

Kolumne: Von der sog. "Europaverträglichkeit": Rechtsgestaltungsprinzip aus Verlegenheit oder Vehikel zur "stillen Revolutionierung" der schweizerischen Rechtsordnung?

Daniel Thürer, Professor an der Universität Zürich

In der Volksabstimmung vom 6./7. Dezember 1992 scheiterte das vom Bundesrat am 2. Mai in Porto (Portugal) unterzeichnete und in der Folge von den Eidgenössischen Räten mit grossen Mehrheiten genehmigte EWR-Abkommen am Volks- und Ständemehr. Das Volk sprach sich mit einer dünnen Mehrheit von 50,3 Prozent Nein-Stimmen gegen einen EWR-Beitritt der Schweiz aus; von den Kantonen stimmten 16 gegen und 6 für das Vertragswerk. Erst in der historischen Rückschau wird sich einmal ermassen lassen, ob es sich bei diesem Urnengang angesichts der Turbulenzen und Umbrüche, in welche die Politik der Schweiz und Europas hineingeraten ist, um eine blosser Episode oder eine Epochenschwelle handelt. Zurzeit jedenfalls scheint in der politischen Debatte wie in der Geschäftswelt die Frage des EWR- oder EG-Beitritts vorläufig "ad acta" gelegt zu sein.

Im Zuge einer Gesamtbewertung darf aber *eines* nicht übersehen werden: dass sich unter dem Stichwort "Europaverträglichkeit" oder "Europakompatibilität" Prozesse angebahnt haben, die – von der offiziellen Politik kaum bemerkt – auf längere Sicht eine "stille" Umorientierung und Umschichtung der schweizerischen Rechtsordnung herbeiführen könnten. Es ist die Absicht des ZSR-"Kolumnisten", in den folgenden Zeilen auf die Gestalt und die mögliche Tragweite solcher informeller Kräfte und Vorgänge der Rechtsgestaltung hinzuweisen. Dabei werden die hässlichen, technisch-negativ gestimmten Begriffe "Europaverträglichkeit" und "Europakompatibilität" nach Möglichkeit vermieden. An ihrer Stelle soll von "europafreundlicher", "europaoffener" oder "europafähiger" Rechtsgestaltung die Rede sein.

Sogwirkungen förmlicher Rechtsanpassungsakte

Bundesrat und Bundesversammlung sind als Folge des EWR-Nein bestrebt, sowohl auf dem Wege bilateraler Vertragsabschlüsse wie auch der autonomen, wenn möglich mit Reziprozitätsklauseln versehenen Rechtsetzung das schweizerische Recht, zumindest sektoriell, an dasjenige der Europäischen Gemeinschaft etappenweise anzupassen. Eine solche Harmonisierung der Rechtsordnungen ist – vor allem im Bereiche wirtschaftlicher und technischer Vorschriften – ein vernünftiges Ziel. Seine Verwirklichung aber ist grössten Schwierigkeiten ausgesetzt: der Tatsache, dass die Europäische Gemeinschaft ihren komplexen Verhandlungsmechanismus prioritär anderen Fragen (GATT, neue Beitrittsrunde

usw.) zuwendet und dass innerstaatlich partikularistische und protektionistische Begehren aufleben, welche die nur unter dem Druck der internationalen Konsensbildung zustande gekommenen vertraglichen Regelungen der Wirtschaftsliberalisierung zu torpedieren oder abzuschwächen trachten. Immerhin dürften aber, und dieser Punkt sei hier hervorgehoben, Rechtsanpassungs- und -rezeptionsakte – sollten sie gelingen – in der sie aufnehmenden Rechtsordnung nicht gleichsam als erratische Blöcke dastehen, sondern vielmehr eine über ihren formellen Geltungsbereich hinausgehende, weitere Teile des Rechts erfassende *Impuls-* und *Resonanzwirkung* entfalten. Könnte nicht etwa bloss schon die *Übernahme bestimmter Begriffe* eine *Eigendynamik* auslösen? Schon heute fragt sich, ob nicht z. B. der Terminus “wirksamer Wettbewerb”, der gleichlautend sowohl im schweizerischen Kartellgesetz (Art. 29 Abs. 3) wie auch in der EG-Fusionskontrollverordnung (Art. 2 Abs. 3) verwendet wird, auch in beiden Rechtsordnungen im gleichen Sinne anzuwenden ist. “Habent sua fata termini...”.

Rechtsgewinnung durch Rechtsvergleichung

Es gehört zu den gängigen Vorstellungen, dass Anpassungsakte des nationalen Rechts bloss völkerrechtlich vereinbart oder durch förmliche Legislativakte rechtsverbindlich erlassen werden können. Das ist eine Illusion, zumindest eine Verzerrung der sich in der Rechtswirklichkeit abspielenden Prozesse. Übersehen wird ein wichtiges Phänomen, dass nämlich die Rechtsfortbildung nicht nur in die Hände des Gesetzgebers und der Vertragsschliessungsorgane, sondern im Rahmen der Rechtskonkretisierung auch der *Justiz* und der *Verwaltung*, ja letztlich viel umfassenderer Kreise von gesellschaftlichen “Rechtsinterpreten” gelegt ist. Sie vollzieht sich pluralistisch in verschiedenen Organen und Foren des Staates, die sich je in ihrem eigenen Verantwortungsbereich in der Rolle verantwortlicher Träger der internationalen Ordnung hineingestellt sehen. Kann diese nicht materiell als *Inspirationsquelle* der Rechtsfindung herangezogen werden, auch ohne formell verbindlich zu sein? Das Bundesgericht hatte sich, im Prozess der Anwendung und Ausgestaltung des nationalen Rechts, immer wieder auf blosser Empfehlungen internationaler Organisationen und Gremien oder zum Beispiel auf die Europäische Menschenrechtskonvention berufen, noch bevor die Schweiz diesem Vertragswerk beigetreten war. Auch beziehen etwa Verwaltungsbehörden Planungen verschiedener Art in ihre Entscheidungen ein, obwohl sie ihnen nicht verbindlich vorgegeben sind. Warum sollte nicht auch das europäische Gemeinschaftsrecht zum Orientierungsfaktor und zum rechtserheblichen Argument bei der Wahl verschiedener Auslegungsvarianten werden? Dem europäischen Gemeinschaftsrecht käme dann in keiner Weise ein formeller “Vorrang”, sondern höchstens, je nach dem Dafürhalten des der zuständigen Instanz, ein “Vorzugs-” oder “Vorbildcharakter” im Vergleich mit weniger “europafreundlichen” *Regelungsvarianten* zu. Eine Anlehnung an Leitbilder des Europarechts könnte weitreichende politische Auswirkungen haben, wenn sich etwa unsere Behörden zur Abgrenzung der Rechtssphäre von Staat und Gesellschaft an den Begriffen des “ordre public” oder “öffentlichen Verwaltung” orientierten, wie sie in Form von Schrankenbestimmungen zu den durch die Gemeinschaftsverträge gewährleisteten Wirtschaftsfreiheiten in der (restriktiven) Rechtspraxis des Europäischen Gerichts-

hofes ihre Ausgestaltung erfahren haben. Jedenfalls scheint so viel festzustehen: Die wertende Rechtsvergleichung – und nicht etwa nur die bürokratische Anordnung – hat sich im Rahmen der europäischen Gemeinschaft als tragender Gestaltungsfaktor erwiesen. Warum sollte die (*horizontale*) *Rechtsvergleichung* nicht als Bestimmungsfaktor in die Rechtsgewinnung der Schweiz einfließen?

Europäisches “Common Law”?

Das Recht hatte sich schon seit eh und je in offenen Prozessen herausgebildet, in denen vernunftrechtliches “reasoning”, bewusste oder unbewusste Rezeptionen ausländischen Rechts oder die Übernahme von Rechtslehren prägend, überzeugend und gestaltend wirkten. Es ist ein Trugbild des (verhältnismässig jungen) nationalstaatlichen Denkens, dass Staaten in isolierter Selbstherrlichkeit unabhängig voneinander je das ihnen entsprechende und von ihnen gewollte Recht dekretieren. Gerade ein Blick auf die Schweiz zeigt, dass sich hier Rechtsordnung und Rechtsentwicklung immer als in besonderem Masse durchlässig erwiesen.

Ähnliche Rechtsprozesse lassen sich auch im Rahmen des europäischen Gemeinschaftsrechts beobachten. Dieses wurde in höherem Masse, als gemeinhin angenommen, durch *Rückgriff auf nationale und internationale Regelungsmuster* gewonnen. Die *Rechtsprechung* des Europäischen Gerichtshofes zum Grundrechtsschutz und den allgemeinen Rechtsprinzipien etwa ist ein Paradebeispiel “prätorischer”, induktiv gewonnener Rechtsschöpfung. Das Phänomen der Rechtsvergleichung beherrscht aber auch den *Rechtsetzungsprozess* der Gemeinschaft und gab dieser in vielen Fällen ein modernes, repräsentatives und ausgewogenes Gepräge. In einer neuesten Entwicklungsphase ist zudem an die Stelle der Rechtsharmonisierung das Prinzip der *gegenseitigen Anerkennung* gleichwertiger nationaler Regelungen getreten (vgl. Art. 100b EWG-Vertrag). In dieser gemeinschaftsinternen Trendwende der Rechtserzeugungsmethode vom unrealistischen, schwerfälligen und daher letztlich gescheiterten Konzept der strikten Gleichordnung hin zum (föderalistischen) Anerkennungsprinzip erhält das *Subsidiaritätsprinzip* neuen Auftrieb.

In all diesen Spielarten ist die Rechtsentwicklung gegen aussen offen. Es scheint sich in weiten Bereichen vor allem des Wirtschaftsrechts in Europa ein *neues “ius commune”* herauszubilden. Auch ein aussenstehender Staat kann sich in diesen Prozess der flexiblen Anpassung und Harmonisierung einschalten. Vor allem die *Justiz* ist berufen, im Rahmen ihrer institutionell geschützten Unabhängigkeit weltoffen und aufgeschlossen Entwicklungen von aussen in die Rechtsauslegung und Rechtsentwicklung einzubeziehen. Sie wird die Entwicklungen im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedländer systematisch und sorgfältig verfolgen. Dies ist heute umso wichtiger, nachdem die Schweiz den im EWR-Abkommen vorgesehenen Mechanismen zur Sicherung der Parallelität der Rechtsentwicklungen nicht unterworfen ist. Für ein Abweichen von europäisch sich durchsetzenden Standards sollte in zentralen Bereichen des Binnenmarktrechts eine *Argumentationslast* postuliert werden.

“Föderalistische” Rechtsgestaltungsperspektiven?

Die Schweiz ist, wie auch die anderen Staaten, in *neue internationale Tatbestände* hineingestellt. Dabei hat sich gezeigt, dass nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die “Rechtsanwendungsbehörden” im Rahmen der ihnen zustehenden “*marge d’appréciation*” in die Lage versetzt sind, eine Konvergenz der nationalen Rechtsentwicklung mit den sie umgebenden Rechtsordnungen, vor allem dem europäischen Gemeinschaftsrecht, in die Wege zu leiten, wenn ihnen diese geboten erscheint. Rechtssetzungsvorhaben werden nach wie vor nicht nur auf die Verfassungskonformität, sondern auch auf ihre Übereinstimmung mit dem Europarecht geprüft werden. Gleichermassen unerlässlich ist es aber, dass Verwaltungsbehörden und Gerichte Recht und Rechtsentwicklung ausserhalb der Schweiz vermehrt in ihr “Weltbild” einbeziehen, mitreflektieren und auf dem Wege einer pluralistischen Öffnung der Rechtsgestaltungs- und Rechtsharmonierungsprozesse im Geiste der internationalen Aufgeschlossenheit mitzuvollziehen. Insbesondere scheint, vorab in Fällen von den grenzüberschreitenden Handel hemmenden technischen Normen, ein (automatischer) Nachvollzug, in anderen Fällen eine (autonom-pragmatische) Annäherung des nationalen Rechts an die Wirtschaftsfreiheiten des Gemeinschaftsrechts ein Gebot der Stunde zu sein.

Die Schaffung eines einheitlichen, dynamischen europäischen Wirtschafts- und Rechtsraumes wurde schon in der *Luxemburger Erklärung von 1984* von den Ministern der EG- und EFTA-Staaten zum gemeinsamen Ziel erhoben. Dabei scheint die Methode der gegenseitigen Anerkennung (verkörpert z.B. im “*Cassis de Dijon*”-Prinzip) und der vergleichend-induktiven Rechtsharmonisierung nicht nur ein der Schweizer Tradition entsprechender, sondern auch ein für ganz Europa tauglicher Weg der Verfassungsgestaltung zu sein. Vor dem Hintergrund und den Möglichkeiten der “autonomen” Herausbildung eines “Gemeinen europäischen (Wirtschafts-) rechts” verliert das negative Abstimmungsergebnis vom 6./7. Dezember an Brisanz, Härte und Schärfe.

