

Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht  
Beiheft 50

## Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz

herausgegeben von Thomas Cottier

mit Beiträgen von Thomas Cottier und Rachel Liechi,  
Matthias Oesch, Emilie Kohler, David Herren, Ralf Imstepf,  
Monique Sturny

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet unter <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-3302-6

© 2012 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel  
[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)

Herausgeber, Autorinnen und Autoren

THOMAS COTTIER, Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, Universität Bern (Herausgeber)

DAVID HERREN, Dr. iur., juristischer Sekretär beim Handels- und Industrieverein des Kantons Bern

RALF IMSTEPF, Dr. iur., Gerichtsschreiber am Bundesverwaltungsgericht

EMILIE KOHLER, MLaw, Doktorandin an der Universität Bern, Assistentin an der Universität Lausanne

RACHEL LIECHTI, lic. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, Universität Bern

MATTHIAS OESCH, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Assistenzprofessor an der Universität Bern

MONIQUE STURNY, lic. iur., Rechtsanwältin, LL.M.

Aussen- und Integrationspolitik stark von allgemeinen Befindlichkeiten in Bevölkerung und Gesellschaft geprägt sind. Diese wiederum werden wesentlich durch Parolen der Parteien und durch die Medien beeinflusst, die wenig zum breiten Verständnis der eigentlichen Zielsetzung der europäischen Integration beigetragen haben. Trotz – oder vielleicht gerade wegen – des zunehmenden Einflusses des EU-Rechts und unter dem Eindruck der Finanz- und Schuldenkrise im Euro Raum spricht sich heute laut Umfragen nur noch eine kleine Minderheit für einen Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union aus.<sup>17</sup> Entsprechend zurückhaltend ist auch die Bereitschaft, selbst im Rahmen der bilateralen Beziehungen die institutionellen Grundlagen zu vertiefen. Die Schweiz lehnt die Einführung von supranationalen Schiedsverfahren nach wie vor mit der Begründung ab, eine Einmischung des EuGH würde die schweizerische Souveränität und die Rechtssicherheit gefährden. Der Bundesrat hat Grundsätze für institutionelle Lösungen verabschiedet und die EU am 18. Juni 2012 darüber informiert.<sup>18</sup>

Im Spannungsfeld zunehmenden materiellen Einflusses des EU-Rechts und einer gleichzeitigen institutionellen Abstinenz kommt den vorliegenden Arbeiten eine weiterführende Bedeutung zu. Das Mass möglicher Abweichungen und Eigengestaltung im Rahmen von grundsätzlich übernommenem Recht bildet ein wichtiges Beurteilungskriterium in kommenden Diskussionen um die Mitgliedschaft der Schweiz in der Europäischen Union oder im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Es gilt, diesen Spielraum gegenüber den Möglichkeiten der Mitgestaltung und Mitsprache im Prozess der EU-internen Rechtsvergleichung und der gesamteuropäischen Rechtsharmonisierung abzuwägen. Es gilt zu beurteilen, ob Nischen und Abweichungen vom harmonisierten Recht im Zuge der autonomen Anpassung die Nachteile fehlender Partizipation im Prozess der europäischen Rechtentwicklung aufwiegen oder nicht. Die Nichtmitgliedschaft in der EU erlaubt es dem Gesetzgeber, punktuell von der europäischen Rechtentwicklung abzuweichen und einen Sonderweg zu gehen. Er riskiert allerdings dabei, aussenpolitisch unter Druck zu geraten, wie dies namentlich der Steuerstreit mit der EU belegt. Vor allem verhindert die Nichtmitgliedschaft aber die Mitbestimmung längerfristiger Grundentwicklungen, welche auch die mit Europa wirtschaftlich und kulturell seit jeher eng verflochtene schweizerische Rechtsordnung, insbesondere die Grundlagen ihres Wirtschaftsrechts, prägen und verändern werden.

17 Die Studie «Sicherheit 2012» der Militärakademie an der ETH Zürich und des Center for Security Studies, ETH Zürich ergibt, dass sich gerade noch 17% der Befragten für einen EU-Beitritt aussprechen: <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=44710> (28.6.2012).

18 Siehe offizielle Mitteilung <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=44974> (26.6.2012).

## Die Europäisierung des schweizerischen Rechts

MATTHIAS OESCH\*

### A. Einleitung

Die Schweiz ist mit der Europäischen Union (EU) politisch, kulturell und wissenschaftlich eng verbunden. Auch die wirtschaftliche Vernetzung ist gross. Die Schweiz verdient jeden dritten Franken im Austausch mit der EU bzw. mit dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR).<sup>1</sup> Sie ist von den Entwicklungen in der EU direkt betroffen. Auch wenn die Schweiz keine Verpflichtung trifft, den Vertrag über die Europäische Union (EUV), den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) oder das Sekundärrecht der EU zu beachten, beeinflusst die Rechtsentwicklung in der EU das schweizerische Recht erheblich. Das schweizerische Recht wird fortlaufend europäisiert. Dieser Prozess erfolgt wenig systematisch, kraft völkerrechtlicher Anbindung ebenso wie kraft selbstgewählter Anpassung. Im Vergleich zur Situation in den EU-Mitgliedstaaten gestalten sich die Einwirkungen komplexer, weil der Prozess weniger transparent und bewusst erfolgt und sich verfassungsrechtlich in einem Graubereich abspielt.<sup>2</sup>

Diese Abhandlung bezweckt, die Etappen und Merkmale der Europäisierung des schweizerischen Rechts darzustellen und kritisch zu hinterfragen. Das nachfolgende Kapitel gibt einen Überblick über das engmaschige Vertragsnetz zwischen der Schweiz und der EU (B.). Die Umsetzung der bilateralen Abkommen ins nationale Recht und ihre Auslegung und Anwendung in der Praxis haben weitreichende Konsequenzen für die Rechtsentwicklung in der Schweiz. Dies veranschaulicht paradigmatisch ein Blick auf die Tatsache, dass einzelne Abkommen direkt auf EU-Rechtsakte verweisen, welche dergestalt *tel quel* Eingang in das bilaterale Recht finden. Das anschliessende Kapitel widmet sich dem Einfluss des europäischen Rechts, ohne dass entsprechende Anpassungen

\* PD Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Assistenzprofessor an der Universität Bern, matthias.oesch@iew.unibe.ch. Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag vom 24. April 2010 in Wien und wurde zwischenzeitlich als Working Paper No. 2011/05 des NCCR Trade Regulation ([www.nccr-trade.org](http://www.nccr-trade.org)) veröffentlicht.

1 Im Jahr 2010 wickelte die Schweiz 79,4% ihrer Warenimporte und 58,9% ihrer Warenexporte mit dieser Region ab, Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2011 vom 11. Januar 2012, BBl 2012 827, 877.

2 Die schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) folgt der Tradition «introvertierter» Verfassungstexte. Zur schweizerischen Europapolitik schweigt sie gänzlich.

sungen staatsvertraglich ausgelöst werden (C.). Im Zentrum steht dabei die Politik der Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts, welche als allgemeingültige Rechtssetzungsmaxime seit 1988 jedes Rechtssetzungsverfahren in der Schweiz begleitet und die Epoche des autonomen Nachvollzugs eingeleitet hat. Mit der Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips am 1. Juli 2010 wurde die Integration in das Recht der EU schliesslich um eine neue Dimension erweitert. Ein kurzer Epilog rundet die Ausführungen ab (D.).

Diese Abhandlung befasst sich spezifisch mit denjenigen Einwirkungen auf das schweizerische Recht, welche durch den europäischen Integrationsprozess im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft (EG) bzw. der EU ausgelöst wurden. Keine ausdrückliche Behandlung finden die mannigfaltigen weiteren «europarechtlichen» Instrumente, deren generelle Ausstrahlungskraft und konkrete Umsetzung teilweise in ebenso nachhaltiger Weise auf die Ausgestaltung des schweizerischen Rechts einwirken. Dazu gehört insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), deren Garantien für die Schweiz seit 28. November 1974 verbindlich sind.<sup>3</sup> Die EMRK geniesst in der schweizerischen Rechtsordnung Verfassungsrang und trägt wesentlich dazu bei, dass in ihrem Anwendungsbereich auch in der Schweiz Bundesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit den grundlegenden Menschenrechten überprüft werden können. Weitere plurilaterale Staatsverträge zwischen europäischen Staaten bzw. zwischen der EU und Drittstaaten liefern wichtige Impulse für eine paneuropäische Rechtsvereinheitlichung über das EU-Recht hinaus. Dazu zählen etwa das Europäische Patentübereinkommen<sup>4</sup> und das Lugano-Übereinkommen.<sup>5</sup>

## B. Bilaterale Abkommen

Die Schweiz ist mit der EU durch eine Vielzahl von sektoriellen Staatsverträgen verbunden. Dazu gehören rund zwanzig bilaterale Hauptabkommen und über hundert weniger bekannte gegenseitige Abmachungen in der Form von Sekundärabkommen.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101).

<sup>4</sup> Europäisches Patentübereinkommen, revidiert am 29. November 2000 (EPÜ 2000, SR 0.232.142.2).

<sup>5</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) vom 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12).

<sup>6</sup> Siehe dazu etwa THOMAS COTTIER/RACHEL LIECHTI, Die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union: Eine kurze Geschichte differenzieller und schrittweiser Integration, Basel 2006; THOMAS COTTIER/MATTHIAS OESCH (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Bern 2002; DIETER FREIBURGHAN, Königsweg oder Sackgasse? Sechzig Jahre schweizerische Europapolitik, Zürich 2009; DANIEL KRAUS/TOBIAS JAAG/GEORG UMBRICH, L'Union européenne: Ses institutions et ses relations avec la Suisse, Zürich 2009; DANIEL THÜRER et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007; CHRISTA TOBLER, Der Acquis

## I. Etappen des Bilateralismus

Ausgangspunkt und Grundlage der bilateralen Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU bildet das Freihandelsabkommen (FHA) vom 22. Juli 1972. Dieses Abkommen wurde von den EFTA-Mitgliedstaaten gemeinsam ausgehandelt und zwischen der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und jedem EFTA-Mitgliedstaat bilateral in Kraft gesetzt. Im Bereich des wirtschaftlich stetig wichtiger werdenden Dienstleistungssektors führten langwierige Verhandlungen am 10. Oktober 1989 zur Unterzeichnung des Abkommens betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung. Nach der Ablehnung des Beitritts zum EWR durch die Schweizer Stimmberechtigten am 6. Dezember 1992 bekannte sich der Bundesrat *faute de mieux* zum bilateralen Weg – dem schweizerischen «Königsweg». Am 21. Juni 1999 wurden die «Bilateralen I» unterzeichnet. Dazu gehören sieben Abkommen, welche – mit Ausnahme des Forschungsabkommens – das Freihandelsabkommen von 1972 und das Versicherungsabkommen von 1989 durch eine schrittweise und kontrollierte gegenseitige Marktöffnung ergänzen (Abkommen über die Personenfreizügigkeit, über die technischen Handelshemmnisse, über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, über den Luftverkehr sowie über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse). Die Bilateralen I sind durch eine Guillotine-Klausel verbunden. Damit wurde dem Begehren der EU entsprochen, ein ausgewogenes Gesamtergebnis zu erzielen. Weitere Verhandlungen primär über *leftovers*, für welche im Rahmen der Bilateralen I keine Einigung erzielt werden konnte, führten am 26. Oktober 2004 zur Unterzeichnung der «Bilateralen II». Dieses Paket umfasst neun Abkommen, welche über den hauptsächlich wirtschaftlichen Rahmen der Bilateralen I hinausgehen und neue Bereiche auch der politischen und wissenschaftlichen Zusammenarbeit betreffen (Abkommen über die Zinsbesteuerung, über die Zusammenarbeit zur Betrugsbekämpfung, über die Doppelbesteuerung der in der Schweiz wohnhaften pensionierten EU-Beamten, über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse, über die Zusammenarbeit im Bereich der Statistik, über die Teilnahme an der Europäischen Umweltagentur und an den Gemeinschaftsprogrammen im Bereich Film und Bildung sowie die Schengen- und Dublin-Abkommen). Die Verhandlungen beruhten – diesmal vor allem auf Drängen der Schweiz – auf dem Prinzip des *parallélisme approprié*.<sup>7</sup> Gleichwohl sind die

der rechtlichen Verbindung der Schweiz zur EG und EU – Eine unsichere Grösse?, in: Fritz Breuss et al. (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden 2008, S. 11–37; MARIUS VAHL/NINA GROLIMUND, Integration ohne Mitgliedschaft: Die bilateralen Verträge der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, Zürich 2007; ANDREAS ZIEGLER, Die De-facto Mitgliedschaft der Schweiz in der EU: Binnen- und Aussenbeziehungen, ZEuS 2007, S. 247–272; www.europa.admin.ch und Link zu den Informationsblättern Bilaterale Abkommen CH-EU.

<sup>7</sup> FREIBURGHAN (Fn. 6), S. 316.

Abkommen nicht durch eine Guillotine-Klausel verbunden. Am 25. Juni 2009 wurde schliesslich das revidierte Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherheit unterzeichnet. Insgesamt stellt der *Acquis* Schweiz-EU ein auffällig unübersichtliches und wenig systematisch aufgebautes Gesamtkunstwerk dar. Er lässt eine kohärente Konzeption und Koordination vermissen. Die politische Machbarkeit bestimmt den Sachbereich und Zeitpunkt der staatsvertraglichen Annäherung. Das Vorgehen folgt einem punktuell-pragmatischen induktiven Ansatz. Das Feld der abgedeckten Sachbereiche hat sich über die Jahrzehnte stetig ausgeweitet. Die Abkommen regeln längst nicht mehr nur eng definierte Sektoren. Ein Blick auf die weiteren Verhandlungsdossiers, bei denen die grundsätzlich beidseitige Bereitschaft an einer bilateralen Regelung besteht, bestätigt diesen Eindruck.<sup>8</sup>

Die meisten bilateralen Abkommen stellen klassische Staatsverträge dar. Nur vereinzelt enthalten Abkommen Elemente eines (partiellen) Integrationsvertrags (Luftverkehrsabkommen) oder eines Assoziierungsvertrags (Schengen- und Dublin-Abkommen).<sup>9</sup> Inhaltlich beruhen die Abkommen auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung oder auf der (bisweilen wörtlichen) Übernahme des *Acquis communautaire*.<sup>10</sup> Mit der Berufung auf das – allein politisch-programmatisch wirkende, rechtlich nicht durchsetzbare – Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung anerkennen die Vertragspartner, dass «die Gesetzgebung der Gegenseite der ihren in Wirkung und Tragweite entspricht, ohne notwendigerweise mit ihr identisch zu sein.»<sup>11</sup> Dieses Prinzip wie auch die Übernahme des *Acquis communautaire* beinhalten notwendigerweise eine pros-

pektive Komponente. Die Verfeinerung bzw. Weiterentwicklung des Rechts der einen Vertragspartei – *in concreto* des EU-Rechts – in denjenigen Bereichen, welche auch im bilateralen Verhältnis von Bedeutung sind, führt grundsätzlich dazu, dass auch das bilaterale Recht bzw. das Landesrecht des anderen Vertragspartners – *in concreto* das schweizerische Recht – angepasst werden muss, um dem Anspruch des vertraglichen Gleichgewichts weiterhin zu genügen.<sup>12</sup> Im Ergebnis wird das Kardinalsprinzip, wonach die Abkommen rein statischer Natur sind und für die Schweiz keine automatische Teilnahme am dynamischen Integrationsprozess der EU begründen, in der Praxis (stark) relativiert.<sup>13</sup> Das Ziel, auch im bilateralen Verhältnis binnenmarktähnliche Verhältnisse zu schaffen, wird faktisch nur durch eine systematische Anpassung an das massgebende EU-Recht erreicht. Entsprechend bewirkt das engmaschige Vertragsnetz zwischen der Schweiz und der EU eine fortlaufende Europäisierung des schweizerischen Rechts. Diese Entwicklung reflektiert die gewandelte Natur staatsvertraglicher Verpflichtungen. Die nachfolgenden Beobachtungen belegen dies anschaulich.

## II. Anpassungen des schweizerischen Rechts

Die fortlaufende Europäisierung zeigt sich anschaulich mit Blick auf die Anpassungen des schweizerischen Rechts an dasjenige der EU, welche direkt oder indirekt auf den Bilateralismus zurückzuführen sind. Zum einen lässt sich der schweizerische Gesetz- und Verordnungsgeber seit 1988 vom europäischen Recht inspirieren und übernimmt Unionsregelungen autonom.<sup>14</sup> Damit wurde – zusätzlich zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandortes Schweiz im Allgemeinen – anfangs der 1990er Jahre bezweckt, die Grundlagen für Verhandlungen auf der Grundlage des *Acquis communautaire* zu schaffen, «um, zu gegebenem Zeitpunkt, unsere volle und umfassende Beteiligung am europäischen Integrationsprozess zu erleichtern.»<sup>15</sup> So führte die Ablehnung des EWR-Abkommens zu wesentlichen Anpassungen im Rahmen der sog. *Swiss Lex*-Vorlage, welche 27 Gesetzesrevisionen auf Bundesebene auslöste.<sup>16</sup>

8 Siehe dazu Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2011 (Fn. 1), S. 879–883; CHRISTA MARKWALDER, Die europapolitischen Optionen der Schweiz, in: Fritz Breuss et al. (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden 2008, S. 111, 121–122; www.europa.admin.ch und den Link zu weiteren Dossiers CH-EU. – Die Bilateralen I und II wurden zwischen der Schweiz und der EU-15 ausgehandelt. Mit der EU-Osterweiterung am 1. Mai 2004 bzw. am 1. Januar 2007 wurde ihr Geltungsbereich automatisch auf die neuen Mitgliedstaaten ausgedehnt. Einzig das Freizügigkeitsabkommen als «gemischtes Abkommen» erforderte Anpassungen.

9 Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128, 6156; ANDREAS KELLERHALS/ROGER ZÄCH, Gesamtüberblick, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, S. 3, Rz. 21.

10 Die Europäische Kommission liess bereits 1993 verlauten, dass sie nur bereit sei, Verhandlungen gestützt auf den *Acquis communautaire* zu führen, vgl. European Commission, Communication on Future Relations with Switzerland of 1 October 1993, COM (93) 486, Rz. 13.

11 DANIEL THÜRER/CAROLIN HILLEMANN, Allgemeine Prinzipien, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, S. 39, Rz. 24; zu diesem Prinzip etwa Botschaft Bilaterale I (Fn. 9), S. 6156; Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II») vom 1. Oktober 2004, BBl 2004 5965, 6006; DANIEL FELDER, Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin), in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (eds.), Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents, Basel 2006, S. 93, 102–104; KELLERHALS/ZÄCH (Fn. 9), Rz. 34; DANIEL WÜGER/SAMUELE SCARPELLI, Die vernachlässigten institutionellen Aspekte der Bilateralen

Verträge und die Aushandlung eines Rahmenabkommens, in: Astrid Epiney et al. (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, Bern/Zürich 2006, S. 287, 297.

12 Vgl. dazu Botschaft Bilaterale I (Fn. 9), S. 6156–6160; zu den institutionellen Aspekten TOBIAS JAAG/MAGDA ZIHLMANN, Institutionen und Verfahren, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, S. 65, Rz. 5–65; WÜGER/SCARPELLI (Fn. 11), S. 313–316.

13 Ähnlich FELDER (Fn. 11), S. 103–104; ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, S. 1, 31.

14 Siehe dazu unten C.I.

15 Zwischenbericht zur europäischen Integrationspolitik der Schweiz vom 29. März 1995, BBl 1995 III 191, 209.

16 Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 805; HEINRICH KOLLER, Der schweizerische Gesetzgeber vor der internationalen Herausforderung: Erfahrungen mit «EUROLEX» – «SWISSLEX» – «GATTLEX»,

Die sukzessive Annäherung an das europäische Recht erleichterte die Verhandlungen der Bilateralen I und II sodann wesentlich.<sup>17</sup> Mehr noch: Die vorgängige autonome Angleichung war *conditio sine qua non*, damit die Verhandlungen auf der Basis des einschlägigen *Acquis communautaire* und mit Blick auf das Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung überhaupt zu einem erfolgreichen Abschluss gebracht werden konnten. Zum anderen bedingt die Inkraftsetzung und Umsetzung neuer bilateraler Abkommen selber regelmässig umfangreiche landesrechtliche Massnahmen auf Gesetzes- und Verordnungsstufe. Allein die Bilateralen I führten zu 23 Gesetzesänderungen auf Bundesebene.<sup>18</sup> Mit der Genehmigung der Bilateralen II wurden 11 Gesetze an das einschlägige Unionsrecht angepasst; die substanziellsten Änderungen erfolgten dabei im Rahmen der Assoziierung an Schengen und Dublin.<sup>19</sup> Die dynamische Entwicklung des einschlägigen EU-Rechts löst periodisch weitere Anpassungsarbeiten im schweizerischen Recht aus. Seit der Unterzeichnung der Schengen-/Dublin-Abkommen am 26. Oktober 2004 teilte die EU der Schweiz weit über 120 schengenrelevante Rechtsakte mit. Die Schweiz hat diese Änderungen alleamt ins eigene Recht übernommen – je nach Inhalt des Rechtsaktes durch den Bundesrat, das Parlament oder (im Rahmen des fakultativen Referendums) das Stimmvolk.<sup>20</sup>

Das europäische Recht prägt das Landesrecht damit nachhaltig und gewinnt indirekt auch für die innerstaatliche Rechtspraxis an Bedeutung – sei es, um das heimische Terrain für künftige Verhandlungen vorzubereiten, sei es, um erfolgreich erzielte Verhandlungsergebnisse ins schweizerische Recht zu transformieren, sei es, um mit der dynamischen Weiterentwicklung des einschlägigen EU-Rechts Schritt zu halten.

### III. Europakompatible Auslegung

Diverse Abkommen lehnen sich inhaltlich stark an die entsprechenden Bestimmungen des Unionsrechts an. Dabei wird das einschlägige EU-Recht sinngemäss

ZBI 1994, S. 241, 250–252; ROGER MALLEPELL, Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die schweizerische Gesetzgebung 1993–1995, Bern 1999, S. 18–27. – Die *Swiss Lex*-Vorlage nahm diverse Änderungen des Bundesrechts auf, welche im Hinblick auf den EWR-Beitritt vorbereitet worden waren (sog. *Euro Lex*-Vorlage).

- 17 Vgl. dazu Botschaft Bilaterale I (Fn. 9), S. 6158; TOBIAS JAAG, Europarecht: Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 2. Aufl., Zürich 2009, Rz. 4204; WÜGER/SCARPELLI (Fn. 11), S. 297; THÜRER/HILLEMANN (Fn. 11), Rz. 24.
- 18 Botschaft Bilaterale I (Fn. 9), S. 6134–6135 (inkl. zweier Kreditbeschlüsse für das Forschungsabkommen und für die Förderung des kombinierten Verkehrs).
- 19 Botschaft Bilaterale II (Fn. 11), S. 6233–6234.
- 20 Informationsblatt des Integrationsbüros EDA/EVD zu Schengen/Dublin vom Dezember 2011, [www.europa.admin.ch](http://www.europa.admin.ch) und Link zu Bilaterale Abkommen CH-EU; MATTHIAS OESCH, Der Bundesrat sollte uns reinen Likör einschenken, NZZaS vom 23. Mai 2010, S. 19.

oder gar wörtlich reproduziert.<sup>21</sup> Bereits das Freihandelsabkommen enthält Bestimmungen, welche (beinahe) wörtlich dem EU-Recht nachgebildet sind. Art. 13 und 20 FHA entsprechen Art. 34 und 36 AEUV. Auch Art. 23 FHA lehnt sich auffällig an die Vorbild- bzw. Parallelbestimmungen von Art. 101, 102 und 107 AEUV an. Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens und dessen Anhang I widerspiegeln wesentlich Inhalt und Tragweite des EU-Primär- und Sekundärrechts. Sie erinnern auffällig an die Rechtssetzungstechnik und Terminologie des EU-Rechts, auch wenn die einschlägigen Bestimmungen nicht wörtlich kopiert werden. Dies gilt ebenso für das unionsrechtlich grundlegende Prinzip der Nichtdiskriminierung (Art. 18 AEUV), welches seinen Niederschlag etwa in Art. 3 des Luftverkehrsabkommens, Art. 6 des Abkommens über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens und Art. 1(3) des Abkommens über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse findet.

Bestimmungen, welche dergestalt EU-Recht nachgebildet sind, stellen schweizerische Behörden vor heikle Auslegungsfragen.<sup>22</sup> Unbestrittener Ausgangs- und Referenzpunkt für das methodische Vorgehen bilden die völkerrechtlichen Auslegungsmethoden gemäss Art. 31 und 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK).<sup>23</sup> Ausgehend vom Wortlaut steht dabei die gewöhnliche Bedeutung einer Norm im Licht ihres Zusammenhangs sowie ihres Ziels und Zwecks im Vordergrund. Dieser Methode liegt ein vornehmlich objektiver Ansatz zugrunde.<sup>24</sup> Dabei legen die jeweiligen Vertragsparteien ein Abkommen autonom aus.<sup>25</sup> Eine Bindung an die Auslegung durch eine andere Vertragspartei besteht nicht. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) und das

21 ASTRID EPINEY, How Does European Union Law Influence Swiss Law and Policies?, in: Stéphane Nahrath/Frédéric Varone (eds.), *Rediscovering Public Law and Public Administration in Comparative Policy Analysis: a Tribute to Peter Knoepfel*, Lausanne 2009, S. 179, 188–190.

22 Siehe dazu ausführlich ASTRID EPINEY/BEATE METZ/BENEDIKT PIRKER, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, Zürich 2012, S. 191–259; ferner THOMAS BURRI/BENEDIKT PIRKER, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: Von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens, SZIER 2010, S. 165–188; THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, Jusletter vom 2. Februar 2009, Rz. 34–45; EPINEY (Fn. 13), S. 5–31; EPINEY (Fn. 21), S. 188–193; FRANCESCO MAIANI, La «Saga Metock», ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011, S. 27–53; MATTHIAS OESCH, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, SZIER 2011, S. 583, 605–609.

23 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (WVRK, SR 0.111); BGE 133 V 329, 339 E. 8.4; 132 V 53, 60 E. 6.3; EuGH Rs. C-70/09, *Hengartner und Gasser*, noch nicht in Slg. publiziert, Rz. 36; EPINEY (Fn. 21), S. 186; FABRICE FILLIEZ, Application des accords sectoriels par les juridictions suisses: quelques repères, in: Daniel Felder/Christine Kadous (eds.), *Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaire)*, Basel 2001, S. 183, 201–205; NINA GAMMENTHALER, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, Zürich 2010, S. 279.

24 COTTIER/DIEBOLD (Fn. 22), Rz. 14.

25 COTTIER/DIEBOLD (Fn. 22), Rz. 34.

schweizerische Bundesgerichte entscheiden im Rahmen ihrer Zuständigkeiten, d.h. auf entsprechende Beschwerden hin bzw. im Fall des EuGH zusätzlich im Vorabentscheidungsverfahren, letztinstanzlich über die Auslegung der Abkommen. Damit stellt sich für die Schweiz die Frage, in welchem Ausmass die spezifisch europarechtliche Bedeutung von wörtlich oder sinngemäss übernommenen Bestimmungen des Unionsrechts berücksichtigt werden soll.<sup>26</sup> In der Tat führt die *ratio legis* vor allem der jüngeren Generation von bilateralen Abkommen – fortschreitende Integration der Schweiz in den Binnenmarkt unter Schaffung einer möglichst parallelen Rechtslage – dazu, dass der spezifisch EU-rechtliche Sinn einer Norm und damit die auf den *effet utile* ausgerichtete, tendenziell integrationsfreundliche Auslegungsmethode an Bedeutung gewinnen.<sup>27</sup> Damit rückt das Fallrecht des EuGH ins Zentrum, welches dergestalt als Motor für die Europäisierung des schweizerischen Rechts fungiert. Dies gilt nicht nur für Präjudizien des EuGH, welche vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung eines Abkommens ergangen sind und auf welche in gewissen Abkommen ausdrücklich Bezug genommen wird, sondern ganz grundsätzlich für das Fallrecht des EuGH zu Fragen, welche sich im bilateralen Verhältnis in analoger Weise stellen. Bilaterales Recht, welches wörtlich oder sinngemäss dem Unionsrecht nachgebildet ist, ist *im Regelfall* gestützt auf die unionsrechtlichen Auslegungsmethoden bzw. in Anlehnung an die Präjudizien des EuGH auszuulegen; es handelt sich um eine Berücksichtigungsobliegenheit.<sup>28</sup> Eine davon abweichende autonome Auslegung bleibt zumindest in Ausnahmefällen zwar durchaus möglich und rechtlich zulässig. Sie bedarf *en toute connaissance de cause* aber einer sachlichen Begründung. Abweichungen können sich insbesondere dann aufdrängen, wenn eine Abkommensnorm einen anderen Zweck verfolgt als die wortgleich oder ähnlich formulierte Bestimmung des Unionsrechts, d.h. wenn die Zielsetzung gerade nicht darin liegt, das in der Union geltende Recht auf das Verhältnis zu einem Drittstaat auszuweiten.<sup>29</sup>

- 26 Gewisse Abkommen äussern sich ausdrücklich zur Berücksichtigungspflicht von EuGH-Urteilen, vgl. etwa Art. 16 des Freizügigkeitsabkommens und Art. 1 Abs. 2 des Luftverkehrsabkommens; THOMAS COTTIER/ERIK EVTIMOV, Probleme des Rechtsschutzes bei der Anwendung der sektoriellen Abkommen mit der EG, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen EG-Schweiz, Bern 2002, S. 179, 198–201; EPINEY (Fn. 13), S. 5–31.
- 27 Siehe zu den unionsrechtlichen Auslegungsmethoden etwa THOMAS OPPERMANN/CLAUS DIETER CLASSEN/MARTIN NETTESHEIM, Europarecht, 5. Aufl., München 2011, § 9 Rz. 165–185; zentral ist, «dass die im Völkerrecht so bedeutsame subjektiv-souveränitätsbezogene Konkretisierungsmethode zugunsten einer an Sinn und Zweck orientierten Betrachtung verdrängt wird» (Rz. 168).
- 28 Ähnlich CARL BAUDENBACHER, Wie sollen Konflikte im Verhältnis Schweiz-EU gelöst werden?, in: Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 821, 829; COTTIER/EVTIMOV (Fn. 26), S. 201; EPINEY (Fn. 21), S. 190; EPINEY (Fn. 13), S. 23–31; EPINEY/METZ/PIRKER (Fn. 22), S. 199–200.
- 29 Abweichungen sind etwa dort vorstellbar, wo Freizügigkeitsrechte im EU-Recht nicht (primär) gestützt auf Art. 45–62 AEUV konkretisiert und weiterentwickelt werden, sondern gestützt auf Art. 20–21 AEUV. Die Unionsbürgerschaft stellt ein Institut zur «Schaffung einer immer enge-

Die *Vermutung der europakompatiblen Auslegung* gilt grundsätzlich für sämtliche bilaterale Abkommen, auch wenn sich mit Blick auf ihre Struktur, ihren Zweck und ihren Integrationsgrad (längst) nicht alle Abkommen gleichermaßen für eine parallele Auslegung und Anwendung eignen. Ein Blick in die bundesgerichtliche Praxis zeigt dies anschaulich.<sup>30</sup> Das Bundesgericht verweist im Rahmen der Auslegung des FHA von 1972 als «reines Handelsabkommen» regelmässig auf dessen «handelspolitischen Charakter und Zweck» und betont seine Autonomie und Unabhängigkeit von der EuGH-Rechtsprechung.<sup>31</sup> Immerhin anerkennt das Bundesgericht, dass die Praxis des EuGH zu analogen Bestimmungen des EU-Rechts «nicht unbeachtlich» sei.<sup>32</sup> Demgegenüber be ruft sich das Bundesgericht etwa bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens regelmässig auf die EuGH-Rechtsprechung zu analogen Begriffen des Unionsrechts.<sup>33</sup> Das Bundesgericht hat sich in einer Reihe von Fällen zum Familiennachzugsrecht gestützt auf Art. 3 des Anhangs I FZA ausführlich mit den einschlägigen EuGH-Urteilen (v.a. Rs. C-190/01, *Akrich*, und Rs. C-127/08, *Metock*) auseinandergesetzt. Es hat die Relevanz dieser Urteile – inklusive derjenigen, welche nach der Unterzeichnung des Abkommens ergingen und damit für die schweizerischen Gerichte nicht verbindlich sind (vgl. Art. 16 FZA) – für das bilaterale Verhältnis wie folgt begründet:

«Um das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage nicht zu gefährden, wird das Bundesgericht in angemessener Weise nach dem Stichtag (21. Juni 1999) ergangene Rechtsprechungsänderungen des EuGH in seine Beurteilung einbeziehen und ihnen Rechnung tragen. Das gilt allerdings nur, soweit das Abkommen auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze zurückgreift. Da der EuGH nicht berufen ist, für die Schweiz über die Auslegung des Abkommens verbindlich zu bestimmen, ist es dem Bundesgericht überdies nicht verwehrt, aus triftigen Gründen zu einer anderen Rechtsauffassung als dieser zu gelangen. Es wird dies aber mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichthin tun.»<sup>34</sup>

ren Union der Völker Europas» (Präambel zum EUV) dar, welches im Verhältnis Schweiz-EU nicht greift, vgl. dazu BGE 136 II 5, 14 f. E. 3.6; OESCH (Fn. 22), S. 607.

- 30 Siehe für die Praxis des EuGH zur Auslegung der bilateralen Abkommen EPINEY/METZ/PIRKER (Fn. 22), S. 5–94; CHRISTA TOBLER, Die EuGH-Entscheidung *Grimme* – Die Wiederkehr von *Polydor* und die Grenze des bilateralen Rechts, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Bern/Zürich 2010, S. 369–384.
- 31 BGE 105 II 49, 59 E. 3a; vgl. auch Urteil 2A.593/2005 vom 6. September 2006, E. 6 (das *Cassis de Dijon*-Prinzip findet gestützt auf Art. 13 FHA keine Anwendung); BGE 104 IV 175, 179 E. 2c; 118 Ib 367, 378 E. 6b.
- 32 BGE 131 II 271, 295 E. 10.3; dazu COTTIER/DIEBOLD (Fn. 22), Rz. 35–37, wonach das Bundesgericht je länger je mehr bereit ist, die EuGH-Rechtsprechung angemessen zu berücksichtigen. – Das BGER hat darüber hinaus die Relevanz einer parallelen Rechtsentwicklung auch im Rahmen des EFTA-Übereinkommens (SR 0.632.31) bestätigt, siehe Urteil 2P.130/2004 vom 1. Februar 2005, E. 3.4.4.
- 33 Siehe dazu COTTIER/DIEBOLD (Fn. 22), Rz. 45; EPINEY (Fn. 21), S. 189–192, welche darauf hinweist, dass sich das methodische Vorgehen des BGER dabei keineswegs konsistent präsentiert; EPINEY/METZ/PIRKER (Fn. 22), S. 203–226; MAIANI (Fn. 22), S. 30–51.
- 34 BGE 136 II 5, 12 f. E. 3.4; vgl. auch BGE 132 V 423, 440 ff. E. 9.5, wo der seit 1999 ergangene EuGH-Praxis nicht gefolgt wurde, weil sie mit dem klaren Willen der Vertragsparteien nicht

Damit liefert das Bundesgericht einen wichtigen Beitrag, das Spannungsverhältnis zwischen der statischen Ausgestaltung der bilateralen Abkommen und der dynamischen Entwicklung des EU-Rechts abzufedern und eine möglichst parallele Rechtsentwicklung zu garantieren. Gleichzeitig beschleunigt die zunehmende Tendenz, wesentlich auf EuGH-Präjudizien zurückzugreifen, die fortschreitende Europäisierung des schweizerischen Rechts. Der Spielraum wird kleiner. Diese Entwicklung gilt nicht nur für den Gesetzgeber; sie betrifft ebenso die Gerichte. Die Gleichwertigkeit der Rechtsprechung – welche das Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung logisch ergänzt – beschränkt sich auf diejenigen Bereiche des *Acquis* Schweiz-EU, welche überhaupt noch hinreichend Spielraum für eine autonome Interpretation belassen.<sup>35</sup>

#### IV. Direkte Verweise auf EU-Recht

Einzelne Abkommen der Bilateralen I und II verweisen direkt auf EU-Rechtsakte, welche dergestalt *tel quel* Eingang in das bilaterale Recht finden.<sup>36</sup> Ein anschauliches Beispiel dieser Regelungstechnik stellt Anhang III FZA dar.<sup>37</sup> Dieser Anhang regelt die gegenseitige Anerkennung beruflicher Qualifikationen (Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstige Befähigungsnachweise). Er listet eine Reihe von EU-Rechtsakten – vor allem Richtlinien gemäss Art. 288 AEUV – auf, welche allgemein die Anerkennung von Berufsqualifikationen in den EU-Mitgliedstaaten regeln bzw. sektoriell ihre gegenseitige Anerkennung gewährleisten.<sup>38</sup> Gemäss Ziff. 1 des Anhangs III FZA kommen die Vertragsparteien überein, «im Bereich der gegenseitigen Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise untereinander die gemeinschaftlichen Rechtsakte, auf die Bezug genommen wird, (...) oder gleichwertige Vorschriften anzuwenden.»

im Einklang stand; Urteil des BGer. 2C\_319/2009 und 2C\_321/2009 vom 26. Januar 2010, wo die einschlägige EuGH-Praxis für die Auslegung des FZA in Bezug auf die Quellenbesteuerung übernommen wurde.

35 COTTIER/EVTIMOV (Fn. 26), S. 201.

36 Siehe dazu auch EPINEY (Fn. 21), S. 188; Gesetzgebungsleitfaden: Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, hrsgg. durch das Bundesamt für Justiz, 3. Aufl., 2007, Rz. 903–904; allg. zur Verweisung als Rechtssetzungstechnik GEORG MÜLLER, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich 2006, Rz. 365–378.

37 Weitere Beispiele betreffen etwa Anhang 1 des Abkommens über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, den Anhang des Luftverkehrsabkommens sowie Anhang A des Abkommens über die Zusammenarbeit im Bereich der Statistik. Auch Art. 1 und 2 des Schengen-Abkommens sowie Art. I des Dublin-Abkommens verweisen auf einschlägige EU-Rechtsakte des Schengen-Besitzstandes bzw. der Dublin-/Eurodac-Verordnungen.

38 Siehe für einen Überblick über das (im Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA geltende) «alt-rechtliche» System der europäischen Diplomanerkennung FRÉDÉRIC BERTHOUD, Die Anerkennung von Berufsqualifikationen zwischen der Schweiz und der EU, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, S. 249, Rz. 29–86; GAMMENTHALER (Fn. 23), S. 112–127. – Ebenso werden in Anhang III die in der Schweiz offiziell verwendeten Berufs- und Diplombezeichnungen aufgelistet.

Die Rechtssetzungstechnik der direkten Verweisung auf EU-Recht (bzw. die – spiegelbildliche – Aufzählung der in der Schweiz gebräuchlichen Berufs- und Diplombezeichnungen) beruht auf dem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens. Die im Anhang III referenzierten Aus- und Weiterbildungen werden als gleichwertig eingestuft. Damit nimmt die Schweiz am europaweiten System der gegenseitigen Diplomanerkennung teil.<sup>39</sup> Die Anerkennung von Aus- und Weiterbildungstiteln aus dem europäischen Ausland gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen – und damit die Handhabung der einschlägigen Richtlinien durch die schweizerischen Behörden – funktioniert in der Praxis soweit ersichtlich gut.<sup>40</sup> Insgesamt anerkennt die Schweiz in Anwendung von Anhang III FZA im Durchschnitt rund 4 500 Diplome pro Jahr.<sup>41</sup> Gleichzeitig führt die Rechtssetzungstechnik der direkten Verweisung zu neuartigen praktischen und rechtlichen Herausforderungen.

i) *Publikation*: Die für die Vertragsparteien verbindlich erklärten EU-Richtlinien werden im Anhang III einzeln aufgeführt. Einschlägig ist entweder diejenige Fassung, welche im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens in Kraft ist, oder diejenige Fassung, welche der Gemischte Ausschuss nachträglich als anwendbar erklärt. Die schweizerischen Behörden verzichten darauf, die EU-Richtlinien selber in der Amtlichen Sammlung (AS) zu veröffentlichen. Im offiziellen Text des Freizügigkeitsabkommens bzw. seines Anhangs III werden einzig der Titel der Richtlinien und die jeweilige Fundstelle im Amtsblatt der Europäischen Union (ABl) angegeben. Diese Praxis ist aus publikationsrechtlicher Warte nicht unproblematisch. Der Rechtsuchende wird zwingend auf das Amtsblatt der Europäischen Union verwiesen, um seine Rechte und Pflichten ausfindig zu machen. Immerhin ist das ABl relativ einfach einsehbar, sei es in gedruckter (etwa in Universitätsbibliotheken) oder elektronischer Form ([www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)).<sup>42</sup> Auch beruht diese Praxis seit 1. Januar 2005 auf einer gesetzlichen Grundlage. Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. b PublG kann eine vollständige Publikation eines verbindlichen Rechtsaktes in der AS ausbleiben, sofern die relevanten Texte «in einem in der Schweiz zugänglichen offiziellen

39 Siehe dazu MATTHIAS OESCH, Zulassung von ausländischen universitären Medizinalpersonen zum Markt, in: Tomas Poledna/Reto Jacobs (Hrsg.), Gesundheitswesen im wettbewerblichen Umfeld, Zürich 2010, S. 21, Rz. 6.

40 Antwort des Bundesrates vom 14. Mai 2008 auf die Interpellation «Übernahme der EG-Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen» (08.3143) von SR Urs SCHWALLER, Rz. 3; zur bisherigen Praxis OESCH (Fn. 39), Rz. 12.

41 Botschaft zur Weiterführung des Freizügigkeitsabkommens sowie zu dessen Ausdehnung auf Bulgarien und Rumänien vom 14. März 2008, BBl 2008 2135, 2155; für weitere Zahlen zur Anerkennung von Diplomen und Titeln im Bereich der Medizinalberufe OESCH (Fn. 39), Rz. 8.

42 Auch das Integrationsbüro bietet elektronisch eine Rechtsammlung zu den bilateralen Abkommen inkl. Links zu den konsolidierten EU-Rechtsakten an ([www.admin.ch/ch/d/eur/search.html](http://www.admin.ch/ch/d/eur/search.html)). Das Integrationsbüro weist – analog zur EU-Website – ausdrücklich darauf hin, dass diese Fassungen «nicht offiziell» sind (vgl. Fn. 45).

Organ veröffentlicht sind».<sup>43</sup> Ein solches «offizielles Organ» kann gemäss bundesrätlicher Botschaft auch ein ausländisches sein.<sup>44</sup>

Dabei gilt es zu beachten, dass sich die europarechtliche Praxis der Publikation von Rechtsakten in einem wesentlichen Punkt von derjenigen in der Schweiz unterscheidet. In der Schweiz können sich Rechtsuchende auf die konsolidierte Fassung eines Erlasses in der systematischen Sammlung (SR) in guten Treuen verlassen. Demgegenüber verzichtet die EU im Anschluss an die Verabschiedung einer Erlassänderung und ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt zumindest in der amtlichen Version auf eine Konsolidierung. Es ist vielmehr den Rechtsuchenden selber (bzw. privaten/universitären Stellen) überlassen, die tatsächlich geltende Version in einer konsolidierten und damit leserfreundlichen Version zusammenzutragen. Immerhin ist die EU seit einigen Jahren selber dazu übergegangen, nicht amtliche konsolidierte Fassungen von ausgewählten Erlassen zu erstellen. Dabei übernimmt die EU aber «keinerlei Gewähr für den Inhalt» und bittet die Rechtsuchenden, «für juristische Zwecke die Fassungen [heranzuziehen], die im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht sind.»<sup>45</sup> Diese Übung gestaltet sich häufig mühsam und ist der Rechtssicherheit offenkundig nicht zuträglich. Noch schwieriger wird die zuverlässige Bestimmung des einschlägigen Rechts, wenn die entsprechende EU-Richtlinie in der Zwischenzeit geändert wurde, im bilateralen Verhältnis aber weiterhin eine ältere Fassung gilt. Letztlich bewirkt die Rechtssetzungstechnik der Verweisung auf EU-Rechtsakte gleichsam reflexartig, dass sich auch die Rechtsuchenden in der Schweiz mit den Tücken der amtlichen Publikation von EU-Recht vertraut machen.

ii) *Unmittelbare Anwendbarkeit und Auslegung*: Die Schweiz hat im Nachgang zur Inkraftsetzung des Freizügigkeitsabkommens – von wenigen Ausnahmen abgesehen – darauf verzichtet, die in Anhang III referenzierten Richtlinien umfassend ins nationale Recht zu übertragen.<sup>46</sup> Es wurde bewusst davon ausgegangen, dass die rechtsanwendenden Behörden die einschlägigen Bestimmungen unmittelbar anwenden.<sup>47</sup> Praxis und Lehre bejahen die unmittelbare Anwendbarkeit der Bilateralen I und II *unisono*, sofern die fraglichen Bestimmungen inhaltlich hinreichend klar und bestimmt formuliert sind, um als Grundlage für einen Entscheid im Einzelfall zu dienen.<sup>48</sup> Dies gilt auch für das

43 Publikationsgesetz vom 18. Juni 2004 (PublG, SR 170.512).

44 Botschaft zum Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG) vom 22. Oktober 2003, BB1 2003 7711, 7726.

45 Siehe [www.eur-lex.europa.eu/de/legis/avis\\_consolidation.htm](http://www.eur-lex.europa.eu/de/legis/avis_consolidation.htm).

46 Eine Ausnahme stellt etwa das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA, SR 935.61) dar. – Gewisse Erlasse verweisen zudem direkt auf das FZA bzw. dessen Anhang III; siehe etwa Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> des Binnenmarktgesetzes (BGBM, SR 943.02); dazu MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten, ZBJV 2012, S. 377–404.

47 Botschaft Bilaterale I (Fn. 9), S. 6358.

48 Siehe dazu etwa COTTIER/DIEBOLD (Fn. 22), Rz. 15–33; THÜRER/HILLEMANN (Fn. 11), Rz. 12–15.

Freizügigkeitsabkommen mitsamt seinen Anhängen.<sup>49</sup> Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht haben die im Anhang III referenzierten EU-Richtlinien verschiedentlich als direkt anspruchsbegründende Grundlage zur Anerkennung von europäischen Diplomen und Befähigungsnachweisen akzeptiert und unmittelbar angewendet.<sup>50</sup> Dieses pragmatische und unkomplizierte Vorgehen ist sinnvoll und hat sich bewährt. Gleichzeitig fällt ein grundlegender Systemunterschied zum EU-Recht ins Licht. Richtlinien gemäss Art. 288 AEUV sind in der Union *zwingend* ins nationale Recht umzusetzen.<sup>51</sup> Dabei genügt gemäss EuGH auch eine allgemeine statische oder dynamische Verweisung auf eine Richtlinie nicht, um die Umsetzungspflicht zu erfüllen.<sup>52</sup>

Mit der unmittelbaren Anwendbarkeit der im Anhang III referenzierten Richtlinien findet im Rahmen der Anerkennung beruflicher Qualifikationen punktuell eine weitgehende Integration in das Unionsrecht statt. Dieses verliert seinen europarechtlichen Charakter nicht, nur weil es kraft Verweis formell in ein staatsvertragliches Kleid gehüllt wird. Entsprechend naheliegend ist die Forderung, bei der Auslegung umstrittener Richtlinienbestimmungen die unionsrechtlichen Auslegungsmethoden bzw. das einschlägige Fallrecht des EuGH heranzuziehen.<sup>53</sup> Entscheidend ist auch im bilateralen Verhältnis die unionsrechtliche Bedeutung einer Richtlinienbestimmung – und nicht eine davon abweichende schweizerisch autonome Lesart, welche gestützt auf Art. 31 und 32 WVRK unter Umständen ebenfalls denkbar wäre.

iii) *Rechtsfortbildung*: Anhang III FZA offenbart anschaulich die Problematik, welche die Ausgestaltung der Verträge zwischen der Schweiz und der EU als «statische» Abkommen mit sich bringt. Dieser Anhang widerspiegelt grundsätzlich den Stand des unionalen Rechtsbestands, wie er sich im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, also am 21. Juni 1999, präsentierte. In der Zwischenzeit hat die EU im Bereich der Diplomanerkennung weitreichende

49 BGE 129 II 249, 257 f. E. 3.3; BGE 130 II 49, 55 E. 4.2; Botschaft Bilaterale I (Fn. 9), S. 6358; COTTIER/DIEBOLD (Fn. 22), Rz. 20–28; GAMMENTHALER (Fn. 23), S. 278–279; DIETER GROSSEN/CLAIRE DE COULON, Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, S. 135, Rz. 21; WALTER KÄLIN, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen EG-Schweiz, Bern 2002, S. 11, 18–19; OESCH (Fn. 39), Rz. 12; zum Ganzen auch BERTHOUD (Fn. 38), Rz. 87–88.

50 Vgl. etwa BGE 132 II 135, 140 ff. E. 6; BVGE C-89/2007 vom 2. Juli 2007, E. 3.4.

51 Siehe dazu etwa ROLAND BIEBER/ASTRID EPINEY/MARCEL HAAG, Die Europäische Union, 9. Aufl., Baden-Baden 2011, § 6 Rz. 32–39; sofern ein Mitgliedstaat eine Richtlinie nicht korrekt und fristgerecht umsetzt, kann sich ein Privater zumindest gegenüber staatlichen Behörden (d.h. im vertikalen Verhältnis) unmittelbar auf die Richtlinie berufen, wenn die fraglichen Bestimmungen inhaltlich unbedingt und hinreichend genau formuliert sind; grundlegend EuGH Rs. 8/81, *Becker*, Slg. 1982 53, Rz. 17–25.

52 EuGH Rs. 95/96, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1997 I-1653, Rz. 36.

53 Ebenso EPINEY (Fn. 21), S. 189; GAMMENTHALER (Fn. 23), S. 300–301; vgl. auch BGE 132 II 135, 138 ff. E. 5; zur Auslegung der bilateralen Abkommen im Allgemeinen oben B.III.

Änderungen vorgenommen. Das System der gegenseitigen Diplomanerkennung zwischen den Mitgliedstaaten wurde mit der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen vom 7. September 2005 auf eine neue Grundlage gestellt. Diese Richtlinie vereinigt die bis anhin geltenden 15 Richtlinien (drei allgemeine, zwölf sektorielle Richtlinien) im Bereich der Diplomanerkennung in einem einzigen Rechtsakt und stimmt die verschiedenen beruflichen Sektoren besser aufeinander ab. Materiell übernimmt die Richtlinie im Wesentlichen das bisher geltende Recht. Punktuelle Verbesserungen betreffen insbesondere die Vereinfachung der Dienstleistungserbringung.<sup>54</sup> Art. 62 der Richtlinie räumte den Mitgliedstaaten eine Frist von zwei Jahren ein, um die Richtlinie im nationalen Recht umzusetzen. Nach Ablauf dieser (Übergangs-)Frist, d.h. am 20. Oktober 2007, wurden die alten Richtlinien aufgehoben – vorderhand selbstredend nur mit Wirkung für das Unionsrecht, während die überholten Richtlinien kraft statischer Verweisung im Anhang III FZA zwischen der Schweiz und der EU weiterhin Gültigkeit beanspruchten.

Inoffiziell war seit 2005 absehbar, dass sich die Schweiz der Anpassung des Freizügigkeitsabkommens an die neue Richtlinie 2005/36/EG nicht widersetzen kann, um das gute und reibungslose Funktionieren des Abkommens nicht zu gefährden.<sup>55</sup> Am 18. Juni 2008 sprach sich der Bundesrat im Grundsatz für die Übernahme der neuen Richtlinie in den Anhang III FZA aus und gab grünes Licht für die entsprechenden Vorarbeiten zur Übernahme der Richtlinie und ihrer Umsetzung in der Schweiz.<sup>56</sup> Die Verhandlungen mit der EU gestalteten sich in der Folge allerdings unerwartet hart.<sup>57</sup> Erst im Herbst 2011 stimmte der Gemischte Ausschuss der Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG in den Anhang III FZA per 1. November 2011 zu.<sup>58</sup> Dabei wurde das folgende Vorgehen vereinbart: Die Richtlinie 2005/36/EG wird vorerst provisorisch in Kraft gesetzt. Die vorläufige Anwendung gilt nicht für Titel II der Richtlinie, d.h. für

54 Zum Inhalt der Richtlinie GAMMENTHALER (Fn. 23), S. 127–265.

55 Siehe zum Ganzen MATTHIAS OESCH, Die Auslegung und Weiterentwicklung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU: Zugang zum Beruf des Notars und Anerkennung von Berufsqualifikationen als aktuelle Beispiele, in: Jean-Baptiste Zufferey et al. (eds.), *L'Homme et son Droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Zürich 2011, S. 361, 376–378.

56 Pressemitteilung des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT) vom 18. Juni 2008: Die Schweiz übernimmt neue europäische Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, [www.bbt.admin.ch](http://www.bbt.admin.ch) und Link zu den Medieninformationen.

57 BR Micheline Calmy-Rey beschwerte sich, dass die EU für die Genehmigung neuer Regeln Fristen einführen wollte, «die für unsere Entscheidungsverfahren zu kurz sind – und das, ohne uns zu konsultieren», Der Sonntag vom 10. Juli 2011, S. 3.

58 Beschluss 2/2011 des Gemischten Ausschusses vom 30. September 2011 über die Änderung von Anhang III FZA. Gemäss Art. 18 FZA werden Änderungen der Anhänge II und III FZA vom Gemischten Ausschuss beschlossen und können sofort nach dessen Beschluss in Kraft treten, dazu Botschaft Bilaterale I (Fn. 9), S. 6157; GAMMENTHALER (Fn. 23), S. 302–307. Sofern der Gemischte Ausschuss allerdings über Beschlüsse befindet, welche nicht «von beschränkter Tragweite» sind, muss zwingend das Parlament involviert werden, vgl. Art. 7a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010).

die Dienstleistungsfreiheit. Zuerst muss das schweizerische Parlament eine gesetzliche Grundlage schaffen, damit die personenbezogene grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung einer Meldepflicht unterstellt werden kann (vgl. Art. 7 der Richtlinie). Der Schweiz wird dafür eine Frist von zwei Jahren eingeräumt. Sofern sie ihre «Hausaufgaben» nicht fristgemäss erledigt, fällt die provisorische Anwendbarkeit der Richtlinie dahin (*sunset clause*).<sup>59</sup> Das schweizerische Parlament wird der definitiven Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG in den bilateralen *Acquis* zweifelsohne pflichtbewusst zustimmen. Im Ergebnis führt das System der direkten Verweisung auf EU-Recht damit zu einer quasi-automatischen Übernahme von Änderungen des unionalen Sekundärrechts, welche für das bilaterale Verhältnis von Bedeutung sind – zeitverzögert und allein formell unter «Wahrung der Souveränität der Schweiz und ihrer innerstaatlichen Entscheidungsverfahren».<sup>60</sup>

### C. Autonomer Nachvollzug

Das schweizerische Recht wird seit jeher durch das europäische Recht beeinflusst, auch ohne dass staatsvertragliche Verpflichtungen entsprechende Anpassungen und Rezeptionen auslösen. Ein anschauliches – in seiner Aussagekraft wohl unübertroffenes – Beispiel betrifft die Sommerzeit. Im Sommer 1980 stellten alle damaligen EWG-Mitgliedstaaten (sowie weitere europäische Staaten) zum ersten Mal gemeinsam die Uhren eine Stunde nach vorne. Um die unterschiedlichen einzelstaatlichen Regelungen für die Folgejahre zu harmonisieren, setzte die EWG mit der Richtlinie 80/737/EWG vom 22. Juli 1980 ein gemeinsames Datum für den Beginn der Sommerzeit 1981 fest. In der Schweiz tickten die Uhren demgegenüber langsamer. Nachdem ein erster Versuch zur Einführung der Sommerzeit in einer Referendumsabstimmung vom 28. Mai 1978 gescheitert war, blieb es der Schweiz verwehrt, die Sommerzeit 1980 im Einklang mit allen umliegenden Staaten einzuführen. Die Schweiz mutierte damit zur «Zeitinsel» inmitten Europas und zum «Sonderfall» im wahrsten Sinn des Wortes.<sup>61</sup> Die Wiederaufnahme der gesetzlichen Einführung der Sommerzeit wurde schliesslich nicht mehr mit dem Referendum bekämpft. Gestützt auf das Zeitgesetz vom 21. März 1980 führte die Schweiz 1981 ebenfalls die

59 Der Bundesrat hat den Räten in der Zwischenzeit die Botschaft zur Genehmigung des Beschlusses Nr. 2/2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz zum Freizügigkeitsabkommen (Änderung von Anhang III des Abkommens, gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen) und zur Umsetzung des Beschlusses (Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -bringern in reglementierten Berufen) vom 4. April 2012, BBl 2012 4401, unterbreitet.

60 Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik vom 17. September 2010, BBl 2010 7239, 7298.

61 GIOVANNI BIAGGINI, BV-Kommentar, Zürich 2007, Art. 125 Rz. 5.

Sommerzeit ein. Seither ticken die Uhren in der Schweiz im Einklang mit denjenigen in der EU.<sup>62</sup>

Ende der 1980er-Jahre wurde die Politik der Anpassung an das europäische Recht in der Schweiz formalisiert und systematisiert. Seither dominiert das Prinzip der Europaverträglichkeit die hiesige Gesetzgebungstätigkeit. Die autonome Übernahme von ausländischem Recht findet dabei in einem Ausmass statt, wie es für die Schweiz neuartig ist.<sup>63</sup>

## I. Prinzip der Europaverträglichkeit

Der Bundesrat veröffentlichte 1988 seinen ersten Integrationsbericht. Dabei führte er die Politik der Europaverträglichkeit ein. Neue Gesetze und Verordnungen wie auch die Änderung von bestehenden Erlassen sollen im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses durch die Verwaltung systematisch auf ihre Europakompatibilität überprüft werden.<sup>64</sup> Das schweizerische Recht soll auch ohne staatsvertragliche Verpflichtung an das europäische angeglichen werden. Damit wurde der autonome Nachvollzug zu einer grundlegenden Rechtssetzungsmaxime erhoben, welche die schweizerische Rechtsordnung als politisches Leitmotiv in ihrer ganzen Breite durchdringt.<sup>65</sup> Abweichungen von europarechtlichen «Vorbilder-»Regelungen bleiben zwar selbstverständlich möglich. Eine verbind-

liche Nachvollzugsverpflichtung besteht nicht; es handelt sich allein um eine Prüfungsobliegenheit.<sup>66</sup> Helvetische Sonderlösungen bedürfen – wiederum *en toute connaissance de cause* – aber einer sachlichen Begründung. Sie sollen dort bewusst und konsequent gewählt werden, wo eine Abweichung der eigenen Interessenlage dient und auch aus integrationspolitischen Aspekten vertretbar scheint.

Die Politik der Europaverträglichkeit verfolgt einen doppelten Zweck. Zum einen beruht der autonome Nachvollzug auf wirtschaftlichen Gründen. Durch eine konsequente Angleichung des schweizerischen Rechts sollen die wirtschaftlichen Nachteile, welche sich systembedingt aus der Nichtmitgliedschaft der Schweiz in der EU ergeben, minimiert und die Wettbewerbsfähigkeit der einheimischen Wirtschaft gestärkt werden.<sup>67</sup> Zum anderen bildet eine möglichst europakompatible Ausgestaltung des schweizerischen Rechts die Grundlage, um für alle integrationspolitischen Optionen gewappnet zu sein, d.h. – wie der Bundesrat 1993 ausführte – für «einen möglichen (späteren) EWR- oder EG-Beitritt ohne unüberwindbare Hürden oder allenfalls eine auf bilaterale Abkommen beschränkte Alternative.»<sup>68</sup> Dabei beschränkt sich der autonome Nachvollzug keineswegs – wie ursprünglich gefordert und bis heute zeitweise missverständlich kolportiert – allein auf grenzüberschreitende Tatbestände. Er reicht seit jeher über die klassische Aussenwirtschaftspolitik hinaus und erfasst im Gleichschritt mit dem sich ebenfalls ausdehnenden Unionsrecht eine immer grössere Vielzahl von Regelungsbereichen (*spill over*-Effekt).<sup>69</sup> 1998 hielt der Bundesrat fest, dass mit der Einführung der Europaverträglichkeitsprüfung ein «Europareflex» geschaffen wurde; neue Vorschriften «sind im allgemeinen eurokompatibel, ausnahmsweise nicht.»<sup>70</sup> Auch im Europabericht von 2006 bestätigte der Bundesrat die Politik des autonomen Nachvollzugs. Gleichzeitig erinnerte er daran, dass dieser Grundsatz nur gilt, «insofern er den Interessen der Schweiz nützt.»<sup>71</sup>

Mittlerweile stellt der autonome Nachvollzug den Regelfall schweizerischer Gesetzgebungspraxis dar. Das hiesige Recht wird dem europäischen gleichsam systematisch nachgebildet.<sup>72</sup> Gleichwohl fehlen von offizieller Seite systemati-

62 Vgl. Zeitgesetz vom 21. März 1980 (SR 941.299) und Sommerzeitverordnung vom 24. September 1984 (SR 941.299.1); dazu auch BRUNO SPINNER/DANIEL MARITZ, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz. FS für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, S. 127, 134; eine 1982 lancierte Volksinitiative zur Abschaffung der Sommerzeit scheiterte bereits im Stadium der Unterschriftensammlung (BB1 1982 II 969; 1984 I 619).

63 Die nachfolgenden Ausführungen finden sich auszugsweise auch in MATTHIAS OESCH, Brüssel und Luxemburg bald wichtiger als Bern und Lausanne, plädoyer 5/2011, S. 33–38.

64 Bericht des Bundesrates vom 24. August 1988 über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess, BB1 1988 III 249, 380; zur Politik des autonomen Nachvollzugs MARC AMSTUTZ, Normative Kompatibilitäten: Zum Begriff der Europakompatibilität und seiner Funktion im Schweizer Privatrecht, in: Astrid Epiney et al. (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, Bern/Zürich 2005, S. 235, 236–238; CARL BAUDENBACHER, Zum Nachvollzug europäischen Rechts in der Schweiz, EuR 1992, S. 309, 310–311; EPINEY (Fn. 21), S. 180–182; KRAUS/JAAG/UMBRICHT (Fn. 6), S. 161–164; PETER V. KUNZ, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVgIRWiss 2009, S. 31, 49–57; JAAG (Fn. 17), Rz. 4201–4210; RAINER J. SCHWEIZER, Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von «Integrationsverträgen», Zürich 2006, S. 23, 31–36; SPINNER/MARITZ (Fn. 62), S. 128–136; DANIEL THÜRER, Europaverträglichkeit als Rechtsargument, in: Walter Haller et al. (Hrsg.), Im Dienst an der Gesellschaft. FS für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag, Basel 1989, S. 561, 577–580; MARTIN WYSS, Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund, AJP 2007, S. 717, 717–723.

65 Ähnlich THÜRER (Fn. 64), S. 578, welcher bereits 1989 warnte: Es wäre «kein grosser Fehler, die Konsequenzen des Prinzips einer «europaverträglichen» schweizerischen Rechtssetzung zu unterschätzen.»

66 Als Grundlage für die Prüfung der Europakompatibilität von Bundesgesetzen dienen die Botschaften des Bundesrates; vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. a ParlG, und Botschaftsleitfaden: Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, 3. Aufl., 2012, S. 17–18; WYSS (Fn. 64), S. 720–723; bei Rechtsänderungen auf Verordnungsstufe wird das Resultat der Europakompatibilitätsprüfung im Antrag an den Bundesrat widergegeben.

67 Integrationsbericht 1988 (Fn. 64), S. 380.

68 Botschaft Folgeprogramm (Fn. 16), S. 810.

69 COTTIER/DIEBOLD (Fn. 22), Rz. 5; ähnlich bereits THÜRER (Fn. 64), S. 579.

70 Antwort des Bundesrates auf eine Einfache Anfrage von NR Paul Rechsteiner vom 18. März 1998, zit. bei SPINNER/MARITZ (Fn. 62), S. 129.

71 Europabericht 2006 vom 28. Juni 2006, BB1 2006 6815, 6832; vgl. auch Bericht des Bundesrates zu den Auswirkungen verschiedener europapolitischer Instrumente auf den Föderalismus in der Schweiz vom 15. Juni 2007, BB1 2007 5907, 5920–5921.

72 SPINNER/MARITZ (Fn. 62), S. 137; für Beispiele des autonomen Nachvollzugs Europabericht 2006 (Fn. 71), S. 6832; Föderalismusbericht (Fn. 71), S. 5921; JAAG (Fn. 17), Rz. 4202–4203; KUNZ (Fn. 64), S. 54–56; OESCH (Fn. 20), S. 19.

sche Untersuchungen zur Frage, in welchem Ausmass sich das schweizerische Recht in quantitativer Hinsicht (d.h. prozentual zur gesamten Rechtssetzungstätigkeit) bzw. in qualitativer Hinsicht (d.h. in Bezug auf die Rechtssetzung im Bereich von «Schlüsselgesetzen») an das europäische angleicht und unter dem Titel des autonomen Nachvollzugs europäisiert wird. Der Bundesrat lehnt es ausdrücklich ab, Bundesgesetze und Verordnungen, welche im Zug des autonomen Nachvollzugs erlassen werden, speziell zu kennzeichnen bzw. über den prozentualen Anteil solcher Erlasse im Verhältnis zur gesamten Gesetzgebungstätigkeit Bericht zu erstatten.<sup>73</sup> Wissenschaftliche Studien schätzen, dass rund 30–50 % des gesamten Bundesrechts vom EU-Recht beeinflusst werden.<sup>74</sup> Teils wird das EU-Recht dabei vollständig übernommen. Teils spielt es indirekt in den schweizerischen Gesetzgebungsprozess hinein. Eine Analyse der bundesrätlichen Botschaften zwischen 2004 und 2007 hat ergeben, dass eine vollständige Übernahme des EU-Rechts bei rund 15 % und eine Teilübernahme bei rund 33 % der Fälle vorlag; bei den übrigen Geschäften liess sich der (allfällige) Einfluss des EU-Rechts nicht näher bestimmen.<sup>75</sup> Diese Zahlen dürften plausibel sein und bestätigen, dass die Rechtssetzungstätigkeit des Bundes in der Tat von einem «Europareflex»<sup>76</sup> begleitet wird.

## II. Verhältnis zur Rechtsvergleichung

Die Politik des autonomen Nachvollzugs unterscheidet sich strukturell von früheren Rezeptionen und Nachahmungen ausländischer Rechtsinstitute, wie sie für die schweizerische Rechtsordnung unter dem Titel der Rechtsvergleichung seit jeher prägend sind.<sup>77</sup> Bereits die Bundesverfassung von 1848 wurde wesentlich von angloamerikanischen Konzepten und Idealen der Französischen Revolution beeinflusst.<sup>78</sup> Auch die kantonalen Kodifikationen des Zivil- und Strafrechts im 19. Jahrhundert sowie die nationalen Rechtsvereinheitlichungen im 19. und 20. Jahrhundert gründeten erheblich und wechselseitig auf dem Ver-

gleich mit anderen Kodifikationen aus dem In- und Ausland.<sup>79</sup> Der Blick über die Grenze und die Methode der Rechtsvergleichung gehören spätestens seit Mitte des letzten Jahrhunderts zum Standardrepertoire des schweizerischen Gesetzgebers bzw. der Dienststellen, welche verwaltungsintern die grundlegenden Vorarbeiten leisten.<sup>80</sup> In bundesrätlichen Botschaften finden sich regelmässig Ausführungen zur Rechtslage vor allem in Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich sowie – im Wirtschaftsrecht und in Bezug auf Grundrechte – in den Vereinigten Staaten.<sup>81</sup> Legislatorische Lösungen, welche andere Rechtsordnungen für ein gleichgelagertes Problem gewählt haben, werden verglichen und kritisch gewürdigt. Einen entscheidenden Beitrag dazu leistet das 1982 gegründete Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIR) in Lausanne, welches für Bundesstellen unentgeltlich rechtsvergleichende Studien erstellt.<sup>82</sup>

Ein wesentliches Element der Rechtsvergleichung als Methode besteht darin, dass sie grundsätzlich zweckfrei ist.<sup>83</sup> Sie folgt keinem vorgegebenen Ziel im Sinn einer vorbestehenden Präferenz für eine bestimmte Rechtsordnung, deren Lösung aus rechtssetzungstechnischen Erwägungen als überlegen gilt bzw. aus politischen oder anderen Gründen *ab initio* favorisiert wird. In diesem Punkt unterscheidet sich die Methode der Rechtsvergleichung von der Politik des autonomen Nachvollzugs. Der autonome Nachvollzug beruht auf einem bewussten politischen Entscheid, das schweizerische Recht europakompatibel auszugestalten und unterschiedliche legislatorische Lösungen möglichst zu vermeiden. Die Politik hat sich ausdrücklich dafür ausgesprochen, das schweizerische Recht dem europäischen anzupassen und nachzubilden – als «materieller Legislativfaktor von neuartiger Gestalt»<sup>84</sup> und grundsätzlich unabhängig davon, ob in einem konkreten Fall die europäische Lösung mit Blick auf den zu normierenden Sachverhalt in der Tat die überzeugendste darstellt oder nicht. Abweichungen vom EU-Recht sollen nur dort weiterverfolgt werden, wo das Interesse an einer Sonderlösung – etwa zur Förderung von Standortvorteilen – höher zu gewichten ist als die integrationspolitisch und volkswirtschaftlich begründete Vorabentscheidung zugunsten einer europakompatiblen Ausgestaltung. Das EU-Recht entfaltet seine Relevanz im schweizerischen Gesetzgebungsverfahren nicht als eine von mehreren gleichrangigen Inspirationsquellen; es beansprucht als Leitrechtsordnung systembedingt eine Vormachtstellung. Das vorurteilslose Vergleichen und Abwägen von legislatorischen Lösungen,

73 Antwort des Bundesrates auf das Postulat 06.3839 «Autonomer Nachvollzug und Kennzeichnung des Schweizer EU-Rechtes» von NR Roger Nordmann vom 14. Februar 2007.

74 ALI ARBIA, *The Road not taken: Europeanisation of Laws in Austria and Switzerland (1996–2005)*, Geneva 2006, S. 86; OESCH (Fn. 20), S. 19; ROY GAVA/FRÉDÉRIC VARONE, *So close, yet so far? The EU footprint in Swiss legislative acts (1979–2007)*, Working Paper 2009, kommen demgegenüber zum Schluss, dass der quantitative Einfluss wohl kleiner ist.

75 EMILIE KOHLER, *Influence du droit européen sur la législation suisse: analyse des années 2004 à 2007*, Jusletter vom 31. August 2009, Rz. 32–45.

76 Antwort des Bundesrates auf eine Einfache Anfrage von NR Paul Rechsteiner vom 18. März 1998, zit. bei SPINNER/MARITZ (Fn. 62), S. 129.

77 Siehe zur Rechtsvergleichung als Methode und ihrer Bedeutung in der Schweiz etwa KUNZ (Fn. 64), S. 34–39; ARNOLD RUSCH, *Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung*, Jusletter vom 13. Februar 2006, Rz. 2–12.

78 ANDREAS KLEY, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit: Grossbritannien, die USA, Frankreich, Deutschland und die Schweiz*, 2. Aufl., Bern 2008, S. 229.

79 RENÉ PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte: Ein Grundriss*, Zürich/St. Gallen 2007, S. 203–216 (zu den kantonalen Kodifikationen), S. 221–234 (zur nationalen Rechtsvereinheitlichung).

80 PIERRE WIDMER, *Rechtsvergleichung und Gesetzgebung*, LeGes 2003, S. 9–17.

81 Vgl. dazu KUNZ (Fn. 64), S. 37, wonach in der Schweiz diesbezüglich ein «eigentlicher Nachbarländer-Komplex» besteht.

82 www.isdc.ch; *Gesetzgebungsleitfaden* (Fn. 36), Rz. 442.

83 KUNZ (Fn. 64), S. 34; RUSCH (Fn. 77), Rz. 5.

84 THÜRER (Fn. 64), S. 580.

welche ausländische Rechtsordnungen für ein gleichgelagertes Problem gewählt haben, verliert in der Schweiz an Bedeutung. Für das EU-Recht findet dieser Prozess vorgängig in Brüssel und Strassburg statt, wo in der Kommission, im Rat und im Parlament die zum Teil unterschiedlichen Rechtskulturen der 27 Mitgliedstaaten in den Gesetzgebungsprozess einfließen und ihren Niederschlag je nach Ausgang in unterschiedlichem Mass in der gewählten legislatorischen Lösung wiederfinden. Zu diesem Gesetzgebungsprozess hat die Schweiz bekanntlich keinen Zugang.

Darüber hinaus beeinflusst das EU-Recht das schweizerische Recht weiterhin auch unter dem Titel der klassischen Rechtsvergleichung, ohne dass seine Berücksichtigung als autonomer Nachvollzug zu qualifizieren wäre. Diesfalls dient das Unionsrecht gleichberechtigt mit anderen Rechtsordnungen als Inspirationsquelle.<sup>85</sup> Für diese Form der Europäisierung des schweizerischen Rechts ist typisch, dass ein unionales Rechtsinstitut meist nicht *tel quel* Eingang in das schweizerische Recht findet, sondern in abgeänderter Form und adaptiert an die konkrete Problemlage, welche sich von derjenigen im Unionsrecht unterscheidet.<sup>86</sup>

### III. Europakompatible Auslegung

Die Politik des autonomen Nachvollzugs beschränkt sich nicht nur auf die Rechtssetzung. Ihr Hauptzweck – Minimierung der wirtschaftlichen Nachteile, welche sich systembedingt aus der Nichtmitgliedschaft der Schweiz in der EU ergeben – wird nur dann erreicht, wenn Verwaltungsbehörden und Gerichte autonom nachvollzogenes Recht tatsächlich europakompatibel auslegen.<sup>87</sup> Der gesetzgeberische Wille, sich an der Rechtslage in der EU zu orientieren, muss

85 Siehe dazu KUNZ (Fn. 64), S. 53, wonach es sich diesfalls um (rechtsfolgenlose) «eklektische Anregungen» handelt.

86 Ein Beispiel stellt die Übernahme des *Cassis de Dijon*-Prinzips in das schweizerische Binnenmarktgesetz (BGBM, SR 943.02) dar; dazu FRANCESCO MAIANI, Legal Europeanization as Legal Transformation: Some Insights from Swiss «Outer Europe», in: Francesco Maiani et al. (eds.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives*, EUI Working Paper MWP 2009/2010, S. 111, 114: «A classic EC solution for a purely Swiss problem»; zum *Cassis de Dijon*-Prinzip im THG unten C.IV.

87 Siehe zur Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht etwa THOMAS COTTIER/DANIEL DZAMKO/ERIK EVTIMOV, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Astrid Epiney et al. (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003*, Bern/Zürich 2004, S. 357, 363–369; ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 3. Aufl., Bern 2010, S. 292–300; MAIANI (Fn. 86), S. 118–122; FRANZ NYFFELER, Die Anwendung autonom nachvollzogener Normen des EU-Rechts, in: Aargauischer Anwaltsverband (Hrsg.), *Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband*, Zürich 2005, S. 35–55; HANS PETER WALTER, Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, ZSR 2007, S. 259, 268–272; WOLFGANG WIEGAND, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, S. 172–189.

seinen Niederschlag zwangsläufig auch in der Rechtsanwendung finden, welche einen integralen Teil der Rechtsschöpfung darstellt und generell-abstrakte Erlasse zur Anwendungsreife führt.

In aller Regel bereitet das Postulat der europaverträglichen Auslegung keine Probleme. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Anwendung der in der Schweiz traditionell im Vordergrund stehenden Auslegungselemente klarerweise zum Schluss führt, dass eine fragliche Bestimmung europaverträglich auszulegen ist, d.h. wenn sich mit Blick auf ihren Wortlaut (welcher entweder identisch ist mit der EU-Vorbilderregelung oder zumindest eine «helvetisierte» Übersetzung in die Rechtsterminologie der Schweiz darstellt) wie auch mit Blick auf die *ratio legis* und die Materialien ergibt, dass eine parallele Rechtslage angestrebt wird.<sup>88</sup> Das Bundesgericht hat die Verpflichtung zur europaverträglichen Auslegung in einem *leading case* aus dem Jahr 2003 wie folgt umschrieben:

«Nachvollzogenes Binnenrecht ist im Zweifel europakonform auszulegen. (...) Wird (...) die schweizerische Ordnung einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt. (...) Die Angleichung in der Rechtsanwendung darf sich dabei nicht bloss an der europäischen Rechtslage orientieren, die im Zeitpunkt der Anpassung des Binnenrechts durch den Gesetzgeber galt. Vielmehr hat sie auch die Weiterentwicklung des Rechts, mit dem eine Harmonisierung angestrebt wurde, im Auge zu behalten.»<sup>89</sup>

Das bundesgerichtliche Diktum ist klar: Eine europaverträgliche Auslegung ist nur möglich, soweit die Auslegung einer fraglichen Bestimmung im Licht der traditionellen Auslegungselemente eine europaverträgliche Lesart erlaubt. Sofern die Auslegung zu einem Ergebnis führt, welches von der europäischen Regelung abweicht, bleibt für eine «Umdeutung pro Europa» kein Raum. Diesfalls bedarf eine Anpassung an das europäische Recht zwingend einer gesetzgeberischen Intervention.

Gewisse Konstellationen, in denen sich unter Umständen eine europaverträgliche Auslegung anbietet, stellen Verwaltungsbehörden und Gerichte vor heikle Fragen. So kommt es häufig vor, dass sich der Gesetzgeber bei einzelnen Bestimmungen eines Erlasses bewusst um eine Angleichung an das europäische Recht bemüht, bei anderen Bestimmungen desselben Erlasses aber ebenso bewusst eine eigenständige Lösung wählt. Diesfalls scheidet eine europaverträgliche Auslegung für letztere Regelungsbereiche selbstredend aus – sofern die rechtsanwendende Behörde die fehlende Harmonisierungsabsicht tat-

88 Siehe zu den traditionellen Auslegungselementen – das grammatikalische, teleologische, systematische, historische und geltungszeitliche Element – etwa KRAMER (Fn. 87), S. 33–52.

89 BGE 129 III 335, 350 E. 6; vgl. für einen *leading case* des Bundesverwaltungsgerichts zur europakompatiblen Auslegung Urteil vom 13. September 2010, B-3064/2008, E. 3.

sächlich erkennt bzw. die Materialien darüber hinreichend Aufschluss geben. Anschauliche Beispiele dafür stellen das Kartellgesetz (KG) und das Mehrwertsteuergesetz (MWSTG) dar. Bei beiden Erlassen strebte der Gesetzgeber in relevanten Teilen eine Annäherung an das EU-Recht an. Gleichzeitig wich er punktuell davon ab, soweit ihm dies sachlich sinnvoll erschien, und verzichtete folglich bewusst auf eine vollständige Übernahme.<sup>90</sup> Des Weiteren darf das Postulat der europaverträglichen Auslegung nicht zu einer «sklavischen» Orientierung am EU-Recht führen, auch wenn bei der Auslegung eines schweizerischen Erlasses feststeht, dass der Gesetzgeber damit eine Angleichung an die Rechtslage in der EU bezweckte. Entscheidend bleibt der gesetzgeberische Wille, sich am EU-Recht zu orientieren, um damit die wirtschaftlichen Nachteile des schweizerischen Abseitsstehens soweit als möglich zu kompensieren. Unter Umständen deckt sich dieser Wille aber nicht in allen Teilen mit dem *Telos* der europarechtlichen Vorbilderregelung, womit eine unreflektierte Übernahme der EU-Praxis zu ungewollten Resultaten führen würde.<sup>91</sup> Ein Beispiel dafür stellt das Markenschutzgesetz (MSchG) dar, welches die einschlägigen Bestimmungen der ersten EG-Richtlinie zur Harmonisierung des Markenrechts von 1988 autonom übernommen hat. Das Bundesgericht hat die Bestimmungen über die Zulässigkeit von Parallelimporten zu Recht nicht im Sinne der EuGH-Rechtsprechung ausgelegt (wonach innerhalb des Binnenmarktes die regionale bzw. gemeinschaftsweite Erschöpfung gilt), sondern sich davon abweichend für die internationale Erschöpfung ausgesprochen.<sup>92</sup> Schliesslich wirkt der Harmonisierungszweck des autonomen Nachvollzugs *pro futuro*. Damit rückt die Spruchpraxis des EuGH in den Vordergrund. Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht soll sich grundsätzlich an der Praxis orientieren, wie sie sich nach der Übernahme durch die Schweiz in der EU weiterentwickelt; damit wird das Bedürfnis nach Rechtssicherheit befriedigt. Dies gilt selbst dann, wenn die rechtsanwendenden Behörden in der Schweiz eine von der EU-Praxis abweichende Auslegung des einschlägigen EU-Rechtsaktes und damit reflexartig auch des schweizerischen «Umsetzungserlasses» bevorzugen würden.<sup>93</sup> Sofern sich das EU-Recht allerdings in einem Masse weiterentwickelt und verändert, dass eine parallele Rechtslage nicht mehr allein durch eine schöpferische Auslegung des schweizerischen Rechts erreicht werden kann, ist der Gesetzgeber aufgerufen, das schweizerische Recht formell anzupassen.

90 Vgl. BGE 124 III 495, 498 E. 2a, in Bezug auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251); BGE 124 II 193, 203 f. E. 6a, in Bezug auf das Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer (MWSTG, SR 641.20); die Beiträge von MONIQUE STURNY-LUDER und RALF IMSTEFF in diesem Sonderheft befassen sich ausführlich mit der Europakompatibilität dieser beiden Gesetze.

91 COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV (Fn. 87), S. 368.

92 EuGH Rs. C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, Slg. 1998 I-4799; BGE 122 III 469 (*Chanel*).

93 KRAMER (Fn. 87), S. 296.

#### IV. Ein neues Kapitel: Cassis de Dijon

Am 1. Juli 2010 ist die fortschreitende Integration in das Recht der EU um eine neue Dimension erweitert worden. Im Rahmen der Revision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (THG) hat die Schweiz das Herkunfts-ortsprinzip für Waren aus dem EWR eingeführt – kurzum: die Schweiz hat das europarechtliche *Cassis de Dijon*-Prinzip übernommen.<sup>94</sup> Produkte, welche nach den einschlägigen Vorschriften des EU-Rechts (im harmonisierten Bereich) bzw. des EWR-Herkunftslandes (im nicht-harmonisierten Bereich) hergestellt und dort rechtmässig in Verkehr gebracht wurden, können gemäss Art. 16a THG auch in der Schweiz ohne weitere Prüfung eingeführt und verkauft werden. Vorbehalten bleiben einzig die Anforderungen an die Produktinformation. Diese muss grundsätzlich in mindestens einer schweizerischen Amtssprache abgefasst sein (Art. 4a und 16e THG). Weiter sieht Art. 16a Abs. 2 THG speziell geregelte Ausnahmefälle vor. Demnach gilt das *Cassis de Dijon*-Prinzip nicht für i) Produkte, die einer Zulassungs- bzw. Anmeldepflicht unterliegen (z.B. Arzneimittel); ii) Produkte, die einer vorgängigen Einfuhrbewilligung bedürfen oder einem grundsätzlichen Einfuhrverbot unterliegen (z.B. Kriegsmaterial oder Güter aus Ländern, gegen welche die Schweiz ein Embargo erlassen hat); iii) Produkte, für welche der Bundesrat aus überwiegenden öffentlichen Interessen eine Ausnahme beschliesst (z.B. Alcopops oder Waschmittel, welche Phosphat enthalten). Produkte, welche aus diesen Gründen keinen Zugang zum schweizerischen Markt haben, werden auf einer speziellen Negativliste aufgeführt (Art. 31 Abs. 2 THG).<sup>95</sup> Für Lebensmittel gilt eine Sonderregelung. Lebensmittel, welche im

94 Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (THG, SR 946.51); zum *Cassis de Dijon*-Prinzip in der EU EuGH Rs. 120/78, *Rewe-Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Brantwein*, Slg. 1979 649; Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen des Urteils des EuGH vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 («*Cassis de Dijon*»), AB1 C 256 vom 3. Oktober 1980; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen – Erleichterung des Marktzugangs für Waren in einem anderen Mitgliedstaat: praktische Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, AB1 C 265 vom 4. November 2003; Verordnung (EG) 764/2008 zur Festlegung von Verfahren im Zusammenhang mit der Anwendung bestimmter nationaler technischer Vorschriften für Produkte, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmässig in Verkehr gebracht worden sind; OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM (Fn. 27), § 22 Rz. 27–43; zum *Cassis de Dijon*-Prinzip im bilateralen Verhältnis Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse vom 25. Juni 2008, BBl 2008 7275; THOMAS COTTIER/DAVID HERREN, Das Äquivalenzprinzip im schweizerischen Aussenwirtschaftsrecht: von *Cassis de Dijon* zu *Cassis de Berne*, in: Astrid Epiney/Nina Gammethaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Bern/Zürich 2010, S. 249–276; MATTHIAS OESCH, Die einseitige Einführung des *Cassis-de-Dijon*-Prinzips, Anwaltsrevue 2009, S. 519–522; JULIE-ANTOINETTE STADELHOFFER/BEAT ZIRLICK, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, THG 16a–16e; ROGER ZÄCH, *Cassis de Dijon* – Meilenstein des schweizerischen Wirtschaftsrechts?, in: Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität St. Gallen (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz, Zürich/St. Gallen 2007, S. 295, 299–315. – Der Beitrag von DAVID HERREN in diesem Sonderheft beleuchtet dieses Thema umfassend.

95 Diese Liste ist unter [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) und dem Link zu THG/*Cassis de Dijon*-Prinzip einsehbar.

EWR-Raum rechtmässig in Verkehr gesetzt wurden, die einschlägigen Bestimmungen der schweizerischen Lebensmittelgesetzgebung aber nicht erfüllen, bedürfen einer speziellen Bewilligung für den Vertrieb in der Schweiz (Art. 16c und 16d THG). Diese Bewilligung wird in Form einer Allgemeinverfügung erteilt.<sup>96</sup>

Die schweizerische Lösung unterscheidet sich in mehrfacher Hinsicht vom *Cassis de Dijon*-Prinzip, wie es im europäischen Binnenmarkt entwickelt wurde. Es handelt sich um systembedingte Abweichungen, welche sich allesamt aus dem Umstand ergeben, dass die Schweiz institutionell nicht in den EWR eingebunden ist. Das EU-Recht wird dabei nicht autonom nachvollzogen, d.h. eins-zu-eins ins schweizerische Recht übertragen, sondern modifiziert und zu einem neuartigen aussenwirtschaftsrechtlichen Instrumentarium umfunktioniert. Die Anpassung an die hiesigen Bedürfnisse widerspiegelt «helvetischen Eigensinn und Pragmatismus» – *Cassis de Dijon* wird zu «Cassis de Berne».<sup>97</sup> Drei grundlegende Unterschiede fallen ins Licht: Zum einen führt die autonome Einführung dazu, dass der erleichterte Marktzugang nur einseitig, d.h. zugunsten von Produkten, welche aus dem EWR-Raum eingeführt werden, wirkt.<sup>98</sup> Umgekehrt profitieren schweizerische Produkte bzw. ihre Hersteller nicht von einem erleichterten Marktzugang im EWR-Raum; es handelt sich um eine «Einbahnstrasse».<sup>99</sup> Auch wenn ein solches Vorgehen dem handelsdiplomatischen Fundamentalprinzip der Reziprozität zuwiderläuft, nimmt die Schweiz diesen Nachteil mit Blick auf die prognostizierten volkswirtschaftlichen Vorteile bewusst in Kauf. Der Bundesrat schätzt (wohl allzu grosszügig), dass diese Massnahme zu Einsparungen von jährlich über 2 Mrd. Franken führt.<sup>100</sup> Zum anderen erfasst die schweizerische Variante des *Cassis de Dijon*-Prinzips sowohl Pro-

dukte, welche gestützt auf unionsrechtliche Produktvorschriften rechtmässig in Verkehr gesetzt wurden, als auch Produkte, welche – bei unvollständiger oder fehlender Harmonisierung – den technischen Vorschriften eines EWR-Mitgliedstaates entsprechen. Das «helvetisierte» *Cassis de Dijon*-Prinzip findet auf alle Produkte Anwendung, welche im EWR-Raum rechtmässig vertrieben werden. Dieser im Vergleich zum europarechtlichen *Cassis de Dijon*-Prinzip erweiterte Anwendungsbereich entfaltet allerdings nur dann praktische Wirkung, wenn der schweizerische Gesetz- bzw. Ordnungsgeber europäische technische Vorschriften (noch) nicht autonom ins schweizerische Recht übernommen hat und damit ohnehin eine parallele Rechtslage besteht. Schliesslich hat die Tatsache, dass die Schweiz das *Cassis de Dijon*-Prinzip autonom einführt, zur Folge, dass sie ebenso autonom über die Ausnahmen entscheidet. Dabei verbleibt die Letztentscheidung über die praktische Reichweite des Prinzips *de facto* bei den politischen Behörden. Dem Bundesrat steht gemäss Art. 16a Abs. 2 lit. e THG das Recht zu, auf dem Verordnungsweg Ausnahmen vorzusehen, wenn überwiegende öffentliche Interessen dies erfordern und das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt wird.<sup>101</sup> Im Rahmen der Marktüberwachung verfügen die Vollzugsorgane zudem über die Kompetenz, einem Produkt das Inverkehrbringen zu untersagen, wenn es ein Risiko für überwiegende öffentliche Interessen darstellt (Art. 20 Abs. 4 THG). In beiden Fällen kann ein betroffenes Unternehmen die Rechtmässigkeit einer allgemeinen Ausnahme bzw. eines Verbots im Einzelfall letztinstanzlich vor dem Bundesgericht überprüfen lassen. Es ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht den politischen Behörden dabei einen weiten Ermessensspielraum einräumen und die Rechtmässigkeit entsprechender Ausnahmen kaum in Frage stellen wird.<sup>102</sup> Anders präsentiert sich systembedingt die praktische Kompetenzverteilung im EU-Recht. Zwar ist es den Mitgliedstaaten auch hier erlaubt, Ausnahmen vom *Cassis de Dijon*-Prinzip vorzusehen, wenn sie auf überwiegenden öffentlichen Interessen gemäss Art. 34 AEUV (immanente Schranken) bzw. Art. 36 AEUV (ausdrückliche Rechtfertigungsgründe) beruhen und verhältnismässig sind. Die Mitgliedstaaten machen davon rege Gebrauch. Letztlich handelt es sich beim *Cassis de Dijon*-Prinzip aber um einen unionsrechtlichen Grundsatz, über dessen korrekte Auslegung der EuGH entscheidet. Dabei interpretiert der EuGH als Motor der europäischen Integration die zulässigen Ausnahmen tendenziell restriktiv.<sup>103</sup> Im Gegensatz zur Rechtslage in der Schweiz obliegt die Konkretisierung und Feinjustierung des europarechtlichen *Cassis de Dijon*-Prinzips folglich primär dem EuGH – und nicht den politischen Behörden der Mitgliedstaaten.

96 Die vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) genehmigten Gesuche sind unter [www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch) und den Links zu Themen/Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände/Anmeldestelle *Cassis de Dijon*/Erteilte Allgemeinverfügungen einsehbar. Eine von NR Jacques Bourgeois am 17. Dezember 2010 eingereichte Parlamentarische Initiative (10.538) fordert, Lebensmittel vom Geltungsbereich des *Cassis de Dijon*-Prinzips wieder auszunehmen. Die vorberatenden Kommissionen für Wirtschaft und Abgaben (WAK-NR und WAK-SR) empfehlen, der Initiative Folge zu geben. In eine ähnliche Richtung zielt eine Ständesinitiative (11.321) des Kantons Bern vom 21. Dezember 2011.

97 COTTIER/HERREN (Fn. 94), S. 266–271.

98 Siehe zu den Vorteilen einer einseitigen Anwendbarkeit ZÄCH (Fn. 94), S. 303–304; in Praxis und Lehre wird kontrovers diskutiert, ob Art. 13 des FHA von 1972 im Sinn des *Cassis de Dijon*-Prinzips ausgelegt werden kann, dazu Urteil 2A.593/2005 vom 6. September 2006, E. 6; ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER, Das «Cassis-de-Dijon»-Prinzip und die Schweiz, SJZ 2006, S. 321, 326; OESCH (Fn. 94), S. 520; CHRISTA TOBLER, *Cassis de Dijon* für die Schweiz: Pur oder on the Rocks?, SZIER 2005, S. 567, 569.

99 TOBLER (Fn. 98), S. 568; OESCH (Fn. 20), S. 19; siehe zur Vermeidung von Inländerdiskriminierungen Art. 16b THG, wonach ein schweizerischer Produzent *de facto* frei wählen kann, ob er seine Produkte gestützt auf schweizerisches Recht oder gestützt auf das EU-Recht bzw. das Recht eines EU-/EWR-Mitgliedstaates herstellen möchte; STADELHOFFER/ZIRLICK (Fn. 94), THG 16b Rz. 1–4; OESCH (Fn. 94), S. 521–522.

100 Dabei sollen vor allem Kosmetika, Textilien, Lebensmittel und Möbel vom *Cassis de Dijon*-Prinzip profitieren, Botschaft revTHG (Fn. 94), S. 7357.

101 Die dergestalt gewährten Ausnahmen werden in Art. 2 der Verordnung über das Inverkehrbringen von nach ausländischen technischen Vorschriften hergestellten Produkten und über deren Überwachung auf dem Markt vom 19. Mai 2010 (VIPaV, SR 946.513.8) aufgelistet.

102 Ähnlich COTTIER/HERREN (Fn. 94), S. 270.

103 Siehe zum einschlägigen Fallrecht des EuGH OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM (Fn. 27), § 22 Rz. 36–43.

Methodisch und inhaltlich geht die einseitige Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips über die bisherige Politik des autonomen Nachvollzugs hinaus.<sup>104</sup> Sie läutet eine neue Epoche dynamischer Anpassung ein. Das *Cassis de Dijon*-Prinzip beinhaltet – auch in seiner helvetisierten Form – naturgemäss eine prospektive Komponente. Es erfasst künftige Weiterentwicklungen und Änderungen von Produktvorschriften. Dabei gilt die unbesehene Anerkennung künftigen Rechts nicht nur in Bezug auf die EU. Sie umfasst im nicht-harmonisierten Bereich auch die Entwicklungen in den einzelnen EWR-Mitgliedstaaten. Damit wird ein hohes Mass an Vertrauen in diese Rechtsordnungen zum Ausdruck gebracht.<sup>105</sup> Im praktischen Ergebnis bricht die Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips mit dem souveränitätspolitisch begründeten Kardinalsprinzip der schweizerischen Integrationspolitik, wonach europäisches Recht – sei es durch staatsvertragliche Annäherung, sei es durch autonome Anpassung – nur statisch, d.h. gestützt auf die Rechtslage an einem klar definierten Stichtag, Eingang in das schweizerische Recht findet. Im Anwendungsbereich des *Cassis de Dijon*-Prinzips besteht zumindest aus der Perspektive der Schweiz zukünftig auch ohne fortlaufende Gesetzes- bzw. Verordnungsanpassungen eine parallele Rechtslage. Die Schweiz hat im Warenverkehr damit einen Integrationsgrad erreicht, welcher weit über tradierte Vorstellungen hinausreicht.

#### D. Epilog

Das schweizerische Recht wird fortlaufend europäisiert, sei es durch die Ausstrahlungskraft der bilateralen Abkommen, sei es durch die selbstgewählte Anlehnung unter dem Titel des autonomen Nachvollzugs. Dieser Prozess beschränkt sich längst nicht mehr auf den traditionellen Bereich des grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehrs. Das EU-Recht gewinnt auch in anderen Gebieten an Bedeutung und dringt immer weiter in das schweizerische Gesetzes- und Verordnungsrecht ein. Es wird auch in der Schweiz zum gelebten *ius commune*. Juristinnen und Juristen stehen vor der Herausforderung, komplizierte Rechtsfragen nicht mehr allein aus der vertrauten Warte des innerstaatlichen Rechts anzugehen, sondern ebenso auf der Grundlage und mit Blick auf das einschlägige EU-Recht. Fundierte Kenntnisse des EUV und AEUV, von Verordnungen und Richtlinien sowie der dazugehörigen Praxis gehören zum unabdingbaren Rüstzeug im hiesigen Rechtsalltag.

Eine breitere Öffentlichkeit ist sich des «Europareflexes»<sup>106</sup> des schweizerischen Gesetzgebers und des daraus folgenden weitreichenden Einflusses des

104 Oesch (Fn. 20), S. 19.

105 Siehe dazu auch ZACH (Fn. 94), S. 302.

106 Antwort des Bundesrates auf eine Einfache Anfrage von NR Paul Rechsteiner vom 18. März 1998, zit. bei SPINNER/MARITZ (Fn. 62), S. 129.

EU-Rechts auf das tägliche Leben in der Schweiz nicht bewusst. Von offizieller Seite fehlen aufschlussreiche Untersuchungen zur Frage, in welchem Ausmass sich das schweizerische Recht an das EU-Recht angleicht. Man hütet sich, die zunehmende Fremdbestimmung und den schleichenden Verlust an politischer Eigenständigkeit und Souveränität zu thematisieren.<sup>107</sup> Die Schweiz ist dort, wo heute die Musik spielt, institutionell absent. Die EU gibt bei der Auslegung und Weiterentwicklung des Sekundärrechts, welches reflexartig auch auf die bilateralen Abkommen ausstrahlt, den Takt an. Die Schweiz marschiert hinten an. Auch wenn es dem Bundesgericht bzw. den politischen Behörden unbenommen bleibt, ein unliebsames EuGH-Urteil oder eine missliebige Richtlinienänderung nicht in den bilateralen *Acquis* zu übernehmen, ist es für die Schweiz mit Blick auf das gute und ordnungsgemässe Funktionieren der Abkommens *de facto* kaum möglich, sich der periodischen Anpassung zu widersetzen. Inhalt und Form der bilateralen Marktzugangsabkommen klaffen entsprechend auseinander.<sup>108</sup> Inhaltlich beteiligt sich die Schweiz punktuell am Binnenmarkt. Formell stecken die Abkommen im Kleid klassischer Staatsverträge. Es fehlt ein handlicher Mechanismus, um die Beteiligung der Schweiz bei der Weiterentwicklung sicherzustellen und die Abkommen *up to date* zu halten. Das ist der Rechtssicherheit abträglich. Vor allem die EU fordert seit längerem, die bilateralen Beziehungen zu dynamisieren.<sup>109</sup> In der Sache liegt es letztlich gleichermaßen bzw. wohl noch ausgeprägter im Interesse der Schweiz, die bilateralen Beziehungen einer zeitgemässeren institutionellen Architektur zuzuführen.<sup>110</sup> Es bleibt zu hoffen, dass die laufenden Gespräche und Verhandlungen möglichst bald zu einem erfolgreichen Abschluss gebracht werden können.

107 Vgl. dazu den Sammelband von KATJA GENTINETTA/GEORG KOHLER (Hrsg.), *Souveränität im Härtestest: Selbstbestimmung unter neuen Vorzeichen*, Zürich 2010, welcher getreu der Devise «keine Tabus; wider jedes Denkverbot!» (Vorwort, S. 8) die Bedeutung staatlicher Souveränität untersucht und mit Blick auf verschiedene Politikbereiche darlegt, unter welchen Prämissen und Optionen grösstmögliche Selbstbestimmung möglich scheint.

108 Siehe dazu auch COTTIER/DIEBOLD (Fn. 22), Rz. 7; EPINEY (Fn. 21), S. 185; OESCH (Fn. 55), S. 379.

109 Vgl. Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 24. Mai 2012 zu Schweizer Quoten bei der Anzahl der Aufenthaltsgenehmigungen, die Staatsangehörigen von Polen, Litauen, Lettland, Estland, Slowenien, der Slowakei, der Tschechischen Republik und Ungarn erteilt werden, P7\_TA(2012)0226, Rz. 12; Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 7. September 2010 zu dem Thema EWR-Schweiz: Hindernisse für die vollständige Verwirklichung des Binnenmarktes, P7\_TA(2010)0300, Rz. 19–20; Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 14. Dezember 2010, Rz. 42.

110 Siehe zu den Optionen Bericht Europapolitik 2010 (Fn. 60), S. 7298–7319; BAUDENBACHER (Fn. 28), S. 834–838; WÜGER/SCARPELLI (Fn. 11), S. 319–324; ROGER ZÄCH, *Die Übernahme von EU-Recht – ein Vorschlag zur Verbesserung der institutionellen Mechanismen*, in: Astrid Epiney/Tobias Fasnacht (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2010/2011*, Bern/Zürich 2011, S. 497–511.