

SZIER

Schweizerische Zeitschrift
für internationales
und europäisches Recht

RSDIE

Revue suisse
de droit international
et européen

23. Jahrgang

4/2013

23^e année

Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie

ANDREAS GLASER & LORENZ LANGER

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'articolo 10, o della difficile relazione fra diritto inter- nazionale e diritto interno

MATTEO SARZO

A propos de l'applicabilité du droit de l'occupation militaire aux forces des Nations Unies

NOEMI CORSO

Praxisberichte / Chroniques

Droit européen / Europarecht (KADDOUS & TOBLER)

Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2012) (KILLIAS)

Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht in der Schweiz (Mayer)

Swiss Review
of International
and European Law

Schulthess §

Rivista svizzera
di diritto internazionale
e europeo

SZIER – Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
RSDIE – Revue suisse de droit international et européen
RSDIE – Rivista svizzera di diritto internazionale e europeo
SRIEL – Swiss Review of International and European Law

www.szier.ch / www.rsdie.ch

Herausgegeben von / Édité par:

Schweizerische Vereinigung für internationales Recht (SVIR)

Website / Kontakt: www.svir-ssdi.ch

Société suisse de droit international (SSDI)

site / contact: www.svir-ssdi.ch

Publiziert mit Unterstützung der Schweizerischen Akademie für Geisteswissenschaften

Publié avec le soutien de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales

Redaktionskomitee / Comité de rédaction:

Prof. Dr. Daniel Girsberger, Universität Luzern

(Vorsitz / Président; Internationales Privatrecht / Droit international privé)

Prof. Dr. Andreas Furrer, Universität Luzern (Internationales Privatrecht / Droit international privé)

Prof. Dr. Christine Kaddous, Université de Genève (Europarecht / Droit européen)

Prof. Dr. Robert Kolb, Université de Genève (Völkerrecht / Droit international public)

Prof. Dr. Christa Tobler, Universität Basel (Europarecht / Droit européen)

Prof. Dr. Ursula Cassani, Université de Genève (Strafrecht / Droit pénal)

Prof. Dr. Oliver Diggelmann, Universität Zürich (Völkerrecht / Droit international public)

Managing Editor:

Dr. Lorenz Langer, Universität Zürich

Regelmässige Beiträge von / Collaborateurs:

Dr. Jürg Borer, Prof. Dr. Andreas Bucher, Prof. Dr. Lucius Cafilisch, Prof. Dr. Ursula Cassani,

Prof. Dr. Sabine Gless, Dr. Xavier Favre-Bulle, Prof. Dr. Michel Hottelier, Prof. Dr. Christine Kaddous

Dr. Laurent Killias, Prof. Dr. Robert Kolb, Prof. Dr. Vincent Martenet, Dr. Thomas Mayer,

Dr. Paolo Michele Patocchi, Prof. Dr. Ivo Schwander, Prof. Dr. Christa Tobler

Adresse der Redaktion / Adresse de la rédaction:

Lorenz Langer

Kirchweg 41, CH-8966 Oberwil-Lieli, Switzerland

Tel.: +41 (0)56 534 48 46

Lorenz.Langer@szier.ch

Manuskripte bitte an oben stehende Adresse senden oder per Mail übermitteln. Die Richtlinien für Autorinnen und Autoren sind unter www.szier.ch abrufbar.

Les manuscrits doivent être envoyés à l'adresse ci-dessus par courrier ou par mail. Les directives à l'intention des auteurs sont disponibles à l'adresse www.rsdie.ch.

Verlag und Abonnementsverwaltung /

Édition et administration

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2

Postfach, 8022 Zürich, Telefon: 044 200 29 19

Fax: 044 200 29 08

E-Mail: zs.verlag@schulthess.com

Internet: <http://www.schulthess.com>

Erscheint 4mal jährlich / Paraît 4 fois par an

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

CHF 250.– / EUR 179.–

Einzelnummer / Prix du numéro

CHF 71.– / EUR 50.70

ISSN 1019-0406

Inhaltsübersicht/ Table des matières

Tagungen/Workshops 562

Aktuell/Actualité

ANDREAS GLASER & LORENZ LANGER

Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge:

Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie..... 563

Artikel/Article

MATTEO SARZO

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo
sull'articolo 10, o della difficile relazione fra diritto internazionale
e diritto interno..... 585

NOEMI CORSO

A propos de l'applicabilité du droit de l'occupation militaire
aux forces des Nations Unies..... 609

Praxis/Chronique

CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER

Droit européen: Suisse – Union européenne

Europarecht: Schweiz – Europäische Union..... 639

LAURENT KILLIAS

Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2012)..... 671

THOMAS M. MAYER, BUNDESAMT FÜR JUSTIZ

Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht in der Schweiz..... 719

Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie

von **Andreas Glaser¹** & **Lorenz Langer²**

Inhaltsverzeichnis

- I. Das Verhandlungsmandat des Bundesrates auf dem Prüfstand der Demokratie
- II. Fortentwicklung des Rechtsbestandes
 - A. Dynamische Rechtsübernahme im EWR
 - B. Entscheidungsautonomie im Rahmen der Bilateralen Verträge
 - C. Verbleibendes Demokratiedefizit der Bilateralen Verträge
- III. Rechtsauslegung und Rechtsdurchsetzung
 - A. Die mögliche Rolle des EuGH
 - 1. Der EuGH als «fremdes Gericht»
 - 2. Materielles Demokratiedefizit durch «*Ultra-vires-Akte*»?
 - 3. Formelles Demokratiedefizit mangels personeller Legitimation?
 - B. EFTA-Gerichtshof als demokratischere Alternative?
 - C. «EuGH-Lösung» als demokratieverträglichere Variante
- IV. Das Referendumsrecht als Gradmesser

I. Das Verhandlungsmandat des Bundesrates auf dem Prüfstand der Demokratie

Der Bundesrat hat im Dezember 2013 das Mandat für Verhandlungen mit der Europäischen Union zur institutionellen Fortentwicklung der Bilateralen Verträge verabschiedet.³ Zuvor hatte der Rat der Europäischen Union im Dezember 2012 zum Ausdruck gebracht, dass eine materielle Ausdehnung der Vertragsbeziehungen mit der Schaffung eines institutionellen Rahmens einhergehen müsse.⁴ Insbesondere verlangte der Rat einen mit dem EWR-Abkommen vergleichbaren Mechanismus für die Anpassung der Abkommen an den sich wei-

¹ Prof. Dr. iur., Universität Zürich/Zentrum für Demokratie Aarau.

² Dr. iur., M.Phil., Zentrum für Demokratie Aarau; Managing Editor.

³ Beziehungen Schweiz-EU: Bilateralen Weg durch Verhandlungen über institutionelle Fragen stärken, EDA, Medienmitteilung (18. Dezember 2013), <<http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/recent/media/single.html?id=51490>>.

⁴ Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern, Dokument 5101/13, Rn. 30 ff.

terentwickelnden Besitzstand der EU. Nach den Vorstellungen des Bundesrates würde die Rechtsanpassung zwar in Bezug auf Marktzugangsregelungen dynamisiert, ohne jedoch eine automatische Rechtsübernahme durch die Schweiz nach sich zu ziehen. Dies würde bedeuten, dass nach wie vor in den Verfahren des nationalen Verfassungsrechts über die Aufnahme von neuem EU-Recht in den bilateralen Rechtsbestand entschieden würde. So käme das fakultative Referendum (Art. 141 Abs. 1 lit. d Nr. 3 BV) uneingeschränkt zur Geltung. Der Anwendungsbereich der bestehenden sektoriellen Abkommen würde durch den institutionellen Rahmen nicht automatisch ausgedehnt. Von vornherein ausdrücklich ausgenommen von einer Aufnahme in das Freizügigkeitsabkommen wäre beispielsweise die Unionsbürgerrichtlinie.⁵

Abgesehen von den rechtstechnischen und dogmatischen Fragen, die sich bei einer Institutionalisierung der Bilateralen Verträge im Detail stellen werden, sind die potenziellen Auswirkungen auf die (direkt-)demokratischen Entscheidungsverfahren in der Schweiz von besonderem verfassungsrechtlichem und staatspolitischem Interesse. Unter dem Gesichtspunkt demokratischer Legitimation ist die Rechtsetzung am bedeutsamsten. Der demokratische Entscheidungsspielraum der Schweiz ist dabei umso grösser, je weniger sie inskünftig im Rahmen der institutionalisierten Vertragsbeziehungen durch Organe der EU zur Übernahme von EU-Recht verpflichtet werden kann. Richtschnur hierfür ist, dass alle wichtigen rechtlichen Regelungen durch das Parlament beschlossen werden und die Stimmberechtigten die Möglichkeit haben müssen, jede neue Regelung auf dem Wege des fakultativen Referendums abzulehnen.⁶ Für die Bundesebene ergibt sich dies aus dem Grundsatz, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind (Art. 164 Abs. 1 BV) und somit dem fakultativen Referendum unterstehen (Art. 141 Abs. 1 lit. a BV).

Inwieweit das geplante institutionelle Rahmenabkommen ein Demokratiedefizit aufweist, bemisst sich für die Bundesebene also danach, ob die Stimmberechtigten und das Parlament auch unter Geltung eines institutionalisierten Rahmens wichtige politische Fragen in den bestehenden demokratischen Verfahren autonom entscheiden dürften oder ob sie in ihren Handlungsoptionen eingeschränkt würden (dazu II.). Wäre es beispielsweise zulässig, dass die

⁵ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. 2004 L 158, S. 77.

⁶ Zur Wichtigkeit als Kriterium für die Unterstellung unter das Referendum ausführlich YVO HANGARTNER & ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, Rn. 981 ff.

Schweiz die von der EU angeregte Übernahme einer Verordnung oder Richtlinie in den Rechtsbestand der in einen institutionellen Rahmen eingekleideten Bilateralen Verträge ablehnt?

Des Weiteren sollen nach der Absicht des Bundesrates auch inskünftig Gemischte Ausschüsse die Anwendung der Abkommen überwachen. Neu würde jedoch bei Divergenzen zwischen der Schweiz und der EU der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) als massgebliches Gremium zur Auslegung des Abkommensrechts eingesetzt. Dieser Vorschlag erfährt in der Schweiz einige Kritik. Da die Schweiz in diesem Organ mangels eigener Richterinnen respektive eigenem Richter nicht vertreten sei, fehle es an einer hinreichenden demokratischen Legitimation. Es wird stattdessen vorgeschlagen, eine engere Anbindung an die Institutionen des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), insbesondere an den EFTA-Gerichtshof, anzustreben. Auf diese Weise wäre die Mitwirkung der Schweiz in dem über die Auslegung entscheidenden Gremium sichergestellt.⁷ In der politischen Diskussion wird der Vorschlag des Bundesrates teilweise mit dem ähnlich gelagerten Argument abgelehnt, dass es sich beim EuGH um ein mit «fremden Richtern» bestelltes Gericht handle. Auch diesbezüglich stellt sich folglich die Frage nach einer hinreichenden demokratischen Fundierung (dazu III.).

II. Fortentwicklung des Rechtsbestandes

A. Dynamische Rechtsübernahme im EWR

Die gegenwärtige und für die Zukunft beabsichtigte Fortentwicklung des Rechtsbestandes nur mit Zustimmung der Schweiz gemäss den verfassungsrechtlich vorgegebenen internen Willensbildungsverfahren stellt im Vergleich zum EWR einen wesentlichen Unterschied dar. Der Rechtsbestand des EWR ist nämlich anders als bei den Bilateralen Verträgen nicht statisch, sondern unterliegt einer dynamischen Fortentwicklung.⁸ Diese Wirkungsweise erklärt sich durch die angestrebte Homogenität zwischen dem EU-Recht und dem EWR-Recht.⁹ Nach dem Erlass neuen EU-Rechts fasst der Gemeinsame EWR-Aus-

⁷ Vgl. etwa CHRISTA TOBLER, *Die Erneuerung des bilateralen Wegs: Eine wachsende Annäherung an den EWR in den zur Diskussion gestellten Modellen*, Jusletter vom 3. Juni 2013, Rn. 34, <http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_11347?lang=de>.

⁸ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum [EWR], 2. Mai 1992, ABl. 1994 L 1, S. 3. Siehe auch STEPHAN BREITENMOSE & ROBERT WEYENETH, *Europarecht unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz-EU*, Zürich/St. Gallen/Wien 2012, Rn. 1373.

⁹ Vgl. TOBIAS JAAG, *Europarecht: Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht*, 3. Aufl., Zürich 2010, Rn. 1029.

schluss (Art. 98 EWR-Vertrag) Beschluss über die entsprechende Änderung des EWR-Rechtsbestandes, damit das EU-Recht und die Änderungen des EWR-Abkommens gleichzeitig angewendet werden können (Art. 102 Abs. 1 EWR-Vertrag).¹⁰ Der Gemeinsame EWR-Ausschuss besteht aus Vertretern der Vertragsparteien und fasst seine Beschlüsse im Einvernehmen zwischen der EU einerseits sowie den mit einer Stimme sprechenden EFTA-Staaten andererseits (Art. 93 EWR-Vertrag). Dies bedeutet, dass jeder EFTA-Staat *de jure* ein Vetorecht gegen die Übernahme neu erlassenen EU-Rechts in den EWR-Rechtsbestand besitzt, da die EFTA-Staaten *en bloc* der Neuerung im EWR-Ausschuss zustimmen müssen und die EFTA-Staaten ihre Entscheidung wiederum nach dem Einstimmigkeitsprinzip treffen.

De facto besteht jedoch aufgrund des rechtlich mehrfach abgesicherten Interesses an einer Harmonisierung für den einzelnen EFTA-Staat ein hoher Konformitätsdruck. So setzen die Vertragsparteien zunächst alles daran, in Fragen, die das EWR-Abkommen berühren, Einvernehmen zu erzielen (Art. 102 Abs. 3 EWR-Vertrag). Scheitert die Rechtsübernahme mangels Einvernehmens, gelten die vom neuen EU-Recht berührten Teile des EWR-Abkommens für vorläufig ausser Kraft gesetzt, wobei der Gemeinsame EWR-Ausschuss seine Bemühungen zur Erzielung eines Einvernehmens fortsetzt, damit die vorläufige Ausserkraftsetzung so bald wie möglich aufgehoben werden kann (Art. 102 Abs. 5 EWR-Vertrag). Das Ausscheren eines einzelnen EFTA-Staates wird dabei durch den Umstand erschwert, dass die Ausserkraftsetzung auch zulasten der beiden anderen (regelmässig zustimmungswilligen) EFTA-Staaten wirkt. Dieser Mechanismus greift explizit auch ein, wenn in einem EWR-Staat bestimmte verfassungsrechtliche Anforderungen für die Verbindlichkeit des Beschlusses im Gemeinsamen EWR-Ausschuss erfüllt sein müssen (Art. 103 EWR-Vertrag).¹¹

Verfahrensrechtlich wird der Ausübung des Vetorechts durch einen EFTA-Staat entgegengewirkt, indem die EFTA-Staaten frühzeitig in den Rechtsetzungsprozess innerhalb der EU eingebunden werden. Die EU-Kommission holt auf informellem Wege den Rat von Sachverständigen der EFTA-Staaten ein, so wie sie bei der Ausarbeitung ihrer Vorschläge den Rat von Sachverständigen der EU-Mitgliedstaaten einholt (Art. 99 Abs. 1 EWR-Vertrag). Es findet vor der Beschlussfassung der EU im Rat eine gegenseitige Konsultation statt (Art. 99 Abs. 3 EWR-Vertrag). Ausserdem gewährleistet die EU-Kommission, dass Sachverständige der EFTA-Staaten je nach Bereich so

¹⁰ Siehe zur fortlaufenden Anpassung des Rechts im EWR auch TOBLER, *supra* Fn. 7, Rn. 12.

¹¹ Siehe beispielsweise für das verfassungsrechtlich vorgeschriebene Zustimmungsverfahren im Fürstentum Liechtenstein: Völkerrecht. Europarecht. Erfordernis der Zustimmung des Parlaments: Fürstentum Liechtenstein, Staatsgerichtshof, ZBI 97 (1996), S. 558–563, 560 f.

weitgehend wie möglich an der Ausarbeitung von Rechtsetzungsvorhaben im Rahmen der Komitologieausschüsse beteiligt werden (Art. 100 EWR-Vertrag).

Die Zahl der in das EWR-Abkommen übernommenen EU-Rechtsakte hat von rund 1500 im Jahr 1992 auf fast 7000 bis Ende 2012 zugenommen, wobei allein im Jahr 2012 486 EU-Rechtsakte in den EWR-Rechtsbestand übernommen wurden.¹² Betonung verdient dabei die Tatsache, dass bislang nur ein einziges Mal die Ausübung des Vetorechts durch einen EFTA-Staat angekündigt wurde. Norwegen hatte seit dem Jahr 2011 die Übernahme der Dritten Postrichtlinie¹³ in den EWR-Rechtsbestand verhindert, die Blockade wurde aber mittlerweile von der seit Herbst 2013 amtierenden bürgerlichen Regierung aufgegeben, sodass auch hier eine Rechtsangleichung stattfinden kann. Dieser Befund ist gerade vor dem Hintergrund der vor allem in Norwegen wiederholt aufflammenden innenpolitischen Diskussion um die Aktivierung des *reservasjonsretten*,¹⁴ beispielsweise auch in Bezug auf die Übernahme der Dienstleistungsrichtlinie¹⁵ und der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie¹⁶ von nicht zu unterschätzender Bedeutung.¹⁷ Ungeachtet gewisser faktischer Vorwirkungen des Vetorechts auf den Entscheidungsprozess in der EU setzt sich das übergeordnete Ziel der Homogenität von EU- und EWR-Recht, verbunden mit der Aufrechterhaltung des umfassenden Binnenmarktes und begleitet durch starken politischen Druck von Seiten der Organe der EU, in aller Regel auch gegen mächtige innenpolitische Widerstände durch. In Norwegen wird daher verbreitet ein erhebliches und stetig zunehmendes Demokratiedefizit beklagt.¹⁸ Wichtige Rechtsakte, die gleichermassen auch für die Bevölkerung in den drei EFTA-Staaten gelten, werden allein durch die Gremien der EU ausgearbeitet

¹² Stabstelle EWR des Fürstentums Liechtenstein, Der Europäische Wirtschaftsraum (EWR) – Kurzinformation, 2013, S. 3, <http://www.llv.li/pdf-llv-sewr-ewr-kurzinformation_deutsch.pdf>.

¹³ Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft, ABl. 2008 L 52, S. 3.

¹⁴ Norwegisch für «Vorbehaltsrecht».

¹⁵ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 L 376, S. 36

¹⁶ Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG, ABl. 2006 L 105, S. 54.

¹⁷ Ausführlich zur innenpolitischen Bedeutung des Vetorechts *Utredning fra utvalg oppnevnt av Utenriksdepartementet* 7. Januar 2010 (*Europautredningen*), *Utenfor og innenfor*, NOU (*Norges offentlige utredninger*) 2012:2, S. 100 ff.

¹⁸ *Utredning fra utvalg oppnevnt av Utenriksdepartementet* 7. Januar 2010 (*Europautredningen*), *Utenfor og innenfor*, NOU (*Norges offentlige utredninger*) 2012:2, S. 829.

und beschlossen,¹⁹ ohne dass Repräsentanten Norwegens hierbei Einfluss ausüben könnten.

B. Entscheidungsautonomie im Rahmen der Bilateralen Verträge

Unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation erweist sich die Fortentwicklung des Rechtsbestandes internationaler Verträge allgemein als heikel. Besonders deutlich wird dies anhand des Rechtsetzungsverfahrens in der EU. Die Mitgliedstaaten treten einen Teil ihrer Souveränität an die EU ab und erhalten dafür je nach Bedeutung des infrage stehenden Rechtsaktes unterschiedlich weit reichende Mitwirkungsrechte im Rechtsetzungsverfahren. Die EU beschliesst demnach durch eigene Organe. Hängt die Entscheidung von Vertretern der Mitgliedstaaten ab, wie dies im Rat der Fall ist, wird regelmässig nach dem Mehrheitsprinzip entschieden, einzelne Mitgliedstaaten können also überstimmt werden.²⁰ Die EU hat aufgrund dessen längst die Wirkungsweise klassischer zwischenstaatlicher Zusammenarbeit verlassen und eine bislang unbekannte Intensität supranationaler Rechtsetzung in Gestalt einer «eigenen Rechtsordnung» erreicht.²¹

Die Bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EU folgen demgegenüber mit Ausnahme des Luftverkehrsabkommens dem traditionellen völkerrechtlichen System. Die Schweiz hat dementsprechend keine Rechtsetzungsbefugnisse auf eine supranationale Instanz übertragen.²² Die Änderung der Abkommen bedarf daher grundsätzlich stets der Genehmigung durch die Vertragsparteien. Dies bedeutet für die Schweiz, dass die in der BV geregelten Verfahren einzuhalten sind. So kann beispielsweise gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Nr. 3 BV das fakultative Referendum ergriffen werden, wenn die Änderung eines Abkommens wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthält oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert. Dies ist etwa regelmässig bei der Ausdehnung der Personenfreizügigkeit auf neue Mitgliedstaaten der EU der Fall. Ausnahmsweise können die zur Verwaltung der Bilateralen Verträge eingesetzten Gemischten Ausschüsse über Änderungen der Anhänge

¹⁹ Allgemein zu diesem Charakteristikum des EWR BREITENMOSER & WEYENETH, *supra* Fn. 8, Rn. 1374.

²⁰ Zum Modus der Beschlussfassung im Einzelnen WERNER SCHROEDER, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl., München 2013, § 3 Rn. 47 ff.

²¹ So bereits EuGH, Rs. 6/64 *Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1253, 1269. Vgl. auch RUDOLF STREINZ, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl., München 2012, Art. 5 EUV Rn. 5.

²² Für einen systematischen Überblick der Ausgestaltung des Bilateralen Verhältnisses siehe CHRISTA TOBLER & JACQUES BEGLINGER, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts Schweiz – EU: Systematische Darstellung in Text und Tafeln, 2 Bde., Zürich 2013.

der Abkommen beschliessen, sofern deren Inhalte technischer Natur sind. Auch insoweit ist aber die Zustimmung der Schweiz – in der Regel durch den Bundesrat – notwendig. Im Übrigen passt die Schweiz zahlreiche Rechtsbestimmungen im Wege des «autonomen Nachvollzugs»²³ an die Rechtsentwicklung in der EU an. Der Bundesrat geht davon aus, dass sich dieser Mechanismus auch im Rahmen einer Institutionalisierung ohne grössere Veränderungen aufrechterhalten lässt. Für die bewährten demokratischen Institutionen der Schweiz würde dies grundsätzlich eine günstige Lösung darstellen, weil die Entscheidungsspielräume jedenfalls formal unangetastet blieben.

C. Verbleibendes Demokratiedefizit der Bilateralen Verträge

In Anbetracht der ernüchternden Erfahrungen bei der Fortentwicklung des EWR-Rechts erscheint eine Wiederbelebung der Diskussion eines Beitritts der Schweiz zum EWR bereits aus diesem Grund als wenig empfehlenswert. Der rechtliche Status quo einschliesslich des oftmals kritisierten «autonomen Nachvollzugs» ist unter dem Gesichtspunkt demokratischer Mitwirkung der Stimmberechtigten vorteilhafter.

Allerdings weist auch das bestehende System der Bilateralen Verträge Schwachpunkte auf, die es bei einer allfälligen Weiterentwicklung im Auge zu behalten gilt. Es steht dem Schweizervolk zwar frei, den Abschluss neuer Abkommen mit der EU in einer Referendumsabstimmung abzulehnen, eine erhebliche Einschränkung des demokratischen Handlungsspielraums erfolgt jedoch durch die sogenannte «Guillotine-Klausel». Diese besagt, dass, wenn eines der sieben Abkommen der Bilateralen Verträge I durch die Schweiz gekündigt wird, die übrigen sechs Abkommen sechs Monate nach der Notifikation der Kündigungserklärung ebenfalls ausser Kraft treten.²⁴

Die rechtliche Verknüpfung der einzelnen Verträge war beispielsweise ein wichtiges Thema im Vorfeld der Abstimmung über die Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» vom 9. Februar 2014, da im Initiativtext die Neuverhandlung oder Anpassung des Freizügigkeitsabkommens verlangt wird – eine Forderung, welche die Bilateralen I insgesamt zu Fall bringen könnte. Eine vergleichbare Situation entsteht im Hinblick auf ein allfälliges Referendum über die Ausdehnung der Personenfreizügigkeit auf den neuen EU-Mitgliedstaat

²³ Ausführlich zu Erscheinungsformen und Wirkungsweise BREITENMOSER & WEYENETH, *supra* Fn. 8, Rn. 695 ff.; JAAG, *supra* Fn. 9, Rn. 4201 ff.

²⁴ Vgl. beispielsweise Art. 25 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit [FZA], SR 0.142.112.681.

Kroatien. Die Stimmberechtigten werden durch diese Umstände bei ihrer Entscheidungsfindung jeweils nicht unerheblich beeinflusst. Es wäre vor diesem Hintergrund kaum vorstellbar, wie eine weitere Dynamisierung der Rechtsübernahme ohne grösseren Einfluss auf die demokratischen Willensbildungsverfahren in der Schweiz bleiben sollte.

III. Rechtsauslegung und Rechtsdurchsetzung

A. Die mögliche Rolle des EuGH

1. Der EuGH als «fremdes Gericht»

Obwohl sich die wichtigsten demokratiethoretischen Fragen im Zusammenhang mit dem Erlass neuer Rechtsnormen und der Mitwirkung des Souveräns bei ihrer Übernahme stellen, werden diese Aspekte in der politischen (und auch wissenschaftlichen) Auseinandersetzung derzeit nicht vorrangig diskutiert. Deutlich mehr Aufmerksamkeit wird der institutionellen Ausgestaltung von Streitbeilegungsmechanismen gewidmet, wohl auch, weil hier unter dem Schlagwort der «fremden Richter» ein wichtiges Element des schweizerischen Selbstverständnisses tangiert wird.²⁵

Ungeachtet wiederholter Kritik auch aus Kreisen der Rechtswissenschaft hat sich der Bundesrat entschieden, das Verhandlungsmandat auf den Einbezug des EuGH in den institutionellen Rahmen der sektoriellen Abkommen zu beschränken. Die genaue Rolle des Gerichtshofes bleibt vorerst nur andeutungsweise umrissen: Als Neuerung würde im Einklang mit den Forderungen des Rates der EU die Möglichkeit geschaffen, dass die EU und die Schweiz dem EuGH Fragen zur Auslegung des EU-Rechts, das Teil der Bilateralen Abkommen ist, unterbreiten könnte – wobei zumindest aufgrund der kommunizierten Eckpunkte unklar bleibt, ob eine solche Vorlage von einem konkreten Rechtsstreit vor nationalen Gerichten ausgelöst würde. Offen ist auch, wer konkret den Entscheid zur Vorlage fällen könnte. Der EuGH legte anschliessend die Abkommen zwar verbindlich aus, endgültig entschieden würde gemäss bundesrätlicher Vorstellung aber weiterhin und einvernehmlich in dem jeweils zuständigen Gemischten Ausschuss. Für den Fall des Fehlschlagens einer Streitbeilegung wären Sanktionsmassnahmen zulasten der Schweiz möglich, die bis hin zur Suspendierung des betreffenden Abkommens reichen.

Angesichts der noch anstehenden Konkretisierung einer solchen Funktion des EuGH im Verhältnis zwischen der Schweiz und der Union ist eine detail-

²⁵ Dazu unten III.A.3.

lierte Analyse zum jetzigen Zeitpunkt kaum möglich. Es lassen sich aber immerhin einige allgemeinere Überlegungen zu den potentiellen Implikationen anstellen. Dabei ist festzuhalten, dass es ohne Zweifel eine völkerrechtliche Anomalie ist, dass ein internationales Abkommen von den gerichtlichen Behörden einer Vertragspartei auch verbindlich für die andere Partei ausgelegt wird²⁶ – nicht umsonst hatte der EU-Botschafter Richard Jones Anfang 2013 in Bern festgehalten, dass es keine Hausordnung gebe, die vorsehe, «dass bei Streitigkeiten zwischen den Hausbewohnern eine Partei alleine den Richter stellt».²⁷ Um bei dieser Analogie zu bleiben: Der EuGH wäre tatsächlich das Gericht der einen Partei, doch bliebe der anderen Partei immerhin der Auszug unbenommen.

Die Gefahr eines Demokratiedefizits zulasten der schweizerischen Institutionen besteht vor diesem Hintergrund in zweifacher Hinsicht: Der EuGH könnte zum einen materiell die ihm eingeräumten Kompetenzen überschreiten und durch «*Ultra-vires-Akte*» die Entscheidungsspielräume der Schweizer Stimmberechtigten und des Parlaments in einem in den Bilateralen Verträgen nicht vorgesehenen Ausmass einengen. Zum anderen könnte allein der formelle Umstand, dass die Schweiz von vornherein keine Möglichkeit hat, eine Richterin oder einen Richter am EuGH zu stellen, ein demokratisches Legitimationsdefizit begründen.

2. Materielles Demokratiedefizit durch «*Ultra-vires-Akte*»?

Der Blick auf Geschichte und Funktion des EuGH mag helfen, die möglichen Konsequenzen eines solchen Arrangements abzuschätzen. Zentraler Aspekt ist dabei die Rolle des Gerichtshofes als «Motor» oder «Werkstatt» der europäischen Integration.²⁸ Beginnend mit der Entscheidung *Van Gend & Loos* – deren fünfzigjähriges Jubiläum letztes Jahr gefeiert wurde²⁹ – hat der Gerichtshof in (je nach Sichtweise) kreativer oder exzessiver richterlicher Rechtsschöpfung den Wirkungsbereich gemeinschaftlicher bzw. unionaler Normen auf mitglied-

²⁶ So bereits WOLFGANG ERNST, *Fremde Richter – damals und heute*, 16 AJP (2013), S. 1374–1377, 1376.

²⁷ *Der EU-Binnenmarkt ist wesentlich mehr als eine Freihandelszone*, Medienorientierung von EU-Botschafter Richard Jones, Bern, 11. Januar 2013) <http://eeas.europa.eu/delegations/switzerland/documents/press_corner/news/2013-01-11_pressemitteilung_mediengesprach_de.pdf>.

²⁸ JÜRGEN BASEDOW, *Die Rolle des Richters in der europäischen Integration – Der Europäische Gerichtshof und seine Kritiker*, 12 Zeitschrift für Europarecht (2009), 86–95, 88; JULIANE KOKOTT & CHRISTOPH SOBOTTA, *Der EuGH – Blick in eine Werkstatt der Integration*, 40 Europäische Grundrechte-Zeitschrift (2013), 465–471, 465.

²⁹ COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION (Hg.), 50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos, Conference Proceedings, 13 May 2009 (Luxemburg 2013).

staatlicher Ebene sukzessive erweitert.³⁰ Instrumental waren dabei das Vertragsverletzungs- (Art. 258 AEUV) und vor allem das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV).

Dieser richterliche Aktivismus des Gerichtshofes mit Bezug auf Unionskompetenzen ist zugleich verbunden mit dem Beharren auf der eigenen exklusiven Stellung innerhalb des institutionellen Gefüges der Union. Der EuGH allein garantiert die Autonomie des Rechtssystems der Union, und wenn er sich äussert, so muss sein Entscheid bindende Wirkung haben – blossе Auskünfte ohne eine solche Wirkung sind mit seiner Funktion nicht vereinbar.³¹ Dies gilt auch im Rahmen eines internationalen Abkommens, für dessen Auslegung der Gerichtshof für zuständig erklärt wird.³² Es steht daher ausser Frage, dass der Gerichtshof auch im Rahmen der Bilateralen Abkommen Rechtsstreitigkeiten zwischen den Vertragsparteien nicht nur gutachterlich, sondern verbindlich entscheiden würde. Die Gemischten Ausschüsse wären keine zusätzliche Letztinstanz, sondern dienen nur dazu, eine einvernehmliche Umsetzung des entsprechenden Urteils zu ermöglichen³³ – mit der Suspendierung bzw. als *ultima ratio* der Kündigung eines Abkommens würde sich an dessen inhaltlicher Auslegung nichts ändern.

Die Tendenz des Gerichtshofes zur Rechtsetzung von der Richterbank sowie zur Erweiterung der unionalen (und eigenen) Kompetenzen wirft die Frage auf, ob der EuGH auch eine etwaige finale Auslegungskompetenz der Bilateralen Abkommen zur Beschleunigung der Integration zwischen den Vertragspartnern nutzen könnte – etwa durch die Berufung auf Allgemeine Rechtsgrundsätze oder den Rückgriff auf die Europäische Grundrechtecharta.³⁴ Eine kurze Über-

³⁰ Besonders heftige Reaktionen haben in neuerer Zeit etwa die Entscheide EuGH, Rs. C-144/04 *Mangold*, Slg. 2005 I-9981, und EuGH, Rs. C-34/09 *Ruiz Zambrano*, Slg. 2011, I-1177, hervorgerufen.

³¹ Gutachten 1/91, erstattet auf der Grundlage von Artikel 228 Absatz 1 Unterabsatz 2 EWG-Vertrag – Entwurf eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft einerseits und den Ländern der Europäischen Freihandelsassoziation andererseits über die Schaffung des Europäischen Wirtschaftsraums [EWR-Gutachten I], EuGH, 14. Dezember 1991, Slg. 1991 I-6079, §§ 35, 61. Als eine Folge dieser Vorbehalte ist eine Vorlage an den EuGH durch ein Gericht in einem EFTA-Staat nur dann möglich, wenn die daraus resultierende Interpretation als verbindlich anerkannt wird: Art. 107 i.V.m. Protokoll 34 EWR-Vertrag.

³² Gutachten 1/92, erstattet aufgrund von Artikel 228 Absatz 1 Unterabsatz 2 EWG-Vertrag – Entwurf eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft einerseits und den Ländern der Europäischen Freihandelsassoziation andererseits über die Schaffung des Europäischen Wirtschaftsraums [EWR-Gutachten II], EuGH, 10. April 1992, Slg. 1992 I-2821, § 33.

³³ Vgl. dazu auch die «Vereinbarte Niederschrift zu Art. 105», mit welcher sich die EWR-Parteien verpflichtet haben, dass der Gemeinsame Ausschuss des EWR nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofes entscheiden darf. Dieser Grundsatz gilt auch bei jeglichen Einigungsbemühungen im Ausschuss: EWR-Gutachten II § 28.

³⁴ Soweit ersichtlich erstmals die Anwendung der EU-Grundrechtecharta auf das System der sektoriellen Abkommen thematisierend (und im Grundsatz bejahend) Matthias Oesch in seiner am

sicht über die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofes zu diesen Abkommen entkräftet solche Ängste, mag aber zugleich zur entgegengesetzten Sorge führen, dass der Geltungsbereich der Bilateralen Verträge enger ausgelegt würde als dies die Interessen der Schweiz wünschen liessen.

Bereits jetzt nimmt der Gerichtshof im Rahmen des Luftverkehrsabkommens Rechtsprechungsaufgaben im bilateralen Verhältnis wahr.³⁵ Der einzige Rechtsstreit, der unter diesem Abkommen bisher zu beurteilen war, fiel bekanntlich zuungunsten der Schweiz aus,³⁶ die im Gerichtsverfahren als blosse juristische Person teilnehmen musste.³⁷ In seinen Schlussanträgen machte auch der zuständige Generalanwalt noch einmal deutlich, dass die Schweiz auf dem von ihr vorgezogenen sektoriellen Weg nicht erwarten könne, zu den gleichen Zielen zu gelangen, welche die anderen Staaten nur durch ihre Mitgliedschaft in der Union erreichen konnten: Die Regeln des Binnenmarktes gelten nur für seine Mitglieder und nicht für Drittstaaten, insbesondere wenn bei diesen die Perspektive eines Unionsbeitritts fehlt.³⁸ Die etwas maliziös als «à la carte»-Weg bezeichnete Stellung der Schweiz dürfe ihr daher nicht die mit einem Beitritt zur Union verbundenen Vorteile verschaffen.³⁹ Was aus Sicht der Schweiz ein partielles Integrationsabkommen mit umfassender Integration in den EU-Luftraum ist, qualifizierte der Gerichtshof deshalb nur als gemeinsame Vorschriften über Verkehrsrechte und die damit verwandten Aspekte.⁴⁰

Dieser (im Wortsinn) diskriminierende Zugang zum Bilateralen Recht ist auch in den anderen einschlägigen Entscheiden des EuGH erkennbar. Zwar wurde dabei etwa das FZA fallweise auch weiter ausgelegt, als dies die Vorinstanzen der vorliegenden Gerichte in den Mitgliedstaaten getan hatten.⁴¹ Der vorherrschende Tenor betont aber, dass die Auslegung der sektoriellen Abkom-

18.11.2013 gehaltenen Zürcher Antrittsvorlesung unter dem Titel *Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft der Schweiz und der EU? Zur Auslegung der Bilateralen Verträge*.

³⁵ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, 21. Juni 1999, SR 0.748.127.192.68, Art. 20.

³⁶ EuGH, Rs. C-547/10 P *Schweiz/Kommission*, Urteil vom 7. März 2013, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht, besprochen von CHRISTA TOBLER, *Luftverkehrsrecht: Auslegung des Luftverkehrsabkommens EU-Schweiz – Keine Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit*, 16 EuZW (2013), 429–434, 432.

³⁷ EuG, Rs. T-319/05 *Schweiz/Kommission*, Slg. 2006 II-2073, Rn. 22.

³⁸ Schlussanträge des Generalanwaltes Niilo Jääskinen vom 13. September 2012, Rs. C-547/10 P *Schweiz/Kommission*, Rn. 33, 36.

³⁹ Schlussanträge des Generalanwaltes Niilo Jääskinen vom 13. September 2012, Rs. C-547/10 P *Schweiz/Kommission*, Rn. 59.

⁴⁰ CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER, *Droit européen: Suisse – Union européenne; Europarecht: Schweiz – Europäische Union*, 22 SZIER (2012), 661–696, 667.

⁴¹ Vgl. EuGH, Rs. C-13/08 *Stamm & Hauser*, Slg. 2008 I-11087; EuGH, Rs. C-16/09 *Schwemmer*, Slg. 2010 I-9717.

men anderen Grundsätzen folgen muss als die Auslegung des Binnenmarktrechts.⁴² Wiederholt wird unterstrichen, dass die Schweiz mit der Ablehnung des EWR-Beitritts 1992 die Teilnahme am Projekt eines integrierten wirtschaftlichen Ganzen verweigert und stattdessen auf bestimmte Bereiche beschränkte bilaterale Vereinbarungen vorgezogen habe.⁴³ Der EuGH unterscheidet also gewissenhaft zwischen bilateralem Recht und Unionsrecht dahingehend, dass er die beschränkte Wirkung des ersteren betont. Als Folge hat er beispielsweise das Diskriminierungsverbot unter dem FZA enger ausgelegt als das Bundesgericht.⁴⁴

Ziel des EuGH dürfte es daher auch bei einer Institutionalisierung seiner Rolle kaum sein, den sektoriellen Weg zu privilegieren und besonders attraktiv auszugestalten. Der Gerichtshof ist Motor der Integration *innerhalb* der EU – nicht Motor des sektoriellen Einbezuges von Nichtmitgliedstaaten in die Strukturen der Union und ihre Politiken. Wenn momentan auch von wirtschaftlichen Turbulenzen geschüttelt, bleibt die Union ein idealistisches Projekt, das (im Gegensatz etwa zur EFTA) nicht primär von utilitaristischen Überlegungen geleitet wird. Wer am Projekt der «immer engeren Union der Völker Europas» (Art. 1 Abs. 2 EUV)⁴⁵ nicht teilnimmt, soll nicht gleich behandelt werden wie Mitgliedstaaten, selbst wenn eine solche Gleichbehandlung für die Union wirtschaftlich von Vorteil wäre.⁴⁶ Es ist daher wahrscheinlich, dass der EuGH als Streitbeilegungsbehörde die Schweiz nicht in eine ungewollt beschleunigte Integration drängen, sondern stets daran erinnern würde, dass sie an dieser Integration nicht teilhaben wollte. Darunter mag die Attraktivität des bilateralen Weges für die Schweiz leiden; zugleich wird aber auch das Risiko einer demokratisch nicht legitimierten Eingliederung in die EU durch die Hintertür vermieden.

⁴² EuGH, Rs. C-70/09 *Hengartner & Gasser*, Slg. 2010 I-723; EuGH, Rs. C-541/08 *Fokus Invest AG*, Slg. 2010 I-1025; EuGH, Rs. C-247/09 *Xhymshiti*, Slg. 2010 I-11845.

⁴³ EuGH, Rs. C-351/08 *Grimme*, Slg. 2009, I-10777 Rn. 27; EuGH, Rs. C-541/08 *Fokus Invest AG*, Slg. 2010 I-1025 Rn. 27.

⁴⁴ BGE 136 II 241, vgl. dazu CHRISTA TOBLER, *Der Genfer Quellensteuerentscheid des Bundesgerichts – im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH zum Freizügigkeitsabkommen*, 22 SZIER (2012), 389–396.

⁴⁵ Siehe auch Präambel EUV und zum entsprechenden Ziel, «die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker zu schaffen», die Präambeln von AEUV und Grundrechtecharta.

⁴⁶ Dadurch wird zugleich die in der Schweiz verbreitete Argumentation in Zweifel gezogen, wonach die EU die für sie finanziell ertragreichen bilateralen Beziehungen zur Schweiz keinesfalls kompromittieren würde, auch wenn letztere Neuverhandlungen verweigerte oder gegen bestehende Abkommen verstossen würde.

3. Formelles Demokratiedefizit mangels personeller Legitimation?

Es bleibt die Frage, inwiefern die Unterstellung unter die Jurisdiktion eines Gerichts, das nicht nur keinen Schweizer Richter oder keine Schweizer Richterin umfasst, sondern auf dessen Besetzung die Schweiz prinzipiell keinerlei Einfluss ausüben kann, mit demokratischen Grundsätzen vereinbar wäre.⁴⁷ Die Kritiker der einschienigen Strategie des Bundesrates haben denn auch moniert, dass die Zuständigkeit des EuGH die Möglichkeit einer «demokratisch fundierten Repräsentation aus der Schweiz» ausschliesse.⁴⁸

Auf eine demokratische Legitimation auch der dritten Gewalt wird in der Schweiz mehr Wert gelegt als anderswo. Selbst wenn eine solche Legitimation mitunter als potentielle Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit kritisiert wird,⁴⁹ ist beispielsweise an ein System der *tenure during good behaviour* hierzulande nicht zu denken. In der Schweiz erhalten Aspekte der Richterwahl ausserdem besondere Bedeutung durch die Erwähnung im Bundesbrief von 1291. Richter soll nur sein, wer der gleichen Gemeinschaft angehört wie der Gerichtete; von aussen aufoktroierte Rechtsprecher soll es nicht geben. Dabei ist zu bemerken, dass Ziel dieser Bestimmung wohl weniger ein demokratisches Auswahlverfahren von Richtern war, sondern vielmehr das Selektionsprivileg einer lokalen Elite vor auswärtigem Einfluss geschützt werden sollte.⁵⁰ Jedenfalls ist das im Bundesbrief von 1291 angesprochene Sachproblem der Konsolidierung einer heimischen Gerichtsbarkeit zulasten kirchlicher und auswärtiger Gerichte nicht mit der völlig verschiedenen Ausgangslage einer seit langem funktionierenden schweizerischen Gerichtsbarkeit und einer Integration des EuGH in ein institutionalisiertes Geflecht völkerrechtlicher Verträge vergleichbar.⁵¹

⁴⁷ Die Schweiz untersteht durchaus auch der Gerichtsbarkeit von Spruchkörpern ohne schweizerische Beteiligung (wie etwa am IGH), doch nimmt sie dort immerhin am Selektionsprozess teil und könnte zumindest theoretisch eine Richterin oder einen Richter stellen. Wäre sie in einen konkreten Streitfall verwickelt, bestünde ausserdem die Möglichkeit, einen eigenen *ad hoc*-Richter zu bestellen (Art. 31 IGH-Statut).

⁴⁸ CHRISTA TOBLER ET AL., *Brief an den Bundesrat*, August 2013, <<http://files.newsnetz.ch/upload/2/8/28285.pdf>>

⁴⁹ REGINA KIENER, *Richterwahlen zwischen demokratischer Legitimation und parteipolitischer Instrumentalisierung?* (Editorial), 8 *Parlament – Parlement – Parlamento* (2005), 3.

⁵⁰ ROGER SABLONIER, *Gründungszeit ohne Eidgenossen: Politik und Gesellschaft in der Innerschweiz um 1300*, Baden 2008, S. 42.

⁵¹ Dazu ERNST, *supra* Fn. 26, S. 1375. Insgesamt sehr kritisch zum Argument des «fremden Richters» unter heutigen Gegebenheiten CLAUDIETER SCHOTT, «*Fremde Richter – Fremde Gerichte*», 16 *AJP* (2013), S. 1368–1372.

Dennoch greift das Argument des «fremden Richters» auf die heutige Zeit übertragen die wichtige Frage nach demokratischer Selbstbestimmung auf. Die demokratische Qualität gerichtlicher Verfahren ist allerdings viel schwerer zu bestimmen, als dies in Bezug auf Rechtsetzungsverfahren der Fall ist. Rechtsprechung wird in Rechtsstaaten typischerweise durch Gerichte und nicht durch die Stimmberechtigten oder ein Parlament ausgeübt (vgl. Art. 188 Abs. 1 BV). In Anbetracht des Erfordernisses der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 191c BV) ist unter demokratischen Gesichtspunkten demnach lediglich zu verlangen, dass die personelle Besetzung gerichtlicher Behörden auf den Willen des Volkes zurückgeführt werden kann. In der Schweiz ist dies aufgrund der Wahl der Richterinnen und Richter des Bundesgerichts durch die Bundesversammlung (Art. 168 Abs. 1 BV) sichergestellt. Als demokratischer Mindeststandard kann somit definiert werden, dass das Schweizervolk jedenfalls mittelbar Einfluss auf die Bestellung eines verbindlich entscheidenden Rechtsprechungsorgans haben muss – was offensichtlich nicht der Fall wäre, wenn dem EuGH verbindliche Letztentscheidungskompetenzen übertragen würden, ohne dass die Schweiz Einfluss auf die Bestellung der Richterinnen und Richter hätte.

Darüber hinaus ist der EuGH aus komparativer Sicht eine demokratisch eher schwach legitimierte Institution. Die Richterinnen und Richter werden von den Regierungen der Mitgliedstaaten in gegenseitigem Einvernehmen ernannt.⁵² Der Ernennung geht die Anhörung eines siebenköpfigen Ausschusses voraus, der sich aus ehemaligen Richtern des Gerichtshofes, Höchststrichtern der Mitgliedstaaten und Juristen «von anerkannt hervorragender Befähigung» zusammensetzt. *Ein* Mitglied dieses Ausschusses wird vom Europäischen Parlament, die übrigen vom Präsidenten des Gerichtshofes vorgeschlagen;⁵³ die Ernennung sämtlicher Mitglieder erfolgt durch Ratsbeschluss.⁵⁴

Bezüglich der demokratischen Legitimation des EuGH als gerichtliche Letztinstanz im bilateralen System bestehen also berechtigte Vorbehalte. Zu prüfen ist nun, ob der Anschluss an die EWR-Institutionen unter diesem Blickwinkel weniger problematisch wäre, ob der Einbezug des EFTA-Gerichtshofes anstatt des EuGH also einen demokratischen «Mehrwert» brächte.

⁵² Art. 253 AEUV.

⁵³ Vgl. zuletzt VASSILIOS SKOURIS, Empfehlung in Bezug auf die Zusammensetzung des in Artikel 255 AEUV vorgesehenen Ausschusses, 5932/10 JUR 57 INST 26 COUR 13 (29. Januar 2010).

⁵⁴ Art. 255 AEUV.

B. EFTA-Gerichtshof als demokratischere Alternative?

Die EFTA-Staaten haben ein «unabhängiges Überwachungsorgan» (Art. 108 Abs. 1 EWR-Vertrag) und einen EFTA-Gerichtshof (Art. 108 Abs. 2 EWR-Vertrag) eingesetzt. Die EFTA-Überwachungsbehörde als institutionelles Spiegelbild der Europäischen Kommission⁵⁵ ist für die Durchsetzung der Verpflichtungen aus dem EWR gegenüber den EWR/EFTA-Staaten zuständig. Der EFTA-Gerichtshof ist aufgrund einer besonderen Vereinbarung⁵⁶ insbesondere zuständig für Klagen aus dem die EFTA-Staaten betreffenden Überwachungsverfahren, Rechtsmittel gegen Entscheidungen der EFTA-Überwachungsbehörde in Wettbewerbssachen und die Beilegung von Streitigkeiten zwischen zwei oder mehreren EFTA-Staaten. Der EFTA-Gerichtshof setzt sich aus drei Richtern, je einem aus jedem EFTA-Vertragsstaat, zusammen.⁵⁷ Er besitzt umfangreiche verfahrensrechtliche Zuständigkeiten.⁵⁸

Die wichtigsten Verfahrensarten vor dem EFTA-Gerichtshof sind (1) das Vorlageverfahren,⁵⁹ in dem nationale Gerichte die Möglichkeit besitzen, dem EFTA-Gerichtshof in Bezug auf die Interpretation des EWR-Abkommens bestimmte Fragen zu unterbreiten, welche der EFTA-Gerichtshof durch ein Gutachten beantwortet, und (2) die Klagemöglichkeiten der EFTA-Überwachungsbehörde gegen Mitgliedstaaten⁶⁰ beziehungsweise der Mitgliedstaaten oder Einzelner gegen die EFTA-Überwachungsbehörde⁶¹. Das Vorlageverfahren ähnelt stark dem Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) im EU-Recht, mit der Ausnahme, dass die nationalen Gerichte lediglich berechtigt, aber nicht verpflichtet sind, dem EFTA-Gerichtshof vorzulegen. Die Klagemöglichkeit der EFTA-Überwachungsbehörde ist dem Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV), die Klagemöglichkeiten der EFTA-Staaten respektive Einzelner sind der Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) nachgebildet.⁶²

Während die Urteile des EFTA-Gerichtshofes in den Klageverfahren gestaltende Wirkung haben, kommt dem Gutachten im Rahmen des Vorlageverfah-

⁵⁵ JAAG, *supra* Fn. 9, Rn. 1017.

⁵⁶ Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice [ESA/Court Agreement], <<http://www.efta.int/media/documents/legal-texts/the-surveillance-and-court-agreement/agreement-annexes-and-protocols/Surveillance-and-Court-Agreement-consolidated.pdf>>.

⁵⁷ Art. 28 ESA/Court Agreement.

⁵⁸ Zum Ganzen CARL BAUDENBACHER, *The EFTA Court: An Actor in the European Judicial Dialogue*, 28 Fordham International Law Journal (2004), S. 353-391, 356.

⁵⁹ Art. 34 ESA/Court Agreement.

⁶⁰ Art. 31 ESA/Court Agreement.

⁶¹ Art. 36 ESA/Court Agreement.

⁶² Siehe JAAG, *supra* Fn. 9, Rn. 1034.

rens grundsätzlich keine strikte Verbindlichkeit zu. Da mittlerweile von einem «Quasi-Vorrang» und einer «Quasi-Direktwirkung» des EWR-Rechts ausgegangen wird,⁶³ müssen die EFTA-Staaten aber die notwendigen Massnahmen ergreifen, um die Entscheidungen des EFTA-Gerichtshofs wirksam umzusetzen.⁶⁴

Aufgrund der zentralen Rolle des EFTA-Gerichtshofes für Auslegung und Durchsetzung des EWR-Vertrags sowie des Umstandes, dass er statt des EuGH als Streitschlichtungsinstanz im Verhältnis Schweiz-EU wiederholt ins Spiel gebracht wird, rückt das Verhältnis der beiden Gerichtshöfe zueinander in den Mittelpunkt des Interesses. Gemäss Art. 6 EWR-Vertrag werden die Vertragsbestimmungen, soweit sie mit EU-Recht «in ihrem wesentlichen Gehalt identisch sind», unbeschadet der künftigen Entwicklungen der Rechtsprechung im Einklang mit den einschlägigen Entscheidungen ausgelegt, die der EuGH *vor* dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des EWR-Vertrages erlassen hat. Dessen ungeachtet sind die EFTA-Überwachungsbehörde und der EFTA-Gerichtshof gehalten, bei Auslegung und Anwendung des EWR-Abkommens darüber hinaus auch die Rechtsprechung des EuGH *nach* dem Zeitpunkt der Unterzeichnung angemessen zu berücksichtigen, sofern sie den EWR-Vertrag oder das EU-Recht mit im Wesentlichen gleichem Inhalt betrifft.⁶⁵ Umgekehrt besteht demgegenüber keine Berücksichtigungspflicht seitens des EuGH, wenngleich dieser in der Praxis mitunter auf die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofes Bezug nimmt.⁶⁶

Die Reichweite des Gleichlaufs von EWR-Recht und EU-Recht wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass das EWR-Recht regelmässig einen im Wesentlichen gleichen Inhalt aufweist wie das EU-Recht; der EFTA-Gerichtshof folgt daher im Sinne der Homogenitätsklauseln (vgl. Art. 105 Abs. 1 EWR-Vertrag: «möglichst einheitliche Auslegung des Abkommens und der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen») auch stets der Rechtsprechung des EuGH, sodass es zu einem «Dialog» zwischen den beiden Gerichten allenfalls kam, wenn der EFTA-Gerichtshof eine Rechtsfrage als erstes Gericht zu behan-

⁶³ CARL BAUDENBACHER, *Der Beitrag des EFTA-Gerichtshofs zur Fortentwicklung des Fallrechts in EWR und EG*, in: Astrid Epiney, Florence Rivière & Sarah Theuerkauf, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire Suisse de droit européen 2003, Zürich 2004, S. 393–420, 400; ASTRID EPINEY & ANDREAS FELDER, *Europäischer Wirtschaftsraum und Europäische Gemeinschaft: Parallelen und Divergenzen in Rechtsordnung und Auslegung*, 100 Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (2001), S. 425–447, insb. 439 ff.

⁶⁴ Art. 33 ESA/Court Agreement.

⁶⁵ Art. 3 (2) ESA/Court Agreement

⁶⁶ ASTRID EPINEY, BEATE METZ & BENEDIKT PIRKER, *Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz*, Zürich 2012, S. 80.

deln hatte.⁶⁷ Der EFTA-Gerichtshof unterscheidet denn auch in der Praxis kaum danach, ob Rechtsprechung des EuGH vor oder nach der Unterzeichnung des EWR-Abkommens ergangen ist.⁶⁸ Es wäre in der Rechtsanwendung aber auch nur sehr schwer abzugrenzen, welche Entwicklungen der Rechtsprechung lediglich eine Ergänzung oder Vertiefung vorhandener Rechtsprechung darstellen oder unter welchen Voraussetzungen von neuer Rechtsprechung auszugehen wäre. Die einseitige Rezeption durch den EFTA-Gerichtshof ist mittelbare Folge des erwähnten Gutachtens des EuGH, in dem dieser sich gegen die Schaffung eines gesonderten EWR-Gerichtshofes verwehrte.⁶⁹ Dieses Selbstverständnis schlägt auf das Verhältnis zwischen EuGH und EFTA-Gerichtshof durch.

C. «EuGH-Lösung» als demokratieverträglichere Variante

Die parallele Ausgestaltung der Verfahren vor dem EuGH und dem EFTA-Gerichtshof – verbunden mit den faktisch anerkannten Prinzipien des Vorrangs und der unmittelbaren Wirkung des EWR-Rechts in Kombination mit der engen Anlehnung des EFTA-Gerichtshofes an die Rechtsprechung des EuGH – führen dazu, dass die von Seiten schweizerischer Wissenschaftler vorgeschlagene Variante des «Andockens» an die EFTA-Institutionen⁷⁰ mit Blick auf die Verfahrensautonomie der Schweiz im Vergleich zu den im Verhandlungsmandat des Bundesrates skizzierten Eckpunkten nicht schonender ist. Im Gegenteil: Die Auslegung des EFTA-Gerichtshofes, wie er sie unter intensiver Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung entwickelt, wäre rechtlich verbindlich. Ein Abweichungsvorbehalt, wie ihn der Bundesrat in Bezug auf die Ergebnisse der Entscheide des EuGH für den Einzelfall beabsichtigt, vertrüge sich kaum mit den EWR-Strukturen.

Einzig der Umstand, dass in Fällen, in denen die Schweiz betroffen wäre, eine Schweizer Richterin oder ein Schweizer Richter beteiligt wäre, könnte im Vergleich zur EuGH-Lösung einen gewissen Vorzug darstellen. Es darf jedoch bezweifelt werden, dass dieses Element geeignet wäre, eine hinreichende Legitimationsbasis zu schaffen. Es ginge hierbei lediglich um eine rein *formale* Mitwirkung, zumal der Gedanke «nationaler» Repräsentation in Bezug auf ein un-

⁶⁷ BAUDENBACHER, *supra* Fn. 58, 355. Zu vereinzelt Unterschieden bei der Auslegung BREITENMOSER & WEYENETH, *supra* Fn. 8, Rn. 1363.

⁶⁸ EPINEY, METZ & PIRKER, *supra* Fn. 66, S. 93 f.; TOBLER, *supra* Fn. 7, Rn. 22.

⁶⁹ EWR-Gutachten I, *supra* Fn. 31, Rn. 35 f., 45 f.

⁷⁰ In Bezug auf den EFTA-Gerichtshof TOBLER, *supra* Fn. 7, Rn. 21, 34 ff.

abhängiges Gericht ohnehin sachfremd ist,⁷¹ auch wenn die symbolische Bedeutung einer solchen Mitwirkung (gerade im Schweizer Kontext) nicht unterschätzt werden darf.⁷² Ein inhaltlicher Abweichungsvorbehalt würde aber den schweizerischen Behörden und Gerichten sowie in essentiellen Fragen letztlich auch den Stimmberechtigten *materielle* Gestaltungsspielräume offenhalten. Es ist nämlich in Rechnung zu stellen, dass ein als Streitschlichtungsinstanz eingesetztes Gericht nur die in den Rechtsbestand aufgenommenen Vorschriften auslegen kann, dessen materielle Reichweite also unmittelbare Rückwirkungen auf den Umfang der gerichtlichen Kontrolle hat.

Nicht zu vernachlässigen ist ausserdem, dass die «EuGH-Lösung» eine graduelle Weiterentwicklung der bereits gegenwärtig praktizierten Umsetzung des Rechts der sektoriellen Abkommen darstellt.⁷³ So ist derzeit im Ausgangspunkt zwar nur die bei Inkrafttreten des jeweiligen Vertrages bekannte Rechtsprechung des EuGH für beide Seiten verbindlich,⁷⁴ während hinsichtlich später ergangener Rechtsprechung des EuGH lediglich eine Berücksichtigungspflicht besteht. Das Bundesgericht kann aber, ohne dazu verpflichtet zu sein, zum Zwecke der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens im Interesse einer parallelen Rechtslage⁷⁵ in der Schweiz und in der EU auch seither ergangene Urteile des EuGH heranziehen.⁷⁶ Das Abkommensrecht und das EU-Recht sollen sich nicht auseinanderentwickeln. Da dem EuGH indessen die Kompetenz fehlt, für die Schweiz verbindlich über die Auslegung des Abkommens zu entscheiden, ist es dem Bundesgericht nicht verwehrt, aus triftigen Gründen zu einer anderen Rechtsauffassung zu gelangen, es wird dies aber mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichthin tun.⁷⁷ Anders als im EWR-System, in dem die Urteile des EFTA-Gerichtshofes verbindlich sind, kann das Bundesgericht derzeit in jedem Einzelfall bei Vorliegen triftiger Gründe von der Rechtsprechung des EuGH abweichen. Diese Möglichkeit würde bei einer institutionalisierten Einbindung des EuGH sicherlich deutlich eingeschränkt. Im Einzelfall wäre auf der Grundlage des zu vereinbarenden Vorbehalts ein Abweichen aber nach wie vor zulässig.

⁷¹ Vgl. ERNST, *supra* Fn. 26, S. 1374.

⁷² Nach dem bekannten Dictum von Lord Hewart spielt die Wahrnehmung bei der Rechtsanwendung eine ebenso wichtige Rolle wie die Rechtsanwendung selbst (vgl. *R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 KB 256, 259).

⁷³ Ähnlich ERNST, *supra* Fn. 26, S. 1377.

⁷⁴ Siehe dazu BGE 139 II 121, 125 (E. 5.3).

⁷⁵ Vgl. beispielsweise Art. 16 Abs. 1 FZA.

⁷⁶ BGE 130 II 1, 10 f. (E. 3.6.1); BGE 130 II 113, 119 f. (E. 5.2). Im Kontrast dazu zur autonomen Auslegung des vom Recht der Europäischen Union unabhängigen schweizerischen Rechts BGE 137 II 199, 208 f. (E. 4.3.1).

⁷⁷ BGE 136 II 5, 12 (E. 3.4); BGE 136 II 65, 70 f. (E. 3.1).

Die grössere Demokratieverträglichkeit der «EuGH-Lösung» wird schliesslich durch den Verzicht auf einen einseitigen Durchsetzungsmechanismus abgesichert. Divergenzen bei der Auslegung und Anwendung des Abkommensrechts sollen weiterhin in den Gemischten Ausschüssen thematisiert werden. Beschlüsse können diese nur mit Zustimmung der Schweiz fassen. Blicke es dabei, würde ein Einbezug des EuGH im Rahmen eines Vertragsverletzungs- oder eines Vorabentscheidungsverfahrens am demokratischen Handlungsspielraum der Schweiz nichts ändern. Rein faktisch käme es aber – vergleichbar mit der Wirkungsweise der «Guillotine-Klausel» – zu einem erhöhten Druck auf die Gemischten Ausschüsse, sich der Sichtweise des EuGH anzuschliessen. Würde sich ein Automatismus einspielen, wonach die Gemischten Ausschüsse stets der Ansicht des EuGH folgen, selbst wenn dieser beispielsweise seine durch die Verträge eingeräumten Kompetenzen überschritte, wäre dies mit demokratischen Grundsätzen nicht mehr zu vereinbaren. Als Fallstrick der «EuGH-Lösung» könnte sich in diesem Zusammenhang die der EU möglicherweise einzuräumende Befugnis zum Erlass sogenannter «Ausgleichsmassnahmen» erweisen. Hierbei könnte es sich nämlich letztlich um Sanktionen handeln, wenn es nicht zu einer einvernehmlichen Streitbeilegung auf der Linie der Rechtsprechung des EuGH kommt. Diesem Punkt sollte in den Verhandlungen grosse Beachtung geschenkt werden.

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist nicht absehbar, ob es in der Frage der Überwachung der Bilateralen Abkommen unter Umständen im Zuge der Verhandlungen noch zu einer für die demokratischen Entscheidungsabläufe relevanten Änderung der derzeitigen autonomen Selbstkontrolle (verbunden mit der Thematisierung von Meinungsverschiedenheiten in den Gemischten Ausschüssen) kommt. Es bestehen gewisse Hinweise dafür, dass die EU-Kommission beabsichtigen könnte, analog zur Beauftragung des EuGH mit der Auslegung der Abkommen sich selbst als gemeinsame Überwachungsbehörde zu etablieren.⁷⁸ Hier könnten vergleichbare Erwägungen wie im Hinblick auf den EuGH anzustellen sein, wenngleich kaum vorstellbar ist, dass der Kommission einseitige Handlungsbefugnisse zulasten der Schweiz eingeräumt werden sollten. Am ehesten denkbar wäre ein dem Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV) nachgebildetes System, sodass abschliessend der EuGH entscheiden müsste und sich somit letztlich wiederum die Frage nach dessen demokratischer Legitimation stellt.

⁷⁸ Für einen Einbezug der EFTA-Überwachungsbehörde demgegenüber TOBLER, *supra* Fn. 7, Rn. 27.

IV. Das Referendumsrecht als Gradmesser

Aus Sicht der demokratischen Partizipationsrechte von Stimmberechtigten und Parlament ist die Dynamisierung der Fortentwicklung des Rechtsbestandes die entscheidende Frage. Die Einsetzung des EuGH als Auslegungs- und Streitbeilegungsorgan ist demgegenüber ein – wenn auch sehr bedeutsamer und nicht ganz risikoloser – Nebenschauplatz.

In Bezug auf die Weiterentwicklung des Rechtsbestandes der Bilateralen Verträge erweist sich das Referendumsrecht als eigentlicher Gradmesser. Dies gilt zunächst wie bisher unstreitig für die erste Stufe der Zustimmung zu einer Änderung der Bilateralen Verträge als solcher, die dem fakultativen Staatsvertragsreferendum (Art. 141 Abs. 1 lit. d Nr. 3 BV) untersteht. Besonderes Augenmerk verdient aber – gerade auch vor dem Hintergrund der Erfahrungen Norwegens mit der EWR-Mitgliedschaft – mit Blick auf eine Dynamisierung der Rechtsfortentwicklung die zweite Stufe der Anpassung und Änderung von in den Verträgen für anwendbar erklärten Rechtsakten der EU. Hier würde eine umfassende Dynamisierung dazu führen, dass mit der einmal erteilten Zustimmung zu einem Rahmenabkommen die Entscheidungsbefugnisse bei künftigen Weiterentwicklungen des Rechtsbestandes insoweit aus der Hand gegeben würden, als der Schweiz – vergleichbar wie bei einer Mitgliedschaft in der EU – kein Recht mehr zustünde, im Einzelfall die Übernahme des neuen materiellen Rechts abzulehnen. Ein Beispiel könnten die Vorschriften der EU zum Energiebinnenmarkt sein. Um den gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Standard demokratischer Beteiligung von Stimmberechtigten und Parlament aufrecht zu erhalten, ist es daher notwendig, das Referendumsrecht bei wichtigen politischen Entscheiden auch im sachlichen Regelungsbereich der Bilateralen Verträge zu bewahren. Eine dynamisierte Rechtsübernahme dürfte sich daher umgekehrt nur auf Gegenstände von untergeordneter Bedeutung beziehen, also auf Bestimmungen vorwiegend technischer Natur.

Der Grad an Statik oder Dynamik des materiellen Rechtsbestandes der Bilateralen Verträge beeinflusst wesentlich die potenziellen Gefahren, die mit einer Einsetzung des EuGH als für die Auslegung der Verträge massgebliches Organ verbundenen sind. Je statischer und damit umso weiter entfernt das institutionelle Rahmenabkommen von den charakteristischen Wirkungsweisen der EU ist, desto geringer erscheint auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des EuGH das Risiko einer die Grenzen der Verträge ausreizenden Rolle des EuGH als «Motor der Integration» in Bezug auf die Schweiz. Bleibt es darüber hinaus bei einem aus politischen Erwägungen frei ausübbareren Vetorecht der Schweiz im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH, erweist sich die vom Bundesrat vorgeschlagene «EuGH-Lösung» im Vergleich zu einem Einbezug des EFTA-Gerichtshofes als weniger unwägbar und damit als die mutmasslich

schonendere Variante für den demokratischen Entscheidungsprozess in der Schweiz. Die geringfügig höhere personelle demokratische Legitimation des EFTA-Gerichtshofes führt im Hinblick auf die von diesem Gericht ausgeübte grössere Integrationskraft zu keiner abweichenden Bewertung.

Bei nüchterner Betrachtung besitzt ohnehin nur der vom Bundesrat unterbreitete Vorschlag realpolitisch eine Chance auf Verwirklichung. Eine gewisse Unsicherheit dürfte von Seiten der EU durch die Frage entstehen, inwieweit Entscheidungen des EuGH anschliessend in den Gemischten Ausschüssen noch zur Disposition gestellt werden können. Gelingt es in den Verhandlungen mit der EU aber, die im Verhandlungsmandat des Bundesrates vorgesehenen Eckpunkte im Vertragstext zu verankern, wird die schweizerische Demokratie zwar vor eine echte Herausforderung gestellt, sie sollte das für die Qualität direktdemokratischer Partizipation als Gradmesser fungierende Referendumsrecht aber ohne wesentliche Abstriche bewahren können.

