

Bern, 3.1.2020

Institutionelles Rahmenabkommen Schweiz-EU: Auslegende Erklärungen

I. Einleitung

Angesichts der staats- und integrationspolitischen Bedeutung des institutionellen Rahmenabkommens mit der EU hat der Bundesrat im Frühjahr 2019 nach dem 2018 erfolgten Abschluss der Verhandlungen und vor einer Paraphierung und Unterzeichnung ausserordentliche Konsultationen mit Parteien, Verbänden, Kantonen und zivilgesellschaftlichen Organisationen durchgeführt. Im Ergebnis manifestierten sich Bedenken und Einwände im Wesentlichen in drei Bereichen: (i) Die Gewährleistung eines weiterhin wirksamen Lohnschutzes im Entsenderecht ausländischer Arbeitnehmer, (ii) die Frage der allfällige Übernahme der Fürsorgepflichten für arbeitslos gewordene Bürgerinnen und Bürger der Vertragsparteien in einem Vertragsstaat, und (iii) die Einschränkung des Spielraumes für die Gewährung kantonaler Beihilfen.

Die Plattform Schweiz-EU und die unterzeichneten Organisationen der Zivilgesellschaft haben in einer Petition an den Bundesrat vom 31. Oktober 2019 erneut die rasche Unterzeichnung des Abkommens verlangt und die Gründe dafür eingehend dargelegt. Sie gehen davon aus, dass das vorliegende Abkommen weit besser ist als sein Ruf und für die Weiterentwicklung der bilateralen Beziehungen der Schweiz mit der EU eine gute zeitgerechte Grundlage bildet. Der Bundesrat hat denn auch die institutionelle Architektur des Abkommens gutgeheissen und sich für sog. Klärungen auf die vorgenannten Bedenken beschränkt.

Diese Bedenken können nach einlässlicher Prüfung innerhalb des Abkommens auf dem Wege der Auslegung der Vertragsbestimmungen rechtlich ausgeräumt und geklärt werden. Die Auslegung kann über auslegende Erklärungen erfolgen. Diese Erklärungen können einseitig oder im gegenseitigen Einvernehmen beidseitig erfolgen. Eine Nachverhandlung des Textes des Abkommens selbst ist dazu nicht erforderlich.

Mit auslegenden Erklärungen kann sichergestellt werden, dass geltend gemachte Anliegen der Europäischen Union kanalisiert werden, während diese bei einem Verzicht auf das Rahmenabkommen in Zukunft in den einzelnen Bereichen ungefiltert geltend gemacht und politisch durch einseitige Massnahmen ohne Rechtskontrolle durchgesetzt werden können.

VORSTAND

Präsident

Thomas Cottier

Vizepräsidentin

Joëlle de Sépibus

Mitglieder

Hervé Bribosia, Rosa Losada, Matthias Meyer, Philippe Nell, Alois Ochsner, Friedrich Sauerländer, Chantal Taux, Gérard Viatte, Jean Zwahlen, Samuel Huber (Sekretariat)

II. Auslegende Erklärungen im Völkerrecht

Auslegende Erklärungen sind einseitig oder beidseitig geäußerte Auffassungen zur Interpretation eines Abkommens. Sie bewegen sich im Unterschied zu einseitigen Erklärungen eines Staates innerhalb des Auslegungsspielraumes eines Vertrages und stellen dessen Bestimmungen nicht in Frage. Soweit sie über den Vertrag hinausgehen handelt es sich materiell um einen Vorbehalt, der - soweit zulässig - von der Gegenpartei angenommen werden muss und in bilateralen Beziehungen eine Vertragsänderung bewirkt. (vgl. EDA, *Praxisleitfaden Völkerrechtliche Verträge.*, paras. 23/24, Bern 2015).

Für das Rahmenabkommen besteht die Möglichkeit von einseitigen und von beidseitigen auslegenden Erklärungen.

Die einseitige auslegende Erklärung widerspiegelt die Rechtsauffassung einer Partei. Sie bindet diese in Treu und Glauben in der Vertragspraxis. Sie ist von der Gegenpartei formell nicht annahmefähig, unterliegt aber den Grundsätzen der stillschweigenden Genehmigung (*acquiescence*). Ist die Gegenpartei damit nicht einverstanden, muss sie reagieren und Einspruch erheben.

Wird die auslegende Erklärung gemeinsam abgegeben, liegt eine authentische Vertragsauslegung und im Ergebnis eine eigentliche Zusatzvereinbarung vor, welche die Bestimmungen des Vertrages präzisiert.

Soweit eine gemeinsame auslegende Erklärung nicht möglich ist, kann die Schweiz ihre Rechtsauffassung anlässlich der Paraphierung und Unterzeichnung seitens des Bundesrates einseitig zum Ausdruck bringen. Er antwortet damit auf die vor allem im Inland geäußerten Bedenken, legt aber auch seine der Unterzeichnung *ad referendum* massgebende Haltung gegenüber der EU fest, die in der Folge auch für Parlament und Volk wegleitend sind.

III. Lohnschutz

A. Ausgangslage

Das Rahmenabkommen beschlägt allein die Bestimmungen über die Entsendung von Arbeitnehmenden im Rahmen der zeitlich beschränkten Dienstleistungsfreiheit. Es berührt nicht die im Entsendegesetz (SR 823.20) ebenfalls geregelte Kontrolle der Einhaltung von Mindestlöhnen bei in der Schweiz angestellten Personen bei in- und ausländischen Unternehmungen mit Sitz im Inland im Sinne von Art. 1 Abs. 2 EntsG. Diese Vorschriften und Kontrollen werden vom Freizügigkeitsabkommen – und damit vom Rahmenabkommen - nur insoweit erfasst als sie gegenüber ausländischen Arbeitnehmern diskriminierend angewendet oder Unternehmen in der Anstellung von Personal einschränken. Tariflich vereinbarte Mindestlöhne und ihre Durchsetzung dienen indessen grundsätzlich der Umsetzung der Freizügigkeit. Lohnschutz und Freizügigkeit gehen vielmehr Hand in Hand.

Das Rahmenabkommen anerkennt das gemeinsame Ziel der Vertragsparteien der Achtung des Grundsatzes „gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit“. Zu diesem Zweck dürfen sie ein verhältnismässiges und angemessenes Schutzniveau sicherstellen, um die Dienstleistungsfreiheit und die korrekte Anwendung der Regeln durch Vorbeugung von Missbrauch und Umgehungen zu gewährleisten. Die Ausgestaltung der Kontrolle und Durchsetzung richtet sich nach den einschlägigen Richtlinien der EU, ge-

steht der Schweiz aber ausdrücklich eine vorgängige Anmeldung bis zu vier Tagen und ein Kautionsrecht gegenüber säumigen Unternehmungen ein. Sie lässt die Schweiz am behördlichen Informationssystem IMI (Binnenmarkt- Informationssystem)¹ und an der EU weiten Amts- und Rechtshilfe partizipieren. Umstritten ist die Dichte der ausgeführten Kontrollen namentlich gegenüber ausländischen Unternehmungen. Nicht angesprochen wird im Vertrag, ob die Durchführung des Lohnschutzes weiterhin den Sozialpartnern anvertraut werden kann, oder ob sie von staatlichen Behörden vorgenommen werden muss.

B. Auslegende Erklärung zum Lohnschutz

Die ausdrückliche Anerkennung des Grundsatzes „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ in Protokoll 1 zum Rahmenabkommen ist dahin auszulegen, dass dieser eine weiterhin wirksame Kontrolle des Lohnschutzes für entsandte Arbeitende im Rahmen der Bestimmungen des Rahmenabkommens ermöglicht und verlangt. Die Wirksamkeit (*efficacité*) der flankierenden Massnahmen hängt weiterhin von den getroffenen Kontrollmassnahmen vor Ort ab. Diese bilden auch eine wesentliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der Zusammenarbeit unter Behörden der Vertragsparteien im Rahmen des Informationssystems IMI und der Amts- und Rechtshilfe. Die Dichte und Verhältnismässigkeit der Kontrollmassnahmen seitens der Schweiz bemisst sich daher unter Berücksichtigung der künftigen Wirksamkeit der Zusammenarbeit in der Amts- und Rechtshilfe mit den einzelnen betroffenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

Protokoll 1 und die einschlägigen Richtlinien sind sodann dahin auszulegen, dass das Rahmenabkommen die im Auftrage des Bundes an die Sozialpartner delegierte Durchführung der Kontrollmassnahmen in Zusammenarbeit mit den Behörden der Rechtspflege weiterhin im Interesse eines wirksamen Lohnschutzes im Bereich des Entsenderechts zulässt.

IV. Fürsorgepflichten (Unionsbürgerrichtlinie)

A. Ausgangslage

Sowohl das Rahmenabkommen wie auch das Freizügigkeitsabkommen erwähnen die Richtlinie 2004/38/EG nicht, mit der die vom Europäischen Gerichtshof im Rahmen der Unionsbürgerschaft zugestandenen weitergehenden Aufenthalts- sowie Sozialrechte für EU Bürgerinnen und EU Bürger und ihren Familien in den Mitgliedsstaaten kodifiziert wurde. Umstritten ist, inwieweit das Rahmenabkommen zur Übernahme dieser Rechte verpflichtet. Art. 5 sieht grundsätzlich die Übernahme der im Rahmen des Geltungsbereiches des Rahmenabkommens erlassenen Rechtsakte der Union vor, unter Vorbehalt der Ausnahmen von Protokoll 2. Art. 5 umfasst auch die Personenfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit, soweit sie das Freizügigkeitsabkommen von 2004 umfasst. Für die auf die Unionsbürgerschaft gemäss Art. 9 EUV und Art. 20 AEUV und die Rechtsprechung des EuGH zurückzuführende Ausweitung von Fürsorgerechten auf Angehörige von Vertragsstaaten unabhängig eines Arbeits-

¹ https://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/index_de.htm

verhältnisses gilt das klarerweise nicht. Sie fallen nicht unter den Geltungsbereich des heutigen Freizügigkeitsabkommens. Vielmehr wird das Anliegen Gegenstand von künftigen Verhandlungen im Rahmen des FZA sein. Der schrittweise Übergang vom Heimatstaat- zum Wohnortprinzip wird wie in der Schweiz auch in Europa ein langer Prozess sein. Er kann nicht mit dem Rahmenabkommen auf die eine oder andere Seite entschieden werden.

B. Auslegende Erklärung

Art. 2, Art. 5 und Protokoll 2 des Rahmenabkommens sind dahin auszulegen, dass die Schweiz die weder im Freizügigkeitsabkommen noch im Rahmenabkommen erwähnte Richtlinie 2004/38/EG² im Rahmen des Rahmenabkommens insoweit zu übernehmen hat als deren Bestimmungen in den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens von 2004 fallen, hierzu einen klaren Bezug aufweisen und eine spätere teilweise Übernahme weitergehender Rechte durch die Schweiz als Nichtmitgliedstaat der Union nicht präjudiziert. Die Frage wird im Zuge des Wechsels vom Heimatstaatsprinzip zum Wohnortprinzip im Fürsorgewesen Gegenstand von späteren Verhandlungen im Rahmen von Art. 18 des Freizügigkeitsabkommens sein.

V. Kantonale Beihilfen

A. Ausgangslage

Das Rahmenabkommen übernimmt das EU Beihilferecht für die unterstellten Verträge, insbesondere für den Luftverkehr. Anhang X zum Rahmenabkommen listet diesbezüglich spezifische beihilferechtliche Bestimmungen der Union auf, die für den Luftverkehr Geltung haben. Die kantonalen Subventionen sind in erster Linie Gegenstand des Freihandelsabkommens von 1972, das vom Rahmenabkommen heute nicht erfasst wird. Die dem Rahmenabkommen beigefügte Gemeinsame Erklärung Schweiz-EU zu den Handelsabkommen sieht die Ausarbeitung eines modernen Vertrages auf dem heutigen Stand entsprechender Aussenwirtschaftsabkommen der EU vor. Sie sieht indessen auch gewisse Vorwirkungen ab Inkrafttreten des Rahmenabkommens vor. Diese betreffen auch die kantonalen Subventionen. Die Kantone befürchten eine Einschränkung ihrer Spielräume und entsprechende Schiedsverfahren.

Dem Rahmenabkommen ist ein Entwurf für einen Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses nach Art. 29 des Freihandelsabkommens vom 22. Juli 1972 beigefügt. Gemäss dem letzten Erwägungsgrund dieses Beschlussentwurfs sollen die Beihilfenbestimmungen des Rahmenabkommens für die Auslegung und Anwendung von Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii des Freihandelsabkommens begleitend (*guide son application*) sein, noch bevor das Freihandelsabkommen modernisiert wird. Dieser Beschluss ist nicht Teil des Abkommens. Es handelt sich sodann um einen Entwurf und der Erwägungsgrund hat als Präambel keine unmittelbare operative Wirkung. Er muss unter Berücksichtigung von Art 2 des Rahmen-

² Richtlinie 2004/38 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG.

abkommens ausgelegt werden, der das Freihandelsabkommen dem institutionellen Abkommen nicht unterstellt. Es liegt keine völkerrechtliche Konstellation der *lex posterior* vor. Vielmehr ist das Rahmenabkommen als spätere Übereinkunft Kontext im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. a VRK. Die Bestimmungen des Rahmenabkommens über staatliche Beihilfen und das EU Recht sind damit bei der Auslegung von Art. 23 FHA zu berücksichtigen. Diese Berücksichtigung muss sich aber im Rahmen von Wortlaut und Zweck des Freihandelsabkommens als völkerrechtlicher Vertrag und der Bestimmung von Art. 23 FHA halten und kann über diese nicht hinausgehen. Inwieweit eine darüber hinausgehende Anpassung an das EU erfolgen wird, wird Sache von Neuverhandlungen zum Freihandelsvertrag, seiner Erweiterung zu einem modernen Wirtschaftsabkommen sowie seiner formellen Unterstellung unter das Rahmenabkommen im Sinne von Art. 2 Abs. 1, und Art. 17 Abs. 3, mit allfällig möglichen Ergänzungen gemäss Art 8A Abs. 1 al.2 des Rahmenabkommens.

Ziff. 8 der Gemeinsamen Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen lässt Schiedsverfahren nur im gegenseitigen Einvernehmen zu (*si les deux parties le souhaitent*). Die Bestimmung weicht von der allgemeinen Regel ab, welche ein Verfahren gemäss Art. 10 einseitig zulässt. Ein Streitfall über staatliche Beihilfen im Geltungsbereich des Freihandelsabkommens kann daher entgegen dem Willen der Schweiz nicht anhängig gemacht werden und bleibt Gegenstand von Verhandlungen im Rahmen des Gemeinsamen Ausschusses und damit im Kontext einer künftig notwendigen Revision des Freihandelsabkommens von 1972, namentlich seiner Erweiterung auf Marktzugangsrechte im Dienstleistungsbereich. Mit einer auslegenden Erklärung kann auch sichergestellt werden, dass innerstaatliche Gerichte auf Grund des Rahmenabkommens nicht über die im Freihandelsabkommen von 1972 bestehenden Pflichten bei der Beurteilung namentlicher kantonaler Behelfen hinausgehen.

B. Auslegende Erklärung

Die Gemeinsame Erklärung Schweiz-EU zu den Handelsabkommen ist dahin auslegen, dass die Frage des Umfangs, der Art und Weise der Übernahme des Beihilferechts des Rahmenvertrages gemäss Art. 8 in einem revidierten Wirtschaftsabkommen Gegenstand von Verhandlungen sein wird und weder durch die Gemeinsame Erklärung Schweiz-EU zu den Handelsabkommen noch durch die in Annex X zum Rahmenabkommen aufgelisteten Bestimmungen der EU betreffend den Luftverkehr präjudiziert wird. Der letzte Erwägungsgrund des Entwurfs für den Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses bewirkt nach dessen Annahme allein, dass bei der Auslegung von Artikel 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA die Beihilfebestimmungen des Kapitels 2 des Rahmenabkommens als Kontext im Rahmen von Wortlaut und Zweck des Freihandelsabkommens und insbesondere von Artikel 23 FHA zu berücksichtigen sind.

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