

Matthias Oesch

**Der EuGH
und die Schweiz**

Matthias Oesch

Der EuGH und die Schweiz

unter Mitarbeit von
Alexandru Badea

EIZ  Publishing



Der EuGH und die Schweiz Copyright © by Matthias Oesch is licensed under a [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), except where otherwise noted.

© 2023 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Autor: Matthias Oesch,

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buch & netz (buchundnetz.com)

ISBN:

978-3-03805-624-9 (Print – Softcover)

978-3-03805-625-6 (Print – Hardcover)

978-3-03805-626-3 (PDF)

978-3-03805-627-0 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-625>

Version: 1.00 – 20231024

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/der-eugh-und-die-schweiz/>.

Vorwort

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat sich über die letzten 70 Jahre zu einem mächtigen Gericht in Europa und zu einer unverzichtbaren Stütze der europäischen Integration entwickelt. Sein Beitrag zur Operationalisierung des in den EU-Verträgen angelegten Integrationsprogramms und zur Etablierung der EU als Rechtsunion ist überragend. Seine Urteile prägen das Leben in Europa nachhaltig. Das gilt auch für die Menschen in der Schweiz – und zwar, so die These dieser Schrift, in deutlich grösserem Ausmass als dies hinlänglich bekannt ist. Urteile des EuGH sind im Rechtsalltag in der Schweiz allgegenwärtig. Höchste Zeit also, den EuGH und seine wegweisenden Urteile näher kennenzulernen!

Das Buch richtet sich an ein breites Publikum. Angesprochen werden nicht nur Fachleute und Studierende, sondern auch weitere Personen, welche sich mit der europäischen Integration und der Rolle der Gerichte in diesem Prozess befassen. Darüber wird in der Schweiz zurzeit heftig debattiert. Der Vorschlag, den EuGH bei der Streitbeilegung zwischen der Schweiz und der EU mit der Auslegung von EU-Recht zu befassen, ist umstritten. Warum bleibt der EuGH für gewisse Kreise ein rotes Tuch und eine veritable *pièce de résistance* für das Gelingen der Bestrebungen, das bilaterale Vertragswerk auf ein neues institutionelles Fundament zu stellen? Wird der EuGH auch bei neuen Verhandlungen zum Elefanten im Raum, der als *deal breaker* einen erfolgreichen Abschluss der avisierten Paketlösung mit neuen institutionellen Regeln und neuen Abkommen gefährdet? Diese Schrift bezweckt, einen Beitrag zu dieser Debatte zu leisten.

Ich habe vom Fachwissen von Heinz Aemisegger, Aliénor Nina Burghartz, Thomas Cottier, Oliver Diggelmann, Bernard Dubey, Christoph Krenn, Markus Mugglin, Hanspeter Tschäni, Benedict Vischer, Daniel Wüger, Ulrich Zimmerli und den Mitgliedern der Europagruppe unserer Fakultät profitiert. Alexandru Badea hat mich mit Zu- und Widersprüchen herausgefordert, Rechercharbeiten geleistet und Unzulänglichkeiten aufgespürt. Dominik Huber hat den Umschlag gestaltet. Tobias Baumgartner und Petra Bitterli haben mich verlagsseitig begleitet. Ihnen allen sei herzlich gedankt. Das Buch baut in Teilen auf Vorarbeiten von mir auf: OESCH, Europarecht, *passim*; OESCH, Schweiz-EU, *passim*; OESCH/NAEF, *passim*. Das Manuskript wurde Ende September 2023 abgeschlossen.

Das Buch erscheint beim Verlag EIZ Publishing, einem juristischen Fachverlag, der vom Europa Institut an der Universität Zürich (EIZ) getragen wird. Es wird als Printexemplar und als kostenfreies E-Book vertrieben (*open access*; www.eizpublishing.ch; www.rwi.uzh.ch/oesch).

Zürich, September 2023

Matthias Oesch

Inhaltsverzeichnis

Literatur	IX
Abkürzungen	XXXI
Einleitung	1
Erstes Kapitel – Der EuGH als <i>Supreme Court</i> der EU	7
I. Übersicht	9
II. Richterinnen, Generalanwälte, Kammern, Urteile	11
III. Klagen und Verfahren	19
IV. Wegweisende Urteile	31
A. Geltung und Wirkung des EU-Rechts	31
B. Binnenmarktintegration	36
C. Grundrechte	40
D. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft	46
E. Rechtsstaatlichkeit	51
V. Kritik des <i>Judicial Activism</i>	57
VI. Nationale Gerichte als Mit- und Gegenspieler	67
VII. Zusammenfassung	73
Zweites Kapitel – Der EuGH und die bilateralen Abkommen	77
I. Übersicht	79
II. Rechtswirkungen	81
III. Auslegung	83
IV. Schweiz als Verfahrensbeteiligte	89
V. Zusammenfassung	97
Drittes Kapitel – Rezeption von EuGH-Urteilen in der Schweiz	99
I. Übersicht	101
II. Bilaterale Abkommen	103
III. Rechtsvergleichung und autonomer Nachvollzug	123
IV. Direkte Wirkung – auch ohne Rezeption	133
V. Zusammenfassung	135

Viertes Kapitel – Neues Streitbeilegungsmodell Schweiz-EU	139
I. Übersicht	141
II. Sondierungen und Verhandlungen.....	143
III. Institutionelles Abkommen von 2018.....	149
IV. Verbesserungspotential.....	161
V. Zusammenfassung.....	169
Epilog	173
I. Der EuGH und die Schweiz.....	175
II. Neues Streitbeilegungsmodell Schweiz-EU	181
III. Unterschiedliche Rechtskulturen	185

Literatur

- ALTER KAREN J., *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, 2001
- AMARELLE CESLA, *L'expulsion pénale dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral*, Jusletter 4. September 2023
- AMBÜHL MICHAEL/MEIER NORA, *Verhandlungen Schweiz – EU: Wie könnte ein neuer Deal aussehen?*, NZZ vom 25. Februar 2023
- AMBÜHL MICHAEL/SCHERER DANIELA S., *Eine Ablehnung der Begrenzungsinitiative würde keine Zustimmung zum Entwurf des Rahmenabkommens mit der EU bedeuten*, NZZ vom 29. Juni 2020 (zit. AMBÜHL/SCHERER, *Begrenzungsinitiative*)
- AMBÜHL MICHAEL/SCHERER DANIELA S., *Bilaterale III*, Zürich, 2022 (zit. AMBÜHL/SCHERER, *Bilaterale III*)
- AMSTUTZ MARC, *Evolutorische Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht – Zur richtlinienkonformen Auslegung und ihren Folgen für den autonomen Nachvollzug des Gemeinschaftsprivatrechts in der Schweiz*, in: Werro/Probst (éds.), *Le droit privé Suisse face au droit communautaire européen*, Bern, 2004, S. 105-144
- ARENA AMEDEO, *From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law: Gian Galeazzo Stendardi and the Making of Costa v. ENEL*, *European Journal of International Law* 2019, S. 1017-1037
- ARIOLI SILVIO, *Replik: Zur Tragweite des Freihandelsabkommens im Beihilfenbereich aus rechtlicher Sicht*, Jusletter 7. Mai 2007 (zit. ARIOLI, *Replik*)
- ARIOLI SILVIO, *Übernahme des EU-Rechts in den Marktzugangsabkommen: Kein EU-Diktat sondern Sachzwang*, www.suisse-en-europe.ch (zit. ARIOLI, *Übernahme*)
- ARNULL ANTHONY, *The European Union and its Court of Justice*, 2nd ed., Oxford, 2006 (zit. ARNULL, *European Union*)
- ARNULL ANTHONY, *The Working Language of the CJEU: Time for a Change?*, *European Law Review* 2018, S. 904-919 (zit. ARNULL, *Language*)
- AUER ANDREAS et al., *Stellungnahme zur Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)»*, Jusletter 20. Februar 2017
- BARNARD CATHERINE, *Citizenship of the Union and the Area of Justice: (Almost) The Court's Moment of Glory*, in: Rosas/Levits/Bot (eds.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, The Hague, 2013, S. 505-522
- BAUDENBACHER CARL, *Zum Nachvollzug europäischen Rechts in der Schweiz*, *Europarecht* 1992, S. 309-320 (zit. BAUDENBACHER, *Nachvollzug*)

- BAUDENBACHER CARL, If Not EEA State Liability, Then What? Reflections Ten Years after the EFTA Court's Sveinbjörnsdóttir Ruling, *Chicago Journal of International Law* 2009, S. 333-358 (zit. BAUDENBACHER, EEA State Liability)
- BAUDENBACHER CARL, Wie sollen Konflikte im Verhältnis Schweiz – EU gelöst werden?, in: Sethe et al. (Hrsg.), *Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag*, Bern, 2011, S. 821-838 (zit. BAUDENBACHER, Konflikte)
- BAUDENBACHER CARL, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, *ZSR* 2012 II, S. 419-673 (zit. BAUDENBACHER, Swiss Economic Law)
- BAUDENBACHER CARL (ed.), *The Handbook of EEA Law*, Cham, 2016 (zit. BAUDENBACHER, Handbook)
- BAUDENBACHER CARL, Der Efta-Gerichtshof ist unabhängig, *NZZ* vom 26. Juli 2018 (zit. BAUDENBACHER, Efta-Gerichtshof)
- BAUDENBACHER CARL, EU-Rahmenvertrag: Ein Ende mit Schrecken, *Inside Paradeplatz*, 9. Dezember 2018, www.insideparadeplatz.ch (zit. BAUDENBACHER, Ende mit Schrecken)
- BAUDENBACHER CARL, *Das Schweizer EU-Komplott*, Basel, 2019 (zit. BAUDENBACHER, EU-Komplott)
- BAUDENBACHER CARL, Rechtsgutachten zur Streitentscheidungsregelung des InstA zu Händen der Kommission des Nationalrates für Wirtschaft und Abgaben, 6. Februar 2019, www.parlament.ch und Link zu Dokumente (zit. BAUDENBACHER, Rechtsgutachten)
- BAUDENBACHER CARL/BERGMANN ANDREAS, Der EuGH ausser Kontrolle? Anmerkungen zur deutschen Kritik, in: Haltern/Bergmann (Hrsg.), *Der EuGH in der Kritik*, Tübingen, 2012, S. 191-262
- BAUDENBACHER LAURA MELUSINE, EuGH überträgt die Polydor-Rechtsprechung auch auf das Luftverkehrsabkommen, *European Law Reporter* 2013, S. 173-182
- BAUR GEORGES, Schweiz-EU: Doch an die EFTA-Institutionen «andocken»? , in: Epiney/Progin-Theuerkauf/Zlätescu (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2021/2022*, Zürich/Bern, 2022, S. 353-368
- BEGLINGER JACQUES/TOBLER CHRISTA, Gleichwertigkeit, Angemessenheit, Äquivalenz, Adäquanz: Ein Hotspot in den Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU im rechtlichen Kontext, in: Epiney/Zlätescu (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2019/2020*, Zürich, 2020, S. 547-570
- BELAVUSAU ULADZISLAW, The Case of *Laval* in the Context of the Post-Enlargement EC Law Development, *German Law Journal* 2008, S. 2279-2308
- BERGER MELANIE, Die Anwendung der EU-Fluggastrechteverordnung 261/2004 in der Schweiz: Geltungsbereich für Drittstaatenflüge und Berücksichtigung der neueren EuGH-Rechtsprechung in: Epiney/Progin-Theuerkauf/Zlätescu (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2021/2022*, Zürich/Bern, 2022, S. 549-566

- BERNET LUZI, *Das Schweiz-Dilemma: 30 Jahre Europapolitik*, Zürich, 2022
- BESSON SAMANTHA, *Droit constitutionnel européen*, 2^e éd., Bern, 2023
- BESSON SAMANTHA/AMMANN ODILE, *L'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE: Une lecture de droit international*, in: Epiney/Diezig (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014*, Zürich/Bern, 2014, S. 331-358
- BEUSCH MICHAEL, *Auslegung*, in: Zweifel et al. (Hrsg.), *Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer: Kommentar*, Basel, 2015
- BIAGGINI GIOVANNI, *Zur Umsetzung von Art. 121a BV durch die Bundesversammlung: Wo liegt und welcher Art ist das Problem (verfassungsrechtlich gesehen)?*, ZBl 2016, S. 588-600 (zit. BIAGGINI, Umsetzung)
- BIAGGINI GIOVANNI, *BV-Kommentar*, 2. Aufl., Zürich, 2017 (zit. BIAGGINI, Art. ... BV)
- BIAGGINI GIOVANNI, *Der schweizerische Bundesstaat und seine Verfassungen*, ZSR 2023 II, S. 5-150 (zit. BIAGGINI, Bundesstaat)
- BIEBER ROLAND/EPINEY ASTRID/HAAG MARCEL/KOTZUR MARKUS, *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*, 15. Aufl., Baden-Baden, 2023
- BIEBER ROLAND/MAIANI FRANCESCO, *Précis de droit européen*, 3^e éd., Berne, 2016
- BOILLET VÉRONIQUE, *Le notariat suisse en passe de s'eupéaniser?*, in: Epiney/Fasnacht (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2011/2012*, Zürich/Bern, 2012, S. 277-294
- BRADFORD ANU, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020
- BREITENMOSER STEPHAN, *Das Scheitern des Institutionellen Rahmenabkommens (InstA) zwischen der Schweiz und der EU: Gründe und Ausblick*, in: Epiney/Zlätescu (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021*, Zürich/Bern, 2021, S. 323-351 (zit. BREITENMOSER, Scheitern)
- BREITENMOSER STEPHAN, *Das bilaterale Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU: Rechtliche Prämissen und Perspektiven*, *Basler Juristische Mitteilungen* 2023, S. 109-125 (zit. BREITENMOSER, Prämissen)
- BREITENMOSER STEPHAN/HIRSBRUNNER SIMON, *Der Entwurf für ein Institutionelles Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der EU: offene Fragen im Schnittpunkt zwischen Europa- und Völkerrecht*, in: Epiney/Zlätescu (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2019/2020*, Zürich, 2020, S. 511-546
- BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT, *Europarecht. Unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz-EU*, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2021
- BROBERG MORTEN/FENGER NIELS, *If you love somebody set them free: on the Court of Justice's revision of the *acte clair* doctrine*, *CML Rev.* 2022, S. 711-738
- BROUARD SYLVAIN/COSTA OLIVIER/KÖNIG THOMAS (eds.), *The Europeanization of Domestic Legislatures: The Empirical Implications of the Delors' Myth in Nine Countries*, New York, 2012

- BRÜHL-MOSER DENISE, Die schweizerische Staatsleitung: im Spannungsfeld von nationaler Konsensfindung, Europäisierung und Internationalisierung: mit Bezügen zu Belgien, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien und Österreich, Bern, 2007
- BURGHARTZ ALIÉNOR NINA/GUARDIOLA LAIA ROXANE, The Jurisprudence of WTO Dispute Resolution (2022), SRIEL 2023, S. 299-333
- BURRI THOMAS/PIRKER BENEDIKT, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: Von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens, SZIER 2010, S. 165-188
- BUTLER GRAHAM/WESSEL RAMSES A. (eds.), EU External Relations Law, Oxford, 2022
- CALLEWAERT JOHAN, To accede or not to accede: European protection of fundamental rights at the crossroads, European Journal of Human Rights 2014, S. 496-513
- CALLIESS CHRISTIAN, Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?, JZ 2004, S. 1033-1045 (zit. CALLIESS, Wertegemeinschaft)
- CALLIESS CHRISTIAN, Staatsrecht III: Bezüge zum Völker- und Europarecht, 3. Aufl., München, 2020 (zit. CALLIESS, Staatsrecht)
- CHIARIELLO ELISABETH, Der Richter als Verfassungsgeber? Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte: Das Phänomen Richterrecht exemplarisch dargestellt im Rahmen der grundrechtlichen Judikatur der Schweiz, Deutschlands und der europäischen Gerichtsbarkeiten (EGMR, EuGH), Zürich, 2009
- CIRIGLIANO LUCA/RUDIN FLORIAN, Selbstverständnis des Europäischen Gerichtshofs im Binnenmarkt, plädoyer 3/2023, S. 38-41
- CLASSEN CLAUS DIETER, Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union: Eine integrierte Darstellung von 27 Verfassungsordnungen, 2. Aufl., Baden-Baden, 2021
- CLOSA CARLOS/KOCHENOV DIMITRY (eds.), Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, Cambridge, 2016
- COLIN JEAN-PIERRE, Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes, Paris, 1966
- COTTIER THOMAS, Die Bedeutung des GATT im Prozess der europäischen Integration, in: Jacot-Guillarmod/Schindler/Cottier (Hrsg.), EG-Recht und schweizerische Rechtsordnung: Föderalismus, Demokratie, Neutralität, GATT und europäische Integration, ZSR-Beiheft Nr. 10, Basel, 1990, S. 139-185 (zit. COTTIER, Bedeutung)
- COTTIER THOMAS (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, ZSR-Beiheft 50, 2012 (zit. COTTIER (Hrsg.), Europakompatibilität)
- COTTIER THOMAS, Die Souveränität und das institutionelle Rahmenabkommen, SJZ 2019, S. 345-355 (zit. COTTIER, Souveränität und Rahmenabkommen)

- COTTIER THOMAS, Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz EU: Kernstück des Abkommens und Instrument schrittweiser Rechtsentwicklung, in: Epiney/Zlättescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021, Zürich/Bern, 2021, S. 353-374 (zit. COTTIER, Rechtsschutz)
- COTTIER THOMAS, Souveränität im Wandel: Von der Selbstbestimmung zur Mitbestimmung des Gemeinwohls, in: Holenstein/Cottier (Hrsg.), Die Souveränität der Schweiz in Europa: Mythen, Realitäten und Wandel, Bern, 2021, S. 115-248 (zit. COTTIER, Souveränität im Wandel)
- COTTIER THOMAS/DIEBOLD NICOLAS, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, Jusletter 2. Februar 2009
- COTTIER THOMAS/DZAMKO DANIEL/EVTIMOV ERIK, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Epiney/Theuerkauf/Rivière (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, Bern/Zürich, 2004, S. 357-392
- COTTIER THOMAS et al., Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern, 2014
- COTTIER THOMAS/EVTIMOV ERIK, Probleme des Rechtsschutzes bei der Anwendung der sektoriellen Abkommen mit der EG, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG: Ausgewählte Fragen zur Rezeption und Umsetzung der Verträge vom 21. Juni 1999 im schweizerischen Recht, Bern, 2002, S. 179-207
- COTTIER THOMAS/HERREN DAVID, Das Äquivalenzprinzip im schweizerischen Aussenwirtschaftsrecht: von Cassis de Dijon zu Cassis de Berne, in: Epiney/Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Zürich/Bern, 2010, S. 249-276
- COTTIER THOMAS/LIECHTI-MCKEE RACHEL/SCARPELLI SAMUELE, Wirtschaftsrecht der Europäischen Union: Grundlegende Urteile, Bern, 2009
- COTTIER THOMAS/MATTEOTTI RENÉ, Der Steuerstreit Schweiz-EG: Rechtslage und Perspektiven, in: Epiney/Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007, Zürich/Bern, 2007, S. 221-256
- COTTIER THOMAS/OESCH MATTHIAS/MEIER JULIA, Verfassungsrecht der Europäischen Union: Grundlegende Urteile, Bern, 2009
- CRAIG PAUL/DE BÚRCA GRÁINNE, EU Law: Text, Cases, and Materials, 7th ed., Oxford, 2020
- DAWSON MARK/DE WITTE BRUNO/MUIR ELISE (eds.), Judicial Activism at the European Court of Justice, Cheltenham, 2013
- DE BÚRCA GRÁINNE, The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi, Harvard International Law Journal 2010, S. 1-49 (zit. DE BÚRCA, Kadi)
- DE BÚRCA GRÁINNE, After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2013, S. 168-184 (zit. DE BÚRCA, EU Charter of Fundamental Rights)

- DELGADO CASTELEIRO ANDRÉS, The European Union's Preferential Trade Agreements: between convergence and differentiation, Yearbook of European Law 2023, <https://academic.oup.com/yel>
- DELLI CHANTAL, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EG und ihren Mitgliedstaaten, Basel, 2009
- DE SÉPIBUS JOËLLE, Ein institutionelles Dach für die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union – Wie weiter?, Jusletter 14. Juli 2014
- DE WITTE BRUNO, A selfish court? The Court of Justice and the design of international dispute settlement beyond the European Union, in: Cremona/Thies (eds.), The European Court of Justice and external relations law: constitutional challenges, Oxford, 2014, S. 33-46
- DE WITTE BRUNO/IMAMOVIĆ ŠEJLA, Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court, European Law Review 2015, S. 683-705
- DIEBOLD NICOLAS, Freizügigkeit im Mehrebenensystem: Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht, Zürich/St. Gallen, 2016
- DIEBOLD NICOLAS/LUDIN MARTIN, Das Cassis de Dijon-Prinzip in Praxis und Politik, in: Epiney/Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, Zürich/Bern, 2017, S. 371-394
- DIEBOLD NICOLAS/OESCH MATTHIAS, Die Durchsetzung von WTO-Recht durch Schweizer Unternehmen, AJP 2008, S. 1525-1552
- DIMITRIJEWITSCH JOVAN, Scheinselbständigkeit im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr: Eine Analyse des Unionsrechts und des bilateralen Rechts Schweiz-EU, Zürich, 2020
- DOMEJ TANJA, Art. 1 Protokoll 2, in: Dasser/Oberhammer (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen, Handkommentar, 3. Aufl., Bern, 2021
- DUBOUT EDOUARD, Droit constitutionnel de l'Union européenne, 2^e éd., Bruxelles, 2023
- DUMBROVSKY TOMAS/PETKOVA BILYANA/VAN DER SLUIS MARIJN, Judicial Appointments: The Article 255 TFEU Advisory Panel and Selection Procedures in the Member States, CML Rev. 2014, S. 455-482
- DUMMERMUTH RAPHAEL, «Im Auslegen seid frisch und munter!», recht 2023, S. 175-180
- DUMONT JANINE, II. Beurteilung der in der Schweiz bestehenden Massnahmen aus Sicht des EU-Beihilferechts, in: Kellerhals/Trüten (Hrsg.), Subventionen in der Schweiz: Implikationen einer Übernahme des EU-Beihilferechts in ausgewählten Sektoren, Zürich, 2023, S. 179-212

- DUMONT JANINE/ADEMI FATLUM, IV. Rechtslage in der Schweiz, in: Kellerhals/Trüten (Hrsg.), Subventionen in der Schweiz: Implikationen einer Übernahme des EU-Beihilferechts in ausgewählten Sektoren, Zürich, 2023, S. 112-153
- DYSTLAND MARTHE KRISTINE FJELD/FINSTAD FREDRIK BØCKMAN/SØREBØ IDA, Art. 102, in: Arnesen et al. (eds.), Agreement on the European Economic Area: A Commentary, Baden-Baden, 2018
- EECKHOUT PIET, EU External Relations Law, 2nd ed., Oxford, 2011
- EMMENEGGER SUSAN/BIGLER ANDREA, Fortress Europe: Die Äquivalenzverfahren der EU im Bereich der Finanzdienstleistungen, SZW 2019, S. 155-175
- EMMENEGGER SUSAN/TSCHECHSCHER AXEL, Art. 1 ZGB, in: Berner Kommentar: Einleitung und Personenrecht, Bern, 2012
- EPINEY ASTRID, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, S. 1-31 (zit. EPINEY, Bedeutung)
- EPINEY ASTRID, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: Altermatt/Casasus (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013, Zürich, 2013, S. 141-158 (zit. EPINEY, EU-Grundrechte)
- EPINEY ASTRID, Quadratur des Kreises gelungen, NZZ vom 23. August 2013 (zit. EPINEY, Quadratur)
- EPINEY ASTRID, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht. Zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26. November 2015, Jusletter 14. März 2016 (zit. EPINEY, Urteil)
- EPINEY ASTRID, «Brexit» und FZA: Zu den Perspektiven der Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU im Gefolge des «Brexit», Jusletter 20. März 2017 (zit. EPINEY, Brexit)
- EPINEY ASTRID, Strafrechtliche Landesverweisung und FZA, Jusletter 19. August 2019 (zit. EPINEY, Landesverweisung)
- EPINEY ASTRID, Rechtsschutz und Streitbeilegung im Bilateralen Recht: Zu den Implikationen eines Einbezugs des EuGH im Vergleich zum Status quo, Jusletter 19. Dezember 2022 (zit. EPINEY, Rechtsschutz)
- EPINEY ASTRID, Ist die «Schubert-Rechtsprechung» noch aktuell? Zur Frage des Verhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht, AJP 2023, S. 699-708 (zit. EPINEY, Schubert-Rechtsprechung)
- EPINEY ASTRID/HEHEMANN LENA, Die Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, Jusletter 8. April 2019
- EPINEY ASTRID/METZ BEATE/PIRKER BENEDIKT, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, Zürich, 2012
- ERNST WOLFGANG, Fremde Richter – damals und heute, AJP 2013, S. 1374-1377

- EVERLING ULRICH, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 217-227
- FAIX MARTIN, Genesis eines mehrpoligen Justizkonflikts: Das Verfassungsgericht der Tschechischen Republik wertet ein EuGH-Urteil als Ultra-vires-Akt, EuGRZ 2012, S. 597- 605
- FARGAHI BABAK/PRIULI VALERIO/DE WECK FANNY, Die ersten Urteile des Bundesgerichts zur Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB), Jusletter 15. April 2019
- FEICHTNER ISABEL, The German Constitutional Court's PSPF Judgment: Impediment and Impetus for the Democratization of Europe, German Law Journal 2020, S. 1090-1103
- FIORINI MATTEO/HOEKMAN BERNARD M./MAVROIDIS PETROS C./SALUSTE MAARJA/WOLFE ROBERT, WTO Dispute Settlement and the Appellate Body: Insider Perceptions and Members' Revealed Preferences, Journal of World Trade 2020, S. 667-698
- FORSTER NICOLAS/SCHWAB ANDREAS, Schweiz und Europa: Eine politische Analyse, Freiburg, 2022
- FRANZIUS CLAUDIO, Europäisches Verfassungsrechtsdenken, Tübingen, 2010
- FUHRMANN FLORIAN, Konzeption des Hoheitlichkeitsbegriffs unter besonderer Berücksichtigung der Bedeutung im Freizügigkeitsrecht, Basel, 2022
- GAMMENTHALER NINA, Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht, Freiburg, 2011
- GAVA ROY/SCIARINI PASCAL/VARONE FRÉDÉRIC, Twenty Years After the EEA Vote: The Europeanization of Swiss Policy-Making, Swiss Political Science Review 2014, S. 197-207
- GLASER ANDREAS, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre, Tübingen, 2013 (zit. GLASER, Entwicklung)
- GLASER ANDREAS, Umsetzung und Durchführung des Rechts der Bilateralen Verträge in der Schweiz, in: Glaser/Langer (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Zürich/St. Gallen, 2015, S. 133-161 (zit. GLASER, Umsetzung)
- GLASER ANDREAS/BRUNNER ARTHUR, Politik in der Defensive: Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rezeption der EuGH-Rechtsprechung, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26. November 2015, Jusletter 18. April 2016
- GLASER ANDREAS/DÖRIG HEIDI, Die Streitbeilegung in den Bilateralen Abkommen Schweiz – EU, in: Epiney/Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, Zürich/Bern, 2018, S. 451-465
- GLASER ANDREAS/LANGER LORENZ, Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, SZIER 2013, S. 563-583
- GRIMM DIETER, Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, 3. Aufl., München, 2016

- GUILLIARD SIMON, Beihilfenkontrolle zwischen Supranationalität und Intergouvernementalität: Unter besonderer Berücksichtigung des Brexit, Baden-Baden, 2022
- GUNDEL JÖRG, Gemeinschaftsrichter und Generalanwälte als Akteure des Rechtsschutzes im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips, in: Müller-Graff/Scheuing (Hrsg.), Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und Rechtsstaatlichkeit, EuR 2008, Beiheft 3, S. 23-44 (zit. GUNDEL, Gemeinschaftsrichter)
- GUNDEL JÖRG Die Öffnung des Vorabentscheidungsverfahrens zum EuGH für nichtmitgliedstaatliche Gerichte, EuZW 2019, S. 934-938 (zit. GUNDEL, Öffnung)
- GUNDEL JÖRG, Die Anerkennung der Klageberechtigung von Drittstaaten gegen Rechtsakte der Union gemäss Art. 263 Abs. 4 AEUV – Anmerkung zum Urteil des EuGH (GK) vom 22. Juni 2021, Rs. C-872/19 P (Venezuela/Rat), EuR 2021, S. 720-732 (zit. GUNDEL, Drittstaaten)
- HACKSPIEL SABINE, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht: Kommentar, 7. Aufl., Baden-Baden, 2015 (zit. HACKSPIEL, Art. ... AEUV)
- HAHN MICHAEL, The Federal Council's Suggested Sectoral Approach Post-26 May 2021 and the Future of EU-Swiss Trade Relations, in: Maresceau/Tobler (eds.), Switzerland and the EU: A Challenging Relationship, Leiden, 2023, S. 337-382
- HAHN MICHAEL/FAUCONNET YANN, Streitbeilegungsverfahren in den künftigen Verträgen Schweiz – Europäische Union und «Autonomie der Unionsrechtsordnung», in: Seitz/Straub/Weyeneth (Hrsg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis: Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel, 2022, S. 1117-1130
- HALLSTEIN WALTER, Europäische Reden, hrsg. von Thomas Oppermann, Stuttgart, 1979
- HALTERN ULRICH, Europarecht: Dogmatik im Kontext, Band I und II, 3. Aufl., Tübingen, 2017
- HALTERN ULRICH/BERGMANN ANDREAS (Hrsg.), Der EuGH in der Kritik, Tübingen, 2012
- HEINEMANN ANDREAS, Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, Zürich/St. Gallen, 2013, S. 3-58 (zit. HEINEMANN, Transplantate)
- HEINEMANN ANDREAS, Das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2017, S. 103-121 (zit. HEINEMANN, *Gaba*-Urteil)
- HERTIG RANDALL MAYA, Der grundrechtliche Dialog der Gerichte in Europa, EuGRZ 2014, S. 5-18
- HERZOG ROMAN/GERKEN LÜDER, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, FAZ vom 8. September 2008
- HESELHAUS SEBASTIAN, Aktuelle Spielräume für ein Institutionelles Rahmenabkommen, EuZ 05/2022, S. 1-30

- HIRSBRUNNER SIMON/ZURKINDEN PHILIPP, Nach dem Scheitern des Rahmenabkommens: einfach weiter verhandeln wie bisher reicht nicht, in: Seitz/Straub/Weyeneth (Hrsg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis: Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel, 2022, S. 1131-1142
- HOLENSTEIN ANDRÉ/COTTIER THOMAS (Hrsg.), Die Souveränität der Schweiz in Europa: Mythen, Realitäten und Wandel, Bern, 2021
- HÖPNER MARTIN, Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration: Eine akteursbezogene Erklärung, Berliner Journal für Soziologie 2011, S. 203-229 (zit. HÖPNER, Erklärung)
- HÖPNER MARTIN, Die Zukunft der europäischen Grundfreiheiten: Plädoyer für eine Erweiterung der EU-Reformdebatte, Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 2017, S. 671-689 (zit. HÖPNER, Plädoyer)
- HUBER PETER M., Die Europäische Union ist um der Menschen willen da, EuZ 3/2022, S. 1-33
- ILIOPOULOU-PENOT ANASTASIA, Case Law: Deconstructing the former edifice of Union citizenship? The Alimanovic judgment, CML Rev. 2016, S. 1007-1036
- IMSTEPF RALF, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Mehrwertsteuerrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Europakompatibilität des Leistungsortes, der ausgenommenen Leistungen und der Steuersätze, Bern, 2011
- IPSEN HANS PETER, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen, 1972
- IPSEN HANS PETER/NICOLAYSEN GERT, Europäisches Gemeinschaftsrecht: Haager Kongress für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, Neue Juristische Wochenschrift 1964, S. 339-344
- JAAG TOBIAS/HÄNNI JULIA, Europarecht: Die Europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 5. Aufl., Zürich, 2022
- JACOBS RETO, Art. 96, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2023
- JACOT-GUILLARMOD OLIVIER, Traces de droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, in: Rodriguez Iglesias et al. (éds.), Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler, Baden-Baden, 1999, S. 213-232
- JENNI SABINE, Switzerland's Differentiated European Integration, Cham, 2016
- JENNY MARCELO/MÜLLER WOLFGANG C., From the Europeanization of Lawmaking to the Europeanization of National Legal Orders: The Case of Austria, Public Administration 2010, S. 36-56
- JESTAEDT MATTHIAS, Luxemburger Richterrecht – Kognitive Dissonanzen im Diskurs über Selbstverständnis und Praxis des EuGH, in: Hillgruber (Hrsg.), Gouvernement des juges – Fluch oder Segen, Paderborn, 2014, S. 21-43
- JUTZI THOMAS/WESS KSENIA/SIERADZKI DAMIAN, Die neue Finanzmarktarchitektur im europäischen Regulierungskontext, AJP 2020, S. 572-592

- KADDOUS CHRISTINE, Effects of International Agreements in the EU Legal Order, in: Cremona/de Witte (eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Principles*, Oxford, 2008, S. 291-313 (zit. KADDOUS, Effects)
- KADDOUS CHRISTINE, Stamm et Hauser, Grimme, Fokus Invest AG, Hengartner et Gasser ou les accords bilatéraux ne créent pas un marché intérieur, *SZIER* 2010, S. 129-136 (zit. KADDOUS, Stamm)
- KAINER FRIEDEMANN, Aus der nationalen Brille: Das PSPP-Urteil des BVerfG, *EuZW* 2020, S. 533-536
- KAISER JOSEPH H., Grenzen der EG-Zuständigkeit, *EuR* 1980, S. 97-118
- KELLERHALS ANDREAS/BAUMGARTNER TOBIAS, Das «Cassis-de-Dijon»-Prinzip und die Schweiz, *SJZ* 2006, S. 321-330
- KOKOTT JULIANE/SOBOTTA CHRISTOPH, Der EuGH – Blick in eine Werkstatt der Integration, *EuGRZ* 2013, S. 465-472
- KRAMER ERNST A., *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl., Bern, 2019
- KRENN CHRISTOPH, Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13, *German Law Journal* 2015, S. 147-167 (zit. KRENN, ECHR Accession)
- KRENN CHRISTOPH, *The Procedural and Organisational Law of the European Court of Justice: An Incomplete Transformation*, Cambridge, 2022 (zit. KRENN, European Court of Justice)
- KROMMENDIJK JASPER, *National Courts and Preliminary References to the Court of Justice*, Cheltenham, 2021
- KUNZ PETER V., Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, *ZVglRWiss* 2009, S. 31-82
- LADEUR KARL-HEINZ, Richterrecht und Dogmatik – eine verfehltete Konfrontation? Eine Untersuchung am Beispiel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1996, S. 77-98
- LANGER LORENZ, Der Klimawandel vor Gericht: Klimaklagen als institutionelles Dilemma?, *SRIEL* 2023, S. 343-350
- LAVENEX SANDRA/SCHWOK RENÉ, The Swiss way: The nature of Switzerland's relationship with the EU, in: Eriksen/Fossum (eds.), *The European Union's non-members: independence under hegemony?*, London, 2015, S. 36-51
- LECOURT ROBERT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, 1976
- LENAERTS KOEN, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, *EuR* 2015, S. 3-27
- LEVRAT NICOLAS, Profiter d'un contexte favorable pour renégocier un nouvel accord-cadre avec l'UE, Gutachten vom 21. Februar 2021, www.eda.admin.ch/europa/de/ und Link zu Institutionelles Abkommen

- LOOSER MARTIN E., Art. 190, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2023
- MAIANI FRANCESCO, Legal Europeanization as Legal Transformation: Some Insights from Swiss «Outer Europe», EU Working Papers MWP 2008/32, S. 1-18 (zit. MAIANI, Europeanization)
- MAIANI FRANCESCO, La «saga Metock», ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la question des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011, S. 27-53 (zit. MAIANI, Metock)
- MAIANI FRANCESCO, Lost in translation: euro compatibility, legal security, and the autonomous implementation of EU law in Switzerland, European Law Reporter 2013, S. 29-35 (zit. MAIANI, translation)
- MAISSEN THOMAS, Schweizer Heldengeschichten – und was dahinter steckt, 5. Aufl., Baden, 2015
- MANCINI G. FEDERICO/KEELING DAVID T., Democracy and the European Court of Justice, The Modern Law Review 1994, S. 175-190 (zit. MANCINI/KEELING, Democracy)
- MANCINI GIUSEPPE FEDERICO/KEELING DAVID T., Language, Culture and Politics in the Life of the European Court of Justice, Columbia Journal of European Law 1995, S. 397-414 (zit. MANCINI/KEELING, Language)
- MARESCEAU MARC, EU-Switzerland: Quo Vadis?, Georgia Journal of International and Comparative Law 2011, S. 727-755
- MAYER FRANZ C., § 14 Europa als Rechtsgemeinschaft, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), Europawissenschaft, Baden-Baden, 2005, S. 429-487 (zit. MAYER, Europa als Rechtsgemeinschaft)
- MAYER FRANZ C., Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft – ein überholtes Narrativ?, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), Die Neuerfindung Europas: Bedeutung und Gehalte von Narrativen für die europäische Integration, Baden-Baden, 2019, S. 111-130 (zit. MAYER, Narrativ)
- MAYER FRANZ C., Der Ultra vires-Akt: Zum PSPP-Urteil des BVerfG v. 5. 5. 2020 – 2 BvR 859/15 u.a., JZ 2020, S. 725-734 (zit. MAYER, PSPP-Urteil)
- MAYER FRANZ C., Art. 19 EUV, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München, 78. EL Januar 2023 (zit. MAYER, Art. 19 EUV)
- MAYER FRANZ C./WENDEL MATTIAS, § 4 Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, EnzEuR Bd. 1, 2. Aufl., Baden-Baden, 2022, S. 181-296
- MAYORAZ JEAN-FRANÇOIS, Staatliche Beihilfen in den Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, unter besonderer Berücksichtigung von ausgewählten Aspekten aus der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft, Zürich, 2018
- MENDEZ MARIO, The Legal Effects of EU Agreements, Oxford, 2013

- MÖLLERS CHRISTOPH, Krisenzurechnung und Legitimationsproblematik in der Europäischen Union, *Leviathan* 2015, S. 339-364
- MUSER MARCO/TOBLER CHRISTA, Schiedsgerichte in den Aussenverträgen der EU, *Jusletter* 28. Mai 2018
- MÜLLER ANDREAS TH., Klimaklagen vor den Gerichten der EU: Der «People's Climate»-Fall und Luxemburger «judicial self-restraint», *SRIEL* 2023, S. 389-405
- MÜLLER ANDREAS TH./PRANTL JANINE, *Europarecht: Schweiz – Europäische Union*, *SRIEL* 2023, S. 463-543
- MÜLLER FELIX E., *Kleine Geschichte des Rahmenabkommens*, Basel, 2020
- MÜLLER TORSTEN/SCHULTEN THORSTEN, Die europäische Mindestlohn-Richtlinie – Paradigmenwechsel hin zu einem Sozialen Europa, *Wirtschaft und Gesellschaft* 2022, S. 335-364
- MÜLLER-GRAFF PETER-CHRISTIAN, Schockwellen im Unionsrechtsraum: Das PSP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *EuZ* 2020, S. 154-167
- NEIER CHRISTINA, *Der Kernbestandsschutz der Unionsbürgerschaft*, Baden-Baden, 2019 (zit. NEIER, Kernbestandsschutz)
- NEIER CHRISTINA, Das Verhältnis zwischen EMRK und EWR-Recht: Warum nicht eine Vermutung für die Vermutung der Konventionskonformität? Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des EGMR in der Rs. *Konkurrenten.no/Norwegen*, *EuR* 2022, S. 213-238 (zit. NEIER, Vermutung)
- NOTTER MARKUS, Institutionelles Rahmenabkommen – ein europapolitischer Zwischenruf, *EuZ* 2019, S. 4-9 (zit. NOTTER, Rahmenabkommen)
- NOTTER MARKUS, *Nationaler Lohnschutz? Bemerkungen zur Ablehnung des Rahmenabkommens*, Zürich, 2021 (zit. NOTTER, Lohnschutz)
- NYFFELER FRANZ, Die Anwendung autonom nachvollzogener Normen des EU-Rechts, in: *Aargauischer Anwaltsverband (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband*, Zürich, 2005, S. 35-55
- OESCH MATTHIAS, Regionale Integration Schweiz – Europäische Union und die Welt-handelsorganisation (WTO), in: *Breuss/Cottier/Müller-Graff (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Baden-Baden, 2008, S. 207-246 (zit. OESCH, Regionale Integration)
- OESCH MATTHIAS, Die *Keck*-Formel des EuGH im schweizerischen Binnenmarktrecht, in: *Rüssli et al. (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen: Festschrift für Tobias Jaag*, Zürich, 2012, S. 677-691 (zit. OESCH, *Keck*-Formel)
- OESCH MATTHIAS, Bilaterale Verträge Schweiz-EU und Verweise auf (allenfalls ungültige) EU-Rechtsakte, in: *Epiney/Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014*, Zürich/Bern, 2014, S. 283-299 (zit. OESCH, EU-Rechtsakte)

- OESCH MATTHIAS, Das Rechtsstaatlichkeitsverfahren der EU gegen Polen – Bestandsaufnahme und Zwischenfazit, EuZ 2016, S. 130-140 (zit. OESCH, Rechtsstaatlichkeitsverfahren)
- OESCH MATTHIAS, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetchern, Gerichtsgutachtern und Notaren, SJZ 2016, S. 53-62 (zit. OESCH, Einfluss)
- OESCH MATTHIAS, Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz – EU und der Rechtsschutz für Private, in: Notter et al. (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei? Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich, 2018, S. 157-165 (zit. OESCH, Rechtsschutz für Private)
- OESCH MATTHIAS, Europarecht. Band I: Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU, 2. Aufl., Bern, 2019 (zit. OESCH, Europarecht)
- OESCH MATTHIAS, Schweiz – Europäische Union: Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug, Zürich, 2020 (zit. OESCH, Schweiz-EU)
- OESCH MATTHIAS/CAMPI DAVID, Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union, Zürich, 2022
- OESCH MATTHIAS/NAEF TOBIAS, EU-Grundrechte, der EuGH und die Schweiz, ZSR 2017, S. 117-144 (zit. OESCH/NAEF, EU-Grundrechte)
- OESCH MATTHIAS/NAEF TOBIAS, Trade Defence Instruments and Switzerland: The Big Sleep, in: Bungenberg et al. (eds.), European Yearbook of International Economic Law 2018, Special Issue: The Future of Trade Defence Instruments, Cham, 2018, S. 261-281 (zit. OESCH/NAEF, Trade Defence Instruments)
- OESCH MATTHIAS/RENFER STEFAN, BGBM, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2. Aufl., Zürich, 2021
- OESCH MATTHIAS/SPECK GABRIEL, Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz-EU und der EuGH, in: Epiney/Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, Zürich/Bern, 2017, S. 257-273
- OETIKER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS, Protokoll 2, in: Oetiker/Weibel (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel, 2016
- OPHÜLS CARL FRIEDRICH, Juristische Grundgedanken des Schumanplans, Neue Juristische Wochenschrift 1951, S. 289-292
- OPPERMANN THOMAS/CLASSEN CLAUS DIETER/NETTESHEIM MARTIN, Europarecht, 9. Aufl., München, 2021
- PÄRLI KURT, Entsendegesetz, Handkommentar, 2. Aufl., Bern, 2022 (zit. PÄRLI, Handkommentar)
- PÄRLI KURT, EU-Entsenderecht zwischen Markt und Sozialschutz, EuZ 4/2022, S. 1-30 (zit. PÄRLI, Sozialschutz)
- PÄRLI KURT et al., Arbeitsrecht im internationalen Kontext: Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich, 2017

- PECH LAURENT, The Rule of Law, in: Craig/de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, 3rd ed., Oxford, 2021, S. 307-338
- PERNICE INGOLF, Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, *EuR* 1996, S. 27-43
- PESCATORE PIERRE, The Doctrine of «Direct Effect»: An Infant Disease of Community Law, *European Law Review* 1983, S. 155-177
- PIRKER BENEDIKT, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), *ZBl* 2015, S. 295-312 (zit. PIRKER, Gerichtsdolmetscher)
- PIRKER BENEDIKT, Zum Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen, *Jusletter* 3. Juni 2019 (zit. PIRKER, Schiedsgericht)
- PIRKER BENEDIKT, Verbleiberechte gemäss dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, *AJP* 2023, S. 860-870 (zit. PIRKER, Verbleiberechte)
- PIRKER BENEDIKT, A Comparison between the Swiss Cohesion Payments and the EEA and Norway Grants, in: Maresceau/Tobler (eds.), *Switzerland and the EU: A Challenging Relationship*, Leiden, 2023, S. 255-280 (zit. PIRKER, Cohesion Payments)
- POIARES MADURO MIGUEL/AZOULAI LOIĆ (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010
- POLLACK MARK A., The Legitimacy of the European Court of Justice: Normative Debates and Empirical Evidence, in: Grossman et al. (eds.), *Legitimacy and International Courts*, Cambridge, 2018, S. 143-173
- PROBST THOMAS, Die Rechte des Flugzeugpassagiers – oder – «Wenn einer im verspäteten Flugzeug sitzt, dann kann er was erleben...», in: Emmenegger et al. (Hrsg.), *Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller*, Bern, 2018, S. 763-794
- PROGIN-THEUERKAUF SARAH, Expulsion pénale et ALCP, *ZSR* 2020, S. 35-46
- PUHNHAGEN KAI/GORMLEY LAURENCE W., Court Cases, in: *Oxford Encyclopedia of EU Law*, July 2022, <https://opil.ouplaw.com/home/OEEUL>
- RASK MADSEN MIKAEL/NICOLA FERNANDA G./VAUCHEZ ANTOINE, From Methodological Shifts to EU Law's Embeddedness, in: dies. (eds.), *Reshaping the European Court of Justice: Methodological Shifts and Law's Embeddedness*, Cambridge, 2022, S. 1-24
- RASMUSSEN HIALTE, On Law and Policy in the European Court of Justice, Dordrecht, 1986 (zit. HIALTE RASMUSSEN, Law and Policy)
- RASMUSSEN HIALTE, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens: Für Transparenz und abweichende Meinungen am EuGH, in: Haltern/Bergmann (Hrsg.), *Der EuGH in der Kritik*, Tübingen, 2012, S. 113-186 (zit. HIALTE RASMUSSEN, Plädoyer)
- RASMUSSEN MORTEN, The Origins of a Legal Revolution: The Early History of the European Court of Justice, *Journal of European Integration History* 2008, S. 77-98

- RAVASI ELISA, *Human Rights Protection by the ECtHR and the ECJ: A Comparative Analysis in Light of the Equivalency Doctrine*, Leiden, 2017
- REICH JOHANNES, § 15 Gewährleistung der bundesstaatlichen Ordnung, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), *Staatsrecht*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2021, S. 187-198 (zit. REICH, Gewährleistung)
- REICH JOHANNES, Art. 188 BV, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar*, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2023 (zit. REICH, Art. 188 BV)
- REICH JOHANNES, Information als Voraussetzung des Verwaltungshandelns, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Band 83, Berlin, erscheint 2024 (zit. REICH, Information)
- RENGELING HANS-WERNER/MIDDEKE ANDREAS/GELLERMANN MARTIN (Hrsg.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 3. Aufl., München, 2014
- ROSAS ALLAN, *Life after Dassonville and Cassis: Evolution but No Revolution*, in: Poiaras Maduro/Azoulai (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, S. 433-446
- ROSAS ALLAN/LEVITS EGILS/BOT YVES (eds.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, The Hague, 2013
- RUDOLPH ROGER, *Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht*, Zürich, 2021
- RUFFERT MATTHIAS, Verfahren eingestellt, Problem gelöst? Die EU-Kommission und das Bundesverfassungsgericht, *Verfassungsblog* vom 7. Dezember 2021, <https://verfassungsblog.de>
- RUIZ-JARABO COLOMER DAMASO, Once Upon a Time – *Francovich*: From Fairy Tale to Cruel Reality?, in: Poiaras Maduro/Azoulai (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, S. 405-412
- SAUER HEIKO, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen: Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen*, Berlin, 2008 (zit. SAUER, *Jurisdiktionskonflikte*)
- SAUER HEIKO, *Europarechtliche Schranken internationaler Gerichte: Eine Rekonstruktion der Autonomie des Unionsrechts anlässlich des CETA-Gutachtens des EuGH*, JZ 2019, S. 925-935 (zit. SAUER, *Schranken*)
- SCHARPF FRITZ W., Weshalb die EU nicht zur sozialen Marktwirtschaft werden kann, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 2009, S. 419-434
- SCHÄREN SIMON/JUTZI THOMAS, *Schweizer Finanzmarktrecht im europäischen Kontext: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweizer Finanzmarktregulierung unter besonderer Berücksichtigung der Europakompatibilität*, Zürich/St. Gallen, 2022

- SCHLEISS YVONNE, Das Urteil des Europäischen Gerichts vom 9. September 2010 in Sachen Flughafen Zürich: Die Rechtssache T-319/05 und das Schweigen der Richter zu institutionellen Fragen, Jusletter 6. Dezember 2010
- SCHMAHL STEFANIE, Der Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention: Wo liegt das Problem?, JZ 2016, S. 921-928
- SCHMID EVELYNE, Unbegründete Aufregung über das EGMR-Urteil zum Dublin-Abkommen, Jusletter 15. Dezember 2014
- SCHMIDT SUSANNE K., The European Court of Justice and the Policy Process: The Shadow of Case Law, Oxford, 2018
- SCHMIDT-ASSMANN EBERHARD, Einleitung: Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in: Schmidt-Assmann/Schöndorf-Haubold (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, Tübingen, 2005, S. 1-23
- SCHNEIDER-AMMANN JOHANN NIKLAUS, Rahmenabkommen: Drei Klarstellungen reichen nicht aus: Die Souveränitätsfrage muss angesprochen werden, NZZ vom 19. September 2020
- SCHROEDER WERNER, Dynamik des EU-Rechts und Demokratieprinzip, in: Glaser/Langer (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Zürich/St. Gallen, 2015, S. 55-75 (zit. SCHROEDER, Dynamik)
- SCHROEDER WERNER, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl., München, 2021 (zit. SCHROEDER, Grundkurs)
- SCHWEIZER RAINER J./STRIEGEL LEA S., Art. 13 BV, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2023
- SCHWEIZER SAMUEL/TOBLER CHRISTA, Das Verbot der indirekten Diskriminierung im bilateralen Recht – Insbesondere im Fluglärmstreit zwischen der Schweiz und Deutschland, in: Epiney/Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Zürich, 2013, S. 335-354
- SEILER HANSJÖRG, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 2014, S. 265-368 (zit. SEILER, Einfluss)
- SEILER HANSJÖRG, Dynamik oder Statik in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum EU-Recht?, in: Glaser/Langer (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Zürich/St. Gallen, 2015, S. 77-92 (zit. SEILER, Dynamik)
- SEITZ CLAUDIA/BERNE ANDRÉ S., Das Europäische Beihilferecht und die Schweiz: Neuere Entwicklungen unter Berücksichtigung des Entwurfs des institutionellen Abkommens zwischen der Schweiz und der EU, in: Epiney/Hehemann/Zlätescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2019, Bern/Zürich, 2019, S. 413-454
- SENTI RICHARD, Streitschlichtung und regionale Freihandelsabkommen: Von der «power oriented» zur «rule oriented» Schlichtung, EuZ 2018, S. 146-161

- SETHE ROLF, MiFIR/MiFID II – Drittstaatenzugang für die Schweiz und Äquivalenz von FINIG/FIDLEG, in: Gericke (Hrsg.), *Private Equity VI*, Zürich, 2018, S. 135-169
- SLAUGHTER ANNE-MARIE, *A Global Community of Courts*, *Harvard International Law Journal* 2003, S. 191-219
- SLAUGHTER ANNE-MARIE/STONE SWEET ALEC/WEILER JOSEPH H.H. (eds.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Oxford, 1998
- SOBOTTA CHRISTOPH, Die Mehrsprachigkeit als Herausforderung und Chance bei der Auslegung des Unionsrechts: Praktische Anmerkungen aus der Perspektive des Kabinetts einer Generalanwältin, *Zeitschrift für Europäische Rechtslinguistik* 2015, www.zerl.uni-koeln.de
- SPECK GABRIEL, *Das Verhältnis der Agenturen der Europäischen Union zur Schweiz am Beispiel der Agentur für Flugsicherheit (EASA)*, Zürich, 2022
- STAFFLER LUKAS, Verfassungsidentität und strafrechtliche Verjährung / Das (vorläufige) Ende des Konflikts zweier Höchstgerichte in der Rechtssache Taricco, *EuGRZ* 2018, S. 613-619
- STEIN ERIC, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, *American Journal of International Law* 1981, S. 1-27
- STEIN TORSTEN, Richterrecht wie anderswo auch? Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als «Integrationsmotor», in: *Richterliche Rechtsfortbildung: Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen*, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, 1986, S. 619-641
- STONE SWEET ALEC, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, 2004 (zit. STONE SWEET, *Construction*)
- STONE SWEET ALEC, *The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority*, *German Law Journal* 2007, S. 915-928 (zit. STONE SWEET, *Coup d'État*)
- STREINZ RUDOLF, *Europarecht*, 11. Aufl., Heidelberg, 2019
- STURNY MONIQUE, *Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht: Historische Entwicklung und Analyse*, Bern, 2014
- TAMM DITLEV, *The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin*, in: Rosas/Levits/Bot (eds.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, The Hague, 2013, S. 9-35
- THÜRER DANIEL, *Europaverträglichkeit als Rechtsargument: Zu den Wegen und Möglichkeiten schweizerischer Rechtsanpassung an die neue Integrationsdynamik der Europäischen Gemeinschaft*, in: Haller et al. (Hrsg.), *Im Dienst an der Gesellschaft. Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, Basel, 1989, S. 561-582
- THYM DANIEL, *Das EMRK-Gutachten des EuGH*, *EuZW* 2015, S. 180

- TOBLER CHRISTA, Kompetenzanmassung der EG via den EuGH? Zur Rechtsprechung des EuGH über die Anwendbarkeit des EG-Gleichstellungsrechts auf Arbeitsverhältnisse in den Streitkräften der Mitgliedstaaten, *AJP* 2000, S. 577-587 (zit. TOBLER, Kompetenzanmassung)
- TOBLER CHRISTA, Die EuGH-Entscheidung *Grimme* – Die Wiederkehr von *Polydor* und die Grenzen des bilateralen Rechts, in: Epiney/Gammenthaler (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010*, Zürich, 2010, S. 369-384 (zit. TOBLER, *Polydor*)
- TOBLER CHRISTA, Schiedsgerichte im bilateralen Recht?, *SZIER* 2012, S. 3-8 (zit. TOBLER, Schiedsgerichte)
- TOBLER CHRISTA, Handfestes Schweizer Interesse: Zum Entscheid des Gerichtshofs der Europäischen Union zum Fluglärmstreit, *NZZ* vom 14. März 2013 (zit. TOBLER, Interessen)
- TOBLER CHRISTA, Luftverkehrsrecht: Auslegung des Luftverkehrsabkommens EU-Schweiz – Keine Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit, *EuZW* 2013, S. 432-434 (zit. TOBLER, Luftverkehrsrecht)
- TOBLER CHRISTA, One of Many Challenges After «Brexit»: The Institutional Framework of an Alternative Agreement – Lessons from Switzerland and Elsewhere?, *Maastrecht Journal of European and Comparative Law* 2016, S. 575-594 (zit. TOBLER, Challenges)
- TOBLER CHRISTA, Fluggastrechte nach bilateralem Recht bei grossen Verspätungen: Parallel zum EU-Recht, und wenn ja, inwieweit?, in: Epiney/Hehemann (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017*, Zürich, 2017, S. 505-521 (zit. TOBLER, Fluggastrechte)
- TOBLER CHRISTA, Erneuerte institutionelle Regeln zur Durchsetzung des bilateralen Rechts im Spannungsfeld zwischen Völkerrecht und EU-Recht, in: Seitz/Straub/Weyeneth (Hrsg.), *Rechtsschutz in Theorie und Praxis: Festschrift für Stephan Breitenmoser*, Basel, 2022, S. 1165-1175 (zit. TOBLER, Spannungsfeld)
- TOBLER CHRISTA, EU-, EEA- or WTO-Style Dispute Resolution in the EU-Swiss Relations?, in: Baetens/Van den Bogaert (eds.), *The EU and the WTO: Ever the Twain Shall Meet. Liber Amicorum Marco Bronckers*, Alphen aan den Rijn, 2023, S. 219-234 (zit. TOBLER, Dispute Resolution)
- TOBLER CHRISTA/BEGLINGER JACQUES, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-) Rechts Schweiz-EU: Systematische Darstellung in Text und Tafeln, 2 Bände, Zürich/St. Gallen, 2013 (zit. TOBLER/BEGLINGER, Grundzüge)
- TOBLER CHRISTA/BEGLINGER JACQUES, Brevier zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, Ausgabe 2021-05.1 (zit. TOBLER/BEGLINGER, Brevier)
- TOMUSCHAT CHRISTIAN, Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral – Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK, *EuGRZ* 2015, S. 133-139

- TRIDIMAS TAKIS, The Court of Justice of the European Union, in: Schütze/Tridimas (eds.), Oxford Principles of European Union Law. Volume I: The European Union Legal Order, Oxford, 2018, S. 581-609
- TSCHÄNI HANSPETER, Schweiz – EU: Teilnahme am EU-Binnenmarkt oder ein umfassendes Freihandelsabkommen?, Zürich, 2022
- TSCHUMI TOBIAS/SCHINDLER BENJAMIN, Art. 5, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2023
- VAN DER LOO GUILLAUME, The EU-Ukraine Association Agreement and Deep and Comprehensive Free Trade Area, Leiden, 2016
- VAN GESTEL ROB/DE POORTER JURGEN, In the Court We Trust: Cooperation, Coordination and Collaboration between the ECJ and Supreme Administrative Courts, Cambridge, 2018
- VAN MIDDELAAR LUUK, Vom Kontinent zur Union: Gegenwart und Geschichte des vereinten Europas, Berlin, 2016
- VISCHER BENEDIKT, Einheit bis zum Bruch: Verfassungsrechtliche Abwege im Ringen der EU um ein institutionelles Rahmenabkommen mit der Schweiz, Verfassungsblog vom 30. April 2021, www.verfassungsblog.de
- VOGT FABIAN, Google beginnt, in der Schweiz Links zu löschen. Aber dürfen die das überhaupt?, 18. August 2014, www.computerworld.ch
- VON BOGDANDY ARMIN, Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft, Berlin, 2022
- VON BOGDANDY ARMIN/KRENN CHRISTOPH, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern: Eine vergleichende Rekonstruktion der Richterauswahl zu EGMR und EuGH, JZ 2014, S. 529-537
- VON DANWITZ THOMAS, Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin/Heidelberg, 2008 (zit. VON DANWITZ, Verwaltungsrecht)
- VON DANWITZ THOMAS, § 19 Rechtsschutz in der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, EnzEuR Bd. 1, 2. Aufl., Baden-Baden, 2022, S. 1061-1110 (zit. VON DANWITZ, Rechtsschutz)
- VOSSKUHLE ANDREAS, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2010, S. 1-8
- WALTER HANS-PETER, Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, ZSR 2007, S. 259-277
- WEBER ROLF H./HEINRICH ULRIKE I., Verletzt das Recht auf Vergessen(werden) des EuGH die Meinungsäußerungsfreiheit?, Jusletter IT 11. Dezember 2014
- WEILER JOSEPH H.H., The Transformation of Europe, Yale Law Journal 1991, S. 2403-2483

- WENDEL MATTIAS, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht: Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich, Tübingen, 2011 (zit. WENDEL, Permeabilität)
- WENDEL MATTIAS, Mehr Offenheit wagen! Eine kritische Annäherung an das Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt, Verfassungsblog vom 21. Dezember 2014, www.verfassungsblog.de (zit. WENDEL, Offenheit)
- WENDEL MATTIAS, Enforcing the independence of national courts by means of EU law: Standards, procedures and actors as exemplified by the crisis of the Polish judiciary, in: Meier/Lorenz/Wendel (eds.), Rule of Law and the Judiciary, Baden-Baden, 2023, S. 123-142 (zit. WENDEL, judiciary)
- WESSELS WOLFGANG, Das politische System der Europäischen Union, Wiesbaden, 2020
- WÜGER DANIEL, Bundesgericht wendet Freihandelsabkommen erstmals unmittelbar an – ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, Jusletter 4. April 2005
- WYSS MARTIN, Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund, AJP 2007, S. 717-728 (zit. WYSS, Europakompatibilität)
- WYSS MARTIN, Die Umsetzung wirtschaftlicher Embargomassnahmen durch die Schweiz, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Aufl., Basel, 2020, S. 291-358 (zit. WYSS, Embargomassnahmen)
- ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl., Bern, 2023
- ZAHN REBECCA, The *Viking* and *Laval* Cases in the Context of European Enlargement, Web Journal of Current Legal Issues 2008, Nr. 3
- ZHANG ANGELA HUYUE, The Faceless Court, University of Pennsylvania Journal of International Law 2016, S. 71-135
- ZIMMER OLIVER, Wer hat Angst vor Tell? Unzeitgemässes zur Demokratie, Basel, 2020
- ZÜND ANDREAS, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 2013, S. 1349-1357 (zit. ZÜND, Grundrechtsverwirklichung)
- ZÜND ANDREAS, Gastkommentar: Das Bundesgericht verliert seine Bedeutung, Luzerner Zeitung vom 23. März 2019, www.luzernerzeitung.ch (zit. ZÜND, Gastkommentar)
- ZWEIGERT KONRAD, Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1964, S. 601-643

Abkürzungen

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz / Absätze
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft / Kanton Aargau
AGI	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (Ausländer- und Integrationsgesetz, SR 142.20)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ALCP	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (SR 0.142.112.681)
Allg.	(im) Allgemeinen
allg.	allgemein
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
betr.	betreffend
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, SR 943.02)
BGE	Entscheidung(en) des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BGÖ	Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (Öffentlichkeitsgesetz, SR 152.3)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung(en) des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	(deutsches) Bundesverwaltungsgericht

Abkürzungen

BVGE	Entscheid(e) des Schweizerischen Bundesverwaltungsgericht
BVGer	Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CETA	Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen (EU-Kanada)
CJEU	Court of Justice of the European Union
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
cm	Zentimeter
CML Rev.	Common Market Law Review
COM	Communication
DAA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags vom 26. Oktober 2004 (Dublin-Assoziierungsabkommen, SR 0.142.392.68)
ders.	derselbe(n)
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe(n)
Dublin-III-VO	Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist
E.	Erwägung(en)
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EASA	Europäische Agentur für Flugsicherheit
EC	European Community / European Communities
ECHR	European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted on 4 November 1950
ECJ	European Court of Justice
ECtHR	European Court of Human Rights
ed.	editor / edition
éd.	éditeur / édition
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten

Abkürzungen

EDÖB	Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte / Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
eds.	editors / editions
éds.	éditeurs / éditions
EEA	European Economic Area
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EIZ	Europa Institut an der Universität Zürich
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EL	Ergänzungslieferung
ELA	Europäische Arbeitsbehörde
EmbG	Bundesgesetz über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen vom 22. März 2002 (Embargogesetz, SR 946.231)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (Europäische Menschenrechtskonvention, SR 0.101)
EnzEuR	Enzyklopädie Europarecht
Erw.	Erwägung(en)
Erwg. / Erwgr.	Erwägungsgrund / Erwägungsgründe
ESM	Europäischer Stabilitätsmechanismus
et al.	et alia (und andere)
EU	Europäische Union
EUCO	European Council (Europäischer Rat)
EuG	Gericht (erster Instanz) der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGVO / EuGVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel-I-Verordnung)

Abkürzungen

EuGVÜ	Übereinkommen von Brüssel über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen von 1968
EUI	Europäisches Hochschulinstitut
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZ	Zeitschrift für Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EZB	Europäische Zentralbank
f. / ff.	und folgende (Seite / Seiten)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FHA	Freihandelsabkommen / Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (SR 0.632.401)
FIDLEG	Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen vom 15. Juni 2018 (Finanzdienstleistungsgesetz, SR 950.1)
FINIG	Bundesgesetz über die Finanzinstitute vom 15. Juni 2018 (Finanzinstitutsgesetz, SR 954.1)
Fn.	Fussnote
Frontex	Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, SR 0.142.112.681)
GA	Generalanwältin / Generalanwalt
GASP	Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik
GATT 1947/ 1994	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen vom 30. Oktober 1947 / 15. April 1994 (SR 0.632.20)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GK	Grosse Kammer (EGMR, EuGH)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPK	Geschäftsprüfungskommission

Abkürzungen

GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Hrsg.	Herausgeberin / Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
ibid.	ibidem (dasselbst, am gleichen Ort, an gleicher Stelle)
ICSID	Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten
IGH	Internationaler Gerichtshof
IMI	Binnenmarkt-Informationssystem
inkl.	inklusive
InstA	Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt (Institutionelles Abkommen, Entwurf)
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
ISGH	Internationaler Seegerichtshof
IT	Informationstechnik
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
LandVA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse vom 21. Juni 1999 (Landverkehrsabkommen, SR 0.740.72)
LFG	Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz, SR 748.0)
LGBT	Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender
lit.	litera(e)
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, SR 0.275.12)
LVA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (Luftverkehrsabkommen, SR 0.748.127.192.68)
M&W	Meeson & Welsby
MiFID II	Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente

Abkürzungen

MiFIR	Verordnung (EU) Nr. 600/2014 über Märkte für Finanzinstrumente
MPIA	Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement
m.V.a.	mit Verweis auf
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MWP	Max Weber Programme
N	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OMT	Outright Monetary Transactions
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, SR 171.10)
passim	überall
PCA	Permanent Court of Arbitration (Ständiger Schiedshof)
PKK	Arbeiterpartei Kurdistans
PKW	Personenkraftwagen
PNR	Passenger Name Record (Fluggastdatensatz)
PSPF	Public Sector Purchase Programme (Staatsanleihekaufprogramm)
pt	Punkt
Q&A	Questions and Answers (Fragen und Antworten)
Rn.	Randnummer(n)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
s.	siehe
SAA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26. Oktober 2004 (Schengen-Assoziierungsabkommen, SR 0.362.31)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt(e)

Abkürzungen

SPK	Staatspolitische Kommission
SPK-N	Staatspolitische Kommission des Nationalrates
SR	Systematische Sammlung des schweizerischen Bundesrechts
SRIEL	Swiss Review of International and European Law
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StGH	Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein
SVP	Schweizerische Volkspartei
SWD	Staff Working Document
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
THG	Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (SR 946.51)
u.a.	und andere / unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UE	Union européenne
UNO	Vereinte Nationen
US / U.S.	United States (Vereinigte Staaten von Amerika)
u.V.a.	unter Verweis auf
v.	versus (gegen) / vom
v.a.	vor allem
VEV	Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung vom 15. August 2018 (SR 142.204)
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VK	Vereinigtes Königreich
VO	Verordnung
VRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (Wiener Vertragsrechtskonvention, SR 0.111)
WEKO	Wettbewerbskommission
WTO	Welthandelsorganisation
WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (Wiener Vertragsrechtskonvention, SR 0.111)

Abkürzungen

z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Berner Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

Der EuGH erblickte 1952 als Gericht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) das Licht der Welt.¹ Sieben Richter nahmen damals in der Villa Vauban in Luxemburg ihre Arbeit auf. Ihre Aufgabe war so einfach wie herausfordernd: Sie waren beauftragt, die Wahrung des Rechts dieser Gemeinschaft, mit der die Grundlage für den europäischen Integrationsprozess gelegt wurde, zu sichern und auf diese Weise einen Beitrag zur Befriedung und zum Wiederaufbau Europas zu leisten. Entsprechend hoch waren die Erwartungen:

«The founding of the Court of Justice, intrinsically connected with the idea of creating a new European spirit in politics, law and justice, was supported by the great vision that conflicts in a future Europe should not be the cause of war or subject to political and economic struggles but should be solved by common institutions using legal means or negotiations in an atmosphere of collaboration between former enemies.»²

Gleich in ihrem ersten Urteil bewiesen die Richter 1954, dass sie gewillt waren, das in sie gesetzte Vertrauen zu rechtfertigen: Sie erklärten eine Entscheidung der Hohen Behörde, der Vorgängerin der Europäischen Kommission, über verbotene Praktiken im Stahlmarkt für nichtig, weil sie den EGKS-Vertrag verletzte.³ Mit der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1958 erweiterte sich der Aufgabenbereich des EuGH erheblich. Seither sichert er die Wahrung des Rechts in allen Bereichen des Binnenmarktes und der weiteren Politiken der EU. Mit dem EWG-Vertrag wurden auch die zentralen Klage- und Verfahrensarten weiterentwickelt: das Vertragsverletzungsverfahren, das Nichtigkeitsklageverfahren, das Vorabentscheidungsverfahren und das Gutachtenverfahren zur Prüfung der Vereinbarkeit eines völkerrechtlichen Abkommens mit den Verträgen. Damit nahm die Entwicklung des «l'Europe des juges» – wie Robert Lecourt, Richter und Präsident des EuGH 1976 rückblickend feststellte – ihren Lauf.⁴ 1961 stellte der EuGH zum ersten Mal in

¹ S. zur Entstehungsgeschichte des EuGH TAMM, S. 15-22, der auch darauf hinweist, dass die Einrichtung eines permanenten und mit weitreichenden Kontrollzuständigkeiten ausgestatteten Gerichts anfänglich nicht unisono favorisiert wurde; vor allem Deutschland setzte sich für einen starken Gerichtshof und umfassende Rechtsschutzmöglichkeiten ein, während Frankreich ein schiedsgerichtlich organisiertes *Ad hoc*-Streitbeilegungssystem favorisierte; s. auch OPHÜLS, S. 291.

² TAMM, S. 13.

³ Urteil Frankreich/Hohe Behörde, 1/54, EU:C:1954:7.

⁴ LECOURT, *passim*.

einem Vertragsverletzungsverfahren eine Verletzung des EWG-Vertrags durch einen Mitgliedstaat fest: Das damalige italienische Importverbot für Schweinefleisch versties gegen das Verbot mengenmässiger Beschränkungen.⁵ 1962 erliess der EuGH das erste Urteil auf dem Wege der Vorabentscheidung: Er gab dem vorlegenden Appellationshof in Den Haag die erforderliche Auslegung des EWG-Vertrags an die Hand, um einen Rechtsstreit über ein Verbot des Wiederverkaufs von Bosch-Produkten ins Ausland zu entscheiden.⁶ Die ersten Urteile waren mit Blick auf die Streitsachen zwar wenig spektakulär und wurden von der Öffentlichkeit kaum beachtet. Bemerkenswert ist allerdings das Pathos, mit dem der EuGH bereits in den 1950er Jahren die EGKS und seine Rolle im Institutionengefüge umschrieb: Er erklärte 1956, die «Verfassungsmässigkeit» («constitutionnalité») von Entscheidungen der Hohen Behörde über hoheitliche Preisfestsetzungen für belgische Kohle zu überprüfen.⁷ Schimmerte schon hier durch, dass der EuGH ein «Gericht mit einer Agenda»⁸ ist?

- 3 Der EuGH bezog 1972 auf dem Kirchberg-Plateau in Luxemburg ein neues Gebäude, das mit seinem imposanten Sitzungssaal und den drei goldenen Türmen Grandesse und Würde ausstrahlt. Seit 1989 ist dem Gerichtshof (EuGH) das Gericht erster Instanz (EuG) beigeordnet, dessen Urteile an den Gerichtshof weitergezogen werden können. Die beiden Gerichte bilden zusammen den Gerichtshof der EU. 1999 wurde die Irin Fidelma O’Kelly Macken als erste Frau Richterin am EuGH. Mit der Osterweiterung der EU 2004/2007/2013 – womit die EU zu einer gesamteuropäischen Organisation anwuchs und die «Teilung des europäischen Kontinents» (Präambel des EUV) überwunden wurde – verdoppelte sich die Anzahl der Richterinnen und Richter an den beiden Gerichten beinahe. Mit dem Austritt des Vereinigten Königreichs 2020 schrumpfte die Richterinnen- und Richterschaft demgegenüber wieder leicht. 2004 betrat die Schweiz zum ersten – und bis heute letzten – Mal prominent die Bühne in Luxemburg: Im Fluglärmstreit wehrte sie sich vor dem Gerichtshof der EU gegen deutsche Einschränkungen der An- und Abflüge zum und vom Flughafen

⁵ Urteil Kommission der EWG/Italien, 7/61, EU:C:1961:31.

⁶ Urteil De Geus en Uitdenbogerd/Bosch, 13/61, EU:C:1962:11.

⁷ Urteil Fédération charbonnière de Belgique/Hohe Behörde, 8/55, EU:C:1956:7, S. 227; OPHÜLS, S. 290, der als Mitglied der Schumanplan-Delegation an der Ausarbeitung des EGKSV beteiligt war, beschrieb Aufgabe und Stellung des EuGH 1951 wie folgt: «Die Funktionen eines obersten Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes werden von dem Gerichtshof der Gemeinschaft ausgeübt, der darüber hinaus auch auf dem Gebiet des internationalen Rechts, des Zivil- und Verwaltungsstrafrechts der Gemeinschaft gewisse Befugnisse ausübt.»

⁸ GRIMM, S. 12.

Zürich.⁹ Allerdings war der Gang der Schweiz nach Luxemburg nicht von Erfolg gekrönt: Das EuG wies die Klage 2010 ab; der EuGH bestätigte dessen Urteil 2013.

Diese Schrift zeigt auf, wie sich der EuGH über die letzten 70 Jahre zu einem mächtigen Gericht in Europa und zu einer unverzichtbaren Stütze der europäischen Integration entwickelt hat.¹⁰ Sein Beitrag zur Operationalisierung des in den EU-Verträgen angelegten Integrationsprogramms und zur Etablierung der EU als Rechtsunion ist überragend. Seine Urteile prägen das Leben in Europa nachhaltig. Das gilt auch für die Menschen in der Schweiz – und zwar, so die These dieser Schrift, in deutlich grösserem Ausmass als dies hinlänglich bekannt ist. Urteile des EuGH sind im Schweizer Rechtsalltag allgegenwärtig. Kenntnisse des Fallrechts aus Luxemburg gehören zum unverzichtbaren Rüstzeug der Juristinnen und Juristen nicht nur in Brüssel, Lissabon, Stockholm und Zagreb, sondern auch in Bern, Lausanne, St. Gallen und Zürich. Höchste Zeit also, den EuGH näher kennenzulernen!

Die vier Kapitel dieser Schrift befassen sich mit den folgenden Themenbereichen:

- [Erstes Kapitel](#): Wir werfen einen Blick auf die institutionellen Eigenheiten des Gerichtshofs der EU und die wichtigsten Klagen und Verfahren. Wir lassen die zentrale Rolle des EuGH bei der Entwicklung des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts anhand wegweisender Urteile Revue passieren. Viele dieser Urteile gehören zum juristischen Allgemeingut unserer Tage. Dem EuGH wird mitunter vorgeworfen, übermässigen *judicial activism* zu betreiben. Diese Kritik wird auf ihre Stichhaltigkeit hin überprüft, bevor das grossenteils fruchtbare, zeitweise aber auch spannungsgeladene Zusammenspiel zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten gewürdigt wird.

⁹ Urteil Schweizerische Eidgenossenschaft/Kommission, C-547/10 P, EU:C:2013:139; dazu unten [Rz. 81-82](#).

¹⁰ S. für Gesamtdarstellungen des Gerichtshofs der EU und des unionalen Rechtsschutzsystems ARNULL, *European Union, passim*; BESSON, S. 261-293; BIEBER/MAIANI, S. 57-60 und S. 109-144; BREITENMOSER/WEYENETH, Rz. 566-676; CRAIG/DE BÚRCA, S. 89-98 und S. 481-662; DUBOUT, Rz. 360-364; VON DANWITZ, *Rechtsschutz, passim*; HALTERN, Band II, Rz. 1-572; OESCH, *Europarecht*, Rz. 235-251 und Rz. 556-630; PURNHAGEN/GORMLEY, *passim*; RENGELING/MIDDEKE/GELLERMANN (Hrsg.), *passim*; SCHROEDER, *Grundkurs*, § 9; SLAUGHTER/STONE SWEET/WEILER, *passim*; TRIDIMAS, *passim*; WESSELS, *Kap. Der Gerichtshof der Europäischen Union*, S. 1-28; für die Rechtsprechung und weitere Informationen www.curia.europa.eu.

- [Zweites Kapitel](#): Eine prominente Rolle spielt der EuGH bei der Durchsetzung völkerrechtlich verbriefter Rechte von Menschen und Unternehmen aus Drittstaaten in der EU. Dies zeigt sich anschaulich bei der Gewährung von Rechtsschutz nach Massgabe der bilateralen Abkommen mit der Schweiz. Wir rekapitulieren die Praxis des EuGH zur Auslegung dieser Abkommen. Die Schweiz hat über den Fluglärmstreit hinaus Erfahrung als Verfahrensbeteiligte vor dem EuGH: In Vorabentscheidungsverfahren, in denen es um die Auslegung von EU-Recht geht, das aufgrund der Schengen/Dublin Assoziierungsabkommen oder des Lugano-Übereinkommens auch für die Schweiz einschlägig ist, reicht sie Stellungnahmen ein und trägt so zur Entscheidungsfindung bei.
 - [Drittes Kapitel](#): EuGH-Urteile gehören auch in der Schweiz zum Rechtsalltag. Die schweizerischen Verwaltungsbehörden und Gerichte legen die meisten bilateralen Abkommen routinemässig im Licht der Präjudizien des EuGH aus. Ähnliches gilt bei der Auslegung des schweizerischen Rechts, welches dem EU-Recht autonom nachgebildet wurde, sowie im Rahmen der Rechtsvergleichung. Viele der Leiturteile des EuGH, die wir beim Tour d'Horizon im ersten Kapitel streifen, treffen wir bei der Analyse der Praxis der schweizerischen Gerichte wieder an; ein beachtlicher Befund, der wenig bekannt ist! Die schweizerischen Gerichte tragen unangenehm und pragmatisch dazu bei, dass das *Ius commune europaeum* auch in der Schweiz Fuss fasst.
 - [Viertes Kapitel](#): Nun steht zur Debatte, dem EuGH bei der Streitbeilegung zwischen der Schweiz und der EU eine prominente Rolle zuzuweisen. Die Schweiz kann einem Modell, bei dem der EuGH für die Auslegung des EU-Rechts zuständig ist, mit guten Gründen zustimmen. Gleichzeitig sollten neue Verhandlungen auch dazu genutzt werden, das 2014-2018 entwickelte Modell weiter zu perfektionieren.
- 6 Ein Epilog rundet die Ausführungen ab. Wir rekapitulieren die wichtigsten Erkenntnisse und fassen die Gründe zusammen, welche für die Einrichtung eines neuen Streitbeilegungsmechanismus zwischen der Schweiz und der EU, unter Einbezug des EuGH, sprechen. Wir schliessen mit Überlegungen zur Frage, warum der EuGH eine veritable *pièce de résistance* bleibt für das Gelingen der Bestrebungen, das bilaterale Vertragswerk auf ein neues institutionelles Fundament zu stellen. Ein Aspekt, der bis anhin nur wenig aufgegriffen worden ist, scheint dabei besonders bedenkenswert: Das Grundverständnis über die Rolle der Politik, des Rechts und der Gerichte bei der Lösung von Konflikten in der EU steht in augenfälligem Kontrast zu der in der Schweiz traditionell vorherrschenden Zurückhaltung, Konflikte zu entpolitisieren und

ihre Lösung einer gerichtlichen Instanz zu überantworten. In der Debatte über neue institutionelle Regeln tut die Schweiz gut daran, sich dieser Unterschiede bewusst zu sein.

Erstes Kapitel

Der EuGH als *Supreme Court* der EU

I. Übersicht

Der EuGH und das EuG operieren auf der Grundlage ausgefeilter institutioneller Vorgaben.¹¹ Diese regeln die Zusammensetzung, die Organisation, die Beschlussfassung, die Aufgaben und die Befugnisse der beiden Gerichte (II). Im Vordergrund steht die Überprüfung der Rechtmässigkeit der Handlungen der Organe der EU und ihrer Einrichtungen sowie die Überprüfung der Einhaltung der Verträge durch die Mitgliedstaaten. Im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens entscheidet der EuGH Fragen der Auslegung und Gültigkeit von EU-Recht. Weitere Zuständigkeiten ergeben sich nach Massgabe völkerrechtlicher Abmachungen (III). Der Beitrag des EuGH zur Entwicklung des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts wird anhand einer Darstellung der wegweisendsten Urteile nachgezeichnet (IV). Mitunter stösst die integrationsfreundliche Praxis des EuGH auf Kritik. Er wird mit dem Vorwurf der unzulässigen Weiterentwicklung des vertraglich Vorgesehenen bzw. des übermässigen *judicial activism* konfrontiert (V). Entscheidend ist, dass die Mitgliedstaaten – und zuvörderst ihre Gerichte – die Verdikte aus Luxemburg annehmen und in ihrer Arbeit beachten. Das ist der Fall; einige wenige Ausnahmen bestätigen die Regel (VI). Eine Zusammenfassung rundet das Kapitel ab (VII).

7

¹¹ Die institutionellen und verfahrensmässigen Vorgaben und die Zuständigkeiten finden sich in Art. 19 EUV, Art. 251-281 AEUV sowie in den Satzungen und Verfahrensordnungen des EuGH und des EuG.

II. Richterinnen, Generalanwälte, Kammern, Urteile

Der EuGH besteht aus einer Richterin oder einem Richter je Mitgliedstaat, das EuG aus zwei Richterinnen oder Richtern je Mitgliedstaat. Sie werden von den Regierungen der Mitgliedstaaten im gegenseitigen Einvernehmen für eine Amtszeit von sechs Jahren ernannt. Wiederernennungen sind zulässig. Entsprechend besteht der EuGH zurzeit aus 27 Richterinnen und Richtern, das EuG aus 54 Richterinnen und Richtern. Die Formel «(mindestens) eine Richterin oder ein Richter pro Mitgliedstaat» gilt aus integrationspolitischer Warte hinlänglich als unverzichtbar. Damit soll sichergestellt werden, dass alle Mitgliedstaaten personell vertreten sind. Die Akzeptanz der Urteile wird erhöht. Die mitgliedstaatlichen Rechtskulturen verfügen über ein Sprachrohr und fließen in die Entscheidungsfindung und richterliche Rechtsfortbildung ein. Während sich die Richter – erst 1999 wurde Fidelma O’Kelly Macken als erste Frau Richterin am EuGH – lange auch als Vertreter ihrer jeweiligen Mitgliedstaaten verstanden – von deren Gnaden ihre Tätigkeit in Luxemburg letztlich abhängt –, spielt ihre Staatsangehörigkeit heute keine Rolle mehr. Es gibt keine Regel, wonach die Richterin oder der Richter desjenigen Mitgliedstaates, der von einer Streitsache am meisten betroffen ist, zwingend dem urteilenden Spruchkörper angehören müsste. Die Unionsrichterinnen und Unionsrichter sind nicht Richterinnen und Richter «ihres» jeweiligen Mitgliedstaats.¹²

Die Richterinnen und Richter müssen Persönlichkeiten sein, welche Gewähr für Unabhängigkeit bieten und über fundierte juristische Vorkenntnisse verfügen. Ein hochrangig besetzter Ausschuss «Bewerberinnen- und Bewerberprüfung» gibt vor ihrer Ernennung eine Stellungnahme zur Eignung der Bewerberinnen und Bewerber ab.¹³ Dieser Ausschuss wurde mit dem Vertrag von Lissabon 2009 eingerichtet. Ihm gehören sieben Persönlichkeiten an, die vornehmlich aus dem Kreis ehemaliger Mitglieder des EuGH und von Mitgliedern der höchsten nationalen Gerichte ausgewählt werden.¹⁴ Der Ausschuss hat bewiesen, dass er die Aufgabe der Qualitätssicherung ernst nimmt. Problema-

¹² GUNDEL, Gemeinschaftsrichter, S. 31; KRENN, European Court of Justice, S. 82.

¹³ S. <https://comite255.europa.eu/de/home>; KRENN, European Court of Justice, S. 45-53 und S. 105-116; DUMBROVSKY/PETKOVA/VAN DER SLUIS, *passim*.

¹⁴ S. KRENN, European Court of Justice, S. 48, mit Hinweis darauf, dass 2014-2022 mit Andreas Vosskuhle der damalige Präsident des deutschen Bundesverfassungsgerichts dem Ausschuss angehörte, also just ein Mitglied desjenigen Gerichts, welches 2020 nicht davor zurückschreckte, dem EuGH Ultra vires-Handeln vorzuwerfen, s. unten [Rz. 62](#).

tisch ist, dass er seine Arbeit hinter verschlossenen Türen erledigt.¹⁵ Das Europäische Parlament ist nicht in den Prozess der Auswahl und Ernennung der Richterinnen und Richter eingebunden; die Forderung nach einer Änderung dieser Praxis verhallte bis anhin ungehört.¹⁶ Das grösste Verbesserungspotential besteht allerdings bei der Kandidatinnen- und Kandidatenkür auf nationaler Ebene: In gewissen Mitgliedstaaten liegt das Auswahlprozedere weitgehend in den Händen der Regierungen, während die Parlamente nur punktuell beteiligt werden; auch zeichnen sich solche Prozedere selten durch übertriebene Transparenz aus.¹⁷ Ein Blick auf die ehemaligen und aktuellen Richterinnen und Richter am Gerichtshof der EU offenbart eine bunte Vielfalt beruflicher Werdegänge. Sie haben vor ihrer Tätigkeit in Luxemburg in den Bereichen Justiz, Anwaltschaft, Wissenschaft, Verwaltung und Regierung gearbeitet.¹⁸ Zeitweise waren sie auch als Generalanwältin oder Generalanwalt bereits am Gerichtshof der EU tätig, bevor sie gleichsam «befördert» wurden.¹⁹ Die Anforderungen, welche der Ausschuss «Bewerberinnen- und Bewerberprüfung» für eine erfolgreiche Kandidatur voraussetzt, haben dazu geführt, dass nurmehr fachlich bestens ausgewiesene und für die richterliche Tätigkeit in Luxemburg qualifizierte Persönlichkeiten in Frage kommen. Gemäss Christoph Krenn sieht das ideale Jobprofil heute wie folgt aus:

«Put poignantly, for the Panel the ideal ECJ judge is a senior Member State judge with an academic inclination, in his or her fifties, who is internationally minded. Profiles that are rather discouraged are those of the former politician, the junior lawyer and inward-looking, parochial candidates.»²⁰

10 Ähnlich wie bei anderen Gerichten sind auch die Persönlichkeiten, die in Luxemburg tätig sind und in ihren bordeauxroten Roben mit dunklem Samtbesatz und plissierten Jabots aus weissem Stoff auf der Richterbank sitzen, der

¹⁵ S. für Vorschläge, eine Prise Transparenz («a Dose of Transparency») hinzuzufügen, KRENN, European Court of Justice, S. 111-113.

¹⁶ S. für Vorschläge, v.a. betr. der stärkeren Beteiligung des Parlaments bei den Arbeiten des Ausschusses «Bewerberinnen- und Bewerberprüfung», KRENN, European Court of Justice, S. 114-116.

¹⁷ OESCH/CAMPLI, Rz. 208, m.w.H.; s. auch VON BOGDANDY/KRENN, S. 534, wonach die Auswahl und Ernennung der Richterinnen und Richter in Brüssel charakterisiert ist durch «die Macht der Experten und das Schweigen der Staaten.»

¹⁸ HACKSPIEL, Art. 253 AEUV Rz. 4.

¹⁹ Vgl. auch HÖPNER, Erklärung, *passim*, zum Vor- und Selbstverständnis der Richterinnen und Richter am EuGH und ihrer Motivation, «kreativ und idealistisch rechtsschöpferisch» zur Weiterentwicklung des EU-Rechts beizutragen.

²⁰ KRENN, European Court of Justice, S. 51-52.

Öffentlichkeit kaum bekannt.²¹ Wer kennt, selbst in Juristinnen- und Juristenkreisen, die Richterinnen und Richter am EuGH, die derzeit aus Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich stammen, nämlich Thomas von Danwitz, Jean-Claude Bonichot, Lucia Serena Rossi und Andreas Kumin? Wer kennt den Belgier Koen Lenaerts, den aktuellen Präsidenten des EuGH? Wer kennt den Niederländer Marc van der Woude, der das EuG präsidiert?

Die Präsidentin oder der Präsident bestimmt für jede Rechtssache die Bericht-erstatte-
rin oder den Bericht-erstatte-
r; dabei werden die Arbeitsbelastung, der Sachzusammenhang zwischen verschiedenen hängigen Verfahren und besondere Fach- und Sprachkenntnisse berücksichtigt.²² Das Plenum entscheidet, an welchen Spruchkörper – Kammern, ausnahmsweise Plenum – die Rechts-sache verwiesen wird. In Fällen von grosser Tragweite urteilen die Gerichte in Vollbesetzung. Beim EuGH war dies in den letzten Jahren etwa der Fall bei den unten erwähnten Urteilen und Gutachten zum geplanten Beitritt der EU zur EMRK, zum Abkommen der EU mit Kanada (CETA), zum Europäischen Stabili-tätsmechanismus (ESM) und zur Konditionalitätsverordnung 2020/2092, mit der die Auszahlung von Geldern an Polen und Ungarn wegen Verstössen gegen die Rechtsstaatlichkeit blockiert wird.²³ Die Spruchkörper entscheiden mit der Mehrheit der beteiligten Richterinnen und Richter. Weder der EuGH noch das EuG kennen institutionalisiert spezialisierte Abteilungen, in denen die fachliche Expertise – etwa zum Umweltrecht, zum Wettbewerbsrecht, zum Straf-recht oder zum Verhältnis mit Drittstaaten – speziell gebündelt wäre. Die Beratungen der Richterinnen und Richter sind geheim. Abweichende Sonder-voten (*concurring* oder *dissenting opinions*) werden nicht separat kenntlich gemacht.²⁴ Damit wird nach allgemeiner Auffassung die Autorität eines Ur-teilsspruchs gestärkt und seine Verbindlichkeit unterstrichen; auch wird die Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter gegenüber den (eigenen) Mit-gliedstaaten geschützt. Gleichzeitig steigt der Druck, ein mehrheitlich akzep-tables Resultat inklusive Begründung zu finden, was einem klaren und strin-genten Urteilsstil mitunter abträglich ist.

11

²¹ S. zu den Roben <https://de.wikipedia.org/wiki/Robe>; <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/eugh-wird-70-jahre-alt-101.html>; zu Farben und Moden der Justiz <https://www.haufe.de/recht/kanzleimanagement> und Link zu Colors of Law.

²² HACKSPIEL, Art. 251 AEUV Rz. 9.

²³ S. unten [Rz. 40](#), [Rz. 47](#), [Rz. 49](#) und [Rz. 126](#).

²⁴ S. KRENN, European Court of Justice, S. 129-135; HJALTE RASMUSSEN, Plädoyer, S. 177-183; ge-mäss TAMM, S. 18, war die Frage der Zulässigkeit von Sondervoten bereits in den Verhandlungen zur Schaffung des EuGH umstritten.

- 12 Die Verfahrenssprache kann von der klägerischen Partei gewählt werden. Zur Auswahl stehen die Amtssprachen der EU. Intern dient historisch bedingt Französisch als Arbeits- und Beratungssprache, was sehr gute Kenntnisse dieser Sprache der Richterinnen und Richter sowie der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (*Référéndaires*) voraussetzt und – in den Worten des deutschen Richters am EuGH – «angesichts der entsprechenden dogmatischen Orientierung» zu einem «sprachlichen Startvorteil der französischsprachigen Rechtsordnungen» beitragen mag.²⁵ Es empfiehlt sich, bei Unklarheiten die französische Fassung eines Urteils zu konsultieren. Nicht erst seit der Osterweiterung der EU 2004/2007/2013 wird diese für ein übernationales Gericht ins Auge stechende Anomalie – die Verschmähung des Englischen als *lingua franca* – in Frage gestellt.²⁶ Manche neu ernannten Richterinnen und Richter verbringen die ersten Monate mehrheitlich damit, Französisch zu lernen. Auch eine Folge dieser Sprachenregelung dürfte sein, dass ein weit überproportionaler Anteil der *Référéndaires* aus Belgien, Frankreich oder Luxemburg stammt oder dort die juristische Ausbildung absolviert hat.²⁷ Giuseppe Federico Mancini, Richter am EuGH, und sein Mitarbeiter David T. Keeling beschrieben den Vorteil der frankophonen Richterinnen und Richter 1994 wie folgt:

«[T]he fact of having to speak French, which has been the Court's working language since 1952, in the deliberation room and having to draft judgments in French, puts the non-francophones at a definite disadvantage vis-à-vis their brethren from France, Belgium and Luxembourg. Being of course accomplished gentlemen, they would never consciously take advantage of their colleagues' handicap; but the full mastery of a language – especially so noble and captivating a language – is an irresistible weapon; and the owner of that weapon will not be likely to refrain from using it.»²⁸

- 13 Die Urteile und Schlussanträge werden in alle Amtssprachen der EU übersetzt und in der Amtlichen Sammlung veröffentlicht. Die Übersetzungsarbeit und die auch im Vorabentscheidungsverfahren ausgeprägte Bezugnahme auf den Kontext eines konkreten Falles sind mitverantwortlich dafür, dass die Erwägungen des EuGH mitunter nicht leicht verständlich sind. Komplizierte Schachtelsätze prägen das Bild; einzelne Sätze laufen über unzählige Zeilen. Ein ebenso anschauliches wie abschreckendes Beispiel findet sich in einem Urteil zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens mit der Schweiz von 2018,

²⁵ VON DANWITZ, Rechtsschutz, Rz. 40.

²⁶ S. für Vorschläge, Englisch als Arbeitssprache bzw. zumindest als zweite Arbeitssprache neben Französisch einzuführen, ARNULL, *Language, passim*; KRENN, *European Court of Justice*, S. 149-154.

²⁷ ZHANG, S. 108-109.

²⁸ MANCINI/KEELING, *Language*, S. 398.

in dem der EuGH seine Erwägungen in der französischen Fassung in einem Satz mit 219 Wörtern – in der deutschen Fassung sind es noch 191 Wörter – und unzähligen Einschüben und Verschachtelungen zusammenfasst; ein auch für Fachleute schlicht nicht mehr zu verstehendes Sprachmonster!²⁹ Inhaltlich ist der Urteilsstil des EuGH auf Knappheit bedacht. Die Entscheidungsgründe sind darauf ausgerichtet, die anstehende Rechtsfrage zu beantworten. Auf dogmatische Ausführungen verzichtet der EuGH in der Regel.³⁰ Lehrmeinungen werden nicht wiedergegeben. Auch Verweise auf Urteile anderer Gerichte, inklusive mitgliedstaatlicher (Höchst-)Gerichte, sucht man vergeblich. Die Ausnahme bildet die Spruchpraxis des EGMR, welche seit jeher als Ausgangspunkt und Mindeststandard für den unionalen Grundrechtsschutz dient.

Der EuGH wird von elf Generalanwältinnen und Generalanwälten unterstützt.³¹ Sie verfassen im Anschluss an die mündlichen Verhandlungen «Schlussanträge» zuhanden des EuGH. Darin werden die aufgeworfenen Rechtsfragen erörtert und ein nicht verbindlicher Urteilsvorschlag unterbreitet. Auf diese Weise unterstützen die Schlussanträge – «das zentrale Instrument der Verarbeitung von Meinungsvielfalt innerhalb des Gerichtshofs»³² – den EuGH bei der Entscheidungsfindung.³³ Sie sind häufig ausführlicher begründet als die auf Knappheit bedachten Urteile. Mitunter werden die geltende Praxis und Lehre zusammengefasst, Schwächen identifiziert, Optionen einer Weiterentwicklung der Rechtsprechung diskutiert und Praxisänderungen vorbereitet. In der Regel folgt der EuGH den Urteilsvorschlägen.³⁴ Es empfiehlt sich, beim Studium eines Urteils auch die dazugehörigen Schlussanträge zu konsultieren; letztere vermögen mitunter zusätzliche Hinweise auf die Bedeutung der Entscheidungsgründe des EuGH zu liefern.³⁵ Dabei bemühen sich die Generalanwältinnen und Generalanwälte um eine im Vergleich zu den Kolleginnen

14

²⁹ Urteil Picart, C-355/16, EU:C:2018:184, Rz. 32.

³⁰ S. auch JESTAEDT, S. 34, wonach der Rechtsfindungsstil des EuGH «ausgesprochen material, d.h. in struktureller Hinsicht a-methodisch, a-funktionell und a-institutionell ausgerichtet» ist, ohne dass der EuGH «die eigene Rolle im Rechtsfindungsprozess» reflektieren würde; s. zu den Auslegungsmethoden des EuGH unten [Rz. 51–54](#).

³¹ Die Institution der Generalanwältin und des Generalanwalts ist dem französischen «*commissaire du gouvernement*» beim Conseil d'Etat nachgebildet, hat sich im Lauf der Zeit aber zu einer eigenständigen Figur des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts entwickelt, HACKSPIEL, Art. 252 AEUV Rz. 1.

³² ANDREAS TH. MÜLLER, S. 393.

³³ HACKSPIEL, Art. 252 AEUV Rz. 12.

³⁴ S. für einen Schlussantrag, den der EuGH nicht übernommen hat, Schlussanträge Faccini Dori/Recreb, C-91/92, EU:C:1994:45.

³⁵ S. dazu auch HACKSPIEL, Art. 252 AEUV Rz. 14.

und Kollegen auf der Richterbank verständlichere, mitunter gar blumige Sprache mit einem belletristischen Einschlag. Ausführungen zur Unionsbürgerschaft von Generalanwalt Francis Jacobs – der Unionsbürger ist berechtigt zu sagen: «Civis europaeus sum!»³⁶ – haben ebenso einen Ehrenplatz in der Europarechtsliteratur gefunden wie Beobachtungen von Generalanwältin Eleanor Sharpston – «Bürger [handeln], wenn sie umziehen, als menschliche Wesen und nicht als Roboter. Sie verlieben sich, heiraten und gründen eine Familie»³⁷ – und dramaturgisch zugespitzte Beschreibungen der Konsequenzen von EU-Rechtsverletzungen bei Generalanwalt Jean Mischo: «Selten hatte der Gerichtshof einen Fall zu entscheiden, in dem die nachteiligen Folgen der Nichtumsetzung einer Richtlinie für die betroffenen Privatpersonen so schockierend waren wie hier.»³⁸ Im Gegensatz zu den Richterinnen und Richtern und ihren *Référéndaires* sind die Generalanwältinnen und Generalanwälte nicht monoglott unterwegs: Lange verfassten sie die Schlussanträge in ihren jeweiligen nativen Sprachen; mittlerweile ist es üblich, aus Praktikabilitätsgründen eine der fünf Pivot-Sprachen Deutsch, Englisch, Französisch, Spanisch oder Italienisch zu verwenden.³⁹ Die Parteien haben kein Recht, sich zu den Schlussanträgen zu äussern.⁴⁰ Die Mitwirkung einer Generalanwältin oder eines Generalanwalts ist nicht erforderlich, wenn eine Rechtssache keine neue Rechtsfrage aufwirft.

- 15 Organe der EU und Mitgliedstaaten können einem Rechtsstreit in aller Regel als Streithelfer beitreten.⁴¹ Dasselbe gilt für natürliche und juristische Personen, sofern sie ein berechtigtes Interesse am Ausgang eines Rechtsstreits glaubhaft machen können (ausser bei Verfahren zwischen Mitgliedstaaten

³⁶ Schlussanträge Konstantinidis v Stadt Altensteig und Landratsamt Calw, C-168/91, EU:C:1992:504, Rz. 46.

³⁷ Schlussanträge Ruiz Zambrano, C-34/09, EU:C:2010:560, Rz. 128.

³⁸ Schlussanträge Francovich, C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:221, Rz. 1.

³⁹ KRENN, European Court of Justice, S. 153.

⁴⁰ Beschluss Emesa Sugar, C-17/98, EU:C:2000:69. Im Urteil Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij gegen die Niederlande vom 20. Januar 2009, Nr. 13645/05, kam der EGMR zum Schluss, dass der Beschwerdeführer nicht dargetan hatte, dass der gemeinschaftsrechtliche Grundrechtsschutz offensichtlich unzureichend war, weil es nicht möglich ist, in einem Vorabentscheidungsverfahren auf die Schlussanträge zu replizieren. Gestützt auf die Bosphorus-Vermutung betrachtete der EGMR die Beschwerde als unzulässig und verzichtete auf die inhaltliche Überprüfung der Rüge, die Verweigerung der Abgabe einer Stellungnahme würde gegen Art. 6 EMRK verstossen.

⁴¹ S. zur Funktion und zum Einfluss von Stellungnahmen und Erklärungen der Organe und Mitgliedstaaten in EuGH-Verfahren im Allg. KRENN, European Court of Justice, S. 59-73.

oder Organen der EU).⁴² Für private Parteien besteht Anwaltszwang; dies gilt nicht für Mitgliedstaaten und Unionsorgane. Unaufgefordert eingereichte Schriften, sog. *amicus curiae*-Stellungnahmen, werden vom EuGH nicht berücksichtigt.

⁴² Dies gilt auch für Drittstaaten, sofern sie ein berechtigtes Interesse am Ausgang eines Rechtsstreits glaubhaft machen können, GUNDEL, Drittstaaten, S. 725-726.

III. Klagen und Verfahren

Der Gerichtshof der EU entscheidet im Stil eines *Supreme Court* über die Auslegung und Anwendung des EU-Rechts.⁴³ Das Vertragsverletzungsverfahren, das Nichtigkeitsklageverfahren, das Untätigkeitsklageverfahren, das Vorabentscheidungsverfahren und das Gutachtenverfahren sind die praktisch wichtigsten Klagen und Verfahren.⁴⁴ Weitere Zuständigkeiten ergeben sich aus spezifischen Vorgaben im EU-Recht oder in völkerrechtlichen Verträgen.

16

Im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens überprüft der EuGH, ob die Mitgliedstaaten die Verträge einhalten und unionsrechtskonform handeln (Art. 258-260 AEUV). Die Aktivlegitimation liegt zuvörderst bei der Kommission. Sie verfügt mit der Vertragsverletzungsklage über ein wirkmächtiges Instrument, um ihre Funktion als «Hüterin»⁴⁵ der Verträge zu erfüllen. Hinweise auf Vollzugsdefizite in den Mitgliedstaaten stammen häufig von Bürgerinnen und Bürgern sowie Unternehmen. Die Kommission hat zu diesem Zweck ein Online-Beschwerdeverfahren eingerichtet, mit dem Private Verstöße melden können.⁴⁶ Der Entscheid, ein Verfahren einzuleiten, liegt im Ermessen der Kommission, welche dabei ihre Ressourcen und den politischen Kontext berücksichtigt; Private haben keinen Anspruch darauf, dass die Kommission effektiv tätig wird.⁴⁷ Sofern weder informelle Kontakte noch das förmliche Vorverfahren zwischen der Kommission und dem Mitgliedstaat zu einer gütlichen Lösung führen und der im Anschluss daran angerufene EuGH zum Schluss kommt, dass die von der Kommission geltend gemachten Klagegründe zutreffen, ist der Mitgliedstaat verpflichtet, einen vertragskonformen Zustand herzustellen. Im Fall der Nichtbefolgung eines Urteils verhängt der EuGH auf Antrag der Kommission einen Pauschalbetrag oder ein Zwangsgeld.⁴⁸ So ver-

17

⁴³ S. zu den Zuständigkeiten des EuGH und des EuG OESCH, *Europarecht*, Rz. 558. Das Europäische Parlament und der Rat haben die Kompetenz, dem EuG beigeordnete Fachgerichte einzurichten (Art. 257 AEUV). Sie haben davon mit Ausnahme des Gerichts für den öffentlichen Dienst (2005-2016) keinen Gebrauch gemacht.

⁴⁴ S. dazu und zu den weiteren – praktisch weniger bedeutsamen – Verfahren (Schadenersatzklage, Beamtenklage, inzidente Normenkontrolle, vorläufiger Rechtsschutz) die Verweise oben Fn. 10.

⁴⁵ Urteil Kommission/Deutschland, C-431/92, EU:C:1995:260, Rz. 22.

⁴⁶ S. https://ec.europa.eu/info/index_de und Link zu Recht/Vertragsverletzungsverfahren/Meldung eines Verstosses.

⁴⁷ Urteil *Star Fruit*/Kommission, C-247/87, EU:C:1989:58, Rz. 11.

⁴⁸ Wobei die beiden Sanktionstypen bei Bedarf – entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 260 Abs. 2 AEUV – auch kumulativ verhängt werden können, Urteil Kommission/Frankreich, C-304/02, EU:C:2005:444, Rz. 80-86.

urteilte der EuGH Polen 2021 zur Zahlung eines Zwangsgelds in der Höhe von einer Million Euro pro Tag, weil sich Polen geweigert hatte, eine einstweilige Anordnung des EuGH zur umstrittenen Justizreform umzusetzen.⁴⁹ Auch die Mitgliedstaaten können eine Vertragsverletzungsklage gegen einen anderen Mitgliedstaat erheben. Solche Klagen sind allerdings äusserst selten (womit die Beilegung von Konflikten zwischen Mitgliedstaaten anderen Mustern folgt als dies typischerweise der Fall ist auf dem internationalen Parkett). Eine Ausnahme war die Klage Österreichs gegen Deutschland über eine geplante Abgabe für die Benutzung von Strassen durch PKWs (Maut). Der EuGH kam 2019 zum Schluss, dass die geplante Abgabe in Verbindung mit einer Steuerentlastung für deutsche Automobilistinnen und Automobilisten gegen das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit versties.⁵⁰ Österreich beschritt den Rechtsweg, nachdem die Kommission die Abgabe als zulässig erachtet und auch eine Aufforderung des Europäischen Parlaments, ein Verfahren einzuleiten, ignoriert hatte;⁵¹ *ex post* eine wenig schmeichelhafte Passivität der Kommission. Häufig führt die Aufforderung der Kommission, ein Mitgliedstaat möge eine vertragswidrige Praxis beheben, dazu, dass eine zufriedenstellende Lösung gefunden wird und die Kommission auf die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens verzichtet. So beschloss 2011 der italienische Wirtschafts- und Finanzminister, umstrittene Massnahmen gegen Schweizer Unternehmen aufzuheben, nachdem der Kommission Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass Italien gegen das bilaterale Abkommen mit der Schweiz über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens versties, und sie eine Untersuchung eingeleitet hatte.⁵² Die Kommission veröffentlicht jährlich einen Bericht über die Kontrolle der Anwendung des EU-Rechts.⁵³ Im Jahr

⁴⁹ Beschluss Kommission/Polen (*Indépendance et vie privée des juges*), C-204/21 R, EU:C:2021:878.

⁵⁰ Urteil Österreich/Deutschland, C-591/17, EU:C:2019:504.

⁵¹ Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 15. März 2017 zur Billigung des überarbeiteten Plans Deutschlands, eine Strassenmaut einzuführen, durch die Kommission, P8_TA(2017)0084.

⁵² Stellungnahme des Bundesrates vom 18. Mai 2011 zur Motion 11.3157 «Beziehungen zwischen der Schweiz und Italien. Wogen glätten»; dazu auch BAUDENBACHER, Konflikte, S. 833-834; für weitere Vertragsverletzungsverfahren, welche die Durchführung der bilateralen Abkommen mit der Schweiz betrafen, Urteil Kommission/Spanien, C-360/95, EU:C:1997:624; Vertragsverletzungsverfahren gegen Griechenland, INFR(2009)4507; Vertragsverletzungsverfahren gegen Portugal, INFR(2007)4670.

⁵³ S. zuletzt und für die nachfolgend zitierten Zahlen und Bereiche die Jahresberichte 2020 (COM(2021) 432 final), 2021 (COM(2022) 344 final) und 2022 (COM(2023) 453 final); Pres-

2020 leitete sie insgesamt 903 neue Vertragsverletzungsverfahren ein. Die meisten Verfahren wurden gegen Bulgarien, Italien, Malta und Griechenland angestrengt. Mehr als die Hälfte der Verfahren betraf die verspätete Umsetzung von Richtlinien. Inhaltlich konzentrierte sich die Kommission 2020 politisch auf diejenigen Schwerpunkte, welche sich am stärksten auf das alltägliche Leben der Bürgerinnen und Bürger sowie der Unternehmen auswirken; dazu gehören – gemäss der Kommission – unter anderem die Bereiche Umwelt, Mobilität und Verkehr sowie Energie. Auch in den Jahren 2021 und 2022 standen dieselben Schwerpunkte im Fokus der Kommission. Allerdings war 2022 ein markanter Rückgang der neu eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren zu verzeichnen: «nur» 551 solche Verfahren wurden aufgenommen, wobei die verspätete Umsetzung von Richtlinien erneut die Hauptursache darstellte. Besonderes Augenmerk legte die Kommission auf den Schutz der Grundrechte der EU und die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit. Dies zeigte sich insbesondere in den Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen und Ungarn. Zudem war die Kommission damit beschäftigt, die Umsetzung von Sanktionen gegen Russland im Zuge der russischen Invasion der Ukraine zu überwachen.

Im Rahmen des Nichtigkeitsklageverfahrens kontrolliert der Gerichtshof der EU Gesetzgebungsakte und weitere rechtlich verbindliche Handlungen der Organe der EU und ihrer weiteren Einrichtungen auf ihre Rechtmässigkeit und erklärt sie gegebenenfalls als nichtig (Art. 263 AEUV). Sofern ein Organ oder ein Mitgliedstaat als klägerische Partei auftritt, dient das Verfahren der objektiven Wahrung des Unionsrechts; sofern eine Klage durch eine natürliche oder juristische Person eingereicht wird, steht der individuelle Rechtsschutz im Vordergrund. Dabei nimmt der Gerichtshof der EU mitunter verfassungsgerichtliche Funktionen wahr. Dies trifft typischerweise auf Fälle zu, in denen er als «Kompetenzgericht» oder «Grundrechtsgericht» überprüft, ob die Organe über entsprechende Kompetenzen verfügen oder bei ihrem Handeln die Grundrechte beachten. Für Klagen von natürlichen und privaten Personen ist erstinstanzlich das EuG zuständig. Die Nichtigkeitsklage stellt zusammen mit der Vertragsverletzungsklage das zentrale direkte Verfahren vor dem Gerichtshof der EU dar. Ihre Bedeutung nimmt mit der fortlaufenden Ausweitung der Rechtsetzungsaktivitäten der EU weiter zu. Das Europäische Parlament, der Rat, die Kommission und die Mitgliedstaaten sind privilegiert klageberech-

18

semiteilungen der Europäischen Kommission vom 23. Juli 2021, 15. Juli 2022 und 14. Juli 2023, www.ec.europa.eu/commission/presscorner.

tigt; sie müssen keine spezielle Betroffenheit oder Streitnähe darlegen.⁵⁴ Unbefriedigend ist, dass der EuGH die Aktivlegitimation von natürlichen und juristischen Personen merklich restriktiv auslegt. Es ist für sie praktisch unmöglich, einen generell-abstrakten Rechtsakt der EU direkt anzufechten. Gemäss EuGH fehlt es diesfalls an der «individuellen Betroffenheit».⁵⁵ Der EuGH hält trotz gerichtsintern geäusselter Kritik (EuG, Generalanwälte) und einer – wenngleich wenig erbaulichen – Neufassung der vertraglichen Vorgabe mit dem Vertrag von Lissabon (Art. 263 Abs. 4 AEUV) eisern an seiner restriktiven Praxis fest, zuletzt – und weitem bedauert – in Bezug auf Klagen von Personen, welche die Nichtigkeit von EU-Rechtsakten im Bereich des Klimaschutzes verlangten, deren Aktivlegitimation der EuGH aber verneinte.⁵⁶ Er rechtfertigt seine restriktive Praxis wesentlich damit, dass natürliche und juristische Personen die Unvereinbarkeit von Verordnungen und Richtlinien mit übergeordnetem Recht auch vor mitgliedstaatlichen Gerichten rügen können und der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz damit nicht beeinträchtigt wird. Korrekterweise wird der EuGH dabei im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens mit der Frage der Gültigkeit des fraglichen Rechtsaktes befasst. Problematisch an dieser Argumentation bleibt, dass sich der «Umweg» über die nationalen Gerichte für eine natürliche oder juristische Person als äusserst mühselig erweisen kann.⁵⁷ Dies gilt insbesondere dann, wenn sie vor einer nationalen Behörde zuerst einen anfechtbaren Akt «provozieren» muss (z.B. einen Strafbefehl durch einen bewussten Verstoss gegen den fraglichen EU-Rechtsakt), um in einem anschliessenden Verfahren vorfrageweise die Vereinbarkeit des EU-Rechtsaktes mit dem übergeordneten Recht überprüfen zu lassen. Dabei ist die betroffene Person auf den Goodwill des nationalen Gerichts angewiesen, tatsächlich ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten.

- 19 Die Untätigkeitsklage zielt darauf ab, die vertragswidrige Untätigkeit eines Organs oder einer weiteren Einrichtung der EU festzustellen und das Organ oder die Einrichtung zu verpflichten, den vertragswidrigen Zustand zu beseitigen

⁵⁴ Klagen von Drittstaaten sind demgegenüber zulässig, sofern sie die Voraussetzungen von Art. 263 Abs. 4 AEUV erfüllen, Urteil *Venezuela/Rat*, C-872/19 P, EU:C:2021:507; GUNDEL, Drittstaaten, *passim*; zur Klageberechtigung der Schweiz bei der Anfechtung von Beschlüssen der Kommission gestützt auf das Luftverkehrsabkommen unten [Rz. 81](#).

⁵⁵ S. Urteil *Plaumann*, 25/62, EU:C:1963:17; Urteil *Inuit*, C-583/11 P, EU:C:2013:625. Unzweifelhaft können Private gegen die an sie gerichteten Handlungen (wie individuell-konkret wirkende Beschlüsse) Klage erheben, Art. 263 Abs. 4 AEUV.

⁵⁶ Urteil *Armando Carvalho*, C-565/19, EU:C:2021:252; ANDREAS TH. MÜLLER, *passim*; dazu auch unten [Rz. 38](#); zur restriktiv ausgelegten Aktivlegitimation im Allg. OESCH, *Europarecht*, Rz. 583-589.

⁵⁷ S. für weitere Argumente gegen die restriktive Praxis des EuGH CRAIG/DE BÚRCA, S. 586-588.

(Art. 265 AEUV). Dabei liegt die Vertragsverletzung nicht – wie üblicherweise der Fall – in einer aktiven Handlung, welche mittels Nichtigkeitsklage angegriffen werden kann, sondern im vertragswidrigen Unterlassen einer vertraglich gebotenen Handlung bzw. in der «Untätigkeit durch Nichtbescheidung oder Nichtstellungsnahme».⁵⁸ In der Praxis spielt die Untätigkeitsklage im Vergleich zur Nichtigkeitsklage eine marginale Rolle.

Die Durchführung des EU-Rechts obliegt in der Regel den Mitgliedstaaten. Die Aufgabe, das EU-Recht auszulegen und anzuwenden, fällt folglich den mitgliedstaatlichen Behörden zu. Der Gerichtshof der EU wird diesfalls nicht automatisch befasst; es gibt kein ordentliches Klage- oder Beschwerdeverfahren, welches erlauben würde, Urteile eines mitgliedstaatlichen Höchstgerichts an den Gerichtshof der EU weiterzuziehen. Um gleichwohl die Gefahr divergierender Auslegungen zu minimieren, wurde das Vorabentscheidungsverfahren geschaffen (Art. 267 AEUV). Es ist kein kontradiktorisches Klageverfahren, sondern ein separates (Zwischen-)Verfahren, welches der Parteiherrschaft weitgehend entzogen ist.⁵⁹ Ein mitgliedstaatliches Gericht setzt ein bei ihm anhängiges Verfahren aus und übermittelt dem EuGH die entscheidungserheblichen Fragen der Auslegung von EU-Recht und der Gültigkeit von Handlungen der Organe und Einrichtungen der EU. Die Formulierung der Vorlagefrage obliegt dem vorlegenden Gericht; unionsrechtlich haben die Parteien des Ausgangsverfahrens keinen Einfluss darauf.⁶⁰ Immerhin besteht auch für sie die Möglichkeit, beim EuGH Stellungnahmen einzureichen und an der mündlichen Verhandlung zu plädieren. Nach der Urteilsverkündung durch den EuGH nimmt das mitgliedstaatliche Gericht das Verfahren wieder auf und entscheidet den Rechtsstreit im Licht des EuGH-Urteils. Vorlageberechtigt sind Gerichte der Mitgliedstaaten. Diejenigen Gerichte, deren Urteile nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, sind zur Vorlage verpflichtet. Ein solches Gericht kann einzig von einer Vorlage absehen, wenn die Rechtsfrage bereits durch den EuGH ge-

20

⁵⁸ Urteil Deutscher Komponistenverband/Kommission, 8/71, EU:C:1971:82, Rz. 2.

⁵⁹ Urteil Kempter, C-2/06, EU:C:2008:78, Rz. 41.

⁶⁰ Der EuGH hat zuhanden der mitgliedstaatlichen Gerichte Empfehlungen bezüglich der Vorlage formuliert (2018/C 257/01). Dabei wird auch auf Details geachtet (welche Juristinnen und Juristen an die Vorgaben beim Verfassen von studentischen Arbeiten erinnern dürfen): So ist «eine gängige Schriftart (z.B. Times New Roman, Courier oder Arial) mit einer Schriftgröße von mindestens 12 pt im Haupttext und 10 pt in etwaigen Fußnoten zu verwenden, bei einem Zeilenabstand von 1,5 sowie einem Rand von mindestens 2,5 cm (sowohl links und rechts als auch oben und unten)»; «sämtliche Seiten des Ersuchens sowie die Absätze, aus denen es besteht, sind fortlaufend zu nummerieren.»

klärt worden ist und eine gesicherte Rechtsprechung vorliegt (*acte éclairé*) oder wenn die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Beantwortung der gestellten Frage bleibt (*acte clair*).⁶¹ Auf diese Weise beansprucht der EuGH für seine Urteile eine präjudizielle Wirkung; er allein ist befugt, darauf zurückzukommen. Das ist ein wichtiger Baustein bei der Etablierung des EuGH als Höchstgericht der EU – und wie bei den Urteilen van Gend en Loos (Erhöhung des Zolltarifs für Harnstoff-Formaldehyd) und Costa/E.N.E.L. (Stromrechnung über 2'000 Lire) ging es auch in der Rechtssache CILFIT um eine keineswegs weltbewegende Angelegenheit, sondern um die profane Frage der zolltarifari-schen Einstufung von Wolle.⁶² Alle mitgliedstaatlichen Gerichte sind vorlagepflichtig, wenn sie an der Rechtmässigkeit eines EU-Rechtsaktes zweifeln; das Verwerfungsmonopol liegt allein beim EuGHG.⁶³ Das Vorabentscheidungsverfahren, das «nicht anders denn als genial bezeichnet werden kann»⁶⁴, ist «von entscheidender Bedeutung dafür, dass das vom Vertrag geschaffene Recht wirklich gemeinsames Recht bleibt» und «dass dieses Recht in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft immer die gleiche Wirkung hat».⁶⁵ Dabei dient es

⁶¹ Urteil CILFIT, 283/81, EU:C:1982:335; jüngst etwa Urteil Kommission/Frankreich, C-416/17, EU:C:2018:811, Rz. 110. Die vom EuGH formulierten Voraussetzungen für die Annahme einer Ausnahme von der Vorlagepflicht sind äusserst restriktiv: Ein Gericht muss gemäss der CILFIT-Rechtsprechung überzeugt sein, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den EuGH die gleiche Gewissheit bestünde. Dabei sind die Eigenheiten des Unionsrechts (wobei es im Zeitpunkt des CILFIT-Urteils sieben Amtssprachen gab, heute sind es 24) und die besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung (s. unten [Rz. 51-54](#)) zu berücksichtigen. Der EuGH hielt weiter fest, dass «immer wieder auftretende Schwierigkeiten bei der Auslegung in den verschiedenen Mitgliedstaaten» ein Indiz dafür sind, dass eine Vorlagepflicht besteht, «um die Gefahr einer fehlerhaften Auslegung des Unionsrechts auszuschliessen», Urteil Ferreira da Silva e Brito, C-160/14, EU:C:2015:565, Rz. 44; zum Ganzen CRAIG/DE BÚRCA, S. 529-533; OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 13 Rz. 78; HALTERN, Band II, Rz. 318-319, wonach ein *acte clair* gar nie vorliegen kann, weil die Anforderungen «realistischerweise unerfüllbar» hoch sind; zu den Folgen einer pflichtwidrigen Nichtvorlage OESCH, Europarecht, Rz. 611; für eine politikwissenschaftliche Untersuchung von Gründen nationaler Gerichte, den EuGH zu befassen oder davon abzu-sehen (wie zeitliche Dringlichkeit, Stellung der Gerichte im nationalen Gerichtssystem, Kenntnisse des EU-Rechts und persönliche Backgrounds der Richterinnen und Richter, politstrategische Erwägungen, Schwierigkeiten, die Auslegungsfrage und den Sachverhalt im Rahmen der vorgesehenen 20 Seiten darzulegen), KROMMENDIJK, *passim*.

⁶² S. zu diesen beiden Urteilen unten [Rz. 27](#) und [Rz. 28](#).

⁶³ Urteil Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost, 314/85, EU:C:1987:452.

⁶⁴ ZÜND, Gastkommentar, *passim*.

⁶⁵ Urteil Rheinmühlen Düsseldorf, 166/73, EU:C:1974:3, Rz. 2.

auch dem Individualrechtsschutz; der EuGH legt auf Vorlage hin nicht nur das EU-Recht aus, sondern überprüft auch die Rechtmässigkeit von Handlungen der EU-Organe, sofern eine solche Kontrolle mit einer Nichtigkeitsklage nicht möglich war. Das Vorabentscheidungsverfahren ist das «Schlüsselement»⁶⁶ des unionalen Rechtsschutzsystems. Es trägt wesentlich zu einer formalisierten Kooperation und – im Idealfall – zu einem fruchtbaren Dialog zwischen dem Gerichtshof der EU und den mitgliedstaatlichen Gerichten bei, welche gemeinsam für die Wahrung des Rechts in der EU verantwortlich sind.⁶⁷ Letztere sind «juges de <droit commun> de l'ordre juridique de l'Union»⁶⁸ bzw. «agents of the Community order (...) as *de facto* Community judges».⁶⁹ Sie haben mit der Eingliederung in den europäischen Rechtsprechungsverbund an Einfluss gewonnen, wie Samantha Besson ausführt:

«Ce dialogue est probablement la source du succès de la CJUE qui a réussi à renforcer le pouvoir des tribunaux nationaux sur le plan national et à en faire des alliés contre les gouvernements nationaux.»⁷⁰

Das Vorabentscheidungsverfahren stellt zahlenmässig das bedeutsamste Verfahren vor dem EuGH dar. Rund zwei Drittel aller Fälle betreffen Vorabentscheidungsersuchen. Die meisten der im zweiten Kapitel rekapitulierten wegweisenden Urteile des EuGH ergingen im Vorabentscheidungsverfahren; es ist «the jewel in the crown of the EU legal system.»⁷¹

Der EuGH beurteilt auf Antrag eines Mitgliedstaates, des Europäischen Parlaments, des Rates oder der Kommission gutachterlich die Vereinbarkeit geplanter internationaler Abkommen mit den EU-Verträgen (Art. 218 Abs. 11 AEUV). Damit soll vermieden werden, dass die EU Abkommen abschliesst, welche mit den Verträgen nicht vereinbar sind und in der Folge unionsintern und im Verhältnis zu den Vertragsparteien zu Problemen führen. Sofern der EuGH zum Schluss kommt, dass die geplante Übereinkunft mit den Verträgen nicht vereinbar ist, darf die Übereinkunft nur abgeschlossen werden, sofern sie angepasst wird oder die betroffenen Vertragsbestimmungen geändert werden. Die

⁶⁶ Urteil Kommission/Polen, C-619/18, EU:C:2019:531, Rz. 45; Urteil République de Moldavie (Komstroy), C-741/19, EU:C:2021:655, Rz. 46.

⁶⁷ S. zu dieser Kooperation und diesem Dialog unten [Rz. 60–64](#); kritisch zu diesem Dialog – «at least not one that is significantly moving beyond a question and answer (Q&A) routine» (S. 200) – VAN GESTEL/DE POORTER, *passim*.

⁶⁸ Gutachten Patentgericht, 1/09, EU:C:2011:123, Rz. 80.

⁶⁹ STONE SWEET, Coup d'État, S. 925.

⁷⁰ BESSON, Rz. 549.

⁷¹ PURNHAGEN/GORMLEY, Rz. 6.

Nichtanrufung des EuGH vor dem Abschluss einer geplanten Übereinkunft schliesst nicht aus, die Übereinkunft bzw. den Beschluss zu ihrem Abschluss zu einem späteren Zeitpunkt mit einer Nichtigkeitsklage oder im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens auf ihre bzw. seine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht überprüfen zu lassen.⁷² Der EuGH hat mit solchen Gutachten die völkerrechtlichen Beziehungen der EU wesentlich beeinflusst. Er erachtete 1991 die Schaffung eines gemeinsamen EWR-Gerichtshofs als mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar, worauf das heute geltende Zweisäulenmodell errichtet wurde.⁷³ 1994 entschied der EuGH, dass der Abschluss des Abkommens zur Gründung der WTO nicht in die ausschliessliche Zuständigkeit der Gemeinschaft fiel, sondern in die geteilte Zuständigkeit der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten; als Folge davon sind bis heute sowohl die EU als auch ihre Mitgliedstaaten WTO-Mitglieder.⁷⁴ 2014 stellte der EuGH fest, dass der von den Vertragsparteien der EMRK und der EU ausgehandelte Abkommensentwurf über den Beitritt der EU zur EMRK mit den Verträgen nicht vereinbar war, womit der Beitritt der EU zur EMRK blockiert ist.⁷⁵ 2019 gab der EuGH grünes Licht für den Abschluss des Wirtschafts- und Handelsabkommens mit Kanada (CETA).⁷⁶

- 23 Der Gerichtshof der EU verfügt grundsätzlich über eine umfassende Zuständigkeit zur Beurteilung der Rechtmässigkeit der Handlungen der Organe der EU und ihrer Einrichtungen. Dies gilt seit Inkrafttreten des Vertrags von Lisabon auch für Massnahmen im Bereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (s. aber Art. 276 AEUV). Demgegenüber können Massnahmen im Bereich der Gemeinsamen Aussen- und Sicherheitspolitik (GASP) mit Ausnahme von restriktiven Massnahmen gegen natürliche und juristische Personen weiterhin nicht durch den EuGH überprüft werden (Art. 24 Abs. 1 EUV, Art. 275 AEUV). Diese Rechtsschutzmöglichkeit im Bereich der Sanktionen ist rechtsstaatlich essentiell.⁷⁷
- 24 In Ergänzung zu seiner Funktion als Kontrolleur der korrekten Auslegung und Anwendung des EU-Rechts in der EU kann sich die Zuständigkeit des Gerichtshofs der EU gestützt auf weitere Vorgaben ergeben.⁷⁸ Er ist für jede mit

⁷² Gutachten Lokale Kosten, 1/75, EU:C:1975:145, S. 1361.

⁷³ Gutachten EWR I, 1/91, EU:C:1991:490.

⁷⁴ Gutachten WTO, 1/94, EU:C:1994:384.

⁷⁵ Gutachten EMRK II, 2/13, EU:C:2014:2454; s. unten [Rz. 40](#).

⁷⁶ Gutachten CETA, 1/17, EU:C:2019:341; s. unten [Rz. 126](#).

⁷⁷ S. dazu auch unten [Rz. 38](#).

⁷⁸ S. zur Zulässigkeit von Klagen von Drittstaaten, sofern sie die Voraussetzungen von Art. 263 Abs. 4 AEUV erfüllen, unabhängig spezieller völkerrechtlicher Vorgaben oben Fn. 54.

dem Gegenstand der Verträge in Zusammenhang stehende Streitigkeit zwischen Mitgliedstaaten zuständig, wenn eine solche Streitigkeit bei ihm aufgrund eines Schiedsvertrags anhängig gemacht wird (Art. 273 AEUV); dies gilt etwa für Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung des Vertrags zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) von 2012.⁷⁹ Der Gerichtshof ist zudem zur verbindlichen Auslegung von internationalen Übereinkommen und zur Streitbeilegung nach Massgabe solcher Übereinkommen berufen, sofern sie eine Zuständigkeit begründen. Hierzu fallen die folgenden Beispiele ins Licht.⁸⁰

- Der Assoziationsrat des Assoziationsabkommens zwischen der EWG und der Türkei von 1963 (Ankara-Abkommen) kann beschliessen, die Beilegung einer Streitigkeit in Bezug auf die Auslegung und Anwendung des Abkommens dem EuGH (oder irgendeinem anderen bestehenden Gericht) zu unterbreiten.⁸¹ Die Vertragsparteien haben von dieser Möglichkeit noch nie Gebrauch gemacht.
- Das EWR-Abkommen von 1992 ermächtigt die Vertragsparteien, Fragen zur Auslegung von EWR-Bestimmungen, welche in ihrem Gehalt mit dem EU-Recht identisch sind, gestützt auf einen gemeinsam gefassten Beschluss dem EuGH zur verbindlichen Entscheidung vorzulegen.⁸² Die EWR-EFTA-Staaten können einem Gericht zudem gestatten, den EuGH zu ersuchen, über die Auslegung von EWR-Bestimmungen, die EU-Bestimmungen entsprechen, zu entscheiden.⁸³ Von beiden Möglichkeiten wurde noch nie Gebrauch gemacht.
- Das Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EG von 1999 erklärt den EuGH zuständig zur Streitschlichtung in gewissen im Abkommen geregelten Bereichen.⁸⁴ Auf dieser Grundlage hat der EuGH 2013 den Fluglärmstreit entschieden.⁸⁵
- Die Assoziierungsabkommen der EU mit Georgien, der Republik Moldau und der Ukraine sowie das Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU sehen eine Befassung des EuGH durch Schiedsge-

⁷⁹ Art. 37 Abs. 3 des ESM-Vertrags; dazu auch unten [Rz. 47](#).

⁸⁰ S. zum Ganzen GUNDEL, Öffnung, *passim*.

⁸¹ Art. 25 Abs. 2 des Ankara-Abkommens.

⁸² Art. 111 Abs. 3 des EWR-Abkommens.

⁸³ Art. 107 und Protokoll 34 des EWR-Abkommens.

⁸⁴ Art. 20 LVA.

⁸⁵ S. unten [Rz. 81-82](#).

richte vor, sofern ein Streitfall die Auslegung von Begriffen des EU-Rechts impliziert.⁸⁶ Der EuGH wurde noch nie auf der Grundlage dieser Vorgaben mit einer Auslegungsfrage befasst.

- Die Vertragsparteien des Übereinkommens zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten, der Republik Albanien, Bosnien und Herzegowina, der Republik Bulgarien, der ehemaligen jugoslawischen Republik Mazedonien, der Republik Island, der Republik Kroatien, der Republik Montenegro, dem Königreich Norwegen, Rumänien, der Republik Serbien und der Übergangsverwaltung der Vereinten Nationen in Kosovo zur Schaffung eines gemeinsamen europäischen Luftverkehrsraums von 2006 können den EuGH anrufen, um eine streitige Angelegenheit über die Anwendung oder Auslegung dieses Übereinkommens zu entscheiden.⁸⁷ Die Gerichte eines Partners des gemeinsamen europäischen Luftverkehrsraums legen dem EuGH zudem Fragen der Auslegung von Vertragsbestimmungen, die im Wesentlichen mit dem EU-Recht übereinstimmen, zur Entscheidung vor, sofern sie dies für den Erlass eines Urteils für erforderlich halten.⁸⁸ Die Partner des gemeinsamen europäischen Luftverkehrsraums können festlegen, in welchem Umfang und auf welche Weise ihre Gerichte diese Vorgabe anwenden.⁸⁹ Der EuGH wurde noch nie auf der Grundlage dieser Vorgaben mit einer Streitigkeit oder Auslegungsfrage befasst.
- Die Vertragsparteien der Verkehrsgemeinschaft der EU mit den sechs Ländern des westlichen Balkans in Südosteuropa von 2017 können den EuGH anrufen, um Streitigkeiten über die Anwendung oder Auslegung des Vertrags zu entscheiden.⁹⁰ Die Gerichte einer südosteuropäischen Partei legen dem EuGH zudem Fragen der Auslegung von Vertragsbestimmungen, die im Wesentlichen mit dem EU-Recht übereinstimmen, zur Entscheidung vor, sofern sie dies für den Erlass eines Urteils für erforderlich halten.⁹¹ Die südosteuropäischen Parteien können festlegen, in

⁸⁶ S. unten [Rz. 131](#).

⁸⁷ Art. 20 Abs. 3 dieses Übereinkommens; Bulgarien, Rumänien und Kroatien sind in der Zwischenzeit der EU beigetreten.

⁸⁸ Art. 16 Abs. 2 dieses Übereinkommens.

⁸⁹ Art. 16 Abs. 2 und Anhang IV dieses Übereinkommens. Diesbezüglich besteht ein Wahlrecht: Die Partner können ein allgemeines Vorlagerecht ihrer Gerichte vorsehen oder weitergehend eine Vorlagepflicht der Gerichte, deren Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können; GUNDEL, *Öffnung*, S. 938.

⁹⁰ Art. 37 Abs. 3 des Vertrags zur Gründung der Verkehrsgemeinschaft.

⁹¹ Art. 19 Abs. 2 des Vertrags zur Gründung der Verkehrsgemeinschaft.

welchem Umfang und auf welche Weise ihre Gerichte diese Vorgabe anwenden.⁹² Der EuGH wurde noch nie auf der Grundlage dieser Vorgaben mit einer Streitigkeit oder Auslegungsfrage befasst.

- Der EuGH ist allein für die Beilegung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Anwendung der Währungsvereinbarungen der EU mit Andorra, der Republik San Marino, dem Staat Vatikanstadt und Monaco zuständig, sofern eine Streitigkeit im Gemischten Ausschuss nicht beigelegt werden kann.⁹³ Der EuGH wurde noch nie auf der Grundlage dieser Vorgaben mit einer Streitigkeit befasst.

Auf diese Weise weitet der EuGH seinen Einflussbereich in spezifischen Bereichen staatsvertraglich abgesichert auf Drittstaaten aus. Aktuell steht zur Debatte, dem EuGH auch bei der Streitbeilegung zwischen der Schweiz und der EU eine prominente Rolle zuzuweisen. Darum geht es im vierten Kapitel.

25

⁹² Art. 19 Abs. 2 und Anhang IV des Vertrags zur Gründung der Verkehrsgemeinschaft. Diesbezüglich besteht ein Wahlrecht: Die Parteien können ein allgemeines Vorlagerecht ihrer Gerichte vorsehen oder weitergehend eine Vorlagepflicht der Gerichte, deren Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können; GUNDEL, Öffnung, S. 938.

⁹³ Art. 10 der Währungsvereinbarung mit Andorra; Art. 10 der Währungsvereinbarung mit der Republik San Marino; Art. 10 der Währungsvereinbarung mit dem Staat Vatikanstadt; Art. 12 der Währungsvereinbarung mit Monaco.

IV. Wegweisende Urteile

Der EuGH und das EuG haben seit 1952 44'000 Urteile und Beschlüsse gefällt.⁹⁴ Dieses umfangreiche Fallrecht lässt sich – mit grossherzigem Mut zur Lücke – in die nachfolgend definierten Bereiche aufteilen. Diese grobe Aufteilung erhellt, wie das EU-Recht mittlerweile in fast allen Lebensbereichen direkt oder indirekt bedeutsam ist für die Menschen in Europa – und damit auch der Gerichtshof der EU, welcher dieses Recht verbindlich auslegt.⁹⁵ Er hat bereits wenige Jahre nach den in der Einleitung erwähnten allerersten Urteilen die massgeblichen Pflöcke zum Vorrang und zur unmittelbaren Anwendbarkeit des EU-Rechts eingeschlagen. Er hat die Binnenmarktintegration vorangetrieben, den Grundrechtsschutz entwickelt, das Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft konkretisiert und den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit mit Inhalt gefüllt.

26

A. Geltung und Wirkung des EU-Rechts

2'000 Lire, umgerechnet damals rund zwei Schweizer Franken. So hoch war die Stromrechnung, die Flaminio Costa dem neu gegründeten staatlichen Elektrizitätswerk E.N.E.L. 1962 schuldete – und damit der Streitwert eines der bahnbrechendsten Urteile, welches der EuGH je gefällt hat. Ein läppisch geringer Betrag! Gleichwohl bezahlte Flaminio Costa die Rechnung nicht. Er war der Meinung, dass die Verstaatlichung der Stromerzeugung in Italien gegen das EWG-Recht versties. Das Friedensgericht Mailand ersuchte den EuGH um Auslegung der vertraglichen Bestimmungen über Handelsmonopole. Dieser stellte 1964 mit Blick auf den «Geist des Vertrags» fest, dass die Mitgliedstaaten mit der EWG «eine eigene Rechtsordnung» geschaffen und ihre «Souveränitätsrechte beschränkt» haben, und begründete die automatische Geltung und den unbedingten Vorrang des EWG-Rechts gegenüber dem nationalen

27

⁹⁴ S. www.curia.europa.eu und Link zu Der Gerichtshof in Zahlen; für Zusammenfassungen und Einordnungen wegweisender Urteile die Beiträge in den Sammelbänden von POIARES MADURO/AZOULAI (eds.) und ROSAS/LEVITS/BOT (eds.); ferner etwa BESSON, S. 353-500; COTTIER/OESCH/MEIER, *passim*; COTTIER/LIECHTI-McKee/SCARPELLI, *passim*.

⁹⁵ Wobei es kaum möglich ist, das Ausmass des EU-Rechts und damit die potentielle Einschränkung des Spielraums, der den Mitgliedstaaten zur autonomen Politikgestaltung verbleibt, in allgemeiner Form zuverlässig zu bestimmen; vgl. etwa JENNYMÜLLER, S. 51-53, welche für Österreich einen Anteil des EU-Rechts an mehr als 80 % der neu erlassenen «Stammesgesetze» nachweisen; BROUARD/COSTA/KÖNIG (eds.), *passim*.

Recht.⁹⁶ Das Friedensgericht Mailand entschied den hängigen Streitfall gestützt auf die Erwägungen des EuGH zugunsten von Flaminio Costa. Seine Prozessfreudigkeit wurde belohnt. Gleichzeitig war der Grundstein für die überragende Rolle des EuGH bei der Vertiefung der europäischen Integration gelegt. Er beansprucht für sich das letzte Wort nicht nur über die Auslegung des EU-Rechts, sondern auch darüber, ob es daneben überhaupt noch Raum für nationales Recht gibt. Einige Jahre später stellte der EuGH klar, dass dies auch gegenüber nationalem Verfassungsrecht gilt: Gemeinschaftsrechtswidriges Verfassungsrecht muss gegebenenfalls angepasst werden. Dieses Schicksal ereilte Deutschland im Jahr 2000.⁹⁷ Aus der Optik des EuGH gilt der umfassende Vorrang des EU-Rechts als gesichert: Er stellt «ein wesentliches Merkmal» der Rechtsordnung der Gemeinschaft bzw. Union dar.⁹⁸ Konsequenterweise müssen – wie Generalanwalt Miguel Poiras Maduro 2008 unterstrichen hat – im «rechtlichen Pluralismus, der die Originalität des europäischen Integrationsvorgangs ausmacht, (...) die nationalen Verfassungen ihren Vorranganspruch anpassen, um dem existenziellen Vorrang des Gemeinschaftsrechts gerecht zu werden.»⁹⁹ Die Staats- und Regierungschefinnen und -chefs bekräftigten den Vorrang des EU-Rechts in einer dem Vertrag von Lissabon beigefügten Erklärung 2009 ausdrücklich.¹⁰⁰

- 28 Bereits 1963 war der EuGH aufgerufen, über die unmittelbare Anwendbarkeit des EWG-Vertrags zu entscheiden. Er hielt unter Rekurs auf den «Geist» der einschlägigen Bestimmungen, ihre Systematik und ihren Wortlaut fest, dass die EWG eine «Rechtsordnung [darstellt], deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind»¹⁰¹, und ermöglichte der Transportfirma van Gend en Loos, sich vor den niederländischen Behörden direkt auf das Verbot von Einfuhrzöllen zu berufen. Wie beim Urteil Costa/E.N.E.L. war der Streitgegenstand – die Erhöhung des Zolltarifs für Harnstoff-Formaldehyd auf 8% – wenig prickelnd. Umso epochaler war der Grundsatz-

⁹⁶ Urteil Costa/E.N.E.L., 6/64, EU:C:1964:66; zur Entstehungsgeschichte dieses Urteils und zu seiner Rezeption ARENA, *passim*.

⁹⁷ S. unten [Rz. 42](#).

⁹⁸ Gutachten EWR I, 1/91, EU:C:1991:490, Rz. 21; Gutachten Patentgericht, 1/09, EU:C:2011:123, Rz. 65.

⁹⁹ Schlussanträge Arcelor Atlantique und Lorraine u.a., C-127/07, EU:C:2008:292, Rz. 15 und Rz. 17.

¹⁰⁰ Schlussakte zur Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 23. Juli 2007, 17. Erklärung zum Vorrang; zur Anerkennung des Vorrangs des EU-Rechts durch die Mitgliedstaaten (bzw. ihre Höchstgerichte) unten [Rz. 60-64](#).

¹⁰¹ Urteil van Gend en Loos, 26/62, EU:C:1963:1, S. 25.

entscheid des EuGH, die unmittelbare Anwendbarkeit des EWG-Vertrags anzuerkennen; er wurde mit 4:3 Stimmen der Richter gefällt, gegen die Stellungnahmen des Generalanwalts Karl Roemer und diverser Mitgliedstaaten.¹⁰² Ähnliches gilt für den vertraglich verbrieften Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen: Der EuGH stellte 1976 fest, dass diese Vorgabe unmittelbar anwendbar ist, obwohl die Kommission wie auch die Mitgliedstaaten davon ausgingen, diese Bestimmung müsse zwingend ins nationale Recht umgesetzt werden.¹⁰³ Seit den späten 1970er Jahren gilt die unmittelbare Anwendbarkeit selbst für Richtlinien, sofern sie innert Frist nicht korrekt umgesetzt werden, obwohl mit Blick auf den Wortlaut und die Systematik der Vertragsbestimmung (Art. 288 Abs. 3 AEUV) eine gegenteilige Lesart naheliegender scheint. Der EuGH rekurrierte auf die «praktische Wirksamkeit», welche andernfalls gefährdet wäre, und ermöglichte der Kreditvermittlerin Ursula Becker, sich gegenüber den deutschen Steuerbehörden direkt auf die Mehrwertsterrichtlinie 77/388/EWG zu berufen, um die Befreiung ihrer Tätigkeit von der Umsatzsteuer zu erreichen.¹⁰⁴ Diverse nationale Gerichte standen dieser kühnen richterlichen Rechtsfortbildung anfänglich zwar skeptisch oder sogar ablehnend gegenüber: So ersuchte der französische Conseil d'Etat 1978 den EuGH in bewusster Verletzung der Vorlagepflicht nicht um Vorabentscheidung einer entscheidungserheblichen Auslegungsfrage und rebellierte damit gegen die seines Erachtens unzulässige Praxis des EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien.¹⁰⁵ Mittlerweile wird aber allgemein akzeptiert, dass das Unionsrecht nicht nur die Mitgliedstaaten ins Recht fasst, sondern auch die Menschen und Unternehmen, und direkt anwendbare Rechte und Pflichten begründet. Pierre Pescatore, Richter am EuGH von 1967 bis 1985, beschrieb diese grundlegende Weichenstellung 1983 wie folgt:

«This is the consequence of a democratic ideal, meaning that in the Community, as well as in a modern constitutional State, Governments may not say any more what they are used to doing in international law: *«L'Etat, c'est moi.»* Far from it; the Community calls for participation of everybody, with the result that private individuals are not only liable to burdens and obligations, but that they have also prerogatives and rights which must be legally protected. It was thus a highly political idea, drawn from a perception of the constitutional system of the Community, which is at the basis of *Van Gend & Loos* and which continues to inspire the whole doctrine flowing from it.»¹⁰⁶

¹⁰² MORTEN RASMUSSEN, S. 94-95; TAMM, S. 24-25.

¹⁰³ Urteil Defrenne II, 43/75, EU:C:1976:56; s. dazu unten [Rz. 42](#).

¹⁰⁴ Urteil Becker, 8/81, EU:C:1982:7, Rz. 23.

¹⁰⁵ Urteil vom 22. Dezember 1978, abgedruckt in EuGRZ 1979, S. 251.

¹⁰⁶ PESCATORE, S. 158.

- 29 Die beiden Urteile *Costa/E.N.E.L.* und *van Gend en Loos* haben den Boden für die «Konstitutionalisierung»¹⁰⁷ des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts gelegt. Sie haben dazu beigetragen, dass dieses Recht im Verkehr mit den Behörden wie auch zwischen Privaten in der EU in nicht mehr wegzudenkender Weise als Teil des einschlägigen Rechts verstanden wird. Diese Entwicklung gehört zu den grossen Errungenschaften der europäischen Rechtskultur in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Eric Stein umschrieb die weitere Entwicklung 1981 – gemäss Armin von Bogdandy «im vielleicht berühmtesten Satz zum Europarecht»¹⁰⁸ – wie folgt:

«Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure of Europe.»¹⁰⁹

- 30 Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, das EU-Recht durchzuführen. Justiziable Bestimmungen sind unmittelbar anwendbar. Nicht justiziable Bestimmungen bedürfen der Umsetzung. Der EuGH hat 1979 betont, dass ein Verstoß gegen die Pflicht zur ordnungsgemässen Umsetzung die gemeinschaftliche Rechtsordnung «bis in ihre Grundfesten» beeinträchtigt.¹¹⁰ Bei der Durchführung von EU-Recht gilt zwar der «Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten»¹¹¹ bzw. der Grundsatz der institutionellen Eigenständigkeit. Dessen ungeachtet müssen die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des EU-Rechts aber nicht nur die materiell- und verfahrensrechtlichen Vorgaben des EU-Rechts beachten, sondern auch die Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität: Gemäss EuGH dürfen die nationalen Verfahrensmodalitäten und der Rechtsschutz bei der Durchführung von EU-Recht «nicht ungünstiger sein als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln (Äquivalenzprinzip), und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermässig er-

¹⁰⁷ S. zu diesem Begriff und zur Bedeutung dieser Urteile ERIC STEIN, S. 1; GRIMM, S. 12-13 (zur Kritik an dieser Konstitutionalisierung unten [Rz. 57](#)); STONE SWEET, Construction, S. 45-107; WEILER, S. 2410-2431; FRANZIUS, S. 49-60; zur Etablierung des Vorrangs und der unmittelbaren Anwendbarkeit ALTER, *passim*; zum Ganzen auch DUBOUT, Rz. 1-71. – Diesen beiden Urteilen gebührt gemäss TAMM, S. 24, «a status which can probably best be compared in literature to Shakespeare's best dramas or to the 'Eroica', the 5th and the 9th symphonies of Beethoven when it comes to music».

¹⁰⁸ VON BOGDANDY, S. 323.

¹⁰⁹ ERIC STEIN, S. 1.

¹¹⁰ Urteil *Fahrtenschreiber*, 128/78, EU:C:1979:32, Rz. 12.

¹¹¹ Urteil *i-21 Germany GmbH und Arcor*, C-392/04 und C-422/04, EU:C:2006:586, Rz. 57.

schweren (Effektivitätsprinzip).»¹¹² Diese beiden Prinzipien sind Gegenstand einer umfangreichen Praxis des EuGH. So profitierten etwa Herr Sutto bzw., nach seinem Tod, seine Witwe Gioconda Camarotto und Giuseppina Vignone von einem Urteil des EuGH, welches das belgische *Office national des pensions* anwies, ihre Renten gemäss der Verordnung 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmende korrekt zu berechnen.¹¹³ Die Praxis des EuGH zum Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip hat wesentlich dazu beigetragen, dass die mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen europäisiert werden. Die Behörden der Mitgliedstaaten agieren in Angelegenheiten der EU auch als europäische Behörden. Sie sind ein Teil des europäischen «Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbunds».¹¹⁴

Die EU-Verträge sehen keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vor, bei Verstössen gegen EU-Recht Schadenersatz zu leisten. Der EuGH hat diese Lücke auf eine ebenso innovative wie mutige Weise rechtsfortbildend geschlossen.¹¹⁵ Im wegweisenden Urteil *Francovich* von 1991 entschied er, dass die Mitgliedstaaten zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet sind, sofern sie Richtlinien nicht ordnungsgemäss umsetzen und Einzelne als Folge davon einen Schaden erleiden. Als Begründung verwies der EuGH auf die Notwendigkeit der Sicherstellung der «vollen Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen», das «Wesen der mit dem EWG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung» und den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit.¹¹⁶ Dieses Urteil wurde kontrovers rezipiert. Vereinzelt reagierten mitgliedstaatliche Gerichte widerspenstig.¹¹⁷ Demgegenüber wird ins Feld geführt, die Existenz eines Haftungsregimes für staatliches Unrecht stelle ein Kernelement der Rechtsstaatlichkeit dar.¹¹⁸ Mittlerweile haben sich die Wogen geglättet. Die Haftung der Mitgliedstaaten bei einer nicht ordnungsgemässen Umsetzung von Richtlinien hat sich als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts etabliert. Sie ist ein

31

¹¹² Urteil i-21 *Germany GmbH und Arcor*, C-392/04 und C-422/04, EU:C:2006:586, Rz. 57; zu diesen Prinzipien VON DANWITZ, *Verwaltungsrecht*, *passim*; GLASER, *Entwicklung*, *passim*; OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 12 Rz. 23-60.

¹¹³ Urteil *Office national des pensions (ONP)/Gioconda Camarotto und Giuseppina Vignone*, C-52/99 und C-53/99, EU:C:2001:112.

¹¹⁴ S. zu diesem Verbundbegriff BVerfGE 140, 317 (338) – Identitätskontrolle; SCHMIDT-ASSMANN, *passim*.

¹¹⁵ HALTERN, Band II, Rz. 911; zum Ganzen BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 2 Rz. 73; SCHROEDER, *Grundkurs*, § 10 Rz. 17-37.

¹¹⁶ Urteil *Francovich*, C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428; zum ersten Satz in den Schlussanträgen von Generalanwalt Jean Mischo oben [Rz. 14](#).

¹¹⁷ HALTERN, Band II, Rz. 944.

¹¹⁸ OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 14 Rz. 12.

wichtiges Instrument, um die negativen Folgen einer Nichtumsetzung für die Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen abzuschwächen. 1996 hat der EuGH den Haftungsanspruch gegen Mitgliedstaaten weiterentwickelt und auf alle denkbaren Verletzungen von EU-Recht ausgeweitet. Die klägerische Partei des Ausgangsverfahrens, der französische Bierproduzent Brasserie du Pêcheur, profitierte allerdings nicht vom grundlegenden Diktum aus Luxemburg: Deutschland hatte mit dem Verbot der Einfuhr von Bier, welches nicht gemäss dem deutschen Reinheitsgebot hergestellt wurde, zwar unzweifelhaft gegen Gemeinschaftsrecht verstossen. Gleichwohl wies der deutsche Bundesgerichtshof die Klage ab, weil in Bezug auf das für den Schaden kausal wirkende Verbot der Verwendung von Zusatzstoffen kein «hinreichend qualifizierter Verstoss» gegen Gemeinschaftsrecht vorlag.¹¹⁹

B. Binnenmarktintegration

- 32 In den Anfangsjahrzehnten sah der EuGH seine Rolle vor allem darin, die wirtschaftliche Integration voranzutreiben. Er legte die vertraglich gewährleistete Warenverkehrs-, Dienstleistungs-, Personenverkehrs, Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit grosszügig aus. Er stellte klar, dass die Grundfreiheiten nicht nur Diskriminierungen aus Gründen der Herkunft oder Staatsangehörigkeit verbieten, sondern auch davon unabhängig wirkende Beschränkungen. Für die Warenverkehrsfreiheit definierte der EuGH den Geltungsbereich mit dem Urteil Dassonville von 1974 – einem natürlichen Anwärter für einen Platz in der «Hall of Fame» der wegweisendsten EuGH-Urteile¹²⁰ – ausserordentlich weit; demnach qualifizierte «jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den gemeinschaftlichen Handelsverkehr mittelbar oder unmittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern», als Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Beschränkung.¹²¹ Später beschränkte der EuGH den Geltungsbereich auf nationale Regelungen, welche dazu führen, dass ausländische Waren weniger günstig behandelt werden als inländische Waren oder dass der

¹¹⁹ Urteil Brasserie du Pêcheur u. Factortame, C-46/93 und C-48/93, EU:C:1996:79; Urteil vom 24. Oktober 1996, BGHZ 134, 40; für eine kritische Bewertung der Folgerechtsprechung in Bezug auf die merklich restriktiven Voraussetzungen für eine erfolgreiche Geltendmachung einer Haftungsklage RUIZ-JARABO COLOMER, *passim*; für den Spezialfall der Haftung für Verstösse gegen EU-Recht durch mitgliedstaatliche Gerichte Urteil Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513; Urteil Tomášová, C-168/15, EU:C:2016:602, Rz. 16-36, mit der der EuGH die nationalen Höchstgerichte «in das Vorlage-System zwing[t]», HALTERN, Band II, Rz. 978.

¹²⁰ ROSAS, S. 435.

¹²¹ Urteil Dassonville, 8/74, EU:C:1974:82.

Marktzugang anderweitig behindert wird; diese Praxis verdankt ihren Namen den Herren Keck und Mithouard.¹²² Der Cassis de Dijon-Likör profitierte davon, dass der EuGH aus dem Verbot von Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen das Herkunftsprinzip ableitete: Produkte, die in einem Mitgliedstaat rechtmässig in den Verkehr gebracht werden, können auch in den anderen Mitgliedstaaten eingeführt und verkauft werden; vorbehaltlich bleiben Einschränkungen, welche unter Rekurs auf zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können.¹²³ Der EuGH legte den Arbeitnehmerinnen- und Arbeitnehmerbegriff grosszügig und die Ausnahmen hierzu restriktiv aus; aus diesem Grund konnten sich D.M. Levin, deren Einkünfte unter dem Existenzminimum lagen, und Deborah Lawrie-Blum, Praktikantin an einer Grundschule, auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen.¹²⁴ Jean-Marc Bosman erstritt für alle Fussballprofis das Recht, ablösefrei zu einem neuen Verein zu wechseln.¹²⁵ Im gleichen Urteil erklärte der EuGH die Regeln von Sportverbänden für unzulässig, wonach Sportvereine nur eine gewisse Anzahl von Spielerinnen und Spielern aus anderen EU-Mitgliedstaaten einsetzen durften. Der Rechtsanwalt Onno Klopp erkämpfte sich das Recht, neben seiner Kanzlei in Düsseldorf auch eine weitere Kanzlei in Paris zu eröffnen.¹²⁶ Der EuGH hat dazu beigetragen, dass die Menschen von der europaweiten Anerkennung von Diplomen profitieren: Nationale Behörden sind verpflichtet, Diplome und Qualifikationen, welche in einem anderen EU-Mitgliedstaat erworben wurden, anzuerkennen, sofern sie gleichwertig sind. Davon profitieren nicht nur Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, sondern auch freiberufliche Notarinnen und Notaren, welche sich ebenfalls auf die Grundfreiheiten berufen können.¹²⁷ Der EuGH hat die Rechte der Flugpassagiere gestärkt, indem er die einschlägigen Rechtsakte konsumentenfreundlich ausgelegt und weiterentwickelt hat: Denise McDonagh hatte Anspruch auf Betreuungsdienstleistungen, nachdem ihr Flug wegen des Ausbruchs des isländischen

¹²² Urteil Keck und Mithouard, C-267/91 und C-68/91, EU:C:1993:905; grundlegend auch Urteil Kommission/Italien, C-110/05, EU:C:2009:66; OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 22 Rz. 30-34; CRAIG/DE BÚRCA, S. 725-755.

¹²³ Urteil Rewe-Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, 120/78, EU:C:1979:42; TSCHÄNI, S. 10-11 und S. 14-15.

¹²⁴ Urteil Levin, 53/81, EU:C:1982:105; Urteil Lawrie-Blum, 66/85, EU:C:1986:284.

¹²⁵ Urteil Union royale belge des sociétés de football association/Bosman, C-415/93, EU:C:1995:463.

¹²⁶ Urteil Ordre des avocats au barreau de Paris/Klopp, 107/83, EU:C:1984:270.

¹²⁷ Urteil Vlassopoulos, C-340/89, EU:C:1991:193; Urteil Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, C-55/94, EU:C:1995:411; Urteil Kommission/Deutschland, C-54/08, EU:C:2011:339.

Vulkans Eyjafjallajökull annulliert werden musste.¹²⁸ Christopher Sturgeon und seine Familie konnten von der Fluggesellschaft eine Ausgleichszahlung verlangen, nachdem ihr Flug eine Verspätung von mehr als drei Stunden hatte.¹²⁹ Der EuGH hat das vertragliche Kartell- und Missbrauchsverbot konkretisiert und festgestellt, dass ein Verbot, Kosmetika und Körperpflegeprodukte über das Internet zu verkaufen, eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, sofern es sich nicht um Luxusprodukte handelt.¹³⁰ Er hat das Beihilfeverbot und das Diskriminierungsverbot im Bereich der Steuern ausdifferenziert: Die Gewährung von selektiven Steuervergünstigungen für einzelne Unternehmen ist grundsätzlich nicht zulässig; dies gilt insbesondere dann, wenn in- und ausländische Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden.¹³¹

- 33 Der EuGH wirkte in dieser Phase als «Integrationsmotor»¹³² bzw. «Integrationsfaktor erster Ordnung»¹³³. Er hat im fruchtbaren Zusammen- und Wechselspiel mit den anderen EU-Organen wesentlich zur Verwirklichung des Binnenmarktes beigetragen. Demgegenüber monieren kritische Stimmen, der EuGH würde die wirtschaftlichen Grundfreiheiten höher gewichten als weitere legitime Interessen wie den Schutz der Arbeitnehmenden; die europäische Integration hätte eine «sozio-ökonomische Schlagseite».¹³⁴ Dieser Vorwurf zielt heute weitgehend ins Leere.¹³⁵ Die Kritik richtete sich insbesondere gegen einzelne Urteile des EuGH vor rund 15 Jahren. In den berühmt-berühmten Streitfällen Viking und Laval kam der EuGH zum Schluss, dass die Durchführung von Streiks, wenngleich grundrechtlich geschützt, im Licht der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nur unter restriktiven Voraussetzungen zulässig ist; die damals geltende Entsenderichtlinie 96/71/EG stellte im Wesentlichen einen Plafond dar.¹³⁶ Der EuGH hat seine Rechtsprechung im

¹²⁸ Urteil McDonagh/Ryanair, C-12/11, EU:C:2013:43.

¹²⁹ Urteil Sturgeon, C-402/07, EU:C:2009:716.

¹³⁰ Urteil Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, EU:C:2011:649.

¹³¹ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Massnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung von 1998, ABI 1998 C 384/03, welche wesentlich auch auf der Praxis des EuGH beruht; DUMONT, Rz. 455-481; Urteil Amministrazione delle finanze dello Stato/Essevi und Salengo, C-142/80, EU:C:1981:121.

¹³² TORSTEN STEIN, *passim*.

¹³³ HALLSTEIN, S. 529.

¹³⁴ SCHARPF, S. 426; dazu auch HÖPNER, Plädoyer, *passim*.

¹³⁵ S. dazu NOTTER, Lohnschutz, *passim*; weiterhin kritisch etwa CIRIGLIANO/RUDIN, *passim*; für einen Überblick über neuere Urteile PÄRLI, Sozialschutz, S. 13-26.

¹³⁶ Urteil Laval, C-341/05, EU:C:2007:809; Urteil Viking, C-438/05, EU:C:2007:772; weitere umstrittene Fälle betrafen Urteil Rüffert, C-346/06, EU:C:2008:189, und Urteil Kommis-

Licht des Vertrags von Lissabon und neuer EU-Rechtsakte mittlerweile neu justiert. Der EU-Vertrag verpflichtet die EU nun auf eine «soziale Marktwirtschaft» (Art. 3 EUV, vgl. auch Art. 9 AEUV). Grundrechtlich besteht ein Anspruch auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen (Art. 31 GRC). Die Revision der Entsenderichtlinie 96/71/EG durch die Richtlinie 2018/957/EU und die neue Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU haben Lücken im Arbeitnehmendenschutz geschlossen. Der EuGH hat 2020 das zentrale Argument zur Revision der Entsenderichtlinie, wonach «ein besserer Arbeitnehmerschutz notwendig [ist], um den freien Dienstleistungsverkehr auf einer fairen Grundlage sowohl kurz- als auch langfristig sicherzustellen» (Erwg. 10), akzeptiert; aus diesem Grund wies er eine gegen die neue Richtlinie gerichtete Nichtigkeitsklage von Polen und Ungarn ab.¹³⁷ Er hat einen Beitrag geleistet, die Arbeitnehmenden vor Dumpinglöhnen zu schützen. Das Prinzip «gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort» ist etabliert. Das Binnenmarkt-Informationssystem (IMI) und die Europäische Arbeitsbehörde (ELA) unterstützen die Mitgliedstaaten bei der Durchsetzung. Auch die neue Richtlinie (EU) 2022/2041 über angemessene Mindestlöhne in der EU bezweckt, die Arbeits- und Lebensbedingungen der Menschen in Europa zu verbessern. Gemäss Torsten Müller und Thorsten Schulten belegt

«der durch die Mindestlohn-Richtlinie markierte Paradigmenwechsel hin zu einem sozialeren Europa (...), dass die oft beklagte «strukturelle Asymmetrie» [Scharpf] des europäischen Integrationsprojekts kein für alle Zeiten gültiges Naturgesetz darstellt.»¹³⁸

Trotz dieser eindeutigen Entwicklung hin zu einer stärkeren Berücksichtigung des Arbeitnehmendenschutzes wird auch die neuere Praxis des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit und zur Entsenderichtlinie aus gewerkschaftlicher Warte kritisch beäugt. 2019 entschied der EuGH, dass die Entsenderichtlinie nicht auf Arbeitnehmende eines Unternehmens mit Sitz in einem Mitgliedstaat anwendbar ist, die Dienstleistungen (wie Bordservice, Reinigungsleistungen oder Verpflegung) in internationalen Zügen erbringen, die durch einen anderen Mitgliedstaat fahren, sofern diese Arbeitnehmenden einen wesentlichen Teil der Arbeit im Hoheitsgebiet des Sitzmitgliedstaats ihres Unternehmens leisten und ihren Dienst dort antreten oder beenden.¹³⁹ Es bedarf einer «hin-

34

sion/Luxemburg, C-319/06, EU:C:2008:350; zum Ganzen NOTTER, Lohnschutz, S. 19-22; zum Kontext, in dem diese Urteile ergingen (Osterweiterung, EuGH neu mit Richterinnen und Richtern aus den osteuropäischen Mitgliedstaaten) ULADZISLAU, *passim*; ZAHN, *passim*.

¹³⁷ Urteil Ungarn/Parlament und Rat, C-620/18, EU:C:2020:1001; Urteil Polen/Parlament und Rat, C-626/18, EU:C:2020:1000.

¹³⁸ MÜLLER/SCHULTEN, S. 358.

¹³⁹ Urteil Dobersberger, C-16/18, EU:C:2019:1110.

reichenden Nähe zum Entsendestaats», damit die unionale Entsendegesetzgebung einschlägig ist.¹⁴⁰ Michael Dobersberger, der mit seinem ungarischen Unternehmen solche Dienstleistungen in internationalen Zügen der Österreichischen Bundesbahnen anbot, war folglich nicht verpflichtet, die Arbeitnehmenden gemäss dem in Österreich anwendbaren Tarifvertrag zu entschädigen.¹⁴¹ Die Aufgabe, die Dienstleistungsfreiheit im Spannungsfeld zum Arbeitnehmendenschutz zu konkretisieren und weiterzuentwickeln, illustriert wie durch ein Brennglas gebündelt die komplexe Herausforderung der Organe der EU, auf eine wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft hinzuwirken, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt (Art. 3 Abs. 3 EUV). Hier besteht ein Zielkonflikt. In diesem Umfeld agiert auch der EuGH.

C. Grundrechte

- 35 Der EWG-Vertrag von 1957 enthielt keine Grundrechte. Die EWG war funktional darauf ausgerichtet, den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital zu erleichtern. Ein ausgebauter Grundrechtsschutz war dabei nicht notwendig. Weiter ging man davon aus, dass sich das Gemeinschaftsrecht primär an die Mitgliedstaaten richten würde, welche bei der Umsetzung allfällige Grundrechtsprobleme gestützt auf national gewährleistete Grundrechte lösen könnten. In den 1960er Jahren geriet allerdings vieles in Bewegung. Die Organe der EWG machten von den ihnen vertraglich zugewiesenen Kompetenzen rege Gebrauch. Es zeigte sich, dass sich Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen zum Teil erheblich auf die individuelle Handlungsfreiheit auswirkten. Der EuGH bejahte die unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts und bekräftigte seinen unbedingten Vorrang vor nationalem Recht.¹⁴² Vor diesem Hintergrund schien es unumgänglich, auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts einen angemessenen Grundrechtsschutz zu entwickeln.
- 36 Der EuGH übernahm die Federführung. Er begann, Grundrechte als ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze anzuerkennen. 1969 prüfte er zum ersten Mal eine Entscheidung der Kommission auf ihre Vereinbarkeit mit den «in den allgemeinen Grundsätzen der Gemeinschaftsrechtsordnung, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat, enthaltenen Grundrechte[n] der Person»; er verneinte eine Unrechtmässigkeit bei der Beurteilung einer Vor-

¹⁴⁰ PÄRLI, Sozialschutz, S. 27.

¹⁴¹ Gewerkschaften haben das Urteil stark kritisiert; dazu CIRIGLIANO/RUDIN, S. 40; PÄRLI, Sozialschutz, S. 27-30; für eine zustimmende Einordnung NOTTER, Lohnschutz, S. 22-23.

¹⁴² S. oben [Rz. 27-28](#).

schrift, wonach Sozialhilfeempfängerinnen und Sozialhilfeempfänger nur dann verbilligte Butter beziehen konnten, wenn sie sich namentlich auswiesen; die Ausweisungspflicht bezweckte, Missbräuche zu verhindern.¹⁴³ In der Folge schuf der EuGH rechtsfortbildend einen eindrücklichen Fundus an grundrechtlichen Gewährleistungen. Bei der Beurteilung, ob ein Grundrecht gemeinschaftsrechtlich geschützt werden soll und – sofern dies der Fall ist – wie der persönliche und sachliche Schutzbereich zu bestimmen ist, bedient er sich der Methode der «wertenden Rechtsvergleichung».¹⁴⁴ Als Rechtserkenntnisquellen dienen die «gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten» und «die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind»; bei diesen Verträgen steht die EMRK ganz im Vordergrund.¹⁴⁵ Diese Entwicklung wurde mit der Grundrechtecharta gekrönt, welche seit 2009 verbindlich ist.

Die zügige Entwicklung eines effektiven Grundrechtsschutzes auf Gemeinschaftsebene durch den EuGH war eng mit seiner im oben erwähnten Urteil *Costa/E.N.E.L.* von 1964 formulierten Aufforderung an die Mitgliedstaaten verbunden, den Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu akzeptieren.¹⁴⁶ Diverse mitgliedstaatliche (Verfassungs-)Gerichte äusserten Bedenken gegen den unbedingten Vorrang und knüpften ihre Zustimmung an die Bedingung, dass die Organe der EWG beim Erlass von Rechtsakten die Grundrechte beachten.¹⁴⁷ Auch aus diesem Grund war die Entwicklung eines eigenständigen gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes zwingend notwendig; andernfalls wären der unbedingte Vorrang und die unmittelbare Anwendbarkeit in den Mitgliedstaaten nicht akzeptiert worden. Ulrich Haltern konstatiert kurz und bündig: «Vorrang und Grundrechte sind in der Union Zwillinge.»¹⁴⁸

Heute existiert im EU-Recht ein hochwertiger Grundrechtsschutz.¹⁴⁹ Der EuGH legt EU-Recht grundrechtskonform aus. Er stellte bei der Auslegung der

¹⁴³ Urteil *Stauder*, C-29/69, EU:C:1969:57.

¹⁴⁴ ZWEIFERT, S. 611; CRAIG/DE BÚRCA, S. 434-439; CHIARIELLO, S. 293-338.

¹⁴⁵ Urteil *Nold*, 4/73, EU:C:1974:51, Rz. 13.

¹⁴⁶ S. oben [Rz. 27](#).

¹⁴⁷ S. auch unten [Rz. 60](#).

¹⁴⁸ HALTERN, Band II, Rz. 1406.

¹⁴⁹ Ähnlich HALTERN, Band II, Rz. 1359-1375; s. auch DE BÚRCA, *EU Charter of Fundamental Rights*, *passim*. Gleichzeitig darf der Leistungsausweis des EuGH als «Grundrechtsgericht» nicht über verbleibende Defizite und Herausforderungen hinwegtäuschen. Bei der prozessualen Durchsetzung fallen die restriktiv gehandhabte Klageberechtigung bei der Nichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 4 AEUV; oben [Rz. 18](#)) und die schwach ausgestalteten Mitwir-

Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG fest, dass die Unterbringung von Frau Thi Ly Pham, die aus Deutschland abgeschoben werden sollte, in einer gewöhnlichen Haftanstalt gemeinsam mit gewöhnlichen Strafgefangenen nicht rechtmässig war, auch wenn Thi Ly Pham dieser Unterbringung zugestimmt hatte.¹⁵⁰ Der EuGH klärte 2013 die Voraussetzungen, unter denen homosexuelle Asylbewerberinnen und Asylbewerber eine bestimmte soziale Gruppe bilden können, die der Verfolgung wegen ihrer sexuellen Ausrichtung ausgesetzt ist.¹⁵¹ Er machte 2018 klar, dass die Einholung eines psychologischen Gutachtens zur Beurteilung der sexuellen Orientierung einer Asylbewerberin oder eines Asylbewerbers im Licht der Achtung des Privatlebens nicht mit der Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU zu vereinbaren ist.¹⁵² 2017 legte der EuGH die Dublin III-Verordnung im Licht des Grundrechts auf Freiheit und Sicherheit aus und stellte Vorgaben auf zur Berechnung der Höchstdauer für eine Inhaftnahme einer asylsuchenden Person zum Zweck der Überstellung an einen anderen Dublin-Staat.¹⁵³ Der EuGH akzeptiert die Bezugnahme auf Grundrechte als Rechtfertigung für Beschränkungen der Grundfreiheiten. Aus diesem Grund war eine nahezu 30-stündige Verkehrsblockade auf der Brenner-Autobahn in Österreich wegen einer Demonstration eines Umweltschutzvereins zulässig; die Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit konnte unter Rekurs auf die Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit gerechtfertigt werden.¹⁵⁴ 2004 entschied der EuGH, dass auch die Menschenwürde geschützt ist, und erklärte das Verbot des Betriebs eines Laserdrome mit simulierten Tötungshandlungen in Deutschland als zulässig; der EuGH kam zu diesem Ergebnis, obwohl ein anderer Mitgliedstaat – das Vereinigte Königreich, in dem das Unternehmen, das den Laserdrome betrieb, seinen Sitz hatte – bei der Abwägung zwischen der Menschenwürde und den Grundfreiheiten anders entschieden hatte.¹⁵⁵ Grundrechtswidrige Rechtsakte der anderen EU-Organe erklärt der EuGH ungültig. 2011 kassierte er eine Bestimmung der Gleichbehandlungsrichtlinie 2004/113/EG: Es ist mit dem Diskriminierungsverbot nicht vereinbar, bei Versicherungsverträgen unterschiedliche Prämien und

kungsrechte beim Vorabentscheidungsverfahren negativ ins Licht (Art. 267 AEUV; oben [Rz. 20](#)). Problematisch ist, dass der EuGH Massnahmen im Bereich der GASP nur punktuell überprüfen kann (oben [Rz. 23](#)). Bei der Behandlung von Schutzsuchenden an den Aussen Grenzen bestehen eklatante Rechtsschutzlücken (unten [Rz. 39](#)).

¹⁵⁰ Urteil Pham, C-474/13, EU:C:2014:2096.

¹⁵¹ Urteil X u.a., C-199/12-C-201/12, EU:C:2013:720.

¹⁵² Urteil F/Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, C-473/16, EU:C:2018:36.

¹⁵³ Urteil Khir Amary, C-60/16, EU:C:2017:675.

¹⁵⁴ Urteil Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333.

¹⁵⁵ Urteil Omega, C-36/02, EU:C:2004:614; LENAERTS, S. 20.

Leistungen für Männer und Frauen vorzusehen, auch wenn versicherungsmathematische Daten solche Unterschiede nahelegen würden.¹⁵⁶ Ein Bereich, in dem der EuGH sein Grundrechtsbewusstsein prominent unter Beweis stellt, ist der Datenschutz. Er hat 2014 einen Anspruch auf Löschung personenbezogener Daten gegenüber Google bejaht und dabei das Recht auf Vergessenwerden entwickelt; der Spanier Mario Costeja González konnte die Löschung von Links zu Berichten über die Versteigerung seines Grundstücks im Zusammenhang mit einer Pfändung wegen Schulden vor mehr als zehn Jahren verlangen.¹⁵⁷ Im gleichen Jahr hat der EuGH die Übermittlung von Daten in ein Drittland nur unter der Voraussetzung als zulässig erklärt, dass dieses Drittland ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet; der Student Max Schrems obsiegte gegen Facebook.¹⁵⁸ Ebenfalls 2014 hat der EuGH die Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratsdatenspeicherung ungültig erklärt, weil sie gegen das Recht auf Achtung des Privatlebens und das Recht auf Schutz personenbezogener Daten verstieß.¹⁵⁹ Auch bei Sanktionen nimmt der EuGH die Grundrechte ernst: Er stellte 2008 im bahnbrechenden Urteil Kadi fest, dass er die Vereinbarkeit von Sanktionen mit den EU-Grundrechten auch dann überprüft, wenn es sich um Massnahmen handelt, mit denen bindende Resolutionen des UNO-Sicherheitsrates umgesetzt werden.¹⁶⁰ Der EuGH verpflichtete den Rat, bei der Aufnahme von Yassin Abdullah Kadi in die Sanktionsliste hinreichend zu begründen, weshalb Herr Kadi tatsächlich in terroristische Machenschaften verwickelt war. Dieses Urteil bedeutete für den Grundrechtsschutz in der EU einen Meilenstein. Das beherzte Vorgehen des EuGH kompensiert das Versagen der *rule of law* auf völkerrechtlicher Ebene und stellt ein anschauliches Beispiel für *multilayered governance* dar.¹⁶¹ Vor wenigen Monaten hat das EuG bewiesen, dass es auch bei berühmt(-berüchtigt)en Namen dem Recht ver-

¹⁵⁶ Urteil Association Belge des Consommateurs Test-Achats, C-236/09, EU:C:2011:100.

¹⁵⁷ Urteil Google, C-131/12, EU:C:2014:317; dazu auch unten [Rz. 117](#). Neu sieht Art. 17 der Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679 ausdrücklich ein Recht auf Vergessenwerden vor.

¹⁵⁸ Urteil Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650 (Schrems I); s. auch Urteil Facebook Ireland und Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559 (Schrems II); dazu auch unten [Rz. 115](#).

¹⁵⁹ Urteil Digital Rights Ireland und Seitlinger, C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238; zur jüngeren EuGH-Praxis zur Vorratsdatenspeicherung SCHWEIZER/STRIEGEL, Art. 13 BV Rz. 124.

¹⁶⁰ Urteil Kadi, C-402/05 P und C-415/05 P, EU:C:2008:461.

¹⁶¹ COTTIER/OESCH/MEIER, S. 18. Unelegant ist die Betonung der Autonomie der Unionsrechtsordnung: Die strikte Trennung des Völker- und Unionsrechts lässt «eine deutlich dualistische Tendenz zu Tage» treten; STREINZ, Rz. 1266 und Fn. 16; ähnlich DE BÚRCA, Kadi, S. 2.

pflichtet urteilt: Es erklärte nicht nur die von der EU gegen Nizar Assaad, einem Unternehmer mit syrischem, libanesischem und kanadischem Pass, im Zusammenhang mit der gewaltsamen Unterdrückung der Zivilbevölkerung in Syrien verhängten Sanktionen für nichtig, sondern auch die Sanktionen gegen Violetta Prigozhina, die Mutter von Yevgeniy Viktorovich Prigozhin, dem ehemaligen Chef der russischen Wagner-Gruppe; im letzteren Fall reichte die Verwandtschaft allein nicht aus.¹⁶² Ein Bereich, in dem der EuGH – mit Blick auf sein Selbstverständnis als wirkmächtige Instanz bei der Bewältigung der drängenden Herausforderungen unserer Zeit eher überraschend – zumindest als Grundrechtsgericht bis anhin wenig Spuren hinterlassen hat, betrifft den Klimaschutz: In einem Urteil von 2021 hat er die Aktivlegitimation von Personen, welche unter Berufung auf die Grundrechtecharta die Nichtigkeit von EU-Rechtsakten im Bereich des Klimaschutzes verlangten, weil die darin getroffenen Massnahmen nicht ambitioniert genug waren, verneint.¹⁶³

- 39 Der EuGH orientiert sich bei der Auslegung der Grundrechte seit jeher an der EMRK und der Praxis des EGMR. Im informellen Dialog mit Strassburg hat Luxemburg grundlegende Schutzstandards bei der Behandlung von Asylsuchenden definiert. Wegweisend waren die Urteile, wonach eine Überstellung von Asylsuchenden an einen anderen Dublin-Staat nur vorgenommen werden darf, wenn der Person dadurch keine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht.¹⁶⁴ Gleichzeitig hat die unionale Gerichtsbarkeit die Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache (Frontex) nicht in die Pflicht genommen, zur Beachtung der Grundrechte an den Aussengrenzen der EU beizutragen.¹⁶⁵ Hier bestehen eklatante Rechtsschutzlücken. Die EU-Organe, Frontex

¹⁶² Urteil Assaad/Rat, T-426/21, EU:T:2023:114; Urteil Prigozhina/Rat, T-212/22, EU:T:2023:104.

¹⁶³ Urteil Armando Carvalho, C-565/19, EU:C:2021:252; dazu ANDREAS TH. MÜLLER, *passim*, der darauf hinweist, dass es dem EuGH *in casu* nicht um eine grundsätzliche Zurückhaltung in Klimafragen ging, sondern nur um die Aufgabenteilung zwischen ihm und den nationalen Gerichten. Es ist vorstellbar, dass der EuGH in kommenden Vorabentscheidungs- und Vertragsverletzungsverfahren inhaltlich pointierter Stellung nimmt, auch unter Rekurs auf die GRC; dabei ist «der <normative Köcher> des Unionsrechts in Nachhaltigkeits- und Klimafragen verhältnismässig gut gefüllt» (*ibid.*, S. 400); zur durchaus aktiven Rolle des EuGH bei der Auslegung von Sekundärrechtsakten im Umwelt- und Klimaschutzbereich und ihrer Durchsetzung in den Mitgliedstaaten European Commission, 70 Years of EU Law: A Union for its Citizens, Luxembourg, 2022, S. 153-163.

¹⁶⁴ Urteil C.K. u.a./Slowenien, C-578/16, EU:C:2017:127; zuvor etwa Urteil N.S. u.a., C-411/10 und C-493/10, EU:C:2011:865.

¹⁶⁵ S. etwa Urteil WS u.a./Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache, T-600/21, EU:T:2022:464; CRAIG/DE BÜRCA, S. 431; OESCH, Schweiz-EU, Rz. 265.

und die Dublin-Staaten – wie die Schweiz – sind herausgefordert, die Defizite bei der Aufnahme von Schutzsuchenden und der Prüfung ihrer Anträge auszumerken. Hier wird sich zeigen, ob Europa nicht nur auf dem Papier eine Wertegemeinschaft ist! Dies gilt auch dort, wo die Staaten gemäss EuGH für die Vergabe von Visa an schutzbedürftige Personen zuständig sind, ohne unionsrechtliche Vorgaben. Dies ist, wie der EuGH 2017 feststellte, der Fall bei Asylanträgen, welche in Botschaften eingereicht werden (Botschaftsasyl).¹⁶⁶ Der EuGH wies eine Klage eines syrischen Ehepaars mit drei kleinen Kindern ab, welche in Aleppo lebten und auf der belgischen Botschaft in Beirut Anträge auf humanitäre Visa stellten. In dieser Konstellation war der Visakodex der EU nicht einschlägig, womit auch die Grundrechtecharta keine Anwendung fand.

2014 lehnte der EuGH den Beitritt der EU zur EMRK ab.¹⁶⁷ Das war keine Sternstunde des EuGH. Er argumentierte, der ausgehandelte Beitrittsvertrag würde die Autonomie des EU-Rechts und seine ausschliessliche Zuständigkeit zur verbindlichen Auslegung des EU-Rechts gefährden und die Besonderheiten der EU-Rechtsordnung nicht ausreichend berücksichtigen.¹⁶⁸ Dieses wenig souveräne, den eigenen Machtanspruch zementierende Verdikt mutete auch deshalb merkwürdig an, wie der EU-Vertrag die EU verpflichtet, der EMRK beizutreten (Art. 6 Abs. 2 EUV). Es wurde im Schrifttum weitem kritisiert.¹⁶⁹ Tatsächlich würde die externe Kontrolle unionaler Rechtsakte die Legitimation des Handelns der EU erhöhen; bis heute steht der Vorwurf im Raum, der EuGH würde die Unionsinteressen tendenziell höher gewichten als Individualinteressen.¹⁷⁰ Auch würde der Beitritt dazu beitragen, die komplizierte Praxis zur Zulässigkeit von Beschwerden an den EGMR gegen mitgliedstaatliche Massnahmen mit Unionsrechtsbezug zu vereinfachen: Die Bosphorus-Vermutung, welche einen Grossteil der unionsrechtlich determinierten Handlungen der Mitgliedstaaten der Kontrolle durch den EGMR entzieht, wäre nach einem Beitritt kaum mehr gerechtfertigt.¹⁷¹ Gleichzeitig entbehrt das Veto aus Luxemburg nicht einer institutionellen Logik: Der EuGH verteidigt seine über die Jahrzehnte erarbeitete wirkmächtige Stellung. Diese Stellung ist keineswegs in Stein gemeisselt. Es bleibt eine Daueraufgabe, die Autorität zur verbindlichen Auslegung des EU-Rechts und seiner rechtsschöpferischen Weiterentwick-

40

¹⁶⁶ Urteil X und X/État belge, C-638/16 PPU, EU:C:2017:173.

¹⁶⁷ Gutachten EMRK II, 2/13, EU:C:2014:2454.

¹⁶⁸ S. zur Autonomie des EU-Rechts auch unten [Rz. 126](#).

¹⁶⁹ S. etwa CALLEWAERT, *passim*; TOMUSCHAT, *passim*; DE WITTE/IMAMOVIĆ, *passim*; CRAIG/DE BÚRCA, S. 472, m.w.H.

¹⁷⁰ HALTERN, Band II, Rz. 1454.

¹⁷¹ OESCH, Europarecht, Rz. 736; zum Verhältnis zwischen EGMR und EuGH RAVASI, *passim*.

lung zu bewahren und weiter zu festigen. Damit einher geht auch der Anspruch, in grundrechtlichen Fragen das letzte Wort zu haben; Vorrang und Grundrechte sind in der EU – wie oben angemerkt – zumindest im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten «Zwillinge».¹⁷² Es ist keineswegs erstellt, dass das historisch bedingt auf die Ausübung von Hoheitsgewalt durch klassische Nationalstaaten ausgerichtete Schutzsystem von Strassburg auch für die in der EU typischerweise auftretenden Grundrechtsprobleme adäquate Lösungen bereithält.¹⁷³ Es fehlt an Vorbildern und Erfahrungswerten, wie ein eigenartiger Staatenverbund wie die EU in ein regionales Schutzsystem eingebunden und einer externen Grundrechtskontrolle unterworfen werden kann, ohne die Autonomie dieses Staatenverbundes und die Befugnisse seiner Organe zu gefährden.¹⁷⁴ Aus dieser Warte ist «die Machtbewahrung kein Selbstzweck».¹⁷⁵ Zurzeit wird an einem neuen Beitrittsvertrag gearbeitet, welcher die Bedenken des EuGH aufnehmen soll. Dessen ungeachtet entwickelt sich die Grundrechtspraxis des EuGH im grösstenteils fruchtbaren informellen Zusammenspiel mit dem EGMR weiter. Letzterer reagierte souverän auf den unfreundlichen Akt aus Luxemburg. Er bestätigte 2016 die Bosphorus-Vermutung und führte aus, dass der EuGH und er selbst bei der Wahrung der Grundrechte in Europa «*in a spirit of complementarity*» wirken.¹⁷⁶ Aus grundrechtspraktischer Warte ist die Hängepartie ohnehin nicht besorgniserregend: Die unionale Grundrechtspraxis ist bereits heute weitestgehend EMRK-kompatibel.¹⁷⁷

D. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft

- 41 Das EU-Recht verbietet Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Dieses «Leitmotiv»¹⁷⁸ des EU-Rechts bzw. seine «Magna Charta»¹⁷⁹ ist eine Voraussetzung für die Errichtung des Binnenmarktes, in dem sich Personen,

¹⁷² HALTERN, Band II, Rz. 1406; oben [Rz. 37](#).

¹⁷³ SCHMAHL, *passim*; s. aber auch KRENN, ECHR Accession, *passim*, der argumentiert, dass die Anliegen der Autonomie und der Zuständigkeiten der Höchstgerichte zur verbindlichen Auslegung des nationalen Rechts von allen Vertragsstaaten der EMRK gleichermaßen geteilt werden.

¹⁷⁴ WENDEL, Offenheit, *passim*.

¹⁷⁵ HALTERN, Band II, Rz. 1727 und Rz. 1740; s. auch DUBOUT, Rz. 502.

¹⁷⁶ Urteil des EGMR vom 23. Mai 2016, Avotiņš gegen Lettland, Nr. 17502/07, Rz. 116; s. aber auch DUBOUT, Rz. 503, wonach die Bosphorus-Vermutung an einem seidenen Faden hängt.

¹⁷⁷ Ähnlich THYM, *passim*.

¹⁷⁸ Schlussanträge Collins und Patricia Im- und Export, C-92/92 und C-326/92, EU:C:1993:276, Rz. 9.

¹⁷⁹ IPSEN, S. 592.

Produkte und Produktionsfaktoren frei bewegen. Folgerichtig bildet diese spezielle Ausprägung des Diskriminierungsverbots die Grundlage der Grundfreiheiten. Darüber hinaus kommt dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor allem bei Sachverhalten ohne wirtschaftliche Anknüpfung eine zentrale Bedeutung zu. Es schützt Unionsbürgerinnen und Unionsbürger im Anwendungsbereich des EU-Rechts vor ungerechtfertigten Schlechterbehandlungen im Vergleich zu inländischen Personen. Weitere verpönte Unterscheidungsmerkmale betreffen das Geschlecht, die Rasse, die Hautfarbe, das Alter, die sexuelle Ausrichtung und die Religion (Art. 21 GRCh).

Der EuGH hat die primärrechtlich verbrieften Diskriminierungsverbote und die Konkretisierungen im Sekundärrecht konkretisiert und rechtsschöpferisch weiterentwickelt. Viele Urteile betreffen die Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben; der EuGH hat sich hier deutlich früher als manche nationalen Behörden engagiert. 1976 klagte die Flugstewardess Gabrielle Defrenne erfolgreich gegen die Fluggesellschaft Sabena, weil sie weniger verdiente als ihre männlichen Kollegen, welche die gleiche Arbeit verrichteten.¹⁸⁰ 1995 und 1997 erklärte der EuGH Quotenregelungen zur Förderung von Frauen im Arbeitsleben (*affirmative action*) unter gewissen Voraussetzungen als zulässig; Eckhard Kalanke und Hellmut Marschall wehrten sich gegen solche Regelungen in Bremen und Nordrhein-Westfalen und gaben den Leiturteilen ihren Namen.¹⁸¹ Im Jahr 2000 musste Deutschland sein Grundgesetz ändern, nachdem der EuGH den Ausschluss von Frauen vom Militärdienst mit der Waffe als haltlos erklärte. Trotz teilweise harscher Kritik – so verlautete der Vorsitzende des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages dem Vernehmen nach: «Das lassen sich die Mitgliedstaaten nicht bieten!»¹⁸² – sind deutsche Frauen dank dem beherzten Vorgehen von Tanja Kreil, der Klägerin des Ausgangsverfahrens, seither im Militär nicht nur bei der Musik und Sanität willkommen.¹⁸³ 2018 kam der EuGH zum Schluss, dass die Kündigung eines katholischen Chefarztes durch ein katholisches Krankenhaus mit der Begründung, er sei nach der Scheidung von seiner Frau und einer erneuten standesamtlichen Eheschließung nach kanonischem Recht nicht mehr tragbar, das Verbot der Diskriminierung wegen der Religion verletzt.¹⁸⁴ Auch die Altersdiskriminierung beschäftigt den EuGH rege. 2005 kam er zum Schluss, dass das Verbot der Altersdiskriminierung einen allgemeinen Rechtsgrundsatz dar-

42

¹⁸⁰ Urteil Defrenne II, 43/75, EU:C:1976:56.

¹⁸¹ Urteil Kalanke, C-450/93, EU:C:1995:322; Urteil Marschall, C-409/95, EU:C:1997:533.

¹⁸² Zit. bei TOBLER, Kompetenzanmassung, S. 578.

¹⁸³ Urteil Kreil, C-285/98, EU:C:2000:2.

¹⁸⁴ Urteil IR, C-68/17, EU:C:2018:696.

stellt, und verneinte die Zulässigkeit des Abschlusses von befristeten Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, welche älter als 52 Jahre sind; das Arbeitsgericht München hatte dem EuGH diese Frage vorgelegt und sodann der Klage des 56-jährigen Werner Mangold gegen seinen Arbeitgeber stattgegeben.¹⁸⁵

- 43 1993 wurde die Unionsbürgerschaft eingeführt. Damit fand ein Prozess seinen vorläufigen Höhepunkt, mit dem bezweckt wurde, den Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten als «Marktbürger»¹⁸⁶ um eine bürgerrechtsähnliche Dimension zu erweitern. Die Menschen verfügen als «EU-Bürgerinnen» und «EU-Bürger» seither auch über Rechte, welche nicht – wie typischerweise die marktbezogenen Grundfreiheiten – an wirtschaftliche Aktivitäten anknüpfen, sondern darüber hinaus auch Bereiche des gesellschaftlichen und politischen Lebens erfassen. Gemäss Generalanwältin Eleanor Sharpston handeln diese Menschen, «wenn sie umziehen, als menschliche Wesen und nicht als Roboter. Sie verlieben sich, heiraten und gründen eine Familie.»¹⁸⁷ Unionsbürgerin oder Unionsbürger ist jede Person, welche die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Der EuGH stellte 1992 fest, dass das EU-Recht den Mitgliedstaaten in Bezug auf die Voraussetzungen für den Erwerb der Staatsangehörigkeit keine Vorgaben macht.¹⁸⁸ Auch der Entscheid über den Entzug der Staatsangehörigkeit steht vorbehältlich völkerrechtlicher Verpflichtungen allein den Mitgliedstaaten zu. In einem wegweisenden Urteil von 2010 hat der EuGH allerdings entschieden, dass die Mitgliedstaaten beim Entzug der Staatsangehörigkeit den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten müssen, sofern der Entzug der Staatsangehörigkeit zum Verlust der Unionsbürgerschaft führt;

¹⁸⁵ Urteil Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709; für eine bissige Kritik an diesem Urteil unten [Rz. 56](#).

¹⁸⁶ IPSEN/NICOLAYSEN, S. 340.

¹⁸⁷ Schlussanträge Ruiz Zambrano, C-34/09, EU:C:2010:560, Rz. 128.

¹⁸⁸ Urteil Micheletti, C-369/90, EU:C:1992:295, Rz. 10. Vor dem Hintergrund, dass es in einzelnen Mitgliedstaaten mitunter relativ einfach ist, die Staatsbürgerschaft mit Hilfe von Investitionen und Zuwendungen quasi «käuflich» zu erwerben («goldene» Pässe, *citizenship by investment*), wird vermehrt gefordert, den Mitgliedstaaten unionsrechtlich (Mindest-)Vorschriften in Bezug auf die Verleihung ihrer Staatsangehörigkeit vorzuschreiben, Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 16. Januar 2014, P7 TA(2014)0038; Bericht der Kommission vom 23. Januar 2019, COM(2019) 12 final. 2022 hat die Kommission Malta nun vor dem EuGH verklagt. Sie argumentiert, die maltesische Staatsbürgerschaftsregelung für Investoren verstosse gegen Art. 4 EUV und Art. 20 AEUV, Pressemitteilung vom 29. September 2022, Staatsbürgerschaftsregelung für Investoren: Kommission verklagt Malta vor EU-Gerichtshof, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner>. Der Fall ist vor dem EuGH hängig.

damit äusserte sich der EuGH zu einem Kernelement staatlicher Souveränität und Identität in einer betont integrationsfreundlichen Weise.¹⁸⁹ Der EuGH hat weiter geklärt, dass die Unionsbürgerschaft einen «Kernbestand» von Rechten gewährleistet, welcher einer Unionsbürgerin oder einem Unionsbürger unabhängig davon zusteht, ob sie oder er vom Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat. Aus diesem Grund kam er 2011 zum Schluss, dass Belgien einem kolumbianischen Vater von minderjährigen Kindern mit belgischer Staatsangehörigkeit eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung gewähren musste, weil die Kinder andernfalls faktisch gezwungen gewesen wären, nicht nur Belgien, sondern das Gebiet der EU als Ganzes zu verlassen, um ihre Eltern zu begleiten.¹⁹⁰ Jüngere Urteile belegen, dass der Kernbestand der Unionsbürgerschaft nur selten tangiert ist.¹⁹¹ Der EuGH hat weiter entschieden, dass die Menschen aus anderen Mitgliedstaaten beim Zugang zu Bildungsstätten und Sozialhilfe die gleichen Rechte haben wie Einheimische. Der Franzose Rudy Grzelczyk, der während des Sportstudiums in Belgien finanziell in Schwierigkeiten geriet und bei den belgischen Behörden die Gewährung des Existenzminimums beantragte, profitierte ebenso von einem dergestalt grosszügigen Verständnis der Unionsbürgerschaft und des Diskriminierungsverbots wie Studentinnen und Studenten aus Deutschland und Frankreich, die in Österreich und Belgien Medizin studieren wollten.¹⁹² In Bezug auf den Zugang zu Sozialleistungen betont der EuGH, dass Gleichbehandlungsansprüche einen rechtmässigen Aufenthalt voraussetzen. Das Jobcenter Leipzig verweigerte Elisabeta Dano, einer nicht erwerbstätigen Unionsbürgerin aus Rumänien, und ihrem Sohn Florin die Gewährung von Sozialleistungen zu Recht, weil sich Frau Dano und ihr Sohn mangels ausreichender Existenzmittel nicht rechtmässig in Deutschland aufhielten.¹⁹³ Schliesslich leitet der EuGH aus den Grundfreiheiten und der Unionsbürgerschaft weitreichende Familiennachzugsrechte ab. 2002 stellte er fest, dass die Kinder eines Unionsbürgers in einem anderen Mitgliedstaat ein Aufenthaltsrecht haben, um weiterhin am allgemeinen Unterricht teil-

¹⁸⁹ Urteil Rottmann, C-135/08, EU:C:2010:104.

¹⁹⁰ Urteil Ruiz Zambrano, C-34/09, EU:C:2011:124; NEIER, Kernbestandsschutz, *passim*.

¹⁹¹ Urteil Dereci, C-256/11, EU:C:2011:734, Rz. 59-68; Urteil Ymeraga und Ymeraga-Tafarshiku, C-87/12, EU:C:2013:291, Rz. 36-45.

¹⁹² Urteil Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001; Urteil Kommission/Österreich, C-147/03, EU:C:2005:427; Urteil Bressol, C-73/08, EU:C:2010:181. Im Nachgang zu den beiden letztgenannten Urteilen setzten Österreich und Belgien die Vorgaben aus Luxemburg nicht zur Zufriedenheit der Kommission um, worauf diese – letztlich allerdings im Sand verlaufene – Vertragsverletzungsverfahren einleitete; CRAIG/DE BÚRCA, S. 948-949; OESCH, Europarecht, Rz. 647.

¹⁹³ Urteil Dano, C-333/13, EU:C:2014:2358.

nehmen zu können, auch wenn ihre Eltern in der Zwischenzeit geschieden und nicht mehr Wanderarbeiter sind.¹⁹⁴ 2004 ermöglichte der EuGH Kunqian Catherine Zhu, welche Irin ist, und ihrer Mutter Man Lavette Chen, welche die chinesische Staatsangehörigkeit besitzt, sich dauerhaft in Grossbritannien aufzuhalten, weil beide krankenversichert waren und über ausreichende Existenzmittel verfügten.¹⁹⁵ 2008 entschied der EuGH in ausdrücklicher Abkehr von seiner früheren Praxis, dass Blaise Baheten Metock, ein kamerunischer Staatsangehöriger, nach der Heirat zu seiner Ehegattin, welche die britische Staatsangehörigkeit besass, aber in Irland wohnte, ziehen durfte.¹⁹⁶ 2018 verpflichtete der EuGH Rumänien, die in einem anderen EU-Land geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe zwischen Relu Adrian Coman, einem rumänischen Staatsbürger, und Robert Clabourn Hamilton, einem US-amerikanischen Staatsbürger, anzuerkennen und letzterem ein Aufenthaltsrecht zu gewähren; die beiden Herren profitieren davon, dass der Begriff «Ehegatte» gemäss EuGH auch Ehegatten gleichen Geschlechts umfasst.¹⁹⁷

- 44 Die Etablierung der Unionsbürgerschaft als «der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten»¹⁹⁸ reflektiert eine bemerkenswerte Entwicklung, die auf einem fruchtbaren Zusammenspiel von visionärer Vertrags- und Gesetzgebung der Mitgliedstaaten und EU-Organen einerseits und rechtsschöpferischer Auslegung durch den EuGH andererseits beruht. Dabei hat letzterer bewiesen, dass er durchaus bereit ist, seine Praxis bei Bedarf neu zu justieren. Er hat seine tendenziell grosszügige, ursprünglich direkt auf die vertragliche Grundnorm abgestützte Lesart der Unionsbürgerschaftsrechte im Licht der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG, mahnender Eingaben von Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission in Fällen vor dem EuGH wie auch der (letztlich überflüssigen) Absichtserklärung der Staats- und Regierungschefinnen und -chefs, bei einem Verbleib des Vereinigten Königreichs in der EU nach dem Brexit-Referendum den Zugang zu Sozialleistungen einzuschränken, korrigiert.¹⁹⁹ Er ist gut beraten, den Bogen in diesem sensiblen Politikbereich auch weiterhin nicht zu überspannen.

¹⁹⁴ Urteil Baumbast und R, C-413/99, EU:C:2002:493.

¹⁹⁵ Urteil Zhu und Chen, C-200/02, EU:C:2004:639.

¹⁹⁶ Urteil Akrich, C-109/01, EU:C:2003:491; Urteil Metock, C-127/08, EU:C:2008:449.

¹⁹⁷ Urteil Coman, C-673/16, EU:C:2018:385.

¹⁹⁸ Urteil Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458, Rz. 31.

¹⁹⁹ Anschaulich hierzu ILIOPOULOU-PENOT, *passim*; ähnlich CRAIG/DE BÚRCA, S. 949 (in Bezug auf den Zugang von Studierenden zu Universitäten in anderen Mitgliedstaaten) und S. 959; zu dieser Absichtserklärung Europäischer Rat, Tagung vom 18./19. Februar 2016, Schlussfolgerungen, EUCO 1/16, S. 19-24; zum Ganzen auch BARNARD, *passim*, die Grenzen des Beitrags des EuGH zur Weiterentwicklung der Unionsbürgerschaft absteckend.

E. Rechtsstaatlichkeit

Der Prozess der europäischen Integration beruht auf der Überzeugung, gemeinsam getragene Werte und Ideale zu fördern. Die Mitglieder des Europarates bekennen sich zu den Grundwerten der Demokratie, der Vorherrschaft des Rechts und der Wahrung der Menschenrechte (Präambel, Art. 3 der Satzung des Europarates). Während der EWG-Vertrag von 1957 diese Werte nicht ausdrücklich benannte, enthält Art. 2 EUV einen entsprechenden Wertekanon. Er definiert Mindestanforderungen für eine gute Staatsführung (*good governance*) und damit einen materiellen «Verfassungskern», welcher gleichermaßen für die Union und die Mitgliedstaaten gilt. Zentral sind Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte.²⁰⁰ Die Achtung dieser Werte gewährleistet die Funktionsfähigkeit der EU. Namentlich die im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts fundierten Grundsätze des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten und der gegenseitigen Anerkennung von Hoheitsakten beruhen auf der Erwartung, dass die Mitgliedstaaten diese Werte respektieren. Konsequenterweise gehören diese Werte zu den Voraussetzungen, welche europäische Staaten erfüllen müssen, damit sie EU-Mitglied werden können (Art. 49 EUV, Kopenhagener Kriterien). Sie bilden die «Geschäftsgrundlage» der Mitgliedschaft.²⁰¹

45

Der EuGH hat sich wiederholt mit diesen Werten befasst und sie im Licht konkreter Herausforderungen konkretisiert. Er hat die vertraglich verbrieften Rechte des Europäischen Parlaments verteidigt und weiterentwickelt. 1980 qualifizierte er das damals geltende Anhörungsrecht des Parlaments im Gesetzgebungsprozess als wesentliche Formvorschrift und erklärte eine Verordnung, welche der Rat ohne Anhörung des Parlaments erliess, nichtig.²⁰² Damit schützte der EuGH «das vom Vertrag gewollte institutionelle Gleichgewicht»; die Mitwirkung des Parlament, wenngleich damals nur als Anhörungsrecht ausgestaltet, spiegelte ein «grundlegendes demokratisches Prinzip» wider.²⁰³

46

²⁰⁰ S. dazu BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 3 Rz. 12-20; OESCH, Europarecht, Rz. 105-109; OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 15; PECH, *passim*, zur Rechtsstaatlichkeit.

²⁰¹ CALLIESS, Wertegemeinschaft, S. 1040.

²⁰² Urteil Roquette/Rat, 138/79, EU:C:1980:249.

²⁰³ *Ibid.*, Rz. 33. Die Bezeichnung des «institutionellen Gleichgewichts» hat sich eingebürgert zur Umschreibung des spezifisch unionsrechtlichen Systems der Kompetenzverteilung und -begrenzung zwischen den EU-Organen; dazu auch Urteil C-409/13, Rat/Kommission, EU:C:2015:217, Rz. 64. Gemäss Generalanwältin Verica Trstenjak geht es dabei um ein «normatives, justiziables Gestaltungsprinzip», dessen Inhalt sich «aus einer Gesamt-schau der Organisationsprinzipien und Handlungsermächtigungen» der Verträge ergibt, Schlussanträge Audioux, C-101/08, EU:C:2009:410, Rz. 105.

Ähnliches gilt bei der noch heute geltenden Verpflichtung zur Unterrichtung des Europäischen Parlaments über laufende Verhandlungen mit Drittstaaten: 2014 erklärte der EuGH einen Beschluss des Rates zur Unterzeichnung eines Abkommens mit Mauritius über die Überstellung von Seeräubern nichtig, weil das Parlament über den Gang der Verhandlungen nicht ins Bild gesetzt wurde.²⁰⁴ Dieses Dikta aus Luxemburg nutzte den bereits aufgegriffenen Seeräubern allerdings herzlich wenig. Der EuGH entschied, dass die Wirkungen des Beschlusses des Rates aufrechterhalten werden, um die zwischenzeitlich in Gang gesetzte strafrechtliche Verfolgung nicht zu behindern. 2016 erklärte der EuGH einen Beschluss der Kommission über die Unterzeichnung eines *Memorandum of Understanding* mit der Schweiz zum Kohäsionsbeitrag nichtig; die Kommission hatte diesen Beschluss gefasst, ohne dass der Rat die Voraussetzungen und Eckpunkte definiert hatte.²⁰⁵ Die beiden letztgenannten Urteile fügen sich ein in die reichhaltige Praxis des EuGH zur rechtsschöpferischen Entwicklung der Vertragsschlusskompetenzen der EU.²⁰⁶ Der Gerichtshof der EU hat weiter wiederholt klargestellt, dass «jede Handlung einer Gemeinschaftseinrichtung, die dazu bestimmt ist, Rechtswirkungen gegenüber Dritten zu erzeugen, gerichtlich nachprüfbar sein muss».²⁰⁷ Dies gilt – wie der EuGH 1986 bei einer erfolgreichen Klage der gerade neu gegründeten Partei «Les Verts/Parti Ecologiste» gegen einen Beschluss des Europäischen Parlaments zur Verteilung von Geldern an die Parteien betonte – unabhängig davon, ob die Verträge dies ausdrücklich vorsehen oder nicht.²⁰⁸ Generalanwalt G. Federico Mancini führte in den Schlussanträgen zur Rechtssache Les Verts vielsagend aus:

«Die Verpflichtung, das Recht einzuhalten (...), geht der Beschränktheit des geschriebenen Rechts vor. Wann immer der Schutz der Rechtsunterworfenen es erfordert, ist der Gerichtshof bereit, im Namen des Grundsatzes, in dem seine Aufgabe wurzelt, die Vorschriften zu korrigieren oder zu ergänzen, die seine Zuständigkeit begrenzen.»²⁰⁹

- 47 Sofern die EU-Organe einen Rechtsakt erlassen, ohne dass die EU-Verträge dafür eine Kompetenzgrundlage vorsehen, erklärt der EuGH den Rechtsakt nichtig. Dieses Schicksal ereilte im Jahr 2000 die Richtlinie 98/43/EG, welche ein Verbot der Tabakwerbung und des Sponsoring von Tabakprodukten einge-

²⁰⁴ Urteil Parlament/Rat, C-658/11, EU:C:2014:2025.

²⁰⁵ Urteil Rat/Kommission, C-660/13, EU:C:2016:616.

²⁰⁶ S. dazu unten [Rz. 70](#).

²⁰⁷ Urteil Sogelma/EAR, T-411/06, EU:T:2008:419, Rz. 37.

²⁰⁸ Urteil Les Verts, 294/83, EU:C:1986:166.

²⁰⁹ Schlussanträge Les Verts, 294/83, EU:C:1985:483, Rz. 7. Bemerkenswerterweise schlug er sodann gleichwohl vor, die Klage des Vereins «Les Verts – Parti écologiste» abzuweisen.

führt hätte.²¹⁰ Gemäss einem Urteil von 2012 bleibt es den Mitgliedstaaten unbenommen, völkerrechtliche Abkommen im Dunstkreis des EU-Rechts abzuschliessen, sofern dadurch die Zuständigkeitsordnung des EU-Rechts nicht verletzt wird und eine verpönte «Flucht ins Völkerrecht» stattfindet. Aus diesem Grund hat der EuGH die Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus zur Wahrung der Finanzstabilität im Euroraum grosszügig als zulässig erklärt, womit Thomas Pringle, ein irischer Parlamentarier, mit seiner Klage vor dem irischen *Supreme Court* nicht durchdrang.²¹¹ Sofern die Mitgliedstaaten bei solchen Einrichtungen auf die Unionsorgane zurückgreifen, müssen letztere die Grundrechte beachten; damit hat der EuGH einen rechtsstaatlich bedeutsamen Pflock eingeschlagen.²¹²

Auch die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, einen wirksamen Rechtsschutz in den vom EU-Recht erfassten Bereichen zu gewährleisten (Art. 2 und Art. 19 EUV, Art. 47 GRC). Der EuGH hat sich wiederholt dazu geäussert. 2018 kam er zum Schluss, dass Lohnkürzungen bei den Richterinnen und Richtern am portugiesischen Tribunal de Contas, dem Rechnungshof, nicht gegen den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit verstiesse, weil diese Sparmassnahmen allgemein einen grossen Teil des portugiesischen öffentlichen Dienstes betrafen und nur vorübergehend galten.²¹³ Demgegenüber äusserte sich der EuGH wiederholt skeptisch gegenüber Entwicklungen in Polen, wo Richterinnen und Richter vermehrt dem unmittelbaren Zugriff der Exekutive ausgeliefert sind. Er beurteilte die Absenkung des Pensionsalters bei gleichzeitiger freier Entscheidung des Staatspräsidenten über Ausnahmen wie auch die Kontrolle der Tätigkeit von Richterinnen und Richtern durch eine Disziplinarkammer, welche durch die Exekutive besetzt wird, als kaum vereinbar mit den unionsrechtlich geforderten rechtsstaatlichen Mindeststandards.²¹⁴ Demge-

48

²¹⁰ Urteil Tabakrichtlinie I, C-376/98, EU:C:2000:544. In der Folge verabschiedeten der Rat und das Europäische Parlament die Richtlinie 2003/33/EG, in der sie das Werbeverbot für Tabakprodukte auf Konstellationen mit grenzüberschreitender Wirkung einschränkten. Deutschland klagte auch gegen diese Richtlinie. Der EuGH wies die Klage ab; er kam zum Schluss, dass Art. 95 EGV (Art. 114 AEUV) eine geeignete Rechtsgrundlage für den Erlass der Richtlinie darstellte, Urteil Tabakrichtlinie II, C-380/03, EU:C:2006:772; s. aber auch HUBER, S. 18-19, der betont, dass eine Nichtigerklärung von Rechtsakten aufgrund fehlender Kompetenzen äusserst selten vorkommt.

²¹¹ Urteil Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756.

²¹² *Ibid.*, Rz. 67.

²¹³ Urteil Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:11.

²¹⁴ Urteil A.K. (Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichts), C-585/18, EU:C:2019:982; Urteil Kommission/Polen, C-619/18, EU:C:2019:531; Urteil Kommission/Polen (Indépendance et vie privée des juges), C-204/21, EU:C:2023:442.

genüber erachtete der EuGH 2021 Vorschriften in Malta als zulässig, wonach der Premierminister bei der Richterinnen- und Richterernennung federführend ist, wobei ein unabhängiges Gremium die Eignung der Kandidatinnen und Kandidaten beurteilt.²¹⁵ Staatsanwaltschaften, welche Weisungen der Exekutive unterworfen sind, können keine Europäischen Haftbefehle ausstellen; hierfür bedarf es eines Entscheids durch ein gerichtliches Gremium. Aus diesem Grund konnten Haftbefehle der Staatsanwaltschaften Lübeck und Zwickau in Irland nicht vollstreckt werden.²¹⁶

- 49 Aktuell steht die EU vor der immensen Herausforderung, auf die rechtsstaatlich bedenklichen Entwicklungen in Polen und Ungarn wie die laufende Aushöhlung der Unabhängigkeit der Gerichte und die Ausgrenzung unerwünschter Kreise der Zivilgesellschaft zu reagieren.²¹⁷ Die EU-Organe haben Massnahmen ergriffen. Dazu gehören die Einleitung von Rechtsstaatsverfahren gemäss Art. 7 EUV – deren Fortgänge allerdings schleppend verlaufen – und die Blockierung der Auszahlung von Geldern gestützt auf die Konditionalitätsverordnung 2020/2092. Der EuGH hat die Rechtmässigkeit dieser Verordnung ausdrücklich bestätigt.²¹⁸ In weiteren Urteilen benennt der EuGH die systemischen Defizite in diesen Ländern klar und fordert Remedur.²¹⁹ Zu diesem Zweck operationalisiert er die Werte in Art. 2 EUV – in den Worten von Armin von Bogdandy – «über eine erweiternde Interpretation des Mandats» und eine «interpretatorische Verdichtung», was «zu einem verfassungsrechtlichen Quantensprung» in der EU geführt hat.²²⁰ Dabei nimmt der EuGH wie auch die Europäische Kommission auf die Gutachten der Europäischen Kommission für Demokratie und Recht (Venedig-Kommission) und die Urteile des EGMR Bezug.²²¹ Auf diese Weise erhält dieser Prozess eine paneuropäische Dimension. Die unionalen Organe profitieren von der Expertise und der Reputation der

²¹⁵ Urteil Republika, C-896/19, EU:C:2021:311.

²¹⁶ Urteil OG (Staatsanwaltschaft Lübeck), C-508/18, und PI (Staatsanwaltschaft Zwickau), C-82/19 PPU, EU:C:2019:456.

²¹⁷ S. etwa die Beiträge im Sammelband von CLOSA/KOCHENOV (eds.), *passim*.

²¹⁸ Urteil Ungarn/Parlament und Rat, C-156/21, EU:C:2022:97; Urteil Polen/Parlament und Rat, C-157/21, EU:C:2022:98.

²¹⁹ S. etwa Urteil Minister for Justice and Equality (Mängel des Justizsystems), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, sowie die in Fn. 214 zitierten Urteile; Urteil Kommission/Ungarn (Transparenz von Vereinigungen), C-78/18, EU:C:2020:476.

²²⁰ VON BOGDANDY, S. 414 und S. 419; zum Ganzen auch WENDEL, *judiciary*, *passim*.

²²¹ Urteil Kommission/Polen, C-619/18, EU:C:2019:531, Rz. 82; Urteil Kommission/Ungarn (Transparenz von Vereinigungen), C-78/18, EU:C:2020:476, Rz. 79, Rz. 112-114, Rz. 123 und Rz. 129.

Venedig-Kommission und des EGMR.²²² Das Engagement des EuGH verdient Unterstützung. Gleichzeitig besteht die Gefahr, dass er legitimatorisch und funktionell an seine Grenzen stösst.²²³ Dies gilt umso mehr, wie das polnische Verfassungsgericht 2021 die Kompetenzen des EuGH zur Auslegung grundlegender Normen der EU-Verträge (Art. 1 und Art. 19 EUV) in Bezug auf die Ausgestaltung des nationalen Gerichtssystems und die Unabhängigkeit der Gerichte pauschal in Abrede stellte.²²⁴ Letztlich liegt die Verantwortung, systemische Verletzungen der Rechtsstaatlichkeit zu benennen und zu ahnden, in der EU zuvörderst beim Europäischen Rat und beim Rat. Dabei steht ausser Frage, dass Polen und Ungarn die Beitrittsvoraussetzungen in Bezug auf die politischen Grundwerte aktuell nicht erfüllen. Umso dringlicher wäre es, dass sich in diesen Staaten selbst die Einsicht durchsetzt, dass hier manches im Argen liegt und eine Kurskorrektur unabdingbar ist.

²²² OESCH, Rechtsstaatlichkeitsverfahren, *passim*.

²²³ S. zum Ganzen auch DUBOUT, Rz. 240-241; OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 15 Rz. 51.

²²⁴ S. unten [Rz. 61](#).

V. Kritik des *Judicial Activism*

Der EuGH hat die Entwicklung der EU wesentlich mitgeprägt. Entsprechend kritisch werden seine Urteile beäugt und rezipiert. Damit rückt die Frage ins Zentrum, wie – d.h. gestützt auf welche Methode(n) – der EuGH die EU-Verträge und das Sekundärrecht auslegt. Lässt sich hier ein Muster erkennen? 50

Die unionsrechtlichen Auslegungsregeln beruhen auf den Auslegungselementen, wie sie in nationalen Rechtsordnungen sowie – zumindest in den Grundzügen – auch im Völkerrecht allgemein bekannt sind. Dazu gehören die grammatikalische, die systematische, die teleologische und die historische Auslegungsmethode.²²⁵ Der EuGH betonte allerdings bereits in den 1960er Jahren die Autonomie des EWG-Rechts, welches eine «eigene Rechtsordnung»²²⁶ darstellt. Unausgesprochen verwarf er damit die von diversen Mitgliedstaaten vertretene Ansicht, die EWG sei als herkömmliche internationale Organisation zu qualifizieren und das im Rahmen der EWG generierte Recht sei gestützt auf die klassischen völkerrechtlichen Auslegungsregeln, wie sie in Art. 31-33 WVRK kodifiziert sind, auszulegen. Ausgangspunkt für die Auslegung bildet zwar auch im EU-Recht der Wortlaut einer Norm. Darüber hinaus erfolgt die konkrete Ausgestaltung und Gewichtung der oben genannten Auslegungselemente bzw. «Begründungstopoi»²²⁷ aber in einer spezifisch unionsrechtlichen Weise. Dem teleologischen Auslegungselement, d.h. einer am Sinn und Zweck einer Norm ausgerichteten Betrachtungsweise, kommt überragende Bedeutung zu, während die im Völkerrecht vorherrschende subjektiv-souveränitätsorientierte Lesart zurückgedrängt wird.²²⁸ Zur Eigenständigkeit der unionalen Rechtsordnung gehört zudem, dass Begriffe, deren Bedeutung im Völkerrecht oder in nationalen Rechtsordnungen gang und gäbe sein mag, im Unionsrecht durchaus einen davon abweichenden unionsspezifischen Gehalt annehmen können. Auch mögen die zurzeit geltenden, gleichermassen verbindlichen 24 Sprachfassungen des EU-Rechts mitunter zu widersprüchli-

²²⁵ S. für einen typischen Textbaustein des EuGH Urteil McDonagh/Ryanair, C-12/11, EU:C:2013:43, Rz. 28. – Die Begründungserwägungen, welche Verordnungs- und Richtlinienbestimmungen zwingend vorangestellt werden, liefern regelmässig Anhaltspunkte für die Motivation der EU-Organen, den Rechtsakt zu erlassen, und erlauben Rückschlüsse auf seine Entstehungsgeschichte (vgl. zur Begründungspflicht Art. 296 AEUV).

²²⁶ Urteil Costa/E.N.E.L., 6/64, EU:C:1964:66, S. 1269; oben [Rz. 27](#).

²²⁷ OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 9 Rz. 168.

²²⁸ Ibid., § 9 Rz. 168.

chen Auslegungsergebnissen führen.²²⁹ In gewissen Konstellationen spielt die Rechtsvergleichung eine besondere Rolle. Hier werden die in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen getroffenen Lösungen als Rechtserkenntnisquellen fruchtbar gemacht. Ein Beispiel stellt die Anerkennung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen durch den EuGH dar.²³⁰ Präjudizien des EuGH spielen eine eminente Rolle. Der EuGH folgt seinen früheren Urteilen in konsistenter Weise. Praxisänderungen *volte face* sind selten.²³¹ Es besteht für die mitgliedstaatlichen Behörden zwar keine Verpflichtung, Leiturteile des EuGH strikt zu befolgen, wie sie im angelsächsischen Recht existiert (*stare decisis*). Die rechtsanwendenden Behörden unterliegen gleichwohl einer qualifizierten Rechtfertigungspflicht, sofern sie von einem Präjudiz des EuGH abweichen möchten; letztinstanzlich urteilende Gerichte unterliegen diesfalls einer Vorlagepflicht.²³² Die weitum akzeptierte faktische Bindungswirkung von Präjudizien des EuGH trägt wesentlich zur Rechtssicherheit bei.

- 52 Das teleologische Auslegungselement steht in der Spruchpraxis des EuGH ganz im Vordergrund. Dabei wird ein Auslegungsergebnis bevorzugt, mit dem der «Geist»²³³ bzw. die *ratio legis* der fraglichen Norm in ihrem Kontext und im Kontext des EU-Rechts insgesamt verwirklicht wird. Zentral ist das Verständnis, wonach das EU-Recht funktional auf die «Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas» (Art. 1 Abs. 2 EUV) gerichtet ist. G. Federico Mancini, Richter am EuGH, und sein Mitarbeiter David T. Keeling sprachen in diesem Zusammenhang von einem genetischen Code:

«The preference for Europe is determined by the genetic code transmitted to the Court by the founding fathers, who entrusted to it the task of ensuring that the law is observed in the application of a Treaty whose primary objective is an ever closer union among the peoples of Europe.»²³⁴

²²⁹ S. etwa Urteil CILFIT, 283/81, EU:C:1982:335, Rz. 18-20 (dazu oben Fn. 61); für ein Urteil des EuGH, in dem die wörtliche Auslegung einer Verordnung zu widersprüchlichen Resultaten führte, Urteil Sumitomo Chemical, T-22/02, EU:T:2005:349; zum «Prinzip gleichrangiger Vielsprachigkeit» MAYER, Europa als Rechtsgemeinschaft, S. 477; SOBOTTA, *passim*.

²³⁰ S. oben [Rz. 36](#).

²³¹ S. für eine ausdrückliche Praxisänderung Urteil Metock, C-127/08, EU:C:2008:449, Rz. 58; dazu oben [Rz. 43](#); Urteil Keck und Mithouard, C-267/91 und C-268/91, EU:C:1993:905, Rz. 16; dazu oben [Rz. 32](#).

²³² Urteil CILFIT, 283/81, EU:C:1982:335; dazu oben Fn. 61.

²³³ Urteil van Gend en Loos, 26/62, EU:C:1963:1, S. 24, 27; Urteil Costa/E.N.E.L., 6/64, EU:C:1964:66, S. 1269; oben [Rz. 27-28](#).

²³⁴ MANCINI/KEELING, Democracy, S. 186.

Der EuGH zögert nicht, die in Art. 3 EUV niedergelegten Ziele für die Auslegung fruchtbar zu machen. Konsequenterweise sind etwa die vertraglichen Bestimmungen über den freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Personen und Kapital und über den Wettbewerb «keineswegs ein Selbstzweck, sondern nur Mittel zur Verwirklichung dieser Ziele».²³⁵ Es ist symptomatisch, dass Generalanwältin Juliane Kokott und ihr Mitarbeiter Christoph Sobotta den EuGH als eine «Werkstatt der Integration» bezeichnen.²³⁶

53

Die Bezugnahme auf den Sinn und Zweck einer Norm im Licht der Vertragsziele ist insbesondere bei der Auslegung von Primärrecht bedeutsam. Die Verträge beruhen bis heute in wesentlichen Teilen auf den ursprünglichen Fassungen des EWG-Vertrags von 1957 und des EU-Vertrags von 1992 und haben nur punktuell Änderungen und Ergänzungen erfahren. Entsprechend drängt sich mitunter eine dynamische Lesart der Verträge auf, um mit der in den Verträgen angelegten Integrationsidee Schritt zu halten.²³⁷ Eine herausragende Rolle spielt zudem der Grundsatz der «praktischen Wirksamkeit»²³⁸ bzw. der «vollen Wirksamkeit»²³⁹ des EU-Rechts (*effet utile*). Der EuGH wählt unter mehreren vertretbaren Auslegungen diejenige, welche die grösstmögliche Ausschöpfung der Unionsbefugnisse erlaubt und die tatsächliche Wirksamkeit der (Kompetenz-)Bestimmungen gewährleistet (*in dubio pro Communitate*). Weiter hat der EuGH rechtsstaatlich problematische Lücken geschlossen; ein Beispiel betrifft die Anerkennung der Grundrechte als ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze.²⁴⁰ Gemäss Edouard Dubout nehmen die Richterinnen und Richter in Luxemburg eine Vermittlerrolle bei der europäischen Integration wahr, funktionell als Verfassungsrichterinnen und Verfassungsrichter agierend:

54

«Face à un déficit politique structurel pour faire avancer ou fonctionner l'Union, il n'est pas rare que les juges prennent le relais de l'intégration européenne, au moyen de diverses constructions juridiques parfois ouvertement inspirées du fédéralisme (...). Alors même que sa composition est calquée sur celle d'une juridiction internationale classique, l'usage de sa fonction par la Cour de justice la rapproche bien davantage d'une juridiction constitutionnelle.»²⁴¹

²³⁵ Gutachten EWR I, 1/91, EU:C:1991:490, Rz. 18.

²³⁶ KOKOTT/SOBOTTA, *passim*.

²³⁷ S. dazu SCHROEDER, *Dynamik*, S. 58-60, wonach der EuGH «die Dynamik als eigenständigen Auslegungstopos» etabliert hat; EVERLING, S. 220, zur Notwendigkeit der Rechtsfortbildung vor allem «für die Bestimmungen des Vertrags selbst, die von vornherein auf eine dynamische Entwicklung hin angelegt waren» und ausfüllungsbedürftig sind.

²³⁸ Urteil Becker, 8/81, EU:C:1982:7, Rz. 23; oben [Rz. 28](#).

²³⁹ Urteil Francovich, C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428, Rz. 33; oben [Rz. 31](#).

²⁴⁰ S. oben [Rz. 36](#).

²⁴¹ DUBOUT, Rz. 360.

- 55 Wenig überraschend stösst die integrationsfreundliche Praxis des EuGH mitunter auf Kritik. Diverse der in dieser Schrift erwähnten *causes célèbres* wurden kontrovers aufgenommen. Der EuGH sah sich in diesen Fällen dem Vorwurf der unzulässigen Weiterentwicklung des vertraglich Vorgesehenen bzw. des übermässigen *judicial activism* ausgesetzt, weil er – zumindest im Urteil gewisser Fachleute – den *effet utile*-Gedanken übertrieben und die Grenzen zulässiger Auslegung überschritten hatte.²⁴² 1980 prägte Joseph H. Kaiser die eingängige Metapher, wonach «eine an Umfang rasch zunehmende europarechtliche Literatur die Befugnisse der Gemeinschaft auch heute noch am liebsten nach Art einer in ständiger Ausdehnung begriffenen Galaxie vorstellt».²⁴³ Gemäss Alec Stone Sweet handelte es sich bei den grundlegenden Urteilen van Gend en Loos und Costa/E.N.E.L um einen «juridical coup d'état», also gleichsam um einen gerichtlichen Staatsstreich:

«In 1964, in Costa, the European Court of Justice announced the doctrine of the supremacy of EC law which, in combination with the Court's doctrine of direct effect, in Van Gend en Loos, gradually served to <constitutionalize> the Treaty of Rome (...). The Member States neither provided for the supremacy of the Treaty, nor for the direct effect of the Treaty or of EC Directives. (...) As the ECJ's doctrines of direct effect and supremacy gradually took hold, Article 234 EC emerged as a kind of central nervous system for the enforcement of EC law and the coordination of the EC and the national legal orders. For more than forty years, this system – wholly a product of a juridical coup d'état – has managed the myriad complexities of legal integration.»²⁴⁴

- 56 Roman Herzog, ehemaliger deutscher Bundespräsident und Präsident des deutschen Bundesverfassungsgerichts, und Lüder Gerken forderten 2008: «Stoppt den Europäischen Gerichtshof». Sie kamen mit Blick auf das oben erwähnte Urteil Mangold und einige weitere Urteile zum Schluss,

²⁴² S. zu dieser Kritik und zum Begriff des *judicial activism* im Kontext des EuGH grundlegend HIALTE RASMUSSEN, *Law and Policy*, *passim*; für eine Zusammenstellung wissenschaftlicher Stellungnahmen PURNHAGEN/GORMLEY, Rz. 22-25; ferner LADEUR, *passim*; DAWSON/DE WITTE/MUIR (eds.), *passim*; HALTERN/BERGMANN (Hrsg.), *passim*; WESSELS, Kap. Der Gerichtshof der Europäischen Union, S. 4; vgl. auch SCHMIDT, S. 232-251, m.w.H. auf die politikwissenschaftliche Literatur; COLIN, *passim*, der eine umfassende Studie über den EuGH bereits 1966 unter dem sinnigen Titel «Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes» veröffentlichte, wobei er schlussfolgerte, dass der EuGH keinen übermässig aktivistischen Kurs eingeschlagen hatte; zur damit verbundenen Debatte um die Legitimität des EuGH POLLACK, *passim*; HUBER, S. 21-22, wonach der EuGH einen Weg gefunden hat, «um die Herrschaft der Mitgliedstaaten über die Verträge zu unterminieren.»

²⁴³ KAISER, S. 97.

²⁴⁴ STONE SWEET, *Coup d'État*, S. 918 und S. 924.

«dass der EuGH zentrale Grundsätze der abendländischen richterlichen Rechtsauslegung bewusst und systematisch ignoriert, Entscheidungen unsauber begründet, den Willen des Gesetzgebers übergeht oder gar in sein Gegenteil verkehrt und Rechtsgrundsätze erfindet, die er dann bei späteren Entscheidungen wieder zugrunde legen kann.»²⁴⁵

Auch Dieter Grimm, ehemaliger Richter des deutschen Bundesverfassungsgerichts, kritisiert die Art und Weise, wie der EuGH seine Machtfülle konsolidiert und ausgebaut hat.²⁴⁶ Er weist auf die «Eigentümlichkeit der europäischen Verträge» hin, welche durch die Rechtsprechung konstitutionalisiert worden sind und Wirkungen von Verfassungen entfalten, ohne aber nach Art einer Verfassung gestaltet zu sein. In diesem institutionellen Setting trifft der EuGH grundlegende Entscheide zur Verwirklichung des Binnenmarktes und zu weiteren Politikbereichen (z.B. Soziales, Arbeitsmarkt, Wettbewerb, Umwelt), ohne dass die Mitgliedstaaten – Vertragsänderungen scheitern praktisch am Einstimmigkeitserfordernis – bzw. der Rat und das Europäische Parlament ihn «umsteuern» können. Im Vergleich zu nationalstaatlichen Rechtsordnungen fehlt die Möglichkeit zur Selbstkorrektur (*constitutional* bzw. *legislative response*):

«Die Unterscheidung zwischen Bedingungen für politische Entscheidungen und diesen Entscheidungen selbst ist für den Konstitutionalismus konstitutiv. In der EU werden die beiden Ebenen aber vermischt. Die Verträge sind voll von Vorschriften, die im Staat dem sogenannten einfachen Recht zugehören würden. Ihre Auslegung und Anwendung durch die Kommission und den EuGH ist daher Verfassungsvollzug. Infolgedessen werden der Rat und die Parlamente nicht nur nicht für die Herstellung des Gemeinsamen Marktes benötigt. Sie können die Entscheidungen der exekutiven und judikativen Organe auch nicht durch Gesetzgebung ändern. Eine Möglichkeit, die im Staat stets besteht, nämlich die Umsteuerung der Gerichte durch Gesetzesänderung, fällt in der EU weitgehend aus. Der EuGH ist freier als jedes nationale Gericht. Eine Änderung der Rechtsprechung könnte nur durch Änderung der Verträge herbeigeführt werden, von der jeder weiss, dass sie so gut wie ausgeschlossen ist.»²⁴⁷

Insgesamt zielt die Kritik einer durchs Band allzu integrationsfreundlichen Rechtsprechung meines Erachtens ins Leere. Die folgenden Erwägungen sind bedenkenswert:

²⁴⁵ HERZOG/GERKEN, *passim*; zum Urteil Mangold oben [Rz. 42](#).

²⁴⁶ GRIMM, S. 17-18.

²⁴⁷ *Ibid.*, S. 18; zu dieser «over-constitutionalization» auch SCHMIDT, S. 12 und S. 47; für eine Gegenposition MÖLLERS, S. 343-348; zur Mehrdeutigkeit des EU-Rechts aufgrund von Konsenszwang bzw. zumindest hohem Konsensdruck im Rat und beim Zusammenspiel des Rates mit dem Europäischen Parlament WESSELS, Kap. Der Gerichtshof der Europäischen Union, S. 23.

- Es gehört zu einem lebendigen demokratischen Prozess, die Tätigkeit der Judikative eng zu begleiten und ihre «Produkte» kritisch zu würdigen.²⁴⁸ Dabei prallen divergierende politische Haltungen und Erwartungen aufeinander, die nicht gleichzeitig befriedigt werden können. Die Tätigkeit der Luxemburger Richterinnen und Richter ist von solcher Kritik nicht ausgenommen. Mehr noch: Als supranationales *und* wirkmächtiges Gericht – eine einmalige Kombination! – steht Luxemburg diesbezüglich unter stärkerer Beobachtung als nationale Höchstgerichte, deren Stellung im Institutionengefüge und Rolle bei der Rechtsentwicklung weniger hinterfragt werden.²⁴⁹
- Auch besonders umstrittene Urteile des EuGH beruhen in aller Regel auf gut nachvollziehbaren Erwägungen. Der EuGH urteilt auf der Grundlage des Rechts und methodisch angeleitet. Das prominenteste Element seines Methodenkanons ist die Teleologie und die funktionale Ausrichtung auf die «Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas» (Art. 1 Abs. 2 EUV), ohne auf der Grundlage dieser programmatischen Vertragsbestimmung allein einer Ausweitung des Geltungsbereichs der Verträge oder des Sekundärrechts das Wort zu reden. Der EuGH urteilt unabhängig von Partikularinteressen. Er hat bewiesen, dass er seine Aufgabe, im Stil eines *Supreme Court* unparteiisch über die Wahrung des Rechts zu wachen, ernst nimmt. Dies zeigt sich bei Streitfällen, an denen grosse und mächtige Mitgliedstaaten beteiligt sind; auch hier trägt Luxemburg eine «Augenbinde», wie die Urteile in den Rechtssachen Pkw-Maut, Kreil und Mangold, in denen sich Deutschland erfolglos für eine andere Lesart der Verträge einsetzte, und die Urteile gegen Polen zur Un-

²⁴⁸ HALTERN, Band II, Rz. 51; s. auch MÖLLERS, S. 347, wonach «von der Kritik am EuGH nicht viel mehr [bleibt] als die Kritik an einzelnen Entscheidungen, die solche Kritik natürlich verdienen mögen»; kritikwürdig bleibt gemäss MÖLLERS die Binnenorganisation (Wahl des Präsidiums, Zuweisung von Fällen, Möglichkeit der Wiederwahl, S. 347-348).

²⁴⁹ Ein Seitenblick auf das Streitbeilegungssystem in der WTO illustriert, wie ein über die Jahre gewachsenes internationales «Gerichtssystem» grundlegend in Frage gestellt werden kann: Seit 2019 bieten die Vereinigten Staaten nicht mehr Hand zur Ernennung neuer Richterinnen und Richter am Appellate Body, womit dieser nicht mehr funktionsfähig ist. Panel Reports werden «into the void» appelliert. Die Vereinigten Staaten kritisieren, dass die merklich expansive Auslegungspraxis von den WTO-Abkommen nicht gedeckt sei, Office of the United States Trade Representative Ambassador Robert E. Lighthizer, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, February 2020, Introduction, S. 14, www.ustr.gov und Link zu Publications 2020; zum Ganzen BURGHARTZ/GUARDIOLA, S. 300-305; FIORINI et al., *passim*.

abhängigkeit der Gerichte belegen.²⁵⁰ Die Integrationsfunktion des EuGH zielt dabei längst nicht mehr nur auf die Entwicklung des Binnenmarktes, sondern auch darauf, die Grenzen der Zuständigkeiten der Unionsorgane abzustechen und die Rechte der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, die ihnen unabhängig einer wirtschaftlichen Tätigkeit zukommen, in den Blick zu nehmen; die Rechtsprechungslinien zum Grundrechtsschutz und zur Unionsbürgerschaft sind Belege hierfür. Der EuGH wandelt sich – in den Worten von Franz C. Mayer – «vom Integrationsmotor zum Wächter eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen Unionsorganen, Mitgliedstaaten und Unionsbürgern auf der Grundlage der Unionsverfassung».²⁵¹ Dabei haben sich in den letzten 70 Jahren immer wieder Phasen des Aufbruchs und der Zurückhaltung abgewechselt.²⁵²

- Die starke Stellung des EuGH ist in den Verträgen angelegt.²⁵³ Sie beruht auf einer bewussten Entscheidung der Mitgliedstaaten und entspringt dem Anliegen, die «Einheit durch Recht als Quellcode der Rechtsgemeinschaft»²⁵⁴ gerichtlich abzusichern. Die herausragende Rolle des EuGH ist eine logische Konsequenz dieser vertraglichen Ausgangslage.²⁵⁵ Diverse Bestimmungen insbesondere des Primärrechts sind offen formuliert und bedürfen zwangsläufig der Konkretisierung in der Rechtsanwendung. Dabei agiert der EuGH keineswegs im luftleeren Raum, «[t]ucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg»²⁵⁶, sondern eingebettet in ein transnational organisiertes, wirkmächtig agierendes Netzwerk, in dem die Vertreterinnen und Vertreter der Organe der EU und ihrer weiteren Einrichtungen, der Mitgliedstaaten und ihrer subföderalen Einheiten, der Unternehmen, der Verbände und der Zivilgesellschaft Interessen artikulieren und verfolgen.²⁵⁷ Die anderen EU-Organen und die Mitgliedstaaten

²⁵⁰ S. oben [Rz. 17](#), [Rz. 42](#) und [Rz. 48-49](#).

²⁵¹ MAYER, Art. 19 EUV Rz. 42.

²⁵² VOSSKUHLE, S. 3, m.V.a. EVERLING, S. 224; CRAIG/DE BÚRCA, S. 95.

²⁵³ S. dazu auch unten [Rz. 160](#).

²⁵⁴ SAUER, Schranken, S. 929.

²⁵⁵ HALTERN, Band II, Rz. 69.

²⁵⁶ ERIC STEIN, S. 1; für das ganze Zitat oben [Rz. 29](#).

²⁵⁷ S. dazu RASK MADSEN/NICOLA/VAUCHEZ, S. 10, sowie die Beiträge in diesem Sammelband; EVERLING, S. 224, wonach der EuGH «nicht aus direkten oder indirekten Einwirkungen der Mitgliedstaaten, vielmehr (...) offenbar durch die allgemeine Stimmungslage in Politik und Öffentlichkeit beeinflusst» wird; vgl. auch HÖPNER, Erklärung, *passim*, zum Vor- und Selbstverständnis der Richterinnen und Richter am EuGH und ihrer Motivation, «kreativ und idealistisch rechtsschöpferisch» zur Weiterentwicklung des EU-Rechts beizutragen.

haben die Möglichkeit, in Verfahren vor dem EuGH Eingaben zu machen und auf diese Weise zur Entscheidungsfindung beizutragen. Der EuGH hat bewiesen, dass er bereit ist, seine Praxis gegebenenfalls neu zu justieren; Beispiele dergestalt responsiver Praxisanpassungen finden sich etwa beim Lohnschutz und bei der Unionsbürgerschaft.²⁵⁸

- Der EuGH hat die ihm vertraglich zugewiesene machtvolle Stellung angenommen und beherzt ausgefüllt. Er hat mit seinen grundlegenden Dikta zum Vorrang des EU-Rechts und zu seiner unmittelbaren Anwendbarkeit bereits wenige Jahre nach der Gründung der EWG die Unternehmen und Personen direkt ins Recht gefasst und den Boden gelegt für eine umfangreiche, dynamische und tendenziell expansive Rechtsprechung: «Wer Europarecht sät, wird Urteile aus Luxemburg ernten.»²⁵⁹ Er hat ohne ausdrücklichen Anker in den Gründungsverträgen einen eindrücklichen Fundus von Grundrechten als ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannt. Trotz vereinzelt geäußelter Kritik und gelegentlicher Verschnupfung ob des luxemburgischen Aktivismus haben die Mitgliedstaaten als «Herren der Verträge»²⁶⁰ diese epochalen Veränderungen im Recht akzeptiert.²⁶¹ Sie tragen die «Konstitutionalisierung»²⁶² der Gemeinschafts- bzw. Unionsrechtsordnung mit. Sie haben den Vorrang des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts wie auch die Entwicklung des Grundrechtsschutzes ausdrücklich abgesegnet.²⁶³ Dies trifft nicht nur auf die Mitgliedstaaten zu, die erst später der Gemeinschaft bzw. Union beigetreten sind und diesen Schritt folglich *en toute connaissance de cause* zum Zeitpunkt ihres Beitritts gemacht haben, sondern auch für die Gründungsmitglieder. Auch wenn ein Austritt aus der EU mit enorm hohen Opportunitätskosten verbunden ist (und bis vor wenigen Jahren weitem als illusorisch betrachtet wurde), steht dieser Schritt jedem Mitgliedstaat offen (Art. 50 EUV). Die Stimmberechtigten des Vereinigten Königreichs haben sich dazu nicht zuletzt aufgrund des zunehmend «übergriffig»

²⁵⁸ CRAIG/DE BÚRCA, S. 95; für diese Beispiele oben [Rz. 33](#) und [Rz. 44](#).

²⁵⁹ HANS-JÜRGEN PAPIER, ehemaliger Präsident des deutschen Bundesverfassungsgerichts, zit. in FAZ vom 27. November 2012, www.faz.net.

²⁶⁰ BVerfGE 89, 155 (190, 199) – Maastricht.

²⁶¹ Ähnlich BAUDENBACHER/BERGMANN, S. 259-260.

²⁶² S. zu diesem Begriff oben Fn. 107.

²⁶³ S. zur Anerkennung des Vorrangs oben Fn. 100; s. zur Bestätigung des Fallrechts zum Grundrechtsschutz die Verweise auf Erklärungen und Entschliessungen der EU-Organen sowie Präambelerwägungen und Artikel in den Verträgen in OESCH, Europarecht, Rz. 707; MANCINI/KEELING, Democracy, S. 187-188.

wahrgenommenen EuGH und der damit einhergehenden, als nicht mehr akzeptabel empfundenen Einschränkung der nationalen Souveränität entschieden, dem verführerischen Slogan «take back control» folgend.²⁶⁴

- Es ist seit längerem anerkannt, dass Gerichte rechtsschöpferisch bzw. rechtsfortbildend tätig sein können. Dies gilt, wie das deutsche Bundesverfassungsgericht 1987 mit Blick auf die Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien festhielt, auch für den EuGH:

«Gegen die Methode richterlicher Rechtsfortbildung, deren sich der Gerichtshof bedient hat, ist weder unter dem Maßstab des Zustimmungsgesetzes zum EWG-Vertrag noch dem des Art. 24 Abs. 1 GG etwas zu bewenden. Zwar ist dem Gerichtshof keine Befugnis übertragen worden, auf diesem Wege Gemeinschaftskompetenzen beliebig zu erweitern; ebensowenig aber können Zweifel daran bestehen, daß die Mitgliedstaaten die Gemeinschaft mit einem Gericht ausstatten wollten, dem Rechtsfindungswege offenstehen sollten, wie sie in jahrhundertelanger gemeineuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur ausgeformt worden sind. Der Richter war in Europa niemals lediglich «la bouche qui prononce les paroles de la loi»; das römische Recht, das englische common law, das Gemeine Recht waren weithin richterliche Rechtsschöpfungen ebenso wie in jüngerer Zeit etwa in Frankreich die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts durch den Staatsrat oder in Deutschland das allgemeine Verwaltungsrecht, weite Teile des Arbeitsrechts oder die Sicherungsrechte im privatrechtlichen Geschäftsverkehr. Die Gemeinschaftsverträge sind auch im Lichte gemeineuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur zu verstehen. Zu meinen, dem Gerichtshof der Gemeinschaften wäre die Methode der Rechtsfortbildung verwehrt, ist angesichts dessen verfehlt. Das Bundesverfassungsgericht ist auch bislang schon ohne Aufhebens davon ausgegangen, daß der Gerichtshof subjektive Rechte des privaten Einzelnen aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen entwickeln darf (...). Wie behutsam der Gerichtshof dabei im vorliegenden Zusammenhang verfahren ist, zeigt sich daran, daß er nicht Richtlinien schlechthin «berufungsfähig» gemacht hat, sondern dafür bestimmte, oben aufgezeigte Kriterien erstellt hat, die – jedenfalls in der bisherigen Richtlinienpraxis, die Hunderte von Richtlinien allein zur Rechtsangleichung aufweist, – nur selten erfüllt sind.»²⁶⁵

Das deutsche Bundesverfassungsgericht kam auch bei der Beurteilung des oben erwähnten umstrittenen Mangold-Urteils des EuGH zum

²⁶⁴ Vgl. dazu auch HUBER, S. 23. Symptomatisch hierfür steht die (letztlich überflüssige) Absichtserklärung der Staats- und Regierungschefinnen und -chefs, bei einem Verbleib des Vereinigten Königreichs in der EU nach dem Brexit-Referendum die programmatische Vorgabe, eine «immer engere Union der Völker Europas» (Art. 1 Abs. 2 EUV) anzustreben, zu relativieren, Europäischer Rat, Tagung vom 18./19. Februar 2016, Schlussfolgerungen, EUCO 1/16, S. 16-17.

²⁶⁵ BVerfGE 75, 223 (243) – Kloppenburg. Selbst HJALTE RASMUSSEN, Law and Policy, S. 513, einer der prominentesten Kritiker einer allzu expansiven Entwicklung des Fallrechts des EuGH, stellte 1986 fest: «The judges must not be allowed to act like red-robed kings, but neither are they to be reduced to lawfinding puppets.»

Schluss, dass der EuGH nicht offensichtlich kompetenzwidrig handelte, als er das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeinen Rechtsgrundsatz qualifizierte.²⁶⁶

- 59 Diese versöhnlichen Befunde aus Karlsruhe leiten zur praktisch zentralen Thematik über, die im nächsten Teil vertieft werden soll: Entscheidend bleibt für den EuGH, dass die Behörden in den Mitgliedstaaten – und zuvörderst ihre Gerichte – seine Urteile annehmen und in ihrer täglichen Arbeit beachten. Die «Verdrängungskraft» des EU-Rechts und damit auch die Funktionsfähigkeit des unionalen Systems hängen von ihrer Bereitschaft ab, das EU-Recht auch in umstrittenen Fällen anzuwenden. Ulrich Haltern verwendet hierzu ein Bild aus der Schreinerwerkstatt (und wir erinnern uns an die Charakterisierung des EuGH als «eine Werkstatt der Integration» von Juliane Kokott und Christoph Sobotta):

«Wenn zwei Rechtsordnungen verschraubt werden, müssen Schrauben und Muttern auf beiden Seiten halten. Es reicht nicht aus, wenn auf der einen Seite gebohrt, gehämmert und geschraubt wird, auf der anderen Seite aber nur eine Leichtbauwand steht, aus der die Dübel jederzeit herausreißen können, wenn der Zug zu gross wird. Belastbarkeit setzt voraus, dass nicht nur die Union baut, sondern dass auch die Mitgliedstaaten mitbauen; Rechtsverschraubung bedeutet, dass der EuGH und die nationalen Gerichte an einem Strang ziehen.»²⁶⁷

²⁶⁶ BVerfGE 126, 286 – Mangold/Honeywell; dazu oben [Rz. 42](#); s. auch HALTERN, Band II, Rz. 803, wonach das Urteil Mangold «ein zwar sehr schlecht argumentiertes, aber insgesamt ausgewogenes Urteil [ist], das weder Zorn noch Spott verdient hat.»

²⁶⁷ HALTERN, Band II, Rz. 586; KOKOTT/SOBOTTA, *passim*; dazu oben [Rz. 53](#).

VI. Nationale Gerichte als Mit- und Gegenspieler

Die Gerichte in den Mitgliedstaaten legen routinemässig EU-Recht aus. Bei Unklarheiten befassen sie den EuGH auf dem Wege der Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV). Sie respektieren sein Letztentscheidungsrecht über die Geltung und Auslegung des EU-Rechts und seine daraus fließende machtvolle Stellung grossherzig – wengleich nicht grenzenlos. Sofern ein Urteil des EuGH gleichsam «ausbricht», akzeptieren die Gerichte der Mitgliedstaaten den Vorrang des EU-Rechts nicht. Die Aufgabe, solche Schranken bzw. Prüfvorbehalte zu definieren und in konkreten Fällen anzuwenden, obliegt in der Regel den höchsten nationalen (Verfassungs-)Gerichten; vereinzelt lassen sich in den Verfassungen der Mitgliedstaaten Vorgaben finden.²⁶⁸ Dabei hat sich ein Grundmuster herausgebildet: In der einen oder anderen Form wird der Vorrang in den meisten Mitgliedstaaten nur unter der Bedingung akzeptiert, dass das EU-Recht und der EuGH einen unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz gewährleisten (Grundrechtskontrolle), dass die Unionsorgane gestützt auf bestehende Kompetenzen handeln (Ultra vires-Kontrolle) und dass das EU-Recht die Identität der nationalen Verfassung (bzw. zumindest deren grundlegenden Gehalt) respektiert (Identitätskontrolle). Damit behalten die Mitgliedstaaten als «Herren der Verträge»²⁶⁹ das Letztentscheidungsrecht über die Geltung und Wirkung des EU-Rechts und der Urteile des EuGH im nationalen Kontext.

60

Konkrete Fälle, in denen ein nationales Gericht die Unvereinbarkeit eines nationalen Rechtsakts oder eines Urteils des EuGH mit verfassungsrechtlichen Vorgaben feststellt, sind sehr selten. Der französische Conseil d'Etat rebellierte 1978 gegen die seines Erachtens unzulässige Praxis des EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien.²⁷⁰ Das tschechische Verfassungsgericht erklärte 2012 die Auslegung der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehö-

61

²⁶⁸ S. für eine Übersicht über Europaartikel und weitere europarechtlich induzierte Bestimmungen in den Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten sowie gerichtliche Konkretisierungen allfälliger Schranken WENDEL, Permeabilität, *passim*; MAYER/WENDEL, Rz. 14-71 und Rz. 298-316; CLASSEN, Rz. 725-731; CRAIG/DE BÚRCA, S. 328-356; spezifisch zu Recht und Praxis in Frankreich DUBOUT, Rz. 282-294; in Deutschland unten Fn. 277.

²⁶⁹ BVerfGE 89, 155 (190, 199) – Maastricht.

²⁷⁰ Urteil vom 22. Dezember 1978, abgedruckt in EuGRZ 1979, S. 251.

rige durch den EuGH als *Ultra vires*-Akt;²⁷¹ das tschechische Verwaltungsgericht ersuchte den EuGH bei nächstbesther Gelegenheit zwar darum, die umstrittene Auslegung der EU-Verordnung zu überprüfen, zog den Antrag auf Vorabentscheidung aber wieder zurück, nachdem sich die Wogen in der Tschechei gelegt hatten und die Behörden europarechtskonform handelten.²⁷² Der Oberste Gerichtshof von Dänemark betrachtete 2016 ein Urteil des EuGH zum Verbot der Altersdiskriminierung als *Ultra vires*-Akt; es wies die Behörden an, das vom EuGH als unionsrechtswidrig betrachtete dänische Gesetz weiterhin anzuwenden.²⁷³ Den unrühmlichsten *Track Record* weist das polnische Verfassungsgericht auf. 2021 hat es die Verfassungswidrigkeit von grundlegenden Normen des unionalen Primärrechts (Art. 1 und Art. 19 EUV) festgestellt und die Kompetenzen des EuGH zur Auslegung dieser Normen in Bezug auf das nationale Justizsystem und die Unabhängigkeit von Richterinnen und Richtern pauschal in Abrede gestellt.²⁷⁴ Im Unterschied zu den anderen Fällen geht es hier um grundlegende Werte der Rechtsstaatlichkeit und des Grundrechtsschutzes, deren Einhaltung die Funktionsfähigkeit der EU insgesamt gewährleistet;²⁷⁵ eine unheilvolle Entwicklung!

- 62 Das deutsche Bundesverfassungsgericht, welches in Deutschland historisch bedingt über eine starke Stellung verfügt, nimmt seit den 1960er Jahren eine Vorreiterrolle bei der Ausformulierung von Schranken bzw. Prüfvorbehalten bei der Anwendung von unionalen Rechtsakten und Urteilen des EuGH ein. Der 1992 ins Grundgesetz eingefügte Art. 23 GG wurde im fruchtbaren Wechselspiel zwischen dem Verfassungsgeber und dem Bundesverfassungsgericht entwickelt und von letzterem seither rechtsschöpferisch weiter konkretisiert. Die Verpflichtung gemäss Art. 23 Abs. 1 GG, «einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz» zu gewährleisten, kodifiziert die Urteile des Bundesverfassungsgerichts in den Rechtssachen *Solange I* und *Solange II*.²⁷⁶ In Folgeentscheiden hat das Bundesverfassungsgericht die

²⁷¹ Urteil *Landtová*, C-399/09, EU:C:2011:415; dazu FAIX, S. 597- 605; LENAERTS, S. 17-19.

²⁷² Beschluss *JS*, C-253/12, EU:C:2013:212.

²⁷³ Urteil *Dansk Industri*, C-441/14, EU:C:2016:278; Oberster Gerichtshof von Dänemark, Urteil vom 6. Dezember 2012, No 15/2014, *Dansk Industri*.

²⁷⁴ S. dazu Tenor des Urteils zum Verfahren K 3/21 vom 7. Oktober 2021, <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej,l>, und die Pressemitteilung, <https://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/11664-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>.

²⁷⁵ S. oben *Rz. 45*.

²⁷⁶ BVerfGE 37, 271 – *Solange I*; BVerfGE 73, 339 – *Solange II*.

«für die Mitwirkung Deutschlands an der Entwicklung der Europäischen Union verbindliche[n] Strukturvorgaben»²⁷⁷ weiter ausdifferenziert; dabei handelt es sich im Wesentlichen um die oben erwähnte Grundrechts-, Ultra vires- und Identitätskontrolle. Das Gericht in Karlsruhe wiederholt zwar regelmässig die «Europarechtsfreundlichkeit»²⁷⁸ des deutschen Grundgesetzes; es hat sich aber auch als gewichtiger «Vetoplayer»²⁷⁹ bei der Operationalisierung der vertraglichen Grundlagen der EU und ihrer Weiterentwicklung positioniert. Prompt kam das Bundesverfassungsgericht 2020 zum ersten – und bis heute letzten – Mal in einem konkreten Fall zum Schluss, dass ein Urteil des EuGH diese Strukturvorgaben nicht erfüllte. Es qualifizierte das Urteil, wonach der Beschluss der Europäischen Zentralbank zum Staatsanleihekaufprogramm (*Public Sector Purchase Programme*; PSPP) von 2015 rechtmässig war, als ultra vires, weil das Urteil «im Hinblick auf die Kontrolle der Verhältnismässigkeit der zur Durchführung des PSPP erlassenen Beschlüsse schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar» war.²⁸⁰ Kurzum: Die Europäische Zentralbank hat inhaltlich zwar nicht zwangsläufig unplausibel entschieden, ihren Entscheid aber zu wenig begründet; der EuGH hat zu wenig kontrolliert.²⁸¹ Merkwürdig ist die Erwartung des Bundesverfassungsgerichts, die Europäische Zentralbank müsse bei währungspolitischen Beschlüssen eine penibel dem deutschen Recht entsprechende Verhältnismässigkeitsprüfung ins Werk setzen, ohne dass erstellt wäre, dass sich diese Form der Abwägung gegenläufiger öffentlicher und privater Interessen als anerkannte Methode gemeineuropäisch durchgesetzt und etabliert hat; dem ist beileibe nicht so.²⁸² Dieser mancherorts als Fehlurteil qualifizierte Entscheid war ein Paukenschlag.²⁸³ Mit Blick auf den konkreten Rechtsstreit blieb seine Wirkung zwar überschaubar. Der Deutsche Bundestag sprang in die Bresche – die Fronten zwischen den beiden Gerichten waren allzu verhärtet – und hielt auf der Grundlage nachträglich gelieferter Dokumente und Ausführungen der Europäischen Zentralbank in konzilianter Weise «die Darlegung der EZB zur Durchführung einer Ver-

²⁷⁷ BVerfGE 123, 267 – Lissabon; grundlegend zuletzt BVerfGE 154, 17 – PSPP; zum Ganzen CALLIÉS, Staatsrecht, S. 235-279; MAYER, Art. 19 EUV Rz. 78-91; OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 10 Rz. 14-25; SAUER, Jurisdiktionskonflikte, S. 157-206.

²⁷⁸ BVerfGE 123, 267 (347) – Lissabon; BVerfGE 154, 17 (69-70) – PSPP.

²⁷⁹ VON BOGDANDY, S. 223.

²⁸⁰ BVerfGE 154, 17 – PSPP.

²⁸¹ KAINER, S. 534.

²⁸² KAINER, S. 535; s. auch VON BOGDANDY, S. 456: «Selbst unter dem deutschen Rechtsverständnis befremdet diese Hypertrophie der Verhältnismässigkeit.»

²⁸³ S. für kritische Würdigungen KAINER, *passim*; MÜLLER-GRAFF, *passim*; MAYER, PSPP-Urteil, *passim*; VON BOGDANDY, S. 455-456.

hältnismäßigkeitsprüfung für nachvollziehbar und die Vorgaben des Urteils des BVerfG vom 5. Mai 2020 (...) somit für erfüllt.»²⁸⁴ Die Kommission stellte später ein gegen Deutschland eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren ein, nachdem auch die Bundesregierung erklärt hatte, «dass sie den Vorrang des EU-Rechts anerkennt und eine Wiederholung einer Ultra-vires-Feststellung künftig aktiv vermeiden wird» (wobei die Bundesregierung das Bundesverfassungsgericht offenkundig nicht daran hindern kann, im Rahmen von Ultra vires-Kontrollen das letzte Wort zu beanspruchen).²⁸⁵ Die Europäische Zentralbank und der EuGH tun gut daran, das «Alarmsignal für die Unionsrechtsordnung»²⁸⁶ aus Karlsruhe ernst zu nehmen: Politisch heikle Beschlüsse – wie verteilungspolitisch weitreichende Entscheide über geldpolitische Fragen und über die Abgrenzung zwischen Geld- und Haushaltspolitik – bedürfen einer sorgfältigen und umfassenden Abwägung der involvierten Interessen und entsprechender Begründungen; darauf ist in Zukunft ein grösseres Augenmerk zu legen.²⁸⁷ Hier liegt das Verdienst des Urteils aus Karlsruhe. Ärgerlich bleibt, dass sich Gerichte anderer Mitgliedstaaten ermuntert fühlen, ihrerseits Urteile des EuGH leichthin in Frage zu stellen. Das PSPP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts liefert eine wohlfeile «Blaupause und legitimatorische Rückendeckung»²⁸⁸ für das Vorgehen des polnischen Verfassungsgerichts, welches – wenngleich ohne weitere dogmatische Einordnung und Begründung – auf dieses Urteil rekurriert, wenn es EuGH-Urteile zur Rechtsstaatlichkeit schnöde zurückweist.

- 63 Der europäische Gerichtsverbund hat trotz einzelner Ausreisser bewiesen, dass er robust genug ist, Reibungen auszuhalten. Dafür bürgen primär drei Vorkehrungen: Zum einen sind die Hürden für die Annahme eines ausbrechenden Rechtsaktes oder EuGH-Urteils merklich hoch. Die Prüfvorbehalte, wie sie etwa das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Grundrechts-, Ultra vires- und Identitätskontrolle formuliert hat, unterliegen europarechtsfreundlich restriktiven Voraussetzungen. So gesteht die Ultra vires-Kontrolle des Bundes-

²⁸⁴ Beschluss vom 2. Juli 2020, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw27-de-anleihekaeufe-703660>.

²⁸⁵ Europäische Kommission, Vertretung in Deutschland, Presseartikel vom 2. Dezember 2021, <https://germany.representation.ec.europa.eu/> und Link zu News/Vertragsverletzungsverfahren/EU-Kommission stellt Verfahren gegen Deutschland wegen EZB-Urteil ein; RUFFERT, *passim*.

²⁸⁶ MÜLLER-GRAFF, S. 159.

²⁸⁷ S. dazu auch MÜLLER-GRAFF, S. 164-165; FEICHTNER, *passim*, zur *idealiter* damit einhergehenden «Demokratisierung» der Geldpolitik.

²⁸⁸ VON BOGDANDY, S. 416.

verfassungsgerichts dem EuGH eine gewisse «Fehlertoleranz» zu; eine Auslegung des EuGH wird erst dann als *ultra vires* betrachtet, wenn diese schlechterdings «nicht mehr nachvollziehbar und daher objektiv willkürlich» ist.²⁸⁹ Zum anderen sind die nationalen Gerichte gut beraten, vor der offenen Konfrontation den Dialog mit dem EuGH zu suchen und ihm vorab die Gelegenheit zu geben, sich zu einem umstrittenen Rechtsakt zu äussern.²⁹⁰ Dabei erklären sie ihm klugerweise, aus welchen Gründen der EuGH eine von ihnen präferierte Lösung wählen soll, und formulieren idealerweise einen Urteilsvorschlag.²⁹¹ Nötigenfalls kann der EuGH auch mehrmals mit einer Auslegungsfrage befasst werden, sofern ein nationales Gericht überzeugt ist, die besseren Argumente auf seiner Seite zu wissen. Schliesslich tut umgekehrt auch der EuGH gut daran, auf die Sensibilitäten nationaler Gerichte – «their jealous spouses back home»²⁹² – Rücksicht zu nehmen und ihre Einwände gegen mutmasslich ausbrechende EU-Rechtsakte und allzu integrationsfreundliche eigene Urteile ernst zu nehmen.²⁹³ So kam der EuGH der Corte costituzionale, dem italienischen Verfassungsgerichtshof, in einer Streitsache um Verjährungsfristen bei Mehrwertsteuerdelikten entgegen, nachdem der Corte angekündigt hatte, ein früheres EuGH-Urteil nicht umzusetzen, weil es gegen die italienische Verfassung versties.²⁹⁴

Das ordnungsgemässe Funktionieren der unionalen Rechtsgemeinschaft ist auf die konstruktive Zusammenarbeit des EuGH und der nationalen Gerichte angewiesen. Idealerweise findet ein kritisch-konstruktiver Austausch zwischen den Gerichten statt. Sie beeinflussen und kontrollieren sich im Sinne vertikaler Gewaltenteilung gegenseitig. Folgerichtig teilt der Präsident des EuGH, Koen Lenaerts, die Einschätzung von Andreas Vosskuhle, damals Präsident des deutschen Bundesverfassungsgerichts, wonach es

64

²⁸⁹ BVerfGE 154, 17 (Erw. 2) – PSPP.

²⁹⁰ S. zu diesem Dialog Urteil Komstroy, C-741/19, EU:C:2021:655, Rz. 46; Schlussanträge Arcelor, C-127/07, EU:C:2008:292, Rz. 17; PERNICE, S. 29.

²⁹¹ Art. 107 Abs. 2 der Verfahrensordnung des EuGH ermuntert nationale Gerichte ausdrücklich, im Eilvorabentscheidungsverfahren darzulegen, welche Antwort es auf die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen vorschlägt; KROMMENDIJK, S. 176.

²⁹² Charlemagne, The wizards of Luxembourg, *The Economist*, 23 May 2020.

²⁹³ KROMMENDIJK, S. 172; für einen kritischen Befund in Bezug auf diesen Dialog – «at least not one that is significantly moving beyond a question and answer (Q&A) routine» (S. 200) – VAN GESTEL/DE POORTER, *passim*.

²⁹⁴ S. dazu STAFFLER, *passim*; für weitere Fälle, in denen der EuGH die Vorbringen von nationalen Gerichten bei einer nochmaligen Vorlage berücksichtigte, KROMMENDIJK, S. 176-177.

«im Verhältnis zwischen Europäischem Gerichtshof und nationalen Verfassungsgerichten (...) nicht um eine Über- oder Unterordnung [geht], sondern um eine angemessene Verantwortungsteilung und Zuordnung in einem komplexen Mehrebenenverbund».²⁹⁵

²⁹⁵ LENAERTS, S. 25; s. auch FRANZIUS, S. 121, zur Pluralität der Perspektiven und der Einsicht, dass «es eine Ordnungsbildung ohne Konflikte nicht gibt, aus demokratischen Gründen aber auch nicht geben darf»; zum europäischen «Verfassungsgerichtsverbund» VOSSKUHLE, *passim*.

VII. Zusammenfassung

Der EuGH besteht aus einer Richterin oder einem Richter je Mitgliedstaat, das EuG aus je zwei. Sie werden von den Regierungen der Mitgliedstaaten im gegenseitigen Einvernehmen für eine Amtszeit von sechs Jahren ernannt. Zuvor müssen sie ihre Eignung vor dem Ausschuss «Bewerberinnen- und Bewerberprüfung» unter Beweis stellen. Problematisch ist, dass das Auswahlprozedere in gewissen Mitgliedstaaten in den Händen der Regierungen liegt, während die Parlamente nur punktuell beteiligt werden. Die Formel «(mindestens) eine Richterin oder ein Richter pro Mitgliedstaat» gilt aus integrationspolitischer Warte als unverzichtbar. Die Akzeptanz der Urteile wird so erhöht. Die mitgliedstaatlichen Rechtskulturen verfügen über ein Sprachrohr und fließen in die Entscheidungsfindung und richterliche Rechtsfortbildung ein. Die Beratungen sind geheim. Abweichende Sondervoten (*concurring* oder *dissenting opinions*) werden nicht separat kenntlich gemacht. Gerichtsintern dient Französisch als Arbeits- und Beratungssprache. Die Übersetzungsarbeit und die auch im Vorabentscheidungsverfahren ausgeprägte Bezugnahme auf den Kontext eines Falles sind mitverantwortlich dafür, dass die Erwägungen des EuGH mitunter auch für Fachleute nicht leicht verständlich sind. Inhaltlich ist der Urteilsstil des EuGH auf Knappheit bedacht. Auch verzichtet er in der Regel auf dogmatische Ausführungen. Der EuGH wird von elf Generalanwältinnen und Generalanwälten unterstützt. Sie verfassen einen Urteilsvorschlag, dem der EuGH in der Regel folgt. Die Parteien haben kein Recht, sich zu den Schlussanträgen zu äussern.

65

Der Gerichtshof der EU entscheidet im Stil eines *Supreme Court* über die Auslegung und Anwendung des EU-Rechts. Im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens überprüft er, ob die Mitgliedstaaten die Verträge einhalten (Art. 258-260 AEUV). Im Fall der Nichtbefolgung eines Urteils verhängt der EuGH auf Antrag der Kommission einen Pauschalbetrag oder ein Zwangsgeld. 2021 verurteilte er Polen zur Zahlung eines täglichen Zwangsgelds in der Höhe von einer Million Euro, weil sich Polen geweigert hatte, eine einstweilige Anordnung des EuGH zur umstrittenen Justizreform umzusetzen (Kommission/Polen). Im Rahmen des Nichtigkeitsklageverfahrens kontrolliert der Gerichtshof der EU Gesetzgebungsakte und weitere rechtlich verbindliche Handlungen der Organe der EU und ihrer Einrichtungen auf ihre Rechtmässigkeit und erklärt sie gegebenenfalls als nichtig (Art. 263 AEUV). Unbefriedigend ist, dass der EuGH die Aktivlegitimation von natürlichen und juristischen Personen merklich restriktiv auslegt (Plaumann, Inuit, Armando Carvalho). Es ist für sie

66

praktisch unmöglich, einen generell-abstrakten Rechtsakt der EU direkt anzu-
fechten. Das Vorabentscheidungsverfahren ist das «Schlüsselement»²⁹⁶ des
unionalen Rechtsschutzsystems (Art. 267 AEUV). Es bezweckt, die Gefahr di-
vergierender Auslegungen des EU-Rechts zu minimieren. Gerichte, deren Ur-
teile nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel des innerstaatlichen
Rechts angefochten werden können, können nur von einer Vorlage absehen,
wenn die Rechtsfrage bereits durch den EuGH geklärt worden ist und eine
gesicherte Rechtsprechung vorliegt (*acte éclairé*) oder wenn die richtige An-
wendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für ein-
nen vernünftigen Zweifel an der Beantwortung der gestellten Frage bleibt (*acte
clair*; CILFIT); dabei sind die vom EuGH formulierten Hürden für eine Nicht-
vorlage äusserst hoch. Der EuGH prüft gutachterlich die Vereinbarkeit geplan-
ter internationaler Abkommen mit den EU-Verträgen (Art. 218 Abs. 11 AEUV).
Er hat auf diese Weise die völkerrechtlichen Beziehungen der EU wesent-
lich beeinflusst. Weitere Zuständigkeiten ergeben sich aus spezifischen Vorga-
ben im EU-Recht oder in völkerrechtlichen Verträgen. So begründen etwa der
Vertrag zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), das
Assoziationsabkommen EWG-Türkei (Ankara-Abkommen), das EWR-Abkom-
men, das Luftverkehrsabkommen Schweiz-EG, die Assoziierungsabkommen
der EU mit Georgien, der Republik Moldau und der Ukraine und das Abkom-
men über den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU Zuständigkei-
ten des EuGH.

- 67 Der EuGH und das EuG haben seit 1952 44'000 Urteile und Beschlüsse gefällt.
Ersterer hat in den 1960er Jahren die massgeblichen Pflöcke zum Vorrang und
zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts eingeschlagen
(Costa/E.N.E.L., van Gend en Loos). Er verpflichtete die Mitgliedstaaten zur
Bezahlung von Schadenersatz, wenn sie EU-Recht nicht ordnungsgemäss
durchführen (Francovich, Brasserie du Pêcheur u. Factortame). Er hat die Bin-
nenmarktintegration durch eine grosszügige Auslegung der Grundfreiheiten
vorangetrieben (Dassonville, Keck und Mithouard, Cassis de Dijon, Lawrie-
Blum, Levin, Bosman, Sturgeon, Klopp, Vlassopoulos, Gebhard). Er hat seine
Praxis zum Arbeitnehmendenschutz (Laval, Viking, Ruffert, Kommission/Lu-
xemburg) im Licht des Vertrags von Lissabon und neuer EU-Rechtsakte neu
justiert (Ungarn/Parlament und Rat, Polen/Parlament und Rat, beide zur Ent-
senderichtlinie). Dieser Bereich bleibt ein politisch umstrittener Hotspot (Do-
bersberger). Der EuGH hat rechtsschöpferisch einen eindrücklichen Fundus

²⁹⁶ Urteil Kommission/Polen, C-619/18, EU:C:2019:531, Rz. 45; Urteil République de Moldavie
(Komstroy), C-741/19, EU:C:2021:655, Rz. 46.

an grundrechtlichen Gewährleistungen geschaffen (Stauder, Nold, Schmidberger, Omega). Heute existiert im EU-Recht ein hochwertiger Grundrechtsschutz. Beispielhaft hierfür stehen die Urteile zum Datenschutz (Google, Schrems I und II, Digital Rights Ireland und Seitlinger) und zu den Sanktionen (Kadi, Assaad/Rat, Prigozhina/Rat). Dabei orientiert sich der EuGH seit jeher an der EMRK und der Praxis des EGMR (C.K. u.a./Slowenien, N.S. u.a.). 2014 lehnte er den Beitritt der EU zur EMRK allerdings ab (Gutachten EMRK II); das war keine Sternstunde des EuGH. Der EuGH hat die Diskriminierungsverbote konkretisiert. Viele Urteile betreffen die Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben (Defrenne II, Kalanke, Marschall, Kreil). Auch die Diskriminierung aus Gründen der Religion (IR) und die Altersdiskriminierung (Mangold) beschäftigen den EuGH regelmäßig. Er hat die Unionsbürgerschaft im fruchtbaren Zusammenspiel mit der visionären Vertrags- und Gesetzgebung der Mitgliedstaaten und EU-Organe weiterentwickelt (Rottmann, Ruiz Zambrano, Grzelczyk, Kommission/Österreich betr. Zugang zum Medizinstudium, Bressol, Zhu und Chen, Baumbast, Metock, Coman). Dabei hat er bewiesen, dass er bereit ist, seine Praxis bei Bedarf neu zu justieren (Dano). Der EuGH hat sich wiederholt auch mit den Werten der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, auf denen die EU gründet, befasst. Er hat die Kompetenzen und Rechte der Organe verteidigt und das institutionelle Gleichgewicht geschützt (Roquette/Rat, Parlament/Rat betr. Überstellung von Seeräubern, Les Verts, Tabakrichtlinie I, Sogelma/EAR, Pringle). Er hat sich zur Verpflichtung der Mitgliedstaaten geäußert, einen wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten (Associação Sindical dos Juizes Portugueses, A.K., Kommission/Polen, Repubblica, Staatsanwaltschaft Lübeck und Zwickau). Er hat die Rechtsstaatsdefizite in Polen und Ungarn benannt und die Rechtmässigkeit der Konditionalitätsverordnung 2020/2092 bestätigt (Minister for Justice and Equality, Ungarn/Parlament und Rat, Polen/Parlament und Rat), unter Bezugnahme auf die Venedig-Kommission des Europarates und den EGMR (Kommission/Polen, Kommission/Ungarn betr. Transparenz von Vereinigungen). Hier besteht die Gefahr, dass der EuGH legitimatorisch und funktionell an seine Grenzen stösst.

Wenig überraschend wird die integrationsfreundliche Praxis des EuGH mitunter kritisiert. Insgesamt zielt die Kritik einer durchs Band allzu integrationsfreundlichen Rechtsprechung meines Erachtens allerdings ins Leere. Der EuGH urteilt auf der Grundlage des Rechts und methodisch angeleitet; die faktisch wichtigsten Elemente seines Methodenkanons sind das teleologische Element und die funktionale Ausrichtung auf die «Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas» (Art. 1 Abs. 2 EUV). Die starke Stellung des EuGH ist in den Verträgen angelegt. Sie beruht auf einer bewussten Entschei-

dung der Mitgliedstaaten. Dabei agiert der EuGH keineswegs im luftleeren Raum, «[t]ucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg»²⁹⁷, sondern eingebettet in ein transnational organisiertes, wirkmächtig agierendes Netzwerk, in dem unterschiedlichste Interessen artikuliert und verfolgt werden. Die Mitgliedstaaten tragen die Konstitutionalisierung der Gemeinschafts- bzw. Unionsrechtsordnung mit. Schliesslich ist seit längerem anerkannt, dass Gerichte rechtsschöpferisch bzw. rechtsfortbildend tätig sein können. Der EuGH hat hier kein unbekanntes Terrain betreten.

- ⁶⁹ Die Gerichte in den Mitgliedstaaten respektieren das Letztentscheidungsrecht des EuGH über die Geltung und Auslegung des EU-Rechts und seine daraus fließende machtvolle Stellung grossherzig – wenngleich nicht grenzenlos. In der einen oder anderen Form wird der Vorrang in den meisten Mitgliedstaaten nur unter der Bedingung akzeptiert, dass das EU-Recht und der EuGH einen unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz gewährleisten (Grundrechtskontrolle), dass die Unionsorgane gestützt auf bestehende Kompetenzen handeln (Ultra vires-Kontrolle) und dass das EU-Recht die Identität der nationalen Verfassung (bzw. zumindest deren grundlegenden Gehalt) respektiert (Identitätskontrolle). Konkrete Fälle, in denen ein nationales Gericht die Unvereinbarkeit eines unionalen Rechtsakts oder eines Urteils des EuGH mit verfassungsrechtlichen Vorgaben feststellt, sind sehr selten. Den unrühmlichsten *Track Record* weist das polnische Verfassungsgericht auf. 2021 hat es die Verfassungswidrigkeit von grundlegenden Normen des unionalen Primärrechts (Art. 1 und Art. 19 EUV) festgestellt und die Kompetenzen des EuGH zur Auslegung dieser Normen in Bezug auf das nationale Justizsystem pauschal in Abrede gestellt; eine unheilvolle Entwicklung! Das deutsche Bundesverfassungsgericht qualifizierte 2020 das Urteil des EuGH, wonach der Beschluss der Europäischen Zentralbank zum Staatsanleihekaufprogramm von 2015 rechtmässig war, als ultra vires (PSPF). Trotz solcher vereinzelter Ausreisser hat der europäische Gerichtsverbund bewiesen, dass er robust genug ist, Reibungen auszuhalten. Die nationalen Gerichte sind gut beraten, vor der offenen Konfrontation den Dialog mit dem EuGH zu suchen. Umgekehrt tut der EuGH gut daran, auf die Sensibilitäten nationaler Gerichte Rücksicht zu nehmen und ihre Einwände gegen mutmasslich ausbrechende EU-Rechtsakte und allzu integrationsfreundliche eigene Urteile ernst zu nehmen.

²⁹⁷ ERIC STEIN, S. 1.

Zweites Kapitel

Der EuGH und die bilateralen Abkommen

I. Übersicht

Die EU spielt auf dem internationalen Parkett eine bedeutsame Rolle. Sie unterhält rege Beziehungen zu Drittstaaten und internationalen Organisationen. Sie ist Vertragspartei von mehr als 1'000 Verträgen. Die Gründungsverträge regelten die Vertragsschlusskompetenzen der EWG allerdings nur rudimentär. Stattdessen entwickelte der EuGH unter Rückgriff auf den *effet utile* des Gemeinschaftsrechts rechtsschöpferisch ein komplexes System von Vertragsschlusskompetenzen.²⁹⁸ Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die Praxis des EuGH zusammengefasst und kodifiziert. Art. 216 Abs. 1 AEUV unterscheidet zwischen ausdrücklich gewährten (expliziten) und stillschweigend angelegten (impliziten) Vertragsschlusskompetenzen. Art. 3 Abs. 2 AEUV steckt den Bereich ausschliesslicher Kompetenzen ab. Weiterhin dürftig regeln die EU-Verträge die Rechtswirkungen von Völkerrecht im Unionsrecht (vgl. Art. 216 Abs. 2 AEUV). Dabei geht es um die Geltung des Völkerrechts im Unionsrecht und die Bestimmung seines Ranges im unionalen Rechtsquellen-system, das Vorgehen bei Konflikten zwischen Völker- und Unionsrecht, die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrecht und die Methoden seiner Auslegung.

70

Mit Blick auf die Bedeutung des EuGH für die Schweiz interessiert vorliegend die Praxis des EuGH zu den Rechtswirkungen der bilateralen Abkommen im Unionsrecht (II.) und zu ihrer Auslegung (III.). Die Schweiz hat eine gewisse Erfahrung als Verfahrensbeteiligte vor dem EuGH: Im Fluglärmstreit trat sie als klägerische Partei auf. Weiter reicht sie in Vorabentscheidungsverfahren, in denen es um die Auslegung von EU-Recht geht, das aufgrund der Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen oder des Lugano-Übereinkommens auch für die Schweiz einschlägig ist, Stellungnahmen ein und trägt so zur Entscheidungsfindung bei (IV.). Eine Zusammenfassung rundet das Kapitel ab (V.).

71

²⁹⁸ S. dazu sowie zu den Rechtswirkungen von Völkerrecht im EU-Recht im Allg. BESSON, S. 295-313; BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 36 Rz. 16-31; BIEBER/MAIANI, S. 345-357; CRAIG/DE BÚRCA, S. 367-429; EECKHOUT, *passim*; MENDEZ, *passim*; KADDOUS, *Effects*, *passim*; OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 38 Rz. 13-27; OESCH, *Europarecht*, Rz. 766-823; sowie die Würdigungen wegweisender Urteile des EuGH zu den Aussenbeziehungen der EU in BUTLER/WESSEL (eds.), *passim*.

II. Rechtswirkungen

Das EU-Recht beruht auf dem Grundsatz der automatischen Geltung des Völkerrechts (vgl. Art. 216 Abs. 2 AEUV; Monismus).²⁹⁹ Auch die bilateralen Abkommen bilden einen integralen Bestandteil der unionalen Rechtsordnung; Transformationsakte sind nicht notwendig. Die Feststellung, dass die Abkommen ein integraler Bestandteil der unionalen Rechtsordnung sind, hat für das EU-Recht zwei gewichtige Konsequenzen: Die bilateralen Abkommen beanspruchen als Bestandteil des EU-Rechts Vorrang vor mitgliedstaatlichem Recht. Weiter ist der EuGH zuständig für die verbindliche Auslegung der Abkommen; er stellt auf diese Weise die einheitliche Anwendung der Abkommen in der gesamten EU sicher.

72

In der EU stehen völkerrechtliche Verträge gemäss ständiger Praxis des EuGH im Rang zwischen Primär- und Sekundärrecht.³⁰⁰ Es ist davon auszugehen, dass diese Rangordnung auch in Bezug auf das Verhältnis zwischen EU-Recht und bilateralen Abkommen gilt. Primärrecht inkl. der Grundrechtecharta geht den bilateralen Abkommen im Kollisionsfall folglich vor; letztere binden demgegenüber den EU-Gesetzgeber und beanspruchen im Fall einer Kollision mit Verordnungen und Richtlinien Vorrang.³⁰¹ Dessen ungeachtet ist für die praktische Wirksamkeit einer bilateralrechtlichen Norm die Bereitschaft der Behörden entscheidend, die Norm unmittelbar anzuwenden. Wenig überraschend bejaht der EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit der bilateralen Abkommen grosszügig. Dies gilt unbestrittenermassen für die justiziablen Bestimmungen der Bilateralen I und II. Der EuGH hat sich bis heute nicht zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens von 1972 geäussert. Mit Blick auf seine langjährige Praxis, die Eignung von Freihandelsabkommen zur unmittelbaren Anwendbarkeit mit Blick auf ihre Rechtsnatur und Systematik grundsätzlich zu bejahen, ist davon auszugehen, dass er auch das Freihandelsabkommen mit der Schweiz unmittelbar anwenden würde.³⁰² Perso-

73

²⁹⁹ Urteil Haegeman, C-181/73, EU:C:1974:41, Rn. 26.

³⁰⁰ Urteil Kadi, C-402/05 und C-415/05, EU:C:2008:461; dazu oben [Rz. 38](#).

³⁰¹ S. zur Anwendbarkeit der unionalen Grundrechte beim Abschluss und bei der Durchführung von Völkerrecht im Allg. Urteil Kadi, C-402/05 P und C-415/05 P, EU:C:2008:461, dazu oben [Rz. 38](#); Gutachten Abkommen PNR EU-Kanada, 1/15, EU:C:2017:592; Urteil Front Polisario, T-512/12, EU:T:2015:953.

³⁰² Urteil Kupferberg, C-104/81, EU:C:1982:362, Rz. 17-26.

nen und Unternehmen aus der Schweiz können sich folglich direkt auf diese Abkommen berufen, um Marktzugangsrechte und weitere Ansprüche einzufordern.

III. Auslegung

Die bilateralen Abkommen werden gestützt auf die Auslegungsmethoden gemäss Art. 31-33 WVRK ausgelegt.³⁰³ Diese Vorgaben kodifizieren geltendes Völkergewohnheitsrecht. Ein Spezialfall ist die Auslegung von Bestimmungen, welche EU-rechtliche Normen wörtlich übernehmen oder solchen Normen nachgebildet sind. Dies trifft offenkundig – aber längst nicht nur – auf unionale Rechtsakte zu, welche *tel quel* in den bilateralen *Acquis* übernommen werden. Diesfalls stellt sich die Frage, ob solche Bestimmungen in gleicher Weise wie die Parallelbestimmungen im EU-Recht ausgelegt werden sollen oder ob ein allenfalls unterschiedlicher Normgehalt vorliegt, womit die Praxis des EuGH zum Unionsrecht nicht auf das bilaterale Verhältnis übertragen werden kann.

74

Der EuGH hat bei der Auslegung von Freihandels- und Assoziierungsabkommen mit Drittstaaten wiederholt betont, dass eine parallele Auslegung nur dann in Betracht kommt, wenn der Zweck und der Kontext der Vertragsbestimmung, insbesondere auch mit Blick auf die Integrationstiefe des Vertrags, vergleichbar sind mit dem Zweck und dem Kontext der unionsrechtlichen Bestimmung. Diese mittlerweile jahrzehntealte Praxis geht auf das Urteil *Polydor* zurück («*Polydor-Prinzip*»)³⁰⁴ Sie ist gemäss EuGH auch bei der Auslegung der bilateralen Abkommen mit der Schweiz einschlägig. Der EuGH führte im Urteil *Grimme* von 2009 aus, dass

75

«die den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt gegebene Auslegung nicht automatisch auf die Auslegung des [Freizügigkeitsabkommens] übertragen werden [kann], sofern dies nicht im Abkommen selbst ausdrücklich vorgesehen ist».³⁰⁵

³⁰³ Urteil *Hengartner und Gasser*, C-70/09, EU:C:2010:430, Rz. 36; Urteil *Wächtler*, C-581/17, EU:C:2019:138, Rz. 35. Vereinzelt enthalten Abkommen zudem einseitige Erklärungen zu ihrer Auslegung. So erklärte die EWG beim Abschluss des Freihandelsabkommens im Anhang zur Schlussakte, sie würde Art. 23 Abs. 1 FHA (Kartell- und Beihilferecht) auf der Grundlage der Kriterien beurteilen, welche sich aus der Anwendung der Bestimmungen des EWGV (Art. 85, Art. 86, Art. 90 und Art. 92 EWGV; Art. 101, Art. 102, Art. 106 und Art. 107 AEUV) ergeben. Die EU rekurrierte im Steuerstreit mit der Schweiz auf diese Erklärung, dazu unten [Rz. 83](#).

³⁰⁴ Urteil *Polydor*, 270/80, EU:C:1982:43; TOBLER, *Polydor*, *passim*.

³⁰⁵ Urteil *Grimme*, C-351/08, EU:C:2009:697, Rz. 29; s. auch Urteil *Hengartner und Gasser*, C-70/09, EU:C:2010:430, Rz. 41-42; Urteil *Picart*, C-355/16, EU:C:2018:184, Rz. 29; Urteil *Schweizerische Eidgenossenschaft/Kommission*, C-547/10 P, EU:C:2013:139, Rz. 80, abgedruckt unten [Rz. 77](#); BESSON/AMMANN, S. 335-337.

- 76 Vor diesem Hintergrund kam der EuGH zum Schluss, dass das Freizügigkeitsabkommen die Niederlassungsfreiheit nur natürlichen Personen gewährt; juristische Personen können sich nicht darauf berufen.³⁰⁶ Als Folge davon war es der Grimme AG verwehrt, aus dem Abkommen entsprechende Rechte abzuleiten (was mit Blick auf den Abkommenstext ohnehin klar war; eine Ähnlichkeit oder gar Übereinstimmung mit EU-rechtlichen Parallelbestimmungen lag nicht vor). Generalanwalt Paolo Mengozzi führte in den Schlussanträgen zur Rechtssache Picart 2017 zudem aus, dass die bilateralrechtlich verbrieft Niederlassungsfreiheit zwar Diskriminierungen verbietet, nicht aber auch Beschränkungen.³⁰⁷ Er stützte sich auf den Wortlaut der einschlägigen Bestimmung im Freizügigkeitsabkommen, ohne die weiteren Auslegungselemente – wie etwa den *effet utile*, den das Bundesgericht bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens (wenngleich in anderem Zusammenhang) durchaus ins Feld führt – zu berücksichtigen.³⁰⁸ Entsprechend kam er zum Schluss:

«Das vom FZA für Selbständige vorgesehene Recht auf Niederlassung hat daher eine geringere Tragweite als das Verbot des Art. 43 EG (jetzt Art. 49 AEUV). Daraus folgt meines Erachtens, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats durch deren Herkunftsmitgliedstaat, auch wenn sie schon vor dem Tag der Unterzeichnung des FZA, dem 21. Juni 1999, bestand, nicht auf das Verbot des Art. 15 Abs. 1 des Anhangs I des FZA übertragen werden kann.»³⁰⁹

- 77 Der EuGH bestätigte im Fluglärmstreit zwischen der Schweiz und Deutschland (der unten ausführlich besprochen wird), dass Polydor auch beim Luftverkehrsabkommen greift. Dabei handelt es sich um dasjenige Abkommen, dem der schweizerische Bundesrat in der Botschaft zur Genehmigung der Bilateralen I die Qualität eines «partiellen Integrationsvertrags» zubilligte.³¹⁰ Der EuGH führte aus:

«78 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Luftverkehrsabkommen EG–Schweiz zu einer Reihe von sieben sektorbezogenen Abkommen zwischen denselben Vertragsparteien gehört, die am 21. Juni 1999 unterzeichnet wurden, mithin nach der am 6. Dezember 1992 erfolgten Zurückweisung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 (...) durch die Schweizerische Eidgenossenschaft, mit der diese das Vorhaben eines integrierten wirtschaftlichen Ganzen mit einem einheitlichen Markt, gestützt auf ge-

³⁰⁶ Ibid., Rz. 31-39.

³⁰⁷ Schlussanträge Picart, C-355/16, EU:C:2017:610, Rz. 72-76; zum Ganzen DELLI, S. 291-331; DIEBOLD, Rz. 781-792; TOBLER/BEGLINGER, Grundzüge, Rz. 199.

³⁰⁸ S. BGE 142 II 35, E. 5.2; dazu unten [Rz. 99](#).

³⁰⁹ Schlussanträge Picart, C-355/16, EU:C:2017:610, Rz. 75.

³¹⁰ Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128, 6156.

meinsame Regeln für seine Mitglieder, abgelehnt und es vorgezogen hat, in bestimmten Bereichen bilaterale Vereinbarungen mit der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten abzuschließen (...).

79 Daher ist die Schweizerische Eidgenossenschaft nicht dem Binnenmarkt der Union beigetreten, mit dem alle Hindernisse beseitigt werden sollen, um einen Raum vollständiger Freizügigkeit entsprechend einem nationalen Markt zu schaffen, der u. a. die Dienstleistungsfreiheit umfasst (...).

80 Deshalb kann die den unionsrechtlichen Vorschriften über den Binnenmarkt gegebene Auslegung nicht automatisch auf die Auslegung des Luftverkehrsabkommens EG-Schweiz übertragen werden, sofern dies nicht im Abkommen selbst ausdrücklich vorgesehen ist (...).

81 Das Luftverkehrsabkommen EG-Schweiz enthält jedoch keine spezielle Bestimmung, die darauf abzielt, die betroffenen Luftfahrtunternehmen in den Genuss der unionsrechtlichen Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit kommen zu lassen. Daraus ergibt sich, dass die diesen Vorschriften gegebene Auslegung nicht auf die Auslegung des Abkommens übertragen werden kann.»³¹¹

Sofern eine bilaterale Norm wortgleich oder zumindest ähnlich formuliert ist wie die Parallelnorm im EU-Recht und Zweck und Kontext der Normen vergleichbar sind, scheint der EuGH aber durchaus von der Vermutung einer parallelen Auslegung auszugehen.³¹² Die meisten Fälle, mit denen sich der EuGH bis anhin befasste, betreffen das Freizügigkeitsabkommen. Er zögert nicht, dieses Abkommen zugunsten einer beschwerdeführenden Partei auszulegen und Rechte daraus abzuleiten, wenn sich eine solche Lesart im Licht der anerkannten Auslegungsmethoden als sachgerecht erweist; dabei greift er routinemässig auf seine Praxis zum EU-Recht zurück.³¹³ Der Landwirt Stamm, die Flugkapitäne Hliddal und Bornand sowie das Ehepaar Ettwein, das in Deutschland arbeitete, aber in der Schweiz lebte, erstritten sich gestützt auf das Personenfreizügigkeitsabkommen in pacht-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Belangen eine gleiche Behandlung, wie sie die EU-Mitgliedstaaten ihren eigenen Staatsangehörigen ohne Auslandsbezug gewährten.³¹⁴ Bei Streitfällen entscheidet der EuGH in solchen Konstellationen ohne Rücksicht auf die Herkunft der Parteien.³¹⁵ Er geht sachlich und unparteiisch vor, ohne Rücksicht auf Partikularinteressen.³¹⁶ Er urteilt nicht systematisch zum Nach-

78

³¹¹ Urteil Schweizerische Eidgenossenschaft/Kommission, C-547/10 P, EU:C:2013:139, Rz. 78-81; dazu unten [Rz. 81-82](#).

³¹² Ebenso wie hier EPINEY, Brexit, Rz. 5.

³¹³ EPINEY, Brexit, Rz. 5; OESCH/SPECK, S. 265-268.

³¹⁴ Urteil Stamm und Hauser, C-13/08, EU:C:2008:774; Urteil Hliddal und Bornand, C-216/12, EU:C:2013:568; Urteil Ettwein, C-425/11, EU:C:2013:121.

³¹⁵ S. OESCH/SPECK, S. 265-272, für eine Analyse der Fälle vor dem EuGH, in denen es um die Auslegung der bilateralen Abkommen ging.

³¹⁶ Ebenso EPINEY, Quadratur, *passim*.

teil der Schweiz bzw. beschwerdeführender Personen und Unternehmen. Das methodische Vorgehen des EuGH folgt einer nachvollziehbaren Logik: Die Vermutung der parallelen Auslegung trägt der gewandelten völkerrechtlichen Natur derjenigen bilateralrechtlichen Bestimmungen Rechnung, welche die sektorielle Integration der Schweiz in den unionalen Binnenmarkt bezwecken und der Schweiz in Bezug auf die vereinbarten Rechte und Pflichten eine mitgliedstaatsähnliche Stellung einräumen. Solche Bestimmungen werden – in den Worten des EuGH – auf die Personen und Unternehmen in der Schweiz «ausgedehnt»³¹⁷, womit die Schweiz punktuell «einem Mitgliedstaat gleichzustellen»³¹⁸ ist. Es ist nur konsequent, wenn der EuGH sie im Einklang mit seiner Praxis zu den unionsrechtlichen Parallelbestimmungen auslegt und die Personen und Unternehmen in der Schweiz und der EU damit über die gleichen (Marktzugangs-)Rechte verfügen.

- 79 Schliesslich lohnt sich ein Seitenblick auf das Lugano-Übereinkommen (LugÜ). Dieses Übereinkommen ist kein bilaterales Abkommen zwischen der EU und der Schweiz, sondern ein plurilaterales Abkommen zwischen der EU, Dänemark und den EFTA-Staaten, welches sich als Parallelabkommen eng an das in der EU geltende Recht zur gerichtlichen Zuständigkeit und zur Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen anlehnt. Um eine möglichst einheitliche Auslegung des LugÜ und des EU-Rechts sicherzustellen, wurde eine spezielle Auslegungsregel vereinbart: Art. 1 des Protokolls Nr. 2 zum LugÜ verpflichtet die Gerichte der Vertragsstaaten, bei der Anwendung und Auslegung des LugÜ den Grundsätzen gebührend Rechnung zu tragen, die in massgebenden Entscheidungen von Gerichten der anderen Vertragsstaaten entwickelt worden sind. In der Praxis geht es dabei zuvörderst um die Urteile des EuGH, welche bei der Auslegung des LugÜ für alle Vertragsstaaten faktische Präjudizienwirkung entfalten.³¹⁹ Ganz vereinzelt wirkt die Bezugnahme auch in umgekehrter Richtung: Der EuGH nahm in einem Urteil von 2009 auf ein Urteil des Bundesgerichts von 2004 Bezug und erklärte, ihm nach Massgabe von Art. 1 des Protokolls Nr. 2 zum LugÜ gebührend Rechnung zu tragen.³²⁰
- 80 Diese ausdrückliche Bezugnahme auf ein Urteil des Bundesgerichts durch den EuGH bleibt soweit ersichtlich ein Einzelfall. Bei der Auslegung des Freizügig-

³¹⁷ Urteil Vereinigtes Königreich/Rat, C-656/11, EU:C:2014:97, Rz. 63.

³¹⁸ Urteil Kik, C-266/13, EU:C:2015:188, Rz. 44.

³¹⁹ S. dazu etwa Urteil Tilman, C-358/21, EU:C:2022:923; sowie die zur [Rz. 99](#) in *fine* zitierte Literatur.

³²⁰ Urteil Gambazzi, C-394/07, EU:C:2009:219, Rz. 35-38.

keitsabkommens hat der EuGH nicht ein einziges Mal auf die Praxis des Bundesgerichts (oder anderer schweizerischer Gerichte) rekurriert. Das ist merkwürdig.³²¹ Sowohl der EuGH als auch das Bundesgericht sind regelmässig mit der Auslegung dieses Abkommens befasst; auch letzteres hat eine fundierte Praxis hierzu entwickelt.³²² Ein Seitenblick des EuGH, der seinen Niederschlag in den Entscheidungsgründen finden würde, wäre naheliegend. Bei denjenigen Abkommen, welche die sektorielle Integration der Schweiz in den Binnenmarkt bezwecken, gehört das Bundesgericht faktisch zum unionalen Gerichtsverbund. Ein Grund für die diesbezügliche Zurückhaltung des EuGH mag sein, dass sein Urteilsstil ganz allgemein auf Knappheit bedacht ist. Mit Ausnahme des EGMR werden Urteile ausländischer Höchstgerichte grundsätzlich nicht referenziert.³²³

³²¹ Ebenso betr. LugÜ DUMMERMUTH, S. 179-180.

³²² S. unten [Rz. 93-102](#).

³²³ S. auch oben [Rz. 13](#).

IV. Schweiz als Verfahrenseteiligte

Die Schweiz trat bis anhin einmal als klägerische Partei in einem Verfahren vor dem Gerichtshof der EU auf.³²⁴ Im Fluglärmstreit beantragte sie die Nichtigerklärung einer Entscheidung der Kommission von 2004, mit der diese die Massnahmen Deutschlands zur Einschränkung der An- und Abflüge zum und vom Flughafen Zürich gutgeheissen hatte.³²⁵ Die Urteile des EuG und des EuGH lösten in der Schweiz keine Begeisterungstürme aus. Die Kritik zielte nicht nur auf die Abweisung der Klage in der Sache, sondern auch auf die restriktive Lesart der Klageberechtigung der Schweiz durch den Generalanwalt und die Gerichte:

- Die Schweiz hatte die Klage direkt beim EuGH eingereicht. Sie argumentierte, dass sie gestützt auf Art. 20 LVA i.V.m. Art. 230 Abs. 2 EGV (Art. 263 Abs. 2 AEUV) einem EU-Mitgliedstaat gleichzustellen sei, woraus sich die Zuständigkeit des EuGH ergebe. Der EuGH liess die Frage offen und verwies die Sache an das EuG.³²⁶ Das EuG und der EuGH wiesen die Nichtigkeitsklage der Schweiz in der Folge ab. Beide Gerichte beantworteten die Frage nicht, ob die Schweiz zur Einreichung einer Nichtigkeitsklage berechtigt war.³²⁷ Generalanwalt Niilo Jääskinen bejahte die Klagebefugnis der Schweiz, weil sie «von der streitigen Entscheidung unmittelbar und individuell» gemäss Art. 230 Abs. 4 EGV (Art. 263 Abs. 4 AEUV) betroffen

³²⁴ Weitere Verfahren, an denen die Schweiz direkt oder indirekt beteiligt war, betrafen die folgenden Rechtssachen: Beschluss AJ, Schröder/Bundesgericht Schweiz u.a., T-393/08, EU:T:2008:430 (ein wirrer Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe); Beschluss Castellano/Schweiz u.a., T-416/09; EU:T:2009:447 (eine wirre Beschwerde auf Nichtigerklärung eines Urteils des EGMR); Beschluss Swissgrid/Kommission, T-127/21, EU:T:2022:868 (eine Klage der Swissgrid AG gegen die Kommission auf Nichtigerklärung eines Schreibens, mit dem die Teilnahme der Schweiz an der Plattform «Transeuropäischer Austausch von Ersatzreserven» [TERRE] abgelehnt wurde; das EuG erachtete die Klage als unzulässig; der Fall ist vor dem EuGH hängig, C-121/23 P).

³²⁵ Entscheidung 2004/12/EG der Kommission vom 5. Dezember 2003; Urteil Schweizerische Eidgenossenschaft/Kommission, T-319/05, EU:T:2010:367; Urteil Schweizerische Eidgenossenschaft/Kommission, C-547/10 P, EU:C:2013:139; zur Ausgangslage dieses Verfahrens FORSTER/SCHWAB, S. 129-130.

³²⁶ Beschluss Schweizerische Eidgenossenschaft/Kommission, C-70/04, EU:C:2005:468.

³²⁷ S. für eine Würdigung des erstinstanzlichen Urteils SCHLEISS, Rz. 33-37; MARESCEAU, S. 749-750, der argumentiert, dass die Begründung einer Zuständigkeit des EuG mit dem Wortlaut und dem Geist («the terms and spirit») des Abkommens nicht vereinbar ist.

war.³²⁸ Gleichzeitig verneinte er eine privilegierte Klagebefugnis gestützt auf Art. 230 Abs. 2 EGV (Art. 263 Abs. 2 AEUV): Der Umstand, dass die Schweiz Vertragspartei des Luftverkehrsabkommens ist, reiche nicht aus, um sie einem Mitgliedstaat gleichzustellen, weil «der von der Schweizerischen Eidgenossenschaft gewählte Weg der bilateralen Zusammenarbeit (...) nicht dazu führen kann, dass dieser «à la carte»-Weg den mit einem Beitritt zur Union verbundenen Vorteilen entspricht.»³²⁹ Im Übrigen fehle es auch «an einer Perspektive eines Beitritts zur Union.»³³⁰ Diese Haltung ist merkwürdig. Sie beruht auf einer stark unionszentrierten, formaljuristischen Argumentation. Sie entspricht nicht der *ratio legis* des Luftverkehrsabkommens, die Schweiz sektoriell in den europäischen Luftverkehrsbinnenmarkt zu integrieren, zu diesem Zweck das einschlägige EU-Recht auf die Schweiz auszudehnen und die Durchführung des Abkommens und die Gewährung von Rechtsschutz partiell der Kommission und dem EuGH zu überantworten. Es hätte gute Gründe gegeben, die Schweiz in Bezug auf die Aktivlegitimation einem EU-Mitgliedstaat gleichzustellen.

- Bei der inhaltlichen Beurteilung der umstrittenen Massnahmen Deutschlands stellte der EuGH fest, dass «die den unionsrechtlichen Vorschriften über den Binnenmarkt gegebene Auslegung nicht automatisch auf die Auslegung des Luftverkehrsabkommens EG-Schweiz übertragen werden [kann], sofern dies nicht im Abkommen selbst ausdrücklich vorgesehen ist (...).»³³¹ Weder das Abkommen selbst noch die darin referenzierte Verordnung Nr. 2408/92 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs enthalten jedoch spezielle Bestimmungen, die darauf abzielen, die unionsrechtlichen Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit auf die betroffenen Fluggesellschaften anzuwenden. Der EuGH folgerte, dass die Dienstleistungsfreiheit und damit auch die dazugehörige Praxis des EuGH *in casu* nicht einschlägig waren. Er bestätigte die Entscheidung der Kommission und das erstinstanzliche Urteil des EuG, welche die von Deutschland verfügbaren Beschränkungen von Flügen zum und vom Flughafen Zürich mit dem

³²⁸ Schlussanträge Schweizerische Eidgenossenschaft/Kommission, C-547/10 P, EU:C:2012:565.

³²⁹ *Ibid.*, Rz. 59.

³³⁰ *Ibid.*, Rz. 36.

³³¹ Urteil Schweizerische Eidgenossenschaft/Kommission, C-547/10 P, EU:C:2013:139, Rz. 80; für das ganze Zitat oben [Rz. 77](#).

Ziel, im deutsch-schweizerischen Grenzgebiet die Lärmbelastung zu verringern, als zulässig erachteten. Insbesondere lag kein Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit vor (Art. 3 LVA).³³² Wenig überraschend wurde der Ausgang des Verfahrens in der Schweiz bedauert und kritisch kommentiert.³³³ Das Urteil war rechtlich zwar durchaus vertretbar: Mitentscheidend war, dass das Luftverkehrsabkommen im fraglichen Bereich, d.h. bei der Einschränkung der Ausübung von Verkehrsrechten, das unionale Recht nur lückenhaft abbildet. Dessen ungeachtet drängt sich bei der Lektüre der Ausführungen der Kommission und der Gerichte aber auch der Eindruck auf, dass hier kein Musterbeispiel für eine sorgfältige Verhältnismässigkeitsprüfung vorliegt.³³⁴ Hier mag durchschimmern, dass es beim Fluglärmstreit um eine Nichtigkeitsklage eines Drittstaats ging. Würden analoge einseitige Massnahmen von Deutschland etwa gegenüber Flügen zum und vom Flughafen Salzburg – eine ansatzweise vergleichbare *innerunionale* Konstellation, bei der bayerische Gebiete in Grenznähe ebenfalls, wenn gleich bis heute vergeblich, Massnahmen zur Reduktion der Lärmbelastung durch Flugzeuge fordern – einer strengeren Verhältnismässigkeitsprüfung unterzogen?

Der Fluglärmstreit illustriert wie durch ein Brennglas gebündelt das janusköpfige Naturell der bilateralen Abkommen und die damit einhergehenden Herausforderungen: Partiiell ist die Schweiz mitgliedstaatsähnlich in den Binnenmarkt und weitere Politikbereiche der EU integriert; das einschlägige EU-Recht wird auf das Verhältnis zur Schweiz ausgedehnt. Partiiell verbleibt die Schweiz in der bunt zusammengewürfelten Kategorie «normaler» Drittstaaten ohne umfassende Teilhabe in rechtlicher und institutioneller Hinsicht; die gegenseitigen Rechte und Pflichten bestimmen sich nach klassisch völkerrechtlichen Mustern. ««Marktzugang light» statt voller Binnenmarkt»³³⁵ gilt selbst beim Luftverkehrsabkommen, dem der schweizerische Bundesrat in der Botschaft zur Genehmigung der Bilateralen I die Qualität eines «partiellen Inte-

82

³³² S. zu diesem Aspekt insbesondere SCHWEIZER/TOBLER, S. 344-354.

³³³ S. etwa LAURA MELUSINE BAUDENBACHER, *passim*; TOBLER, Luftverkehrsrecht, *passim*.

³³⁴ S. auch SCHWEIZER/TOBLER, S. 354, wonach die Kommission, das EuG und der EuGH die deutschen Massnahmen «erstaunlich mild» beurteilten, wobei die Gründe hierfür «möglichlicherweise im Wertungsspielraum der Mitgliedstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes» liegen.

³³⁵ TOBLER, Interessen, *passim*.

grationsvertrags» zubilligte.³³⁶ Auch erfahrene Juristinnen und Juristen empfinden solche Subtilitäten als verwirrend und haben Mühe, sich in dieser rechtlichen Gemengelage zurechtzufinden. Die Behörden tun sich schwer, gut nachvollziehbare und einfach zu vermittelnde Entscheide zu treffen. Trifft hier eine Abwandlung des berühmten Zitats des englischen Richters Baron Rolfe von 1842 den Nagel auf den Kopf: *Bad law is apt to produce hard cases?*³³⁷

- 83 Im Gegensatz zum Fluglärmstreit hatte die Schweiz im Steuerstreit mit der EU über die Vereinbarkeit kantonaler Steuerprivilegien für im Ausland tätige Unternehmen mit Sitz in der Schweiz mit dem Freihandelsabkommen darauf verzichtet, die für sie nachteilige Entscheidung der Kommission von 2007 vor dem Gerichtshof der EU anzufechten, diesen politisch aufgeladenen Streit zu entpolitisieren und ihn einer allein rechtlich – und nicht auch politisch – handelnden Behörde zu überantworten.³³⁸ Die Gründe für diese Zurückhaltung sind nicht bekannt. Sie liegen nicht auf der Hand, da sich die Schweiz in der Folge ohnehin verpflichtete, die Steuerregimes abzuschaffen, und damit die von ihr stets bestrittene, binnenmarktzentrierte und auf die diesbezügliche Praxis des EuGH abgestützte Auslegung des Freihandelsabkommens durch die Europäische Kommission stillschweigend akzeptierte. Warum hat die Schweiz nicht gewagt, den Standpunkt der Kommission gerichtlich auf den Prüfstand zu stellen? Ein Grund könnte darin gelegen haben, dass die Schweiz dem Gerichtshof der EU keine Bühne bieten wollte, das bilateralrechtliche Beihilfeverbot (Art. 23 Abs. 1 iii) FHA) ausdrücklich auf der Grundlage derjenigen Kriterien auszulegen, wie sie bei der Operationalisierung des Beihilfeverbots in der EU (Art. 92 EWGV, Art. 107 AEUV) entwickelt wurden.³³⁹ Gemäss diesem Erklärungsversuch hat die Schweiz weniger ein abschlägiges Urteil im konkreten Fall als vielmehr ein für sie mutmasslich auch für künftige Fälle nachteiliges Präjudiz gescheut.

³³⁶ Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128, 6156.

³³⁷ «Hard cases, it has frequently been observed, are apt to introduce bad law», Rolfe Robert, 1. Baron Cranworth, Urteil *Winterbottom v Wright* (1842) 10 M&W 109, 116.

³³⁸ Entscheidung vom 13. Februar 2007, C(2007) 411 final; die EU legte das bilateralrechtliche Beihilfeverbot im Licht der Praxis zum EU-Recht aus (vgl. oben [Rz. 32](#)), unter Bezugnahme auf die 1972 formulierte Erklärung (oben Fn. 303), wengleich gänzlich ohne Verweisungen auf EuGH-Urteile (oder auch weitere Dokumente); zum Ganzen ARIOLI, Replik, *passim*; BAUDENBACHER, Konflikte, S. 831-832; COTTIER et al., Rz. 737-742; COTTIER/MATTEOTTI, *passim*; FORSTER/SCHWAB, S. 135-136; GUILLIARD, S. 429-431; MAYORAZ, Rz. 386-392; Botschaft zum Unternehmenssteuerreformgesetz III vom 5. Juni 2015, BBl 2015 5069, 5081 und 5189.

³³⁹ S. zur entsprechenden Erklärung der EWG beim Abschluss des Freihandelsabkommens 1972 oben Fn. 303.

Anders gelagert war schliesslich der Champagnerstreit. Im Nachgang zum Abschluss des bilateralen Landwirtschaftsabkommens von 1999 reichten die waadtländische Commune de Champagne sowie diverse Verbände und Privatpersonen vor dem EuG eine Nichtigkeitsklage ein. Sie verlangten die Ungültigerklärung des Genehmigungsbeschlusses des Rates über den Abschluss des Pakets der Bilateralen I in Bezug auf die sog. Champagnerklausel im Landwirtschaftsabkommen (Art. 5 Abs. 8 des Titels II in Anhang 7 in der Fassung von 1999). Demnach kann Wein aus dieser Gemeinde wegen Verwechslungsgefahr mit dem gleichnamigen französischen Produkt nicht mehr die Bezeichnung «Champagne» tragen. Die klägerischen Parteien argumentierten, diese Regelung sei gemeinschaftsrechtswidrig. Das Gericht kam zum Schluss, dass die Parteien nach Massgabe von Art. 230 Abs. 4 EGV (Art. 263 Abs. 4 AEUV) nicht zur Einreichung einer Nichtigkeitsklage legitimiert waren.³⁴⁰ Bundesbern – dessen Unterhändlerinnen und Unterhändler der Aufnahme der Champagnerklausel in das Landwirtschaftsabkommen offensichtlich zugestimmt hatten – war in diesem Verfahren nicht involviert.

84

Spezielle Vorschriften ermöglichen der Schweiz die Beteiligung an Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, bei denen es um die Auslegung von EU-Recht geht, das aufgrund der Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen oder des Lugano-Übereinkommens auch für die Schweiz einschlägig ist. Letzteres ermächtigt die Schweiz, Schriftsätze einzureichen oder schriftliche Erklärungen abzugeben, wenn ein Gericht eines Mitgliedstaates der EU dem EuGH eine Frage über die Auslegung des LugÜ oder eines darin referenzierten Rechtsaktes zur Vorabentscheidung vorlegt (Art. 2 des Protokolls Nr. 2 zum LugÜ).³⁴¹ Analoge Regelungen finden sich in den Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen (Art. 8 Abs. 2 SAA; Art. 5 Abs. 2 DAA). Die Schweiz macht hiervon rege Gebrauch. Gestützt auf die Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen hat die Kanzlei des EuGH der Schweiz seit dem Inkrafttreten der Abkommen 2008 bis anfangs 2023 191 einschlägige Verfahren mitgeteilt; die Schweiz hat in 42 Fällen eine Stellungnahme eingereicht.³⁴² Das Bundesamt für Justiz entscheidet darüber, ob in einem Verfahren eine Eingabe erfolgt. Es koordiniert sodann die Ausarbeitung der Eingabe. Die Übermittlung nach Luxemburg erfolgt auf diplomatischem Weg. Die Eingaben der Schweiz sind grundsätzlich

85

³⁴⁰ Urteil Commune de Champagne, T-212/02, EU:T:2007:194.

³⁴¹ S. zum LugÜ auch oben [Rz. 79](#).

³⁴² Das Bundesamt für Justiz führt eine öffentlich einsehbare Liste zu diesen Verfahren, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/schengen-dublin/uebersichten.html>. An einem mündlichen Verfahren nahm die Schweiz noch nie teil.

nicht öffentlich zugänglich.³⁴³ In den Urteilerwägungen des EuGH werden diejenigen Organe der EU und die Staaten, welche eine Stellungnahme einreichen, zwar aufgeführt, ihr Inhalt wird in aller Regel aber nicht wiedergegeben.³⁴⁴ Das EJPD weist in den jährlichen Schengen/Dublin-Berichten zuhanden der GPK regelmässig auf die eingereichten Stellungnahmen hin. Im Bericht 2013/2014 äusserte es sich zudem wie folgt zu dieser Praxis:

«Die Schweiz nutzt die Möglichkeit konsequent, im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen Stellung zu nehmen, um ihren Einfluss auf die Rechtsentwicklung in der EU wahrzunehmen. Allerdings verzichtet sie auf eine Stellungnahme, wenn im Rahmen einer genauen Analyse des Sachverhalts davon ausgegangen werden kann, dass die Beantwortung der gestellten Auslegungsfragen mit keinen Rückwirkungen auf die schweizerische Gesetzgebung und Praxis verbunden sein wird.»³⁴⁵

- 86 Die aktive Beteiligung der Schweiz ist gleichermassen bemerkenswert wie naheliegend. Ihre Beiträge beeinflussen die Entscheidungsfindung des EuGH potentiell in gleicher Weise, wie es die Erklärungen der Organe der EU (wobei sich die Kommission in praktisch allen Verfahren einbringt) und der EU-Mitgliedstaaten (wobei die Beteiligung hier merklich schwankt) tun.³⁴⁶ Die Schweiz übernimmt Mitverantwortung für die Entwicklung der Rechtsprechung in einem Bereich des EU-Rechts, in dem sie qua Assoziierung faktisch wie ein Mitgliedstaat behandelt wird; dies trifft paradigmatisch zu bei den oben erwähnten Urteilen des EuGH zur grundrechtskonformen Handhabung des Dublin-Besitzstands.³⁴⁷ Solche EuGH-Urteile sind auch für die Schweiz einschlägig. Sofern sie ein abkommensrelevantes EuGH-Urteil nicht umsetzt, droht im Extremfall die Beendigung der Abkommen (Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 SAA; Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 DAA). Entsprechend handelt es sich bei Stellungnahmen der Schweiz zuhanden des EuGH gleichsam um die auf die dritte Gewalt übertragene Praxis des *decision (bzw. proposal) shaping*, das die Schweiz im Rahmen der Schen-

³⁴³ *Prima vista* scheinen weder Art. 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 und Ziff. 5 BGÖ (Dokumente betr. internationale Verfahren zur Streitbeilegung und betr. Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege) noch Art. 7 Abs. 1 lit. d. BGÖ (Beeinträchtigung der aussenpolitischen Interessen oder der internationalen Beziehungen der Schweiz) einschlägig, womit ein Anspruch auf Zugang zu solchen Stellungnahmen besteht. Das Bundesamt für Justiz gewährt die Einsicht in einzelne Eingaben, sofern ein Interesse daran besteht.

³⁴⁴ S. zur Funktion und zum Einfluss von Stellungnahmen und Erklärungen der Organe und Mitgliedstaaten in EuGH-Verfahren im Allg. KRENN, *European Court of Justice*, S. 59-73.

³⁴⁵ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Fünfter Bericht des EJPD vom 17. März 2014 zuhanden der GPK-EJPD. Stand der Umsetzung von Schengen/Dublin 2013/2014, S. 33, www.bj.admin.ch/bj/de und Link zu Schengen-Dublin/Berichte.

³⁴⁶ S. für statistische Zahlen KRENN, *European Court of Justice*, S. 59-63.

³⁴⁷ S. oben [Rz. 38-39](#).

gen/Dublin-Assoziierung bei der Erarbeitung neuer abkommensrelevanter EU-Rechtsakte praktiziert.³⁴⁸ Idealerweise spricht sich die Schweiz bei der Ausfertigung der Stellungnahmen mit denjenigen Staaten ab, welche bei den zur Debatte stehenden Auslegungsfragen in die gleiche Stossrichtung zielen, um die Schlagkraft ihrer Argumente zu erhöhen. *De lege ferenda* ist bedenkenswert, das Recht der Schweiz zur Abgabe von Stellungnahmen und schriftlichen Erklärungen auf weitere Abkommen auszudehnen, welche die sektorale Integration der Schweiz in den Binnenmarkt zum Ziel haben und zu diesem Zweck auf EU-Recht beruhen. Dies sollte in neuen Verhandlungen über neue institutionelle Regeln mitbedenkt werden. Die Satzung des Gerichtshofs der EU sieht eine solche Mitwirkung von Drittstaaten ausdrücklich vor, sofern sie in den betroffenen Abkommen – wie im LugÜ und in den Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen – vorgesehen wird (Art. 23 Abs. 4).

Demgegenüber konnte sich die Schweiz in einem Verfahren nicht beteiligen, in dem sie besonders betroffen war. Die Waffenrichtlinie 91/477/EWG, welche ein Bestandteil des für die Schweiz einschlägigen Schengen-Acquis ist, wurde 2017 mit der Richtlinie (EU) 2017/853 geändert. Es war klar, dass die Schweiz diese Änderung übernehmen müssen (vgl. Erwgr. 36). Zuvor war es ihr in beachtenswerter Manier gelungen, den Inhalt der neuen Richtlinie mitzugestalten. Sie überzeugte die anderen Mitgliedstaaten im Rahmen des *decision* (bzw. *proposal*) *shaping*, eine spezifisch auf die Verhältnisse in der Schweiz zugeschnittene – wenngleich allgemein formulierte – Bestimmung aufzunehmen und damit gleichsam einen *Swiss Finish* zu installieren. Gemäss Art. 6 Abs. 6 der Richtlinie können «Mitgliedstaaten, in denen allgemeine Wehrpflicht herrscht und in denen seit über 50 Jahren ein System der Weitergabe militärischer Feuerwaffen an Personen besteht, die die Armee nach Erfüllung ihrer Wehrpflicht verlassen, an diese Personen in ihrer Eigenschaft als Sportschützen eine Genehmigung erteilen, eine während des Wehrdienstes benutzte Feuerwaffe zu behalten». Die zuständige Behörde überprüft in regelmässigen Abständen, ob diese Personen keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen. Diese Personen müssen zudem Mitglieder eines Schützenvereins sein und aktiv am Schiesssport teilnehmen. Die Tschechische Republik reichte gegen die neue Richtlinie eine Nichtigkeitsklage beim EuGH ein; sie rügte unter anderem, der *Swiss Finish* sei diskriminierend, weil er zu einer objektiv nicht gerechtfertigten Besserstellung der Schweiz im Vergleich zu den EU-Mitglied-

87

³⁴⁸ OESCH, Schweiz-EU, Rz. 10 und Rz. 94; zum *decision* (bzw. *proposal*) *shaping* auch unten [Rz. 87](#).

staaten führe. Der EuGH wies diesen Klagegrund zurück, weil diese Bestimmung

«sowohl der Kultur als auch den Traditionen der Schweizerischen Eidgenossenschaft sowie dem Umstand Rechnung [trägt], dass dieser Staat aufgrund dieser Traditionen über die Erfahrung und die Fähigkeit verfügt, die betreffenden Personen und Waffen nachzuverfolgen und zu überwachen, eine Erfahrung und eine Fähigkeit, die vermuten lassen, dass die von der angefochtenen Richtlinie verfolgten Ziele der öffentlichen Sicherheit trotz dieser Ausnahme erreicht werden».³⁴⁹

- 88 Die Schweiz wurde in diesem Verfahren nicht zur Abgabe einer Stellungnahme eingeladen, weil es sich um ein Nichtigkeitsklageverfahren handelte. Das Recht zur Abgabe einer Stellungnahme besteht nach Massgabe der obgenannten bilateralen Abkommen nur in Vorabentscheidungsverfahren. Auch hier ist die Beteiligung der Schweiz auf Fragen zur Auslegung eines abkommensrelevanten EU-Rechtsaktes beschränkt; Fragen zur Gültigkeit sind davon ausgenommen (auch wenn in Nichtigkeitsklageverfahren nicht nur über die Gültigkeit eines Rechtsaktes entschieden wird, sondern zwangsläufig auch über Auslegungsfragen mit faktisch präjudizieller Wirkung auch für die assoziierten Schengen/Dublin-Staaten, und die Nichtigkeitsklärung eines EU-Rechtsaktes, der qua Verweis in einem bilateralen Abkommen für die Schweiz einschlägig ist, durch den EuGH dazu führt, dass die Rechtslage auch bilateral bereinigt werden muss).³⁵⁰

³⁴⁹ Urteil Tschechische Republik/Parlament und Rat, C-482/17, EU:C:2019:1035, Rz. 166.

³⁵⁰ Das Schicksal einer solchen Bereinigung hätte der Fluggastrechteverordnung (EG) 261/2004 gedroht, sofern der EuGH diese Verordnung im oberwähnten Urteil McDonagh/Ryanair (oben [Rz. 32](#)) nichtig erklärt hätte; zum Ganzen OESCH, EU-Rechtsakte, S. 290-298.

V. Zusammenfassung

Die bilateralen Abkommen bilden einen integralen Bestandteil der unionalen Rechtsordnung. Im Kollisionsfall geht das unionale Primärrecht inkl. der Grundrechtecharta den bilateralen Abkommen vor; letztere binden demgegenüber den EU-Gesetzgeber und beanspruchen im Fall einer Kollision mit Verordnungen und Richtlinien Vorrang. Dessen ungeachtet ist für die praktische Wirksamkeit einer bilateralrechtlichen Norm die Bereitschaft der unionalen und mitgliedstaatlichen Behörden entscheidend, die Norm unmittelbar anzuwenden. Wenig überraschend bejaht der EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit der bilateralen Abkommen grosszügig. Es ist davon auszugehen, dass er auch das Freihandelsabkommen mit der Schweiz unmittelbar anwenden würde.

89

Die bilateralen Abkommen werden gestützt auf die Auslegungsmethoden gemäss Art. 31-33 WVRK ausgelegt. Ein Spezialfall ist die Auslegung von Bestimmungen, welche EU-rechtliche Normen wörtlich übernehmen oder solchen Normen nachgebildet sind. Der EuGH hat bei der Auslegung von Freihandels- und Assoziierungsabkommen mit Drittstaaten wiederholt betont, dass eine parallele Auslegung nur dann in Betracht kommt, wenn der Zweck und der Kontext der Vertragsbestimmung, insbesondere auch mit Blick auf die Integrationstiefe des Vertrags, vergleichbar sind mit dem Zweck und dem Kontext der unionsrechtlichen Bestimmung (Polydor). Diese jahrzehntealte Praxis ist gemäss EuGH auch bei der Auslegung der bilateralen Abkommen mit der Schweiz einschlägig (Grimme, Fluglärmstreit, Picard). Sofern eine bilaterale Norm wortgleich oder zumindest ähnlich formuliert ist wie die Parallelnorm im EU-Recht und Zweck und Kontext der Normen vergleichbar sind, geht der EuGH aber durchaus von der Vermutung einer parallelen Auslegung aus; dabei greift er routinemässig auf seine Praxis zum EU-Recht zurück (Stamm und Hauser, Hliddal und Bornand, Ettwein). Bei Streitfällen entscheidet der EuGH ohne Rücksicht auf die Herkunft der Parteien. Er geht sachlich und unparteiisch vor. Merkwürdig ist, dass der EuGH bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens nicht ein einziges Mal auf die Praxis des Bundesgerichts rekurriert hat, obwohl letzteres – faktisch ein Teil des unionalen Gerichtsverbunds – hierzu eine fundierte Praxis entwickelt hat.

90

Die Schweiz trat bis anhin einmal als klägerische Partei in einem Verfahren vor dem Gerichtshof der EU auf. Die Urteile des EuG und des EuGH im Fluglärmstreit lösten in der Schweiz keine Begeisterungstürme aus. Prozessual wurde die restriktive Lesart der Klageberechtigung der Schweiz kritisiert. In

91

der Tat beruht die Haltung des Gerichtshofs der EU auf einer stark unionszentrierten, formaljuristischen Argumentation. Inhaltlich war das Urteil zwar durchaus vertretbar. Mitentscheidend war, dass das Luftverkehrsabkommen im fraglichen Bereich, d.h. bei der Einschränkung der Ausübung von Verkehrsrechten, das unionale Recht nur lückenhaft abbildet. Gleichzeitig drängt sich bei der Lektüre der Urteile der Eindruck auf, dass hier kein Musterbeispiel für eine sorgfältige Verhältnismässigkeitsprüfung vorliegt. Spezielle Vorschriften ermöglichen der Schweiz die Beteiligung an Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, bei denen es um die Auslegung (nicht aber die Gültigkeit) von EU-Recht geht, das aufgrund der Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen oder des Lugano-Übereinkommens auch für die Schweiz einschlägig ist. Die Schweiz macht hiervon rege Gebrauch. Damit übernimmt die Schweiz Mitverantwortung für die Entwicklung der Rechtsprechung in Bereichen des EU-Rechts, in denen sie faktisch wie ein Mitgliedstaat behandelt wird; dies trifft paradigmatisch zu bei den oberwähnten Urteilen des EuGH zur grundrechtskonformen Handhabung des Dublin-Besitzstands (*Khira Amayry*, N.S. u.a.). Idealerweise spricht sich die Schweiz bei der Ausfertigung der Stellungnahmen mit gleichgesinnten Staaten ab, um die Schlagkraft ihrer Argumente zu erhöhen. *De lege ferenda* ist bedenkenswert, das Recht der Schweiz zur Abgabe von Stellungnahmen und schriftlichen Erklärungen auf weitere Abkommen auszudehnen.

Drittes Kapitel

Rezeption von EuGH-Urteilen in der Schweiz

I. Übersicht

EuGH-Urteile gehören auch in der Schweiz zum gelebten Rechtsalltag. Die Behörden berücksichtigen die einschlägigen Urteile bei der Auslegung der bilateralen Abkommen (II.) wie auch im Rahmen der Rechtsvergleichung und des autonomen Nachvollzugs von EU-Recht (III.). Sie tun dies nicht nur pragmatisch und unaufgeregt, sondern – in vielen Fällen – auch bemerkenswert informiert und fachkundig. Mitunter sind die Wirkungen eines Urteils des EuGH in der Schweiz direkt spürbar, ohne dass ein solches Urteil formell rezipiert wird und ganz ohne Zutun der Schweizer Behörden (IV.). Durchs Band tauchen in diesem Kapitel immer wieder manche der im ersten Kapitel vorgestellten wegweisenden Urteile des EuGH auf. Es ist eindrücklich, in welchem Ausmass der EuGH seine Spuren auch im Schweizer Rechtsalltag hinterlässt. Eine Zusammenfassung rundet das Kapitel ab (V.).

92

II. Bilaterale Abkommen

Das schweizerische Recht beruht auf dem Grundsatz der automatischen Geltung des Völkerrechts (Monismus). Es gilt der Vorrang von Völkerrecht (vgl. Art. 5 Abs. 4 BV).³⁵¹ Dieser Vorrang gilt ausnahmslos in Bezug auf völkerrechtliche Menschenrechtsgewährleistungen sowie «im Verhältnis zur Europäischen Union und den von der Schweiz im Freizügigkeitsrecht staatsvertraglich eingegangenen Pflichten»; daran ändert auch eine bewusste Missachtung der vertraglichen Verpflichtungen durch den Gesetzgeber nichts (Schubert Praxis), wie das Bundesgericht (bzw. zumindest die II. öffentlich-rechtliche Abteilung) in einem Urteil von 2015 beiläufig – d.h. als *obiter dictum* – ausführte.³⁵² Es rekapitulierte die PKK-Praxis und führte sodann aus:

«Auch im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsabkommen hat das Bundesgericht entschieden, dass diesem gegenüber bewusst abweichendem Gesetzesrecht der Vorrang zukommt. Das Gericht begründete dies damit, dass das Freizügigkeitsabkommen demokratisch (durch Annahme in der Volksabstimmung) legitimiert sei, dieses den unter das Abkommen fallenden Personen gerichtlichen Rechtsschutz garantiere, was toter Buchstabe bliebe, wenn die Gerichte abweichendes nationales Recht anwenden müssten, und schliesslich, dass die Vertragsstaaten der EU ihrerseits verpflichtet seien, dem Abkommen den Vorrang gegenüber ihrem jeweiligen innerstaatlichen Recht zu geben (...). Die vorne erwähnte Ausnahme nach der sogenannten «Schubert-Praxis» gilt im Verhältnis zur Europäischen Union und den von der Schweiz im Freizügigkeitsrecht staatsvertraglich eingegangenen Pflichten nicht, weil es dabei über die Realisierung der teilweise übernommenen Grundfreiheit um eine Angleichung der Rechtsordnung (sektorielle Beteiligung am Binnenmarkt) geht, welche für die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits direkt anwendbar ist (Urteil *van Gend en Loos*, ...) und für welche kraft Unionsrechts der Vorrang dieser Rechtsordnung ebenfalls Geltung hat (Urteil *Costa gegen E.N.E.L.*, ...).»³⁵³

Damit haben die beiden wegweisendsten Urteile, die der EuGH je gesprochen hat und mit denen er den Boden gelegt hat für die Konstitutionalisierung des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts, Eingang in die bundesgerichtliche Rechtsprechung gefunden; und dies nicht nur beiläufig, sondern als tragende Begründung für eine potentiell ausserordentlich weitreichende Weichenstellung! Inhaltlich beruht das Urteil auf einer nachvollziehbaren Logik: Die Schweiz beteiligt sich in den vom Freizügigkeitsabkommen erfassten Bereichen mitgliedstaatsähnlich an der unionalen Personenfreizügigkeit. Vor diesem Hintergrund ist es ein kleiner Schritt, in Analogie zum EU-Recht von einem umfas-

³⁵¹ S. zur Rangfrage im Allg. BIAGGINI, Art. 5 Rz. 29–35.

³⁵² BGE 142 II 35, E. 3.2; zur Bedeutung der Schubert-Praxis EPINEY, Schubert-Rechtsprechung, *passim*.

³⁵³ *Ibid.*, E. 3.2.

senden Vorrang des Abkommens auszugehen und auf diese Weise sein ordnungsgemässes Funktionieren zu sichern. Allerdings äussert sich das Bundesgericht nicht zur besonderen Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess. Die Schweiz ist und bleibt zumindest auf absehbare Zeit ein Drittstaat ohne institutionelle Einbindung und direkte Einflussmöglichkeit auf die Weiterentwicklung des EU-Rechts. Auch die Tatsache, dass in der EU mit dem Vorabentscheidungsverfahren ein Mechanismus zur Verfügung steht, mit dem die Gerichte den EuGH mit Auslegungs- und Gültigkeitsfragen befassen können, zu dem schweizerische Gerichte aber keinen Zugang haben, wird nicht thematisiert.³⁵⁴ Wenig überraschend hat das bundesgerichtliche Diktum unterschiedliche Echos ausgelöst.³⁵⁵ Das ist mit Blick auf die herausfordernde Ausgangslage kaum verwunderlich. Das Bundesgericht nimmt bei der Auslegung der bilateralen Abkommen eine Doppelfunktion wahr: Auf der einen Seite legt es die bilateralen Abkommen für die Schweiz verbindlich aus. Es tut dies mit einem Seitenblick auf die Methode und Praxis des EuGH; hier dominiert naturgemäss eine supranationale Perspektive. Auf der anderen Seite darf das Bundesgericht als nationales Höchstgericht die spezifisch schweizerische Sicht nicht aus den Augen verlieren. Hier ähnelt seine Rolle derjenigen der mitgliedstaatlichen (Verfassungs-)Gerichte, welche den Vorrang des supranationalen Rechts nicht grenzenlos akzeptieren und Schranken bzw. Prüfvorbehalte formuliert haben (Grundrechtskontrolle, Ultra vires-Kontrolle, Identitätskontrolle).³⁵⁶ Das Bundesgericht nimmt diese letztere Perspektive – zugegeben ein heikles Terrain – nicht in den Blick. So ist ungeklärt, ob der Vorrang – wie vom Bundesgericht suggeriert – unbedingt wirkt, oder ob das Bundesgericht sich vorbehält, in Ausnahmefällen den Vorrang zu verneinen und die schweizerische Norm anzuwenden. So wäre es etwa analog zu den vom deutschen Bundesverfassungsgericht entwickelten Vorbehalten zum Vorrang des EU-Rechts oder auch zu den vom liechtensteinischen Staatsgerichtshof entwickelten Vorbehalten zum Vorrang des EWR-Rechts denkbar, dass das Bundesgericht ein EuGH-Urteil nicht befolgt, weil der EuGH die Grenzen der zulässigen Auslegung offensichtlich überschritten hat.³⁵⁷

³⁵⁴ S. dazu auch unten [Rz. 106](#).

³⁵⁵ S. etwa BIAGGINI, Umsetzung, *passim*; EPINEY, Urteil, *passim*; GLASER/BRUNNER, *passim*; LOOSER, Art. 190 BV Rz. 51; dieses *obiter dictum* löst eine Fülle von offenen Fragen aus, s. OESCH, Schweiz-EU, Rz. 53; merklich kritisch zu diesem *obiter dictum* Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2018, SB180164, Ziff. VI. 3.c)cc).

³⁵⁶ S. oben [Rz. 60](#).

³⁵⁷ Gemäss liechtensteinischem Staatsgerichtshof ist das EWR-Recht inkl. seiner Auslegung durch den EFTA-Gerichtshof nicht anwendbar, wenn es gegen «Grundprinzipien und Kerngehalte der Grundrechte der Landesverfassung» verstösst, Urteil vom 27. Oktober

2022 hat das Bundesgericht (bzw. wiederum die II. öffentlich-rechtliche Abteilung) den unbedingten Vorrang auf das Dublin-Assoziierungsabkommen ausgedehnt. Es hat festgehalten, dass bei der Auslegung von Art. 28 der in diesem Abkommen referenzierten Dublin III-Verordnung (EU) 604/2013 die Schubert-Praxis keine Anwendung findet:

95

«In Übereinstimmung mit Art. 27 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (...) gehen in der Rechtsanwendung völkerrechtliche Normen widersprechendem Landesrecht vor (...). Dieser Grundsatz könnte nach einer älteren – weitgehend nicht mehr anwendbaren – Rechtsprechung lediglich allenfalls eine Ausnahme erfahren, wenn der Gesetzgeber bewusst die völkerrechtliche Verpflichtung missachten und insofern die politische Verantwortung hierfür übernehmen will (... [Schubert-Praxis]; ...). Die Ausnahme gilt nach der Rechtsprechung jedoch von vornherein nicht, wenn – wie hier im Rahmen eines Freiheitsentzugs – menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz infrage stehen (... PKK); ...); diesfalls geht die völkerrechtliche Norm der abweichenden nationalen Regelung gemäss der Rechtsprechung auch dann vor, wenn der schweizerische Gesetzgeber davon abweichen wollte (...). Gemäss Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 DAA werden – das Verfahren nach Art. 4 DAA vorbehalten – die Bestimmungen der Dublin-Verordnung von der Schweiz akzeptiert, umgesetzt und angewendet (...). Die nationalen Bestimmungen sind dementsprechend in Übereinstimmung mit den Vorgaben von Art. 28 Dublin-III-Verordnung in Berücksichtigung der Praxis des EuGH zu dieser Bestimmung auszulegen (...); ist dies nicht möglich, geht Art. 28 Dublin-III-Verordnung dem nationalen Recht vor; es verbleibt kein Raum für die Anwendung der Schubert-Praxis (...).»³⁵⁸

Da Art. 76a Abs. 4 AIG eine Höchstdauer der Renitenzhaft von drei Monaten vorsieht, der EuGH im oberwähnten Urteil Khir Amayry gestützt auf Art. 28 Abs. 3 UAbs. 3 der Dublin III-Verordnung aber nur eine Höchstdauer von sechs Wochen als zulässig erachtet, war das schweizerische Recht nicht anwendbar; die gegenüber dem Beschwerdeführer angeordnete Renitenzhaft, die über diese Höchstdauer hinausging, war widerrechtlich.³⁵⁹ Gemäss Bundesgericht findet die Schubert-Praxis im vorliegenden Fall keine Anwendung, weil «eine menschenrechtliche Verpflichtung» der Schweiz infrage steht; dieser Schluss drängt sich auf, da die andere Gegenausnahme zur Schubert-Praxis – «freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen» der Schweiz – beim Dublin-Abkommen nicht greift. Offen bleibt, welche menschenrechtliche Verpflichtung für das

96

2014, StGH 2013/196, E. 2.5.1, m.w.H. – S. zur Abweichung von einer Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH beim Vorliegen «triftiger» Gründe unten [Rz. 99](#); zum Urteil des Bezirksgerichts Bülach, in dem es bei der Auslegung des Luftverkehrsabkommens einem EuGH-Urteil nicht folgte, weil «die vom EuGH eingeführte Rechtsprechung faktisch eine Gesetzesänderung zur Folge hat», unten [Rz. 103-104](#).

³⁵⁸ BGE 148 II 169, E. 5.2; EPINEY, Schubert-Rechtsprechung, S. 703-707.

³⁵⁹ S. zu diesem EuGH-Urteil oben [Rz. 38](#).

Bundesgericht entscheidungsrelevant war: Art. 28 der Dublin III-Verordnung (welche in den Erwägungsgründen wiederholt auf die Grundrechtecharta und die EMRK verweist), Art. 6 GRC (auf den der EuGH im Urteil *Khir Amayry* bei der Auslegung von Art. 28 der Dublin III-Verordnung rekurriert) oder Art. 5 EMRK (der im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau eine Rolle spielte, nicht aber im Verfahren vor dem Bundesgericht, wobei die Präambel des Dublin-Assoziierungsabkommens auf die EMRK verweist)?³⁶⁰

- 97 In der Praxis ist für die Wirksamkeit einer bilateralrechtlichen Norm die Bereitschaft der Behörden entscheidend, die Norm unmittelbar anzuwenden. Das Bundesgericht bejaht die unmittelbare Anwendbarkeit des Versicherungsabkommens sowie der Bilateralen I und II grosszügig.³⁶¹ Dabei sind auch EU-Richtlinien, auf die in einem Abkommen verwiesen wird, unmittelbar anwendbar.³⁶² Die Schweiz verzichtet in pragmatischer Weise häufig darauf, solche Richtlinien ins schweizerische Recht umzusetzen, sondern überlässt es den Behörden und den Rechtssuchenden, direkt daraus Rechte und Pflichten abzuleiten. Dabei rekurriert das Bundesgericht auch auf das oben erwähnte Urteil *Becker* des EuGH.³⁶³ In Bezug auf das Freihandelsabkommen zeigt sich das Bundesgericht zurückhaltender; die «engherzige»³⁶⁴ Praxis zur unmittelbaren Anwendbarkeit dieses Abkommens ist uneinheitlich und nicht gefestigt.³⁶⁵ Bei der Durchführung der bilateralen Abkommen sind in der Schweiz die vom EuGH im EU-Recht entwickelten Grundsätze der Effektivität und Äquivalenz (bzw. – synonym verstanden – der Gleichwertigkeit) zu beachten: Das Bundesgericht hat unter Bezugnahme auf das oben erwähnte Urteil *Office national des pensions (ONP)/Gioconda Camarotto und Giuseppina Vignone* des EuGH entschieden, dass die Modalitäten der Umsetzung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens nicht weniger günstig sein dürfen als bei gleichartigen Verfahren, die das innerstaatliche Recht betreffen, und nicht so ausgestaltet sein dürfen, dass sie die Ausübung der aus der Unionsrechtsordnung übernommenen Rechte praktisch unmöglich machen oder übermässig erschwe-

³⁶⁰ S. zur Auslegung der bilateralen Abkommen im Licht der Grundrechte unten [Rz. 99](#) und Fn. 387.

³⁶¹ S. zur unmittelbaren Anwendbarkeit der bilateralen Abkommen *JAAG/HÄNNI*, Rz. 4020-4021; *WÜGER*, *passim*.

³⁶² BGE 132 II 135, E. 6; BGE 134 II 341, E. 2.1/2.2.

³⁶³ Urteil des BGer 2C_447/2019, E. 4.3.1; zum Urteil *Becker* oben [Rz. 28](#).

³⁶⁴ *BAUDENBACHER*, *Konflikte*, S. 830.

³⁶⁵ BGE 104 IV 175, E. 2c; BGE 118 Ib 367, E. 6b; Urteil 2A.593/2005 vom 6. September 2006, E. 5.4; BGE 131 II 271, E. 10; *OESCH*, *Schweiz-EU*, Rz. 58; *WÜGER*, *passim*.

ren.³⁶⁶ Dies dürfte auch in Bezug auf den Rechtsschutz, der im Freizügigkeitsabkommen ausdrücklich geregelt wird (Art. 11 Abs. 3), gelten; diese Bestimmung «aktiviert» positivrechtlich Personen und Unternehmen für die Durchsetzung der ihnen im Abkommen gewährten Rechte.³⁶⁷ Demgegenüber gibt es in der gerichtlichen Praxis keine Anzeichen, dass die bilateralen Abkommen einen Staatshaftungsanspruch voraussetzen für den Fall, dass die Schweiz ein Abkommen nicht korrekt durchführt und Einzelne als Folge davon einen Schaden erleiden; das Bundesgericht war bis anhin nicht mit der Frage befasst, ob die Francovich- und Brasserie du Pêcheur u. Factortame-Rechtsprechung des EuGH bilateralrechtlich einschlägig ist.³⁶⁸ Insgesamt zeigt sich bei der Durchführung der bilateralen Abkommen in ausgewählten Bereichen bereits heute ein beachtlicher Grad der Beeinflussung der schweizerischen Rechtsordnung durch das EU-Recht: Politisch bleibt die Schweiz eine Aussenseiterin; funktional ist sie punktuell eng in den europäischen Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund eingebunden.³⁶⁹

Die bilateralen Abkommen werden gestützt auf die Auslegungsmethoden gemäss Art. 31-33 WVRK ausgelegt.³⁷⁰ Dabei betont das Bundesgericht, dass gewisse bilaterale Abkommen je nach Ausgestaltung und Zielsetzung einen im Vergleich zum EU-Recht weniger weitgehenden Integrationsgrad anstreben und folglich nicht automatisch analog zu den unionsrechtlichen Parallelbestimmungen auszulegen sind. Dies gilt mithin für das Freihandelsabkommen von 1972. In einem Urteil von 2005 hielt das Bundesgericht fest, dass das Freihandelsabkommen «grundsätzlich autonom auszulegen und anzuwenden» ist.³⁷¹ Aus diesem Grund legt das Bundesgericht das Verbot von Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen im Freihandelsabkommen (Art. 13 FHA) – welches sehr ähnlich formuliert ist wie das entsprechende

98

³⁶⁶ BGE 128 V 315, E. 1.c; s. auch BGE 130 V 132, E. 3.1; BGE 138 V 533, E. 2.2; zum Ganzen GLASER, Umsetzung, *passim*.

³⁶⁷ GLASER/DÖRIG, S. 460; zur allfälligen Bedeutung der EuGH-Praxis zur Unabhängigkeit der Gerichte (oben [Rz. 48](#)) für die Schweiz auch unten [Rz. 150](#).

³⁶⁸ S. oben [Rz. 31](#). – Ein Seitenblick auf den EWR illustriert, dass der EFTA-Gerichtshof einen Staatshaftungsanspruch von Privaten für den Fall eines Verstosses gegen EWR-Recht direkt gestützt auf das EWR-Abkommen bejaht; Urteil Sveinbjörnsdóttir, E-9/97; Urteil Karlsson, E-4/01; BAUDENBACHER, EEA State Liability, *passim*.

³⁶⁹ LAVENEX/SCHWOK, S. 49; zu diesem Verbundbegriff oben [Rz. 30](#).

³⁷⁰ BGE 133 V 329, E. 8.4; BGE 132 V 53, E. 6.3; SEILER, Einfluss, S. 274; allg. zur Auslegung und zu Problemen des Rechtsschutzes COTTIER/EVTIMOV, *passim*.

³⁷¹ BGE 131 II 271, E. 10.3.

Verbot im EU-Recht (Art. 34 AEUV) – nicht im Einklang mit der Praxis des EuGH zum Unionsrecht aus; das oben erwähnte Urteil Cassis de Dijon ist bilateralrechtlich nicht einschlägig:

«Auch wenn das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Freihandelsabkommen die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu vergleichbaren Bestimmungen des EG-Vertrags in seine Überlegungen mit einbezogen hat (...), bedeutet dies nicht, dass das Cassis-de-Dijon-Prinzip automatisch in der Schweiz anzuwenden wäre.»³⁷²

99 Anders präsentiert sich die Situation bei denjenigen Abkommen, welche die sektorielle Integration der Schweiz in den unionalen Rechtsraum zum Ziel haben und zu diesem Zweck auf EU-Recht beruhen. Hier übernehmen die Schweizer Behörden die Praxis des EuGH zu den Parallelbestimmungen im EU-Recht routinemässig.³⁷³ Dies trifft typischerweise auf das Freizügigkeitsabkommen, das Luftverkehrsabkommen, die Schengen/Dublin-Abkommen wie auch das Lugano-Übereinkommen zu:

- Das Freizügigkeitsabkommen verpflichtet die Behörden in der Schweiz (wie notabene auch diejenigen in der EU) ausdrücklich, die Praxis des EuGH zur Auslegung von Parallelbestimmungen im EU-Recht in den Blick zu nehmen (Art. 16 Abs. 2 FZA).³⁷⁴ Das Bundesgericht hat in einem *leading case* von 2013 die Praxis zu dieser abkommensspezifischen Auslegungsregel wie folgt zusammengefasst:

«Das Freizügigkeitsabkommen ist gestützt auf die völkerrechtliche Methodik nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen (vgl. Art. 31 ff. des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge ; ...). Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA ist für die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) massgebend. Da es Ziel des Abkommens ist, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen (Präambel) und die Vertragsstaaten übereingekommen sind, in den vom Abkommen erfassten Bereichen alle erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit in ihren Beziehungen eine möglichst parallele Rechtslage besteht (Art. 16 Abs. 1 FZA), weicht das Bundesgericht praxisgemäss von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nicht leichtthin, sondern nur beim Vorliegen <triftiger> Gründe ab (...). Bezüglich <neuer> Entwicklungen besteht gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA keine Befol-

³⁷² Urteil des BGer vom 6. September 2006, 2A.593/2005, E. 6; TOBLER/BEGLINGER, Grundzüge, Rz. 146.

³⁷³ EPINEY/METZ/PIRKER, *passim*; OESCH, Schweiz-EU, Rz. 77-88; SEILER, Einfluss, S. 271-304.

³⁷⁴ Grundlegend BGE 136 II 5, E. 3.4; s. auch BGE 136 II 65, E. 3/4; BGE 142 II 35, E. 3; zum Ganzen BESSON/AMMANN, *passim*; BURRI/PIRKER, *passim*; COTTIER/DIEBOLD, *passim*; EPINEY, Bedeutung, *passim*; EPINEY, Rechtsschutz, Rz. 11; KADDOUS, Stamm, *passim*.

gungspflicht, sondern höchstens ein Beachtungsgebot in dem Sinn, dass diese nicht ohne sachliche Gründe unbeachtet bleiben sollen, aber aus der Sicht der Vertragspartner auch nicht zu einer nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts führen dürfen.»³⁷⁵

Demnach ist die Alt-Rechtsprechung des EuGH, d.h. die Rechtsprechung vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, zu Parallelbestimmungen im EU-Recht «massgebend» und damit als verbindlich zu betrachten; es besteht eine «Befolgungspflicht».³⁷⁶ In Bezug auf die Neu-Rechtsprechung des EuGH, d.h. die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, besteht keine Berücksichtigungspflicht, sondern «höchstens ein Beachtungsgebot in dem Sinn, dass diese [Urteile] nicht ohne sachliche Gründe unbeachtet bleiben sollen, aber aus der Sicht der Vertragspartner auch nicht zu einer nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts führen dürfen».³⁷⁷ In der Praxis des Bundesgerichts spielt die Datumsgrenze, also die Unterscheidung zwischen Alt- und Neu-Rechtsprechung des EuGH, eine untergeordnete Rolle. Das Bundesgericht berücksichtigt regelmässig nicht nur die Präjudizien des EuGH, welche vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens ergangen sind, sondern ganz grundsätzlich das Fallrecht des EuGH zu Fragen, welche sich im bilateralen Verhältnis in analoger Weise stellen (wobei eine Übernahme einer neueren Praxis des EuGH mitunter auch erst «nach einigem Zögern»³⁷⁸ erfolgen mag). Im Ergebnis findet eine «dynamische Rechtsprechungsübernahme»³⁷⁹ statt. Auf diese Weise gehören die oben erwähnten Leiturteile des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, zum Fussball, zur Diplomanerkennung, zu den Passagierrechten, zur Sozialhilfe (soweit Ansprüche freizügigkeitsrechtlich begründet sind und nicht auf der Unionsbürgerschaft beruhen) und zu den Familiennachzugsrechten auch in der Schweiz zum rechtlichen Handwerkszeug der Behörden und der Rechtssuchenden.³⁸⁰ Die Praxis des EuGH zur Dienst-

³⁷⁵ BGE 139 II 393, E. 4.1.1.

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ Ibid.

³⁷⁸ BGE 142 II 35, E. 5.2.

³⁷⁹ ZÜND, Grundrechtsverwirklichung, S. 1357.

³⁸⁰ S. oben [Rz. 32](#) und [Rz. 43](#); für eine Erwähnung der Urteile Lawrie-Blum und Levin BGE 131 II 339, E. 3.1; dazu DIMITRIJEWITSCH, S. 158-163; zum Arbeitsrecht im Allg. PÄRLI et al., *passim*; für eine Erwähnung der Urteile Klopp, Gebhard und Schmidberger BGE 140 II 112, E. 3.6.1; für eine Erwähnung des Urteils Bosman BGE 133 V 367, E. 11.2; für eine Erwähnung des Urteils Dano BGE 141 V 688, E. 4.2.5; BGE 143 I 20, E. 6.3; für eine Auseinandersetzung mit dem Urteil Baumbast BGE 142 II 35, E. 4.2 und E. 4.3; für eine Auseinandersetzung mit dem Urteil Zhu und Chen BGE 144 II 113, E. 4; für die Praxis zur Diplomanerkennung OESCH,

leistungsfreiheit sowie zur Entsenderichtlinie und ihrer Durchsetzung ist einschlägig bei der Beurteilung der flankierenden Massnahmen.³⁸¹ Zu Recht anerkennt das Bundesgericht, dass die im Freizügigkeitsabkommen gewährleisteten Rechte mit Blick auf den «*effet utile*» auszulegen sind, und akzeptiert die Einschlägigkeit dieses bei der Auslegung des EU-Rechts zentralen Auslegungstopos.³⁸²

- Zur Tragweite der speziellen Auslegungsregel im Luftverkehrsabkommen hat sich das Bundesgericht noch nicht geäussert (Art. 1 Abs. 2 LVA). Es ist davon auszugehen, dass die Grundzüge der bundesgerichtlichen Praxis zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens in Bezug auf Urteile des EuGH, welche nach dem Stichtag vom 21. Juni 1999 ergangen sind, auch hier greifen: Es gilt ein Beachtungsgebot. Von einschlägigen EuGH-Urteilen soll nur bei Vorliegen triftiger Gründe abgewichen werden.³⁸³
- Ein ebenso konsequenter Gleichschritt mit der Rechtsentwicklung in der EU gilt bei der Auslegung der Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen (vgl. Art. 8 und Art. 9 SAA, Art. 5 und Art. 6 DAA). Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht legen das schweizerische Recht «unionsrechtskonform»³⁸⁴ aus; sie weichen «nicht ohne stichhaltige Gründe»³⁸⁵ von der EuGH-Praxis ab. Auf diese Weise wird das Fallrecht aus Luxemburg in den Urteilen aus Lausanne und St. Gallen regelmässig rezipiert; beispielhaft dafür stehen die oben erwähnten Urteile zum Dublin-Besitzstand und zur Inhaftierung von sich illegal aufhaltenden Personen in einer gewöhnlichen Haftanstalt im Licht der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG.³⁸⁶ Konsequenterweise entfalten dabei grundrechtlich bedeutsame Weichenstellungen im EU-Recht ihre Wirkung auch im bilateralen Verhältnis.³⁸⁷ Das Bundesverwaltungsgericht geht bei der Aus-

Schweiz-EU, Rz. 173-175; zu Abweichungen von EuGH-Präjudizien, sofern Ansprüche gestützt auf die Unionsbürgerschaft begründet werden, unten [Rz. 102](#).

³⁸¹ S. dazu DIMITRIJEWITSCH, *passim*; EPINEY/HEHEMANN, Rz. 24-31; oben [Rz. 33-34](#).

³⁸² BGE 142 II 35, E. 5.2: s. zum *effet utile* oben [Rz. 54](#).

³⁸³ TOBLER, Fluggastrechte, S. 519; demgegenüber zu einem mutigen Entscheid des Bezirksgerichts Bülach unten [Rz. 103-104](#).

³⁸⁴ BGE 146 II 201, E. 4.2.3; BGE 147 IV 340, E. 4.5.5, m.V.a. die Praxis des BGer zur Bedeutung der EuGH-Praxis bei der Auslegung des FZA.

³⁸⁵ Urteil des BVGer vom 2. Juli 2015, E-594/2015, E. 6.4.

³⁸⁶ BGE 148 II 169, E. 4; BGE 146 II 201, E. 5.3; Urteil des BVGer vom 7. Juli 2023, D-3504/2023, E. 8.3; Urteil des BVGer vom 29. August 2017, D-4179/2019; s. oben [Rz. 38](#) und [Rz. 39](#).

³⁸⁷ Die bilateralen Abkommen enthalten keine Grundrechtskataloge. Ebenso wenig verweisen sie direkt auf die EMRK oder die Grundrechtecharta; eine Ausnahme stellen die Präambeln

legung des Dublin-Assoziierungsabkommens ohne weiteres davon aus, dass Art. 4 GRC bei der Prüfung, ob eine Überstellung einer Antragstellerin oder eines Antragstellers an einen anderen Staat zumutbar ist, anwendbar ist:

«Die Dublin-III-VO ist im Lichte der EMRK und für die Schweiz als Nicht-EU-Mitglied etwas systemfremd der EU-Grundrechtecharta auszulegen».³⁸⁸

Die oben erwähnten Präjudizien des EuGH zu Art. 4 GRC bestimmen folglich auch die Asylpraxis in der Schweiz massgeblich.³⁸⁹ Im Anwendungsbereich der Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen könnte die Schweiz zudem analog zu den EU-Mitgliedstaaten von der Bosphorus-Vermutung des EGMR profitieren, wie der EGMR im Urteil Tarakhel von 2014 angedeutet hat. Der EGMR würde diesfalls auf eine Prüfung der Vereinbarkeit einer schweizerischen Massnahme mit der EMRK verzichten, sofern die Schweiz damit lediglich die aus einem solchen Assoziierungsabkommen fliessenden Verpflichtungen erfüllt und über keinen eigenen Handlungsspielraum verfügt.³⁹⁰ Der EGMR geht zumindest in Bezug auf die EU von der Vermutung aus, dass der unionale Grundrechtsschutz dem konventionsrechtlichen Schutz materiell und prozedural gleichwertig («equivalent») ist, und weist Beschwerden gegen mitgliedstaatliche Durchführungsmassnahmen als unzulässig zurück. Problematisch mag sein, dass die Schweizer Gerichte keinen Zugang zum EuGH haben, um grundrechtliche Fragen zu Schengen/Dublin-relevanten Rechtsakten

der Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen dar, in denen die EMRK erwähnt wird. Mitunter verpflichten EU-Rechtsakte, welche qua Verweis im bilateralen Verhältnis anwendbar sind, zur Beachtung der GRC, womit sich die Frage stellt, ob solche Kaskadenverweisungen dazu führen, dass das grundrechtliche Schutzsystem der EU auch im bilateralen Verhältnis direkt wirkt; s. EPINEY, EU-Grundrechte, *passim*; OESCH/NAEF, EU-Grundrechte, *passim*; Pekuniäre Verwaltungssanktionen, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018, BBl 2022 776, Ziff. 3.6; zur grundrechtsorientierten Auslegung von Art. 28 der Dublin III-Verordnung und zum Vorrang des DAA gegenüber schweizerischem Recht oben [Rz. 95-96](#).

³⁸⁸ BVGE 2015/41, E. 5.3.3; s. auch Urteil des BVGer vom 29. September 2015, D-5756/2015.

³⁸⁹ S. oben [Rz. 39](#).

³⁹⁰ Urteil des EGMR vom 4. November 2014, Tarakhel gegen die Schweiz, Nr. 29217/12, Rz. 88-91, betr. Durchführung der Dublin III-Verordnung (EG) Nr. 343/2003; zur Bosphorus-Vermutung des EGMR oben [Rz. 40](#). Ein Seitenblick auf den EWR illustriert, dass der EGMR zögert, diese Vermutung auf Akte auszudehnen, mit denen die EWR-EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen das EWR-Abkommen durchführen; NEIER, Vermutung, *passim*.

klären zu lassen. Es bestehen Zweifel, ob die prozedurale Durchsetzung der Menschenrechte, wie sie der EGMR einfordert, in dieser Konstellation tatsächlich gewahrt wird.³⁹¹ Diese Überlegungen bleiben aktuell, nachdem der EGMR die Bosphorus-Vermutung im unionalen Kontext nach dem negativen Gutachten 1/13 des EuGH bestätigt hat.³⁹²

- Das Bundesgericht unterstreicht in ständiger Praxis, dass das Lugano-Übereinkommen im Licht des Brüsseler Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ) und der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO, Brüssel I-Verordnung), die ihrerseits durch die Verordnung (EU) 1215/2012 ersetzt wurde, auszulegen ist:

«[Es] besteht Bedarf nach einer harmonisierten Auslegung der aufeinander abgestimmten Normen. Folgerichtig verpflichtet Art. 1 des Protokolls Nr. 2 zum Lugano-Übereinkommen die Gerichte der Vertragsstaaten, bei der Anwendung und Auslegung der Staatsvertragsbestimmungen den Grundsätzen gebührend Rechnung zu tragen, die in massgebenden Entscheidungen von Gerichten der anderen Vertragsstaaten entwickelt worden sind. Dies gilt in besonderem Masse auch für die Rechtsprechung des EuGH (...). Dabei ist gleichermaßen unerheblich, ob die europäische Rechtsprechung vor oder nach dem Inkrafttreten des Lugano-Übereinkommens, zum EuGVÜ oder zu den mit dem Lugano-Übereinkommen inhaltlich übereinstimmenden Normen der EuGVO ergangen ist (...). Eine Differenzierung verbietet sich schon deshalb, weil sonst das mit dem Lugano-Übereinkommen angestrebte Ziel, die Schweiz in einen europäischen Raum vereinheitlichter Gerichtszuständigkeiten in Zivil- und Handelssachen einzubinden, untergraben würde. Der Rechtsprechung des EuGH ist daher bei der Auslegung des Lugano-Übereinkommens grundsätzlich zu folgen. Eine abweichende Auslegung bleibt nur dann vorbehalten, wenn die europäische Rechtsprechung eindeutig an den Zielen der Europäischen Union orientiert ist, welche die Schweiz nicht mitträgt (...).»³⁹³

Das Bundesgericht ist noch nie ausdrücklich von einem Präjudiz des EuGH abgewichen.³⁹⁴ Im Interesse einer parallelen Rechtslage folgt das Bundesgericht dabei auch Urteilen des EuGH, an denen die Kritik «beachtlich erscheint».³⁹⁵ Gemäss Tanja Domej zeichnet sich die schweize-

³⁹¹ S. dazu NEIER, Vermutung, S. 236; SCHMID, Fn. 19, die von der Übertragbarkeit der «Logik der Bosphorus-Rechtsprechung» auf das Assoziierungsabkommen ausgeht.

³⁹² Urteil des EGMR vom 23. Mai 2016, Avotiņš gegen Lettland, Nr. 17502/07, Rz. 116; oben [Rz. 40](#).

³⁹³ BGE 135 III 185, E. 3.2; zum Ganzen DUMMERMUTH, S. 178; OETIKER/WEIBEL, *passim*; zum LugÜ oben [Rz. 79](#).

³⁹⁴ DOMEJ, Art. 1 Protokoll 2 Rz. 11.

³⁹⁵ BGE 124 III 188, E. 4b.

rische Praxis zum LugÜ folglich durch eine «beachtliche <Europatreue>» aus.³⁹⁶

Die konsequente Berücksichtigung des Fallrechts aus Luxemburg kann mitunter erhebliche Folgen zeitigen. Die folgenden Beispiele belegen dies. So mag auf diese Weise die Rechtslage in der Schweiz und diejenige im Verhältnis der Schweiz zur EU auseinanderklaffen. Ein solches Szenario droht bei der Qualifikation der Tätigkeit von Gutachterinnen und Gutachtern, welche im Auftrag von Behörden psychiatrische und psychologische Fragen in Straf- und Zivilverfahren abklären, bei der Tätigkeit von Gerichtsdolmetscherinnen und Gerichtsdolmetschern und bei der Tätigkeit von freiberuflichen Notarinnen und Notaren; allesamt Tätigkeiten, bei denen die bundesgerichtliche Praxis zur Wirtschaftsfreiheit und zum Binnenmarktgesetz dazu tendiert, sie als hoheitlich zu qualifizieren, während der EuGH sie im Licht der Grundfreiheiten als nicht hoheitlich beurteilt – mit der Folge, dass der Marktzugang in Bezug auf solche Tätigkeiten im Kanton Aargau für Personen aus Baden-Württemberg unter Umständen einfacher zu bewerkstelligen ist als für Personen aus Bern.³⁹⁷ Weiter gilt die Berücksichtigung des Fallrechts des EuGH auch bei Praxisänderungen des EuGH: Das Bundesgericht übernahm die mit dem oben erwähnten Urteil Metock eingeleitete Praxisänderung des EuGH zum Familiennachzug, erklärte, dass es sich dem früheren Urteil Akrich «trotz einer gewissen Skepsis vor allem aus Gründen der Rechtsharmonisierung» angeschlossen hatte, und fuhr fort:

«Analoge Überlegungen sprechen für eine Übernahme der angepassten Rechtsprechung. Es sind keine triftigen Gründe erkennbar, weshalb es innerhalb der Europäischen Gemeinschaft und in deren Verhältnis mit der Schweiz zwei unterschiedliche Freizügigkeitsregelungen geben sollte. Das Interesse an einer parallelen Rechtslage und mithin an einem möglichst einheitlichen Freizügigkeitsraum geht vielmehr vor.»³⁹⁸

Dabei handelt es sich gemäss Hansjörg Seiler, bis 2021 Richter am Bundesgericht, um die «politisch wohl spektakulärste dynamische Rechtsprechung» zum Freizügigkeitsabkommen, weil damit für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger in der Schweiz eine grosszügigere Familiennachzugspraxis eingeführt

³⁹⁶ DOMEJ, Art. 1 Protokoll 2 Rz. 12.

³⁹⁷ Urteil des BGer 2C_121/2011 vom 9. August 2011, E. 3.3.1; BGE 140 II 112; Urteil Kommission/Griechenland, C-306/89, EU:C:1991:463; Urteil Peñarroja Fa, C-372/09 und C-373/09, EU:C:2011:156; DIEBOLD, Rz. 349-356; FUHRIMANN, *passim*; OESCH, Einfluss, S. 57-58; OESCH/RENFER, Art. 1 Rz. 12-13, m.w.H.; PIRKER, Gerichtsdolmetscher, *passim*; vgl. aber auch Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM zur Vermeidung einer Inländerdiskriminierung; zur Qualifikation von Notarinnen und Notaren auch unten [Rz. 108](#).

³⁹⁸ BGE 136 II 5, E. 3.6.2; MAIANI, Metock, *passim*; oben [Rz. 43](#).

wurde als sie für Schweizerinnen und Schweizer gilt.³⁹⁹ Während das Bundesgericht in einem Folgeurteil den Gesetzgeber ausdrücklich aufforderte, die dadurch entstandene Inländerdiskriminierung zu korrigieren (was dieser bis heute nicht getan hat),⁴⁰⁰ mag es in anderen Konstellationen unumgänglich sein, das schweizerische Recht unverzüglich an die neue Rechtslage im europäischen Umfeld anzupassen: Im Nachgang zum oberwähnten Urteil des EuGH zum Botschafts asyl musste die Schweiz die Verordnung über die Einreise und die Visumserteilung (Art. 4 Abs. 2 VEV) revidieren, um eine neue Rechtsgrundlage zur Erteilung humanitärer Visa (nationale Visa D) zu schaffen.⁴⁰¹ Das war ein seltener Fall, bei dem ein EuGH-Urteil in der Schweiz eine Änderung eines Erlasses auslöste.

102 Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht sind bei der Auslegung eines Abkommens, mit dem sich die Schweiz am Binnenmarkt beteiligt, bis heute noch nie ausdrücklich von einem EuGH-Urteil abgewichen und haben stattdessen eine autonome Lesart gewählt. Abweichungen drängen sich gemäss Bundesgericht allerdings immer dann auf, wenn eine bilaterale Norm einen anderen Zweck verfolgt als eine ähnlich oder wortgleich formulierte Bestimmung des Unionsrechts, d.h. wenn die Zielsetzung nicht darin liegt, das in der Union geltende Recht auf das Verhältnis zur Schweiz auszuweiten. Bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens haben sich zwei Rechtsprechungslinien herauskristallisiert:

- Eine Abweichung von der EuGH-Praxis drängt sich auf, wenn Ansprüche nicht gestützt auf die klassischen Freizügigkeitsrechte (i.V.m. dem allgemeinen Diskriminierungsverbot) weiterentwickelt werden, sondern gestützt auf «die Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft und deren Kernbereich»; «dasselbe gilt für mit der Richtlinie 2004/38/EG neu eingeführte Rechte für die Unionsbürger wie etwa den bedingungslosen Anspruch auf Daueranwesenheit nach ununterbrochenem fünfjährigem (rechtmässigem) Aufenthalt (...) oder das voraussetzungslose Aufenthaltsrecht von bis zu drei Monaten».⁴⁰² Die Unionsbürgerschaft ist ein Institut zur «Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas» (Präambel zum EUV), welches im Verhältnis Schweiz-EU nicht greift. Die

³⁹⁹ SEILER, *Dynamik*, S. 88-89.

⁴⁰⁰ BGE 136 II 120, E. 3.5.3; s. nun Parlamentarische Initiative 19.464 «Beseitigung und Verhinderung der Inländerinnen- und Inländerdiskriminierung beim Familiennachzug» und hierzu den Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 22. Juni 2023.

⁴⁰¹ S. oben [Rz. 39](#).

⁴⁰² BGE 139 II 393, E. 4.1.2; s. auch BGE 136 II 65, E. 4.2.

bundesgerichtlichen Erwägungen sind gut nachvollziehbar. Es ist auch nicht vorstellbar, dass die oben erwähnten Urteile Rottmann und Ruiz Zambrano beim gegenwärtigen Stand der bilateralen Beziehungen für die Schweiz einschlägig sind.⁴⁰³ Eindrücklich ist, mit welcher Akribie das Bundesgericht die Praxis des EuGH analysiert und dabei die freizügigkeitsrechtlich begründeten Ansprüche und die aus der Unionsbürgerschaft abgeleiteten Weiterentwicklungen – zwei Entwicklungsstränge, die im EU-Recht vermischt sind und in den Urteilen des EuGH oft nicht mehr unterschieden werden – für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens auseinanderdividiert; das ist nicht selten eine Herkulesaufgabe!

- Ähnlich argumentiert das Bundesgericht (bzw. zumindest die strafrechtliche Abteilung) in Bezug auf die Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit eine strafrechtliche Landesverweisung mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar ist.⁴⁰⁴ Während das Obergericht des Kantons Zürich bei der Überprüfung einer solchen Massnahme davon ausging, dass ein Anwendungsfall der Schubertpraxis vorlag, umschifft das Bundesgericht dieses heikle Thema – wir erinnern uns: gemäss der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung geht das Freizügigkeitsabkommen im Kollisionsfall Bundesgesetzen vor – auf elegante Weise: Es legt Art. 5 Anhang I FZA «strafrechtlich» nicht analog zur Praxis im EU-Recht aus, sondern weniger restriktiv und damit zuungunsten von Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten. Es führte aus:

«In casu sind für das Bundesgericht neben der integralen Verfassung (sowie der EMRK) das Bundesgesetz (Art. 66a ff. StGB) und das FZA massgebend. Eine unterschiedliche Rechtsnatur der anzuwendenden Normen bildet in der Praxis den Normalfall. Gerichte haben in jedem Rechtsstreit im Rahmen von divergierenden «massgebenden» Normen in abwägender Weise zu entscheiden. Dabei sind die Wertungen des Gesetzgebers zu beachten. (...)

Für die strafrechtliche Auslegung relevant ist es, dass es sich beim FZA um ein im Wesentlichen wirtschaftsrechtliches Abkommen handelt. Das FZA berechtigt lediglich zu einem doppelt bedingten Aufenthalt in der Schweiz, nämlich einerseits nach Massgabe der spezifischen Vertragsvereinbarungen als Voraussetzung eines rechtmässigen Aufenthalts und andererseits nach Massgabe des rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA. (...)

⁴⁰³ Vgl. auch BGE 139 II 393, 4.1.2; für diese beiden Urteile oben [Rz. 43](#).

⁴⁰⁴ BGE 145 IV 364; s. auch BGE 145 IV 55, E. 4.2, wo das BGER auf die Ausschaffungsinitiative und die parlamentarische Debatte zur Umsetzungsgesetzgebung (Art. 66a ff. StGB) einging, schliesslich aber feststellte, dass zwischen dem FZA und den Bestimmungen zur Landesverweisung kein Normenkonflikt besteht; kritisch dazu FARGAHI/PRIULI/DE WECK, Rz. 14-22.

Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA ist für die Schweiz strafrechtlich nicht in einer Weise restriktiv auszulegen, welche diese Bestimmung des ihrer gewöhnlichen Bedeutung (Art. 31 Abs. 1 VRK; ...) nach anerkannten Normgehalts entleeren würde. Die Mitgliedstaaten gründeten die EU zur <Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas> (Art. 1 Abs. 2 EUV) als Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft (EG). Die zitierte restriktive Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA ist auf die primärrechtlich abgestützte integrativ wirkende dynamische Rechtsanwendung des EuGH zurückzuführen, die heute die Harmonisierung und Vertiefung der Union intendiert. Diese Nuance dieser Rechtsprechung (teleologische Reduktion des Normgehalts von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA) hat die Schweiz nach der aktuellen Rechtslage für das Strafrecht nicht zu berücksichtigen, da die unionsrechtliche Auslegung nicht automatisch zu übernehmen ist (...). Vielmehr ist anzunehmen, dass der Normsinn dem Wortsinn entspricht.⁴⁰⁵

Diese Erwägungen zur Natur und zur Wirkungsweise des Freizügigkeitsabkommens und zu seinem Verhältnis zum innerstaatlichen (Straf-)Recht lassen viele Fragen offen. Sie sind inkohärent und widersprüchlich.⁴⁰⁶ Die Qualifikation des Freizügigkeitsabkommens als «im Wesentlichen wirtschaftsrechtliches Abkommen» wird seinem Inhalt und seinem Zweck nicht gerecht; die damit einhergehenden Ansprüche gehen über das rein Wirtschaftliche weit hinaus. Ebenso merkwürdig ist die letztlich künstliche Trennung zwischen Straf- und Wirtschaftsrecht; es trifft kaum zu, dass – wie das Bundesgericht weiter ausführt – «[d]ie strafrechtliche Landesverweisung (...) weder eine wirtschafts- noch eine migrationsrechtliche Komponente» hat.⁴⁰⁷ Die bundesgerichtlichen Ausführungen scheinen nur im Licht der fortlaufenden Aufweichung der Voraussetzungen zur Ausschaffung von straftätigen Ausländerinnen und Ausländern im Verfassungsrecht (Art. 121 Abs. 3-6 BV) und Gesetzesrecht (Art. 66a StGB) verständlich. Diese Vorgaben wurden zwar durch ein ausdrückliches Votum von Volk und Ständen ins Werk gesetzt. Auch dies rechtfertigt es allerdings nicht, vorliegend von der etablierten Praxis des EuGH, deren Grundzüge zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens bekannt waren, abzuweichen (vgl. Art. 27 WVRK i.V.m. Art. 16 FZA).⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ Ibid., E. 3.2 (betr. der Ausführungen der Vorinstanz), E. 3.3., E. 3.4.4 und E. 3.8; zum Vorrang des FZA oben [Rz. 93-94](#).

⁴⁰⁶ S. für kritische Einschätzungen EPINEY, Landesverweisung, Rz. 8-22; PROGIN-THEUERKAUF, *passim*; zum Ganzen auch AMARELLE, Rz. 27-30; FARGAHI/PRIULI/DE WECK, *passim*; zur weiteren Entwicklung MÜLLER/PRANTL, S. 538-539.

⁴⁰⁷ Ibid., E. 3.9.

⁴⁰⁸ S. zur Verbindlichkeit der Alt-Rechtsprechung oben [Rz. 99](#).

Einen mutigen – wenn nicht gar offen konfrontativen – Kurs schlug auch das Bezirksgericht Bülach 2016 bei der Auslegung des Luftverkehrsabkommens und der darin referenzierten Fluggastrechteverordnung (EG) Nr. 261/2004 ein. Es folgte dem oben erwähnten Urteil Sturgeon des EuGH nicht, weil «die vom EuGH eingeführte Rechtsprechung faktisch eine Gesetzesänderung zur Folge hat» (wobei es gemäss Bezirksgericht nicht um eine faktische Gesetzesänderung in der Schweiz ging, sondern um eine rechtsschöpferische Weiterentwicklung der Fluggastrechteverordnung durch den EuGH, welche durch die herkömmlichen Auslegungsmethoden nicht mehr gedeckt war).⁴⁰⁹ Es fasste seine Erwägungen wie folgt zusammen:

103

«[Es] scheint (...) ausgeschlossen, dass ein Schweizerisches Gericht im Rahmen der Auslegung der Fluggastrechteverordnung ohne seine Kompetenzen zu überschreiten, zum gleichen Resultat kommt, wie der EuGH, zumal für richterliche Lückenfüllung, wie erwähnt, mangels echter Gesetzeslücke vorliegend kein Raum bleibt.»⁴¹⁰

Dabei äusserte sich das Bezirksgericht weder zu den Spezifika bei der Auslegung von EU-Recht (es verwies bei der Darlegung der Auslegungsmethoden vielmehr auf den Methodenpluralismus bei der Auslegung von schweizerischem Gesetzesrecht)⁴¹¹ noch zur Bedeutung einer parallelen Auslegung für das ordnungsgemässe Funktionieren des Luftverkehrsabkommens; auch setzte es sich nicht mit der bundesgerichtlichen Praxis zum Freizügigkeitsabkommen auseinander, welche zumindest *mutatis mutandis* auch bei der Auslegung des Luftverkehrsabkommens einschlägig sein mag (vgl. Art. 1 Abs. 2 LVA). Ein merkwürdiger Entscheid, der zwar nicht angefochten wurde, dessen präjudizielle Aussagekraft bis zur höchstgerichtlichen Klärung aber auf wackligen Füüssen steht. Die in diesem Verfahren unterlegene Klägerin könnte gemäss Thomas Probst

104

«rückblickend zum unbefriedigenden Schluss gelangen, dass sie nicht nur in einem erheblich verspäteten Flugzeug am Zielflughafen ankam, sondern ihren Rechtsstreit auch in einem ungünstigen Gerichtssaal ausfocht.»⁴¹²

⁴⁰⁹ Urteil vom 2. Februar 2016, FV150044-C/U AB/ad, E. 4.2; s. auch Stellungnahme des Bundesrates vom 29. August 2018 zur Motion 18.3568 «Rechtssicherheit in den Flugpassagierrechten sicherstellen»; kritisch zu diesem Urteil PROBST, S. 783-793; ferner SPECK, Rz. 209-211; zum Urteil Sturgeon des EuGH oben [Rz. 32](#).

⁴¹⁰ *Ibid.*, E. 4.2.14.

⁴¹¹ *Ibid.*, E. 4.2.7.

⁴¹² PROBST, S. 793 und Fn. 138; s. auch BERGER, S. 561-563, m.V.a. auf ein Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt von 2012, in dem die Anwendung der Sturgeon-Rechtsprechung des EuGH in der Schweiz bejaht wird.

- 105 Umgekehrt ging die Wettbewerbskommission (WEKO) vor bei der gutachterlichen Beurteilung, ob die Unterstützungsmassnahmen in Form von Garantien zur Sicherung von Darlehen an die SR Technics während der Corona-Pandemie mit dem Beihilfeverbot im Luftverkehrsabkommen vereinbar waren.⁴¹³ Sie berücksichtigte in bemerkenswerter Weise eine Vielzahl von EU-Rechtsakten und Mitteilungen der Kommission und hierzu ergangene Urteile des EuGH, auch ohne dass diese Rechtsakte und Mitteilungen im Luftverkehrsabkommen referenziert waren. Gemäss WEKO ist eine «grundsätzliche Orientierung» an diesen Rechtsakten und Mitteilungen angezeigt, um «eine einheitliche Auslegung» des Luftverkehrsabkommens zwischen den Vertragsparteien zu gewährleisten.⁴¹⁴ Die WEKO kam zum Schluss, dass die Unterstützungsmassnahmen nicht vereinbar waren mit dem Luftverkehrsabkommen. Dies hinderte den Bundesrat allerdings nicht daran, sie gleichwohl zu gewähren: «Der Bundesrat nimmt diese Stellungnahme zur Kenntnis, möchte aber an der Unterstützung festhalten.»⁴¹⁵ Ein Schelm, wer dabei Böses denkt: Hat die WEKO diese Unterstützungsmassnahmen allzu sorgfältig und vor allem auch allzu konsequent im Licht der einschlägigen EU-Regularien geprüft?
- 106 Viele Juristinnen und Juristen in der Schweiz finden sich im Dschungel des EU-Rechts in bemerkenswerter Weise zurecht und sind in der Lage, die «Übersetzungsarbeit» in den bilateralen Kontext zu leisten. Dabei ist auffällig, mit welcher Konsequenz die Behörden diejenigen Abkommen, welche die sektorielle Integration der Schweiz in den Binnenmarkt bezwecken, im Einklang mit der Praxis des EuGH zum Binnenmarktrecht auslegen. Gemäss Andreas Zünd, bis 2021 Richter am Bundesgericht und seither Richter am EGMR, kann sich die EU «darauf verlassen, dass die Rechtsanwendung bei den von der Schweiz übernommenen Regelungen kompatibel mit der Auslegung innerhalb der EU bleibt.»⁴¹⁶ Die grosszügige Auslegung der Voraussetzungen zur Landesverweisung durch die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts und das Urteil des Bülacher Bezirksgerichts zur Fluggastrechteverordnung sind Ausnahmen, welche die Regel bestätigen. In denjenigen Fällen, in denen keine Praxis des EuGH vorliegt, verfügen die Schweizer Gerichte über einen «first

⁴¹³ Stellungnahme der WEKO vom 29. Juni 2020 betr. Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SR Technics, RPW 2020/3b, S. 1266. Die WEKO erstattet in solchen Fällen gestützt auf Art. 14 LVA i.V.m. Art. 103 LFG nicht verbindliche Stellungnahmen. S. dazu auch DUMONT/ADEMI, Rz. 391-392; SEITZ/BERNE, S. 436-437.

⁴¹⁴ Ibid., Rz. 71-72.

⁴¹⁵ Pressemitteilung des Bundesrates vom 1. Juli 2020, Coronavirus: Bundesrat gibt Bürgerschaft für SR Technics frei, www.admin.ch und Link zu Medienmitteilungen.

⁴¹⁶ ZÜND, Gastkommentar, *passim*.

mover advantage». ⁴¹⁷ Dabei besitzt das Bundesgericht kein Recht, den EuGH auf dem Weg der Vorabentscheidung mit Auslegungsfragen zu befassen. Es wäre vor allem auch mit Blick auf die im Entwurf des institutionellen Abkommens von 2018 enthaltene Verpflichtung, auch jüngere EuGH-Urteile strikt zu befolgen, und die Dikta aus Lausanne, wonach das Freizügigkeitsabkommen und das Dublin-Assoziierungsabkommen Bundesgesetzen ausnahmslos vorgehen, naheliegend, das Bundesgericht qua Vorabentscheidungsverfahren in den europäischen Rechtsprechungsverbund zu integrieren. ⁴¹⁸ Auf diese Weise würde das Bundesgericht in die Lage versetzt, dem EuGH eine aus Sicht der Schweiz präferierte Auslegung vorzuschlagen und die Rechtsentwicklung in Europa aktiv mitzugestalten. Es könnte den EuGH um eine Neubeurteilung einer nicht überzeugenden Praxis ersuchen. Die neu avisierte Streitschlichtung, bei der ein Schiedsgericht Fragen zur Auslegung von EU-Recht dem EuGH vorlegen müsste, würde entlastet; mit einem Vorlagerecht des Bundesgerichts läge es zuvörderst am Bundesgericht, im Rahmen eines konkreten Rechtsstreits die entscheidungsrelevanten Auslegungsfragen zu formulieren und dem EuGH vorzulegen, und nicht einem Schiedsgericht im Rahmen eines zwischenstaatlichen Verfahrens. ⁴¹⁹ Ein Seitenblick auf Übereinkommen der EU mit Drittstaaten zeigt, dass es Vorbilder für eine solche Regelung gibt:

- Die EWR-EFTA-Staaten können einem Gericht gestatten, den EuGH zu ersuchen, über die Auslegung von EWR-Bestimmungen, die EU-Bestimmungen entsprechen, zu entscheiden. ⁴²⁰
- Der Vertrag zur Gründung der Verkehrsgemeinschaft der EU mit den sechs Ländern des westlichen Balkans von 2017 und das Übereinkommen zur Schaffung eines gemeinsamen europäischen Luftverkehrsraums zwischen der EU und diversen europäischen Staaten von 2006 enthalten Be-

⁴¹⁷ Dieser Terminus stammt von BAUDENBACHER, Efta-Gerichtshof *passim*, in Bezug auf die Rolle des EFTA-Gerichtshofs bei der Auslegung des EWR-Rechts. – Zu den Bereichen, in denen das BGer ohne etablierte Praxis des EuGH agiert, gehören gemäss PIRKER, Verbleiberechte, *passim*, etwa die im FZA gewährleisteten Verbleiberechte, welche in der EU keine grosse Rolle spielen, weil Unionsbürgerinnen und Unionsbürger primär das Dauer-aufenthaltsrecht anstreben.

⁴¹⁸ S. zu diesem Label BVerfGE 140, 317 (338) – Identitätskontrolle; zum Vorrang des FZA und des DAA oben [Rz. 93–96](#); zur vorgeschlagenen Verpflichtung, auch jüngere EuGH-Urteile zu befolgen, unten [Rz. 108](#); ähnlich wie hier DE SÉPIBUS, Rz. 56.

⁴¹⁹ Ebenso ZÜND, Gastkommentar, *passim*; zu diesen unterschiedlichen Ausgangslagen – Rechtsschutz in einem konkreten Verfahren vs. zwischenstaatliche Streitbeilegung – unten [Rz. 132](#).

⁴²⁰ S. oben [Rz. 24](#).

stimmungen, wonach die Gerichte der anderen Vertragsparteien Fragen zur Auslegung von Vertragsbestimmungen, die im Wesentlichen mit dem EU-Recht übereinstimmen, dem EuGH zur Entscheidung vorlegen, sofern sie dies für den Erlass eines Urteils für erforderlich halten.⁴²¹

- 107 Im Entwurf des institutionellen Abkommens von 2018 werden das Bundesgericht und der EuGH wenigstens auf einen Dialog verpflichtet, um eine einheitliche Auslegung zu fördern (Art. 11).⁴²² Dieses Anliegen sollte wieder aufgenommen werden.
- 108 Eine andere Neuerung im Entwurf des institutionellen Abkommens von 2018 ist demgegenüber problematisch. Art. 4 sieht vor, dass die betroffenen Abkommen und die darin referenzierten EU-Rechtsakte in den Bereichen des Binnenmarktes, an denen die Schweiz teilnimmt, «einheitlich» ausgelegt und angewendet werden. Unionsrechtliche Begriffe («notions de droit de l'Union européenne») werden gemäss der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU ausgelegt und angewendet; dies gilt für die vor und nach der Unterzeichnung des betreffenden Abkommens ergangene Rechtsprechung. Die Reichweite dieser Bestimmung ist unklar. Mit Blick auf den Wortlaut scheint sie die Behörden schlicht anzuweisen, die EuGH-Praxis in den Bereichen der Binnenmarktteilnahme der Schweiz ohne weitere Erwägungen auf das bilaterale Verhältnis zu übertragen; etwas anderes kommt nicht in Frage.⁴²³ Eine differenziertere Lesart mag nahelegen, dass es auch in Zukunft Konstellationen gibt, in denen eine automatische Übernahme der EuGH-Praxis zum Binnenmarktrecht für das bilaterale Recht nicht stimmig ist.⁴²⁴ Die «Übersetzungsarbeit», d.h. die Bestimmung der Bedeutung der EuGH-Praxis zum Binnen-

⁴²¹ S. oben [Rz. 24](#).

⁴²² Wobei sich Richterinnen und Richter des BGER bereits heute regelmässig mit Richterinnen und Richtern des EuGH (wie auch weiterer Gerichte wie etwa des EGMR und der Verfassungsgerichte der Nachbarstaaten) treffen, um aktuelle Rechtsthemen zu besprechen, Bundesgericht, Geschäftsbericht 2022, S. 14, www.bger.ch und Link zu Publikationen.

⁴²³ Diese Bestimmung entspräche gleichsam einer Vorgabe zur «automatischen» Parallelführung im Sinne der Erwägungen des EuGH im Urteil Grimme, C-351/08, EU:C:2009:697, Rz. 29 (s. dazu oben [Rz. 75](#)); diesen Hinweis verdanke ich BENEDICT VISCHER; s. auch HESELHAUS, S. 23, zur unklaren Bedeutung des Begriffs «impliziert»; COTTIER, Souveränität und Rahmenabkommen, S. 351-352, wonach diese Neuerung keine wesentliche Änderung der aktuellen Praxis zur Folge hat; kritisch zu dieser Vorgabe VISCHER, *passim*, der die mit dieser Bestimmung avisierte «strenge Homogenisierung» ablehnt, auch mit Blick auf ein damit einhergehendes «neues Demokratiedefizit mit besonderer Schärfe».

⁴²⁴ S. auch EDA, Erläuterungen zum institutionellen Abkommen Schweiz-EU, 16. Januar 2019, S. 8.

marktrecht für das bilaterale Verhältnis, bleibt nach diesem Verständnis weiterhin eine zentrale Aufgabe der Behörden. So wird es Fälle geben, in denen eine parallele Auslegung in Zukunft rechtlich unvermeidlich ist, wenn der Zweck der bilateralen Norm der gleiche ist wie der Zweck der Parallelbestimmung im EU-Recht. Ein Beispiel mag die Qualifikation der Tätigkeit von freiberuflichen Notarinnen und Notaren als nicht hoheitlich darstellen. Der EuGH hat die diesbezügliche Rechtslage im oben erwähnten Urteil Kommission/Deutschland im Binnenmarkt geklärt, während das Bundesgericht bis anhin eine gegenteilige Lesart vertritt.⁴²⁵ Demgegenüber sind diverse Bestimmungen etwa des Freizügigkeitsabkommens zwar durchaus dem EU-Recht nachempfunden und bezwecken die Verwirklichung der Personenfreizügigkeit «auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen» (Präambel), weichen in der konkreten Ausgestaltung aber von den unionalen Parallelbestimmungen ab. So ist die Dienstleistungsfreiheit zeitlich begrenzt. Die Niederlassungsfreiheit erfasst nur natürliche Personen; auch verbietet sie mutmasslich nur Diskriminierungen, nicht auch Beschränkungen.⁴²⁶ Das Diskriminierungsverbot beruht im Kern zwar auf dem EU-Recht, unterscheidet sich im Hinblick auf den Geltungsbereich aber wesentlich davon.⁴²⁷ Sofern die Behörden in solchen Konstellationen von EuGH-Präjudizien aus sachlich nachvollziehbaren Gründen abweichen, wird die Einheitlichkeit des Rechts im unionalen Binnenmarkt nicht gefährdet. Die Schweiz und die EU sind gut beraten, in neuen Verhandlungen diese Bestimmung zu klären. Die Schweiz bleibt ein Drittstaat, mit nur punktuell umfassender Anbindung an den unionalen Binnenmarkt.⁴²⁸ Es würde zu einer allzu weitreichenden Gleichschaltung mit den Mitgliedstaaten führen, wenn jeglicher Raum für Abweichungen vom Binnenmarktrecht *tout court* ausgeschlossen wäre. Gemäss Benedict Vischer stellt «die Pflege unscharfer Übergänge zwischen der Union und dem übrigen europäischen Rechtsraum keine Gefahr, sondern die Grundlage für eine nachhaltige Vertiefung der europäischen Integration» dar.⁴²⁹ Das Bundesgericht hat

⁴²⁵ Urteil Kommission/Deutschland, C-54/08, EU:C:2011:339; BGE 128 I 280, E. 3; BOILLET, *passim*; OESCH, Einfluss, *passim*; OESCH/RENFER, Art. 1 Rz. 12-13, m.w.H.; zur Prüfung, ob sich in Bezug auf Notarinnen und Notare in der Schweiz eine Praxisänderung aufdrängt, VG/AG, Urteil vom 21. August 2018, WBE.2018.36, E. 3.4, empfehlend, diese Prüfung «frei von jeder Voreingenommenheit gegenüber den <Ideen fremder Richter>» durchzuführen, in der Folge allerdings mit der falschen Folgerung, eine Anerkennung gestützt auf das FZA sei nicht möglich.

⁴²⁶ S. oben Rz. 76.

⁴²⁷ COTTIER, Rechtsschutz, S. 363-364.

⁴²⁸ Ebenso COTTIER, Rechtsschutz, S. 362.

⁴²⁹ VISCHER, *passim*.

bewiesen, dass es dieser Aufgabe gewachsen ist. Es ist sich der grundsätzlichen Bedeutung einer einheitlichen Auslegung bewusst und hat eine betont europafreundliche Praxis entwickelt, ohne die Tür für gerechtfertigte Abweichungen zuzumachen.

III. Rechtsvergleichung und autonomer Nachvollzug

Das schweizerische Recht wird seit den Anfängen der europäischen Integration in den 1950er Jahren durch das europäische Recht beeinflusst, auch ohne dass die bilateralen Abkommen Rezeptionen und Anpassungen auslösen. Seit den späten 1980er Jahren wird die klassische Rechtsvergleichung durch die Politik des autonomen Nachvollzugs bzw. – synonym verstanden – der Europaverträglichkeit überlagert.⁴³⁰ Der «Brussels effect» wirkt auch in der Schweiz – und dies in ganz erheblichem Ausmass.⁴³¹ Diese Politik beruht in der Schweiz auf einem bewussten Entscheid, das eigene Recht europakompatibel auszugestalten. Neue Gesetze und Verordnungen wie auch die Änderung von bestehenden Erlassen werden systematisch auf ihre Europakompatibilität überprüft (Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG). Abweichungen von unionsrechtlichen Vorbilderregelungen bleiben zwar selbstredend möglich. Sie bedürfen aber einer Begründung und sollen nur dort bewusst gewählt werden, wo eine Abweichung den eigenen Interessen dient und integrationspolitisch vertretbar ist. Daniel Thürer wies bereits 1989 – in beinahe hellseherischer Weise – darauf hin, dass es sich beim autonomen Nachvollzug um

109

«ein Konstruktions- und Formprinzip der Rechtsfortbildung [handelt], das – den Charakter einer rein technischen oder rechtsbereichsspezifischen Maxime weit übersteigend – als *grundlegendes politisches Leitprinzip die schweizerische Rechtsordnung in ihrer ganzen Breite erfasst.*»⁴³²

Der Bundesrat hielt 1998 fest, dass mit der Einführung der Europaverträglichkeitsprüfung ein «Europareflex» geschaffen wurde; neue Vorschriften «sind im allgemeinen eurokompatibel, ausnahmsweise nicht.»⁴³³ Der gesetzgeberische Wille, sich an der Rechtslage in der EU als Leitrechtsordnung zu orientieren,

110

⁴³⁰ S. zum Ganzen AMSTUTZ, *passim*; BAUDENBACHER, Nachvollzug, *passim*; BAUDENBACHER, Swiss Economic Law, S. 611-646; COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, *passim*; COTTIER et al., Rz. 210-253; GAVA/SCIARINI/VARONE, *passim*; HEINEMANN, Transplantate, S. 18-31; JENNI, *passim*; KUNZ, S. 34-39; MAIANI, Europeanization *passim*; MAIANI, translation, *passim*; OESCH, Schweiz-EU, Rz. 331-376; SEILER, Einfluss, S. 304-307; WALTER, *passim*; WYSS, Europakompatibilität, *passim*; sowie die Beiträge in COTTIER (Hrsg.), Europakompatibilität, *passim*; für eine Zusammenstellung bundesgerichtlicher Verweise auf EuGH-Urteile seit den 1970er Jahren JACOT-GUILLARMOD, *passim*.

⁴³¹ BRADFORD, *passim*.

⁴³² THÜRER, S. 578.

⁴³³ Antwort vom 13. Mai 1998 auf die Einfache Anfrage 98.1032 «Swisslex II».

muss seinen Niederschlag sodann zwangsläufig auch in der Rechtsanwendung finden, damit der Hauptzweck des autonomen Nachvollzugs – die Minimierung der wirtschaftlichen Nachteile, welche sich aus der Nichtmitgliedschaft der Schweiz in der EU bzw. im EWR ergeben – erreicht wird. Die Behörden sind gehalten, autonom nachvollzogenes Recht europakompatibel auszulegen, sofern die Auslegung im Licht der traditionellen Auslegungselemente eine europaverträgliche Lesart erlaubt.⁴³⁴

- 111 Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht soll sich an der Praxis orientieren, wie sie sich nach der Übernahme durch die Schweiz in der EU weiterentwickelt. Dabei rückt zwangsläufig auch die Spruchpraxis des EuGH zu europarechtlichen Vorbilderregelungen in den Fokus.⁴³⁵ Die Übernahme einschlägiger Leiturteile beruht auf dem Vertrauen in die Vernünftigkeit der Rechtsfortbildung in der EU.⁴³⁶ Gleichzeitig befriedigt sie das Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Nur eine möglichst parallele Rechtsentwicklung garantiert die Verwirklichung der *ratio legis*, das schweizerische Recht mit dem europäischen zu harmonisieren. Dies gilt selbst dann, wenn die Behörden in der Schweiz eine von der EU-Praxis abweichende Auslegung des EU-Rechts und damit reflexartig auch des schweizerischen «Umsetzungserlasses» bevorzugen würden.⁴³⁷ Sofern sich das EU-Recht allerdings in einem Masse weiterentwickelt und verändert, dass eine parallele Rechtslage nicht mehr allein durch eine schöpferische Auslegung des schweizerischen Rechts erreicht werden kann, ist der Gesetzgeber aufgerufen, das schweizerische Recht formell anzupassen.
- 112 Ein Rechtsbereich, der wesentlich vom EU-Recht und damit auch von der Praxis des EuGH geprägt wird, ist das Wettbewerbsrecht.⁴³⁸ In Bezug auf Wettbewerbsabreden stellte das Bundesgericht fest: «Da das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert (...), ist auch die Praxis zu Art. 102 [AEUV] zu berücksichtigen.»⁴³⁹ Dies gilt insbesondere dort, wo der Gesetzgeber «eine materiell identische Regelung»⁴⁴⁰ wie in der EU avisierte, was etwa bei der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbe-

⁴³⁴ S. etwa BGE 129 III 335, E. 6; Urteil des BVGer vom 13. September 2010, B-3064/2008, E. 3; KRAMER, S. 347-358.

⁴³⁵ Wie notabene auch die Praxis der mitgliedstaatlichen Behörden bei der Auslegung von EU-Recht, s. etwa BGE 130 III 182, E. 5.5.1.

⁴³⁶ NYFFELER, S. 50.

⁴³⁷ KRAMER, S. 352.

⁴³⁸ ZÄCH/HEIZMANN, Rz. 388-397; JACOBS, Art. 96 BV Rz. 9; STURNY, *passim*.

⁴³⁹ BGE 139 I 72, E. 8.2.3.

⁴⁴⁰ BGE 143 II 297, E. 6.2.3; dazu HEINEMANN, *Gaba-Urteil*, S. 111-112.

werbs bei Abreden in Vertriebsverträgen der Fall ist; aus diesem Grund nahm das Bundesgericht 2016 auf das oben erwähnte Urteil des EuGH zum Verkauf von Kosmetika und Körperpflegeprodukte über das Internet Bezug.⁴⁴¹ Auch das Mehrwertsteuerrecht ist in seinen Grundzügen autonom nachvollzogenes EU-Recht, womit letzterem gemäss Bundesgericht «exemplarische Bedeutung für die Schweiz» zukommt; es «bilde[t] eine nicht zu vernachlässigende Erkenntnisquelle bei der Interpretation des schweizerischen Mehrwertsteuerrechts, wenn es darum geht, die Zielsetzungen der Harmonisierung, wie sie dem schweizerischen Verfassungsgeber vorgeschwebt haben, zu erreichen.»⁴⁴² In einem späteren Urteil führte das Bundesgericht aus: «Die Mehrwertsteuer folgt den Grundsätzen der Wettbewerbsneutralität, der Erhebungswirtschaftlichkeit, dem Bestimmungslandprinzip, ferner den spezifischen steuerrechtlichen Ausprägungen der Rechtsgleichheit sowie der Europaverträglichkeit.»⁴⁴³ Unzählige weitere Rechtsgebiete werden unter dem Titel des autonomen Nachvollzugs systematisch dem EU-Recht nachgebildet.⁴⁴⁴ Dies geht mitunter so weit, dass ein Gericht in der Schweiz ein Verfahren sistiert, um ein Urteil des EuGH zur Auslegung von EU-Recht abzuwarten. Dies tat das Bundesverwaltungsgericht 2008: Die Rechtsstreitigkeiten in St. Gallen und in Luxemburg drehten sich um die Auslegung von unionsrechtlichen Bestimmungen über die Schaffung von ergänzenden Schutzzertifikaten im Patentrecht, welche autonom in das schweizerische Patentgesetz übernommen worden waren. Neckischerweise war die AHP Manufacturing BV sowohl im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht als auch im Verfahren vor dem niederländischen Gericht, welches den EuGH um Vorabentscheidung ersuchte, beteiligt. Nach der Verkündigung des Urteils des EuGH nahm das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren wieder auf und entschied den Rechtsstreit unter Berücksichtigung der Erwägungen des EuGH.⁴⁴⁵ Dieses Vorgehen ist typisch für den Pragmatismus, den die schweizerischen Gerichte beim Umgang mit EU-Recht an den Tag legen. Sie tragen unaufgeregt dazu bei, dass das *Ius commune europaeum* auch in der Schweiz Fuss fasst. Das schweizerische Recht wird europäisiert bzw. es entsteht – in den Worten von Carl Baudenbacher – «a Swiss European Law».⁴⁴⁶

⁴⁴¹ Ibid., E. 6.2.2; oben [Rz. 32](#).

⁴⁴² BGE 124 II 193, E. 6; dazu IMSTEPF, *passim*; BEUSCH, Rz. 29.

⁴⁴³ BGE 138 II 251, E. 2.1.

⁴⁴⁴ S. für weitere Rechtsgebiete, in denen der autonome Nachvollzug wirkt, OESCH, Schweiz-EU, Rz. 344-345; beispielhaft zum Arbeitsrecht PÄRLI et al., *passim*; RUDOLPH, S. 116-120.

⁴⁴⁵ AHP Manufacturing, C-482/07, EU:C:2009:501; Urteil des BVerwG B-3064/2008 vom 13. September 2010.

⁴⁴⁶ BAUDENBACHER, *Swiss Economic Law*, S. 645.

113 Gleichzeitig beeinflusst das EU-Recht das schweizerische Recht auch weiterhin unter dem Titel der Rechtsvergleichung, ohne dass seine Berücksichtigung als autonomer Nachvollzug zu qualifizieren wäre. Diesfalls dient das Unionsrecht gleichberechtigt mit anderen Rechtsordnungen als Inspirationsquelle.⁴⁴⁷ Ein Beispiel stellt die Kodifikation des Herkunftsortsprinzips im Binnenmarktgesetz von 1995 dar. Dieses Prinzip wird zwar dem Prinzip nachgeformt, wie es im oben erwähnten Cassis de Dijon-Urteil des EuGH entwickelt wurde, unterscheidet sich bezüglich Anwendungsbereich, Inhalt und Wirkweise davon aber in wesentlichen Punkten. Das EU-Recht diene als «Vorbild»;⁴⁴⁸ gleichsam «a classic EC solution for a purely Swiss problem».⁴⁴⁹ In der bundesrätlichen Botschaft zum Binnenmarktgesetz wurde die Entwicklung der Warenverkehrs-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Gemeinschaftsrecht ausführlich aufgearbeitet; dabei wurden, nebst manchen weiteren, auch die oben erwähnten Urteile Dassonville, Keck und Mithouard, Cassis de Dijon und Vlassopoulos gewürdigt.⁴⁵⁰ Das Bundesgericht analysierte bei der Prüfung eines Verbots der Plakatwerbung für Tabak und hochprozentige alkoholische Getränke auf öffentlichem Grund im Kanton Genf detailliert die Praxis des EuGH zur Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit im EU-Recht, um den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes abzustecken; dabei nahm es auch auf das oben erwähnte EuGH-Urteil Keck und Mithouard Bezug.⁴⁵¹ Im öffentlichen Beschaffungsrecht orientieren sich die Gerichte regelmässig an der Praxis in der EU.⁴⁵² Auch im Bereich des Grundrechtsschutzes profitiert die Schweiz von Vorarbeiten aus Luxemburg. Die bundesrätliche Botschaft zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau» von 1979 machte einen Seitenblick auf das Gemeinschaftsrecht und rekapitulierte das obgenannte Urteil des EuGH zum Anspruch von Gabrielle Defrenne auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit.⁴⁵³ Auch beim Erlass des Gleichstellungsgesetzes von 1995 wurde das ein-

⁴⁴⁷ S. OESCH, Schweiz-EU, Rz. 340; diesfalls geht es gemäss EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, Art. 1 ZGB Rz. 303, um eine «europarechtsorientierte Auslegung».

⁴⁴⁸ BGE 125 I 276, E. 4e. Demgegenüber erfolgte die einseitige Einführung des Cassis de Dijon-Prinzips vis-à-vis Produkten aus dem EWR im THG unter dem Titel des autonomen Nachvollzugs, COTTIER/HERREN, *passim*; DIEBOLD/LUDIN, *passim*; KELLERHALS/BAUMGARTNER, *passim*.

⁴⁴⁹ MAIANI, Europeanization, S. 4; zur Bedeutung des EU-Rechts bei der Auslegung des BGBM auch GAMMENTHALER, S. 39-46.

⁴⁵⁰ Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213, 1237-1244; zu diesen Urteilen oben [Rz. 32](#).

⁴⁵¹ BGE 128 I 295; zum EuGH-Urteil oben [Rz. 32](#); OESCH, Keck-Formel, *passim*.

⁴⁵² S. etwa BGE 139 II 489, E. 2.2.3; BGE 141 II 113, E. 5.3.2; BGE 142 II 369; BGE 143 II 425, E. 4.5.

⁴⁵³ Botschaft über die Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau» vom 14. November 1979, BBl 1980 I 69, 106; zum EuGH-Urteil oben [Rz. 42](#).

schlägige EG-Recht rechtsvergleichend aufgearbeitet; dabei wurde auch eine Vielzahl von EuGH-Urteilen analysiert.⁴⁵⁴ Das Bundesgericht nahm bei der Beurteilung von kantonalen Frauenquoten auf die oben erwähnten Urteil Kalanke und Marschall zur Zulässigkeit von Frauenquoten im EU-Recht Bezug.⁴⁵⁵ In einem Urteil von 1998 zum Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit zitierte das Bundesgericht detailliert die Praxis des EuGH zur Voraussetzung einer mittelbaren Diskriminierung, wonach «erheblich», «wesentlich» oder «prozentual sehr viel mehr» Frauen als Männer nachteilig betroffen sein müssen; dabei nahm es auf nicht weniger als acht EuGH-Urteile Bezug.⁴⁵⁶ In einem Urteil von 2000 stützte sich das Bundesgericht bei der Beurteilung des rechtlichen Status gleichgeschlechtlicher Partner auch auf ein Urteil des EuGH, um darzulegen, inwieweit sich «eine gemeineuropäische Rechtsüberzeugung» herausgebildet hat und sich eine Praxisänderung rechtfertigen würde.⁴⁵⁷ In asylrechtlichen Entscheiden verweist das Bundesverwaltungsgericht regelmässig auf das EU-Recht; im Vordergrund steht dabei die für die Anerkennung des Flüchtlingsstatus einschlägige Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU. In einem Urteil von 2014 klärte das Bundesverwaltungsgericht, ob ein Asylbewerber aufgrund seiner Homosexualität vor seiner Ausreise aus dem Heimatland begründete Furcht vor einer asylrelevanten Verfolgung hatte; bei der Umschreibung der Anforderungen an die Feststellung einer Kollektivverfolgung hielt es fest, dass diese «im Ergebnis (...) mit der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 7. November 2013 (C-199/12, C-200/12, C-201/12)» übereinstimmen.⁴⁵⁸

Die Schweiz profitiert in solchen Konstellationen von den Vorleistungen der unionalen Gerichtsbarkeit. Das ist handlich und – solange dieser Prozess bewusst erfolgt – unbedenklich. Weiter mögen Verweise auf Erwägungen des EuGH dazu beitragen, die Überzeugungskraft eines Urteils und seine Akzeptanz zu erhöhen.⁴⁵⁹ Grundvoraussetzung dafür ist selbstredend, dass diese Erwägungen nachvollziehbar sind und inhaltlich überzeugen, mithin «persuasive authority» ausstrahlen.⁴⁶⁰ Darüber hinaus mag bei der Anlehnung an die Praxis

114

⁴⁵⁴ Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau (Gleichstellungsgesetz) (...) vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1248, 1286-1289.

⁴⁵⁵ BGE 123 I 152, E. 5b; BGE 125 I 21, E. 3d; oben [Rz. 42](#).

⁴⁵⁶ BGE 124 II 529, E. 5g.

⁴⁵⁷ BGE 126 II 425, E. 4.

⁴⁵⁸ Urteil E-1422/2014 vom 31. Juli 2014, E. 8.4; oben [Rz. 38](#) zum Urteil X u.a., auf das Bezug genommen wird.

⁴⁵⁹ S. dazu im Allg. HERTIG RANDALL, S. 7-8.

⁴⁶⁰ S. zur «persuasive authority» von Urteilssprüchen im Allg. SLAUGHTER, S. 199-201.

in der EU unterschwellig das Bestreben einhergehen, Widersprüchlichkeiten zu vermeiden und zur Kohärenz des Rechts in Europa beizutragen. Problematisch wird es, wenn die Auseinandersetzung mit Verdicten aus Luxemburg nurmehr *pro forma* erfolgt und die Parallelführung des eigenen Rechts mit demjenigen der EU quasi automatisch stattfindet. Autonome Lösungen mögen sich etwa dann aufdrängen, wenn sich für einen Rechtsbereich unterschiedliche und spezifisch auf die jeweiligen Rechtsordnungen zugeschnittene Praktiken herauskristallisiert haben, die nicht leichthin aufgegeben werden sollen. Des Weiteren gilt es im Auge zu behalten, dass das EU-Recht und die darauf aufbauende Praxis des EuGH auch darauf ausgerichtet sind, auf Herausforderungen im transnationalen Kontext zu reagieren; gewisse Entwicklungen sind von vornherein nur beschränkt auf die Schweiz übertragbar.

115 Mitunter ist die Schweiz faktisch gezwungen, das eigene Recht an das europäische anzupassen und dabei reflexartig auch bedeutsame Weichenstellungen durch den EuGH zu akzeptieren. Damit sind Konstellationen gemeint, bei denen völkerrechtlich zwar keine Befolgungspflicht und auch kein Beachtungsgebot besteht, in Tat und Wahrheit aber auch keine wirkliche Entscheidungsfreiheit vorhanden ist. Wirtschaftliche oder politische Erwägungen lassen eine Anlehnung gleichsam als alternativlos erscheinen. Die folgenden Beispiele zum Datenschutz und zu Sanktionen illustrieren die Präjudizwirkung von Urteilen des EuGH in dieser Konstellation:

- Die Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679 sieht vor, dass die Übermittlung personenbezogener Daten in ein Drittland nur möglich ist, sofern das in der EU gewährleistete Schutzniveau für natürliche Personen nicht untergraben wird. Die Europäische Kommission hat für die Schweiz im Jahr 2000 einen entsprechenden Angemessenheitsbeschluss erlassen. Wenig überraschend herrscht in der Schweiz ein Grundkonsens, beim Datenschutz nur insoweit Abweichungen vom unionalen Datenschutzrecht ins Auge zu fassen, als damit die Angemessenheit des Schutzniveaus nicht gefährdet wird.⁴⁶¹ Vor diesem Hintergrund kommt den oben erwähnten Urteilen Schrems I und Schrems II des EuGH eine besondere Bedeutung zu.⁴⁶² Der EuGH erklärte die Entscheidungen der Kommission, wonach die Vereinigten Staaten über ein angemessenes Schutzniveau für die Übermittlung personenbezogener Daten gewährleisteten, ungültig.

⁴⁶¹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941, 6965.

⁴⁶² S. zu diesen beiden Urteilen oben [Rz. 38](#).

Diese Urteile entfalteten auch in der Schweiz direkt Wirkung. Nach der Veröffentlichung des ersten Urteils erklärte der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB), dass er das damals einschlägige Safe Harbor-Abkommen zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten nicht mehr als genügende Rechtsgrundlage für die Übermittlung von Personendaten in die Vereinigten Staaten betrachte:

«Auch wenn die Ungültigerklärung des Kommissionsentscheids betreffend EU Safe Harbor Framework durch [den] EuGH das Schweizer Abkommen nicht direkt betrifft, wird es nicht möglich sein, dass die Schweiz in der Sache eine andere Haltung vertritt und am U.S.-Swiss Safe Harbor Framework unverändert festhält.»⁴⁶³

Auch nach dem zweiten Urteil des EuGH strich der EDÖB die Vereinigten Staaten wiederum von der Liste der Staaten, welche über ein angemessenes Schutzniveau verfügen.⁴⁶⁴ Mittlerweile haben sich die Europäische Kommission und die Vereinigten Staaten auf ein neues Abkommen geeinigt. Es bleibt zu hoffen, dass auch die Schweiz mit den Vereinigten Staaten eine Lösung findet. Der EuGH hat den Boden gelegt für einen prononcierteren Schutz der Privatsphäre. Ohne entsprechende Vorleistungen des EuGH wäre die Schweiz demgegenüber kaum in der Lage gewesen, die Vereinigten Staaten zu einer Anpassung der datenschutzrechtlichen Vorgaben zu bewegen. Auch wäre ein solcher autonomer «Vorvollzug» europapolitisch kaum ratsam gewesen. Nach den Dikta aus Luxemburg bleibt der Schweiz faktisch nun aber keine andere Wahl, als das Datenschutzrecht europakompatibel auszugestalten. Auch hier gilt allerdings, wie meist in der Juristerei: Keine Regel ohne Ausnahme. Bemerkenswerterweise hat sich die Schweiz in einem praktisch relevanten datenschutzrechtlichen Aspekt der Praxis des EuGH bis heute nicht angenähert: Sie hat die oben erwähnte EuGH-Rechtsprechung zur Unzulässigkeit der Vorratsdatenspeicherung nicht übernommen. Das Bundesgericht hat 2018 eine Beschwerde gegen die in der Schweiz geltende Datenspeicherung auf Vorrat abgewiesen; dabei hat es die damals bereits ergangenen EuGH-Urteile zwar analysiert und ausgeführt, dass diese

⁴⁶³ EDÖB, Bericht und Empfehlungen an den Bundesrat vom 14. Oktober 2015 (...) betr. U.S.-Swiss Safe Harbor Framework, S. 2-3, www.edoeb.admin.ch; vgl. auch Antwort des Bundesrates vom 8. November 2015 auf die Interpellation 15.4001 «US-Swiss Safe Harbor Framework. Die Personendaten wirklich schützen».

⁴⁶⁴ EDÖB, Pressemitteilung vom 20. September 2020, www.admin.ch und Link zu Medienmitteilungen.

- «nicht bedeutungslos» seien; es kam in Bezug auf die Verhältnismässigkeit aber zu einem gegenteiligen Schluss und folgerte, dass die EMRK nicht verletzt wird.⁴⁶⁵ Diese Streitsache ist zurzeit in Strassburg hängig.
- Die Schweiz erlässt regelmässig restriktive Massnahmen gegen Staaten, Individuen und Unternehmen, um ein völkerrechtskonformes Handeln einzufordern. Als Rechtsgrundlage kommen Art. 184 Abs. 3 BV und das Embargogesetz in Frage. Gemäss letzterem kann die Schweiz Sanktionsmassnahmen mittragen, welche von den Vereinten Nationen, der OSZE oder den wichtigsten Handelspartnern der Schweiz beschlossen worden sind und welche der Einhaltung des Völkerrechts, namentlich der Respektierung der Menschenrechte, dienen (Art. 1 EmbG). Bei den wichtigsten Handelspartnern steht die EU ganz im Vordergrund. Aktuell sind diverse Sanktionsregimes der EU in Kraft, welche auch die Schweiz dergestalt autonom übernommen hat.⁴⁶⁶ Dazu gehören die Sanktionen der EU aufgrund der gewaltsamen Unterdrückung der Zivilbevölkerung in Syrien vom Frühjahr 2011. Nach dem völkerrechtswidrigen Angriff Russlands auf die Ukraine im Frühjahr 2022 hat sich die Schweiz den Sanktionen der EU gegen Russland und staatsnahe Personen und Unternehmen angeschlossen. Dabei trägt die Schweiz auch zwischenzeitlich ergangene Änderungen und Ergänzungen der Sanktionsregimes der EU weitestgehend mit. Dies geschieht durch die fortlaufende Anpassung der bundesrätlichen Verordnungen.⁴⁶⁷ Ausnahmsweise wird eine Anpassung in der Schweiz allerdings nicht durch eine Änderung der einschlägigen EU-Verordnung ausgelöst, sondern durch ein Urteil aus Luxemburg. So strich auch die Schweiz Nizar Assaad von der Sanktionsliste, nachdem das EuG die gegen ihn verhängten Sanktionen nichtig erklärt hatte.⁴⁶⁸ Da der Erlass der Sanktionen gegen Nizar Assaad in der Schweiz auf dem Embargogesetz beruhte (und nicht auf Art. 184 Abs. 3 BV), musste ihre Auf-

⁴⁶⁵ Urteil des BGer 1C_598/2016 vom 2. März 2018, E. 8.2.2; zum Urteil des EuGH oben [Rz. 38](#).

⁴⁶⁶ S. www.seco.admin.ch und Link zu Aussenwirtschaft/Exportkontrollen und Sanktionen; Wyss, Embargomassnahmen, *passim*.

⁴⁶⁷ Verordnung über Massnahmen gegenüber Syrien vom 8. Juni 2012, SR 946.231.172.7; Verordnung über Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine vom 4. März 2022, SR 946.213.176.72.

⁴⁶⁸ Demgegenüber entschied die EU im Nachgang des EuG-Urteils zur Nichtigkeit der Sanktionen gegen Violetta Prigozhina, der Mutter von Yevgeniy Viktorovich Prigozhin, die Sanktionen aufrecht zu erhalten, und lieferte eine neue Begründung hierfür (worauf auch die Schweiz die Begründung für diese Sanktionen anpasste); zu diesen beiden EuG-Urteilen oben [Rz. 38](#).

hebung in der EU zwingend auch in der Schweiz nachvollzogen werden, da ansonsten eine gesetzliche Grundlage hierfür gefehlt hätte. Wie beim Beispiel des überwähnten Botschaftsasyls löste auch hier ein Urteil des EuGH eine Rechtsanpassung in der Schweiz aus;⁴⁶⁹ keine alltägliche Konstellation!

Analog zum Datenschutzrecht ist die Schweiz in weiteren Bereichen auf Angemessenheitsbeschlüsse der Europäischen Kommission angewiesen. Dies gilt etwa für das Finanzmarktrecht.⁴⁷⁰ Einschlägige EuGH-Urteile in solchen Bereichen sind folglich auch für die Schweiz bedeutsam. Letztere wird nicht leichthin von einer Übernahme absehen, sofern dadurch eine Anerkennung der Äquivalenz durch die Kommission gefährdet würde. 116

⁴⁶⁹ S. zu diesem Beispiel oben [Rz. 101](#).

⁴⁷⁰ EMMENEGGER/BIGLER, *passim*; JUTZI/WESS/SIERADZKI, *passim*; SCHÄREN/JUTZI, *passim*; SETHE, *passim*; zur aktuellen Politik Mitteilung der Kommission, Gleichwertigkeit im Bereich der Finanzdienstleistungen, COM(2019) 349 final; zur politischen Natur solcher Gleichwertigkeitsprüfungen OESCH, Schweiz-EU, Rz. 370-371; zum Ganzen auch BEGLINGER/TOBLER, *passim*.

IV. Direkte Wirkung – auch ohne Rezeption

Urteile des EuGH wirken sich zeitweise direkt in der Schweiz aus – auch ohne Zutun der Schweizer Behörden. Ein Beispiel stellt das oben erwähnte Urteil Google von 2014 dar, in dem der EuGH aus dem unionalen Datenschutzrecht ein Recht auf Vergessenwerden im Internet ableitete.⁴⁷¹ Er bejahte einen Anspruch auf Löschung personenbezogener Daten gegenüber einem privaten Internetsuchmaschinenbetreiber, *in casu* Google, sofern einer solchen Löschung keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Der EuGH mass dem Schutz der Privatsphäre und dem Datenschutz ein erhebliches Gewicht zu. Demgegenüber setzte er sich – im Gegensatz zum Generalanwalt – nur *en passant* mit der Wirtschaftsfreiheit (bzw., im Jargon des EU-Rechts, der Berufsfreiheit und der unternehmerischen Freiheit) sowie der Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit auseinander; diese Grundrechte sind durch das Recht auf Vergessenwerden ebenfalls betroffen.⁴⁷² Mittlerweile sieht Art. 17 der Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679 ausdrücklich ein Recht auf Vergessenwerden vor.

117

Das schweizerische Recht enthält demgegenüber kein Recht auf Vergessenwerden, das mit demjenigen des EU-Rechts vergleichbar wäre.⁴⁷³ Die schweizerischen Gerichte haben sich bis heute nur am Rande dazu geäussert.⁴⁷⁴ Es ist zu vermuten, dass das Bundesgericht bei einer Befassung das Urteil Google des EuGH in seine Entscheidungsfindung einfliessen lassen und zu analogen Schlussfolgerungen kommen dürfte. Es sind keine triftigen Gründe ersichtlich, im Rahmen des autonomen Nachvollzugs von der Auslegung des EuGH abzuweichen. Diese Lesart wurde vom Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) im Nachgang zur Veröffentlichung des Urteils des EuGH geteilt: «Dieses Urteil hat zweifellos auch Auswirkungen für die Internetuser in der Schweiz.»⁴⁷⁵ Fraglich ist allerdings, ob das Bundesgericht alleine bereit gewesen wäre, gestützt auf eine die Privatsphäre in den Mittelpunkt rückende Auslegung des Datenschutzrechts einen weltweit tätigen Internetsuchmaschinenbetreiber zu verpflichten, seine Geschäftspraktiken zu

118

⁴⁷¹ S. oben [Rz. 38](#).

⁴⁷² WEBER/HEINRICH, Rz. 24-40.

⁴⁷³ SCHWEIZER/STRIEGEL, Art. 13 BV Rz. 112.

⁴⁷⁴ S. etwa Urteil des BGer 1B_510/2017, E. 3.4; BGE 147 I 407, E. 6.4.1.

⁴⁷⁵ Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB): Erläuterungen zum Recht auf Vergessen, www.edoeb.admin.ch/datenschutz.

ändern.⁴⁷⁶ Hätte ein entsprechendes Urteil tatsächlich die gewünschte Wirkung entfaltet? Wäre es praktisch möglich gewesen, ein solches Urteil in der Schweiz durchzusetzen, während im angrenzenden Ausland weiterhin niedrigere Schutzstandards gelten? Oder bedarf es dafür zwingend eines (zumindest) paneuropäisch koordinierten Vorgehens? Im Nachgang zum Paukenschlag aus Luxemburg scheint die Sachlage demgegenüber klar: Ein Urteil des Bundesgerichts, wonach auch das schweizerische Datenschutzrecht ein Recht auf Vergessenwerden im Internet kennt, wird einen kleinen Schritt darstellen, der kaum noch Schlagzeilen generieren dürfte. Dessen ungeachtet ist eine solche Klärung – zumindest mit Blick auf Google – ohnehin nicht mehr nötig. Google setzt die Vorgaben des EuGH-Urteils auch in der Schweiz um. Es ist möglich, bei Google Schweiz einen «Antrag auf Entfernen von Suchergebnissen nach europäischem Datenschutzrecht» zu stellen. Von dieser Möglichkeit wird rege Gebrauch gemacht. Google Schweiz hatte bereits einige Monate nach der Veröffentlichung des EuGH-Urteils 2014 Links zu mehreren Tausend Webseiten gelöscht.⁴⁷⁷

- 119 In solchen Konstellationen agiert der EuGH als *Supreme Court* für ganz Europa. Dabei entscheidet er auch über heikle, politisch umstrittene Fragen wie über die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen divergierenden Grundrechtsansprüchen. Auch diejenigen Länder, welche der Jurisdiktion des EuGH als Nicht-EU-Mitgliedstaaten nicht unterstehen, können sich dieser Wirkmacht nicht entziehen – ob sie dies möchten oder nicht.

⁴⁷⁶ Vgl. dazu BGE 138 II 346, in dem das BGer Google zur Gewährleistung des Persönlichkeits-schutzes bei der Publikation von Personendaten in «Google Street View» verpflichtete.

⁴⁷⁷ NZZ vom 12. Oktober 2014: Google Schweiz löscht Links zu 4910 Webseiten; www.nzz.ch; VOGT, *passim*.

V. Zusammenfassung

Die Behörden in der Schweiz legen die bilateralen Abkommen, mit denen die Schweiz sektoriell am Binnenmarkt und an weiteren Bereichen des EU-Rechts teilnimmt, konsequent im Licht der EuGH-Praxis zum EU-Recht aus. Viele Urteile des EuGH, die in der *Hall of Fame* des EU-Rechts einen Ehrenplatz einnehmen, haben ihre Spuren auf diese Weise im schweizerischen Recht hinterlassen. Dazu gehören selbst Urteile, welche sich zu Rechtsfragen äussern, die spezifisch die supranational geprägte Rechtsordnung der EU betreffen und für Drittstaaten auf den ersten Blick kaum bedeutsam sind. Wer hätte erwartet, dass das Bundesgericht auf die bahnbrechenden Urteile zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts und zu seiner unmittelbaren Anwendbarkeit aus den 1960er Jahren rekurriert (*Costa/E.N.E.L.*, *van Gend en Loos*) und darauf gestützt einen unbedingten Vorrang des Freizügigkeitsabkommens vor schweizerischem Gesetzesrecht begründet? Auch oberwähnte *causes célèbres* etwa zum Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip (*Office national des pensions (ONP)/Gioconda Camarotto und Giuseppina Vignone*), zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien (*Becker*), zu den Grundfreiheiten und den weiteren Massnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarktes (*Levin*, *Lawrie-Blum*, *Bosman*, *Sturgeon*, *Klopp*, *Vlassopoulos*, *Gebhard*, *Schmidberger*), zum Familiennachzug (*Baumbast*, *Zhu und Chen*, *Metock*) und zum Zugang zu Sozialhilfe (*Dano*) haben Eingang in die Praxis der schweizerischen Behörden gefunden. Urteile zur Grundrechtecharta etwa im Bereich der Behandlung von Schutzsuchenden (*N.S.*, *C.K./Slowenien*, *Pham*, *Khair Amayry*) sind auch für den Grundrechtsschutz in der Schweiz wegweisend. Mitunter führt die Berücksichtigung eines Verdikts aus Luxemburg zu einer Inländerdiskriminierung (*Metock*). Mitunter zwingen solche Verdikte zu Erlassänderungen auf Bundesebene (*Botschaftsasyll*). Mitunter haben sie das Potential, Praxisänderungen in den Kantonen auszulösen und damit den Föderalismus unter Druck zu setzen (*Gerichtsgutachterinnen*, *Notare*). Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht sind bei der Auslegung eines Abkommens, mit dem die Schweiz sektoriell am Binnenmarkt und an weiteren Bereichen des EU-Rechts teilnimmt, bis heute noch nie ausdrücklich von einem EuGH-Urteil abgewichen (wobei das Bundesgericht bei Fällen zur strafrechtlichen Landesverweisung von der etablierten Praxis des EuGH abweicht, mutmasslich unter Verletzung der Verpflichtung zur Berücksichtigung der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung). Damit tragen die Gerichte ihren Beitrag zum ordnungsgemässen Funktionieren der Abkommen bei. Negativ fällt ins Licht, dass das Bundesgericht über kein Recht verfügt, den EuGH auf dem Weg der Vorabentscheidung

mit Auslegungsfragen zu befassen. Es wäre vor allem auch mit Blick auf die Dikta aus Lausanne, wonach «mensen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz»⁴⁷⁸ Bundesgesetzen ausnahmslos vorgehen (Freizügigkeitsabkommen, Dublin-Abkommen), naheliegend, das Bundesgericht qua Vorabentscheidungsverfahren in den europäischen Rechtsprechungsverbund zu integrieren. Im Entwurf des institutionellen Abkommens von 2018 werden das Bundesgericht und der EuGH wenigstens auf einen Dialog verpflichtet. Dieses Anliegen sollte wieder aufgenommen werden. Eine andere Bestimmung dieses Entwurfs ist demgegenüber problematisch: Die betroffenen Abkommen und die darin referenzierten EU-Rechtsakte in den Bereichen des Binnenmarktes, an denen die Schweiz teilnimmt, sollen «einheitlich» ausgelegt werden. Die Schweiz würde verpflichtet, Urteile des EuGH zu unionsrechtlichen Begriffen («notions de droit de l'Union européenne») zu übernehmen, unabhängig des Zeitpunkts ihrer Veröffentlichung. Die Schweiz und die EU sind gut beraten, in neuen Verhandlungen diese Bestimmung zu klären. Ausgangspunkt sollte die Einsicht sein, dass es auch in Zukunft Konstellationen geben wird, in denen eine automatische Übernahme der EuGH-Praxis zum Binnenmarktrecht für das bilaterale Recht nicht passt. Die «Übersetzungsarbeit», d.h. die Bestimmung der Bedeutung der EuGH-Praxis zum Binnenmarktrecht für das bilaterale Verhältnis, sollte weiterhin eine zentrale Aufgabe der schweizerischen Behörden bleiben.

- 121 Das schweizerische Recht wird seit den Anfängen der europäischen Integration in den 1950er Jahren durch das europäische Recht und die Spruchpraxis des EuGH beeinflusst, auch ohne dass die bilateralen Abkommen Rezeptionen und Anpassungen auslösen. Seit den späten 1980er Jahren wird die Rechtsvergleichung dabei durch die Politik des autonomen Nachvollzugs bzw. – synonym verstanden – der Europaverträglichkeit überlagert. Mittlerweile durchdringt das EU-Recht das schweizerische Recht in seiner ganzen Breite und Tiefe. Zu den Rechtsbereichen, in denen die schweizerischen Behörden unter dem Titel des autonomen Nachvollzugs EuGH-Urteile übernehmen, gehören beispielhaft das Wettbewerbsrecht und das Mehrwertsteuerrecht. Mitunter sistiert ein Gericht in der Schweiz ein Verfahren, um ein Urteil des EuGH zur Auslegung von EU-Recht abzuwarten; dies tat das Bundesverwaltungsgericht 2008 in einem immaterialgüterrechtlichen Fall. Gleichzeitig beeinflusst das EU-Recht das schweizerische Recht auch weiterhin unter dem Titel der klassischen Rechtsvergleichung. Ein Beispiel stellt die Kodifikation des Cassis de Dijon-Prinzips im Binnenmarktgesetz von 1995 dar (Dassonville, Keck und

⁴⁷⁸ BGE 148 II 169, E. 5.2.

Mithouard, Cassis de Dijon, Vlassopoulos). Auch im Bereich des Grundrechtsschutzes lässt sich die Schweiz von Urteilen des EuGH inspirieren. Beispielhaft hierfür steht die Auseinandersetzung mit EuGH-Urteilen zur Gleichbehandlung von Mann und Frau (Defrenne, Kalanke, Marschall) und zu asylrechtlichen Fragen (X u.a.) in bundesrätlichen Botschaften und gerichtlichen Urteilen. Die Möglichkeit, von Vorleistungen der unionalen Gerichtsbarkeit zu profitieren, ist handlich und – solange dieser Prozess bewusst erfolgt – unbedenklich. Weiter mögen Verweise auf Erwägungen des EuGH dazu beitragen, die Überzeugungskraft eines Urteils und seine Akzeptanz zu erhöhen. Grundvoraussetzung dafür ist selbstredend, dass diese Erwägungen nachvollziehbar sind und inhaltlich überzeugen. Darüber hinaus mag bei der Anlehnung an die Praxis in der EU unterschwellig das Bestreben einhergehen, Widersprüchlichkeiten zu vermeiden und zur Kohärenz des Rechts in Europa beizutragen. Problematisch wird es, wenn die Auseinandersetzung mit Verdikten aus Luxemburg nurmehr *pro forma* erfolgt und die Parallelführung des eigenen Rechts mit demjenigen der EU quasi automatisch stattfindet. Mitunter ist die Schweiz faktisch gezwungen, das eigene Recht an das europäische anzupassen und dabei reflexartig auch bedeutsame Weichenstellungen durch den EuGH zu akzeptieren. Beispiele zum Datenschutz (Schrems I und II) und zu den Sanktionen (Assaad, Prigozhina) illustrieren die Präjudizwirkung von Urteilen des EuGH, wenn wirtschaftliche oder politische Erwägungen eine Anlehnung gleichsam als alternativlos erscheinen lassen.

Urteile des EuGH wirken sich zeitweise direkt in der Schweiz aus – auch ohne Zutun der Schweizer Behörden. Ein Beispiel stellt das oben erwähnte Urteil Google von 2014 dar, in dem der EuGH aus dem unionalen Datenschutzrecht ein Recht auf Vergessenwerden im Internet ableitete. Das schweizerische Recht enthält demgegenüber kein Recht auf Vergessenwerden, das mit demjenigen des EU-Rechts vergleichbar wäre. Es ist zu vermuten, dass das Bundesgericht bei einer Befassung das Urteil Google des EuGH in seine Entscheidungsfindung einfließen lassen und zu analogen Schlussfolgerungen kommen dürfte. Wobei: Eine solche Klärung der Rechtslage auch in der Schweiz ist ohnehin nicht mehr nötig. Google hat die Vorgaben des EuGH-Urteils auch in der Schweiz umgesetzt. In solchen Konstellationen agiert der EuGH als *Supreme Court* für ganz Europa.

122

Viertes Kapitel

Neues Streitbeilegungsmodell Schweiz-EU

I. Übersicht

Die Schweiz und die EU diskutieren zurzeit über neue institutionelle Regeln für diejenigen bilateralen Abkommen, mit denen die Schweiz am unionalen Binnenmarkt teilnimmt. Dazu gehört auch ein neues Streitbeilegungsmodell (II). Die EU und die Schweiz vereinbarten im Entwurf für ein institutionelles Abkommen von 2018 ein Modell, bei dem ein Schiedsgericht den EuGH anrufen muss, sofern die Auslegung von EU-Recht zur Debatte steht (III). Dem Vernehmen nach steht dieses Modell in den laufenden Sondierungsgesprächen wieder im Vordergrund. Diese Gespräche und sodann gegebenenfalls neue Verhandlungen sollten genutzt werden, um das Modell weiter zu perfektionieren (IV). Eine Zusammenfassung rundet das Kapitel ab (V). 123

II. Sondierungen und Verhandlungen

Die EU kritisiert seit 2008, dass «das derzeitige System der bilateralen Abkommen (...) komplex und schwer zu handhaben ist und eindeutig an seine Grenzen stösst».⁴⁷⁹ Sie verlangt von der Schweiz, Hand zur Schaffung neuer institutioneller Regeln zu bieten, um die nötige Homogenität in der Rechtsanwendung und Weiterentwicklung sicherzustellen. Dabei geht es auch um die Streitbeilegung. Der Rat verlangte 2012, für die gerichtliche Kontrolle einen «internationalen Mechanismus» zu schaffen, welcher einen Grad an Rechtssicherheit und Unabhängigkeit aufweist, wie er bei dem im Rahmen des EWR-Abkommens geschaffenen System existiert.⁴⁸⁰ Neue institutionelle Regeln sollen auf «bestehende und künftige Abkommen über die Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt der EU» anwendbar sein, wobei der Abschluss weiterer Abkommen über die Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt vom Abschluss eines institutionellen Abkommens abhängig gemacht wird.⁴⁸¹

124

2014 einigten sich die Schweiz und die EU, Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen aufzunehmen. Ursprünglich ging vor allem die EU davon aus, institutionelle Elemente vorzusehen, welche mit denjenigen des EWR-Abkommens vergleichbar sind.⁴⁸² Demgegenüber präferierte die Schweiz im Bereich der Überwachung und Streitbeilegung Mechanismen, welche sich nicht am EWR orientieren. Im Dezember 2018 erklärte die EU den damals vorliegenden Entwurf als endgültig und die Verhandlungen als beendet. Nachdem sich die Schweiz und die EU auch in weiteren Gesprächen nicht auf einen finalen Text einigen konnten, beendete der Bundesrat die Verhandlungen im Mai 2021. Seither befinden sich die Unterhändlerinnen und Unterhändler der Schweiz und der EU in neuen Sondierungsgesprächen. Der Bundesrat favorisiert nun ein vertikales Vorgehen mit dem Ziel, die Binnenmarktabkommen einzeln zu

125

⁴⁷⁹ Schlussfolgerungen des Rates vom 14. Dezember 2010, Rz. 48; zum Ganzen BERNET, *passim*; FELIX E. MÜLLER, *passim*; NOTTER, Rahmenabkommen, S. 4-5; TOBLER/BEGLINGER, Brevier, 19.-28. Frage; Bericht betreffend die Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, 26. Mai 2021, S. 5-20, www.eda.admin.ch und Link zu Institutionelles Abkommen.

⁴⁸⁰ Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 20. Dezember 2012, Rz. 33.

⁴⁸¹ Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen der EU zur Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 28. Februar 2017, Rz. 5; das Europäische Parlament teilt diese Erwartungshaltung des Rates, Entschliessung vom 9. September 2015, 2015/2061 (INI), Rz. 16.

⁴⁸² TOBLER/BEGLINGER, Brevier, 15. Frage; FELIX E. MÜLLER, S. 58-59.

institutionalisieren, sowie einen Paketansatz, bei dem nicht nur institutionelle Regeln vereinbart werden, sondern auch neue Abkommen im Bereich Strom, Gesundheit, Lebensmittelsicherheit und Forschung.⁴⁸³ Er hat angekündigt, bis Ende 2023 einen Entwurf für ein Verhandlungsmandat auszufertigen, sofern die Sondierungen zufriedenstellend verlaufen.⁴⁸⁴ Die EU scheint mit dem Vorschlag der Schweiz, neue Regeln in den betroffenen Abkommen selbst zu verankern und die Verhandlungsmasse zu vergrössern, einverstanden. Gleichzeitig hat sie ihre grundsätzliche Haltung, wonach der Status quo institutionell keine tragfähige Grundlage für die erfolgreiche Weiterführung des bilateralen Wegs darstellt, auch nach dem Verhandlungsabbruch durch den Bundesrat im Mai 2021 nicht geändert. Die *essentialia negotii* bleiben die gleichen.⁴⁸⁵ In Bezug auf die Streitbeilegung fordert die Europäische Kommission weiterhin «a functioning dispute settlement mechanism»⁴⁸⁶, damit Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung der Abkommen nicht mehr *ad infinitum* hängig bleiben. Das Europäische Parlament schlägt in seinem Bericht über die Beziehungen EU-Schweiz vom Herbst 2023 in die gleiche Kerbe:

«[Das Europäische Parlament] betont, dass ein wirksamer Streitbeilegungsmechanismus, der die Rolle des Gerichtshof der Europäischen Union als letzte Instanz der Auslegung des EU-Rechts berücksichtigt, von grundlegender Bedeutung ist und eine Lösung für alle institutionellen und strukturellen Fragen benötigt wird, wozu eine gleichberechtigte Beteiligung am wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt der EU, eine einheitliche Auslegung und Anwendung der Abkommen, eine dynamische Angleichung an den Besitzstand der Union und gleiche Rahmenbedingungen, insbesondere in Bezug auf staatliche Beihilfen, gehören; erinnert an die Kompromisse, die die Kommission hinsichtlich eines Streitbeilegungsmechanismus bereits eingegangen ist; betont, dass der Zugang zum Binnenmarkt der EU auf einem fairen Ausgleich von Rechten und Pflichten beruhen muss und dass ein gemeinsames Regelwerk der EU und der Schweiz vor diesem Hintergrund eine wichtige Voraussetzung für das Funktionieren eines gemeinsamen Markts und die weitere Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt der EU ist».⁴⁸⁷

⁴⁸³ Pressemitteilung des Bundesrats vom 25. Februar 2022, Beziehungen zur EU: Der Bundesrat legt Stossrichtung für Verhandlungspaket fest, www.admin.ch und Link zu Pressemitteilungen; Bundesrat, Lagebeurteilung Beziehungen Schweiz-EU, 9. Juni 2023, S. 49-52; MÜLLER/PRANTL, S. 467-469.

⁴⁸⁴ Pressemitteilung des Bundesrates vom 21. Juni 2023, Der Bundesrat verabschiedet Eckwerte eines Verhandlungsmandats mit der EU, www.admin.ch und Link zu Pressemitteilungen.

⁴⁸⁵ S. zu diesen *essentialia negotii* HAHN, S. 339-340 und S. 345.

⁴⁸⁶ Press remarks by Vice-President Maroš Šefčovič following his meeting with Ignazio Cassis, 15. November 2021, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/>; Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Individual information sheets on implementation of EU Trade Agreements, 11 October 2022, SWD(2022) 730 final, S. 102.

⁴⁸⁷ Europäisches Parlament, Bericht über die Beziehungen EU-Schweiz, A9-0248/2023, angenommen am 4. Oktober 2023, Rz. 32.

In Bezug auf die Streitbeilegung haben die Schweiz und die EU seit Beginn der Verhandlungen 2014 ein Modell favorisiert, in dem der EuGH eine prominente Rolle spielt.⁴⁸⁸ Dieser Weichenstellung liegt der folgende Grundsatz zugrunde, den der EuGH unter dem Titel der Autonomie des EU-Rechts und der in den EU-Verträgen festgelegten Zuständigkeitsordnung entwickelt hat: Es ist EU-rechtlich zwar zulässig, in völkerrechtlichen Verträgen gerichtliche Instanzen zur Streitbeilegung vorzusehen, deren Entscheide für die EU verbindlich sind. Der EuGH beansprucht aber die ausschliessliche Zuständigkeit, EU-Recht verbindlich auszulegen. Diese Vorgabe gilt auch für EU-Recht, welches auf einen Drittstaat ausgedehnt wird. Unionsrechtlich ist die Beteiligung des EuGH in einem gerichtsförmigen Streitbeilegungsmodell folglich unerlässlich, wenn es um die Auslegung von EU-Recht geht. Auf diese Weise wird eine einheitliche Auslegung gewährleistet; Luxemburg hat hierbei das letzte Wort. Aus unionsrechtlicher Perspektive ist diese unbarmherzige, wenn nicht gar sture Haltung durchaus nachvollziehbar. Gleichzeitig wirft sie auf jede Verhandlung einen «langen Schatten»⁴⁸⁹ und hat dem EuGH den Ruf eines «selfish court»⁴⁹⁰ eingetragen. Den Grundstein für diese Rechtsprechungslinie legte der EuGH mit dem Gutachten EWR I von 1991, in dem er die geplante Errichtung eines gemeinsamen EWR-Gerichtshofs als mit der in den Verträgen festgelegten Zuständigkeitsordnung und der Autonomie des Gemeinschaftsrechts unvereinbar erklärte.⁴⁹¹ Auch im oberwähnten Urteil Kadi und im berühmt-berühmten Gutachten zum EMRK-Beitritt ist der Autonomiegedanke zentral.⁴⁹² Aus der neueren – weiterhin stark einzelfall- und kontextbezogenen – Praxis ist insbesondere das Gutachten zum Abkommen mit Kanada (CETA) von 2019 erwähnenswert. Hier formulierte der EuGH die für die Beurteilung der Rechtmässigkeit des geplanten Mechanismus zur Beilegung von Investitionsstreitig-

⁴⁸⁸ TOBLER, Challenges, S. 587-589.

⁴⁸⁹ S. zum Handeln der EU-Organe «im langen Schatten» («in the long shadow»), den der EuGH im EU-Politikzyklus bereits vor der allfälligen Überprüfung eines Rechtsaktes oder eines völkerrechtlichen Vertrags wirft, WESSELS, Kap. Der Gerichtshof der Europäischen Union, S. 2.

⁴⁹⁰ DE WITTE, *passim*.

⁴⁹¹ Gutachten EWR I, 1/91, EU:C:1991:490; zum Ganzen auch Gutachten Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158; Urteil République de Moldavie (Komstroy), C-741/19, EU:C:2021:655; CRAIG/DE BÚRCA, S. 407-408; EPINEY, Rechtsschutz, Rz. 2; GUNDEL, Öffnung, S. 935-937; HAHN/FAUCONNET, S. 1124-1129; PIRKER, Schiedsgericht, Rz. 22-34; SAUER, Schranken, S. 925-935; TOBLER, Schiedsgerichte, *passim*; TOBLER, Spannungsfeld, S. 1171-1174.

⁴⁹² Urteil Kadi, C-402/05 P und C-415/05 P, EU:C:2008:461; Gutachten EMRK II, 2/13, EU:C:2014:2454; oben [Rz. 38](#) und [Rz. 40](#).

keiten zwischen Investoren und Staaten (*Investor-State Dispute Settlement, ISDS*) praktisch bedeutsamen Elemente wie folgt:⁴⁹³

«119 Der im CETA vorgesehene ISDS-Mechanismus ist mithin nur dann mit der Autonomie der Rechtsordnung der Union vereinbar, wenn Kapitel acht Abschnitt F des CETA

- den vorgesehenen Gerichten keine Zuständigkeit für die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts überträgt, die über die Auslegung und Anwendung der Vorschriften des CETA nach den zwischen den Vertragsparteien geltenden völkerrechtlichen Regeln und Grundsätzen hinausgeht, und
- die Zuständigkeiten der vorgesehenen Gerichte nicht so ausgestaltet, dass diese, auch wenn sie keine anderen Vorschriften des Unionsrechts als die Vorschriften des CETA auslegen oder anwenden, Urteilssprüche erlassen können, die dazu führen, dass die Unionsorgane daran gehindert werden, gemäß dem verfassungsrechtlichen Rahmen der Union zu funktionieren.»

127 Im Urteil *République de Moldavie (Komstroy)* von 2021 klärte der EuGH die Frage, welche Streitigkeiten zwischen einer Vertragspartei und einem Investor über eine Investition gemäss dem Vertrag über die Energiecharta einem Schiedsgericht vorgelegt werden können. Er fasste seine Praxis zur Autonomie des EU-Rechts einleitend wie folgt zusammen:⁴⁹⁴

«42 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs darf eine internationale Übereinkunft die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung und damit die Autonomie des Rechtssystems der Union, deren Wahrung der Gerichtshof sichert, (...) nicht beeinträchtigen. Dieser Grundsatz ist insbesondere in Art. 344 AEUV verankert; danach verpflichten sich die Mitgliedstaaten, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln (...).

43 Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs wird die Autonomie des Unionsrechts sowohl gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten als auch gegenüber dem Völkerrecht durch die wesentlichen Merkmale der Union und ihres Rechts gerechtfertigt, die die Verfassungsstruktur der Union sowie das Wesen dieses Rechts selbst betreffen. Das Unionsrecht ist nämlich dadurch gekennzeichnet, dass es einer autonomen Quelle, den Verträgen, entspringt und Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten hat, sowie durch die unmittelbare Wirkung einer ganzen Reihe für ihre Staatsangehörigen und für sie selbst geltender Bestimmungen. Solche Merkmale haben zu einem strukturierten Netz von miteinander verflochtenen Grundätzen, Regeln und Rechtsbeziehungen geführt, das die Union selbst und ihre Mitgliedstaaten wechselseitig sowie die Mitgliedstaaten untereinander bindet (...).

44 Diese Autonomie besteht somit darin, dass die Union über einen eigenen verfassungsrechtlichen Rahmen verfügt. Hierzu gehören u. a. die Vorschriften des EU- und des AEU-Vertrags, zu denen insbesondere die Vorschriften über die Übertragung und Aufteilung von Zuständigkeiten, die Vorschriften über die Arbeitsweise der Unionsorgane und des

⁴⁹³ Gutachten CETA EU-Kanada, 1/17, EU:C:2019:341.

⁴⁹⁴ Urteil *République de Moldavie (Komstroy)*, C-741/19, EU:C:2021:655.

Gerichtssystems der Union und die Grundregeln in speziellen Bereichen gehören, die so gestaltet sind, dass sie zur Verwirklichung des Integrationsprozesses im Sinne von Art. 1 Abs. 2 EUV beitragen (...).

45 Um sicherzustellen, dass die besonderen Merkmale und die Autonomie der so begründeten Rechtsordnung der Union erhalten bleiben, wurde mit den Verträgen ein Gerichtssystem geschaffen, das zur Gewährleistung der Kohärenz und der Einheitlichkeit der Auslegung des Unionsrechts dient. Nach Art. 19 EUV ist es Sache der nationalen Gerichte und des Gerichtshofs, die volle Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und den wirksamen Schutz der Rechte zu gewährleisten, die den Einzelnen aus ihm erwachsen, wobei der Gerichtshof die ausschließliche Zuständigkeit für die verbindliche Auslegung des Unionsrechts hat. Hierzu ist in diesem System insbesondere das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV vorgesehen (...).

46 Durch die Einführung eines Dialogs von Gericht zu Gericht gerade zwischen dem Gerichtshof und den Gerichten der Mitgliedstaaten soll dieses Verfahren, das das Schlüsselement des so gestalteten Gerichtssystems ist, die einheitliche Auslegung des Unionsrechts gewährleisten und damit die Sicherstellung seiner Kohärenz, seiner vollen Geltung und seiner Autonomie sowie letztlich des eigenen Charakters des durch die Verträge geschaffenen Rechts ermöglichen (...).»

Prozessual kann der EuGH die Vereinbarkeit eines völkerrechtlichen Streitbeilegungsmodells mit den EU-Verträgen vor seiner Inkraftsetzung in einem Gutachtenverfahren (Art. 218 Abs. 11 AEUV) oder danach vorfrageweise in einem ordentlichen Klageverfahren (Art. 258-259 AEUV, Art. 263 AEUV) oder im Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) prüfen. 128

Die Schweiz und die EU verhandelten ursprünglich über ein Streitbeilegungsmodell, bei dem der EuGH bei Streitigkeiten über die Auslegung eines betroffenen bilateralen Abkommens direkt – d.h. ohne vorherige Befassung eines Schiedsgerichts – angerufen werden kann. Im März 2018 präziserte der Bundesrat das Verhandlungsmandat: Neu wurde ein Modell avisiert, bei dem ein Schiedsgericht Streitigkeiten beurteilt; der EuGH wäre für die Klärung von unionsrechtlichen Begriffen zuständig. Die Schweiz und die EU einigten sich im Entwurf für ein institutionelles Abkommen vom November 2018 auf ein solches Modell. Es gehörte nicht zu den drei Bereichen, in denen der Bundesrat Nachverhandlungen forderte (Lohnschutz, Unionsbürgerrichtlinie, staatliche Beihilfen). Der Bundesrat war sich der «souveränitätspolitischen Konsequenzen» des Einbezugs des EuGH zwar bewusst.⁴⁹⁵ Er hätte das ausgehandelte Schiedsgerichtsmodell aber *tel quel* akzeptiert, sofern in den obgenannten drei Bereichen eine Einigung erzielt worden wäre, weil 129

⁴⁹⁵ Bundesrat, Bericht betreffend die Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, 26. Mai 2021, S. 2, S. 26 und S. 34, www.eda.admin.ch/europa und Link zu Institutionelles Abkommen; dazu auch HAHN, S. 369-370.

«für die EU das Prinzip der dynamischen Rechtsübernahme sowie die Zuständigkeit des EuGH für die Auslegung von EU-Recht integrale Bestandteile *sine qua non* eines institutionellen Rahmens der Binnenmarktbeitrags darstellen.»⁴⁹⁶

- 130 Alternativ zum Einbezug des EuGH wäre denkbar, den EFTA-Gerichtshof mit der Streitschlichtung zwischen der Schweiz und der EU zu betrauen. Ein solches Modell, bei dem die Schweiz für den Zweck der verbindlichen Auslegung der bilateralen Abkommen an den EFTA-Gerichtshof andocken würde (verbunden mit der Vorstellung, diesen Gerichtshof mit einer Richterin oder einem Richter aus der Schweiz anzureichern), wurde soweit ersichtlich allerdings nie ernsthaft geprüft.⁴⁹⁷ Es steht dem Vernehmen nach auch in den laufenden Sondierungsgesprächen nicht zur Debatte.

⁴⁹⁶ Ibid., S. 26; vgl. auch HIRSBRUNNER/ZURKINDEN, S. 1134-1135, wonach es bei der Kommunikation u.a. zur Rolle des EuGH «an Klarheit und Gradlinigkeit» fehlte, was «zu viel Raum für eine kontroverse und ungestüme Berichterstattung in den Medien» liess und «weiter zur öffentlichen Verunsicherung beitrug».

⁴⁹⁷ S. dazu BAUR, S. 363-368; BAUDENBACHER, EU-Komplott, S. 106-115 und S. 220-222; BAUDENBACHER, Rechtsgutachten, S. 9-11; DE SÉPIBUS, Rz. 16-26; FORSTER/SCHWAB, S. 151-152; OESCH/SPECK, S. 260-262; TOBLER, Dispute Resolution, S. 225-228; TOBLER/BEGLINGER, Brief, 93.-109. Frage; vgl. für alternative Vorschläge für die Streitbeilegung ohne EuGH-Beteiligung auch BREITENMOSER/HIRSBRUNNER, S. 536-537; AMBÜHL/SCHERER, Bilaterale III, S. 16-23; LEVRAT, *passim*; VISCHER, *passim*; HAHN, S. 369-373, der vorschlägt, Vorlagefragen, die sich in einem Schiedsgerichtsverfahren stellen, in einem ersten Schritt dem EFTA-Gerichtshof zu unterbreiten, bevor gegebenenfalls der EuGH beteiligt würde.

III. Institutionelles Abkommen von 2018

Ein zentrales Element des Streitbeilegungsmodells von 2018 ist die Verpflichtung eines Schiedsgerichts, bei Fragen über die Auslegung von EU-Recht den EuGH zu befassen. Der Einbezug des EuGH funktioniert hier im Wesentlichen gleich wie in den Streitbeilegungsmodellen der Assoziierungsabkommen der EU mit Georgien, der Republik Moldau und der Ukraine; auch das Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU enthält eine ähnliche Regelung.⁴⁹⁸ 131

Die zentralen Elemente des Entwurfs von 2018 sind die folgenden (Art. 10, Protokoll 3): 132

- Jede Vertragspartei kann die Einsetzung eines Schiedsgerichts – bestehend aus drei (allenfalls fünf) hoch qualifizierten Personen, die unabhängig und frei von Interessenkonflikten sind und über ein breites Erfahrungsspektrum verfügen (Art. II.2 Protokoll 3) – verlangen, sofern eine Streitigkeit im Gemischten Ausschuss nicht beigelegt werden kann. Als Entscheidungshilfe für die Bestellung eines Schiedsgerichts erstellen die Vertragsparteien eine Liste mit Personen, welche dafür in Frage kommen.⁴⁹⁹ Auf Seiten der Schweiz liegt der Entscheid, die Einsetzung eines Schiedsgerichts zu verlangen, beim Bundesrat.⁵⁰⁰ Auf Seiten der EU hat

⁴⁹⁸ Art. 267 des Assoziierungsabkommens EU-Georgien; Art. 403 des Assoziierungsabkommens EU-Moldau; Art. 322 des Assoziierungsabkommens EU-Ukraine (dazu VAN DER LOO, S. 296-300); Art. 174 des Protokolls zu Irland/Nordirland des Abkommens über den Austritt des VK aus der EU (wobei die im März 2023 vereinbarte Erklärung, das sog. Windsor Framework, an den Zuständigkeiten des EuGH nichts ändert); vgl. auch BAUDENBACHER, Rechtsgutachten, S. 21-27, der darauf hinweist, dass die Bestimmungen zum Einbezug des EuGH in diesen Abkommen und im Entwurf des institutionellen Abkommens von 2018 einheitlich auszulegen sind.

⁴⁹⁹ Vgl. etwa Beschluss Nr. 1/2019 des Assoziationsrates EU-Ukraine vom 8. Juli 2019, Beschluss Nr. 7/2020 des mit dem Abkommen über den Austritt des VK aus der EU und der EAG eingesetzten Gemeinsamen Ausschusses vom 22. Dezember 2020 und Beschluss Nr. 1/2021 des Gemischten CETA-Ausschusses vom 29. Januar 2021 für die verfügbaren Schiedsrichterinnen und Schiedsrichter auf Seiten der EU gemäss diesen Abkommen. Es handelt sich um Fachleute auf dem Gebiet des internationalen Wirtschaftsrechts, mehrheitlich mit professoralem Hintergrund; so stehen etwa die Professoren Michael Hahn, Universität Bern, und Andreas Müller, Universität Basel, als Schiedsrichter der EU zur Verfügung; zur Funktion der Schiedsrichterinnen und Schiedsrichter auch unten [Rz. 134](#).

⁵⁰⁰ S. dazu auch unten [Rz. 133](#).

die Europäische Kommission die Federführung inne.⁵⁰¹ Private haben keinen Zugang. Protokoll 3 über das Schiedsgericht regelt das Verfahren. Das Internationale Büro des Ständigen Schiedshofs (*Permanent Court of Arbitration*, PCA) in Den Haag übernimmt die Aufgaben einer Kanzlei und erbringt die erforderlichen Sekretariatsdienstleistungen (Art. I.2 Protokoll 3).⁵⁰² Bei Uneinigkeit der Vertragsparteien bestimmt die Generalsekretärin oder der Generalsekretär des PCA die Vorsitzende oder den Vorsitzenden des Schiedsgerichts. Sie oder er entscheidet auch über die Ablehnung von Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern. Ort des Schiedsverfahrens ist Den Haag (Art. III.2 Protokoll 3).

- Wirft der Streitfall eine Frage betreffend die Auslegung von «Begriffen des EU-Rechts» («notions de droit de l'Union européenne») auf und ist deren Auslegung für die Streitbeilegung relevant und für seine Entscheidung notwendig, ruft das Schiedsgericht den EuGH an, dessen Urteil für das Schiedsgericht verbindlich ist (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 10 Abs. 3). Die Parteien können einen Antrag an das Schiedsgericht richten, den EuGH anzurufen, haben aber keine Möglichkeit, eine Befassung zu erzwingen. Das Schiedsgericht befindet abschliessend über eine Vorlage. Sofern es einen Antrag zurückweist, begründet es seine Entscheidung im Schiedsspruch in der Hauptsache (Art. III.9 Protokoll 3).⁵⁰³ Es ist nicht klar, ob die abschliessende Kompetenz eines Schiedsgerichts darüber, ob der EuGH befasst werden muss oder nicht, mit den Anforderungen des EuGH an die Autonomie des EU-Rechts vereinbar ist.⁵⁰⁴ Letztlich reflektiert diese Weichenstellung der Unterhändlerinnen und Unterhändler die Überzeugung,

⁵⁰¹ Vgl. Art. 14 der Verordnung (EU) 2015/1843 zur Festlegung der Verfahren der Union im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik zur Ausübung der Rechte der Union nach internationalen Handelsregeln, insbesondere den im Rahmen der Welthandelsorganisation vereinbarten Regeln (*Trade Barriers Regulation*).

⁵⁰² Der PCA wurde mit der Haager Konvention für die friedliche Regelung internationaler Streitigkeiten von 1899 (SR 0.193.211) gegründet; er stellt die Administration von internationalen Schieds- und Schlichtungsverfahren, Schlichtungen und Untersuchungskommissionen bei Streitigkeiten zwischen Staaten, Privatpersonen und internationalen Organisationen sicher, www.eda.admin.ch und Link zu Vertretungen/Schweizerische Botschaft in den Niederlanden/Internationale Rechtsinstitutionen mit Sitz in Den Haag; <https://pca-cpa.org/en/home>.

⁵⁰³ Das Abkommen über den Austritt des VK aus der EU ermöglicht den Parteien zusätzlich, das Schiedsgericht um Überprüfung seiner Einschätzung über eine (Nicht-)Vorlage zu ersuchen; diesfalls findet eine Anhörung statt (Art. 174 Abs. 2).

⁵⁰⁴ S. dazu PIRKER, Schiedsgericht, Rz. 22-34; BAUDENBACHER, Rechtsgutachten, S. 30-31.

dass Schiedsgerichte durchaus in der Lage sind, fachkundig über die Vorlagepflicht zu entscheiden und eine unionsrechtskonforme Praxis zu entwickeln.

- Die Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit ein Schiedsgericht den EuGH mit einer Auslegungsfrage befassen muss, sind nicht näher definiert. Entscheidend ist das Vorliegen eines «Begriffs des EU-Rechts» («notion de droit de l'Union européenne»). In der Literatur finden sich unterschiedliche Meinungen zur Frage, wie dieser Terminus auszulegen ist und in welchen Konstellationen folglich eine Vorlagepflicht besteht.⁵⁰⁵ «Unionsrechtliche Begriffe» dürften naturgemäss bei der Auslegung von Bestimmungen referenzierter Verordnungen und Richtlinien vorliegen. Auch bei der Auslegung von Bestimmungen in den Abkommen selbst dürfte dies häufig der Fall sein; gemäss Bundesrat beruhen die betroffenen Abkommen «weitestgehend» auf EU-Recht.⁵⁰⁶ Dabei ist nach der hier vertretenen Ansicht allerdings die Frage, ob ein unionsrechtlicher Begriff vorliegt, methodisch zu trennen von der (Folge-)Frage, ob die bilateralrechtliche Bestimmung gleich ausgelegt werden soll wie die unionsrechtliche Parallelbestimmung oder ob sich eine autonome Lesart aufdrängt.⁵⁰⁷ Die Aufgabe, eine Praxis zur Vorlagepflicht zu entwickeln, wäre den Schiedsgerichten zugefallen, unter Berücksichtigung der Vorgaben des EuGH in Bezug auf die Autonomie des EU-Rechts. In neuen Verhandlungen sollte die Vorlagepflicht klarer definiert werden.⁵⁰⁸ Bei-

⁵⁰⁵ S. etwa BAUDENBACHER, Rechtsgutachten, S. 29, wonach fast keine Fälle vorstellbar sind, in denen es nicht um die Auslegung von EU-Recht oder davon abgeleitetem Abkommensrecht geht und folglich keine Vorlagepflicht besteht; PIRKER, Schiedsgericht, Rz. 12, wonach ein Vorgehen nach Treu und Glauben gebietet, den EuGH im Zweifel zu involvieren; HESELHAUS, S. 26, mit Blick auf den wenig bestimmten Begriff «impliziert», woraus eine häufige Vorlagepflicht folgt; MUSER/TOBLER, Rz. 63, wonach die betroffenen Abkommen «zu einem grossen Teil dem EU-Recht entstammende Regelungen» enthalten; vgl. auch Art. 16 Abs. 2 FZA, wobei Praxis und Lehre diesen Begriff grosszügig auslegen; COTTIER, Rechtsschutz, S. 360-366, argumentiert demgegenüber, dass eine Vorlagepflicht nur dort besteht, wo sich auf Grund von Wortlaut, Sinn und Zweck eine identische Anwendung wie im EU-Recht aufdrängt; zum Ganzen auch BREITENMOSER, Scheitern, S. 342; BREITENMOSER, Prämissen, S. 116.

⁵⁰⁶ Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten, Erläuterungen zum institutionellen Abkommen Schweiz-EU, 16. Januar 2019, S. 7, www.eda.admin.ch und Link zu Institutionelles Abkommen.

⁵⁰⁷ S. zum Polydor-Prinzip oben [Rz. 75-77](#).

⁵⁰⁸ S. unten [Rz. 142](#).

- spiele für Bestimmungen, welche keine unionsrechtlichen Begriffe darstellen, sind etwa die Ventilklausel im Freizügigkeitsabkommen (Art. 10 FZA) und die Regelung zur leistungsabhängigen Schwerverkehrsabgabe im Landverkehrsabkommen (Art. 38 und Art. 40 LandVA).
- Ein solches «Zwischenverfahren» vor dem EuGH ähnelt dem Vorabentscheidungsverfahren in der EU, bei dem die nationalen Gerichte den EuGH mit Fragen zur Auslegung und Gültigkeit von EU-Recht anrufen. Folgerichtig wendet der Gerichtshof die entsprechenden internen Verfahrensvorschriften sinngemäss an (Art. III.9 Abs. 5 Protokoll 3).⁵⁰⁹ Alle EU- und EWR-Mitgliedstaaten können in einem solchen Zwischenverfahren vor dem EuGH Stellungnahmen einreichen (vgl. Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs der EU; Art. 96 der Verfahrensordnung). Auch die Vertreterinnen und Vertreter der Schweiz sind befugt, vor dem EuGH aufzutreten (Art. III.9 Abs. 6 Protokoll 3). So kann die Schweiz am Verfahren vor dem EuGH teilnehmen und zur Entscheidungsfindung beitragen. Im Anschluss daran entscheidet das Schiedsgericht den Streitfall unter Berücksichtigung der Auslegung der Begriffe des EU-Rechts durch den EuGH; es tut dies selbständig. Diese Ähnlichkeit mit dem Vorabentscheidungsverfahren soll aber nicht über zwei bedeutsame Unterschiede zu letzterem hinwegtäuschen: *Erstens* ist das Schiedsgerichtsmodell im Kern ein klassisch völkerrechtliches Modell. Hier identifiziert ein Schiedsgericht die dem EuGH zugewiesenen Auslegungsfragen, ohne dass zwingend ein konkreter Streitfall (über Differenzen bei der Auslegung eines bilateralen Abkommens im Gemischten Ausschuss hinaus) dazu Anlass gegeben hat. Private sind nicht beteiligt; sie haben keinen Zugang zum Verfahren vor dem Schiedsgericht und dem EuGH. Demgegenüber ist bei einem Vorabentscheidungsverfahren vor dem nationalen Gericht, welches dem EuGH eine Auslegungsfrage vorlegt, ein Streitfall zwischen Privaten oder zwischen einem Privaten und dem Staat anhängig. Der Entscheid über die Vorlage und die Formulierung der Vorlagefragen obliegen zwar auch hier dem Gericht; die privaten Parteien können aber versuchen, darauf Einfluss zu nehmen. Für sie besteht sodann die Möglichkeit, beim EuGH Stellungnahmen einzureichen, an der mündlichen Verhandlung in Luxem-

⁵⁰⁹ S. zum Vorabentscheidungsverfahren oben [Rz. 20-21](#), inkl. Verweis auf die Empfehlungen des EuGH zuhanden der mitgliedstaatlichen Gerichte bezüglich der Formulierung von Vorabentscheidungsersuchen (Fn. 60).

burg zu plädieren und auf diese Weise zur Urteilsfindung beizutragen.⁵¹⁰ Sie tun dies naturgemäss mit einer für sie möglichst vorteilhaften Argumentation, etwa in Bezug auf die Darstellung der sachverhältnlichen Umstände «ihres» Streitfalles, und einer tendenziell individualrechtlich geprägten Note, was sich nicht nur auf die Auswahl und Formulierung der Vorlagefragen auswirken mag, sondern auch auf den Gang der Verhandlungen vor dem EuGH und letztlich das Urteil. *Zweitens* besteht für die nationalen Gerichte die Gelegenheit, die Vorlagefrage mit eigenen Überlegungen zur Ausgangslage, zum Recht und zu denkbaren Auslegungen anzureichern. Sie erklären dem EuGH klugerweise, aus welchen Gründen er eine von ihnen präferierte Lösung wählen soll, und formulieren idealerweise einen Urteilsvorschlag.⁵¹¹ Es ist demgegenüber zweifelhaft, ob ein Schiedsgericht von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wird.

- Die unterlegene Partei ist verpflichtet, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um dem Schiedsspruch Folge zu leisten. Sofern sie dies nicht tut, kann die obsiegende Partei Ausgleichsmassnahmen ergreifen, deren Verhältnismässigkeit durch ein Schiedsgericht überprüft werden kann. Eine Befassung des EuGH dürfte hier kaum im Raum stehen, weil es nicht um die Auslegung von unionsrechtlichen Begriffen geht; dies gilt insbesondere auch für die Frage der Verhältnismässigkeit.⁵¹² Die Überprüfung von Ausgleichsmassnahmen der EU durch ein Schiedsgericht schützt die Schweiz vor willkürlichen und ungerechtfertigten Reaktionen der EU, was vor allem bei allfälligen Verstössen gegen die Verpflichtung zur dynamischen Übernahme von EU-Rechtsakten – etwa im Nachgang zu einem ablehnenden Votum in einer Referendumsabstimmung – bedeutsam sein kann. Unbefriedigend ist, dass eine solche Überprüfung erst nach dem Erlass von Ausgleichsmassnahmen und Konsultationen im sektoriellen Ausschuss möglich ist.⁵¹³ Auf diese Weise bleiben solche

⁵¹⁰ Vgl. auch ZÜND, Gastkommentar, *passim*, der sich kritisch zur Ausgestaltung des Schiedsgerichtsmodells äussert, weil damit «dem Bundesgericht seine Bedeutung als letztinstanzliches Gericht für die Schweiz genommen» wird; er schlägt vor, ein Vorlagerecht des Bundesgerichts einzuführen, s. oben [Rz. 106](#).

⁵¹¹ Art. 107 Abs. 2 der Verfahrensordnung des EuGH ermuntert nationale Gerichte ausdrücklich, im Eilvorabentscheidungsverfahren darzulegen, welche Antwort es auf die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen vorschlägt; KROMMENDIJK, S. 176.

⁵¹² Ebenso COTTIER, Rechtsschutz, S. 367.

⁵¹³ Diesen Hinweis verdanke ich HANSPETER TSCHÄNI, verbunden mit dem Hinweis auf das WTO-Recht und Freihandelsabkommen, wo der Erlass von Ausgleichsmassnahmen mitunter erst nach der Überprüfung ihrer Verhältnismässigkeit zulässig ist.

Massnahmen monatelang in Kraft, bis ein Schiedsgericht ihre Rechtmässigkeit beurteilt. Hier besteht Verbesserungspotential – vor allem aus der Sicht der Schweiz, welche potentiell häufiger von unliebsamen Ausgleichsmassnahmen betroffen sein wird als dies umgekehrt der Fall sein dürfte. Solche Massnahmen bezwecken, «ein mögliches Ungleichgewicht zu kompensieren» (Art. 10 Abs. 6 *in fine*), mithin also, das Gleichgewicht von Rechten und Pflichten wiederherzustellen.⁵¹⁴ Gleichzeitig kann damit auch Druck gegenüber der anderen Vertragspartei aufgebaut werden mit dem Ziel, dass diese die Rechtsverletzung beseitigt.⁵¹⁵ Es ist unklar, ob Ausgleichsmassnahmen im Anwendungsbereich eines Abkommens zulässig sind, welches zwar dem institutionellen Abkommen unterstellt ist, aber nicht am Ursprung der eigentlichen Streitigkeit steht (*cross-retaliation*). Unangenehm ist, dass es – wenn überhaupt – nur begrenzt möglich ist, die Nachteile der Nichtbefolgung eines Urteils *ex ante* abzuschätzen. Auch in diesen Punkten sind Klärungen wünschenswert.

- 133 Die Grundidee, die Streitbeilegung zwischen der Schweiz und der EU bei der Auslegung und Anwendung der bilateralen Abkommen, mit denen die Schweiz am Binnenmarkt teilnimmt, zu entpolitisieren und einer gerichtlichen Instanz zu überantworten, verdient Zustimmung. Dies spielt der Schweiz als politisch und wirtschaftlich weniger mächtigen Vertragspartei in die Hände.⁵¹⁶ Sie wird vor ungerechtfertigten einseitigen Massnahmen der EU geschützt. Sie kann den vereinbarten Marktzugang gerichtlich einfordern und ist nicht mehr allein auf den Goodwill der EU angewiesen. Voraussetzung dafür ist selbstredend, dass die Schweiz dieses Verfahren bei Bedarf tatsächlich nutzt und ihre traditionelle Zurückhaltung gegenüber der Streitbeilegung durch Gerichte im Wirtschaftsvölkerrecht aufgibt.⁵¹⁷ Hier ist ein Mentalitätswandel erforderlich, weg von der Haltung «Handelspolitik ist Verhandlungspolitik».⁵¹⁸ Es scheint ratsam, bei Bedarf – d.h. als *ultima ratio* – nicht zu zögern, einen Streit zu entpolitisieren und den Gang vor ein Schiedsgericht zu wagen. Voraussetzung dafür ist, die zuständigen Bundesstellen so aufzustellen, dass sie ein solches Streitbeilegungsverfahren durchexerzieren können. Bedenkenswert ist weiter, das interne Verfahren der Entscheidungsfindung über die Einleitung eines Schieds-

⁵¹⁴ ARIOLI, Übernahme, Kap. 1.3.

⁵¹⁵ FABIAN SCHÄFER, Schweizer Bauern als perfekte Zielscheibe, NZZ vom 17. Januar 2019, S. 17.

⁵¹⁶ Ebenso EPINEY, Rechtsschutz, Rz. 24.

⁵¹⁷ S. dazu unten [Rz. 156-157](#).

⁵¹⁸ COTTIER, Rechtsschutz, S. 372.

gerichtsverfahrens zu formalisieren.⁵¹⁹ Es mag für Personen und Unternehmen in der Schweiz attraktiv sein, auf die mitunter aufwändigen Rechtsschutzverfahren in der EU und ihren Mitgliedstaaten zu verzichten und stattdessen die Bundesbehörden zu bitten, auf dem diplomatischen Parkett tätig zu werden und ein Schiedsgerichtsverfahren zu initiieren. Die bisherige Zurückhaltung der Schweiz steht in auffälligem Kontrast zur aktiven Rolle, welche die EU bei der Durchsetzung völkerrechtlich abgesicherter Marktzugangsrechte in der WTO und in regionalen Freihandelsbeziehungen mittlerweile spielt.⁵²⁰ Die Handelsstrategie 2021-2030 der EU zielt unter anderem auf die «Stärkung der Fähigkeit der EU, ihre Interessen zu verfolgen und ihre Rechte durchzusetzen – wenn nötig, auch eigenständig» und die «Verstärkung der Schwerpunktsetzung der EU auf die Umsetzung und Durchsetzung von Handelsabkommen und die Sicherstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen für EU-Unternehmen.»⁵²¹ In der WTO war die EU massgeblich beteiligt bei der Einrichtung der als Übergangslösung konzipierten Appellationsschiedsgerichtsbarkeit (*Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement*, MPIA), bei der auch die Schweiz mitmacht.⁵²² Seit einigen Jahren macht die EU zudem rege von der Möglichkeit Gebrauch, gestützt auf Assoziierungs- und Freihandelsabkommen die Einsetzung von Schiedsgerichten zu verlangen.⁵²³ Dazu gehört etwa das Schiedsgericht, welches (unter dem Vorsitz des Schweizer Christian Häberli) zum Schluss kam, dass das Verbot der Ausfuhr von unverarbeitetem Holz aus der Ukraine mit dem Assoziierungsabkommen EU-Ukraine nicht vereinbar war.⁵²⁴ Die EU wird auch gegenüber der Schweiz nicht zögern, die Einsetzung eines Schiedsgerichts zu verlangen, wenn sie einen solchen Schritt als erfolgsversprechend erachtet.

⁵¹⁹ OESCH, Rechtsschutz für Private, S. 163-164.

⁵²⁰ COTTIER, Rechtsschutz, S. 354-355.

⁵²¹ Europäische Kommission, Überprüfung der Handelspolitik: eine offene, nachhaltige und entschlossene Handelspolitik, 2021, <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/>; Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 18. Februar 2021, Fragen und Antworten: Eine offene, nachhaltige und entschlossene Handelspolitik, www.ec.europa.eu/commission/presscorner.

⁵²² COTTIER, Rechtsschutz, S. 354-355.

⁵²³ S. <https://policy.trade.ec.europa.eu> und Link zu Enforcement and Protection/Dispute Settlement/Bilateral disputes für einen Überblick über diese Verfahren; DELGADO CASTELEIRO, S. 27-31.

⁵²⁴ Europäische Kommission, Presseartikel «Ukraine wood export ban found illegal in independent panel ruling», 12. Dezember 2020, <https://policy.trade.ec.europa.eu> und Link zu News.

- 134 Das vereinbarte Modell beruht auf einem klassischen Schiedsgerichtsansatz, wie er im Wirtschaftsvölkerrecht gang und gäbe ist.⁵²⁵ Eine dergestalt schiedsgerichtliche Lösung wird weitem begrüsst (einzig der Einbezug des EuGH ist mancherorts ein rotes Tuch).⁵²⁶ Dabei sind gewisse Spezifika dieser Lösung durchaus diskutabel: Für jeden Streitfall, bei dem eine Vertragspartei die Einsetzung eines Schiedsgerichts verlangt, wird ein neues Dreier- oder (ausnahmsweise) Fünfergremium bestimmt. Dergestalt *ad hoc* eingesetzte Schiedsrichterinnen und Schiedsrichter verfügen in der Regel nicht über langjährige Erfahrung in der Judikative. Sie üben ihre schiedsgerichtliche Funktion nebenamtlich aus (sofern sie nicht – etwa als Anwältinnen oder Anwälte – auf diese Funktion spezialisiert sind und diese zu ihrem Geschäftsmodell gehört).⁵²⁷ Die Schiedsgerichte arbeiten ohne Anbindung an eine ständige Einrichtung, an der Erfahrungen mit vergleichbaren Fällen gesammelt werden und sich institutionelles Wissen bündelt; das Internationale Büro des Ständigen Schiedshofs erfüllt diesen Zweck nicht. Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber werden ebenfalls *ad hoc* beigezogen. Gemäss Carl Baudenbacher erinnert «[d]as Ad-hoc-Schiedsgericht (...) damit an einen Chirurgen, der nur einmal Gelegenheit bekommt, eine bestimmte komplizierte Operation durchzuführen.»⁵²⁸ In dieser Hinsicht hätte das ursprünglich avisierte Streitbeilegungsmodell, bei dem der EuGH direkt – d.h. ohne vorherige Befassung eines Schiedsgerichts – angerufen werden kann, Vorteile geboten. Dasselbe gilt für ein Modell, bei dem an den EFTA-Gerichtshof angedockt wird.
- 135 Gewöhnungsbedürftig bleibt der Einbezug des EuGH. Er ist – wie oben dargelegt – unionsrechtlich bedingt; daran führt kein Weg vorbei. Michael Hahn fasste die Aufnahme des avisierten Modells unter den mit der Ausgangslage und den Umständen der Verhandlungen vertrauten Fachleuten anschaulich zusammen:

«For anyone familiar with EU law, this was a well-crafted compromise, empowering an arbitral tribunal with the settlement of inter-party disputes, while ensuring the autonomy of the Union legal order by establishing an obligation (reminiscent of Article 267 TFEU) to refer to the CJEU when the interpretation of bilateral law based on EU law was at stake.»⁵²⁹

⁵²⁵ Vgl. dazu SENTI, *passim*.

⁵²⁶ S. aber auch VISCHER, *passim*, wonach «eine angemessene Berücksichtigung der öffentlichen Ordnungsfunktion, die der verbindlichen Streitbeilegung zukäme, es ferner [aufdrängt], anstelle eines Schiedsgerichts ein ordentliches Gericht vorzusehen; mit richterlichem Personal, das unter Beteiligung der Parlamente für feste Amtszeiten bestellt wird und Fälle in einem qualifiziert öffentlichen und partizipativen Verfahren beurteilt.»

⁵²⁷ S. dazu auch oben [Rz. 132](#) und Fn. 499.

⁵²⁸ BAUDENBACHER, Rechtsgutachten, S. 28.

⁵²⁹ HAHN, S. 370.

Würden hier «fremde Richter» urteilen, wie kritische Geister ins Feld führen? Dieses plumpe Narrativ verfängt nur auf den ersten Blick; es hält einer näheren Betrachtung meines Erachtens nicht stand.⁵³⁰ Zwar ist der EuGH *institutionell* tatsächlich das Gericht der Gegenpartei; das institutionelle Abkommen wäre schliesslich zwischen der EU und der Schweiz abgeschlossen worden. *In der Sache* agiert der EuGH in dieser Konstellation aber nicht als verpöntes Gericht der Gegenpartei, sondern als Gericht des EU-Binnenmarktes, an dem die Schweiz sektoriell aus freien Stücken und zu ihrem eigenen Vorteil teilnimmt.⁵³¹ Das EU-Recht, das auf die Schweiz ausgedehnt wird, bleibt wesensmässig EU-Recht, das letztinstanzlich vom EuGH als Höchstgericht dieses Binnenmarktes nach Massgabe der von ihm entwickelten Auslegungstopoi ausgelegt wird. Es ist auch im Interesse der Personen und Unternehmen in der Schweiz, dass der EuGH für eine einheitliche Auslegung der Regeln sorgt, die für alle Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer gleichermaßen gelten. Dabei deutet nichts darauf hin, dass der EuGH tendenziell «gegen die

⁵³⁰ Vgl. auch ERNST, S. 1375, wonach der Einbezug des EuGH «nichts, aber auch gar nichts» mit der mittelalterlichen Konsolidierung einer heimischen Gerichtsbarkeit durch die blockierte Anrufung kirchlicher oder ausländischer Gerichte zu tun hat; ebenso GLASER/LANGER, S. 575 (wobei sich beide Aussagen auf das ursprünglich angedachte Streitbeilegungssystem bezogen, bei dem der EuGH direkt, d.h. ohne Zwischenschaltung eines Schiedsgerichts, hätte angerufen werden können).

⁵³¹ A.M. BAUDENBACHER, Rechtsgutachten, S. 37, wonach «es dem Gericht der einen Seite in einem bilateralen Verhältnis *per definitionem* an der Unparteilichkeit bzw. an Parteineutralität fehlt»; ebenso wohl auch VISCHER, *passim*, wonach «der EuGH offenkundig in einer ungeeigneten Position [ist], bei Auslegungstreitigkeiten zwischen der EU und der Schweiz das entscheidende Verdikt des unparteiischen Dritten auszusprechen»; weiter wird kritisiert, dass durch den Einbezug des EuGH die Souveränität der Schweiz untergraben wird, so etwa AMBÜHL/MEIER, *passim*, wonach «eine Unterstellung unter den EuGH (...) für die Schweiz ein «Integrationschritt ohne Mitwirkung» zu viel» ist; AMBÜHL/SCHERER, Begrenzungsinitiative, *passim*, wonach der Einbezug des EuGH in das Streitbeilegungsverfahren (in Kombination mit der dynamischen Rechtsübernahme und der Erweiterung der Guillotine-Klausel) «souveränitätspolitisch zu weit» geht; SCHNEIDER-AMMANN, *passim*, wonach diese Kombination «souveränitätspolitisch heikel» ist und die «Souveränitätsfrage» angesprochen werden muss; ZIMMER, S. 157, der kurzum folgert: «Wer das Rahmenabkommen (etwa aufgrund des darin erwähnten Schiedsgerichts) als valablen Kompromiss bezeichnet, hat seinen demokratiepolitischen Kompass verloren.»; demgegenüber COTTIER, Souveränität im Wandel, *passim*, und ders., Souveränität und Rahmenabkommen, S. 345, wonach sich ein «tradiertes Souveränitätsverständnis im Verhältnis zu Europa angesichts bestehender Interdependenzen zur Sicherung der Wohlfahrt des Landes nicht mehr begründen lässt» und einem neuen institutionellen Rahmen (mit Blick auf den Entwurf von 2018) «eine wichtige Schrittmacherfunktion» zukommt.

Schweiz» entscheiden würde.⁵³² Im Gegenteil: Der EuGH hat bei der Auslegung der bilateralen Abkommen mit der Schweiz bewiesen, dass er in der Lage ist, auch in solchen Konstellationen sachlich, unparteiisch und methodisch angeleitet vorzugehen.⁵³³ Es gibt keine Anzeichen dafür, dass der EuGH dieses Vorgehen infrage stellt, wenn er unionsrechtliche Begriffe auch mit Wirkung für die Schweiz auslegt. Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn es um die Klärung eines unionsrechtlichen Begriffs *im Binnenmarktkontext* geht. Konsequenterweise sollte eine Vorlagepflicht der Schiedsgerichte auch nur in dieser Konstellation bestehen; darauf ist zurückzukommen.⁵³⁴ Sofern eine solche Klärung gelingt, dürfte auch das in der öffentlichen Diskussion im Vordergrund stehende Defizit dieses Modells an Schärfe verlieren: Die Schweiz ist am Gerichtshof der EU personell nicht vertreten, weder auf der Richterbank selbst noch bei den *Référéndaires*. Es fehlt die Möglichkeit, Spezifika der schweizerischen Rechtsordnung und weitere helvetische Eigenheiten in die internen Beratungen einzubringen. Diese Ausgangslage ist für die Akzeptanz eines Schiedsurteils, das wesentlich auf einem Vorabentscheid des EuGH zur Auslegung des einschlägigen EU-Rechts beruht, nicht ideal. Dies wäre bei einem Modell des Andockens an den EFTA-Gerichtshof mutmasslich anders. Andreas Glaser und Lorenz Langer beurteilen eine EuGH-Lösung gleichwohl als die «demokratieverträglichere Variante» (wobei sich diese Aussage auf das ursprünglich angedachte Streitbeilegungssystem bezog, bei dem der EuGH direkt, d.h. ohne Zwischenschaltung eines Schiedsgerichts, hätte angerufen werden können, und sich die Schweiz einen «inhaltlichen Abweichungsvorbehalt» in essentiellen Fragen vorbehalten wollte):

«Einzig der Umstand, dass in Fällen, in denen die Schweiz betroffen wäre, eine Schweizer Richterin oder ein Schweizer Richter beteiligt wäre, könnte im Vergleich zur EuGH-Lösung einen gewissen Vorzug darstellen. Es darf jedoch bezweifelt werden, dass dieses Element geeignet wäre, eine hinreichende Legitimationsbasis zu schaffen. Es ginge hierbei lediglich um eine rein *formale* Mitwirkung, zumal der Gedanke «nationaler» Repräsentation in Bezug auf ein unabhängiges Gericht ohnehin sachfremd ist, auch wenn die symbolische Bedeutung einer solchen Mitwirkung (gerade im Schweizer Kontext) nicht unterschätzt werden darf.»⁵³⁵

- 137 Mitunter mag das Fehlen einer «Vertreterin» oder eines «Vertreters» auf der Richterbank sogar vorteilhaft sein. Bei heiklen Fragen kann eine aufgrund der Staatsangehörigkeit enge Beziehung zum Streitgegenstand dazu führen, dass

⁵³² EPINEY, *Quadratur*, *passim*.

⁵³³ S. oben [Rz. 78](#).

⁵³⁴ S. unten [Rz. 142](#).

⁵³⁵ GLASER/LANGER, S. 579-580.

sich eine Richterin oder ein Richter geneigt fühlt, die eigene Unabhängigkeit allzu prominent zu betonen, indem sie oder er bei der Entscheidungsfindung im Zweifel gegen die Interessen des eigenen Landes Stellung bezieht.

Die praktische Bedeutung der avisierten Streitschlichtung qua Schiedsgerichtsbarkeit dürfte sich auf einige wenige – dann allerdings publikumswirksame und politisch aufgeladene – Fälle beschränken. Im Alltag erfolgt der Rechtsschutz bei der Auslegung und Anwendung der bilateralen Abkommen weiterhin zuvörderst durch die Gerichte in der EU und der Schweiz. Es liegt an den Privaten, die ordnungsgemässe Durchführung der Abkommen einzufordern und die Gerichte anzuhalten, die Praxis des EuGH zu den Parallelbestimmungen im EU-Recht kontextgerecht zu berücksichtigen. Hier wird der Einfluss des EuGH auf die bilateralen Beziehungen weiterhin am deutlichsten sichtbar sein. Entsprechend zentral ist für die Schweiz die kluge Ausgestaltung allfällig neuer Vorgaben, welche die Behörden diesbezüglich beachten müssen.⁵³⁶

138

⁵³⁶ S. oben [Rz. 108](#).

IV. Verbesserungspotential

Das Streitbeilegungsmodell, wie es im Entwurf des institutionellen Abkommens von 2018 vorgesehen war, steht auch in den laufenden Sondierungsgesprächen wieder zur Debatte. Die Schweiz akzeptiert, dass der EuGH verbindlich über die Auslegung von EU-Recht befindet. Staatssekretärin Livia Leu führte in einem – wenngleich nicht für die Öffentlichkeit bestimmten – Schreiben vom Mai 2022 an Juraj Nociar, Kabinettschef von Kommissionsvizepräsident Maroš Šefčovič, aus: 139

«Switzerland recognizes the fact that the European Court of Justice has the exclusive competence to interpret EU law and that a possible Arbitration Tribunal should thus not interpret EU law.»⁵³⁷

In seiner Lagebeurteilung vom Juni 2023 anerkennt der Bundesrat die Zuständigkeit des EuGH zur Auslegung von EU-Recht auch für die Schweiz zumindest zwischen den Zeilen, «wenn ihre essentiellen Interessen durch entsprechende Ausnahmen und Schutzklauseln geschützt werden.»⁵³⁸ Entscheidend ist demnach, welche besonders sensiblen Politikbereiche vom Zugriff des EuGH ausgenommen werden; hier konnten sich die Schweiz und die EU in den Verhandlungen 2014-2018 bekanntlich nicht auf beidseits zufriedenstellende Lösungen einigen. Die Kantone unterstützen ein Modell, bei welchem «dem EuGH die Aufgabe zukommt, eine kohärente Auslegung des betroffenen EU-Rechts sicherzustellen», weiterhin nachdrücklich.⁵³⁹ Andere Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten – wie ein Andocken an den EFTA-Gerichtshof oder gänzlich neue Modelle ohne (prominente) Beteiligung des EuGH – werden dem Vernehmen nach auch jetzt nicht geprüft.⁵⁴⁰ 140

Gleichzeitig sollten allfällig neue Verhandlungen genutzt werden, um das 2014-2018 entwickelte Modell weiter zu perfektionieren. Wie oben dargelegt besteht in mehrerer Hinsicht Verbesserungspotential.⁵⁴¹ Ein wesentliches Augenmerk sollte darauf gerichtet sein, die Verpflichtung eines Schiedsgerichts zur Anrufung des EuGH möglichst klar zu umreißen. Eine Vorlagepflicht, wel- 141

⁵³⁷ Das Schreiben geisterte nach dem Versand durch die (sozialen) Medien und kann beim Schreibenden nachgefragt werden; dazu auch HAHN/FAUCONNET, S. 1121-1122.

⁵³⁸ Bundesrat, Lagebeurteilung Beziehungen Schweiz-EU, 9. Juni 2023, S. 51.

⁵³⁹ Konferenz der Kantonsregierungen, Beziehungen Schweiz-EU, Standortbestimmung der Kantone vom 24. März 2023, Ziff. 9-10, www.kdk.ch und Link zu Europapolitik.

⁵⁴⁰ S. für solche Vorschläge oben Fn. 497.

⁵⁴¹ S. oben [Rz. 132](#).

che sich einzig um das Vorliegen eines «Begriffs des EU-Rechts» dreht, ist konkretisierungsbedürftig. Diverse Rückmeldungen im Rahmen der Konsultationen des Bundesrates zum Entwurf des institutionellen Abkommens stiessen ins gleiche Horn. So forderte die ständerätliche Kommission für Wirtschaft und Abgaben, «klar zu definieren, welche Tatbestände in einem Schiedsverfahren zu einer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) führen.»⁵⁴² Dabei geht es auch darum sicherzustellen, dass einem Schiedsgericht eine massgebliche Entscheidkompetenz zukommt – und es sich nicht nur, wie ins Feld geführt, um ein «Pseudo-Schiedsgericht» oder einen «EuGH im Tarnanzug» handelt.⁵⁴³

142 Ein neuer Vertragstext für die Streitbeilegung könnte folgende Verbesserungsvorschläge aufnehmen:

- Eine Vorlagepflicht besteht, wenn es um die Klärung eines unionsrechtlichen Begriffs im *Binnenmarkt*kontext geht.⁵⁴⁴ Solche Begriffe finden sich in Verordnungen und Richtlinien der EU, auf die in den Abkommen verwiesen wird. Dasselbe gilt für Bestimmungen in den Abkommen selbst, sofern sie EU-Recht entsprechen. Sofern es um die Bedeutung eines solchen Begriffs im EU-Recht geht und die Einheitlichkeit seiner Auslegung und Anwendung in der EU gewährleistet sein muss, besteht eine Vorlagepflicht. In dieser Konstellation beruht die Befassung des EuGH auf der unionsrechtlich bedingten, nachvollziehbaren Logik: Es handelt sich um EU-Recht, das zwar auf die Schweiz ausgedehnt wird, seinen genuin unionsrechtlichen Charakter aber nicht verliert. Es bleibt wesensmässig EU-Recht, dessen Auslegung dem EuGH obliegt. In dieser Konstellation ähnelt das Zwischenverfahren vor dem EuGH – wie oben dargestellt – dem Vorabentscheidungsverfahren. Es dient der Klärung der Rechtslage im Binnenmarkt. Anders präsentiert sich die Ausgangslage, wenn ein Begriff des EU-Rechts *im bilateralen Kontext EU-Schweiz* geklärt werden muss. Hier mag einem Schiedsgericht eine durchaus ei-

⁵⁴² Bundesrat, Bericht über die Konsultationen zum Institutionellen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, 7. Juni 2019, S. 6; Motion 19.3416 «Zusatzverhandlungen zum institutionellen Abkommen mit der EU».

⁵⁴³ BAUDENBACHER, Ende mit Schrecken, *passim*.

⁵⁴⁴ Dieser Vorschlag beruht auf Ausführungen in Anhörungen vor Abgeordneten des Europäischen Parlaments und der Schweizerischen Bundesversammlung in Strassburg, 18. Januar 2023, und in Brüssel, 27. April 2023, s. für die Aufzeichnungen www.ivr.uzh.ch/de/institutsmitglieder/oesch und Link zu Medien/Öffentliche Auftritte. Bei der Vorbereitung dieser Anhörungen habe ich erheblich vom fachlichen Austausch mit THOMAS COTTIER profitiert.

genständige Rolle zukommen.⁵⁴⁵ Die der Klärung eines Begriffs des EU-Rechts im Binnenmarktkontext nachgelagerte Frage, ob im Verhältnis zur Schweiz auf der Grundlage eines bilateralen Abkommens eine parallele oder eine von der EuGH-Praxis abweichende Auslegung sachgerecht ist, muss dem EuGH nicht vorgelegt werden. «Polydor» gehört nicht exklusiv dem EuGH. Ein Schiedsgericht ist in der Lage, diese «Übersetzungsaufgabe» zu leisten, ohne dass die Einheitlichkeit des EU-Rechts gefährdet würde. Die Unionsorgane werden nicht daran gehindert, «gemäss dem verfassungsrechtlichen Rahmen der Union zu funktionieren».⁵⁴⁶ Ein Schiedsgericht legt diesfalls – anders formuliert – nicht EU-Recht aus (was zwingend dem EuGH vorbehalten bleibt), sondern wendet die Praxis des EuGH im bilateralen Kontext EU-Schweiz an.⁵⁴⁷ In dieser Konstellation operiert ein Schiedsgericht «nach den zwischen den Vertragsparteien geltenden völkerrechtlichen Regeln und Grundsätzen»⁵⁴⁸, d.h. auf der Grundlage der Auslegungsmethoden gemäss Art. 31-33 WVRK. Ein Beispiel mag dies illustrieren: Es liegt nach der hier vorgeschlagenen Konzeption in der Kompetenz des EuGH, über die Zulässigkeit von Voranmeldepflichten und Kautionszahlungen bei der Dienstleistungserbringung im Binnenmarktkontext (Art. 56 AEUV, Entsenderichtlinie 96/71/EG, Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU) zu entscheiden.⁵⁴⁹ Demgegenüber ist ein Schiedsgericht in der Lage, über die Vereinbarkeit der flankierenden Massnahmen der Schweiz mit dem Freizügigkeitsabkommen zu befinden (sofern keine vertragliche «Immunisierung» der flankieren-

⁵⁴⁵ Ähnlich COTTIER, Rechtsschutz, S. 364-366, der eine dergestalt eigenständige Rolle eines Schiedsgerichts bereits auf der Grundlage des Entwurfs des institutionellen Abkommens von 2018 bejaht; s. auch oben Fn. 505.

⁵⁴⁶ Vgl. Gutachten CETA EU-Kanada, 1/17, EU:C:2019:341, Rz. 119, abgedruckt oben [Rz. 126](#).

⁵⁴⁷ Diese Überlegung verdanke ich CHRISTOPH KRENN; vgl. zur Unterscheidung zwischen der Auslegung von EU-Recht (worüber der EuGH zwingend das letzte Wort hat) und der Anwendung durch nationale Gerichte (ohne Vorlagepflicht) für die Frage der Vorlagepflicht nationaler Höchstgerichte BROBERG/FENGER, *passim*; LENAERTS, S. 39; CRAIG/DE BÜRCA, S. 546-548, welche aufzeigen, dass der EuGH mitunter äusserst detaillierte Antworten auf ihm vorgelegte Auslegungsfragen liefert, womit die Grenze zwischen Auslegung und Anwendung durchlässig wird.

⁵⁴⁸ Vgl. Gutachten CETA EU-Kanada, 1/17, EU:C:2019:341, Rz. 119, abgedruckt oben [Rz. 126](#).

⁵⁴⁹ Der EuGH hat zu diesen Fragen bereits verschiedentlich Stellung genommen, womit in Bezug auf eine konkret anstehende Auslegungsfrage allenfalls ein *acte éclairé* vorliegen mag; zu einem solchen *act* sogleich unten [Rz. 142](#); zur Praxis des EuGH im Bereich der Arbeitnehmerentsendung EPINEY/HEHEMANN, *passim*; PÄRLI, Handkommentar, *passim* (der bei jeder Kommentierung eines Artikels auch die Rechtslage in der EU bespricht).

- den Massnahmen vorliegt). Es tut dies mit Blick auf die einschlägige EuGH-Praxis zum Binnenmarktrecht, aber auf der Grundlage der punktuell davon abweichenden bilateralrechtlichen Vorgaben und des spezifisch schweizerischen Kontexts.⁵⁵⁰ Es ist zugegebenermassen unklar, ob der EuGH eine solche Umschreibung der Vorlagepflicht eines Schiedsgerichts akzeptieren würde. Soweit ersichtlich lassen sich in seiner bisherigen Autonomie-Rechtsprechung jedenfalls keine ausdrücklichen Hinweise dafür finden, dass dies nicht möglich sein soll. Nicht unwesentlich dürfte sein, dass die einschlägigen Urteile und Gutachten hierzu stark kontextabhängig und damit einzelfallgeprägt sind; so ist etwa der geplante Beitritt der EU zur EMRK mit den damit einhergehenden potentiell weitreichenden Folgen für die institutionelle Stellung des EuGH im Verfassungsgefüge der EU nur bedingt vergleichbar mit der Einrichtung eines Streitbeilegungsmechanismus im Verhältnis zur Schweiz mit dem Ziel, Differenzen bei der Auslegung von spezifisch auf die Schweiz zugeschnittenen Abkommen zu erledigen.
- Ein Schiedsgericht mag in alleiniger Verantwortung entscheiden, wenn die Auslegung eines unionsrechtlichen Begriffs im Binnenmarktkontext klar ist oder wenn sich der EuGH bereits dazu geäussert hat; die *acte clair*- und *acte éclairé*-Doktrin, die der EuGH im Kontext des unionalen Vorabentscheidungsverfahrens entwickelt hat, sollte auch hier greifen.⁵⁵¹ Dabei gilt es allerdings zu beachten, dass der EuGH für das Vorliegen einer Ausnahme von der Vorlagepflicht hohe Hürden aufgestellt hat: Sofern keine Praxis des EuGH vorliegt, können nationale Höchstgerichte nur dann von einer Vorlage absehen, sofern die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass «keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel» an der Beantwortung der gestellten Frage bleibt.⁵⁵²

⁵⁵⁰ Vgl. auch MÜLLER/PRANTL, S. 488, und PÄRLI, Sozialschutz, S. 29, wonach die Schweiz bei der Ausgestaltung von Sanktionen als Nicht-EU-Mitgliedstaat einen grösseren Gestaltungsspielraum hat als die EU-Mitgliedstaaten.

⁵⁵¹ Urteil CILFIT, C-283/81, EU:C:1982:335; spezifisch mit Blick auf die Beziehungen zur Schweiz COTTIER, Rechtsschutz, S. 366, welcher die Einschlägigkeit der CILFIT-Ausnahmen bereits auf der Grundlage des Entwurfs des institutionellen Abkommens von 2018 bejaht; vgl. auch GA JULIANE KOKOTT, Anhörung vor Abgeordneten des Europäischen Parlaments und der Schweizerischen Bundesversammlung, Brüssel, 27. April 2023 (s. für die Aufzeichnung www.ivr.uzh.ch/de/institutsmitglieder/oesch und Link zu Medien/Öffentliche Auftritte), welche die von mir vorgeschlagene Anwendung der CILFIT-Doktrin unterstützt.

⁵⁵² Ibid., Rz. 16.

Sie dürfen nur dann davon ausgehen, dass ein solcher Fall vorliegt, wenn sie überzeugt sind, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den EuGH die gleiche Gewissheit bestünde.⁵⁵³ Ein Schiedsgericht ist – im Unterschied zu den nationalen Höchstgerichten – zudem nicht Teil des unionalen Gerichtsverbands; aus diesem Grund dürften die Voraussetzungen für die Annahme eines *acte clair* durch ein Schiedsgericht zumindest nicht weniger hoch sein als im unionsrechtlichen Kontext.⁵⁵⁴ Praktisch dürfte ein Schiedsgericht insbesondere dann von einer Vorlage absehen, wenn zur Auslegung des fraglichen Begriffs eine gesicherte Praxis des EuGH vorliegt, mithin also ein *acte éclairé*. Umgekehrt besteht auch in einer solchen Konstellation kein Verbot, den EuGH zu befassen; ein Schiedsgericht mag dem EuGH durchaus Argumente an die Hand geben, eine Praxisänderung ins Auge zu fassen.

- Eine Vorlagepflicht sollte zumindest im Grundsatz ebenso wenig bestehen, wenn es um die Auslegung von der Schweiz zugestandenen Ausnahmen und spezifisch auf das bilaterale Verhältnis zugeschnittenen Sonderregelungen geht. Bereits heute enthalten diverse Abkommen Bestimmungen, welche von dem an und für sich einschlägigen Unionsrecht ausdrücklich abweichen. Solche Ausnahmen und Sonderregelungen haben bereits im Entwurf des institutionellen Abkommens von 2018 ihren Niederschlag gefunden: Protokoll 1 enthält Vorschläge der EU zur Berücksichtigung der Besonderheiten des Arbeitsmarktes der Schweiz; gewisse flankierende Massnahmen werden «immunisiert». Protokoll 2 listet weitere Ausnahmen und Sonderregelungen des Freizügigkeitsabkommens, des Landverkehrsabkommens und des Landwirtschaftsabkommens auf. Solche Ausnahmen und Sonderregelungen werden idealerweise so formuliert, dass sie nicht auf unionsrechtlichen Begriffen beruhen. Dies ist exemplarisch der Fall bei der Ermächtigung, in der Schweiz die leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe einzuführen. Gleichzeitig kann nicht vollends ausgeschlossen werden, dass sich bei einer Uneinigkeit über die Auslegung einer Ausnahme oder Sonderregelung auch Fragen zur Auslegung von EU-Begriffen stellen, womit eine allfällige Vorlage an den EuGH zu prüfen ist.

⁵⁵³ Ibid., Rz. 16-20; oben [Rz. 20](#) und Fn. 61.

⁵⁵⁴ Vgl. auch BAUDENBACHER, Rechtsgutachten, S. 33, welcher die Analogie zum Vorabentscheidungsverfahren in Bezug auf die CILFIT-Ausnahmen ganz ablehnt, u.a. mit dem folgenden Argument: «Dass ein Schiedsgericht (...) den CILFIT-Anforderungen auch nur ansatzweise gewachsen sein könnte, ist auszuschliessen.»

143 Ein Bereich, in dem ebenfalls eine Änderung im Vergleich zum Entwurf des institutionellen Abkommens von 2018 diskutabel ist, betrifft die Rolle der Streitbeilegung bei Unstimmigkeiten über die Verpflichtung zur dynamischen Übernahme von neuen EU-Rechtsakten (Art. 5, Art. 13-14). Solche Unstimmigkeiten werden gemäss dem Entwurf von 2018 im Rahmen der ordentlichen Streitbeilegung ausgefochten. Sofern dabei die Auslegung von unionsrechtlichen Begriffen entscheidend relevant ist, muss ein Schiedsgericht den EuGH anrufen.⁵⁵⁵ Ist diese Lösung sachgerecht? Die Weiterentwicklung des bilateralen *Acquis* ist im Kern ein politischer Akt. Diese Charakterisierung wird durch die vertraglich vereinbarte Verpflichtung der Vertragsparteien, Hand zu bieten für eine zügige Übernahme von abkommensrelevanten Rechtsakten, nicht in Frage gestellt. Die Federführung liegt hier bei den zuständigen (politischen) Behörden der EU und der Schweiz; bei Unstimmigkeiten wird im Gemischten Ausschuss eine gütliche Lösung angestrebt. Demgegenüber ist es fraglich, ob sich dieser Prozess eignet, um vor einem Schiedsgericht und gegebenenfalls dem EuGH «verhandelt» und verbindlich entschieden zu werden. Vor diesem Hintergrund kann mit guten Gründen argumentiert werden, den Prozess der Rechtsübernahme von den Regeln der ordentlichen Streitbeilegung auszunehmen und spezifisch hierfür geltende Rechtsfolgen vorzusehen, sofern eine Übernahme nicht ordnungsgemäss abläuft. Im Vordergrund stünde der Erlass von Abhilfemassnahmen, sofern sich die Vertragsparteien im Gemischten Ausschuss nicht auf eine einvernehmliche Lösung einigen.⁵⁵⁶ Ein Seitenblick auf den EWR illustriert, dass hier ebenfalls eine Pflicht zur Übernahme von neuen EWR-relevanten Rechtsakten besteht, der Prozess auf Seiten der EWR-EFTA-Mitgliedstaaten aber nicht dem ansonsten anwendbaren Überwachungs- und Rechtsschutzsystem (EFTA-Überwachungsbehörde, EFTA-Gerichtshof) untersteht.⁵⁵⁷ In Bezug auf die Streitbeilegung kommen im EWR die allgemein geltenden Regeln zur Anwendung, wobei der EuGH mit einer Auslegungsfrage befasst wird, wenn die am Streit beteiligten Vertragsparteien dies gemeinsam vereinbaren (Art. 111 EWR-Abkommen). Sofern sich der Gemeinsame EWR-

⁵⁵⁵ Ebenso PIRKER, Schiedsgericht, Rz. 14-21.

⁵⁵⁶ Vgl. Art. 13 des Protokolls zu Irland/Nordirland des Abkommens über den Austritt des VK aus der EU, wonach die EU für den Fall der Nichtübernahme neuer EU-Rechtsakte durch das VK «geeignete Abhilfemassnahmen» treffen kann. Diese Ermächtigung wirkt bemerkenswerterweise nur zugunsten der EU. Das ist merkwürdig. Auch die EU sollte verpflichtet werden, Hand zu bieten für eine zeitnahe Aufdatierung des Protokolls.

⁵⁵⁷ S. zur Verpflichtung zur Rechtsübernahme und zu den Folgen einer Nichtübernahme im EWR die Beiträge in BAUDENBACHER (ed.), *Handbook*, *passim*; DYSTLAND/FINSTAD/SØREBØ, *passim*.

Ausschuss bei einer Nichtübernahme nicht auf eine gütliche Regelung einigen kann, gilt der von der Nichtübernahme betroffene Teil des EWR-Abkommens als vorläufig ausser Kraft gesetzt (Art. 102 EWR-Abkommen).

V. Zusammenfassung

Die EU verlangt von der Schweiz seit 2008, Hand zur Schaffung neuer institutioneller Regeln zu bieten, um die nötige Homogenität in der Rechtsanwendung und Weiterentwicklung der bilateralen Abkommen, mit denen die Schweiz am Binnenmarkt teilnimmt, sicherzustellen. Dabei geht es auch um die Streitbeilegung. Die Schweiz und die EU einigten sich im Entwurf für ein institutionelles Abkommen von 2018 auf ein Schiedsgerichtsmodell, bei dem der EuGH mit der Auslegung von EU-Recht befasst wird. Sofern in Bezug auf die umstrittenen Bereiche des Lohnschutzes, der Unionsbürgerrichtlinie und der staatlichen Beihilfen ebenfalls eine Einigung erzielt worden wäre, hätte der Bundesrat dieses Streitbeilegungsmodell akzeptiert, weil «für die EU das Prinzip der dynamischen Rechtsübernahme sowie die Zuständigkeit des EuGH für die Auslegung von EU-Recht integrale Bestandteile *sine qua non* eines institutionellen Rahmens der Binnenmarktbeilegung darstellen.»⁵⁵⁸ Damit nahm der Bundesrat Bezug auf den Grundsatz, den der EuGH unter dem Titel der Autonomie des EU-Rechts und der in den EU-Verträgen festgelegten Zuständigkeitsordnung entwickelt und wiederholt bestätigt hat: Es ist EU-rechtlich zwar zulässig, in völkerrechtlichen Verträgen gerichtliche Instanzen zur Streitbeilegung vorzusehen, deren Entscheide für die EU verbindlich sind. Der EuGH beansprucht aber die ausschliessliche Zuständigkeit, EU-Recht verbindlich auszulegen.

144

Bei diversen Aspekten des im Entwurf von 2018 ausgehandelten Streitbeilegungsmodells besteht zwar Verbesserungspotential. Die Idee, die Streitbeilegung zwischen der Schweiz und der EU zu entpolitisieren und einer gerichtlichen Instanz zu überantworten, verdient im Grundsatz aber Zustimmung. Dies spielt der Schweiz als politisch und wirtschaftlich weniger mächtigen Vertragspartei in die Hände. Sie wird vor ungerechtfertigten einseitigen Massnahmen der EU geschützt. Sie kann den vereinbarten Marktzugang gerichtlich einfordern und ist nicht mehr allein auf den Goodwill der EU angewiesen. Voraussetzung dafür ist selbstredend, dass die Schweiz dieses Verfahren bei Bedarf tatsächlich nutzt und ihre traditionelle Zurückhaltung gegenüber der Streitbeilegung durch unabhängige Gerichte im Wirtschaftsvölkerrecht aufgibt. Hier ist ein Mentalitätswandel erforderlich. Das vereinbarte Modell beruht auf einem klassischen Schiedsgerichtsansatz, wie er im Wirtschaftsvöl-

145

⁵⁵⁸ Bundesrat, Bericht betreffend die Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, 26. Mai 2021, S. 26.

kerrecht gang und gäbe ist. Dabei sind gewisse Spezifika durchaus diskutabel: Für jeden Streitfall, bei dem eine Vertragspartei die Einsetzung eines Schiedsgerichts verlangt, wird ein neues Dreier- oder (ausnahmsweise) Fünfergremium bestimmt. Dergestalt *ad hoc* eingesetzte Schiedsrichterinnen und Schiedsrichter verfügen in der Regel nicht über langjährige Erfahrung in der Judikative. Gewöhnungsbedürftig bleibt der Einbezug des EuGH. Er ist – wie dargelegt – unionsrechtlich bedingt; daran führt kein Weg vorbei. In dieser Konstellation agiert der EuGH nicht als verpöntes Gericht der Gegenpartei, sondern als Gericht des EU-Binnenmarktes, an dem die Schweiz sektoriell aus freien Stücken und zu ihrem eigenen Vorteil teilnimmt. Das EU-Recht, das auf die Schweiz ausgedehnt wird, bleibt wesensmässig EU-Recht, das letztinstanzlich vom EuGH nach Massgabe der von ihm entwickelten Auslegungstopoi ausgelegt wird. Dabei deutet nichts darauf hin, dass der EuGH tendenziell «gegen die Schweiz» entscheiden würde.⁵⁵⁹ Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn es um die Klärung eines unionsrechtlichen Begriffs im *Binnenmarktkontext* geht. Konsequenterweise sollte eine Vorlagepflicht der Schiedsgerichte auch nur in dieser Konstellation bestehen. Die praktische Bedeutung der avisierten Streitschlichtung qua Schiedsgerichtsbarkeit dürfte sich auf einige wenige – dann allerdings publikumswirksame und politisch aufgeladene – Fälle beschränken. Im Alltag erfolgt der Rechtsschutz bei der Auslegung und Anwendung der bilateralen Abkommen weiterhin zuvörderst durch die Gerichte in der EU und der Schweiz. Entsprechend zentral ist für die Schweiz die kluge Ausgestaltung allfällig neuer Vorgaben, welche die Behörden diesbezüglich beachten müssen.

- 146 Das Streitbeilegungsmodell, wie es im Entwurf von 2018 vorgesehen war, steht auch in den laufenden Sondierungsgesprächen wieder zur Debatte. Die Schweiz akzeptiert, dass der EuGH verbindlich über die Auslegung von EU-Recht befindet. Allfällig neue Verhandlungen sollten genutzt werden, um das bisher entwickelte Modell weiter zu perfektionieren. Ein wesentliches Augenmerk sollte darauf gerichtet sein, die Verpflichtung eines Schiedsgerichts zur Anrufung des EuGH möglichst klar zu umreissen. Eine Vorlagepflicht sollte nur dann bestehen, wenn es um die Klärung eines unionsrechtlichen Begriffs im *Binnenmarktkontext* geht. In dieser Konstellation beruht die Befassung des EuGH auf der unionsrechtlich bedingten, nachvollziehbaren Logik. Anders präsentiert sich die Ausgangslage, wenn ein Begriff des EU-Rechts *im bilateralen Kontext EU-Schweiz* geklärt werden muss. Die der Klärung eines Begriffs des EU-Rechts im Binnenmarktkontext nachgelagerte Frage, ob im Verhältnis

⁵⁵⁹ EPINEY, Quadratur, *passim*.

zur Schweiz auf der Grundlage eines bilateralen Abkommens eine parallele oder eine von der EuGH-Praxis abweichende Auslegung sachgerecht ist, muss dem EuGH nicht vorgelegt werden. «Polydor» gehört nicht exklusiv dem EuGH. Ein Schiedsgericht ist in der Lage, diese «Übersetzungsaufgabe» zu leisten, ohne dass die Einheitlichkeit des EU-Rechts gefährdet würde. Es ist zugegebenermassen unklar, ob der EuGH eine solche Umschreibung der Vorlagepflicht eines Schiedsgerichts akzeptieren würde. Ein Schiedsgericht mag weiter in alleiniger Verantwortung entscheiden, wenn die Auslegung eines unionsrechtlichen Begriffs im Binnenmarktkontext klar ist oder wenn sich der EuGH bereits dazu geäußert hat; die *acte clair*- und *acte éclairé*-Doktrin des EuGH sollte auch hier greifen. Eine Vorlagepflicht sollte zumindest im Grundsatz ebenso wenig bestehen, wenn es um die Auslegung von der Schweiz zugestandenen Ausnahmen und spezifisch auf das bilaterale Verhältnis zugeschnittenen Sonderregelungen geht. Solche Ausnahmen und Sonderregelungen werden idealerweise so formuliert, dass sie nicht auf unionsrechtlichen Begriffen beruhen. Ein Bereich, in dem ebenfalls eine Änderung im Vergleich zum Entwurf von 2018 diskutabel ist, betrifft die Rolle der Streitbeilegung bei Unstimmigkeiten über die Verpflichtung zur dynamischen Übernahme von neuen EU-Rechtsakten. Der Übernahmeprozess ist im Kern ein politischer Akt. Vor diesem Hintergrund kann mit guten Gründen argumentiert werden, diesen Prozess von den Regeln der ordentlichen Streitbeilegung auszunehmen und spezifisch hierfür geltende Rechtsfolgen vorzusehen, sofern eine Übernahme nicht ordnungsgemäss abläuft.

Epilog

I. Der EuGH und die Schweiz

Der Rundgang durch die 70-jährige Geschichte des EuGH zeigt, wie sich der Gerichtshof in Luxemburg zu einem mächtigen Gericht in Europa und zu einer unverzichtbaren Stütze der europäischen Integration gemausert hat. Sein Beitrag zur Etablierung der EU als Rechtsunion ist überragend. Gleichzeitig prägen die Urteile des EuGH das Leben der Menschen nicht nur in der EU. Sie sind auch für die Menschen in der Schweiz bedeutsam – und zwar, wie diese Schrift aufzuzeigen versucht hat, in deutlich grösserem Ausmass als dies hinlänglich bekannt ist. Urteile des EuGH sind im schweizerischen Rechtsalltag allgegenwärtig. Die Juristinnen und Juristen rezipieren die Urteile aus Luxemburg und tragen dazu bei, dass das *Ius commune europaeum* auch hierzulande Fuss fasst. Auf leisen Sohlen, aber mit grossem Abdruck. 147

Viele Urteile des EuGH, die in der *Hall of Fame* des EU-Rechts einen Ehrenplatz einnehmen, haben ihre Spuren auch im schweizerischen Recht hinterlassen. Dazu gehören selbst Urteile, welche sich zu Rechtsfragen äussern, die spezifisch die supranational geprägte Rechtsordnung der EU betreffen und für Drittstaaten auf den ersten Blick kaum bedeutsam sind. Wer hätte erwartet, dass das Bundesgericht auf die bahnbrechenden Urteile zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts und zu seiner unmittelbaren Anwendbarkeit aus den 1960er Jahren rekurriert (*Costa/E.N.E.L.*, *van Gend en Loos*) und darauf gestützt einen unbedingten Vorrang des Freizügigkeitsabkommens vor schweizerischem Gesetzesrecht begründet? Auch oberwähnte *causes célèbres* zum Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip (*Office national des pensions (ONP)/Gionda Camarotto und Giuseppina Vignone*), zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien (*Becker*), zu den Grundfreiheiten und den weiteren Massnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarktes (*Dassonville*, *Keck und Mithouard*, *Cassis de Dijon*, *Levin*, *Lawrie-Blum*, *Bosman*, *Sturgeon*, *Klopp*, *Vlassopoulos*, *Gebhard*, *Schmidberger*), zur Gleichstellung von Mann und Frau (*Defrenne*, *Kalanke*, *Marschall*), zum Familiennachzug (*Baumbast*, *Zhu und Chen*, *Metock*) und zum Zugang zu Sozialhilfe (*Dano*) haben Eingang in die Praxis der schweizerischen Behörden gefunden und zu ihrer Entscheidungsfindung beigetragen. Urteile zur Grundrechtecharta etwa im Bereich der Behandlung von Asylbewerberinnen und Asylbewerbern (*N.S.*, *C.K./Slowenien*, *Pham*, *Khiri Amayry*) und ihrer Anerkennung als Flüchtlinge (*F/Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*), des Datenschutzes (*Google*, *Schrems I und II*) und von Sanktionen (*Prigozhina*, *Nizar Assaad*) sind auch für den Grundrechtsschutz in der Schweiz wegweisend. Mitunter führt die Berücksichtigung eines Verdikts aus Luxemburg zu 148

einer Inländerdiskriminierung – gleichsam die Negierung der *raison d'être* von Nationalstaaten, die eigenen Staatsangehörigen zumindest nicht schlechter zu behandeln als Ausländerinnen und Ausländer (Metock). Mitunter zwingen solche Verdikte zu Erlassänderungen auf Bundesebene (Botschaftsasyll, Nizar Asaad). Mitunter haben sie das Potential, Praxisänderungen in den Kantonen auszulösen und damit den Föderalismus unter Druck zu setzen (Notare).

- 149 Selbstredend fallen auch manche Urteile des EuGH ins Licht, die für die Schweiz keine Bedeutung entfalten. Natürlich; die Schweiz ist und bleibt zumindest auf absehbare Zeit ein Drittstaat! Mit Blick auf die im ersten Kapitel skizzierten Urteile trifft dies beispielhaft auf die folgenden Bereiche zu: Die Unionsbürgerschaft ist ein Institut des EU-Rechts, welches im Verhältnis zur Schweiz nicht greift. Aus diesem Grund betreffen die Urteile des EuGH zur Verhältnismässigkeitsprüfung beim Entzug der Staatsangehörigkeit und zum Kernbestand der Unionsbürgerschaft nur die Mitgliedstaaten und deren Staatsangehörige (Rottmann, Zambrano). Ebenso wenig gibt es in der schweizerischen Praxis Anzeichen, dass die bilateralen Abkommen einen Staatshafungsanspruch voraussetzen für den Fall, dass ein Abkommen nicht ordnungsgemäss durchgeführt wird (Francovich, Brasserie du Pêcheur u. Factortame). Auch die Rechtsprechung des EuGH zum institutionellen Gleichgewicht zwischen den EU-Organen und zu kompetenziellen Fragen ist für die Schweiz aus naheliegenden Gründen nicht bedeutsam (Roquette/Rat, Les Verts, Tabakrichtlinie I, Pringle, Parlament/Rat betr. Überstellung von Seeräubern). Aus diesem Grund äussert sich die Schweiz bei Eingaben an den EuGH in Vorabentscheidungsverfahren auch nur zu Auslegungsfragen, nicht aber zu Gültigkeitsfragen. Wobei hier sogleich zwei Caveats ins Licht fallen: Zum einen führt die Nichtigerklärung eines EU-Rechtsaktes, der qua Verweis in einem bilateralen Abkommen für die Schweiz einschlägig ist, durch den EuGH dazu, dass die Rechtslage auch bilateral bereinigt werden muss; dieses Schicksal hätte der Fluggastrechteverordnung (EG) 261/2004 gedroht, sofern der EuGH diese Verordnung nichtig erklärt hätte (McDonagh/Ryanair). Zum anderen rekurriert das Bundesgericht auch in diesen Bereichen rechtsvergleichend auf Urteile des EuGH, sofern es sich davon einen Mehrwert verspricht; dies trifft etwa auf das oberwähnte Urteil Les Verts zur Verteilung von staatlichen Geldern an politische Parteien zu.⁵⁶⁰
- 150 Bei einigen Urteilen scheinen auf einen ersten flüchtigen Blick keine Berührungspunkte zur Schweiz vorzuliegen. Ein Beispiel stellt die Praxis des EuGH zur Unabhängigkeit der Gerichte und zu weiteren Teilgehalten der Rechts-

⁵⁶⁰ BGE 124 I 55, E. 7b.

staatlichkeit dar. Diese Urteile beruhen auf der Verpflichtung, die Werte gemäss Art. 2 EUV als «Geschäftsgrundlage»⁵⁶¹ der Mitgliedschaft zu beachten und einen wirksamen Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte zu gewährleisten (Associação Sindical dos Juizes Portugueses, A.K., Repubblica, Staatsanwaltschaft Lübeck und Zwickau, Kommission/Polen betr. Unabhängigkeit des obersten Gerichts). Die Konditionalitätsverordnung 2020/2092, welche Regeln zum Schutz des Haushalts der EU im Fall von Verstössen gegen die Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten enthält, beruht auf einer haushaltsrechtlichen Kompetenznorm (Art. 322 AEUV); der EuGH hat die Rechtmässigkeit dieser Verordnung abgesegnet (Ungarn/Parlament und Rat, Polen/Parlament und Rat). In den bilateralen Abkommen findet sich weder eine Verpflichtung auf den Grundsatz der Werte gemäss Art. 2 EUV – analog zur entsprechenden Verpflichtung im EU-Recht – noch Vorgaben für einen gemeinsamen Haushalt.⁵⁶² Die Folgerung, aus diesem Grund sei die Praxis des EuGH zur Rechtsstaatlichkeit für die Schweiz bedeutungslos, hält einer näheren Betrachtung allerdings nicht stand. Zwei Beobachtungen sind bedenkenswert: Zum einen verpflichten auch die bilateralen Abkommen die Vertragsparteien, Rechtsschutz zu gewähren (vgl. Art. 11 Abs. 3 FZA). Personen und Unternehmen sollen die ihnen zustehenden Rechte gerichtlich einfordern können. Zu diesem Zweck braucht es auch in der Schweiz unabhängige Gerichte; andernfalls kann die sektorielle Einbindung der Schweiz in den unionalen Binnenmarkt nicht funktionieren. Konsequenterweise mögen die Vorgaben des EuGH, die sich ohnehin an die paneuropäisch geltenden Mindeststandards des EGMR und der Venedig-Kommission anlehnen, reflexartig auch für die Schweiz bedeutsam sein.⁵⁶³ Zum anderen entscheidet die Schweiz zwar autonom über die Vergabe von Geldern des schweizerischen Erweiterungsbeitrags an ausgewählte ost-europäische Mitgliedstaaten der EU. Zurzeit wird mit den Partnerländern über die jeweiligen bilateralen Umsetzungsabkommen und die länderspezifischen Schwerpunkte verhandelt.⁵⁶⁴ Gemäss EDA beobachtet die Schweiz dabei «die Situation sowohl in Polen als auch in Ungarn»; das EDA geht «von der Teilhabe der Partnerstaaten an der europäischen Wertegemeinschaft wie Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Menschenrechte aus, zu deren Einhaltung sich beide

⁵⁶¹ CALLIESS, Wertegemeinschaft, S. 1040.

⁵⁶² Eine Ausnahme bilden die Präambeln der Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen, wonach die Zusammenarbeit in diesen Bereichen «auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und der Achtung der Menschenrechte (...) beruht».

⁵⁶³ Wobei zurzeit keine Anzeichen dafür bestehen, dass der Rechtsschutz in der Schweiz diesen Vorgaben nicht genügt.

⁵⁶⁴ S. www.eda.admin.ch/schweizerbeitrag.

Seiten in den vorgesehenen bilateralen Abkommen verpflichtet werden».⁵⁶⁵ Vor diesem Hintergrund erscheinen die Urteile des EuGH zur Rechtsstaatlichkeit in einem anderen Licht. Die Schweiz beteiligt sich indirekt an den von Brüssel, Strassburg und Luxemburg orchestrierten Massnahmen gegen säumige Mitgliedstaaten – als Teil des paneuropäischen Wertebunds, der auf den Grundwerten des Europarates (Art. 3 der Satzung des Europarates) und des EU-Rechts (Art. 2 EUV) gründet, angesichts der Entwicklungen in Polen und Ungarn aber ernsthaft auf die Probe gestellt wird.

- 151 Es ist beeindruckend, mit welcher Akribie die schweizerischen Behörden unio-nale Rechtsakte und die damit einhergehende Praxis des EuGH häufig analysieren und ihre Bedeutung für die Schweiz herauschälen. Das ist mit Blick auf die nicht selten umständlich formulierten Verordnungen und Richtlinien mit ihren ausschweifenden und materiell-rechtlich aufgeladenen Legaldefinitionen, ihren mehrfach verschachtelten komplizierten Satzkonstruktionen und ihren langfädigen Anhängen nicht immer ein juristischer Sonntags Spaziergang.⁵⁶⁶ Ähnliches gilt für Erwägungen des EuGH, die zeitweise ebenfalls nicht als Paradebeispiele für eine einfache und leicht verständliche Sprache taugen. Hier zeigt sich ein Paradox: Auf der einen Seite ist die Schweiz funktional und praktisch eng in den europäischen «Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund»⁵⁶⁷ eingebunden. Auf der anderen Seite bleibt die Schweiz institutionell und politisch eine Aussenseiterin. Die schweizerischen Gerichte haben keinen direkten Zugang zum EuGH. Auch beschränkt sich der Erfahrungsschatz der Schweiz in Bezug auf Verfahren in Luxemburg im We-

⁵⁶⁵ S. <https://www.watson.ch/schweiz/wirtschaft/614319140-abkommen-zu-kohaesions-beitrag-kann-unterzeichnet-werden>. Norwegen, das nach Massgabe des EWR-Finanzierungsmechanismus Kohäsionszahlungen leistet, hat bei Vereinbarungen mit Polen Programmänderungen vorgenommen: Polnische Gerichtsverwaltungen werden nicht mehr unterstützt. Auch werden Gemeinden, die sich zur LGBT-freien Zone erklärten, von Zahlungen ausgeschlossen, s. dazu den zitierten Watson-Artikel sowie Norwegisches Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten, Pressemitteilung vom 27. Februar 2020, Norway to reconsider judicial cooperation with Poland under the EEA and Norway Grants, https://www.regjeringen.no/en/historical-archive/solbergs-government/Ministries/ud/news/2020/reconsider_cooperation/id2691680; zur Konditionalität im EWR Art. 2 Abs. 1 des Protokolls 38c über den EWR-Finanzierungsmechanismus (2014-2021); PIRKER, Cohesion Payments, S. 267 und S. 272-279.

⁵⁶⁶ S. zur «oft sehr schwer verständlich[en]», «umfangreichen und komplizierten Regelungssprache» des EU-Rechts auch Botschaft zur formellen Bereinigung des Bundesrechts vom 22. August 2007, BBl 2007 6121, 6128-6129.

⁵⁶⁷ BVerfGE 140, 317 (338) – Identitätskontrolle; BVerfGE 142, 123 (196) – OMT-Programm; BVerfGE 146, 216 (254) – PSPP-Vorlagebeschluss.

sentlichen auf einen Auftritt als klägerische Partei (Fluglärmstreit) und die – wenngleich erfreulich engagierte – Eingabe von Stellungnahmen in Vorabentscheidungsverfahren zu Auslegungsfragen, welche die Schweiz qua bilateraler Abkommen ebenfalls betreffen.

Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht übernehmen die einschlägige EuGH-Praxis bei der Auslegung der bilateralen Abkommen, welche darauf abzielen, die Schweiz sektoriell in den Binnenmarkt und weitere Politikbereiche der EU zu integrieren, konsequent. Sie sind bei der Auslegung eines solchen Abkommens noch nie ausdrücklich von einem EuGH-Urteil abgewichen und haben stattdessen eine autonome Lesart gewählt (wobei das Bundesgericht bei Fällen zur strafrechtlichen Landesverweisung unter Rekurs auf die Ausschaffungsinitiative bewusst von der etablierten Praxis des EuGH abweicht, mutmasslich unter Verletzung der Verpflichtung zur Berücksichtigung der EuGH-Praxis). Damit leisten die Gerichte ihren Beitrag zum ordnungsgemässen Funktionieren der Abkommen. Bei Abkommen, welche die Schweiz autonom auslegt, werden EuGH-Urteile zum EU-Recht nicht übernommen, wenn dies nicht sachgerecht erscheint; aus diesem Grund ist das Urteil *Cassis de Dijon* bei der Auslegung des Freihandelsabkommens nicht massgeblich (dient beim Binnenmarktgesetz aber rechtsvergleichend als konzeptuelle Grundlage). Im nicht staatsvertraglich überdachten Bereich profitiert die Schweiz von den Vorleistungen des unionalen Gesetzgebers und des EuGH, ohne dazu verpflichtet zu sein. Sie lässt sich rechtsvergleichend von Lösungen inspirieren, welche die EU für ähnlich gelagerte Probleme und Sachverhalte entwickelt hat, und übernimmt im Rahmen des autonomen Nachvollzugs EU-Rechtsakte wie auch Konkretisierungen und Weiterentwicklungen durch die unionale Gerichtsbarkeit, um die wirtschaftlichen Nachteile des institutionellen Abseitsstehens zu minimieren. Auch hier geben Brüssel, Strassburg und Luxemburg den Takt an; die Schweiz folgt hinten an. Das ist handlich und – solange dieser Prozess bewusst erfolgt – unbedenklich. Heikel wird es, wenn die Auseinandersetzung mit Verdikten aus Luxemburg nurmehr *pro forma* erfolgt und die Parallelführung des eigenen Rechts mit demjenigen der EU quasi automatisch stattfindet. Autonome Lösungen sollen dort bewusst gewählt werden, wo eine Abweichung den eigenen Interessen dient und integrationspolitisch vertretbar ist.

152

II. Neues Streitbeilegungsmodell Schweiz-EU

Nun steht zur Debatte, dem EuGH bei der Streitbeilegung zwischen der Schweiz und der EU eine prominente Rolle zuzuweisen. Die Schweiz kann einem Modell, bei dem der EuGH für die Auslegung des EU-Rechts zuständig ist, mit guten Gründen zustimmen.⁵⁶⁸ Es wäre – die Ausführungen im vierten Kapitel zusammenfassend – ein Schritt in die richtige Richtung:

153

- *Eine Vergerichtlichung liegt im Interesse der Schweiz:* Die Streitbeilegung zwischen der Schweiz und der EU bei der Auslegung und Anwendung der bilateralen Abkommen, mit denen die Schweiz am Binnenmarkt teilnimmt, wird entpolitisiert und einer gerichtlichen Instanz überantwortet. Dies spielt der Schweiz als politisch und wirtschaftlich weniger mächtigen Vertragspartei in die Hände. Sie wird vor ungerechtfertigten einseitigen Massnahmen der EU geschützt. Sie kann den vereinbarten Marktzugang gerichtlich einfordern und ist nicht mehr allein auf den Goodwill der EU angewiesen. Voraussetzung dafür ist selbstredend, dass die Schweiz dieses Verfahren bei Bedarf tatsächlich nutzt und ihre traditionelle Zurückhaltung gegenüber der Streitbeilegung durch Gerichte aufgibt.
- *Der EuGH ist das Höchstgericht des unionalen Binnenmarktes:* Das vereinbarte Modell beruht auf einem klassischen Schiedsgerichtsansatz, wie er im Wirtschaftsvölkerrecht gang und gäbe ist. Allein der Einbezug des EuGH ist gewöhnungsbedürftig. Er ist unionsrechtlich bedingt; daran führt kein Weg vorbei. Der EuGH agiert in dieser Konstellation nicht als verpöntes Gericht der Gegenpartei, sondern als Gericht des EU-Binnenmarktes, an dem die Schweiz sektoriell und aus freien Stücken teilnimmt. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass der EuGH tendenziell «gegen die Schweiz» entscheiden würde.⁵⁶⁹ Im Gegenteil: Der EuGH hat bei der Auslegung der bilateralen Abkommen bewiesen, dass er in der Lage ist, auch in solchen Konstellationen sachlich, unparteiisch und methodisch angeleitet vorzugehen. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass der EuGH dieses Vorgehen infrage stellt, wenn er unionsrechtliche Begriffe auch mit Wirkung für die Schweiz auslegt. Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn es um die Klärung eines unionsrechtlichen Begriffs im Binnenmarktkontext geht. Konsequenterweise sollte eine Vorlagepflicht der

⁵⁶⁸ Auch wenn gewisse Spezifika der gewählten Lösung durchaus diskutabel sind und an einigen Stellen Verbesserungspotential besteht, oben [Rz. 132-138](#).

⁵⁶⁹ EPINEY, Quadratur, *passim*.

Schiedsgerichte auch nur in dieser Konstellation bestehen. Sofern eine solche Klärung gelingt, dürfte auch das in der öffentlichen Diskussion im Vordergrund stehende Defizit dieses Modells an Schärfe verlieren: Die Schweiz ist am Gerichtshof der EU personell nicht vertreten, weder auf der Richterbank selbst noch bei den *Référéndaires*.

- *Der EuGH ist für die Schweiz keine Blackbox:* Die Schweiz übernimmt seit Jahrzehnten Urteile des EuGH, sei es auf dem Weg der Rechtsvergleichung und des autonomen Nachvollzugs, sei es bei der Durchführung der bilateralen Abkommen. Die Juristinnen und Juristen in den Behördenstuben, Unternehmensbüros und Anwaltskanzleien sind sich gewohnt, Urteile des EuGH zu rezipieren und das schweizerische Recht im Licht der Dikta aus Luxemburg weiterzuentwickeln. Der Schritt, dem EuGH neu eine Rolle bei der Streitbeilegung zuzuordnen, wäre institutionell und rechtskulturell ein beachtlicher – praktisch wären die Folgen aber überschaubar.
- *Im Alltag wird der Rechtsschutz durch die Gerichte in der EU und der Schweiz gewährt:* Die praktische Bedeutung der avisierten Streitschlichtung qua Schiedsgerichtsbarkeit dürfte sich auf einige wenige – dann allerdings publikumswirksame und politisch aufgeladene – Fälle beschränken. Im Alltag erfolgt der Rechtsschutz bei der Auslegung und Anwendung der bilateralen Abkommen weiterhin zuvörderst durch die Gerichte in der EU und der Schweiz. Es liegt an den Privaten, die ordnungsgemässe Umsetzung und Durchführung der Abkommen einzufordern und die Gerichte anzuhalten, die Praxis des EuGH zu den Parallelbestimmungen im EU-Recht kontextgerecht zu berücksichtigen. Entsprechend zentral ist für die Schweiz die kluge Ausgestaltung allfällig neuer Vorgaben, welche die Behörden diesbezüglich beachten müssen.
- *Die EU beharrt auf der Schaffung eines griffigen Streitbeilegungsmechanismus:* Die EU verlangt seit 2008 von der Schweiz, Hand zur Schaffung neuer institutioneller Regeln zu bieten. In Bezug auf die Streitbeilegung geht es um die Einrichtung eines «internationalen Mechanismus»⁵⁷⁰, welcher einen Grad an Rechtssicherheit und Unabhängigkeit aufweist, wie er bei dem im Rahmen des EWR-Abkommens geschaffenen System existiert, bzw. um «a functioning dispute settlement mechanism»⁵⁷¹. Die EU hat ihre

⁵⁷⁰ Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 20. Dezember 2012, Rz. 33.

⁵⁷¹ Press remarks by Vice-President Maroš Šefčovič following his meeting with Ignazio Cassis, 15. November 2021, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner>; Europäische Kom-

grundsätzliche Haltung, wonach der Status quo institutionell keine tragfähige Grundlage für die erfolgreiche Weiterführung des bilateralen Wegs darstellt, auch nach dem Verhandlungsabbruch im Mai 2021 bekräftigt. Realistischerweise kommt für die Streitbeilegung nur ein Modell in Frage, bei dem die Schweiz der Jurisdiktion des EFTA-Gerichtshofs (wie mutmasslich auch der EFTA-Überwachungsbehörde) unterstellt wird, oder ein Modell, bei dem der EuGH (wenigstens) für die Auslegung des EU-Rechts zuständig ist. *Tertium non datur*, zumindest aus heutiger Warte.

Der Bundesrat brach die Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen im Mai 2021 nicht wegen des im Abkommensentwurf geplanten Streitbeilegungsmodells ab. Seine Kritik zielte auf andere Elemente (Lohnschutz, Unionsbürgerrichtlinie, staatliche Beihilfen). Wenig überraschend steht dieses Streitbeilegungsmodell, bei dem der EuGH mit der Auslegung von EU-Recht befasst wird, auch in den laufenden Sondierungsgesprächen wieder zur Debatte. Diese Weichenstellung verdient nach meinem Dafürhalten Unterstützung, steht aber im Widerspruch zu der in den letzten Jahren wiederholt und lautstark geäusserten Kritik, die Schweiz würde auf diese Weise fremden Richtern den Samtteppich auslegen und souveränitätspolitisch auf Abwege geraten. Warum diese Kritik?

154

mission, Commission Staff Working Document, Individual information sheets on implementation of EU Trade Agreements, 11 October 2022, SWD(2022) 730 final, S. 102.

III. Unterschiedliche Rechtskulturen

Warum bleibt der EuGH für gewisse Kreise ein rotes Tuch und eine veritable *pièce de résistance* für das Gelingen der Bestrebungen, das bilaterale Vertragswerk auf ein neues institutionelles Fundament zu stellen? Wird der EuGH auch bei neuen Verhandlungen zum Elefanten im Raum, der als *deal breaker* einen erfolgreichen Abschluss der avisierten Paketlösung mit neuen institutionellen Regeln und neuen Abkommen gefährdet? Manche Kritikpunkte sind bekannt; die Argumente liegen auf dem Tisch.⁵⁷² Ein Aspekt scheint mir besonders bedenkenswert, der bis anhin nur wenig aufgegriffen worden ist: Die Schweiz hat bei der Lösung von Konflikten traditionell ein gespaltenes Verhältnis zur gerichtsförmigen Streitbeilegung. Dies gilt sowohl bei der Durchsetzung von völkerrechtlich vereinbarten Regeln als auch bei der Streitschlichtung zwischen Gemeinwesen und zwischen Privaten und staatlichen Behörden in der Schweiz.

Die Schweiz setzt sich zwar überzeugt für die Einrichtung von gerichtsförmigen Streitbeilegungsgremien auf dem internationalen Parkett ein.⁵⁷³ Effektive Auftritte vor solchen Gremien sind aber selten:

- *Welthandelsorganisation*: In der WTO trat die Schweiz zwei Mal als klägerische Partei auf.⁵⁷⁴ In beiden Verfahren – das erste wurde 2002 initiiert, das zweite 2018 – beschwerte sich die Schweiz an der Seite weiterer klägerischer Parteien, u.a. der EU, über zusätzliche Zölle der Vereinigten Staaten auf Stahl- und Aluminiumprodukte. In beiden Verfahren gaben die eingesetzten WTO-Panels der Schweiz und den anderen klägerischen Parteien Recht. Im ersten Verfahren bestätigte der Appellate Body das erstinstanzliche Verdikt des Panels. Im zweiten Verfahren legten die

⁵⁷² S. zur Kritik der fehlenden Unabhängigkeit des EuGH und zu souveränitätspolitischen Bedenken oben [Rz. 135](#) und Fn. 531.

⁵⁷³ S. etwa zur Forderung, die Blockade des WTO-Appellate Body (dazu oben Fn. 249) aufzuheben und die Funktionsfähigkeit der WTO-Streitbeilegung wiederherzustellen, Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2018 (...) vom 16. Januar 2019, S. 23-24; zur Unterstützung des MPIA (dazu oben [Rz. 133](#)) durch die Schweiz Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2022 (...) vom 11. Januar 2023, S. 48; www.seco.admin.ch und Link zu Berichte zur Aussenwirtschaftspolitik.

⁵⁷⁴ *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, WT/DS253/AB/R; *United States – Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, WT/DS556/R; www.wto.org und Link zu Dispute Settlement. Die Schweiz beteiligt sich in jüngerer Zeit zudem rege als Drittpartei an WTO-Verfahren.

Vereinigten Staaten ebenfalls Beschwerde gegen den Panel Report ein; dieses Beschwerdeverfahren kann nicht behandelt werden, weil der Appellate Body zurzeit nicht funktionsfähig ist.⁵⁷⁵

- *Freihandelsabkommen*: Im Rahmen von Freihandelsabkommen war die Schweiz noch nie aktiv als Partei an einem Schiedsgerichtsverfahren beteiligt, weder als Klägerin noch als beklagte Partei.
- *Internationaler Gerichtshof*: 1957 klagte die Schweiz vor dem IGH gegen die Vereinigten Staaten. Der IGH erklärte die Klage als unzulässig, weil die Basler Firma Interhandel, deren Aktien der Firma General Aniline and Film Corporation (GAF) von den Vereinigten Staaten konfisziert wurden, nicht alle nationalen Rechtsbehelfe ausgeschöpft hatte.⁵⁷⁶ Die Schweiz wurde zwei Mal vor dem IGH verklagt: 2006 klagte Dominica wegen eines angeblichen Verstosses gegen das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen. 2009 warf Belgien der Schweiz vor, einen allfälligen Entscheid der belgischen Gerichte zur Schadenersatzpflicht der SAirGroup/SAirLines beim Konkurs von Sabena nicht anzuerkennen.⁵⁷⁷ In beiden Fällen verzichteten die klägerischen Staaten in der Folge auf die Weiterführung des Verfahrens.
- *Internationaler Seegerichtshof*: Die Schweiz klagte 2018 – als erstes Binnenland überhaupt – vor dem ISGH gegen Nigeria.⁵⁷⁸ Sie forderte die Freilassung des unter schweizerischer Flagge fahrenden Schiffes «San Padre Pio», das von Nigeria festgehalten wurde. Der ISGH ordnete die Freilassung provisorisch an. 2021 gab Nigeria das Schiff frei.
- *Internationales Zentrum für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten*: 2020 wurde beim ICSID zum ersten Mal ein Verfahren gegen die Schweiz eingeleitet. Eine klägerische Partei forderte Schadenersatz für Verluste, die sie aufgrund des dringlichen Bundesbeschlusses von 1989 über eine

⁵⁷⁵ S. zur Blockade des Appellate Body oben Fn. 249. Die EU und die Vereinigten Staaten einigten sich im zweiten Verfahren einvernehmlich auf eine gütliche Lösung, worauf die EU die Klage noch vor dem Entscheid des Panels zurückzog (*United States – Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, WT/DS548).

⁵⁷⁶ Interhandel Case, Judgment of 21 March 1959, ICJ Reports 1959, S. 6.

⁵⁷⁷ S. www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-38282.html.

⁵⁷⁸ S. www.itlos.org und Link zu M/T «San Padre Pio» Case (Switzerland v. Nigeria); Pressemitteilung des Bundesrates vom 20. Mai 2021, Die Schweiz und Nigeria unterzeichnen eine Vereinbarung zur Freigabe des Schiffes San Padre Pio. Als *Ad hoc*-Richterin des ISGH amtierte u.a. Anna Petrig, Professorin an der Universität Basel.

Sperrfrist für die Veräusserung nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke erlitten hatte.⁵⁷⁹ 2022 wurde das Verfahren eingestellt, weil die Verfahrenskosten nicht bezahlt wurden.

Es ist bemerkenswert, wie sich die Schweiz auf dem (wirtschafts-)völkerrechtlichen Parkett ohne häufigen Gang vor internationale (Schieds-)Gerichte zu behaupten weiss.⁵⁸⁰ Sie scheint ihre Interessen im Regelfall durchsetzen zu können, ohne dass (Schieds-)Richterinnen und Richter angerufen werden müssen. Kooperation statt Konfrontation, so lautet das Motto.⁵⁸¹ Die oberwähnten Ausnahmen bestätigen die Regel. Europapolitisch lautet die Gretchenfrage, ob die Schweiz bereit ist, bei Bedarf ein Verfahren gegen die EU anzustrengen – oder ob sich ein solcher Schritt nicht «geziemt», weil es sich dabei mutmasslich um einen unfreundlichen Akt handelt.⁵⁸² Eine solche Zurückhaltung wäre fehl am Platz: Es liegt kaum im Interesse der Schweiz, allein aus – falsch verstandener – Höflichkeit gegenüber der EU auf einen solchen Schritt zu verzichten, sollte er sich als erfolgsversprechend erweisen.⁵⁸³

157

⁵⁷⁹ Pressemitteilung des SECO vom 20. August 2020, Die Schweiz bestreitet alle in einer ICSID-Schiedsklage gegen sie erhobenen Forderungen, www.seco.admin.ch und Link zu Medienmitteilungen.

⁵⁸⁰ Dabei dürfte die Schweiz allerdings häufig davon profitieren, dass andere Handelsmächte wie die EU nicht zögern, weltweit Marktzugangsrechte und ein *level playing field* einzufordern, wovon reflexartig auch die Schweiz profitiert; letztere sitzt hier – wie andernorts auch – zeitweise im Seitenwagen der EU, ohne den handelspolitischen Kurs mitzubestimmen.

⁵⁸¹ Dazu gehört auch, dass die Schweiz traditionell auf handelspolitische Schutzmassnahmen verzichtet; Aussenwirtschaftsstrategie, Bern, 2023, S. 5, www.seco.admin.ch und Link zu Aussenwirtschaftsstrategie; OESCH/NAEF, Trade Defence Instruments, *passim*.

⁵⁸² S. dazu COTTIER, Bedeutung, S. 181-182; DIEBOLD/OESCH, S. 1550; vgl. etwa auch Art. 3 Abs. 10 der Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung in der WTO: «Es wird davon ausgegangen, dass Schlichtungsersuchen und die Inanspruchnahme der Streitbeilegungsverfahren nicht als Streithandlungen gedacht oder gewertet werden und sich beim Auftreten eines Streits alle Mitglieder wohlwollend an diesen Verfahren beteiligen mit dem Ziel, den Streit beizulegen.»

⁵⁸³ Vgl. OESCH, Regionale Integration, S. 240-241, für einen Disput zwischen der Schweiz und der EU (Verzollung von Re-Exporten aus der Schweiz), bei dem erstere letzterer mit einem WTO-Verfahren «gedroht», letztlich aber auf den Gang nach Genf verzichtet hat, weil eine gütliche Einigung gefunden werden konnte. Bemerkenswerterweise forderte die Schweiz wiederholt von der EU, das Freihandelsabkommen von 1972 um eine Schiedsgerichtsbarkeit zu ergänzen, was die EU ebenso wiederholt ablehnte.

- 158 Verhandlung und Vermittlung werden auch in der Schweiz zur Lösung von Konflikten bevorzugt. Die «drei <Ks>, nämlich Konkordanz, Konsens, Kompromiss»,⁵⁸⁴ welche zur kollektiven DNA der Schweiz gehören, sind nicht nur für die Ausgestaltung der Staatsleitung bedeutsam. Sie beeinflussen auch die Vorstellung darüber, wie Konfliktlösungsstrategien idealerweise ausgestaltet sein sollen. Die Aufgabe, «Recht» und «Unrecht» zu sprechen, wird nur dann einer gerichtlichen Instanz anvertraut, wenn die gemeinsame Suche nach einem akzeptablen Kompromiss nicht gelingt und die politische Ausmarchung im Sand verläuft. Die Schweiz ist damit gut gefahren. In der allgemeinen Wahrnehmung besteht bis heute kein Anlass, einer stärkeren Vergerichtlichung das Wort zu reden. Thomas Maissen beschreibt diese Eigenheit der hiesigen politischen Kultur wie folgt:

«Die Erfahrungen des bedingten Auskämpfens haben die Schweizer tief geprägt: Sie lösen Konflikte über politische Prozesse, nicht auf dem Rechtsweg. Seit den Bundesverfassungen von 1848 und 1874 sind dafür gesamtschweizerische Prozeduren vorhanden, die etwa im Jurakonflikt mit Abstimmungen von der Gemeindeebene bis zum Bund zu erträglichen Lösungen führen. Dass zwei Bundesstaaten sich vor dem höchsten Gericht streiten, wie New York und New Jersey über das Eigentum an Ellis Island, ist kaum denkbar. Nicht ein übergeordnetes Recht und damit wenige juristische Fachleute, sondern der – heutzutage demokratische – politische Prozess soll die Konflikte lösen, die genuin politisch sind, nämlich allgemeinverbindliche Regeln durchsetzen wollen.

Deshalb stehen nicht Urteile am Ende dieser Auseinandersetzung, sondern Rituale der Versöhnung. Das Grundmuster ist die Verbrüderung nach dem Stanser Verkommnis von 1481 (...). Das andere Versöhnungsbild ist die Kappeler Milchsuppe (...), und das <Friedensabkommen> in der Metall- und Uhrenindustrie von 1937 wurde als wiederbelebte Kappeler Milchsuppe dargestellt, zu der sich die Feinde im Landesstreik einfanden: Bürgerblock und Arbeiterbewegung.»⁵⁸⁵

- 159 Die Bundesverfassung bildet das Primat der Konfliktlösung auf politischem Weg ab: Streitigkeiten zwischen Kantonen sowie zwischen Kantonen und dem Bund werden nach Möglichkeit durch Verhandlung und Vermittlung beigelegt (Art. 44 Abs. 3 BV). Die Praxis entspricht dieser Vorgabe: Der Bund wacht zwar über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone (Art. 49 Abs. 2 BV); auch steht der Rechtsweg ans Bundesgericht bei föderalen Streitigkeiten zwischen Kantonen sowie zwischen Bund und Kantonen offen (Art. 189 Abs. 2 BV).⁵⁸⁶ Solche Klagen sind allerdings äusserst selten.⁵⁸⁷ Gemäss Giovanni

⁵⁸⁴ BRÜHL-MOSER, S. 482 und S. 1122.

⁵⁸⁵ MAISSEN, S. 87-88.

⁵⁸⁶ S. zur Bundesaufsicht und zur Konfliktlösung und Streitentscheidung REICH, Gewährleistung, Rz. 20-48.

⁵⁸⁷ BIAGGINI, Art. 189 Rz. 14-15.

Biaggini findet «[d]ie traditionsreiche bundesstaatliche *courtoisie* (...) im Bereich der Bundesaufsicht ein breites Anwendungsfeld (und nimmt mitunter Formen einer «binnenföderalen Diplomatie» an).»⁵⁸⁸ Ausdrücklich eingeschränkt ist die Rolle der Gerichte zudem bei Streitigkeiten über die in der Bundesverfassung angelegte Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Kantonen und über die in der Bundesverfassung gewährleisteten Grundrechte: Die Letztentscheidung obliegt hier der Bundesversammlung (Art. 190 BV).⁵⁸⁹ Das Problem der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene wird immerhin dadurch abgeschwächt, dass das Bundesgericht auch Bundesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK überprüft und EMRK-widrigen Erlassen die Anwendung versagt.⁵⁹⁰ Trotz vereinzelt geäusselter Kritik an einer mutmasslich allzu dynamischen Auslegung der EMRK durch den EGMR haben Volk und Stände die überragende Bedeutung der EMRK für den Grundrechtsschutz in der Schweiz mit der wuchtigen Ablehnung der Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» bestätigt.⁵⁹¹ Die hierzulande vorherrschende Präferenz für Verhandlung und Vermittlung geht im Übrigen nicht mit einer allgemeinen Unzufriedenheit mit den schweizerischen Gerichten und ihrem Personal einher. Ganz im Gegenteil: Das Vertrauen in das Bundesgericht und die Zufriedenheit mit der Tätigkeit seiner Richterinnen und Richter sind in der Bevölkerung wie auch unter den prozessierenden Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gross – und grösser als das Vertrauen in die Bundesparlamentarierinnen und Bundesparlamentarier.

⁵⁸⁸ BIAGGINI, Art. 49 Rz. 19, u.V.a. Jean-François Aubert betr. bundesstaatlicher *courtoisie*; zur zunehmenden Justizialisierung der Bundesaufsicht aber auch ders., Bundesstaat, S. 82-83.

⁵⁸⁹ Bei Fällen, bei denen das BGer kantonale Akte überprüft, besteht die Möglichkeit, ein missliebiges Urteil mittels eines Bundesgesetzes (sofern hierfür eine Bundeskompetenz besteht) oder einer Volksinitiative zu «korrigieren» und auf diese Weise das Primat der Politik zu betonen. So lancierte die SVP im Nachgang zu zwei bundesgerichtlichen Urteilen von 2003, wonach bei Einbürgerungen die Grundrechte zu beachten (BGE 129 I 217) und Urnenabstimmungen unzulässig sind (BGE 129 I 232), die Volksinitiative «für demokratische Einbürgerungen». Damit wurde bezweckt, die Rechtslage, welche durch die beiden Urteile entstanden war, rückgängig zu machen (Botschaft zur Eidgenössischen Volksinitiative «für demokratische Einbürgerungen» vom 25. Oktober 2006, BBl 2006 8953, 8954). Volk und Stände lehnten die Initiative 2008 ab. S. zu den limitierten Potenzialen der bundesgerichtlichen Politikgestaltung und zu diesem Beispiel einer versuchten Korrektur eines missliebigen Urteils REICH, Art. 188 BV Rz. 12-14; ders., Information, Ziff. III/2/a.

⁵⁹⁰ LOOSER, Art. 190 BV Rz. 47-48; TSCHUMI/SCHINDLER, Art. 5 BV Rz. 88-98.

⁵⁹¹ Die Initiative sah den Vorrang der BV gegenüber dem Völkerrecht (mit Ausnahme von *ius cogens*) vor; im Falle eines Widerspruchs hätten die völkerrechtlichen Verpflichtungen an die BV angepasst werden müssen, nötigenfalls durch Kündigung der betreffenden völkerrechtlichen Verträge; AUER et al., *passim*.

rier und die politischen Parteien.⁵⁹² Damit korrespondiert eine hohe Bereitschaft, Urteile zu akzeptieren und zu befolgen. Dies gilt nicht nur in Bezug auf Urteile schweizerischer Gerichte, sondern auch in Bezug auf Verdikte aus Strassburg (und – mutmasslich – Entscheide weiterer internationaler Streitbeilegungsorgane, sofern sich die Schweiz auf solche Verfahren einlässt).

- 160 Die in der Schweiz traditionell vorherrschende Zurückhaltung, Konflikte zu entpolitisieren und ihre Lösung einer gerichtlichen Instanz zu überantworten, steht in augenfälligem Kontrast zum Grundverständnis über die Rolle der Politik, des Rechts und der Gerichte in der EU. Dabei prallen unterschiedliche Kulturen und Formen der Verfasstheit von Gesellschaften aufeinander. Das europäische Einigungswerk unter der Ägide der EWG/EG/EU versteht sich seit den 1950er Jahren als Rechtsgemeinschaft bzw. Rechtsunion.⁵⁹³ Dabei wird die Aufgabe, die Wahrung des Rechts zu sichern, massgeblich den Gerichten überantwortet, zuvörderst dem EuGH (Art. 146 EWGV, Art. 19 Abs. 1 EUV). Er ist für die verbindliche Auslegung des Rechts zuständig. Die starke Stellung des EuGH ist in den Verträgen angelegt.⁵⁹⁴ Sie beruht auf einer bewussten Entscheidung der Mitgliedstaaten und entspringt dem Anliegen, die «Einheit durch Recht als Quellcode der Rechtsgemeinschaft»⁵⁹⁵ gerichtlich abzusichern. Das Vorabentscheidungsverfahren ist das «Schlüsselement»⁵⁹⁶ des unionalen Rechtsschutzsystems: Der EuGH hat das letzte Wort über die Auslegung und Gültigkeit des EU-Rechts. Das Vertragsverletzungsverfahren – wehe den Mitgliedstaaten, die EU-Recht *nicht* ordnungsgemäss durchführen – und das Nichtigkeitsklageverfahren – jede Handlung einer Unionseinrichtung, die Rechtswirkungen gegenüber Dritten erzeugt, ist gerichtlich nachprüfbar – ergänzen das Rechtsschutzarsenal. Es war bei der Gründung der Europäischen Gemeinschaften in den 1950er Jahren für die tonangebenden

⁵⁹² Quelques orientations pour la Suisse: Résultats et interprétations du Baromètre des préoccupations 2022 du Credit Suisse, S. 9, <https://anneepolitique.swiss> und Link zu Sorgenbarometer; Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2021, S. 9-10, www.eidgenossische-gerichte.ch und Link zu Geschäftsberichte.

⁵⁹³ Urteil Les Verts, 294/83, EU:C:1986:166, Rz. 23; Gutachten EWR I, 1/91, EU:C:1991:490, Rz. 21; Urteil Inuit, C-583/11 P, EU:C:2013:625, Rz. 91; Urteil Kommission/Polen, C-619/18, EU:C:2019:531, Rz. 46; zu den Ursprüngen des Verständnisses der EWG als Rechtsgemeinschaft, zur Kritik an diesem Konzept und zu seiner Aktualität MAYER, Narrativ, *passim*.

⁵⁹⁴ S. auch oben [Rz. 58](#). Dabei mag die Kritik der «over-constitutionalization» der EU-Verträge (oben [Rz. 57](#)) gerade auch in der Schweiz, wo Bundesgesetze (und Völkerrecht) das Mass aller Dinge sind (Art. 190 BV, oben [Rz. 159](#)), auf fruchtbaren Boden fallen.

⁵⁹⁵ SAUER, Schranken, S. 929.

⁵⁹⁶ Urteil Kommission/Polen, C-619/18, EU:C:2019:531, Rz. 45; Urteil République de Moldavie (Komstroy), C-741/19, EU:C:2021:655, Rz. 46.

Kräfte keine Option, auf ein griffiges Regime zur Sicherung der Wahrung des Rechts durch eine starke Gerichtsbarkeit (EuGH) und eine wirkmächtige «Hüterin»⁵⁹⁷ der Verträge (Hohe Behörde, die heutige Kommission) zu verzichten und stattdessen allein auf die Bereitschaft der Mitgliedstaaten zu vertrauen, die Verträge einheitlich auszulegen und ordnungsgemäss durchzuführen. Schon bald zeigte sich zudem, dass es wenig realistisch war, allein mit Entscheidungen der Hohen Behörde (später der Kommission) und (vorläufig) einstimmig verabschiedeten Verordnungen und Richtlinien des Rates (und später des Europäischen Parlaments) dem in den Verträgen angelegten Integrationsprogramm für «einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker» (Präambel des EWGV) gerecht zu werden. Schwerfällige Vertragsänderungen kamen hierfür ebenfalls nicht in Frage. Der EuGH übernahm die Federführung. Er stellte die einheitliche Auslegung des Rechts sicher, pochte auf seine ordnungsgemässe Anwendung und entwickelte es rechtsschöpferisch weiter. Trotz vereinzelt geäusselter Kritik und gelegentlicher Verschnupfung ob des luxemburgischen Aktivismus haben die Mitgliedstaaten auch kühnste Rechtsfortbildungen durch den EuGH akzeptiert. Sie tragen die vom EuGH angetriebene Konstitutionalisierung der Gemeinschafts- bzw. Unionsrechtsordnung mit. Die Ausgangslage, welche die Etablierung des EuGH als mächtiges Gericht möglich gemacht hat, war folglich eine grundlegend andere als die Umstände in der Schweiz, wo sich in föderalen (und weiteren) Angelegenheiten die politische Konfliktlösung als zielführender erwiesen hat als der Gang vor die Richterin oder den Richter.

Die Schweiz tut in der Debatte über neue institutionelle Regeln gut daran, sich dieser Unterschiede bewusst zu sein. Die machtvolle Stellung des EuGH ist eine Konsequenz der Umstände, die in den 1950er Jahren zur Gründung der EGKS und der EWG geführt haben. Sie war von Anfang an ein Mittel zum Zweck, die vertraglich avisierten Ziele zu erreichen. Daran haben auch die zwischenzeitlich durchgeführten Vertragsrevisionen, die Gründung der EU und die damit einhergehende Vertiefung der europäischen Integration mit einer stärkeren Hinwendung zum Politischen und einem Machtzuwachs des Europäischen Rates nichts geändert.⁵⁹⁸ Die mächtige Stellung des EuGH im Institutionengefüge ist ein Wesensmerkmal der EU. Daran kommt mutmasslich kein Drittstaat vorbei, wenn seine sektorielle Beteiligung am Binnenmarkt und an weiteren Politikbereichen der EU auf eine neue institutionelle Basis gestellt werden soll. Das gilt auch für die Schweiz.

161

⁵⁹⁷ Urteil Kommission/Deutschland, C-431/92, EU:C:1995:260, Rz. 22.

⁵⁹⁸ S. etwa VAN MIDDELAAR, *passim*.

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) prägt mit seinen Urteilen das Leben in Europa nachhaltig. Das gilt auch für die Schweiz. Die Juristinnen und Juristen orientieren sich an den Urteilen aus Luxemburg und tragen dazu bei, dass das europäische Recht auch hierzulande Fuss fasst. Auf leisen Sohlen, aber mit grossem Abdruck. Nun steht zur Debatte, dem EuGH bei der Streitbeilegung zwischen der Schweiz und der EU eine Rolle zuzuweisen. Höchste Zeit also, den EuGH und seine wegweisenden Urteile näher kennenzulernen!