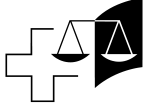


Bundesgericht

Tribunal fédéral

Tribunale federale

Tribunal federal



CH - 1000 Lausanne 14
Korrespondenznummer 14.3.5

**XVI. Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs,
Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz
vom 18./19. September 2008**

Leipzig

Beitrag der Schweiz zum Thema:

**"Auswirkungen des EU-Rechts auf Nicht-EU-Mitglieder
("de facto Mitgliedschaft" der Schweiz und Liechtensteins?)"**

Verfasser: Bundesrichter Dr. Hansjörg Seiler

Vorbemerkungen

1. Das Verhältnis der Schweiz zur EU ist ein wesentlich Anderes als dasjenige von Liechtenstein zur EU, weil die Schweiz im Unterschied zu Liechtenstein nicht EWR-Mitglied ist. Das vorliegende Papier äussert sich deshalb einzig zum Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU.
2. Der Einfachheit halber wird vorliegend nur von "EU", "EU-Recht" usw. gesprochen, ohne zwischen EU, EG usw. zu differenzieren, da diese Unterscheidungen für das Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz praktisch von geringer Bedeutung sind.

1. Übersicht über die Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU

Die Schweiz hat mit der EU verschiedene Verträge abgeschlossen. Die wichtigsten davon sind:

- das Freihandelsabkommen vom 22. Juli 1972 (FHA);¹
- die sogenannten Bilateralen Abkommen I vom 21. Juni 1999; es handelt sich dabei um sieben Abkommen, nämlich
 - Abkommen über die wissenschaftliche und technologische Zusammenarbeit:² Damit beteiligt sich die Schweiz am 6. Rahmenprogramm EG und Euratom;
 - Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens:³ Damit werden im Wesentlichen im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU die Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen gegenüber dem Geltungsbereich des entsprechenden WTO Abkommens erweitert;
 - Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen:⁴ Damit anerkennen die Parteien gegenseitig die Konformitätsbewertungen für eine Reihe von technischen und medizinischen Produkten;
 - Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen:⁵ Damit werden Handelshemmnisse im Bereich bestimmter landwirtschaftlicher Produkte abgebaut;
 - Abkommen über den Luftverkehr:⁶ Damit werden im Wesentlichen in der Schweiz die Luftverkehrsregelungen der EU übernommen;

1 SR 0.632.401.

2 SR 0.420.513.1.

3 SR 0.172.052.68.

4 SR 0.946.526.81.

5 SR 0.916.026.81.

6 SR 748.127.192.68.

- Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse:⁷ Damit wird der grenzüberschreitende Strassen- und Bahnverkehr geregelt unter weitgehender Übernahme der entsprechenden EU-Regelungen durch die Schweiz;
- Abkommen über die Freizügigkeit (FZA):⁸ Damit wird der Grundsatz der gegenseitigen Nichtdiskriminierung in den Bereichen der Einreise, des Aufenthalts und der Ausübung einer Erwerbstätigkeit und der Dienstleistungserbringung sowie der sozialen Sicherheit festgelegt;
- die sogenannten bilateralen Abkommen II vom 26. Oktober 2004. Es handelt sich dabei um die neun folgenden Abkommen:
 - Abkommen über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse:⁹ Dieses Abkommen liberalisiert den Handel mit verarbeiteten Landwirtschaftsprodukten;
 - Abkommen über die Zusammenarbeit in der Statistik:¹⁰ Es beteiligt die Schweiz an der EU-Statistik;
 - Abkommen über die Teilnahme an der Europäischen Umweltagentur;¹¹
 - Abkommen über die Teilnahme an den Programmen MEDIA-Plus und MEDIA-Fortbildung;¹²;
 - Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von in der Schweiz ansässigen früheren EU-Beamten;¹³
 - Abkommen über die Assoziierung an Schengen:¹⁴ Dadurch wird die Schweiz an das Schengen-System assoziiert, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Warenkontrolle, da die Schweiz nicht zur Zollunion der EU gehört;
 - Abkommen über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags:¹⁵ Dadurch werden die Dublin und Eurodac-Vorschriften auch in der Schweiz und im Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz angewendet;
 - Abkommen über die Besteuerung von Zinserträgen:¹⁶ Dadurch wird auf den Zinszahlungen auf in der Schweiz gelegenes Vermögen an Empfän-

7 SR 0.740.72.

8 SR 0.142.112.681.

9 SR 0.632.401.23

10 SR 0.431.026.81.

11 SR 0.814.092.681.

12 SR 0.784.405.226.8.

13 SR 0.672.926.81.

14 SR 0.360.268.1.

15 SR 0.142.392.68.

16 SR 0.641.926.81.

ger in der EU ein Steuerrückbehalt abgezogen, um Steuerhinterziehungen zu vermeiden;

- Abkommen zur Betrugsbekämpfung:¹⁷ Dadurch verpflichten sich die Vertragsparteien zur Amts- und Rechtshilfe in bestimmten Bereichen.

Zu erwähnen ist sodann das Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 (LugÜ),¹⁸ welches allerdings nicht ein bilateralen Vertrag zwischen der EU und der Schweiz, sondern ein Abkommen zwischen allen EU- und EFTA-Staaten ist und im Prinzip den Geltungsbereich des Brüsseler Übereinkommens bzw. der dieses ersetzenden Verordnung 44/2001 auf die EFTA-Staaten ausdehnt.

Neben diesem staatsvertraglich geregelten Bereich gibt es auch schweizerische Gesetze, in denen sich der Gesetzgeber, ohne staatsvertraglich dazu verpflichtet zu sein, an EU-rechtliche Regeln angelehnt hat, um eine Rechtsharmonisierung zu erreichen. Man spricht in der Schweiz vom autonomen Nachvollzug.

Schliesslich gibt es einen Bereich, in welchem die Schweiz EU-Recht weder staatsvertraglich noch autonom vollzogen hat.

2. Struktur der Verträge zwischen der EU und der Schweiz

Die Abkommen zwischen der Schweiz und der EU sind unterschiedlich ausgestaltet:

Beim FHA von 1972 handelt es sich um ein klassisches Freihandelsabkommen, welches wie viele andere solche Abkommen Hürden im internationalen Handel abbaut, aber keine gegenseitige Rechtsharmonisierung vorsieht.

Das Bundesgericht hat denn auch das FHA von 1972 in ständiger Rechtsprechung als ein reines Handelsabkommen qualifiziert, das nicht wie der EU-Vertrag einen einheitlichen Binnenmarkt mit überstaatlicher Wettbewerbsordnung, sondern bloss eine Freihandelszone schaffen will. Der Schweizer Richter hat die Bestimmungen dieses Abkommens grundsätzlich autonom auszulegen und anzuwenden,¹⁹ d.h. gemäss den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts und nicht gemäss dem EU-Recht.²⁰ Das schliesst nicht aus, dass die Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt wird,²¹ aber einfach als ein Auslegungselement nebst anderen. So findet z.B. die Rechtsprechung Cassis de Dijon keine Anwendung gestützt auf das FHA.²²

17 SR 0.351.926.81.

18 SR 0.275.11.

19 Urteil 2A.593/2005 (ZBI 107/12006) S. 672, E. 5.4, m.H.

20 BGE 105 II 49 E. 3a, 131 II 271 E. 10.3.

21 BGE 131 II 271 E. 10.3.

22 Urteil 2A.593/2005 (ZBI 2006 S. 672), E. 6.

Anders verhält es sich mit den sektoriellen Abkommen: Damit übernimmt die Schweiz faktisch in bestimmten Bereichen EU-Rechtsvorschriften.

Im Einzelnen sind die Abkommen unterschiedlich strukturiert. Das vorliegende Papier kann nicht auf alle Abkommen eingehen, sondern nur beispielhaft die Strukturen einiger der wichtigsten Abkommen darstellen.

Im praktisch wohl wichtigsten dieser Abkommen, im FZA, wird zunächst der Grundsatz der gegenseitigen Nichtdiskriminierung der Staatsangehörigen festgelegt. Sodann haben die Staatsangehörigen beider Vertragsparteien in Bezug auf die jeweils andere Vertragspartei das Recht auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und Dienstleistungserbringung nach Massgabe von Anhang I; zudem werden die Systeme der sozialen Sicherheit nach Massgabe von Anhang II und die gegenseitige Anerkennung von Befähigungsnachweisen für bestimmte Berufe nach Massgabe von Anhang III koordiniert.

In den Anhängen I, II und III des FZA wird auf bestimmte EU-rechtliche Rechtsakte Bezug genommen. Das betrifft im Bereich der Personenfreizügigkeit namentlich die Verordnung 1251/70 EWG sowie die Richtlinien 75/34/EWG, 64/221/EWG, 72/194/EWG, 75/35/EWG und 96/71/EG, im Bereich der sozialen Sicherheit die Verordnungen 1408/71/EWG und 574/72/EWG, je samt Aktualisierungen, sowie die Richtlinie 98/49/EG, im Bereich der Anerkennung von Befähigungsnachweisen zahlreiche Richtlinien über die Anerkennung von beruflichen Fähigkeitsausweisen.

Praktisch bedeutet das, dass die Schweiz die genannten EU-Rechtsvorschriften übernommen hat und im Verhältnis zu Angehörigen der EU anwendet, wie umgekehrt die EU diese Bestimmungen auch auf schweizerische Staatsangehörige anwendet.

Ähnlich ist die Konstruktion in den Abkommen über die Assoziierung an Schengen und Dublin, den wohl wichtigsten und jedenfalls umstrittensten Abkommen im Rahmen der Bilateralen II: Diese Abkommen legen fest, dass bestimmte darin bezeichnete EU-Rechtsakte in der Schweiz umgesetzt und angewendet werden.

Etwas anders ist die Regelung im Abkommen über die Anerkennung von Konformitätsbewertungen: Darin gilt der Grundsatz, dass (für die im Abkommen genannten einzelnen Bereiche, für welche es überhaupt gilt) gegenseitig die Konformitätsbeurteilungen anerkannt werden sollen. Zu diesem Zweck gibt es zwei unterschiedliche Regelungsbereiche: Im einen Bereich werden in einem Anhang zum Abkommen diejenigen Rechtsvorschriften der EU und der Schweiz aufgelistet, welche gegenseitig

als gleichwertig anerkannt werden; Produkte, die nach den Verfahren der jeweiligen Vertragspartei als konform zu diesen Vorschriften qualifiziert worden sind, werden auch in der anderen Vertragspartei zugelassen. Im anderen Bereich muss noch eine erleichterte Konformitätsbeurteilung gemäss den im Abkommen festgelegten Bewertungsverfahren erfolgen. In diesem Abkommen wird also nicht formell das EU-Recht in der Schweiz übernommen. Das Abkommen beruht aber faktisch darauf, dass die Vorschriften gegenseitig als gleichwertig anerkannt werden, dies nicht zuletzt deshalb, weil in den innerstaatlichen schweizerischen Vorschriften dann in der Regel durch Verweisung die entsprechenden EU-Vorschriften als anwendbar erklärt werden.²³ Auf diesem indirekten Weg wird das EU-Recht auch in der Schweiz massgebend.

Ebenfalls differenziert ist die Regelungsstrategie im Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen: Darin werden einerseits im Stil klassischer Freihandelsabkommen gegenseitig bestimmte Zollzugeständnisse eingeräumt.²⁴ Andererseits werden in zahlreichen Bereichen technische Handelshemmnisse abgebaut. So stellen z.B. für den Pflanzenschutz die Parteien fest, dass sie vergleichbare Rechtsvorschriften haben, und anerkennen die entsprechend diesen Vorschriften ausgestellten Pflanzenpässe²⁵, dies allerdings auch nur, nachdem die schweizerischen Pflanzenschutzvorschriften inhaltlich dem EU-Niveau angepasst wurden. Analoges gilt für die Futtermittel und Saatgut, wo sich die Parteien verpflichten, ihre Vorschriften anzugleichen, um den Handel zu erleichtern.²⁶ Faktisch bedeutet dies, dass die Schweiz ihre Vorschriften denjenigen der EU anpasst.

Institutionell ist in fast jedem dieser Abkommen die Bildung eines Gemischten Ausschusses vorgesehen, welcher das betreffende Abkommen verwaltet. Es handelt sich dabei anders als bei den Organen der EU nicht um supranationale Institutionen, die mit Mehrheitsbeschluss für die Beteiligten verbindliche Beschlüsse fassen können. Die Ausschüsse bestehen aus Repräsentanten der EU einerseits und der Schweiz andererseits. Beschlüsse können sie nur treffen, wo die Abkommen dies vorsehen und nur im beidseitigen Einvernehmen.

23 Vgl. z.B. Verordnung vom 12.6.1995 über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEV; SR 819.11), wo für Maschinen, Gasgeräte und persönliche Schutzausrüstungen die entsprechenden Richtlinien der EU als grundlegende Sicherheitsanforderungen festgelegt werden.

24 Art. 2 und 3 sowie Anhänge 1-3 des Abkommens.

25 Anhang 4 Art. 2 des Abkommens.

26 Anhang 5 Art. 1 und Anhang 6 Art. 4 des Abkommens.

3. Auswirkungen des EU Rechts im Bereich der staatsvertraglich über nommenen EU-Rechts

3.1 Im Bereich der Rechtsetzung und Verwaltungspraxis

Rechtlich bewahren beide Vertragsparteien der sektoriellen Abkommen, also sowohl die EU als auch die Schweiz, ihre Gesetzgebungszuständigkeiten. Die Parteien anerkennen die gegenseitige Autonomie. Faktisch erfolgt allerdings, wie dargelegt, in den von den Abkommen erfassten Bereichen eine einseitige Harmonisierung, indem sich die schweizerische Gesetzgebung derjenigen in der EU anpasst und deren Regelungen übernimmt.

Die meisten Abkommen gelten grundsätzlich an sich nur für grenzüberschreitende Sachverhalte im Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz, nicht für rein inner-schweizerische Sachverhalte. Soweit aber die schweizerischen Rechtsvorschriften, die für das ganze Gebiet der Schweiz gelten, den Vorschriften der EU angepasst worden sind, gelten diese materiell auch für rein innerschweizerische Sachverhalte. Insofern setzt die Schweiz die Abkommen überschüssend um.

Soweit EU-Recht durch materielle Übernahme oder durch Verweisung in schweizerische Rechtsvorschriften aufgenommen worden ist, wird es in der Schweiz wie anderes schweizerisches Recht angewendet. Auch soweit direkt durch die Abkommen auf EU-Vorschriften Bezug genommen wird und diese damit als in der Schweiz anwendbar erklärt werden, werden sie von den schweizerischen Behörden angewendet. Die Frage, ob sie als völkerrechtliche oder als verwiesene EU-rechtliche Vorschriften angewendet werden, ist grundsätzlich nicht von praktischer Bedeutung, da auch Völkerrecht aufgrund des in der Schweiz herrschenden monistischen Systems ohne weiteren Umsetzungsakt angewendet wird.²⁷ Voraussetzung ist freilich, dass die Vorschriften self-executing sind. Das ist bei den meisten in den Abkommen enthaltenen EU-rechtlichen Vorschriften der Fall. Bei einigen Bestimmungen trifft das allerdings nicht zu, namentlich bei einem Teil des Schengen-Besitzstands, wo gesetzgeberische Umsetzung erforderlich ist. In diesen Bereichen wurde deshalb gleichzeitig mit dem Abschluss des Abkommens die schweizerische Gesetzgebung formell angepasst, um der Übernahmepflicht nachzukommen.

Trotz dieser bereichsweise weitgehenden Übernahme von EU-Recht in der Schweiz unterscheiden sich die rechtlichen Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU von denjenigen zwischen einem EU-Mitgliedstaat und der EU.

²⁷ Bedeutung kann die Frage freilich für die Auslegung haben, dazu hinten 3.2.

Die EU-Staaten sind durch den EU-Vertrag zu einer supranationalen Union verbunden, welche eigene, von den Mitgliedstaaten losgelöste Institutionen hat. Diese können in bestimmten Bereichen auch Mehrheitsbeschlüsse fassen, welche für alle Mitglieder verbindlich sind. Demgegenüber besteht die Grundkonzeption der sektoriellen Abkommen zwischen der EU und der Schweiz darin, dass einerseits eine Harmonisierung im Umfang der abgeschlossenen Abkommen erzielt wird, andererseits aber die Entscheidungsautonomie der Parteien gewahrt wird. Die Schweiz ist eben nicht ein EU-Mitglied, für welches alle Änderungen des EU-Rechts verbindlich sind, sondern sie verhandelt von Fall zu Fall aufgrund ihrer Interessenlage, in welchen Bereichen sie eine Harmonisierung mit der EU anstrebt, was natürlich eine entsprechende Interessenlage auch auf Seiten der EU voraussetzt.

Das unterscheidet die bilateralen Verträge auch vom EWR-Abkommen. Bekanntlich wurde dieses in der Schweiz ja in einer Volksabstimmung abgelehnt, wobei hauptsächlich die Befürchtungen bezüglich der Einschränkungen der gesetzgeberischen und institutionellen Autonomie ausschlaggebend waren. Der Bundesrat hat denn auch in seiner Botschaft an die Bundesversammlung zu den Bilateralen I betont, im Unterschied zum EWR-Abkommen werde mit den bilateralen Verträgen die gesetzgeberische Autonomie der Schweiz beibehalten, mit dem Gegenstück einer weniger gesicherten Homogenität der zwischen der Schweiz und der EU gültigen Rechtsordnungen.²⁸

Getreu dieser Grundkonzeption bilden die bilateralen Abkommen zwischen der EU und der Schweiz nicht einen inhaltlich umfassenden Integrationsvertrag, sondern sie beschlagen einzelne sektorische Fragen.²⁹ Zudem sind sie grundsätzlich statisch: Auch in den von den Abkommen erfassten Bereichen wird auf der Basis eines bestimmten *acquis* zu einem bestimmten Zeitpunkt harmonisiert. Änderungen des EU-Rechts erlangen deshalb in der Schweiz grundsätzlich nicht automatisch Geltung, sondern nur, wenn dies durch einen neuen Staatsvertrag wieder vereinbart wird. Es werden also keine supranationalen Institutionen gebildet, welche Mehrheitsbeschlüsse fällen können, die für die Vertragsparteien verbindlich sind.

In einigen der Abkommen ist allerdings der Gemischte Ausschuss zuständig, die Anhänge zu ändern und damit namentlich auch neue EU-Rechtsakte zu bezeichnen, welche in der Schweiz übernommen werden (z.B. im Bereich des FZA die Anhänge II und III, Art. 18 FZA). Da aber die Gemischten Ausschüsse einvernehmlich entscheiden, kommt eine solche Übernahme nur mit Zustimmung der Schweiz zustande. Zudem betreffen sie meistens untergeordnete, eher technische Anpassungen. Im

28 BBl 1999 6131, vgl. auch 6158.

29 BGE 130 II 113 E. 6.2.

Übrigen sind aber weitere Übernahmen von EU-Recht nur mit einer Änderung der Abkommen oder mit neuen Abkommen möglich. Diese müssen auf beiden Seiten, also sowohl in der EU als auch in der Schweiz auf dem ordentlichen Weg des Abschlusses von Staatsverträgen erfolgen. In der Schweiz unterliegen sie gegebenenfalls der Volksabstimmung.³⁰

Das hat zur Folge, dass eine zusätzliche Harmonisierung, die innerhalb der EU stattfindet, nicht automatisch auf das Verhältnis zur Schweiz erstreckt wird. Ein Beispiel: Herkömmlich wurden innerhalb der EU Hilflosenentschädigung u.dgl. nicht exportiert. Das gilt auch für das FZA.³¹ Wenn nun innerhalb der EU oder des EWR entschieden wird, in Zukunft die Hilflosenentschädigung zu exportieren, dann gilt das wegen der statischen Natur des Abkommens nicht automatisch auch für das Verhältnis zur Schweiz. Die schweizerischen Hilflosenentschädigungen würden also (wie bis anhin) nicht in die EU exportiert und umgekehrt die EU-Hilflosenleistungen nicht in die Schweiz.

Eine Besonderheit besteht in den Abkommen zur Assoziierung an Schengen und Dublin: Hier hat sich die Schweiz vertraglich verpflichtet, auch zukünftige Änderungen der entsprechenden EU-Rechtsvorschriften in den betreffenden Bereichen zu übernehmen.³² Darunter sind allenfalls auch Rechtsakte von grosser Wichtigkeit, die nach schweizerischem Verfassungsrecht zwingend auf dem Weg der formellen Gesetzgebung, also mit Referendumsrecht, ergehen müssen.³³ Wird nun ein solches Gesetz, welches zukünftiges EU-Recht umsetzen soll, in der Volksabstimmung (oder auch vom Parlament) abgelehnt, dann wird das Abkommen als beendet angesehen, es sei denn, der Gemischte Ausschuss beschliesse etwas anderes.³⁴ Es wird also auch hier die Entscheidungsautonomie der Schweiz gewahrt, wobei es dann im konkreten Fall eine Frage der politischen Abwägung ist, ob man eher die politisch allenfalls umstrittene Gesetzesänderung oder die Beendigung des Abkommens in Kauf nehmen will.

Schliesslich sind die Verträge beidseitig kündbar. Auch hier zeigt sich der völkerrechtliche Charakter, der sich von einer EU-Mitgliedschaft unterscheidet.

30 Art. 141 Abs. 1 lit. d BV.

31 BGE 132 V 423.

32 Art. 2 Abs. 3 Schengen-Assoziierungsabkommen, Art. 1 Abs. 3 Dublin-Assoziierungsabkommen.

33 Art. 141 Abs. 1 lit. a und Art. 164 BV.

34 Art. 7 Abs. 4 Schengen-Assoziierungsabkommen und Art. 4 Abs. 6 und 7 Dublin-Assoziierungsabkommen.

3.2 Im Bereich der Rechtsprechung

Die völkerrechtliche Natur der Abkommen zeigt sich auch in der Rechtsprechung: Es gibt kein supranationales Gericht, welches über die Auslegung der Abkommen mit Verbindlichkeit für beide Vertragsparteien entscheidet. Die Schweiz untersteht auch nicht der Rechtsprechungshoheit des EuGH. Eine Ausnahme gilt für das Luftverkehrsabkommen, gemäss welchem die darin festgelegten wettbewerbsrechtlichen Regeln auch für die Schweiz von den EU-Behörden mit Einschluss der EU-Gerichte angewendet und vollzogen werden.³⁵ Abgesehen davon werden aber die Abkommen innerhalb beider Vertragsparteien durch die jeweils zuständigen Gerichte der Vertragsparteien angewendet, in der Schweiz also letztinstanzlich durch das Bundesgericht. Es gibt für die Schweiz auch kein Vorlageverfahren an den EuGH; die schweizerischen Gerichte legen sowohl die Staatsverträge als auch die darin bezeichneten EU-rechtlichen Rechtsvorschriften selber abschliessend aus.

Entsprechend der staatsvertraglichen Natur werden die Abkommen im Prinzip nicht nach EU-rechtlichen Regeln ausgelegt, sondern nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, als deren Ausdruck namentlich die Art. 31 f. der Wiener Vertragsrechtskonvention gelten.³⁶

Allerdings ist zu unterscheiden zwischen den materiellen Bestimmungen, die in den sektoriellen Abkommen selbst enthalten sind und den gemeinschaftsrechtlichen Erlassen, die in den sektoriellen Abkommen aufgelistet werden und dadurch auch für die Schweiz verbindlich werden. Die Abkommen an sich stellen Staatsverträge zwischen der Schweiz und der EU dar (im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens sind die Mitgliedstaaten zusätzlich Vertragspartei). Es handelt sich um Völkerrecht im herkömmlichen Sinn, das nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts auszulegen, anzuwenden und allenfalls abzuändern ist. Das gilt auch für die Beschlüsse der gemischten Ausschüsse.³⁷ Die EU-rechtlichen Erlasse, die in den Abkommen aufgeführt sind, wurden hingegen durch die Organe der EU geschaffen und gelten innerhalb der EU-Mitgliedstaaten nicht als Völkerrecht, sondern als EU-Recht. Für die Schweiz sind sie zwar nicht kraft EU-Recht, sondern erst durch ihre Aufnahme in die sektoriellen Abkommen in Kraft getreten. Ihrem Inhalt nach sind es aber die gleichen Regeln, die in der EU gelten, und der Zweck der Harmonisierung kann nur erreicht werden, wenn die Auslegung dieser EU-rechtlichen Bestimmungen in der Schweiz in gleicher Weise erfolgt wie in der EU.

35 Art. 11 und 20 i.V.m. Art. 8 und 9 des Luftverkehrsabkommens. Daneben sehen die Abkommen über Forschung, Umweltagentur und MEDIA Zuständigkeiten der EU-Finanzkontrolle in der Schweiz und das Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen Befugnisse einer EU-Überwachungsbehörde in der Schweiz vor, ohne aber an der ausschliesslichen Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zu rütteln.

36 BGE 132 V 423 E. 9.5.1, 133 V 329 E. 8.4.

37 BGE 132 V 53 E. 6.3.

Zu diesem Zweck sehen die Abkommen teilweise ausdrücklich eine Berücksichtigungspflicht für die Rechtsprechung der anderen Vertragspartei vor: Nach Art. 1 des Protokolls Nr. 2 zum LugÜ tragen die Gerichte jedes Vertragsstaats bei der Anwendung des Übereinkommens den Grundsätzen gebührend Rechnung, die in massgeblichen Entscheidungen von Gerichten der anderen Vertragspartei entwickelt worden sind.

Praktisch wichtig ist vor allem Art. 16 Abs. 2 FZA: Soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt. Das gilt nicht nur für die EU-Rechtsvorschriften, auf welche in den Abkommen ausdrücklich Bezug genommen wird, sondern auch für diejenigen Bestimmungen der Abkommen selber, welche entsprechenden Regeln des EU-Rechts nachgebildet sind. Insoweit stellt das Bundesgericht trotz des an sich völkerrechtlichen Charakters der Abkommen für die Auslegung auf die Rechtsprechung des EuGH ab. So sind z.B. viele Bestimmungen des Anhang I FZA der Verordnung 1612/68/EWG oder der Richtlinie 90/364/EWG nachgebildet, weshalb die entsprechende Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt wird.³⁸

In diesem Sinne berücksichtigt das Bundesgericht getreulich die bis zum 21. Juni 1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH, und zwar auch dann, wenn sie sich seit den eigentlichen Vertragsverhandlungen noch in einem Sinne weiterentwickelt hat, der bei den Verhandlungen nicht antizipiert wurde. So hat z.B. das Bundesgericht im Zusammenhang mit den Leistungen der IV bei Geburtsgebrechen die Rechtsprechung Cabanis-Issarte vom 30.4.1996³⁹ angewendet, welche die frühere Rechtsprechung Kermaschek⁴⁰ geändert hat, obwohl im Rahmen der Vertragsverhandlungen an sich noch von der Geltung der Kermaschek-Rechtsprechung ausgegangen wurde.⁴¹ Ebenso hat es die Rechtsprechung Rönfeldt⁴² zur Weitergeltung günstigerer bilateraler Sozialversicherungsabkommen angewendet,⁴³ obwohl dies an sich dem Wortlaut von Art. 20 FZA widerspricht.⁴⁴

Die Rechtsprechung des EuGH wird aber nicht generell berücksichtigt, sondern nur soweit sie Bereiche betrifft, die Gegenstand des FZA bilden.⁴⁵ Nicht dazu gehört z.B. die allgemeine Dienstleistungsfreiheit gemäss EU-Primärrecht, die im FZA nicht inte-

38 BGE 134 II 10 E. 3.1, 133 V 367 E. 8, 130 II 113 E. 5.2; Urteil 2C_33/2007 vom 14.3.2008 E. 3.2.

39 Rs. C-308/93, Cabanis-Issarte, Slg. 1996 I-2097.

40 Rs. 40-76, Kermaschek, vom 23.11.1976, Slg. 1976 1669.

41 BGE 133 V 320.

42 Rs. C-227/89, Rönfeldt, vom 7.2.1991, Slg. 1991 I-323.

43 BGE 133 V 329 E. 6 und 8.6.4.

gral, sondern nur partiell verwirklicht wird.⁴⁶ Ebensovienig gehört das Konzept der EU-Bürgerschaft zu den Abkommen, weshalb die daraus abgeleiteten Ansprüche in der Schweiz nicht gelten.⁴⁷

Die Berücksichtigungspflicht gilt sodann gemäss dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 FZA nur für die Rechtsprechung, die vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens ergangen ist. Über die Rechtsprechung nach diesem Zeitpunkt wird die Schweiz unterrichtet. Der Gemischte Ausschuss stellt auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung fest. Diese Regelung entspricht dem Grundkonzept der Verträge, die institutionelle Autonomie der Parteien zu wahren, und der Erkenntnis, dass die Rechtsprechung des EuGH mehr als diejenige anderer Gerichte nicht bloss rechtsanwendend, sondern ausgeprägt rechtsschöpfend ist und recht oft eigentlich neues Recht setzt. Um zu vermeiden, dass der EuGH durch eine neue Rechtsprechung faktisch für die Schweiz verbindliches neues Recht setzen kann, wird also der *acquis judiciaire* auf den Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung festgelegt.

Die neue Rechtsprechung des EuGH ist somit für die Schweiz genauso wenig automatisch verbindlich wie die neuen Verordnungen und Richtlinien der EU. In diesem Punkt unterscheidet sich das FZA massgeblich von Art. 1 des Protokolls Nr. 2 zum LugÜ. Das geht schon aus dem unterschiedlichen Wortlaut der beiden Bestimmungen hervor, indem das LugÜ (v.a. der französische Text) die Berücksichtigungspflicht nicht nur auf die Altrechtsprechung beschränkt; und es entspricht auch den unterschiedlichen Grundkonzepten der Verträge: Das LugÜ hat in seinem Geltungsbereich ein umfassendes Harmonisierungsziel, weshalb auch die neurechtliche Rechtsprechung berücksichtigt wird,⁴⁸ ausser soweit sie durch den EU-Vertrag oder andere EU-rechtliche Regeln beeinflusst ist.⁴⁹ Im Bereich des FZA verhält es sich anders.

44 Das Bundesgericht hat im Übrigen die Anwendung von Art. 16 Abs. 2 FZA auch für das EFTA-Abkommen bejaht, obwohl dieses keine entsprechende Bestimmung enthält. Es hat dies damit begründet, das Ziel der Änderung des EFTA-Übereinkommens im Bereich der Personenfreizügigkeit sei eine Angleichung an die im Freizügigkeitsabkommen getroffenen Bestimmungen gewesen. Es erscheine daher als geboten, die Bestimmungen für beide Abkommen gleich auszulegen und anzuwenden, somit auch im Rahmen des EFTA-Übereinkommens die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen, denn andernfalls würde eine unterschiedliche Anwendung des Freizügigkeitsabkommens einerseits und des EFTA-Übereinkommens andererseits resultieren, was nicht beabsichtigt war (Urteil 2P.130/2004, E. 3.4.4).

45 BGE 130 II 113 E. 6.5, 133 V 329 E. 8.4.

46 BGE 133 V 624 E. 4.3.7.

47 Urteil 2C_33/2007 vom 14.3.2008, E. 3.4/5.

48 BGE 131 III 398 E. 4, 129 III 626 E. 5.2.1.

49 BGE 131 III 227 E. 3.1.

Das heisst allerdings nicht, dass die Neurechtsprechung des EuGH im Bereich des FZA völlig ausser Acht bleibt. Sie kann massgeblich werden, soweit sie zu einer Änderung des EU-Rechts ergangen ist, welches durch eine Änderung der Anhänge II und III FZA im Verfahren gemäss Art. 18 FZA beschlossen worden ist.⁵⁰ Auch sonst wird die Neurechtsprechung des EuGH vom Bundesgericht konsultiert und auch gelegentlich zitiert, wenn sie bloss die bisherige Rechtsprechung weiterführt und bestätigt⁵¹ oder auch präzisiert.⁵² Das Bundesgericht zieht auch die Neurechtsprechung als ein Auslegungselement nebst anderen bei, wenn sie eine überzeugende Antwort gibt auf eine offene Rechtsfrage, ohne eine eigentliche Änderung des *acquis* herbeizuführen. Es kann auch sein, dass das Bundesgericht aus eigenen Überlegungen zu einem gleichen Ergebnis kommt wie der EuGH. So stimmt die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Aufenthaltsrecht der Drittstaatsangehörigen im Ergebnis mit der erst nach dem 21. Juni 1999 ergangenen Akrich-Rechtsprechung des EuGH⁵³ überein.⁵⁴ Wenn aber die neue Rechtsprechung des EuGH im Widerspruch steht zu dem, was beim Abschluss des Vertrags galt, ist sie nicht massgebend.⁵⁵ Solche Änderungen können nur in dem im Vertrag vorgesehenen Verfahren (Vertragsänderung oder allenfalls Änderung der Anhänge II und III durch den Gemischten Ausschuss) erfolgen. Eine Berücksichtigung einer EuGH-Rechtsprechung, die zu einem solchen Beschluss des Gemischten Ausschusses im Widerspruch steht, wäre vertragswidrig.⁵⁶

4. Auswirkungen des EU-Rechts im Bereich des autonomen Nachvollzugs

In denjenigen Fällen, in denen der schweizerische Gesetzgeber - ohne durch Staatsvertrag dazu verpflichtet zu sein - bewusst das schweizerische Recht den entsprechenden EU-Regelungen nachbilden wollte, um eine Rechtsharmonisierung herbeizuführen, gilt das EU-Recht von vornherein nicht aufgrund von Völkerrecht, sondern aufgrund eines autonomen Entscheids des schweizerischen Gesetzgebers. Änderungen des EU-Rechts werden nicht automatisch ins schweizerische Recht übernommen, sondern nur, wenn der schweizerische Gesetzgeber dies beschliesst.

Auch für die schweizerischen Gerichte besteht keine förmliche Pflicht, die entsprechende Rechtsprechung der EU-Gerichte zu befolgen. Indessen beachtet das Bundesgericht im Rahmen des rechtsvergleichenden Auslegungselements die Rechtsprechung des EuGH, und zwar auch diejenige, die nach dem Inkrafttreten des ent-

50 BGE 132 II 135 E. 5.

51 Z.B. BGE 131 V 371 E. 8.2, 133 V 329 E. 7.

52 BGE 133 V 265 E. 4.1, 130 II 113 E. 5.2.

53 Rs. C 109/01, Akrich, vom 23.9.2003, Rec. 2003 I-9607.

54 BGE 130 II 1 E. 3.6, 130 II 113 E. 9.3.

55 BGE 132 V 423 E. 9.2.

56 BGE 132 V 423 E. 9.5.3.

sprechenden Gesetzes ergangen ist.⁵⁷ Denn Ziel des schweizerischen Gesetzgebers war in diesen Fällen eben gerade die Herbeiführung einer Harmonisierung, weshalb auch die Weiterentwicklung der Harmonisierung im Auge zu behalten ist.

Das gilt natürlich nur, soweit es um die Auslegung von Normen geht, welche der schweizerische Gesetzgeber in Übereinstimmung mit dem EU-Recht erlassen hat. Manchmal ist der schweizerische Gesetzgeber vom EU-Recht abgewichen, auch in einzelnen Bestimmungen von Gesetzen, die grundsätzlich den entsprechenden EU-Regeln gleichen. Insoweit war die Harmonisierung gerade kein Ziel des Gesetzgebers, weshalb die schweizerische Auslegung von derjenigen der EU abweichen kann.⁵⁸

5. Auswirkungen des EU-Rechts im nicht staatsvertraglich oder autonom nachvollzogenen Bereich.

Soweit EU-Recht in der Schweiz nicht aufgrund von Staatsverträgen oder aufgrund eines autonomen Nachvollzugs gilt, hat es rechtlich für die Schweiz keine anderen Auswirkungen als das Recht beliebiger anderer Staaten. Die Schweiz ist aufgrund ihrer völkerrechtlichen Souveränität nicht an EU Recht gebunden, sowenig wie umgekehrt die EU an schweizerisches Recht gebunden ist.

57 BGE 129 III 335 E. 6.

58 BGE 124 II 193 E. 6a betr. Mehrwertsteuer.