gegenüber der Schweiz sowie umgekehrt von der Effektivität der seitens der Schweiz ergriffenen Auffangmassnahmen zur Schadensbegrenzung (siehe unten) abhängen. Die Schweiz wird zudem bestrebt sein, im Rahmen einer Verständigung mit der EU über die künftige Zusammenarbeit eine Negativdynamik bestmöglich zu verhindern bzw. abzuschwächen.

Folgende Konsequenzen sind bereits eingetreten bzw. absehbar:

- Es ist die etablierte Position der EU, dass sie ohne InstA **keine neuen Marktzugangsabkommen** mit der Schweiz mehr abschliessen will. Seit 2008 sind entsprechend keine neuen Marktzugangsabkommen mehr abgeschlossen worden. Blockiert sind aktuell insbesondere die geplanten Abkommen in den Bereichen Strom und **Lebensmittelsicherheit** sowie **Holzhandel**. Folgende Zahlen illustrieren die Kostenfolgen allein für den Bereich **Strom**: Während die Stromwirtschaft die entgangenen Handelsopportunitäten auf einen Betrag in dreistelliger Millionenhöhe schätzt, geht eine EPFL-Studie von Dezember 2019 längerfristig (2030) von einem Handelsdefizit von zusätzlich bis zu 1 Mia. CHF pro Jahr aus. Weiter verursachen auch die Auffangmassnahmen zur Stabilisierung des Schweizer Stromnetzes zusätzliche Kosten in Millionenhöhe aufgrund des Ausschlusses der Schweiz von den EU-Stromhandelsplattformen. Diese Mehrkosten werden insgesamt vom Schweizer Endverbraucher getragen. Je nach Kooperationsbereitschaft der EU bzw. der EU-Mitgliedstaaten können Probleme mit der Netzstabilität entstehen und mittelfristig könnte auch die Stromversorgung gefährdet sein.
- Im Dezember 2018 hat die EU-Kommission erklärt, dass sie auch nicht mehr bereit sei, **bestehende Marktzugangsabkommen** zu aktualisieren, ausser sie hat selber ein überwiegendes Eigeninteresse daran. So ist insbesondere die anstehende Aktualisierung des **Medizinproduktekapitels** im MRA blockiert. Die Medtech-Branche rechnet insgesamt mit Mehrkosten von initial 115 Mio. CHF und jährlich wiederkehrenden Kosten von 70 Mio. CHF, um die «Drittstaat-Anforderungen» der EU zu erfüllen. Dies führt zu Wettbewerbsnachteilen und einem Verlust an Standortattraktivität, die aber kaum bezifferbar sind. Ebenfalls blockiert ist die Aktualisierung mehrerer Anhänge des Landwirtschaftsabkommens, darunter der **Veterinäranhang,** was mittelfristig zu technischen Handelshemmnissen (z.B. Wiedereinführung von Zeugnissen und Grenzkontrollen) führen dürfte. Die bilateralen Luft- und Landverkehrsabkommen werden dagegen – mit wenigen aber gewichtigen Ausnahmen (Teilnahme der Schweiz an ERA, Kabotage im Luftverkehr) – vorläufig weiterhin aktualisiert. Auch die Vorarbeiten zur Aktualisierung von Anhang III FZA (gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen) werden vorangetrieben.
- Schliesslich macht die EU rein **politische Verknüpfungen** zwischen dem InstA und weiteren Dossiers: insbesondere zu den Verhandlungen im Bereich öffentliche **Gesundheit**, zur **Börsenäquivalenz** sowie zur Schweizer Beteiligung an den EU-Rahmenprogrammen im Bereich **Forschung,** Bildung und Kultur. Zudem wurde jüngst die Schweizer Beteiligung am Forschungsrahmenprogramm zusätzlich an eine Umsetzung des zweiten Schweizer Beitrags geknüpft.

Die unmittelbarste Auswirkung eines Nichtabschlusses des InstA ist die **Unsicherheit** über die künftigen Bedingungen einer Schweizer Teilnahme am EU-Binnenmarkt und einer Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und der EU in wichtigen Kooperationsbereichen. Der Binnenmarktzugang kann sich durch den Wegfall der Möglichkeit des Abschlusses neuer Marktzugangsabkommen nicht mehr weiterentwickeln bzw. wird sich mangels Aufdatierung der bestehenden Abkommen verschlechtern. Im schlimmsten Fall droht das Verhältnis Schweiz-

EU mittel- und langfristig auf eine Freihandelsbeziehung zurückzufallen. Angesichts des sich weiterentwickelnden Binnenmarktrechts besteht mithin das Risiko, dass die **Konkurrenzfähigkeit** und die Wettbewerbsvorteile von Schweizer Akteuren auf dem EU-Binnenmarkt abnehmen – sowohl gegenüber den Konkurrenten in der EU als auch gegenüber Anbietern aus Drittstaaten, mit denen die EU neue Abkommen abschliesst. Verbunden mit der Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Beziehungen zur wirtschaftlich bedeutendsten Partnerin der Schweiz dürfte dies die **Standortattraktivität** der Schweiz schmälern und die **Investitionstätigkeit** in der Schweiz bremsen.

Im Sinne einer Vorbereitung auf alle Eventualitäten hat der Bundesrat seit längerem begonnen, zur Abfederung der negativen Konsequenzen eines Nichtabschlusses des InstA **Auffangmassnahmen** zu planen und – wo nötig und möglich – auch schon umzusetzen.

- Im Juni 2019 hat der Bundesrat bspw. in Reaktion auf die Aberkennung der Schweizer **Börsenäquivalenz** durch die EU die Verordnung zum Schutz der Schweizer Börseninfrastruktur aktiviert. Diese stellt den Handel von Schweizer Aktien an der Schweizer Börse durch EU-Händler bis heute sicher.
- Im Hinblick auf eine Nichtaktualisierung des MRA im Bereich der **Medizinprodukte** hat der Bundesrat kurz- und mittelfristige Anpassungen im Schweizer Recht mit Blick auf die Versorgungssicherheit und zur Sicherstellung der Marktüberwachung in der Schweiz beschlossen.
- Im Bereich **Strom** werden zur Sicherung der Netzstabilität verschiedene Massnahmen getroffen wie bspw. technische (privatrechtliche) Vereinbarungen zwischen Swissgrid und europäischen Netzbetreibern.
- In Bezug auf **Horizon Europe** sind unterschiedliche Szenarien in Vorbereitung: die bereits genehmigte Finanzierungsbotschaft erlaubt es, die Mittel flexibel für eine Vollassoziierung, eine Teilassoziierung oder auch für den Drittstaat-Status mit projektweiser Beteiligung einzusetzen.
- Und bei **Erasmus** sind mittels einer Schweizer Lösung unabhängig von einer Assoziierung europäische Mobilitätsaktivitäten in allen Bildungsbereichen sichergestellt.

Es ist aber unbestritten, dass solche unilateralen Auffangmassnahmen, soweit solche überhaupt möglich sind, die negativen Folgen nicht-aktualisierter Abkommen und den fehlenden Abschluss neuer Abkommen mit der EU **höchstens teilweise kompensieren** könnten. Eine Ausnahme davon, welche allerdings nicht einfach repliziert werden kann, stellt die Massnahme zum Schutz der Börseninfrastruktur dar, welche der Schweizer Börse sogar zu mehr Umsatz verholfen hat.

Eine solche Entwertung der Marktzugangskommen durch die EU kann allein durch unilaterale Massnahmen der Schweiz naturgemäss nur begrenzt aufgefangen werden, weshalb selbstverständlich auch die **Partnerschaft und der Dialog mit der EU** weiter gepflegt und vertieft werden muss. Da eine abnehmende Wirksamkeit der Marktzugangsabkommen auch negative Auswirkungen auf die EU selber hat, dürfte eine solche auch nicht in ihrem eigenen längerfristigen Interesse liegen.

3.6 Ergebnisse der innenpolitischen Konsultationen bzw. Anhörung

Im Anschluss an das hochrangige Treffen vom 23. April in Brüssel konsultierte der Bundesrat am 26. April 2021 die Aussenpolitischen Kommissionen (APK) der Bundesversammlung zu seiner Einschätzung, dass ohne substanzielles Entgegenkommen der EU in den drei offenen

Punkten die Bedingungen für die Weiterführung der Verhandlungen bzw. für die Unterzeichnung des InstA für die Schweiz nicht gegeben sind. Zudem führte er ein Anhörungsverfahren mit den Kantonen durch.

In ihrer Stellungnahme vom 10. Mai teilten die **Kantonsregierungen** die Einschätzung des Bundesrats, dass die Schweiz der EU in einer Reihe von kritischen Bereichen weit entgegengekommen ist, die Positionen aber nach wie vor weit auseinanderliegen. Sie sind wie der Bundesrat der Meinung, dass eine Klärung der drei offenen Punkte im Sinne der Schweiz unabdingbar ist, um das InstA unterzeichnen zu können. Gleichzeitig unterstreichen die Kantone, dass der Bundesrat alles unternehmen sollte, um einen stabilen Rahmen für die bilateralen Beziehungen zur EU zu setzen, und dafür sämtliche politischen Optionen vollumfänglich ausgeschöpft werden müssen. Die Kantone sind weiterhin überzeugt, dass es im Sinne beider Parteien ist, pragmatische Lösungen bei den noch offenen Punkten zu finden. Sollte insbesondere aufgrund neuer Entwicklungen oder entsprechender Änderungen in der Haltung der EU eine Unterzeichnung des Abkommens im Bereich des Möglichen liegen, würden die Kantonsregierungen den Bundesrat bei diesem Vorhaben unterstützen.

Die **APK-S** äusserte sich in ihrer Stellungnahme nicht zur Einschätzung des Bundesrates, da sie diesen in der Pflicht sieht, gemäss der verfassungsmässigen Kompetenzordnung zu entscheiden, ob die Verhandlungen abgebrochen, sistiert oder weitergeführt werden sollen. Die Kommissionsmehrheit der **APK-N** dagegen forderte den Bundesrat in ihrer Stellungnahme auf, die Verhandlungen auf technischer wie politischer Ebene mit höchster Intensität fortzusetzen, für die Schweiz das bestmögliche Verhandlungsergebnis anzustreben sowie die Verhandlungen zum Abkommen zeitnah abzuschliessen und die Botschaft an das Parlament zu verabschieden.

3.7 Bilanz und Schlussfolgerung

Die Verhandlungen über ein InstA müssen im grösseren Kontext der Beziehungen Schweiz-EU betrachtet werden. Die EU hat mit der Schweiz mehr Abkommen abgeschlossen als mit jedem anderen Drittstaat. Die Schweiz ist unter den vier wichtigsten Wirtschaftspartnern der EU, was Warenhandel, Dienstleistungen und Investitionen betrifft. Täglich findet ein Warenaustausch im Umfang von rund einer Milliarde CHF statt. Die Schweiz trägt massgeblich zur Personenfreizügigkeit in Europa bei – 7.2% aller EU-28/EFTA-Bürger/innen aus dem EU-28/EFTA-Raum, die nicht in ihrem Heimatstaat leben, haben ihren Wohnsitz in der Schweiz. 1.4 Mio. EU/EFTA-Bürger/innen leben in der Schweiz. Dazu kommen ca. 340'000 Grenzgänger/innen aus der EU/EFTA sowie jährlich in der Regel deutlich über 200’000 meldepflichtige Personen aus dem EU/EFTA-Raum. Die breite Partnerschaft auf der Basis von über 100 Abkommen umfasst neben Wirtschaft und Arbeitsmarkt weitere relevante Politikbereiche wie Forschung und Bildung, Sicherheit, Justiz und Asyl sowie Umwelt und reicht bis zum gemeinsamen internationalen Engagement für Menschenrechte, Demokratie und Frieden. Diese Zusammenarbeit funktioniert gut und wird unabhängig von einem institutionellen Abkommen weitergeführt.

Das Grundinteresse der Schweiz in ihrem Verhältnis zur EU war und ist es, ihre Teilnahme am EU-Binnenmarkt zu sichern und deren künftigen Ausbau zu ermöglichen. Bereits mit dem Eintritt auf Verhandlungen über die von der EU geforderten **institutionellen Mechanismen** machte die Schweiz **Konzessionen**, indem sie die dynamische Rechtsübernahme und die Zuständigkeit des EuGHs für die Auslegung von EU-Recht als integrale Elemente des institutionellen Rahmens im Grundsatz akzeptierte.

Dieser Schritt bedeutet eine grundlegende Änderung im Verhältnis Schweiz-EU und war aufgrund seiner **souveränitätspolitischen Relevanz** auch innenpolitisch von Anfang an schwierig. Diese Problematik wurde durch die Kündigungsklausel des InstA noch verschärft, welche durch eine Verknüpfung der Kündigung des InstA mit der Ausserkraftsetzung der bestehenden Marktzugangsabkommen den Preis eines Ausstiegs aus dem InstA nach oben treibt und dieses faktisch unkündbar machen würde.

Problematisch waren bereits vor Beginn der Verhandlungen gewisse Bereiche der Personenfreizügigkeit, insbesondere der **Lohnschutz** sowie die **Unionsbürgerrichtlinie**. Aus diesem Grund wurden bereits im Mandat von 2013 die Sicherung der aktuellen flankierenden Massnahmen sowie der explizite Ausschluss einer Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie ins FZA als «**rote Linien**» definiert. Insbesondere, weil eben diese beiden Punkte im InstA-Entwurf vom November 2018 nicht bzw. im Fall des Lohnschutzes nicht ausreichend geregelt werden konnten, hatte der Bundesrat auf die Paraphierung des Abkommensentwurfs verzichtet. Und nicht überraschend wurden eben diese beiden Punkte in den breiten innenpolitischen Konsultationen in der ersten Hälfte 2019 – zusammen mit dem Bereich der staatlichen Beihilfen – als **wesentlichen Interessen** der Schweiz erneut bestätigt.

Nach Einbezug der Kantone und Sozialpartner konkretisierte der Bundesrat am 11. November 2020 seinen **Lösungsansatz** zu den drei verbleibenden offenen Punkten des InstA. Dabei forderte die Schweiz weder die Ausnahme der Unionsbürgerrichtlinie insgesamt, noch eine Ausnahme des Entsendewesens, sondern eine Reihe spezifischer Ausnahmen für zentrale Anliegen, die innenpolitisch breit abgestützt und für die Mehrheitsfähigkeit eines Abkommens entscheidend sind. Der Bundesrat hat diese Forderungen darum auch als **absolutes Minimum** beschlossen. Denn ohne die geforderten Nachbesserungen beim Lohnschutz ist die Schutzwirkung der aktuell geltenden flankierenden Massnahmen nicht abschliessend gesichert. Und ohne explizite Zusicherung von Ausnahmen bei der allfälligen Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie ins FZA besteht das Risiko eines eigentlichen Paradigmenwechsels in der Zuwanderungspolitik. Diese Risiken will der Bundesrat nicht eingehen.

In den Nachverhandlungen war trotz beidseitigem Engagement kaum eine Annäherung mehr möglich. Das Delta zwischen den beiden Seiten blieb weitgehend unverändert:

Bei der Unionsbürgerrichtlinie war die EU **nicht bereit, auf die Ausnahmeforderungen der Schweiz einzutreten**. Konkret wollte die Schweiz beispielsweise folgende Bereiche von einer Übernahme ausnehmen:

- das Recht auf Daueraufenthalt,
- der verstärkte Ausweisungsschutz (ordre public) und
- die Ausdehnung der Ansprüche auf Aufenthalt und Sozialhilfe für Nichterwerbstätige sowie für Personen, deren Arbeitsverhältnis unfreiwillig beendet wurde.

Für die Schweiz sind diese expliziten Ausnahmen unabdingbar. Das bewährte duale Zulassungssystem der Schweiz sieht vor, dass auch im Bereich der Personenfreizügigkeit ausländische Personen nur dann zuwandern können, wenn sie entweder originär zum Zwecke der Erwerbstätigkeit zuwandern, oder aber Familienangehörige solcher Personen sind. Bei nichterwerbstätigen Personen wird auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EU ein Aufenthalt nur dann gewährt, wenn ausreichende finanzielle Mittel vorhanden sind. Demgegenüber gewährt die UBRL in verschiedenen Konstellationen zugewanderten Personen einen Aufenthaltsanspruch, auch wenn keine ausreichenden finanziellen Mittel vorhanden sind. Die von der Schweiz im Bereich der UBRL verlangten Ausnahmen zielen darauf ab, diese bewährten Prinzipien der Zuwanderungspolitik auch weiterhin abzusichern, was bei einer vollen Übernahme der UBRL nicht mehr garantiert wäre. Eine volle Übernahme der UBRL käme einem **Paradigmenwechsel** bezogen auf die – in der Bevölkerung

und den Kantonen breit akzeptierte – Zuwanderungspolitik gleich. Dies würde aber auch der bisherigen Politik der Schweiz widersprechen, welche der Bundesrat in sämtlichen bisherigen Abstimmungen zur Personenfreizügigkeit gegenüber Volk und Ständen vertreten hat. Der Bundesrat möchte diese Zuwanderungspolitik, auch im Bereich der Personenfreizügigkeit, fortsetzen, welche sich durch eine überdurchschnittlich hohe Erwerbsquote, eine tiefe Sozialhilfequote sowie eine insgesamt erfolgreiche Integration der zugewanderten ausländischen Bevölkerung auszeichnet. Demgegenüber hätte eine Abkehr von einer solchen Politik auch Auswirkungen auf die **Sozialhilfekosten** der Kantone. Ins Gewicht fällt dabei in erster Linie die Kategorie von Personen, deren Arbeitsverhältnis unfreiwillig beendet wurde und die keine Anstellung mehr finden. Diese müssen heute nach einer gewissen Frist die Schweiz verlassen, könnten aber nach Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie grundsätzlich unbefristet in der Schweiz bleiben und hier auch Sozialhilfe beziehen, solange sie sich weiterhin um eine Arbeitsmarktintegration bemühen. Ebenfalls problematisch ist der **verstärkte Ausweisungsschutz**, den die Unionsbürgerrichtlinie vorsieht; dieser stünde im Widerspruch zu Bestimmungen in Art. 121 Abs. 3-6 BV, die durch die Annahme der Ausschaffungsinitiative Eingang in die Bundesverfassung gefunden haben.

Zur Sicherung der **Schutzwirkung der flankierenden Massnahmen** unabhängig von den Entwicklungen des EU-Rechts und der Rechtsprechung des EuGHs hatte die Schweiz u.a. folgende spezifischen Verbesserungen gewünscht:

- eine Immunisierung des Grundsatzes «gleicher Lohn für gleiche Arbeit», wie er in der Schweiz sichergestellt ist, gegen allfällige Entwicklungen in EU-Recht und EuGH-Rechtsprechung, welche den aktuellen Lohnschutz durch die bestehenden FlaM schwächen könnten («Stillhalteklausel»);
- eine Garantie der aktuellen Schweizer Spesenregelung;
- eine Voranmeldefrist von vier Arbeitstagen für alle Branchen (nicht nur für Risikobranchen);
- eine generelle Kautionspflicht nicht nur im Wiederholungsfall und in allen Branchen (nicht nur in Risikobranchen).

Die EU ist der Schweiz auch in diesen Punkten nicht entgegengekommen.

In den Nachverhandlungen trat vielmehr der grundsätzliche Charakter der **inhaltlichen Differenzen** immer stärker hervor, insbesondere was die Auslegung der Personenfreizügigkeit im Rahmen des FZA und das Verständnis für die Ausnahmebegehren bezüglich der schweizerischen FlaM betrifft. Diese materiellen Differenzen werden zusätzlich verschärft durch die **unterschiedliche Interessenlage** der beiden Seiten: Nachdem die Schweiz in Bezug auf die institutionellen Mechanismen bereits souveränitätspolitische Konzessionen gemacht hat, braucht sie zum Schutz ihrer wesentlichen Interessen zumindest im sensiblen Bereich der Personenfreizügigkeit eine Begrenzung der dynamischen Rechtsübernahme. Vor diesem Hintergrund hat der Bundesrat bei den drei noch zu klärenden Punkten kaum mehr Spielraum. Die EU dagegen sieht in der Dynamisierung der Rechtsübernahme gerade im Bereich der Personenfreizügigkeit den eigentlichen Mehrwert des institutionellen Abkommens und hat entsprechend wenig Verständnis für die schweizerischen Ausnahmeforderungen.

Angesichts dieser substantiellen inhaltlichen wie interessenpolitischen Differenzen ist **in absehbarer Zeit keine Lösung** der offenen Punkte in dem von der Schweiz geforderten Sinne zu erwarten. Dass gerade bei der UBRL und den FlaM die Differenzen nicht zu überbrücken sind, ist nicht erstaunlich, führten doch genau diese beiden Themen überhaupt erst zu den Forderungen der EU nach einem institutionellen Abkommen. Der Bundesrat hat immer wieder darauf hingewiesen, dass er das InstA nicht unterzeichnen würde, wenn keine zufriedenstellenden Lösungen für die genannten Klärungsbegehren gefunden werden können. Nur ein **ins-**

gesamt ausgewogenes Verhandlungsergebnis im Interesse der Schweiz könnte eine ausreichende innenpolitische Unterstützung für das Abkommen sicherstellen, welche für die parlamentarische Genehmigung und eine sehr wahrscheinliche Referendumsabstimmung notwendig ist. Ein Volks-Nein wäre aus Sicht des Bundesrates aber die schlechteste Lösung und würde den europapolitischen Handlungsspielraum der Schweiz auf Jahre hinaus stark einschränken.

Der Entscheid über den Abschluss bzw. die Unterzeichnung eines Staatsvertrags – oder eben dessen Nichtabschluss – liegt gemäss der Bundesverfassung in der Kompetenz und Verantwortung des Bundesrates. Nach Ansicht des Bundesrates sind die Voraussetzungen für den Abschluss des institutionellen Abkommens aus den dargelegten Gründen nicht erfüllt. Diese Einschätzung ist die konsequente Folge der Tatsache, dass die als Minimalstandards am 11. November 2020 beschlossenen Ziele am Schluss deutlich nicht erreicht wurden. Sie berücksichtigt die Ergebnisse der Konsultationen der APKs sowie der Anhörung der Kantone und ist das Ergebnis einer **Interessenabwägung**, welche auch die Nachteile eines Nichtabschlusses des InstA einbezieht. Die Konsequenzen eines Nichtabschlusses des InstA und dem von der EU in diesem Fall angedrohten Abbau des Marktzugangs lassen sich allerdings im Voraus nicht genau benennen bzw. beziffern; denn sie hängen einerseits von der Reaktion der EU, anderseits von allfälligen Massnahmen der Schweiz ab. Darum engagiert sich der Bundesrat dafür, dass der Nichtabschluss des InstA neben der fortgesetzten Planung unilateraler **Auffangmassnahmen** (Schadensbegrenzung) auch durch eine Verständigung mit der EU begleitet wird mit dem Ziel, eine Negativdynamik soweit möglich zu vermeiden, die Beziehungen zur EU zu **stabilisieren** (Bestandwahrung) und den bilateralen Weg im gemeinsamen Interesse fortzusetzen.