

# BENEDICT VISCHER

## EINHEITLICHE AUSLEGUNG IM BILATERALEN RECHT

**Ein zentrales Element der geplanten Weiterentwicklung des bilateralen Rechts ist die Vereinbarung eines Grundsatzes einheitlicher Auslegung mit parallelem Unionsrecht. Die Regelung dieses Prinzips ist von oft unterschätzter Tragweite und sollte präzisiert werden.**

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

**Verlag:** EIZ Publishing ([eizpublishing.ch](http://eizpublishing.ch))

**Produktion & Vertrieb:** buch & netz ([buchundnetz.com](http://buchundnetz.com))

**ISBN:**

978-3-03805-639-3 (PDF)

978-3-03805-640-9 (ePub)

**DOI:** <https://doi.org/10.36862/eiz-stapkt006>

**Version:** 1.02 – 20231128

Open-Access-Kosten finanziert durch Universitätsbibliothek Zürich.

Dieser Beitrag ist als E-Book (open access) in verschiedenen Formaten verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL:

<https://eizpublishing.ch/publikationen/einheitliche-auslegung-im-bilateralen-recht/>.

# Standpunkte

In der Reihe *Standpunkte* veröffentlicht EIZ Publishing Stellungnahmen zu aktuellen politischen Entwicklungen, insbesondere im Bereich der Europäischen Integration, der Beziehungen der Schweiz zur EU und im Europäischen Wirtschaftsrecht. Verfasser der Standpunkte sind Vertreter der nationalen und internationalen Wirtschaft, Wissenschaft und Politik. Das EIZ bietet mit dieser Reihe ein Forum für Beiträge und Interventionen zu aktuellen Debatten.

# Einheitliche Auslegung im bilateralen Recht

## Zum Postulat eines neuen Auslegungsgrundsatzes in den Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweiz

Benedict Vischer\*

### I. Einleitung

Zu den zentralen Neuerungen, welche die zähen Verhandlungen zwischen der Europäischen Union und der Schweiz über eine Fortentwicklung der Vertragsbeziehungen mit sich bringen sollen, gehört die Einführung eines Grundsatzes einheitlicher Auslegung der bilateralen Marktzugangsabkommen. Das Postulat einer konsequenteren Gewährleistung der Einheitlichkeit von Anwendung und Auslegung des in der Schweiz anwendbaren Binnenmarktrechts gehört zu den Hauptforderungen der EU. Seit den Anfängen der Diskussion über einen neuen Rahmen der bilateralen Beziehungen vor nunmehr fünfzehn Jahren hebt die EU dieses Anliegen hervor.<sup>1</sup> Die Forderung eines internationalen Institutionenrahmens zur Gewährleistung der Vertragsdurchführung wurde erst später zur festen Massgabe und schloss an das Homogenitätsanliegen an.<sup>2</sup>

Entsprechend prominent wurde das Auslegungsprinzip im inzwischen verworfenen Abkommensentwurf von 2018 (InstA)<sup>3</sup> verankert. Art. 1 InstA stellt die

---

\* Dr. iur. et lic. phil. Benedict Vischer, LL.M. (Yale), ist Oberassistent für Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht an der Universität Zürich und assoziierter Wissenschaftler am European Institute der Universität Basel.

<sup>1</sup> Vgl. die Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 8. Dezember 2008, § 29, 31 f.

<sup>2</sup> In den erwähnten Schlussfolgerungen des Rates von 2008 ist erst unbestimmt von einem „Mechanismus“ die Rede, der „die regelmässige Aktualisierung und einheitliche Auslegung“ gewährleisten soll (ebd., § 32); in den Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 14. Dezember 2010, § 42, 48 f., werden unabhängige Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismen sowie ein Schlichtungsmechanismus gefordert, unter steter Bezugnahme auf das Einheitlichkeitspostulat; in den Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen der EU zu den EFTA-Ländern vom 20. Dezember 2012, § 33, wird dann auch ausdrücklich eine gerichtliche Kontrolle verlangt, weiterhin mit Verweis auf das Anliegen der Einheitlichkeit.

<sup>3</sup> Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne (UE) et la Confédération suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe, 23. November 2018 (inoffizielle dt. Übersetzung: Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehun-

einheitliche Auslegung als eines der Ziele des Abkommens hinaus. Gleich nach den Bestimmungen zum Geltungsbereich und den verwendeten Begriffen formuliert dann Art. 4 den „Grundsatz der einheitlichen Auslegung“.

Trotz dieser wichtigen Stellung im Vertragsprojekt hat der neue Auslegungsgrundsatz bisher verhältnismässig wenig Aufmerksamkeit erhalten. Die politische, aber auch die wissenschaftliche Diskussion fokussiert weitgehend auf institutionelle Fragen, die auch mit der landläufigen Rede von einem „Rahmenabkommen“ oder „institutionellen Abkommen“ in den Vordergrund gestellt werden. Diskutiert wird allem voran das geplante Streitschlichtungssystem mit dem umstrittenen Einbezug des Gerichtshofs der Europäischen Union (GHdEU); bereits geringere, aber ebenfalls erhebliche Beachtung finden die Verfahren dynamischer Rechtsübernahme. Hier wird ein Paradigmenwechsel in den bilateralen Beziehungen geortet. Der proklamierte Auslegungsgrundsatz scheint demgegenüber vielfach als eine weiche, weitgehend selbstverständliche und wenig folgenreich an die bestehende Praxis anschliessende Devise wahrgenommen zu werden.

Dies kontrastiert mit dem Gewicht, das die Union in ihren Verlautbarungen dem Postulat einheitlicher Auslegung einräumt. Beharrlich hat der Rat in seinen Schlussfolgerungen die mangelnde Einheitlichkeit der Anwendung und Auslegung moniert.<sup>4</sup> In der Tat ist das Einheitlichkeitspostulat in der bisherigen Praxis sowohl des GHdEU als auch des Schweizerischen Bundesgerichts nur unter Vorbehalten massgebend. Kommission und Rat dringen hier auf eine Korrektur.

Auch Sinn und Tragweite neuer Vorschriften zur Rechtsübernahme und Streitbeilegung hängen wesentlich von den leitenden Auslegungsgrundsätzen ab. Die neuen Mechanismen dienen der Gewährleistung der geforderten Homogenität. Die Formulierung der Auslegungsregeln bietet die Richtschnur für die Entscheidung, welches Recht von der Schweiz zu übernehmen ist, welche Verbindlichkeiten unmittelbar aus den Verträgen hervorgehen und wann gegebenenfalls der GHdEU in ein Streitschlichtungsverfahren einzubeziehen

---

gen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt).

<sup>4</sup> Vgl. die in Fn. 2 zitierten Schlussfolgerungen von 2008, 2010 und 2012. Siehe ferner Schlussfolgerungen des Rates zu einem homogenen erweiterten Binnenmarkt und den Beziehungen der EU zu nicht der EU angehörenden westeuropäischen Ländern vom 16. Dezember 2014, § 4 und 44; Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen der EU zur Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 28. Februar 2017, § 5 f.; Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen der EU zur Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. Februar 2019, § 8 und 13.

wäre. Bedeutsam ist dabei nicht nur, was die vereinbarten Auslegungsprinzipien vorgeben, sondern ebenso, was diese offen lassen. Unschärfen und Lücken eröffnen den zuständigen Interpretationsorganen Spielräume der Rechtsgestaltung.

Die Verhandlungen über die massgebenden Auslegungsgrundsätze im bilateralen Recht verdienen daher hohe Aufmerksamkeit. In diesem Beitrag möchte ich das geplante Leitprinzip einheitlicher Auslegung näher beleuchten. Das Prinzip wurde im Entwurf von 2018 ausserordentlich strikt gefasst. Vor dem Hintergrund der Bedeutung des Grundsatzes in der EU und dem EWR dürfte dies zu einer engeren Anlehnung der Vertragsauslegung an das Unionsrecht führen als nach dem bisherigen Recht. Es bestehen jedoch weiterhin verschiedene Gründe, die bei der Auslegung des bilateralen Rechts zu Abweichungen von der parallelen Unionsrechtslage anhalten können. Um deren angemessene Berücksichtigung weiterhin zu gewährleisten, sollte der Einheitlichkeitsgrundsatz präzisiert werden. Eine Anpassung könnte auch die Brisanz der geplanten Auslegungszuständigkeit des GHdEU abmildern. Durch präzisere Vorgaben könnte die Auslegungsaufgabe des GHdEU besser eingegrenzt und an deutlichere Kriterien gebunden werden. Die künftige Rechtsentwicklung würde so auf eine solidere demokratische Basis gestellt, welche der Nachhaltigkeit des Integrationsprozesses wesentlich zugutekommen dürfte.

Ich werde im Folgenden zunächst die 2018 vorgeschlagene Regelung darstellen und die Homogenitätsorientierung der bisherigen Praxis zum bilateralen Recht umreissen. In einem nächsten Schritt zeichne ich dann die Implikationen nach, welche die Verankerung des Einheitlichkeitsprinzips in der Fassung des verworfenen Abkommensentwurfs hätte. Der postulierte Grundsatz hat sich im Recht der EU und des EWR entwickelt und ist vor diesem Hintergrund zu lesen. Ein weiteres Kapitel erläutert die Gründe, die einer vorbehaltlosen Einheitlichkeit in der bilateralen Marktassoziation entgegenstehen. Davon ausgehend diskutiere ich mögliche Präzisierungen der neuen Auslegungsregel und präsentiere abschliessend einen konkreten Vorschlag zur Neufassung der Vorschrift.

## II. Der Grundsatz einheitlicher Auslegung im Abkommensentwurf von 2018

### I. Art. 4 InstA

Art. 4 des Abkommensentwurfs von 2018 bestimmte in der französischen Originalfassung unter dem Titel „Principe d'interprétation uniforme“ Folgendes:

1. Aux fins de la réalisation des objectifs fixés à l'article 1<sup>er</sup> et dans le respect des principes du droit international public, les accords concernés et les actes juridiques de l'Union européenne auxquels référence y est faite sont interprétés et appliqués de manière uniforme dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe.
2. Dans la mesure où leur application implique des notions de droit de l'Union européenne, les dispositions du présent accord et des accords concernés et les actes juridiques de l'Union européenne auxquels référence y est faite, sont interprétés et appliqués conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, antérieure ou postérieure à la signature de l'accord concerné.

Der erste Absatz stellt den eigentlichen Grundsatz auf, wonach die erfassten Verträge und die Unionsrechtsakte, auf die darin Bezug genommen wird, in den Bereichen des Binnenmarktes, an denen die Schweiz teilnimmt, einheitlich ausgelegt und angewandt werden. Dabei wird auf die in Art. 1 InstA festgelegten Ziele verwiesen. Diesem Artikel zufolge sollen mit dem Abkommen für Vertragsparteien, Wirtschaftsakteure und Privatpersonen grössere Rechtssicherheit, Gleichbehandlung und einheitliche Bedingungen in den Binnenmarkt Bereichen, an denen die Schweiz teilnimmt, gewährleistet werden. Ferner wird die an sich selbstverständliche Beachtlichkeit völkerrechtlicher Grundsätze festgehalten. Hier dürfte insbesondere an die Auslegungsregeln von Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVR)<sup>5</sup> zu denken sein.<sup>6</sup>

### 2. Uniformität und Homogenität

Die Begrifflichkeit „einheitlich“ bzw. „Einheitlichkeit“ übersetzt in der inoffiziellen deutschen Version des InstA unterschiedliche Vokabeln des französischen Originals. In Art. 4 InstA und mit einer Ausnahme auch an anderen Stellen, wo von einer einheitlichen *Auslegung und Anwendung* die Rede ist, wird im französischen Originaltext der Begriff „uniforme“ gebraucht. In dem einen Ausnahmefall (Art. 11 InstA) sowie an Stellen, wo einheitliche *Bedingungen* an-

---

<sup>5</sup> Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge, SR 0.111.

<sup>6</sup> So auch Thomas Cottier, „Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU“, in: Astrid Epiney / Lena Hehemann / Petru Emanuel Zlatescu (Hg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2018/2019*, 2019, S. 356 ff., 363.

gesprochen werden, steht im Original der Begriff „homogène“. Dass das Einheitlichkeitsziel mit den beiden Begriffen der Uniformität und der Homogenität festgeschrieben wird, entspricht dem EWR-Abkommen (EWR).<sup>7</sup> Ob den beiden Attributen eine unterschiedliche Bedeutung beizulegen ist, ist unklar. Sprachlich legt Uniformität („Einförmigkeit“) eine etwas stärkere Übereinstimmung nahe als Homogenität („Gleichartigkeit“). Dem entspricht, dass Uniformität primär auf die Auslegung und Anwendung festgeschriebener Rechtsbestimmungen und Homogenität in der Regel auf die offenere Grösse der daraus hervorgehenden Marktbedingungen bezogen wird. Jedenfalls verweisen die beiden Begriffe auf dasselbe Ziel der Einheit im Binnenmarkt.

### 3. Bezugsrahmen der Einheitlichkeit

Auf den ersten Blick können die Bezugspunkte des Einheitlichkeitsgrundsatzes zweifelhaft erscheinen.<sup>8</sup> Nach einem engen Verständnis ginge es bloss darum, dass die EU und die Mitgliedstaaten auf der einen Seite sowie die Schweiz auf der anderen Seite die bilateralen Rechte und Pflichten aus den gemeinsamen Abkommen und den darin aufgenommenen Unionsrechtsakten in ihrem jeweiligen Verantwortungsbereich einheitlich auslegen. Demnach würde der Artikel zunächst den allgemeinen Grundsatz festhalten, dass ein Vertrag in seinem gesamten Anwendungsbereich und für alle Parteien denselben Sinn hat.<sup>9</sup> Weiter könnte darin eine Vorgabe der Reziprozität in der Vertragsdurchführung gesehen werden. Dieses Anliegen spielte bei der Entstehung der Homogenitätsregeln zwischen der EU und den EFTA-Staaten eine wichtige Rolle.<sup>10</sup> Ferner könnte gefolgert werden, dass die Parteien gehalten sind, auf die Praxis der anderen Seite Acht zu haben und eine Koordination anzustreben (vgl. Art. 11 InstA).

Nach einem weiteren Verständnis wird die Einheitlichkeit dagegen nicht bloss auf die jeweilige Durchführung der bilateralen Verbindlichkeiten bezogen,

---

<sup>7</sup> Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum; vgl. etwa die französische Fassung *Accord sur l'Espace économique européen*, passim.

<sup>8</sup> Vgl. zur parallelen Zweideutigkeit im EWR-Abkommen Halvard Haukeland Fredriksen, „One market, two courts: Legal pluralism vs. homogeneity in the European Economic Area“, *Nordic Journal of International Law* 79 (2010), S. 481-499, 483.

<sup>9</sup> Vgl. mit Bezug auf das EWR-Abkommen ebd.

<sup>10</sup> Problematisch war insbesondere, dass den Freihandelsabkommen in der EU die unmittelbare Anwendbarkeit eingeräumt wurde, während die EFTA-Staaten – einschliesslich der Schweiz – diese verneinten. Vgl. Sven Norberg, „Justice in the European Economic Area – The Role of the EFTA Court“, in: EFTA-Court (Hg.), *Judicial Protection in the European Economic Area. International Conference by the EFTA Court on 17 June 2011*, Stuttgart 2012, S. 29 ff., 32 ff.



sondern auch auf das Verhältnis zwischen dem bilateralen Recht und parallellem Unionsrecht. Einheitlich anzuwenden und auszulegen wäre demnach in den Teilen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt, das unionsinterne Recht einerseits und das parallele bilaterale Recht andererseits.

Dieses weitere Verständnis steht näher betrachtet im Vordergrund.<sup>11</sup> Die Norm stipuliert Einheitlichkeit ihrem Wortlaut nach nicht bloss in den bilateralen Beziehungen, sondern in den Bereichen des multilateralen Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt. Bezweckt wird damit unter anderem die Gleichbehandlung der Marktsubjekte und die Gewährleistung einheitlicher Bedingungen (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 InstA). Nach einer oft verwendeten Diktion will die EU ein „level playing field“ im Markt garantieren.<sup>12</sup> Deshalb beschränkt sich das Einheitlichkeitspostulat in den laufenden Verhandlungen auch auf den Binnenmarkt und wird nicht auf das gesamte bilaterale Recht bezogen. Die Einheitlichkeit der Rechte und Pflichten in den bilateralen Vertragsbeziehungen ist impliziert, soweit dies Teil der Gewährleistung einheitlicher Binnenmarktregeln ist. Die Einheitlichkeit im Binnenmarkt muss aber über die Uniformität der Vertragsdurchführung beider Seiten hinausgehen und das Verhältnis zwischen dem einschlägigen unionsinternen Recht und den bilateralen Parallelbestimmungen umfassen.

Dieses umfassende Verständnis der Einheitlichkeit bestätigt der zweite Absatz. Dieser stipuliert die Verbindlichkeit der Rechtsprechung des GHdEU bei der Auslegung und Anwendung des neuen Abkommens, der erfassten Abkommen sowie der Rechtsakte, auf die darin Bezug genommen wird. Massgebend ist die Unionsrechtsprechung vor und nach der Unterzeichnung des jeweiligen Abkommens, soweit die Rechtsanwendung unionsrechtliche Begriffe impliziert. Relevant kann die Rechtsprechung vor der Unterzeichnung bloss sein, sofern auch die unionsinterne Auslegung der fraglichen Begriffe heranzuziehen und auf die Auslegung im bilateralen Verhältnis zu übertragen ist.

#### 4. Geltungsbereich des Grundsatzes

Das institutionelle Abkommen und also auch Art. 4 InstA sollte gemäss Art. 2 InstA auf ausdrücklich aufgezählte bestehende sowie auf künftige Marktzu-

---

<sup>11</sup> So auch Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA), Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz–EU, 16. Januar 2019, S. 7 („einheitliche Auslegung der Regeln im gemeinsamen Markt“, im Original fett). Entsprechend zum EWR-Abkommen Fredriksen, „One market, two courts: Legal pluralism vs. homogeneity in the European Economic Area“ (Fn. 8), S. 483.

<sup>12</sup> Bericht des Bundesrats betreffend die Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, 26. Mai 2021, S. 26 (im Original kursiv).

gangsabkommen Anwendung finden. Von herausragender Bedeutung unter den genannten Abkommen ist das Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA).<sup>13</sup> Ein Entwurf für eine gemeinsame Erklärung hielt zudem fest, dass das Abkommen im Umfang der schweizerischen Binnenmarktbeitragsleistung auf neue Handelsabkommen Anwendung finden würde, mit denen die bestehenden Handelsabkommen modernisiert werden sollten.<sup>14</sup>

Ein weiterer Entwurf für einen Beschluss des Gemischten Ausschusses zum Freihandelsabkommen (FHA)<sup>15</sup> erwog, dass Teil II des InstA, der in Art. 8A Abs. 3 BV auf Art. 4 Abs. 2 InstA verweist, auch mit Blick auf das FHA eine spätere Übereinkunft über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen im Sinne von Art. 31 WVR darstelle und somit bei der Auslegung der Beihilferegelung von Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA massgebend sei.<sup>16</sup> Es handelte sich beim fraglichen Entwurfspassus wohlgernecht nicht um eine konstitutive Vorschrift, welche den Anwendungsbereich des InstA nachträglich erweitern würde – wozu der Gemischte Ausschuss gar nicht befugt wäre –, sondern um eine feststellende Erwägung. Daraus ist zu schliessen, dass die an den Verhandlungen beteiligten Behörden davon ausgingen, das InstA könne auch jenseits des Anwendungsbereichs gemäss Art. 2 InstA nach Art. 31 WVR auslegungsrelevant sein, und beabsichtigten, ihre Auslegungspraxis entsprechend anzupassen.<sup>17</sup> Diese Rechtsauffassung ist aber ohne Grundlage.<sup>18</sup> Das institutionelle Abkommen wäre nach dem klaren Wortlaut von Art. 2 InstA nur eine Übereinkunft über die Auslegung und Anwendung derjenigen Verträge, die vom besagten Artikel erfasst sind. Obgleich die Erwägung des Beschlussentwurfs nicht zu überzeugen vermag, ist davon auszugehen, dass diese das Verständnis reflektiert, von dem sich die Kommission und der Bundesrat nach Abschluss des InstA hätten leiten lassen. Art. 4 InstA wäre somit

---

<sup>13</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

<sup>14</sup> Déclaration conjointe UE-Suisse sur les accords liés au commerce [Entwurf], § 9.

<sup>15</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, SR 0.632.401.

<sup>16</sup> Projet de décision du Comité conjoint de l'article 29 de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne, conclu à Bruxelles le 22 juillet 1972, ErwGr. 4.

<sup>17</sup> So ausdrücklich EDA, Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz–EU, 16. Januar 2019, S. 16.

<sup>18</sup> So auch Christa Tobler / Jacques Beglinger, *Tobler/Beglinger-Brevier zum institutionellen Abkommen Schweiz – EU*, Ausgabe 2021-05.1, <[https://www.eur-charts.eu/wp-content/uploads/2021/05/Tobler-Beglinger-Brevier-Institutionelles-Abkommen\\_2021-05.1.pdf](https://www.eur-charts.eu/wp-content/uploads/2021/05/Tobler-Beglinger-Brevier-Institutionelles-Abkommen_2021-05.1.pdf)> (letzter Zugriff: 20.11.2023), S. 34.

von den beiden Behörden auch ausserhalb des Geltungsbereichs von Art. 2 InstA zumindest mit Blick auf die Beihilferegelung des FHA in die Auslegungspraxis einbezogen worden.

### III. Einheitliche Auslegung in der bisherigen Praxis zu den bilateralen Verträgen

Dass die Marktzugangsabkommen die Schweiz partiell der Unionsrechtsordnung assoziieren, zu diesem Zweck oft Unionsrecht übernehmen und in diesem Rahmen auch der Auslegung und Anwendung ein Gebot der Einheitlichkeit aufgeben, ist seit jeher anerkannt. Einige bilaterale Verträge enthalten denn auch ausdrückliche Homogenitätsklauseln. Art. 16 des besonders wichtigen FZA bestimmt im ersten Absatz, dass die Parteien alle erforderlichen Massnahmen treffen, um eine Anwendung gleichwertiger Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft (heute EU), auf die Bezug genommen wird, sicherzustellen. Der zweite Absatz verpflichtet in den Fällen, in denen die Vertragsanwendung gemeinschaftsrechtliche Begriffe impliziert, zur Berücksichtigung der einschlägigen, vor Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Gemeinschaftsrechtsprechung.<sup>19</sup> Das Luftverkehrsabkommen (LVA)<sup>20</sup> verlangt in seinem Art. 1 Abs. 2 bei Parallelbestimmungen zum Unionsrecht noch strikter eine Auslegung „in Übereinstimmung mit den vor der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassenen Urteilen, Beschlüssen und Entscheidungen des Gerichtshofs und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften“. Beide Klauseln sehen überdies vor, dass die Schweiz über die einschlägige Entscheidpraxis nach Unterzeichnung des Abkommens unterrichtet wird und der Gemischte Ausschuss die Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf Antrag feststellen kann.

Diese Vorgaben sind ersichtlich zurückhaltender formuliert als die in Art. 4 InstA statuierten Regeln. Die Verpflichtungen zur Beachtung der Unionspraxis beschränken sich im Grundsatz auf Anwendungsakte vor der Abkommensunterzeichnung und auch diesbezüglich verlangt Art. 16 Abs 2 FZA bloss eine Berücksichtigung. Hinsichtlich der späteren Praxis wird lediglich eine Unterrichtung vorgeschrieben. Die aufgegebene Parallele mit den Rechten und Pflichten in EG-Rechtsakten, auf die das FZA Bezug nimmt, wird mit dem Begriff der Gleichwertigkeit gefasst (frz. „équivalent“).

---

<sup>19</sup> Der Begriff „implizieren“ (frz. „impliquer“), der in Art. 4 InstA aufgenommen wird, findet sich in den romanischen Sprachfassungen des FZA. In der deutschen Fassung wird an der Stelle „heranziehen“ verwendet.

<sup>20</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, SR 0.748.127.192.68.

Sowohl das Bundesgericht als auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) haben aber im Lichte des in der Präambel des FZA proklamierten Ziels, eine auf dem einschlägigen Unionsrecht beruhende Rechtslage zu verwirklichen,<sup>21</sup> weitergehende Verpflichtungen abgeleitet, bei der Vertragsauslegung an die unionsinterne Rechtslage anzuschliessen.<sup>22</sup> Die Pflicht zur Berücksichtigung der Unionsrechtsprechung vor Unterzeichnung des Abkommens verstehen die Gerichte als Befolgungspflicht.<sup>23</sup> Urteile zum Unionsrecht nach der Vertragsunterzeichnung nimmt der EuGH jedenfalls dann zur Richtschnur, wenn diese an eine vorangehende Rechtsprechung anschliessen und diese lediglich präzisieren.<sup>24</sup> Das Bundesgericht geht noch etwas weiter und übernimmt zur Gewährleistung einer parallelen Rechtslage grundsätzlich auch die neuere Unionsrechtsprechung, soweit das FZA auf unionsrechtliche Grundsätze rekurriert und – nach einer ständigen Formel – keine „triftigen Gründe“ zu einer anderen Rechtsauffassung führen.<sup>25</sup> Derlei Gründe sind nach der bundesgerichtlichen Praxis „nicht leichtthin“ anzunehmen.<sup>26</sup>

Diesen Grundsätzen folgend übernimmt das Bundesgericht einschlägige Unionsjudikatur unabhängig von ihrem Datum mit grosser Konsequenz. Zumindest implizit übertragen die Gerichte damit auch die Spezifika der unionsrechtlichen Auslegungsmethodik auf die Anwendung der bilateralen Verträge. Dazu gehört insbesondere das hohe Gewicht der teleologischen Normbetrachtung und spezifischer die unionsrechtliche Konzeption des „effet utile“-Grundsatzes in Ausrichtung auf das Integrationsziel.<sup>27</sup> Daran anschliessend,

---

<sup>21</sup> Präambel ErwGr. 2 FZA („[...] entschlossen, diese Freizügigkeit zwischen ihnen auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen [...]“).

<sup>22</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.91/2003 vom 4. November 2003, E. 3.3 ff.; 136 II 5 E. 3.4 S. 13; EuGH, Urteil vom 15. Dezember 2011, Bergström, C-257/10, ECLI:EU:C:2011:839, Rn. 27 f.

<sup>23</sup> BGE 139 II 393 E. 4.1.1 S. 398 f. Das Bundesgericht formuliert hier und an anderen Orten, die einschlägige Unionsrechtsprechung vor der Vertragsunterzeichnung sei „massgebend“. Zum analogen Verständnis des EuGH vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2011, Graf und Engel, C-506/10, ECLI:EU:C:2011:64, Rn. 26 (Rechtsprechung vor Abkommensunterzeichnung „gilt [...] auch für das Abkommen selbst“). Hiervon unterscheidet das Bundesgericht die Bedeutung der späteren Rechtsprechung, wo nach der zitierten Erwägung „keine Befolgungspflicht, sondern höchstens ein Beachtungsgebot“ besteht.

<sup>24</sup> EuGH, Urteil vom 26. Februar 2019, Wächtler, C-581/17, ECLI:EU:C:2019:138, Rn. 39.

<sup>25</sup> BGE 136 II 5 E. 3.4 S. 13.

<sup>26</sup> Ebd.

<sup>27</sup> Vgl. zu dem Grundsatz in der EuGH-Rechtsprechung Sibylle Seer, *Der effet utile in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, Berlin 2008. Das Bundesgericht rekurriert in einigen Urteilen zum bilateralen Recht ausdrücklich auf den „effet utile“-Grundsatz. Un- deutlich bleibt das Gericht im Hinblick auf die Frage, ob und wieweit es sich durch das

aber noch bedeutend weitergehend, hat das Bundesgericht nicht nur im Hinblick auf die Norminhalte, sondern auch mit Blick auf die Stellung von Vertragsbestimmungen in der schweizerischen Rechtsordnung Einheitlichkeit mit dem Unionsrecht angenommen. Dem FZA, aber auch anderen Assoziationsverträgen wird demnach ein dem Unionsrecht entsprechend strikter Vorrang gegenüber Landesrecht zuerkannt.<sup>28</sup> Darin geht das Bundesgericht weiter als der EFTA-Gerichtshof mit Blick auf das EWR-Abkommen.<sup>29</sup>

Die Gerichte beider Parteien anerkennen und gewährleisten nach dem Gesagten bereits gegenwärtig eine weitreichende Einheitlichkeit des unionsinternen Rechts und des bilateralen Vertragsrechts, mit dem die Schweiz der Unionsrechtsordnung assoziiert wird. Allerdings bleibt die Einheit der Auslegung sowohl nach der unionalen als auch nach der schweizerischen Justiz gewissen Vorbehalten unterworfen. Der partielle Charakter der Assoziation der Schweiz an die Unionsrechtsordnung kann gebieten, gewisse Bestimmungen des bilateralen Rechts trotz ihrer Verwandtschaft mit unionsrechtlichen Vorschriften abweichend auszulegen. Der EuGH hat die Grenzen der Einheitlichkeit zwischen internem Unionsrecht und partiellem Assoziationsrecht in einer auf das Urteil *Polydor* von 1982 zurückgehenden Rechtssprechungslinie festgehalten und im Urteil *Grimme* auch auf die bilateralen Marktzugangsabkommen zwischen der Schweiz und der EU übertragen.<sup>30</sup> Auch ein ähnlicher und selbst ein identischer Wortlaut kann demnach aufgrund des unterschiedlichen Kontexts

---

Prinzip in seiner unionsrechtlichen Ausprägung (und nicht bloss nach der weiteren völkerrechtlichen Bedeutung) gebunden sieht oder lediglich im Ergebnis daran anschliesst. Vgl. im Rahmen des FZA BGE 134 II 10 E. 3.5.3 S. 20; 142 II 35 E. 5.2 S. 44; ausdrücklich offengelassen wird die Massgeblichkeit des unionsrechtlichen Prinzips mit Blick auf das Lugano-Übereinkommen (SR 0.275.12) in BGE 144 III 175 E. 5.1.2 184 f. In der Sache bleibt die unionsrechtliche Methodik freilich leitend, soweit das Bundesgericht der unionsinternen Praxis folgt.

<sup>28</sup> Mit Blick auf das FZA BGE 133 V 367 E 11.4 S. 389; BGE 142 II 35 E. 3.2 S. 40; mit Bezug auf den Dublin-Besitzstand BGE 148 II 169 E. 5.2 S. 178. Diese Erwägung des Bundesgerichts wurde von Teilen der Lehre stark kritisiert. Vgl. nur Giovanni Biaggini, „Die ‚Immerhin liesse sich erwägen‘-Erwägung im Urteil 2C\_716/2014: über ein problematisches höchstrichterliches *obiter dictum*“, ZBl 117 (2016), S. 169 f.

<sup>29</sup> Vgl. zur Rechtslage im EWR Christian Franklin / Ólafur Ísberg Hannesson / Ómar Berg Rúnarsson / Georges Baur / Enya Steiner, „Norway (including Iceland and Liechtenstein)“, in: Marleen Botman / Jurian Langer (Hg.), *National Courts and the Enforcement of EU Law. The Pivotal Role of National Courts in the EU Legal Order*, Den Haag 2020, S. 337 ff., 339 ff.

<sup>30</sup> EuGH, Urteil vom 9. Februar 1982, *Polydor*, 270/80, ECLI:EU:C:1982:43; EuGH, Urteil vom 12. November 2009, *Grimme*, C-351/08, ECLI:EU:C:2009:697.

andere Auslegungsergebnisse verlangen.<sup>31</sup> Demgemäss hat der EuGH trotz einer zunehmenden Orientierung am Homogenitätsziel eine Übertragung der unionsinternen Praxis auf das bilaterale Verhältnis in verschiedenen Fällen abgelehnt.<sup>32</sup>

Die bundesgerichtliche Praxis zu den bilateralen Verträgen neigt insgesamt stärker zum Anschluss an die unionsinterne Rechtslage als die Rechtsprechung der Unionsgerichte.<sup>33</sup> Mit dem erwähnten Vorbehalt einer Abweichung von neuerer Unionspraxis aus triftigen Gründen stellt aber auch das Bundesgericht beharrlich heraus, dass das Einheitspostulat nicht uneingeschränkt gilt. Noch vor der *Polydor*-Entscheidung des EuGH erwog das Bundesgericht überdies mit Blick auf das FHA, dass der beschränkte Regelungsumfang des Vertrags eine umstandslose Übertragung der Interpretation paralleler Binnenmarktregeln verbietet.<sup>34</sup> Auch zum FZA hat das Bundesgericht im Anschluss an die Unionspraxis gelegentlich bemerkt, dass die gegenüber dem Unionsrecht limitierte Zwecksetzung zu einer abweichenden Auslegung führen kann.<sup>35</sup> Der Auslegung der bilateralen Verträge legt das Bundesgericht wie auch der EuGH die Grundsätze der WVR zugrunde.<sup>36</sup> Auch damit signalisieren die Gerichte, dass das bilaterale Verhältnis trotz des Assoziationscharakters stärker als die Unionsrechtsordnung einer völkerrechtlich-zwischenstaatlichen Logik verhaftet bleibt.

Diese Vorbehalte gegenüber einer konsequenten Einheitsorientierung haben in der Gerichtspraxis allerdings nur selten eine engere Auslegung des bilateralen Rechts als paralleler Unionsrechtsbestimmungen zur Folge gehabt. Das Bundesgericht hat einigen Bestimmungen des FHA abweichend von der Anwendung analoger Gemeinschaftsrechtsvorschriften die unmittelbare An-

---

<sup>31</sup> EuGH, Urteil vom 9. Februar 1982, *Polydor*, 270/80, ECLI:EU:C:1982:43, 1. Ls.; EuGH, Gutachten 1/91 vom 14. Dezember 1991, EWR 1, ECLI:EU:C:1991:490, 1. Ls.

<sup>32</sup> EuGH, Urteil vom 12. November 2009, *Grimme*, C-351/08, ECLI:EU:C:2009:697; EuGH, Urteil vom 11. Februar 2010, *Fokus Invest*, C-541/08, ECLI:EU:C:2010:74; EuGH, Urteil vom 15. Juli 2010, *Hengartner und Gasser*, C-70/09, ECLI:EU:C:2010:430; EuGH, Urteil vom 7. März 2013, *Schweiz/Kommission*, C-547/10 P, ECLI:EU:C:2013:139; EuGH, Urteil vom 15. März 2018, *Picart*, C-355/16, ECLI:EU:C:2018:184.

<sup>33</sup> So auch *Astrid Epiney / Beate Metz / Benedikt Pirker, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“*, Zürich 2012, S. 279; vgl. mit Blick auf das FZA auch Hansjörg Seiler, „Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege“, ZBJV 150 (2014), S. 265 ff., 276, Fn. 60.

<sup>34</sup> BGE 104 IV 175 E. 2b S. 179 f.; BGE 105 II 49 E. 3a S. 59.

<sup>35</sup> BGE 140 II 167 E. 4.4 S. 175; BGE 145 IV 364 E. 3.4.3 f. S. 369 f. und E. 3.8 S. 375.

<sup>36</sup> Vgl. z.B. BGE 139 II 393 E. 4.1.1 S. 397; differenzierend BGE 140 II 167 E. 5.5.2 S.; EuGH, Urteil vom 26. Februar 2019, *Wächtler*, C-581/17, ECLI:EU:C:2019:138, Rn. 35.

wendbarkeit versagt. Das FHA und die fragliche Rechtsprechung gehen allerdings auf die 1970er-Jahre zurück, eine Zeit also, in der der Integrationsprozess und insbesondere auch die vertragliche Einbindung der Schweiz weit weniger fortgeschritten waren. Das Gericht stützte seine Erwägungen auf die Entstehungsgeschichte des Vertrags.<sup>37</sup> In der Praxis zu den neueren bilateralen Verträgen sah sich das Bundesgericht in einem Entscheid zur Exportierbarkeit der Hilfslosenentschädigung durch den Willen der Vertragsparteien zu einer Abweichung von der unionsinternen Praxis veranlasst.<sup>38</sup> Der EuGH hat das LVA im Fluglärmstreit zwischen der Schweiz und Deutschland im Hinweis auf den Kontext der bilateralen Verträge enger interpretiert als parallele unionsinterne Normen und die von der Schweiz angenommene Integrationstiefe in diesem Bereich zurückgewiesen.<sup>39</sup> In einer jüngeren Rechtsprechungslinie zum Gesetzgebungskompromiss in Umsetzung der Ausschaffungsinitiative hat wiederum das Bundesgericht auf die Kontextunterschiede zwischen der Union und dem bilateralen Recht rekurriert, um eine unmittelbare Massgeblichkeit der Unionsrechtsprechung zu strafrechtlichen Freizügigkeitseinschränkungen im Rahmen des FZA zu verneinen. Unter Beachtung der Besonderheiten des bilateralen Rechts und des Zusammenhangs der schweizerischen Rechtsordnung ist die Praxis des EuGH allerdings auch nach dieser Rechtsprechung zu berücksichtigen.<sup>40</sup> Entsprechend nimmt das Bundesgericht auch in seinen Entscheidungen zur Landesverweisung stetig auf die Praxis des EuGH Bezug. Im Ergebnis eindeutig abweichend wurde bisher nicht geurteilt.

In Anschlag gebracht werden die Grenzen der Übertragbarkeit der Unionsrechtslage auf die bilateralen Verträge von den Gerichten konsequenter in Fällen, in denen bereits auf der Wortlautebene erhebliche Differenzen bestehen. Sowohl der EuGH als auch das Bundesgericht haben es mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Kontexte verschiedentlich abgelehnt, anderslautende

---

<sup>37</sup> BGE 104 IV 175 E. 2b S. 179 f.; BGE 105 II 49 E. 3a S. 59.

<sup>38</sup> BGE 132 V 423.

<sup>39</sup> EuGH, Urteil vom 7. März 2013, Schweiz/Kommission, C-547/10 P, ECLI:EU:C:2013:139; vgl. dazu den Kommentar von Christa Tobler, „Luftverkehrsrecht: Auslegung des Luftverkehrsabkommens EU-Schweiz – Keine Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit“, *EuZW* 2013, S. 429 ff.

<sup>40</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_378/2018 vom 22. Mai 2019, E. 3.8 und E. 4.3.3, letztere E. nicht publ. in: BGE 145 IV 364. Vgl. zu der Rechtsprechungslinie die hilfreichen Erläuterungen des beteiligten Richters Niklaus Oberholzer, „Landesverweisung – aktueller Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung“, *ZBJV* 156 (2020), S. 227 ff. In der Lehre wurde die Praxis von verschiedener Seite kritisiert. Vgl. nur Astrid Epiney, „Strafrechtliche Landesverweisung und FZA“, *Jusletter* 19. August 2019; Matthias Oesch, *Der EuGH und die Schweiz*, Zürich 2023, Rn. 102, m.w.H.

Vorgaben aufgrund des Einheitlichkeitspostulats im Sinne der unionsinternen Rechtslage auszulegen. Vor allem die Unionsjustiz hat die Beachtlichkeit entsprechender Differenzen in der Rechtsgrundlage immer wieder herausgestellt.<sup>41</sup> Ein bedeutender Unterschied, auf den das Bundesgericht hingewiesen hat, betrifft die Unionsbürgerschaft. Das schweizerische Gericht hat vermerkt, dass gewisse auf dem Bürgerschaftsstatus beruhende Rechte im Bereich des FZA ohne Verbindlichkeit sind.<sup>42</sup> Bei derartigen Differenzen misst die bisherige Rechtsprechung zu den bilateralen Verträgen dem Homogenitätsziel weniger Gewicht bei als der EFTA-Gerichtshof im Kontext des EWR. Das EFTA-Gericht hat Ansprüche, die nach der Praxis des EuGH unionsintern einzig aus der Unionsbürgerschaft abgeleitet werden, in verschiedenen Fällen auf andere freizügigkeitsrechtliche Bestimmungen gestützt.<sup>43</sup> Diese Rechtsprechung beruht auf den im EWR-Abkommen bereits allgemeiner und konsequenter stipulierten Einheitlichkeitsgrundsätzen.<sup>44</sup> Sie werden vom EFTA-Gericht als Gebot begriffen, Homogenität im Ergebnis nach Möglichkeit auch im Rekurs auf abweichende Rechtsgrundlagen zu gewährleisten.<sup>45</sup>

Freilich sind nicht alle heiklen Fragen zur Tragweite der Einheitlichkeit im Rahmen der schweizerischen Binnenmarktintegration bereits gerichtlich beurteilt worden. Angemahnt wird das Erfordernis einheitlicher Regeln seitens der Europäischen Kommission besonders eindringlich mit Blick auf noch nicht justiziell geprüfte Vorschriften, die im Rahmen der sog. Flankierenden Massnahmen erlassen wurden, um die Gefahr eines Lohn- und Sozialdumpings im Rahmen der durch das FZA eingeführten beschränkten Dienstleistungsfreiheit abzuwehren. Als unverhältnismässige und daher unzulässige Beschränkung der vertraglichen Ansprüche erachtet die Kommission namentlich die achttägige Voranmeldefrist sowie die Kautionspflicht, aber auch die Mehrheit der üb-

---

<sup>41</sup> EuGH, Urteil vom 12. November 2009, Grimme, C-351/08, ECLI:EU:C:2009:697; EuGH, Urteil vom 11. Februar 2010, Fokus Invest, C-541/08, ECLI:EU:C:2010:74; EuGH, Urteil vom 15. Juli 2010, Hengartner und Gasser, C-70/09, ECLI:EU:C:2010:430; EuGH, Urteil vom 15. März 2018, Picart, C-355/16, ECLI:EU:C:2018:184.

<sup>42</sup> BGE 136 II 65 E. 4.2 S. 74.

<sup>43</sup> EFTA-GH, Urteil vom 27. Juni 2014, Gunnarsson, E-26/13; EFTA-GH, Urteil vom 26. Juli 2016, Jabbi, E-28/15; anders mit Blick auf die unionsinterne Rechtslage EuGH, Urteil vom 12. März 2014, O. und B., C-456/12, ECLI:EU:C:2014:135.

<sup>44</sup> EFTA-GH, Urteil vom 26. Juli 2016, Jabbi, E-28/15, Rn. 68.

<sup>45</sup> Vgl. dazu Pål Wennerås, in: Finn Arnesen u.a. (Hg.), *Agreement on the European Economic Area. A Commentary*, München u.a. 2018, Rn. 62 ff. zu Art. 6 EWR; Halvard Haukeland Fredriksen, in: Arnesen u.a. (Hg.), *Agreement on the European Economic Area*, Rn. 13 zu Art. 105 EWR; Christa Tobler, „Free Movement of Persons in the EU v. in the EEA: Of Effect-related Homogeneity and a Reversed Polydor Principle“, *European Papers* 3 (2018), S. 1429 ff.



rigen Massnahmen.<sup>46</sup> Im Gemischten Ausschuss zum FZA konnten die Parteien diesbezüglich bisher keine Einigung erzielen. Ob die Vorschriften auch vor Bundesgericht Bestand hätten, ist offen. Wie bei den Bestimmungen zur Landesverweisung handelt sich um eine politisch sensible Materie. Die strittigen Regeln sind Teil des politischen Kompromisses, der zur Gewährleistung der demokratischen Zustimmung zur Personenfreizügigkeit in der Schweiz vereinbart wurde.<sup>47</sup>

Zusammengefasst ist die Auslegung des bilateralen Rechts durch die Gerichte und daran anschliessend auch anderer Behörden beider Seiten bereits heute vom Postulat einheitlicher Regeln im Binnenmarkt geleitet. Vertragliche Bestimmungen, die unionsinternem Recht entsprechen, werden grundsätzlich analog ausgelegt. Die unionsgerichtliche Rechtsprechung wird dabei unabhängig von ihrem Datum zur Massgabe genommen. Sowohl der GHdEU als auch das Bundesgericht gehen allerdings davon aus, dass der Grundsatz der Einheitlichkeit nicht uneingeschränkt gilt. Der partielle Charakter der schweizerischen Binnenmarktintegration kann Abweichungen gebieten. Grenzen ziehen die Gerichte der Einheitlichkeit zumal in Fällen, wo auf der Wortlautebene erhebliche Differenzen bestehen. Vereinzelt sind die Gerichte aber auch in anderen Fällen zu abweichenden Ergebnissen gelangt. Oft scheinen dabei kompetenzielle Gesichtspunkte ausschlaggebend zu sein. Die Gerichte nehmen Rücksicht auf den Willen der Vertragsparteien, zwischenstaatliche Verhandlungsprozesse und Gesetzgebungskompromisse, oft in politisch sensiblen Bereichen.

---

<sup>46</sup> Bericht des Bundesrates betreffend die Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der EU vom 26. Mai 2021, S. 13. Die EU-Kommission erachtet laut Bericht sieben von elf Massnahmen als unzulässig.

<sup>47</sup> Die Genehmigung der Ausdehnung der Personenfreizügigkeit infolge der EU-Osterweiterung und der Verschärfung der flankierenden Massnahmen von 2004 erfolgte sogar im selben, durch Volksabstimmung bestätigten Beschluss (Bundesbeschluss über die Genehmigung und Umsetzung des Protokolls über die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf die neuen EG-Mitgliedstaaten zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits sowie über die Genehmigung der Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit vom 17. Dezember 2004, BBl 2004 7125). Vgl. dazu Kurt Pärli, *Entsendegesetz (EntsG)*, Bern 2018, Rn. 4 f. und 22 zu Art. 6 EntsG.

## IV. Bedeutung der vorgeschlagenen Regelung

### 1. Zwei Funktionen eines ausdrücklichen vertragsübergreifenden Auslegungsprinzips

Durch die ausdrückliche Verankerung des Einheitlichkeitsgrundsatzes wird nach dem Gesagten keine gänzlich neue Maxime eingeführt. Die Novelle kann zwei Funktionen erfüllen: Sie kann zum einen die bereits bestehende Einheitsorientierung im Bereich des Binnenmarkts deutlicher festhalten und absichern; andererseits kann das Einheitlichkeitsgebot präzisiert und insbesondere verstärkt werden. Beides soll nach den Forderungen der Kommission mit dem neuen Grundsatz erreicht werden. Die Weiterentwicklung der bilateralen Beziehungen soll konstatierte Mängel der Einheit im Binnenmarkt überwinden, um im Rahmen der Binnenmarktassoziation gleiche Regeln zu sichern. Dementsprechend strikt ist der neue Grundsatz im Entwurf von 2018 gefasst. Die Einheitlichkeit der Anwendung und Auslegung wird vorbehaltlos statuiert und die Massgeblichkeit der Unionsrechtsprechung unabhängig von deren Datum vorgegeben.

### 2. Hintergrund im weiteren Recht der europäischen Integration

#### a) *Europäische Union*

Zum Verständnis dieser Vorgaben sind die Hintergründe und der weitere Zusammenhang des Einheitlichkeitsprinzips im Recht der europäischen Integration zu berücksichtigen. Seine Wurzeln hat der Grundsatz einheitlicher Auslegung und Anwendung in der Praxis zum Unionsrecht. Der EuGH stellte den Grundsatz schon früh als elementares Prinzip des Gemeinschaftsrechts heraus.<sup>48</sup> Er erläuterte die einheitliche Anwendung als „Grunderfordernis der gemeinschaftlichen Rechtsordnung“<sup>49</sup> und verknüpfte dieses eng mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz.<sup>50</sup> Die Uniformität der Auslegung erkannte der

---

<sup>48</sup> Vgl. bereits EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, CILFIT, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335, 1. Ls.; zur Bedeutung des Grundsatzes vgl. Thomas von Danwitz, „Einheitliche Auslegung und Vorrang des Unionsrechts im Dialog der Gerichte“, Verfassungsblog, 27. Oktober 2022; Dana Burchardt, „The relationship between the law of the European Union and the law of its Member States – a norm-based conceptual framework“, *European Constitutional Law Review* 15 (2019), S. 73 ff., insbes. 91 ff.

<sup>49</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 21. Februar 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen, C-143/88 und C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65, Rn. 26.

<sup>50</sup> EuGH, Urteil vom 6. Juni 1972, Schlüter & Maack, 94/71, ECLI:EU:C:1972:45, Rn. 11; vgl. dazu Martin Nettesheim, „Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschafts-

Gerichtshof als wesentliche Implikation.<sup>51</sup> Das Prinzip bildet eine wesentliche Grundlage der herausragenden Stellung, die dem GHdEU in der Verfassungsordnung der EU zukommt.<sup>52</sup>

b) *Lugano-Übereinkommen und Europäischer Wirtschaftsraum*

Das Lugano-Übereinkommen (LugÜ)<sup>53</sup> und bald darauf das EWR-Abkommen verankerten den Grundsatz dann auch in den Assoziationsbeziehungen. Der ehemalige Richter am EFTA-Gerichtshof Sven Norberg bezeichnet den Grundsatz mit Recht als das wichtigste Rechtsprinzip des EWR-Abkommens.<sup>54</sup> Der ehemalige Präsident des EFTA-Gerichtshofs Carl Baudenbacher spricht etwas poetischer von der „Zauberformel des EWR-Abkommens“.<sup>55</sup> Bereits bei der Erarbeitung des Abkommens bildete die Gewährleistung der Homogenität ein zentrales Thema.<sup>56</sup> Die entsprechenden Bestimmungen erheben „eine möglichst einheitliche Auslegung“ zum Ziel (Art. 105 Abs. 1 und Art. 106 EWR; ähnlich Präambel ErwGr. 8 LugÜ).<sup>57</sup> Auch die Massgeblichkeit der vor Abkommensunterzeichnung ergangenen EuGH-Rechtsprechung zum parallelen Gemeinschaftsrecht für die Auslegung des Abkommens wurde in Art. 6 EWR festgeschrieben.

---

rechts“, in: Albrecht Randelzhofer u.a. (Hg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, München 1995, S. 447 ff., 448 ff.

<sup>51</sup> EuGH, Urteil vom 18. Januar 1984, Ekro, 327/82, ECLI:EU:C:1984:11, Rn. 11.

<sup>52</sup> Vgl. von Danwitz, „Einheitliche Auslegung und Vorrang des Unionsrechts im Dialog der Gerichte“ (Fn. 48), These 2.

<sup>53</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, SR 0.275.12.

<sup>54</sup> Norberg, „Justice in the European Economic Area – The Role of the EFTA Court“ (Fn. 10), S. 31, 48.

<sup>55</sup> Carl Baudenbacher, „The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts But Winning Together“, in: Court of Justice of the European Union (Hg.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Caselaw*, Den Haag 2013, S. 183 ff., 185 („magic formula of the EEA Agreement“).

<sup>56</sup> Vgl. Norberg, „Justice in the European Economic Area – The Role of the EFTA Court“ (Fn. 10), S. 30 ff.

<sup>57</sup> Die einheitliche Auslegung des LugÜ wird im dem Übereinkommen beigefügten Protokoll 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens und den ständigen Ausschuss näher geregelt. Vgl. dazu den Bericht der Herren P. Jenard und G. Möller über das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, geschlossen in Lugano am 16. September 1988, ABl. C 189 vom 28.7.1990, S. 57 ff.

Die Verankerung des Einheitlichkeitsgrundsatzes sollte insbesondere auch die Anwendung des oben erläuterten *Polydor*-Prinzips im EWR verhindern.<sup>58</sup> Nachdem der EuGH in seinem berüchtigten Gutachten 1/91 den Standpunkt vertrat, dass die im Abkommensentwurf postulierte Einheitlichkeit auch im Rahmen des EWR aufgrund des abweichenden Kontexts erheblichen Grenzen unterworfen bleibe,<sup>59</sup> wurde das Homogenitätsziel im Abkommen nochmals verdeutlicht, wodurch die entsprechenden Bestimmungen ihre definitive Gestalt erhielten.<sup>60</sup> In Art. 3 Abs. 2 Überwachungs- und Gerichtshof-Abkommen<sup>61</sup> wurde ausserdem die Pflicht zur Berücksichtigung der einschlägigen EuGH-Judikatur nach Unterzeichnung des EWR-Abkommens festgeschrieben.<sup>62</sup> Im Lichte dieser Regelungen wandte dann tatsächlich weder der EFTA-Gerichtshof noch der EuGH den *Polydor*-Grundsatz auf das EWR-Recht an.<sup>63</sup>

Die Praxis zum EWR hat das Einheitlichkeitsprinzip als umfassende Massgabe interpretiert.<sup>64</sup> Die durch die Rechtsprechung gewährleistete Einheitlichkeit beschränkt sich nicht auf die Auslegung analoger Bestimmungen im EU- und EWR-Recht. Sie wurde insbesondere auch auf prozedurale Regeln der Rechtsdurchsetzung und auf die Wirkung der Rechtspflichten der Vertragsparteien bezogen. So übertrug der EFTA-Gerichtshof namentlich die unionalen Grundsätze der Staatshaftung bei der Missachtung von Umsetzungspflichten auf das EWR-Recht.<sup>65</sup> Generell wird das Einheitlichkeitsgebot nicht primär auf das Verständnis einzelner Bestimmungen, sondern auf das tatsächliche Ergebnis in der Sache bezogen. Wie bereits erwähnt kann dies sogar dazu führen, dass eine einzelne Norm abweichend ausgelegt wird, um das Fehlen einer andern, im Unionsrecht enthaltenen Norm (etwa die Rechte der Unionsbürgerschaft)

---

<sup>58</sup> Wennerås, in: *Agreement on the European Economic Area* (Fn. 45), Rn. 2 zu Art. 6 EWR.

<sup>59</sup> EuGH, Gutachten 1/91 vom 14. Dezember 1991, EWR 1, ECLI:EU:C:1991:490.

<sup>60</sup> Vgl. Norberg, „Justice in the European Economic Area – The Role of the EFTA Court“ (Fn. 10), S. 48.

<sup>61</sup> Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofes.

<sup>62</sup> Vgl. Norberg, „Justice in the European Economic Area – The Role of the EFTA Court“ (Fn. 10), S. 47.

<sup>63</sup> Vgl. Marja-Liisa Öberg, *The Boundaries of the EU Internal Market. Participation without Membership*, Cambridge 2020, S. 163 ff.; Baudenbacher, „The EFTA Court and Court of Justice of the European Union“ (Fn. 55), S. 190.

<sup>64</sup> Vgl. Fredriksen, in: *Agreement on the European Economic Area* (Fn. 45), Rn. 10 ff. zu Art. 105 EWR.

<sup>65</sup> EFTA-GH, Gutachten vom 10. Dezember 1998, Sveinbjörnsdóttir, E-9/97; aufgenommen in EuGH, Urteil vom 15. Juni 1999, Rechberger, C-140/97, ECLI:EU:C:1999:306, Rn. 39.

zu substituieren. Christa Tobler hat dies als „umgekehrte Version des Polydor-Prinzips“ bezeichnet.<sup>66</sup>

c) *Bilaterales Recht EU-Schweiz*

Im bilateralen Recht mit der Schweiz wurden demgegenüber nur die oben diskutierten eingeschränkten und bereichsspezifischen Homogenitätsregeln vorgesehen. Angesichts dessen kam der EuGH im *Grimme*-Urteil zum erwähnten Schluss, dass der im *Polydor*-Urteil festgehaltene Vorbehalt kontextbedingt abweichender Auslegungsergebnisse auf den bilateralen Vertragskomplex zu übertragen ist. Der Gerichtshof grenzte das bilaterale Recht dabei ausdrücklich vom EWR ab.<sup>67</sup> Eine automatische Übertragung der binnenmarktrechtlichen Auslegung auf das Freizügigkeitsabkommen weist der EuGH in *Grimme* allerdings nur zurück, „sofern dies nicht im Abkommen selbst ausdrücklich vorgesehen ist“.<sup>68</sup> Dieser Zusatz unterscheidet die *Grimme*-Formel von der entsprechenden Erwägung des *Polydor*-Urteils und dürfte im Lichte der Praxis zum EWR-Abkommen erfolgt sein. Die Präzisierung legt nahe, dass das *Polydor*-Prinzip auch im bilateralen Verhältnis überwunden werden könnte, wenn die einheitliche Auslegung wie im EWR ausdrücklich vorgesehen würde.

### 3. Konsequenzen von Art. 4 InstA

a) *Striktes Einheitlichkeitsgebot*

Vor diesem Hintergrund drängt die EU nun im bilateralen Verhältnis auf analoge Auslegungsregeln wie im EWR. Soweit Staaten am Binnenmarkt teilnehmen, sollen die gleichen Regeln gelten. Art. 4 InstA greift erkennbar Formulierungen des EWR-Abkommens auf und fasst diese noch etwas schärfer. Statt bloss eine „möglichst einheitliche Auslegung“ zum Ziel zu erheben, wird schlicht eine einheitliche Auslegung vorgeschrieben. Die Auslegung „gemäss“ („conformément à“) der Rechtsprechung zu parallelem Unionsrecht wird nicht bloss auf die Judikatur vor der Abkommensunterzeichnung, sondern auch auf diejenige danach bezogen. Während Art. 6 EWR die Verbindlichkeit der Unionsrechtsauslegung lediglich für im Wesentlichen identische Abkommensbestimmungen vorgibt,<sup>69</sup> schreibt Art. 4 InstA diese Verbindlichkeit für Bestimmungen des bilateralen Rechts vor, soweit deren Anwendung unionsrechtliche

---

<sup>66</sup> Tobler, „Free Movement of Persons in the EU v. in the EEA“ (Fn. 45), S. 1448 (Übers. BV).

<sup>67</sup> EuGH, Urteil vom 12. November 2009, *Grimme*, C-351/08, ECLI:EU:C:2009:697, Rn. 27.

<sup>68</sup> EuGH, Urteil vom 12. November 2009, *Grimme*, C-351/08, ECLI:EU:C:2009:697, Rn. 29.

<sup>69</sup> Ebenso Art. 1 Abs. 2 LVA sowie Art. 66 Beschluss Nr. 1/95 des Assoziationsrates EG-Türkei vom 22. Dezember 1995 über die Durchführung der Endphase der Zollunion.

Begriffe („notions“) impliziert.<sup>70</sup> Dabei wird auf die gesamte Praxis des GHdEU verwiesen, also auch auf das Gericht der Europäischen Union (EuG, vgl. Art. 3 InstA). Verzichtet wird in Art. 4 InstA auch auf den Zusatz von Art. 6 EWR, dass die Einheitlichkeit „bei voller Wahrung der Unabhängigkeit der Gerichte“ gewährleistet werden soll. Der Abkommensentwurf beschränkt sich auf eine allgemeinere Proklamation der Wahrung der Unabhängigkeit der Vertragsparteien und ihrer Institutionen in der Präambel. In Art. 4 InstA wird ausserdem – ebenfalls unspezifisch – die „Wahrung der Grundsätze des Völkerrechts“ festgehalten.

Die strikten Vorgaben von Art. 4 InstA bedeuten nicht nur eine Verstärkung der Einheitsorientierung, sondern auch einen bemerkenswerten Paradigmenwechsel im Verhältnis der politischen und gerichtlichen Entscheidungsorgane. Die bisherige Architektur der vertraglichen Homogenitätsregeln sowohl im bilateralen Recht als auch im EWR ist vom Grundsatz geleitet, dass jede Übernahme von Unionsrechtspraxis in Staaten ausserhalb der Union eines unabhängigen Entscheiders der zuständigen Organe in der Schweiz oder dem EWR bedarf. Deshalb beschränkt sich die vertragliche Verbindlicherklärung von EuGH-Judikatur auf bereits ergangene Entscheidungen. Die Übernahme späterer Entscheidungen wird dagegen dem Beschluss gemischter Vertragsorgane oder dem Entscheid der im EWR und der Schweiz zuständigen Gerichte anheimgestellt. Mit dem neuen Grundsatz würden die schweizerischen Behörden dagegen unmittelbar an künftige Entscheidungen gebunden, ohne eine Beteiligung an diesen Entscheidungen oder einen unabhängigen Nachvollzug durch die Schweiz vorauszusetzen. Selbst wo dies im Ergebnis nichts ändern würde, weil die schweizerischen Behörden bereits dem GHdEU folgen, bedeutete dies hinsichtlich der formellen Verantwortung eine beachtliche, völkerrechtlich ungewöhnliche Neuerung.<sup>71</sup>

#### *b) Verhältnis zu fortbestehenden Abweichungen der bilateralen Verträge*

Auch nach Verankerung eines strikten Einheitlichkeitsprinzips bleibt die Auslegung der bilateralen Verträge freilich mit gewichtigen Unterschieden zum Unionsrecht konfrontiert. Es stellt sich die Frage, wieweit diese durch ein ver-

---

<sup>70</sup> Die Formulierung schliesst an Art. 16 FZA an. Dort ist der im Vergleich zum EWR-Abkommen weitergehende Wortlaut aber damit verbunden, dass lediglich die Berücksichtigung der entsprechenden Unionsrechtsprechung verabredet wird.

<sup>71</sup> Die Verpflichtung ist allerdings im Assoziationsrecht der EU nicht ohne Beispiel. Auch die Verbindlichkeit der EuGH-Rechtsprechung gemäss Art. 66 Beschluss Nr. 1/95 des Assoziationsrates EG-Türkei vom 22. Dezember 1995 über die Durchführung der Endphase der Zollunion ist nicht zeitlich beschränkt.

abredetes Auslegungsprinzip in den Hintergrund treten oder dessen Tragweite beschränken. Eine generelle Einschränkung der Einheitsorientierung könnte sich erstens daraus ergeben, dass die in der *Polydor*-Rechtsprechung hervorgehobenen Differenzen des Zusammenhangs und der Ziele zwischen den bilateralen Verträgen und Unionsrecht weiterhin in die Auslegung einfließen. Zweitens bestehen in vielen Fällen mehr oder weniger starke Unterschiede zwischen dem Wortlaut oder dem spezifischeren Regelungszusammenhang einer auszulegenden Bestimmung und parallelem Unionsrecht.

*aa) Differenzen des Zusammenhangs und der Ziele der bilateralen Verträge*

Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) schrieb in seinen Erläuterungen zum Abkommensentwurf von 2018, dass das Prinzip von Art. 4 InstA durch die *Polydor*-Rechtsprechung erheblich relativiert würde.<sup>72</sup> Auch in der schweizerischen Lehre wurde diese Annahme – wohl im Anschluss an die Erläuterungen des EDA – geäußert.<sup>73</sup> Der partielle Charakter der schweizerischen Binnenmarktassoziation würde nach dieser Auffassung also ein Gegengewicht zum neuen Auslegungsgrundsatz bieten und in gewissen Fällen abweichende Auslegungen rechtfertigen.

Die Annahme einer Fortgeltung des *Polydor*-Grundsatzes nach Vereinbarung der Bestimmungen von Art. 4 InstA unterstellt, dass der neue Grundsatz in dieser Hinsicht keine Änderung der Auslegungspraxis zur Folge hätte. Nach dem eben Dargelegten ist dieses Verständnis erstaunlich. Die Kommission zielt mit dem Abkommen auf konsequentere Homogenität. Die neue Auslegungsregel schliesst an die Homogenitätsvorschriften im EWR-Abkommen an, die im Bereich des EWR eine Anwendung des *Polydor*-Prinzips verhindert haben. Mit der Formulierung von Art. 4 InstA würde das Uniformitätsgebot sogar noch strikter gefasst. Der EuGH hat die Anwendung des *Polydor*-Prinzips im Bereich der bilateralen Verträge und mit Rücksicht auf den EWR stets unter den Vorbehalt einer ausdrücklichen Regelung gestellt, welche die Übertragung der Unionsrechtsauslegung auf das bilaterale Recht vorsieht. Genau diese ausdrückliche Regel scheint Art. 4 InstA zu bieten.

Einschränkungen des Uniformitätsgrundsatzes, welche eine anhaltende Rücksicht auf den besonderen Zusammenhang der bilateralen Verträge im Sinne

---

<sup>72</sup> EDA, Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz–EU, 16. Januar 2019, S. 7 f.

<sup>73</sup> Matthias Oesch, *Schweiz – Europäische Union. Grundlagen – Bilaterale Abkommen – Autonomer Nachvollzug*, Zürich 2020, Rn. 108; etwas vorsichtiger Christine Kaddous, „Die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Schweiz“, in: Armin Hatje / Peter-Christian Müller-Graff (Hg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 1, 2. Aufl., Baden-Baden 2022, Rn. 141.

von *Polydor* begründen könnten, sind Art. 4 InstA nicht zu entnehmen. Denkbar ist, dass mit der Erwähnung der Grundsätze des Völkerrechts auf einen entsprechenden Vorbehalt abgezielt wurde. Wie oben bemerkt lässt sich vermuten, dass damit insbesondere die in Art. 31 ff. WVR festgehaltenen völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze aufgerufen werden sollen. Indirekt könnte damit wiederum ein Verweis auf den *Polydor*-Grundsatz intendiert sein.<sup>74</sup> Denn die Rücksicht auf den jeweiligen Zusammenhang und die Ziele der Verträge entspricht Art. 31 Abs. 1 WVR.<sup>75</sup> Ausserdem könnte der Rekurs auf die völkerrechtlichen Grundsätze an der Stelle bezwecken, den bilateralen Vertragscharakter zu bekräftigen und von der autonom-supranationalen Integrationsdynamik der Union abzuheben. Der Passus hätte auch insofern die Funktion, dem abweichenden Auslegungskontext weiterhin Gewicht zu vermitteln. Dieser Sinn der Formel erschliesse sich auch aus dem Kontrast zum Umstand, dass der EuGH und das EFTA-Gericht in ihrer Auslegung der EU-Gründungsverträge bzw. des EWR-Abkommens den Rekurs auf völkerrechtliche Auslegungsgrundsätze vermeiden.<sup>76</sup>

Dies ist aber keineswegs eine zwingende Lesart der unspezifischen Verpflichtung auf die Grundsätze des Völkerrechts. Die völkerrechtlichen Grundsätze schliessen die Teilnahme an der Integrationsdynamik der Union und die Verabredung einer speziellen Auslegungsregel, die Differenzen der Rechtsgrundlage hinter dem Ziel homogener Binnenmarktregeln nach Massgabe des Unionsrechts zurücktreten lässt, nicht aus.<sup>77</sup> Auch die weitreichende Homogenität

---

<sup>74</sup> Vgl. ebd. sowie Cottier, „Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU“ (Fn. 6), S. 364 f.

<sup>75</sup> Vgl. Christa Tobler, „Die EuGH-Entscheidung *Grimme* – Die Wiederkehr von *Polydor* und die Grenze des bilateralen Rechts“, in: Astrid Epiney / Nina Gammethaler (Hg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2009/2010, Bern 2010, S. 369 ff., 373; explizit macht der EuGH den Rekurs auf Art. 31 WVR in der Wiederholung der entsprechenden Erwägungen des *Polydor*-Urteils im Gutachten 1/91 vom 14. Dezember 1991, EWR 1, ECLI:EU:C:1991:490, Rn. 14 ff.

<sup>76</sup> Vgl. Carl Baudenbacher, „Der Beitrag des EFTA-Gerichtshofs zur Schaffung eines dynamischen und homogenen EWR“, in: Thomas Bruha / Zoltán Tibor Pállinger / Rupert Quaderer (Hg.), *Liechtenstein – 10 Jahre im EWR. Bilanz, Herausforderungen, Perspektiven*, Vaduz 2005, S. 27 ff., 32 ff. Anders zum EWR-Abkommen allerdings EuGH, Gutachten 1/91 vom 14. Dezember 1991, EWR 1, ECLI:EU:C:1991:490, Rn. 14 ff., wo Art. 31 WVR wie eben erwähnt ausdrücklich herangezogen wird. Jenseits der Auslegungsgrundsätze hat der EuGH auch mit Blick auf die Unionsverträge vereinzelt auf die WVR verwiesen. Vgl. EuGH, Urteil des Gerichtshofs vom 10. Dezember 2018, *Wightman*, C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 70 ff.

<sup>77</sup> Vgl. mit Blick auf den EWR Halvard Haukeland Fredriksen, „Bridging the Widening Gap between the EU Treaties and the Agreement on the European Economic Area“, *European Law Journal* 18 (2012), S. 868 ff., 883.



der Auslegung im EWR wird mit völkerrechtlichen Mitteln gewährleistet und selbst die Union hat sich im Einklang mit den Grundsätzen des Völkerrechts vertraglich formiert.<sup>78</sup> Mit Art. 4 InstA würde für die erfassten Abkommen eine explizite Auslegungsregel und für implizierte unionsrechtliche Begriffe ein spezifisches Verständnis verabredet. Solche Übereinkünfte sind auch nach völkerrechtlichen Grundsätzen massgebend (Art. 31 Abs. 3 und 4 WVR). Der Wortlaut von Art. 4 InstA sieht eine konsequente Einheitlichkeit von Auslegung und Anwendung vor und die in Art. 1 InstA formulierten Vertragsziele bekräftigen dies, indem sie das Auslegungsprinzip auf Gleichbehandlung und Homogenität in den erfassten Bereichen des Binnenmarkts ausrichten. Beachtlich ist weiter, dass die Regel, wonach unionsrechtliche Begriffe im Sinne der Unionsrechtsprechung auszulegen sind, auch auf die Auslegung des InstA selbst Anwendung finden soll (Art. 4 Abs 2 InstA). Auch beim Begriff der einheitlichen Auslegung und Anwendung in Art. 4 InstA wäre somit grundsätzlich auf das unionsrechtliche Verständnis abzustellen.

Die Wahrung der Grundsätze des Völkerrechts und spezifischer der Auslegungsgrundsätze von Art. 31 ff. WVR steht also für sich genommen der konsequenten Übertragung unionsrechtlicher Auslegungen auf die bilateralen Verträge nicht entgegen. Wie der EuGH in *Grimme* und den daran anschließenden Urteilen zutreffend festgehalten hat, setzt eine entsprechende Auslegungspraxis bloss voraus, dass dies ausdrücklich vorgesehen wird. Der strikte Wortlaut von Art. 4 InstA und die in Art. 1 InstA und der Entstehungsgeschichte proklamierten Ziele legen vor dem Hintergrund des Rechts der europäischen Binnenmarktintegration nahe, dass das institutionelle Abkommen eben dies bezweckt. Wie im EWR wären somit Auslegungsunterschiede aufgrund der unterschiedlichen Kontexte, wie sie in der Linie von *Polydor* in Betracht gezogen werden, künftig auch im bilateralen Verhältnis abzulehnen.

Beabsichtigten die Parteien den Grundsatz der Einheitlichkeit durch gegenläufige Grundsätze, Regeln oder Vorbehalte einzuschränken, so wären diese Einschränkungen ihrerseits ausdrücklich festzuhalten. Insbesondere eine Fortgeltung der an *Polydor* anschliessenden Annahme, wonach der partielle

---

<sup>78</sup> Vgl. Bruno de Witte, „The European Union as an international legal experiment“, in: Gráinne de Búrca / Joseph H. H. Weiler (Hg.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge 2012, S. 19 ff.; zur anhaltenden Relevanz für das Unionsrecht auch Samantha Besson / Odile Ammann, „L'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE. Une lecture de droit international“, in: Astrid Epiney / Stefan Diezig (Hg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2013/2014*, 2014, S. 331 ff., 335. Die fortbestehende Relevanz der völkerrechtlichen Natur der Gründungsverträge bezeugt auch der erwähnte Verweis auf die WVR in EuGH, Urteil des Gerichtshofs vom 10. Dezember 2018, *Wightman*, C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 70 ff.

Charakter der schweizerischen Binnenmarktintegration eine abweichende Auslegung rechtfertigen kann, könnte ohne Weiteres explizit vorbehalten werden, wenn dies der Wille der Parteien wäre. Dass dies nicht geschehen ist, lässt darauf schliessen, dass sich die Parteien in der Frage zumindest uneins sind.

Es ist gut denkbar, dass der vage Hinweis auf die völkerrechtlichen Grundsätze eine Kompromissformel mangels Einigkeit in diesem Punkt ist: Die Formel äussert eine beinahe tautologische Trivialität – ein Völkerrechtsvertrag wahrt die Grundsätze des Völkerrechts –, bietet aber zumindest einen Einsatzpunkt, um allzu forschen Übertragungen der Unionsrechtslage auf die bilateralen Verträge entgegenzutreten. Nach dem Gesagten kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass die Grundsätze des Völkerrechts die Massgabe einer vertraglich verankerten Auslegungsregel wesentlich limitieren.

*bb) Differenzen im Wortlaut der auszulegenden Bestimmungen und dem spezifischen Regelungskontext*

Auch wenn man davon ausgeht, dass Differenzen des allgemeinen Zusammenhangs und der Vertragsziele grundsätzlich hinter dem Gebot einheitlicher Auslegung zurücktreten, bleibt die Frage, welches Gewicht dem Einheitlichkeitsgebot in Konstellationen zukommt, in denen sich der Wortlaut der auszulegenden Bestimmungen oder deren spezifischerer Regelungskontext erheblich unterscheiden. Die ordentlichen völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze legen dem Text einer Bestimmung und ihrem spezifischen Zusammenhang hohes Gewicht bei. Auch diesbezüglich ist aber freilich eine andere Abrede oder Übung der Parteien möglich.

Nach dem Dargelegten zielt der Grundsatz einheitlicher Auslegung und Anwendung im Recht der Binnenmarktassoziation primär auf das Ergebnis der Auslegung: Im Vordergrund steht nicht die Einheitlichkeit der exegetischen Methodik oder der Deutung bestimmter Formulierungen, sondern die Gewährleistung gleicher Regeln. Dies legt es nahe, auch bei Textdifferenzen analoge Resultate anzustreben. Auf der anderen Seite droht der Wille der Vertragsparteien übergangen zu werden, wenn explizite Unterschiede der Rechtsgrundlage unbeachtet bleiben. Gerade dort, wo merkliche Differenzen bestehen, ist oft anzunehmen, dass die Spezifika der Rechtsgrundlage intendiert sind.<sup>79</sup>

Wie dargelegt folgt der EFTA-Gerichtshof im Kontext des EWR auch in dieser Hinsicht einem starken Verständnis des Einheitlichkeitsprinzips und geht da-

---

<sup>79</sup> Vgl. Sebastian Heselhaus, „Aktuelle Spielräume für ein Institutionelles Rahmenabkommen“, *EuZ* 05/2022, S. 24.

von aus, dass auch bei bedeutenden Unterschieden in der Rechtsgrundlage einheitliche Auslegungsergebnisse gerechtfertigt sein können. Die Rechtsprechung des EuGH zum bilateralen Recht bietet Indizien, dass die Verankerung des Einheitlichkeitsgrundsatzes hier zu einer ähnlichen Praxis führen würde. Die Entscheidungen, in denen der EuGH die *Polydor*-Rechtsprechung aufnahm, um eine Übertragung der Unionsrechtsauslegung auf die bilateralen Verträge zu verneinen, betrafen stets Fälle, in denen mehr oder weniger deutliche Wortlautdifferenzen bestanden.<sup>80</sup> In dieser Konstellation hielt der EuGH jeweils fest, dass eine Übertragung der unionsinternen Auslegung auf das bilaterale Recht ausdrücklich vereinbart sein müsste. Im Umkehrschluss kann dies die Vermutung begründen, dass nach einer ausdrücklichen Verankerung des Einheitlichkeitsprinzips die Massgeblichkeit der Unionsrechtsauslegung auch bei beträchtlichen Textunterschieden bejaht würde. Die Erwägungen des EuGH führen aber nicht eindeutig zu diesem Schluss, da unklar bleibt, ob die die vom Gerichtshof ausgeführten Argumente zu den Differenzen der Rechtsgrundlage lediglich infolge des fehlenden Einheitlichkeitsprinzips vorgetragen werden oder auch als unabhängige weitere Begründung zu verstehen sind.

Vieles weist darauf hin, dass jedenfalls die Kommission eine Lesart des Einheitlichkeitsprinzips befürwortet, die auch bei beträchtlichen Differenzen der Rechtsgrundlage zu analogen Ergebnissen führt. Bereits im Kontext des EWR war die Kommission eine wichtige Fürsprecherin der ergebnisorientiert weitesten Deutung des Prinzips. In ihren Stellungnahmen in den Verfahren *Gunnarsson* und *Jabbi*, in denen der EFTA-Gerichtshof unionsbürgerschaftliche Ansprüche auf die Personenfreizügigkeit im EWR übertrug, drängte das Unionsorgan von Anfang an auf diese Übertragung – anders als die EFTA-Überwachungsbehörde, die zunächst mit den in *Gunnarsson* beteiligten EFTA-Staaten die Gegenauffassung vertrat.<sup>81</sup> Den Umstand, dass dies voraussetzte, eine Norm, die der EuGH unionsintern enger ausgelegt hatte, im Bereich des EWR weiter auszulegen, erachtete die Kommission nicht als Hindernis. Die Übertragung einer solchen Konzeption auf das bilaterale Verhältnis würde dem Postulat einheitlicher Regeln im Rahmen der Binnenmarktassoziation entsprechen. Auch die beharrliche Erwartung der Kommission, dass die Unionsrechtsbürgerlinie integral in den Rechtsbestand des FZA aufgenommen wird, impliziert ein Uniformitätsverständnis, das Textdifferenzen in den Hintergrund treten lässt.<sup>82</sup> Die in jüngeren EuGH-Verfahren zum FZA dokumentierten Kommissi-

---

<sup>80</sup> Vgl. die Fälle in Fn. 41.

<sup>81</sup> EFTA-GH, Urteil vom 27. Juni 2014, *Gunnarsson*, E-26/13, Rn. 35 ff.; EFTA-GH, Urteil vom 26. Juli 2016, *Jabbi*, E-28/15, Rn. 38 ff.

<sup>82</sup> Vgl. Bericht des Bundesrats betreffend die Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, 26. Mai 2021, S. 28 f.

onsstellungennahmen stellten ebenfalls das Einheitlichkeitsziel in den Vordergrund. So sprach sich die Kommission im Fall *Picart* dafür aus, die Auslegung von Art. 49 AEUV auf die Niederlassungsrechte aus dem FZA zu übertragen, während der Generalanwalt und das Gericht auf den *Polydor/Grimme*-Grundsatz rekurrten und bedeutende Unterschiede zwischen den einschlägigen Bestimmungen erkannten.<sup>83</sup>

Dass das Homogenitätsziel auch ausdrückliche Unterschiede zurücktreten lassen kann, ist zwar nicht selbstverständlich, erscheint aber bereits bei der gegebenen Rechtslage auch im bilateralen Verhältnis gerechtfertigt und von beiden Seiten anerkannt. Die erstrebte Assoziation und Angleichung an die Unionsrechtsordnung wäre sehr engen Grenzen unterworfen, wenn jeder Textunterschied zu einer unabhängigen Auslegung führen würde. Dem entspricht, dass Art. 16 Abs. 2 FZA die Pflicht zur Berücksichtigung der Unionsrechtsprechung nicht an eine Identität oder Ähnlichkeit der Bestimmungen, sondern an die bloße Implikation unionsrechtlicher Begriffe knüpft.<sup>84</sup> Die aktuelle Auslegungspraxis bleibt aber stark am Wortlaut orientiert und nimmt deutlichere Textunterschiede regelmässig zum Anlass einer abweichenden Auslegung.

Die Verankerung eines strikten Einheitlichkeitsprinzips könnte natürlich nicht jeglicher Differenz die Relevanz nehmen kann. Die Vertragstexte bleiben die Grundlage des Auslegungsvorgangs und markieren Grenzen dessen, was als vereinbart gelten kann. Ein vorbehaltloses Prinzip dürfte im Lichte der weiteren Uniformitätspraxis in der Union und dem EWR aber durchaus zur Folge haben, dass Textdifferenzen zwischen den auszulegenden Normen weniger Beachtung finden. In Art. 4 InstA fehlen auch diesbezüglich nähere Vorgaben, welche den Umgang mit Differenzen strukturieren und Grenzen der Einheitlichkeit bei unterschiedlichen Rechtsgrundlagen vorzeichnen könnten. Wie stark Textunterschiede in den Hintergrund treten würden, lässt sich daher nicht absehen. Die Klärung bliebe der Rechtsanwendung überlassen.

Die Grenzziehung, die den Anwendungsorganen damit ohne weitere Instruktion anheimgestellt würde, ist von hoher Relevanz. Sie wirkt sich wesentlich darauf aus, wie weit die Integration durch die bilateralen Verträge reicht. Häufig übernehmen Bestimmungen des bilateralen Rechts Begriffe, Figuren oder Formeln des Unionsrechts – etwa das Diskriminierungsverbot –, weisen

---

<sup>83</sup> Vgl. EuGH, GA Paolo Mengozzi, Schlussanträge vom 26. Juli 2017, *Picart*, C-355/16, ECLI:EU:C:2017:610. Rn. 29 sowie 49 ff.; EuGH, Urteil vom 15. März 2018, *Picart*, C-355/16, ECLI:EU:C:2018:184, Rn. 29 ff.

<sup>84</sup> So die in Art. 4 InstA aufgenommene Begrifflichkeit der romanischen Sprachfassungen, vgl. oben Fn. 19.

aber zugleich Abweichungen von unionsinternen Parallelbestimmungen auf.<sup>85</sup> Identische Bestimmungen kommen zur Anwendung, wenn die Verträge eine Übernahme von Unionsrechtsakten vorsehen, etwa im Bereich des Sozialversicherungsrechts. In den Verträgen selbst sind dagegen wortgleiche Bestimmungen die Ausnahme. Oft bestehen auch bedeutende Differenzen hinsichtlich der spezifischen Grundlagen und Bezüge einer Bestimmung. Hierhin gehört etwa die Frage, wieweit unionsbürgerschaftliche Ansprüche auf das Freizügigkeitsrecht mit Drittstaaten zu übertragen sind.<sup>86</sup> Viele Streitigkeiten zur Zulässigkeit einheitlicher Auslegungsergebnisse betreffen solche Bestimmungen, bei denen Abweichungen des Wortlauts oder des spezifischen Regelungskontexts ausgemacht werden können. Streitig ist eben, ob diese Differenzen einem einheitlichen Ergebnis entgegenstehen.

Verschiedene Fragen, die in der bisherigen Praxis zum FZA im Raum standen, machen anschaulich, dass das Gewicht von Textunterschieden grundlegend über Sinn und Tragweite des bilateralen Rechts entscheidet. Zu denken ist etwa an die Frage, ob das FZA auch juristischen Personen Freizügigkeitsrechte einräumt. Gleich zwei Gerichte legten dem EuGH diese Frage vor. Seine Ablehnung begründete der EuGH mit der Erwägung, dass die automatische Übertragung der Unionsrechtspraxis auf das FZA einer ausdrücklichen Vereinbarung bedürfte.<sup>87</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Antwort nach Einführung eines strikten Uniformitätsprinzips anders ausfallen würde. Angesichts der deutlichen Fokussierung des Vertrages auf natürliche Personen kann zwar angenommen werden, dass hier nach wie vor eine Grenze der Einheitlichkeit konstatiert würde. Der Umstand, dass sich mehrere Gerichte veranlasst sahen, die Frage dem EuGH vorzulegen, zeugt aber davon, dass unter Zugrundelegung einer stärkeren Homogenitätsorientierung ein anderes Ergebnis in Betracht kommen kann. Die Bedeutung von Textunterschieden beschlägt aber auch viele weitere elementare Fragen. Sie wirkt sich insbesondere auch darauf aus, wieweit künftige Rechtsentwicklungen innerhalb der Union auf die bilateralen Verträge zu übertragen sind. Dies bezeugt die Entwicklung der Unionsbürgerschaftsrechte. Je weniger Abweichun-

---

<sup>85</sup> Vgl. Cottier, „Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU“ (Fn. 6), S. 365 f.

<sup>86</sup> Vgl. mit Blick auf Sozialleistungen Christa Tobler, „Auswirkungen einer Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie für die Schweiz. Sozialhilfe nach bilateralem Recht als Anwendungsfall des Polydor-Prinzips“, in: Astrid Epiney / Teresia Gordzielik (Hg.), *Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen / Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques*, Zürich 2015, S. 55 ff.

<sup>87</sup> EuGH, Urteil vom 12. November 2009, Grimme, C-351/08, ECLI:EU:C:2009:697, Rn. 29; EuGH, Urteil vom 11. Februar 2010, Fokus Invest, C-541/08, ECLI:EU:C:2010:74, Rn. 28, 34.

gen des Vertragstextes in die Auslegung einfließen, desto stärker würde das bilaterale Recht an der Integrationsdynamik der Union teilhaben.

Es ist eine gewichtige politische Frage, ob und wieweit eine Übernahme der unionsinternen Rechtslage bei erheblichen Textdifferenzen erfolgen soll. Daher wäre es bedenklich, wenn ein neues Prinzip der Uniformität ohne weitere Vorgaben zum Umgang mit entsprechenden Unterschieden vereinbart würde. Art. 4 InstA würde vor dem Hintergrund der Uniformitätspraxis im Binnenmarkt die Möglichkeit einer sehr extensiven Praxis eröffnen, ohne zu einer solchen Praxis zu verpflichten. In der öffentlichen Diskussion ist die mögliche Tragweite des Prinzips bisher nicht im Blick. Die fehlende Klarheit widerspricht dem Ziel, durch die Weiterentwicklung der Vertragsbeziehungen grössere Rechtssicherheit zu gewährleisten. Sie verschärft zugleich die Brisanz der ohnehin kontroversen Delegation abschliessender Auslegungskompetenzen an den GHdEU erheblich. Der Gerichtshof hätte ohne weitere Richtschnuren grundlegend über die Reichweite der bilateralen Marktassoziation zu entscheiden. Es erscheint angezeigt, das Verhältnis zwischen Uniformitätsziel und Textgebundenheit der Auslegung genauer zu bestimmen, um die Rechtsentwicklung im bilateralen Verhältnis auf ein solides demokratisches Fundament zu stellen.

## V. Gründe für Einschränkungen der Einheitlichkeit

### 1. Homogenität und Differenz in der Binnenmarktassoziation

Der Grundsatz einheitlicher Auslegung und Anwendung könnte nach dem Gesagten einen wesentlich grösseren Integrationsschritt darstellen als oft und nicht zuletzt in den Erläuterungen des EDA zum Abkommensentwurf von 2018 unterstellt. Das Prinzip ist darauf angelegt, den Vorbehalt des abweichenden Auslegungskontexts der *Polydor/Grimme*-Rechtsprechungslinie analog dem EWR-Recht zu überwinden. Auch bei beträchtlichen Wortlautunterschieden könnte der Grundsatz eine Übertragung der unionsinternen Rechtslage begründen. Ausdrückliche Relativierungen des Grundsatzes wurden in den bisherigen Verhandlungen nicht vorgesehen. Es bliebe dann den Auslegungsorganen überlassen, allfällige Grenzen der Einheitlichkeit zu ziehen.

Aus dem Umstand, dass die Implikationen des neuen Auslegungsgrundsatzes unzureichend Beachtung gefunden haben, folgt freilich nicht, dass diese abzulehnen sind. Wäre der Schritt zu grösserer Einheitlichkeit unangemessen? Die Forderung der Kommission, dass die Schweiz im Rahmen ihrer Teilnahme am Binnenmarkt die gleichen Regeln wie im übrigen Binnenmarkt anwendet,

erscheint auf den ersten Blick schlüssig. Der *Polydor*-Grundsatz und die daran anschliessenden Vorbehalte gegenüber einheitlichen Regeln in der schweizerischen Marktassoziation wurden überdies in manchen Kommentaren als Benachteiligung der betroffenen Drittstaaten beurteilt.<sup>88</sup> Uneinheitliche Regeln drohen, den Markt zu behindern und den Wettbewerb zu verzerren.

Freilich erschöpfen sich aber Binnenmarktregeln nicht darin, wirtschaftliche Interaktionen zu ermöglichen. Das Marktrecht strukturiert den Wirtschaftsverkehr umfassend und impliziert dabei gewichtige Wertungsentscheidungen und Güterabwägungen.<sup>89</sup> Gerade auch die Reichweite der den europäischen Binnenmarkt fundierenden Marktfreiheiten ist von eminenter politischer Bedeutung.<sup>90</sup> Die Beschränkung staatlicher Regulierung verschiebt Ordnungsmacht auf die europäische Ebene und schafft einen Bedarf nach europäischen Regelungsentscheidungen.<sup>91</sup> Hinzu kommt, dass sich das Binnenmarktrecht nicht von der Regelung anderer Lebensbereiche trennen lässt. Gerade im Bereich der Personenfreizügigkeit, aber auch in anderen Aspekten der schweizerischen Binnenmarktassoziation ist Marktregulierung tief mit anderen Rechtsfeldern verwoben.<sup>92</sup> Diese vielfältigen Verschränkungen von wirtschaftlicher

---

<sup>88</sup> Carl Baudenbacher, „Rahmenabkommen: die Weichen sind falsch gestellt worden“, NZZ, 25. April 2019, <<https://www.nzz.ch/meinung/rahmenabkommen-die-weichen-sind-falsch-gestellt-worden-ld.1476923>> (letzter Zugriff: 20.11.2023); ders., *Judicial Independence Memoirs of a European Judge*, Cham 2019, S. 127 f., wo das *Polydor*-Urteil als Sanktionierung der EFTA-Staaten erläutert wird; Laura Melusine Baudenbacher, „Das Personenfreizügigkeitsabkommen EU-Schweiz ist doch kein Integrationsvertrag“, Anmerkung zum EuGH-Urteil Grimme (Rs. C-351/08), *European Law Reporter* 2010, S. 34 ff., 36 f.; dies., „Gar lustig ist die Jägerei – aber für Schweizer ist sie teurer als für andere“, Anmerkung zum EuGH-Urteil Hengartner und Gasser (Rs. C-70/09), *European Law Reporter* 2010, S. 280 ff., 282 f.; dies., „EuGH überträgt die *Polydor*-Rechtsprechung auch auf das Luftverkehrsabkommen“, Anmerkung zum EuGH-Urteil Schweiz/Kommission (Rs. C 547/10 P), *European Law Reporter* 2013, S. 173 ff., 181.

<sup>89</sup> Vgl. zur politischen Konkretisierungsbedürftigkeit des Binnenmarktgedankens und der damit einhergehenden Dynamik des Binnenmarktsrechts Stephen Weatherill, *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford 2017.

<sup>90</sup> Vgl. Mads Andenas / Tarjei Bekkedal / Luca Pantaleo (Hg.), *The Reach of Free Movement*, Den Haag 2017; Lars Klenk, *Die Grenzen der Grundfreiheiten*, Tübingen 2019.

<sup>91</sup> Vgl. Miguel Poiares Maduro, *We, the Court. The European Court of Justice & the Economic Constitution*, Oxford/Portland 1998, S. 68 ff. Differenz und Zusammenhang von Massnahmen der Beseitigung nationaler Hindernisse einerseits und Massnahmen gemeinschaftlicher Steuerung andererseits werden oft anhand der Unterscheidung negativer und positiver Integration diskutiert. Vgl. Fritz W. Scharf, „Negative und positive Integration“, in: Martin Höpner / Armin Schäfer (Hg.), *Die Politische Ökonomie der europäischen Integration*, Frankfurt / New York 2008, S. 49 ff.

<sup>92</sup> Vgl. mit Blick auf die Personenfreizügigkeit Eleanor Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union. Barriers to Movement in Their Constitutional Context*, Alphen aan den Rijn 2007.

und politischer Integration bilden bekanntlich seit jeher ein leitendes Movens der Europäischen Union.<sup>93</sup> Sie implizieren aber eben auch, dass Binnenmarktrecht mit grosser politischer Tragweite in die involvierten Rechtsordnungen hineinwirken kann. Bei der Bestimmung von Marktregeln steht daher mehr auf dem Spiel als die technische Gewährleistung eines homogenen Marktes.

Vor diesem Hintergrund haben sich die EU und die Schweiz auf eine Marktassoziation verständigt, die die Schweiz nur partiell in den Binnenmarkt integriert. Zwischen der Errichtung eines einheitlichen Marktes und der Wahrung staatlicher Ordnungsautonomie wurde ein spezifischer Kompromiss verabredet. Der Kompromiss fügt sich ein in den weiteren Zusammenhang differenzierter Integration, der die europäische Rechtsordnung in und ausserhalb der Union kennzeichnet.<sup>94</sup> Auch der Binnenmarkt, der untrennbar mit anderen Bereichen des europäischen Rechts verwoben ist, kennt unterschiedliche Stufen der Integration.<sup>95</sup> Diese Pluralität der Integrationsgrade bildet einen wesentlichen Gelingensfaktor des Unternehmens, Europa in seiner Vielfalt zusammenzuführen.

Der partielle Charakter der Integration impliziert, dass die Marktteilnahme nicht in jeder Hinsicht den gleichen Regeln unterworfen ist wie der Binnenmarkt der Union. Dieser Umstand kann auch in der Auslegung bedeutsam sein. In einigen Bereichen – ein Beispiel ist die Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit – sehen die bilateralen Verträge die umfassende Übernahme eines Regelungsregimes der Union vor und beziehen die Schweiz den Mitgliedstaaten entsprechend in ein regulatorisches System ein.<sup>96</sup> Hier wird eine

---

<sup>93</sup> Eine berühmte Dokumentation der politischen Finalität der wirtschaftlichen Integration in den Anfängen der Europäischen Gemeinschaften bietet die Schuman-Erklärung vom 9. Mai 1950: „La contribution qu'une Europe organisée et vivante peut apporter à la civilisation est indispensable au maintien des relations pacifiques. [...] L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait. [...] Ainsi sera réalisée simplement et rapidement la fusion d'intérêts indispensable à l'établissement d'une communauté économique qui introduit le ferment d'une communauté plus large et plus profonde entre des pays longtemps opposés par des divisions sanglantes.“

<sup>94</sup> Vgl. in rechtlicher Hinsicht zur differenzierten Integration in der Union Deirdre Curtin, „From a Europe of Bits and Pieces to a Union of Variegated Differentiation“, in: Paul Craig / Gráinne de Búrca (Hg.), *The Evolution of EU Law*, 3. Aufl., Oxford 2021, S. 373 ff.; zur differenzierten Integration ausserhalb der EU Luigi Pedreschi / Joanne Scott, „External Differentiated Integration: Legal Feasibility and Constitutional Acceptability“, EUI Working Paper RSCAS 2020/54.

<sup>95</sup> Vgl. Öberg, *The Boundaries of the EU Internal Market* (Fn. 63).

<sup>96</sup> Vgl. Anhang II FZA; zur mitgliedschaftsanalogen Stellung der Schweiz EuGH, Urteil vom 27. Februar 2014, Vereinigtes Königreich / Rat, C-656/11, ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Urteil



einheitliche Rechtsanwendung in aller Regel angezeigt sein. Viele Besonderheiten der bilateralen Teilassoziation lassen sich jedoch nicht nach Regelungsbereichen abscheiden. Die Unterschiede liegen in oft subtilen Anpassungen einzelner Regeln und Grundsätze, in punktuellen Vorbehalten und im engeren und weiteren Zusammenhang von Normen. Auch die Analyse solcher Differenzen führt nicht selten zum Ergebnis, dass gleichwohl eine mit dem parallelen Unionsrecht übereinstimmende Anwendung gerechtfertigt ist. Es ist aber geboten, dies unter Berücksichtigung aller Umstände je und je zu überprüfen.<sup>97</sup>

## 2. Gründe für Auslegungsunterschiede im Einzelnen

Verschiedene Konstellationen können eine vom Unionsrecht abweichende Auslegung rechtfertigen. Der nächstliegende Anlass für ein anderes Verständnis sind unmittelbare Textunterschiede. Auch bei geringfügigen Differenzen der Formulierung ist grundsätzlich anzunehmen, dass Abweichungen von bereits bestehenden Parallelbestimmungen bewusst erfolgt sind. Naturgemäss werden vertragliche Nuancierungen oft ein Kompromiss sein, der in strittigen Fragen vage bleibt und daher heikle Auslegungsfragen aufwirft. Die abweichende Textredaktion stellt jedenfalls in den Raum, dass eine Differenzierung der Rechtslage beabsichtigt sein könnte. Ein deutlicher Anlass für eine autonome Auslegung sind explizite Spezialregeln und Ausnahmen, wie sie das FZA beispielsweise für Studierende stipuliert.<sup>98</sup> Auch dann können freilich die genauen Implikationen strittig sein (was wiederum bezeugt, dass eine Verstärkung der Einheitsorientierung das Auslegungsergebnis verändern kann).<sup>99</sup>

---

vom 27. April 2017, A-Rosa, C-620/1, ECLI:EU:C:2017:309. Die Anwendbarkeit neuer Rechtsakte im bilateralen Verhältnis setzt allerdings voraus, dass diese in das bilaterale Recht inkorporiert werden. Vgl. EuGH, Urteil vom 18. November 2010, Xhymshiti, C-247/09, ECLI:EU:C:2010:698.

<sup>97</sup> So auch Oesch, *Der EuGH und die Schweiz* (Fn. 40), Rn. 108; mit verschiedenen Beispielen Cottier, „Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU“ (Fn. 6), S. 364 f.

<sup>98</sup> Art. 24 Abs. 4 S. 2 Anhang I FZA.

<sup>99</sup> Vgl. die konträren Auslegungen von Bernhard Ehrenzeller, „Studiengebührenerhöhung an der Universität St.Gallen aus rechtlicher Perspektive“, in: Staatskanzlei und Verwaltungsgericht des Kantons St.Gallen (Hg.), *Festgabe Prof. Dr. Ulrich Cavelti. Präsident des Verwaltungsgerichts des Kantons St.Gallen 1992 bis 2012*, St. Gallen 2012, S. 100 ff., 124 ff., und Astrid Epiney, „Zur Vereinbarkeit diskriminierender Studiengebühren mit dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU“, in: Georg Jochum (Hg.), *Grenzüberschreitendes Recht – Crossing Frontiers. Festschrift für Kay Hailbronner*, Heidelberg 2013, S. 401 ff. Epineys engere Auslegung der Ausnahme stützt sich massgeblich auf die Erwägung, dass sich die Auslegung bereits nach dem geltenden Recht vom Ziel einer Angleichung an die unionsinterne Rechtslage zu leiten hat.

Neben Besonderheiten des Wortlauts der unmittelbar anzuwendenden Bestimmung können wie oben bemerkt auch Textdifferenzen im spezifischen Normzusammenhang ein abweichendes Auslegungsergebnis nahelegen. Die vom Bundesgericht in Anschlag gebrachte Fundierung unionsinterner Freizügigkeitsrechte im Unionsbürgerschaftsstatus ist ein einsichtiges Beispiel. Es ist nicht immer ohne Weiteres klar, dass Freizügigkeitsansprüchen und ihren Einschränkungen ohne die bürgerschaftliche Grundlage die gleiche Bedeutung zukommt.

Weiter können Aspekte der Entstehungsgeschichte bei der Auslegung ins Gewicht fallen. Auch im Blick auf die Entstehung können Absichten und Auffassungen der Parteien deutlich werden, die den bilateralen Vertragskorpus vom parallelen Unionsrecht unterscheiden und unter Umständen Anlass zu einer abweichenden Lesart geben. So erheischt bei der Beurteilung der Vereinbarkeit der Flankierenden Massnahmen mit dem Freizügigkeitsabkommen der Umstand Beachtung, dass deren Erlass mit der Genehmigung des Abkommens und seiner Ausweitung auf neue Mitgliedstaaten erfolgte und im Wissen der Union eine Grundlage der demokratischen Zustimmung zum Abkommen und seiner Ausweitung in der Schweiz bildete.<sup>100</sup>

Auch die durch die *Polydor*-Rechtsprechung in Anschlag gebrachten Differenzen des allgemeinen Kontexts von Unionsrechtsordnung und Drittstaatenassoziation verdienen weiterhin Beachtung. Die Auslegung des Unionsrechts ist stark geprägt von der spezifischen Integrationsorientierung, welche das Recht der Union auszeichnet.<sup>101</sup> Viel spricht dafür, dass auch Assoziationsverträge in diese Dynamik involviert sind. Wieweit der Einbezug der Drittstaatenassoziation in diese Dynamik reicht, ist aber eine offene Frage. Eine engere Deutung der bilateralen Verpflichtungen kann sich namentlich deshalb rechtfertigen, weil eine Kompensation verringerter staatlicher Regelungsspielräume durch die Teilnahme an unionalen Rechtserzeugungsprozessen nicht oder nur in geringem Masse gegeben ist. Die restriktive Rechtsprechung zu staatlichen Beschränkungen des Binnenmarktes wird wesentlich durch die Alternative einer gemeinschaftlichen Steuerung legitimiert.<sup>102</sup> Sie entspricht dem Ziel, durch die wirtschaftliche Integration die zunehmende politische Integration voranzubringen. Diese Rechtfertigung lässt sich nicht auf das bilaterale Verhältnis

---

<sup>100</sup> Vgl. Pärli, *Entsendegesetz (EntsG)* (Fn. 47), Rn. 4 f. und 22 zu Art. 6 EntsG.

<sup>101</sup> Vgl. zur Auslegungsmethodik des EuGH und der Integrationsorientierung im Besonderen Gunnar Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford 2012; Gerard Conway, *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge u.a. 2013.

<sup>102</sup> Vgl. Armin von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlin 2022, S. 330 ff.

übertragen. Auch dieses setzt politische Integrationsprozesse frei. Die politische Steuerung wird aber bewusst stärker bei den staatlichen Behörden belassen und gemeinschaftlich im Modus völkervertraglicher und diplomatischer Einigung verfolgt. Der fehlende Einbezug der Schweiz bei Entscheidungen von Unionsorganen bedeutet nicht nur einen Mangel förmlicher demokratischer Zustimmung, sondern impliziert auch, dass spezifische Ausgangsbedingungen, Herausforderungen und Anliegen der Schweiz nur unzureichend eingebracht werden können. Die anspruchsvollen Gegebenheiten für den Schutz der Löhne in der Schweiz sind ein Beispiel.

Einen exegetisch relevanten Kontextunterschied kann auch die herausgehobene Rolle der Justiz in der unionalen Rechtsentwicklung darstellen. Die Unionsrechtsordnung wird seit jeher stärker durch justizielle Rechtsfortbildungsprozesse entwickelt als andere Rechtsordnungen.<sup>103</sup> Die bilaterale Marktassoziation kennzeichnet demgegenüber die Ablehnung einer übergreifenden supranationalen Jurisdiktion. Dieser Systementscheid dient nicht nur der Wahrung nationaler Kompetenzen, sondern auch dem Schutz legislativer Prärogativen. Auch dies kann unter Umständen eine restriktivere Auslegung von Vertragsrecht nahelegen.

Ein weiterer Grund für Abweichungen im Einzelfall kann schlicht darin liegen, dass der Auslegung des parallelen Unionsrechts die Plausibilität fehlt. Auch innerhalb der Union anerkennen viele mitgliedstaatliche Gerichte die Einheit der Auslegung nur unter der Voraussetzung basaler Plausibilitätsanforderungen. Die Auslegungshoheit der Unionsgerichte wird zwar praktisch durchwegs, aber nicht ohne jede Bedingung anerkannt.<sup>104</sup> Im bilateralen System,

---

<sup>103</sup> Vgl. aus der umfangreichen Literatur allgemein Karen Alter, *The European Court's Political Power. Selected Essays*, Oxford 2010; Alec Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford 2004; spezifischer aus juristischer Perspektive Eric Stein, „Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution“, *American Journal of International Law* 75 (1981), S. 1 ff.; Joseph H. H. Weiler, „The Transformation of Europe“, in: *The Constitution of Europe. „Do the New Clothes Have an Emperor?“ and Other Essays on European Integration*, Cambridge 1999, S. 10ff; Maduro, *We, the Court* (Fn. 91).

<sup>104</sup> Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung Trybunał Konstytucyjny (Polen), Urteil vom 7. Oktober 2021, Ref. No. K 3/21; Curtea Constituțională (Rumänien), Urteil vom 8. Juni 2021, No 390/2021; Conseil d'État (Frankreich), Urteil vom 21. April 2021, N° 393099; Bundesverfassungsgericht (Deutschland), Urteil vom 5. Mai 2020, 2 BvR 859/15; Tribunal Constitucional (Portugal), Urteil vom 15. Juli 2020, No. 422/2020; Corte Costituzionale (Italien), Urteil vom 10. April 2018, N. 115/2018; Højesteret (Dänemark), Urteil vom 6. Dezember 2016, No. 15/2014; Alkotmánybíróság (Ungarn), Urteil vom 5. Dezember 2016, MK.22/2016. Für eine Diskussion neuerer Konflikte zwischen mitgliedstaatlichen Gerichten und dem GHdEU Tom Flynn, „Constitutional pluralism and loyal opposition“, *ICON* 19 (2021), S. 241 ff.; Ulrich Haltern, „Revolutions, real contradictions, and the method of resolving them: The

das die Marktassoziation auf eigenständiger Rechtsgrundlage und – auch nach Einführung eines gerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens – ohne die Unterwerfung unter ein einheitliches Gerichtssystem vollzieht, ist ein Vorbehalt zumindest minimaler materieller Nachvollziehbarkeit für die Verbindlichkeit der Unionsrechtsprechung noch besser begründet. Es kann als Stärke pluralistischer Rechtsstrukturen angesehen werden, dass Verkikte einzelner Gerichtsinstanzen nicht blindlings massgebend, sondern erhöhten Rechtfertigungsanforderungen und gesteigerter Reflexion in einem weiteren Institutionenarrangement ausgesetzt sind.<sup>105</sup>

Zu Differenzierungen kann sich die Rechtsanwendung schliesslich wegen Spannungen mit dem anwendbaren Landesrecht und anderen Völkerrechtspflichten veranlasst sehen. Auch hier kann sich die Herausforderung ähnlich innerhalb der Union ergeben. Statt einen Normkonflikt durch das gänzliche Zurücktreten der einen Regel aufzulösen, kann sich die rechtsanwendende Behörde im Einzelfall zu einer vermittelnden Auslegung gehalten sehen. In der Unionsrechtsordnung ist es verschiedentlich gelungen, bei einander widerstreitenden Vorgaben im Dialog der Gerichte vermittelnde Lösungen zu finden.<sup>106</sup> Im bilateralen Recht können sich vergleichbare Lösungen in einer Abweichung vom parallelen Unionsrecht abbilden.<sup>107</sup>

---

relationship between the Court of Justice of the European Union and the German Federal Constitutional Court“, *ICON* 19 (2021), S. 208 ff. Wie Haltern nachzeichnet, bietet das Vorabentscheidungsverfahren den zentralen Rahmen zur rechtlichen Austragung und Entschärfung entsprechender Spannungen. Letzte Vorbehalte bleiben aber unvermeidlich.

<sup>105</sup> Vgl. mit Blick auf pluralistische Gerichtsstrukturen im US-amerikanischen Föderalismus Robert Cover, „The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology and Innovation“, *William and Mary Law Review* 22 (1981), S. 639 ff.

<sup>106</sup> Ein wichtiges jüngeres Beispiel ist der Dialog zwischen dem EuGH und der italienischen Corte costituzionale in den Auseinandersetzungen um die Taricco-Fälle. Vgl. Matteo Bonelli, „The Taricco saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union: CJEU, C-105/14 Ivo Taricco and others, ECLI:EU:C:2015:555; and C-42/17 M.A.S., M.B., ECLI:EU:C:2017:936; Italian Constitutional Court, Order no. 24/2017“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 25 (2018), S. 357 ff.

<sup>107</sup> Ein Ansatz der Vermittlung widersprechender Vorgaben kann in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Landesverweisung ausgemacht werden. Vgl. dazu die Erläuterungen des beteiligten Richters Oberholzer, „Landesverweisung – aktueller Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung“ (Fn. 40). Die Erwägungen, mit denen das Bundesgericht diese Rechtsprechungslinie begründet hat, sind allerdings ungewöhnlich diffus und stellenweise abwegig. Leitlinien für einen Umgang mit den konstatierten Spannungsverhältnissen treten daher nicht klar hervor und scheinen schwankend. Vgl. zur Kritik der Rechtsprechung die Nachweise in Fn. 40. Zuletzt hat das Bundesgericht dem FZA doch umstandslos einen Vorrang gegenüber dem Strafgesetzbuch eingeräumt (Urteil des Bundesgerichts 6B\_205/2023 vom 17. August 2023).

Bei all diesen möglichen Gründen zur Differenzierung liegt ein verbindender Gesichtspunkt in der Rücksicht auf demokratische Partizipationsprozesse und gewaltengegliederte Entscheidungsstrukturen in der Entwicklung der schweizerischen Integration in den europäischen Rechtsraum. Diese Rücksicht ist ein wesentlicher Anlass, Wortlaut, Zusammenhang und Entstehungsgeschichte der Verträge Rechnung zu tragen. Sie hält namentlich dazu an, die Wahrung ausreichender Gesetzgebungsspielräume in einer Konstellation verminderter politischer Integration im Auge zu behalten und gesetzgeberische Entscheidungen sowie internationale Abreden vermittelnd in die Rechtsanwendung einzubeziehen. Diese Reflexionsprozesse sind essenziell, um die kontinuierliche Integration auf eine stabile Grundlage zu stellen und schädliche Konflikte mit gewachsenen rechtsstaatlich-demokratischen Entscheidungsstrukturen zu vermeiden.

Wie die bisherige Praxis zu den bilateralen Verträgen zeigt, müssen diese Vorbehalte in den meisten Fällen kein Hindernis für eine einheitliche Auslegung und Anwendung der bilateralen Verträge mit dem parallelen Unionsrecht darstellen. In einzelnen Fällen kann aber eine Differenzierung geboten sein – allem voran bei klaren Wortlautunterschieden, aber auch mit Rücksicht auf den weiteren vertraglichen Zusammenhang und die Verschränkung mit anderen Ebenen der Rechtsordnung. Für eine umsichtige Durchführung der Verträge ist wichtig, dass diese komplexe Ausgangslage, die sich nicht auf ein einziges einfaches Prinzip bringen lässt, im Bewusstsein der Beteiligten ist – auch dann, wenn über weite Strecken dem Postulat der Rechtseinheit der Vorzug gegeben wird. Es ist daher zu fordern, dass eine ausdrückliche Klausel zur einheitlichen Auslegung diese Komplexität vergegenwärtigt.<sup>108</sup> Eine schlichte Proklamation der Einheitlichkeit wird der Rechtslage nicht gerecht und tut der erstrebten Rechtssicherheit eher Abbruch, da sie die Reichweite des stipulierten Prinzips offen lässt und die tieferen exegetischen Herausforderungen überdeckt.

## VI. Mögliche Präzisierungen

### I. Sachspezifische Spezialregeln

Zwei Möglichkeiten liegen nahe, die vertragliche Verankerung des Grundsatzes einheitlicher Auslegung und Anwendung einschränkend zu präzisieren. Eine erste Option, welche die schweizerische Regierung in den Verhandlungen mit der EU bereits verfolgt, besteht darin, spezifische Massnahmen, die bei ei-

---

<sup>108</sup> Eine Präzisierung von Art. 4 InstA fordert auch Oesch, *Der EuGH und die Schweiz* (Fn. 40), Rn. 108.

ner unionsrechtsanalogen Anwendung des bilateralen Rechts unzulässig sein dürften, vertraglich abzusichern. Abweichungen von der Unionsrechtslage würden mithin punktuell zugelassen. Mit entsprechenden Spezialregeln kann konkreten sachpolitischen Anliegen Ausdruck verschafft werden und zu distinkten Massnahmen eine klare, rechtssichere Vereinbarung getroffen werden, welche den Grundsatz der Einheitlichkeit zurücktreten lässt. In der bisherigen politischen Diskussion wurden namentlich für einzelne Lohnschutzregeln, einige Differenzen zu unionsbürgerrechtlichen Ansprüchen und gewisse Beihilfen klärende Spezialregeln gefordert.<sup>109</sup> Derlei Gewährleistungen können den Einheitlichkeitsgrundsatz in besonders sensiblen Materien aussetzen und Vorschriften von besonderem politischem und sachlichem Gewicht den Bestand sichern. Allerdings bleibt dieses Vorgehen auf aktuelle Streitfragen beschränkt. Für künftige Probleme, die noch nicht antizipiert werden, bietet es keine Handhabe. Auf der prinzipiellen Ebene bieten die Ausnahmen einzig den Hinweis, dass die Einheitlichkeit nicht lückenlos durchgehalten wird. Allgemeine Gründe und Kriterien für die Ausnahmen, die auch in anderen Fällen von Belang sein könnten, werden nicht genannt.

## 2. Allgemeine Einschränkungen

Eine zweite Möglichkeit, welche zur ersten auch hinzutreten könnte, sind allgemeine Relativierungen. Naheliegender wäre, dabei an die Rechtsprechung zu den bilateralen Verträgen anzuschliessen. Soll, wie in den Erläuterungen des EDA angenommen, der *Polydor*-Grundsatz weiterhin zur Anwendung kommen, dann erscheint angezeigt, diese Einschränkung in den Vertragstext aufzunehmen. Demnach wären Abweichungen vorzubehalten, die sich aus den unterschiedlichen Zielen der Unionsrechtsordnung und des bilateralen Vertragssystems ergeben. Denkbar wäre aber auch eine Aufnahme der bundesgerichtlichen Formel zur Verbindlichkeit einschlägiger Unionsrechtsprechung nach der Abkommensunterzeichnung. Vorbehalten blieben demnach triftige Gründe, welche nicht leichthin anzunehmen sind. Diese Formel ist hinsichtlich

---

<sup>109</sup> Lettre du Conseil fédéral au Président de la Commission européenne, 7. Juni 2019, <[https://www.eda.admin.ch/content/dam/europa/fr/documents/bericht\\_konsultationen\\_insta/20190607\\_Lettre-CF-President-Commission-europeenne\\_fr.pdf](https://www.eda.admin.ch/content/dam/europa/fr/documents/bericht_konsultationen_insta/20190607_Lettre-CF-President-Commission-europeenne_fr.pdf)> (letzter Zugriff: 20.11.2023); vgl. für einen Überblick über Vorschläge zur Anpassung der Abkommen Christa Tobler, „Wie weiter mit dem institutionellen Abkommen? Varianten zum Umgang mit den drei heiklen Punkten“, *Jusletter*, 20. Januar 2020. Viele der eingebrachten Vorschläge sehen allerdings keine klaren Vereinbarungen über strittige Punkte, sondern lediglich offenere Grundsätze oder flexiblere Erklärungen vor. Dies könnte eine Einigung in den Verhandlungen erleichtern, würde aber keine Rechtssicherheit in den heiklen Fragen bringen.

der Motive einer Abweichung offener, signalisiert aber andererseits deutlicher, dass Differenzen die Ausnahme sein sollen. Wollen die Parteien, entgegen der bisherigen Deutung des EDA, aber wohl im Sinne der Position der Kommission, die *Polydor*-Regel zugunsten grösserer Einheitlichkeit aufgeben, so könnten die Vorbehalte auch enger formuliert werden. Die Haltung der Schweiz drängt es auf, zumindest festzuhalten, dass Unterschiede im Wortlaut zu beachten sind und damit einem Verständnis des Einheitlichkeitsgrundsatzes, das Wortlautdifferenzen einebnet, entgegenzuwirken.

Angepasst werden könnte auch die Reichweite der unmittelbaren Verbindlichkeit der Unionsrechtsprechung. Im Anschluss an Art. 6 EWR und Art. 1 Abs. 2 LVA wäre beispielsweise denkbar, diese Verbindlichkeit auf Bestimmungen zu beschränken, soweit diese in ihrem wesentlichen Gehalt mit entsprechenden Bestimmungen des Unionsrechts identisch sind. Das Kriterium der Implikation unionsrechtlicher Begriffe von Art. 16 FZA ist bei einer blossen Berücksichtigungspflicht plausibel, erscheint aber zu weitreichend bei einer strikten Konformitätsregel.<sup>110</sup>

Viele weitere Varianten der Relativierung kämen in Frage – je nachdem, wie weit das Einheitlichkeitsprinzip nach der Übereinkunft der Parteien reichen soll. Sollen Einschränkungen irgendeiner Art vorbehalten bleiben, so erscheint angebracht, auch das Prinzip selbst weniger strikt zu formulieren. Anbieten würde sich – auch um der Einheitlichkeit willen –, wie im LugÜ und dem EWR-Abkommen sanft relativierend eine „möglichst“ einheitliche Auslegung und Anwendung vorzugeben.

Solche Einschränkungen können das Auslegungsergebnis im Einzelfall nicht unmittelbar prädeterninieren und die schwierige Herausforderung des Umgangs mit Parallelität und Differenz im bilateralen Recht für die Auslegungsorgane nicht beseitigen. Sie können aber klarstellen, dass einheitliche Auslegungsergebnisse nicht ausnahmslos gerechtfertigt sind, und wesentlich deutlichere Leitlinien vorzeichnen, anhand deren die Auslegungsaufgabe zu bewältigen ist. Durch die Aufnahme von Rechtsprechungsformeln und Klauseln bestehender Verträge kann eine differenzierte Praxis aufgerufen werden.

---

<sup>110</sup> Vgl. zur Offenheit des Kriteriums Heselhaus, „Aktuelle Spielräume für ein Institutionelles Rahmenabkommen“ (Fn. 79), S. 23 f.; Cottier, „Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU“ (Fn. 6), 365 ff. Auch die entsprechende Vorschrift im Nordirland-Protokoll sieht ein engeres Kriterium für die Verbindlichkeit der Unionsrechtsprechung vor, indem eine Bezugnahme (engl. „referring“, frz. „renvoient“) auf Unionsrecht oder unionsrechtliche Begriffe oder Bestimmungen vorausgesetzt wird (Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Grossbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft, Art. 13 Abs. 2 Protokoll zu Irland/Nordirland).

Dies erleichtert die Herausforderung; es vermittelt der folgenreichen Auslegungspraxis grössere politische Legitimation und erhöht die im institutionellen Abkommen angestrebte Rechtssicherheit.

### 3. Auswirkungen auf das Streitbeilegungsverfahren

Eine Präzisierung der Auslegungsregel kann auch die Brisanz des geplanten Streitschlichtungsverfahrens und insbesondere der sich abzeichnenden Auslegungszuständigkeiten des GHdEU abmildern. Klare Vorbehalte gegenüber dem Einheitlichkeitspostulat würden der Möglichkeit einer integrationsorientiert extensiven Auslegung der bilateralen Verträge Grenzen setzen. Damit können auch Befürchtungen gemindert werden, die das Profil des Gerichtshofs aufgrund seiner Rolle als Motor der unionalen Integration weckt.<sup>111</sup>

Mit den diskutierten Anpassungen können aber nicht bloss die Kriterien von Auslegungsentscheiden des GHdEU verändert, sondern auch der Zuständigkeitsbereich des Gerichtshofs enger eingrenzt werden. Dies liesse sich durch die Beschränkung der unmittelbaren Verbindlichkeit der Unionsrechtsprechung gemäss Art. 4 Abs. 2 InstA erreichen. Denn nach dem bisherigen Modell hat das Schiedsgericht dem GHdEU Auslegungsfragen zu den in Art. 4 Abs. 2 InstA umschriebenen Bestimmungen vorzulegen (Art. 10 Abs. 3 InstA). Wird die Definition dieser Bestimmungen enger gefasst, so ist der GHdEU seltener für die Auslegung zuständig. Werden dabei die Formulierungen des EWR-Abkommens übernommen, so müsste diese Eingrenzung mit der Unionsrechtsprechung vereinbar sein. Daher sollte es zulässig sein, dass der GHdEU nicht bei jeglicher Implikation unionsrechtlicher Begriffe, sondern nur bei Bestimmungen, die ihrem wesentlichen Gehalt nach mit entsprechenden Unionsbestimmungen identisch sind, zum Zuge kommt. Die Auslegung einer im Bereich des FZA anwendbaren Verordnung wäre dann beispielsweise ohne Weiteres dem GHdEU zu übertragen. Die blossе Implikation etwa des Diskriminierungsbegriffs in einer wesentlich anderslautenden Bestimmung würde aber noch keine Zuständigkeit des GHdEU begründen.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Klassisch zu den Integrationsimpulsen des EuGH mit kritischer Pointierung Hjalte Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Dordrecht u.a. 1986; vgl. aus der neueren Diskussion Susanne K. Schmidt, *The European Court of Justice and the Policy Process. The Shadow of Case Law*, Oxford 2018.

<sup>112</sup> Für eine Beschränkung der Vorlagepflicht in dieser Richtung selbst in Anwendung des Abkommensentwurfs von 2018 hat sich Thomas Cottier, „Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU“ (Fn. 6), 366, ausgesprochen. Cottier räumt aber ein, dass eine solche enge Konzeption der Vorlagepflicht nicht klar aus den Vorschriften des InstA hervorgeht. Soll die Pflicht so begrenzt bleiben, wie es bei Cottier und auch hier gefordert wird, so sollte dies im Vertragstext entsprechend festgehalten werden.



#### 4. Vorschlag einer Neufassung der Auslegungsregel

Im Sinne des Dargelegten könnte eine Neufassung der Auslegungsregel folgendermassen lauten:

##### **Principe d'interprétation uniforme**

1. Aux fins de la réalisation des objectifs fixés à l'article 1<sup>er</sup> et dans le respect des principes du droit international public, les accords concernés et les actes juridiques de l'Union européenne auxquels référence y est faite sont interprétés et appliqués de manière aussi uniforme que possible dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe.
2. L'interprétation respecte le texte ainsi que l'objet et le but des accords concernés.
3. Dans la mesure où elles sont identiques en substance à des dispositions correspondantes du droit de l'Union européenne, les dispositions du présent accord, des accords concernés et des actes juridiques de l'Union européenne auxquels référence y est faite sont interprétées et appliquées conformément à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne, antérieure ou postérieure à la signature de l'accord concerné. Sont réservées les divergences qui se justifient en raison des finalités différentes du droit de l'Union et des accords entre l'Union européenne et la Confédération suisse.

##### **Grundsatz der einheitlichen Auslegung**

1. Zur Verwirklichung der in Artikel 1 definierten Ziele und unter Wahrung der Grundsätze des Völkerrechts werden die betroffenen Abkommen und die Rechtsakte der Europäischen Union, auf die darin Bezug genommen wird, in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt, möglichst einheitlich ausgelegt und angewandt.
2. Die Auslegung beachtet den Wortlaut sowie das Ziel und den Zweck der betroffenen Abkommen.
3. Soweit deren wesentlicher Gehalt mit entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen identisch ist, werden die Bestimmungen dieses Abkommens, der betroffenen Abkommen sowie der Rechtsakte der Europäischen Union, auf die darin Bezug genommen wird, gemäss der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ausgelegt und angewandt, die vor oder nach der Unterzeichnung des betreffenden Abkommens ergangen ist. Vorbehalten bleiben Abweichungen, die aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzung des Unionsrechts und der Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft gerechtfertigt sind.

Diese Fassung würde den Grundsatz einheitlicher Auslegung weiterhin generell und umfassend für das Recht der bilateralen Binnenmarktassoziation festhalten. Auch der strukturell weitreichende Schritt zu einer unmittelbaren Verbindlichkeit künftiger Unionsrechtsprechung trotz fehlender Beteiligung am GHdEU würde getan. Gleichzeitig würde aber im Anschluss an das EWR-Ab-

kommen und die Rechtsprechung zu den bilateralen Verträgen deutlich gemacht, dass einheitliche Auslegungsergebnisse nicht vorbehaltlos gerechtfertigt sind. Die unmittelbare Auslegungshoheit des EuGH würde anerkannt, aber auf das Notwendige beschränkt. Bei anderen Auslegungsfragen wäre die Unionsrechtsprechung nicht unmittelbar massgebend, aber wie bereits heute und gemäss dem neuen Prinzip möglichst weitgehender Einheitlichkeit stets im Rahmen von Wortlaut, Zusammenhang und Ziel zu beachten. Auch in den Fällen, die dem GHdEU vorgelegt würden, wäre Zusammenhang und Ziel der bilateralen Marktassoziation im Sinne der *Polydor*-Rechtsprechung Rechnung zu tragen. Ob dies ausnahmsweise Abweichungen gebieten würde, wäre in diesen letzteren Fällen aber vom EuGH zu entscheiden.

## VII. Schluss

Die Europäische Union und die Schweiz verbinden nicht nur die Bruchstücke eines gemeinsamen Marktes, sondern auch und zumal die in Art. 2 EUV proklamierten Werte. Dazu gehören Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, die im Rahmen des Pluralismus der europäischen Gesellschaft verwirklicht werden sollen. Die Aufgabe, die bilateralen Verträge in einer Gestalt weiterzuentwickeln, dass Einheit und Differenz zu einem angemessenen Ausgleich kommen, ist auf dieser Grundlage anzugehen. Die Eigenheiten der schweizerischen Marktassoziation sind nicht nur Reflexe eines eigennützigem Rosinenpickens, sondern auch Ausdruck einer aufrichtigen Sorge um demokratische Mitbestimmung, funktionsgerechte Gewaltengliederung, pluralistische Subsidiarität und nachhaltige Verankerung des Integrationsprozesses im gesellschaftlichen Rechtsbewusstsein. Es ist im Interesse beider Parteien, eine Lösung zu finden, die unzulässige Vorteile minimiert, aber den würdigen Idiosynkrasien der demokratischen Verfassungstradition der Schweiz gleichzeitig grösstmöglichen Raum lässt.

Die Vorgaben zum Grundsatz einheitlicher Auslegung im Abkommensentwurf von 2018 werden dem nicht gerecht. Art. 4 InstA bindet die erfassten bilateralen Verträge vorbehaltlos an die dynamische Auslegungspraxis der Union, ohne den strukturellen Besonderheiten der bilateralen Assoziation an die Unionsrechtsordnung Rechnung zu tragen. Weder die Bindung an das vertraglich Ratifizierte noch der fehlende Einbezug in das unionale Institutionengefüge wird angemessen abgebildet. Im Lichte der Praxis zum Einheitlichkeitsgrundsatz in der Union und dem EWR müsste mit einer extensiven Lesart des Prinzips gerechnet werden, über die im Streitfall die Unionsgerichte letztverbindlich befinden würden. Eine solche Regelung stünde in Spannung mit legitimen Postulaten demokratischer Rechtsstaatlichkeit. Sie würden daher bei Konflik-

ten nicht die angestrebte Rechtssicherheit garantieren, sondern im Gegenteil neue Unsicherheiten schaffen. Es erscheint offen, wie der EuGH eine strikte Uniformitätsvorgabe gegenüber grundlegenden direktdemokratischen Kompromissen eines Staates ausserhalb der Union zur Anwendung bringen würde. Ebenso fraglich erscheint, wie die Schweiz auf eine strikte Deutung des Einheitlichkeitsprinzips reagieren würde, welche grundlegende politische Entscheidungen ohne eine klare Grundlage im Vertragstext für unzulässig erklärt. Die breite Unterstützung der Integration in der Schweiz, die auch die homogenitätsorientierte Rechtsprechung des Bundesgerichts einschliesst, käme unter diesen Umständen leicht ins Wanken.

Angemessener und nachhaltiger erscheint eine Konzeption, welche die Verankerung eines allgemeinen Einheitlichkeitsgrundsatzes im Rekurs auf die vertragliche Rechtsgrundlage präziser situiert und mit Augenmass abmildert. Uniformität ist das allgemeine Prinzip, muss aber auf den vertraglichen Rahmen der Assoziation verpflichtet bleiben. Auch die unmittelbare Verbindlichkeit der Unionsrechtsprechung sollte klarer und enger auf Bestimmungen beschränkt werden, die Unionsrecht im Wesentlichen unmodifiziert übernehmen. Wo das bilaterale Recht dagegen anderslautende Vorschriften aufweist, haben die Parteien die Auslegung gemeinschaftlich zu verantworten. Eine solche vermittelnde Lösung kann, wie wir gesehen haben, an das EWR-Abkommen und die Rechtsprechung zu den bilateralen Verträgen anschliessen. Damit baut der beträchtliche Integrationsschritt, die die geplante Weiterentwicklung der Vertragsbeziehungen in jedem Fall bedeutet, auf der bisherigen Rechtsentwicklung auf und fügt sich in den Kontext des erweiterten Binnenmarktes ein. Die Erwägungen der bisherigen Rechtspraxis werden im Zusammenhang reflektiert und durch eine differenzierte Formel in ein neues Fundament gegossen. Dies verspricht eine wesentlich tragfähigere Grundlage für die Fortsetzung der bilateralen Integration in ein demokratisches Europa.