

# **Rezeption der EuGH-Rechtsprechung durch schweizerische Gerichte am Beispiel der Personenfreizügigkeit und des öffentlichen Beschaffungswesens**

**Masterarbeit** eingereicht der Universität Bern  
im Rahmen des Executive Master of Public Administration (MPA)

Betreuender Dozent:

**Prof. Dr. Michael Hahn**

Kompetenzzentrum für Public Management

Schanzeneckstrasse 1

CH-3001 Bern

Verfasser:

**Dr. Christoph Bürki**

von Unterlangenegg/BE

Moosgässli 18, 3425 Koppigen

Bern, 30. September 2019

Die vorliegende Arbeit wurde im Rahmen des Executive Master of Public Administration der Universität Bern verfasst.

Die inhaltliche Verantwortung für die eingereichte Arbeit liegt beim Autor.

## Vorwort

*«Lässt man sich vertraglich auf eine 'Parallelität' der Rechtsordnungen ein, dann nimmt man zwangsläufig [prinzipiell] an der inhärenten Dynamik des jeweils stärkeren Partners teil»*

Roland Bieber

Mein Interesse und Zugang zum Thema der vorliegenden Arbeit hat mehrere Gründe: Bereits im Rahmen meiner rund achtjährigen Tätigkeit am Verwaltungsgericht des Kantons Bern habe ich mich mit der Thematik und den beiden untersuchten Rechtsbereichen befasst. Auch in der heutigen Funktion als Direktionsadjunkt im Bundesamt für Justiz begegne ich ihr auf Schritt und Tritt, und dies in vielerlei Hinsicht und auf verschiedenen Ebenen. Überdies bildete die Thematik einen wichtigen Schwerpunkt im Modul 6 des MPA. Letztlich handelt es sich um ein spannendes Querschnittsthema, das unmittelbar auch mit hochaktuellen Diskussionen zusammenhängt und sowohl die Politik als auch die Wirtschaft sowie – in mannigfacher Weise – das Recht und die Justiz beschäftigt.

Auf persönlicher Ebene haben mich namentlich Prof. Dr. Martin Dumermuth, Direktor des Bundesamts für Justiz, und Arbeits- sowie Berufskollegen darin bestärkt, die Thematik anzupacken und zu analysieren. Diesen Personen danke ich herzlich für die kompetenten und hilfreichen Anregungen und für die kritische Durchsicht des Entwurfs oder Teilen davon.

Ein besonderer Dank geht an Prof. Dr. Michael Hahn, der die Arbeit stets sehr kompetent, umsichtig und speditiv betreut hat.

Bern, 30. September 2019

Christoph Bürki

## Zusammenfassung

*Die enge wirtschaftliche Partnerschaft zwischen der CH und der EU bzw. den EU-Mitgliedstaaten bedarf gleicher und fairer Wettbewerbsbedingungen für alle Teilnehmenden («level playing field»). Die Rechtsbeziehung CH-EU beruht auf rund 130 meist bilateralen Abkommen, die sektorspezifisch primär den Zugang zum EU-Binnenmarkt sichern. Im Zentrum stehen die 1999 abgeschlossenen Bilaterale I-Verträge, darunter das Freizügigkeits- (FZA) und das Beschaffungsabkommen (AöB). Während das AöB primär auf Gleichwertigkeitsanerkennung bereits bestehender Rechtsordnungen beruht und weder auf EU-Vergaberecht verweist noch sich wesentlich daran anlehnt, strebt das FZA in weiten Teilen eine Rechtsangleichung an: Die CH hat sich darin verschiedentlich verpflichtet, den europäischen Acquis zu übernehmen. Entsprechend enthält das FZA zahlreiche direkte Verweise auf oder Nachbildungen von Unionsrecht. Dabei ist grundsätzlich das beim Abschluss der Abkommen geltende EU-Recht massgebend. Änderungen dieses Rechts bewirken nicht automatisch eine Anpassung der Abkommen. Vielmehr bedürfen diese der Aufdatierung durch eine Revision oder in eng begrenztem Rahmen auch durch Beschlüsse Gemischter Ausschüsse (GA). Dies erfordert stets Einstimmigkeit; zudem führt kein Weg an den innerstaatlichen Genehmigungsverfahren vorbei. Das FZA und AöB verpflichten nicht zur Aufdatierung, weshalb sie als statische Abkommen gelten. Die Autonomie der Vertragsparteien bleibt formell gewahrt, doch wird sie faktisch insofern in Frage gestellt, als das Ziel, auch bilateral binnenmarktähnliche Verhältnisse aufrecht zu erhalten, nur erreicht wird, wenn die Verträge laufend an das abkommensrelevante EU-Recht angepasst werden. Auch bei der Anwendung der Abkommen sind die Vertragsparteien autonom, eine übergeordnete Streitbeilegungsinstanz fehlt. Doch wird diese Autonomie ebenfalls relativiert, so insb. aufgrund von Spezialvorschriften wie Art. 16 Abs. 2 FZA. Danach ist die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA zu berücksichtigen, soweit für die Anwendung des FZA Begriffe des Unionsrechts herangezogen werden. Die Rechtsprechung des EuGH ist deshalb wichtig, weil dieser mit seiner auf den effet utile ausgerichteten, integrationsfreundlichen Auslegung das EU-Binnenmarktrecht signifikant weiterentwickelt. Bleibt diese Praxis ausser Acht, gefährdet dies die Rechtsangleichung. Damit rückt ins Zentrum des Interesses, welche Bedeutung die schweizerischen Gerichte, allen voran das BGer, der EuGH-Praxis bei der Auslegung der Abkommen beimessen.*

*Recherchen und Analysen haben ergeben, dass die EuGH-Praxis bei der Auslegung des im Rechtsalltag wenig wichtigen **AöB** einen sehr geringen Stellenwert hat. Wenn Schweizerische Gerichte vereinzelt EuGH-Rechtsprechung heranziehen, tun sie dies rechtsvergleichend, im Rahmen einer staatsvertragskonformen Auslegung des jeweiligen nationalen Beschaffungsrechts. Dabei wird aber die EuGH-Praxis zum EU-Vergaberecht meist nicht über das AöB, sondern über das praktisch wichtige WTO-Recht (GPA) als Inspirationsquelle herangezogen. Entsprechend setzte der rechtsvergleichende Einbezug bereits mit der Einführung des GPA 1996 ein und lässt keinen generellen Bedeutungszuwachs der EuGH-Rechtsprechung für die Auslegung des öffentlichen Beschaffungsrechts erkennen, auch nicht in Bezug auf die nach Abschluss der Bilaterale I-Verträge ergangene EuGH-Praxis (Neu-Rechtsprechung). Die Rezeptionspraxis bei der Anwendung des praktisch wichtigen **FZA** zeigt ein anderes Bild: In Bezug*

auf die Personenfreizügigkeit und Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit ist die EuGH-Rechtsprechungsübernahme des BGer bedeutungsvoll: Sie war von Anfang an reichhaltig, allerdings in einer ersten Phase zurückhaltend, was die Berücksichtigung der Neu-Rechtsprechung anbelangt. Mit dem vor 10 Jahren ergangenen BGE 136 II 5 legte das BGer diese Zurückhaltung ab und erklärte, es weiche zur Erreichung möglichst paralleler Rechtslagen auch von der abkommensrelevanten EuGH-Neu-Rechtsprechung nicht leichthin, sondern nur aus «triftigen» Gründen ab (zweite Phase). Diese Notbremse hat das BGer bislang nicht betätigt, sondern eine Nichtübernahme primär mit der fehlenden Abkommensrelevanz begründet, z.B. mit der Kernbereichsdoktrin. Seit diesem BGE besteht die klare Tendenz einer dynamischen Rechtsprechungsübernahme. Dabei sind die meisten praxisbildenden Urteile der eher progressiven Praxis zum Ausländerrecht entsprungen. Die Entwicklung lässt bereichsspezifische Differenzierungen erkennen: Während sich im November 2018 die sozialrechtliche der ausländerrechtlichen Praxis annäherte, begann sich auf diesen Zeitpunkt hin die Rechtsprechung zu der 2016 eingeführten strafrechtlichen Landesverweisung davon abzugrenzen.

Mit seiner auch in der Entwicklung kohärenten Praxis zur EuGH-Rechtsprechungsübernahme bei der Auslegung des FZA liefert das BGer einen wichtigen Beitrag, den Widerspruch zwischen der statischen Abkommensausgestaltung und der dynamischen Entwicklung des EU-Rechts zu mildern. Jedenfalls bis zu einem gewissen Grad drängt sich dabei auch die Berücksichtigung der Neu-EuGH-Rechtsprechung auf, soweit sie abkommensrelevant ist und es um die Konkretisierung von Normen geht, nach deren ratio legis die CH partiell in den europäischen Rechtsraum eingebunden werden soll. Umgekehrt liegt es aber auf der Hand, dass dieser Beitrag der Justiz zum Funktieren der Abkommen nicht ein unbegrenztes Ausmass annehmen darf. Denn mit der Übernahme von EuGH-Rechtsprechung kann eine signifikante Weiterentwicklung des FZA einhergehen. Das BGer weist denn auch selber daraufhin, dass das Heranziehen abkommensrelevanter EuGH-Urteile nicht zu einer nachträglichen Änderung des FZA führen dürfe, andernfalls die förmlichen Revisionsverfahren und Zuständigkeiten umgangen würden. Für die Grenzen der rezeptionsgeleiteten Abkommensauslegung sensibilisiert zusätzlich, wenn die EuGH-Rechtsprechungsübernahme als Problem richterlicher Fortbildung der Abkommen betrachtet wird. Dies v.a. dort, wo die Argumentation mit rechtsanwendungsmethodisch an sich etablierten Figuren – so v.a. mit dem teleologischen Element der ratio legis des FZA – den Blick auf die rechtsstaatlich-demokratischen Grenzen zu verstellen droht. Die vom BGer entwickelten pragmatischen Leitlinien ermöglichen grundsätzlich eine differenzierte EuGH-Rechtsprechungsübernahme, welche – unter Wahrung der erwähnten elementaren Grenzen – die systemischen Schwächen des FZA ein Stück weit kompensiert.

Mit den Themen des dynamischen Aufdatierens, der dynamischen Rechtsauslegung und der Rolle des EuGH beschäftigt sich derzeit auch die Politik im Rahmen des Ringens um den Abschluss eines institutionellen Abkommens mit der EU. Während das FZA davon speziell betroffen ist, würde dieses neue Rahmenabkommen das AöB nicht erfassen. Das AöB gibt denn auch keinen Anlass zu den voranstehenden Problemen. Das war bereits am Anfang so, nachdem das GPA den Weg für die Schaffung gleichwertiger Gesetze geebnet hatte, und ist heute nicht anders, wie die jüngst beschlossene Totalrevision des BöB mit paralleler Genehmigung des GPA 2012 zeigen.

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	I
Zusammenfassung .....	II
Abbildungsverzeichnis .....	VII
Anhangverzeichnis .....	VIII
Abkürzungsverzeichnis .....	IX
1. Einleitung .....	1
1.1. Ausgangslage .....	1
1.2. Fragestellung und Zielsetzung, Eingrenzungen und Aufbau der Arbeit .....	1
1.3. Methodisches Vorgehen .....	3
2. Ausgewählte Grundlagen zum Verhältnis CH-EU.....	4
2.1. Wirtschaftliche Verflechtungen CH-EU.....	4
2.2. EU und ihre Rechtsbeziehung zur CH.....	5
2.3. Multimodale Übernahme und Weiterentwicklung von EU-Recht.....	7
2.3.1. ...in der Rechtsetzung .....	8
2.3.1.1. ...durch bi- bzw. multilaterale Abkommen.....	8
2.3.1.2. ...durch autonomen Nachvollzug.....	11
2.3.2. ...in der Rechtsanwendung.....	12
2.4. Bilaterale I-Verträge .....	12
2.4.1. Entstehung und Gegenstand .....	12
2.4.2. Ausgewählte Wesensmerkmale.....	13
2.5. Rechtsanwendung und -durchsetzung der Bilaterale I-Verträge .....	15
2.5.1. Grundsatz: Autonome Vertragsdurchsetzung und -auslegung .....	15
2.5.1.1. Zweisäulenprinzip .....	15
2.5.1.2. Auslegung.....	16
2.5.2. Relativierungen.....	19
2.5.2.1. Gemischte Ausschüsse .....	19
2.5.2.2. Abkommensspezifische Auslegungsnormen.....	20
2.5.2.3. Abkommensspezifische Organisations- und Rechtsschutzbestimmungen .....	22
2.5.3. EuGH und BGer als oberste Rechtsprechungsorgane .....	22
2.6. Kurzzusammenfassung und Überleitung .....	24
3. Rezeption der EuGH-Rechtsprechung zur Personenfreizügigkeit .....	26

---

3.1.	Vorbemerkungen .....	26
3.1.1.	Vorgehensweise.....	26
3.1.2.	Hinweise zum Personenfreizügigkeitsabkommen.....	27
3.2.	Tour d’Horizon der Rezeptionspraxis.....	28
3.2.1.	Zeitspanne bis August 2009 .....	28
3.2.1.1.	Gewährung der Freizügigkeit zugunsten gewisser Personengruppen.....	28
3.2.1.2.	Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit .....	30
3.2.1.3.	Anerkennung von Befähigungsnachweisen .....	33
3.2.2.	Zeitspanne September 2009 bis Oktober 2015.....	33
3.2.2.1.	Gewährung der Freizügigkeit zugunsten gewisser Personengruppen.....	33
3.2.2.2.	Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit .....	38
3.2.2.3.	Anerkennung von Befähigungsnachweisen .....	40
3.2.3.	November 2015 bis August 2019 .....	40
3.2.3.1.	Gewährung der Freizügigkeit zugunsten gewisser Personengruppen.....	41
3.2.3.2.	Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit .....	44
3.2.3.3.	Anerkennung von Befähigungsnachweisen .....	46
3.2.3.4.	Strafrechtliche Landesverweisung .....	47
3.3.	Zwischenfazit.....	49
3.3.1.	Konstante Praxis zur sachlichen Begrenzung der Rezeption von EuGH-Urteilen. .....	49
3.3.2.	Zunehmende Bedeutung und Dynamisierung der Übernahme der EuGH- Rechtsprechung .....	51
3.3.2.1.	Erste Phase: Zurückhaltende Berücksichtigung der EuGH-Neu- Rechtsprechung .....	51
3.3.2.2.	Zweite Phase: Beachtungsgebot der EuGH-Neu-Rechtsprechung .....	52
4.	Rezeption der EuGH-Rechtsprechung im öffentlichen Beschaffungswesen .....	55
4.1.	Vorbemerkungen .....	55
4.1.1.	Vorgehensweise.....	55
4.1.2.	Hinweise zum Beschaffungsabkommen.....	56
4.2.	Tour d’Horizon der Rezeptionspraxis.....	57
4.2.1.	Bundesgericht .....	57
4.2.2.	Bundesverwaltungsgericht .....	60
4.2.3.	Ausgewählte obere kantonale Verwaltungsjustizbehörden.....	61
4.3.	Zwischenfazit.....	63

---

5.	Zusammenfassende, entwicklungsanalytische Betrachtung, Ausblick .....	65
5.1.	Bereichsspezifisch unterschiedliche Entwicklungen bei der EuGH-Rechtsprechungsübernahme .....	65
5.1.1.	Marginale Bedeutung betreffend das AöB – reichhaltige Praxis und wachsende Bedeutung bei der Anwendung des FZA .....	65
5.1.2.	Bereichsspezifische Nuancierungen in der Rezeption der EuGH-Rechtsprechung des BGer zum FZA.....	66
5.2.	Dynamisierung des Rechts durch Rezeption der EuGH-Rechtsprechung als demokratisch-rechtsstaatliche Herausforderung.....	68
5.2.1.	Implikation der EuGH-Rechtsprechungsübernahme.....	68
5.2.2.	Rezeption im Licht der demokratisch-rechtsstaatlichen Kompetenzordnung....	70
5.2.2.1.	Geteilte Zuständigkeiten für die Weiterentwicklung der Abkommen .....	70
5.2.2.2.	EuGH-Rechtsprechungsübernahme als Problem richterlicher Rechtsfortbildung .....	71
5.3.	Ausblick .....	74
5.3.1.	Freizügigkeitsabkommen: E-InstA.....	74
5.3.2.	Entwicklungen im Beschaffungswesen: revBöB .....	76
6.	Schluss.....	78
	Literaturverzeichnis und amtliche Dokumente.....	i
	Rechtsquellenverzeichnis .....	xiii
	Anhänge.....	xviii
	Selbständigkeitserklärung.....	xxviii
	Über den Autor .....	xxix

---

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Wichtigste Waren- und Dienstleistungshandelspartner der CH 2018.....	4
Abbildung 2: Wichtigste Waren- und Dienstleistungshandelspartner der EU 2018.....	5
Abbildung 3: Übersicht Ablauf des Staatsvertragsverfahrens der Bilaterale I-/II-Verträge .	xviii
Abbildung 4: Übersicht Weiterentwicklung Bilaterale I-/II-Verträge .....	xix
Abbildung 5: Übersicht Auslegung Bilaterale I-/II-Verträge.....	xx
Abbildung 6: Übersicht Rechtsdurchsetzung Bilaterale I-/II-Verträge.....	xxi
Abbildung 7: Schema Dynamische Rechtsentwicklung E-InstA.....	xxii
Abbildung 8: Schema Streitbeilegungsverfahren in einem Anwendungsfall E-InstA .....	xxiii
Abbildung 9: Schema Grundzüge Streitschlichtungsverfahren E-InstA.....	xxiv

---

## **Anhangverzeichnis**

Anhang 1: Schemata zum Rechtsetzungs- bzw. Staatsvertragsverfahren, zur Weiterentwicklung, Auslegung und Rechtsdurchsetzung der Bilaterale I-/II-Verträge .....	xviii
Anhang 2: Rechtsentwicklung und Streitbeilegung nach E-InstA .....	xxii
Anhang 3: Liste BGE betreffend FZA (inkl. Anh. I–III) .....	xxv

## Abkürzungsverzeichnis

Abkürzungen von Rechtsquellen finden sich im entsprechenden Verzeichnis.

AB	Amtliches Bulletin
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AG	Aargau (Kanton), Aktiengesellschaft
Anh.	Anhang/Anhänge
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel(n)
BAZL	Bundesamt für Zivilluftfahrt (UVEK)
BBl	Bundesblatt
BBL	Bundesamt für Bauten und Logistik
BGE	Entscheid(e) des (schweizerischen) Bundesgerichts (amtlich publizierte Sammlung)
BGer	(Schweizerisches) Bundesgericht
BJ	Bundesamt für Justiz (EJPD)
BK	Bundeskanzlei
BR	Baurecht (Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen)
BRK	Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (bis 31.12.2006)
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe(n)
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen (EDI)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht (seit 01.01.2007)
bzw.	beziehungsweise
CH	Schweiz
CHF	Schweizer Franken (Währung)
d.h.	das heisst
DEA	Direktion für europäische Angelegenheiten
ders.	derselbe (Autor)
dies.	dieselbe(n) (Autorin/AutorInnen)
dRSK	Der digitale Rechtsprechungs-Kommentar (online Zeitschrift)
DV	Direktion für Völkerrecht
E.	Erwägung(en)
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
ebd.	ebenda
ed.	edition
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EDI	Eidgenössisches Departement des Inneren
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement

---

EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUR	Euro (Währung)
et al.	et alii (und weitere)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuZ	Zeitschrift für Europarecht
evtl.	eventuell
f./ff.	und folgende/fortfolgende
FamPra	Die Praxis des Familienrechts
Fn.	Fussnote(n)
GA	Gemischte/r Ausschüsse/Ausschuss
GATS	General Agreement on Trade in Services
h.L.	herrschende(r) Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.a.R.	in aller Regel
i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinn(e)
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
inkl.	inklusive
IWF	Internationaler Währungsfonds
KGer	Kantonsgericht
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
Mio.	Million(en)
Mo.	Motion (politischer Vorstoss gemäss Art. 120 ff. ParlG)
Mrd.	Milliarde(n)
N.	Note(n)
NATO	North Atlantic Treaty Organisation
Nr.	Nummer(n)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
Pa.Iv.	Parlamentarische Initiative (politischer Vorstoss nach Art. 6, 45, 62 ParlG)
Pra	Die Praxis (Zeitschrift)
Prot.	Protokoll(e)
publ.	publiziert(e/en)
RDAF	Revue de droit administratif I

---

resp.	respektive
RL	Richtlinie(n)
Rs.	Rechtssache(n)
Rz.	Randziffer(n)
S./s.	S/siehe oder Seite(n)
Slg.	Sammlung Urteile EuGH und EuG
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SNB	Schweizerische Nationalbank
sog.	sogenannt(e/en)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SVR	Sozialversicherungsrecht – Rechtsprechung (Zeitschrift)
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
u.a.	unter anderem/n
UNO	United Nations Organisation
UVEK	Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VGer	Verwaltungsgericht
VO	Verordnung(en)
VS	Wallis (Kanton)
WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
WEKO	Wettbewerbskommission (Schweizerische Eidgenossenschaft)
WTO	World Trade Organisation (Welthandelsorganisation)
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZH	Zürich (Kanton)
Ziff.	Ziffer(n)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

## 1. Einleitung

### 1.1. Ausgangslage

Das Rechtsverhältnis zwischen der CH und der EU ist auf rund 130 Abkommen angewachsen, die seit den 1950er Jahren sukzessive abgeschlossen worden sind. Der grosse Einfluss des EU-Rechts widerspiegelt die enge wirtschaftliche Verflechtung. Aus wirtschaftlicher Sicht bezwecken die Abkommen im Wesentlichen, unnötige und durch die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen bedingte Handelshemmnisse und Standortnachteile für Unternehmungen bzw. Werk-/Finanzplätze zu verhindern bzw. abzubauen und zugleich die Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten und zu steigern. Einer der ersten Meilensteine wurde im Jahr 1972 gelegt, mit dem Abschluss des Freihandelsabkommens. 1989 folgte der Abschluss des Versicherungsabkommens. Nach der knappen Ablehnung des Beitritts zum EWR-Abkommen im Dezember 1992 intensivierten sich die Bemühungen, die Schweiz in den europäischen Integrationsprozess einzubinden. Sie gipfelten in den Bilaterale I- und II-Verträgen 1999 bzw. 2004, welche auch qua Verweis die integrierten EU-Rechtsakte im Verhältnis CH-EU verbindlich machen. Im Mai 2014 folgte der Beschluss zur Aufnahme von Verhandlungen über ein (allein den Binnenmarkt betreffendes) Rahmen- bzw. Institutionelles Abkommen zwischen der CH und der EU. Diese Verhandlungen ziehen sich in die Länge, das Thema dominiert seit längerem die politische Agenda. Einer der Zankäpfel bildet die von der EU geforderte dynamische Rechtsübernahme. Denn anders als bspw. die dynamisch ausgestalteten Assoziierungsabkommen zu Schengen und Dublin der Bilaterale II-Verträge sind die Bilaterale I-Verträge weitgehend *statische* Abkommen: Die CH hat den EU-Besitzstand (*Acquis communautaire*) nur insoweit übernommen, wie er sich im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Bilaterale I-Verträge am 21.06.1999 präsentierte. Änderungen der diesen Verträgen zu Grunde liegenden EU-Rechtsakte lassen diese unberührt. Die Verträge bedürfen der Aufdatierung, unter Beachtung der innenpolitischen Entscheidungskompetenzen. Bleibt dies aus, driften das vertragliche Regelwerk CH-EU und das weiterentwickelte Unionsrecht *auseinander*, was der Idee eines gemeinsamen Binnenmarkts zuwiderläuft.

So oder anders wird das Auseinanderdriften allerdings durch die *Rechtsprechung der Schweizer Gerichte* gebremst, namentlich des Bundesgerichts, das sich bisweilen stark an der *EuGH-Rechtsprechung orientiert*: Die CH hat sich zwar bspw. im FZA explizit zur Berücksichtigung allein der bis zum Unterzeichnungszeitpunkt vorhandenen EuGH-Rechtsprechung verpflichtet. Ungeachtet dessen berücksichtigt die Rechtsprechung im Sinn des vom Bundesgericht in seiner neueren Praxis entwickelten Prinzips der möglichst parallelen Rechtslagen im betroffenen Vertragsbereich auch die seitherige EuGH-Rechtsprechung, dies zumindest als Orientierungshilfe, bisweilen aber auch weitergehend, was teilweise kritisiert wird. Um diese Rezeptionspraxis geht es in der vorliegenden Arbeit.

### 1.2. Fragestellung und Zielsetzung, Eingrenzungen und Aufbau der Arbeit

Gegenstand und Ziel ist es, die Entwicklung der Rezeption der EuGH-Rechtsprechung durch schweizerische Gerichte in Bezug auf folgende zwei Bilaterale I-Verträge nachzuzeichnen.

- Der weitaus grösste Teil der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den bilateralen Abkommen mit der EU bezieht sich auf das FZA.<sup>1</sup> Deshalb befasst sich die vorliegende Arbeit zum einen mit diesem Abkommen. Die diesbezügliche EuGH-Rechtsprechung ist wichtig und hat sich in den letzten Jahren stark entwickelt, zumal auch das insoweit relevante Unionsrecht nicht stehen geblieben ist: So wurde 2004 etwa die Unionsbürgerrichtlinie erlassen, die gewisse Bereiche des für das FZA relevanten EU-Rechts ersetzt. Entsprechend ist die Rezeption der EuGH-Praxis durch das Bundesgericht in den letzten Jahren dynamischer geworden, obschon (oder gerade weil) das FZA grundsätzlich statisch ausgestaltet ist und die CH gewisse Änderungen des Sekundärrechts nicht übernommen hat.
- Zum andern befasst sich die Arbeit mit dem für die schweizerische Volkswirtschaft zentralen Bereich des Beschaffungsrechts. Hier beruht die Rechtsbeziehung auf dem Beschaffungsabkommen (AöB) und massgeblich auf dem diesbezüglichen WTO-Abkommen (GPA). Die Praxis des EuGH spielt hier bloss punktuell eine gewisse (im Gegensatz zum FZA aber kaum strittige) Rolle, so z.B. in Bezug auf die Frage des Geltungsbereichs des Beschaffungsrechts.

Diese Untersuchung der Rezeptionspraxis und ihrer Entwicklung erfolgt nicht losgelöst von den zu Grunde liegenden Abkommen resp. deren Entstehung, Umsetzung und Entwicklung. Deshalb behandelt die Arbeit zunächst ausgewählte Grundlagen (*zweiter* Teil): Eingangs werden kurz die wirtschaftlichen Verflechtungen CH-EU dargelegt, um alsdann auf die Rechtsbeziehung CH-EU sowie die komplizierte, multimodale Übernahme und Weiterentwicklung von EU-Recht im Allgemeinen einzugehen. Es folgen Hinweise zur Entstehung und zum Gegenstand der Bilaterale I-Verträge sowie auf Wesensmerkmale. Anschliessend interessiert die Anwendung und Durchsetzung der sektoriellen Abkommen: Diesbezüglich wird zunächst der Grundsatz der autonomen Auslegung erörtert, der aber gewichtige Einschränkungen erfährt. Der zweite Teil schliesst mit Angaben zum EuGH und BGer. Der *dritte* und *vierte* Teil skizzieren jeweils, nach Hinweisen zum FZA und AöB, mit ausgewählten Urteilen die Rezeption der EuGH-Rechtsprechung in den Bereichen des FZA und des Beschaffungswesens. Der Streifzug durch die Rezeptions-Praxis des Bundesgerichts im Bereich des FZA verdient mehr Raum als das Nachzeichnen der (wesentlich von der Praxis zum WTO-Recht geprägten) Rezeption im Beschaffungswesen, weil diese viel weniger weit geht und die Zahl der wichtigen Urteile selbst dann überschaubar bleibt, wenn auch Urteile des BVGer und oberer kantonaler Gerichte einbezogen werden. Die Darstellung der beiden Rechtsprechungsbereiche schliesst jeweils mit einem Zwischenfazit. Im *fünften* Teil werden die Entwicklungen der beiden Rezeptionspraxen zusammenfassend gegenübergestellt und analysiert, bevor sie in übergeordnete Kontexte und namentlich in das Licht der demokratisch-rechtsstaatlichen Kompetenzordnung gestellt werden. Die Unterschiedlichkeit in der Rechtsentwicklung zeigt sich auch in aktuellen politischen Diskussionen und Reformbestrebungen: Während das kontroverse FZA Hauptanlass für die Verhand-

---

<sup>1</sup> Seiler, Dynamik oder Statik, S. 83 bzw. 82; ders., Einfluss, S. 272, wonach die meisten der Abkommen in der bundesgerichtlichen Praxis nie oder nur selten zitiert würden, was aber nicht ausschliesse, dass sie rechtstatsächlich, auf Verwaltungsebene und institutionell bedeutsam seien; die grosse Ausnahme sei das FZA, das in den Jahren vor 2015 «immerhin in knapp einem Prozent aller bundesgerichtlichen Urteile» vorgekommen sei.

lungen über ein InstA bildet und dieses direkt betrifft, erfolgt die Berücksichtigung der Entwicklungen im Beschaffungsrecht in weniger spektakulärer Art und Weise im Rahmen der jüngst beschlossenen Totalrevision des Bundesgesetztes über das öffentliche Beschaffungswesen und des parallel dazu genehmigten revidierten WTO-Übereinkommens (GPA 2012). Im Gegensatz zum InstA, welches das AöB nicht direkt erfasst, beschäftigt diese Reform die Öffentlichkeit kaum. Nach diesen Ausblicken folgt der Schluss mit dem Fazit.

Mit dem ausgewählten Thema wird ein weites Feld betreten.<sup>2</sup> Allein die Rechtsprechung und Abhandlungen zum FZA haben ein kaum überschaubares Ausmass erreicht. Auch zur Stellung des BGer und EuGH im Gefüge der anderen Organe wurde bereits viel nachgedacht und geschrieben. Vollständigkeit kann nicht angestrebt werden, zumal die Materie weit verzweigt und komplex ist; vielmehr geht es darum, ohne Anspruch auf Vollständigkeit die wichtigsten Urteile, amtlichen Berichte und Grundlagen aufzuspüren und zu verarbeiten. Eine erschöpfende Aufarbeitung aller Quellen würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen.<sup>3</sup>

### 1.3. Methodisches Vorgehen

Die vorliegende Arbeit ist forschungsorientiert. Sie stützt sich auf Rechtsprechungs- und Literaturanalysen, auf die einschlägigen Staatsvertrags- und Gesetzgebungsunterlagen sowie auf Rechtserlasse und -materialien.<sup>4</sup> Interviews, Fragebogen oder Fallstudien und Ähnliches lassen in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand und die Fragestellung keine zusätzlichen Erkenntnisse erwarten, weshalb auf solche Datenerhebungen verzichtet worden ist. Das Vorgehen und die Abhandlung orientieren sich – der Thematik und Schwerpunktsetzung entsprechend – an den anerkannten Methoden juristischen Arbeitens. In formaler Hinsicht gilt für den gesamten Text, dass zu Gunsten besserer Lesbarkeit auf eine geschlechtsneutrale Formulierung teilweise verzichtet wird, ohne so das nicht erwähnte Geschlecht ausschliessen zu wollen.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Der thematischen Breite entsprechend, bestehen diverse Querbezüge zu einzelnen, im Grundstudium und in den Modulen des Studiengangs zur Erlangung des MPA behandelten Themen, so etwa zum Völker- und Staatsvertragsrecht, zur politischen Steuerung, zum Beschaffungsrecht und zur Verhandlungsführung sowie zum Modul 6 «Internationale Organisationen und Europa». Auf explizites Kennzeichnen dieser Bezüge wird verzichtet.

<sup>3</sup> Gerichtspraxis, Lehre und andere Quellen sind berücksichtigt bis Ende August 2019.

<sup>4</sup> Detaillierte Angaben der verwendeten und zitierten Literatur, amtlichen Dokumente und Rechtsquellen sind hinten in den entsprechenden Verzeichnissen enthalten. Die Gestaltung dieser Verzeichnisse sowie die Zitierweise im Text folgen gemäss Absprache mit der betreuenden Person nach anerkannten und praktizierten Regeln juristischen Arbeitens (was mit gewissen Abweichungen von den Richtlinien des KPM zu den Leistungsnachweisen verbunden ist); vgl. etwa Forstmoser/Ogorek/Schindler, Anleitung, S. 37 ff., 345 ff.

<sup>5</sup> Fussnotenverweise beziehen sich auf den ganzen Satz, wenn sie nach der entsprechenden Interpunktion stehen; im Übrigen beziehen sie sich auf Worte oder Satzteile, an die sie anschliessen.

## 2. Ausgewählte Grundlagen zum Verhältnis CH-EU

Zunächst wird auf die Bedeutung der Wirtschaftspartnerschaft (Ziff. 2.1) sowie auf den bisherigen Integrationsprozess in der EU und deren Verhältnis zur CH eingegangen (Ziff. 2.2). Nach allgemeinen Ausführungen zur Übernahme und Weiterentwicklung von EU-Recht durch die CH (Ziff. 2.3) folgt ein Überblick über die Bilaterale I-Verträge (Ziff. 2.4). Weiter ist deren Anwendung und Durchsetzung zu erörtern, wobei auch kurz auf den EuGH und das BGer eingegangen wird (Ziff. 2.5). Am Ende folgt eine zusammenfassende Überleitung (Ziff. 2.6).

### 2.1. Wirtschaftliche Verflechtungen CH-EU

Die Europapolitik ist für die CH deshalb so wichtig, weil die EU<sup>6</sup> bzw. ihre 28 Mitgliedstaaten, allen voran Deutschland, Frankreich und Italien, die mit Abstand wichtigsten Handelspartner der CH sind. Die Vertragsbeziehung CH-EU und insb. der Zugang zum EU-Binnenmarkt, der mit dem EU-Beitritt von Bulgarien, Rumänien und Kroatien auf weit über 500 Mio. Personen angewachsen ist, ist von grosser Bedeutung für den Wohlstand der CH.<sup>7</sup> An folgenden Zahlen zeigen sich die engen wirtschaftlichen Verflechtungen:<sup>8</sup> Die CH wies 2018 ein *Warenhandelsvolumen* (Exporte und Importe) von total 435.08 Mrd. CHF aus. Der EU-Anteil betrug 263.26 Mrd. CHF (60.51 %). Besonders wichtig ist u.a. der Abbau technischer Handelshemmnisse durch die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen; allein die Chemie- und Pharmaindustrie kann dadurch jährlich ca. 150–300 Mio. CHF an Kosten einsparen.<sup>9</sup> Ähnlich verhielt es sich 2018 (wie auch in den Vorjahren) im *Dienstleistungshandel*: Die CH verfügte mit der EU über ein Dienstleistungshandelsvolumen von 117.49 Mrd. CHF (52.77 %):

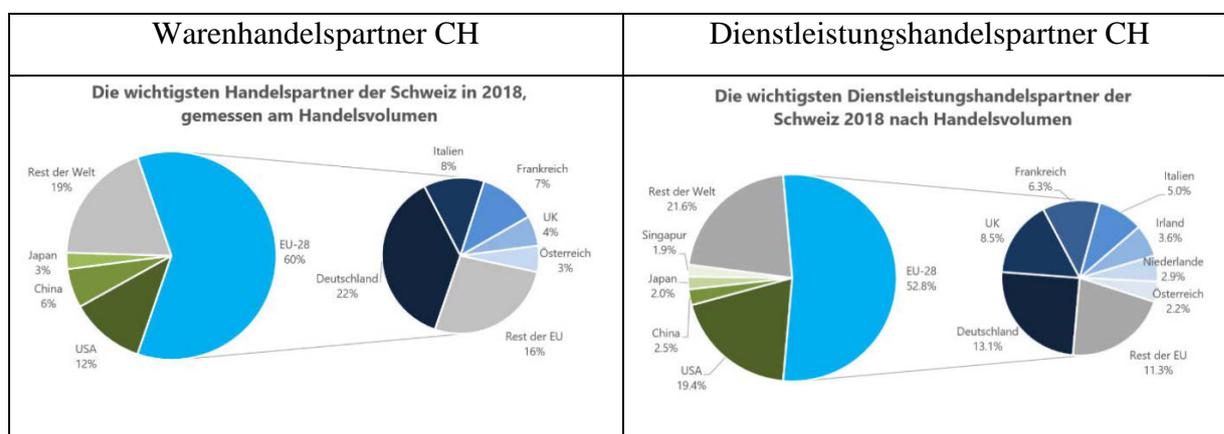


Abbildung 1: Wichtigste Waren- und Dienstleistungshandelspartner der CH 2018<sup>10</sup>

Umgekehrt ist die CH auch für die EU wichtig: Die EU wies 2018 ein Warenaussenhandelsvolumen von 3'936.13 Mrd. EUR und ein Dienstleistungsaussenhandelsvolumen von 1'646.88 Mrd. EUR aus. Das Handelsvolumen der EU mit der CH betrug bei den Waren 265.45 Mrd.

<sup>6</sup> Seit dem 01.12.2009 (Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon) wird von EU gesprochen.

<sup>7</sup> Vgl. etwa DEA, Informationsblatt Europapolitik, S. 1 f., 4.

<sup>8</sup> Siehe zum Ganzen DEA, Zahlen, S. 10 ff.

<sup>9</sup> Vgl. auch etwa Bundesrat, Erläuterungen InstA, S. 2.

<sup>10</sup> DEA, Zahlen, S. 10-15 und 19-21.

EUR und bei den Dienstleistungen 179.81 Mrd. EUR, was 6.7% bzw. 10.92 % vom jeweiligen Total entspricht, womit die CH (nach den USA und China) das drittgrösste Handelsvolumen hat und bei den Dienstleistungen der zweitwichtigste Partner der EU ist:

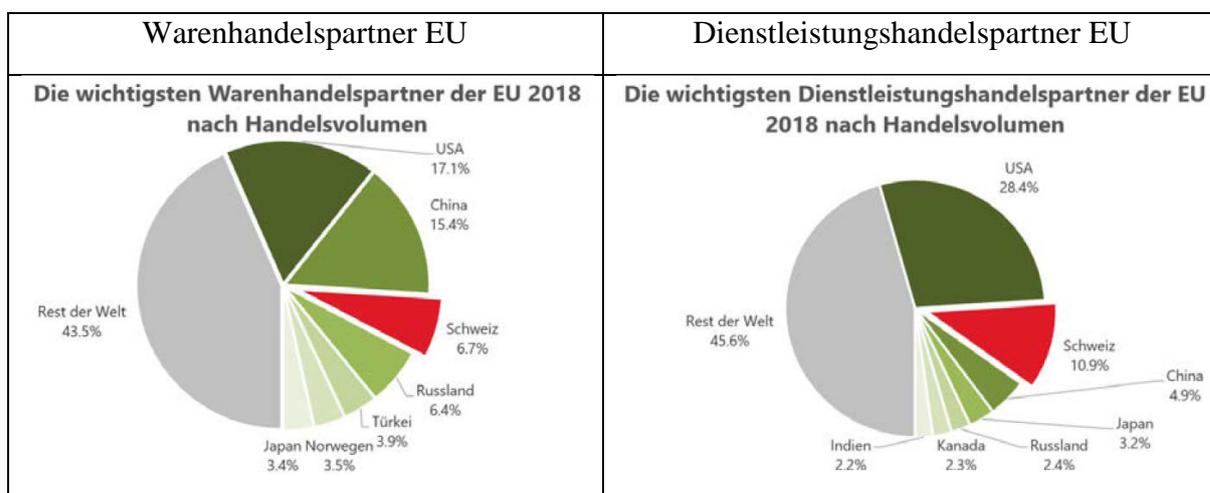


Abbildung 2: Wichtigste Waren- und Dienstleistungshandelspartner der EU 2018<sup>11</sup>

Nebst dieser Handelspartnerschaft sind auch die *Direktinvestitionsbestände* beträchtlich.<sup>12</sup>

Die enge wirtschaftliche Verflechtung CH-EU zeigt sich an den *mutmasslichen Folgen* eines Wegfalls der *Bilaterale I-Verträge*, bei denen (nebst dem Abbau technischer Handelshemmnisse) die beiden hier interessierenden Abkommen (FZA und AöB) als wirtschaftlich besonders wichtige Sektoren gelten.<sup>13</sup> Auch ein Wegfall der Schengen/Dublin-Assoziierung der *Bilaterale II-Verträge* würde sich negativ auf die Schweizer Volkswirtschaft auswirken.<sup>14</sup>

## 2.2. EU und ihre Rechtsbeziehung zur CH

Entstehung und Ergebnisse der Ausgestaltung des bisherigen Integrationsprozesses in der EU und deren Verhältnis zur CH können hier lediglich gestreift werden. Die nachfolgenden Kurzhinweise beschränken sich auf die wichtigsten Schritte und Etappen:<sup>15</sup>

Im April 1951 gründeten Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg und die Niederlande in Paris die EGKS (*Pariser Vertrag*). Die gleichen Parteien unterzeichneten am 25.03.1957 in Rom die *Römischen Verträge* zur Gründung der EWG und der EAG (= Euratom).

<sup>11</sup> DEA, Zahlen, S. 16-18 und 22 f.

<sup>12</sup> Vgl. die eindrücklichen Zahlen bei DEA, Zahlen, S. 24 ff.

<sup>13</sup> Vgl. SECO, Auswirkungen, S. 4 f., 33, wonach laut Studien, die bei der Umsetzung der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» zur volkswirtschaftlichen Bedeutung der Bilaterale I-Verträge gemacht wurden, bei deren Wegfalls das Wirtschaftswachstum in der CH deutlich geschwächt und die Standortattraktivität gemindert würden. Vgl. auch Bundesrat, Botschaft Begrenzungsinitiative, S. 5054, wonach ein Wegfall «*einschneidende negative Konsequenzen für die Schweizer Volkswirtschaft*» hätte.

<sup>14</sup> Vgl. Bundesrat, Auswirkungen Schengen-Assoziierung, passim, insb. die Schlussfolgerungen auf S. 113 f.

<sup>15</sup> Nachfolgende Zusammenstellung stützt sich auf: Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht, N. 1 ff., 661 ff.; Oesch, Europarecht, N. 890 ff.; Jochun, Europarecht, N. 9 ff.; Bieber/Kotzur, Europarecht, S. 38 ff.; Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 9 ff. bzw. 23 ff.; für einen Kurzübersicht s. auch etwa Kellerhals/Zäch, Überblick, S. 3 ff.; DEA, Informationsblatt Europapolitik, passim; einen nützlichen historischen Abriss der integrationspolitischen Entwicklungen seit dem 2. Weltkrieg liefert Bundesrat, Integrationsbericht 1988, S. 252 ff.; vgl. sodann etwa ders., Botschaft Bilaterale I, S. 6137 f.; Europabericht 2006, S. 6825 f.; Europabericht 2010, S. 7258 ff. und 7265 ff.

Der *Vertrag von Maastricht* vom 07.02.1992 brachte die bedeutendste Änderung der EG und ihrer Grundlagen; dadurch wurde sie als übergreifende Verbindung und als Dach über die weiter geltenden Gründungsverträge geschaffen und die Basis gelegt für eine stärkere Zusammenarbeit auch ausserhalb wirtschaftlicher Aspekte (Europäische Währungsunion, Aspekte einer politischen Union wie Bürgerschaft, gemeinsame Aussen- und Innenpolitik). Dabei bildeten die EWG (neu: EG), die EGKS und die EAG die erste Säule, während die gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik die zweite und die Zusammenarbeit in den Bereich Justiz und Inneres die dritte Säule ausmachten.<sup>16</sup> Mit den *Verträgen von Amsterdam* (02.10.1997) und *Nizza* (26.02.2001) folgten weitere wichtige Änderungen, wobei der letztere die EU-Institutionen reformierte, damit die EU auch nach ihrer Erweiterung auf 25 Mitgliedstaaten effizient arbeiten konnte. Die letzten grundlegenden Modifikationen brachte der *Vertrag von Lissabon* vom 13.12.2007, mit dem u.a. die vorgenannte Drei-Säulen-Struktur aufgehoben worden ist. Allein in Anbetracht der aktuellen BREXIT-Diskussionen sind auch heute wichtige Entwicklungen in Gang. – Die wichtigsten EU-Verträge sind der EUV und der AEUV, die zusammen mit der Grundrechtscharta und allgemeinen Rechtsprinzipien das Primärrecht bilden (Verfassungsrecht der EU). Daran schliesst das (von Unionsorganen gestützt auf den AEUV erlassene) Sekundärrecht an, das v.a. aus einer Vielzahl von (prinzipiell direkt anwendbaren) VO, (i.d.R. gesetzlich umsetzungsbedürftigen) RL und Beschlüssen besteht (Art. 288 AEUV). Weitere Rechtsquellen der EU sind völkerrechtliche Verträge, die denselben Rang wie das Primärrecht geniessen.

Die CH verhielt sich auch nach dem 2. Weltkrieg in Bezug auf den Abschluss internationaler Verträge zur Einbindung an wirtschafts- und handelspolitische Organisationen zurückhaltend:

- Erst am 01.01.1960 (provisorisch) bzw. 01.08.1966 trat sie dem Zoll- und Handelsabkommen (GATT) bei. 1992 erfolgte der Beitritt zum IWF und zur Weltbankgruppe. Weiter engagierte sich die CH als Gründungsland der seit 01.01.1995 existierenden WTO. Der Beitritt zur UNO erfolgte 2002; der NATO ist die CH bis heute nicht beigetreten.
- Von vergleichbarer Zurückhaltung ist die schweizerische Europapolitik geprägt: Die CH ist nicht EU-Mitgliedstaat; sie gestaltet ihre Rechtsbeziehung und Aussenpolitik nach wie vor mit sektoriellen Abkommen: Die CH war zwar 1948 Gründungsmitglied der OECD (wenn auch mit Vorbehalten), beteiligte sich aber bspw. nicht am EGKS. Ein zweiter wichtiger Schritt folgte 1960 mit dem Beitritt zur EFTA, ein dritter mit dem Beitritt zum Europarat 1963. Die Basis der bilateralen Beziehungen zur EU legte die CH mit der Unterzeichnung des FHA 1972; damit begann die «*Phase des verstärkten Bilateralismus*»<sup>17</sup>. Es folgte die Gründungsmitgliedschaft der OSZE (1975); 1989 unterzeichnete die CH das Versicherungsabkommen und ein Jahr später das Zollabkommen. Als nächste Meilensteine sind sodann zu erwähnen (vgl. zum FZA hinten Ziff. 3.1.2):
  - ❖ 1992: Ablehnung des EWR-Beitritts durch das Volk, was zu einer «*Ausweitung und Vertiefung des Bilateralismus*»<sup>18</sup> führte; Beitrittsgesuch CH zur EG;
  - ❖ 1999: Unterzeichnung Bilaterale I-Verträge (vgl. Ziff. 2.4);

---

<sup>16</sup> Anschauliche Darstellung bei Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht, N. 13.

<sup>17</sup> Tobler/Beglinger, Grundzüge, N. 13.

<sup>18</sup> Tobler/Beglinger, Grundzüge, N. 15.

- ❖ 2004: Unterzeichnung Bilaterale II-Verträge (u.a. Schengen/Dublin, Zinsbesteuerung, Betrugsbekämpfung, Landwirtschaftliche Verarbeitung, Umwelt, Statistik, MEDIA);
- ❖ 2010: Annahme der Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)»;
- ❖ 2014: Annahme der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung»;
- ❖ 2018: Offizieller Rückzug des EU-Beitrittsgesuchs der CH; Ablehnung Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)»;
- ❖ 2019: Einreichung Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)», die das Ende der Personenfreizügigkeit mit der EU verlangt.

Heute beruht die Rechtsbeziehung CH-EU auf rund 130 meist bilateralen, z.T. auch multilateralen (gemischten) Abkommen, die einerseits schweizerischen Unternehmen Zugang zu bestimmten Sektoren des EU-Binnenmarkts gewähren, andererseits in diversen Sektoren die Zusammenarbeit zwischen der CH und der EU regeln.<sup>19</sup> Dieses dichte Staatsvertragsnetz wird ergänzt durch eine Vielzahl weiterer staatsvertraglicher Abkommen und Vorgaben (UNO Pakte I und II, EMRK, OECD-Regeln) und – im Bereich des Handels – durch das WTO-Recht, das im öffentlichen Beschaffungswesen eine zentrale Rolle spielt.<sup>20</sup> Ausserhalb dieser Verträge verfolgt die CH zudem seit 1988 eine Politik des autonomen Nachvollzugs (vgl. Ziff. 2.3.1.2). – Daraus ist ein vielgestaltiges Rechtsbeziehungs- und Vertragsnetz entstanden, das anfänglich v.a. handelspolitisch motiviert war und auch heute noch primär den Zugang zum EU-Binnenmarkt sichern will, seit längerem aber auch weitere Bereiche erfasst und punktuell zu einer gewissen Integration der CH in die EU geführt hat, weshalb die Stellung der CH in Bezug auf die EU bisweilen als «zugewandter Ort», «de facto Mitglied», «Passivmitgliedschaft» oder als «Integration ohne Mitgliedschaft» bezeichnet wird.<sup>21</sup> Die Entwicklung der Rechtsbeziehungen brachte eine immer weitergehende Übernahme von Unionsrecht, sie ist aber nach wie vor weitgehend in klassische, statische Staatsverträge gekleidet. Das Verhältnis CH-EU basiert auf einer Rechtsordnung «sui generis»<sup>22</sup>, die ein «unübersichtliches und wenig systematisch aufgebautes Gesamtkunstwerk» darstellt und eine «kohärente Konzeption und Koordination» vermissen lässt.<sup>23</sup> Dass der Acquis CH-EU als «inhaltlich selektiv und unübersichtlich» bezeichnet wird<sup>24</sup>, erstaunt nicht, verfolgt doch die CH seit Jahrzehnten, so auch beim Abschluss der Bilaterale I- und II-Verträgen, den «Ansatz pragmatischer Interessenwahrung»<sup>25</sup> bzw. eine «Politik der pragmatischen und punktuellen Integration».<sup>26</sup>

### 2.3. Multimodale Übernahme und Weiterentwicklung von EU-Recht

Grundsätzlich vermitteln die sektoriellen Abkommen CH-EU gegenseitige Rechte und Pflichten und zielen insb. auf eine gegenseitige Marktöffnung, auf gegenseitige Anerkennung von

---

<sup>19</sup> Bundesrat, Aussenwirtschaftspolitik 2018, 1636.

<sup>20</sup> Vgl. etwa Oesch, Europarecht, N. 895.

<sup>21</sup> Siehe Oesch, Europarecht, N. 893, m.w.H.

<sup>22</sup> BJ, Gesetzgebungsleitfaden, N. 693; Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 6.

<sup>23</sup> Oesch, Europäisierung, S. 16; ders., Auslegung, S. 177; Cottier et al, Rechtsbeziehungen, N. 130 f.

<sup>24</sup> Tobler/Beglinger, Grundzüge, N. 123 ff.

<sup>25</sup> Bundesrat Europabericht 2006, S. 6828 f.

<sup>26</sup> Bundesrat, Integrationsbericht 1999, S. 4240, 4250; ders., Zwischenbericht Integrationspolitik 1995, S. 215.

Konformitäten etc. ab. Offensichtlich sind aber die Interessen der CH am Zugang zum EU-Binnenmarkt grösser als die Interessen der EU an einem gemeinsamen Markt mit der CH: Die Gesamtbevölkerung der EU ist rund 60 Mal so gross wie jene der CH, und das Aussenhandelsvolumen der EU beträgt ungefähr das 8.5-fache desjenigen der CH (vgl. vorne Ziff. 2.1). Folglich passt sich lapidar ausgedrückt tendenziell die (eher kleinen) CH den Standards und Regeln der (grossen) EU an. Diese Fliessrichtung prägt auch die in Ziff. 2.2 hiervoor kurz erwähnten vielfältigen Rechtsbeziehungen CH-EU. Obschon die Verträge zwei- oder mehrseitige Rechtsverhältnisse sind, erfolgt die Anpassung der Rechtsordnungen praktisch einseitig.<sup>27</sup> Die gegenseitige vertragliche Angleichung und Harmonisierung bedeutet primär eine Anpassung an bzw. Übernahme von EU-Recht durch die CH.<sup>28</sup> Diese erfolgt auf diversen Ebenen und in verschiedener Weise (eben multimodal), wobei je nach Sektor nebst dem Bund auch die Kantone und Gemeinden betroffen sind. Ausgehend von der tief verwurzelten Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung, den «*Urtypen abendländischen Rechtsdenkens*»<sup>29</sup>, aber im Wissen um deren Relativität, wird die Übernahme von EU-Recht nachfolgend entsprechend dieser Zweiteilung des Rechtsschöpfungsprozesses erörtert.<sup>30</sup>

### 2.3.1. ...in der Rechtsetzung

In der Rechtsetzung wird eine «*zweigleisige Strategie*» verfolgt,<sup>31</sup> indem einerseits EU-Recht durch Abkommen übernommen und weiterentwickelt und andererseits eine Politik autonomen Nachvollzugs betrieben wird. Diese Unterscheidung soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die beiden Wege gegenseitig ergänzen und ineinandergreifen.

#### 2.3.1.1. ...durch bi- bzw. multilaterale Abkommen

Für die Rechtsübernahme bei und durch den *Abschluss* bi- bzw. multilateraler Abkommen CH-EU (bzw. den Mitgliedstaaten)<sup>32</sup> und das Streben nach Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen kommen im Wesentlichen zwei Regelungstechniken zur Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstandes (*Acquis communautaire*) zum Tragen:<sup>33</sup>

- Einerseits lehnen sich Abkommensteile oder -bestimmungen inhaltlich an Vorbilder- resp. Parallelnormen im EU-Recht an, indem dieses *sinngemäss* oder *wörtlich reproduziert* wird.<sup>34</sup> Diese Form der Rechtsübernahme kennen zahlreiche Abkommen, so auch das FZA

<sup>27</sup> Vgl. auch Jaag/Hänni, Europarecht, S. 444.

<sup>28</sup> Nach Glaser, Umsetzung und Durchführung, S. 134, sind aufgrund der «*Einseitigkeit dieses Rezeptionsvorgangs [...] sowohl die legislative Umsetzung als auch die administrative Durchführung der Bilateralen Verträge in der Schweiz mit den für die EU-Mitgliedstaaten geltenden Massgaben funktional vergleichbar*».

<sup>29</sup> Biaggini, Rechtsprechung, § 73 N. 10 f.

<sup>30</sup> Ähnlicher Aufbau etwa bei Cottier/Diebold, Rechtsprechung, Rz. 4 ff. bzw. Rz. 8 ff., Diebold, Freizügigkeit, N. 302 ff., Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 140 ff. bzw. 154 ff.

<sup>31</sup> Statt vieler Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 4 f.; Mayer, Übernahme, S. 349 ff., je auch zum Folgenden; anderswo ist von einer «*Doppelstrategie*» die Rede; Tobler/Beglinger, Grundzüge, Rz. 37.

<sup>32</sup> Der Abschluss von Verträgen nicht allein mit der EU, sondern auch mit den Mitgliedstaaten (multilaterale bzw. gemischte Abkommen wie z.B. das FZA), war in jenen Bereichen erforderlich, wo die Kompetenz nicht nur bei der EU, sondern auch bei den Mitgliedstaaten lag; vgl. etwa Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 135.

<sup>33</sup> Vgl. z.B. Oesch, Auslegung, S. 177 f.; Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 140 ff., je auch zum Folgenden. – Bisweilen wird ergänzend dazu die «*Äquivalenzmethode*» ausgeschieden; so z.B. Mayer, Übernahme, S. 350.

<sup>34</sup> Tschannen/Zimmerli/Müller, Verwaltungsrecht, bezeichnen das als «*inspiriertes Abschreiben*» (§ 17 Rz. 20).

(vgl. insb. Anh. I); das AöB übernimmt nur punktuell EU-Recht (Art. 6), basiert im Übrigen aber auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit (hinten Ziff. 4.1.2).<sup>35</sup> Bisweilen erfordern der Abschluss und die Umsetzung der Staatsverträge Anpassungen des Landesrechts. So zogen bspw. die Bilaterale I-Verträge 23 Gesetzesänderungen auf Bundesebene nach sich.<sup>36</sup>

- Andererseits werden EU-Sekundärrechtsakte unmittelbar durch *Verweise* im Abkommenstext übernommen. So verweisen gewisse Bilaterale I- und II-Verträge, wie etwa das FZA in Anh. III, direkt auf EU-Rechtsakte; diese finden damit «*tel quel Eingang in das bilaterale Recht; die Anwendbarkeit dieser Verordnungen und Richtlinien wird gleichsam auf die Schweiz ausgedehnt*»<sup>37</sup>. Solche Verweisungen bringen rechtsetzungstechnische Herausforderungen mit sich;<sup>38</sup> sie sind auch demokratiepolitisch nicht unbedenklich<sup>39</sup>.

Der Abschluss völkerrechtlicher Verträge bedarf grundsätzlich der Genehmigung durch das Parlament (vgl. Art. 166 Abs. 2 BV). Zudem kann bei Abkommen, die unbefristet und unkündbar sind, wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder die Umsetzung durch Bundesgesetze erfordern, das fakultative Referendum ergriffen werden (Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV); geht es um den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften, ist das Referendum obligatorisch (vgl. Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV).<sup>40</sup> Wie beim Erlass nationaler Rechts, sind auch in Bezug auf den Abschluss völkerrechtlicher Verträge bei weitem nicht alle Kompetenzen beim Parlament, sondern kann der Bundesrat unter bestimmten Voraussetzungen selbständig völkerrechtliche Verträge abschliessen (vgl. Art. 7a RVOG).<sup>41</sup>

Wird dergestalt an EU-Recht angeknüpft, ist grundsätzlich das beim Abschluss des Abkommens geltende EU-Recht massgebend. Ändert nun die EU dieses Recht, führt dies nicht automatisch zu einer entsprechenden Anpassung der Abkommen. Abgesehen von punktuellen Ausnahmen<sup>42</sup> enthalten die Abkommen keine Pflichten, geändertes oder neues EU-Recht zu übernehmen. Die Vertragsparteien müssen den *Weiterentwicklungen* explizit zustimmen, wobei grundsätzlich *zwei*, sich typischerweise ergänzende Mechanismen zum Tragen kommen:<sup>43</sup>

---

<sup>35</sup> Vgl. Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 141; Oesch, Auslegung, S. 141; ders., Europäisierung, S. 18 f.

<sup>36</sup> Vgl. Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6133 ff.; allgemein Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 254 ff.

<sup>37</sup> Oesch, Europarecht, N. 923; vgl. Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 142 ff.; Oesch, Europäisierung, S. 22 ff.

<sup>38</sup> Vgl. Müller/Uhlmann, Elemente, N. 365 ff.; BJ, Gesetzgebungsleitfaden, N. 691 ff., 739 ff., 758 ff.; Bundeskanzlei, GTR, N. 37 ff., 96 ff., 124 ff., 138 ff., Anh. 2.

<sup>39</sup> Vgl. etwa Oesch, Übernahme, S. 639, 646 f., m.w.H.; Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 271 ff.

<sup>40</sup> S. zur Rolle des Referendums bspw. Langer, Staatsvertragsreferendum, S. 43 ff., m.w.H.

<sup>41</sup> Eine Änderung der Staatsvertragskompetenzen steht aufgrund der Umsetzung der *Pa.Iv. 16.456 «Kündigung und Änderung von Staatsverträgen. Verteilung der Zuständigkeiten»* (unbenutztes Ablaufen der Referendumsfrist vorausgesetzt) kurz vor Inkrafttreten (vgl. BBl 2019 S. 4465, 2018 S. 3491). – Weiter ist auf die *Pa.Iv. 14.422 «Einführung des Verordnungsvetos»* hinzuweisen. Der Nationalrat hat den Vorstoss am 18.06.2019 gutgeheissen, während der Ständerat am 25.09.2019 auf Nichteintreten entschieden hat (vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte/AffairId=20140422>).

<sup>42</sup> SAA, DAA und Zollabkommen verpflichten zur Übernahme von EU-Sekundärrecht; der CH wurden zum Schengen- und Dublin/Eurodac-Besitzstand seit der Unterzeichnung per 19.06.2019 total 262 Weiterentwicklungen notifiziert, vgl. BJ, Weiterentwicklungen Schengen, und Weiterentwicklungen Dublin/Eurodac. – Die Übernahme von Sekundärrecht über GA ist ein Alltagsgeschäft. So hat bspw. der GA des LFV am 22.08.2019 die Übernahme von EU-Erlassen beschlossen (Zustimmung Bundesrat: 21.08.2019); BAZL, Medienmitteilung.

<sup>43</sup> Vgl. Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 147 ff., auch zum Folgenden, die allerdings auf den S. 151 ff. eine dritte Technik aussondern («*Grundsätzliche Pflicht zur Rechtsübernahme bei Aufrechterhaltung der nationalen Verfahren*»), wie sie bspw. im SAA und DAA vorgesehen ist.

- Erstens ist eine Weiterentwicklung durch *Revision* des Abkommens denkbar. Völkerrechtlich betrachtet ist dies ohne weiteres möglich (vgl. Art. 39 VRK; Art. 18 FZA), setzt aber *Einstimmigkeit* voraus (Art. 40 VRK). Allein daran ist zu erkennen, wie aufwändig dieser Weg der Weiterentwicklung ist, v.a. bei gemischten Abkommen wie dem FZA, wo zu den Vertragsparteien nebst der EU alle 28 Mitgliedstaaten zählen. Allein die förmliche Änderung bilateraler Abkommen ist aufwändig, denn es greift in der CH das voranstehend skizzierte Staatsvertragsverfahren, wenn auch mehrheitlich das einfache vor dem Bundesrat<sup>44</sup>.
- Einen bedeutend schlankeren, allerdings auf zweitrangige, typischerweise technische Bereiche beschränkten Anpassungsweg bieten *Beschlüsse* der *Gemischten Ausschüsse* (GA bzw. Comité mixte): Die Bilaterale I- und II-Verträge sehen i.d.R. pro Abkommen einen solchen GA vor;<sup>45</sup> sie räumen ihm genau festgelegte Befugnisse ein, so bisweilen auch die Kompetenz, gewisse Normen in den Anh. zu ändern (vgl. bspw. Art. 14, 18 FZA; Art. 11 AöB) oder – unter Einschränkungen – neues Sekundärrecht aufzunehmen (Art. 21 Abs. 2 Zolla). Allerdings haben die GA nicht die Befugnis, den Vertragsparteien neue Verpflichtungen aufzuerlegen; vielmehr muss eine «solche Entscheidung [...] von den Parteien gefällt und gemäss ihren jeweiligen Verfahren genehmigt werden, wie alle Änderungen der Vertragsbestimmungen»<sup>46</sup>. Auch der Weg über die GA bedarf freilich der Zustimmung aller Parteien und dispensiert nicht, das staatsvertragliche Genehmigungsverfahren zu durchlaufen.<sup>47</sup> Immerhin begründen Ermächtigungen wie etwa diejenige in Art. 18 FZA, wenn auch auf Kosten demokratischer Legitimation<sup>48</sup> und unter Vorbehalt von Wichtigem, i.d.R. eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an den Bundesrat (vgl. Art. 24 ParlG), der die Vertreter in den GA instruieren oder seine Befugnisse an ein Departement oder ggf. an ein Bundesamt weiter delegieren kann (vgl. Art. 48a Abs. 1 RVOG).<sup>49</sup>

Schematische Übersichten über den Ablauf des Rechtsetzungs- bzw. Staatsvertragsverfahrens sowie die Weiterentwicklung der Abkommen finden sich hinten in Anh. 1. – Trotz prinzipiell fehlender Pflicht zur Übernahme der Weiterentwicklungen sind Aufdatierungen oft unumgänglich, andernfalls die Ziele und das Funktionieren der Abkommen gefährdet würden. Deshalb stellt «die möglichst unkomplizierte und zeitnahe Anpassung der Verträge an das einschlägige EU-Recht eine zentrale institutionelle Herausforderung dar».<sup>50</sup>

---

<sup>44</sup> Vgl. Bundesrat, Europabericht 2006, S. 6849.

<sup>45</sup> Derzeit bestehen total 23 Ausschüsse, vgl. DEA, Liste, passim.

<sup>46</sup> Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6157.

<sup>47</sup> Weiterführend z.B. Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 172 ff., und Oesch, Europarecht, N. 924, je m.w.H.

<sup>48</sup> Vgl. Glaser, Umsetzung und Durchführung, S. 139 ff.

<sup>49</sup> Vgl. IB/DV/BJ, Aide-mémoire, passim, das die Vorgehensweise zur internen Vorbereitung von Beschlüssen der GA und der Kompetenzen zur Genehmigung von Weiterentwicklungsbeschlüssen beschreibt; vgl. Jaag/Zihlmann, Institutionen und Verfahren, S. 88 f. – Sonderbefugnisse der GA wie bspw. die Befugnis zur Änderung der Anh. II und III FZA werden bisweilen in der Lehre als «beschränkte supranationale Kompetenzen» bezeichnet; so z.B. Wüger/Scarpelli, institutionelle Aspekte, S. 290; vgl. auch Glaser/Dörig, Streitbeilegung, S. 454 f.

<sup>50</sup> Oesch, Europarecht, N. 923.

### 2.3.1.2. ...durch autonomen Nachvollzug

Nebst der staatsvertraglichen Übernahme und Weiterentwicklung von EU-Recht ist die fortschreitende Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung auch das Resultat eines weitgreifenden *autonomen Nachvollzugs*<sup>51</sup> von EU-Recht: Die Idee, schweizerisches Recht auch ohne staatsvertragliche Pflicht an die europäische Rechtsordnung anzugleichen, wurde bereits in den späten 1980er Jahre vom Bundesrat zur eigentlichen (Rechtsetzungs-)Politik erhoben («Europaverträglichkeitsprüfung»<sup>52</sup>). Sie verfolgt einen doppelten Zweck: Einerseits sollen damit zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der CH Handelshemmnisse und Nachteile beseitigt oder minimiert werden, die mit der Nichtmitgliedschaft in der EU verbunden sind. Andererseits sollen Rechtsunterschiede beseitigt und dergestalt der Weg geebnet werden, um für alle integrationspolitischen Optionen gerüstet zu sein<sup>53</sup>, ggf. auch für eine «volle und umfassende Beteiligung am europäischen Integrationsprozess»<sup>54</sup>. Ein systematischer Eurokompatibilitätsschub erfolgte 1993 (nach dem EWR-Nein) mit der Swisslex-Vorlage.<sup>55</sup> Die Europakompatibilitätsprüfung ist heute fester Bestandteil des Rechtsetzungsprozesses und zum Prinzip der Europaverträglichkeit in der Rechtsetzung geworden.<sup>56</sup> Danach sind Vorschriften prinzipiell europakompatibel auszugestalten, solange dies «den Interessen der Schweiz nützt»<sup>57</sup>. Die Beispiele autonom nachvollzogenen Rechts sind sehr zahlreich; zu erwähnen ist hier v.a. die Übernahme des europarechtlichen Cassis-de-Dijon-Prinzips bei der Revision des THG 2010<sup>58</sup>. Ferner hat der Bundesrat bspw. kürzlich entschieden, einen indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt (Konzernverantwortungsinitiative)» zu unterstützen, der im Sinn autonomen Nachvollzugs von EU-Recht die Einführung einer Pflicht zur Nachhaltigkeitsberichterstattung über die Achtung der Menschenrechte und des Umweltschutzes vorsieht.<sup>59</sup> Zum Ausmass autonom vollzogenen Unionsrechts gibt es keine belastbaren Zahlen; wissenschaftlichen Studien zufolge waren bereits vor gut 10 Jahren 30–50% des gesamten Bundesrechts vom EU-Recht beeinflusst.<sup>60</sup>

---

<sup>51</sup> Nach hier verwendetem Begriffsverständnis geht es dabei um Anpassungen des nationalen Rechts an EU-Recht, wo die CH und die EU keine Abkommen abgeschlossen haben; dieses Verständnis dürfte im Schrifttum vorherrschend sein; z.B.: Mayer, Übernahme, S. 351 ff.; Tobler/Beglinger, Brevier, Frage Nr. 30; Bundesrat, Europabericht 2006, S. 6831 ff. Anders aber z.B. Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht, N. 809 ff., die unter diesem Titel z.B. die Rezeption neuer EuGH-Praxis durch das BGer gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA abhandeln (N. 813 ff.).

<sup>52</sup> Bundesrat, Europabericht 2006, S. 6831, m.w.H.

<sup>53</sup> Bundesrat, Integrationsbericht 1988, S. 380.

<sup>54</sup> Bundesrat, Zwischenbericht Integrationspolitik 1995, S. 209.

<sup>55</sup> Bundesrat, Botschaft Folgeprogramm, passim; Oesch, Europäisierung, S. 17 f.

<sup>56</sup> Vgl. Art. 141 Abs. 1 Bst. a und a<sup>bis</sup> ParlG; vgl. auch BK, Botschaftsleitfaden, S. 25 f.; BJ, Gesetzgebungsleitfaden, N. 691 ff., insb. N. 715 f., 753, 758 ff.; weiterführend Wyss, Eurokompatibilität, passim.

<sup>57</sup> Bundesrat, Europabericht 2006, S. 6832.

<sup>58</sup> Für diese und weitere Beispiele statt vieler Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 212 ff., 219 ff. (zum Cassis-de-Dijon-Prinzip N. 231 f.); vgl. auch Bundesrat, Europabericht 2006, S. 6831 ff.

<sup>59</sup> Der Bundesrat will dazu je nach Verlauf der parlamentarischen Behandlung ggf. eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage lancieren; vgl. EJPD, Medienmitteilung vom 14.08.2019.

<sup>60</sup> Vgl. Oesch, Europäisierung, S. 29 f. m.w.H.; zum Ganzen auch etwa Glaser, Umsetzung und Durchführung, S. 134 f., wo auch mögliche Parallelen gezogen werden zum aus den EU-Mitgliedstaaten bekannten «spill-over-Effekt» zwingender unionsrechtlicher Vorgaben auf «benachbarte Rechtsbereiche».

### 2.3.2. ...in der Rechtsanwendung

Die Zweigleisigkeit der Übernahme von EU-Recht in der Rechtsetzung setzt sich fort in der daran anschliessenden Rechtsanwendung, welche die Tragweite der Abkommen wesentlich mitbestimmt: Die *Durchsetzung, Anwendung* und *Auslegung* insb. der Bilaterale I-Verträge wird in Ziff. 2.5.1 f. behandelt. Bestandteil dieser Thematik bildet u.a. die Übernahme der EuGH-Rechtsprechung; darum geht es in Ziff. 3 ff. Was sodann die Auslegung und Anwendung von nationalem Gesetzes- und Verordnungsrecht anbelangt, in dem Unionsrecht *autonom nachvollzogen* wird, so folgt diese grundsätzlich den allgemeinen methodologischen Grundsätzen, auf die hier aber nicht weiter einzugehen ist. Zwar besteht nicht etwa von vornherein eine Pflicht zur ausnahmslos europakonformen Auslegung. Wenn sich aber ergibt, dass der Rechtsetzer eine autonome Angleichung an das EU-Recht bezweckte, folgt daraus ohne weiteres, dass dieses Recht grundsätzlich im Sinn dieser gesetzgeberischen Absicht europakompatibel bzw. -konform – und damit auch unter Berücksichtigung der diesbezüglichen EuGH-Praxis – auszulegen und anzuwenden ist. Lehre und Rechtsprechung lassen sich auf die Faustregel herunterbrechen, dass autonom nachvollzogenes Recht im Zweifel europarechtskonform auszulegen ist, soweit nicht Gründe eine Abweichung rechtfertigen.<sup>61</sup>

## 2.4. Bilaterale I-Verträge

Die beiden hier interessierenden Abkommen (FZA und AöB) sind Teil der Bilaterale I-Verträge. Wie dargelegt, erfolgt dadurch eine Übernahme von EU-Recht im Weg der Rechtsetzung (Ziff. 2.3.1.1). Bevor auf Aspekte der Anwendung und Auslegung dieses Rechts eingegangen wird (Ziff. 2.5; vgl. auch vorne Ziff. 2.3.2), folgt hiernach ein selektiver, auf die Fragestellung ausgerichteter Überblick über Entstehung und Inhalt der Bilaterale I-Verträge sowie über ausgewählte Merkmale (zum Regelungsgegenstand des FZA und AöB s. Ziff. 3.1 und 4.1).

### 2.4.1. Entstehung und Gegenstand

Die Bilaterale I- und -II-Verträge sind die Reaktion auf die Ablehnung des EWR-Beitritts durch die CH am 06.12.1992: Um der CH dennoch den Zugang zum europäischen Markt zu öffnen und zu sichern, wurde eine massgeschneiderte Lösung angestrebt, ohne dass Rechtsetzungs- und Rechtsprechungsbefugnisse an die EU delegiert werden müssten.<sup>62</sup> Die Chronologie der Verhandlungen ist bereits vielfach nachgezeichnet worden.<sup>63</sup> Erwähnenswert scheint vorliegend, dass sich die EU von Anfang an nur bereit erklärte, über die Begehren der CH für Abkommen in den von dieser gewünschten Bereichen zu verhandeln (Forschung, öffentliches Beschaffungswesen, technische Handelshemmnisse, Land-, Luftverkehr), wenn dem Paket die Dossiers Personenverkehr und Landwirtschaft hinzugefügt würden; das FZA entwickelte sich

---

<sup>61</sup> Weiterführend etwa Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 233–253 m.w.H. auch auf die Rechtsprechung; Oesch, Europäisierung, S. 32 ff.; Seiler, Dynamik oder Statik, S. 81. Aus der Praxis statt aller BGE 129 III 335 E. 6.

<sup>62</sup> Statt vieler Kellerhals/Zäch, Überblick, S. 4 f.; vgl. zum Ganzen auch Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6136 ff., 6158, 6161; ders., Integrationsbericht 1999, S. 4225 ff., 4237.

<sup>63</sup> Vgl. Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6136 ff.; ders., Integrationsbericht 1999, S. 4229 ff., m.w.H., worauf integral verwiesen wird. Vgl. auch bereits vorne Ziff. 2.2.

in den Verhandlungen zum «*Schlüsselabkommen*»<sup>64</sup>. Zugleich sollte zur Vermeidung eines «*Rosinenpickens*» ein «*angemessener Parallelismus*» zwischen den Verhandlungsbereichen greifen, indem «*sowohl die Eröffnung, als auch der Verlauf und der Abschluss der verschiedenen Verhandlungen weitgehend parallel und synchron verlaufen*», so dass die Abkommen gesamthaft und gleichzeitig in Kraft treten.<sup>65</sup> Dieser «*angemessene Parallelismus*» bildete zusammen mit dem Grundsatz des *Acquis communautaire* das Fundament der Verhandlungsrichtlinien der EU. Nach diesem zweiten Grundsatz sollen Normen in den Abkommen, die mit den in der EU geltenden Normen äquivalent sind, einheitlich und entsprechend der EU-Praxis angewendet werden.<sup>66</sup> Die sieben sektoriellen Abkommen in den Bereichen Freizügigkeit (FZA), Luftverkehr (LVA), Landverkehr (LandVA), Landwirtschaftsprodukte (AgrarA), öffentliches Beschaffungswesen (AöB), Konformitätsbewertungen (MRA) und Forschung wurden als Paket bzw. als *Bilaterale I-Verträge* am 26.02.1999 paraphiert und am 21.06.1999 unterzeichnet. Nach der Referendumsabstimmung vom 21.05.2000 traten sie für die CH, die EU und die damals 15 EU-Mitgliedstaaten am 01.06.2002 in Kraft. Der vorerwähnte «*angemessene Parallelismus*» wurde u.a. in der «*Guillotine-Klausel*» abgesichert, wonach im Fall der Kündigung eines der Abkommen zugleich alle anderen hinfällig werden.<sup>67</sup> Abgesehen vom Forschungsabkommen waren sämtliche Bilaterale I-Verträge vorerst befristet auf sieben Jahren. Nachdem die CH mit der Volksabstimmung vom 08.02.2009 der Weiterführung (und der Ausdehnung des FZA auf Rumänien und Bulgarien) zugestimmt und die Vertragsparteien bis zum Ablauf der Geltungsdauer (31.05.2009) nichts Gegenteiliges notifiziert hatten, sind die Verträge auf unbestimmte Zeit verlängert worden.<sup>68</sup>

Weitere Verhandlungen v.a. über Leftovers der Bilaterale I-Verträge führten am 26.10.2004 zur Unterzeichnung der *Bilaterale II-Verträge*; dieses Paket umfasst neun Abkommen, darunter die bedeutsamen Dublin- und Schengen-Assoziierungen (DAA und SAA).<sup>69</sup>

#### 2.4.2. Wesensmerkmale

Die sieben Bilaterale I-Verträge sind zwar je als separate, sektorspezifische Abkommen ausgestaltet, weisen aber doch gemeinsame Charakteristika auf:

Zur *Rechtsnatur*: Die Bilaterale I-Verträge sind Staatsverträge bzw. werden als «*Verträge des klassischen Völkerrechts*» betrachtet, «*die weder die Schaffung einer internationalen Organisation noch einen Beitritt hierzu zum Gegenstand haben*».<sup>70</sup> Für die CH ist es wichtig, zu betonen, dass die Parteien der Bilaterale I-Verträge «*keine Gesetzgebungskompetenz an eine supranationale Instanz übertragen [haben]*», sondern ihre Entscheidungsautonomie behalten haben.<sup>71</sup> Gleichzeitig liegt es aber im Interesse der Parteien, im Anwendungsbereiche der Verträge möglichst parallele oder zumindest gleichwertige Rechtsordnungen zu gewährleisten; in diesem

---

<sup>64</sup> Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 425 ff. (Zitat: N. 428).

<sup>65</sup> Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6137.

<sup>66</sup> Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6139 f.

<sup>67</sup> Vgl. Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6156; Thürer/Hillemanns, Prinzipien, S. 40 ff., 53.

<sup>68</sup> Vgl. Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 102 f., m.w.H.

<sup>69</sup> Vgl. etwa die Übersicht bei Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht, S. 222 ff.

<sup>70</sup> Statt vieler Thürer/Hillemanns, Prinzipien, S. 40; Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 96.

<sup>71</sup> Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6158, mit Verweisen auf den Sonderfall LVA, auch zum Folgenden.

Sinn übernahm die CH auf den Zeitpunkt des Abschlusses den *Acquis communautaire*.<sup>72</sup> Die Verträge (mit Ausnahme des LVA) sind dabei allerdings grundsätzlich «*statisch*» ausgestaltet, d.h. es besteht keine völkerrechtliche Verpflichtung der CH, Weiterentwicklungen des zu Grunde liegenden EU-Rechts zu übernehmen. Ein Verzicht auf Anpassungen bleibt rechtlich folgenlos. Gleichzeitig steht und fällt aber das ordnungsgemässe Funktionieren der Abkommen damit, dass im bilateralen Verhältnis die gleichen Regeln gelten wie in der EU.<sup>73</sup> Die Abkommen tragen dieser Problematik, die auch deren Anwendung und Auslegung beschlägt (Ziff. 2.5.1 f.), nur beschränkt Rechnung. – Der so gearteten Rechtsnatur entsprechend fällt der «*Integrationsgrad*»<sup>74</sup> der Abkommen eher tief (wenn auch unterschiedlich) aus: Abgesehen vom LVA, das als «*partieller Integrationsvertrag*»<sup>75</sup> betrachtet wird, werden sie mehrheitlich als Liberalisierungs- bzw. Harmonisierungsabkommen qualifiziert.<sup>76</sup> Vereinzelt wird auch das FZA als Integrationsvertrag verstanden,<sup>77</sup> dies v.a. mit Blick auf die praktizierte dynamische Übernahme der EuGH-Praxis (dazu hinten Ziff. 2.5.2.2, 3 sowie 5.1 f.).

Zur *Geltung und Anwendung*: Wie in der EU, gilt auch in der CH ein monistisches System, wonach das Völkerrecht mit seinem Inkrafttreten unmittelbar auch im Landesrecht gilt, sobald die innerstaatlichen Genehmigungsverfahren abgeschlossen und die völkerrechtlichen Bestimmungen auch auf internationaler Ebene in Kraft getreten sind.<sup>78</sup> Die Bilaterale I-Verträge enthalten sodann grossmehrheitlich Normen, die direkt resp. unmittelbar anwendbar sind (self-executing-Charakter), denn sie sind i.d.R. genügend konkret und bestimmt, so dass Private daraus direkt Rechte und Pflichten ableiten und geltend machen können.<sup>79</sup>

Zum *Rang*: Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht wurde bereits verschiedentlich untersucht,<sup>80</sup> es bleibt kontrovers.<sup>81</sup> Im BGE 142 II 35 E. 3.2 hat das BGer seine bisherige Praxis bestätigt, dass gestützt auf den völkerrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda* (Art. 26 f. VKR) die Abkommen nicht durch abweichendes Verfassungs- oder Gesetzesrecht ausser Kraft gesetzt werden könnten; es hat den vorbehaltlosen Vorrang menschenrechtlicher

---

<sup>72</sup> Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6158; Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 98 m.w.H. – Dies auf den damaligen Zeitpunkt hin so zu statuieren ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich die schweizerische Gesetzgebung bereits sukzessive an die Gesetzgebung der EU angepasst hatte; im Beschaffungswesen waren die Bestimmungen aufgrund des GPA grösstenteils schon gleichwertig; vgl. Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6158.

<sup>73</sup> Darauf hat der Bundesrat in seiner Botschaft ausdrücklich hingewiesen; ebd., S. 6159. – Zum Ganzen Oesch, Europäisierung, S. 16; ders., Übernahme, S. 639 f., je m.w.H.; Thürer/Hillemanns, Prinzipien, S. 53 ff.

<sup>74</sup> Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 141 ff.

<sup>75</sup> Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6157.

<sup>76</sup> Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6156; Jaag/Hänni, Europarecht, S. 444 f.; Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht, S. 234; Thürer/Hillemanns, Prinzipien, S. 41 f.; betreffend das AöB bspw. Biaggini, AöB, S. 656.

<sup>77</sup> Epiney, Bedeutung Rechtsprechung, S. 31.

<sup>78</sup> Vgl. etwa Bundesrat, Bericht klares Verhältnis, S. 4; ders., Bericht Völkerrecht/Landesrecht, S. 2285 f.; Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht, S. 234; Glaser, Umsetzung und Durchführung, S. 136.

<sup>79</sup> Vgl. Jaag/Hillemanns, Prinzipien, S. 44 ff.; Oesch, Europäisierung, S. 24 f.; Tobler/Beglinger, Grundzüge, N. 89 ff.; Glaser, Umsetzung und Durchführung, S. 136 ff.; *allgemein*, Bundesrat, Bericht Völkerrecht/Landesrecht, S. 2286, 2303 f.; Häfelin et al., Bundesstaatsrecht, Rz. 1894. – In Bezug auf das FZA: z.B. Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6358; Grossen/de Coulon, FZA, S. 142; Oesch, Europäisierung, S. 24 f.; Cottier/Diebold, Rechtsprechung, Rz. 22 ff.; BGE 129 II 249 E. 3.3, 130 II 49 E. 4.2, 134 II 341 E. 2.1, 136 II 470 E. 4.1, 139 I 16. – Zum AöB etwa Biaggini, AöB, S. 712 f.; Glaser, Umsetzung und Durchführung, S. 137 f.

<sup>80</sup> Vgl. z.B. Bundesrat, Bericht Völkerrecht/Landesrecht, S. 2304 ff.; Häfelin et al., Bundesstaatsrecht, Rz. 1917 ff.

<sup>81</sup> Vgl. Thürer/Hillemanns, Prinzipien, S. 43 f.; Glaser/Brunner, Defensive, Rz. 5 ff.

Bestimmungen des Völkerrechts vor bewusst abweichendem Gesetzesrecht bekräftigt und betont, in Bezug auf das FZA sei nicht die «Schubert-Praxis» (BGE 99 Ib 39 E. 3 f., 138 II 524 E. 5.3.2), sondern die «PKK-Rechtsprechung» (BGE 125 II 417 E. 4d, 139 I 16 E. 5.1) anzuwenden.<sup>82</sup> – Dieses Urteil<sup>83</sup> hat die Selbstbestimmungsinitiative provoziert, die im Herbst 2018 von Volk und Ständen abgelehnt worden ist.

## **2.5. Rechtsanwendung und -durchsetzung der Bilaterale I-Verträge**

Die Bilaterale I-Verträge sind grundsätzlich autonom durchzusetzen und auszulegen, und es gibt kein gemeinsames gerichtsförmiges Streitbeilegungsverfahren (Ziff. 2.5.1). Diese Autonomie wird allerdings in verschiedener Hinsicht relativiert bzw. durchbrochen (Ziff. 2.5.2). Über die korrekte Anwendung und Durchführung wachen in der EU der EuGH und in der CH das BGer (Ziff. 2.5.3). – In Bezug auf die Auslegung und Rechtsdurchsetzung enthält der Anh. 1 Schemata.

### **2.5.1. Grundsatz: Autonome Vertragsdurchsetzung und -auslegung**

#### **2.5.1.1. Zweisäulenprinzip**

Für die Umsetzung und Anwendung der bilateralen Abkommen sind die Vertragsparteien auf ihrem Hoheitsgebiet selbst verantwortlich; dabei verpflichten mehrere Abkommen die Vertragsparteien explizit, alle geeigneten Massnahmen zu treffen, um die Verpflichtungen gemäss dem Abkommen zu erfüllen, und alles zu unterlassen, was die Erreichung der Vertragsziele gefährdet (vgl. bspw. Art. 16 FZA, Art. 13 AöB, Art. 17 LVA).<sup>84</sup> In den Worten der EU bedeutet dies, dass die Parteien bei der Anwendung und Erfüllung der Verträge auf deren praktische Wirksamkeit (*effet utile*) hinwirken sollen, dies allerdings allein im Rahmen der vertraglichen Verpflichtungen, die weniger weit gehen als das Unionsrecht für die EU-Mitgliedstaaten.<sup>85</sup> Wie und in welcher Form sie das tun, schreiben die Abkommen grundsätzlich nicht vor.<sup>86</sup> Vielmehr geniessen die Vertragsparteien im Prinzip Durchsetzungs-, Vollzugs-, Organisations- und Verfahrensautonomie. Wie gesehen, sind die Normen der Bilaterale I-Verträge mit ihrem Inkrafttreten unmittelbar geltendes und mehrheitlich direkt anwendbares Recht geworden (Ziff. 2.4.2). Beim Abschluss der Bilaterale I-Verträge kam es dementsprechend «nur» zu 23 Gesetzesänderungen auf Bundesebene, wobei mitunter – so etwa im öffentlichen Beschaffungswesen – auch

---

<sup>82</sup> Mit den im BGE 142 II 35 E. 3.2 angeführten Entscheiden des EuGH van Gend en Loos (C-26/62, 05.02.1963, Slg. 1963 S. 3) und Costa (C-6/64, 15.07.1964, Slg. 1964 S. 1141) kann die unmittelbare Anwendbarkeit des FZA und dessen Vorrang vor dem schweizerischen Recht kaum stichhaltig begründet werden (vgl. Hahn, Kündigung, S. 470; Glaser/Brunner, Defensive, Rz. 6 ff.); bei wohlwollender Lektüre von E. 3.2 führte das BGer diese beiden Urteile aber evtl. nur an, um damit die Anwendbarkeits- und Rangfrage in Bezug auf die EU zu erörtern.

<sup>83</sup> Wie in Bezug auf die EMRK (vgl. Seiler, Einfluss, S. 307), scheint die Frage selbst innerhalb des BGer nicht unumstritten, wurde doch jüngst im Kontext mit der strafrechtlichen Landesverweisung nach Art. 66a ff. StGB die Rangfrage erneut aufgeworfen, aber dann offenzulassen; vgl. BGE 145 IV 55 E. 4.1 sowie BGer 6B\_1152/2017 vom 28.11.2018, E. 2.5, 145 IV 364, E. 4.3.4.

<sup>84</sup> Oesch, Europarecht, N. 906; Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 153, 155; Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht, N. 793.

<sup>85</sup> Vgl. Jaag/Zihlmann, Institutionen und Verfahren, S. 70 m.w.H.

<sup>86</sup> Vgl. z.B. Glaser, Umsetzung und Durchführung, S. 136 f., 143 f.

die Kantone oder Gemeinden legislativ tätig werden mussten (vgl. Ziff. 2.3.1.1). Die Umsetzung betrifft damit besonders die *Rechtsanwendung* und *-durchsetzung*. Die Parteien verfügen auf ihrem Hoheitsgebiet über getrennte Vollzugs- und Anwendungszuständigkeiten, so auch in Bezug auf den Rechtsschutz. Insgesamt ergibt sich daraus eine «Zwei-Säulen-Struktur»<sup>87</sup> bzw. ein «Zweisäulenprinzip»<sup>88</sup> oder ein «Zweisäulensystem»<sup>89</sup> (Säule Schweiz: Schweizer Behörden und Gerichte; Säule EU: Behörden und Gericht der Mitgliedstaaten und der EU).

Für die *Verwaltung* und *Überwachung* ist in der CH primär der Bundesrat im Rahmen seiner aussenpolitischen Kompetenzen (Art. 184 Abs. 1 BV) zuständig. Operativ verantwortlich sind – unterstützt durch die Mission in Brüssel – die Fachämter wie das SECO sowie die Kantone, soweit diese für die Umsetzung zuständig sind, begleitet von der DEA und dem BJ. In der EU obliegt die Verwaltung vorab der Kommission und den Mitgliedstaaten, mit Unterstützung durch die Delegation der EU und Botschaften der Mitgliedstaaten.<sup>90</sup>

*Anwendung* und *Vollzug* der Abkommen erfolgen durch die (gemäss dem Recht der Parteien) zuständigen Behörden nach Massgabe des einschlägigen Verfahrens- und Prozessrechts. Im Gegensatz etwa zur EMRK, über deren Auslegung und Anwendung in für die Mitgliedstaaten verbindlicher Weise der EGMR entscheidet (vgl. Art. 32 und 46 EMRK), sehen die Bilaterale I-Verträge mit Ausnahme des LVA<sup>91</sup> kein gemeinsames Rechtsdurchsetzungssystem vor. Eine Unterstellung unter gemeinsame unabhängige Instanzen fehlt; namentlich gibt es keine Möglichkeit oder Pflicht, dass schweizerische Gerichte den EuGH zur Vorabentscheidung anrufen (vgl. Art. 267 AEUV e contrario).<sup>92</sup> Der EuGH wird in Verträgen der EU mit Drittstaaten in der Regel auch nicht erwähnt.<sup>93</sup> Stattdessen ist bei Differenzen oder im Fall von Divergenzen bei der Vertragsanwendung prinzipiell allein eine politisch-diplomatische Streitbeilegung in den jeweiligen GA vorgesehen, die aber praktisch kaum bedeutsam ist. Bevor darauf und auf weitere, die Autonomie einschränkende Sonderheiten eingegangen wird (hinten Ziff. 2.5.2), ist nachfolgend der Grundsatz autonomer Auslegung zu erörtern.

### 2.5.1.2. Auslegung

Die Bilaterale I-Verträge sind als Staatsverträge im klassisch völkerrechtlichen Sinn in erster Linie je autonom durch die jeweiligen Vertragsparteien auszulegen; mithin ist ein Staat als Vertragspartei grundsätzlich nicht an die Auslegung des Abkommens durch die Behörden oder

---

<sup>87</sup> Z.B. Glaser/Dörig, Streitbeilegung, S. 452.

<sup>88</sup> Statt vieler Oesch, Europarecht, N. 906, 928, m.w.H.; ders., Auslegung, S. 182; vgl. etwa Glaser, Umsetzung und Durchführung, S. 143 ff., 145, wo in Bezug auf den Rechtsschutz gegen Vollzugsmassnahmen von einem «Trennungsprinzip» die Rede ist.

<sup>89</sup> Tobler/Beglinger, Grundzüge, N. 76, auch zum Folgenden; dies., Tafeln, Nr. 18 (S. 21).

<sup>90</sup> Cottier et al, Rechtsbeziehungen, N. 155; Oesch, Europarecht, N. 906.

<sup>91</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 2 und Art. 20 LVA; dazu Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht, N. 734; Glaser/Dörig, Streitbeilegung, S. 457; Jaag/Zihlmann, Institutionen und Verfahren, S. 71 f., je m.w.H., insb. auf die Fluglärmauseinandersetzung CH-DE; dazu und zu weiteren Ausnahmen vgl. etwa Tobler/Beglinger, Grundzüge, N. 13 ff.

<sup>92</sup> Oesch, Europarecht, N. 905; Glaser/Dörig, Streitbeilegung, S. 452 f., auch zum Folgenden; Glaser/Brunner, Defensive, Rz. 10 f.; exemplarisch BGE 138 V 258 E. 5.3.1.

<sup>93</sup> Z.B. Bieber, Rechtsprechung EuGH, S. 18 f.

Gerichte seiner Vertragspartnerin gebunden.<sup>94</sup> Diese «*Eigenauslegung*» («*auto-interprétation*»)<sup>95</sup> folgt den *Regeln* gemäss Art. 31 f. VRK, die in etwa vergleichbar sind mit jenen für das schweizerische Recht<sup>96</sup>: Danach ist ein Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Ziels und Zwecks auszulegen. Ausgangspunkt bildet der Wortlaut der Abkommensnorm. Dieser ist aus sich selbst heraus nach seiner gewöhnlichen Bedeutung zu verstehen. Diese gewöhnliche Bedeutung ist in Übereinstimmung mit der Systematik, dem Ziel und Zweck der Norm bzw. des Vertrags und gemäss Treu und Glauben zu eruieren. Ziel und Zweck ist, was die Parteien mit dem Vertrag erreichen wollen (teleologische Auslegung). Zusammen mit der Auslegung nach Treu und Glauben garantiert die teleologische Auslegung den *effet utile* des Vertrags.<sup>97</sup> – Ergänzend und präzisierend zu diesen Regeln haben sich (auch) in Bezug auf Abkommen, die, wie z.B. das FHA und das AöB, *keine* Sondernormen vorsehen, gewisse *Spezifika* für die Auslegung herausgebildet, sofern und soweit in den Abkommen auf Unionsrecht verwiesen oder dieses sinngemäss oder wörtlich reproduziert wird:

Diesfalls stellt sich für die CH bei der Abkommensanwendung die vorrangige Frage, inwieweit eine parallele Auslegung und in diesem Rahmen eine Anlehnung an die Praxis des EuGH zum fraglichen EU-Recht erfolgen soll.<sup>98</sup> Die Lehre anerkennt einhellig, dass jedenfalls bei Verweisungen sowie bei unmissverständlicher (wörtlicher, evtl. auch sinngemässer) Anlehnung an das EU-Recht die diesbezügliche Auslegung des EuGH mindestens «*ein zu erwägendes Element*» und damit «*zwar nicht unbedingt zu befolgen, jedoch zumindest als relevant zu erachten ist*», solange das Abkommen auf «*einen engen Bezug zum Binnenmarkt der Union und zu dessen Rechtsbestand schliessen [lässt]*»<sup>99</sup>. Entscheidend ist dabei nicht nur, inwieweit im Abkommen auf das Unionsrecht zurückgegriffen wird,<sup>100</sup> und ob die *ratio legis* der im konkreten Fall zur Anwendung stehenden Abkommensnormen dahin geht, die CH insoweit (also: norm- bzw. konzeptspezifisch) in den Rechtsrahmen der EU einzubinden. Es fragt sich auch, ob nur die bis

---

<sup>94</sup> Stellvertretend für viele: Cottier/Diebold, Rechtsprechung, Rz. 34, bzw. Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 184; Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 99.

<sup>95</sup> Pirker, Auslegung, S. 296; Besson/Ammann, interprétation, S. 333 f.

<sup>96</sup> BGE 135 V 339 E. 5.3; statt vieler Pirker, Auslegung, S. 298 ff. – Teilweise wird bemerkt, dass Art. 31 ff. VRK nur «*analog*» zur Geltung kämen, da die VRK bloss zwischen Staaten anwendbar sei, die EU aber nicht als Staat im Sinne des Völkerrechts gelte; vgl. etwa Epiney, Bedeutung Rechtsprechung, S. 8.

<sup>97</sup> Aus der *Praxis* z.B.: BGE 145 IV 364 E. 3.4.2, m.w.H., BGE 139 II 393 E. 4.1.1, 135 V 339 E. 5.3. Aus der *Lehre*: Tobler/Beglinger, Grundzüge, N. 64; Cottier/Diebold, Rechtsprechung, Rz. 14; Oesch, Europarecht, N. 909 ff.; ders., Auslegung, S. 182 ff.; Pirker, Auslegung, S. 296 ff.; Seiler, Einfluss, S. 274, 275 f. (zum FZA); Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 182 ff., jeweils m.w.H., insb. auch auf die Rechtsprechung des EuGH, auf die hinten kurz hingewiesen wird (Ziff. 2.5.3).

<sup>98</sup> Vgl. Oesch, Europäisierung, S. 20.

<sup>99</sup> Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 180 f.; vgl. auch etwa Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht, N. 799, wonach auch ohne spezifische Rezeptionsnormen die rechtsanwendenden Behörde und Gerichte «*selbst die neue Rechtsprechung des EuGH*» in den von Abkommen erfassten Bereichen «*im Auge zu behalten und gegebenenfalls, d.h. bei Geltung und Anwendbarkeit des *acquis* in einem von den sektoriellen Verträgen betroffenen Bereich, in ihre Entscheidungsfindung einzubeziehen*» haben.

<sup>100</sup> Die Bedeutung dieser Frage unterstreichen etwa Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 159, 167, 195, 202 f., und vertreten dabei die Meinung, dass generell (insb. aber in Bezug auf das FZA) «*vermutungsweise*» resp. im Zweifel eine Heranziehung unionsrechtlicher Konzepte anzunehmen sei, sofern die entsprechende Bestimmung im Bilateralen Abkommen «*die Übernahme unionsrechtlicher Elemente erkennen lässt*» (ebd., S. 157, 167, 195).

zum Zeitpunkt des Abschlusses der Abkommen ergangene EuGH-Auslegung zu berücksichtigen ist (statische Berücksichtigung, Befolgung oder Übernahme) oder ob auch spätere EuGH-Urteile herangezogen werden dürfen und sollen (im Sinn einer «*dynamischen Rechtsprechungsübernahme*»<sup>101</sup> resp. «*dynamischen Rechtsübernahme*»<sup>102</sup> oder «*dynamischen Rezeption*» der EuGH-Praxis<sup>103</sup>) mit dem Ziel, die im Vertragsabschlusszeitpunkt erreichte oder anvisierte Parallelität des *Acquis communautaire* zum *Acquis CH-EU pro futuro* aufrechtzuerhalten.

Die *Lehre* steht einer tendenziell europakompatiblen (parallelen) Auslegung mehrheitlich positiv gegenüber. So konstatiert Oesch, dass «*die ratio legis vor allem der jüngeren Generation von bilateralen Abkommen – fortschreitende Integration der Schweiz im Binnenmarkt unter Schaffung einer möglichst parallelen Rechtslage – dazu [führt], dass der spezifische EU-rechtliche Sinn einer Norm und damit die auf den effet utile ausgerichtete, tendenziell integrationsfreundliche Auslegungsmethode an Bedeutung gewinnen*»; entsprechend sei «*bilaterales Recht, welches wörtlich oder sinngemäss dem Unionsrecht nachgebildet ist, [...] im Regelfall gestützt auf die unionsrechtlichen Auslegungsmethoden bzw. in Anlehnung an die Präjudizien des EuGH auszulegen*», und es bestehe im Sinn einer dergestalt vorherrschenden «*Berücksichtigungsobliegenheit*» eine Art Zweifelsfallregel bzw. eine gewisse «*Vermutung der europakompatiblen Auslegung*», die «*grundsätzlich für sämtliche bilateralen Abkommen [gilt], auch wenn sich mit Blick auf ihre Struktur, ihren Zweck und ihren Integrationsgrad (längst) nicht alle Abkommen gleichermassen für eine parallele Auslegung und Anwendung eignen*». Eine abweichende autonome Auslegung sei zwar möglich, müsse aber «*en toute connaissance de cause*» sachlich begründet sein.<sup>104</sup> Auch diese Vermutung soll aber nicht davon entbinden, die fraglichen Abkommensnormen genau zu analysieren, so insb. in Bezug die «*Reichweite einer solchen Anlehnung*».<sup>105</sup> Epiney/Metz/Pirker stellen insgesamt eine «*Tendenz fest[...], wonach im Falle einer Anknüpfung abkommensrechtlicher Bestimmungen an unionsrechtliche Vorschriften die Heranziehung der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden im Zweifel eher zu einer ‘unionsrechtsfreundlichen’ Auslegung führen dürfte. Dies bedeutet freilich nicht, dass ausnahmslos nach unionsrechtlichem Vorbild auszulegen ist; vielmehr verbietet sich [...] eine ‘automatische’ Übertragung der Auslegung des Unionsrechts auf die abkommensrechtlichen Bestimmungen*».<sup>106</sup> – Die *Lehre* verweist dabei insb. auf die Rechtsprechung des BGer zur Auslegung der jeweiligen Abkommen. Darauf bzw. auf die Rezeption der EuGH-Praxis durch Schweizer Gerichte ist, soweit das FZA und das AöB betreffend, in Ziff. 3–5 näher einzugehen.

---

<sup>101</sup> So z.B. Oesch, *Auslegung*, S. 197 mit Verweisen.

<sup>102</sup> Epiney/Metz/Pirker, *Parallelität*, S. 188.

<sup>103</sup> Glaser/Brunner, *Defensive*, passim, insb. Rz. 3.

<sup>104</sup> Vgl. Oesch, *Europäisierung*, S. 20 f., ders., *Auslegung*, S. 197 f., ders., *Auslegung FZA*, S. 366 f., je m.w.H., insb. auf die ausführliche, europafreundliche Darstellung bei Epiney/Metz/Pirker, *Parallelität*, S. 191–259; vgl. auch etwa Tobler/Beglinger, *Grundzüge*, N. 63–68; Breitenmoser/Weyeneth, *Europarecht*, N. 815 f. Stellvertretend für die kritischeren Stimmen: Glaser/Brunner, *Defensive*, Rz. 21; Besson/Ammann, *interprétation*, S. 337 ff., je bezogene auf das FZA.

<sup>105</sup> Epiney/Metz/Pirker, *Parallelität*, S. 278.

<sup>106</sup> Dies., *Parallelität*, S. 200.

## 2.5.2. Relativierungen

Das Prinzip der autonomen Anwendung und Durchführung wird sektorspezifisch relativiert durch Sondernormen. Bereits die Verhandlungsführung der EU bei den Bilaterale I-Verträgen war von der Absicht getragen, dass Abkommensnormen, die mit EU-Normen übereinstimmen, einheitlich angewendet und die Übereinstimmung mit den in der EU-Rechtsprechung geltenden Grundsätzen für alle sieben Bereiche abgesichert werden soll. Dieses Kernanliegen der EU schlug sich namentlich in der Verhandlungsrichtlinie nieder, wonach das FZA «*die normative Äquivalenz mit dem 'Acquis communautaire' garantier[en]*» soll.<sup>107</sup> Allein daran zeigt sich, dass Relativierungen der Zwei-Säulen-Struktur in den Abkommen selber angelegt sind.

### 2.5.2.1. Gemischte Ausschüsse

Relativierungen des autonomen Vertragsvollzugs ergeben sich zunächst aus den Kompetenzen der GA, wie sie die meisten Bilaterale I- und II-Verträge vorsehen. Auf deren eingeschränkte Befugnisse zur Aufdatierung der Abkommen wurde bereits hingewiesen (Ziff. 2.3.1.1). Zu den weiteren Aufgaben gehören typischerweise der regelmässige Informationsaustausch, die Überwachung der Umsetzung der Abkommen, die ordnungsgemässe Erfüllung und Anwendung sowie die politische Streitbeilegung. So zählen bspw. zu den konkreten Aufgaben des GA FZA:<sup>108</sup>

- die Information und Konsultation der Gegenpartei, wenn Änderungen der innerstaatlichen Rechtsordnung im Wege der Rechtsetzung oder einer Änderung der Rechtsprechung vorgesehen sind und dies Auswirkungen auf das Abkommen haben könnte, und Meinungsaustausche über die Folgen dieser Rechtsentwicklung für das ordnungsgemässe Funktionieren des Abkommens (vgl. Art. 14 Abs. 3 und Art. 17 Abs. 1 und 2 FZA);
- die Überwachung der Durchführung der Verträge und namentlich das Beobachten der Rechtspraxis der Vertragsparteien im Anwendungsbereich des FZA zur Sicherung einer einheitlichen Anwendung inkl. die Befugnis, Feststellungsbeschlüsse über die Auswirkungen der EuGH-Praxis nach Abkommensunterzeichnung zu erlassen (Art. 16 Abs. 2 FZA);
- das Beschliessen ausserordentlicher Abhilfe- bzw. Schutzmassnahmen, sofern sich solche aufgrund schwerwiegender Probleme oder Störungen aufdrängen; und
- die politisch-diplomatische Streitbeilegung: Die Vertragsparteien können alle Streitigkeiten über die Auslegung oder die Anwendung des FZA dem GA vorlegen. Dieser bemüht sich um eine einvernehmliche Lösung (vgl. Art. 14 und 16 FZA). Im Fall des Scheiterns stehen allgemeine völkerrechtliche Möglichkeiten wie einseitige Schutzmassnahmen oder, als Retorsion, die Suspendierung (oder als ultima ratio die Kündigung) des Vertrags offen.<sup>109</sup>

Ähnliche Befugnisse hat der GA AöB (vgl. Art. 7–11 AöB); die Überwachung und Durchführung obliegt freilich nicht dem GA, sondern den je einzusetzenden unabhängigen Behörden

---

<sup>107</sup> Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6139 f.

<sup>108</sup> Weiterführend zu den Aufgaben z.B. Jaag/Zihlmann, Institutionen und Verfahren, S. 87-96; Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 156–171.

<sup>109</sup> Vgl. Glaser/Dörig, Streitbeilegung, S. 454; Jaag/Zihlmann, Institutionen und Verfahren, S. 94 f.

(vgl. Art. 8 AöB). Wie bei allen Beschlüssen der GA,<sup>110</sup> folgt auch die erwähnte Streitbeilegung, «*traditionell diplomatischer Manier*»<sup>111</sup> entsprechend, nach dem Einstimmigkeitsprinzip (vgl. etwa Art. 14 Abs. 1 FZA; Art. 11 Abs. 2 AöB). Allein daraus erhellt, dass zur Klärung rechtlich heikler Fragen der GA wenig geeignet ist. Bis heute ist denn auch, soweit ersichtlich, kein einziger Streitbeilegungsbeschluss ergangen.<sup>112</sup> Die Streitbeilegung ist aber ohnehin praktisch kaum bedeutsam. Dies dürfte nicht zuletzt auf die wegen ihrer Europakompatibilität «*präventiv auf Streitvermeidung ausgerichtete*» Rechtsprechung des BGer zurückzuführen sein.<sup>113</sup> Dabei spielt die Rezeption von EuGH-Urteilen eine wichtige Rolle. Um die diesbezügliche Spezialregelung in Art. 16 FZA geht es hiernach.

### 2.5.2.2. *Abkommensspezifische Auslegungsnormen*

Das vorerwähnte EU-Ziel normativer Äquivalenz der Abkommen mit dem *Acquis communautaire* (Ziff. 2.5.2) hat, i.V.m. mit dem wichtigsten (konträren) Verhandlungsziel des Bundesrates, wonach «*kein automatischer Übergang zum freien Personenverkehr erfolgt*»<sup>114</sup> – namentlich zur Regelung gemäss Art. 16 FZA geführt:

#### **Art. 16** Bezugnahme auf das Gemeinschaftsrecht

(1) Zur Erreichung der Ziele dieses Abkommens treffen die Vertragsparteien alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der [EG], auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden.

(2) Soweit für die Anwendung dieses Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung des [EuGH] vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt. Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung [des FZA] wird die [CH] unterrichtet. Um das ordnungsgemässe Funktionieren dieses Abkommens sicherzustellen, stellt der [GA] auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung fest.

Noch einen Schritt weiter geht Art. 1 Abs. 2 LVA. Danach sind LVA-Normen, die im Wesentlichen mit EU-Recht übereinstimmen, hinsichtlich ihrer Umsetzung und Anwendung in Übereinstimmung mit den vor der Unterzeichnung des LVA erlassenen Urteilen, Beschlüssen und Entscheidungen des EuGH und der Kommission auszulegen.<sup>115</sup> – Derartige Regelungen werden meist als *leges speciales* zu Art. 31 f. VRK qualifiziert.<sup>116</sup> Mit Art. 16 FZA haben die Vertrags-

---

<sup>110</sup> Sämtliche Beschlüsse finden sich nach Abkommen gelistet bei Bundesrat, Beschlüsse. Abgesehen von der jeweiligen Annahme seiner Geschäftsordnung hat der GA AöB bislang einen und der GA FZA 8 Beschlüsse gefasst. Deren Natur und Bindungswirkung ist nicht unumstritten, so insb. die Feststellungsbeschlüsse gemäss Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA; vgl. etwa Jaag/Zihlmann, Institutionen und Verfahren, S. 65 ff., 91 f.; Glaser/Dörig, Streitbeilegung, S. 455; Cottier/Diebold, Rechtsprechung, Rz. 43 f.; Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 169 Anm. 942.

<sup>111</sup> Oesch, Europarecht, N. 907.

<sup>112</sup> Glaser/Dörig, Streitbeilegung, S. 456, auch zum Folgenden.

<sup>113</sup> Glaser/Dörig, Streitbeilegung, S. 459; Oesch, Europarecht, N. 928.

<sup>114</sup> Ders., Botschaft Bilaterale I, S. 6309.

<sup>115</sup> Auch Art. 8 f. SAA und Art. 5 f. DAA thematisieren die Auslegung des Sekundärrechts durch die CH, ohne aber explizit eine Bindungswirkung vorzusehen; weitere Hinweise auf Vertragsnormen mit explizitem Verweis auf die EuGH-Praxis z.B. bei Bieber, Rechtsprechung EuGH, S. 19 ff.; vgl. Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 178 ff., 199 f. – Im Übrigen enthalten die Bilaterale I- und II-Verträge keine spezifischen Auslegungsnormen.

<sup>116</sup> Stellvertretend für die Lehre: Oesch, Europarecht, N. 918; ders., Auslegung, S. 196.

parteien explizit eine Abmachung über die Auslegung und Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung getroffen<sup>117</sup> und die allgemeinen Regeln nach Art. 31 f. VRK präzisiert. Nach dem klaren Wortlaut von Abs. 2 ist die Berücksichtigung von EuGH-Urteilen doppelt *begrenzt*:

- Erstens ist nur bei der Auslegung jener Normen im FZA die EuGH-Praxis zu berücksichtigen, in denen effektiv Unionsrechtsrecht herangezogen wird, sei es durch Verweis oder Nachbildung. An der Massgeblichkeit der EuGH-Praxis fehlt es e contrario, soweit das FZA eigenständige Normen enthält, die EU-Recht bewusst nicht übernehmen oder davon abweichen. Diese Begrenzung wirkt *sachlich*.<sup>118</sup>
- Zweitens wird als *zeitliche* Begrenzung die Berücksichtigung auf die bis 21.06.1999 ergangene EuGH-Rechtsprechung (Alt-Rechtsprechung) beschränkt; zur danach ergangenen Rechtsprechung (Neu-Rechtsprechung) hält das Abkommen fest, die CH werde darüber unterrichtet und der GA stelle auf Antrag die Auswirkungen dieser Rechtsprechung fest.<sup>119</sup>

In der *Lehre* ist die *sachliche* Beschränkung einer Rezeption der EuGH-Praxis unbestritten,<sup>120</sup> desgleichen die Tragweite von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 FZA bei der Berücksichtigung der bis 21.06.1999 ergangenen EuGH-Urteile: Diese Alt-Rechtsprechung des EuGH zu Parallel- bzw. Modell-Bestimmungen im Unionsrecht ist nach h.L. «*massgebend*», es besteht eine «*Befolgungspflicht*».<sup>121</sup> Jedoch kann diese Pflicht nach einem Teil der Lehre allein aufgrund eines Vergleichs von Art. 16 Abs. 2 FZA mit dem weitergehenden Art. 1 Abs. 2 LVA nicht absolut gelten, sondern muss begründete Abweichungen zulassen.<sup>122</sup>

Die Relevanz der *zeitlichen* Begrenzung in Bezug auf die nach 21.06.1999 ergangene Rechtsprechung (Neu-Rechtsprechung) beurteilt die Lehre nicht einheitlich. Mehrheitlich wird die Auffassung vertreten, dass auch diese Praxis vermutungsweise zu berücksichtigen ist, und zwar nicht nur dann, wenn darin eine alte Praxis bloss wiederholt wird, sondern auch dann, wenn darin im Verhältnis zur Alt-Rechtsprechung neue oder wesentlich anders gelagerte Konstellationen beurteilt wurden, m.a.W. die EuGH-Urteile auch inhaltlich betrachtet (und nicht nur zeitlich) neu sind. Die Rezeptionspflicht ist aber wiederum nicht absolut, sondern lässt sachlich begründete Ausnahmen zu. Die Mehrheit der Lehre spricht sich für eine grosszügige Handhabung von Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA im Sinn einer europakompatiblen und (zum zugrundeliegenden Unionsrecht) parallelen Auslegung des FZA aus, um dem «*Spannungsfeld zwischen formell statischen Abkommen und einem dynamischen Inhalt*» entgegenzuwirken.<sup>123</sup>

---

<sup>117</sup> Tobler/Beglinger, Tafeln, Nr. 16, bezeichnen Art. 16 Abs. 2 FZA als «*Homogenitätsregel*», Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, als «*Homogenitätsklausel*» (z.B. S. 95).

<sup>118</sup> Vgl. zu dieser sachlichen Einschränkung z.B. Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 155–167; Seiler, Dynamik oder Statik, S. 83; Aubry Girardin, interprétation, S. 41 ff.

<sup>119</sup> Seiler, Dynamik oder Statik, S. 83.

<sup>120</sup> Allerdings ist im praktischen Einzelfall bisweilen nicht restlos klar, ob ein solcher Rückgriff auf unionsrechtliche Konzepte/Normen zu bejahen ist; nach Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 167, ist dies im Zweifel zu bejahen, der Rückgriff fehle nur dann, wenn «*dies klar im Abkommen zum Ausdruck kommt*».

<sup>121</sup> Statt vieler Oesch, Auslegung, S. 197 Anm. 82; Aubry Girardin, interprétation, S. 43.

<sup>122</sup> So z.B. Cottier/Diebold, Rechtsprechung, Rz. 39–42, m.w.H.

<sup>123</sup> Vgl. Epiney/Nüesch, FZA, S. 5–8; Cottier/Diebold, Rechtsprechung, Rz. 45 (Zitat); Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 167–173, 196–198, und Epiney, Bedeutung Rechtsprechung, S. 15–31; Aubry Girardin, interprétation, S. 44 ff., je m.w.H.; neuerdings Epiney, Auslegung, Rz. 17–23, die sogar von einer grundsätzlichen Parallelität der Auslegung und Übernahmepflicht für (wirklich neue, rechtsändernde) Urteile des EuGH «*ungeachtet dessen*

Die Diskussion von Art. 16 FZA in der Lehre nimmt Bezug auf die reichhaltige Rezeptions-Praxis des *BGer*, in der laut Tobler/Beglinger ein «*weit gefasstes Homogenitätsprinzip*» entwickelt worden ist.<sup>124</sup> Darauf ist in Ziff. 3 und 5 näher einzugehen.

### 2.5.2.3. *Abkommensspezifische Organisations- und Rechtsschutzbestimmungen*

Das Prinzip autonomer Anwendung und Durchführung wird durch weitere vertragliche Spezialvorschriften zurückgedrängt: Sonderheiten regeln zunächst Art. 11 und 20 *LVA*. Weiter sind die in den *Forschungs-*, *Umwelt-* und *MEDIA-Abkommen* vorgesehenen Möglichkeiten einer Finanzkontrolle in der CH durch Organe der EU sowie Expertenteams aus der EU zu erwähnen, die im Rahmen von Evaluierungen untersuchen, ob die CH die *DAA* und *SAA* korrekt anwendet. Organisations- und Rechtsschutzvorgaben enthält sodann das *AöB*: Zunächst verpflichtet es in Art. 8 jede Vertragspartei, eine unabhängige Überwachungsbehörde einzurichten, die Reklamationen oder Beschwerden entgegennimmt und bei Rechtsverstößen gegen das Abkommen gegen die beteiligten Vergabestellen ein Verfahren einleiten bzw. verwaltungstechnische oder rechtliche Schritte unternehmen darf.<sup>125</sup> Weiter stellt Art. 4 *AöB* (wie bereits das *GPA*) Anforderungen an das Vergabeverfahren und statuiert Art. 5 (i.V.m. Anh. V) *AöB* eine gerichtliche Rechtsschutzgarantie.<sup>126</sup> Schliesslich ist auf Art. 11 *FZA* hinzuweisen: Auch diese Norm relativiert die Rechtsdurchsetzungsautonomie der Vertragsparteien, sieht sie doch im Sinn einer Mindestvorschrift vor, dass die unter das FZA fallenden Personen das Recht haben, hinsichtlich der Anwendung des FZA bei den zuständigen Behörden Beschwerde einzulegen und deren Entscheidungen gerichtlich anzufechten (vgl. *BGE* 128 V 315 in Ziff. 3.2.1.2).

### 2.5.3. *EuGH und BGer als oberste Rechtsprechungsorgane*

In der EU hat der *EuGH* die höchste richterliche Gewalt in allen Fragen des Unionsrechts. Seine Aufgabe ist es, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern (vgl. Art. 19 Abs. 1 *AEUV*), wobei die von der EU abgeschlossenen völkerrechtlichen Abkommen integrierender Bestandteil des Unionsrechts bilden. Die EU trifft dergestalt eine unionsrechtliche und eine völkerrechtliche Pflicht zur Beachtung der von ihr geschlossenen Abkommen.<sup>127</sup> Zur Erfüllung dieser Aufgabe hat der *EuGH* nebst gutachterlichen (vgl. Art. 218 Abs. 11 *AEUV*) v.a. rechtsprechende Funktionen: Zur Bekämpfung von Verletzungen des Unionsrechts dient in erster Linie das Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 f. *AEUV*), in dem

---

[ausgeht], ob die Urteile vor oder nach der Unterzeichnung des Abkommens ergingen» (Rz. 21); Pirker, Auslegung, S. 303 f.; weiterführend Hahn, Kündigung, S. 461 ff., 467 ff., wonach eine (nicht uneingeschränkte) Pflicht zur Berücksichtigung der *EuGH*-Neu-Rechtsprechung selbst dann zu bejahen wäre, wenn das FZA keine Regelung wie Art. 16 Abs. 2 FZA enthielte; Oesch, Auslegung, S. 196–198, m.w.H. insb. auf Baudenbacher, der für die Alt-Rechtsprechung auf eine «*Befolungsgebot*» und für die Neu-Rechtsprechung eine «*Berücksichtigungsobliegenheit*» erkennt; Oesch, Europarecht, N. 918 ff.; Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht, N. 791 f., 813, 815 f. Zurückhaltender und kritisch z.B. Glaser/Brunner, Defensive, Rz. 21; Besson/Ammann, *interprétation*, S. 342 ff.

<sup>124</sup> Dies., Grundzüge, N. 68 ff.

<sup>125</sup> Die CH hat diese Vorgabe in Art. 68a ff. *VöB* erfüllt und eine paritätisch zusammengesetzte Kommission zur Umsetzung und Überwachung der internationalen Verpflichtungen der CH geschaffen.

<sup>126</sup> Zu diesen Bestimmungen im *AöB* vgl. etwa Glaser, Umsetzung und Durchführung, S. 146 ff.; Jaag/Zihlmann, Institutionen und Verfahren, S. 73 f.

<sup>127</sup> Vgl. *BGE* 145 IV 364 E. 3.4.3.

der EuGH auf Antrag der Kommission oder eines Mitgliedstaats über die Anwendung des Unionsrechts entscheidet. Die Aufgabe, in der Rechtsordnung der Union die gerichtliche Kontrolle zu gewährleisten, kommt allerdings nicht nur dem EuGH, sondern vorab den Gerichten der Mitgliedstaaten zu. Eine überragend wichtige Rolle für die Zusammenarbeit des EuGH mit diesen nationalen Gerichten bei der gemeinsamen Erfüllung des Rechtsschutzauftrags spielt das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV). Durch die den höchsten mitgliedstaatlichen Gerichten auferlegte Pflicht zur Vorlage an den EuGH (Art. 267 Abs. 3 AEUV) wird dessen Auslegungsmonopol abgesichert.<sup>128</sup> Der EuGH kann sodann durch Rechtsmittel gegen Entscheide des Gerichts (Art. 256 AEUV) sowie in Nichtigkeitsverfahren (Art. 263 AEUV) angeufen werden; auf diesem Rahmen prüft der EuGH die Rechtmässigkeit von Handlungen der Organe der EU.<sup>129</sup> Gerichtsorganisatorisch erwähnenswert scheint, dass die 28 Richter von 11 Generalanwälten unterstützt werden (vgl. Art. 252 AEUV), deren Schlussanträge in mündlichen Verhandlungen regelmässig eine wichtige Erkenntnisquelle für die Entscheidungsfindung und für das Verständnis einmal ergangener EuGH-Urteile bilden.<sup>130</sup> – Bei der Auslegung v.a. des *Primär-*, aber auch des *Sekundärrechts*, verleiht der EuGH dem Grundsatz des *effet utile* ein grosses Gewicht. Um dem besonderen Charakter der EU als Rechtsunion Rechnung zu tragen bzw. die Funktionsfähigkeit der Union und die integrativen Vertragsziele zu sichern, werden die Normen so interpretiert, dass sie eine möglichst grosse Wirkung entfalten.<sup>131</sup> Bisweilen ist von einer Tendenz des EuGH «zur *Rechtsetzung von der Richterbank sowie zur Erweiterung der unionalen (und eigenen) Kompetenzen*» die Rede.<sup>132</sup> Bei der Auslegung der *Abkommen mit Drittstaaten* setzt der EuGH die Akzente anders.<sup>133</sup> Insoweit orientiert er sich an Art. 31 f. VRK. An seine Praxis zum Primär- bzw. Sekundärrecht lehnt er sich dabei nur an, wenn die Norm im Vertrag mit dem Drittstaat – auch mit Blick auf die Integrationstiefe des Vertrags – hinsichtlich ihres Zwecks und Kontexts vergleichbar ist mit dem entsprechenden Unionsrecht. Diese Praxis verfolgt der EuGH auch in Bezug auf die Bilaterale I-Verträge. Bei der Auslegung des FZA hat er mehrfach betont, die CH sei nicht dem EU-Binnenmarkt beigetreten. Deshalb könne seine den Normen des EU-Binnenmarkt gegebene Auslegung bspw. nicht automatisch auf die Auslegung des FZA übertragen werden, sofern dies nicht im Abkommen selbst ausdrücklich vorgesehen sei (vgl. Urteile EuGH Wächtler Rs. C-581/17, 26.02.2019, ECLI:EU:C:2019:138, Rz. 37 ff.; Picart, C-355/16, 15.03.2018, EU:C:2018:184; Hengartner/Gasser, Rs. C-70/09, 15.07.2010, Slg. 2010 I-07233; Grimme, Rs. C-351/08, 12.11.2009, Slg. 2009 I-10777; je m.Verw. auf das Urteil Polydor, Rs. 270/80, 09.02.1982, Slg. 1982 329; hinten Ziff. 3.3.2.2 und 5.2.1).<sup>134</sup>

---

<sup>128</sup> Vgl. z.B. Glaser/Dörig, Streitbeilegung, S. 452.

<sup>129</sup> Vgl. etwa die Übersichten bei Tobler/Beglinger, Grundzüge, N. 77, m.w.H., Borchart, ABC, S. 85 f., Bieber/Haag, Europarecht, S. 159 ff., und Epiney, Europarecht, S. 261 ff., je m.w.H.

<sup>130</sup> Vgl. etwa Bieber/Haag, Europarecht, S. 163.

<sup>131</sup> Vgl. Epiney, Europarecht, S. 254 ff., 260 f. m.w.H.

<sup>132</sup> Vgl. Glaser/Langer, Herausforderung, S. 571 ff. (Zitat: 572); vgl. zur Kritik u.a. des BVerfG am rechtsfortbildenden Ausmass der EuGH-Auslegungspraxis die Hinweise bei Epiney, Europarecht, S. 255 f. Anm. 12 f. – Prominente Bsp. für die integrationsfördernde Auslegung sind die Urteile van Gend & Loos (Rs. 26/62, 05.02.1962, Slg. 1963 00003) und Costa (Rs. 6/64, 15.07.1964, Slg. 1964/01253); dazu statt aller Borchart, ABC, S. 46 ff.

<sup>133</sup> Weiterführend z.B. Bieber, Rechtsprechung EuGH, S. 9 ff.; Epiney, Europarecht, S. 257.

<sup>134</sup> Vgl. Tobler/Beglinger, Grundzüge, N. 64, 72, 76 ff., auch mit einem Bsp. unterschiedlicher Auslegung von Art. 9 Anh. I FZA durch den EuGH und das BGer; weiterführend Bieber, Rechtsprechung EuGH, S. 9 ff., 14 ff.

Demgegenüber rezipiert das *BGer* als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes (Art. 188 Abs. 1 BV, Art. 1 BGG) bei der Auslegung des FZA – zur Schaffung einer möglichst parallelen Rechtsordnung – tendenziell grosszügiger EuGH-Rechtsprechung zum FZA-relevanten EU-Binnenmarktrecht; darauf ist zurückzukommen (Ziff. 3, 5.1 und 5.2.1). Das *BGer* beurteilt letztinstanzlich Beschwerden gegen Urteile der höchsten kantonalen Gerichte, des Bundesstrafgerichts, des *BVGer* und des Bundespatentgerichts aus den Bereichen des Zivil- und Straf- sowie Verwaltungsrechts (Art. 72 ff., 78 ff., 82 ff. BGG). Gerügt werden kann die Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, interkantonalem Recht oder verfassungsmässigen Rechten (vgl. Art. 189 Abs. 1 BV, Art. 95 f. BGG). Mit seinen Urteilen stellt das *BGer* die einheitliche Anwendung des Bundesrechts sicher. Seine Entscheide tragen zur Entwicklung des Rechts und zu dessen Anpassung an veränderte Verhältnisse bei. Die anderen Gerichte und die Verwaltungsbehörden orientieren sich an der Rechtsprechung des *BGer* und übernehmen dessen Grundsätze.<sup>135</sup> Erwähnenswerte Sonderheiten sind im öffentlichen Beschaffungswesen zu beachten: Seit der Totalrevision der Bundesrechtspflege per 01.01.2007 (vgl. Art. 133 BGG) steht der ordentliche Rechtsmittelweg an das *BGer* generell offen, aufgrund von Art. 83 Bst. f Ziff. 2 aber nur für Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, sofern der Vergabewert über den massgeblichen Schwellenwerten liegt. Zuvor konnten kantonal letztinstanzliche Entscheide mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden, während Vergabeentscheide des Bundes durch die zuständige Rekurskommission (heute: *BVGer*) endgültig entschieden wurden.<sup>136</sup>

## 2.6. Kurzzusammenfassung und Überleitung

Im Verhältnis CH-EU werden täglich Waren im Umfang von rund 1 Mrd. CHF ausgetauscht. Das enge Wirtschaftsbündnis CH-EU steht auf dem Boden eines vielgestaltigen Rechtsbeziehungs- und Vertragsnetzes, das unübersichtlich und wenig systematisch aufgebaut ist, was mit Blick auf die primär von einer pragmatischen Interessenwahrung geprägten schweizerischen Europapolitik nicht erstaunt. Zum Kern dieser Rechtsbeziehungen gehören die Bilaterale I-Verträge. Obwohl diese Staatsverträge auf Gegenseitigkeit beruhen, erfolgt die Anpassung der Rechtsordnungen einseitig. Die CH übernimmt mit den Verträgen, insb. mit dem FZA, auf verschiedenen Ebenen EU-Recht: In der *Rechtsetzung*, d.h. in den Verträgen (und der Umsetzungsgesetzgebung), wird dabei mehrheitlich EU-Binnenmarktrecht reproduziert oder darauf direkt verwiesen, soweit die Verträge nicht – wie etwa beim AöB – primär auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit der Rechtsordnung der Vertragsparteien und des gegenseitigen Marktzugangs beruhen. Diese auf die jeweiligen sektoriellen Abkommen beschränkte Übernahme des EU-Besitzstands (*Acquis communautaire*) erfolgt auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Eine Pflicht zur Weiterentwicklung fehlt grundsätzlich. Dies, obschon gerade das FZA-relevante EU-Recht einem nicht unerheblichen Wandel ausgesetzt ist und sich zunehmend vom freien Personenverkehr zum europäischen Bürgerrecht entwickelt. Das Ziel, im bilateralen Verhältnis binnenmarktähnliche Verhältnisse zu schaffen, bedingt, dass auch die Verträge CH-EU unter Wahrung

---

<sup>135</sup> Vgl. *BGer*, Überblick, S. 14.

<sup>136</sup> Vgl. zum Ganzen BSK BGG-Häberli, Art. 83 N. 149 ff., m.w.H.

der innerstaatlichen Genehmigungsprozesse angepasst werden (Parallelität der Rechtsordnungen), was mit einem erheblichen Aufwand und Unsicherheiten verbunden ist. Dieser Anpassungsdruck erfasst auch die *Rechtsanwendung*, d.h. die Auslegung der (mehrheitlich direkt anwendbaren) Verträge (oder des als gleichwertig anerkannten nationalen Rechts): Auch hier geniessen die Vertragsstaaten zwar Autonomie, und es fehlt eine übergeordnete Streitbeilegungsmechanik, doch wird diese Autonomie in verschiedener Hinsicht relativiert, namentlich durch die EuGH-Rechtsprechung. Dass diese einen je nach Rechtsbereich und Konstellation mehr oder weniger grossen Einfluss hat auf die gerichtliche Anwendung der Verträge, liegt auf der Hand, zumal der EuGH mit seiner auf den *effet utile* ausgerichteten, tendenziell integrationsfreundlichen Auslegung das EU-Binnenmarktrecht «*im Sinne einer weitergehenden Integration fortentwickelt*» und mitunter stark verformt, so dass seine Praxis mit Blick auf den Rechtsgewinnungsgehalt eine «*Art Rechtsquelle*» darstellt.<sup>137</sup>

Von Interesse und im Folgenden zu untersuchen ist, welchen Stellenwert die schweizerischen Gerichte, allen voran das BGer, der EuGH-Rechtsprechung beimessen. Weil die Problematik der Übernahme der EuGH-Rechtsprechung in erster Linie in deren Weiterentwicklung (Dynamik) liegt und tendenziell umso grösser wird, je älter die Abkommen werden, wird der Fokus auf die *Entwicklung* der Rezeptionspraxis gelegt. Im Vordergrund der Betrachtung steht das FZA, das fraglos zu den bedeutendsten Abkommen im Vertragswerk CH-EU zählt. Nicht zuletzt zu Vergleichszwecken werden anschliessend auch Bedeutung und Entwicklung der Rezeptionspraxis betreffend das AöB untersucht. Das AöB ist ebenfalls im Bilaterale I-Vertragspaket enthalten, weist aber fundamentale Unterschiede zum FZA auf, zumal es als Fortsetzung des bereits 1996 in Kraft getretenen GPA zu betrachten ist.

---

<sup>137</sup> Vgl. Seiler, *Dynamik oder Statik*, S. 80.

### 3. Rezeption der EuGH-Rechtsprechung zur Personenfreizügigkeit

#### 3.1. Vorbemerkungen

Zunächst ist hiernach das Vorgehen (Recherchen, Auswahl von Urteilen und Aspekte deren Prüfung und Präsentation) darzulegen; danach folgen Hinweise zum FZA.

##### 3.1.1. Vorgehensweise

Nachfolgend wird mittels zusammenfassender Präsentation von Urteilen des BGer ein Überblick über die Rezeption von EuGH-Urteilen im Bereich des FZA seit dessen Abschluss bis August 2019 vermittelt. Statt alle in diesem Zeitraum ergangenen Urteile zu behandeln,<sup>138</sup> wird eine kleine Auswahl präsentiert mit dem Ziel, ein möglichst repräsentatives Bild der Rezeptions-Praxis zu vermitteln. Die Urteilsauswahl basiert auf Recherchen in der Online-Datenbank des BGer, wobei die in der amtlichen Sammlung des BGer publizierten Entscheide (Leitentscheide) im Vordergrund standen und Ausgangspunkt Suchabfragen durch Navigation über alle Artikel des FZA (inkl. Anh. I–III) bildeten. Diese Recherchen und Navigationen ergaben gut 100 Urteile, die allesamt konsultiert und hilfsweise in einer Tabelle zusammengestellt und ausgewertet wurden; Anh. 3 enthält einen Spaltenausschnitt dieser Zusammenstellung.

Die Urteilspräsentation geht jeweils nur kurz auf die FZA-relevanten Streitfragen ein. Die Urteile werden weder integral zusammengefasst noch kommentiert, sondern beschränkt auf die für die EuGH-Rechtsprechungsübernahme relevanten Erwägungen dargestellt. Es wird ein deskriptiver Ansatz verfolgt, normative Betrachtungen würden den Rahmen sprengen. Von Interesse sind nebst allgemeinen Erörterungen der Bedingungen und Schranken der Rezeption im Wesentlichen, inwieweit im Einzelfall EuGH-Rechtsprechung herangezogen wird. Konkret interessieren Erwägungen, in denen ausgeführt wird, ob das FZA (z.B. durch Verweis oder durch begriffliche Anlehnung) an unionsrechtliche Termini oder Konzepte anknüpft. Andererseits ist von Interesse, inwieweit auch EuGH-Urteile herangezogen oder deren Berücksichtigung abgelehnt wird, wenn diese nach der Unterzeichnung des FZA (21.06.1999) ergangen sind.

Die Darstellung ist auf der ersten Ebene zeitlich gegliedert (Juni 2002–August 2009, September 2009–Oktober 2015, November 2015–August 2019). Diese Etappen werden je thematisch unterteilt in die Gewährung der Freizügigkeit zugunsten gewisser Personengruppen (Art. 1-7, Anh. I FZA), die Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit (Art. 8, Anh. II FZA) sowie die Anerkennung von Befähigungsnachweisen (Art. 9, Anh. III FZA). Die dritte Zeitspanne (Ziff. 3.2.3) weist einen vierten Teil auf, in dem die Praxis zur strafrechtlichen Landesverweisung nachgezeichnet wird (Ziff. 3.2.3.4).<sup>139</sup> – Gestützt darauf ist in einem Zwischenfazit aufzuzeigen, wie sich die EuGH-Rechtsprechungsübernahme entwickelt hat (Ziff. 3.3).

---

<sup>138</sup> Die meisten der aufgegriffenen Urteile sind in Zeitschriften (AJP, dRSK, EuGRZ, FamPra, Jusletter, Pra, RDAF, SZIER, SVR, ZBI), anderen Periodika (z.B. Jahrbücher für Migrationsrecht und Schweizerische Jahrbücher für Europarecht) und in der Fachliteratur publiziert oder erwähnt und kommentiert worden. Zur Entlastung der Darstellung wird darauf nur vereinzelt hingewiesen. Weitere Fundstellen enthält das Literaturverzeichnis.

<sup>139</sup> Soweit ein Urteil mehrere Bereiche betrifft, wird es in dem für die Rezeptionspraxis dominanten Teil behandelt.

### 3.1.2. Hinweise zum Personenfreizügigkeitsabkommen

Das (multilaterale bzw. gemischte) FZA ist das Schlüsselabkommen und gleichzeitig der politisch am stärksten umstrittene Regelungsbereich in den Beziehungen CH-EU.<sup>140</sup> Es ist ein im Wesentlichen wirtschaftliches Abkommen und hat zum Ziel, die Personenfreizügigkeit, wie sie sich innerhalb der EU entwickelt hat, punktuell auch auf das bilaterale Verhältnis Schweiz-EU auszudehnen.<sup>141</sup> Zusammenfassend vermittelt das FZA Staatsangehörigen der CH und der EU-Mitgliedstaaten das Recht, Arbeitsplatz und Aufenthaltsort innerhalb der Staatsgebiete der Vertragsparteien frei zu wählen, sofern sie über einen gültigen Arbeitsvertrag verfügen, selbständig erwerbend sind oder bei Nichterwerbstätigkeit ausreichend finanzielle Mittel nachweisen können und umfassend krankenversichert sind.<sup>142</sup> Es besteht aus einem Hauptteil mit 25 Art. und drei ausführlichen Anh. und regelt im Wesentlichen die drei vorerwähnten Bereiche (Ziff. 3.1.1). Das FZA wurde von der Lehre schon verschiedentlich umfassend beleuchtet; darauf kann verwiesen werden.<sup>143</sup> Erwähnenswert scheint vorliegend, dass das FZA nach Inkraftsetzung schrittweise auf neue EU-Staaten ausgedehnt und weiterentwickelt worden ist: 2006 resp. 2009 erfolgten die Ausdehnung auf die zehn 2004 beigetretenen EU-Mitgliedstaaten (Prot. I) resp. auf Bulgarien und Rumänien (Prot. II), nachdem sich das Volk jeweils vorgängig in Abstimmungen dafür ausgesprochen hatte. Seit dem 01.01.2017 gilt das FZA auch für Kroatien. Weil das Unionsrecht, an das im FZA vielerorts insb. durch Verweise angeknüpft wird, diverse Änderungen erfahren hatte, bedurfte das FZA laufender Aufdatierung. Beispielhaft sei hier auf die Übernahme der RL 2005/36/EG betreffend Berufsqualifikationen verwiesen, deren Inkraftsetzung die Genehmigung durch das Parlament erforderte.<sup>144</sup> Nicht übernommen hat die CH indes, obschon von der EU seit längerem gefordert, bspw. die UBRL (RL 2004/38/EG), weil damit zusätzliche Ansprüche namentlich in den Bereichen der Sozialhilfe und des Familiennachzugs begründet würden.<sup>145</sup>

Auf Wesensmerkmale und Sonderheiten wurde bereits hingewiesen (Ziff. 2.3.1.1, 2.4.2, 2.5.1 und 2.5.2.1 f.). Zu wiederholen ist hier einzig, dass das FZA zahlreiche Rechte vermittelt, auf die sich Personen aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit des FZA direkt berufen können. Im Gegensatz zum AöB brachte das FZA nicht nur eine weitere übergeordnete Rahmenordnung, sondern eine im Rechtsalltag durchwegs bedeutungsvolle und häufig parallel zum nationalen Sachrecht angerufene engmaschige Regelung, bei deren legislatorischen Umsetzung kaum Spielraum bestand. Das FZA ist zwar in Teilbereichen ebenfalls unmittelbar auf Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen ausgelegt, strebt aber nach mehr: Die mannigfachen Verweise und begrifflich-konzeptionellen Anknüpfungen an das EU-Recht zielen auf möglichst parallele Rechtslagen (was selbstredend ebenfalls zu Gleichwertigkeit führt). Entsprechend fällt bereits im Ansatz der Integrationsgrad dieses Abkommens im Vergleich mit dem AöB höher aus. Die Aufgabe, für parallele Rechtsordnungen zu sorgen, legt das FZA mit der Spezialregelung in

---

<sup>140</sup> Statt aller Cottier et al., Rechtsbeziehungen, N. 425 ff.

<sup>141</sup> Vgl. Botschaft Bilaterale I, S. 6309 f.; Grossen/de Coulon, FZA, S. 139.

<sup>142</sup> DEA, Informationsblatt Personenfreizügigkeit, S. 1 f.; vgl. Botschaft Bilaterale I, S. 6153 ff., 6309 ff.

<sup>143</sup> Vgl. etwa Grossen/de Coulon, FZA, S. 137 ff.; Cottier et al., Rechtsbeziehungen, vor und ab N. 424 ff.; Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 103 ff., je m.w.H.; vgl. auch Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht, S. 203 ff.

<sup>144</sup> Vgl. Oesch, Übernahme, S. 640 ff.; vgl. auch Bundesrat, Beschlüsse, passim.

<sup>145</sup> Vgl. Oesch, Übernahme, S. 641 f., m.w.H.; Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht, N. 798.

Art. 16 FZA explizit auch in die Hände der Gerichte, indem es die Berücksichtigung der EuGH-Praxis zu abkommensrelevantem EU-Recht vorsieht. Darum geht es hiernach.

### 3.2. Tour d’Horizon der Rezeptionspraxis

#### 3.2.1. Zeitspanne bis August 2009

Obschon in diese erste Phase gut 50 und damit rund die Hälfte<sup>146</sup> der insgesamt bis Ende August 2019 ergangenen BGE fallen, beschränkt sich die nachfolgende Übersicht auf einige wenige Urteile, zumal eine signifikante Weiterentwicklung der Rezeptionspraxis erst später einsetzte.

##### 3.2.1.1. Gewährung der Freizügigkeit zugunsten gewisser Personengruppen

Im für die Auslegung von Art. 3 Anh. I FZA wichtigen **BGE 130 II 1** vom 04.11.2003 war im Wesentlichen zu entscheiden, ob das FZA auch für den Familiennachzug gilt, wenn sich die in die CH nachziehende Person in einem Drittstaat aufhält. Mit diesem Urteil hat das BGer die Praxis gemäss EuGH-Urteil *Akrich* (Rs. C-109/01, 23.09.2003, Slg. 2003 I-9607) übernommen, wonach sich ein Drittstaatsangehöriger, der nachgezogen werden will, bereits rechtmässig mit einem nicht nur vorübergehenden Aufenthaltstitel in der CH oder einem anderen Vertragsstaat aufgehalten haben muss: Das BGer stellte zunächst fest, der Familiennachzug gemäss FZA sei – entsprechend seiner Zielsetzung bzw. Art. 1 und Art. 16 Abs. 1 FZA – den in der EU geltenden Regeln nachgebildet, namentlich Art. 10 VO Nr. 1612/68 (E. 3.2). Der nachziehende Sohn sei zwar das Kind der beschwerdeführenden drittstaatsangehörigen Mutter, nicht aber des mit dieser seit kurzem verheirateten italienischen Staatsangehörigen, der eine Niederlassungsbewilligung für die CH besitze, den Sohn aber nicht adoptiert habe. Es sei im Licht des (aufgrund von Art. 16 Abs. 2 FZA allerdings nicht verbindlichen) EuGH-Urteils *Baumbast* (Rs. C-413/1999, 17.09.2002, Slg. 2002 I-7091) fraglich, ob der Sohn von Art. 3 Abs. 2 Bst. a Anh. I FZA erfasst werde; die Frage könne aber offenbleiben, da das FZA aus einem anderen Grund nicht anwendbar sei (E. 3.5): Der EuGH habe im jüngst ergangenen Urteil *Akrich* u.a. entschieden, die mit einem Unionsbürger verheiratete drittstaatsangehörige Person müsse sich bereits rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhalten, um in den Genuss der Rechte aus Art. 10 VO Nr. 1612/68 zu kommen. Die VO regle nur die Freizügigkeit innerhalb der EU und begründe keine Rechte auf Zugang zum Unionsgebiet für Drittstaatsangehörige (also von aussen), auch wenn sie mit einem Unionsbürger verheiratet seien. Zwar habe sich der EuGH in seinen vor dem 21.06.1999 ergangenen Urteilen zu diesen Fragen nicht geäussert (weder positiv noch negativ), so dass das BGer gemäss Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA an die Interpretation gemäss dem EuGH-Urteil *Akrich* «nicht gebunden» sei; dennoch könne dieser Entscheid (wie die seither ergangene Rechtsprechung überhaupt) bei der Auslegung von Art. 3 Anh. I FZA «mitberücksichtigt» werden (E. 3.6.1 f.). Das Urteil *Akrich* basiere wesentlich auf dem Umstand, dass bei Erlass von Art. 10 VO Nr. 1612/68 die Regelung des Rechts auf Einwanderung in Mitgliedstaaten praktisch vollständig in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten gelegen habe; erst der Vertrag von Lissabon habe die Kompetenzen der EG erweitert (Art. 63 Abs. 1 Ziff. 3 und 4

---

<sup>146</sup> Davon betreffen rund 60% der Urteile die Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit, 35% die Personenfreizügigkeit und 5% die Anerkennung von Befähigungsausweisen; vgl. auch Tabelle hinten in Anh. 3.

EGV). Da Art. 3 Anh. I FZA Inhalt und Tragweite von Art. 10 VO Nr. 1612/68 im Wesentlichen übernehme, um die Freizügigkeit wie in der EU zu realisieren, sei er im gleichen Sinn auszulegen. Stichhaltige Gründe, diese Norm in einem anderen (weiteren) Sinne als gemäss dem EuGH-Urteil *Akrich* anzuwenden, seien nicht ersichtlich (E. 3.6.4).

Ähnlich wie in BGE 130 II 1, lagen auch im **BGE 130 II 113** vom 19.12.2003 Familiennachzugsrechte im Streit: Zu beurteilen war die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung für einen brasilianischen Gatten einer EU-Staatsangehörigen infolge Trennung der Ehe. Das BGer hielt zunächst fest, die strittigen Rechte nach Art. 3 Abs. 1, 2 und 5 Anh. I FZA stützten sich auf Art. 10 f. VO Nr. 1612/68 bzw. seien diesen nachgebildet, weshalb zur Auslegung die EuGH-Rechtsprechung vor 21.06.1999 zu berücksichtigen sei. Weiter zitierte es Art. 16 Abs. 2 FZA und führte aus, dass *«les arrêts rendus postérieurement à cette date peuvent, le cas échéant, être utilisés en vue d'interpréter l'Accord sur la libre circulation des personnes [...], surtout s'ils ne font que préciser une jurisprudence antérieure»* (E. 5.2). Anschliessend stellte das BGer klar, dass Urteile des EuGH nicht unbesehen zu übernehmen seien bei der Auslegung des FZA, weil sie meistens in Vorabentscheidungsverfahren gefällt würden, das in der CH aber nicht existiere. Bei Auslegungsschwierigkeiten könne die CH nicht an den EuGH gelangen, sondern müsse diese unter Beachtung der Regeln nach Art. 31 f. VRK eigenständig klären (E. 6.1). Zudem vermittelten die Bilaterale I-Verträge keine umfassende Teilnahme am Binnenmarkt. EuGH-Urteile, die – wie z.B. die europäische Staatsbürgerschaft – Begriffe und Erwägungen ausserhalb dieser sektoriellen Abkommen beträfen, liessen sich nicht ohne weitere Prüfung auf die schweizerische Rechtsprechung zum FZA übertragen (Art. 16 Abs. 2 FZA e contrario; E. 6.2). Das gelte auch für die Personenfreizügigkeit, stimme doch deren Inhalt gemäss FZA nicht mit den Rechten überein, wie sie für europäische Staatsbürger gelten (Verweis auf EuGH-Urteil *Baumbast*, Rs. C-413/1999, 17.09.2002, Slg. 2002 I-7091; E. 6.3). Soweit es um unionsrechtliche Begriffe im Sinn von Art. 16 Abs. 2 FZA gehe, sollte aber die EuGH-Interpretation *«être considérée comme faisant partie de l'acquis communautaire que la Suisse s'est engagée à reprendre, sous réserve que la jurisprudence en cause soit antérieure à la date de signature de l'Accord»* (E. 6.5); in diesem Rahmen *«il convient de prendre en considération»* die EuGH-Praxis bei der Auslegung des FZA (E. 6.6). In der Folge ging das BGer auf das EuGH-Urteil *Kommission c. Deutschland* (Rs. 249/86, 18.05.1989, Slg. 1989 I-1263) ein und stellte klar, dass im Unionsrecht der Familiennachzug *«est donc avant tout conçu et destiné à rendre effective et à favoriser la libre circulation des travailleurs»*, was der EuGH in verschiedenen Urteilen bestätigt habe (Verweis auf ältere Urteile sowie auf das erwähnte Urteil *Baumbast*; E. 7.1). So, wie die Rechte gemäss Art. 10 f. VO Nr. 1612/68 laut EuGH keine eigenständigen, sondern bloss abgeleitete Ansprüche vermittelten, handle es sich auch bei den Rechten gemäss (den diesen Normen nachgebildeten) Art. 7 Bst. d FZA und Art. 3 Abs. 1 und 2 Anh. I FZA nur um abgeleitete Rechte, die grundsätzlich (mit Ausnahmen insb. gemäss Art. 4 Anh. I FZA) nur solange existierten, als die Eheleute verheiratet seien (E. 7.2 f.). Laut dem EuGH-Urteil *Diatta* (Rs. 267/85, 13.02.1985, Slg. 1985 S. 567 ff.) dürfe sich ein drittstaatsangehöriger Ehegatte eines Unionsbürgers grundsätzlich nur so lange in einem Mitgliedstaat aufhalten, wie auch die Ehe gültig sei; damit stelle der EuGH auf ein formelles Kriterium ab, das auch das schweizerische Ausländerrecht kenne. In diesem Sinn sei auch das FZA zu verstehen (E. 8.3).

Schliesslich befasste sich das BGer mit dem Rechtsmissbrauchsverbot: Die reiche (ältere und neuere) EuGH-Praxis ergebe, dass dieses Verbot den Rang eines allgemeinen Rechtsprinzips erlangt habe. Das Urteil Emsland-Stärke GmbH (Rs. C-110/1999, 14.12.2000, Slg. 2000 I-11) lege diesbezügliche Anforderungen fest und sei zwar nach 21.06.1999 ergangen, aber dennoch zu berücksichtigen, *«car il ne fait que préciser une notion largement connue et utilisée en droit communautaire [...] qui revêt de surcroît une portée quasiment identique en droit suisse»* (E. 9.2). In diesem Sinn seien auch die Ausführungen bezüglich Scheinehe im EuGH-Urteil Akrich für die Auslegung von Art. 3 Anh. I FZA heranzuziehen, habe der EuGH doch damit lediglich Vorbehalte zum Ausdruck gebracht, die er bereits früher geäussert habe (Verweis auf Urteil Singh, Rs. C-370/90, 07.07.1992, Slg. 1992 S. I-1265; E. 9.3 f.).

### **3.2.1.2. Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit**

Dem **BGE 128 V 315** vom 09.08.2002 (auf den sich viele spätere Urteile bezogen wie z.B. BGE 130 V 132 E. 3.1, 138 V 533 E. 2.2) lag zwar ein materieller Streit um Leistungen der schweizerischen Arbeitslosenversicherung zugrunde, zu beurteilen war aber die prozessrechtliche Frage der Ausgestaltung des Verfahrens bzw. die intertemporalrechtliche Problematik der zeitlichen Anwendbarkeit des (am 01.06.2002 und damit während Hängigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens in Kraft getretenen) FZA. Das BGer hielt zunächst fest, sowohl im FZA als auch in den Übergangsbestimmungen der VO Nrn. 1408/71 und 574/72, auf die Art. 1 Abs. 1 Anhang II FZA und Art. 121 AVIG verwiesen, fehlten Hinweise darauf, ob das neue Recht in einem gerichtlichen Beschwerdeverfahren, welches eine vor Inkrafttreten der neuen Regelung ergangene Verwaltungsverfügung betrifft, anzuwenden sei (oder ob für diesen Zeitraum eine neue Verwaltungsverfügung ergehen muss; vgl. E. 1a f.). Das BGer erwog sodann, die Ausgestaltung des Verfahrens sei grundsätzlich Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung, was sich sowohl aus Art. 11 FZA als auch aus der EuGH-Praxis ergebe (Verweis auf zwei ältere EuGH-Urteile sowie auf Camarotto/Vignone, Rs. C-52/99, C-53/99, 22.02.2001, Slg. 2001 S. I-1395). Allerdings sei nach dem vorerwähnten EuGH-Urteil die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten insofern beschränkt, als die Modalitäten einerseits nicht weniger günstig sein dürften als bei gleichartigen Verfahren des innerstaatlichen Rechts (Grundsatz der Gleichwertigkeit), und andererseits nicht so ausgestaltet sein dürften, dass sie die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte praktisch unmöglich machten oder übermässig erschwerten (Grundsatz der Effektivität). Weiter führte es aus (E. 1c):

«Der Grundsatz der Gleichwertigkeit gilt aufgrund von Art. 2 [FZA] ohne weiteres auch für die [CH]. Auch der vom EuGH entwickelte Grundsatz der Effektivität lässt sich auf das [FZA] übertragen; denn mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 11 [FZA] kann nur ein effektiver Rechtsschutz gemeint sein [...]. Eine andere Lösung wäre auch unter dem Gesichtspunkt der Gegenseitigkeit fragwürdig, weil die EU-Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihres Verfahrens nicht nur im Anwendungsbereich z.B. der [VO] Nr. 1408/71, sondern der gesamten Gemeinschaftsrechtsordnung, zu der auch Assoziierungsabkommen mit Drittstaaten wie das FZA [...] gehören [Verweis auf ein älteres EuGH-Urteil], die Rechtsprechung des EuGH zur Effektivität zu beachten haben. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Grundsatz der Effektivität zu den für die Anwendung des Abkommens herangezogenen Begriffen des Gemeinschaftsrechts gehört, für deren Auslegung nach Art. 16 Abs. 2 [FZA] die

einschlägige [EuGH-Praxis] zu berücksichtigen ist, ist es doch den schweizerischen Behörden jedenfalls nicht verwehrt, diese Rechtsprechung autonom nachzuvollziehen».

Das vorerwähnte EuGH-Urteil bestätige, dass sich die intertemporalrechtliche Frage grundsätzlich nach innerstaatlichem Recht beurteile, auch wenn dieses nach der Unterzeichnung des FZA (21.06.1999) ergangen sei (vgl. Art. 16 Abs. 2 FZA) und eine für die CH nicht relevante, aber mit der gemäss der anwendbaren Normierung in VO Nr. 1408/71 doch vergleichbare Regelung betreffe (E. 1d). Weder der Grundsatz der Gleichwertigkeit noch jener der Effektivität erforderten, in Bezug auf das FZA von der bisherigen Praxis des BGer abzuweichen, wonach die Prüfung grundsätzlich auf den Zeitraum bis zur Verfügungsverfügung beschränkt und nachträgliche Rechtsänderungen nicht zu berücksichtigen seien. Gegenteiliges würde zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen eurointernationalen und innerstaatlichen (oder anderweitig internationalen) Streitsachen führen (E. 1e und 1f).

In **BGE 132 V 423** vom 24.07.2006 hatte das BGer über die Ausrichtung einer (die Invaliden- bzw. Altersrente ergänzende) Hilflosenentschädigung an eine an Alzheimer erkrankte Frau zu entscheiden, die ihren gewöhnlichen Wohnsitz nach Frankreich verlegt hatte. In diesem umfangreichen Urteil befasste sich das BGer verschiedentlich und teilweise sehr allgemein mit der EuGH-Rechtsprechungsübernahme (u.a. betr. die VO Nr. 1408/71, auf die Anh. II FZA verweist). Erwähnenswert sind die E. 7 ff. Dort wird ausgeführt, die VO Nr. 1408/71 ermögliche es, beitragsunabhängige Sonderleistungen unter bestimmten Bedingungen durch Aufführung im Anh. II von der Exportierbarkeit auszunehmen. Gemäss Beschluss des GA Nr. 2/2003 vom 15.07.2003 sei u.a. (angesichts ihres beitragsunabhängigen Charakters) die Hilflosenentschädigung von der Exportierbarkeit ausgenommen (E. 7.2 f.). Anschliessend prüfte das BGer, ob diese Erwähnung konstitutiven Charakter hat (so EuGH-Urteil Snares, C-20/96, 04.11.1997, Slg. 1997 S. I-6057) oder aber für die Annahme einer Abweichung vom Grundsatz der Exportierbarkeit die Sonder- und beitragsunabhängige Natur der Leistung gesondert auch materiell festgestellt werden müsse (so EuGH-Urteil Jauch C-215/99, 08.03.2001, Slg. 2001 S. I-1901). Da es sich um Begriffe des Unionsrechts handle, sei die einschlägige EuGH-Rechtsprechung zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 1 FZA; E. 7.4). Weiter stellte das BGer klar, schweizerische Gerichte hätten keine Möglichkeit, dem EuGH Auslegungsfragen vorzulegen, sondern müssten diese selber klären nach den Regeln der VRK (E. 9.1). Aus Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 18 FZA ergebe sich klar, dass allein die bis 21.06.1999 ergangenen EuGH-Urteile eine bindende Wirkung hätten, was aber nicht ausschliesse, danach ergangene Urteile ggf. dennoch zur Auslegung des FZA heranzuziehen, v.a., wenn darin lediglich eine vorherige Rechtsprechung präzisiert werde. Vorbehalten bleibe aber stets das Recht des GA, gemäss Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA verbindlich die möglichen Folgen der neuen EuGH-Rechtsprechung zu bestimmen (E. 9.2). Unter Verweis auf Epiney (Bedeutung Rechtsprechung, S. 16 f.) zog das BGer eine Relativierung der Datumsgrenze gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA in Erwägung (E. 9.3), um alsdann zu prüfen, ob die Rechtsprechung gemäss dem EuGH-Entscheid Jauch tatsächlich eine neue Rechtsprechung begründe, oder bloss die bereits bekannten und vor 21.06.1999 entwickelten Grundsätze enthalte (E. 9.4). Das BGer kam nach einlässlicher EuGH-Rechtsprechungsanalyse zum Schluss, das neue Urteil habe die vorangehende Praxis wesentlich präzisiert (wenn nicht sogar geändert). Deshalb sei es effektiv neu und von der Berücksichtigungspflicht gemäss Art. 16

Abs. 2 FZA ausgenommen (E. 9.4). Das BGer prüfte sodann aber, ob die EuGH-Praxis Jauch aufgrund anderer Erwägungen nicht trotzdem anzuwenden sei: Nach Hinweisen auf die von Epiney vertretene Haltung, wonach im Licht von Art. 16 Abs. 1 und des Ziels des FZA eine generelle Pflicht zur Berücksichtigung auch der Neu-Rechtsprechung bestehe, wies das BGer darauf hin, bei der Auslegung gemäss VRK wären auf jeden Fall auch die anderen FZA-Normen (Art. 17–19 FZA) zu berücksichtigen. Es liess die Frage aber offen, ob es einer dynamischen Interpretation des FZA zuneige (E. 9.5.1 f.). Denn die EuGH-Neu-Praxis zu berücksichtigen, widerspreche dem klaren Wortlaut des Zusatzprotokolls zum Anh. II FZA und dem darauf basierenden Beschluss des GA vom 15.07.2003, der in Kenntnis dieser neuen Praxis gefasst worden sei (E. 9.5.3). Art. 16 Abs. 2 FZA müsse daher auch im Lichte des Zusatzprotokolls und GA-Beschlusses sowie i.V.m. Art. 28 VRK (Rückwirkungsverbot) ausgelegt werden (E. 9.5.4). Würde hier der Neu-Rechtsprechung gefolgt, setzte sich das BGer über den Willen der Vertragsparteien hinweg und missachtete den Grundsatz *pacta sunt servanda* (Art. 26 VRK) sowie die klaren Zuständigkeiten und Verfahren gemäss Art. 18 FZA (E. 9.5.5 f.).

Der **BGE 134 V 428** vom 04.08.2008 befasste sich mit der Streitfrage, ob ein österreichischer Arbeitnehmer, der dort von einem Schweizer Unternehmen rekrutiert worden war, um nach einem zweitägigen Aufenthalt in der CH unmittelbar in Schweden als Forstwart zu arbeiten, aufgrund eines dortigen Arbeitsunfalls Anspruch auf Versicherungsleistungen der SUVA hatte. Nach Darlegung der Rechtsgrundlagen im nationalen Unfallversicherungsrecht und im FZA (bzw. Anh. II und den VO Nrn. 1408/71 und 574/72; vgl. E. 2, 3.2 f.) wiederholte das BGer unter Verweis auf BGE 132 V 423, dass das Unionsrecht, auf welches Art. 1 Anh. II FZA verweise, allein eine Koordination, nicht aber eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit vorsehe (E. 3.1). Das BGer hielt weiter fest, Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA schliesse nicht aus, dass nach 21.06.1999 ergangene Urteile ggf. *«dennoch zum Zwecke der Auslegung des FZA herangezogen werden können, vor allem, wenn sie nichts Anderes tun, als eine vorherige Rechtsprechung zu präzisieren»* (Verweise auf BGE 132 V 423 E. 9.2, 132 V 53 E. 2, 130 II 113 E. 5.2), bzw. *«bereits bekannte Grundsätze zu wiederholen und ohne neue Elemente auf einen gleichartigen Fall anzuwenden»*. Offen bleibe aber, ob eine im Sinn von Art. 16 Abs. 2 FZA neue Praxis nicht dennoch zu berücksichtigen sei aufgrund des vom FZA verfolgten Zwecks, im erfassten Bereich für die Angehörigen der Vertragsparteien die gleichen Rechte und Pflichten vorzusehen wie das Unionsrecht (vgl. Präambel und Art. 16 Abs. 1 FZA; E. 5). In der Folge verwies das BGer auf einen Beschluss der Verwaltungskommission der EU für soziale Sicherheit vom 14.12.2000 und stellte nach einlässlicher Prüfung fest, dieser beruhe im Wesentlichen auf der EuGH-Rechtsprechung (Verweis auf ein älteres und zwei Urteile des EuGH aus dem Jahr 2000; E. 7). In Bezug auf den vorliegenden Fall ergebe sich aber weder aus diesem Beschluss noch aus der EuGH-Rechtsprechung, ob Art. 13 Abs. 2 (Beschäftigungsland) oder Art. 14 (Entsendung) VO Nr. 1408/71 anwendbar seien (E. 9). Nach Erörterung der Zielsetzung von Art. 14 Abs. 1 Bst. a VO Nr. 1408/71 (mit Bezug auf ein älteres und ein neueres EuGH-Urteil) und unter Verweis auf die (damals) noch nicht anwendbare (und Art. 14 VO Nr. 1408/71 ersetzende) VO Nr. 883/2003 kam es zum Schluss, dass ein Arbeitnehmer, der von einem Schweizer Unternehmen in einem Mitgliedstaat rekrutiert worden sei, um unmittelbar in einem weiteren Mitgliedstaat zu arbeiten,

die Voraussetzungen einer Entsendung nach Art. 14 Abs. 1 Bst. a VO Nr. 1408/71 nicht erfülle, sondern vielmehr den Rechtsvorschriften des Beschäftigungslandes unterstehe (E. 10).

### **3.2.1.3. Anerkennung von Befähigungsnachweisen**

Im **BGE 130 II 87** vom 29.01.2004 hatte das BGer über eine Eintragung eines schweizerischen Rechtsanwalts ins kantonale Anwaltsregister zu entscheiden. In der Sache war v.a. strittig, ob die in Art. 8 Abs. Bst. d BGFA statuierte Voraussetzung der anwaltlichen Unabhängigkeit gegeben war, da der Betroffene zu seiner (Neben)Tätigkeit als Anwalt zugleich in einem Anstellungsverhältnis zu einer Bank stand. Das BGer erwog u.a., das Unabhängigkeitserfordernis sei verknüpft mit der in Art. 12 Bst. c BGFA enthaltenen Berufspflicht des Anwalts, jeden Konflikt zwischen den Interessen seiner Klientschaft und denjenigen anderer Personen, Unternehmungen oder Organisationen, mit denen er geschäftlich oder privat in Beziehung steht, zu vermeiden. Damit sei die «*absence de tous liens qui exposent l'avocat, dans l'exercice de sa profession, à quelque influence que ce soit de la part de tiers [qui ne pratiquent pas le barreau]*» angesprochen. Dasselbe Verständnis der anwaltlichen Unabhängigkeit habe der EuGH: Gemäss dem EuGH-Urteil Wouters (Rs. C-309/99, 19.02.2002, Slg. 2002 I-1577) seien die Mitgliedstaaten berechtigt, Regelungen aufzustellen, die vom Rechtsanwalt verlangten, dass er sich in einer Position der Unabhängigkeit gegenüber staatlichen Stellen, anderen Wirtschaftsteilnehmern und Dritten befinde (E. 4.2). Weiter wies das BGer darauf hin, dass die in der parlamentarischen Beratung des BGFA geäußerte Befürchtung, eine restriktive Handhabung des Registereintrags im Zusammenhang mit der Unabhängigkeitsfrage führe zu einer Inländerdiskriminierung, unberechtigt sei. Die einschlägigen Regelungen in den Abschnitten 4 und 5 BGFA (i.V.m. Art. 12) stünden in Einklang mit dem FZA (Verweis insb. auf Anh. III FZA, wo in B.3. zwei RL erwähnt werden, die u.a. die Zulassungen von Anwälten im Anstellungsverhältnis regelten; E. 5.1.2).

### **3.2.2. Zeitspanne September 2009 bis Oktober 2015**

Das BGer hat sich in der Zeit September 2009 bis Oktober 2015 in gut 30 publizierten Urteilen zum Teil intensiv mit der EuGH-Rechtsprechung zum FZA resp. dem diesem zugrundeliegenden Unionsrecht auseinandergesetzt. Rund 60 % der Urteile in dieser zweiten Phase sind zum Themenbereich der Gewährung der Freizügigkeit zugunsten gewisser Personengruppen ergangen, wobei das wichtigste Urteil im September 2009 gefällt wurde (BGE 136 II 5).

#### **3.2.2.1. Gewährung der Freizügigkeit zugunsten gewisser Personengruppen**

Hinzuweisen ist zunächst auf den viel diskutierten Grundsatzentscheid **BGE 136 II 5** vom 29.09.2009, in dem sich das BGer hauptsächlich mit dem Anwendungsbereich der Familienanzugsregelung nach Art. 7 FZA i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Anh. I FZA im Fall von Drittstaatsangehörigkeit zu befassen hatte.<sup>147</sup> Das BGer erörterte zunächst seine bisherige Praxis (**BGE 130 II 1** mit Verweis auf EuGH-Urteil Akrich, **BGE 134 II 10** mit Verweis auf das die Akrich-Praxis relativierende Urteil EuGH Jia Yunying, Rs. C-1/05, 07.01.2007, Slg. 2007 I-1). Sodann hielt es fest, dass sich der EuGH im Urteil Metock (Rs. C-127/08, 25.07.2008, Slg. 2008 I-6241) nunmehr «*ausdrücklich vollständig von seiner in der Sache Akrich verfolgten*

<sup>147</sup> Dazu statt vieler Maiani, Metock, S. 46.

*Rechtsauffassung abgewendet*» habe. Danach setze das Recht auf Familiennachzug neu nicht mehr den vorherigen rechtmässigen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat voraus (E. 3.3). In E. 3.4 erwog das BGer, nach Art. 16 Abs. 2 FZA sei für die Anwendung des FZA die einschlägige EuGH-Rechtsprechung vor dem 21.06.1999 massgebend, es könne *«aber, ohne dazu verpflichtet zu sein, zum Zwecke der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens auch seither ergangene Urteile des Gerichtshofs heranziehen»*. Das FZA wolle laut Präambel die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der EU geltenden Bestimmungen verwirklichen; die Vertragsparteien wollten zur Erreichung der Ziele des Abkommens alle erforderlichen Massnahmen treffen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der EU, auf die Bezug genommen werde, Anwendung finden (Art. 16 Abs. 1 FZA). Und weiter:

«Um das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage nicht zu gefährden, wird das [BGer] in angemessener Weise nach dem [21.06.1999] ergangene Rechtsprechungsänderungen des EuGH in seine Beurteilung einbeziehen und ihnen Rechnung tragen. Das gilt allerdings nur, soweit das Abkommen auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze zurückgreift. Da der EuGH nicht berufen ist, für die [CH] über die Auslegung des [FZA] verbindlich zu bestimmen, ist es dem [BGer] überdies nicht verwehrt, aus triftigen Gründen zu einer anderen Rechtsauffassung als dieser zu gelangen. Es wird dies aber mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichthin tun».

Alsdann befasste sich das BGer einlässlich mit der Problematik, dass die VO Nr. 1612/68, dessen Art. 10 in Art. 3 Anh I FZA übernommen worden sei, durch die RL 2004/38/EG (UBRL) Änderungen erfahren habe und dadurch auch verschiedene RL aufgehoben bzw. ersetzt worden seien. Nach einlässlicher Erörterung der Entwicklung der EuGH-Praxis kam es zum Schluss, dass das neue Unionsrecht im fraglichen Kontext *«keine wesentlichen Änderungen»* gebracht habe (E. 3.6.2 f.) und der EuGH den Fall *Metock* wohl *«auch auf der Grundlage der vorgängigen Rechtserlasse gleichermassen entschieden hätte»* (E. 3.6.4). Als Zwischenergebnis hielt es fest, dass *«zur Gewährleistung der parallelen Rechtslage in Angleichung an das Urteil Metock an der Geltung der Rechtsprechung gemäss dem Urteil Akrich»* nicht festgehalten werden könne. Der Nachzug eines Familienmitglieds mit Drittstaatsangehörigkeit nach FZA setze (neu) nicht (mehr) voraus, dass sich dieser Familienangehörige bereits rechtmässig mit einem nicht nur vorübergehenden Aufenthaltstitel in der CH oder einem anderen Vertragsstaat aufgehalten habe (E. 3.7). – Auch bei der Anschlussfrage, ob das Nachzugsrecht nach Art. 5 Abs. 1 Anh. I FZA eingeschränkt werden darf, prüfte und bejahte das BGer die Anknüpfung an das Unionsrecht. Weiter stellte es fest, dass die EuGH-Praxis gestützt auf die neue UBRL bislang keine wesentlich neue Entwicklung erfahren habe, deren Übernahme auf das FZA in Frage stehen könnte (E. 4.1). Danach rekapitulierte es seine an die EuGH-Praxis angegliche Praxis gemäss BGE 130 II 176, wonach Entfernung- oder Fernhaltungsmassnahmen eine *«hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung»* voraussetzten (E. 4.2).

Auch im **BGE 136 II 65** vom 05.01.2010 ging es um die Familiennachzugsregelung nach Art. 7 FZA i. V. m. Art. 3 Abs. 1 und 2 Anh. I FZA; konkret war strittig, ob drittstaatsangehörige Stiefkinder, deren Stiefelternteil die EU-Staatsangehörigkeit hat, nachzugsberechtigte Verwandte nach Art. 3 Anh. I FZA sind. Das BGer bestätigte zunächst die Praxisänderung gemäss BGE 136 II 5 (E. 3.4). Es erwog weiter, die Regelung zur Familienvereinigung im FZA sei jener in der (durch die UBRL abgeänderten) VO Nr. 1612/68 nachgebildet; alsdann analysierte

es das Urteil EuGH Baumbast (Rs. C-413/1999, 17.09.2002, Slg. 2002 I-7091) und argumentierte, dieses sei nach dem 21.06.1999 ergangen und daher nach Art. 16 Abs. 2 FZA «*grundsätzlich nicht verbindlich*» (E. 4.1). Ebenfalls «*nur bedingt massgebend*» seien die Regeln über die Unionsbürgerschaft in der UBRL; daran könnten nur Rechtsfolgen anknüpfen, die dem Sinn und Geist des FZA entsprechen und diesem zugrunde liegen, was freilich (Einzelfallprüfung vorbehalten) beim Familiennachzug vielfach gegeben sei, wiewohl die UBRL auch Rechte enthalte, die für die CH nicht verbindlich seien (E. 4.2). Das BGer erwog aber, das Urteil EuGH Baumbast knüpfe nicht an neues EU-Sekundärrecht an; vielmehr sei die zur früheren Rechtslage ergangene EuGH-Praxis, auf die sich auch das Urteil Baumbast stütze (u.a. VO Nr. 1612/68), soweit hier interessierend im Sinn einer Klarstellung in die UBRL überführt worden. Diese Rechtsänderung bringe keine «*wesentlichen Änderungen*» mit sich, sondern basiere auf der EuGH-Praxis, wie sie bereits vor dem 21.06.1999 ergangen und damit für die Anwendung des FZA ohnehin «*massgebend*» sei (E. 4.3). Die Anwendung der FZA-Familiennachzugsregelung auf Stiefkinder entspreche der Zweckrichtung der Regelung der Familienvereinigung und werde auch von der Lehre praktisch einhellig befürwortet (E. 4.4 f.). Insgesamt sei analog zur Anpassung der bundesgerichtlichen Praxis an die EuGH-Metock-Rechtsprechung auch in casu eine «*Angleichung der Praxis zum Freizügigkeitsrecht an diejenige zum Gemeinschaftsrecht*» zu befürworten, zumal triftige Gründe fehlten, die eine unterschiedliche Regelung rechtfertigten. Vielmehr überwiege das Interesse an einer parallelen Rechtslage und an einem möglichst einheitlichen Freizügigkeitsraum (E. 4.6). Relativierend führte das BGer aus, auch nach dem Freizügigkeitsrecht sei der Familiennachzug «*nicht vorbehaltlos zulässig*»; vielmehr gälten verschiedene Anforderungen, ferner sei der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit (Art. 5 Anh. I FZA) zu beachten (E. 5).

Im wenig später gefällten **BGE 136 II 177** (02.02.2010) hat das BGer sein Urteil 136 II 65 bekräftigt und zusammenfassend festgehalten, dass es beim Familiennachzug für Stiefkinder «*nicht um einen neuen, an die EU-Bürgerschaft anknüpfenden weiterführenden Aspekt der Personenfreizügigkeit innerhalb der Union [gehe], sondern um eine Konsolidierung des 'Acquis communautaire', wie ihn die CH mit der Unterzeichnung (Art. 16 Abs. 2 FZA) des [FZA] übernommen hat*» (E. 3.2.1).

Im **BGE 137 II 242** vom 24.03.2011 hatte das BGer einen gestützt auf Opferhilferecht geltend gemachten Anspruch auf soziale Vergünstigen nach Art. 9 Abs. 2 Anh. I FZA zu beurteilen. Es erwog, dieser Begriff lehne sich an Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1612/68 an und sei ein solcher des EU-Rechts, weshalb zu seiner Bestimmung «*grundsätzlich*» die Praxis des EuGH vor 21.06.1999 zu berücksichtigen sei (Art. 16 Abs. 2 FZA). Es zitierte dann allerdings auch neuere Urteile und hielt u.a. fest, der Begriff sei mit dem EuGH extensiv auszulegen (E. 3.2.1). Die innerstaatliche Opferhilfe ist gemäss BGer geeignet, «*die Mobilität innerhalb der Gemeinschaft im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu erleichtern*», weshalb sie als soziale Vergünstigung nach Art. 9 Abs. 2 Anh. I FZA zu qualifizieren sei (E. 3.2.2).

Ähnlich wie in den erwähnten BGE 136 II 65 und 177 ging es auch im **BGE 139 II 393** vom 22.03.2013 um das (vom Verbleiberecht eines Kindes) abgeleitete Anwesenheitsrecht der die Sorge tatsächlich wahrnehmenden drittstaatsangehörigen Mutter gestützt auf Art. 3 Abs. 6 Anh. I FZA, nachdem sich deren Anrufung eines eigenständigen Rechts nach Art. 3 Abs. 1 Anh. I

FZA als rechtsmissbräuchlich erwies (E. 2). Das BGer konstatierte, dass Art. 3 Abs. 6 Anh. I FZA mit Art. 12 (der von der CH als *Acquis communautaire* übernommenen) VO Nr. 1612/68 praktisch übereinstimme, um dann zunächst das Urteil Baumbast (vgl. hiervor) und sodann die Urteile Ibrahim und Teixeira (R. C-310/08 bzw. C-480/08, 23.02.2010, Slg. 2010 I-01065 bzw. I-01107) zusammenzufassen (E. 3). Es erwog weiter, das FZA sei nach Art. 31 ff. VRK auszuliegen, verwies auf Art. 16 Abs. 2 FZA, wiederholte E. 3.1 von BGE 136 II 65 (= BGE 136 II 5 E. 3.4) und präzierte diese Regel wie folgt (E. 4.1.1):

«[...] Bezüglich 'neuer' Entwicklungen besteht gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA keine *Befolgungspflicht*, sondern höchstens ein *Beachtungsgebot* in dem Sinn, dass diese nicht ohne sachliche Gründe unbeachtet bleiben sollen, aber aus der Sicht der Vertragspartner auch nicht zu einer nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts führen dürfen. Für eine solche sind die Verfahren nach Art. 17 (Entwicklung des Rechts) und Art. 18 (Revision) FZA vorgesehen. Der Schweizer Richter muss die Tragweite der neuen Rechtsprechung des EuGH jeweils auf dem Stand des 1999 übernommenen 'Acquis communautaire' würdigen und auslegungsweise klären, ob deren Gehalt (noch) dem Regelungsgegenstand des an sich statisch ausgestalteten FZA entspricht oder ausschliesslich Teil der dynamischen Weiterbildung des Unionsrechts seit dem 21. Juni 1999 bildet und jenen damit sprengt».

Das BGer berief sich weiter auf die sog. «*Kernbereichsdoktrin*», wonach nach 21.06.1999 ergangene Entscheide i.d.R. «*nicht anwendbar*» seien, soweit es um Normen der Unionsbürgerschaft und deren Kernbereich oder um neue Rechte gemäss der UBRL gehe (E. 4.1.2; Verweise auf Art. 20 ff. AEUV, EuGH-Urteil Zambrano, C-34/09, 08.03.2011, Slg. 2011 I-01177). In E. 4.2.1 liess es dann offen, ob die neue Praxis Baumbast und Ibrahim/Teixeira bei der Auslegung von Art. 3 Abs. 6 Anh. I FZA zu übernehmen sei (E. 4.2.1 ff.).

Im relativ breit diskutierten<sup>148</sup> **BGE 140 II 167** (29.01.2014) hatte das BGer eine Verletzung des Diskriminierungsverbots (Art. 2 FZA i.V.m. Art. 9 Abs. 2 Anh. I FZA) durch die Quellenbesteuerung eines EU-Staatsbürgers in der CH zu beurteilen und bestätigte darin den ähnlich gelagerten BGE 136 II 241: Das BGer hielt zunächst fest, laut der EuGH-Praxis zum primärrechtlichen Grundsatz der Personenfreizügigkeit dürfe ein Mitgliedstaat Angehörige anderer Mitgliedstaaten bei der Erhebung direkter Steuern grundsätzlich nicht schlechter behandeln als die eigenen Staatsangehörigen (E. 4.1 m.w.H. auf EuGH-Rechtsprechung vor und nach 21.06.1999). In E. 4.2 f. befasste es sich mit Inhalt und Grenzen des (dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot nachgebildeten) Diskriminierungsverbots nach Art. 2 FZA und verwies u.a. auf die (je das FZA betreffenden) EuGH-Entscheide Grimme (Rs. C-351/08, 12.11.2009, Slg. 2009 I-10777) und Hengartner (Rs. C70/09, 15.07.2010, Slg. 2010 I-7233). So, wie Art. 2 FZA von vornherein nur in Bezug auf die im FZA genannten Tatbestände greifen könne, gelte auch die nach «*Art. 16 Abs. 2 FZA bestehende Verpflichtung, die bis [21.06.1999] ergangene Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen, [...] nur in Bezug auf die Anwendungen [des FZA]*», weshalb «*die den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt gegebene Auslegung nicht automatisch auf die Auslegung des [FZA] übertragen werden [könne]*» (E. 4.4). Der Begriff «*steuerliche Vergünstigung*» in Art. 9 Abs. 2 FZA sei ein solcher des EU-Rechts, weshalb nach Art. 16 Abs. 2 FZA die EuGH-Praxis zu berücksichtigen

<sup>148</sup> Vgl. z.B. Tobler, Grimme, passim.

sei (E. 4.5). Art. 2 FZA und Art. 9 Abs. 2 Anh. I FZA untersagten nach der (gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA massgebenden) EuGH-Praxis sowohl direkte als auch indirekte (mittelbare) Diskriminierungen (E. 4.6, Verweis auf das Urteil EuGH Graf/Engel, Rs. C-506/10, 06.10.2011, Slg. 2011 I-09345). Vorliegend sei eine nachträgliche ordentliche Veranlagung erfolgt, um die Diskriminierung zu heilen; dennoch werde der Betroffene anders behandelt, als wenn er Schweizer Bürger wäre, was nur dann zulässig sei, wenn dies nach Art. 21 Abs. 3 FZA (Massnahmen zur Gewährleistung der Besteuerung) gerechtfertigt sei (E. 4.8, E. 5.1–5.5). Art. 21 Abs. 3 FZA verwende keine unionsrechtlichen Begriffe, weshalb er autonom auszulegen sei (E. 5.5.2); die Quellensteuer sei *«als solche mit dem FZA vereinbar»* (E. 5.5.2) resp. *«als Sicherungsinstrument in Art. 21 Abs. 3 FZA vorbehalten»* und gerechtfertigt, soweit sie durch ihren Sicherungszweck bedingt oder zwangsläufig mit diesem System verbunden sei (E. 5.5.3).

Über eine Freizügigkeitsbeschränkung eines Gerichtsdolmetschers infolge einer Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung (Art. 10 Anh. I FZA) oder wegen Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 16 Anh. I FZA) war im **BGE 140 II 112** vom 31.01.2014<sup>149</sup> zu entscheiden: Nach einer Rekapitulation der BGer-Praxis zur innerstaatlichen Qualifikation von Gerichtsdolmetschern oder -sachverständigen als hoheitliche Tätigkeit (auch nach BGBM) befasste sich das BGer mit Art. 16 Anh. I FZA und wiederholte einleitend BGE 136 II 5 E. 3.4, bevor es konstatierte, Art. 16 Anh. I FZA sei Unionsrecht nachgebildet, weshalb für seine Interpretation wie auch für die Rechte nach Art. 4 und 7 FZA i.V.m. Art. 12 ff. Anh. I FZA die einschlägige EuGH-Praxis heranzuziehen sei (E. 3.2). Nach Erörterung der EuGH-Alt- und -Neu-Rechtsprechung zu dieser Bereichsausnahme konstatierte das BGer, die EuGH-Praxis habe sich *«in ihrem Kernbestand seit langer Zeit herausgebildet»* und sei *«nicht ausschliesslich Teil der Weiterbildung des Unionsrechts»* nach 21.06.1999 (BGE 139 II 393 E. 4.1.1). Damit sei aufgrund von Art. 16 Abs. 2 FZA i.V.m. Art. 16 Anh. I FZA die Begriffsbildung gemäss EuGH für die CH verbindlich; der beschwerdeführende Gerichtsdolmetscher übe blosser Hilfsfunktion für die Ausübung öffentlicher Gewalt aus und werde von dieser Bereichsausnahme nicht erfasst (E. 3.2.1–3.2.4); so zu entscheiden stehe nur begrifflich, nicht aber inhaltlich im Widerspruch zur (bisherigen) nationalen Betrachtung (E. 3.3). Gleich verhalte es sich mit Art. 10 Anh. I FZA, soweit der Gerichtsdolmetscher als unselbständig erwerbstätig gelte (E. 3.5). Das BGer stellte aber klar, dass gewisse faktische (über Art. 5 Abs. 1 Anh. I FZA hinausgehende) Einschränkungen, die der EuGH zur Niederlassungsfreiheit im EU-Binnenrecht entwickelt habe und ausnahmsweise einen Eingriff rechtfertigten (Urteil EuGH Graf/Engel, Rs. C-506/10, 06.10.2011, Slg. 2011 I-09345), gestützt auf Art. 16 Abs. 1 FZA zum Tragen kommen könnten, so etwa zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses (E. 3.6.1 f.).

Im Urteil **140 II 364** vom 23.06.2014 hatte das BGer über die steuerliche Abzugsfähigkeit von Jahresbeiträgen an eine Säule 3a-Versicherung bei fehlender AHV-Pflicht in der CH zu befinden. Das BGer erwog zunächst, nach DBG und StHG könnten Säule 3a-Beiträge nur Personen abziehen, die der AHV-Pflicht unterstellt seien (E. 2 f.), ohne dass dies vom System der sozialen Sicherheit nach Art. 8 und Anh. II FZA erfasst werde (E. 4). Weiter war zu entscheiden, ob die fehlende steuerliche Abzugsmöglichkeit mit dem spezifisch für Arbeitnehmende statuierte

---

<sup>149</sup> Dazu statt vieler: Pirker, Auslegung, passim.

Diskriminierungsverbot (Art. 9 Abs. 2 Anh. I FZA) in Einklang steht (E. 5.1). Bei der Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs nach Art. 9 Anh. I FZA zitierte das BGer zunächst Art. 16 Abs. 1 FZA und bekräftigte die Rezeptionsformel gemäss BGE 136 II 5 E. 3.4 (E. 5.3). Art. 9 Abs. 1 und 2 Anh. I FZA stimmten materiell mit Art. 45 AEUV und wörtlich mit Art. 7 Abs. 1 und 2 VO Nr. 1612/68 überein. Die darin geregelte Arbeitnehmerfreizügigkeit sei, so das BGer unter Verweis auf zwei neue EuGH-Urteile, zweckgebunden und vermittele dem mobilitätswilligen Bürger grundsätzlich nur Rechte, wenn dieser seinen Heimatstaat aus wirtschaftlichen Gründen (eben zur Arbeitsaufnahme in einem anderen Mitgliedstaat) verlassen wolle. Hingegen erfüllten Arbeitssuchende sowie ehemalige Arbeitnehmende die Arbeitnehmereigenschaften nicht (Verweis auf ein älteres sowie das EuGH-Urteil Collins, C-138/02, 23.03.2004, Slg. 2004 I-02703). Das gelte erst recht für Personen, die nicht im Wohnsitzstaat (CH), sondern in einem anderen Land erwerbstätig seien (E. 5.4). Diese Auslegung des EuGH sei entsprechend Art. 16 Abs. 2 FZA *«auch Basis für die Anwendung von Art. 9 Anh. I FZA»*. In casu sei die steuerpflichtige Person Deutscher, wohne in der CH und arbeite in Frankreich für eine deutsche Firma. Daher sei er kein Arbeitnehmer im vorgenannten Sinn, sondern besitze bloss eine Aufenthaltbewilligung nach Art. 24 Anh. I FZA. Da somit Art. 9 Abs. 2 Anh. I FZA keine Grundlage bilde, um zu beurteilen, ob die fehlende Abzugsfähigkeit der Säule 3a-Beiträge diskriminierend sei (E. 5.5), prüfte das BGer diese Frage nach dem allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 2 FZA), wobei diese Bestimmung wiederum entsprechend Art. 16 Abs. 2 FZA unter Bezugnahme auf das EU-Recht auszulegen sei (E. 6.1). Nach allgemeinen Hinweisen zum Diskriminierungstatbestand und darauf, dass der sachliche Schutzbereich von Art. 2 auf die Anwendung des FZA (inkl. dessen Anhänge) beschränkt sei und einen Auslandsbezug erfordere (diverse Verweise auf Lehre und BGE, z.B. auf 140 II 167, 136 II 241), stellte das BGer fest, dass keine offene, sondern höchstens eine versteckte Diskriminierung vorliegen könnte (E. 6.2). Es legte unter Verweis auf ein älteres sowie ein neues EuGH-Urteil dar, wann eine solche Diskriminierungsform allgemein vorliegt. In casu ergebe sich qua Verweis im DBG und StHG die Berechtigung zur Abzugsfähigkeit aus dem Sozialversicherungsrecht. Die betroffene Person arbeite in Frankreich und entrichte dort Renten- und Arbeitslosenversicherungsbeiträge. Mit dem massgeblichen *«Erwerbssortprinzip»* komme ein neutrales Kriterium zum Tragen, welches Ausländer im Vergleich zu Schweizer Bürgern nicht benachteilige (E. 6.3).

### **3.2.2.2. Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit**

Im Zeitraum September 2009 bis Oktober 2015 ist auf folgende drei BGE hinzuweisen:

Im **BGE 138 V 186** vom 17.02.2012 war erstens die obligatorische AHV-Versicherung einer deutschen Staatsangehörigen strittig, die über keinen Wohnsitz in der CH verfügte, jedoch für ein schweizerisches Missionswerk in Tansania arbeitete. Das BGer verneinte das Bestehen dieser Versicherung, da die betroffene Person mangels Wohnorts in einem Mitgliedstaat keinen Anspruch auf Gleichbehandlung mit Schweizer Bürgern gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1408/71 (i.V.m. Art. 8 FZA und Art. 1 Anh. II FZA bzw. i.V.m. Art. 153a Abs. 1 Bst. a AHVG) geltend machen könne (auf diese Erkenntnisse bezogen sich auch spätere, hier nicht wiedergegebene Urteile wie z.B. BGE 138 V 533 E. 4.2). Zur Begründung erörterte das BGer den Wohnsitzbegriff und hielt u.a. fest, das Unionsrecht überlasse dessen Regelung weitgehend

den Mitgliedstaaten (Verweis auf drei ältere EuGH-Entscheide). Es beurteilte den Fall deshalb nach den von ihm entwickelten Kriterien (E. 3.2 f.). Zu keinem anderen Ergebnis führe – zweitens – das Gleichbehandlungsgebot betreffend soziale Vergünstigungen nach Art. 9 Abs. 2 Anh. I FZA (das subsidiär zum zuvor geprüften Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1408/71 sei). Dieser Begriff sei ein solcher des Unionsrechts, weshalb zu dessen Bestimmung «*grundsätzlich*» die EuGH-Rechtsprechung vor dem 21.06.1999 zu berücksichtigen sei (Art. 16 Abs. 2 FZA). Nach der EuGH-Praxis zu Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1612/68 sei dieser Begriff extensiv auszulegen und umfasse alle Vergünstigungen, die inländischen Arbeitnehmenden hauptsächlich wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres gewöhnlichen Wohnsitzes im Inland gewährt würden und deren Erstreckung auf Arbeitnehmende aus anderen Mitgliedstaaten deshalb geeignet erscheine, ihre Mobilität innerhalb der Gemeinschaft zu erleichtern (Verweise auf ältere und ein neues EuGH-Urteil; E. 3.4.1). Die in casu zu beurteilende Versicherungseigenschaft stelle keine soziale Vergünstigung dar, sondern berühre allein eine Leistung der sozialen Sicherheit gemäss der VO Nr. 1408/71 (E. 3.4.2).

Der **BGE 138 V 258** vom 26.04.2012 drehte sich um die Frage, ob Einkünfte, die ein ehemaliger deutscher Bürgermeister sowohl in der CH (Wohnsitzland) als auch in Deutschland erzielt hatte, integral als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne der schweizerischen AHV-Gesetzgebung zu qualifizieren sind, oder ob der Verdienst aus selbständiger Tätigkeit in Deutschland bei der Beitragserhebung ausser Acht zu bleiben hat. Das BGer hatte insb. zu beurteilen, ob eine in Art. 14e VO Nr. 1408/71 enthaltene Sonderregelung anwendbar ist. Es führte zunächst aus, das FZA sehe keine überstaatliche Gerichtsinstanz vor, die über die korrekte und einheitliche Anwendung des FZA wache. Vielmehr seien Auslegungsfragen gemäss der in Art. 11 FZA verankerten innerstaatlichen Rechtsweggarantie durch die CH allein zu lösen unter Berücksichtigung der Auslegungsregeln gemäss VRK (E. 5.3.1 f.). Weiter hielt es fest, dass, soweit für die Anwendung der VO Nr. 1408/71 Begriffe des Unionsrechts herangezogen würden, aufgrund von Art. 16 Abs. 2 FZA die bis 21.06.1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen sei; später ergangene Urteile seien «*heranzuziehen, sofern sie sich darauf beschränken, bereits bekannte Grundsätze zu wiederholen und ohne neue Elemente auf einen gleichartigen Fall anzuwenden*» (E. 5.3.2; Verweis auf BGE 132 V 423 E. 9.3 f.). Das BGer erwog alsdann, nach der Praxis des EuGH seien Sonderregeln wie die vorliegende «*grundsätzlich eng auszulegen*» (Verweis auf zwei ältere EuGH-Urteile). Auch in Anbetracht der Entstehungsgeschichte und des Normzwecks von Art. 14e VO Nr. 1408/71 liege kein Anwendungsfall dieser Norm vor (E. 5.3.3).

Im **BGE 141 V 530** vom 11.09.2015 waren die Ausrichtung bzw. der Export einer ausserordentlichen schweizerischen IV-Rente an eine schweizerische Staatsangehörige umstritten, die aufgrund ihres schweren Geburtsgebrechens bei ihren Eltern in Frankreich lebte. Das BGer hielt zunächst fest, Art. 7 VO Nr. 883/2004 entspreche im Wesentlichen Art. 10 Abs. 1 (der bis 31.03.2012 massgeblichen) VO Nr. 1408/71 (Verweis auf BGE 138 V 533 E. 2.1). Gemäss Art. 70 Abs. 1 und 3 VO Nr. 883/2004 gelten Art. 7 und die anderen Kapitel des Titels III dieser VO nicht für «*besondere beitragsunabhängigen Geldleistungen*», die nach Rechtsvorschriften gewährt werden, welche aufgrund ihres persönlichen Geltungsbereichs, ihrer Ziele oder ihrer Anspruchsvoraussetzungen sowohl Merkmale der sozialen Sicherheit (Art. 3 Abs. 1 VO Nr.

883/2004) als auch der Sozialhilfe aufwiesen. Nach Art. 70 Abs. 4 VO Nr. 883/2004 würden diese Leistungen ausschliesslich in jenem Mitgliedstaat, in dem die betreffende Person wohne, und nach dessen Rechtsvorschriften gewährt (E. 7.2.1). Die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen definiere Art. 70 Abs. 2 VO Nr. 883/2004, der Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> VO Nr. 1408/71 (in der per 13.04.2005 geänderten Fassung) entspreche und die insoweit vom EuGH entwickelten Grundsätze (Verweis auf zwei neue Urteile) berücksichtige (Verweis auf BGE 132 V 423 E. 9.4.2; E. 7.2.3). Gemäss Eintrag der CH in Anh. X VO Nr. 883/2004 stellten die beitragsunabhängigen ausserordentlichen Renten für Invalide, die vor Eintritt ihrer Arbeitsunfähigkeit nicht aufgrund einer Arbeitstätigkeit unter schweizerisches Recht gefallen seien, besondere leistungsunabhängige Geldleistungen dar. Dieser Eintrag basiere auf dem Beschluss Nr. 1/2012 des GA vom 31.03.2012 (vgl. Anh. II FZA, geändert per 13.04.2012). Die ausserordentliche IV-Rente sei deshalb so qualifiziert worden, weil es sich um eine hybride bzw. gemischte Leistung handle (vgl. E. 7.3). Vorliegend bestehe kein Grund, davon abzuweichen, nachdem der EuGH in Bezug auf eine mit der ausserordentlichen IV-Rente der CH vergleichbare niederländische Leistung entschieden habe, diese qualifiziere (ebenfalls) als beitragsunabhängige Leistung im Sinn von (dem geltenden Art. 70 VO Nr. 883/2004 entsprechenden) Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> VO Nr. 1408/71 und könne nur entrichtet werden, wenn die bezugsberechtigte Person in den Niederlanden wohne (Verweis auf zwei neue EuGH-Urteile; vgl. E. 7.4).

### 3.2.2.3. Anerkennung von Befähigungsnachweisen

In der Zeitspanne September 2009 bis Oktober 2015 hat das BGer bloss ein amtlich publiziertes Urteil zu diesem Bereich gefällt: Im **BGE 136 II 470** vom 31.08.2010 war die (teilweise) verweigerte gesamtschweizerische Anerkennung zweier kantonaler Bewilligungen aus dem Bildungsbereich strittig. Das BGer erwog zunächst, das BGBM kenne drei Systeme der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen, jene nach der einschlägigen interkantonalen Vereinbarung, dem FZA und dem – grundsätzlich insoweit subsidiären – Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM (E. 3.2 f.). Da im damaligen Zeitpunkt der GA Anh. III FZA noch nicht an die (neue) RL 2005/36/EG angepasst hatte (dies geschah erst 2011), stützte sich das BGer unter Verweis auf Art. 16 Abs. 2 FZA noch auf die alten RL und führte weiter aus, dass zudem – ebenfalls aufgrund dieser Norm – *«il y a lieu de tenir compte de la jurisprudence de la [EuGH] antérieure à la date de la signature de l'accord»*, um diese alsdann unter Verweis auf BGE 133 V 33 E. 9.4 kurz zusammenfassend wiederzugeben (E. 4.1). In der Folge stützte sich das BGer direkt auf die RL und auf das nationale Recht, ohne Urteile des EuGH heranzuziehen (vgl. E. 4.2 f. und 5).

### 3.2.3. November 2015 bis August 2019

Wie die voranstehenden beiden, orientiert sich auch die Unterteilung der dritten Phase, in der gut 15 Urteile ergangen sind, grundsätzlich an der Systematik des FZA. Allerdings rechtfertigt es sich, in einem gesonderten Abschnitt die Rezeptionspraxis zur Landesverweisung nach Art. 66a ff. StGB nachzuzeichnen. Diese Praxis ist relativ jung: Art. 66a ff. StGB wurden in Umsetzung der eidgenössischen Volksinitiative *«Für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)»* (Art. 121 Abs. 3–6 BV) am 20.03.2015 erlassen und auf den

01.10.2016 in Kraft gesetzt.<sup>150</sup> Sie dürfte auch weiterhin in aller Regel die Gewährung der Freizügigkeit zugunsten gewisser Personengruppen (Art. 1–7 FZA, Anh. I FZA) beschlagen und könnte damit ebenso gut in diesem Kontext abgehandelt werden. Sie dennoch in einem separaten Abschnitt zu bringen, lässt sich aber damit rechtfertigen, dass deren Urheberin nicht eine der öffentlich- oder sozialrechtlichen, sondern die strafrechtliche Abteilung des BGer ist, die – wie sich zeigen wird (Ziff. 3.2.3.4) – die Landesverweisung nach Art. 66a ff. StGB als Massnahme ohne jede migrationsrechtliche Komponente versteht und sich bewusst von der Rechtsprechung zum Ausländerrecht abgrenzt resp. davon distanziert.

### **3.2.3.1. Gewährung der Freizügigkeit zugunsten gewisser Personengruppen**

An erster Stelle ist auf den vieldiskutierten<sup>151</sup> **BGE 142 II 35** vom 26.11.2015 einzugehen: Darin hatte das BGer über das Aufenthaltsrecht einer sorgeberechtigten drittstaatsangehörigen Mutter eines deutschen Kindes (umgekehrter Familiennachzug) bei fehlendem Nachweis hinreichender finanzieller Mittel zu entscheiden. Zunächst wiederholt das BGer die mit BGE 136 II 5 und 65 begründete, «*inzwischen ständiger*» Praxis entsprechende Formel zu Art. 16 Abs. 2 FZA, um alsdann vorweg über die Fragen zu entscheiden, in welchem Verhältnis Art. 121a BV zum FZA und dessen bisheriger Auslegung und Anwendung steht und ob Art. 121a BV ein triftiger Grund darstellt oder es rechtfertigt, das FZA restriktiver als bisher auszulegen (E. 3): Das BGer hielt zunächst fest, Art. 121a BV sei nicht direkt anwendbar, sondern bedürfe der (damals laufenden) Umsetzung im Wege der Gesetzgebung (E. 3.1). Das FZA sei nach Art. 26 und 31 VRK auszulegen, und die CH könne sich aufgrund von Art. 27 VRK nicht auf innerstaatliches Recht (wie Art. 121a BV) berufen, um die Nichterfüllung des FZA zu rechtfertigen. Mit den Bilateralen I-Verträgen sei die CH zwar nicht Teil des EU-Binnenmarkts geworden, doch beteilige sie sich im Rahmen der Abkommen daran immerhin sektoriell. Dies funktioniere nur, wenn die massgebenden Normen, soweit sie Gegenstand des FZA bildeten, einheitlich verstanden würden und der EuGH (Verweis auf EuGH-Urteil Graf/Engel, Rs. C-506/10, 06.10.2011, Slg. 2011 I-09345) sowie das BGer nicht ohne sachliche Gründe von einem gemeinsamen Verständnis der verwendeten Begriffe im Rahmen des freizügigkeitsrechtlich übernommenen *Acquis communautaire* abwichen. Die Ausnahme nach der mit BGE 99 Ib 39 begründeten «*Schubert-Praxis*» («*PKK-Rechtsprechung*» nach BGE 125 II 417; Verweise auf BGE 138 II 524 und 139 I 16) gelte im Verhältnis zur EU und den von der CH im FZA eingegangenen Pflichten nicht, weil es dabei – über die Realisierung der teilweise übernommenen Grundfreiheit hinaus – um eine Angleichung der Rechtsordnung gehe (sektorielle Beteiligung am Binnenmarkt), die für die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits direkt anwendbar sei (Verweis auf EuGH-Urteil van Gend en Loos, Rs. C-26/62, 05.02.1963, Slg. 1963 S. 3) und für welche kraft Unionsrechts der Vorrang dieser Rechtsordnung ebenfalls Geltung habe (Verweis auf EuGH-Urteil Costa, Rs. C-6/64, 15.07.1964, Slg. 1964 S. 1141). Wenn somit innerstaatliche Rechtsänderungen (wie Art. 121a BV) vom FZA abwichen und diese (resp. deren Umsetzungsgesetze) nicht durch völkerrechtskonforme Auslegung in Übereinstimmung mit dem FZA angewendet werden könnten, dann gehe das FZA vor. Aus Art. 121a BV könne sich kein triftiger Grund

<sup>150</sup> Zu Entstehung und Gesetzgebungsarbeiten vgl. insb. BGE 145 IV 55, E. 3.4, 144 IV 332 E. 3.1.1 f. m.w.H.

<sup>151</sup> Statt vieler Hahn, Kündigung, Epiney, Zum BGE 142 II 35, Glaser/Brunner, Defensive, je passim.

ergeben, um im Rahmen der Rechtsprechung vom Vertragsziel der parallelen Rechtslage im übernommenen Bereich abzuweichen (E. 3.2 f.). In der Folge prüfte das BGer soweit hier interessierend Zweierlei:

- Die Beschwerdeführerin berief sich auf Art. 3 Abs. 6 Anh. I FZA und machte ein Aufenthaltsrecht aus der ehemaligen Beziehung zum Vater des gemeinsamen Kindes geltend: Nach der Feststellung, Art. 3 Abs. 6 Anh. I FZA sei Unionsrecht nachgebildet und stimme mit diesem fast wörtlich überein, rekapitulierte das BGer die EuGH-Urteile Baumbast sowie Ibrahim und Teixeira (vgl. vorne Ziff. 3.2.2.1), um dann seine (die Ibrahim/Teixeira-Praxis) einschränkende Auslegung gemäss BGE 139 II 393 zu bekräftigen: Das BGer verneinte die Anwendung von Art. 3 Abs. 6 Anh. I FZA, da das Kind das Recht habe, beim leiblichen Vater zu wohnen, womit es über einen freizügigkeitsrechtlichen Anspruch auf Familiennachzug zu seinem Vater verfüge. Damit könne das Recht auf Abschluss der Ausbildung bereits durch einen Umzug zum Vater sichergestellt werden. Da die beschwerdeführende Mutter sorgeberechtigt und nie mit dem Kindsvater verheiratet gewesen sei, könne sie sich nicht auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a bzw. b Anh. I FZA berufen (E. 4).
- Zu prüfen war sodann eine Anwesenheitsberechtigung gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Anh. I FZA. Das BGer hielt fest, auch diese Norm sei Unionsrecht nachgebildet. Weiter stellte es klar, sich bereits in BGE 135 II 265 E. 3.3 der EuGH-Praxis gemäss dem Urteil Zhu/Chen (Rs. C-200/02, 19.10.2004, Slg. 2004 I-9925) angeschlossen zu haben, auch wenn sie nach dem 21.06.1999 ergangen sei, «*da andernfalls das Aufenthaltsrecht des freizügigkeitsberechtigten Kindes nicht 'effektiv' wahrgenommen werden könnte, mit anderen Worten der von den Vertragsparteien gewollte 'effet utile'*» verfehlt werde. Allerdings stütze sich der Entscheid Zhu/Chen nicht nur auf die von der CH mit dem FZA übernommene RL Nr. 90/364/EWG, sondern auch auf die Unionsbürgerschaft; diese sei aber erst mit dem Vertrag von Maastricht im Primärrecht aufgenommen worden. Mit dieser Aufnahme seien Rechte des erwerbslosen Aufenthalts erweitert worden, was etwa das EuGH-Urteil Zambrano (Rs. C-34/09, 08.03.2011, Slg. 2011 I-1177) zeige. Dies sei für die Schweiz aber gerade nicht massgebend, ebenso wenig andere Erweiterungen gemäss der UBRL (E. 5).

In **BGE 143 II 57** vom 20.01.2017 war im Wesentlichen zu prüfen, ob sich eine schweizerisch-französische Doppelbürgerin auf das FZA berufen und ihre beschwerdeführende drittstaatsangehörige Schwiegermutter ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach Art. 3 Abs. 1 Anh. I FZA geltend machen kann. Das BGer rekapitulierte zunächst seine bisherigen Urteile zur Frage, ob das FZA anwendbar ist auf Personen mit doppelter Staatsangehörigkeit (E. 3.4 m.w.H. u.a. BGE 135 II 369, 136 II 177). Es ging alsdann auf das EuGH Urteil McCarthy (Rs. C-434/09, 05.05.2011, Slg. 2011 I-03375) ein und hielt fest, nicht entschieden zu haben, ob es diese EuGH-Praxis, wonach bei doppelter Staatsangehörigkeit die Regeln über den Familiennachzug nur im Falle vorgängiger Ausübung der Freizügigkeitsrechte zum Tragen kämen (rein interne Doppelbürgersachverhalte), auch für den Anwendungsbereich des FZA als massgebend erachte (E. 3.5). In E. 3.6 zitierte es Art. 16 Abs. 2 FZA, stellte fest, dass besagtes EuGH-Urteil nach dem 21.06.1999 ergangen sei, und wiederholte unter Verweis auf das «*arrêt de principe*» BGE 142 II 35, «*que, de jurisprudence constante, dans le but d'assurer une situation juridique parallèle entre les Etats membres de la Communauté européenne, d'une part, et entre ceux-ci*

*et la Suisse, d'autre part, il s'inspire des arrêts rendus par la CJUE après [21.06.1999], pour autant que des motifs sérieux ne s'y opposent pas»* (m.w.H. u.a. auf BGE 139 II 393, 136 II 5). Das BGer präzisierte, dass auch im Fall einer Berücksichtigung der McCarthy-Praxis nicht ausgeschlossen sei, dass sich ein schweizerischer Doppelbürger auf das FZA berufen könne, sofern er sich in einer Freizügigkeitssituation befinde (E. 3.7). Es erörterte weitere, auch jüngere EuGH-Urteile, so insb. das Urteil O. (Rs. C-456/12, 12.03.2014, ECLI:EU:C:2014:135; E. 3.8). Für das BGer gab es *«aucun motif sérieux»*, um von diesen neuen (im Ergebnis den Anwendungsbereich des FZA einschränkenden) EuGH-Urteilen abzuweichen (E. 3.9).

Weiter ist auf **BGE 144 II 1** vom 29.11.2017 hinzuweisen: In diesem Urteil galt es erstens, über einen Anspruch auf Verlängerung der nach FZA nachgezogenen drittstaatsangehörigen Ehegattin eines aufenthaltsberechtigten EU-Bürgers nach Scheitern der Ehe zu befinden: Das BGer legte zunächst in E. 3.1 die Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 Anh. I FZA dar, allein unter Verweis auf die Normen und bundesgerichtliche Praxis (BGE 139 II 393, 137 II 1 sowie 130 II 113, in welchen allerdings EuGH-Rechtsprechung rezipiert wird). Es verneinte die Anwendbarkeit dieser Norm in casu, da die Ehegattin getrennt von ihrem sich seit 2012 in Spanien befindenden Ehemann lebe (E. 3.2). Zweitens waren Aufenthaltsansprüche des leiblichen Kindes der Ehegattin sowie deren Ansprüche gestützt auf Art. 3 Abs. 6 Anh. I FZA zu prüfen (E. 3.3): Das BGer verwies vorab auf das EuGH-Urteil Baumbast (Rs. C-413/1999, 17.09.2002, Slg. 2002 I-7091) und fasste zusammen, dass es zwar in BGE 139 II 393 noch offengelassen habe, ob diese nach 21.06.1999 ergangene Rechtsprechung bei der Auslegung des (der VO Nr. 1612/68 nachgebildeten) Art. 3 Abs. 6 Anh. I FZA zu übernehmen sei, sich indes dann mit BGE 142 II 35 dieser Rechtsprechung angeschlossen habe (Weiterführung in BGer 2C\_997/2015 vom 30.06.2016). Weiter beschränke sich ein Aufenthaltsrecht gemäss Art. 3 Abs. 6 Anh. I FZA auf Kinder eines Staatsangehörigen einer Vertragspartei. Weil in casu die vorehelich geborene Tochter der Ehegattin (bloss) Stiefkind des spanischen Ehegatten sei, könne sie sich nicht auf diese Bestimmung berufen. Zwar fielen drittstaatsangehörige Stiefkinder eines EU-Angehörigen praxisgemäss ebenfalls unter den Begriff der Familienangehörigen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a Anh. I FZA (Verweis u.a. auf BGE 136 II 65 und 177). Im Unterschied dazu seien aber die Ansprüche nach Art. 3 Abs. 6 Anh. I FZA nach dem klaren Wortlaut auf die *«Kinder eines Staatsangehörigen einer Vertragspartei»* beschränkt, ebenso die Ansprüche nach Art. 12 VO Nr. 1612/68, der Art. 3 Abs. 6 Anh. I FZA zugrunde liege. Auch das Urteil Baumbast und die nachfolgenden Urteile des EuGH (Teixeira und Ibrahim) sprächen in diesem Kontext immer nur von Kindern eines Staatsangehörigen einer Vertragspartei (Verweis u.a. auf BGE 139 II 393, 142 II 35). Zudem gehe es jedenfalls in der vorliegenden Situation nicht um den Familiennachzug eines Wanderarbeiters, habe doch die Stieftochter gar nie beim Ehemann ihrer Mutter gelebt, von dem sie das Anwesenheitsrecht formal ableite. Drittens prüfte das Bundesgericht, ob in casu ein Anwesenheitsrecht in analoger Anwendung von Art. 50 AuG i.V.m. Art. 2 FZA geltend gemacht werden könnte. Dabei bezog es sich auf seine reichhaltige Praxis (u.a. BGE 140 II 167, 139 II 393, 137 II 242), in welcher auch auf das EuGH-Urteil Hengartner und Gasser (Rs. C-70/09, 15.07.2010, Slg. 2010 I-7233) verwiesen worden sei (vgl. E. 4.5).

Wie der eingangs zusammengefasste Entscheid 142 II 35, betrifft auch **BGE 144 II 113** vom 15.01.2018 einen umgekehrten Familiennachzug bzw. ein von verheirateten drittstaatsangehörigen Eltern geltend gemachtes Aufenthaltsrecht, das diese gestützt auf Art. 6 FZA und Art. 24 Anh. I FZA vom gemeinsamen (die spanische Staatsangehörigkeit besitzenden) Kind ableiten: Das BGer zitierte zunächst die Rechtsgrundlagen inkl. nationales Ausführungsrecht sowie dazu ergangene BGE wie namentlich 142 II 35 sowie 135 II 265; es bekräftigte die Rezeptionsformel gemäss BGE 136 II 5 E. 3.4 und wiederholte, sich der EuGH-Praxis gemäss dem Urteil Zhu/Chen (Rs. C-200/02, 19.10.2004, Slg. 2004 I-9925) angeschlossen zu haben. Danach verfügten Unionsbürger im Kindesalter gestützt auf Unionsrecht über ein unbefristetes Aufenthaltsrecht, wenn sie in angemessener Weise krankenversichert seien und ihnen Unterhalt von einem drittstaatsangehörigen Elternteil gewährt werde, soweit dessen Mittel ausreichen, damit keine Belastung der öffentlichen Finanzen des Aufnahmestaates erfolge; diesfalls verfüge der obhutsberechtigte Elternteil über ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht (E. 4.1). Das BGer erwog weiter, dass das vom EuGH anerkannte abgeleitete Aufenthaltsrecht für sorgeberechtigte Eltern nicht nur für einen, sondern (wie in casu) für beide (hier verheirateten) drittstaatsangehörigen Elternteile gelte, welche das Sorgerecht für das Kind gemeinsam wahrnehmen und ohne die dieses sein Aufenthaltsrecht nicht wahrzunehmen vermöchte. Dass im zu beurteilenden Fall das Kind in Spanien geboren sei, sei ebenso wenig relevant wie der Umstand, dass der Aufenthalt der Eltern vorher (teilweise) illegal gewesen sei, zumal dieser Aspekt auch im EuGH-Urteil unklar und damit unerheblich gewesen sei. Entscheidend sei allein, ob dem Kind ein Aufenthaltsrecht zukomme; daraus leite sich dann das Aufenthaltsrecht der Eltern ab. Das BGer bejahte alsdann die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 6 FZA und Art. 24 Anh. I FZA (E. 4.2). Es prüfte weiter, ob das Kind bzw. seine Eltern über ausreichende finanzielle Mittel verfügten und bejahte dies, obschon die Einkünfte illegal erzielt worden waren und obwohl der Vater dazumal arbeitslos war (und die Einkünfte aktuell massgeblich aus der Arbeitslosenversicherung stammten), denn die Praxis zu Art. 24 Abs. 2 Anh. I FZA habe mehrfach festgehalten, dass die Herkunft der finanziellen Mittel unerheblich sei, gehe es doch darum, die öffentlichen Mittel des Aufnahmestaates nicht zu belasten (E. 4.3).

### ***3.2.3.2. Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit***

Im **BGE 142 V 2** vom 17.12.2015 war strittig, ob der beschwerdeführenden Schweizerin die gestützt auf schweizerisches Invaliditätsrecht bezogene Hilflosenentschädigung auch im Fall eines Wegzugs aus der Schweiz ins Ausland zusteht. Das BGer hat vorab BGE 141 V 530 rekapituliert, in dem diese Frage in Bezug auf eine ausserordentliche IV-Rente erörtert wurde (vorne Ziff. 3.2.2.2). In E. 6 prüfte das BGer, wie es sich insoweit mit der Hilflosenentschädigung verhält: Es zitierte zunächst Art. 7 VO Nr. 883/2004 und stellte unter Verweis auf BGE 138 V 533 fest, dass diese Bestimmung im Wesentlichen Art. 10 Abs. 1 VO Nr. 1408/71 entspreche; es ging sodann mit Verweis auf BGE 130 V 145 auf die EuGH-Rechtsprechung zu diesem Art. ein (E. 6.1) und befasste sich dann mit Art. 70 VO Nr. 883/2004: Die darin enthaltene Definition der besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen entspreche Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> VO 1408/71 (in der per 13.04.2005 abgeänderten Fassung). Diese Fassung kodifiziere die vom EuGH in den Urteilen Jauch (Rs. C-215/99, 08.03.2001, Slg. 2001 I-1901) und Leclere/Deaconescu (Rs. C-43/99, 31.03.2001, Slg. 2001 I-4265) gemachten Feststellungen

(E. 6.2). Das BGer verwies sodann gestützt auf BGE 132 V 423 u.a. auf das Prot. zu Anh. II FZA, nach dessen Wortlaut die Hilflosenentschädigung eine derartige besondere beitragsunabhängige Leistung darstelle. Im besagten Urteil Jauch habe der EuGH zwar eine nach österreichischem Recht entrichtete, mit der schweizerischen Hilflosenentschädigung vergleichbare Pflegeentschädigung gerade anders qualifiziert, doch sei dieses Urteil nach 21.06.1999 ergangen und deshalb gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA nicht zu berücksichtigen. Überdies bestehe kein Anlass, vom klaren Wortlaut des Protokolls zu Anh. II FZA und vom diesbezüglichen Beschluss des GA, der «*en pleine connaissance de la jurisprudence Jauch*» gefasst worden sei, abzuweichen (E. 6.3). Auch wenn die Hilflosenentschädigung nicht mehr aufgeführt sei im Anh. zur VO Nr. 883/2004 unter den besonderen beitragsunabhängigen Leistungen (E. 6.4), ergebe sich doch klar aus (der der aktuellen Fassung entsprechenden) Ziff. II Prot. zum Anh. II FZA, so wie er im GA beschlossen worden sei, dass die im IVG und AHVG statuierten Hilflosenentschädigungen nur dann gewährt würden, wenn die betreffende Person in der CH wohne. Es bestehe kein Grund, von den in BGE 132 V 423 dargelegten Grundsätzen abzuweichen. Eine Berücksichtigung der EuGH-Praxis Jauch (Anwendung des Prinzips des Leistungsexports auch auf die Hilflosenentschädigung) würde bedeuten, Anh. II FZA auf dem Weg der Rechtsprechung zu ändern bzw. den in Ziff. II des Protokolls klar zum Ausdruck gebrachten Willen der Vertragsparteien des FZA zu missachten. Zudem würde sich das BGer dadurch über «*la nature en soi statique de l'ALCP*» (Art. 16 Abs. 2 FZA; BGE 139 II 393), über den völkervertragsrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda* (Art. 26 VRK) sowie über die in Art. 18 FZA vorgesehene Kompetenzordnung und Verfahrensregelung hinwegzusetzen, wenn es die nach dem 21.06.1999 ergangene EuGH-Praxis übernehmen würde (E. 6.5).

Sodann ist **BGE 143 V 81** vom 29.03.2016 von Interesse: Umstritten war, ob die drittstaatsangehörige Beschwerdeführerin, welche eine IV-Rente bezog, gestützt auf Anh. II FZA und (die die VO Nrn. 1408/71 und 574/72 ersetzende) VO Nr. 883/2004 (resp. die diese teilweise ändernde VO Nr. 465/2004) Anspruch auf Ergänzungsleistungen hat. Nach intertemporalrechtlichen Ausführungen zum massgeblichen Sekundärrecht (vgl. E. 6), wiederholte das BGer seine Praxis, dass Ergänzungsleistungen in den sachlichen Anwendungsbereich von Anh. II FZA fielen (E. 7). Die Beschwerdeführerin könne als eine in der CH bloss wohnhafte Drittstaatsangehörige keine eigenen Rechte gestützt auf das FZA, jedoch als Ehefrau eines italienisch-schweizerischen Mannes – und damit als Familienangehörige – allenfalls ein abgeleitetes Recht gemäss Art. 2 Abs. 1 VO Nr. 883/2004 geltend machen, sofern ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliege (E. 8.2.1 f.). Der Ehemann sei in der CH geboren und habe zu keiner Zeit in einem EU-Mitgliedstaat gewohnt. Die sich damit stellende Frage, ob im Fall doppelter Staatsangehörigkeit das FZA anwendbar sei, habe das BGer längere Zeit offengelassen (z.B. in BGE 130 II 176), jedoch in BGE 143 II 57 entschieden und namentlich festgestellt, dass keine triftigen Gründe ersichtlich seien, um von der neuen EuGH-Praxis gemäss Urteil McCarthy (Rs. C-434/09, 05.05.2011, Slg. 2011 I-03375) abzuweichen (vgl. vorne Ziff. 3.2.3.1). Solche Gründe seien auch in casu nicht ersichtlich. Es liege kein grenzüberschreitender Sachverhalt vor, so dass die Beschwerdeführerin auch kein abgeleitetes Leistungsrecht habe (E. 8.3).

Schliesslich ist auf **BGE 145 V 39** vom 19.11.2018 hinzuweisen. Dieses Urteil betraf eine von einer italienischen Staatsangehörigen geforderte Arbeitslosenentschädigung. Konkret war zu

beurteilen, ob sich diese Person, die Wohnsitz in Italien hatte und als Grenzgängerin galt, in Kurzarbeit oder vorübergehender Arbeitslosigkeit befand im Sinn von Art. 65 Abs. 1 der (in Anh. II FZA aufgeführten) VO Nr. 883/2004 und damit Anspruch auf Leistungen nach schweizerischem Recht hätte. Das BGer zitierte zunächst Art. 65 Abs. 1 VO Nr. 883/2004 und wiederholte integral Art. 16 Abs. 2 FZA; alsdann konstatierte es unter Verweis auf BGE 143 II 57 E. 3.6 und 142 II 35 E. 3.1, dass es allgemeiner Praxis zufolge von der vom EuGH vorgenommenen Auslegung von Bestimmungen des Unionsrechts nur bei Vorliegen triftiger Gründe abweiche, um soweit wie möglich eine parallele Rechtslage zwischen den Mitgliedstaaten und der Schweiz sicherzustellen (E. 2.3.2). Weiter fasste es das EuGH-Urteil De Laat (Rs. C-444/98, 15.03.2001, Slg. 2001 I-02229) zusammen, das sich auf die Auslegung des Begriffs der Kurzarbeit gemäss dem (insoweit im Wesentlichen mit Art. 65 VO Nr. 883/2004 übereinstimmenden) Art. 71 der alten VO 1408/71 bezog (E. 2.4.1), und ging kurz auf das EuGH-Urteil Mertens (C-655/13, 05.02.2015, ECLI:EU:C:2015:62) ein, das die Erkenntnisse im Urteil De Laat bestätige und präzisiere (E. 2.4.2). Weiter stellte es fest, dass die Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit im Beschluss U3 vom 12.06.2009 die Bedeutung des Begriffs «*Kurzarbeit*» geklärt habe, und dieser Beschluss für die Schweiz per 01.04.2012 in Kraft getreten sei (vgl. Abschnitt B Ziff. 21 Anh. II FZA) mit der Folge, dass damit auch die mit diesem Beschluss zusammenhängende EuGH-Praxis für die CH bindend sei. Indes sei fraglich, könne aber offenbleiben, ob in Anwendung von Art. 16 Abs. 2 FZA auch der nach diesem Beschluss ergangene EuGH-Entscheid vom 15.02.2015 massgebend sei, da sich die Streitfrage allein unter Beachtung des (bereits im Grundsatzentscheid BGE 133 V 137 herangezogenen) EuGH-Urteils De Laat klären lasse (E. 2.4.3 f.). Dementsprechend sei auch in casu von Vollarbeitslosigkeit (und nicht von Kurzarbeit) auszugehen, so dass die betroffene Person dem Recht ihres Wohnsitzstaates unterstehe und folglich keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in der CH habe (E. 2.5).

### **3.2.3.3. Anerkennung von Befähigungsnachweisen**

Seit November 2015 hat das BGer zu dieser Thematik keinen Entscheid in seiner amtlichen Sammlung aufgenommen. Auch eine auf die nicht publizierte BGer-Praxis ausgedehnte Recherche hat keine Entscheide zu Tage gefördert, die in Bezug auf die EuGH-Rechtsprechungsübernahme von Interesse wären. So ist bspw. in den Urteilen BGer 2C\_662/2018 vom 25.02.2019, E. 3.2.1, und 2C\_472/2017 vom 07.12.2017, E. 2.2.1, allein mit Verweis auf BGE 136 II 241 E. 11 und den dortigen «*Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH*» festgehalten worden, dass – sofern ein grenzüberschreitender Anknüpfungspunkt vorhanden sei und der Sachverhalt in den Anwendungsbereich des FZA falle – sich Angehörige eines Vertragsstaats auch gegenüber ihrem Herkunftsstaat auf das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 2 FZA und Art. 9 und Art. 15 Anh. I FZA berufen könnten. Diskriminierungsrügen gestützt auf das FZA im Verbund mit der Anerkennungsregelung nach Art. 13 f. RL 2005/36 waren auch in BGer 2C\_775/2018 vom 21.03.2019, E. 5 f. zu beurteilen, aber auch dort wurde direkt (und überdies auch indirekt) keine EuGH-Rechtsprechung berücksichtigt. Analoges gilt für das Urteil BGer 2C\_668/2012 vom 01.02.2013, E. 3.1.

### 3.2.3.4. Strafrechtliche Landesverweisung

Die ersten *Urteile*, die sich mit der seit 01.10.2016 in Art. 66a ff. StGB geregelten Landesverweisung befassen und zugleich das FZA betreffen, ergingen im *November 2018*:

Im nicht unumstritten gebliebenen<sup>152</sup> **BGE 145 IV 55** vom 01.11.2018 war über eine gestützt auf Art. 66a<sup>bis</sup> StGB angeordnete fakultative Landesverweisung gegen einen EU-Bürger mit Aufenthaltsbewilligung B zu entscheiden: Das BGer hielt zunächst fest, der Betroffene könne sich als schwedisch-serbischer Doppelbürger «*grundsätzlich*» auf das FZA berufen (E. 3.1). Das FZA räume EU-Bürgern «*im Wesentlichen ein weitgehendes und reziprokes Recht auf Erwerbstätigkeit*» ein, das aber unter dem Vorbehalt eines rechtskonformen Verhaltens nach Art. 5 Abs. 1 Anh. I FZA stehe. Das FZA berechtere «*lediglich zu einem doppelt bedingten Aufenthalt in der Schweiz, nämlich einerseits nach Massgabe der spezifischen Vertragsvereinbarungen als Voraussetzung eines rechtmässigen Aufenthalts und andererseits nach Massgabe des rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anh. I FZA*». Der verurteilte Betroffene habe sich nicht an «*diese Konformitätsbedingungen gehalten*». Zudem sei das FZA «*kein strafrechtliches Abkommen*»; die CH habe damit «*keine Freizügigkeit für kriminelle Ausländer*» vereinbart und sei «*in der Legiferierung des Strafrechts auf ihrem Territorium durch das FZA nicht gebunden*», müsse aber doch «*die völkervertragsrechtlich vereinbarten Bestimmungen des FZA*» beachten. Das BGer zitierte weiter Art. 27 und 31 Abs. 1 VRK (E. 3.2 f.) und rekapitulierte die Entstehung von Art. 66a ff. StGB (E. 3.4). Der Rüge, die Einschränkung des Aufenthaltsrechts setze nach der EuGH-Praxis voraus, dass Straftat und Verschulden auf eine «*anhaltend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung schliessen liessen*» (insb. BGE 139 II 121), hielt das BGer entgegen, diese Praxis beziehe sich auf die ausländerrechtliche Rechtsprechung, die vor dem Inkrafttreten von Art. 121 BV bzw. Art. 66a ff. StGB ergangen sei. Die Landesverweisung hingegen sei eine «*eigenständige strafrechtliche Massnahme*» und die zitierte ausländerrechtliche Praxis sei nicht «*einschlägig*» (E. 4.2). Art. 66a ff. StGB sollten nach dem gesetzgeberischen Willen zu einer «*klaren Verschärfung*» der ausländerrechtlichen Praxis führen (vgl. E. 4.3). Nach der BGer-Praxis genüge «*ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko für eine aufenthaltsbeendende Massnahme*» nach Art. 5 Abs. 1 Anh. I FAZ, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter beschlage. Einschränkungen der Freizügigkeit nach Art. 5 Anh. I FZA seien eng auszulegen; (allein) aus generalpräventiven Gründen verfügte Massnahmen genügten nicht. Bei strafrechtlichen Verurteilungen verlange der EuGH eine spezifische Prüfung der Interessen (E. 4.4; BGE 130 II 176 E. 3.4.1).

Kurz zu erwähnen ist sodann – nebst dem (allein) in Bezug auf die Anwendung der Härtefall-Klausel nach Art. 66a Abs. 2 StGB relevanten **BGE 144 IV 332** – der nicht amtlich publizierte Entscheid **BGer 6B\_1152/2017** vom 28.11.2018: Das BGer hatte eine gestützt auf Art. 66a Abs. 1 StGB gegen einen deutschen Staatsangehörigen angeordnete obligatorische Landesverweisung zu prüfen. Das FZA gewähre kein umfassendes Aufenthaltsrecht (E. 2.5.3). In casu habe sich der Betroffene nicht rechtmässig im Sinne des FZA in der CH aufgehalten. Daran ändere auch das den Unionsbürgern von der CH völkervertragsrechtlich eingeräumte Einreise-recht nichts (BGE 143 IV 97). Das BGer erklärt sodann, dass das «*Völkerrecht [...] nicht auf*

<sup>152</sup> Vgl. Epiney, Strafrechtliche Landesverweisung; Fargahi/Priuli/de Weck, Landesverweisung, je passim.

*einen systematischen Schutz gegen eine Landesverweisung nach Art.66a StGB angelegt»* sei, was ebenso für das FZA gelte. Da der Betroffene über kein Aufenthaltsrecht und nur minimale Bezugspunkte zur CH verfüge, stehe das FZA einer strafrechtlichen Landesverweisung nicht entgegen (E. 2.5.2 f., 2.6). Das BGer verwies verschiedentlich auf BGE 145 IV 55.

Ein weiterer wichtiger Entscheid ist am 22.05.2019 mit **BGE 145 IV 364** ergangen: Das BGer hatte eine gegen einen spanischen Staatsangehörigen gestützt auf Art. 66a StGB verhängte obligatorische Landesverweisung zu beurteilen, die auf einer Verurteilung zu 19 Monaten Freiheitsstrafe wegen groben Verstosses gegen das Betäubungsmittelrecht beruhte. Zu entscheiden war, ob das FZA der Landesverweisung entgegensteht. Das BGer kam zum Schluss, dass Einschränkungen der Personenfreizügigkeit nach Art. 5 Abs. 2 Anh. I FZA im Strafrecht (anders als im Ausländerrecht) nicht eng (wortlautunterschreitend) auszulegen seien, sondern gemäss dem Wortsinn dieser Norm. Im Einzelnen:

- Das BGer wiederholte zunächst, dass der Beschwerdeführer aufgrund der Landesverweisung das *«den Unionsbürgern von der Schweiz völkervertraglich eingeräumte Einreise-recht, wie es in BGE 143 IV 97 dargelegt wird, naturgemäss während dieser Dauer nicht wahrnehmen [können]»* (E. 2.4). Es rekapitulierte BGE 145 IV 55 E. 3.4.1 und stellte klar, das FZA sei im Wesentlichen ein wirtschaftsrechtliches Abkommen und berechtige bloss zu einem doppelt bedingten Aufenthalt in der CH (rechtmässiger Aufenthalt und rechtskonformes Verhalten). Entsprechend sei die CH *«in der Legiferierung des Strafrechts auf ihrem Territorium durch das FZA nicht gebunden»*, habe aber doch *«die völkervertraglich vereinbarten Bestimmungen des FZA zu beachten»* (E. 3.4.1, 3.4.4).
- In einem nächsten Schritt ging das BGer auf das Unionsrecht und dessen Anwendung ein und fasste das Urteil EuGH Wächtler (Rs. C-581/17, 26.02.2019, ECLI:EU:C:2019:138) zusammen, das sich einlässlich mit der Auslegung des FZA und Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung befasste (E. 3.4.3). Danach stellte das BGer fest, dass sich der Beschwerdeführer nicht an die *«Konformitätsbedingungen»* (rechtskonformes Verhalten nach Art. 5 Abs. 1 Anh. I FZA) gehalten habe (E. 3.4.4). Ein Straftäter verwerke seinen Anspruch auf Gleichbehandlung mit Inländern, und die ihm im FZA eingeräumten Rechte dürften gemäss Art. 5 Abs. 1 Anh. I FZA eingeschränkt werden (E. 3.4.5). Anschliessend rekapitulierte das BGer seine ausländerrechtliche Praxis zu den (eine Einschränkung rechtfertigenden) Gründen der öffentlichen Ordnung nach Art. 5 Abs. 1 Anh. I FZA (E. 3.5, mit Verweisen) und wiederholte die mit BGE 136 II 5 zu Art. 16 Abs. 2 FZA begründete Praxis (E. 3.6, mit Verweis auch auf BGE 142 II 35). Das BGer erwog weiter, bereits seit BGE 130 II 176 seien nach seiner konstanten Praxis Einschränkungen nach Art. 5 Abs. 1 Anh. I FZA *«eng auszulegen»* (E. 3.7). Diese Praxis stütze sich u.a. auf das Urteil des EuGH Bouchereau (Rs. 30-77, 27.10.1977, ECLI:EU:C:1977:172). Weiter ging das BGer auf die EuGH-Urteile Calfa (Rs. C-348/96, 19.01.1999, Slg. 1999 I-00011) und Graf/Engel (Rs. C-506/10, 06.10.2011, Slg. 2011 I-09345) ein und fasste zusammen, der EuGH räume zwar in allen drei Urteilen den Unions- und Vertragsstaaten eine prinzipielle Eigenständigkeit und ein zeitbedingtes Ermessen bei der Anwendung der genannten Norm ein, lege diese selber aber in konstanter Praxis strikte aus (E. 3.7). Diese im Bereich des Ausländerrechts restriktive

- Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Anh. I FZA (die als «*teleologische Reduktion des Normgehalts*» qualifiziere) sei «*auf die primärrechtlich abgestützte, integrativ wirkende dynamische Rechtsanwendung des EuGH zurückzuführen, die heute die Harmonisierung und Vertiefung der Union intendier[e]*». Hingegen sei sie «*nach der aktuellen Rechtslage*» für das Strafrecht gerade nicht zu berücksichtigen (E. 3.8). Doch auch die alleinige Existenz einer strafrechtlichen Verurteilung könne nach der zu berücksichtigenden EuGH-Rechtsprechung (EuGH-Urteile Calfa und Bouchereau) eine strafrechtliche Landesverweisung nicht «*automatisch*» begründen. Vielmehr sei in einer Verhältnismässigkeitsbeurteilung (Art. 5 Abs. 2 BV) im Einzelfall zu prüfen, ob Art. 5 Abs. 1 Anh. I FZA der Landesverweisung entgegenstehe, auch wenn diese «*weder eine wirtschafts- noch eine migrationsrechtliche Komponente*» habe und ihr «*unter jedem Titel des FZA [...] die Signifikanz*» fehle (E. 3.9).
- Vorliegend gehe es um grobe Verstösse gegen das Betäubungsmittelrecht, was eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung und der Gesundheit vieler Menschen erkennen lasse. Es sei der gesetzgeberische Wille, den Drogenhandel durch Ausländer zu unterbinden. Das FZA habe die Einreise zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit ermöglicht. Der Beschwerdeführer habe mit seinem Verhalten bewusst riskiert, sein Aufenthaltsrecht zu verlieren (E. 4.5).
  - Bei diesem Ergebnis liess das BGer zwar, wie bereits in BGE 145 IV 55 E. 4.1, die Frage offen, welche Normen im Fall eines echten Konflikts zwischen Art. 66a ff. StGB und FZA Vorrang geniessen. Es zog diesbezüglich aber doch Aspekte in Erwägung. So hielt es bspw. fest, der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH sei gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA «*Rechnung zu tragen*»; der EuGH anerkenne, dass die Auslegung des EU-Binnenmarktrechts nicht automatisch auf die Auslegung des FZA übertragen werden könne. Im FZA sei keine Freizügigkeit vereinbart worden, wie sie im schweizerischen Binnenrecht verwirklicht sei, ebenso wenig ein völkerrechtlicher Vorrang des FZA vor dem Schweizer Landesrecht, namentlich dem Strafrecht (E. 4.3.4).

Auf dieses Urteil hat sich das BGer in seiner seitherigen Praxis gestützt, so z.B. in **1B\_358/2019** vom 05.08.2019, **6B\_48/2019** vom 09.08.2019 und **6B\_1070/2019** vom 14.08.2019.

### 3.3. Zwischenfazit

Nachdem hiervor eine Auswahl der weit über 100 konsultierten BGE zur Rezeption von EuGH-Entscheiden bei der Auslegung und Anwendung des FZA präsentiert worden ist, folgt hiernach als Zwischenfazit eine Übersicht über die sich daraus ergebende Entwicklung, die sich punkto Aufbau an den in Ziff. 3.1.1 erwähnten Aspekten orientiert. Bereichsspezifische Differenzierungen und Nuancierungen werden in Ziff. 5.1.2 herausgearbeitet.

#### 3.3.1. Konstante Praxis zur sachlichen Begrenzung der Rezeption von EuGH-Urteilen

Die präsentierten Entscheide zeigen zunächst, dass das BGer im Fall einer Rezeption der EuGH-Praxis die FZA-*Anknüpfung* an *unionsrechtliche Termini* oder *Konzepte* relativ konsequent erörtert. Soweit nicht qua Verweis im FZA offensichtlich oder in zitierten, früheren Ent-

scheiden bereits diskutiert, klärte das BGer die Anbindung an das Unionsrecht punkto Begründungstiefe in – auch mit Blick auf die jeweiligen Problemlagen – durchaus adäquater Weise. Eine Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung erfolgt damit jeweils nur dort, wo sich diese auf jenen Teil des *Acquis communautaire* bezieht, der mit dem Abschluss des FZA übernommen worden ist (z.B. BGE 130 II 113 E. 6.5, 140 II 364 E. 5.4 f., 6.1). Soweit EuGH-Urteile unionsrechtliche Normen oder Konzepte betreffen, die ausserhalb des Anwendungsbereichs des FZA liegen oder im FZA bewusst anders geregelt sind, wurden sie für die Auslegung grundsätzlich nicht berücksichtigt (z.B. BGE 130 II 113, 133 V 624 E. 4.3.4 ff.). Dieser sachlichen Begrenzung der Berücksichtigung von EuGH-Entscheiden entsprechend, hat das BGer immer wieder – z.B. in BGE 140 II 167 und jeweils mit Verweisen auf neue EuGH-Entscheide zum FZA (insb. das Urteil Grimme, C-351/08, 12.11.2009, Slg. 2009 I-10777) – klargestellt, dass die CH mit der EU bloss sektorielle Abkommen abgeschlossen habe. Das FZA begründe im Gegensatz zum EUV keinen *«einheitlichen Markt im Rahmen eines integrierten wirtschaftlichen Ganzen»*, die CH sei dem EU-Binnenmarkt, *«mit dem alle Hindernisse beseitigt werden sollen, um einen Raum vollständiger Freizügigkeit entsprechend einem nationalen Markt zu schaffen»*, nicht beigetreten (E. 4.3). Entsprechend grenzt das BGer die Rezeption ein (E. 4.4):

«Art. 16 Abs. 1 FZA, der auf die Geltung des gemeinschaftlichen Besitzstands in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien Bezug nimmt, sieht dessen Geltung nur im Rahmen der Ziele des Abkommens vor. Diese Ziele sind in Art. 1 des Abkommens aufgeführt [...]. Auch die nach Art. 16 Abs. 2 FZA bestehende Verpflichtung, die bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung ergangene Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen, gilt nur in Bezug auf die Anwendung dieses Abkommens; Entscheide des EuGH, welche nicht diesen Anwendungsbereich betreffen, sind damit nicht erfasst [...]. Daher kann die den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt gegebene Auslegung nicht automatisch auf die Auslegung des Abkommens übertragen werden, sofern dies nicht im Abkommen selbst ausdrücklich vorgesehen ist [...]».

Einlässlich hat sich das BGer meistens dann mit der Anknüpfungsfrage befasst, wenn das fragliche Unionsrecht seit 21.06.1999 geändert wurde, das FZA hingegen keine entsprechende förmliche Aufdatierung erfahren hat. Diesfalls wird die sachliche Abgrenzungproblematik von der zeitlichen überlagert (dazu Ziff. 3.3.2.2). Dies zeigt sich etwa am BGE 139 II 393 E. 4.1.2:

«Nicht anwendbar sind in der Regel nach [21.06.1999] ergangene Entscheide, soweit die Ausführungen des [EuGH] sich auf die Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft und deren Kernbereich beziehen ('Kernbereichsdoktrin'; vgl. Art. 20 ff. AEUV; [Verweis auf zwei neue EuGH-Urteile und Literatur]); dasselbe gilt für mit der [UBRL] neu eingeführte Rechte für die Unionsbürger wie etwa den bedingungslosen Anspruch auf Daueranwesenheit nach ununterbrochenem fünfjährigem (rechtmässigem) Aufenthalt [...] oder das voraussetzungslose Aufenthaltsrecht von bis zu drei Monaten [...]».

Grundstein für diese Erwägungen, die sich auch in BGE 136 II 65 E. 4.2 finden, bildet die einlässliche Begründung in BGE 136 II 5 E. 3.6. Daran hält das BGer seither trotz gewisser Kritik in der Lehre<sup>153</sup> fest, so z.B. auch in BGE 142 II 35 E. 5.2, in dem es sowohl (mit Verweis auf

---

<sup>153</sup> Z.B. Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 165 f. – Zustimmend wohl aber im Ergebnis bspw. Oesch, Europäisierung, S. 20, und Europarecht, N. 921, der ausführt, Abweichungen von der EuGH-Praxis seien dort vorstellbar, wo Freizügigkeitsrechte im EU-Recht gestützt auf Art. 20 f. AEUV (Unionsbürgerschaft) konkretisiert und wei-

Art. 20 ff. AEUV) dem EuGH-Urteil Zambrano (Rs. C-34/09, 08.03.2011, Slg. 2011 I-1177) als auch den «*freizügigkeitsrechtlichen Erweiterungen, wie sie gestützt auf die Unionsbürgerschaft in der [UBRL] verankert wurden*», die Massgeblichkeit absprach.

### 3.3.2. Zunehmende Bedeutung und Dynamisierung der Übernahme der EuGH-Rechtsprechung

In Bezug auf die Bindungswirkung der EuGH-Alt-Rechtsprechung und das Ausmass sowie die Kriterien für das Heranziehen der EuGH-Neu-Rechtsprechung hat die Durchsicht der BGE im Wesentlichen Folgendes ergeben: Während zum Verbindlichkeitsgrad der *Alt*-Rechtsprechung in der Literatur teilweise gewisse Nuancierungen gemacht worden und unterschiedliche Formulierungen anzutreffen sind,<sup>154</sup> praktiziert das BGer die Berücksichtigung dieser Urteile bei der Auslegung des FZA von Anfang an jedenfalls im Ergebnis konsequent im Sinn einer Verpflichtung (vgl. etwa BGE 130 II 113 E. 5.2, 132 V 423 E. 9.2, 140 II 167 E. 4.4),<sup>155</sup> solange sich die EuGH-Urteil auf FZA-relevantes Unionsrecht beziehen (vgl. hiavor Ziff. 3.3.1). In Bezug auf die zentrale Frage, wie weit bei der Auslegung von (an das Unionsrecht anknüpfenden) FZA-Normen nebst der EuGH-Alt- auch -*Neu*-Rechtsprechung berücksichtigt wird (*dynamische Rechtsprechungsübernahme*), ergibt sich, dass das BGer – trotz Fehlens entsprechender Feststellungsbeschlüssen des GA (vgl. Art. 16 Abs. 2 Satz 3) – der Neu-Rechtsprechung tendenziell immer mehr Beachtung schenkt, wobei die Entwicklung *zwei* Phasen erkennen lässt:

#### 3.3.2.1. Erste Phase: Zurückhaltende Berücksichtigung der EuGH-Neu-Rechtsprechung

Die *erste Phase* der Rechtsprechung zum FZA ist von einer *zurückhaltenden* Berücksichtigung der nach 21.06.1999 ergangenen EuGH-Urteile geprägt. In BGE 130 II 113 E. 5.2 bspw. führte das BGer (wie bereits in BGE 130 II 1 E. 3.6.2) aus, dass die Neu-Rechtsprechung «*peu[t], le cas échéant, être utilisés en vue d'interpréter l'Accord sur la libre circulation des personnes [...], surtout s'ils ne font que préciser une jurisprudence antérieure*». <sup>156</sup> Vergleichbare Begründungen enthalten auch spätere Urteile, so z.B. BGE 132 V 423 E. 9.2. Darin bemerkte das BGer, die Schaffung neuer Pflichten bedürfe grundsätzlich einer Revision des FZA (Art. 18 FZA); daraus ergebe sich eine Bindungswirkung der EuGH-Praxis allein in Bezug auf die Alt-Rechtsprechung, was aber nicht ausschliesse, spätere EuGH-Urteile bei der Auslegung des FZA ggf. dennoch heranzuziehen, v.a. wenn sie sich darauf beschränkten, bereits bekannte Grundsätze zu wiederholen und ohne neue Elemente auf einen gleichartigen Fall anzuwenden (vgl. E. 9.2 f.;

---

terentwickelt werden, denn diesfalls verfolgten die FZA-Normen einen anderen Zweck als die entsprechende Bestimmung im Unionsrechts, indem die Zielrichtung der FZA-Norm gerade nicht darin liege, «*das in der Union geltende Recht auf das Verhältnis zu einem Drittstaat auszuweiten*».

<sup>154</sup> Vgl. dazu etwa Oesch, Auslegung, S. 197 m.w.H. in Anm. 82; Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 156 f.; Cottier/Diebold, Rechtsprechung, Rz. 39–41; Pirker, Auslegung, S. 303, je m.w.H.

<sup>155</sup> So auch die Interpretation der h.L., vgl. statt aller Oesch, Europarecht, N. 920; Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht, N. 723, 799; Jaag/Hänni, Europarecht, Rz. 4047a.

<sup>156</sup> Vgl. dazu etwa Kälin, Rechtsprechung, S. 683, wonach hier «*eine 'Theorie' der grundsätzlichen Nichtübernahme der EuGH-Praxis für Urteile nach dem Stichtag*» anklinge; demgegenüber qualifizierten bspw. Cottier/Diebold, Rechtsprechung, Rz. 45, diese Praxis als «*weite Auslegung von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 FZA und als grosszügige Übernahme der EuGH Praxis*», bereits mit BGE 130 II 113 E. 5.2 (und 130 II 1 E. 3.6.1) habe das BGer «*eine grosse Offenheit für neuere Entwicklungen an den Tag gelegt*».

ebenso z.B. BGE 130 II 113 E. 5.2, 132 V 53 E. 2, 134 V 428 E. 5). Eine *gewisse Öffnung* hin zu einer dynamischen Rechtsprechungsübernahme klingt freilich bereits in BGE 132 V 423 an, wo eine dynamische Rezeptionspraxis unter Verweis auf Epiney (Bedeutung Rechtsprechung) in Erwägung gezogen, die Frage alsdann jedoch offengelassen wurde (ebd., E. 9.5.2; ebenso z.B. BGE 134 V 428 E. 5). Umgekehrt lehnte das BGer in diesen Urteilen die Berücksichtigung der Neu-Rechtsprechung ab, wenn ein entsprechender Beschluss des GA vorlag oder die EuGH-Praxis über eine Bestätigung oder Präzisierung der Alt-Rechtsprechung hinausging. – Diese erste Phase endete mit dem vielbeachteten BGE 136 II 5.

### **3.3.2.2. Zweite Phase: Beachtungsgebot der EuGH-Neu-Rechtsprechung**

Im BGE 136 II 5 erklärte das BGer, es trage nebst der EuGH-Alt- auch der Neu-Praxis Rechnung bzw. ziehe diese *«in angemessener Weise»* in die Beurteilung mit ein; denn es sei zwar nicht verpflichtet, der Auslegungsansicht des EuGH zu folgen, werde davon aber – um in den vom FZA erfassten Bereichen eine parallele Rechtslage zu verwirklichen, damit insoweit gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der EU gelten (Art. 16 Abs. 1 FZA i.V.m. Präambel FZA) – nur *«aus triftigen Gründen»* und *«nicht leichtthin»* abweichen (E. 3.4). Dieses Urteil begründete einen Paradigmenwechsel von der grundsätzlich sehr eingeschränkten zur prinzipiellen Berücksichtigung der Neu-Rechtsprechung. Dieser Umschwung prägte in der Folge auch die anderen Bereiche des FZA (vgl. z.B. BGE 145 V 39 E. 2.3.2). Folglich besteht für die Neu-Rechtsprechung des EuGH nunmehr – wie es das BGer im Entscheid 139 II 393 E. 4.1.1 formulierte – ein generelles *«Beachtungsgebot»*<sup>157</sup>, das aber – wie der BGE 136 II 5 E. 3.4 klarstellt – zweifach bedingt ist: Erstens muss die Neu-Rechtsprechung einen FZA-Aspekt betreffen, der EU-Recht übernimmt (positive Bedingung im Sinn der ohnehin – auch in Bezug auf die Alt-Rechtsprechung – zu beachtenden sachlichen Begrenzung; vgl. vorne Ziff. 3.3.1), und zweitens dürfen keine *«triftigen Gründe»* (*motifs sérieux*) vorliegen, die es rechtfertigen, auf Kosten der Verwirklichung einer parallelen Rechtslage zwischen dem FZA und dem Unionsrecht eine abweichende Rechtsauffassung zu vertreten (negative Bedingung; vgl. vorne Ziff. 2.5.2.2). Diese Bedingungen scheinen sich in der praktischen Handhabung in gewisser Hinsicht zu *überlagern*: Jedenfalls fällt auf, dass das BGer die Nichtberücksichtigung der Neu-Rechtsprechung bis heute soweit ersichtlich noch nie mit dem Vorliegen eines triftigen Grundes,<sup>158</sup> sondern jeweils primär mit der sachlichen Begrenzung begründet hat (oder dann mit dem Vorliegen eines Beschlusses des GA; dergestalt Berücksichtigung bejaht in BGE 145 V 39 E. 2.3.2, 2.4.3 f., abgelehnt z.B. in BGE 132 V 423 E. 9.4 f.): Bereits in BGE 136 II 5 hielt das BGer fest, der EuGH-Entscheid *Metock* stütze sich im Unterschied zum (bis dahin die Rechtsprechung des BGer prägenden) EuGH-Entscheid *Akrich* überwiegend auf die UBRL,

<sup>157</sup> Das im Schrifttum bisweilen auch abgemildert als *«Berücksichtigungsobliegenheit»* umschrieben wird; so Baudenbacher, Konflikte, S. 829, und die Hinweise vorne Ziff. 2.5.2.2.

<sup>158</sup> Soweit ersichtlich hat das BGer bislang nicht allgemein umschrieben, wann ein triftiger Grund vorliegen könnte, sondern dies bloss im Ergebnis verneint (z.B. in BGE 142 II 35 E. 3 betr. Art. 121a BV). In der Lehre ist vorgeschlagen worden, von triftigen Gründen sei auszugehen, wenn die Übernahme der in EuGH-Entscheidungen vertretenen Auslegung der Grundfreiheiten des AEUV *«die Essentialen der Schweizer Verfassungsordnung gefährden würde»*, wobei aber Art. 121a BV nicht zu diesen Vorschriften zähle, da dieses *«politisch Gewollte in die völkerrechtliche Beziehung der Schweiz eingebracht»* werden müsse und im Weg von (Neu-)Verhandlungen oder durch die Kündigung des FZA umzusetzen sei; so Hahn, Kündigung, S. 471 f.

mit der das EU-Recht modifiziert worden sei. Alsdann prüfte das BGer, ob «*damit eine nachträgliche Veränderung der Rechtslage eingetreten ist, die für die Schweiz nicht massgebend ist, oder ob es sich um eine Neuentwicklung der Rechtsprechung handelt*», welche es (das BGer) zur Gewährleistung der parallelen Rechtslage berücksichtigen soll (E. 3.6); das BGer kam zum Schluss, dass für den EuGH im Urteil *Metock* der «*Gesichtspunkt der Unionsbürgerschaft bzw. deren Niederschlag in der [UBRL] lediglich ergänzend von Bedeutung war, nicht jedoch den Ausschlag gab, sondern dass der [EuGH] auch auf der Grundlage der vorgängigen Rechtserlasse gleichermassen entschieden hätte*». Spätere Entscheide bestätigen den Eindruck, dass sich die sachliche Begrenzung und der – mit den triftigen Gründen zusammenhängende – zeitliche Aspekt zunehmend überlagern (vgl. z.B. BGE 136 II 65 E. 4.1 ff., 136 II 177 E. 3.2, 140 II 167 E.4.4, 140 II 112 E. 3.2 f.). Dies könnte Anlass zur Vermutung geben, dass die vom BGer vor dem BGE 136 II 5 praktizierte Unterscheidung zwischen Neu-Rechtsprechung, die inhaltlich Neues bringt, und solcher, die bloss Altes wiederholt oder präzisiert, weder in den Hintergrund getreten ist noch sich auf die Frage des Vorliegens triftiger Gründe verlagert hat,<sup>159</sup> sondern in die Prüfung der sachlichen Begrenzung einfließt. In dieses Licht gerückt relativiert sich evtl. der gemeinhin auf BGE 136 II 5 zurückgeführte Bedeutungszuwachs der Neu-Rechtsprechung.<sup>160</sup> Dies ändert aber nichts daran, dass eine «*Umkehr der Vorzeichen*»<sup>161</sup> erfolgt ist.

Das BGer hat die im BGE 136 II 5 begründeten Prinzipien in der Folge *schrittweise präzisiert* und *verfeinert*. Nebst den bereits zitierten BGE 136 II 65 und 136 II 177 ist erneut auf BGE 139 II 393 E. 4.1.1 hinzuweisen, in dem das BGer die dynamische Rechtsprechungsübernahme insofern in Schranken wies, als «*höchstens*» von einem «*Beachtungsgebot in dem Sinn*» auszugehen sei, dass die neuen abkommensrelevanten EuGH-Urteile «*nicht ohne sachliche Gründe unbeachtet bleiben sollen, aber aus der Sicht der Vertragspartner auch nicht zu einer nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts führen dürfen*» (Zitat hiervor und in Ziff. 3.2.2.1). Zwar finden sich punktuell gewisse Relativierungen, so z.B. in BGE 142 V 2 E. 6.3.3, 138 V 258 E. 5.3.2, sowie neuerdings in der Rechtsprechung zur strafrechtlichen Landesverweisung (vgl. Ziff. 3.2.3.4, 5.1.2). Am prinzipiellen Beachtungsgebot der (abkommensrelevanten) EuGH-Neu-Rechtsprechung ändert dies aber nichts. Entsprechend hat das BGer die Berücksichtigung der Neu-Rechtsprechung nicht immer explizit begründet, sondern teilweise auf das Erörtern der Grundlagen und Grenzen der dynamischen Rezeption verzichtet, so namentlich dann, wenn es lediglich darum ging, eine bisherige BGer-Praxis zur Auslegung von FZA-Normen und einer diesbezüglichen Rezeption zu wiederholen (z.B. BGE 138 V 186 E. 3.3 f., 140 II 167 E. 4.3, 141 V 530 E. 7.1, 144 II 1 E. 3.1), oder wenn sich aus dem Kontext oder Verweisen ergab, dass EuGH-Neu-Entscheide eine Alt-Rechtsprechung lediglich bestätigen oder präzisierend fortführen (BGE 137 II 242 E. 3.2.1 f., 140 II 112 E. 3.2.4, 140 II 167 E. 4.4 ff.). Anzumerken bleibt, dass die Berücksichtigung von EuGH-Urteilen, egal ob sie alt oder neu sind, nicht immer eine freizügigkeitserweiternde Wirkung hat, sondern

<sup>159</sup> So aber die anfängliche Vermutung bei Burri/Pirker, Stromschnellen, S. 166 ff.

<sup>160</sup> Angesichts der jeweiligen Argumentation des BGer scheint nicht ausgeschlossen, dass das BGer bspw. in BGE 136 II 65 und 136 II 177 die Neu-Rechtsprechung nicht auch mitberücksichtigt hätte nach Massgabe seiner vorherigen Guidelines, wonach auch neue Urteile zum Zweck der Auslegung des FZA herangezogen werden könnten, wenn sie sich darauf beschränkten, bereits bekannte Grundsätze zu wiederholen und zu präzisieren.

<sup>161</sup> Glaser/Brunner, Defensive, Rz. 17.

bisweilen auch eine einschränkende Auslegung des FZA stützen kann, so etwa in BGE 143 II 57 (vgl. E. 3.4 ff., 3.9; ebenso z.B. BGE 143 V 81).

Die mit BGE 136 II 5 begründete dynamische Rezeptionspraxis wird von der *h.L.* gutgeheissen (vgl. vorne 2.5.2.2). Für Bieber bietet BGE 136 II 5 eine «*tragfähige Leitlinie*», welche die «*Schwächen*» des FZA «*kompensiert*»; die Schwäche bringt er wie folgt auf den Punkt:

«Um sich gegen unvorhergesehene Wirkungen des [FZA] abzusichern, bestand die [CH] auf der Einführung einer Unterscheidung zwischen der Rechtsprechung vor und nach Unterzeichnung des [FZA]. Hinsichtlich der späteren Rechtsprechung des EuGH soll keine Verpflichtung zur Übernahme bestehen. Am Verhandlungstisch mag diese Unterscheidung plausibel klingen, doch folgt sie keiner funktionalen Logik. [...] [V.a.] im Bereich der Personenfreizügigkeit entstehen fortwährend neue Rechtsfragen, aus denen eine umfangreiche [EuGH-Praxis] erwächst. Diese bildet mit der früheren Rechtsprechung ein zusammenhängendes Ganzes. Sie wird ständig weiterentwickelt, differenziert, korrigiert. [...] Die zur EU eingegangene Verbindung entfaltet eine eigene Dynamik und kann nicht ‘statisch’ gehalten werden. Lässt man sich vertraglich auf eine ‘Parallelität’ der Rechtsordnungen ein, dann nimmt man zwangsläufig an der inhärenten Dynamik des jeweils stärkeren Partners teil».

In einem gewissen Gegensatz dazu steht die FZA-Auslegung durch den *EuGH* (vgl. Ziff. 2.5.3, 3.3.1, 5.2.1): Dieser betont den bloss beschränkten Geltungsbereich des FZA im Unterschied zum Markt innerhalb der EU und ist weit weniger «*integrationsfreundlich*».<sup>162</sup> So hält der *EuGH* im Urteil *Wächtler* (Rs. C-581/17, 26.02.2019, ECLI:EU:C:2019:138, Rz. 39) fest:

«Zur Rechtsprechung nach [21.06.1999] ist festzustellen, dass Art. 16 Abs. 2 FZA zum einen vorsieht, dass die [CH] über diese Rechtsprechung unterrichtet wird, und dass zum anderen, um das ordnungsgemässe Funktionieren dieses Abkommens sicherzustellen, der in Art. 14 [FZA] vorgesehene [GA] auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung feststellt. Wie der Generalanwalt [...] ausgeführt hat, ist jedoch selbst ohne eine Entscheidung dieses Ausschusses auch diese Rechtsprechung zu berücksichtigen, sofern sie lediglich die Grundsätze präzisiert oder bestätigt, die in der zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA bereits bestehenden Rechtsprechung zu den Begriffen des Unionsrechts, an denen sich [das FZA] ausrichtet, aufgestellt waren».

---

<sup>162</sup> Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 279 (Zitat); Seiler, Dynamik oder Statik, S. 88, m.Hw. in Anm. 41, ders., Einfluss, S. 275 f. Anm. 60; Bieber, Rechtsprechung *EuGH*, S. 14 ff.; vgl. auch Oesch, Auslegung FZA, S. 367 Anm. 20; Oesch, Europarecht, N. 916 ff.; Tobler/Beglinger, Grundzüge, N. 64, 72, 76 ff., 79, 209.

## 4. Rezeption der EuGH-Rechtsprechung im öffentlichen Beschaffungswesen

### 4.1. Vorbemerkungen

Wie beim FZA ist hiernach kurz das Vorgehen (Recherchen, Auswahl von Urteilen und Aspekte deren Prüfung und Präsentation) darzulegen, gefolgt von Hinweisen zum AöB.

#### 4.1.1. Vorgehensweise

Die nachfolgende Auswahl und Präsentation von Urteilen schweizerischer Gerichte zur Rezeption von EuGH-Urteilen im Bereich des AöB basiert auf mehreren Recherchen: Ausgangspunkt bildete wiederum eine Suche in der Online-Datenbank des BGer. In Anbetracht der eingeschränkten Rechtsmittelzuständigkeit des BGer im Beschaffungswesen sowie mit Blick auf die geteilten Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Kantonen (Ziff. 4.1.2) wurde die Suche ausgedehnt auf die Rechtsprechung des BVGer und oberer kantonaler Verwaltungsjustizbehörden; diese Recherchen erfolgten in den Datenbanken von Swisslex und der jeweiligen Gerichtsbehörden.<sup>163</sup> Das Ergebnis dieser Abfragen bildeten gut 60 Urteile. Auch diese wurden allesamt gesichtet, hilfsweise in einer Excel-Tabelle gelistet, analysiert und sortiert; aufgrund der mehrheitlich beschränkten Relevanz und Einheitlichkeit der Ergebnisse wird (anders als beim FZA) davon abgesehen, diese im Anh. auszugsweise wiederzugeben.

Um einen Überblick über die Rezeption von EuGH-Urteilen in diesem Rechtsbereich zu vermitteln und in einem Zwischenfazit den Stellenwert und allfällige Entwicklungen und Differenzierungen aufzuzeigen (Ziff. 4.3), genügt es, ausgewählte repräsentative Entscheiden kurz darzulegen. Dabei werden die Urteile weder integral zusammengefasst noch besprochen.<sup>164</sup> Stattdessen beschränkt sich die Darstellung auf die für Fragestellung relevanten Erwägungen. Von Interesse ist – wie bereits beim FZA – nebst allgemeinen Ausführungen zu den Bedingungen und Schranken der Rezeption, inwieweit im Einzelfall EuGH-Rechtsprechung herangezogen wird. Konkret werden Erwägungen zusammenfassend wiedergegeben, in denen einerseits die Anknüpfung an EU-Recht bzw. das GPA erörtert wird. Andererseits ist von Interesse, welchen Stellenwert den herangezogenen EuGH-Urteilen beigemessen wird, und ob in irgendeiner Weise zwischen EuGH-Alt- und -Neu-Rechtsprechung unterschieden wird.

Die Rechtsprechungsübersicht ist auf der ersten Ebene nach Rechtsprechungsorganen gegliedert. Die zweite Ebene folgt der Chronologie der Urteile. Bei der kantonalen Praxis (Ziff. 4.2.3) werden die Urteile gerichtsweise gruppiert.

---

<sup>163</sup> Gesucht wurde mit diversen kombinierten Abfragen mit den Erlassnummern von AöB und GPA bzw. mit Stichworten wie «*öffentliches Beschaffungswesen*» und «*EuGH*». – Verzichtet wird auf den Einbezug der Streitbeilegung gemäss GPA durch WTO-Panels; deren Stellenwert als Auslegungshilfe ist für das öffentliche Beschaffungswesen gering ausfällt; vgl. Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 227 bei Anm. 1139.

<sup>164</sup> Einige der aufgegriffenen Urteile sind in Zeitschriften (insb. BR, dRSK, Jusletter, Pra, RDAF) und Lehrbüchern publiziert oder kommentiert worden. Zur Entlastung des Texts wird auf Hinweise weitgehend verzichtet.

#### 4.1.2. Hinweise zum Beschaffungsabkommen

Die gegenseitige Marktöffnung und Liberalisierung im öffentlichen Beschaffungswesen wurde bereits 1996 durch das GPA herbeigeführt. Das AöB knüpft daran an und brachte lediglich eine Erweiterung der Marktöffnung im Verhältnis CH-EU, um – dem damaligen gemeinsamen Verhandlungsziel der EU und der CH entsprechend – einen mit dem EWR vergleichbaren gegenseitigen Marktzugang zu schaffen.<sup>165</sup> In diesem Sinn erstreckt das AöB den Geltungsbereich des WTO-Übereinkommens auf schweizerische Gemeinden und Bezirke nach Kapitel I des Abkommens und bewirkt andererseits eine gegenseitige Marktöffnung bei der Vergabe gewisser öffentlicher Aufträge ab einem bestimmten Schwellenwert in den Sektoren Telekommunikation, Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung (vgl. Präambel sowie Art. 3 AöB).<sup>166</sup> Diese beiden Ziele werden in den Kapiteln I und II des (kurzen) Hauptteils geregelt, während Kapitel III allgemeine und Schlussbestimmungen enthält. Das AöB umfasst sodann 10 Anhänge. Es hat bis heute keine Aufdatierung erfahren. Ohne näher auf diesen Inhalt<sup>167</sup> einzugehen, bleibt festzuhalten, dass – im Unterschied zum FZA – im AöB an keiner Stelle auf EU-Rechtsakte verwiesen wird und EU-Recht<sup>168</sup> sodann bloss punktuell, im Wesentlichen beschränkt auf das Diskriminierungsverbot, reproduziert wird.<sup>169</sup> Desgleichen fehlt eine Pflicht zur Harmonisierung der Gesetzgebung oder (anders als Art. 6 EWR-Abkommen) zur Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung, eine gerichtliche Streitbeilegung ist nicht vorgesehen. Das Abkommen sieht lediglich eine politische Differenzbereinigung im Rahmen des GA sowie Organisations- und Rechtsschutzbestimmungen vor (vgl. Ziff. 2.5.2.1, 2.5.2.3).<sup>170</sup> Es lässt sodann die Rechte und Pflichten gemäss WTO-Recht (GPA) unberührt (vgl. Art. 15), so dass im Anwendungsbereich des Kapitels I (Erweiterung des Geltungsbereichs des GPA) das spezifische zwischenstaatliche WTO-Streitbeilegungsverfahren zur Anwendung gelangen könnte.

Das Ausgeführte zeigt, dass das AöB nicht darauf ausgerichtet ist, eine teilweise An- und Einbindung in den EU-rechtlichen Besitzstand oder eine umfassende Regelung zu erreichen. Stattdessen beruht es auf der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen der Vertragsparteien und des gegenseitigen Marktzugangs und wird deshalb nicht als (Teil-)Integrations- oder Harmonisierungs-, sondern als «*komplexes*» Liberalisierungsabkommen verstanden.<sup>171</sup> Zwar erforderte die Umsetzung des AöB – der verteilten innerstaatlichen Kompetenzordnung im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens entsprechend – gewisse gesetzgeberische Anpassungen auf Stufe Bund (VöB) und Kantone (IVöB, kantonale Submissionserlasse); der Handlungsbedarf war aber gering, weil die Rechtsordnungen (in der CH und in der EU) die erforderlichen, ins-

<sup>165</sup> Vgl. Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6138 f.; weiterführend Biaggini, AöB, S. 664 ff., 722 f.

<sup>166</sup> Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6202 f.; vgl. auch DEA, Informationsblatt Beschaffungswesen, passim.

<sup>167</sup> Weiterführend Biaggini, AöB, S. 651 ff., 699 ff.; vgl. die Übersichten bei Cottier et al., Rechtsbeziehungen N. 774 ff.; Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 109 ff.; Beyeler, Geltungsanspruch, Rz. 21 ff.; Galli et al., Beschaffungswesen, S. 7 ff., 22 ff.

<sup>168</sup> Vgl. dazu die Übersicht in Bundesrat, Botschaft Totalrevision Beschaffungswesen, S. 1880 f.; sodann wiederum Biaggini, AöB, S. 665 ff., 671 ff., und die Hinweise bei Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 226 ff.

<sup>169</sup> Weiterführend Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 226–241; vgl. auch bereits vorne Ziff. 2.3.1.1.

<sup>170</sup> Vgl. Biaggini, AöB, S. 656 f., auch zum Folgenden; Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 111, 178 f.

<sup>171</sup> Z.B. Bundesrat, Botschaft Bilaterale I, S. 6147; Biaggini, AöB, S. 656 (Zitat), 719.

gesamt als gleichwertig anerkannten Bestimmungen aufgrund der Umsetzung des GPA grundsätzlich bereits enthielten.<sup>172</sup> Erwähnenswert ist ferner, dass das AöB, wie bereits das GPA, weder das BöB noch die kantonalen sowie kommunalen Vergabegesetze ersetzt, sondern bloss eine «(weitere) Rahmenordnung» enthält, die bei der Anwendung der landesrechtlichen Vergabeberegelungen zu beachten ist.<sup>173</sup> – Allein diese Ausgangslage lässt bereits vermuten, dass das AöB und die EuGH-Rechtsprechung in der Schweizerischen Gerichtspraxis einen im Vergleich zum FZA weit geringeren Stellenwert haben.

## 4.2. Tour d’Horizon der Rezeptionspraxis

### 4.2.1. Bundesgericht

Im **BGE 139 II 489** vom 23.07.2013 war die Abgrenzung von Eignungs- und Zuschlagskriterien strittig und zu klären, wieweit Mehreignungen im Rahmen des Zuschlags (erneut) berücksichtigt werden dürfen. Das BGer rekapitulierte zunächst die Praxis des Bundes. Danach würden unternehmensbezogene Aspekte als Zuschlagskriterien zugelassen, wenn sie Einfluss auf die Qualität des Angebots hätten. Desgleichen lasse die Rechtsprechung der Kantone mehrheitlich die Berücksichtigung von anbieterbezogenen Zuschlagskriterien zu, jedenfalls, wenn es um Aufträge gehe, bei denen die Fachkompetenz des Anbieters eine grosse Rolle spiele (E. 2.2.2). Sodann führte das BGer bei der Auslegung des Landesrechts (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. d, Art. 11 Bst. a und Art. 21 Abs. 1 BöB, § 17, 27 und 32 VRöB, Art. 11 Bst. g IVöB) «rechtsvergleichend» zwei neue EuGH-Urteile an, welche die fachliche Eignung und die Zuschlagserteilung gemäss den spezifischen Normen der einschlägigen EU-Richtlinie beurteilten (E. 2.2.3). Das BGer hielt dann aber fest, dass jedenfalls bei Aufträgen, bei denen die Fachkompetenz bedeutsam sei, die Qualität nicht getrennt vom Unternehmen und den darin tätigen Personen beurteilt werden könne. Eine strikte Trennung zwischen unternehmensbezogenen Aspekten und solchen der Wirtschaftlichkeit, wie sie der EuGH vorgenommen habe, überzeuge nicht (E. 2.2.4).

Der **BGE 141 II 113** vom 31.03.2015 betraf die von der beschwerdeführenden WEKO gerügte Verfahrensart, nachdem eine (interkommunale) Vergabe für die Einführung einer verbrauchsabhängigen Kehrtricksackgebühr ausnahmsweise – wegen angeblicher Dringlichkeit – im Einladungsverfahren und alsdann freihändig erfolgte, obschon der Wert dieses Auftrags mehrere Mio. betrug und damit weit über den relevanten Schwellenwerten gemäss IVöB i.V.m. GPA lag, so dass an sich eine öffentliches Submission hätte durchgeführt werden müssen (vgl. E. 4). Das BGer erwog, dass das gewählte Verfahren per definitionem eine Verletzung der Grundsätze der Gleichbehandlung der konkurrierenden Submittenten und der Freiheit des Marktzugangs darstelle (vgl. Art. XV GPA) und – gemäss interkantonalem bzw. internationalem Recht (und subsidiär nach Art. 3 i.V.m. Art. 5 BGBM) – nur ausnahmsweise zulässig sei (E. 5.1). Nach Erörterung der verschiedenen Verfahrensarten gemäss IVöB und GPA konstatierte das BGer, dass (soweit hier interessierend) nur bei Vorliegen von «*raisons d’extrême urgence*» gemäss Art. XV Abs. 1 Bst. c GPA (bzw. der nachgebildeten kantonalen Regel) die Vergabebehörde

---

<sup>172</sup> Vgl. Biaggini, AöB, S. 712 ff., m.w.H.

<sup>173</sup> Vgl. Biaggini, AöB, S. 718.

von den Vorgaben für öffentliche Verfahren abweichen und bspw. ohne vorgängige Publikation gezielt Anbietende offerieren lassen dürfe, um alsdann den Auftrag (ohne Publikation) freihändig zu vergeben (E. 5.2). Zur Konkretisierung, wann dieses Dringlichkeitserfordernis erfüllt ist, stützte sich das BGer nicht nur auf Lehrmeinungen (E. 5.3.1), sondern «*s'inspire (aussi)*» an der einschlägigen EU-Richtlinie. Die Terminologie dieser Norm und die diesbezügliche EuGH-Praxis (Verweis auf Urteile der 1990er Jahre sowie einen Entscheid aus dem Jahr 2013) zeigten «*que la clause d'urgence [...] ne doit être admise que de façon très restrictive*». Diese «*développements ainsi consacrés par le droit de l'UE peuvent servir de source d'inspiration aux juridictions suisses*», umso mehr, als die «*règles relatives à la passation des marchés prévues par [le GPA] ont essentiellement repris, y compris par rapport aux procédures de passation, les dispositions du droit de l'UE*» (E. 5.3.2).

Im **BGE 142 II 369** vom 18.07.2016 war umstritten, ob die Aargauische Pensionskasse bei der Vergabe von Unterhaltsarbeiten an Liegenschaften ihres Anlagevermögens u.a. gestützt auf das GPA dem Vergaberecht unterstellt war. Der subjektive Geltungsbereich des GPA sei in dessen Art. I Abs. 1 in Anh. I Annex 1-3 (i.V.m. Art. 2 AöB) normiert. Annex 1 (Bundesstellen) und Annex 3 (Sektorunternehmen) seien hier nicht von Bedeutung, in Frage komme einzig eine Unterstellung nach Annex 2 (E. 3.1). Nach dessen Ziff. 2 seien dem Abkommen u.a. «*les organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel*» unterstellt. Diese Begriffe seien weder in Ziff. 2 Annex 2 Anh. I GPA noch in Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB, welche diese Norm interkantonalrechtlich umsetze, näher definiert. Hingegen enthalte die Fn. 1 von Annex 3 von Anhang I GPA eine Umschreibung des Begriffs «*organisme de droit public*» (Einrichtung des öffentlichen Rechts), die inhaltlich mit dem EU-Recht übereinstimme, von allgemeiner Bedeutung sei und auch im Rahmen von Annex 2 verwendet werden könne. Das BGer stützte seine Aussage, die in dieser Fn. enthaltenen drei Lemmata müssten kumulativ erfüllt werden, u.a. auf Lehrmeinungen sowie auf ein EuGH-Urteil aus dem Jahr 2013 ab (E. 3.2). Auch bei der Konkretisierung des ersten Lemmas, das seinerseits drei Elemente enthalte (Gründung zu einem besonderen, im Allgemeininteresse liegenden Zweck und das Fehlen eines industriellen oder gewerblichen Charakters) verwies das BGer u.a. auf dieses Urteil (E. 3.3.3.1). Ein weiterer Verweis auf die EuGH-Praxis folgte im Kontext mit der Erörterung der Frage, ob die berufliche Vorsorge gewerblichen Charakter im Sinne des Vergaberechts hat (E. 3.3.3.2 f.). Schliesslich zog das BGer auch für die Auslegung der Voraussetzung «*mehrheitliche öffentliche Finanzierung*» und «*öffentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung*» EuGH-Rechtsprechung heran (E. 3.4.1 f.).

Im **BGE 143 II 425** vom 22.05.2017 lag die Ausschreibung für einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren im Streit. Im Rahmen einer vom UVEK dagegen erhobenen Beschwerde hatte das BGer u.a. zu prüfen, ob ein Verstoß gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität durch einen Anbieter mit staatlichem Hintergrund zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen kann (E. 4). Nach allgemeinen Ausführungen zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns (E. 4.2 f.) erörterte das BGer die Gründe für den Ausschluss eines Anbieters nach Art. 11 BöB (E. 4.4). Unter Rückgriff auf Zielsetzungen des öffentlichen Vergabewesens einschliesslich der Präambel zum GPA und Art. 1 Abs. 1 BöB kam es zum Schluss, dass

ein Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität durch einen Anbieter mit staatlichem Hintergrund einen Ausschlussstatbestand im Sinne von Art. 11 BöB darstellen könne, so etwa, wenn die Offerte auf einer unzulässigen Quersubventionierung beruhe und deshalb geeignet sei, den Wettbewerb auf dem fraglichen Beschaffungsmarkt zu verfälschen. Allerdings seien die Voraussetzungen für einen Ausschluss nicht bei jedem Unterangebot einer staatlichen Offerentin erfüllt. So bestehe etwa in Fällen rechtmässig ausgerichteter staatlicher Subventionen i.d.R. keine unzulässige Wettbewerbsverzerrung. Für diese letzte Aussage verwies das BGer auf nationale Rechtsprechung, Lehrmeinungen sowie «*rechtsvergleichend*» auf EU-Sekundärrecht und drei EuGH-Urteile aus den Jahren 2000, 2009 und 2014 (vgl. E. 4.5).

Schliesslich ist auf **BGE 145 II 49** vom 21.02.2019 hinzuweisen: Wie bereits in den BGE 142 II 369 E. 3.2 und 139 II 489 E. 2.2.3, war der subjektive Geltungsbereich nach Massgabe von Art. I Abs. 1 und Anh. I Annex 2 GPA (i.V.m. Art. 2 Abs. 1 AöB) strittig: Konkret hatte das BGer zu prüfen, ob eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR, deren Aktionariat sich aus Gemeinden zusammensetzte und die ein auf der kantonalen Spitalliste aufgeführtes Spital betrieb, dem Beschaffungsrecht untersteht bzw. eine Einrichtung des öffentlichen Rechts nach Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB darstellt. Das BGer erwog, dass diese Norm der Umsetzung staatsvertraglicher Verpflichtungen in das kantonale Recht diene, weshalb die Auslegung «*gestützt auf das Staatsvertragsrecht zu erfolgen*» habe, wobei das GPA und das AöB im Vordergrund stünden (E. 4.1). Gemäss Art. I Abs. 1 GPA bestimmt sich der subjektive Geltungsbereich des Abkommens nach Anh. I Annex 1-3. Näher zu prüfen sei aber in casu allein eine Auslegung von Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB nach Massgabe von Anh. I Annex 2 GPA. Laut Ziff. 3 von Anh. I Annex 2 GPA, die gestützt auf Art. 2 Abs. 1 AöB eingefügt worden sei, unterständen dem Abkommen «*les autorités et organismes publics du niveau des districts et des communes*»; dem Begriff der «*organismes publics*» (bzw. der «*öffentlichen Stellen*» [Art. 2 Abs. 1 AöB]) komme dabei jedenfalls keine engere Bedeutung zu als jenem der «*organismes de droit public*» nach Ziff. 2 von Anh. I Annex 2 GPA. Eine nähere Umschreibung des Begriffs «*organisme de droit public*» liefere Fn. 1 von Anh. I Annex 3 GPA, die inhaltlich mit dem EU-Recht übereinstimme, von allgemeiner Bedeutung sei und auch im Rahmen von Anh. I Annex 2 GPA verwendet werden könne. Die darin enthaltenen drei Lemmata müssten kumulativ erfüllt sein, wobei das dritte Lemma seinerseits drei alternative Voraussetzungen enthalte (E. 4.2). Das BGer prüfte diese Bedingungen und erwog u.a., dass bei der Auslegung der dritten Tatbestandsvoraussetzung des ersten Lemmas von Fn. 1 in Anh. I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anh. I Annex 2) GPA (Würdigung, ob Tätigkeiten «*industriellen oder gewerblichen Charakter*» aufweisen) «*rechtsvergleichend*» die EuGH-Rechtsprechung «*zum inhaltlich übereinstimmenden Begriff der 'Aufgaben nicht gewerblicher Art'*» gemäss der anwendbaren EU-RL heranzuziehen sei (vgl. E. 4.4.3). Dementsprechend verwies es bei der Konkretisierung des ersten Lemmas, das seinerseits drei Elemente enthalte (Gründung zu einem besonderen Zweck, einen im Allgemeininteresse liegenden Zweck und das Fehlen eines industriellen oder gewerblichen Charakters), u.a. auf EuGH-Urteile aus den Jahren 2003, 2008 bzw. 2017 (E. 4.4.3.2).

#### 4.2.2. Bundesverwaltungsgericht

Während bis Ende 2006 die *BRK* über Beschwerden gegen Vergabeentscheide des Bundes urteilte, ist seit 01.01.2007 das *BVGer* dafür zuständig. Diese Rechtsprechung nahm hin und wieder Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH, punktuell zum AöB, mehrheitlich aber zum (seit Einführung des GPA im Wesentlichen gleichwertigen) EU-Vergaberecht. Sie nutzte die EuGH-Praxis durchwegs bloss als Inspirationsquelle, um eine gewisse Einheitlichkeit der Submissionsordnungen zu gewährleisten.<sup>174</sup> Folgende drei Urteile mögen dies erhellen:

Der im Urteil der **BRK 2002-013** vom 06.03.2003 (publ. in VPB 67.67) beurteilte Streit drehte sich im Wesentlichen um die Frage, ob die Vergabestelle befugterweise aufgrund der geringen Zahl eingegangener Angebote das Vergabeverfahren für ein Leistungspaket im Kontext mit einem Sanierungsprojekt abgebrochen hat. Zunächst erörterte die BRK, dass die Zulässigkeit des Abbruchs nach Art. 30 VöB zu beurteilen sei, wobei diese Bestimmung staatsvertragskonform, will sagen im Licht von Art. XIII Ziff. 4 Bst. b GPA, auszulegen sei. Danach könne eine Beschaffungsstelle im öffentlichen Interesse beschliessen, einen Auftrag nicht zu vergeben. Dass somit der Abbruch eines Vergabeverfahrens durch ein (mit Blick auf Art. 5 Abs. 2 BV zu konkretisierendes) ausreichendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein müsse, ergebe sich überdies aus dem Prinzip von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3, Art. 9 BV bzw. Art. 2 ZGB). Die Vergabestelle verfüge in Bezug auf diesen Entscheid über ein weites Ermessen, habe aber ein ausreichendes öffentliches Interesse darzutun und dürfe ein Verfahren nicht grundlos abbrechen. Für diese Aussage verwies die BRK hilfsweise u.a. auf EuGH-Rechtsprechung, die in einem anderen Entscheid rezipiert worden ist (vgl. E. 2a). Das Bundesrecht bezwecke, im öffentlichen Beschaffungswesen einen wirksamen Wettbewerb zu entfalten (Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB). Aus der VöB und dem BöB ergebe sich, dass ein Vergabeverfahren im Interesse eines effizienten Wettbewerbs so auszugestalten sei, dass die Auftraggeberin in der Lage sei, verschiedene Angebote miteinander zu vergleichen und aufgrund objektiver Kriterien das günstigste Angebot auszuwählen. Bei einer ungenügenden Zahl eingegangener Angebote sei die Vergabebehörde nicht in der Lage, diese zu vergleichen und den Zuschlag an das mit Bezug auf die Zuschlagskriterien wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen. Die BRK verwies *«in gleichem Sinne für das europäische Recht»* auf ein Urteil des EuGH von 1999 (E. 2d).

Im **BVGE 2008/61** (B-6177/2008) vom 25.11.2008 hatte das *BVGer* darüber zu befinden, ob die AHV und IV die durchgeführte Beschaffung von Hörgeräten zu recht nicht dem Vergaberecht des Bundes unterstellt hatten. Das *BVGer* erörterte zunächst, weshalb der AHV und IV keine bzw. lediglich partielle Rechtspersönlichkeit zukomme. (E. 3.1–3.5.1). Weiter bezog es sich auf europäisches Vergaberecht und hielt fest, die europäische Begrifflichkeit habe die Formulierung von Anh. I Annex 2 und Anh. I Annex 3 GPA beeinflusst. Nach Ausführungen zum nationalen Sozialversicherungsrecht kam es zum Schluss, dass in casu das BSV als Beschaffungsstelle anzusehen sei (E. 3.5.2–3.7.1). Die Anwendung des Beschaffungsrechts dürfe allerdings nicht durch das Vorschieben einer nicht unterstellten Dritten umgangen werden, selbst wenn Letztere in eigenem Namen als ausschreibende Stelle auftrete. Zu diesem Schluss sei auch

---

<sup>174</sup> Vgl. Biaggini, AöB, S. 719 f., m.w.H. auch auf die Rechtsprechung.

ein WTO-Panel-Report und – was «*rechtsvergleichend zu berücksichtigen*» sei – der EuGH in einem Entscheid von 1998 gekommen (E. 3.7.2). Da das BSV mangels Rechtspersönlichkeit von AHV und IV zwingend zuständig sei, sei grundsätzlich davon auszugehen, dass es sowohl für eigene Vergaben als auch für solche, welche es für AHV und IV tätige, dem GPA und BöB unterstehe. Dies entspreche auch dem Gebot der Rechtssicherheit. Durchaus «*vergleichbar*» habe auch der EuGH in einem älteren Entscheid entschieden (E. 3.7.3).

In analoger Weise wurde im **BVGE 2017/IV/4** (B–3797/2015) vom 13.04.2016 EuGH-Rechtsprechung rezipiert: Darin war namentlich zu entscheiden, wann ein ungewöhnlich niedriger Angebotspreis resp. ein Unterangebot vorliegt und welche vergaberechtlichen Konsequenzen daran zu knüpfen sind. Das BVGer stützte sich primär auf Bundesrecht (Art. 25 Abs. 1 und 4 VöB, Art. 11 BöB) und legte dieses auch mit Blick auf kantonales Submissionsrecht aus. Das vorläufige Auslegungsergebnis (E. 3.4) spiegelte es sodann an Art. XIII Abs. 4 Bst. a GPA und stützte sich bei der Auslegung dieser Bestimmung auf Literatur sowie «*rechtsvergleichend*» auf einen EuGH-Entscheid aus dem Jahr 2012 (vgl. E. 3.5). Ein weiterer Streitpunkt ergab sich daraus, dass es sich bei der Anbieterin um ein öffentlich-rechtlich konstituiertes Rechtssubjekt handelte. Das BVGer kam zum Schluss, dass dies aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich erlaubt sei, solange dies nicht durch unzulässige Quersubventionierung zu einer Wettbewerbsverzerrung führe. In seiner fundierten Begründung zur damit implizit angesprochenen Problematik der Quasi-In-House-Geschäften erörterte es nebst anderem das EU-Vergaberecht, das soweit hier interessierend die Konzeption früherer Definitionen aufnehme. Hierbei führte das BVGer wiederum «*aus rechtsvergleichender Sicht*» EuGH-Praxis der Jahre 2014 und 2015 an und wies ferner darauf hin, dass der davon offensichtlich inspirierte Art. 3 Bst. a revBöB nunmehr eine vergleichbare Legaldefinition enthalte (vgl. E. 4.7 f.).

#### 4.2.3. Ausgewählte obere kantonale Verwaltungsjustizbehörden

Erweiterte Recherchen nach kantonalen Gerichtsentscheiden zum öffentlichen Beschaffungswesen, in denen EuGH-Rechtsprechung rezipiert worden ist, haben für das **VGer ZH** zu folgenden drei Urteilen geführt:

Das **VGer ZH** erwog im Urteil **VB.2002.00384** vom 27.08.2003, nach kantonalem Vergaberecht könne die Vergabestelle bei einem Angebot mit ungewöhnlich niedrigem Preis beim Anbieter Erkundigungen einholen, um sich zu vergewissern, dass dieser die Teilnahme- und Auftragsbedingungen einhalte bzw. erfülle. Es gebe aber kein grundsätzliches Verbot von Unterangeboten. Diese Regelung stehe in Einklang mit Art. XIII Ziff. 4 Bst. a GPA und der entsprechenden EU-RL, die ihrerseits auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgingen. Ein Anbieter dürfe daher wegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn ihm nicht Gelegenheit gegeben worden sei, die Seriosität des Angebots darzutun. Das entspreche auch der Rechtsprechung der grossen Mehrheit der kantonalen Gerichte. Die Vergabestelle sei somit zum Einholen entsprechender Erkundigungen verpflichtet, wenn sie in Betracht ziehe, ein ungewöhnlich tiefes Angebot vom Verfahren auszuschliessen (E. 3b, m.Verw. auf deutsche Literatur und EuGH-Rechtsprechung).

Im Entscheid **VB.2008.00194** vom 08.04.2009 befasste sich das **VGer ZH** mit der Frage der Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit Dritter im Rahmen der Eignungsprüfung einer Anbieterin. Es führte aus, im Kontext mit der Leistungsfähigkeit Dritter bei der Eignungsprüfung rechtfertige sich ein Blick auf das Vergaberecht der EG. Die EG-RL und die Rechtsprechung des EuGH hierzu seien für die rechtsanwendenden Schweizer Behörden zwar «*nicht verbindlich*»; dennoch sei es «*zweckmässig*», das «*bereits weit entwickelte EG-Vergaberecht als Inspirationsquelle heranzuziehen und eine gewisse Einheitlichkeit zwischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht anzustreben*». Die schweizerische Rechtsprechung, einschliesslich diejenige des VGer ZH, habe denn auch schon in verschiedenen Fällen auf EG-Vergaberecht Bezug genommen (Verweis auf Biaggini, AöB, S. 719, m.w.H.). Gemäss der einschlägigen EU-RL könne sich ein Wirtschaftsteilnehmer ggf. für einen bestimmten Auftrag zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen. Er müsse diesfalls aber nachweisen, dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, indem er z.B. die diesbezüglichen Zusagen dieser Unternehmen vorlege (Verweis auf zwei EuGH-Urteile von 2004 sowie einen Entscheid von 1999; vgl. E. 3.5 sowie 4.2).

Mit Entscheid **VB.2015.00555** vom 20.12.2016 hatte das **VGer ZH** zu beurteilen, ob eine privatrechtlich organisierte Auftraggeberin vom subjektiven Geltungsbereich der IVöB erfasst wird, wenn es sich um eine Einrichtung des öffentlichen Rechts handelt. Das Gericht erwog, Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB setze Ziff. 2 f. Annex 2 zum Anh. I GPA i.V.m. Art. 2 AöB um. Zur Konkretisierung und Anwendung der massgeblichen, mit unbestimmten Rechtsbegriffen durchsetzten Voraussetzungen wurde ähnlich wie im vorne dargelegten BGE 142 II 369 (Ziff. 4.2.1) argumentiert, inkl. die (rechtsvergleichenden) Verweise auf die drei erwähnten EuGH-Urteile aus den Jahren 2003, 2008 und 2013 (vgl. E. 3.2, 5.2 und 5.4)

Wenn eine Vergabebehörde von Stellen, die über eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, aber von den Auftraggebern kontrolliert werden, Leistungen beziehen (sog. *Quasi-In-house-Vergaben*), stellt sich beschaffungsrechtlich die Frage, ob es sich auch bei einem solchen Geschäft um eine vergaberechtsfreie Beschaffung handelt oder nicht. Der EuGH hat erstmals im bekannten Urteil *Teckal* (Rs. C-107/98, 18.11.1999, Slg. 1999 I-08121) für diese Abgrenzung bzw. Frage des Anwendungsbereichs des Vergaberechts im Wesentlichen zwei Kriterien entwickelt (Tätigkeits- und Kontrollfordernis) und diese seither weiterentwickelt und verfeinert.<sup>175</sup> Während sich das BGer mit der Frage der Unterstellung von Quasi-In-house-Geschäften unter das Vergaberecht bislang noch nicht befasst hat,<sup>176</sup> urteilten darüber bereits vereinzelt kantonale *Verwaltungsjustizbehörden*; sie haben sich – wie auch die Lehre – grundsätzlich dafür ausgesprochen, diese EuGH-Praxis heranzuziehen:

- Soweit ersichtlich als erstes schweizerisches Gericht hat das **KGer VS** im Urteil **TCV A1 09 163** vom 03.12.2009 die *Teckal*-Praxis rezipiert in Bezug auf die Vergabe von Sanierungsarbeiten an einer Alpstrasse an den Forstbetrieb eines kommunalen Zweckverbandes

<sup>175</sup> Vgl. Galli et al., Beschaffungsrecht, S. 109 ff., und Beyeler, Geltungsanspruch, Rz. 1222 ff., je m.w.H.

<sup>176</sup> Poledna/Schlauri/Schweizer, Voraussetzungen, S. 125; weiterführend Freudiger, Rechtsform, S. 355 ff.

durch eine Mitgliedgemeinde: Es erwog zunächst allgemein, dass zu den In-House-Geschäften (auch) Situationen zählten, in denen öffentliche Auftraggeber mit von ihnen kontrollierten Gesellschaften, die über eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, Verträge abschliessen. Selbstverständlich hätten öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben gänzlich mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erfüllen zu lassen, ohne auf die Leistung rechtlich selbständiger Unternehmen zurückgreifen zu müssen. Schwieriger sei bei In-House-Geschäften im weiteren Sinn die Ausschreibungspflicht zu klären. Hier verweise die Lehre auf die Praxis des EuGH (Urteil Teckal). Das KGer fasste die vom EuGH entwickelten Kriterien zusammen und wandte diese auf den konkreten Fall an (vgl. E. 4.2 f.).

- Auch der Entscheid des **VGer AG WBE.2012.159** vom 01.07.2013 (AGVE-2013-37 S. 193) behandelt nebst anderem die Frage der Unterstellung einer Quasi-in-house-Vergabe unter das Submissionsrecht. Das VGer hielt fest, für die Beurteilung, ob es sich auch bei einem solchen Geschäft um eine vergaberechtsfreie Beschaffung handle oder nicht, ziehe die Lehre jene Kriterien heran, die der EuGH im Teckal-Urteil erstmals aufgestellt und in der Folge weiterentwickelt habe. Weiter verwies es auf die diesbezügliche spärliche Praxis anderer Kantone und erwog, dass im Schrifttum eine Anwendung der EuGH-Praxis zu den Quasi-in-house-Vergaben insb. deshalb befürwortet werde, weil das schweizerische und das europäische Vergaberecht im Bestreben nach wettbewerbsneutraler Ausgestaltung des Gebarens öffentlicher Auftraggeber auf denselben Gedanken, Anliegen und Regelungszwecken beruhen (E. II/2.1). Hierauf erörterte das VGer die Teckal-Kriterien unter Verweis auf das voranstehende Urteil und entschied damit den zu beurteilenden Fall (E. II/2.2).

### 4.3. Zwischenfazit

Das AöB spielt in der Praxis des *BGer* eine untergeordnete Rolle. Dazu ist im Register des *BGer* bloss ein amtlich publiziertes Urteil verzeichnet (BGE 141 II 307 E. 5.1, 6.3), in dem aber keine EuGH-Praxis herangezogen wurde. Die anderen vier registrierten Urteile betrafen allesamt nicht primär das AöB, sondern vergleichbare Normen im GPA vorab zum sachlichen und persönlichen Geltungsbereich (der Registereintrag zu Art. 2 AöB verweist auf Art. I Abs. 1 GPA). Insoweit hat die Rezeption von EuGH-Urteilen in der bundesgerichtlichen Praxis zum öffentlichen Beschaffungswesen eine *gewisse Relevanz*, allerdings *nicht* für die Auslegung des AöB, sondern im Rahmen der GPA-konformen Auslegung und Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe des *nationalen Beschaffungsrechts*. Diesbezüglich berücksichtigte das *BGer* jeweils *rechtsvergleichend* EuGH-Rechtsprechung, soweit das EU-Recht gleichwertig mit der Regelung im GPA war; dies traf regelmässig zu, was letztlich auch nicht weiter erstaunt, zumal sich das GPA prinzipiell «*an das Liberalisierungskonzept der EG-Vergaberichtlinien anlehnt*». <sup>177</sup> Dergestalt nützte das *BGer* EuGH-Urteile bloss als Inspirationsquelle, ohne sich daran gebunden zu fühlen. In analoger Weise zog das *BGer* in den BGE 139 II 489 und 143 II 425 bei der Auslegung von nationalem Submissionsrecht im Licht des GPA «*rechtsverglei-*

---

<sup>177</sup> Biaggini, AöB, S. 664; vgl. auch Bundesrat, Botschaft Totalrevision Beschaffungswesen, S. 1880 f.

*chend*» EuGH-Urteile zu gleichwertigem EU-Recht heran. Ein gleiches Bild vermittelt die Praxis der *BRK* bzw. des *BVGer* und ausgewählter *Kantone*: Soweit auf EU-Vergaberecht und diesbezügliche Praxis des EuGH Bezug genommen wird, erfolgte dies grundsätzlich allein rechtsvergleichend zur Bestätigung von Normsinnhypothesen betreffend Regelungen des nationalen Vergaberechts. Im Ergebnis wohl eine über den Stellenwert einer Inspirationsquelle hinausgehende Bedeutung dürfte der von einzelnen Kantonen bei der Auslegung des kantonalen Rechts rezipierten Teckal-Praxis des EuGH zukommen, wurden doch die entsprechenden Kriterien jeweils direkt massgeblich entscheidrelevant herangezogen.

Diese Feststellungen vermögen im Licht der Hinweise zum AöB (Ziff. 4.1.2) kaum zu überraschen: Das AöB enthält keine Verweise auf EU-Sekundärrecht und lehnt sich nur vereinzelt an Normen des EU-Vergaberechts an. Anders als bspw. der EWR fusst das AöB *«nicht auf einer Übernahme des europäischen acquis, sondern auf der Anerkennung der Gleichwertigkeit der jeweiligen Rechtsordnungen»*.<sup>178</sup> Damit zählt das EU-Vergaberecht höchstens indirekt zu den übergeordneten Massstäben, die in der schweizerischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung zu beachten sind, nämlich insoweit, als dieses einen grossen Einfluss auf den Inhalt des GPA hatte (und hat), das aber bereits am 01.01.1996 in Kraft gesetzt wurde für die CH (zusammen mit den das GPA umsetzenden BöB und VöB) und für die EU in Bezug auf ihre Mitgliedstaaten (vgl. GPA, in fine). Das AöB ist nicht primär auf eine Harmonisierung oder Schaffung paralleler Rechtsordnungen ausgelegt, sondern ein Liberalisierungsabkommen. Folgerichtig enthält das AöB auch keine Regel zur Übernahme von EuGH-Rechtsprechung (im Sinn von Art. 16 Abs. 2 FZA).<sup>179</sup> Entsprechend finden sich in den eingesehen Urteilen nur ganz ausnahmsweise Erwägungen, in denen mit der Parallelität der Rechtsordnungen das Heranziehen von EuGH-Rechtsprechung begründet wurde (vgl. aber VGer ZH VB.2008.00194 vom 08.04.2009). Wohl nicht zuletzt aufgrund des bloss rechtsvergleichenden Stellenwerts der herangezogenen EuGH-Praxis wurde in keinem der Urteile zwischen vor und nach der Unterzeichnung des AöB ergangener EuGH-Praxis unterschieden. Auch wenn die Rechtsprechung auch jüngere EuGH-Vergabeentscheide als Inspirationsquelle nutzt, lässt die Rechtsentwicklung insgesamt keine besondere Dynamik erkennen.

In der *Lehre* wird bisweilen gefordert, das AöB und die Umsetzungserlasse seien soweit wie möglich im Licht des Unionsrechts auszulegen. Andere sind der Meinung, dies gehe zu weit, weil das AöB nicht auf die Übernahme von EU-Recht ausgerichtet sei, sondern auf der Anerkennung der Gleichwertigkeit der Gesetzgebungen beruhe, weshalb die EuGH-Rechtsprechung – wie in der Schweiz praktiziert – allein rechtsvergleichend heranzuziehen sei.<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> Biaggini, AöB, S. 722.

<sup>179</sup> Vgl. Biaggini, AöB, S. 656 f., 719 f.

<sup>180</sup> In diesem zweiten Sinne Biaggini, AöB, S. 719 f., m.w.H.; im Sinn der erstgenannten Meinung hingegen bspw. Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 226 ff., 233, 241.

## **5. Zusammenfassende, entwicklungsanalytische Betrachtung, Ausblick**

### **5.1. Bereichsspezifisch unterschiedliche Entwicklungen bei der EuGH-Rechtsprechungsübernahme**

In Ziff. 3 und 4 sind Entwicklung und Grundsätze der Übernahme der EuGH-Rechtsprechung durch schweizerische Gerichte bei der Auslegung des FZA und AöB beispielhaft aufgezeigt und in einem Zwischenfazit zusammengefasst worden. Im Folgenden werden zunächst die Entwicklungen in Bezug auf diese Abkommen verglichen (Ziff. 5.1.1). Alsdann werden bereichsspezifische Unterschiede in der Entwicklung der Praxis zum FZA herausgeschält (Ziff. 5.1.2).

#### **5.1.1. Marginale Bedeutung betreffend das AöB – reichhaltige Praxis und wachsende Bedeutung bei der Anwendung des FZA**

Die meisten zwischen der CH und der EU resp. den EU-Mitgliedstaaten abgeschlossenen Staatsverträge beschäftigen die schweizerische Gerichtspraxis nicht oder nur am Rande. Entsprechend ist auch der Stellenwert der EuGH-Rechtsprechung zu dem diesen Verträgen zugrundeliegenden Unionsrecht gering.<sup>181</sup> – Diesem Grundsatz entsprechend hat eine Durchsicht der schweizerischen Gerichtspraxis ergeben, dass die EuGH-Praxis bei der Auslegung des in der Rechtspraxis ohnehin wenig bedeutungsvollen AöB quantitativ und qualitativ einen sehr geringen Stellenwert hat. Dieser geht kaum über die Bedeutung als rechtsvergleichende Inspirationsquelle hinaus und bleibt weit hinter der Bedeutung der Rezeptionspraxis beim FZA zurück. Wenn Schweizerische Gerichte bei der Anwendung «*ihrer*» kommunal-, kantonal- oder bundesrechtlichen Vergabeerlasse, also ihrem primären Verhaltensmassstab, vereinzelt EuGH-Rechtsprechung heranziehen, dann tun sie dies i.a.R. bloss rechtsvergleichend, im Zug einer an übergeordneten Rechtsordnungen ausgerichteten Auslegung. Dabei wird aber die EuGH-Praxis zum EU-Vergaberecht nicht über das AöB, sondern über das praktisch wichtigere GPA als Inspirationsquelle herangezogen. Damit ist auch gesagt, dass der rechtsvergleichende Einbezug bereits mit der Einführung des GPA 1996 einsetzte; gleichzeitig kann kein direkter genereller oder signifikanter Bedeutungszuwachs der EuGH-Rechtsprechung für die Auslegung des AöB und überhaupt des öffentlichen Beschaffungsrechts ausgemacht werden, auch nicht in Bezug auf EuGH-Neu-Rechtsprechung. Die Erklärungen für die seit jeher marginale Bedeutung der EuGH-Rechtsprechungsübernahme liegen auf der Hand: Das AöB strebt nicht nach parallelen Ordnungen und ist kein Integrationsvertrag, sondern ein Liberalisierungsabkommen, das auf gegenseitiger Anerkennung prinzipiell gleichwertiger Gesetzgebungen beruht und im Verhältnis CH-EU nur eine Liberalisierungslücke des GPA schloss, ohne auf EU-Vergaberecht zu verweisen oder sich wesentlich daran anzulehnen. Hinzu kommt, dass das EU-Vergaberecht und das GPA nicht in gleicher Weise einem Wandel ausgesetzt sind, wie das Freizügigkeitsrecht, das sich in der EU stetig zum europäischen Bürgerrecht weiterentwickelt<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Eine per 23.09.2019 durchgeführte simple Abfrage auf der Online-Datenbank des BGer mit den SR-Nrn. des AöB und des FZA liefert für das AöB 59 und für das FZA 1'291 exakte Treffer, wobei nur gerade in 4 der 59 Urteile EuGH-Entscheide (aber zum GPA) zitiert werden (= 7%), während es beim FZA 199 sind (= 15%).

<sup>182</sup> Vgl. etwa Epiney, Europarecht, S. 374 («Vom freien Personenverkehr zum europäischen Bürgerrecht»).

Ein anderes Bild zeigt die Rechtsprechung zum *FZA* und insoweit hauptsächlich zu den Regelungsmaterien der Personenfreizügigkeit und der Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit.<sup>183</sup> Die Urteile, in denen sich das BGer mit dem *FZA* befasst hat, sind sehr zahlreich. Die amtlich publizierte Gerichtspraxis lässt einen immer grösser werdenden Stellenwert der abkommensrelevanten EuGH-Rechtsprechung bei der Auslegung (und Weiterentwicklung) des *FZA* erkennen. Die Rezeptionspraxis des BGer ist reichhaltig und zunehmend dynamisch, um dem Auseinanderdriften der Regelung des *FZA* und dem Unionsrecht entgegenzuwirken bzw. in den vom *FZA* erfassten Bereichen eine möglichst parallele Rechtslage zu gewährleisten. Auch wenn eine klare Tendenz besteht, die abkommensrelevante EuGH-Neu-Rechtsprechung bei der Auslegung des *FZA* stärker zu berücksichtigen, gilt dies nicht für alle Bereiche des *FZA* in gleichem Masse. Vielmehr zeigen sich bereichsspezifische Nuancierungen:

### 5.1.2. Bereichsspezifische Nuancierungen in der Rezeption der EuGH-Rechtsprechung des BGer zum *FZA*

Während das BGer die EuGH-Alt-Rechtsprechung zu *FZA*-relevantem Unionsrecht von Anfang an konsequent im Sinn einer Beachtungspflicht herangezogen hat, lässt die Entwicklung zur Berücksichtigung der EuGH-Neu-Rechtsprechung *zwei Phasen* erkennen: In einer *ersten* Phase zog das BGer diese bloss als Auslegungshilfe heran und trug ihr Rechnung, wenn sie die Alt-Rechtsprechung bestätigte, präziserte oder konkretisierte. In BGE 136 II 5 hat das BGer erstmals die Neu-Rechtsprechung für grundsätzlich massgeblich erklärt. Diese Neuerung löste die *zweite* Phase aus; sie prägte in der Folge zwar die gesamte Rechtsprechung, wurde aber nicht in allen Bereichen mit gleicher Konsequenz angewendet (zum Ganzen vorne Ziff. 3.3). Vielmehr können *bereichsspezifische Nuancierungen* in der Entwicklung festgestellt werden:

- Der mit BGE 136 II 5 statuierte Grundsatz, bei der Auslegung des *FZA* grundsätzlich auch die EuGH-Neu-Rechtsprechung zu berücksichtigen, entsprang der *Rechtsprechung* zur *Personenfreizügigkeit*, deren Urheberin i.d.R. die II. öffentlich-rechtlichen Abteilung ist. Auch die Weiterentwicklung dieses Grundsatzes erfolgte in diesem Rechtsprechungsbereich. Es kann eine eigentliche Haupt-Rechtsprechungslinie ausgemacht werden, deren Herausbildung bereits früh einsetzte, meist aus Anlass der Beurteilung von Fällen zu Familiennachzugsrechten: Beginnend mit dem BGE 130 II 1, wurde die Praxis mit den Folgeentscheiden 130 II 113 und 134 II 10 modifiziert. Sie gipfelte in den wegleitenden BGE 136 II 5 und 136 II 65, die zur «*jurisprudence constante*» geworden sind, welche das BGer in seinem Urteil 143 II 57 E. 3.6 (mit Verweis auf das «*arrêt de principe*» BGE 142 II 35) so zusammengefasst hat, dass – «*dans le but d'assurer une situation juridique parallèle entre les Etats membres de la Communauté européenne, d'une part, et entre ceux-ci et la Suisse, d'autre part*» – «*il s'inspire des arrêts rendus par la [EuGH] après [le 21.06.1999], pour autant que des motifs sérieux ne s'y opposent pas*» (ebenso BGE 144 II 113 E. 4.1). Die so praktizierte dynamische Rechtsprechungsübernahme erfolgte nicht grenzenlos. Wie ausge-

---

<sup>183</sup> Zur Anerkennung von Befähigungsausweisen sind bis August 2019 «bloss» vier BGE ergangen, die für die EuGH-Rechtsprechungsübernahme im Vergleich zu den anderen Bereichen nicht besonders viel hergeben.

führt, wurde aber weniger mit der Figur der «*triftigen Gründe*», sondern meist mit der sachlichen Begrenzung argumentiert (z.B. BGE 142 II 5 E. 5.2), was im Ergebnis zu einer klaren Relativierung der Unterscheidung zwischen EuGH-Alt- und Neu-Rechtsprechung geführt hat. Deutliche Grenzen führte das BGer im BGE 139 II 393 E. 4.1.1 an (vgl. vorne Ziff. 3.2.2, 3.3.1), auf den das BGer in der Folge ebenfalls mehrfach verwiesen hat.

- Im Gegensatz zu dieser eher «*progressiven*» Rechtsprechung fiel die Rezeptionspraxis zur *Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit*, deren Urheberin primär die beiden sozialrechtlichen Abteilungen sind, jedenfalls mit Blick auf die Formulierungen lange Zeit «*zurückhaltender*»<sup>184</sup> aus: So stützte sich das BGer auch gut 2.5 Jahre nach dem ausländerrechtlichen Leadingcase BGE 136 II 5 noch auf BGE 132 V 423 und erklärte, allein die EuGH-Alt-Praxis sei massgeblich und die Neu-Rechtsprechung sei nur heranzuziehen, sofern sie sich darauf beschränke, bereits bekannte Grundsätze zu wiederholen (BGE 138 V 258 E. 5.3.2). Gleichermassen zurückhaltend fielen die Formulierungen in BGE 142 V 2 E. 6.3.3 und 6.5 aus. Immerhin stützt sich das BGer im BGE 143 V 81 E. 3.3 zur Klärung der Frage der Anwendbarkeit des FZA bei doppelter Staatsangehörigkeit auf BGE 143 II 57 E. 3.4 ff., 3.9, der die mit BGE 136 II 5 begründete Praxis berücksichtigte. Das soweit ersichtlich erstmalige Bekenntnis zum Prinzip einer dynamischen Rechtsprechungsübernahme gemäss BGE 136 II 5 erfolgt in BGE 145 V 39, in dessen E. 2.3.2 das BGer mit Verweis auf BGE 143 II 57 E. 3.6 und 142 II 35 E. 3.1 ausführte: «*Per prassi invalsa il Tribunale federale si scosta dall'interpretazione delle disposizioni del diritto comunitario data dalla Corte di giustizia europea soltanto in presenza di giustificati motivi, affinché per quanto possibile sia garantita una situazione giuridica analoga fra gli Stati membri dell'UE da una parte e la Svizzera dall'altra parte*»<sup>185</sup>. – Dass das BGer erst mit BGE 145 V 39 eine Hinwendung zur «136 II 5»-Praxis artikulierte, sich in der vorangehenden sozialrechtlichen Praxis aber im Vergleich zur ausländerrechtlichen Rechtsprechung zurückhaltender äusserte, bedeutet nun aber nicht, dass effektiv auch derart grosse Unterschiede bestanden. Jedenfalls lagen in den beurteilten Situationen jeweils einschlägige Beschlüsse des GA zum Anh. II FZA vor, die einer Rechtsprechungsübernahme im Wege standen (und dies wohl auch nach Massgabe der «136 II 5»-Praxis getan hätten).<sup>186</sup> Gleichzeitig ist vielleicht auch mit BGE 145 V 39 eine definitive und vorbehaltlose Übernahme der «136 II 5»-Praxis noch nicht erfolgt, denn auch in diesem Fall lag ein Beschluss des GA vor, der die bis dahin ergangene Neu-Rechtsprechung des EuGH konsolidiert und übernommen hatte. Das BGer liess denn auch explizit offen, ob ein nach diesem Beschluss des GA ergangenes EuGH-Urteil zu berücksichtigen sei (vgl. BGE 145 V 39 E. 2.4.2–2.4.4). Im Ergebnis mag dies die These einer Annäherung der Rechtsprechungslinien relativieren, ändert aber nichts an der Tatsache, dass das BGer im BGE 145 V 39 die «136 II 5»-Praxis (dynamische Rechtsprechungsübernahme) übernommen hat.
- Praktisch zur gleichen Zeit, wie sich die Tonalität der Rezeptionspraxis zur Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit jener zur Personenfreizügigkeit angenähert hat, sind

<sup>184</sup> Glaser/Brunner, *Defensive*, Rz. 16 ff.

<sup>185</sup> Übersetzung in *Pra* 108 (2019) Nr. 50.

<sup>186</sup> Vgl. auch Glaser/Brunner, *Defensive*, Rz. 19 f.

die ersten Urteile zur *strafrechtlichen Landesverweisung* ergangen. Während die Landesverweisung zuvor im Ausländerrecht verankert war und deshalb Urheberin der diesbezüglichen Praxis die II. öffentlich-rechtliche Abteilung war, hat diese und die späteren BGE – der neuen rechtlichen Verankerung im StGB entsprechend – die strafrechtliche Abteilung des BGer gefällt (vgl. vorne Ziff. 3.1 und 3.2.3.4). Diese Rechtsprechung distanziert sich nun deutlich von der ausländerrechtlichen Praxis und fällt im Vergleich dazu, was die Gewährung von Personenfreizügigkeitsrechten nach FZA anbelangt, wesentlich freizügigkeitsfeindlicher aus. Konkret weicht das BGer bei Auslegung der (Einschränkungen von Freizügigkeitsrechten rechtfertigenden) «*Gründe der öffentlichen Ordnung*» nach Art. 5 Abs. 1 Anh. I FZA in der mit BGE 145 IV 55 begründeten und seither konsequent weitergeführten Praxis gezielt von seiner restriktiven ausländerrechtlichen Rechtsprechungslinie ab, «*da sich eine derart am ‘effet utile’ ausgerichtete teleologische Reduktion des Normgehalts [...] nicht in klassischer Auslegung auf Art. 31 VRK [...] abstützen lässt*» (6B\_48/2019 vom 09.08.2019, E. 3.8.4). Laut BGer ist die strafrechtliche Landesverweisung ohnehin «*keine Regelungsmaterie des FZA*», weil das Strafrecht «*delinquentes Verhalten und damit den nicht ‘rechtmässigen’ Aufenthalt (Art. 2 FZA) mit souveräner Staatsgewalt ein[schränkt] und damit seiner unabdingbaren Rechtsnatur nach massiv in Freiheitsrechte beschuldigter ausländischer Personen ein[greift] (allerdings unter der Kautel von Art. 36 BV)*»; das Strafrecht beanspruche «*insoweit systematisch einen ‘Vorrang’*» (E. 2.8.2).

Zusammenfassend ist am 09.08.2002 das erste amtlich publizierte Urteil zum FZA ergangen (BGE 128 V 315). Seither hat das BGer bei der Auslegung des FZA die EuGH-Rechtsprechung zwar tendenziell immer mehr berücksichtigt, dabei aber sachliche und zeitliche Differenzierungen entwickelt. Die meisten, für die Praxisbildung besonders wichtigen Urteile sind der ausländerrechtlichen Rechtsprechung entsprungen. Hieraus ist eine dominante Rechtsprechungslinie entstanden. An diese scheint sich nun auch die Praxis zur Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit angenähert zu haben, während die zwar noch junge, so aber doch bereits gefestigte Rechtsprechung des BGer zur strafrechtlichen Landesverweisung davon abweicht. Gesamthaft betrachtet erweist sich die Gerichtspraxis zur EuGH-Rechtsprechungsübernahme als in ihrer Entwicklung kohärent, auch wenn die Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung jedenfalls mit Blick auf Art. 16 Abs. 2 FZA bisweilen grosszügig ausfällt und punktuell verständlicherweise Anlass zu Kritik gibt. – Diese Eindrücke werden bestätigt, wenn die Rezeptionspraxis in einen weiteren Kontext gestellt wird:

## **5.2. Dynamisierung des Rechts durch Rezeption der EuGH-Rechtsprechung als demokratisch-rechtsstaatliche Herausforderung**

Die nachfolgenden Überlegungen beziehen sich in erster Linie auf das FZA, können mutatis mutandis aber auch für das AöB Geltung beanspruchen.

### **5.2.1. Implikation der EuGH-Rechtsprechungsübernahme**

Die stetige Europäisierung des schweizerischen Rechts erfolgt, wie in Ziff. 2.3 dargelegt, nebst dem autonomen Nachvollzug multimodal sowohl im Weg der Rechtsetzung durch Weiterentwicklung und Aufdatierung der bestehenden und durch Abschluss neuer Abkommen als auch

im Zug der Rechtsanwendung durch Auslegung und Anwendung dieser Abkommen. Zwar genießt die CH hierbei Autonomie (Ziff. 2.3.1.1 und 2.5.1), so auch bei der Auslegung des FZA. Es liegt aber auf der Hand, dass es im Lauf der Zeit zu einem zunehmenden Auseinanderdriften zwischen der Rechtsordnung gemäss diesen Abkommen einerseits und dem EU-Binnenmarktrecht andererseits kommt, wenn sich Letzteres weiterentwickelt, die Abkommen hingegen förmlich unangepasst bleiben. Wird die Rechtsbeziehung CH-EU nicht aufdatiert, läuft dies mit zunehmendem Ausmass des Auseinanderklaffens dem Sinn und Zweck der Abkommen zuwider. Der Bundesrat hat die Notwendigkeit der fortlaufenden Anpassung an die Entwicklungen in der EU beim Abschluss der Bilaterale I-Verträge als Problem grundsätzlich erkannt.<sup>187</sup>

In Anbetracht dieses permanenten Anpassungsdrucks, dem die CH ausgesetzt ist und der sich – der multimodalen Rechtsübernahme-architektur entsprechend – auf allen Ebenen auswirkt, drängt sich das mit BGE 136 II 5 fundierte Bestreben ein Stück weit gleichsam auf, diesem Auseinanderdriften damit entgegenzuwirken, dass i.d.R. auch die Neu-Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt wird bei der Anwendung und Auslegung des FZA. Auf diese Weise liefert das BGer einen «wichtigen Beitrag, das Spannungsverhältnis zwischen der statischen Ausgestaltung des [FZA] und der dynamischen Entwicklung des EU-Rechts abzufedern und eine möglichst parallele Rechtsentwicklung zu garantieren»<sup>188</sup>. Dabei fällt der Stellenwert der so übernommenen EuGH-Rechtsprechung für die Auslegung und Weiterentwicklung des FZA im Ergebnis beträchtlich aus: Erstens hat allein die EuGH-Rechtsprechung zum fraglichen Unionsrecht, bei welcher der EuGH eine auf den «*effet utile* ausgerichtete und tendenziell freizügigkeitsfreundliche Auslegungsmethode [...] in den Mittelpunkt rückt»<sup>189</sup> (vorne Ziff. 2.5.3, 3.3.1, 3.3.2.2), eine stark von integrationspolitischen Vorstellungen geprägte rechtsfortbildende Wirkung, wenn sie auf die Anwendung der Abkommen übertragen wird. Zweitens ist das mittels solcher EuGH-Praxis weiterentwickelte FZA grundsätzlich unmittelbar anwendbar und genießt überdies nach der Praxis des BGer Vorrang vor widersprechendem innerstaatlichem Recht (Ziff. 2.4.2). Dies verstärkt den Stellenwert der EuGH-Rechtsprechungsübernahme; daraus kann sich eine «*Schwächung der rechtlichen Steuerungskraft der Bundesverfassung im rein innerstaatlichen Bereich ergeben*».<sup>190</sup> Und drittens befolgt das BGer in Bezug auf das FZA bei der Auslegung des nationalen Organisations- und Verfahrensrechts gestützt auf Art. 2 i.V.m. Art. 11 FZA die vom EuGH diesbezüglich nach den Prinzipien der Gleichwertigkeit und Effektivität entwickelten Vorgaben (vgl. BGE 128 V 315; dazu vorne Ziff. 3.2.1.2).<sup>191</sup> Damit wird, wenn bei der Auslegung des FZA die Alt- und Neu-Rechtsprechung des EuGH als dominantes Element berücksichtigt wird, der EuGH (via Rezeption dessen Praxis durch das BGer) zu einem sehr leistungsfähigen «*Motor für die Europäisierung des schweizerischen Rechts*»<sup>192</sup>. Die EuGH-Rechtsprechung dringt unmittelbar in die Rechtswirklichkeit der CH ein, ohne dass

---

<sup>187</sup> Ders., Botschaft Bilaterale I, S. 6159, wonach ohne «*regelmässige Berücksichtigung der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts in den Bereichen, welche von den sektoriellen Abkommen gedeckt werden, [...] die Unterschiede der schweizerischen und gemeinschaftlichen Bestimmungen die einwandfreie Anwendung der betreffenden Abkommen verhindern*».

<sup>188</sup> Oesch, Auslegung FZA, S. 368; ders., Europäisierung, S. 22.

<sup>189</sup> Vgl. Oesch, Auslegung FZA, S. 366; Seiler, Dynamik oder Statik, S. 80.

<sup>190</sup> Glaser/Brunner, Defensive, Rz. 23.

<sup>191</sup> Vgl. auch Glaser/Dörig, Streitbeilegung, S. 459 f.; Glaser, Umsetzung und Durchführung, S. 144.

<sup>192</sup> Oesch, Auslegung FZA, S. 366 f.

grundsätzlich der Gesetzgeber aufgrund des Vorrangs des FZA wirkungsvoll dazwischentreten kann (vgl. BGE 142 II 35 E. 3.2 f.). Die Rechtsprechungsübernahme hat bisweilen weitreichende materiellrechtliche Konsequenzen. So wurde in BGE 140 II 112 gestützt auf Alt- und Neu-Rechtsprechung des EuGH die Tätigkeit von Gerichtsdolmetschern, im Gegensatz zur innerstaatlichen Qualifikation nach nationalem Recht, als nicht hoheitlich bzw. nicht öffentlich im Sinn der Art. 10 und 16 Anh. I FZA qualifiziert und damit im Ergebnis das Anliegen einer parallelen Rechtslage von FZA und Unionsrecht höher gewichtete als eine einheitliche innerstaatliche Qualifikation. Andererseits ist mit dem BGE 136 II 5 die *«politisch wohl spektakulärste»*<sup>193</sup> dynamische Rechtsprechungsübernahme erfolgt: Indem sich das BGer darin der Metock-Praxis des EuGH anschloss, trat die *«bemerkenswert[e]»* Folge ein<sup>194</sup>, dass der Familiennachzug für EU-Angehörige grosszügiger ausfiel als jener für Schweizer, was einer umgekehrten Diskriminierung gleichkommt.

Letztlich scheint die Berücksichtigung der EuGH-Praxis bei der Auslegung von Abkommensbestimmungen, nach deren ratio legis die CH partiell in den europäischen Rechtsraum eingebunden werden soll, jedenfalls bis zu einem gewissen Grad praktisch alternativlos. Die Schweizerischen Gerichte und allen voran das BGer tragen damit wesentlich dazu bei, gestützt auf und im Rahmen der sektoriellen Abkommen auch im Verhältnis CH-EU binnenmarktähnliche Verhältnisse zu schaffen und zu pflegen. So sehr dies auf der Hand liegt, so selbstverständlich ist aber auch, dass dieser Beitrag der Justiz zum Funktieren der Abkommen nicht ein unbegrenztes Ausmass annehmen darf; in einem gewaltenteiligen Rechtsstaat sind der EuGH-Rechtsprechungsübernahme bei der Abkommensanwendung Grenzen gesetzt:

## **5.2.2. Rezeption im Licht der demokratisch-rechtsstaatlichen Kompetenzordnung**

### **5.2.2.1. Geteilte Zuständigkeiten für die Weiterentwicklung der Abkommen**

Dass die Anpassungs- und Weiterentwicklungsaufgabe nicht allein in den Händen der Rechtsprechungsorgane liegt und die Rechtsprechungsübernahme weder blind oder automatisch noch uneingeschränkt erfolgen darf, ergibt sich zunächst aus den *Abkommen*. Im Fall des FZA haben die Vertragsparteien mit den Art. 16 i.V.m. Art. 14 und 17 f. eine *spezifische Abmachung* darüber getroffen, wer in welchem Verfahren und in welcher Form welche Weiterentwicklungsentscheidungen zu treffen hat – alles unter Vorbehalt des staatsvertraglichen Genehmigungsverfahrens nach Schweizer Recht (vgl. Ziff. 2.3.1.1). An diese Vorgaben hat sich auch die Rezeptionspraxis zu halten. Eine EuGH-Rechtsprechungsübernahme bei der FZA-Anwendung darf nicht zu einer faktischen Umgehung dieser vertraglichen Mechanismen führen. Das BGer ist sich diesen Grenzen offensichtlich bewusst und weist bisweilen explizit darauf hin, so bspw. in den BGE 132 V 423 E. 9.2, 9.5.5 sowie im Urteil 139 II 393 E. 4.1.1, in dem erwogen wurde (vgl. vorne Ziff. 3.2.2.1), die Berücksichtigung der Neu-Rechtsprechung im Rahmen von Art. 16 Abs. 2 FZA solle zwar *«nicht ohne sachliche Gründe unbeachtet bleiben»*, dürfe aber umgekehrt *«auch nicht zu einer nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts führen»*, denn für solche Änderungen seien *«die Verfahren nach Art. 17 (Entwicklung des Rechts) und Art. 18*

<sup>193</sup> Seiler, Dynamik oder Statik, S. 88.

<sup>194</sup> Seiler, Dynamik oder Statik, S. 89.

(*Revision*) FZA vorgesehen». Vergleichbare Ausführungen enthält BGE 142 V 2 E. 6.5.2: Darin hat das BGer die Berücksichtigung eines EuGH-Urteils aus dem Jahr 2001 verneint mit der Begründung, dass ansonsten Anh. II FZA auf dem Weg der Rechtsprechung geändert bzw. der im Protokoll klar zum Ausdruck gebrachte Wille der Vertragsparteien missachtet würden und sich das BGer über die in Art. 16 Abs. 2 FZA geregelte statische Ausgestaltung des FZA, über den Grundsatz *pacta sunt servanda* (Art. 26 VRK) und über die Kompetenzordnung und Verfahrensregelung nach Art. 18 FZA hinwegsetzen würde. Im soeben Ausgeführten klingt ein weiterer übergeordneter Kontext und Gesamtrahmen an, in den die Rezeption von EuGH-Urteilen gerückt werden kann:

### **5.2.2.2. EuGH-Rechtsprechungsübernahme als Problem richterlicher Rechtsfortbildung**

Wer sich für die Grenzen der EuGH-Rechtsprechungsübernahme bei der Auslegung interessiert, erkundigt sich danach, wie weit im Weg der (Staatsvertrags-)Rechtsanwendung das (Staatsvertrags-)Recht weiterentwickelt und verformt werden darf. Diese Frage adressiert direkt das Verhältnis der Wertungs- und Regelungsbefugnisse der rechtsanwendenden Behörden und Gerichte zu jenen Behörden, die das (Abkommens-)Recht erlassen, also die Abkommen abschliessen bzw. genehmigen und aufdatieren. Es geht letztlich darum, inwieweit der Integrationsprozess politisch durch Setzung und Anpassung von Staatsvertragsrecht und inwieweit er *hic et nunc* durch Gerichte durch Auslegung dieses Rechts erfolgen darf und soll. In diesem Licht erscheint das Ob und Wieweit einer dynamischen Rechtsprechungsübernahme bei der Abkommensauslegung und -fortbildung sowohl als methodische als auch (und im Kern) *verfassungsrechtliche Problemstellung*. Damit rückt das Gewaltenteilungs- resp. primär das in Art. 5 Abs. 1 BV verankerte *Legalitätsprinzip*, das mit seinen Teilgehalten des Vorrangs und Vorbehalts des Rechts *demokratische und rechtsstaatliche Interessen* schützt, ins Zentrum der Betrachtung. Die Problemstellung so zu verstehen, bedeutet freilich weder zu einer generellen Zurückhaltung bei der Rechtsfortbildung und Berücksichtigung von EuGH-Neu-Rechtsprechung zu mahnen noch den gängigen Auslegungselementen nach Art. 31 ff. VRK eine Absage zu erteilen.<sup>195</sup> Vielmehr könnte diese Sicht der Dinge zu einem zusätzlichen Massstab verhelfen, der Argumente für oder gegen die Berücksichtigung von EuGH-Entscheidungen liefert. Dabei schützt das Vorrangprinzip tatsächlich getroffene Vorentscheidungen der die Abkommen abschliessenden oder diese förmlich anpassenden Behörden vor Missachtung durch nachrangige Behörden (wie eben z.B. die die Abkommen anwendenden Behörden), wohingegen das Vorbehaltsprinzip staatsvertragliche Abschluss- und Anpassungskompetenzen in Bezug auf erst noch zu treffende Entscheide wie insb. wichtige Weichenstellungen (Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV) vor Anmassungen durch nachrangige Behörden schützt.<sup>196</sup> Allein vor diesem Hintergrund ist zu begrüssen, dass das BGer der Rechtsprechungsübernahme mit der vorerwähnten Kernbereichsdoktrin (vgl. Ziff. 3.2.2.1, 3.3.1) Grenzen setzt. Eine Rechtsprechungsübernahme in Kernbereichen der Unionsbürgerschaft käme einer FZA-Erweiterung gleich; solche wichtigen Entscheide

---

<sup>195</sup> Abkommen sind stets auch ein Stück weit «*Living instruments*», die ebenso wenig versteinern wie das Landesrecht; die Frage ist einfach, wie weit die damit angesprochene Dynamik, verstanden als Weiterentwicklung des Rechts durch Anwendung, gehen darf.

<sup>196</sup> Vgl. auch Biaggini, *Verfassung*, S. 335.

sind aber dem Parlament vorbehalten bzw. im Staatsvertragsabschlussverfahrens (und nicht durch Rechtsprechung) zu treffen, zumal gerade die politische Streitbarkeit der Regelungsfragen auf deren Wesentlichkeit und damit auf einen tendenziell hohen demokratischen Legitimationsbedarf hindeuten dürfte. Als Ausdruck des Vorrangprinzips kann bspw. die Nichtberücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung betrachtet werden, wenn das BGer dies mit einem vorrangigen Beschluss des GA begründet. Wird die Rezeptionspraxis des BGer durch die Brille des Legalitätsprinzips betrachtet, so erhellt dies zudem ein Stück weit die erwähnten Differenzierungen in der Praxis (Ziff. 5.1.2), so insb. das Abweichen der Praxis zur strafrechtlichen Landesverweisung von der ausländerrechtlichen Rechtsprechung: Im Strafrecht wird das Legalitätsprinzip im Allgemeinen sehr streng gehandhabt und setzt der Rechtsfortbildung grundsätzlich engste Grenzen. So gesehen erstaunt letztlich nicht, wenn sich das BGer in Bezug auf die strafrechtliche Landesverweisung von seiner europakompatiblen Rezeptionspraxis und (wortlautunterschreitenden) Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Anh. I FZA im Ausländerrecht abgrenzt und der Rechtsprechungsübernahme engere Grenzen setzt (vgl. vorne Ziff. 3.2.3.4). – Mit der Schaffung dieser Bezüge ist ein weites Feld betreten;<sup>197</sup> belastbare Thesen bedingten eine vertiefte Auseinandersetzung, die hier nicht angegangen werden kann. Dennoch kurz darauf hinzuweisen, rechtfertigt sich aber auch mit Blick auf das Folgende.

V.a. die Rezeptionspraxis des BGer in Teilbereichen des Ausländerrechts kann mit Blick auf den klaren Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 FZA in gewissen Fällen bisweilen als sehr weitgehend betrachtet werden, selbst wenn Art. 16 Abs. 2 FZA i.V.m. der Präambel und Art. 16 Abs. 1 FZA sowie nach Massgabe des Grundsatzes von Treu und Glauben integrationsfreundlich ausgelegt wird.<sup>198</sup> Das zeigen auch Vergleiche mit dem an sich weitergehenden Art. 1 Abs. 2 LVA<sup>199</sup> sowie mit der Praxis des EuGH zur Auslegung des FZA, die wesentlich weniger integrationsfreundlich ausfällt als diejenige des BGer (vgl. hiervor und Ziff. 2.5.3, 3.3.1, 3.3.2.2 in fine, auch zum Folgenden). Laut unionsrechtlichen Auslegungsmethoden mag wichtig sein, dass die im Völkerrecht bedeutsame subjektiv-souveränitätsbezogene Konkretisierungsmethode zugunsten einer am Sinn und Zweck orientierten Betrachtung verdrängt wird.<sup>200</sup> In Bezug auf die Auslegung des FZA scheint aber nicht unproblematisch, wenn mit dem allgemeinen Argument des Integrationszwecks und der Parallelität der Rechtslagen resp. einer auf den effet utile ausgerichteten Auslegung spezifische Bestimmungen ohne weiteres entgegen ihrem klaren Wortlaut interpretiert werden. Denn mit einer solchen teleologischen Argumentation greift der Rechtsanwender gleichsam zu einer «Wunderwaffe[...] der Rechtsfortbildung»<sup>201</sup>, die es

---

<sup>197</sup> Der Autor hat sich im Rahmen seines Diss.-Projekts einlässlich mit solchen Fragen befasst, wenn auch nicht im Kontext mit der Auslegung und Anwendung von Staatsverträgen, sondern in Bezug auf das Prozessrecht; vgl. ders., Verwaltungsjustizbezogene Legalität, passim, insb. S. 280 ff.

<sup>198</sup> Vgl. nur etwa Tobler/Beglinger, Grundzüge, N. 70, wonach das BGer seit BGE 136 II 5 ein «weit gefasstes Homogenitätsprinzip» handhabe.

<sup>199</sup> Vgl. nur etwa Cottier/Diebold, Rechtsprechung, Rz. 41, wonach Art. 1 Abs. 2 LVA mit der Formulierung «sind auszulegen» dem Gericht im Gegensatz zum FZA keinen Spielraum belässt. Sie bringt mitunter zum Ausdruck, dass es sich hier um ein eigentliches Integrationsabkommen handelt. Die unterschiedliche Regelung in Art. 1 Abs. 2 LVA und Art. 16 Abs. 2 FZA den Schluss nahelegt, dass die Vertragsparteien mit dem FZA eine weniger weitgehende Integration und damit auch eine weniger ausgeprägte Übernahmespflicht der EuGH Rechtsprechung vereinbarten, als dies im LVA der Fall ist.

<sup>200</sup> Vgl. Oesch, Auslegung FZA, Anm. 18, m.w.H.

<sup>201</sup> Begriff entlehnt von Biaggini, Verfassung, S. 81 Anm. 89.

ihm erlaubt, eine (auf eine dynamische Rechtsprechungsübernahme abgestützte) FZA-Fortbildung methodisch plausibel abzustützen, obschon diese im Licht der verfassungsrechtlichen und staatsvertraglichen Kompetenzordnung unter Umständen zu weit geht. Unter Verweis auf die *ratio legis* des FZA – die Verwirklichung der Freizügigkeit unter Schaffung einer möglichst parallelen Rechtslage –, die sowohl in der Präambel als auch in Art. 16 Abs. 1 FZA zum Ausdruck kommt, kann letztlich jede Bestimmung eurokompatibel «ausgelegt» werden, selbst wenn dies im Ergebnis auf das Füllen sog. unechter bzw. rechtspolitischer Lücken, will sagen einer (an sich verpönten) Normkorrektur, hinausläuft. Eine verfassungsbedingte, kritische Handhabung der Methodenelemente sollte nun für solche Problemlagen bzw. dafür sensibilisieren, dass «*der Rechtsanwender, wenn er bestimmte Auslegungsregeln oder -elemente gegenüber anderen bevorzugt – beispielsweise indem er [...] das teleologische Argument stark gewichtet –, [...] sich dabei immer auch eine bestimmte Rolle im gewaltenteiligen Rechtsverwirklichungsprozess zuschreibt und (bewusst oder unbewusst) Rechtsfortbildungsbefugnisse in Anspruch nimmt, die ihm – bei näherer Betrachtung – möglicherweise nicht zustehen*». <sup>202</sup> Eine entsprechende Sensibilisierung erscheint auch deshalb wichtig, weil bereits bei der Europäisierung der Rechtsordnung durch Rechtsetzung die demokratischen Mitwirkungsrechte tendenziell verkürzt werden (vgl. vorne Ziff. 2.3.1). Umso mehr Rücksicht ist darauf bei der Abkommensanwendung zu nehmen. Sie scheint dem Autor wichtiger, als bspw. eine «*genaue dogmatische Grundlegung*» in Bezug auf das methodische Vorgehen des BGer einzufordern. <sup>203</sup> Es ist hier aber nicht der Ort, die Rechtsprechung des BGer zu kritisieren. Das geschieht oft genug. <sup>204</sup>

Vor dem Hintergrund dieser übergeordneten Rahmen hat das BGer mit der im BGE 136 II 5 begründeten Formel einen *pragmatischen Lösungsansatz* aufgestellt, <sup>205</sup> der für die Berücksichtigung der EuGH-Neu-Rechtsprechung eine Regel enthält, gleichzeitig aber Raum für einzelfallgerechte Lösungen (bereichsspezifische Differenzierungen und Ausnahmen) belässt, sei es über die sachliche Begrenzung oder sei es über die Figur der triftigen Gründe. Diese Flexibilität braucht es, um den jeweils auf dem Spiel stehenden demokratisch-rechtsstaatlichen Interessen und der spezifischen Kompetenzordnung, wie sie das FZA in seiner Gesamtheit i.V.m. dem nationalen Staatsvertragsrecht vorsieht, Rechnung zu tragen.

---

<sup>202</sup> Biaggini, Methodik, S. 49; ausführlich ders., Verfassung, S. 150, 489 ff.; vgl. auch Schroeder, Dynamik, S. 66 f., wonach es ein altbekanntes Problem der Methodenlehre sei, dass sich die Grenzen der Rechtsfortbildung am Regelungsplan des (Verfassungs-)Gesetzgebers auszurichten haben.

<sup>203</sup> Vgl. Epiney/Metz/Pirker, Parallelität, S. 171; im Anschluss daran z.B. Oesch, Europäisierung, S. 21 Anm. 33, und Glaser/Brunner, Defensive, Rz. 21 f.

<sup>204</sup> Das ist aber keine Kritik an der Kritik, vielmehr erscheint diese meist (wie ohnehin auch die BGE) nachvollziehbar und vertretbar, so z.B. die kritischen Würdigungen zur Praxis zur strafrechtlichen Landeserweisung bei Fargahi/Priuli/de Weck, Landesverweisung, Epiney, Landesverweisung, und Etter, Entscheidbesprechung BGE 145 IV 55, je passim; oder die betont kritische Würdigung von BGE 142 II 35 bei Glaser/Brunner, Defensive.

<sup>205</sup> Vgl. auch Oesch, Auslegung FZA, S. 367; Bundesrat, Bericht Europapolitik, S. 7301; Breitenmoser/Weyeneth, Europarecht, N. 701.

### 5.3. Ausblick

Die bisherige Untersuchung war rückwärtsgerichtet und beruhte auf den geltenden Rechtsgrundlagen. Als Abschluss folgt nun ein kurzer Ausblick auf die laufenden Entwicklungen im Hinblick auf Änderungen in den beiden untersuchten Rechtsbereichen.

#### 5.3.1. Freizügigkeitsabkommen: E-InstA

Der *Bundesrat* hatte bereits 2005 signalisiert, dass es im Interesse der CH sein könnte, mit der EU ein neues Abkommen («*Dacherlass*» bzw. «*Rahmenabkommen*») auszuhandeln, um die institutionell unterschiedlich ausgestalteten Bilaterale I- und II-Verträge auf ein einheitliches und kohärentes Fundament zu stellen.<sup>206</sup> 2010 konstatierte er, dass der bilaterale Weg nach wie vor geeignet sei, «*die Interessen der Schweiz in Europa zu wahren*», auch wenn «*dieser gewisse Schwächen aufweist*».<sup>207</sup> – Demgegenüber kritisierte die EU bereits damals das System des bilateralen Weges und forderte die CH auf, Hand für die Aushandlung eines institutionellen Rahmens zu bieten, um das Funktionieren des gemeinsamen Binnenmarkts und die damit erforderliche Parallelität und Homogenität in der EU und im Verhältnis CH-EU zu sichern. Im Dezember 2010 positionierte sie sich, wie bereits in den Vorjahren, wie folgt:<sup>208</sup>

«Unter uneingeschränkter Achtung der Souveränität der [CH] ist der Rat zu dem Schluss gekommen, dass das derzeitige System der bilateralen Abkommen zwar in der Vergangenheit gut funktioniert hat, in den kommenden Jahren die wesentliche Herausforderung aber darin bestehen wird, über dieses System, das komplex und schwer zu handhaben ist und eindeutig an seine Grenzen stösst, hinauszugehen. Deshalb ist es erforderlich, dass horizontale Fragen, die die fortlaufende Anpassung der Abkommen an den sich weiter entwickelnden Besitzstand, die einheitliche Auslegung der Abkommen, unabhängige Mechanismen zur Überwachung und rechtlichen Durchsetzung sowie einen Schlichtungsmechanismus betreffen, in den Abkommen zwischen der EU und der Schweiz berücksichtigt werden».

Die EU hielt an diesen Forderungen fest und machte deren institutionelle Klärung zur Voraussetzung für die Weiterführung des gegenseitigen sektoriellen Marktzugangs. Der Bundesrat liess sich auf Diskussionen über die vier Aspekte (1) Weiterentwicklung des Acquis CH-EU, (2) Rechtsauslegung, (3) Überwachung und (4) Streitbeilegung ein. Gestützt auf Mandate des Bundesrates vom 18.12.2013 bzw. der EU vom 06.05.2014 folgten ab 22.05.2014 Verhandlungen für ein institutionelles Abkommen (InstA) hinsichtlich dieser Punkte und beschränkt auf die fünf Marktzugangsabkommen (FZA, LVA, Landverkehrsabkommen, Agrarabkommen und MRA), aber inkl. zukünftige Marktzugangsabkommen (z.B. Stromabkommen); das FHA und AöB bleiben davon unberührt.<sup>209</sup> Nachdem die angenommene Volksinitiative «*Gegen Masseneinwanderung*» die Verhandlungen blockiert hatte, erhöhte die EU ab November 2017 den Verhandlungsdruck, indem sie die Äquivalenzanerkennung der Schweizer Börsenregulierung mit

<sup>206</sup> Vgl. Ambühl/Scherer, Entwurf E-InstA, Rz. 10, m. Verw.

<sup>207</sup> Ders., Europabericht 2010, S. 7246.

<sup>208</sup> Zit. nach Tobler/Beglinger, Grundzüge, N. 104. – Implikationen, Gang der Verhandlungen und Inhalt des E-InstA wurden im Schrifttum bereits mehrfach erörtert; vgl. bspw. Epiney, Entwurf E-InstA, Ambühl/Scherer, Entwurf E-InstA, Epiney/Affolter, E-InstA und UBRL, je passim und m.w.H., auch zum Folgenden.

<sup>209</sup> Vgl. statt vieler DEA, E-InstA in Kürze, Oesch, Europarecht, N. 956 ff., und Tobler/Beglinger, Grundzüge, N. 102 ff., je m.w.H., auch auf amtliche Dokumente, auf deren Zitierung hier aus Platzgründen verzichtet wird.

dem InstA verknüpfte (und in der Folge effektiv per Mitte 2019 auslaufen liess). Nach Präzisierungen des bundesrätlichen Verhandlungsmandats folgten erneut Verhandlungen, die darin gipfelten, dass die EU am 23.11.2018 den Vertragsentwurf (E-InstA) für endgültig und die Verhandlungen für beendet erklärte.<sup>210</sup> Der vom Bundesrat am 07.12.2018 zur Kenntnis genommene E-InstA regelt Fragen der staatlichen Beihilfen, der Personenfreizügigkeit (betreffend flankierende Massnahmen, UBRL und VO Nr. 883/2004) und der Kündigung sowie – als Kernbestand – institutionelle Mechanismen. Konkret ist insoweit Folgendes vorgesehen:

- Dynamisches Aufdatieren der Abkommen (vgl. Art. 5 i.V.m. 12–14): Die CH verpflichtet sich, im Sachbereich der Marktzugangsabkommen relevante EU-Rechtsakte zu übernehmen, allerdings ohne Automatismus und unter Wahrung der bestehenden innerstaatlichen Genehmigungsverfahren binnen einer Frist von 2 bzw. (im Fall eines Referendums) 3 Jahren. Verweigert die CH die Aufdatierung, kann die EU dies zum Streitfall machen. Anh. 2 enthält eine schematische Übersicht über das Verfahren der Rechtsübernahme.
- Dynamische Rechtsauslegung (vgl. Art. 4): Zur Erhöhung der Rechtssicherheit und Gewährleistung eines *«level playing field»* für alle Marktteilnehmenden verpflichtet Art. 4 dazu, die Abkommen einheitlich und unter Beachtung der völkerrechtlichen Prinzipien auszulegen. EU-Rechtsbegriffe müssen dabei gemäss der einschlägigen EuGH-Praxis ausgelegt und angewendet werden.
- Streitbeilegung (Art. 9 f., Prot. 3): Ergänzend zur herkömmlichen politischen Streitbeilegung in GA sieht der E-InstA zur Streitbeilegung ein klassisches Schiedsgerichtsverfahren vor. Betrifft der Streitgegenstand EU-Recht und ist dessen Auslegung für die Beilegung der Streitigkeit notwendig, gelangt das Schiedsgericht an den EuGH, an dessen Auslegungsbeurteilung es alsdann gebunden ist (vgl. die Übersichten in Anh. 2).

Dieses Verhandlungsergebnis ist laut Bundesrat zwar *«in weiten Teilen im Interesse der Schweiz»*, bedarf aber noch der Klärung, so insb. hinsichtlich der flankierenden Massnahmen, der UBRL und der staatlichen Beihilfen. Die vom Bundesrat im ersten Halbjahr 2019 durchgeführten Konsultationen haben bestätigt, dass *«ohne zusätzliche Klarstellungen und Ergänzungen des vorliegenden Verhandlungsergebnisses, keine ausreichende Unterstützung für das InstA besteht»*.<sup>211</sup> Seither laufen zu den drei Bereichen Lohnschutz, UBRL und staatliche Beihilfen innenpolitische Einigungsprozesse. Der weitere Verhandlungsverlauf ist offen, so auch die Bereitschaft der EU, in Neubesetzung – begleitet vom Lärm des Brexit – das E-InstA auch in neuralgischen Bereichen wie namentlich der UBRL zugunsten der CH unter gesichtswahrenden Termini *«Klärungen»*, *«Präzisierungen»* etc. zu ändern. Auch wenn ein innenpolitisch tragfähiger Konsens derzeit in Ferne zu liegen scheint, bleibt der Ausgang offen. Bis zu den Parlamentswahlen am 20.10.2019, evtl. gar erst bis zur Abstimmung über die Begrenzungsinitiative, ist aber kaum mit namhaften Fortschritten zu rechnen. Zugleich wird der Druck, einen Modus Vivendi zu finden, allerdings nicht kleiner – gerade auch mit Blick auf die fällige Aufdatierung des MRA in der wirtschaftlich zentralen Medizinaltechnikbranche (Ziff. 2.1) und den für Mai

---

<sup>210</sup> Vgl. zum Verhandlungsverlauf auch etwa Bundesrat, Erläuterungen E-InstA, S. 2 f.

<sup>211</sup> Vgl. zum Ganzen Bundesrat, Konsultationsbericht E-InstA, passim (Zitate: S. 3, 16).

2020 anstehenden Entscheid der EU betreffend die Angemessenheit resp. Äquivalenz beim Datenschutz, dessen Bundesgesetz derzeit totalrevidiert wird. Ob Eskalationen der «Suche nach einem neuen Interessenausgleich im Sinne beider Parteien»<sup>212</sup> dienen und es zielführend ist, wenn die EU die CH mit sachfremden Nadelstichen quält und umgekehrt die CH sich bspw. mit WTO-Klagen betreffend die Aberkennung der Börsenäquivalenz oder der Aussetzung der Kohäsionszahlung gegen die EU bzw. deren Mitgliedstaaten auflehnt, scheint fraglich.

Wer einen Vergleich (allein) der Regelung der Rechtsauslegung und Streitbeilegung im E-InstA mit der heutigen Situation wagt, wird kaum einen fundamentalen Gegensatz erkennen. Jedenfalls mit Bezug auf das FZA könnte man sich gar auf den Standpunkt stellen, dass die heutige Praxis mit der dynamischen Rechtsprechungsübernahme der Rechtsauslegungsregel nach Art. 4 E-InstA im Ergebnis nahekommt: Zwar geht die darin vorgesehene Befolgungspflicht über den geltenden Art. 16 Abs. 2 FZA hinaus, weil die abkommensrelevante Neu-Rechtsprechung «*zwingend*» zu berücksichtigen wäre.<sup>213</sup> Doch ist das BGer bislang in keinem Fall primär wegen substantiell dargelegten triftigen Gründen von der EuGH-Praxis abgewichen, sondern lehnte eine solche – wenn überhaupt – mit der fehlenden EU-Rechtsrelevanz ab (vorne Ziff. 3.3); diese sachliche Begrenzung der EuGH-Praxis kennt auch das E-InstA. Da sich das BGer im Fall eines InstA grundsätzlich wohl ebenfalls an der EuGH-Rechtsprechung orientieren und dergestalt seine aktuelle «*Hauptrolle bei der präventiven Streitbeilegung*» beibehalten dürfte, käme es womöglich nur selten zu Streitigkeiten, die dann effektiv auch zur Einberufung eines Schiedsgerichts sowie dazu führen würden, dass dieses den EuGH anrufen müsste.<sup>214</sup> Und wenn es einmal dazu käme, wäre fraglich, ob der EuGH das FZA unionsrechtsfreundlicher auslegen würde als das BGer, verhält es sich doch heute gerade umgekehrt (Ziff. 2.5.3, 3.3.1, 3.3.2.2 in fine, 5.2.1).

Die Existenz der laufenden politischen Diskussionen ist nachvollziehbar, sie zu führen scheint sogar unausweichlich, geht es doch nicht allein um diese Aspekte, sondern um ein Gesamtpaket, das stabile, historisch lang gewachsene und politisch sensible Strukturprinzipien der CH berührt, so insb. in Bezug auf die Demokratie und den Föderalismus. Die Diskussionen werden befeuert durch die in Art. 22 E-InstA enthaltene Kündigungsregelung, die als Damoklesschwert über jeder europakritischen Volksinitiative, über jeder Nichtübernahme einer Weiterentwicklung von EU-Recht und generell über jeder Schiedsgerichtseinberufung schweben würde.<sup>215</sup> Am langwierigen innenpolitischen Diskurs führt kein Weg vorbei. Nüchtern betrachtet mag man sich vorab transparente und sachliche Diskussionen im Hinblick auf einen bestmöglichen Interessenausgleich im Sinne aller Beteiligten wünschen, egal ob das Resultat am Ende InstA, modernisiertes FHA etc. heissen wird.

### 5.3.2. Entwicklungen im Beschaffungswesen: revBöB

So unterschiedlich, wie die Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die Anwendung des FZA und AöB war und ist und sich entwickelt hat, so unterschiedlich präsentieren sich auch die

---

<sup>212</sup> Verhandlungstheoretisch geht es allein darum; vgl. Ambühl/Scherer, Entwurf E-InstA, passim (Zitat: Rz. 8).

<sup>213</sup> Vgl. Bundesrat, Erläuterungen E-InstA, S. 6.

<sup>214</sup> Vgl. Glaser/Dörig, Streitbeilegung, S. 464 f.; Glaser/Brunner, Defensive, Rz. 47.

<sup>215</sup> Vgl. auch Oesch, Übernahme, S. 651.

Zukunftsaussichten: Während das FZA im Kern der E-InstA-Diskussionen steht, hat das eidgenössische Parlament am 21.06.2019 die Totalrevision des BöB (revBöB) einstimmig angenommen und parallel das revidierte GPA (GPA 2012) genehmigt, ohne dass sich die Öffentlichkeit dafür interessiert hätte. Die Totalrevision bezweckt nebst der innerstaatlichen Harmonisierung hauptsächlich, das GPA 2012 in das nationale Recht zu überführen. Soweit hier relevant, passt der Inhalt der Vorlage in das in der bisherigen Untersuchung vom AöB bzw. öffentlichen Beschaffungswesen vermittelte Bild: So wird in der bundesrätlichen Botschaft<sup>216</sup> unter dem Titel «Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht» u.a. festgehalten, dass «das GPA 2012 und damit das schweizerische Beschaffungsrecht [...] (auch) von den Richtlinien der EU geprägt» ist und bereits die vormaligen EU-RL «– zumindest indirekt – einen Einfluss auf das Beschaffungsrecht» in der CH hatten. Die Erläuterungen zu Art. 10 Abs. 3 revBöB, der Ausnahmen regelt, erwähnen Konstellationen, von denen bereits die Rede war (Ziff. 4.2.3):

«In dieser Bestimmung werden vier Fälle nicht unterstellter Beschaffungen behandelt: Monopole, In-state-, In-house- und Quasi-In-house-Beschaffungen. Für die Sektorenunternehmen sind diese Ausnahmen vom Geltungsbereich (die zur Nichtanwendung des Beschaffungsrechts insgesamt führen) im Lichte der Notes relatives zum Annex 4 zum Anhang I (Schweiz) zum GPA 1994 sowie in Übereinstimmung mit Anhang VIII zum [AöB] auszulegen und anzuwenden».

Zur Ausnahme nach Art. 10 Abs. 3 revBöB Bst. d wird ausgeführt:

«Schwieriger waren in der Vergangenheit Leistungen zu beurteilen, die von ausgelagerten, unter öffentlichem Einfluss stehenden Anbieterinnen erbracht wurden. Für solche Konstellationen hat die Lehre eine Übernahme der vom EuGH entwickelten Kriterien empfohlen [«Teckal»-Entscheid]. [Bst.] d kodifiziert die wesentlichen Voraussetzungen und Entscheidungsgründe dieser Praxis, die vom EuGH in einer Reihe von Entscheiden weiterentwickelt wurde. Allerdings erfolgt hier eine autonome, GPA-konforme und nicht notwendigerweise dynamische Kodifikation der Teckal-Praxis. Die weiteren Entwicklungen der EU-Rechtsprechung sind somit für die Auslegung von [Bst.] d nicht bindend. Hinsichtlich der Kontrollanforderungen wird sich die Praxis an der indikativen Kriterienliste orientieren, die der Beschaffungsausschuss der WTO [...] verabschieden wird».

Damit kodifiziert der Bundesgesetzgeber die bislang von Schweizer Gerichten rechtsvergleichend herangezogene EuGH-Praxis, wobei als übergeordneter Rahmen primär auf das GPA und nur sekundär auf das AöB Bezug genommen und überdies klargestellt wird, dass die Rechtsprechungsübernahme «nicht bindend» ist. Das entspricht der ursprünglichen Natur dieser vergleichsweise beständigen Abkommen als Liberalisierungsverträge, die nicht eine Übernahme des *Acquis communautaire* resp. des WTO-Rechts vorsehen, sondern primär auf der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen basieren, was die untersuchte Rezeptionspraxis veranschaulicht haben dürfte (Ziff. 4.3, 5.1.1).

---

<sup>216</sup> Bundesrat, Botschaft Totalrevision Beschaffungswesen, S. 1880 f. sowie – zum Folgenden – 1906 f.

## 6. Schluss

Vor rund 20 Jahren wurden die Bilaterale I-Verträge unterzeichnet. Damit, wie auch mit den Bilaterale II-Verträgen, ist durch Übernahme des europäischen *Acquis communautaire* wichtiges Unionsrecht «*gewissermassen durch die Hintertür*»<sup>217</sup> direkt in die schweizerische Rechtsordnung implantiert worden. Für die CH ist allerdings das über die Verträge erschlossene EU-Binnenmarktrecht nicht als solches, mit seinen eigenen spezifischen Auslegungsmethoden, verbindlich, sondern als Völkerrecht. Dabei sind die sektoriellen Abkommen grundsätzlich autonom zu vollziehen; sie sehen keine gemeinsame Streitbeilegungsinstanz vor und verpflichten die CH nicht, Weiterentwicklungen des betroffenen EU-Rechts zu übernehmen. Es liegt aber auf der Hand, dass es im Lauf der Zeit zu einem zunehmenden Auseinanderdriften zwischen den Rechtsordnungen nach diesen Abkommen einerseits und dem EU-Binnenmarktrecht andererseits kommt, wenn sich Letzteres weiterentwickelt, die Abkommen hingegen förmlich unangepasst bleiben. Wird die Rechtsbeziehung CH-EU nicht aufdatiert, gefährdet dies zunehmend das Funktionieren der Abkommen. – Diese Situation wirft vielfältige praktische Probleme und dogmatische Fragen auf, mit denen sich auch die schweizerischen Gerichte, allen voran das BGer, tendenziell je länger umso häufiger auseinandersetzen hatten. Eine der diesbezüglichen Hauptfragen lautet, wie weit Urteile des EuGH zum Unionsrecht bei der Anwendung der Bilaterale I-Verträge zu berücksichtigen sind. Die Untersuchung der Entwicklung der Rezeptionspraxis zum FZA und betreffend das AöB hat Folgendes ergeben:

Das AöB spielt in der Schweizerischen Gerichtspraxis nur eine geringe Rolle. Wenn die Gerichte bei der Anwendung und Auslegung ihrer spezifischen Submissionsgesetze einen übergeordneten Rahmen heranziehen, dann ist das nicht primär das AöB, sondern das 6 Jahre früher in Kraft getretene GPA. Diesfalls berücksichtigen die Gerichte v.a. bei der Klärung des Anwendungsbereichs des Submissionsrechts punktuell – und rechtsvergleichend – EuGH-Urteile zum EU-Vergaberecht als Auslegungshilfe und Inspirationsquelle, ohne dabei zwischen EuGH-Alt- und -Neu-Rechtsprechung zu unterscheiden. Prominentestes Beispiel ist die Übernahme der Teckal-Praxis des EuGH. Insgesamt lässt die Gerichtspraxis weder eine besondere Dynamik noch einen Bedeutungszuwachs der EuGH-Praxis erkennen. Die einleitenden Probleme stellen sich kaum. Ein anderes Bild zeigt die Rechtsprechung zum äusserst praxisrelevanten FZA. Hier spielt die EuGH-Rechtsprechungsübernahme eine wichtige Rolle: Die Praxis des BGer lässt einen immer grösser werdenden Stellenwert der abkommensrelevanten EuGH-Rechtsprechung bei der Auslegung und Weiterentwicklung des FZA erkennen. Die Rezeptionspraxis des BGer war von Anfang an reichhaltig, allerdings in einer ersten Phase zurückhaltend, was die Berücksichtigung von Neu-Rechtsprechung betraf. Mit BGE 136 II 5, der vor 10 Jahren ergangen ist, legte das BGer diese Zurückhaltung ab und erklärte, es weiche zur Erreichung möglichst paralleler Rechtslagen auch von der abkommensrelevanten EuGH-Neu-Rechtsprechung nicht leichthin, sondern nur aus «*triftigen*» Gründen ab (zweite Phase). Diese Notbremse hat das BGer bislang nicht betätigt, sondern Abweichungen in erster Linie mit der fehlenden Abkommensrelevanz begründet, so z.B. mit der Kernbereichsdoktrin. Seither besteht die klare

---

<sup>217</sup> Kälin, Rechtsprechung, S. 682.

Tendenz einer dynamischen Rechtsprechungsübernahme, allerdings nicht in allen Bereichen des FZA in gleichem Masse. Die sozialrechtliche Rechtsprechung näherte sich dieser ausländischen Praxis erst im November 2018 an, während sich ziemlich genau auf diesen Zeitpunkt hin die Rechtsprechung zur strafrechtlichen Landesverweisung von dieser eher progressiven Rezeptionspraxis abzuwenden begann.

Wenn die integrativ wirkende, auf eine Harmonisierung und Vertiefung der Union ausgelegte dynamische Rechtsanwendung des EuGH auf die Anwendung des FZA übertragen wird, kann das im Einzelfall zu einer signifikanten Weiterentwicklung des FZA und brisanten Auswirkungen auf die Rechtsordnung führen, zumal das FZA gemäss BGer direkt anwendbar ist und innerstaatlichem Recht vorgeht. Die Rechtsprechungsübernahme darf aber nicht so weit gehen, dass dadurch – am spezifischen Anpassungsregime des FZA vorbei – der Inhalt des FZA geändert wird. Das BGer ist sich dieser Grenzen bewusst und weist bisweilen explizit darauf hin. Eine hilfreiche Sicht auf diese Grenzen ergibt sich, wenn die EuGH-Rechtsprechungsübernahme als Problem richterlicher Rechtsfortbildung verstanden wird. Auch in diesem Licht zeigt sich, dass die Übernahme einer besonders auf den *effet utile* ausgerichteten, integrationsfreundlichen Auslegung des EuGH von EU-Binnenmarktrecht auf die Auslegung des FZA problematisch werden kann, wenn dadurch Entscheide ergehen, die an sich anderen Organen vorbehalten wären. Aber auch vor dem Hintergrund der damit angesprochenen demokratisch-rechtsstaatlichen Kompetenzordnung hat das BGer mit der im BGE 136 II 5 begründeten Formel einen *pragmatischen Ansatz* aufgestellt, der Raum für einzelfallgerechte und differenzierte Lösungen belässt. Übrigens kann dies als kohärente Fortsetzung der ebenfalls von Pragmatismus gezeichneten schweizerischen Europapolitik betrachtet werden (Ziff. 2.2 in fine). Damit sei aber nicht behauptet, die CH genieße effektiv noch nennenswerte Autonomie bei der Anwendung des FZA. Denn anders als das AöB ist das FZA mehrheitlich eine Kopie des EU-Binnenmarktrechts, bei dessen Anwendung die EU «den Taktstock [schwingt]», die CH hingegen lediglich hinten an marschiert:<sup>218</sup>

«Auch wenn es dem BGer bzw. den politischen Behörden unbenommen bleibt, ein unliebsames EuGH-Urteil oder eine missliebige Richtlinienänderung nicht in den bilateralen Acquis zu übernehmen, ist es für die [CH] mit Blick auf das gute und ordnungsgemässe Funktionieren der Abkommen de facto kaum möglich, sich der periodischen Anpassung zu widersetzen. Inhalt und Form der bilateralen Marktzugangsabkommen klaffen entsprechend auseinander. Inhaltlich beteiligt sich die CH punktuell am Binnenmarkt. Formell stecken die Abkommen im Kleide klassischer Staatsverträge. Es fehlt ein handlicher Mechanismus, um die Beteiligung der Schweiz bei der Weiterentwicklung sicherzustellen und die Abkommen up to date zu halten [...]».

Um einen derartigen Mechanismus geht es bei den aktuellen Verhandlungen des E-InstA, das im Speziellen das FZA betrifft. Hingegen ist das AöB davon nicht betroffen und gibt auch nicht Anlass zu den voranstehenden Problemen. Vielmehr fristet es ein unspektakuläres Dasein in der Gerichtspraxis. Das war bereits am Anfang so, nachdem das GPA den Weg geebnet hatte für die Schaffung gleichwertiger Gesetze, und ist heute nicht anders, wie die jüngst beschlossene Totalrevision des BöB mit paralleler Genehmigung des GPA 2012 zeigen.

---

<sup>218</sup> Oesch, Europäisierung, S. 39; ders., Auslegung FZA, S. 362 (erstes Zitat).

## Literaturverzeichnis und amtliche Dokumente

Gerichtsurteile werden allein im Text der Arbeit zitiert (vgl. auch die Liste der BGE in Anh. 3). Die konsultierte Literatur und verwendeten amtlichen Dokumente sind im nachfolgenden Verzeichnis aufgeführt. Im Text der Arbeit werden die Werke mit dem/den Nachnamen der Autoren sowie mit dem kursiv hervorgehobenen Stichwort zitiert.

- Ambühl Michael/Scherer Daniela S., Zum Entwurf des Institutionellen Abkommen: Auf der Suche nach einem Interessenausgleich [zit.: *Entwurf E-InstA*], in: Jusletter 04.02.2019
- Aubry Girardin Florence, L'*interprétation* et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence, in: Epiney Astrid/Metz Beate/Mosters Robert (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis, 2011, S. 29–48
- Baudenbacher Carl, Wie sollen *Konflikte* im Verhältnis Schweiz-EU gelöst werden?, in: Sethe Rolf et al. (Hrsg.), Festschrift für Weber Rolf H. zum 60. Geburtstag, 2011, S. 821 ff.
- Bundesamt für Zivilluftfahrt (UVEK), Luftfahrtrecht: Schweiz übernimmt EU-Bestimmungen zu Drohnen und Brexit, *Medienmitteilung* vom 22.08.2019, einsehbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-76136.html> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Besson Samantha/Ammann Odile, L'*interprétation* des accords bilatéraux Suisse-UE: Une lecture de droit international, in: Epiney Astrid/Diezig Stefan, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, 2014, S. 331–358
- Beyeler Martin, Öffentliche Beschaffung, *Vergaberecht* und Schadenersatz: Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens, Diss., 2004
- Beyeler Martin, Der *Geltungsanspruch* des Vergaberechts: Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Habil., 2012
- Biaggini Giovanni, *Verfassung* und Richterrecht, Diss., 1989
- Biaggini Giovanni, *Rechtsprechung*, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 2001, § 73
- Biaggini Giovanni, *Methodik* in der Rechtsanwendung, in: Peters Anne/Schefer Markus (Hrsg.), Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, 2004, S. 27–51
- Bieber Roland, Die Bedeutung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge (zit. *Rechtsprechung EuGH*), in: Epiney Astrid/Metz Beate/Mosters Robert, Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, 2011, S. 1–27
- Bieber Roland/Haag Marcel, in: Biber Roland/Epiney Astrid/Haag Marcel/Kotzur Markus, Die Europäische Union: *Europarecht* und Politik, 13. Aufl., 2019, S. 127 ff.
- Bieber Roland/Kotzur Markus, in: Biber Roland/Epiney Astrid/Haag Marcel/Kotzur Markus, Die Europäische Union: *Europarecht* und Politik, 13. Aufl., 2019, S. 37 ff.

- Borchardt Klaus-Dieter, *ABC des EU-Rechts*, 2017, einsehbar unter <https://publications.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/5d4f8cde-de25-11e7-a506-01aa75ed71a1/language-de/format-PDF/source-105068874> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesamt für Justiz (EJPD), *Gesetzgebungsleitfaden: Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes*, 4. Aufl., 2019, einsehbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/gleitf-d.pdf> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesamt für Justiz (EJPD), Liste der notifizierten *Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands*, Stand: 19.06.2019, einsehbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/schengen-dublin/uebersichten/weiterentwicklungen-schengen-d.pdf> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesamt für Justiz (EJPD), Liste der notifizierten *Weiterentwicklungen des Dublin/Eurodac-Besitzstands*, Stand: 19.06.2019, einsehbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/schengen-dublin/uebersichten/weiterentwicklungen-dublin-d.pdf> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesgericht, *Die Wege zum Bundesgericht; kurzer Überblick über die Organisation der Rechtspflege in der Schweiz*, 2019, einsehbar unter [https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/BG\\_Brosch%c3%bcraA5\\_D\\_Onl.pdf](https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/BG_Brosch%c3%bcraA5_D_Onl.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundeskanzlei, *Gesetzestechnische Richtlinien (GTR)*, Ausgabe 2013, einsehbar unter <https://www.bk.admin.ch/apps/gtr/de/> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundeskanzlei, *Botschaftsleitfaden: Leitfaden zum Verfassen von Botschaften und Berichten* (erarbeitet gestützt auf Art. 30 Abs. 2 Bst. c RVOV), nachgeführt per März 2019, einsehbar unter <https://www.bk.admin.ch/dam/bk/de/dokumente/sprachdienste/botschaftsleitfaden-2018.pdf.download.pdf/botschaftsleitfaden-2018.pdf> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Bericht vom 24.08.1988 über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess (zit.: *Integrationsbericht 1988*), BBl 1988 III 249–462, einsehbar unter <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/10050830.pdf?id=10050830&action=open> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Bericht vom 18.05.1992 über einen Beitritt der Schweiz zur Europäischen Gemeinschaft (zit.: *Beitrittsbericht 1992*), BBl 1992 III 1185–1381, einsehbar unter <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10052293> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24.02.1993 (zit.: *Folgeprogramm 1993*), BBl 1993 I 805–994, einsehbar unter <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10052538> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)

- Bundesrat, Zwischenbericht zur europäischen Integrationspolitik der Schweiz vom 29.03.1995 (zit.: *Zwischenbericht Integrationspolitik 1995*), BBl 1995 III 191–219, einsehbar unter <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10053478> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Schweiz – Europäische Union: *Integrationsbericht 1999* vom 13.02.1999, BBl 1999 IV 3935–4352, einsehbar unter <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/10055101.pdf?id=10055101&action=open> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Botschaft vom 23.06.1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG (zit.: *Botschaft Bilaterale I*), BBl 1999 6128–6450, einsehbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/1999/6128.pdf> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, *Europabericht 2006*, 28.06.2006, BBl 2006 6815–6984, einsehbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/6815.pdf> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Das Verhältnis Völkerrecht und Landesrecht – Bericht des Bundesrats vom 05.03.2010 in Erfüllung der Postulate 07.3764 und 08.3765 (zit.: *Bericht Völkerrecht/Landesrecht*), BBl 2010 2263–2341, einsehbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2010/2263.pdf> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Bericht vom 17.09.2010 über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik, in Beantwortung des Po. 09.3560 Markwalder «Europapolitik. Evaluation, Prioritäten, Sofortmassnahmen und nächste Integrationsschritte» (zit.: *Europabericht 2010*), BBl 2010 7239–7344, einsehbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2010/7239.pdf> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Zusatzbericht des Bundesrats vom 30.03.2011 zu seinem Bericht vom 05.03.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (zit.: *Zusatzbericht Völkerrecht/Landesrecht*), BBl 2011 3613–3661, einsehbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2011/3613.pdf> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Klares Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht – Bericht des Bundesrates vom 12.06.2015 in Erfüllung des Postulates 13.3805 (zit.: *Bericht klares Verhältnis*), einsehbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/voelkerrecht/ber-br-d.pdf> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, *Botschaft* vom 15.02.2017 zur *Totalrevision* des Bundesgesetzes über das öffentliche *Beschaffungswesen*, BBl 2017 1851–2004, einsehbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/1851.pdf> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, *Bericht* vom 10.01.2018 zur *Aussenwirtschaftspolitik 2017* und Bericht über zolltarifarisches Massnahmen im Jahr 2017, BBl 2018 821–886, einsehbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2018/821.pdf> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)

- Bundesrat, Die volkswirtschaftlichen und finanziellen *Auswirkungen* der *Schengen-Assoziierung* der Schweiz: Bericht vom 21.02.2018 in Erfüllung des Postulats 15.3896 der sozialdemokratischen Fraktion, einsehbar unter [https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/berichte\\_botschaften/BR-Schengen-Bericht-180221\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/berichte_botschaften/BR-Schengen-Bericht-180221_de.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Bericht vom 16.01.2019 zur *Aussenwirtschaftspolitik 2018* und Botschaften zu Wirtschaftsvereinbarungen sowie Bericht über zolltarifarisches Massnahmen im Jahr 2018, BBl 2019 1605–1670, einsehbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2019/1605.pdf> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz–EU, 16.01.2019 (zit.: *Erläuterungen E-InstA*), einsehbar unter [https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/InstA-Erlaeuterungen\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/InstA-Erlaeuterungen_de.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Botschaft vom 07.06.2019 zur Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (*Begrenzungsinitiative*)», BBl 2019 5027–5078, einsehbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2019/5027.pdf> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Bericht vom 07.06.2019 über die Konsultationen zum institutionellen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (zit.: *Konsultationsbericht E-InstA*), einsehbar unter [https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/bericht\\_konsultationen\\_insta/BR-Bericht-Konsultationen-InstA-190607\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/bericht_konsultationen_insta/BR-Bericht-Konsultationen-InstA-190607_de.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Rechtssammlung zu den Bilateralen Abkommen: *Beschlüsse* der Gemischten Ausschüsse, einsehbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/european-union/joint-committees/index.html> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bundesrat, Rechtssammlung zu den Bilateralen Abkommen: *Register* der *Rechtsakte* der EU, auf welche in den sektoriellen Abkommen verwiesen wird, einsehbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/european-union/international-agreements/index.html> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Bürki Christoph, *Verwaltungsjustizbezogene Legalität* und Prozessökonomie, Diss., 2011
- Burri Thomas/Pirker Benedikt, Stromschnellen im *Freizügigkeitsfluss*: Von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens, in: SZIER 2010 S. 165–188
- Cottier Thomas et al., *Die Rechtsbeziehungen* der Schweiz und der Europäischen Union, 2014
- Cottier Thomas/Diebold Nicolas, Warenverkehr und Freizügigkeit in der *Rechtsprechung* des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, in: Jusletter 02.02.2009
- Cottier Thomas/Liechti Rahel, Einleitung und Synthese, in: Cottier Thomas (Hrsg.), *Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz*, Beiheft 50 zur ZSR, 2012 S. 1–12

- Diggelmann Oliver, *Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik: Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz*, Habil., 2005
- Direktion für europäische Angelegenheiten (EDA), *Informationsblatt «Öffentliches Beschaffungswesen»*, Oktober 2018, einsehbar unter [https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/fs/06-FS-Oeffentliches-Beschaffungswesen\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/fs/06-FS-Oeffentliches-Beschaffungswesen_de.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Direktion für europäische Angelegenheiten (EDA), *Institutionelles Abkommen Schweiz–EU: Das Wichtigste in Kürze*, 07.12.2018 (zit.: *E-InstA in Kürze*), einsehbar unter [https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/InstA-Wichtigste-in-Kuerze\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/InstA-Wichtigste-in-Kuerze_de.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Direktion für europäische Angelegenheiten (EDA), *Liste der Gemischten Ausschüsse Schweiz-EU*, April 2019, einsehbar unter [https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/publikationen\\_dea/cm-liste\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/publikationen_dea/cm-liste_de.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Direktion für europäische Angelegenheiten (EDA), *Informationsblatt «Personenfreizügigkeit»*, Juni 2019, einsehbar unter [https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/fs/04-FS-Personenfreizuegigkeit\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/fs/04-FS-Personenfreizuegigkeit_de.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Direktion für europäische Angelegenheiten (EDA), *Schweiz–EU in Zahlen: Statistiken zu Handel, Bevölkerung und Verkehr*, Juni 2019, einsehbar unter [https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/faq/schweiz-eu-in-zahlen\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/faq/schweiz-eu-in-zahlen_de.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Direktion für europäische Angelegenheiten, *Informationsblatt «Europapolitik der Schweiz»*, Juli 2019, einsehbar unter [https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/fs/00-FS-Europapol-lang\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/fs/00-FS-Europapol-lang_de.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, *Schweizer Unternehmen sollen über Einhaltung der Menschenrechte und Umweltschutzstandards berichten*, *Medienmitteilung vom 14.08.2019*, einsehbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-76050.html> (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Epiney Astrid, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens*, in: ZBJV 2005 S. 1–31
- Epiney Astrid, *Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen*, in: SJZ 2009 S. 25–32
- Epiney Astrid, *Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven*, in: Achermann Alberto et al. (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012*, 2012, S. 81–123
- Epiney Astrid, *Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum Nationalen Recht: Zum Urteil des Bundesgerichts 2C\_716/2014 vom 26.11.2015 [= BGE 142 II 35]*, in: Jusletter 14.03.2016

- Epiney Astrid, Entscheidbesprechung BGer 2C\_743/2017 vom 15.01.2017 (zit.: *Entscheidbesprechung BGE 144 II 113*), in: AJP 2018 S. 653–656
- Epiney Astrid, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU (zit.: *Entwurf E-InstA*), in: Jusletter 17.11.2018
- Epiney Astrid, *Strafrechtliche Landesverweisung* und FZA: Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 6B\_378/2018 vom 22.05.2019 [BGE 145 IV 364], in: Jusletter 19.08.2019
- Epiney Astrid, in: Biber Roland/Epiney Astrid/Haag Marcel/Kotzur Markus, Die Europäische Union: *Europarecht* und Politik, 13. Aufl., 2019, S. 237 ff.
- Epiney Astrid/Affolter Sian, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie (zit.: *E-InstA und UBRL*), in: Jusletter 11.03.2019
- Epiney Astrid/Frei Nula, Zur *Übernahme* weiterentwickelten *EU-Rechts* durch den Bundesrat: Selbstständige Vertragsschlusskompetenzen im Rahmen der Bilateralen Abkommen am Beispiel der Liberalisierung des internationalen Schienenpersonenverkehrs, in: Jusletter 12.08.2019
- Epiney Astrid/Metz Beate, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen (zit.: *Rechtsprechung FZA 2011*), in: Achermann Alberto et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 2012, S. 223–255
- Epiney Astrid/Metz Beate, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen (zit.: *Rechtsprechung FZA 2013*), in: Achermann Alberto et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014, 2014, S. 331–361
- Epiney Astrid/Mosters Robert, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG (zit.: *Rechtsprechung EuGH 2008*), in: Epiney Astrid/Gammenthaler Nina (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, 2009, S. 53–87
- Epiney Astrid/Mosters Robert, Die *Rechtsprechung* des *EuGH* zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG (zit.: *Rechtsprechung EuGH 2010*), in: Epiney Astrid/Fasnacht Tobias (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2010/2011, 2011, S. 75–122
- Epiney Astrid/Mosters Robert, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (zit.: *Rechtsprechung EuGH 2012a*), in: Epiney Astrid/Fasnacht Tobias (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2011/2012, 2012, S. 51–95
- Epiney Astrid/Mosters Robert, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (zit.: *Rechtsprechung EuGH 2012b*), in: Epiney Astrid/Diezig Stefan, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, 2013, S. 49–76
- Epiney Astrid/Mosters Robert, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (zit.: *Rechtsprechung EuGH 2013*), in: Epiney Astrid/Diezig Stefan, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, 2014, S. 78–101

- Epiney Astrid/Mosters Robert, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (zit.: *Rechtsprechung EuGH 2014*), in: Epiney Astrid/Kern Markus/Hehemann Lena, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2014/2015, 2015, S. 53–96
- Epiney Astrid/Mosters Robert, Die *Rechtsprechung* des *EuGH* zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2016 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Epiney Astrid/Hehemann Lena (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, 2017, S. 69–104
- Epiney Astrid/Mosters Robert, Die *Rechtsprechung* des *EuGH* zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2017 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Epiney/Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, 2018, S. 55–84
- Epiney Astrid/Nüesch Daniela, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen (zit.: *Rechtsprechung FZA 2015*), in: Achermann Alberto et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, 2016, S. 303–344
- Epiney Astrid/Nüesch Daniela, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen (zit.: *Rechtsprechung FZA 2017*), in: Achermann Alberto et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018, 2018, S. 273–318
- Epiney Astrid/Nüesch Daniela, Inländervorrang und Freizügigkeitsabkommen (zit.: *FZA*), in: AJP 2018 S. 6–21
- Epiney Astrid/Metz Beate/Pirker Benedikt, Zur *Parallelität* der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz – ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen», 2012
- Epiney Astrid/Mosters Robert/Theuerkauf Sarah, Die *Rechtsprechung* des *EuGH* zur Personenfreizügigkeit [2003], in: Epiney Astrid/Theuerkauf Sarah/Rivière Florence (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, S. 85–118
- Epiney Astrid/Mosters Robert/Theuerkauf Sarah, Die *Rechtsprechung* des *EuGH* zur Personenfreizügigkeit [2004], in: Epiney Astrid/Rivière Florence/Theuerkauf Sarah/Wyssling Markus (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, 2005, S. 41–69
- Epiney Astrid/Mosters Robert/Theuerkauf Sarah, Die *Rechtsprechung* des *EuGH* zur Personenfreizügigkeit [2005], in: Epiney Astrid/Egbuna-Joss Andrea/Wyssling Markus (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, 2006, S. 73–109
- Epiney Astrid/Mosters Robert, Die *Rechtsprechung* des *EuGH* zur Personenfreizügigkeit [2006], in: Epiney Astrid/Wyssling Markus (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007, 2007, S. 101–129
- Etter Boris, Entscheidbesprechungen Strafrecht: Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B\_235/2018 vom 01.11.2018 [= *Entscheidbesprechung BGE 145 IV 55*], Landesverweisung (Art. 66a<sup>bis</sup> StGB), in: AJP 2019 S. 244–250

- Fargahi Babak/Priuli Valerio/de Weck Fanny, Die ersten Urteile des Bundesgerichts zur *Landesverweisung* (Art. 66a ff. StGB): Erste Erkenntnisse – erste Widersprüche, in: Jusletter 15.04.2019
- Forstmoser Peter/Ogorek Regina/Schindler Benjamin, Juristisches Arbeiten: Eine *Anleitung* für Studierende, 6. Aufl., 2018
- Freudiger Patrick, Anstalt oder Aktiengesellschaft: Zur Bedeutung der *Rechtsform* bei Ausgliederungen, Diss., 2016
- Galli Peter/Moser André/Lang Elisabeth/Steiner Marc, Praxis des öffentlichen *Beschaffungsrechts*, 3. Aufl. 2013
- Gammenthaler Nina, Die schweizerische *Rechtsprechung* zur *Diplomanerkennung* im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EG, in: Epiney Astrid/Gammenthaler Nina (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, 2009, S. 419–443
- Glaser Andreas, *Umsetzung und Durchführung* des Rechts der Bilateralen Verträge in der Schweiz Institutionen und Verfahren, in: Glaser Andreas/Langer Lorenz (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation: Erfahrungen und Perspektiven in Österreich und der Schweiz, 2015, S. 131–161
- Glaser Andreas/Brunner Arthur, Politik in der *Defensive*: Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rezeption der EuGH-Rechtsprechung: Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C\_716/2014 vom 26. November 2015, in: Jusletter 18.04.2016
- Glaser Andreas/Dörig Heidi, Die *Streitbeilegung* in den Bilateralen Abkommen Schweiz–EU, in: Epiney Astrid/Hehemann Lena, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, 2018, S. 451–465
- Glaser Andreas/Langer Lorenz, Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine *Herausforderung* für die schweizerische Demokratie, in: SZIER 2013 S. 563–583
- Grossen Dieter W./de Coulon Claire, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der CH und der EG und ihren Mitgliedstaaten (zit.: *FZA*), in: Thürer Daniel/Weber Rolf H./Portmann Wolfgang/Kellerhals Andreas (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz–EU: Handbuch, 2007, S. 135–187
- Niggli Marcel A./Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz (zit.: *BSK BGG*-[Autor] Art. X N. Y), 3. Aufl., 2018
- Häfelin Ulrich et al., Schweizerisches *Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., 2016
- Hahn Michael, Die *Kündigung* des FZA als Voraussetzung für die Einführung von Kontingenten in Umsetzung des Art. 121a BV – Zugleich Anmerkung zum Entscheid des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 26.11.2015, 2C\_716/2014 (BGE 142 II 35), in: Epiney Astrid/Kern Markus/Hehemann Lena (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016, 2016, S. 457–475
- Heinemann Andreas, Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: Fahrländer Lukas/Heizmann Reto A. (Hrsg.), *Europäisierung* der schweizerischen Rechtsordnung, 2013, S. 3–58

- Integrationsbüro (EDA)/Direktion für Völkerrecht (EDA)/Bundesamt für Justiz (EJPD), *Aide-mémoire: Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG*, 06.09.2007, einsehbar unter [https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/publikationen\\_dea/Aide-mémoire-final\\_fr.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/publikationen_dea/Aide-mémoire-final_fr.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Jaag Tobias, Die Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU – Recht, Politik und persönliche Kontakte, in: Notter Markus/Weber Rolf H./Heinemann Andrea/Baumgartner Tobias (Hrsg.), *Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei?, Liber amicorum für Andreas Kellerhals*, 2018, S. 131–137
- Jaag Tobias/Hänni Julia, *Europarecht – Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht*, 4. Aufl., 2014
- Jaag Tobias/Zihlmann Magda, *Institutionen und Verfahren*, in: Thürer Daniel/Weber Rolf H./Portmann Wolfgang/Kellerhals Andreas (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz– EU: Handbuch*, 2007, S. 65–102
- Jochum Georg, *Europarecht*, 3. Aufl., 2018
- Kälin Walter et al, Die staatsrechtliche *Rechtsprechung* des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005, in: ZBJV 2005 S. 633–703
- Keller Helen, *Rezeption des Völkerrechts: Eine rechtsvergleichende Studie zur Praxis des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofes des Europäischen Gemeinschaften und des schweizerischen Bundesgerichts in ausgewählten Bereichen*, Habil., 2003
- Kellerhals Andreas/Zäch Roger, *Gesamtüberblick*, in: Thürer Daniel/Weber Rolf H./Portmann Wolfgang/Kellerhals Andreas (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz– EU: Handbuch*, 2007, S. 3–38
- Kläser Julian, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Union auf die schweizerische *Steuerrechtsordnung*, in: Jusletter 02.05.2016
- Langer Lorenz, *Staatsvertragsreferendum und Bilaterale Verträge*, in: Glaser Andreas/Langer Lorenz (Hrsg.), *Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation: Erfahrungen und Perspektiven in Österreich und der Schweiz*, 2015, S. 21–52
- Maiani Francesco, La «saga *Metock*», ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, in: ZSR 2011 S. 27–53
- Mayer Michael, Die *Übernahme* europäischen Rechts durch die Schweiz, in: Epiney Astrid/Kern Markus/Hehemann Lena, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2014/2015*, 2015, S. 347–369
- Mayr Stefan, Richterliche Rechtserzeugung und die Grenzen der «Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge» durch den EuGH, in: Elser Dominik, et al. (Hrsg.), *Das letzte Wort – Rechtserzeugung und Rechtskontrolle in der Demokratie*, 2014, 97–118

- Merz Laurent, Le droit de *séjour* selon l'ALCP et la jurisprudence du Tribunal fédéral, in: RDAF I 2009 S. 248–306
- Metz Beate, Zur schweizerischen Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeitsabkommen – Hinweise (zit.: *EuGH FZA 2016*), in: Achermann et al., Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017, 2017, S. 361–370
- Müller Georg/Uhlmann Felix, *Elemente* einer Rechtsetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013
- Müller-Graff Peter-Christian, Die Rolle des *EuGH* bei der Streitbeilegung in internationalen Abkommen der EU, in: Notter Markus/Weber Rolf H./Heinemann Andrea/Baumgartner Tobias (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei?, Liber amicorum für Andreas Kellerhals, 2018, S. 223–234
- Notter Markus, Institutionelles *Rahmenabkommen* – ein europapolitischer Zwischenruf, in: EuZ 2019 S. 4–9
- Oesch Matthias, Die Auslegung und Weiterentwicklung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz–EU: Zugang zum Beruf des Notars und Anerkennung von Berufsqualifikationen als aktuelle Beispiele (zit.: *Auslegung FZA*), in: L'homme et son droit: mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire, 2011, S. 361–382
- Oesch Matthias, *Niederlassungsfreiheit* und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: SZIER 2011 S. 583–626
- Oesch Matthias, Das *Binnenmarktgesetz* und hoheitliche Tätigkeiten: Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, in: ZBJV 2012 S. 377–404
- Oesch Matthias, Die *Europäisierung* des schweizerischen Rechts, in: Cottier Thomas (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Beiheft 50 zur ZSR, 2012, S. 13–39
- Oesch Matthias, Die *Keck-Formel* des EuGH im schweizerischen Binnenmarktrecht, in: Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi Furrer Reto, Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, FS Tobias Jaag, 2012, S. 677–692
- Oesch Matthias, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz-EU: zur *Auslegung* der bilateralen Verträge, in: ZBl 2014 S. 171–202
- Oesch Matthias, Ein *Europa-Artikel* für die schweizerische Bundesverfassung in: Glaser Andreas/Langer Lorenz (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation: Erfahrungen und Perspektiven in Österreich und der Schweiz, 2015, S. 163–184
- Oesch Matthias, *Europarecht* – Band I: Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz–EU, 2015
- Oesch Matthias, Der *Einfluss* des EU-Rechts auf die Schweiz: von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachtern und Notaren, in: SJZ 2016 S. 53–62
- Oesch Matthias, Die bilateralen Abkommen Schweiz – EU und die *Übernahme* von EU-Recht, in: AJP 2017 S. 638–652

- Oesch Matthias, Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz – EU und der Rechtsschutz für Private, in: Notter Markus/Weber Rolf H./Heinemann Andrea/Baumgartner Tobias (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei?, Liber amicorum für Andreas Kellerhals, 2018, S. 157–165
- Oesch Matthias/Naef Tobias, *EU-Grundrechte*, der EuGH und die Schweiz, in: ZSR 2017 S. 117–144
- Pirker Benedikt, Zu den für die *Auslegung* der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), in: ZBl 2015 S. 295–312
- Poledna Tomas/Schlauri Simon/Schweizer Samuel, *Rechtliche Voraussetzungen* der Nutzung von Open-Source-Software in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere des Kantons Bern, 2017
- Schroeder Werner, *Dynamik* des EU-Rechts und Demokratieprinzip, in: Glaser Andreas/Langer Lorenz (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation: Erfahrungen und Perspektiven in Österreich und der Schweiz, 2015, S. 55–73
- Seiler Hansjörg, *Einfluss* des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, in: ZBJV 2014 S. 265–368
- Seiler Hansjörg, *Dynamik oder Statik* in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum EU-Recht?, in: Glaser Andreas/Langer Lorenz (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation: Erfahrungen und Perspektiven in Österreich und der Schweiz, 2015, S. 77–92
- Spescha Marc, Die familienbezogene *Rechtsprechung* im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab November 2016 bis Ende September 2017, in: FamPra.ch 2018 S. 147–182
- Staatssekretariat für Wirtschaft, Gesamtwirtschaftliche *Auswirkungen* eines Wegfalls der Bilateralen I, 24.02.2016, einsehbar unter [https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Publikationen\\_Dienstleistungen/Publikationen\\_Formulare/Wirtschaftslage/Aussenwirtschaft/Verhaeltnis\\_zur\\_EU/Bericht\\_seco\\_wegfall\\_bilaterale\\_I\\_de.pdf.download.pdf/Bericht\\_seco\\_wegfall\\_bilaterale\\_I\\_de.pdf](https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_Formulare/Wirtschaftslage/Aussenwirtschaft/Verhaeltnis_zur_EU/Bericht_seco_wegfall_bilaterale_I_de.pdf.download.pdf/Bericht_seco_wegfall_bilaterale_I_de.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Tobler Christa, Der *Acquis* der rechtlichen Verbindung der Schweiz zur EG und EU – Eine unsichere Grösse?, in: Breuss Fritz et al. (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, 2008, S. 11–37
- Tobler Christa, Die EuGH-Entscheidung *Grimme* – Die Wiederkehr von Polydor und die Grenze des bilateralen Rechts, in: Epiney Astrid/Gammenthaler Nina (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 2010, S. 369–384
- Tobler Christa/Beglinger Jacques, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts Schweiz–EU: Systematische Darstellung in Text und Tafeln, Bd. 1 Text (zit.: *Grundzüge*) und Bd. 2 Tafeln (zit.: *Tafeln*), 2013

- Tobler Christa/Beglinger Jacques, *Tobler/Beglinger-Brevier* zum institutionellen Abkommen CH-EU, Ausgabe 2019-08.1, Stand: 18.08.2019; einsehbar unter: [http://www.eur-charts.eu/wp-content/uploads/2019/08/Tobler-Beglinger-Brevier-Institutionelles-Abkommen\\_2019-08.1.pdf](http://www.eur-charts.eu/wp-content/uploads/2019/08/Tobler-Beglinger-Brevier-Institutionelles-Abkommen_2019-08.1.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- Thürer Daniel/Hillemanns Carolin, Allgemeine Prinzipien, in: Thürer Daniel/Weber Rolf H./Portmann Wolfgang/Kellerhals Andreas (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz– EU: Handbuch*, 2007, S. 39–64
- Tschannen/Zimmerli/Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., 2014
- Vahl Marius/Grolimund Nina, *Integration ohne Mitgliedschaft: Die bilateralen Verträge der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft*, 2007
- Wüger Daniel, *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien*, Diss., 2005
- Wüger Daniel/Scarpelli Samuele, Die vernachlässigten *institutionellen Aspekte* der bilateralen Verträge und die Aushandlung eines Rahmenvertrages, in: Epiney Astrid/Egbuna-Joss Andrea/Wyssling Markus (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006*, 2006, S. 287–325
- Wüger Daniel, *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien*, Diss., 2005
- Wyss Martin Philipp, *Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund*, in: *AJP* 2007 S. 717–728
- Ziegler Andreas, Die *De-facto-Mitgliedschaft* in der EU: Binnen- und Aussenbeziehungen, in: *ZEuS* 2007 S. 247–272

## Rechtsquellenverzeichnis

- AgrarA Abkommen vom 21.06.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen (von der Bundesversammlung genehmigt am 08.10.1999, in Kraft seit 01.06.2002; SR 0.916.026.81)
- AHVG Bundesgesetz vom 20.12.1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
- AEUV Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Konsolidierte Fassung 2016; ABl. C 202 vom 07.06.2016, 47 ff.)
- AIG Bundesgesetz vom 16.12.2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz; SR 142.20)
- AöB Abkommen vom 21.06.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (von der Bundesversammlung genehmigt am 08.10.1999, in Kraft seit 01.06.2002; SR 0.172.052.68)
- BGFA Bundesgesetz vom 23.06.2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz; SR 935.61)
- BGG Bundesgesetz vom 17.06.2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110)
- BöB Bundesgesetz vom 16.12.1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
- revBöB (Revidiertes) Bundesgesetz vom 21.06.2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (Ablauf Referendumsfrist: 10.10.2019, BBl 2019 S. 4505–4554, einsehbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2019/4505.pdf> [zuletzt besucht am: 30.09.2019]; danach Publikation in SR 172.056.1)
- BV Bundesverfassung vom 18.04.1999 der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101)
- DAA Abkommen vom 26.10.2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (von der Bundesversammlung genehmigt am 17.12.2004, in Kraft getreten am 01.03.2008, SR 0.0.142.392.68)
- EFTA-Abkommen Übereinkommen vom 04.01.1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) (von der Bundesversammlung genehmigt am 14.12.2001, in Kraft getreten am 01.06.2002, SR 0.632.31; englische Originalsprache einsehbar unter [www.efta.int](http://www.efta.int))

- ELG Bundesgesetz vom 06.10.2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (SR 831.30)
- EMRK Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (von der Bundesversammlung genehmigt am 03.10.1974, in Kraft getreten am 28.11.1974, SR 0.101)
- EUV Vertrag über die Europäische Union (Konsolidierte Fassung 2016; ABl. C 202 vom 07.06.2016, 13 ff.)
- FHA Abkommen vom 22.07.1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (von der Bundesversammlung genehmigt am 03.10.1971, in Kraft getreten am 01.01.1973, SR 0.632.401)
- FZA Abkommen vom 21.06.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (von der Bundesversammlung genehmigt am 08.10.1999, in Kraft getreten am 01.06.2002, SR 0.142.112.681)
- GATT Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen vom 30.10.1947 (von der Bundesversammlung genehmigt am 10.06.1959, in Kraft getreten am 01.08.1966, SR 0.632.21; französischer Originaltext findet sich unter gleichen Nummer in der entsprechenden Ausgabe der SR)
- GPA Übereinkommen vom 15.04.1942 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA; in Kraft seit 01.01.1996; SR 0.632.231.422; französischer Originaltext findet sich unter gleichen Nummer in der entsprechenden Ausgabe der SR)
- GPA 2012 Protokoll vom 30.03.2012 zur Änderung des Übereinkommens vom 15.04.1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (von der Bundesversammlung genehmigt am 21.06.2019, Ablauf Referendumsfrist: 10.10.2019, BBl 2019 S. 4591 f., einsehbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2019/4591.pdf> [zuletzt besucht am: 30.09.2019]; danach Publikation in SR 0.632.231.422)
- E-InstA Entwurf für ein Abkommen zur Erleichterung der Bilateralen Beziehungen zwischen der EU und der CH in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die CH teilnimmt, 23.11.2018 (inoffizielle Übersetzung; der Originaltext auf Französisch ist massgebend), einsehbar unter [https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/accord-inst-Projet-de-texte\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/accord-inst-Projet-de-texte_de.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)
- IVG Bundesgesetz vom 19.06.1959 über die Invalidenversicherung (SR 831.20)
- IVöB Interkantonale Vereinbarung vom 25.11.1994/15.03.2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (172.056.5, wobei aber für dieses Dokument kein digitalisierter Text vorliegt; AS 2003 S. 196 ff.)
- LandVA Abkommen vom 21.06.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf

- Schiene und Strasse (von der Bundesversammlung genehmigt am 08.10.1999, in Kraft getreten am 01.06.2002, SR 0.740.72)
- LVA Abkommen vom 21.06.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (von der Bundesversammlung genehmigt am 08.10.1999, in Kraft getreten am 01.06.2002, SR 0.748.127.192.68)
- MRA Abkommen vom 21.06.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (von der Bundesversammlung genehmigt am 08.10.1999, in Kraft getreten am 01.06.2002, SR 0.946.526.81)
- RL 2004/38/EG Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. L 158 vom 30.04.2004 S. 77, bzw. in berichtigter Fassung ABl. L 229 vom 29.06.2004 S. 35 ff.)
- RL 2005/36/EG Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.09.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABl. L 255 vom 30.09.2005 S. 22; geändert durch diverse RL und VO gemäss Abschnitt A Anhang III FZA)
- RVOG Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21.03.1997 (SR 172.010)
- RVOV Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25.11.1998 (SR 172.010.1)
- SAA Abkommen vom 26.10.2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (von der Bundesversammlung genehmigt am 17.12.2004, in Kraft getreten am 01.03.2008, SR 0.362.31, vormals: SR 0.360.268.1)
- StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0)
- UNO Pakt I Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (von der Bundesversammlung genehmigt am 13.12.1991, in Kraft getreten am 18.09.1992, SR 0.103.1)
- UNO Pakt II Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (von der Bundesversammlung genehmigt am 13.12.1991, in Kraft getreten am 18.09.1992, SR 0.103.2)
- VEP Verordnung vom 22.05.2002 über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (SR 142.203)

- Versi- che- rungsab- kommen Abkommen vom 10.10.1989 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung (von der Bundesversammlung genehmigt am 30.01.1992, in Kraft getreten am 01.01.1993, SR 0.961.1)
- VO Nr. 1612 /68 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (in Kraft bis 15.06.2011, ABl. L 257 vom 19.10.1968 S. 2–12)
- VO Nr. 883/ 2004 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Beschluss Nr. 1/2012 des GA vom 31.03.2012 zur Ersetzung des Anhangs II des FZA, in Kraft getreten am 01.04.2012, SR 0.831.109.268.1; ABl. L 166 vom 30.4.2004, S. 1–123)
- VO Nr. 1408 /71 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.06.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern. In der Fassung von Anhang II zum Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (mit Anhängen; in Kraft vom 01.06.2002 [AS 2004 121] bis 31.03.2012 [ABl. L 149 vom 5.7.1971, S. 2–50] bzw. aufgehoben am 01.04.2012 [AS 2012 2627] und ersetzt durch VO Nr. 883/2004)
- VO Nr. 574/ 72 Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21.03.1972 über die Durchführung der VO Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (in Kraft vom 01.06.2002 [...] bis 01.04.2012 [ABl. L 074 vom 27.3.1972, S. 1–83])
- VO Nr. 987/ 2009 Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO Nr. 883/2004 (in Kraft getreten am 01.04.2012, SR 0.831.109.268.11; ABl. L 284 vom 30.10.2009, S. 1–42)
- VöB Verordnung vom 11.12.1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)
- VRK Wiener Übereinkommen vom 23.05.1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111; für die Schweiz in Kraft seit 06.06.1990; deutsche Übersetzung; Originaltext Französisch)

- VRöB      Mustervorlage vom 02.05.2002 für Vergaberichtlinien zur IVöB, einsehbar unter [https://www.bkb.admin.ch/dam/bkb/de/dokumente/Rechtsgrundlagen/Kantonale%20Erlasse/vroeb.pdf.download.pdf/Mustervorlage%20f%C3%BCr%20Vergaberichtlinien%20\(VR%C3%B6B\)%20zur%20rev.%20IV%C3%B6B.pdf](https://www.bkb.admin.ch/dam/bkb/de/dokumente/Rechtsgrundlagen/Kantonale%20Erlasse/vroeb.pdf.download.pdf/Mustervorlage%20f%C3%BCr%20Vergaberichtlinien%20(VR%C3%B6B)%20zur%20rev.%20IV%C3%B6B.pdf) (zuletzt besucht am: 30.09.2019)

## Anhänge

### Anhang 1: Schemata zum Rechtsetzungs- bzw. Staatsvertragsverfahren, zur Weiterentwicklung, Auslegung und Rechtsdurchsetzung der Bilaterale I-/II-Verträge

Übersicht über den Ablauf des *Rechtsetzungs-* bzw. *Staatsvertragsverfahrens* für die Bilaterale I-/II-Abkommen mit den drei Ebenen CH-Gemischter Ausschuss-EU:<sup>219</sup>

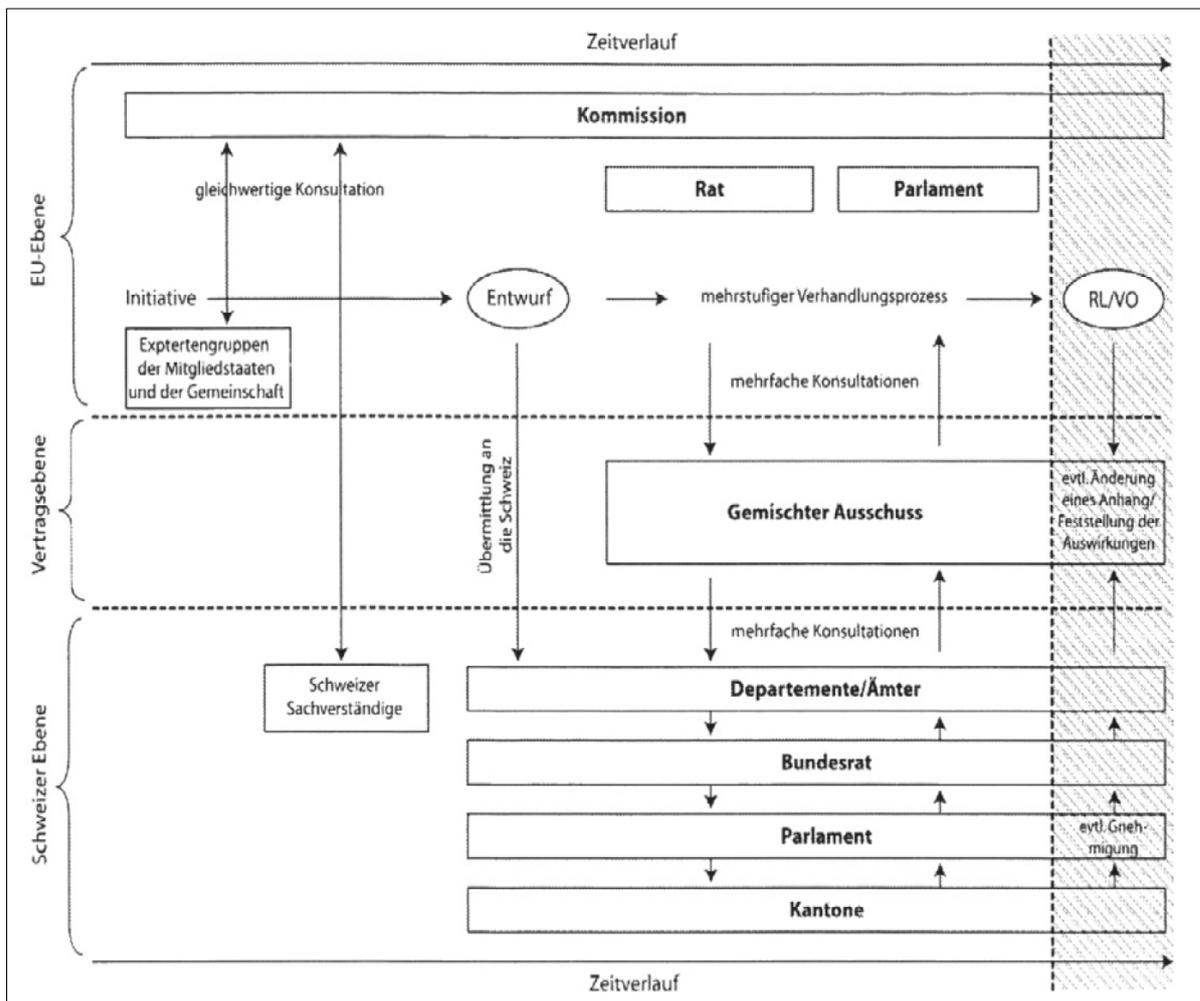


Abbildung 3: Übersicht Ablauf des Staatsvertragsverfahrens der Bilaterale I-/II-Verträge

<sup>219</sup> Wüger/Scarpelli, institutionelle Aspekte, S. 303.

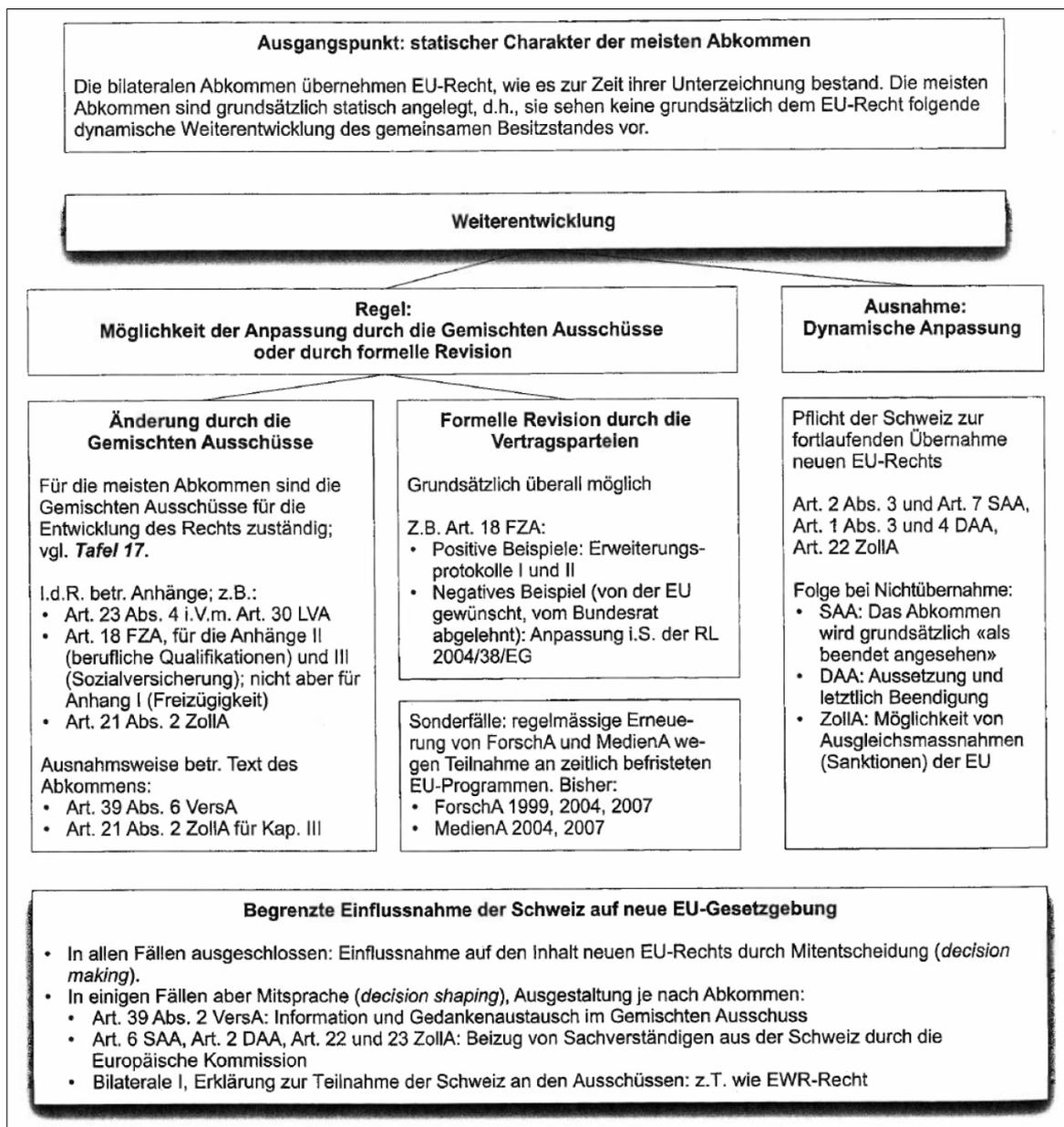
Übersicht *Weiterentwicklung* der Bilaterale I-/II-Abkommen:<sup>220</sup>

Abbildung 4: Übersicht Weiterentwicklung Bilaterale I-/II-Verträge

<sup>220</sup> Tobler/Beglinger, Tafeln, Nr. 15.

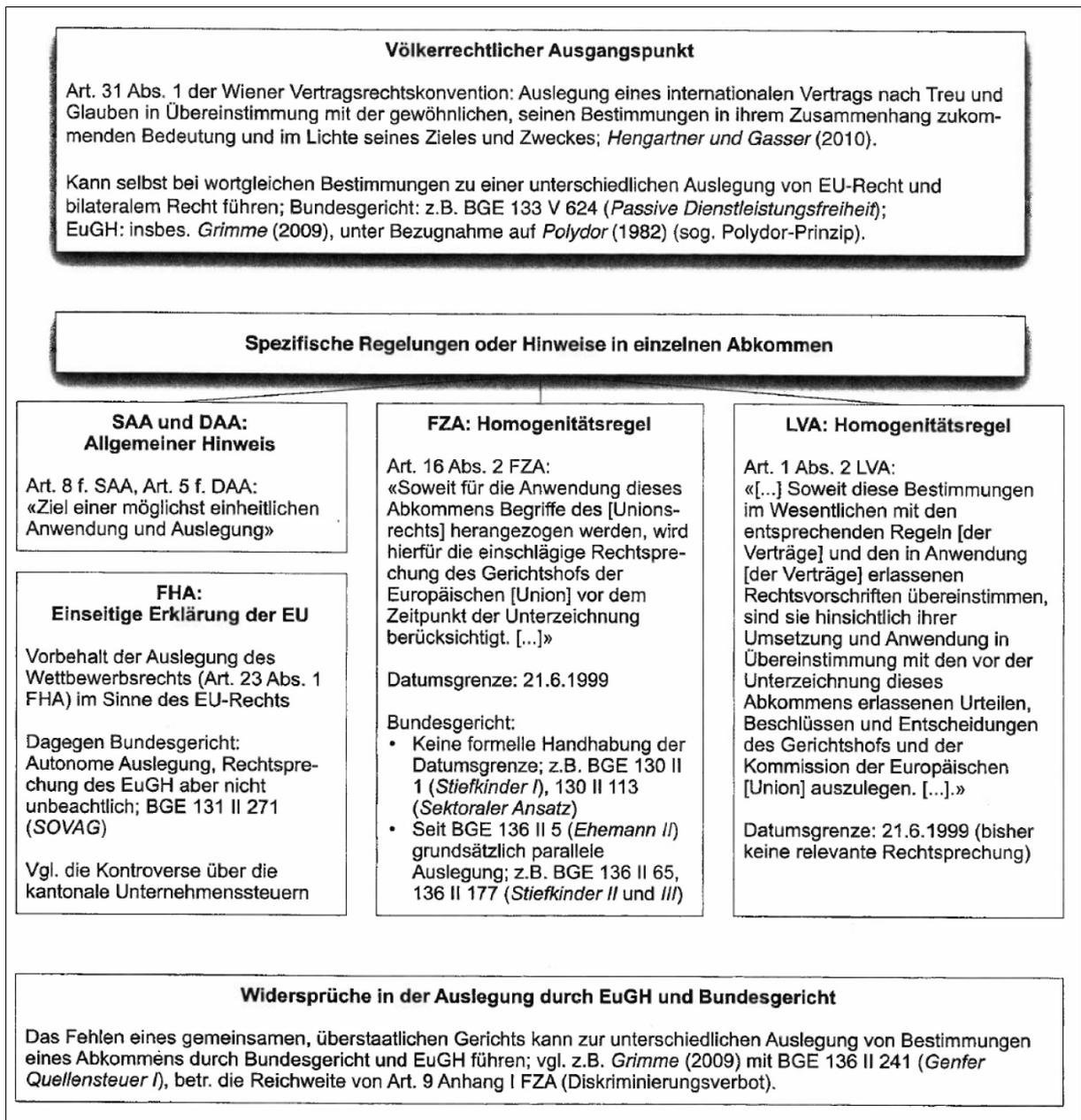
Übersicht *Auslegung* der Bilaterale I-/II-Abkommen:<sup>221</sup>

Abbildung 5: Übersicht Auslegung Bilaterale I-/II-Verträge

<sup>221</sup> Tobler/Beglinger, Tafeln, Nr. 16.

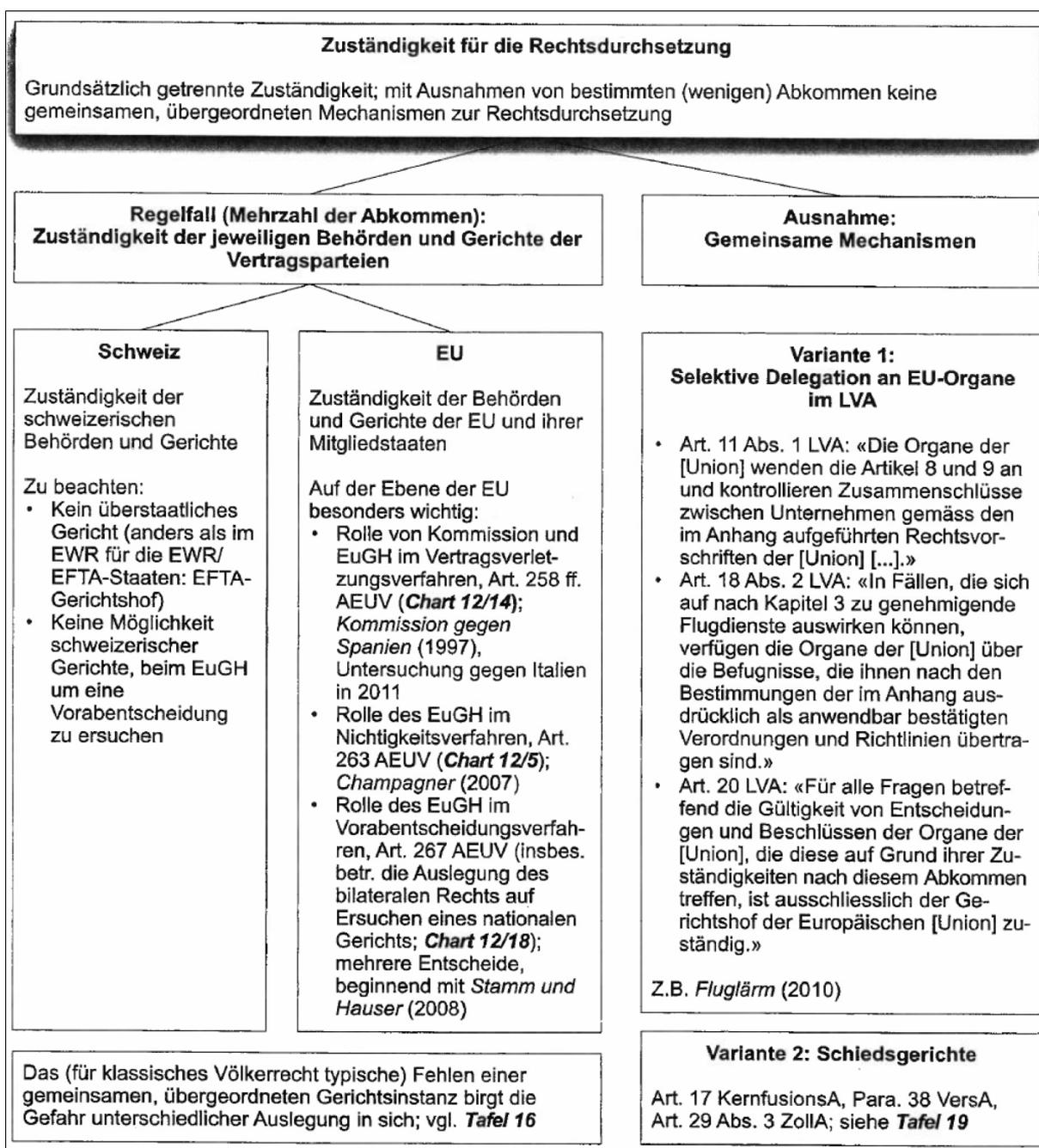
Übersicht *Rechtsdurchsetzung* der Bilaterale I-/II-Abkommen:<sup>222</sup>

Abbildung 6: Übersicht Rechtsdurchsetzung Bilaterale I-/II-Verträge

<sup>222</sup> Tobler/Beglinger, Tafeln, Nr. 18.

## Anhang 2: Rechtsentwicklung und Streitbeilegung nach E-InstA

Übersicht für die dynamische *Rechtsentwicklung* gemäss Art. 5 i.V.m. Art. 12–14 E-InstA:<sup>223</sup>

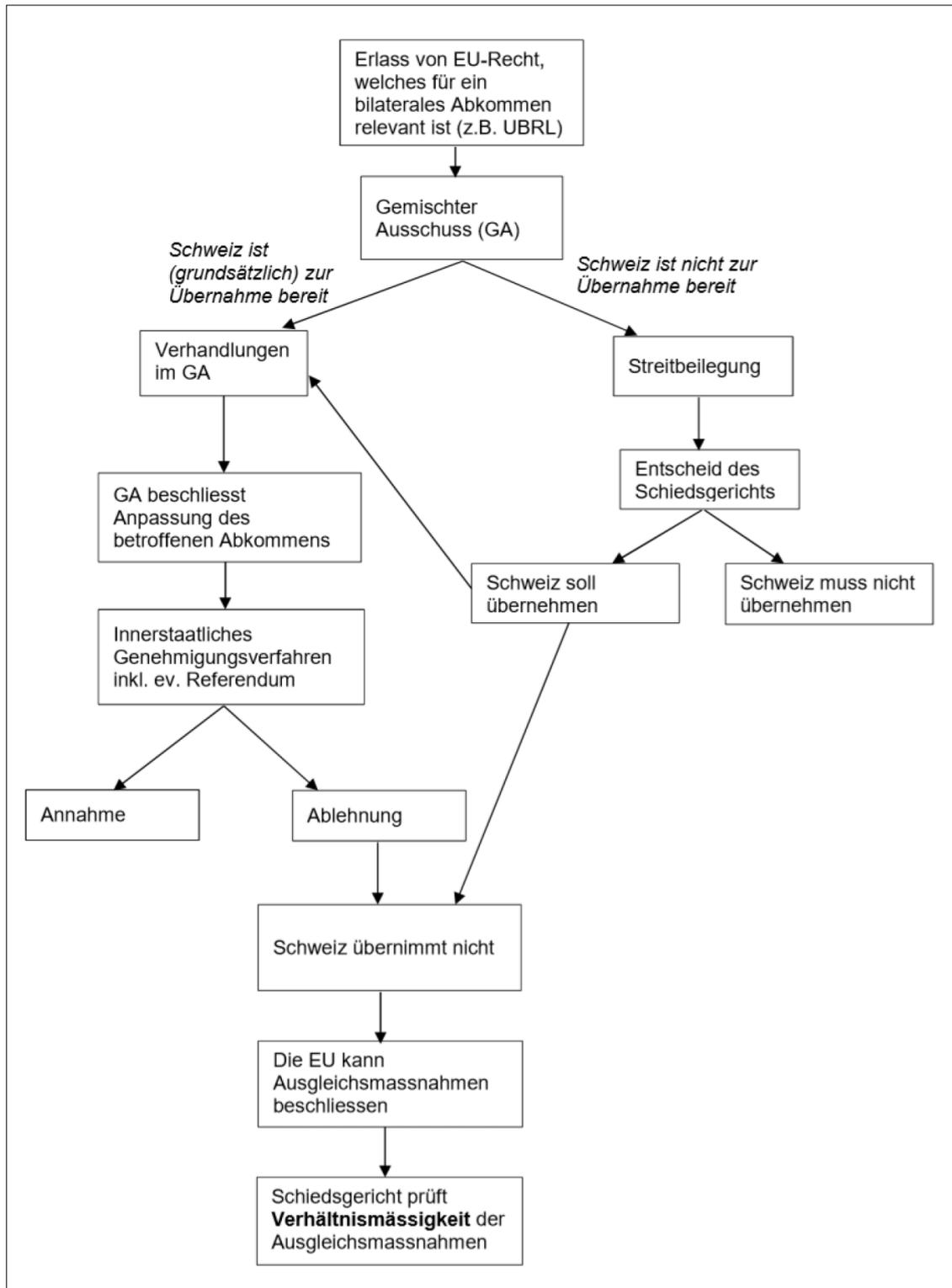


Abbildung 7: Schema Dynamische Rechtsentwicklung E-InstA

<sup>223</sup> DEA, E-InstA in Kürze, S. 6, bzw. Bundesrat, Erläuterungen E-InstA, S. 17.

Erste Übersicht über das *Streitbeilegungsverfahren* nach Art. 9 f. und Prot. 3 E-InstA:<sup>224</sup>

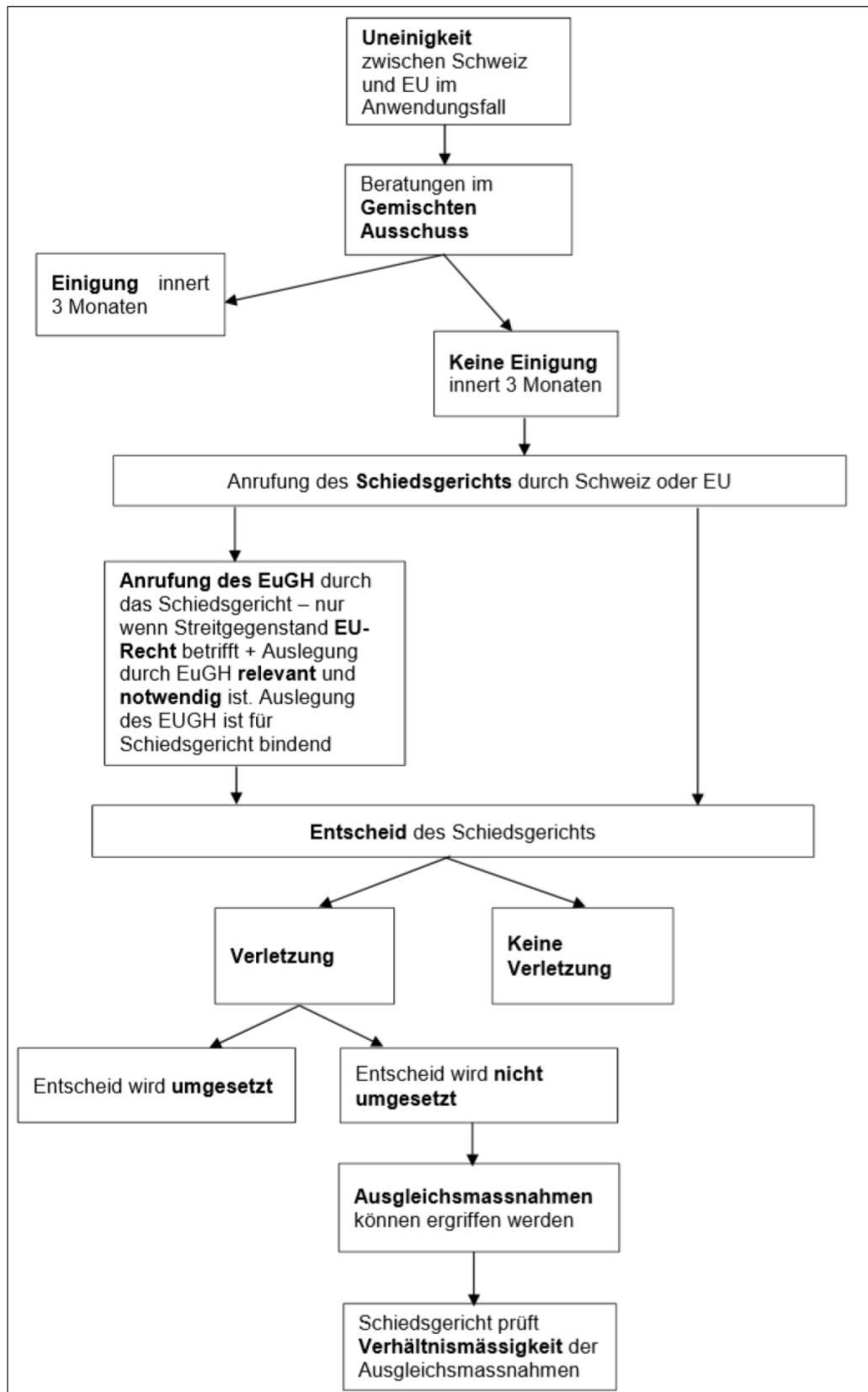


Abbildung 8: Schema Streitbeilegungsverfahren in einem Anwendungsfall E-InstA

<sup>224</sup> DEA, E-InstA in Kürze, S. 7, bzw. Bundesrat, Erläuterungen E-InstA, S. 18.

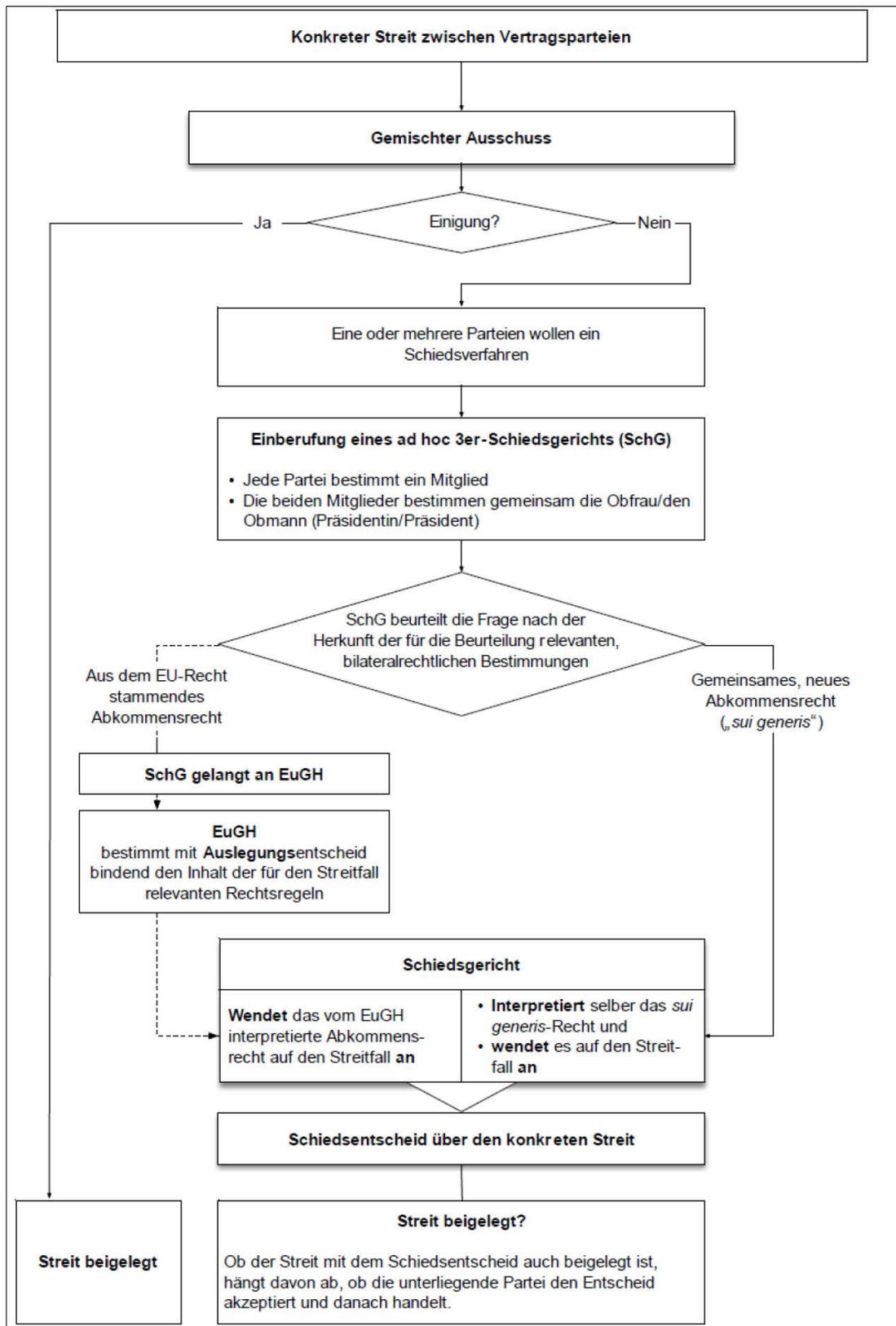
Zweite Übersicht über das *Streitbeilegungsverfahren* nach Art. 9 f. und Prot. 3 E-InstA:<sup>225</sup>

Abbildung 9: Schema Grundzüge Streitschlichtungsverfahren E-InstA

<sup>225</sup> Tobler/Beglinger, Brevier, S. 45.

### Anhang 3: Liste BGE betreffend FZA (inkl. Anh. I–III)

Die nachfolgende chronologische nach dem Urteilsdatum gegliederte Tabelle enthält die im Rahmen von Recherchen auf der [Online-Datenbank des BGer](#) ermittelten und eingesehenen, in der [amtlichen Sammlung des BGer publizierten Entscheide](#) (BGE), die der Rezeptionsanalyse zugrunde liegen. Die in Ziff. 3 beschränkt aufgegriffenen BGE sind mit einem \* versehen. Die drei zeitlichen Etappen sind farblich gekennzeichnet (Juni 2002–August 2009 [= Ziff. 3.2.1], September 2009–Oktober 2015 [= Ziff. 3.2.2], November 2015–August 2019 [= Ziff. 3.2.3]).

<i>Datum</i>	<i>Entscheid-Nr.</i>	<i>Themenbereich</i>
22.05.2019	*BGE 145 IV 364	strafrechtliche Landesverweisung
28.11.2018	BGer 6B_1152/2017	strafrechtliche Landesverweisung
23.11.2018	*BGE 144 IV 332	strafrechtliche Landesverweisung
19.11.2018	*BGE 145 V 39	Sozialversicherung
01.11.2018	*BGE 145 IV 55	strafrechtliche Landesverweisung
29.11.2017	*BGE 144 II 1	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
27.01.2017	BGE 143 V 1	Sozialversicherung
20.01.2017	*BGE 143 II 57	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
18.01.2017	BGE 143 IV 97	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
15.01.2017	*BGE 144 II 113	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
05.04.2016	BGE 142 V 192	Sozialversicherung
29.03.2016	*BGE 143 V 81	Sozialversicherung
11.03.2016	BGE 142 V 112	Sozialversicherung
17.12.2015	*BGE 142 V 2	Sozialversicherung
26.11.2015	*BGE 142 II 35	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
14.11.2015	BGE 141 V 612	Sozialversicherung
22.10.2015	BGE 141 V 688	Sozialversicherung
11.09.2015	*BGE 141 V 530	Sozialversicherung
19.05.2015	BGE 141 V 321	Sozialversicherung
12.01.2015	BGE 141 II 1	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
19.11.2014	BGE 141 III 28	Sozialversicherung (LugÜ)
04.09.2014	BGE 140 II 460	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
11.08.2014	BGE 140 II 447	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
23.06.2014	*BGE 140 II 364	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
31.01.2014	*BGE 140 II 112	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
29.01.2014	*BGE 140 II 167	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
23.01.2014	BGE 140 II 141	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
12.07.2013	BGE 139 V 393	Sozialversicherung
22.03.2013	*BGE 139 II 393	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht

21.03.2013	BGE 139 V 216	Sozialversicherung
22.02.2013	BGE 139 II 121	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
15.11.2012	BGE 138 V 533	Sozialversicherung
12.10.2012	BGE 139 I 16	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
26.04.2012	*BGE 138 V 258	Sozialversicherung
17.02.2012	*BGE 138 V 186	Sozialversicherung
06.06.2011	BGE 137 II 233	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
18.04.2011	BGE 137 V 181	Sozialversicherung
24.03.2011	*BGE 137 II 242	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
09.11.2010	BGE 137 II 1	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
07.09.2010	BGE 136 V 295	Sozialversicherung
31.08.2010	*BGE 136 II 470	Anerkennung Befähigung
26.04.2010	BGE 136 II 329	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
16.04.2010	BGE 136 V 244	Sozialversicherung
02.02.2010	*BGE 136 II 177	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
26.01.2010	BGE 136 II 241	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
22.01.2010	BGE 136 II 120	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
05.01.2010	*BGE 136 II 65	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
29.09.2009	*BGE 136 II 5	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
07.09.2009	BGE 135 V 339	Sozialversicherung
06.07.2009	BGE 135 V 293	Sozialversicherung
24.03.2009	BGE 135 II 369	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
24.03.2009	BGE 135 II 265	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
16.03.2009	BGE 135 II 128	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
30.10.2008	BGE 134 II 341	Anerkennung Befähigung
04.08.2008	*BGE 134 V 428	Sozialversicherung
24.06.2008	BGE 134 V 330	Sozialversicherung
05.06.2008	BGE 134 V 284	Sozialversicherung
07.12.2007	BGE 134 IV 57	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
30.11.2007	BGE 134 II 10	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
22.10.2007	BGE 133 V 624	Sozialversicherung
18.10.2007	BGE 134 II 25	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
04.07.2007	BGE 133 V 329	Sozialversicherung
09.05.2007	BGE 133 V 367	Sozialversicherung
24.04.2007	BGE 133 V 265	Sozialversicherung
25.01.2007	BGE 133 V 169	Sozialversicherung
24.07.2006	*BGE 132 V 423	Sozialversicherung

13.04.2006	BGE 132 V 244	Sozialversicherung
27.03.2006	BGE 133 V 33	Sozialversicherung
02.02.2006	BGE 132 V 184	Sozialversicherung
13.01.2006	BGE 132 II 135	Anerkennung Befähigung
09.01.2006	BGE 132 V 53	Sozialversicherung
26.09.2005	BGE 131 V 390	Sozialversicherung
19.08.2005	BGE 131 V 271	Sozialversicherung
25.07.2005	BGE 131 V 222	Sozialversicherung
06.06.2005	BGE 131 V 209	Sozialversicherung
29.04.2005	BGE 131 II 339	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
14.04.2005	BGE 131 II 352	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
02.08.2004	BGE 130 II 493	Sozialversicherung
07.06.2004	BGE 130 II 388	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
28.05.2004	BGE 130 V 335	Sozialversicherung
18.05.2004	BGE 130 V 247	Sozialversicherung
07.04.2004	BGE 130 V 253	Sozialversicherung
07.04.2004	BGE 130 II 176	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
12.03.2004	BGE 130 V 156	Sozialversicherung
20.02.2004	BGE 130 V 145	Sozialversicherung
20.02.2004	BGE 130 V 145	Sozialversicherung
05.02.2004	BGE 130 V 150	Sozialversicherung
29.01.2004	*BGE 130 II 87	Anerkennung Befähigung
16.01.2004	BGE 130 II 137	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
06.01.2004	BGE 130 II 49	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
19.12.2003	*BGE 130 II 113	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
09.12.2003	BGE 130 V 51	Sozialversicherung
27.11.2003	BGE 130 I 26	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
21.11.2003	BGE 129 I 392	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
18.11.2003	BGE 130 V 57	Sozialversicherung
04.11.2003	*BGE 130 II 1	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
11.07.2003	BGE 129 I 265	Sozialversicherung
28.03.2003	BGE 129 II 215	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
25.03.2003	BGE 129 III 335	OR - Arbeitsrecht
17.01.2003	BGE 129 II 249	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
10.01.2003	BGE 129 V 1	Sozialversicherung
06.09.2002	BGE 128 I 280	Personenfreizügigkeit/Ausländerrecht
09.08.2002	*BGE 128 V 315	Sozialversicherung

## Selbständigkeitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche kenntlich gemacht. Mir ist bekannt, dass andernfalls der Senat gemäss dem Gesetz über die Universität zum Entzug des auf Grund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.

Bern, 30. September 2019

Christoph Bürki



---

## Über den Autor

---

### Persönliche Angaben



Christoph Bürki, geboren am 11. Oktober 1975, von Unterlangenegg/BE, verheiratet, Vater zweier Töchter

---

### Ausbildung und berufliche Tätigkeiten

Christoph Bürki studierte von 1995 bis 2000 an der Universität Bern Rechtswissenschaften. 2003 erwarb er das bernische Anwaltspatent. Anschliessend war er als Gerichtsschreiber an der verwaltungsrechtlichen Abteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern tätig, ab 2010 wurde er in Einzelfällen auch als ausserordentlicher Verwaltungsrichter eingesetzt. Christoph Bürki erarbeitete ab 2006 berufsbegleitend an der Universität Bern eine Dissertation zum Thema «Verwaltungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie» (Promotion im Jahr 2010). Seit 2012 ist er als Direktionsadjunkt im Bundesamt für Justiz tätig. Von dieser Aufgabe war er freigestellt für einen Einsatz als ausserordentlicher Verwaltungsrichter am Verwaltungsgericht des Kantons (November 2013–April 2014) und für die Prozessverantwortung und Leitung der Vorbereitung des ersten möglichen ICSID-Schiedsverfahrens (Februar 2015–Mai 2016).

---