

# Die Europäisierung des schweizerischen Rechts

---

**Matthias Oesch\***

Die Rechtsentwicklung in der Europäischen Union (EU) beeinflusst das schweizerische Recht erheblich. Dieser Prozess erfolgt auf zwei Ebenen: Zum einen existiert zwischen der Schweiz und der EU ein engmaschiges Vertragsnetz. Rund zwanzig bilaterale Hauptabkommen und gegen hundert Sekundärabkommen führen zur weitgehenden Teilintegration der Schweiz in den europäischen Binnenmarkt. Die Umsetzung dieser Abkommen im schweizerischen Recht und ihre Anwendung im Alltag haben weit reichende Konsequenzen für die Schweiz. Zum anderen übernimmt die Schweiz autonom EU-Recht, ohne dass entsprechende Anpassungen staatsvertraglich ausgelöst werden. Im Zentrum steht die Politik der Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts, welche als allgemeingültige Rechtsetzungsmaxime seit 1988 jedes Rechtssetzungsverfahren auf Bundesebene begleitet und die Epoche des autonomen Nachvollzugs eingeläutet hat.

\*Assistenzprofessor für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Bern.



Matthias Oesch\*

## Die Europäisierung des schweizerischen Rechts

- I. Einleitung
- II. Bilaterale Abkommen
  - A. Etappen des Bilateralismus
  - B. Rechtsnatur der Abkommen und Institutionelles
  - C. Europäisierung des schweizerischen Rechts
  - D. Insbesondere: Verweis auf EU-Recht
- III. Autonomer Nachvollzug
  - A. Prinzip der Europaverträglichkeit
  - B. Europäisierung des schweizerischen Rechts
  - C. Ein neues Kapitel: *Cassis de Dijon*
- IV. Epilog

### I. Einleitung

Die Schweiz ist mit der Europäischen Union politisch, kulturell und wissenschaftlich eng verbunden. Auch die wirtschaftliche Vernetzung ist gross. Die Schweiz verdient jeden dritten Franken im Austausch mit der EU bzw dem 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 erheb-

---

\* Assistenzprofessor für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Bern. Praxis und Literatur sind bis Ende Juni 2010 berücksichtigt.

1 Im Jahr 2008 wickelte die Schweiz 81,4 % ihrer Warenimporte und 62,5 % ihrer Warenexporte mit dieser Region ab. Die EU- bzw die EWR-Mitgliedstaaten nehmen auch als Partner im Dienstleistungsverkehr und bei den Direktinvestitionen eine dominierende Stellung ein, siehe Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2009, Botschaften zu Wirtschaftsvereinbarungen und Bericht über zolltarifarisches Massnahmen 2009 vom 13. Januar 2010, Kapitel 3.1.

lich. Das schweizerische Recht wird fortlaufend europäisiert.<sup>2</sup> 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>3</sup>

Diese Abhandlung bezweckt, die Etappen und Merkmale der Europäisierung des schweizerischen Rechts darzustellen und kritisch zu hinterfragen. Abschnitt II. gibt einen Überblick über das engmaschige Vertragsnetz zwischen der Schweiz und der EU. Die Umsetzung der bilateralen Abkommen ins nationale Recht und ihre Auslegung und Anwendung in der Praxis haben weit reichende 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 schweizerische Recht finden. Abschnitt III. widmet sich dem Einfluss des europäischen Rechts, ohne dass entsprechende Anpassungen staatsvertraglich ausgelöst werden. Im Zentrum steht dabei die Politik der Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts, welche als allgemeingültige Rechtsetzungsmaxime seit 1988 jedes Rechtsetzungsverfahren in der Schweiz begleitet und damit die Epoche des autonomen Nachvollzugs eingeläutet hat. Mit der Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips am 1. Juli 2010 wird die Integration in das Recht der EU schliesslich um eine neue Dimension erweitert. Abschnitt IV. rundet die Ausführungen mit einem kurzen Epilog ab.

Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich spezifisch mit denjenigen Einwirkungen auf das schweizerische Recht, welche durch den europäischen Integrationsprozess im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften bzw der EU ausgelöst wurden. Keine

---

2 Siehe zum Begriff der „Europäisierung“ bzw „legal europeanization“ auch *Francesco Maiani*, Legal Europeanization as Legal Transformation: Some Insights from Swiss “Outer Europe”, in Maiani / Petrov / Mouliarova (eds), European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives, EUI Working Paper MWP 2009/2010, 111 (111 f).

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

ausdrückliche Behandlung finden demgegenüber 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>4</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 grundlegenden Menschenrechten überprüft werden können.<sup>5</sup> Weitere plurilaterale Staatsverträge zwischen europäischen Staaten bzw zwischen der EU und Nicht-EU-Mitgliedstaaten liefern seit jeher wichtige Impulse für eine paneuropäische Rechtsvereinheitlichung über das EU-Recht hinaus. Dazu zählen etwa das Europäische Patentübereinkommen<sup>6</sup> und das Lugano-Übereinkommen.<sup>7</sup>

## II. Bilaterale Abkommen

Die Schweiz ist mit der EU durch eine Vielzahl von sektoriellen Staatsverträgen verbunden. Dazu gehören rund zwanzig bilaterale

---

4 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101).

5 Gemäss Art 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden „massgeblich“. Daraus folgt, dass in der Schweiz Bundesgesetze nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden können; sie sind – rechtsstaatlich wenig befriedigend – „immunisiert“, *Giovanni Biaggini*, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Kommentar, Zürich (Orell Füssli) 2007, Art. 190 Rz 2.

6 Europäisches Patentübereinkommen, revidiert am 29. November 2000 (EPÜ, SR 0.232.142.2).

7 Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ, SR 0.275.11). Dieses Übereinkommen wurde revidiert und mit der Verordnung 44/2001 vom 22. Dezember 2000 („Brüssel I“) ins EU-Recht umgegossen. Gemäss Beschluss des Bundesrates vom 31. März 2010 wird das revidierte Übereinkommen für die Schweiz mit Wirkung ab 1. Januar 2011 ratifiziert.

Hauptabkommen und über hundert weniger bekannte gegenseitige Abmachungen in der Form von Sekundärabkommen.<sup>8</sup>

#### A. Etappen des Bilateralismus

Ausgangspunkt und Grundlage der bilateralen Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU bildet das Freihandelsabkommen (FHA) von 22. Juli 1972.<sup>9</sup> Dieses Abkommen wurde von den EFTA-Mitgliedstaaten gemeinsam ausgehandelt und zwischen der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und jedem EFTA-Mitgliedstaat bilateral in Kraft gesetzt.<sup>10</sup> Mit dem FHA wurde der gegenseitige Marktzugang im Bereich der Industriegüter

---

8 Vgl dazu Europabericht 2006 vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 6815 (6846); für eine umfassende Übersicht und Bewertung der bilateralen Beziehungen aus der Perspektive der Schweiz *Thomas Cottier / Rachel Liechti*, Die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union: Eine kurze Geschichte differenzieller und schrittweiser Integration, Basel (EuropaInstitut Basel) 2006, 5-40; *Thomas Cottier / Matthias Oesch*, International Trade Regulation: Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland (Cases, Materials and Comments), Bern / London (Staempfli / Cameron May) 2005, 313-343; *Dieter Freiburghaus*, Königsweg oder Sackgasse? Sechzig Jahre schweizerische Europapolitik, Zürich (Verlag Neue Zürcher Zeitung) 2009; *Daniel Kraus / Tobias Jaag / Georg Umbricht*, L'Union européenne: Ses institutions et ses relations avec la Suisse, Zürich (Schulthess) 2009; *René Schwok*, Schweiz – Europäische Union: Beitritt unmöglich?, Zürich (Rüegger) 2009; *Daniel Thürer et al* (Hg), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich (Schulthess) 2007; *Christa Tobler*, Der Acquis der rechtlichen Verbindung der Schweiz zur EG und EU – Eine unsichere Grösse?, in Breuss / Cottier / Müller-Graff (Hg), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden (Nomos) 2008, 11-37; *Marius Vahl / Nina Grolimund*, Integration ohne Mitgliedschaft: Die bilateralen Verträge der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, Zürich (Schulthess) 2007; *Andreas Ziegler*, Die De-facto Mitgliedschaft der Schweiz in der EU: Binnen- und Aussenbeziehungen, ZEuS (2007) 247-272.

9 SR 0.632.401.

10 In der Schweiz führte das Parlament ein allgemeines Referendum durch, weil das FHA „wegen seines Gewichts den Kern unserer vielfältigen Gesamtbeziehungen zur EWG“ verkörpert, zit bei *Freiburghaus*, Königsweg (Fn 8) 151. Die Stimmberechtigten nahmen das FHA mit 72,5 % Ja-Stimmen deutlich an.

und der verarbeiteten Landwirtschaftsgüter analog zu den Vorschriften zur Schaffung eines europäischen Binnenmarktes vertraglich abgesichert. Als Vorbild dienten das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT) von 1947 und der Vertrag zur Gründung der EWG von 1957.<sup>11</sup> Mehrere Bestimmungen dieser beiden Regelwerke wurden teilweise wörtlich übernommen. Die Inkraftsetzung des FHA sowie die weit über 100 zusätzlichen Vereinbarungen und Protokolle, welche in der Folge gestützt auf dieses Abkommen unterzeichnet wurden, führten seit den 1970er Jahren zu einer ersten spürbaren Europäisierung des schweizerischen Ausenwirtschaftsrechts.<sup>12</sup> Im Bereich des volkswirtschaftlich stetig wichtiger werdenden Dienstleistungssektors führten langwierige Verhandlungen am 10. Oktober 1989 zur Unterzeichnung des Abkommens betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung.<sup>13</sup> Dieses Abkommen garantiert die Niederlassungsfreiheit von Versicherungsagenturen und -zweigniederlassungen aus der Schweiz und der EU auf dem Gebiet der Vertragsparteien auf der Basis der Gegenseitigkeit und Nichtdiskriminierung. Es wurde am 1. Januar 1993 in Kraft gesetzt.

1989 regte *Jacques Delors*, der damalige Präsident der Europäischen Kommission, die Schaffung eines Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) an. Die EFTA-Mitgliedstaaten sollten gestützt auf die vier Grundfreiheiten weitgehend in den europäischen Binnenmarkt integriert werden. Während die anderen EFTA-Mitgliedstaaten diesen Vorschlag positiv aufnahmen, beteiligte sich die Schweiz nur widerwillig an den Verhandlungen.<sup>14</sup> Das EWR-Abkommen wurde am 2. Mai 1992 unterzeichnet. Im gleichen Monat deponierte die Schweiz in Brüssel ein Gesuch um Aufnahme von Verhandlungen über einen EG-Beitritt. Nachdem die Schweizer Stimmberechtigten den Beitritt zum EWR am 6. Dezember 1992 abgelehnt hatten, wurde das kurz zuvor eingereichte Beitrittsgesuch

---

11 *Thomas Cottier / Nicolas Diebold*, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, Jusletter vom 2. Februar 2009, Rz 6.

12 Siehe dazu auch *Daniel Thürer*, Europaverträglichkeit als Rechtsargument, in Haller et al (Hg), Im Dienst an der Gesellschaft. FS für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag, Basel (Helbing & Lichtenhahn) 1989, 561 (567-577).

13 SR 0.961.1.

14 Siehe dazu *Freiburghaus*, Königsweg (Fn 8), 211-229.

eingefroren.<sup>15</sup> Der Bundesrat verzichtete auf die Eröffnung von Beitrittsverhandlungen und bekannte sich *faute de mieux* zum bilateralen Weg – dem schweizerischen „Königsweg“. Gleichzeitig intensivierte die Schweiz die Bestrebungen, die Nachteile des Abseitsstehens durch eine konsequent europakompatible Ausgestaltung der schweizerischen Rechtsordnung zu kompensieren (autonomer Nachvollzug).<sup>16</sup> Dabei sollte die sektorielle Vertiefung der Beziehungen zur Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten gemäss bundesrätlicher Diktion einen doppelten Zweck verfolgen:

„Einerseits um die Wettbewerbsfähigkeit unserer Wirtschaft zu erhalten; andererseits um, zu gegebenem Zeitpunkt, unsere volle und umfassende Beteiligung am europäischen Integrationsprozess zu erleichtern.“<sup>17</sup>

Bereits 1993 erklärte sich die EG bereit, sektorielle Verhandlungen aufzunehmen. Am 21. Juni 1999 wurden die „Bilateralen I“ unterzeichnet. Dazu gehören sieben Abkommen, welche – mit Ausnahme des Forschungsabkommens – das FHA von 1972 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).<sup>18</sup> Die Bilateralen I sind durch

---

15 Die Schweizer Stimmberechtigten lehnten den EWR-Beitritt mit einer rekordverdächtig hohen Stimmbeteiligung von 79 % mit 50,3 % ab; 16 Kantone sprachen sich dabei gegen den Beitritt aus. – Gleichwohl blieb der Beitritt zur EU auch nach dem EWR-Nein das „strategische Ziel“ der schweizerischen Integrationspolitik, vgl Bericht über die Aussenpolitik der Schweiz in den 90er Jahren vom 29. November 1993, 32.

16 Siehe zum autonomen Nachvollzug unten III.A.

17 Zwischenbericht zur europäischen Integrationspolitik der Schweiz vom 29. März 1995, BB1 1995 III 191, 209.

18 SR 0.142.112.681 (Abkommen über die Freizügigkeit), SR 0.172.052.68 (Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens), SR 0.946.526.81 (Abkommen über die gegenseitige Anerkennung der Konformitätsbewertungen), SR 0.916.026.81 (Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen), SR 0.748.127.192.68 (Abkommen über den Luftverkehr), SR 0.740.72 (Abkommen über den Güter- und Personenverkehr).

eine „Guillotine-Klausel“ verbunden. Damit wurde dem Begehren der EU entsprochen, wonach mit Blick auf die verschiedenen Verhandlungsdossiers ein ausgewogenes Gesamtergebnis angestrebt werden soll. Der Schweizer Souverän stimmte den sieben Abkommen mit 67,2 % Ja-Stimmen zu. Sie wurden am 1. Juni 2002 gemeinsam in Kraft gesetzt. Die Guillotine-Klausel verbindet die Bilateralen I auch in Zukunft zu einem Gesamtpaket: Sollte die Schweiz ein Abkommen kündigen, treten auch die übrigen automatisch ausser Kraft.<sup>19</sup>

2001 wurde ein zweiter Verhandlungszyklus initiiert. Die meisten Dossiers betrafen *leftovers*, für welche im Rahmen der Bilateralen I keine Einigung erzielt werden konnte. Anfänglich trat vor allem die Schweiz als *Demandeur* auf. Erst die Einigung, auch über zwei für die Gemeinschaft zentrale Forderungen zu verhandeln (Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung), hatte dazu geführt, dass sich die EG zur Aufnahme einer neuen Runde bereit erklärt hatte. Zügige Verhandlungen 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 Gemein-

---

kehr auf Schiene und Strasse), SR 0.420.513.1 (Abkommen über die wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit); dazu Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999, 6128; *Thomas Cottier / Matthias Oesch*, Einleitung und Übersicht, in Cottier / Oesch (Hg), Die sektoriellen Abkommen EG-Schweiz: Ausgewählte Fragen zur Rezeption und Umsetzung der Verträge vom 21. Juni 1999 im schweizerischen Recht, Bern (Stämpfli) 2002, 1-9; *Daniel Felder / Christine Kaddous* (eds), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaire), Basel (Helbing & Lichtenhahn) 2001; *Thürer et al*, Bilaterale Verträge (Fn 8).

19 Vgl. etwa Art 25 Abs 2 und 4 FZA. Die Schweizer Stimmberechtigten stimmten am 8. Februar 2009 der Weiterführung dieses Abkommens mit 59,6 % zu.

schaftsprogrammen im Bereich Film und Bildung sowie die Schengen- und Dublin-Abkommen).<sup>20</sup> Die Verhandlungen beruhten – diesmal vor allem auf Drängen der Schweiz – auf dem Prinzip des *parallélisme approprié*.<sup>21</sup> Im Gegensatz zu den Bilateralen I sind die einzelnen Abkommen gleichwohl nicht durch eine Guillotine-Klausel verbunden. Nur die beiden Abkommen über die Assoziierung an Schengen und Dublin waren Gegenstand eines Referendums. Sie wurden vom Volk mit 54,6 % der Stimmen angenommen und am 1. März 2008 (formell) bzw. 12. Dezember 2008 (operationell) in Kraft gesetzt. Die weiteren Abkommen wurden seit 2005 gestaffelt in Kraft gesetzt.

Die Bilateralen I und II wurden zwischen der Schweiz und der EU-15 ausgehandelt. Mit der EU-Osterweiterung am 1. Mai 2004 bzw. 1. Januar 2007 wurde der Geltungsbereich der bilateralen Abkommen automatisch auf die neuen Mitgliedstaaten ausgedehnt. Dies geschah grundsätzlich ohne Neuverhandlungen. Einzig das Freizügigkeitsabkommen erforderte Anpassungen, weil nicht nur die Gemeinschaft und die Schweiz, sondern auch die EU-Mitgliedstaaten selber Vertragsparteien dieses Abkommens sind. Es

---

20 SR 0.672.926.81 (Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von in der Schweiz ansässigen ehemaligen EU-Beamten), SR 0.632.401.23 (Abkommen über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse), SR 0.431.026.81 (Abkommen über die Zusammenarbeit im Bereich der Statistik), SR 0.814.092.681 (Abkommen über die Beteiligung an der Europäischen Umweltagentur), SR 0.784.405.226.8 (Abkommen über die Beteiligung der Schweiz an den Gemeinschaftsprogrammen MEDIA), SR 0.142.392.68 (Dublin Abkommen), SR 0.360.268.1 (Schengen-Abkommen), SR 0.351.926.81 (Abkommen über die Zusammenarbeit zur Betrugsbekämpfung), SR 0.641.926.81 (Abkommen über die Zinsbesteuerung); dazu 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; *Christine Kaddous / Monique Jametti Greiner* (eds), *Accords bilatéraux II Suisse – UE et autres Accords récents*, Basel (Helbing & Lichtenhahn) 2006; *Thürer et al*, *Bilaterale Verträge* (Fn 8). – Die Verhandlungen über ein umfassendes Dienstleistungsabkommen wurden sistiert und schliesslich *ad acta* gelegt.

21 *Freiburghaus*, Königsweg (Fn 8) 316.

handelt sich um ein „gemischtes Abkommen“.<sup>22</sup> Der Schweizer Souverän hat der Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Bulgarien und Rumänien mit 59,6 % Ja-Stimmen zugestimmt.

Insgesamt stellt der *Acquis* Schweiz-EU – rund zwanzig Hauptabkommen und über hundert Sekundärabkommen – ein auffällig unübersichtliches und wenig systematisch aufgebautes Gesamtkunstwerk dar.<sup>23</sup> 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 FHA von 1972 sowie die Bilateralen I und II bilden die zentralen Pfeiler. Weitere Abkommen und Zusatzvereinbarungen komplettieren den *Acquis*. Dazu gehört etwa auch das Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherungen, welches eine überarbeitete Version des Güterabkommens von 1990 darstellt und seit 1. Juli 2009 vorläufig angewendet wird.<sup>24</sup> Ein Blick auf das engmaschige Vertragsnetz zeigt, dass sich das Feld der vom Bilateralismus abgedeckten Sachbereiche über die Jahrzehnte stetig ausgeweitet hat. Die Abkommen regeln längst nicht mehr nur eng definierte Sektoren. Die weiteren Themata, bei denen die grundsätzlich beidseitige Bereitschaft an einer bilateralen Regelung besteht, bestätigen diesen Eindruck.<sup>25</sup> Verhandlungen werden in den Dossiers Elektrizität, Landwirtschaft, Lebensmittelsicherheit, Produktsicherheit und öffentliche Gesundheit geführt. In weiteren Bereichen laufen vorbereitende Arbeiten und exploratorische Gespräche. Dies betrifft etwa den Emissionshandel, die Satellitennaviga-

---

22 Siehe zur Qualifikation des FZA als gemischtes Abkommen *Dieter Grossen / Claire de Coulon*, Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in Thüerer et al (Hg), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zürich (Schulthess) 2007, 135 (141).

23 Siehe für eine umfassende Übersicht [www.europa.admin.ch](http://www.europa.admin.ch) und den Link zu „Informationsblätter Bilaterale Abkommen CH-EU“.

24 SR 0.631.242.05.

25 Siehe dazu <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00755/00763/index.html?lang=de>; *Christa Markwalder*, Die europapolitischen Optionen der Schweiz, in Breuss / Cottier/ Müller-Graff (Hg), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Baden-Baden (Nomos) 2008, 111 (121 f); *Schwok*, Schweiz - EU (Fn 7) 58-62; *Vahl / Grolimund*, Integration ohne Mitgliedschaft (Fn 7) 111-114.

tion (Galileo), die Zusammenarbeit mit der Europäischen Verteidigungsagentur (EVA), die Friedensförderung sowie die Chemikaliensicherheit (REACH). Ein Themenbereich, bei dem die EU bzw gewisse Mitgliedstaaten als *Demandeurs* eine einvernehmliche Lösung anstreben, stellt das Steuerdossier dar.

#### B. Rechtsnatur der Abkommen und Institutionelles

Die meisten bilateralen Abkommen stellen – im Gegensatz etwa zum EWR-Abkommen – klassische Staatsverträge dar. Nur vereinzelt enthalten Abkommen Elemente eines (partiellen) Integrationsvertrags (Luftverkehrsabkommen) oder eines Assoziierungsvertrags (Schengen- und Dublin-Abkommen).<sup>26</sup> Inhaltlich beruhen die Abkommen grundsätzlich auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung oder auf der (bisweilen wörtlichen) Übernahme des *Acquis communautaire*.<sup>27</sup> Mit der Berufung auf das – politisch-programmatische, 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>28</sup> Dieses Prinzip wie auch die Übernahme des *Acquis com-*

---

26 Botschaft Bilaterale I (Fn 18) 6156; *Andreas Kellerhals / Roger Zäch*, Gesamtüberblick, in Thürer et al (Hg), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zürich (Schulthess) 2007, 3 (9).

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

28 *Daniel Thürer / Carolin Hillemanns*, Allgemeine Prinzipien, in Thürer et al (Hg), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zürich (Schulthess) 2007, 39 (53); zu diesem Prinzip etwa Botschaft Bilaterale I (Fn 18) 6156; Botschaft Bilaterale II (Fn 20) 6006; *Daniel Felder*, Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin), in Kaddous / Jametti Greiner (eds), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents*, Basel (Helbing & Lichtenhahn) 2006, 93 (102 ff); *Kellerhals / Zäch*, Gesamtüberblick (Fn 26) 13; *Daniel Wüger / Samuele Scarpelli*, Die vernachlässigten institutionellen Aspekte der Bilateralen Verträge und die Aushandlung eines Rahmenabkommens, in Epiney / Egbuna-Joss / Wyssling (Hg), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006*, Bern / Zürich (Stämpfli / Schulthess) 2006, 287 (297).

*munautaire* beinhalten notwendigerweise eine prospektive Komponente. Die 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. Der Bundesrat hat sich zur Notwendigkeit der fortlaufenden Anpassung des schweizerischen Rechts an die Entwicklungen in der EU wie folgt geäußert:

„Ohne regelmässige Berücksichtigung der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts in den Bereichen, welche von den sektoriellen Abkommen gedeckt werden, würden die Unterschiede der schweizerischen und gemeinschaftlichen Bestimmungen die einwandfreie Anwendung der betreffenden Abkommen verhindern.“<sup>29</sup>

Die Abkommen sehen spezifische Instrumente und Verfahren vor, um die andere Vertragspartei über abkommensrelevante Entwicklungen zu informieren und damit sicherzustellen, dass die notwendigen Massnahmen ergriffen werden können. 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>30</sup> Das Ziel, auch im bilateralen Verhältnis binnenmarktähnliche Verhältnisse zu schaffen, wird faktisch nur durch eine systematische und fortlaufende Anpassung an das massgebende EU-Recht erreicht.<sup>31</sup>

---

29 Botschaft Bilaterale I (Fn 18) 6159.

30 Ähnlich *Felder*, Cadre institutionnel (Fn 28) 103-104; *Astrid Epiney*, Fortschreitende Integration in das Recht der EU, NZZ vom 27. Februar 2010, 11; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 (31). – Mittlerweile hat der EU-Rat die *automatische* Anpassung nicht nur künftiger Abkommen, sondern auch der bestehenden gefordert, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st16/st16651-re01en08.pdf> (Dokument vom 8. Dezember 2008, soweit ersichtlich ist nur der Entwurf öffentlich zugänglich).

31 Siehe zur Anpassung an EU-Recht, welches kraft Verweistechnik *tel quel* Eingang in ein bilaterales Abkommen findet, unten II.D.iii).

Die verschiedenen Abkommen und Zusatzvereinbarungen sind in keinen gemeinsamen institutionellen Rahmen eingebunden.<sup>32</sup> Jedes Abkommen enthält separat entsprechende Bestimmungen. Grundsätzlich folgt die Verwaltung und Überwachung der Durchführung der einzelnen Abkommen der klassischen diplomatischen Zusammenarbeit. Anwendung und Vollzug obliegen primär den Verwaltungsbehörden und Gerichten der Vertragsparteien. Zwischenstaatlich dient eine Vielzahl von gemischten Ausschüssen als Forum für die Überwachung des ordnungsgemässen Funktionierens der Abkommen und für die Lösung allfälliger Dissonanzen. In beschränktem Rahmen nehmen die gemischten Ausschüsse auch rechtsetzende und streitbeilegende Aufgaben wahr. Dabei entscheiden die Vertragsparteien regelmässig „im gegenseitigen Einvernehmen, also einstimmig.“<sup>33</sup> Dies gilt auch im Bereich der Streitbeilegung. Hier zeigt sich die strukturelle Schwerfälligkeit des Konsensfordernisses paradigmatisch. Eigentliche Klagemöglichkeiten und ein unabhängiges, gerichtsförmiges Streitbeilegungsverfahren kennt der *Acquis* Schweiz-EU nicht.<sup>34</sup>

Diese institutionelle Architektur befriedigt nicht. In der täglichen Rechtsanwendung und periodischen Weiterentwicklung der Abkommen zeigt sich, dass Inhalt und Form des *Acquis* Schweiz-EU auseinanderklaffen.<sup>35</sup> Die Schweiz vernachlässigte aus (souve-

---

32 Siehe zu den institutionellen Aspekten *Tobias Jaag / Magda Zihlmann*, Institutionen und Verfahren, in Thürer et al (Hg), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zürich (Schulthess) 2007, 65 (69-96); *Vahl / Grolimund*, Integration ohne Mitgliedschaft (Fn 8) 40-44.

33 Botschaft Bilaterale I (Fn 18) 6157, zu den gemischten Ausschüssen im Rahmen der Bilateralen I.

34 Interessanterweise wurde die Schaffung eines obligatorischen Schiedsverfahrens von der Schweiz bereits in den Verhandlungen zum FHA von 1972 „mit Nachdruck“ verfochten, von der EWG aus Systemgründen aber verworfen, Botschaft des Bundesrates vom 16. August 1972 über das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Europäischen Gemeinschaften, *BBl* 1972 653 (668); zur Streitbeilegung in den gemischten Ausschüssen *Wüger / Scarpelli*, Aspekte der bilateralen Verträge (Fn 28) 313-316.

35 Siehe dazu auch *Cottier / Diebold*, Warenverkehr (Fn 11) Rz 7; *Astrid Epiney*, How Does European Union Law Influence Swiss Law and Policies?, in Nahrath / Varone (eds), *Rediscovering Public Law and Public Administration in Comparative Policy Analysis: a Tribute*

ränitäts-) politischen Gründen lange Zeit institutionelle Fragen. Umfassende Lösungen wie ein Beitritt zum EWR wurden verworfen. Bereits 1988 machte der Bundesrat zwar den Vorschlag, die fortlaufend engere Zusammenarbeit institutionell zu konsolidieren und unter ein „globales Rahmenabkommen“ zu stellen.<sup>36</sup> Konkrete Vorschläge zur Ausgestaltung eines solchen Rahmenabkommens liegen bis heute allerdings nicht vor.<sup>37</sup> Es ist fraglich, ob ein dergestalt einheitlicher institutioneller Überbau einen bedeutenden materiellen Mehrwert schaffen würde – es sei denn, die Schweiz beabsichtige mittel- bis langfristig, den sektoriellen Bilateralismus (auch ausserhalb des EWR) zu zementieren.<sup>38</sup>

### *C. Europäisierung des schweizerischen Rechts*

Das engmaschige Vertragsnetz zwischen der Schweiz und der EU bewirkt eine fortlaufende Europäisierung des schweizerischen Rechts. Erste, wenn auch eher zaghafte Nachweise dieser Entwicklung zeigen sich bereits in den Anfängen des sektoriellen Bilateralismus seit den 1970er Jahren, also mit dem FHA von 1972 und dem Versicherungsabkommen von 1989 („traditioneller Bilateralismus“). Mit der Aushandlung und Inkraftsetzung der Bilateralen I und II – also seit den 1990-Jahren – wird das schweizerische Recht tiefgreifend europäisiert („neuer Bilateralismus“). Diese Entwicklung reflektiert die gewandelte Natur staatsvertraglicher Verpflichtungen und beruht im Wesentlichen auf den drei folgenden Elementen:

i) *Anpassungen des schweizerischen Rechts*: Die schrittweise 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

---

to Peter Knoepfel, Lausanne (Presses polytechniques et universitaires romandes) 2009, 179 (185).

36 Bericht des Bundesrates vom 24. August 1988 über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess, BBl 1988 III 249 (375 f).

37 Siehe zur möglichen Ausgestaltung eines Rahmenabkommens *Wüger / Scarpelli*, Aspekte der bilateralen Verträge (Fn 28) 319-324.

38 Ähnlich *Carl Baudenbacher*, Die Schweiz sollte einen zweiten EWR-Anlauf nehmen, NZZ vom 22. Juni 2010, 19; *Markwalder*, Optionen (Fn 25) 122.

seit 1988 vom europäischen Recht inspirieren und übernimmt Gemeinschaftsregelungen autonom.<sup>39</sup> Damit wurde – zusätzlich zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandortes Schweiz im Allgemeinen – anfangs der 1990er Jahre vor allem bezweckt, die Grundlagen für erfolgreiche Verhandlungen auf der Grundlage des *Acquis communautaire* zu schaffen. So führte die Ablehnung des EWR-Abkommens zu wesentlichen Anpassungen im Rahmen der sog *Swiss Lex*-Vorlage, welche 27 Gesetzesrevisionen auf Bundesebene auslöste.<sup>40</sup> Die sukzessive Annäherung an das europäische Recht erleichterte die Verhandlungen der Bilateralen I und II sodann wesentlich.<sup>41</sup> Mehr noch: Die vorgängige autonome Angleichung war eine eigentliche *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 noch einmal zu 23 Gesetzesänderungen auf Bundesebene.<sup>42</sup> Mit der Genehmigung der Bilateralen II mussten 11 Gesetze an das einschlägige Gemeinschaftsrecht

---

39 Siehe zum autonomen Nachvollzug unten III.A.

40 Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 805; dazu *Heinrich Koller*, Der schweizerische Gesetzgeber vor der internationalen Herausforderung: Erfahrungen mit „EUROLEX“ – „SWISSLEX“ – „GATTLEX“, ZBl 1994, 241 (250 ff); *Roger Mallepell*, Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die schweizerische Gesetzgebung 1993-1995, Bern (Stämpfli) 1999, 18-27. Die *Swiss Lex*-Vorlage nahm diverse Änderungen des Bundesrechts wieder auf, welche im Hinblick auf den EWR-Beitritt vorbereitet worden waren (sog. *Euro Lex*-Vorlage).

41 Vgl. dazu Botschaft Bilaterale I (Fn 18) 6158; *Tobias Jaag*, Europarecht: Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, Zürich (Schulthess) 2009, Rz 4204; *Wüger / Scarpelli*, Aspekte der bilateralen Verträge (Fn 28) 297; *Thürer / Hillemanns*, Allgemeine Prinzipien (Fn 28) 54.

42 Botschaft Bilaterale I (Fn 18) 6134f. (inkl. zweier Kreditbeschlüsse für das Forschungsabkommen und für die Förderung des kombinierten Verkehrs).

angepasst werden; die substantiellsten Änderungen erfolgten dabei im Rahmen der Assoziierung an Schengen und Dublin.<sup>43</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.

ii) *Wörtliche oder sinngemässe Übernahme von EU-Recht*: Diverse bilaterale Abkommen lehnen sich inhaltlich stark an die entsprechenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts an. Dabei wird das einschlägige EU-Recht sinngemäss oder gar wörtlich reproduziert.<sup>44</sup> Bereits das FHA von 1972 enthält Bestimmungen, welche (beinahe) wörtlich dem EU-Recht nachgebildet sind. Art 13 und 20 FHA entsprechen Art 34 und 36 AEUV (ursprünglich Art 30 und 36 EWGV). Diverse Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens und dessen Anhang I widerspiegeln wesentlich Inhalt und Tragweite des EU-Primär- und Sekundärrechts. Sie erinnern auffällig an die Rechtsetzungstechnik und Terminologie des EU-Rechts, auch wenn die einschlägigen Bestimmungen nicht wörtlich kopiert werden. Dies gilt auch 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 die schweizerischen Behörden vor heikle Fragen der korrekten Auslegung und Anwendung.<sup>45</sup> Unbestrittener Ausgangs- und

---

43 Botschaft Bilaterale II (Fn 20) 6233ff.

44 *Epiney*, How does EU Law? (Fn 35) 188 f.

45 Siehe dazu ausführlich *Cottier / Diebold*, Warenverkehr (Fn 11) Rz 34-45; *Epiney*, Rechtsprechung des EuGH (Fn 30) 5-31; *Epiney*, How does EU Law? (Fn 35) 188-193; *Hansjörg Seiler*, Auswirkungen des EU-Rechts auf Nicht-EU-Mitglieder („de facto Mitgliedschaft“ der Schweiz und Liechtensteins?), XVI. Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz vom 18./19. September 2008, 9-12; zur Auslegung von direkten Verweisen auf EU-Recht auch unten II.D.ii).

Referenzpunkt für das methodische Vorgehen bilden dabei die völkerrechtlichen Auslegungsmethoden gemäss Art 31 und 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23. Mai 1969 (WVRK), welche auch für die Auslegung der bilateralen Abkommen einschlägig sind.<sup>46</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>47</sup> Dabei legen die jeweiligen Vertragspartner ein Abkommen autonom aus.<sup>48</sup> Eine Bindung an die Auslegung durch den anderen Vertragspartner besteht nicht. 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>49</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>50</sup> Damit rückt insbesondere das

---

46 SR 0.111; siehe dazu BGE 133 V 329, 339 E. 8.4; BGE 132 V 53, 60 E. 6.3; *Epiney*, How does EU Law? (Fn 35) 186; *Fabrice Filliez* (2001), Application des accords sectoriels par les juridictions suisses: quelques repères, in *Felder / Kaddous* (eds), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaire), Basel (Helbing & Lichtenhahn) 2001, 183 (201-205).

47 *Cottier / Diebold*, Warenverkehr (Fn 11) Rz 14.

48 *Cottier / Diebold*, Warenverkehr (Fn 11) Rz 34.

49 Gewisse Abkommen äussern sich ausdrücklich zur Berücksichtigungspflicht von EuGH-Urteilen, vgl etwa Art 16 FZA und Art 17 des Luftverkehrsabkommens; dazu *Thomas Cottier / Erik Evtimov*, Probleme des Rechtsschutzes bei der Anwendung der sektoriellen Abkommen mit der EG, in *Cottier / Oesch* (Hg), Die sektoriellen Abkommen EG-Schweiz: Ausgewählte Fragen zur Rezeption und Umsetzung der Verträge vom 21. Juni 1999 im schweizerischen Recht, Bern (Stämpfli) 2002, 179 (198-201); *Epiney*, Rechtsprechung des EuGH (Fn 30) 5-31.

50 Siehe zu den unionsrechtlichen Auslegungsmethoden etwa *Thomas Oppermann / Claus Dieter Classen / Martin Nettesheim*, Europarecht, München (C.H. Beck) 42009, § 10 Rz 165-185; zentral ist, „dass die im Völkerrecht so bedeutsame subjektiv-souveränitätsbe-

Fallrecht des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ins Zentrum, welcher 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 Unionsrecht nachgebildet ist, ist *im Regelfall* gestützt auf die unionsrechtlichen Auslegungsmethoden bzw in Anlehnung an die Präjudizien des EuGH auszulegen und anzuwenden.<sup>51</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.

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. 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>52</sup> Immerhin anerkennt das Bundesgericht, dass die Praxis des EuGH zu analogen Bestimmun-

---

zogene Konkretisierungsmethode zugunsten einer am Sinn und Zweck orientierten Betrachtung verdrängt wird“ (Rz 168).

- 51 Ähnlich *Cottier / Evtimov*, Probleme des Rechtsschutzes (Fn 49) 201; *Epiney*, How does EU Law? (Fn 35) 190; *Astrid Epiney*, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, SJZ 2009, 25 (26 f); *Epiney*, Rechtsprechung des EuGH (Fn 30) 23-31; *Nina Gammenthaler*, Die schweizerische Rechtsprechung zur Diplomanerkennung im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EG, in *Epiney / Gammenthaler* (Hg), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, Bern / Zürich (Stämpfli / Schulthess) 2009, 419 (425).
- 52 BGE 105 II 49, 59 E. 3a; siehe 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; BGE 118 Ib 367, 378 E. 6b; BGE 131 II 271, 294f. E. 10.3.

gen des EU-Rechts „nicht unbeachtlich“ sei.<sup>53</sup> Demgegenüber beruft sich das Bundesgericht bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens regelmässig auf die EuGH-Rechtsprechung zu analogen Begriffen des Gemeinschaftsrechts.<sup>54</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:

„Hierbei ist beachtlich, dass das Abkommen die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen verwirklichen will (Präambel) und die Vertragsparteien zur Erreichung der Ziele des Abkommens alle erforderlichen Massnahmen treffen wollen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden (Art 16 Abs 1 FZA). Das bedeutet, dass für die vom Abkommen erfassten Bereiche eine parallele Rechtslage verwirklicht werden soll (...). Um das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage nicht zu gefährden, wird das Bundesgericht in angemessener Weise nach dem Stichtag (21. Juni 1999) ergangene Rechtsprechungs-

---

53 BGE 131 II 271, 295 E. 10.3; dazu *Cottier / Oesch*, International Trade Regulation (Fn 8) 323, mit Verweis auf die (uneinheitliche) EuGH-Praxis zur Frage der parallelen Auslegung des FZA; *Cottier / Diebold*, Warenverkehr (Fn 11) Rz 35-37, wonach die Tendenz besteht, dass das Bundesgericht je länger je mehr bereit ist, die EuGH-Rechtsprechung angemessen zu berücksichtigen; *Seiler*, Auswirkungen (Fn 45) 3. – 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.

54 Siehe dazu *Cottier / Diebold*, Warenverkehr (Fn 11) Rz 45; *Epiney*, Verbot der Diskriminierung (Fn 51) 26-27; *Epiney*, How does EU Law? (Fn 35) 189-192, welche darauf hinweist, dass sich das methodische Vorgehen des BGer. dabei keineswegs konsistent präsentiert; *Seiler*, Auswirkungen (Fn 45) 9-12.

änderungen des EuGH in seine Beurteilung einbeziehen und ihnen Rechnung tragen. Das gilt allerdings nur, so weit 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>55</sup>

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>56</sup>

iii) *Verweis auf EU-Recht*: Einzelne Abkommen der Bilateralen I und II verweisen direkt auf EU-Rechtsakte, welche dergestalt *tel quel* Eingang in das schweizerische Recht finden.<sup>57</sup> Anschauliche Beispiele dieser Regelungstechnik stellen die Anhänge II (soziale Sicherheit) und III (berufliche Qualifikationen) des Freizügigkeitsabkommens dar.<sup>58</sup>

---

55 BGE 136 II 5, 12f. E. 3.4; zu diesem Urteil *Marc Spescha*, Urteilsbesprechung „Erweiterte Familiennachzugsrechte für EU-BürgerInnen: *Metock*-Rechtsprechung des EuGH gilt auch im Geltungsbereich des FZA“, AJP 2010, 102.

56 *Cottier / Evtimov*, Probleme des Rechtsschutzes (Fn 49) 201.

57 Siehe dazu auch *Epiney*, How does EU Law? (Fn 35) 188; Bundesamt für Justiz (Hg), Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, <sup>3</sup>2007, Rz 903 ff; allg zur Verweisung als Rechtsetzungstechnik *Georg Müller*, Elemente einer Rechtsetzungslehre, Zürich (Schulthess) <sup>2</sup>2006, Rz 365-378.

58 Auf Anhang III FZA ist sogleich zurückzukommen (unten II.D.).

Weitere Beispiele betreffen etwa Anhang 1 des Abkommens über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse. Dieser Anhang nimmt auf eine Reihe von technischen Vorschriften in EU-Verordnungen und -Richtlinien Bezug und verlangt, dass die Schweiz gleichwertige Rechtsvorschriften anwendet. In ähnlicher Weise listet der Anhang des Luftverkehrsabkommens eine Reihe von Verordnungen und Richtlinien auf, welche auch in Bezug auf die Schweiz Rechtsverbindlichkeit erlangen. Dabei geht es primär um die Liberalisierung des Luftverkehrs, die technische Harmonisierung und die Flugsicherheit sowie Wettbewerbsregeln. Auch Art 1 und 2 des Schengen-Abkommens sowie Art 1 des Dublin-Abkommens verweisen auf die einschlägigen EU-Rechtsakte des Schengen-Besitzstandes bzw der Dublin- / Eurodac-Verordnungen und verlangen, dass diese Bestimmungen von der Schweiz umgesetzt und im Verhältnis zu den anderen Vertragsstaaten angewendet werden. Schliesslich listet Anhang A des Abkommens über die Zusammenarbeit im Bereich der Statistik rund 100 EU-Rechtsakte auf, welche gemäss Art 2 des Abkommens auch für die Schweiz verbindlich sind.

#### *D. Insbesondere: Verweis auf EU-Recht*

Ein anschauliches Beispiel für die direkte Verweisung auf EU-Recht stellt Anhang III des Freizügigkeitsabkommens dar. 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 Diplomen und Befähigungsnachweisen in den EU-Mitgliedstaaten regeln bzw sektoriell ihre gegenseitige Anerkennung in einzelnen Berufen gewährleisten.<sup>59</sup> Ebenso werden die in der Schweiz offiziell verwendeten Berufs- und Diplombezeichnungen aufgelistet.

Gemäss Art 15 FZA sind die Anhänge und Protokolle integrale Bestandteile des Abkommens. Ziff 1 und 2 des Anhangs III lauten wie folgt:

---

59 Siehe für einen Überblick über das europäische System der Diplomanerkennung und die einschlägigen EU-Richtlinien *Frédéric Berthoud*, Die Anerkennung von Berufsqualifikationen zwischen der Schweiz und der EU, in Thüerer et al (Hg), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zürich (Schulthess) 2007, 249 (256-273).

1. Die Vertragsparteien kommen überein, im Bereich der gegenseitigen Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise untereinander die gemeinschaftlichen Rechtsakte, auf die Bezug genommen wird, in der zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens geltenden Fassung einschliesslich der in Abschnitt A dieses Anhangs genannten Änderungen oder gleichwertige Vorschriften anzuwenden.
2. Zwecks Anwendung dieses Anhangs nehmen die Vertragspartien die gemeinschaftlichen Rechtsakte zur Kenntnis, auf die in Abschnitt B dieses Anhangs Bezug genommen wird.

Die Rechtsetzungstechnik der direkten Verweisung auf EU-Rechtsakte (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>60</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>61</sup> Gleichzeitig führt die Rechtsetzungstechnik der direkten Verweisung auf EU-Rechtsakte zu neuartigen praktischen und rechtlichen Herausforderungen.

i) *Publikation*: Die für die Vertragsparteien verbindlich erklärten EU-Richtlinien werden im Anhang III einzeln aufgeführt. Einschlägig ist in aller Regel diejenige Fassung, welche im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens in Kraft ist. Die

---

60 Siehe dazu im Bereich der Zulassung von Medizinalpersonen *Matthias Oesch*, Zulassung von ausländischen universitären Medizinalpersonen zum Markt, in Poledna / Jacobs (Hg), Gesundheitswesen im wettbewerblichen Umfeld, Zürich (Schulthess) 2010, 21, Rz 6.

61 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 *Gammenthaler*, Schweizerische Rechtsprechung (Fn 51) 428-438; *Oesch*, Zulassung von Medizinalpersonen (Fn 60) Rz 12.

schweizerischen Behörden verzichten allerdings 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 problematisch. Der Rechtssuchende 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 Form (etwa in Universitätsbibliotheken) oder elektronisch ([www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)).<sup>62</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 Organ veröffentlicht sind“.<sup>63</sup> Ein solches „offizielles Organ“ kann gemäss bundesrätlicher Botschaft auch ein ausländisches sein.<sup>64</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 Rechtssuchende 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 Rechtssuchenden 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

---

62 Auch das Integrationsbüro bietet elektronisch eine Rechtssammlung zu den bilateralen Abkommen inkl. Links zu den einschlägigen EU-Rechtsakten an, siehe <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. 65).

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

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

„keinerlei Gewähr für den Inhalt“ und bittet die Rechtssuchenden, „für juristische Zwecke die Fassungen [heranzuziehen], die im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht sind.“<sup>65</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. Damit bewirkt die Rechtsetzungstechnik der Verweisung auf EU-Rechtsakte gleichsam reflexartig, dass sich auch die Rechtssuchenden in der Schweiz mit den Tücken der amtlichen Publikation von EU-Recht vertraut macht.

ii) *Unmittelbare Anwendbarkeit und Auslegung*: Gemäss Ziff 1 des Anhangs III verpflichten sich die Vertragsstaaten, untereinander „die gemeinschaftlichen Rechtsakte, auf die Bezug genommen wird (...) oder gleichwertige Vorschriften anzuwenden“.<sup>66</sup> Damit stellt sich die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit dieser Rechtsakte im schweizerischen Recht. Während das Bundesgericht die unmittelbare Anwendbarkeit des FHA von 1972 bis heute scheinbar verneint, bejahen Praxis und Lehre 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>67</sup> Dies gilt auch für das Freizügigkeitsabkommen mitsamt seinen Anhängen.<sup>68</sup> Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungs-

---

<sup>65</sup> Siehe [http://eur-lex.europa.eu/de/legis/avis\\_consolidation.htm](http://eur-lex.europa.eu/de/legis/avis_consolidation.htm).

<sup>66</sup> Demgegenüber dienen die in Abschnitt B aufgezählten Rechtsakte „nur“ als Orientierungshilfe für die Anwendung der in Abschnitt A genannten Rechtsakte und sind nicht verbindlich; dazu *Gammenthaller*, Schweizerische Rechtsprechung (Fn 51) 421.

<sup>67</sup> Siehe dazu etwa *Cottier / Diebold*, Warenverkehr (Fn 11) Rz 15-33; *Thürer / Hillemanns*, Allgemeine Prinzipien (Fn 28) 44-48.

<sup>68</sup> BGE 129 II 249, 257f. E. 3.3; BGE 130 II 49, 55 E. 4.2; Botschaft Bilaterale I (Fn 18) 6358; *Cottier / Diebold*, Warenverkehr (Fn 11) Rz 20-28; *Grossen / de Coulon*, Bilaterales Abkommen (Fn 22) 142; *Walter Kälin*, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in *Cottier / Oesch* (Hg), Die sektoriellen Abkommen EG-Schweiz: Ausgewählte Fragen zur Rezeption und Umsetzung der Verträge vom 21. Juni 1999 im schweizerischen Recht, Bern (Stämpfli) 2002, 11 (18f); *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Justi-

gericht 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>69</sup> Damit findet im Rahmen der Anerkennung beruflicher Qualifikationen punktuell eine weitgehende Integration in das Gemeinschaftsrecht statt. Die schweizerischen Behörden sind an das relevante EU-Recht gebunden. 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 das einschlägige Fallrecht des EuGH bzw die unionsrechtlichen Auslegungsmethoden heranzuziehen.<sup>70</sup> Entscheidend ist auch im bilateralen Verhältnis letztlich die EU-rechtliche 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 des Freizügigkeitsabkommens offenbart anschaulich die Problematik, welche die Ausgestaltung der Verträge zwischen der Schweiz und der EU als „statische“ Abkommen mit sich bringt. Anhang III widerspiegelt grundsätzlich den Stand des gemeinschaftlichen 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 diverse Änderungen vorgenommen. Richtlinien, auf die im Anhang III verwiesen wird, wurden geändert und an neue Rahmenbedingungen angepasst. Darüber hinaus wurde mit der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen vom 7. September 2005 das System der gegenseitigen Diplomanerkennung zwischen den Mitgliedstaaten auf eine neue Grundlage gestellt. Diese Richtlinie übernimmt

---

ziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern (Stämpfli) 2005, 183f.

69 BGE 132 II 135 = Pra 96 (2007) Nr. 16; BVGE C-89/2007 vom 2. Juli 2007; zu diesen Fällen *Gammenthaler*, Schweizerische Rechtsprechung (Fn 51) 426-438; *Oesch*, Zulassung von Medizinalpersonen (Fn 60) Rz 12; zum Ganzen auch *Berthoud*, Anerkennung von Berufsqualifikationen (Fn 59) 273-274.

70 Ebenso *Epiney*, How does EU Law? (Fn 35) 189; zur Frage der Auslegung auch oben II.C.ii).

materiell zwar im Wesentlichen das bisher geltende Recht, vereinigt formell aber 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.<sup>71</sup>

Es ist offenkundig, dass sich die Schweiz der (möglichst zeitnahen) Anpassung des Freizügigkeitsabkommens an geändertes EU-Recht kaum widersetzen kann, um das gute und reibungslose Funktionieren des Abkommens im Bereich der Diplomanerkennung nicht zu gefährden. Gleichwohl enthält das Freizügigkeitsabkommen – seines statischen Charakters entsprechend – keinen Mechanismus für eine automatische Anpassung. Jede Änderung des *Acquis communautaire* muss von den Vertragsparteien ausdrücklich akzeptiert werden, damit diese Änderung kraft staatsvertraglicher Abmachung auch im bilateralen Verhältnis Wirkung entfaltet. Immerhin enthält Art 18 FZA eine Sonderregelung für Änderungen der Anhänge II und III FZA, welche nicht den „üblichen“ innerstaatlichen Ratifizierungsprozess durchlaufen müssen, sondern vom Gemischten Ausschuss beschlossen werden und sofort nach dessen Beschluss in Kraft treten können.<sup>72</sup> Innerstaatlich erteilt der Bundesrat, der kraft Art 24 Abs 2 ParlG dafür zuständig ist, den schweizerischen Vertretern im Gemischten Ausschuss verbindliche Instruktionen.<sup>73</sup>

Der Gemischte Ausschuss hat am 30. April 2004 eine erste Aufdatierung des Anhangs III beschlossen und Aktualisierungen der Anerkennung von Diplomen im Bereich der universitären Me-

---

71 Siehe dazu *Berthoud*, Anerkennung von Berufsqualifikationen (Fn 59) 269-273; *Gammenthaler*, Schweizerische Rechtsprechung (Fn 51) 422-23.

72 Siehe zu Art 18 FZA Botschaft Bilaterale I (Fn 18) 6157; *Jaag / Zihlmann*, Institutionen und Verfahren (Fn 31) 88 f; *Wüger / Scarpelli*, Aspekte der bilateralen Verträge (Fn 28) 308-312; Aide-mémoire: Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG vom 6. September 2007 (<http://www.europa.admin.ch/dokumentation/00438/00465/index.html?lang=de>).

73 Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002 (ParlG, SR 171.10). Der Bundesrat kann gemäss Art 48a RVOG (Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010) diese Kompetenz an ein Departement oder Bundesamt delegieren.

dizinalausbildung und Facharztstitel übernommen.<sup>74</sup> Zurzeit wird über die Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen vom 7. September 2005 verhandelt.<sup>75</sup> Es ist absehbar, dass die Schweiz diese Richtlinie akzeptieren wird – allein der Zeitpunkt ist noch offen. Die EU wird kaum zulassen, dass das durch diese Richtlinie aufgehobene Gemeinschaftsrecht weiterhin und exklusiv im bilateralen Verhältnis mit der Schweiz rechtliche Verbindlichkeit beansprucht.<sup>76</sup> Auch brächte eine Nichtübernahme beträchtliche praktische Probleme, da die Mitgliedstaaten mittlerweile die neue Richtlinie 2005/36/EG in das nationale Recht umgesetzt haben und das altrechtliche System nicht mehr angewendet wird. Letztlich führt das bilaterale System der gegenseitigen Titelerkennung unter dem Freizügigkeitsabkommen zu einer quasi-automatischen (zeitverzögerten) Übernahme von neuem Unionsrecht, ohne dass die Schweiz bei der EU-internen Rechtsetzung über ein formelles Mitsprache- und Entscheidungsrecht verfügt.

### III. Autonomer Nachvollzug

Das schweizerische Recht wird seit jeher durch ausländische Rechtsordnungen beeinflusst, auch ohne dass staatsvertragliche Verpflichtungen entsprechende Anpassungen und Rezeptionen auslösen. Seit den 1960er Jahren steht dabei die dynamische Ausstrahlung des EWG / EG / EU-Rechts im Vordergrund.

Frühe Belege für autonome „Abkupferungen“ vom europäischen Recht lassen sich etwa bei der verfassungsrechtlichen Verankerung der Gleichstellung von Mann und Frau finden (Art 4 Abs 2 aBV, nun Art 8 Abs 3 BV). Der schweizerische Verfassungsgeber liess sich dabei wesentlich von der entsprechenden Rechtsentwicklung in der damaligen EWG (und ihren Mitgliedstaaten) inspirie-

---

74 Beschluss 1/2004 des Gemischten Ausschusses EG-Schweiz zur Änderung des Anhangs III vom 30. April 2004, AS 2004 4203.

75 Vgl. dazu 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 1.

76 Ähnlich *Berthoud*, Anerkennung von Berufsqualifikationen (Fn 59) 272; *Gammenthaler*, Schweizerische Rechtsprechung (Fn 51) 424-425.

ren.<sup>77</sup> Ein weiteres – in seiner Aussagekraft wohl unübertroffenes – Beispiel betrifft die Sommerzeit. Nachdem diverse europäische Staaten bereits vorher die Sommerzeit eingeführt hatten, beschlossen Ende 1979 auch Deutschland und Österreich, 1980 die Sommerzeit einzuführen. In der Folge stellten alle damaligen EWG-Mitgliedstaaten (sowie weitere europäische Staaten) die Uhren während des Sommers 1980 eine Stunde nach vorne. Um die unterschiedlichen einzelstaatlichen Regelungen für die Folgejahre zu harmonisieren, setzte die EWG mit der Richtlinie 80/737 vom 22. Juli 1980 ein gemeinsames Datum zumindest 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 während des Sommers 1980 damit zur „Zeitinsel“ inmitten Europas und zum „Sonderfall“ im wahrsten Sinn des Wortes.<sup>78</sup> Eine 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 Sommerzeit ein. Seither folgt die schweizerische Sommerzeit der Regelung in der EU.<sup>79</sup>

---

77 Rainer J. Schweizer, Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet, in Epiney / Rivière (Hg), *Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“*, Zürich (Schulthess) 2006, 23 (28); siehe dazu Botschaft über die Volksinitiative „Gleiche Rechte für Mann und Frau“ vom 14. November 1979, BBl 1980 I 69 (83-109), mit einer umfassenden rechtsvergleichenden Übersicht über das Recht in diversen europäischen Staaten, in den Vereinigten Staaten, in der EWG sowie über rechtliche Instrumente des Europarates und der Vereinten Nationen (UNO).

78 Biaggini, Bundesverfassung (Fn. 5) Art. 125 Rz 5.

79 Vgl. Zeitgesetz vom 21. März 1980 (SR 941.299) und Sommerzeitverordnung vom 24. September 1984 (SR 941.299.1), deren Art 1 wie folgt lautet: „In der Schweiz wird die Sommerzeit für den gleichen Zeitraum festgelegt wie in den Europäischen Gemeinschaften“; dazu auch Bruno Spinner / Daniel Maritz, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in Forstmoser et al (Hg), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*. FS für Professor Roger Zäch zum

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

#### A. Prinzip der Europaverträglichkeit

Der europäische Integrationsprozess im Rahmen der EWG erfuhr in den 1980er Jahren eine spektakuläre Revitalisierung. Mit dem Weissbuch der Kommission vom 14. Juni 1985, der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) vom 17. Februar 1986 – in Kraft seit 1. Juli 1987 – und dem *Cecchini*-Bericht vom 29. März 1988 wurden die programmatischen und rechtlichen Grundlagen für die Vollendung des Binnenmarkts im Bereich der vier Freiheiten gelegt. Ebenso konkretisierten sich die Pläne für die Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie für die Schaffung einer politischen Union.<sup>80</sup> Diese Entwicklungen bewirkten auch in der Schweiz ein Umdenken. Der Bundesrat veröffentlichte 1988 seinen ersten umfassenden Integrationsbericht. Als einen zentralen Pfeiler seiner Europapolitik führte er dabei 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>81</sup> Das schweizerische

---

60. Geburtstag, Zürich (Schulthess) 1999, 127 (134). 1982 lancierte eine Gruppe (ua mit *Christoph Blocher*) eine Volksinitiative zur Abschaffung der Sommerzeit; die Initiative scheiterte allerdings bereits im Stadium der Unterschriftensammlung (BB1 1982 II 969; BB1 1984 I 619).

80 *Freiburghaus*, Königsweg (Fn 8) 161-167.

81 Bereits am 18. Mai 1988 hatte der Bundesrat die revidierten einschlägigen Botschaftsschemata und Richtlinien für Bundesratsgeschäfte zur Kenntnis genommen; zur Europakompatibilitätsprüfung und Politik des autonomen Nachvollzugs etwa *Marc Amstutz*, Normative Kompatibilitäten: Zum Begriff der Europakompatibilität und seiner Funktion im Schweizer Privatrecht, in Epiney et al (Hg), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, Bern / Zürich (Stämpfli / Schulthess) 2005, 235 (236 ff); *Carl Baudenbacher*, Zum Nachvollzug europäischen Rechts in der Schweiz, EuR 1992, 309 (310 f); *Christine Breining-Kaufmann*, Deregulierung und Europa-

Recht soll auch ohne staatsvertragliche Verpflichtung an das europäische angeglichen werden. Damit wurde die *Politik des autonomen Nachvollzugs* zu einer grundlegenden Rechtsetzungsmaxime erhoben, welche die schweizerische Rechtsordnung als politisches Leitmotiv in ihrer ganzen Breite durchdringt.<sup>82</sup> Abweichungen von europarechtlichen „Vorbilder-“ Regelungen bleiben zwar selbstverständlich möglich. Eine verbindliche Nachvollzugsverpflichtung besteht nicht; es handelt sich allein um eine Prüfungsobliegenheit. Helvetische Sonderlösungen bedürfen – wiederum *en toute connaissance de cause* – aber einer sachlichen Begründung. Sie sollen

---

verträglichkeit als Maximen der Gesetzgebung im Wirtschaftsrecht, in Walder / Jaag / Zobl (Hg), Aspekte des Wirtschaftsrechts. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich (Schulthess) 1994, 441 (446); *Thomas Cottier / Daniel Dzamko / Erik Evtimov*, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in Epiney / Theuerkauf / Rivière (Hg), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, Bern / Zürich (Stämpfli / Schulthess) 2004, 357 (360-363); *Epiney*, How does EU Law? (Fn 35) 180-182; *Kraus / Jaag / Umbricht*, L'Union européenne (Fn 8) 161-164; *Peter V. Kunz*, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 2009, 31 (49-57); *Jaag*, Europarecht (Fn 41) Rz 4201-4210; *Schweizer*, Beeinflussung Schweizer Recht (Fn 77) 31-36; *Spinner / Maritz*, Kompatibilität (Fn 79) 128-136; *Thürer*, Europaverträglichkeit (Fn 12) 577-580; *Martin Wyss*, Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund, AJP 2007, 717 (717-723); zur Anwendung von autonom nachvollzogenem Recht etwa *Cottier / Dzamko / Evtimov*, Europakompatible Auslegung (supra) 363-369; *Maiani*, Legal Europeanization (Fn 2) 118-122; *Franz Nyffeler*, Die Anwendung autonom nachvollzogener Normen des EU-Rechts, in Aargauischer Anwaltsverband (Hg), FS 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich (Schulthess) 2005, 35; *Hans Peter Walter*, Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, ZSR 2007, 259 (268-272); *Wolfgang Wiegand*, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in Forstmoser et al (Hg), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz. FS für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich (Schulthess) 1999, 171.

82 Ähnlich *Thürer*, Europaverträglichkeit (Fn 12) 578, welcher bereits 1989 warnte: Es wäre „ein grosser Fehler, die Konsequenzen des Prinzips einer ‚europaverträglichen‘ schweizerischen Rechtssetzung zu unterschätzen.“

dort bewusst und konsequent weiterverfolgt werden, wo eine Abweichung der eigenen Interessenlage dient und auch aus integrationspolitischen Aspekten vertretbar scheint. Der Bundesrat führte 1988 dazu wie folgt aus:

„Unser Ziel muss sein, in Bereichen von grenzüberschreitender Bedeutung (und nur dort) eine *grösstmögliche Vereinbarkeit unserer Rechtsvorschriften mit denjenigen unserer europäischen Partner* zu sichern. (...) Es geht bei diesem Streben nach Parallelität nicht darum, das europäische Recht automatisch nachzuvollziehen, wohl aber darum, zu verhindern, dass ungewollt und unnötigerweise neue Rechtsunterschiede geschaffen werden, welche die grundsätzlich angestrebte gegenseitige Anerkennung der Rechtsvorschriften auf europäischer Ebene behindern.“<sup>83</sup>

Die Politik der Europaverträglichkeit verfolgt einen doppelten Zweck: Zum einen bildet eine möglichst europakompatible Ausgestaltung des schweizerischen Rechts die Grundlage, um für alle integrationspolitischen Optionen gewappnet zu sein, dh – 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>84</sup> Zum anderen 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 und damit aus unterschiedlichen Vorschriften ergeben, minimiert und die Wettbewerbsfähigkeit der einheimischen Wirtschaft verbessert werden. Der Bundesrat bekräftigte im Nachgang zur Ablehnung des EWR-Beitritts im Folgeprogramm von 1993 die Politik des autonomen Nachvollzugs. Er betrachtete es als im ureigenen schweizerischen Interesse liegend, „die systematische Prüfung der Europaverträglichkeit des aktuellen und künftigen schweizerischen Rechts weiterzuführen.“<sup>85</sup> Er initiierte mit der *Swiss Lex*-Vorlage eine umfassende Anpassung des schweizerischen (Wirtschafts-) Rechts an das

---

83 Integrationsbericht 1988 (Fn 36) 380.

84 Botschaft Folgeprogramm (Fn 40) 810.

85 Botschaft Folgeprogramm (Fn 40) 821.

europäische Binnenmarktrecht.<sup>86</sup> Dabei beschränkte sich der autonome Nachvollzug nicht mehr – wie ursprünglich gefordert und bis heute zeitweise missverständlich kolportiert – allein auf grenzüberschreitende Tatbestände. Er reichte zusehends über die klassische Aussenwirtschaftspolitik hinaus und erfasste – im Gleichschritt mit dem sich ebenfalls ausdehnenden Gemeinschaftsrecht – eine immer grössere Vielzahl von Regelungsbereichen (*spill over*-Effekt).<sup>87</sup> Mittlerweile stellt der autonome Nachvollzug den Regelfall schweizerischer Gesetzgebungspraxis dar. Das schweizerische Recht wird dem europäischen gleichsam systematisch nachgebildet.<sup>88</sup> 1998 hielt der Bundesrat fest, dass mit der Einführung der Europaverträglichkeitsprüfung ein „Europareflex“ geschaffen wurde; neue schweizerische Regeln „sind im allgemeinen eurokompatibel, ausnahmsweise nicht.“<sup>89</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>90</sup>

Als Grundlage für die Prüfung der Europakompatibilität von neuen bzw geänderten Bundesgesetzen dienen die Botschaften des Bundesrates.<sup>91</sup> Art 141 Abs 1 ParlG schreibt vor, dass der Bundesrat dem Parlament seine Erlassentwürfe zusammen mit einer erläuternden Botschaft unterbreitet. Darin informiert er über die Ziele, welche mit dem vorgeschlagenen Erlass verfolgt werden, und begründet die gewählte Lösung. Gemäss Art 141 Abs 2 lit a ParlG erläutert der Bundesrat – „soweit substantielle Angaben dazu möglich sind“ – dabei auch „das Verhältnis [der Vorlage] zum europäi-

---

86 Botschaft Folgeprogramm (Fn 40) 805; dazu *Koller*, Der Gesetzgeber (Fn 40) 250 ff; *Mallepell*, Einfluss (Fn 40) 18-27.

87 *Cottier / Diebold*, Warenverkehr (Fn 11) Rz 5; *Andreas Ziegler*, Wirtschaftsvölkerrecht der Schweiz, Bern (Stämpfli) 2010, Rz 274; ähnlich bereits *Thürer*, Europaverträglichkeit (Fn 12) 579.

88 *Spinner / Maritz*, Kompatibilität (Fn 79) 137.

89 Antwort des Bundesrates auf eine Einfache Anfrage von NR *Paul Rechsteiner* vom 18. März 1998, zit bei *Spinner / Maritz*, Kompatibilität (Fn 79) 129.

90 Europabericht 2006 (Fn 8) 6832.

91 Bei Rechtsänderungen auf Verordnungsstufe gilt die Obliegenheit zur Prüfung der Europakompatibilität analog. Das Resultat dieser Prüfung wird im Antrag an den Bundesrat widergegeben.

schen Recht.“ Diese Ausführungen finden sich im sog. „Europakapitel“. Der Botschaftsleitfaden äussert sich dazu wie folgt:

„Bei Vorlagen in Bereichen, die einen grenzüberschreitenden Bezug haben, ist darzulegen, ob die vorgesehenen Regelungen mit dem geltenden oder in Ausarbeitung stehenden EG-Recht kompatibel sind. Wenn eine Vorlage Angleichungen schweizerischer Normen an europäische Regelungen enthält, sind Umfang und Reichweite dieser Angleichungen darzustellen. Begründen Sie gegebenenfalls, weshalb die schweizerische Regelung von der europäischen abweicht. Halten Sie ausserdem fest, ob mit Synergien oder Reibungsverlusten zu rechnen ist.“<sup>92</sup>

Die Ausarbeitung des Europakapitels erfolgt verwaltungsintern durch mehrere Dienststellen.<sup>93</sup> Das für den zu regelnden Sachbereich zuständige Amt trägt die Hauptverantwortung. Es beschreibt die Rechtslage in der EU und nimmt Stellung zum Verhältnis des Erlassentwurfs zum europäischen Recht. Damit sind grundsätzlich alle Dienststellen aufgefordert, das einschlägige Europarecht zu kennen, um die eigene Rechtsetzungstätigkeit bei Bedarf danach ausrichten zu können. Gerade Dienststellen, deren Tätigkeitsbereich unter einem intensiven Einfluss des Europarechts steht, verfügen traditionell über fundierte Kenntnisse und Erfahrungen mit den entsprechenden europäischen Regeln. Anderen Dienststellen scheint – wie ein Blick auf die Praxis zeigt – demgegenüber zeitweise die Zeit und Einsicht in die Notwendigkeit einer sorgfältigen Europaverträglichkeitsprüfung zu fehlen.<sup>94</sup> Im Rahmen des Ämterkonsultations- und Mitberichtsverfahrens sind sodann weitere spezialisierte Dienststellen aufgefordert, den Erlassentwurf im Licht des Europarechts zu würdigen und das Europakapitel zu redigieren. Dazu gehören insbesondere das Integrationsbüro, welches den Text zudem spezifisch unter integrationspolitischen Aspekten prüft, das Bundesamt für Justiz und die Direktion für Völkerrecht.

---

92 Bundeskanzlei (Hg), Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, Version vom 30. Juni 2009, 18.

93 Gesetzgebungsleitfaden (Fn 57) Rz 535; Wyss, Europakompatibilität (Fn 81) 719-720.

94 Siehe zu Erfahrungen in der Praxis Wyss, Europakompatibilität (Fn 81) 720-723.

*B. Europäisierung des schweizerischen Rechts*

Die Politik des autonomen Nachvollzugs bewirkt eine fortlaufende Europäisierung des schweizerischen Rechts. Dabei unterscheidet sich der Anpassungsmechanismus strukturell von früheren Rezeptionen und Nachahmungen ausländischer Rechtsinstitute, wie sie für die schweizerische Rechtsordnung unter dem Titel der Rechtsvergleichung seit jeher prägend sind. Auch das Ausmass der einseitigen Anpassung durch die Schweiz hat bis anhin unbekannte Dimensionen angenommen. Diese beiden Elemente – Verhältnis zur Rechtsvergleichung und Ausmass – werden im Folgenden näher beleuchtet.

i) *Verhältnis zur Rechtsvergleichung*: Die schweizerische Rechtsordnung ist von einer starken Beeinflussung durch ausländische Rechtsordnungen geprägt.<sup>95</sup> Bereits die Bundesverfassung von 1848 wurde wesentlich von angloamerikanischen Konzepten und Idealen der Französischen Revolution beeinflusst.<sup>96</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 Vergleich mit anderen Kodifikationen aus dem In- und Ausland.<sup>97</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 im Rahmen des amtsinternen Vorverfahrens der Gesetzgebung die grundlegenden Vorarbeiten leisten.<sup>98</sup> In bundesrätlichen Botschaften finden sich regelmässig Ausführungen zur

---

95 Siehe zur Rechtsvergleichung als Methode sowie zu ihrer Bedeutung in der Schweiz etwa *Kunz*, Instrumente der Rechtsvergleichung (Fn 81) 34-39; *Arnold Rusch*, Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, Jusletter vom 13. Februar 2006, Rz 2-12.

96 *Andreas Kley*, Verfassungsgeschichte der Neuzeit: Grossbritannien, die USA, Frankreich, Deutschland und die Schweiz, Bern (Stämpfli) 2008, 229.

97 *René Pahud de Mortanges*, Schweizerische Rechtsgeschichte: Ein Grundriss, Zürich / St. Gallen (Dike) 2007, 203-216 (zu den kantonalen Kodifikationen), 221-234 (zur nationalen Rechtsvereinheitlichung).

98 *Pierre Widmer*, Rechtsvergleichung und Gesetzgebung, LeGes 2003, 9 (9).

rechtlichen Situation vor allem in den benachbarten Ländern Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich sowie – im Wirtschaftsrecht und in Bezug auf Grundrechte – in den Vereinigten Staaten.<sup>99</sup> Legislаторische Lösungen, welche andere Rechtsordnungen für ein gleichgelagertes Problem bzw für einen gleichgelagerten Sachverhalt gewählt haben, werden dabei zusammengetragen, verglichen und kritisch bewertet. Einen entscheidenden Beitrag dazu leistet das 1982 gegründete Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIR) in Lausanne, welches für Bundesstellen unentgeltlich rechtsvergleichende Studien erstellt.<sup>100</sup>

Ein wesentliches Element der Rechtsvergleichung als Methode besteht darin, dass sie grundsätzlich zweckfrei ist.<sup>101</sup> Sie folgt keinem vorgegebenen Ziel im Sinn etwa einer vorbestehenden Präferenz für eine bestimmte Rechtsordnung, deren Lösung aus rechtsetzungstechnischen 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.<sup>102</sup> Die Politik hat sich ausdrücklich dafür ausgesprochen, das schweizerische Recht dem europäischen anzupassen und nachzubilden – als „materieller Legislativfaktor von neuartiger Gestalt“<sup>103</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-

---

99 Vgl. dazu *Kunz*, Instrumente der Rechtsvergleichung (Fn 81) 37, wonach in der Schweiz diesbezüglich ein „eigentlicher Nachbarländer-Komplex“ besteht.

100 [www.isdc.ch](http://www.isdc.ch); Gesetzgebungsleitfaden (Fn 57) Rz 442; *Widmer*, Rechtsvergleichung (Fn 98) 16, listet beispielhaft Gesetzgebungsprojekte auf, für welche zwischen 2000 und 2003 beim SIR rechtsvergleichende Analysen bestellt wurden.

101 *Kunz*, Instrumente der Rechtsvergleichung (Fn 81) 34; *Rusch*, Methoden und Ziele (Fn 95), Rz 5.

102 *Cottier / Džamko / Evtimov*, Europakompatible Auslegung (Fn 81) 359-360.

103 *Thürer*, Europaverträglichkeit (Fn 12) 580.

Recht sollen nur dort weiterverfolgt werden, wo das Interesse an einer Sonderlösung – etwa zur Förderung von Standort- und Wettbewerbsvorteilen – 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, sondern beansprucht als „Leitrechtsordnung“ systembedingt eine Vormachtstellung. Der Prozess des vorurteilslosen Vergleichens und Abwägens von legislatorischen Lösungen, welche weitere 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 schliesslich in der gewählten legislatorischen Lösung wiederfinden.<sup>104</sup> 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, deren legislatorische Lösungen für ein bestimmtes Problem analysiert werden – als Inspirationsquelle.<sup>105</sup> Für diese Form der Europäisierung des schweizerischen Rechts ist typisch, dass ein gemeinschaftliches 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 Gemeinschaftsrecht unterscheidet. Ein anschauliches Beispiel dafür stellt das Binnenmarktgesetz (BGBM) dar, welches am 1. Juli 1996

---

104 Vgl. dazu auch *Wolfgang Ernst*, Vollharmonisierung und autonomer Nachvollzug, *EuZ* 2010, 2 f, bez der zunehmenden Regelungsdichte von Richtlinien und der diesbezüglichen Konsequenzen für den autonomen Nachvollzug.

105 Siehe dazu *Kunz*, Instrumente der Rechtsvergleichung (Fn 81) 53, wonach es sich diesfalls um (rechtsfolgenlose) „eklektische Anregungen“ handelt.

in Kraft getreten ist.<sup>106</sup> Im Zentrum dieses Gesetzes steht das Herkunftsortsprinzip, welches im Grundsatz dem europarechtlichen *Cassis de Dijon*-Prinzip nachgeformt ist, sich bezüglich Wirkungsweise und Anwendungsbereich davon aber in wesentlichen Punkten unterscheidet.<sup>107</sup>

ii) *Ausmass*: Die erste umfassende Anpassung des schweizerischen (Wirtschafts-) Rechts an das europäische Binnenmarktrecht erfolgte im Rahmen der *Swiss Lex*-Vorlage von 1993. Dabei wurden 27 Gesetzesrevisionen, welche im Wesentlichen eine Übernahme des einschlägigen Gemeinschaftsrechts bezweckten, initiiert.<sup>108</sup> Prominente Gesetzesänderungen, welche im Zuge dieses Massnahmenkatalogs verabschiedet wurden, betrafen Art 40 a-g des Obligationenrechts (OR; Widerruf bei Haustürgeschäften), Art 333 OR (Übergang des Arbeitsverhältnisses), das Produkthaftungsgesetz (PrHG), das Pauschalreisegesetz und das Konsumkreditgesetz (KKG). Auch das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) und das Kartellgesetz (KG), welche 1996 in Kraft gesetzt bzw totalrevidiert wurden, stimmen weitgehend mit den einschlägigen europäischen Regelungen überein. Als weitere Beispiele, welche seither eine europakompatible Ausgestaltung erfahren haben, werden hinlänglich das Anwaltsgesetz (BGFA), das Heilmittelgesetz (HMG), das Luftfahrtgesetz (LFG), das Gleichstellungsgesetz (GIG), das Fernmeldegesetz (FMG), das Nationalbankgesetz (NBG), das Fusionsgesetz (FusG), das Mehrwertsteuergesetz (MWSTG), das Produktsicherheitsgesetz (PrSG) und das Anlagefonds- bzw Kollektivanlagegesetz (KAG) genannt. Auch die

---

106 Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02); ebenso wie hier *Cottier / Dzamko / Evtimov*, Europakompatible Auslegung (Fn 81) 389; *Maiani*, Legal Europeanization (Fn 2) 114: „A classic EC solution for a purely Swiss problem“; demgegenüber behandeln *Spinner / Maritz*, Kompatibilität (Fn 79) 131-132, das BGBM als Beispiel des autonomen Nachvollzugs.

107 Gemäss Botschaft wurden die den Marktteilnehmern gewährten Rechte „in Anlehnung an das vom Europäischen Gerichtshof im Bereich des freien Warenverkehrs entwickelte *Cassis-de-Djion*-Prinzip“ modelliert, Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213 (1282).

108 Botschaft Folgeprogramm (Fn 40) 805; dazu *Koller*, Der Gesetzgeber (Fn 40) 250 ff; *Mallepell*, Einfluss (Fn 40) 18-27.

Bestimmungen zu Freisetzungsversuchen und Inverkehrbringen für gentechnisch veränderte Organismen (Gentechnikgesetz, GTG), das Patentgesetz (PatG) und das Urheberrechtsgesetz (URG) beruhen mittlerweile wesentlich auf EU-Recht. Selbst im Lebensmittelrecht nähert sich die Schweiz in grossen Schritten dem EU-Recht an; die laufende Totalrevision des Lebensmittelgesetzes (LMG) steht ganz im Zeichen der Anpassung an das europäische Recht.<sup>109</sup> Diese – keineswegs abschliessende – Auflistung veranschaulicht, dass sich der autonome Nachvollzug längst nicht mehr auf den traditionellen Bereich des Warenverkehrs und auf Regelungsbereiche mit grenzüberschreitender Wirkung beschränkt.<sup>110</sup> Das EU-Recht gewinnt auch in anderen Gebieten an Bedeutung und dringt immer weiter in das schweizerische Recht ein.

Von offizieller Seite fehlen systematische Untersuchungen zur Frage, in welchem Ausmass sich das schweizerische Recht in quantitativer Hinsicht (dh prozentual zur gesamten Rechtsetzungstätigkeit des Bundes) bzw in qualitativer Hinsicht (dh in Bezug auf die Rechtsetzung 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:

„Die Erstellung von regelmässigen und flächendeckenden Übersichten über den „autonomen Nachvollzug“ in der

---

109 Vgl Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG) vom 16. Juli 2007, 14: „Eines der Hauptziele der vorliegenden Revision ist die Angleichung der schweizerischen technischen Vorschriften in den Bereichen Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände an diejenigen der EG.“

110 Siehe für Beispiele des autonomen Nachvollzugs Europabericht 2006 (Fn 8) 6832; Bericht des Bundesrates zu den Auswirkungen verschiedener europapolitischer Instrumente auf den Föderalismus in der Schweiz vom 15. Juni 2007, BBl 2007 5907 (5921); *Cottier / Dzamko / Evtimov*, Europakompatible Auslegung (Fn 81) 362; *Jaag*, Europarecht (Fn 41) Rz 4202-4203; *Kunz*, Instrumente der Rechtsvergleichung (Fn 81) 54-56; *Matthias Oesch*, Der Bundesrat sollte uns reinen Likör einschenken, NZZaS vom 23. Mai 2010, 19; *Spinner / Maritz*, Kompatibilität (Fn 79) 130-136.

Rechtsetzung wäre mit nicht zu unterschätzenden Zusatzaufwendungen verbunden. Als Erkenntnisquelle stehen zurzeit nur die obligatorischen Europakapitel in den Anträgen zu Bundesratsverordnungen und Botschaften zu Gesetzen zur Verfügung. Im Bereich der delegierten Rechtsetzung in Departementen, Ämtern und von Organisationen, die nicht der Bundesverwaltung angehören, sind die Informationen – falls überhaupt unter diesem Aspekt auswertbar – nur dezentral und unvollständig vorhanden. Es müsste deshalb innerhalb der Verwaltung ein eigentliches Reportingwesen aufgebaut und betrieben werden. Es empfiehlt sich vielmehr, der Wissenschaft die Möglichkeit zu belassen, aus aktuellem Anlass entsprechende Studien zu verfassen.“<sup>111</sup>

Wissenschaftliche Studien schätzen, dass rund 30 bis 50 Prozent des gesamten Bundesrechts vom einschlägigen EU-Recht beeinflusst werden.<sup>112</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 Prozent und eine Teilübernahme bei rund 33 Prozent der Fälle vorlag; bei den übrigen Geschäften liess sich der (allfällige) Einfluss des EU-Rechts nicht näher bestimmen.<sup>113</sup> Diese Zahlen dürften plausibel sein und bestätigen, dass die Rechtsetzungstätigkeit des Bundes in der Tat von einem „Europareflex“<sup>114</sup> begleitet wird.

---

111 Antwort des Bundesrates vom 14. Februar 2007 auf das Postulat 06.3839 von NR *Roger Nordmann* („Autonomer Nachvollzug und Kennzeichnung des Schweizer EU-Rechtes“).

112 *Ali Arbia*, *The Road not taken: Europeanisation of Laws in Austria and Switzerland (1996-2005)*, Graduate Institute for International Studies Geneva, 2006, 86; dazu auch *Thomas Cottier*, *Wir sind gewissermassen bereits EU-Passivmitglied*, *Der Bund* vom 21. Oktober 2009, 7; *Oesch*, *Reiner Likör* (Fn 110).

113 *Emilie Kohler*, *Influence du droit européen sur la législation suisse: analyse des années 2004 à 2007*, *Jusletter* 31. August 2009, Rz 32-45.

114 Antwort des Bundesrates auf eine Einfache Anfrage von NR *Paul Rechsteiner* vom 18. März 1998, zit bei *Spinner / Maritz*, *Kompatibilität* (Fn 79) 129.

*C. 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 Herkunftsortsprinzip in Bezug auf Waren aus dem EWR eingeführt – kurzum: die Schweiz hat das europarechtliche *Cassis de Dijon*-Prinzip übernommen.<sup>115</sup> Zusätzlich zur fortlaufenden autonomen Harmonisierung der schweizeri-

---

115 Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (THG, SR 946.51); siehe zum europarechtlichen *Cassis de Dijon*-Prinzip grundlegend Rs 120/78, *Rewe-Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 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*“), ABl 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, ABl C 265 vom 4. November 2003; Verordnung (EG) 764/2008 vom 9. Juli 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*, Europarecht (Fn 50) § 23 Rz 35; zur Einführung in der Schweiz etwa 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 *Epiney / Gammenthaler* (Hg), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Bern / Zürich (Stämpfli / Schulthess), 2010, 249; *Matthias Oesch*, Die einseitige Einführung des *Cassis-de-Dijon*-Prinzips, *Anwaltsrevue* 11-12/2009, 519; *Julie-Antoinette Stadelhofer*, Grundzüge der Revision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse, *Die Volkswirtschaft* 10-2008, 4; *Roger Zäch*, *Cassis de Dijon* – Meilenstein des schweizerischen Wirtschaftsrechts?, in *Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität St. Gallen* (Hg), *Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz*, Zürich / St. Gallen (Dike) 2007, 295 (299-315); *Beat Zirlick / Julie-Antoinette Stadelhofer*, Technische Handelshemmnisse und das *Cassis-de-Dijon*-Prinzip, in *Berni / Kellerhals* (Hg), *Internationales Handelsrecht IV: Aktuelle Rechtsfragen zum internationalen Vertriebsrecht*, Zürich (Schulthess) 2010, 73 (86-109).

schen Produktvorschriften mit denjenigen der EU akzeptiert die Schweiz neu die umfassende Gleichwertigkeit der im EWR geltenden Produktvorschriften.

Art 16a-16e THG bilden die Kernbestimmungen zur Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips. Sie begründen einen individualrechtlichen Anspruch auf Marktzugang. 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 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 (zB Arzneimittel); ii) Produkte, die einer vorgängigen Einfuhrbewilligung bedürfen oder einem grundsätzlichen Einfuhrverbot unterliegen (zB 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 (zB 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). Diese Liste ist auf der Website des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) abrufbar.<sup>116</sup> Für Lebensmittel gilt schliesslich eine Sonderregelung. Lebensmittel, welche im 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). Die Bewilligung wird in Form einer Allgemeinverfügung erteilt und gilt auch für gleichartige Lebensmittel (Art 16d Abs 2 THG).

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,

---

116 Siehe dazu [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) und Link zu THG und das *Cassis de Dijon*-Prinzip.

dass die Schweiz institutionell nicht in den EWR eingebunden ist. Das EU-Recht wird dabei nicht autonom nachvollzogen, dh einzu-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>117</sup>

- Da es nicht realistisch gewesen wäre, die Anwendung des *Cassis de Dijon*-Prinzips zwischen der EU und der Schweiz auf staatsvertraglicher Basis einzuführen, hat der schweizerische Gesetzgeber beschlossen, dieses Prinzip autonom in Kraft zu setzen.<sup>118</sup> Die autonome Einführung führt dazu, dass der erleichterte Marktzugang nur einseitig, dh zugunsten von Produkten, welche aus dem EWR-Raum eingeführt werden, wirkt.<sup>119</sup> Umgekehrt profitieren schweizerische Produkte bzw ihre Hersteller nicht von einem erleichterten Marktzugang im EWR-Raum; es handelt sich um eine „Einbahnstrasse“.<sup>120</sup>

---

117 *Cottier / Herren*, Äquivalenzprinzip (Fn 115) 266-271.

118 In der Lehre wird verschiedentlich argumentiert, schweizerische Gerichte könnten autonom Art 13 des FHA von 1972 im Sinn des *Cassis de Dijon*-Prinzips auslegen, siehe dazu *Andreas Kellerhals / Tobias Baumgartner*, Das „Cassis-de-Dijon“-Prinzip und die Schweiz, SJZ 2006, 321 (326); *Oesch*, Einseitige Einführung (Fn 115) 520; *Christa Tobler*, *Cassis de Dijon* für die Schweiz: Pur oder on the Rocks?, (SZIER 2005, 567 (569)). Das BGer hat eine dergestalt weite Auslegung allerdings nie vorgenommen. – Im Rahmen der Verhandlungen über ein Agrarfreihandelsabkommen wird zurzeit über eine Verbesserung des gegenseitigen Marktzugangs für Agrarprodukte und Lebensmittel, einschliesslich einer vertraglichen Regelung zur Anwendung des *Cassis de Dijon*-Prinzips, diskutiert; siehe dazu [www.europa.admin.ch](http://www.europa.admin.ch) und den Link zu Themen/Weitere Dossiers CH-EU.

119 Siehe zu den Vorteilen einer einseitigen Anwendbarkeit *Zäch*, *Cassis de Dijon* (Fn 115) 303 f; zur Vermeidung von Inländerdiskriminierungen Art 16b THG; *Oesch*, Einseitige Einführung (Fn 115) 521 f: Ein schweizerischer Produzent kann *de facto* frei wählen, ob er seine Produkte gestützt auf die schweizerischen Produktvorschriften oder gestützt auf die einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts bzw eines EU- / EWR-Mitgliedstaates herstellen möchte.

120 *Oesch*, Reiner Likör (Fn 110); *Tobler*, Pur oder on the Rocks? (Fn 118) 568.

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>121</sup>

- Die schweizerische Variante des *Cassis de Dijon*-Prinzips erfasst sowohl Produkte, welche gestützt auf unionsrechtliche Produktvorschriften rechtmässig in Verkehr gesetzt wurden, als auch Produkte, welche – bei unvollständiger oder fehlender Harmonisierung – den technischen Vorschriften eines EWR-Mitgliedstaats entsprechen. Damit findet das *Cassis de Dijon*-Prinzip auf alle Produkte Anwendung, welche im EWR-Raum rechtmässig vertrieben werden. Dieser im Vergleich zum europarechtlichen *Cassis de Dijon*-Prinzip erweiterte Anwendungsbereich (das *Cassis de Dijon*-Prinzip gilt im Unionsrecht sinnlogisch nur im nichtharmonisierten Bereich) entfaltet allerdings nur dann praktische Wirkung, wenn der schweizerische Gesetz- bzw. Verordnungsgeber europäische technische Vorschriften (noch) nicht autonom ins schweizerische Recht übernommen hat und damit ohnehin eine parallele Rechtslage besteht.
- Die Tatsache, dass die Schweiz das *Cassis de Dijon*-Prinzip autonom einführt, hat zur Folge, dass sie ebenso autonom über die Ausnahmen entscheiden kann. Die Letztentscheidung über die konkrete Ausgestaltung und praktische Reichweite des Prinzips verbleibt *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 solche erfordern und ihre Ausgestaltung das Verhältnismässigkeitsprinzip wahrt. Der Bundesrat hat solche Ausnahmen generell-abstrakt definiert.<sup>122</sup> Im Rahmen der Marktüberwachung ist es den Vollzugsorganen

---

121 Dabei sollen vor allem Kosmetika, Textilien, Lebensmittel und Möbel vom *Cassis de Dijon*-Prinzip profitieren, Botschaft THG (Fn 115) 7357.

122 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).

zudem auch im Einzelfall möglich, 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 im Verfahren der konkreten Normenkontrolle die Rechtmässigkeit einer allgemeinen Ausnahme bzw eines Verbots im Einzelfall letztinstanzlich vor dem Bundesgericht überprüfen lassen.<sup>123</sup> Es ist zu vermuten, dass das Bundesgericht den politischen Behörden dabei einen (äusserst) weiten Ermessensspielraum einräumen und die Gesetzmässigkeit der im politischen Prozess definierten Ausnahmen kaum in Frage stellen wird.<sup>124</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 traditionell rege Gebrauch. Letztlich handelt es sich beim *Cassis de Dijon*-Prinzip aber um einen unionsrechtlichen Grundsatz, über dessen korrekte Auslegung und Anwendung der EuGH wacht. Dabei interpretiert der EuGH als Motor der europäischen Integration die zulässigen Ausnahmen tendenziell restriktiv.<sup>125</sup> Im Gegensatz zur Schweiz liegt die Konkretisierung und Feinmodellierung des europarechtlichen *Cassis de Dijon*-Prinzips folglich nicht primär in den Händen der politischen Behörden. Seine konkrete Ausprägung erfährt es vielmehr massgeblich durch das Fallrecht des EuGH.

Methodisch und inhaltlich geht die einseitige Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips über die bisherige Politik des autonomen

---

123 Bundesrätliche Verordnungen sind nicht abstrakt auf ihre Verfassungs- und Gesetzmässigkeit überprüfbar, sondern nur vorfrageweise bei der Überprüfung eines konkreten Anwendungsaktes, vgl Art 82 lit a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110).

124 Ähnlich *Cottier / Herren*, Äquivalenzprinzip (Fn 115) 270.

125 Siehe zum einschlägigen Fallrecht des EuGH etwa *Ulrich Becker*, Art 30, in *Schwarze* (Hg), EU-Kommentar, Baden-Baden (Nomos) <sup>2</sup>2009, Rz 9-60; *Oppermann / Classen / Nettesheim*, Europarecht (Fn 50) § 23, Rz 33-47.

Nachvollzugs hinaus.<sup>126</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 Änderungen und Weiterentwicklungen von technischen Vorschriften. 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. Dies bringt ein hohes Mass an Vertrauen in diese Rechtsordnungen zum Ausdruck.<sup>127</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, dh gestützt auf die Rechtslage an einem klar definierten Stichtag, Eingang in das schweizerische Recht finden kann. Im Anwendungsbereich des *Cassis de Dijon*-Prinzips besteht zumindest aus der Perspektive der Schweiz zukünftig auch ohne fortlaufende autonome Gesetzes- bzw. Verordnungsanpassungen eine parallele Rechtslage. Die Schweiz hat im Warenverkehr damit einen Integrationsgrad erreicht, welcher weit über tradierte Vorstellungen hinausreicht.

#### IV. Epilog

Die Europäisierung des schweizerischen Rechts ist eine Tatsache. Sie nimmt tendenziell zu und erfasst immer weitere Sachbereiche. Es gibt in der Schweiz kaum mehr ein Rechtsgebiet, welches nicht direkt oder indirekt vom einschlägigen EU-Recht beeinflusst wird – sei es durch die Ausstrahlungskraft der bilateralen Abkommen, sei es durch die selbstgewählte Anlehnung unter dem Titel der Europaverträglichkeitsprüfung. Das Europarecht ist auch in der Schweiz längst zum gelebten Rechtsalltag geworden. Damit stehen *Juristinnen und Juristen* vor der neuartigen 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 Primär- und Sekundärrecht der EU. Immer weniger findet man Antworten allein im Bundesrecht, im kantonalen oder kommunalen Recht. Über die Verfassung

---

126 Oesch, Reiner Likör (Fn 110).

127 Siehe dazu auch Zäch, Cassis de Dijon (Fn 115) 302.

hinaus sind zusätzliche wesentliche Beurteilungsmaßstäbe hinzugeetreten. Fundierte Kenntnisse des EU-Rechts gehören damit zum unabdingbaren Rüstzeug. Dies gilt nicht nur in Bezug auf die anwendbaren Bestimmungen des europäischen Rechts, sondern ebenso in Bezug auf ihre Auslegung und Anwendung durch unionsrechtliche oder mitgliedstaatliche Vollzugs- und Rechtsprechungsorgane. Es ist zu vermuten, dass diesbezüglich weitherum Defizite bestehen.

Auch eine *breitere Öffentlichkeit* ist sich des „Europareflexes“<sup>128</sup> des schweizerischen Gesetzgebers und des daraus folgenden weit reichenden Einflusses des EU-Rechts auf das tägliche Leben in der Schweiz nicht bewusst. Zwar fehlt in keiner politischen Diskussion die „Gretchenfrage“ nach einem allfälligen EU-Beitritt (was für eine scheinbar komfortable Mehrheit zurzeit ohnehin nicht in Frage kommt). Über die fortlaufende Integration der Schweiz in das Recht der EU und ihre Auswirkungen auf das schweizerische Rechtssystem und die politische Selbstbestimmung wird demgegenüber kaum sachlich und vorurteilslos diskutiert. Von offizieller Seite fehlen aufschlussreiche Untersuchungen zur Frage, in welchem Ausmass sich das schweizerische Recht an das europäische angleicht und unter dem Titel des Bilateralismus europäisiert wird. Man hütet sich, die zunehmende Fremdbestimmung zu thematisieren.<sup>129</sup> Es ist symptomatisch, dass auch die einseitige Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips keine hohen Wellen geworfen hat. Im Parlament löste die „THG-Revision“ keine vertiefte Debatte aus. Ein angekündigtes Referendum scheiterte bereits im Unterschriftenstadium.<sup>130</sup>

---

128 Antwort des Bundesrates auf eine Einfache Anfrage von NR *Paul Rechsteiner* vom 18. März 1998, zit. bei *Spinner / Maritz*, Kompatibilität (Fn 79) 129.

129 Siehe dazu nun den Sammelband von *Katja Gantinetta / Georg Kohler* (Hg), *Souveränität im Härte-test: Selbstbestimmung unter neuen Vorzeichen*, Zürich (Avenir Suisse / Neue Zürcher Zeitung) 2010, welcher getreu der Devise „keine Tabus; wider jedes Denkverbot!“ (Vorwort, 8) die Bedeutung staatlicher Souveränität untersucht und mit Blick auf verschiedene Politikbereiche darlegt, unter welchen Prämissen und Optionen grösstmögliche Selbstbestimmung möglich scheint.

130 Vgl NZZ online vom 1. Oktober 2009 („Referendum gegen Cassis-de-Dijon gescheitert: Die 50'000 Unterschriften sind nicht zustande gekommen“).

Der Bundesrat legt im Herbst 2010 eine neue Standortbestimmung zur schweizerischen Europapolitik vor.<sup>131</sup> Seine Beurteilung der europapolitischen Instrumente und Optionen wird mit Spannung erwartet – auch und gerade mit Blick auf die weit fortgeschrittene Europäisierung des schweizerischen Rechts und den schleichenden Verlust an politischer Eigenständigkeit und Souveränität, welcher damit aller gegenteiliger Rhetorik zum Trotz einhergeht.

---

131 Der Bundesrat antwortet dabei auf das Postulat 09.3560 von NR *Christa Markwalder* („Europapolitik. Evaluation, Prioritäten, Sofortmassnahmen und nächste Integrations Schritte“).