

Im Dienst an der Gemeinschaft

Festschrift für Dietrich Schindler zum
65. Geburtstag

Herausgegeben von Walcer Haller ,
Alfred Kölz, Georg Müller und Daniel
Thürer

Verlag Helbing & Lichrenhahn
Basel/Frankfurt am Main 1989

Europaverträglichkeit als Rechtsargument

Zu den Wegen und Möglichkeiten schweizerischer Rechtsanpassung an die neue Integrationsdynamik der Europäischen Gemeinschaft

DANIEL THÜRER

«L'Europe se fera par erapes, ou elle ne se fera pas.»

Robert Schuman

I. Ausgangsszene

1. Neuer europäischer Aufbruch

Europa steht seit dem Zweiten Weltkrieg in einer Phase tiefgreifenden Wandels. Seine politische «Landschaft» - lange gekennzeichnet durch scharfe Parzellierung in auf ihre Souveränität pochende Nationalstaaten - ist nun geprägt durch einen Zug zum Abbau der Grenzen sowie zur Kooperation und Integration staatlichen Handelns. Diese in ihrer Grundtendenz im grossen und ganzen kontinuierlich verlaufenden Verschiebungs- und Umgestaltungsprozesse erschienen im öffentlichen Bewusstsein häufig und noch bis vor kurzem im Zeichen der Krise und der Stagnation: heute werden sie im allgemeinen euphorisch in ein helles Licht getaucht.

Anlass der Neubewertung des Integrationsprozesses ist, dass die Europäische Gemeinschaft trotz den bisher durchlaufenen drei Erweiterungsrounden der Mitgliedschaft in den letzten Jahren eine gewisse institutionelle Stärkung erfahren hat. 19⁸⁵ nämlich kündigte die EG-Kommission in einem *Weissbuch* den Erlass von 3⁰⁰ Massnahmen und Akten an, die zur vollen Verwirklichung der bereits im EWG-Vertrag von 1957 verankerten vier Grundfreiheiten (Freiheit des Waren-, Personen-,

* Meinem Assistenten, Herrn lic. iur. SVEN AKHET, danke ich für die wertvolle Mitwirkung bei der Sammlung *des Materials*.
1 1973 traten Grossbritannien, Irland und Dänemark, 1981 Griechenland und 19⁸⁶ Spanien sowie Portugal der Europäischen Gemeinschaft bei.

Diensleistungs- und Kapitalverkehrs) notwendig sind und insgesamt zur Vollendung des Binnenmarktes führen sollen. In der *Einheitlichen Europäischen Akte* von 1986 wurde dann in Form einer Revision der Gemeinschaftsverträge für die Errichtung eines solchen «Raumes ohne Binnengrenzen», dessen Verwirklichung zurzeit in vollem Gange ist, als Ziel der 31. Dezember 1992 festgelegt (Art. 8 a EWGV) 2; auch verleiht die Einheitsakte - als weitaus wichtigste, den supranationalen Charakter der Gemeinschaft und die Effizienz des Integrationsprozesses wesentlich spreichernde institutionelle Neuerung - dem Ministerrat die Kompetenz, die zur Errichtung des Binnenmarktes erforderlichen Rechtsharmonisierungsmaßnahmen statt wie bisher einstimmig nunmehr grundsätzlich im Verfahren der qualifizierten Mehrheit zu beschliessen (Art. 100 a Ziff. 1 EWGV) oder die in einem Mitgliedstaat geltenden Vorschriften als den Vorschriften eines anderen Mitgliedstaates gleichwertig anzuerkennen (An. 100 b Ziff. 1 Abs. 2 EWGV). Ferner werden in der Einheitlichen Europäischen Akte verschiedene neue, in der Praxis allerdings teilweise schon vorher wahrgenommene Gemeinschaftskompetenzen niedergelegt und dem Europäischen Parlament in einem gewissen, hinter seinen eigenen Vorstellungen freilich weit zurückbleibenden Umfang neue Befugnisse eingeräumt. Schliesslich verkündet die Akte auch in Form abstrakter Fernziele die Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion 5 und für die spätere Zukunft einer Europäischen Union 6, die allerdings erst auf der Basis neu abzuschliessender Verträge eine rechtlich greifbare Gestalt annehmen können, und sie schafft im Bereich der Aussenbeziehungen der Mitgliedstaaten für die sog. Europäische Politische Zusammenarbeit erstmals eine (völkerrechtliche, nicht gemeinschaftsrechtliche) Rechtsgrundlage 7.

Trotz ihres immer noch schwachen rechtlich-institutionellen Rahmens hat die Europäische Gemeinschaft jedoch in den letzten Jahren in politischer und psychologischer, vor allem aber ökonomischer Hinsicht einen rapiden *Aufschwung* erfahren. Die wirtschaftlichen Kräfte innerhalb und ausserhalb des Gemeinsamen Marktes orientieren sich nun offensichtlich in vermehrtem Masse an den Zukunftsperspektiven des

Gemäss einer von den Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten anlässlich der Unterzeichnung der Schlussakte zu Art. 8 a EWGV abgegebenen Erklärung bringt die Festsetzung dieses Termins allerdings im Gegensatz etwa zu Art. 8 Ziff. 7 EWGV «keine automatische rechtliche Wirkung mit sich». Vgl. etwa An. 118 a EWGV (Arbeitsumwelt), Art. 130 f-q EWGV (Forschung und technologische Entwicklung), Art. 130 r-t (Umweltschutz).

Z. B. Kooperationsverfahren gemäss Art. 6 EEA. Vgl. demgegenüber den vom Europäischen Parlament am 14. Februar 1984 verabschiedeten «Entwurf eines Vertrages zur Gründung einer Europäischen Union». Hierzu etwa: F. CAPOTORTI/M. HILF/F. ACOIISI.-P. ACQUE, Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Union, Baden-Baden 1986; R. BIEHLER (Hrsg.), ACQUA, H. H. WEILE, An Ever Closer Union, Brüssel 1985.

5 An. 103 a ff. EWGV. 6

Art. 1 Abs. 1 EEA.

63 An. 30 EEA.

Europäischen Einigungsprozesses. Die Europäische Gemeinschaft ist bereits heute zur grössten Handelsmacht der Welt geworden. Das Bild ihrer zukünftigen Gestalt allerdings, mit dem sich DIETRICH SCHINOLER grundsätzlich auseinandersetzt, schwankt noch immer zwischen den Extremen der «Vereinigten Staaten Europas» und dem «Europa der Vaterländer». Auch zeichnen sich am Horizont im osteuropäischen Bereich mögliche Wandlungen der innen- und aussenpolitischen Machtkonstellation ab, die zu einer grundlegenden Erweiterung und Umgestaltung der «politischen Landschaft» Europas führen könnten.

2. Die Schweiz vor der europäischen Herausforderung

Es ist ein gemeinhin begangener, die politische Wahrnehmung in folgenswerer Weise einengender sprachlicher Fehler, den Begriff «Europa» schlechthin mit der «Europäischen Gemeinschaft» und den Begriff der «Integration» mit den rechtlichen, politischen und wirtschaftlichen Errungenschaften im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft gleichzusetzen. Richtig scheint es vielmehr zu bedenken, dass «Europa» primär ein politischer Begriff ist und als solcher im Europarat, in dem heute sämtliche westeuropäischen Staaten zusammengeschlossen sind, seine konstitutionell-politische Gestalt gefunden hat. Auch sollte der Begriff der «Integration» nicht bloss für den durch Zollunion gegen aussen und zunehmende supranationale Vergemeinschaftung der Institutionen sowie Verschmelzung der Volkswirtschaften im Innern gekennzeichneten Typus der Wirtschaftsgemeinschaft, sondern auch für losere Formen der wirtschaftlichen Kooperation verwendet werden, wie sie das mit der Europäischen Gemeinschaft verknüpfte und in deren Entwicklungssog einbezogene europäische Freihandelssysteme darstellt. Auch die Schweiz ist gemäss diesen weiten Begriffsumgrenzungen in den europäischen Integrationsprozess hineingestellt.

7 Vgl. etwa DIETRICH SCHINOLER, Das Endziel der europäischen Integration, in: Gedenkschrift für Max Imboden, Basel/ Sturlegarr 1972, S. 335 ff. (zit., Endziel); ders., Der Zusammenschluss der Schweiz zum Bundesstaat und die Einigung Europas, in: Europa - Besinnung und Hoffnung, Zürich / Erlenbach 1957, S.203ff. Im Hinblick auf die Schweiz: ders., Mögliche Auswirkungen eines allfälligen Beitritts, in: Horizont 92 - Die Schweiz im Zeichen der EG (Jahrbuch 1988/89 der Neuen Helvetischen Gesellschaft), Aarau / Frankfurt a.M. / Sulzburg 1988, S. 39 ff.; ders., Die Schweiz und die Europäische Integration - völkerrechtliche und staatsrechtliche Aspekte, in: Die Schweiz und die Europäische Integration, Zürich 1968, S. 73 ff.

8 Vgl. sodann CLAUDIUS ALDERS, Koordination und Integration als Rechtsprinzipien, Brüssel 1964, S. 3 ff.

9 Vgl. PIERRE PISCATOIRE, Synthèse et notes documentaires, in: L'avenir du libre-échange européen - 4e séminaire de droit international et de droit européen 1988 (Maschinenschrift, z. Zt., im Druck, zit. libre-échange), S. 5, mit seinem Hinweis auf die erstmalige Verwendung des Begriffs «Integration» in Art. XXIV Ziff. -1 GATr.

Die - Schweiz: - inmitten Europas herausgewachsen aus einem systemlosen Bündel oartikularer Bündnisverträge und gegen aussen seit langem abgesichert durch eine kontinuierlich aufgebaute, defensive «Vormauer-» und Neutralitätspolitik - hat 1815 inlässlich des *Wiener Kongresses* ihre jetzige territoriale Gestalt und 1848 ihre politische denirär als souveräner, bundesstaatlich strukturierter Nationalstaat erlangt. Heute rehr sie - in Umkehr ihrer bisherigen historischen Entwicklung - vor der für ihr xilitisches Selbstverständnis vitalen Herausforderung einer aktiven «bündnispolitischen» Öffnung und vorsichtigen Eingliederung in die europäischen Einigungsbestrebungen. Sie ist - um hier nur die wichtigsten Marksteine der Entwicklung zu nennen - nach langer, neutralitätspolitisch bedingter Zurückhaltung 1963 dem Europarat beigetreten. Bereits 1960 hatte sie, nach der im Römer Vertrag von 1957 erfolgten Gründung der EWG und dem Scheitern von Plänen zur Errichtung einer gesamteuropäischen Wirtschaftsunion, zusammen mit sechs anderen Staaten in der *Stockholmer Konvention* die *EFTA* ins Leben gerufen. Diese internationale Organisation, die im Gegensatz zur EWG mit keinen supranationalen Entscheidungsmechanismen und -rechtsharmonisierungskompetenzen ausgestattet ist, hat zum Ziel, im Innern den Handel mit Industrieprodukten (ohne landwirtschaftliche Erzeugnisse) zu liberalisieren (Abschaffung von Zöllen, mengenmässigen Beschränkungen und je Massnahmen gleicher Wirkung), und wurde gegen aussen darauf angelegt, eine wirtschaftspolitische Spaltung Westeuropas zu vermeiden.¹² Als sich dann in der Folge Beitrittsbestrebungen Grossbritanniens, Irlands, Dänemarks und Norwegens zur Europäischen Gemeinschaft abzeichneten, schlossen die Schweiz und die anderen Resc-EFTA-Mitglieder gestützt auf das ihnen 1969 am Haager EG-Gipfel in Aussicht gestellte Angebot der Schaffung «besonderer Beziehungen» 1972 mit der EWG je bilaterale *Handelsabkommen*.¹⁴ Diese Verträge waren im wesentlichen dazu bestimmt, die im Rahmen der EFTA geltende Freihandelsordnung auf das Verhältnis ihrer Mitglieder zur Europäischen Gemeinschaft zu übertragen und durch Gemischte Ausschüsse institutionell abzusichern. Klar lag dem hiermit errichteten gesamteuropäischen Handelsabkommen laut der Präambel der Abkommen die Idee zugrunde, im Sinne eines Brückenschlages «anlässlich der Erweiterung der Europäischen Wirtschaftsge-

) StZ u. 632.31.

Hierzu JEAN PIERRE DuBois/ B. HURNI (Hrsg.), *L'AELE d'hier et demain - EFTA from Yesterday to Tomorrow*, Geneva 1987; RICHARD SENTI, *EG - EFTA - Binnenmarkt*, Zürich 1989, S.86ff.; FRIEDL WEISS, *The European Free Trade Association after Twenty-five Years*, in: *Yearbook of European Law* 1985, S. 287 ff.

PETER HOLLENWEGER, *Institutionelle und völkerrechtliche Aspekte des Handelsabkommens Schweiz-EWG*, in: *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht* 1973, S. 84.

Norwegen blieb schliesslich der Gemeinschaft fern, nachdem der geplante Beitritt 1972 in einem Referendum abgelehnt wurde.

SR 0.632-401.

rne inschatr die Wirrschaftsbeziehungen» zwischen den Partnern «zu fesri,t;en und auszuwe ir cn» und auf diese Weise «zum Au/bau Europas beizurragen».

Eine dritte, in Ihren Konturen allerdings noch nicht fixierte Etappe im Prozess eines gesamteuropäischen Zusammenrückens stellen heute die Bestrebungen zur Schaffung eines "fluro/iisc!J1" \,(lirIS(J,,:sr"IIIIIt'5" dar J. Es handelt sich hinsichtlich um den Versuch, eine die Europäische Gemeinschaft und die EFTA-Staaten als deren wichtigste Handelspartner verbindende "d)l/(III15cbe II"d bU!logt""P, d. h. die Freihandelspartner in den Prozess zur Verwirklichung des Binnenmarktes einbeziehende wirtschaftliche Gesamtordnung zu schaffen. Ausgangspunkt und Grundlage dieses Vorhabens bilden die sog. LII.\L'II:Jl/rga f,.,kl,i'r;."g 16 vom 9. April 1984. In diesem Dokument versicherten sich die Mitglieder der EFTA- und EG-Staaten sowie Vertreter der EG-Kommission ihren politischen Willen, ihre Zusammenarbeit zu intensivieren, hielten dann aber mit Gellugcuur, gest, dass die den Freihandelspartnern «insgesamt Freihandelsverhältnisse der Welt herbeigeschaffen werden sollen, und verkündeten u. a.:

"C'est pourquoi les ministres SOIHC(iH~IIICU~; de l'importation de nouvelles (iuns pour la cousof idar ion er k renroceruenr de l'coopcrar ion dalis It: but de creer Uli tspace l-C(I)IIII'IUe eUrOpl-l'II dynarn'l'Ul: pro'irahl: il kurs p'VS.)j

Auf der Grundlage dieser in der Öffentlichkeit bekannt gemachten Erklärungen wurde in der Folge ein Prozess in Gang gesetzt, in dessen Verlauf die genannten Ziele auf höchster politischer Ebene in nachdrücklich-feierlicher Form wiederholt und dahingehend präzisiert wurden, dass der zu schaffende "Europäische Wirtschaftsraum" nicht nur einen "d)uIIJiJcJa!», sondern auch einen "JI()IiiJ~:III'Ii~' C/;"r"klrr aufweisen sollte. Auch erstreckte sich der sog. Luxemburger Folgeprozess, überwacht und vorangetrieben, von einer eigenständigen administrativen Infrastruktur, weit über die Handelspolitik hinaus auf grundsätzliche alle Fragen, die Gegenstand des EG-Binnenmarktes sind. Grundlegendes Ziel ist die Sicherung des Anschlusses der Handelsstaaten an die Fortschritte der Europäischen Gemeinschaft ihren Bestrebungen zur Verwirklichung des Binnenmarktes. In diesem Sinne

hierzu j:KON KLi.LLO:IIH(-I':I, Dilan .I. 1.1 mis« r~n plaCt' de la gLInJr' L)H: ck' jibre-t:clul1,t;t: i l<)H'l-l<)HH), in: Lihr-,tchange, a. u. O. iAnm.9), S. I ff.; Bericht (des Bundesrates) über die Stellung; der Sch\~IL IIII ell(O)jisch~II Inte,-r.ti(InsprolISS (Z. Ir. . IIHegr:Jtiunsherichn, B131 1\):) III ,Ioorf.

I' ihgedrllc;r im LurtJ'l-i're:II\ i CH4, ()-,-IC) f.

1 ~ Vgl. d.: Ailfz.iidull,- i n ein gl'meillS,III-I SchluS'v'rKlirullg des Trdl'ells <in EFTA-N[instt'r Ullcl "ine, N[i tsiieds der LG - Komm issi>II in Tarjilt'e V(III \ 1\.) uni I <)HH I l+ullr-r in de prest' de l' ALLE 2 t / OH / Fi und neuesten di" EFTA-Gq.felerKlrlillg von Oslo vorn 1. S.ILirz I c)HC) (teilweise abgedruckt in NZZ vom 17. ILir: 1 c)HC).

charakterisiert der Bundesrat den einheitlichen und dynamischen europäischen Wirtschaftsraum wie folgt:

«Es geht ... darum, soweit als möglich *binnenmarktähnliche Verhältnisse* zu schaffen, wo die vier Freiheiten, je nach den spezifischen Voraussetzungen und Interessenlagen aller Beteiligten, in abgestuftem Mass verwirklicht werden können. Anzustreben ist ein grösstmögliches Mass an *Parallelität* im Ausbau des EG-Binnenmarktes einerseits und der Vertiefung der Beziehungen zwischen der Gemeinschaft und den EFTA-Ländern andererseits ... Damit soll verhindert werden, dass die Vollendung des EG-Binnenmarktes zur Entstehung neuer Hindernisse und Diskriminierungen in den westeuropäischen Wirtschaftsbeziehungen führt.»¹¹

3. «Europaverträgliche» Rechtsgestaltung als Leitvorsstellung der schweizerischen Integrationspolitik

Die Schweiz verfolgt europapolitisch einen aktiven, traditionell pragmatischen Kurs. Es ging ihr bisher vor allem darum, auf der Grundlage wie auch ausserhalb des Freihandelsabkommens ihre Beziehung zur Europäischen Gemeinschaft sukzessive vertraglich zu vertiefen. In Übereinstimmung mit dem auf multilateraler Ebene entstehenden Modell eines EG- und EFTA-Staaten umschliessenden «dynamischen und homogenen Europäischen Wirtschaftsraumes» hat sie eine Integrationspolitik entwickelt, als deren Kern sich - schlagwortartig und plakativ - der Gedanke der *"L'Ilrurcll'ertrdglichkeit"* herauschälen liess: das in und für die Schweiz geltende Recht soll in den einschlägigen Bereichen so gestaltet und gehandhabt werden, dass es den Integrationsentwicklungen des Gemeinschaftsrechts bestmöglich entspricht. Es sei im folgenden der Versuch unternommen zu untersuchen, ob und inwiefern sich auf der Ebene des Freihandelsabkommens und des nationalen Rechts das Prinzip der Europaverträglichkeit als konstruktiv für die Fortentwicklung des Rechts erweist und ob sich ihm vielleicht sogar in vertretbarer Weise aussagekräftige, brauchbare Kriterien für Verständnis und Auslegung des geltenden Rechts entnehmen lassen. Sein Standort wird letztlich im wesentlichen in der «lex ferenda» anzusiedeln sein, doch wird es wohl auch in die «lex lata» ausstrahlen. Mit der Abstempelung als blosse politische Maxime oder rechtlich unbedeutsame Absichtserklärung ist praktisch jedenfalls nicht viel gewonnen. Die nachfolgenden Ausführungen gehen provokativ-pointriert von der Erwartungshaltung oder vom Vorverständnis¹⁹ aus, dass wir es mit einem rechtlich greifbaren und rechtspolitisch wie auch positivrechtlich bedeutsamen Formprinzip zu tun haben.

¹¹ Integrationsbericht, a. a. O. (Anm. 15), S. 30.

¹⁹ Zur Problemsstellung: JOSEF ESSELI, Vorverständnis und Methodenwahl In der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970, S. 133 ff.

II. *Dynamisches Verständnis des Freihandelsabkommens?*

Die Schweiz ist Mitglied der Europäischen Gemeinschaft durch ein Netz von weit mehr als 100 völkerrechtlichen Verträgen verbunden. Im Zentrum dieser Rechtsbeziehungen steht das Freihandelsabkommen von 1972. Es fragt sich nun unter der Perspektive einer «europavertraglichen» Rechtsbehandlung, ob und inwiefern dieses Abkommen allenfalls als «dynamisches» Instrument verstanden werden kann, das gleichsam aus sich selbst heraus die gewünschten Anpassungen an die Integrationsfortschritte der Gemeinschaft, -es rascher oder gewöhnlicher. Würde also - so die Problemstellung zwischen den Vertragspartnern - eine flexibel, evolutionär auf die jeweiligen integrationspolitischen Entwicklungen reagierende Rechtsgrundlage geschaffen oder, im Gegenteil, ein relativ statischer, nur rechtlich - d. h. auf dem Wege des förmlichen Vertragsschlusses - zu erweiternder Ergänzung fähig? Die andere Frage ist, ob, in welcher Form und in welchem Masse, Freihandelsabkommen Spielräume enthalten, die bei der Konkretisierung oder Anwendung durch die innerstaatlichen Behörden vermehrt im Sinne einer effektiven, mit den Zielsetzungen der schweizerischen Integrationspolitik orientierten Weise ausgeschöpft werden könnten: es geht hier vor allem um die neuartige Frage nach der Aufgabe und Rolle der "Dritten Gewalt" als unmittelbares Vullzugs- und EJ (scheidung-, organell des Völkerrechts, wie sie heute angesichts der zunehmenden Verflechtungs- und der Organisationsrendenzen der internationalen Gemeinschaft gilt); II. 1. c. II an 13. edulullg gewinne

1. Frage des völkerrechtlichen Geltungsbereichs

ai Grundsatz(zilhes)

Das Freihandelsabkommen ist Teil der «gründlichen Lösung», mit der nach der Konzeption der EG-Gipfelkonferenz von 1967 in Den Haag die Aufnahme Crossbritannien, Irlands, Danemarks und Norwegens in die damalige Stahlgemeinschaft und die Verhältnisse der Gemeinschaft (zu den nicht beizutretenden EFTA-Staaten geschildert) geregelt werden sollten. Dabei handelte es sich bei der schliesslich mit den EFTA-Staaten vereinbarten Ordnung um eine *„interimistische“* eher *„letztinständige“* Lösung, die allenfalls hinreichend den damaligen und früheren Verhältnissen der Schweiz zurückblieb. In den Jahren 1961/62 nämlich hatte die Schweiz, zusammen mit anderen EFTA-Staaten, einen Versuch, in der Folge dann wegen des Scheiterns des britischen Beitrittsversuchs an die EG unternommen

-v Allilscung (S. III r. III 11 ar 1 :>~) im III ct'gra"un"Jtriel". .i. u. O. (Ann. 15), S. +11 ff. 21 f-
IO.LLN\w\CI:II. .i.:i.O. (Ann. 12). S. (2.

- UQd zwar in Form eines Assoziationsgesuchs im Sinne von Art. 238 EWGV, das an das Gemeinschaftsrecht in seiner Gesamtheit anknüpfte und auch ein institutionelles Mitwirkungsrecht im Rahmen eines Assoziationsvertrages vorsah.²² Entsprechend gab der Bundesrat 1970 in seiner Eröffnungserklärung zu einer zweiten Verhandlungsrunde seinen Willen zu erkennen, einen Ausbau der bestehenden Beziehungen auch «über den Warenverkehr» hinaus z. B. auf die Gebiete der Dienstleistungen, Niederlassung, technischen Handelshemmnisse, Heilmittelgesetzgebung und Versicherungen zu erkunden, und er erwartete, dass der Schweiz entsprechend den von ihr einzugehenden Verpflichtungen auch eine «gestaltende Mitwirkung» eingeräumt werde.²³ Entgegen diesen weit gespannten Annäherungsvorstellungen ist dann aber [1972 lediglich ein auf Art. 113 EWGV abgestütztes *Handelsabkommen* erzielt worden. Dieses knüpfte nur an eine einzige der vier Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts, nämlich die Freiheit des Warenverkehrs, an und begnügte sich im wesentlichen mit Anordnungen über den Abbau von Handelshemmnissen für industrielle Erzeugnisse. Auch keine Verpflichtungen zur Rechtsharmonisierung oder gemeinsame Entscheidungsmechanismen, wie sie für das Gemeinschaftsrecht typisch sind. Eine über die Freihandelslösung hinausgehende Vertragskonzeption liess sich aus Termingründen (Absicht eines gleichzeitigen Inkrafttretens mit den erwähnten Beitrittsverträgen), wegen der Ungewissheit über die weitere Fortgestaltung des Gemeinschaftsrechts (Projekt einer «zweiten Generation» von Gemeinschaftsaufgaben) und auch mangels eines weitergehenden Bindungswillens vor allem auf Seite der zuständigen EG-Organen seinerzeit nicht verwirklichen.

Könnte nun aber - so lässt sich angesichts der heutigen Bedürfnisse der Schweiz nach Annäherung an die Gemeinschaft fragen - nicht der Srandpunkt vertreten werden, das Freihandelsabkommen sei als solches auf den Wandel hin angelegt; es könne aus dieser Grundkonzeption heraus so ausgelegt werden, dass es gleichsam im Gleichschritt die Integrationsfortschritte des Gemeinschaftsrechts stütz- und mitvollziehe oder zumindest mitreflektiere? Handelt es sich bei der vereinbarten Regelung allenfalls um ein unfertiges, offenes Gebilde, das anlässlich seines Abschlusses gleichsam in den Strömungen des Lebens hinausgesprochen wurde, damit es dann in Anpassung an die Änderungen der dem Vertrag zu Grunde liegenden Umstände seine jeweilige Gestalt flexibel finde?

Eine derartige «*dynamische*» Methode des Rechtsverständnisses ist durchaus nicht aus der Luft gegriffen. Sie hat in jüngster Zeit in den verschiedensten Rechtsgebieten zusehends Anerkennung gefunden. So sind wir es uns etwa innerstaatlich im Bereich des

²² WILLY ZELLE, Kommentar Entwicklungshilfsverträge (2. Aufl., Kommentar), in: HANS-JOACHIM MEYER/MAHSLIUS u. a. (Hrsg.), *Abkommen Schweiz-EWG*, Kommentar (Loseblattausgabe), Zürich, S. 23. ²³ MAXIMILIAN JÄGER, Die sog. Entwicklungsklausel in den Abkommen der EWG mit den Rest-EFTA-Staaten, insbesondere der Schweiz, in: *Aussenwirtschaft* 1972, S. 323 ff.

Verfassungsrechts gewohnt, von «Verfassungswandel» : «ungeschriebenem Verfassungsrecht» oder einer «schöpferischen Verfassungsjudikatur» zu sprechen. Auf inremarionaler Ebene etwa wurde die eine Art «Nebenverfassung»²⁴ darstellende Europäische Menschenrechtskonvention vom Strassburger Gerichtshof als «living instrument» charakterisiert, das «in the light of present day conditions» zu verstehen und zu handhaben sei²⁵. Und die im vorliegenden Zusammenhang besonders naheliegenden Gründungsverträge der Europäischen Gemeinschaften erscheinen wohl als der eigentliche Paradefall eines dynamischen Vertragswerks, ja geradezu einer auf ständig fortschreitende Integration hin angelegten «Wandelverfassung» (HANS PETER IpsEN), deren Ziele vom Europäischen Gerichtshof konsequent und nötigenfalls sogar über den Wortlaut des Gemeinschaftsrechts hinaus durchgesetzt werden²⁶. Ist auch das Freihandelsabkommen in die Zeit und den Wandel gestellt? Erlaubt es eine elastische Anpassung an die Entwicklung des EG-Integrationsrechts?

b) Entwicklungsklausel als Sperre einer autonomen Fortentwicklung

Eine genaue Analyse des Freihandelsabkommens scheint die Hypothese einer dynamischen Grundkonzeption des Vertrages nicht zu bestätigen. Sie gebietet vielmehr eine restriktive Einschätzung seines sachlichen Geltungsbereichs. Auf einen solchen Grundcharakter deutet bereits die *Gesamtstudie zur Abkommen/S* hin: es handelt sich um einen (bilateralen) völkerrechtlichen Vertrag ohne einen selbständigen institutionellen «Überbau», der wie im Gemeinschaftsrecht mit verbindlichen Mitteln eine Fortgestaltung des Rechts in die Wege zu leiten oder sicherzustellen vermöchte. Sodann bringt die *Präambel* zwar den Wunsch zum Ausdruck, «die Wirtschaftsbeziehungen zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu festigen und auszuweiten» und - so eine Anspielung auf die entsprechende Klausel in der Präambel des EWG-Vertrages - «zum Aufbau Europas beizutragen»; sie macht aber klar, dass eine solche weitere Verfestigung der Rechtsbeziehungen nach dem Willen der Vertragspartner grundsätzlich ausserhalb des vorliegenden Abkommens, also durch den Abschluss weiterer Verträge, erfolgen soll²⁷.

²⁴ So CHRISTIAN TOMUSCHAT, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, in:

Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 36, 1974, S. 5².

²⁵ Fall *Tyrer*, Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 25. April 1978, Serie A.

Band 26, S. 15 § 31. Vgl. hierzu DANIEL THÜHEIL, Neuere Entwicklungen im Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZfV 1978, S. 101 ff.

²⁶ Hierzu etwa AUGUST BLECKMANN, Teleologie und dynamische Auslegung des Gemeinschaftsrechts, in: Europarecht 1978, S. 101 ff.

²⁷ Nach der Präambel erklären sich die Parteien bereit, "unter Berücksichtigung aller Beurteilungselemente, insbesondere der Entwicklung der Gemeinschaft, die Möglichkeit eines Ausbaus und einer Vertiefung ihrer Beziehungen zu prüfen, wenn deren Ausdehnung auf Bereiche, die nicht unter dieses Abkommen fallen, im Interesse ihrer Volkswirtschaften nützlich erscheinen sollte."

Entscheidend für eine zurückhaltende, statische Beurteilung der Vertragskonzeption ist aber - so paradox dies scheinen mag - die in Art. 32 FHA verankerte *L'Jlrvicklrmgskf'IIIseI*. Diese Vorschrift lautet:

«(r) Ist eine Vertragspartei der Auffassung, dass der Ausbau der durch dieses Abkommen geschaffenen Beziehungen durch ihre Ausdehnung auf Bereiche, die nicht unter dieses Abkommen fallen, im Interesse der Volkswirtschaften beider Parteien nützlich wäre, so unterbreitet sie der anderen Vertragspartei einen Antrag mit Begründung.

Die Vertragsparteien können dem Gemischten Ausschuss die Prüfung dieses Antrags und gegebenenfalls die Ausarbeitung von Empfehlungen, insbesondere zur Einleitung von Vertragsverhandlungen, übertragen.

(2) Die Übereinkünfte, die aus den in Absatz 1 genannten Verhandlungen hervorgehen, bedürfen der Ratifizierung oder Genehmigung durch die Vertragsparteien nach ihren eigenen Verfahren.»

Diese Bestimmung setzt nun einem «*dynamischen*» *Vertragsverständnis* offensichtlich *Grenzen*. Sie steht einer die Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts automatisch einbeziehenden «*Parallelauslegung*» des Abkommens entgegen. Vielmehr scheint sie dessen sachlichen Geltungsrahmen, wie er seinerzeit von den Parteien als Ergebnis der Vertragsverhandlungen festgelegt wurde, im wesentlichen zu fixieren und gegen eine dynamische Verselbständigung auf dem Auslegungsweg zu schützen, wenn sie ausdrücklich vorschreibt, dass eine Ausdehnung der Regelung auf neue Gebiete durch Abschluss neuer völkerrechtlicher Verträge zu geschehen habe. Ja sie präzisiert möglicherweise auf Grund von referendurnspolirischen Rücksichten der Schweiz - sogar erschwerend, dass diese Verträge nach dem ordentlichen innerstaatlichen Verfahren abzuschliessen seien, blosser Inerprationsvereinbarungen der; Verwaltungsbehörden oder Regierungsabkommen also grundsätzlich nicht genügen. Die Entwicklungsklausel dient demnach - in Abweichung von einer landläufigen Meinung - nicht als Basis, um das Abkommen aus sich selbst heraus fortzuentwickeln, sondern sie verweist für die Ausweitung des Regelungsgehalts vielmehr auf eine ausserhalb des Abkommens zu schaffende neue Rechtsgrundlage. Entgegen den mit dem Evolurivarrikel häufig verbundenen Hoffnungen oder Befürchtungen verleiht sie den politischen Behörden keine Blankovollmacht zur selbständigen Anpassung des Freihandelsrechts an die Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts.

Abgesehen von ihrer Funktion als Indiz für eine eher restriktive, statische Vertragskonzeption hat die Entwicklungsklausel nur eine sehr *beschränkte materielle Tragweite*. Inhaltlich erschöpft sie sich - ausser der materiell kaum aussagekräftigen Anordnung, wonach die neu zu erschliessenden Bereiche «im Interesse der Volkswirtschaften beider Parteien nützlich» sein sollen, - im wesentlichen in einer *Verpflichtung*.

gelrmg^{2H}• Dabei hält sie, ohne etwa ein rechtsverbindliches «pactum de contrahendo» zu begründen, lediglich die ohnehin jederzeit gegebene Möglichkeit des Abschlusses weiterer Verträge: fest, wobei in diesem Zusammenhang allerdings eine Prüfungs- und Ernpfehlungskornperenz des Gemischten Ausschusses begründet wird. Sie: fand seinerzeit wohl auf Grund von verhandlungsrukt ischen Überlegungen des EGMinisterrates Eingang ins Abkommen, nachdem weiterreichende Verragsvorstellungen der Schweiz von der EG-Kommission klar zurückgewiesen worden waren 2Y. Praktisch kann gesagt werden, dass die missverständlich als «Entwicklungsklausel» bezeichnete Vertragsbestimmung nicht viel mehr als eine strandige politische Verhandlungsbereitschaft der Parteien signalisiert". Es lässt sich in der Tat wohl kein Verragsvorhaben denken, das bei einem entsprechenden politischen Willen nicht ohne Entwicklungsklausel ebenso gut zustande kommen könnte .M.

Insgesamt ist als Zwischenbefund festzuhalten, dass der Gedanke einer im Sinne der «Europaverträglichkeir» *extensiven Amlegul/g der viilkem:chtlich!!! Geltaugsgrenzen des Freihandelsableommeus* bei näherem Hinsehen *kaum vertretbar* ist. Das Abkommen scheint insoweit von den Partnern vielmehr in klassischer Weise dazu eingesetzt worden zu sein, in ihren gegenseitigen Beziehungen eine feste rechtliche, verlässliche und dauerhafte Ordnung zu schaffen.

2. Die Crux: Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit

Eine grundsätzlich andere Frage ist, ob und inwiefern das Freihandelsabkommen nicht im Rahmen seiner beschränkten völkerrechtlichen Trag- und Geltungsweire auf innersaarlicher Ebene vermehrt ausgeschöpft und effektiv in dem Sinne gehandhabt werden könnte, dass es eine optimale Harmonie des in der Schweiz geltenden Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht gewährleistet. Gewiss sind auch in dieser Hinsicht *überspanure Eru-artnngen febl am Pl,l/ze*. So haben das Schweizerische Bundesgericht und der Europäische Gerichtshof übereinstimmend festgehalten, es dürfe angesichts der grundlegenden Unterschiede in Zielsetzung, Natur, Sysrern und Instrumentierung der beiden Vertragswerke selbst bei gleichlautenden Vorschriften nicht einfach die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf die Freihandelsverträge überrra-

2H WILLY ZELI.I.II, Die S(hw-i, in der europuischen Frerhundelsorclnunj; - Kommentar zum Abkommen

mir den liurop.uschen G~meinsch"hl'n, Zürich 1 <)72, S . jH ff. 2<) XGEH,

a.a.O. (Anm. 2.'1), S .. Boff.

30 ZELLEH, Kommentar (Anm. 22), S. 7.

31 Näheres bei IIANS-)OACIIM MnTH-MAItSII.IIIS, Die Schweiz im Europa der \lOer Jahre, Zürich l<)HH, S . \ llr

gen werden³². Die Gemeinschaftsjudikatur kann zwar als Ausgangspunkt und Hintergrund herangezogen werden, doch muss der Sinn jeder Abkommensbestimmung als Teil der Freihandelsregelung letztlich eigenständig bestimmt werden.

Die Frage der *Auslegung und Konkretisierung der einzelnen Regelungen der Freihandelsabkommen* beschäftigte bisher aber die innerstaatlichen Behörden und vor allem die Gerichte der einzelnen Freihandelspartner der Europäischen Gemeinschaft höchstens am Rande. Denn im Rahmen der dualistisch konzipierten Rechtsordnungen Islands, Finnlands, Norwegens und Schwedens besitzen völkerrechtliche Verträge keine innerstaatliche Geltung, und in der Schweiz wie auch in Österreich haben die obersten Gerichte den Freihandelsabkommen rundweg die *unmittelbare Anwendbarkeit abgesprochen*³³. Die zentrale, hart umstrittene - insgesamt aber wohl mehr grundsätzlich als praktisch bedeutsame³⁴ - Frage ist für uns daher zurzeit, ob es in der Tat richtig sei, die vereinbarten Regelungen generell als für Richter und Verwaltungsbehörden zu wenig klare und damit ungeeignete Entscheidungsgrundlage zu bezeichnen, die Freihandelsverträge also insgesamt als eine nicht direkt wirksame und lediglich an die politischen Behörden zur weiteren Ausgestaltung gerichtete Ordnung zu qualifizieren³⁵. Bekanntlich hat der Europäische Gerichtshof seit Beginn seiner Rechtsprechung die unmittelbare Anwendbarkeit von (primärem und sekundärem) Gemeinschaftsrecht in ausserordentlich grossem Umfang anerkannt³⁶; er war der Auffassung, dass die Befugnis der Einzelpersonen oder Unternehmen, sich bei der Verfolgung ihrer jeweiligen privaten Interessen vor den nationalen Behörden und - bei Vorliegen der erforderlichen prozessualen Voraussetzungen - auch vor dem Europäischen Gerichtshof unmittelbar auf das Gemeinschaftsrecht zu berufen, entscheidend zur Akzeptanz, Festlegung und zum Ausbau der Gemeinschaftsrechtsordnung beitrage. Solche nicht entsprechend auch in der Schweiz das Freihandelsabkommen vermehrt zum Tragen gebracht werden, indem seine Bestimmungen unbefangene und in dem für die

³² Vgl. BGE 104 IV 175 (Adams); BGE 105 II 49 (OMa); Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 9. Februar 1982 im Fall Polydor, Sig. 1982, S. 329; Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 26. Oktober 1982 im Fall Kupferberg, Sig. 1982, S. 394¹.

³³ Näheres bei PESCATORE, a.a.O. (Anm. 9), S. 11 f., 23 f.

³⁴ Vgl. ROBERT PATRY, *Le juge suisse face au libre-échange européen*, 10: *Libre-échange*, a.u.O., (Anm. 9), S. 9.

³⁵ Zum Problem der unmittelbaren Anwendbarkeit ARNOLD KOLLEH, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*, Bern 1971; ALBERT BLECKMANN, *Die unmittelbare Anwendbarkeit der Freihandelsabkommen mit den EFTA-Staaten im Rechtsraum der EWG*, in: IANSGUJIT; KOPPENSTEINER (Hrsg.), *Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten*, Wien 1987, S. 35 ff.; W ALDEMAN HUMMEL, *Reichweite und Grenzen unmittelbarer Anwendbarkeit der Freihandelsabkommen*, in: KOPPENSTEINER, a.a.O., S. 43 ff.

³⁶ Näheres bei B. BEUTLER/R. BIEHEN/J. PIPKORN/J. STNEIL, *Die Europäische Gemeinschaft - Rechtsordnung und Politik*, 3. Aufl., Baden-Baden 1987, S. 225¹.

bundesgerichtliche Rechtsprechung im grossen und ganzen wohl kennzeichnenden Geiste der internationalen Aufgeschlossenheit" je auf ihre Direktwirkung hin überprüft werden?

Zu dieser Frage liegen, wie bekannt", auf der Seire der *Gemeinschaft* und der *Schweiz divergierende Rechtsprechungen* vor. Das Bundesgericht hat im Fall *Adams* „9 Art. 23 FHA (private Wettbewerbsbeschränkungen) die unmittelbare Anwendbarkeit abgesprochen und im Fall 0A/10.¹⁰ - ohne dass diese ausholende Beurteilung zur Begründung des Entscheides notwendig gewesen wäre - in bezug auf Art. 13 FHA (Massnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen) kategorisch festgehalten:

«Diese Vorschriften richten sich an den Gesetzgeber und an die Verwaltung. Dass sie Rechte und Pflichten begründen würden, welche der schweizerische Richter in einem Entscheid über eine zivilrechtliche Streitigkeit zu beachten hätte, ist ihnen nicht zu entnehmen.»

Der Europäische Gerichtshof bestätigte im gleichgelagerten Fall *Polydor*" in Anwendung der entsprechenden Bestimmung des (damals bestehenden) portugiesischen Abkommens der Sache nach den OMa-Entscheid, ohne sich aber zur Frage der Direktwirkung auszusprechen. Im Fall *K"pjerberg*⁴² bejahte er dann aber auf Grund einer eingehenden rechtlichen Analyse die unmittelbare Anwendbarkeit der dem Art. 18 FHA (Fiskalzölle) entsprechenden Regelung des genannten Portugalabkommens. Im Fall *Chalait*⁴³ bezeichnete er beiläufig und in einer Detailfrage Art. 13 FHA und im Fall *Les Rapides Saoyards t*" eine im Protokoll Nr. 3 zum Freihandelsabkommen enthaltene Ursprungsregelung als direkt wirksam; die in diesem Urteil vorgenommene Qualifizierung wurde dann vom Bundesgericht als solche übernommen .15.

Es ist also festzuhalten, dass die Rechtsprechungen der obersten Gerichte beider Verragsreile bisher zwar noch nicht ausdrücklich in bezug auf einzelne Abkommensbestimmungen und Rechtsfragen, aber doch *der Tendenz nach auseinanderlaufen*. Die

37 MAIHO KIIONAIEII, Die Auslegung von Svuarsverrugen durch das Schweizerische Bundesgericht , Zürich 1972, S. 109.

38 Vgl. etwa MAIUNO BALDI, Das Verbot der Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Einfuhrbeschränkungen in den Freihandelsabkommen EFTA-Staaten - EWG, in: KOPI'ENSTEINEH, a.a.O. (Anm. 35), S. 159 ff.; ders., Zur Rechtsnatur des Freihandelsabkommens Schweiz/EWG, in:

Wirtschaft und Recht 1984, S. 83 ff. ;)URG Bonsu. Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Einfuhrbeschränkungen im Freihandelsabkommen Schweiz-Ew G, Bern 1988, S. 128 ff.

.>Y Anm. V.

40 Anm.32. 41

Anm-3². 42

Anm-3².

43 Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 24. April 1980, Slg , 1980, S. 1345. 44 Urteil des

Europäischen Gerichtshofes vom 12. Juli 1984, Slg . 1984, S. 3105. 45 BGE 112 Ib 183.

Folge ist etwa, dass ein Importunternehmen eine gute Chance besitzt, vor einem nationalen Gericht eines EG-Landes oder dem Europäischen Gerichtshof erfolgreich geltend zu machen, die Einfuhr einer Ware in den Gemeinschaftsraum sei in vertragswidriger Weise gehemmt oder verboten worden, während es im umgekehrten Fall damit rechnen muss, dass ihm die fehlende unmittelbare Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens entgegengehalten wird. Mit Besorgnis haben der Bundesrat und die obersten für die auswärtigen Beziehungen verantwortlichen Verwaltungsbehörden des Bundes die Disparität der Rechtsprechungen und, damit verbunden, den Mangel an Reziprozität der Vertragswirkungen im Rechtsbereich der Vertragspartner registriert⁴⁶. Wie hätte nun in dieser Situation das Bundesgericht in einem erneut an es herangecragenen Freihandelsfall vorzugehen? Verspricht hier das Argument der «europaverträglichen» Rechtshandhabung Abhilfe? Drei völkerrechtliche und damit verbundene grundsätzliche Überlegungen müssen in dem hier gegebenen Rahmen genügen.

Als Ausgangspunkt und Grundlage ist, *erstens*, bei jeder Würdigung davon auszugehen, dass das Freihandelsabkommen ein *völkerrechtlicher Vertrag* ist, dass es als solcher sowohl in der Schweiz wie auch in der Europäischen Gemeinschaft und in ihren Mitgliedstaaten *unmittelbare Geltung*⁴⁷ besitzt und dass es in beiden Rechtsbereichen nach den *gemeinsamen Regeln und Prinzipien des Völkerrechts* auszulegen ist⁴⁸. Die Gerichte und Verwaltungsbehörden beider Vertragspartner üben insofern eine völkerrechtliche Rechtsfindungsfunktion aus. Dabei verfügen die in der Sache letztinstanzlich zuständigen Behörden angesichts des Fehlens eines mit Entscheidungsbefugnissen ausgestatteten internationalen Rechtsprechungsorgans je über die oberste Auslegungszuständigkeit. Da sie denselben Vertrag anzuwenden haben, sollen sie aber eine einheitliche Judikatur entwickeln. Sie sollen idealiter so entscheiden, wie wenn sie den Fall aus der übergeordneten, unparteilichen und neutralen Warte eines internationalen Gerichts zu beurteilen hätten. Nun aber kennen die hier in Frage stehenden Freihandelsordnungen im Gegensatz zu den Einzelstaaten und der Europäischen Gemeinschaft keine die Rechtseinheit tatsächlich sicherstellende pyramidenförmige Gerichtsorganisation, und es ist daher rechtlich nicht zu vermeiden, dass - wie hier

⁴⁶ Vgl. Integrationsbericht, a.a.O. (Anm. 15), S. 346f.; FRANZ BLANKA/T, Droit politique dans les relations entre la Suisse et la Communauté, in: *Libre-échange*, a.a.O. (Anm. 9), S. 8f.

⁴⁷ Vgl. Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 30. April 1974 im Fall Haegemann, Slg. 1974, S. 449; Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 10. März 1983 im Fall SIOT, Slg., 1983, S. 7) 1.

⁴⁸ Zur Vertragsauslegung im Völkerrecht vgl. etwa RUDOLF BELT/NHAltDT, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, Köln/Berlin 1963; HEIJBERT-FltANZ KÖCK, Vertragsinterpretation und Vertragsrechtskonvention, Berlin 1976; die Referate von GEOItG ROSS und CHJtSTOPH SCHJtEUElt, Wechselwirkungen zwischen Völkerrecht und Verfassung bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heidelberg 19112, S. 7 ff., 61 ff.

geschehen - beide Vertragsparteien im Rahmen der ihnen zustehenden «marge d'appréciation» -ly je vertretbare, aber divergierende Rechtsprechungen schaffen. Solche Widersprüche sollten aber - als Akt der loyalen Vertragspraxis - auf dem Koordinationsweg verhindert oder beseitigt werden. In diesem Sinne hätte das Bundesgericht in dem hier angenommenen Fall die einschlägige Rechtsprechung des Vertragspartners unbefangenen und sorgfältig auf ihre innere Richtigkeit und Stichhaltigkeit hin zu prüfen, wie es auch bisher immer wieder die Vertragspraxis anderer Staaten herangezogen und gewürdigt hat⁴⁹, wobei selbstverständlich angesichts der Gleichstellung der Vertragspartner in keiner Weise von einer Vorrangstellung der Erkenntnis des Europäischen Gerichtshofes auszugehen wäre. Nachdem nun aber mit dem Entscheid *Kupferberg* auf Gemeinschaftsebene ein wohl begründetes Präjudiz vorliegt, dürfte vom Bundesgericht wohl erwartet werden, dass es eine abweichende Rechtsprechung eingehend begründet. Es trägt gleichsam die *Argumentationslast* für die Richtigkeit und Überzeugungskraft einer von ihm allenfalls vertretenen Differenz zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes.

In materieller Hinsicht liessen sich, *Wohlwollen*, durchaus vorzuziehende Gründe für eine:

Anpassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an die Gemeinschaftsjudikatur finden. Im Vordergrund scheinen dabei die seit Vertragsabschluss im gegenseitigen Verhältnis der beiden westeuropäischen Integrationsysteme eingetretenen politischen Neuorientierungen zu stehen. Wie erwähnt⁵², setzte sich nämlich in der *Leitlinienrichtlinie vom 1984* und dem von ihr eingeleiteten Folgeprozess in zwar noch nicht umfassend definierter Form, aber mit dennoch klarer Zielrichtung zusehends das integrationspolitische Konzept der Schaffung eines *homogenen und dynamischen westeuropäischen Wirtschaftsraums* durch. Die Verwirklichung dieses Zieles wurde wiederholt, kraftvoll und nachdrücklich auf der höchsten politischen Ebene, nämlich von den Ministern der EG- und EFTA-Staaten sowie der Europäischen Gemeinschaft, in aller Form gefordert⁵³. Der hier gesetzte Standard darf aber, wie ich meine, auch von der Justiz in keiner Weise ignoriert werden. Er sollte, wiewohl den entsprechenden Erklärungen als solchen natürlich keine Rechtsgeltung zukommt, als Beurteilungsgesichtspunkt und Inspirationsquelle des Richters mit in Betracht gezogen werden⁵⁴, so

49 Vgl. RUDOLF BERNHARDT, Zur Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Festschrift für H. Kutscher, Baden-Baden 1981, S. 17ff., insbes. S. 24.

50 Praktische Vorschläge bei OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Les divergences de jurisprudence vues de Berne: moyens d'y remédier, in: Libre-échange, a.a.O. (Anm. 9), S. 5 ff.⁵¹ Vgl. etwa BGE 9.- II.-54 ff.

52 Vgl. vom Abschnitt 112.

53 Vorn Anm. 17.

54 DANIEL THÜHER, «Soft Law» - eine neue Form von Völkerrecht?, ZSR IyH5 1, S. 429 ff. (zur. «Soft Law»); Jt-rs., The Role of «Soft Law» in the Actual Process of European Integration, in: Libre-échange, a.a.O. (Anm. 9), S. 7 f. (zur. Actual Process).

wie das schweizerische Bundesgericht ja schon mehrfach in durchaus überzeugender Weise zur Begründung von letztlich auf eine positivrechtliche Grundlage abgestützten Entscheidungen (unverbindliche) Empfehlungen internationaler Organisationen oder noch nicht in Kraft stehende bzw. von der Schweiz noch nicht ratifizierte völkerrechtliche Verträge als zwar nicht rechtsverbindliche, aber doch rechtserhebliche Entscheidungshilfe für die Rechtsprechung mit berücksichtigt hat.⁵⁵ Im vorliegenden Zusammenhang scheint dabei durchaus bedeutsam, dass in den einschlägigen Erklärungen von einem «homogenen» und «dynamischen» Wirtschaftsraums die Rede ist, der wohl ohne einen homogenen, die Rechtsentwicklungen innerhalb der jeweiligen Inregrationssysteme fortlaufend harmonisierenden Rechtsraum nicht denkbar wäre. Dieses Integrationskonzept darf wohl vom innerstaatlichen Richter nach Treu und Glauben nicht einfach als rechtlich belanglos beiseite geschoben werden, nachdem es von der für die Gestaltung der völkerrechtlichen Beziehungen des Landes verfassungsrechtlich primär zuständigen Behörden ausdrücklich angestrebt und mitgetragen wird.⁵⁶ Es wäre, wie mir scheint, durchaus vertretbar, geltend zu machen, dass sich im Luxemburger Folgeprozess zusehends verdichtende Konzept des «einheitlichen und homogenen Europäischen Wirtschaftsraumes» sei als «nachfolgende Praxis» der Vertragsparteien zu qualifizieren, wie sie nach Art. 31 Ziff. 3 lit. b der hier massgeblichen Wiener Vertragsrechtskonvention als eigenständiger und primärer Faktor für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge erscheint.⁵⁷ Die Bezugnahme auf das von der Praxis beider Vertragspartner getragene Leitziel eines «homogenen» Wirtschaftsraumes würde es dem Bundesgericht ohne Zweifel erleichtern, auf die im OMO-Entscheid verwendete, wohl nicht als «ratio decidendi» erscheinende und ihrem Wortlaut nach auf «zivilrechtliche Streitigkeiten» beschränkte Formel zurückzukommen.

⁵⁵ Vgl. etwa BGE 109 Ia 151; 108 Ib 9^o, 411; 109 Ib 207. Sodann: THÜHER, «Sofr Law», a.a.O., (Anm. 54), S. 446 ff. mit weiteren Angaben.

⁵⁶ Diese Frage der richtigen Vertragsauslegung hat mir der Frage der Gewaltentrennung und insbesondere der richterlichen Unabhängigkeit nichts zu tun.

⁵⁷ Vgl. OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Gerichtlicher Prorektionismus: Juristische Fiktion oder politische Herausforderung für den Freihandel in Europa?, in: EFTA-Bulletin 4/1985, S. 8 ff., THÜHER, Actual Process (Anm. 54), S. 7 ff.

⁵⁸ Zur «nachfolgenden Praxis» als einem eigenständigen Auslegungsfaktor vgl. WOLFF AM KARL, Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht, Berlin/Heidelberg, New York/Tokyo 1983, S. 139 ff. Für die hier zur Diskussion gestellte Auslegungsthese müsste der Begriff «nachfolgende Praxis» zugegebenermaßen weit gefasst werden, denn die in Frage stehenden Staatsakte sind nicht unnötig vertragsbezogen und richten sich im wesentlichen auch als Zielvorstellungen in die Zukunft. Eine alternative Grundlage für die Berücksichtigung derartiger Staatsakte könnte in Art. 3² der Konvention mit ihrer nicht abschliessenden Aufzählung subsidiärer Auslegungsmittel erblickt werden. Hierzu KARL, a.a.O., S. 194 f. Zur Bedeutung der nachfolgenden Praxis (der Mitgliederstaaten und der Gemeinschaftsorgane) für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts vgl. ROLAND BIEURI GEORG Röss (Hrsg.), Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 1987.

Schliesslich scheint , *drittens*, die folgende allgemeine Betrachtung bedeutsam zu sein. Die vom Richter im einzelnen vertretenen *Konzepte* sind oft die Folge von *Konzeptionen*, in denen er die übergeordneten Zusammenhänge des Rechtssystems sieht ~9. Rechtliche *Doktrinen* sind oft eng mit der *Gesamtrechtsdogmatik* verknüpft. Dies gilt für die «Ein-Stellung» oder das «Vor-Verständnis» des Richters zum Verhältnis Privatrecht - öffentliches Recht, Bundesrecht - kantonales Recht und viele andere Grundkategorien der Rechtsordnung. Im vorliegenden Zusammenhang scheint es im Grunde genommen um die «paradigmatische» Frage zu gehen, wie der Richter das Verhältnis der Landesrechtsordnung zur internationalen Rechtsordnung siehe. Im OMO-Entscheid stellte das Bundesgericht lakonisch fest, die fraglichen Bestimmungen des Freihandelsabkommens richteten sich «an den schweizerischen Gesetzgeber und die Verwaltung»; dass sie «Rechte und Pflichten begründen würden, welche der schweizerische Richter in einem Entscheid über zivilrechtliche Streitigkeiten zu beachten hätte», sei ihnen nicht zu entnehmen. Aus diesen Worten scheint eine dualistische Grundhaltung in bezug auf das Verhältnis Völkerrecht - Landesrecht durchzuschimmern. Angesichts der enormen Umgestaltungen, wie sie im europäischen und internationalen Rechtsbereich gegenwärtig und in noch vermehrtem Masse für die Zukunft erkennbar sind, fragt sich aber, ob ein solches Selbstverständnis der «Dritten Gewalt» noch angemessen ist. Im Bereiche der Europäischen Menschenrechtskonvention hat sich diesbezüglich eine deutliche Umorientierung angebahnt. Aber auch in bezug auf internationale Rechtsinstanzen, die nicht mit einem eigenen Rechtsdurchsetzungsmechanismus versehen sind, wird sich zusehends zeigen, dass ihre Überwachung nicht mehr allein der Diplomatie und inneren Verwaltung überlassen bleiben kann. Auch die innerstaatliche Gerichtsbarkeit wird insgesamt in zunehmendem Masse in die Rolle eines verantwortlichen Organs und Trägers der internationalen Ordnung hineinwachsen und diese in ihr rechtliches «Weltbild» einbeziehen müssen.

III. «Europafreundlichkeit» als Maxime der innerstaatlichen Rechtssetzung=

Die Schweiz verfolgt, in Übereinstimmung mit der Grundkonzeption des «Einheitlichen Europäischen Wirtschaftsraumes», im Verhältnis zur Europäischen Gemeinschaft einen *mittleren Kurs* zwischen Abseitsstehen und Beitritt: denjenigen einer *aetiien Integrationspolitik*, Eine «autarke» Rechtsgestaltung ohne Rücksicht auf die

59 RONALD DWORKIN. *Law's Empire*, Cambridge (Mass.) 1986, S. 225 ff. Grundsätzlich zur Rolle des Richters MARTIN SCHUBERTH, *Zur richterlichen Rechtsfortbildung*, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 91, S. 166 ff.

60 Der Begriff der «europafreundlichen» Rechtssetzung entspricht dem Iuregarionensbericht, a.u.O. (Anm. 15), S. 510.

InTEGRATIONSentwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, mit der die Schweiz vielfältig verbunden ist, würde nämlich - so die eine Befürchtung - das Land in die Isolation und letztlich in eine faktische Abhängigkeit von der Gemeinschaft treiben, ohne dass es auf deren Gesamr und Wirken einen kompensierenden Einfluss hätte; umgekehrt will die Schweiz für die zurzeit vernünftigerweise überblickbare Zukunft einen Beitritt vermeiden, weil sie dann - wiewohl im Vollbesitz der einem Mitgliedsraar zustehenden institutionellen Mitwirkungsrechte - das gesamte im Zeitpunkt der Aufnahme geltende (primäre und sekundäre) Gemeinschaftsrecht als in der eigenen Rechtsordnung geltendes und sämtlichem nationalen Recht übergeordnetes Recht zu übernehmen hätte, was sich mit dem tradierten schweizerischen Demokratieverständnis nur schwer verträgt. Der dritte Weg der aktiven Integrationspolitik srebr nun danach, die staarl iche Rechtsordnung parallel mit der Rechtsentwicklung der Gemeinschaft, d. h. gegenwärtig vor allem den Massnahmen zur Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes, forrzugesralen. Kerngedanke des Dritten Weges ist die Absicht, das innerstaatliche Recht mit dem Gemeinschaftsrecht kompatibel, also «europaverrräg lich» auszugestalten. Der Bundesrat umschreibt diese Grundthese wie folge:

«Unser Ziel muss es sein, in Bereichen von grenzüberschreitender Bedeutung (und nur dort) eine *griisstmigli c be Vereinbarkeit unserer Re • htsuorschriften mit denjenigen unserer Europaischen Partner zu sichern*» 61.

Wir haben hier, so scheint es, ein Konsrrukt ions- und Formprinzip der Rechrsforrbildung vor uns, das - den Charakter einer rein technischen oder rechtsbereichsspezifischen Maxime weit übersteigend - als *grundlegendes politisches Leitprinzip die schueizeris c be Rechtsordnung in ihrer ganzen Breite erfasst*. Wie lässt sich seine Tragweite näher erfassen?

Gewiss sind zur Klärung vorab zwei einschränkende *G rlllc1prail/issen* hervorzuheben. Erstens bedeutet «europafreundliche» oder «europaverrrägliche» Rechrsrserzung natürlich *nicht Übernahme oder Nachvollzug des Gemeinschaftsrechts*. Die Schweiz, die als Nichtmitglied ihre uneingeschränkte Souveränität und Gesetzgebungshoheit behäl , ist dem Gemeinschaftsrecht in keiner Weise unterworfen. Dieses erscheint für sie nicht als formelle Rechtsquelle , sondern - so der Kerngedanke des «Dritten Weges» - als materielle Inspirationsquelle und Orientierungsfaktor. Dabei wird ausdrückl ich, abgesehen vielleicht von gewissen unpolitischen, technischen Fragen, nicht der «automatische» Nachvollzug des Gemeinschaftsrechts, sondern die Erhaltung der «autonomen», allerdings auf dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts zu sehenden lind auf diese hinzuordnenden Rechrsrserzung angestrebt. Dem Gemeinschaftsrecht

61 Inregrarionsbericht, a.a.O. (Anm. 15), S. 380. Zum Ganzen: FITANZ A. BLANKAHT, Considerur ions sur la pol irique europeenne Je la Suisse, in: Cadmos 38, 1987, S. 22 ff.

käme also in keiner Weise ein formeller «Vorrang», sondern höchstens, je nach dem Dafürhalten des Gesetzgebers, ein «Vorzugs-» oder «Vorbildcharakter» im Vergleich mit weniger «europafreundlichen» Reg:lungsvarianten zu.

Die zweite Prämisse des «Dritten Weges» liegt in einer *gl'//J(lJdlzfidJell Umstellnug der l utegratioussmethode* begründet, wie sie sich in der Praxis des Gerichtshofes und der Kommission der Gemeinschaft in jüngster Zeit durchsetzte: nach der neuen Srruregie soll sich die *!?e(b!SbarllloJlismlllg* der EG-Zentralorgane inskünftig nurmehr auf die *absolut nOlu'endigen Kernvorschriften* beschränken (z. B. Sicherheit von Waren im internationalen Handel, tragende Grundsätze des Versicherungsrechts) und im übrigen vom Prinzip der *gege1!Seirigen AlJerkelllllllllg* gleichwertiger Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten und der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsakte ausgehen ⁶². Diese gemeinschaftsinterne Trendwende vom unrealistischen, bürokratischen, schwerfalligen und daher gescheiterten Konzept der strikten Gleichordnung hin zu einer pluralistischen Öffnung des Harmonisierungsprozesses schafft für die autonome Rechtsannäherung der Freihandelspartner natürlich umso grössere Spielräume und verleiht dem «Dritten Weg» einen nicht zu unerschätzenden, starken Rückhalt.

Trotz dieser einschränkenden Grundprämissen wäre es indessen ein grosser *Fehler, die Konsequenzen des Prinzips einer «mrop'm'erlr,'glicbm» schweizerischen Rechtssetzung' Zll unterschätzen*. Dieses Konzept verlangt immerhin, dass nunmehr der Grossteil neuer Rechtssetzungsvorhaben sowie das geltende Recht des Bundes und in vermindertem Ausmass auch der Kantone auf ihre Kompatibilität mit dem Recht der Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten hin durchleuchtet und nötigenfalls im Sinne der Schaffung gleichwertiger Lösungen angepasst werden sollen. Das im «Dritten Weg» enthaltene Umgescalruogspocenrial könnte sich dabei auf Inhalt und Methode der schweizerisehen Rechtssetzung in beträchtlichem Masse auswirken, wobei der Anpassungs- und Abstimmungsdruck natürlich durch Intensität und Rhythmus im Fortgang des Integrationsprozesses bestimmt wird. Der Bundesrat scheint die wirkliche Tragweite des Prinzips zu sehr herunterzuspielen, wenn er ausführt, das Prinzip komme «in Bereichen von grenzüberschreitender Bedeutung (und nur dort)» ⁶³, zur Anwendung, denn praktisch weisen ja die meisten Teile des schweizerischen Rechts vom Handelsund Wirtschaftsrecht im engeren Sinne bis hin zum Lebensnirrel-, Sozial-, Umweltschurz-, Ausländerrecht und vielen anderen Rechrszweigen grenzüberschreitende, vom Sog des Europäischen Binnenmarkrprojekrs an sich erfasste und erfassbare Komponenten auf. Und schliesslich wird wohl auch' das vom «Dritren Weg» implizierte Anpassungsporenrinl der Sache nach zu sehr bagurellisierr, wenn es im Inreg rar ionsber ichr heisst, es gelte «lediglich zu verhindern, das.s aus Unkenntnis der

⁶² BfUTL.FII/UMIUI/PIPKOIN/STIUII, ".".O. (Anm. 36), S .. ,H4f. 6\ Integrar ionsber ichr , a.u.O. (Anm. 15), S .. ,Ha.

Rechtslage und der anderswo in Europa gehegten politischen Absichten unnötige und vermeidbare Rechtsdisparitäten geschaffen werden» 64.

Wir scheinen hier - bei kräftiger Fortentwicklung des Integrationsrechts - vielmehr einen (einseitigen) Abstimmungs- und Ausrichtungsprozess von potentiell grossen Dimensionen vor uns zu haben. Hinter den vom Bundesrat für den Gesetzgebungs- und politischen Willensbildungsprozess geforderten «europäischen Reflexen» 65 und der Ankündigung, wonach Botschaften über neue Gesetzesvorhaben inskünftig mit einem Kapitel über die «Europaverträglichkeit» zu versehen seien 66, verbirgt sich ein *materieller Legislativfaktor von neuartiger Gestalt und bisher vielleicht unbekanntem Ausmass*. Wir sehen wohl heute, angesichts der Perspektive einer möglicherweise weitgehenden Angleichung der schweizerischen Rechtsordnung an diejenige der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten, vor einem neuen Rechtsphänomen: einem komplexen (einseitigen) Rezeptions- und Adaptionsprozess, der zwar einerseits auch bei einer sich stark entfaltenden Integrationsdynamik wohl nie von Dominanz und Fremdbestimmung geprägt sein wird, wie sie heute in Abhängigkeitsverhältnissen neuer Staaten oder, in föderalistischen Systemen, im Verhältnis Bund-Gliedstaaten auftreten, aber sich andererseits doch von den «stille» Rezeptionen qualitativ unterscheiden, die sich in der schweizerischen Rechtsgeschichte etwa im Zusammenhang mit der Ausbreitung des Gemeinen Rechts, der Nachahmung ausländischer Rechtsinspirationen oder der Übernahme von Dogmatik oder Gelehrtenrecht aus dem Ausland beobachten lässt. Stellt sich wohl später - als Folge einer möglichen Beschleunigung des Integrationsprozesses - die heute eingeleitete Europapolitik mit dem Ziel der Schaffung kompatibler (nicht identischer) Rechtsnormen einmal als Auftakt einer neuen, durch internationale Rezeptions- und Durchdringungsprozesse grossen Stils gekennzeichnete Rechtsschöpfungsphase heraus?

IV P lastizität des Rechtsverhältnisses? 67

« Das Fortschreiten der wirtschaftlichen Verflechtung ohne gleichzeitige Errichtung politischer Verantwortlicher und zu Entscheidungen befugter Organe der Gemeinschaften kann jedoch zu einer Verwischung der politischen Verantwortlichkeit führen und das Gefühl des Amgeliefertseins, um die anonyme Bürokratie versterben. » 68

64 Integrationsbericht, a.a.O. (Anm. 15), S. 301/2. 65

Integrationsbericht, a.a.O. (Anm. 15), S. 345. 66

Integrationsbericht, a.a.O. (Anm. 15), S. 380.

67 Formulierung in Anlehnung an R. M. UNGER, *Plasticity into Power*, Cambridge 1987. 68 DIETRICH SCHINDLER, *Endziele*, a.a.O. (Anm. 7), S. 3⁶².

Die Wissenschaft, wie sie hier verstanden wird, soll sich im grossen und ganzen nicht damit begnügen, Behördenpraxis im Detail zu registrieren, zu kompilieren um nachzuvollziehen. Sie würde aber umgekehrt den ihr eigenen Kompetenzbereich verlassen, würde sie weit in die Zukunft ausgreifende Einzelpläne, Visionen und Prophezeiungen entwickeln. Ihre Aufgabe scheint es - um eine von STANLEY HOFFMANN geprägte Metapher heranzuziehen - vielmehr zu sein, der Staatskarosse als:

Scheinwerfer zu dienen und das Feld, in das sich diese hineinbewegt, sowie die möglichen Routen der Weiterfahrt auszuleuchten.

In der vorliegenden Phase des Annäherungsprozesses der Schweiz an die Europäische Gemeinschaft fällt es schwer, entsprechende Aussagen zu machen. Die für den Fortgang der Entwicklung entscheidende Instanz ist die Gemeinschaft, und diese hat weder in dem 19⁸⁵ von der EG-Kommission vorgelegten Binnenmarkt-Weissbuch noch in der Einheitlichen Europäischen Akte von 1986, in welcher das Unionsziel der Gemeinschaft bekräftigt ist, Anordnungen über einen Ausbau der Beziehungen zu Drittstaaten und insbesondere ihren Freihandelspartnern getroffen. Sie scheint nach ihrer jüngsten Erweiterungsrunde nunmehr in besonderer Masse darauf bedacht zu sein, die institutionelle Integration und politisch-gesellschaftliche Kohärenz im Innern sicherzustellen und gegen aussen ihre volle Entscheidungssouveränität zu wahren, wobei durchaus zu erwarten ist, dass eine weitere Stärkung und Konsolidierung der Gemeinschaft dereinst auch eine grosszügige Gestaltung ihrer Aussenbeziehungen zur Folge hat.

Immerhin scheint es aber bedeutsam, dass der EG-Kommissionspräsident JACQUES DELORS in seiner programmatischen Rede vom 17. Januar 19⁸⁹ vor dem Europäischen Parlament erneut den Dialog zu den EFTA-Staaten aufnahm und vorschlug, es seien neuartige, institutionell besser strukturierte Assoziationsformen, eventuell mit eigenständigen Entscheidungs- und Verwaltungsorganen anzuvisieren⁶⁹ - ein Denkanstoss, der in der Folge am 15. März 1989 am EFTA-Gipfel in Oslo und am 20. März 19⁸⁹ an einer informellen EG-EFTA-Ministertagung in Brüssel positiv aufgenommen wurde⁷⁰. Die bisherigen offiziellen Äusserungen zum Vorschlag der Schaffung einer «strukturierten Partnerschaft» blieben allerdings ambivalent und inhaltlich noch vage. Für die Schweiz fragt sich in dieser Situation einer möglichen Neuorientierung, was für sie eine sinnvolle, wünschbare politische Zielperspektive wäre.

Die Schweiz hat in ihrer bisherigen Integrationspolitik im grossen und ganzen ein pragmatisches Vorgehen gewählt und versucht, für einzelne Wirtschaftssektoren realistische und tragfähige Lösungen zu finden. Sie hat es im allgemeinen vermieden, spektakuläre und umfassende integrationspolitische Konzeptionen oder auch nur kohärente Teilkonzepte zu entwickeln. Die Theorie wird nun herausgefordert sein,

⁶⁹ NZZ vom 26./27. März 1989, S. 13 (Fernaussage).

⁷⁰ So am EFTA-Gipfel in Oslo, NZZ vom 17. März 19⁸⁹, S. 13 (Fernaussage).

vernünftige und realistische Konstruktionen einer völkerrrechtlichen Chen-Neugeschichte als mögliche Orientierungsgrößen der Politik zu entwickeln. Dabei schiene es sinnvoll, an bereits früher gemachte private Vorschläge oder an offiziell erhobene, von der Europäischen Gemeinschaft dann aber zurückgewiesene schweizerische Vorstösse anzuknüpfen. Gedacht ist etwa, in Aufnahme der Formulierung DELORS', an die Begründung eines mit institutionellen Mitwirkungsrechten verbundenen Assoziationsstatus, wofür Art. 238 EWGV weite Gestaltungsräume erschliesst⁷¹, an den Abschluss von (multilateralen oder bilateralen) Rahmenverträgen, die eine umfassende und transparente, die Einzelregelungen tragende Grundstruktur des Rechtsverhältnisses zur Europäischen Gemeinschaft schufen⁷², und, soweit immer möglich, mit rechtlich definierten Informations-, Konsularions-, Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismen ausgestattet werden sollten, ja vielleicht sogar an den 1970 vorgebrachten Verhandlungsvorschlag einer «gestaltenden Mitwirkung». Vor allem aber schiene es, allen Einwänden zum Trotz, attraktiv und möglicherweise von DELORS' Umschreibung einer «strukturierten Partnerschaft» mitumfasst zu sein, für den Fall von Streitigkeiten über die richtige Auslegung und Anwendung (justizialer) Vertragsbestimmungen Verhandlungs-, Vergleichs- und letztlich mit Entscheidungskompetenzen ausgestattete Schiedsinstanzen zu konzipieren; das jüngst im amerikanisch-kanadischen Freihandelsabkommen vorgesehene Schiedsverfahren könnte dabei als wertvolles Modell und die hiermit gemachten ersten Erfahrungen als Inspirationsquelle dienen⁷³.

Zwei Ziele sollten für den Ausbau und die Verstärkung der Völkerrechtsbeziehungen zwischen der Schweiz (sowie anderen EFTA-Ländern) und der Europäischen Gemeinschaft begleitend sein: die Errichtung und Erhaltung einer durch ein ausgewogenes Verhältnis von Rechten und Pflichten gekennzeichneten echten Partnerschaft einerseits sowie das Bestreben andererseits, Instrumente und Organisationsstrukturen im Sinne des Eingangszitats von DIETRICH SCHINDLER klar zu konzipieren, sie auf lange Sicht einer übermässigen bürokratischen Kontrolle, wie sie den Integrationsprozess in seiner heutigen Gestalt insgesamt prägt, zu entziehen und sie auf den Boden der Demokratie und der politischen Verantwortung zu stellen. Gerade in diesem staatspolitischen Sinn könnte die Schweiz auch einen wesentlichen, positiven Beitrag zum Aufbau Europas leisten.

⁷¹ Näheres bei HOLLENWEGER, a.a.O. (Anm. 12), S. 83 ff.

⁷² Vgl. hierzu WILLY ZELLE, Varianten inregulationspolitischer Parallelität, in: ders. (! Irs.), «Europa 92» und die Schweiz, Zürich 1988, S. 70.

⁷³ Canada-Unired States: Free-Trade Agreement Dec. 1987 / Jan. 1988, in: International Legal Materials 27, 1988, S. 281 ff. Dazu: RAINER M. BIERWAGEN/VOLKEJ\ HEEGEMANN, Das Freihandelsabkommen zwischen Kanada und den Vereinigten Staaten, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 1989, S. 33 ff.