

Universität Bern
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Institut für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht

Auslegung des Kartellrechts im Rechtsvergleich

**Analyse der Auslegungselemente in der Schweiz
und der EU anhand Art. 23 FHA**

Betreuender Dozent: Prof. Dr. Michael Hahn

Yann Fauconnet

yann.fauconnet@students.unibe.ch

Masterarbeit vorgelegt am 3. Dezember 2020

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	VI
Materialienverzeichnis	XI
Judikaturverzeichnis	XIII
I. Einleitung	1
1. Forschungsfrage	1
2. Sinn und Wesen der Auslegung	1
3. Bedeutung der VRK	2
II. Klassische Auslegungselemente	3
1. Grammatisches Element	3
a. Wortlaut und Wortsinn	3
b. Anwendung im Kartellrecht	4
c. Bedeutung für das FHA72	5
2. Systematisches Element	6
a. Innere und äussere Systematik	6
b. Anwendung im Kartellrecht	7
c. Hohe praktische Bedeutung für das FHA72	8
d. Rolle der Erklärung zu Art. 23 Abs. 1 FHA72	8
3. Historisches Element	10
a. Objektiv-historisches und subjektiv-historisches Element	10
b. Instrumente zur Ermittlung	10
c. Anwendung im Kartellrecht	11
d. Bedeutung für das FHA72	12
4. Teleologisches Element	13
a. <i>Ratio legis</i> als Leitidee	13
b. Anwendung im Kartellrecht	14
c. Zentrales Element für das FHA72	15
5. Rechtsvergleichung	16
a. Fünfte Spur des Auslegungskanons	16
b. Anwendung im Kartellrecht	16
c. Geringe Bedeutung für das FHA72	18
6. Verhältnis zwischen den Elementen	18
a. Methodenpluralismus in der Schweiz	18
b. Keine Methode in der EU	19

c.	Anwendung im Kartellrecht und Bedeutung für das FHA72 ..	20
III.	Besonderheiten beider Systeme	22
1.	Mehrsprachigkeit	22
a.	Strikte Gleichwertigkeit vor dem Bundesgericht	23
b.	Faktisch höhere Wichtigkeit der Arbeitssprache am EuGH	24
c.	Keine Aussage im Rahmen des FHA72	25
2.	<i>Effet utile</i> und europarechtskonforme Auslegung: Zwei Seiten derselben Medaille?	26
a.	<i>Effet utile</i>	26
b.	Europarechtskonforme Auslegung	27
c.	Bedeutung für das FHA72.....	29
IV.	Schlussfolgerungen und Stellungnahme	30

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	andere Meinung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung, ABl. C 202, 7.6.2016, S. 47)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, Zürich
Amtl. Bull.	Amtlicher Bulletin der Bundesversammlung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Lausanne
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts, St.Gallen
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
CJEL	The Columbia Journal of European Law, New York
d.h.	das heisst
dt.	deutsch
DV	Direktion für Völkerrecht (EDA)
E.	Erwägung
ECLI	<i>European Case Law Identifier</i>
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ehem.	ehemalig
ELJ	European Law Journal, Oxford
et al.	<i>et alii</i>
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union

EuGH-VerfO	Verfahrensordnung des Gerichtshofs vom 25. September 2012 (ABl. L 265, 29.9.2012, S. 1, zuletzt geändert durch Art. 1 der Änderung vom 26. November 2019, ABl. L 316, 6.12.2016, S. 103)
EuR	Europarecht, Baden-Baden
EUV	Vertrag über die Europäische Union (konsolidierte Fassung ABl. C 202, 7.6.2016, S. 13)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f./ff.	und folgende
FHA	Freihandelsabkommen
FHA72	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (Freihandelsabkommen, SR 0.632.401)
Fn.	Fussnote
FILJ	Fordham International Law Journal, New York
frz.	Französisch
FS	Festschrift
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen; SR 0.142.112.681)
GA	Generalanwalt
GH	Gerichtshof (EuGH)
gl.M.	gleiche Meinung
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	<i>in casu</i>
i.d.R.	in der Regel
i.V.m.	in Verbindung mit
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly, Cambridge
insbes.	insbesondere
InstA	institutionelles Abkommen
it.	italienisch
KassH	Kassationshof (BGer bis 2006)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz; SR 251)
LeGes	LeGes – Gesetzgebung & Evaluation, Bern
m.H.	mit Hinweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnummer
ÖrA	öffentlich-rechtliche Abteilung (BGer)

PublG	Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 18. Juni 2004 (Publikationsgesetz; SR 170.512)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen
recht	recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Bern
Rs.	Rechtssache
Rn.	Randnummer
s.	siehe
S.	Seite
SchlA	Schlussanträge
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, Zürich
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich
sog.	sogenannt
SorA	sozialrechtliche Abteilung (BGer)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StrA	strafrechtliche Abteilung (BGer)
TDS	Traité de droit suisse
Teilbd.	Teilband
u.a.	unter anderen
verb.	verbunden
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.111; nichtamtliche Abkürzung)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis, Frankfurt am Main
WZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 17. Mai 2013 (SR 0.251.268.1; nichtamtliche Abkürzung)
YEL	Yearbook of European Law, Oxford
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit.	zitiert
ZirA	zivilrechtliche Abteilung (BGer)
ZK	Zürcher Kommentar
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel
zugl.	zugleich

Literaturverzeichnis

- AMMANN ODILE: *Domestic Courts and the Interpretation of International Law*, Leiden/Boston 2020 (zugl. Diss. Freiburg i.Üe. 2017).
- BAUMANN MAX *et al.* (Hrsg.): (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I (Einleitung – Personenrecht), Teilbd. 1 (Art. 1–7 ZGB), 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK-BEARBEITER).
- BECK GUNNAR: *The Macro Level: The Structural Impact of General International Law on EU Law: The Court of Justice of the EU and the Vienna Convention on the Law of Treaties* in: YEL 2016 S. 484–512.
- BESSON SAMANTHA: *Droit international public: Précis de droit et résumés de jurisprudence*, Bern 2019.
- BESSON SAMANTHA/AMMANN ODILE: *L'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE : une lecture de droit international*, in: EPINEY ASTRID/DIEZIG STEFAN (Hrsg.): *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014*, Zürich 2014, S. 331–358.
- BESSON SAMANTHA/GÄCHTER-ALGE MARIE-LOUISE: *L'interprétation en droit européen – Quelques remarques introductives*, in: BESSON SAMANTHA/LEVRAT NICOLAS/CLERC EVELYNE (Hrsg.): *Interprétation en droit européen*, Genf/Zürich/Basel/Brüssel 2011, S. 3–35.
- BIRKHÄUSER NICOLAS/STANCHIERI ALESSANDRO: *Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba*, in: Jusletter vom 11. September 2017.
- BUCK CARSTEN: *Über die Auslegungsmethoden des Gerichts der Europäischen Gemeinschaften*, Frankfurt am Main 1998 (zugl. Diss. Münster 1997).
- BYDLINSKI FRANZ: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien/New York 1982 (Nachdruck 1991).
- CALLIESS CHRISTIAN/RUFFERT MATTHIAS (Hrsg.): *EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta*, 5. Aufl., München 2016 (zit. CALLIESS/RUFFERT/BEARBEITER).
- CORTEN OLIVIER/KLEIN PIERRE (Hrsg.): *The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary*, Bd. I, Oxford 2011 (zit. VCLT-Comm./BEARBEITER).
- COTTIER THOMAS *et al.*: *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, Bern 2014 (zit. COTTIER *et al.*).
- COTTIER THOMAS/DZAMKO DANIEL/EVTIMOV ERIK: *Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts* in: EPINEY ASTRID/THEUERKAUF SARAH/RIVIÈRE FLORENCE (Hrsg.): *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003*, Zürich/Basel/Genf/Bern 2004, S. 357–392.
- DA CRUZ VILAÇA JOSÉ LUÍS: *Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour*, in: ROSAS ALLAN/LEVITS EGILS/BOT YVES (Hrsg.): *La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de*

- Soixante Ans de Jurisprudence, Den Haag 2013, S. 279-306.
- DEDERICH MARIELE: Die Methodik des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in: EuR 2004 S. 345-359.
- FELDER DANIEL/SIEGWART KARINE: Die sektoriellen Abkommen I und II von 1999/2004 sowie das Freihandelsabkommen von 1972 in ihrer praktischen Anwendung, in: EPINEY ASTRID/WYSSLING MARKUS (Hrsg.): Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007, Zürich/Basel/Genf/Bern 2007.
- FENNELLY NIAL: Legal Interpretation at the European Court of Justice, in: FILJ 1997 S. 656-679.
- GARRÉ JOY: Un solo diritto, più lingue: il multilinguismo interpretativo elvetico, in: LeGes 2019/3.
- GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD/NETTESHEIM MARTIN (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, 3 Bd., Werkstand: 71. Ergänzungslieferung von August 2020, München 2020 (zit. GRABITZ/HILF/NETTESHEIM/BEARBEITER).
- HALTERN ULRICH: Europarecht – Dogmatik im Kontext, Bd. II (Rule of Law, Verbunddogmatik, Grundrechte), 3. Aufl., Tübingen 2017.
- HARATSCH ANDREAS/KOENIG CHRISTIAN/PECHSTEIN MATTHIAS: Europarecht, 12. Aufl., Tübingen 2020.
- HESSELINK MARTIJN W.: A Toolbox for European Judges, in: ELJ 2011 S. 441-469.
- HIRSBRUNNER SIMON: Le juge suisse et le droit de la concurrence européenne, in: Jusletter vom 23. November 2020.
- HÖPFNER CLEMENS/RÜTHERS BERND: Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 2009 S. 1-36.
- HUGUENIN CLAIRE: Die Mehrsprachigkeit der schweizerischen Rechtskultur: Probleme und Chancen, in: RabelsZ 2008 S. 755-772.
- IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, Bd. 1 (EU - Kommentar zum Europäischen Kartellrecht), 6. Aufl., München 2019 (zit. IMMENGA/MESTMÄCKER/BEARBEITER).
- JACOT-GUILLARMOD OLIVIER: Le juge suisse face au droit européen, in: ZSR 1993 I S. 227-576.
- KADDOUS CHRISTINE: Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, Basel/Genf/München 1998 (zugl. Diss. Neuchâtel 1998).
- KOHLER EMILIE: Le rôle de l'Union européenne dans l'interprétation du droit suisse, Bern 2015 (zugl. Diss. Bern 2015).
- KRAMER ERNST A.: Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019.
- KRESSE BERNHARD: Die Auslegung mehrsprachiger Texte durch den EuGH, in: BURR ISOLDE/GRÉCIANO GERTRUD (Hrsg.): Europa: Sprache und Recht – La construc-

- tion européenne : aspects linguistiques et juridiques, Baden-Baden 2003, S. 157-171.
- KUBLI LINDA: Zum Grundsatz der Parallelität im Kartellrecht – eine rechtsvergleichende Auslegung?, in: AJP 2018 S. 199-208.
- KUNZ PETER V.: Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz, in: recht 2006 S. 37-54 (zit. KUNZ, Einführung).
- KUNZ PETER V.: Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, in: ZVglRWiss 2009 S. 31-92 (zit. KUNZ, Instrumente).
- KUNZ PETER V.: Sondermethodik zur wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung?, in: recht 2017 S. 141-156 (zit. KUNZ, Sondermethodik).
- LEISNER WALTER GEORG: Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts – Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, in: EuR 2007 S. 689-706.
- LENAERTS KOEN: Interlocking Legal Order in the European Union and Comparative Law, in: ICLQ 2003 S. 873-906.
- LENAERTS KOEN/GUTIÉRREZ-FONS JOSÉ A.: To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, in: CJEL 2014 S. 3-61.
- MARTENS SEBASTIAN A. E.: Methodenlehre des Unionsrechts, Tübingen 2013 (zugl. Habil. Regensburg 2012).
- MEIER-HAYOZ ARTHUR: Berner Kommentar, Bd. 1 (Einleitung und Personenrecht), Teilbd. 1 (Einleitung, Art. 1-10 ZGB), Bern 1962/1966 (zit. BK-MEIER-HAYOZ).
- MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM/SCHWEIZTER HEIKE: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014.
- MÖLLERS THOMAS M. J.: Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., München 2019.
- MÜLLER FRIEDRICH/CHRISTENSEN RALPH: Juristische Methodik, Bd. II (Europarecht), 3. Aufl., Berlin 2012.
- OESCH MATTHIAS: Die Europäisierung des schweizerischen Rechts, in: COTTIER THOMAS (Hrsg.): Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Basel 2012, S. 13-39 (zit. OESCH, Europäisierung).
- OESCH MATTHIAS: Europarecht I, Bd. I (Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU), 2. Aufl., Bern 2019 (zit. OESCH, Europarecht).
- OGOREK REGINA: Der Wortlaut des Gesetzes - Auslegungsgrenze oder Freibrief?, in: FORSTMOSER PETER (Hrsg.): Rechtsanwendung in Theorie und Praxis. Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Basel 1993, S. 21-33.
- PECHSTEIN MATTHIAS/DRECHSLER CAROLA: § 7 Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: RIESENHUBER KARL (Hrsg.): Europäische Methodenlehre – Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Aufl., Berlin/München/Boston 2015.

- PICHONNAZ PASCAL/VOGENAUER: Le “pluralisme pragmatique” du Tribunal fédéral: une méthode sans méthode? Réflexions sur l’ATF 123 III 292, in: AJP 1999 S. 417-426.
- PIZARROSO CERUTI ALEJANDRO: The European Court of Justice: Legal Interpretation and the Dynamics of European Integration, in: CJEL 2019 S. 253-282.
- POLZIN MONIKA: Zeitenwende in der Auslegungsmethodik des primären Unionsrechts: Geht der Trend zur subjektiven Auslegung, in: DELBRÜCK JOST *et al.* (Hrsg.): Aus Kiel in die Welt – FS 100 Jahre Walther-Schüking-Institut für Internationales Recht, Berlin 2014, S. 877-900.
- POTACS MICHAEL: Effet utile als Auslegungsgrundsatz, in: EuR 2009 S. 465-487.
- REIMER FRANZ: Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020.
- ROTH WULF-HENNING: Effet utile im europäischen Kartellrecht, in: WRP 2013 S. 257-265.
- RUSCH ARNOLD F.: Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, in: Jusletter vom 13. Februar 2006.
- SCHILLING THEODOR: Beyond Multilingualism: On Different Approaches to the Handling of Diverging Language Versions of a Community Law, in: ELJ 2010 S. 47-66.
- SCHNYDER BERNHARD: Die Dreisprachigkeit des ZGB: Last oder Hilfe?, in: BOLLE PAUL-HENRI (Hrsg.): Mélanges en l’honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel/Genf/München 2000, S. 37-50.
- SCHUBARTH MARTIN: Die Bedeutung der Mehrsprachigkeit der schweizerischen Gesetze für die höchstrichterliche Rechtsprechung, in: LeGes 2001 S. 49-57.
- SCHÜBEL-PFISTER ISABEL: Sprache und Gemeinschaftsrecht – Die Auslegung der mehrsprachig verbindlichen Rechtstexte durch den Europäischen Gerichtshof, Berlin 2004 (zugl. Diss. Bayreuth 2002/2003).
- SEYR SIBYLLE: Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH, Berlin 2008 (zugl. Diss. Göttingen 2007).
- STEINAUER PAUL-HENRI: Le Titre préliminaire du Code civil, in: TDS, Bd. II/1, 2. Aufl., Basel 2009.
- STREINZ RUDOLF: Der «effet utile» in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: DULE OLE/LUTTER MARCUS/SCHWARZE JÜRGEN (Hrsg.): FS Ulrich Everling, Bd. II, Baden-Baden 1995, S. 1941-1510.
- TOBLER CHRISTA: Die EuGH-Entscheidung *Grimme* – Die Wiederkehr von *Polydor* und die Grenze des bilateralen Rechts, in: EPINEY ASTRID/GAMMENTHALER (Hrsg.): Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Zürich/Basel/Genf/Bern 2010, S. 369-384 (zit. TOBLER, *Grimme*).
- TOBLER CHRISTA: Bilaterales Wettbewerbsrecht Schweiz - EU: Uneinheitlich, ineffizient und irrelevant?, in: ZSR 2013 I S. 3-25 (zit. TOBLER, Wettbewerbsrecht).

- TOMASIC LOVRO: *Effet utile*: Die Relativität teleologischer Argumente im Unionsrecht, München 2013 (zugl. Diss. München 2011/2012).
- TSCHENTSCHER ALEX/EMMENEGGER SUSAN: Berner Kommentar, Bd. 1 (Einleitung und Personenrecht), Teilbd. 1 (Einleitung, Art. 1-9 ZGB), Bern 2012 (zit. BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER).
- WALTER HANS-PETER: Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, in: recht 1999 S. 157-166 (zit. WALTER, Methodenpluralismus).
- WALTER HANS-PETER: Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, in: ZSR 2007 I S. 259-277 (zit. WALTER, Das rechtsvergleichende Element).
- WEBER ROLF H.: Methodenlehre und Kartellrecht, in: WEBER ROLF H./HEINEMANN ANDREAS/VOGT HANS-UELI (Hrsg.): Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext. Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Roger Zäch, Bern 2009, S. 1-41.
- ZÄCH ROGER: Recht und Sprache, in: FORSTMOSE PETER (Hrsg.): Rechtsanwendung in Theorie und Praxis – Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Basel 1993, S. 45-53.
- ZÄCH ROGER *et al.* (Hrsg.): KG Kommentar: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich 2018 (zit. BSK KG-BEARBEITER).
- ZEDLER FRIEDERIKE: Mehrsprachigkeit und Methode – Der Umgang mit dem sprachlichen Egalitätsprinzip im Unionsrecht, Baden-Baden 2015 (zugl. Diss. Heidelberg 2014).
- ZEVOUNOU LIONEL: Les usages de la notion de la concurrence en droit, Paris 2012 (zugl. Diss. Paris-Nanterre 2012).
- ZIEGLER ANDREAS R.: Die Bedeutung der völker- und europarechtskonformen Auslegung für das öffentliche Wirtschaftsrecht in der Schweiz, in: Jusletter 20. März 2006.

Materialienverzeichnis

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Genehmigung der Abkommen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften vom 16. August 1972, BBl 1972 II 653 (zit. Botschaft FHA72).

Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 (zit. Botschaft KG95).

Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 22. Mai 2013, BBl 2013 3959 (zit. Botschaft WZA).

DIREKTION FÜR VÖLKERRECHT (EDA): Praxisleitfaden Völkerrechtliche Verträge, 3. Aufl., Bern 2015; abgerufen unter <https://www.eda.admin.ch/dam/eda/de/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege_de.pdf> (zit. DV, Praxisleitfaden).

EDA: Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération suisse dans les parties du marché intérieur auxquels la Suisse participe, version finale du 23 novembre 2018; abgerufen unter <https://www.dfae.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/Accord-inst-Projet-de-texte_fr.pdf> (zit. Institutionelles Abkommen oder InstA).

EUROPÄISCHE KOMMISSION: Décision de la Commission du 13 février 2007 concernant l'incompatibilité de certains régimes suisses d'imposition des sociétés avec l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse du 22 juillet 1972, C(2007) 114 final (zit. KOMMISSION, Beihilfen-Entscheidung).

DIREKTION FÜR EUROPÄISCHE ANGELEGENHEITEN (EDA): Fragen und Antworten im Rahmen der Konsultationen des Bundesrates zum institutionellen Abkommen Schweiz-EU, Juni 2019; abgerufen unter <https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/bericht_konsultationen_insta/Fragen-und-Antworten-der-Konsultationen_de.pdf> (zit. DEA, Fragen und Antworten).

SCHWEIZERISCHES BUNDESGERICHT: Organisation; abgerufen unter <<https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-gericht/federal-gerichts-abteilungen.htm>>, konsultiert am 18. November 2020 (zit. BUNDESGERICHT, Organisation).

SCHWEIZERISCHES BUNDESGERICHT: Richter und Personal; abgerufen unter <<https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-richter.htm>>, konsultiert am 18. November 2020 (zit. BUNDESGERICHT, Richter und Personal).

Vorschlag der Europäischen Kommission für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des Abkommens zwischen der Europäischen Union und der Schweiz-

rischen Eidgenossenschaft über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 1. Juni 2012, Dokument-Nr. COM(2012) 245 final (zit. Beschlussvorschlag WZA).

Judikaturverzeichnis

Urteile des BGer

- Urteil vom 25. September 1970 (X.), in: 96 I 602.
- Urteil des KassH vom 1. November 1974 (*Rapold*), in: BGE 100 IV 252.
- Urteil des KassH vom 3. Mai 1978 (*Adams*), in: BGE 104 IV 175.
- Urteil der I. ZirA vom 25. Januar 1979 (*OMO*), in: BGE 105 II 49.
- Urteil der II. ÖrA vom 11. November 1988 (*Medigros*), in: BGE 114 Ib 168.
- Urteil der I. ÖrA vom 7. Juli 1992 (*PVC*), in: BGE 118 Ib 367.
- Urteil der I. ZirA vom 11. Mai 1994 (*Beat S./Verena S.*), in: BGE 120 II 112.
- Urteil der I. ÖrA vom 27. Juni 1996 (*SBN et al.*), in: BGE 122 II 234.
- Urteil der I. ÖrA vom 24. Juni 1998 (*Gemeine Glattfelden*), in: BGE 124 II 293.
- Urteil der I. ZirA vom 18. November 1998 (*Kantenbrechgeräten*), in: BGE 124 III 495.
- Urteil der II. ÖrA vom 1. Mai 2001 (*K.*), in: BGE 127 II 177.
- Urteil der II. ÖrA vom 14. August 2001 (*Buchpreisbindung*), in: BGE 129 II 18.
- Urteil der I. ZirA vom 25. März 2003, Rs. 4C.316/2002 (*Metallbau*), in: BGE 129 III 335.
- Urteil der I. ÖrA vom 8. März 2005, Rs. 1A.71/2004 (*SOVAG*), in: BGE 131 II 271.
- Urteil der II. ÖrA vom 14. Juni 2005, Rs. 2A.535/2004 (*Edipresse*), in: BGE 131 II 497.
- Urteil der II. ÖrA vom 19. August 2005, Rs. 2A.287/2005 (*Swisscom*).
- Urteil der I. ÖrA vom 4. Mai 2010, Rs. 4A_54/2010 (*X/Z*), in: BGE 136 I 290.
- Urteil der II. ÖrA vom 11. April 2011, verb. Rs. 2C_343/2010 und 2C_344/2010 (*Swisscom*), in: BGE 137 II 199.
- Urteil des II. ÖrA vom 13. Januar 2012, Rs. 2C_842/2010 (*Farnair*), in: BGE 138 II 42.
- Urteil der II. ÖrA vom 29. Juni 2012, Rs. 2C_484/2010 (*Publigroupe*), in: BGE 139 I 72.
- Urteil der II. ÖrA vom 25. März 2014, Rs. 2C_907/2013 (X.), in: ASA 2014 S. 743-745.
- Urteil der II. ÖrA vom 5. Mai 2015, verb. Rs. 2C_364/2012 und 2C_377/2012 (X. und X.), in: BGE 141 II 447.
- Urteil der I. ÖrA vom 16. März 2016, Rs. 1C_139/2015 (*A.A. et al.*), in: BGE 142 II 100.
- Urteil der I. SorA vom 9. Dezember 2015, Rs. 8C_53/2015 (*A.*), in: BGE 142 V 48.
- Urteil der II. ÖrA vom 28. Juni 2016, Rs. 2C_180/2014 (*Gaba*), in: BGE 143 II 297.
- Urteil der II. ÖrA vom 24. Oktober 2017, Rs. 2C_63/2016 (*BMW*), in: BGE 144 II 194.
- Urteil der II. ÖrA vom 18. Mai 2018, Rs. 2C_101/2016 (*Altimum*), in: BGE 144 II 246.
- Urteil der II. ÖrA vom 30. Januar 2019, Rs. 2C_884/2018 (*A.*), in: BGE 145 II 130.
- Urteil der II. ÖrA vom 24. Juni 2019, Rs. 2C_509/2018 (*Ticketcorner*), in: sic! 2020 S. 48.
- Urteil der II. ÖrA vom 3. Juli 2019, Rs. 2C_306/2017 (*A. Ltd.*), in: BGE 145 II 339.
- Urteil der II. ÖrA vom 9. Dezember 2019, Rs. 2C_306/2017 (*ADSL*), in: BGE 146 II 217.

Urteile des BVGer

Urteil vom 23. August 2016, Rs. A-6320/2014 (A.), in: BVGE 2016/22.

Urteile des EuGH (mit ECLI)

Urteil des GH vom 29. November 1956, Rs. 8/55 (*Fédéchar*), EU:C:1956:11.

Urteil des GH vom 5. Februar 1963, Rs. 26/62 (*van Gend en Loos*), EU:C:1963:1.

Urteil des GH vom 15. Juli 1963, Rs. 34/62 (*Deutschland/Kommission*), EU:C:1963:18.

Urteil des GH vom 15. Juli 1964, Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), EU:C:1964:66.

Urteil des GH vom 13. Februar 1969, Rs. 14/68 (*Walt Wilhelm et al.*), EU:C:1969:4.

Urteil des GH vom 6. Oktober 1970, Rs. 9/70 (*Grad/Finanzamt Traunstein*),
EU:C:1970:78.

Urteil des GH vom 21. Februar 1973, Rs. 6/72 (*Continental Cans*), EU:C:1973:22.

Urteil des GH vom 30. April 1974, Rs. 181/73 (*Haegeman*), EU:C:1974:41.

Urteil des GH vom 27. Oktober 1977, Rs. 30/77 (*Bouchereau*), EU:C:1977:172.

Urteil des GH vom 16. November 1977, Rs. 13/77 (*Inno/ATAB*), EU:C:1977:185.

Urteil des GH vom 7. Februar 1979, Rs. 11/76 (*Niederlande/Kommission*), EU:C:1979:28.

Urteil des GH vom 13. Februar 1979, Rs. 85/76 (*La Roche-Hoffmann*), EU:C:1979:36.

Urteil des GH vom 24. April 1980, Rs. 65/79 (*Chatain*), EU:C:1980:108.

Urteil des GH vom 9. Februar 1982, Rs. 270/80 (*Polydor*), EU:C:1982:43.

Urteil des GH vom 6. Oktober 1982, Rs. 283/81 (*CILFIT*), EU:C:1982:335.

Urteil der 4. Kammer vom 12. Juli 1984, Rs. 218/83 (*Les Rapides*), EU:C:1984:275.

Urteil der 4. Kammer vom 27. November 1984, Rs. 99/83 (*Fioravanti*), EU:C:1984:360.

Urteil des GH vom 7. November 1985, Rs. 53/84 (*Adams*), EU:C:1985:449.

Urteil des GH vom 21. September 1988, Rs. 267/86 (*van Eycke*), EU:C:1988:427.

Urteil des GH vom 16. Juli 1992, Rs. C-163/90 (*Legros*), EU:C:1992:326.

Urteil der 5. Kammer vom 1. Juli 1993, Rs. C-312/91 (*Metalsa*), EU:C:1993:279.

Urteil des GH vom 17. November 1993, Rs. C-2/91 (*Meng*), EU:C:1993:885.

Urteil der 1. Kammer vom 7. Dezember 1995, Rs. C-449/93 (*Rockfon*), EU:C:1995:420.

Urteil des GH vom 31. März 1998, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95 (*Frankreich et al./
Kommission*), EU:C:1998:148.

Urteil des Plenums vom 27. November 2012, Rs. C-370/12 (*Pringle*), EU:C:2012:756.

Urteil der 3. Kammer vom 11. Juli 2013, Rs. C-444/11 P (*Team Relocations*),
EU:C:2013:464.

Urteil der GK vom 3. Oktober 2013, Rs. C-583/11 P (*Inuit Tapiriit Kanatami et al.*),
EU:C:2013:625.

Urteil der GK vom 6. September 2017, Rs. C-413/14 P (*Intel*), EU:C:2017:632.

Urteil der 5. Kammer vom 7. September 2017, Rs. C-248/16 (*Austria Asphalt*),
EU:C:2017:643.

Urteil der 6. Kammer vom 1. Februar 2018, Rs. C-261/16 P (*Kühne + Nagel International*),
EU:C:2018:56.

Urteil der GK vom 27. Februar 2018, Rs. C-266/16 (*Western Sahara Campaign UK*),
EU:C:2018:118.

Urteil der 5. Kammer vom 31. Mai 2018, Rs. C-633/16 (*Ernst & Young*), EU:C:2018:371.

Urteil des Plenums vom 10. Dezember 2018, Rs. C-621/18 (*Wightman et al.*),
EU:C:2018:999.

Urteil der 5. Kammer vom 12. Dezember 2019, Rs. C-435/18 (*Otis et al.*),
EU:C:2019:1069.

Gutachten des EuGH

Gutachten 1/91 vom 14. Dezember 1991 (*EWR I*), EU:C:1991:490.

Schlussanträge des Generalanwalts oder der Generalanwältin

SchlA von GA WALTER VAN GERVEN vom 27. Oktober 1993 in der Rs. C-128/92
(*Bank*), EU:C:1993:860.

I. Einleitung

1. Forschungsfrage

In dieser Arbeit wird eine rechtsvergleichende Analyse der Auslegungselemente, die in der Schweiz (vom Bundesgericht) und der EU (vom EuGH) verwendet werden, durchgeführt.

Es werden die klassischen Auslegungselemente (das grammatische, das historische, das systematische und das teleologische) in beiden Rechtsordnungen dargelegt. Weitere Elemente und Problematiken werden zusätzlich analysiert, wie die Rechtsvergleichung. Die Besonderheiten in der Auslegung des Kartellrechts werden in der Analyse berücksichtigt. Separat behandelt werden die Mehrsprachigkeit sowie das Verhältnis zwischen den Elementen zu einander. Das Wesen und die Bedeutung des Grundsatzes des *effet utile* wird im Vergleich zur europarechtskonformen Auslegung besprochen.

Diese Elemente werden anhand der Rechtsprechung beider höchster Gerichte (sofern möglich) analysiert und besonders auf Art. 23 FHA72 angewendet.

2. Sinn und Wesen der Auslegung

Eine genaue und eindeutige Definition der Auslegung (auch Interpretation genannt) ist in der Lehre schwer auffindbar. MEIER-HAYOZ redet von der «Ermittlung des objektiven Sinnes des Rechtssatzes»¹, SEYR etwas lyrischer mit der «Tätigkeit ..., durch die der Auslegende den Sinn des Textes zum Sprechen bringt»², zugleich aber auch das Resultat dieser Tätigkeit³. AMMANN geht von einer «*ascription of meaning to an object*» aus⁴.

In der Schweiz ist «die oberste rechtsprechende Behörde des Bundes» das Bundesgericht⁵ und damit auch für die Auslegung des in der Schweiz geltenden Völkerrechts zuständig⁶. Das schweizerische ZGB erwähnt die Auslegung⁷, aber führt nicht auf, welche Elemente zu berücksichtigen sind⁸.

Die Auslegung von Unionsrecht obliegt dem EuGH⁹, welcher über ein Auslegungsmonopol verfügt¹⁰; dies gilt auch für das für die EU massgebende Völ-

¹ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 140; in dieser Richtung auch STEINAUER, Rn. 320.

² SEYR, S. 21.

³ BESSON/GÄCHTER-ALGE, S. 6.

⁴ AMMANN, S. 44.

⁵ Art. 188 Abs. 1 BV.

⁶ Art. 95 lit. a BGG.

⁷ Art. 1 Abs. 1 ZGB.

⁸ Art. 1 Abs. 3 ZGB erwähnt dabei die bewährte Lehre und Überlieferung (d.h. Rechtsprechung).

⁹ Art. 267 Abs. 2 i.V.m. 263 AEUV.

¹⁰ ZEDLER, S. 51.

kerrecht¹¹. Die Verträge erwähnen aber nicht, auf welche Elemente der EuGH Bezug nehmen soll.

3. Bedeutung der VRK

Als Prämisse kann erwähnt werden, dass sowohl die Schweiz¹² als auch die EU¹³ dem Grundsatz des Monismus folgen, d.h. dass das nationale Recht und das Völkerrecht eine einzige Rechtsordnung darstellt. In keiner der beiden Rechtsordnungen ist aber eine spezifische Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung zur Auslegung von völkerrechtlichen Bestimmungen vorhanden.

Auf internationaler Ebene haben rund 45 Staaten in 1969 die Wiener Konvention über das Recht der Verträge abgeschlossen. Die Schweiz ist allerdings erst seit dem 6. Juni 1990 Vertragspartei der VRK¹⁴. Letztere sieht aber vor, dass sie Anwendung auf Verträge findet, «die von Staaten geschlossen werden, nachdem das Übereinkommen für sie in Kraft getreten ist»¹⁵. Eine Anwendung der VRK scheint damit ausgeschlossen. Allerdings hat das Bundesgericht 1996 eine Lösung erarbeitet: Die Grundsätze der VRK dürfen für Verträge berücksichtigt werden, die vor 1990 eingegangen wurden, denn sie entsprechen der bis dann entwickelten bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁶. In der Literatur wird die VRK teils als «*code de conduite*» angesehen¹⁷, auch wenn sie «*très lâche*» betrachtet werden kann¹⁸. Das Bundesgericht zieht entsprechend diese kodifizierten Grundsätze der VRK¹⁹ in die Auslegung völkerrechtlicher Verträge mit ein²⁰. Der EuGH folgt den gleichen Grundsätzen für die von der EU abgeschlossenen Verträge²¹. Das FHA72 untersteht also den Auslegungsgrundsätze

¹¹ EuGH, 30.4.1974, Rs. 181/73 (*Haegemann*), EU:C:1974:41, Rn. 5; bestätigt z.B. in EuGH, 27.2.2018, Rs. C-266/16 (*Western Sahara Campaign UK*), EU:C:2018:118, Rn. 46; BESSON/AMMANN, S. 334.

¹² BGE 122 II 177 (*SBN et al.*) E. 4a S. 237, 127 II 177 (*K.*) E. 2c S. 181; zum LuftVA auch BGE 138 II 42 (*Farnair*) E. 3.1. S. 47; BESSON, Rn. 1362.

¹³ Grundlegend in EuGH-Urteil *Haegemann*, Rn. 5; CALLIESS/RUFFERT/SCHMALENBACH, Art. 216 AEUV N 28.

¹⁴ S. Titel zur VRK, AS 1990 1112; BGer, 25.3.2014, Rs. 2C_907/2013 (*X.*), E. 2.2.7; AMMANN, S. 238. das Bundesgericht hat sich 1971 zum ersten Mal auf die VRK gestützt, vgl. AMMANN, S. 235.

¹⁵ Art. 4 VRK.

¹⁶ BGE 122 II 234 (*SBN et al.*) E. 4c S. 238; bestätigt insbes. im Bereich von Doppelbesteuerungsabkommen, s. BGE 141 II 447 (*X. und X.*) E. 4.3.1 S. 455.

¹⁷ BESSON/AMMANN, S. 348; ausgewogen AMMANN, S. 193.

¹⁸ BESSON, Rn. 1120.

¹⁹ Vgl. BGE 145 II 339 (*A. Ltd.*) E. 4.4.1 S. 347.

²⁰ BGE 142 V 48 (*A.*) E. 4.4.1 S. 53; zur Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit der VRK, vgl. eingehend AMMANN, S. 239 ff.

²¹ EuGH, 14.12.1991, Gutachten 1/91 (*EWR I*), EU:C:1991:490, Rn. 14; bestätigt im Rahmen des FHA EWG-Österreich in EuGH, 1.7.1993, Rs. C-312/91 (*Metalsa*), EU:C:1993:279, Rn. 12; BESSON/AMMANN, S. 335.

des VRK²² und letztere werden entsprechend berücksichtigt²³.

II. Klassische Auslegungselemente

Die Lehre hat vier klassische Auslegungselemente identifiziert, und kollektiv als Auslegungskanon bezeichnet²⁴. Dazu gehören das grammatische, das systematische, das historische und das teleologische Element.

1. Grammatisches Element

Einleitend kann gesagt werden, dass das Gesetz in Druckform erscheint. In der Schweiz wird dieses in der AS²⁵ veröffentlicht, in der EU im ABl²⁶.

Die Auslegung fängt entsprechend mit dem Wortlaut an²⁷; er gilt als «erste[r] und unverzichtbare[r] Ansatzpunkt jeder Auslegung»²⁸. Die Untersuchung des Wortlauts zwecks Auslegung wird in der Lehre unterschiedlich bezeichnet²⁹; diese Arbeit wird der Ausdruck «grammatisches Element» verwendet. Wie beide höchsten Gerichte die Mehrsprachigkeit ihrer respektiven Rechtsordnungen anhand nehmen, wird in Abschnitt III.1. besprochen.

a. Wortlaut und Wortsinn

Ziel der Auslegung anhand des grammatischen Elements ist die Ermittlung des möglichen Wortsinns³⁰. Die juristische Sprache verwendet die Alltagssprache, aber auch Fachbegriffe (sog. *termini technici*³¹) und eine eigene Terminologie³² (z.T. anhand Legaldefinitionen³³).

Wenn Fachbegriffe aus anderen wissenschaftlichen Gebieten stammen, wie z.B. der Volkswirtschaft im Fall von «Wettbewerb», soll das auslegende Gericht auch die einschlägige technische Bedeutung des Fachbegriffs berücksichtigen³⁴. Aus dieser Eigenschaft kann gesagt werden, dass Begriffe immer systematisch, d.h. im Kontext, verstanden und ausgelegt werden müssen³⁵. Dies

²² KOHLER, S. 98; OESCH, Europarecht, Rn. 818 und 913 m.H.

²³ OESCH, Europäisierung, S. 19; TOBLER, Wettbewerbsrecht, S. 11.

²⁴ BYDLISNKI, S. 437.

²⁵ Art. 2 PublG; STEINAUER, Rn. 263; für Staatsverträge, wie das FHA72, s. Art. 3 PublG.

²⁶ Art. 297 Abs. 1 UAbs. 3 Satz 1 AEUV.

²⁷ KRAMER, S. 67; PECHSTEIN/DRECHSLER, § 7 Rn. 17.

²⁸ HÖPFNER/RÜTHERS, S. 9; ähnlich AMMANN, S. 197.

²⁹ Vgl. illustrativ SCHÜBEL-PFISTER, S. 128.

³⁰ BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 6.2.1 S. 325 m.w.H.; BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 222; zur Wortlautgrenze, s. BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 226 ff.

³¹ KRAMER, S. 97.

³² MARTENS, S. 331.

³³ Illustrativ z.B. Art. 4 KG Abs. 1; BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 5.4.2 S. 324 m.H.

³⁴ BYDLISNKI, S. 438.

³⁵ ZK-BAUMANN, Art. 1 ZGB N 150; MARTENS, S. 333; ZÄCH, S. 48; zum systematischen

kann aber zu Abgrenzungsfragen führen³⁶.

b. Anwendung im Kartellrecht

In der Schweiz wird das Gesetz zuerst anhand seines Wortlauts ausgelegt³⁷. KRAMER warnt allerdings vor einem «Wortfetischismus»³⁸, da der Wortlaut nicht allein die Rechtsnorm liefern kann³⁹. Das Bundesgericht nimmt auch in der Anwendung des Kartellrechts das grammatische Element als «Ausgangspunkt» wahr⁴⁰ und hat bereits mehrmals⁴¹ seine Auslegung mit diesem Element angefangen. Des Weiteren legt es die Begrifflichkeiten zum Kartellrecht grundsätzlich autonom aus⁴².

Auf Unionsebene gilt auch, dass der EuGH sich zuerst mit dem Wortlaut befassen muss, um seine Interpretation vorzunehmen⁴³. Weil die EU eine eigene Rechtsordnung darstellt⁴⁴, legt der EuGH die Begriffe der Unionsverträge autonom aus⁴⁵. Der Wortlaut als Ausgangspunkt der Auslegung gilt auch im Kartellrecht⁴⁶.

Umstritten ist die Stelle des grammatischen Elements in beiden Rechtsordnungen. Für MEIER-HAYOZ ist der Wortlaut das «unentbehrliche Mittel, [um] den gesetzgeberischen Gedanken zu ermitteln»⁴⁷. Wenn das grammatische Element nicht für die Auslegung ausreichend ist, stehen dem EuGH auf weitere Auslegungselemente zur Verfügung⁴⁸. Gemäss SEYR greift der EuGH auf weitere Auslegungselemente zurück, auch wenn der Wortlaut klar scheint; damit ist die Bedeutung des grammatischen Elements in der Lehre umstritten⁴⁹. Gewis-

Element, vgl. Abschnitt II.2.

³⁶ Dazu s. WEBER, S. 8 zum Kartellrecht.

³⁷ Nur z.B. BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 6.3.4 S. 330; KOHLER, S. 41 f.

³⁸ KRAMER, S. 93.

³⁹ So gemäss KRAMER, S. 94 m.H.

⁴⁰ BGer, 24.6.2019, Rs. 2C_509/2018 (*Ticketcorner*), E. 3.3.

⁴¹ BGE 137 II 199 (*Swisscom*) E. 4.3.3 S. 209 (aber i.c. erst nach einer Einführung in die Entstehungsgeschichte des KG), 143 II 297 (*Gaba*) E. 5.1.1 S. 313 sowie E. 9.4.2 S. 339.

⁴² BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 6.2.1 S. 325; diese autonome Auslegung schliesst aber die Rechtsvergleichung (vgl. Abschnitt II.5.) und die europarechtskonforme Auslegung (vgl. Abschnitt III.2.b.) nicht aus.

⁴³ Grundlegend in EuGH, 5.2.1976, Rs. 87/75 (*Bresciani*), EU:C:1976:18, Rn. 16, Gutachten EWR I, Rn. 14; KADDOUS, S. 327 f.; KOHLER, S. 64 m.H.; MÖLLERS, § 4 Rn. 85; OESCH, Europarecht, Rn. 460 und 463 ff.

⁴⁴ Grundlegend EuGH, 15.7.1964, Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), EU:C:1964:66, S. 1269.

⁴⁵ EuGH, 6.10.1982, Rs. 283/81 (*CILFIT*), EU:C:1982:335, Rn. 19; IMMENGA/MESTMÄCKER, Einl EU B N 5.

⁴⁶ EuGH, 1.2.2018, Rs. C-261/16 P (*Kühne + Nagel International*), EU:C:2018:56, Rn. 45 ff.

⁴⁷ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 184.

⁴⁸ Ausdrücklich in EuGH, 31.3.1998, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95 (*Frankreich et al./Kommission*), EU:C:1998:148, Rn. 168 m.H., sowie EuGH, 7.9.2017, Rs. C-248/16 (*Austria Asphalt*), EU:C:2017:643, Rn. 20; letzteres bestätigt in EuGH, 31.5.2018, Rs. C-633/16 (*Ernst & Young*), EU:C:2018:371, Rn. 40.

⁴⁹ PIZARROSO CERUTI, S. 264; SEYR, S. 42 f. m.H.

se Autoren sind aus diesem Grund der Meinung, dass der EuGH kaum ein wortlauttreues Gericht ist⁵⁰. Nach gewissen Autoren unterschätzt die europarechtliche Literatur die Bedeutung des grammatischen Elements⁵¹.

Fraglich ist allerdings, ob ein klarer Wortlaut trotzdem mit Hilfe anderer Auslegungselemente ausgelegt werden muss (*in claris non fit interpretatio*, Eindeutigkeitsregel oder *sens clair*-Doktrin)⁵². Vereinzelt Autoren in der schweizerischen Lehre scheinen immer noch dafür zu sein⁵³. Die Mehrheit betrachtet diese Doktrin als überholt⁵⁴. Das Bundesgericht hat aber mehrmals darauf hingewiesen, dass «vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut ... nur abgewichen werden [darf], wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass er nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt»⁵⁵. Ist der Wortlaut hingegen nicht eindeutig, führt das Bundesgericht die Auslegung weiter⁵⁶. Der EuGH hat sich weder explizit für noch gegen *sens clair*-Doktrin⁵⁷ ausgesprochen⁵⁸. «Gelegentlich» soll sich Luxemburg für diese Doktrin entschieden haben⁵⁹. Diese Regel kann allerdings von einem vom teleologischen Element überzeugten Gericht gebeugt werden⁶⁰.

c. Bedeutung für das FHA72

Die VRK sieht vor, dass ein völkerrechtlicher Vertrag ausgelegt werden muss «*suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité*»⁶¹ sowie nach ihrem Zusammenhang, wobei hier sowohl der Text als auch Präambel und Anhänge berücksichtigt werden⁶².

Das grammatische Element gilt auch für Staatsverträge⁶³; das Bundesgericht wendet immer die *sens clair*-Doktrin für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge⁶⁴, auch im Rahmen des FHA⁶⁵. In der Auslegung von Art. 23 FHA hat

⁵⁰ PIZARROSO CERUTI, S. 264.

⁵¹ DEDERICH, S. 349; MÜLLER/CHRISTENSEN, Rn. 23 ff.

⁵² MÖLLERS, § 4 Rn. 64.

⁵³ KUNZ, Sondermethodik, S. 146.

⁵⁴ BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 225 m.H. der Fn. 557; KRAMER, S. 95.

⁵⁵ BGer-Urteil *Ticketcorner*, E. 3.3 (eigene Hervorhebung); früher in diesem Sinne auch BGE 105 II 49 (*OMO*) E. 3a S. 60; vgl. auch etwa BGE 139 I 72 (*Publigroupe*) E. 9.3.3.1 S. 99.

⁵⁶ Wie z.B. in BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 9.4.2 ff. S. 339 ff.

⁵⁷ Zur europarechtlichen Doktrin, vgl. eingehend MÜLLER/CHRISTENSEN, Rn. 16 ff.

⁵⁸ KRESSE, S. 158 f.; SCHÜBEL-PFISTER, S. 245.

⁵⁹ MÖLLERS, § 4 Rn. 85 und Fn. 188; gl.M. DEDERICH, S. 353 f.

⁶⁰ OGOREK, S. 27.

⁶¹ Art. 31 Abs. 1 VRK.

⁶² Art. 31 Abs. 2 VRK.

⁶³ AMMANN, S. 197.

⁶⁴ AMMANN, S. 246 m.w.H.

⁶⁵ BGE 105 II 49 (*OMO*) E. 3a und 3b S. 60.

das Bundesgericht weder in seinem Urteil *Adams*⁶⁶ noch im Urteil *Gaba*⁶⁷ auf das grammatische Element Bezug genommen. In der Auslegung vom FHA hat der EuGH schon den Wortlaut berücksichtigt, insbes. im Urteil *Polydor*⁶⁸.

Zusammenfassend kann man feststellen, dass der Wortlaut sowohl für das Bundesgericht als auch für den EuGH massgebende Bedeutung hat.

2. Systematisches Element

Rechtssätze werden nie individuell analysiert⁶⁹, da sie immer Teil eines grösseren Normengefüges⁷⁰, namentlich eines Gesetzes oder eines Staatsvertrages, und damit Teil der Rechtsordnung sind⁷¹. Dies beruht auf der Annahme, dass der Gesetzgeber vernünftig handelt⁷². Der Kontext des Gesetzes⁷³ und der Zusammenhang der Rechtsnormen zueinander⁷⁴ müssen entsprechend berücksichtigt werden. Dies soll auch Widersprüche in einer Rechtsordnung vermeiden⁷⁵, obwohl dies zur Natur des Gesetzes gehört⁷⁶.

Das systematische Element beruht auf der Annahme, dass Rechtsnormen Teil eines kohärenten Ganzen sind⁷⁷. Dies gilt sowohl in der Schweiz⁷⁸ als auch in der EU⁷⁹. Die Analyse des «Platzes» des Rechtssatzes in der Rechtsordnung wird als «systematisches Element» der Auslegung (oder auch kontextuelle Auslegung⁸⁰) bezeichnet.

a. Innere und äussere Systematik

Das Gesetz kennt zwei Systeme: ein äusseres System und ein inneres System. Das äussere System setzt sich aus der formellen Struktur des Gesetzes, insbes. aus dessen Gliederung zusammen⁸¹. Hilfreich für deren Ermittlung sind

⁶⁶ BGE 104 IV 175 (*Adams*).

⁶⁷ BGE 143 II 297 (*Gaba*).

⁶⁸ EuGH, 9.2.1982, Rs. 270/80 (*Polydor*), EU:C:1982:43, Rn. 14 f.

⁶⁹ STEINAUER, Rn. 273.

⁷⁰ AMMANN, S. 202; PECHSTEIN/DRECHSLER, § 7 Rn. 22.

⁷¹ KRAMER, S. 102.

⁷² LENAERTS/GUTIÉRREZ-FONS, S. 17.

⁷³ MARTENS, S. 406; BESSON/GÄCHTER-ALGE, S. 21, reden auch von einer «*méthode contextualiste*».

⁷⁴ PECHSTEIN/DRECHSLER, § 7 Rn. 22.

⁷⁵ HÖPFNER/RÜTHERS, S. 12; MÜLLER/CHRISTENSEN, Rn. 61; SEYR, S. 45.

⁷⁶ Vgl. BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 188.

⁷⁷ KOHLER, S. 44.

⁷⁸ Allgemein BGE 120 II 112 (*Beat S./Verena S.*) E. 3b S. 114; BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 188.

⁷⁹ MESTMÄCKER/SCHWEITZER, § 4 Rn. 41; SchIa GA VAN GERVEN, 27.10.1993, Rs. C-128/92 (*Bank*), EU:C:1993:860, Rn. 25 m.w.H.

⁸⁰ KOHLER, S. 65.

⁸¹ KRAMER, S. 104; REIMER, Rn. 311; einleuchtend auch BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 5.1.3 S. 314: «Aus *systematischer* Sicht sind zwei Aspekte – ein gesetzssystematischer und ein inner-Art. 5-systematischer – hervorzuheben ...» (eigene Hervorhebung, Kursiv im Original).

insbes. die Marginalien⁸². Gewisse Autoren sind der Meinung, dass das systematische Element auch die Rechtsvergleichung beinhaltet⁸³.

Das innere System wird von KRAMER als «konsistentes System von Wertentscheidungen» verstanden⁸⁴. Diese innere Systematik ist auch Ausdruck der Regelungsabsicht des Gesetzgebers; dessen Studium und Abwägung in der Auslegung werden teilweise als systematisch-teleologisches Element von der Lehre bezeichnet⁸⁵.

Wie erwähnt, sind die Widersprüche innerhalb einer Rechtsordnung zu vermeiden, aber nicht immer vermeidbar. Dazu werden zwei Instrumente angewendet, die Prinzipien *lex posterior derogat legi anteriori* und *lex superior derogat legi inferiori*. Das erste Prinzip besagt, dass das später beschlossene Gesetz dem früheren vorgeht; das zweite Prinzip, dass das übergeordnete Gesetz dem untergeordneten vorgeht.

b. Anwendung im Kartellrecht

Die Berücksichtigung der Systematik bei der Auslegung findet in der innerstaatlichen Anwendung des schweizerischen Kartellrechts statt⁸⁶, wie den Urteilen *Swisscom*⁸⁷, *Gaba*⁸⁸ und *BMW*⁸⁹ zu entnehmen ist. «Bei der Auslegung des Kartellgesetzes sind u.a. auch die Verfassungsbestimmungen zu berücksichtigen»⁹⁰.

Für den EuGH spielt dieses Interpretationselement eine erhebliche («*considerable*») Rolle⁹¹ und wurde in klar im Urteil *CILFIT* ausgedrückt⁹² sowie in Urteilen zum Kartellrecht⁹³. Deren Bedeutung kann allerdings u.a. durch den Grundsatz des *effet utile*⁹⁴ begrenzt werden⁹⁵.

Die wichtige Rolle des systematischen Elements wird also allgemein von bei-

⁸² KRAMER, S. 107.

⁸³ KOHLER, S. 44 m.H. auf STEINAUER, Rn. 296; mehr dazu, vgl. Abschnitt II.5.

⁸⁴ KRAMER, S. 104.

⁸⁵ BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 255.

⁸⁶ WEBER, S. 9.

⁸⁷ BGE 137 II 199 (*Swisscom*) E. 4.3.4 S. 210 f.

⁸⁸ BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 4.1 S. 311 und E. 9.4.4 S. 340.

⁸⁹ BGE 144 II 194 (*BMW*) E. 4.3.1 S. 198.

⁹⁰ BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 5.3.5 S. 322 (eigene Hervorhebung); auch BGE 144 II 194 (*BMW*) E. 4.4.2 S. 200; auch allgemein zur verfassungskonformen Auslegung, s. BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 260 ff.

⁹¹ HESSELINK, S. 454; PECHSTEIN/DRECHSLER, § 7 Rn. 26; kritisch DEDERICH, S. 357.

⁹² EuGH-Urteil *CILFIT*, Rn. 20: «Schließlich ist jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts ... auszulegen» (eigene Hervorhebung); IMMENGA/MESTMÄCKER, Einl EU B N 6.

⁹³ Deutlich im EuGH-Urteil *Austria Asphalt*, Rn. 20; vgl. auch EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76 (*La Roche-Hoffmann*), EU:C:1979:36, Rn. 125.

⁹⁴ S. dazu Abschnitt III.2.

⁹⁵ HESSELINK, S. 454; PECHSTEIN/DRECHSLER, § 7 Rn. 26.

den Gerichten kaum nicht in Frage gestellt.

c. Hohe praktische Bedeutung für das FHA72

Die Bedeutung des systematischen Elements in der völkerrechtlichen Auslegung wird «mangels der Existenz eines geschlossenen Systems von Rechtsregeln» von gewissen Autoren in Frage gestellt⁹⁶. Dieser Auffassung kann mithilfe von Art. 31 Abs. 2 und 3 VRK widersprochen werden. Die Wiener Konvention sieht ausdrücklich vor, dass die Anlagen (oder Anhänge)⁹⁷ zum «Zusammenhang» gehören⁹⁸ aber auch «jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde»⁹⁹. Damit sind Protokolle gemeint, die integralen Bestandteile sind¹⁰⁰, aber auch Erklärungen zum Originalvertragstext¹⁰¹. Mit der Auslegung nach Art. 31 VRK hat das systematische (zusammen mit dem teleologischen) Element eine «vorrangige Bedeutung» («*importance prépondérante*»)¹⁰².

Das «System» des FHA72 ist vom EuGH im Urteil *Les Rapides* als Auslegungselement anerkannt worden¹⁰³. Der Kontext bzw. Zusammenhang eines FHA wurde im Urteil *Polydor* ebenfalls als eines der massgebenden Auslegungselemente aufgeführt¹⁰⁴. Das *lex posterior*-Prinzip und *lex specialis*-Prinzip können für diejenigen Teile des FHA72 angewendet werden, die von den diversen Protokollen und Briefwechseln seit 1972 das FHA72 revidieren bzw. ergänzen oder ausführen¹⁰⁵. Dies wird sowohl vom EuGH¹⁰⁶ als auch vom Bundesgericht¹⁰⁷ berücksichtigt.

d. Rolle der Erklärung zu Art. 23 Abs. 1 FHA72

Fragliche Bedeutung hat weiterhin die Erklärung zur Auslegung von Art. 23 Abs. 1 FHA72 (nachfolgend als «Auslegungserklärung» bezeichnet)¹⁰⁸.

⁹⁶ SCHÜBEL-PFISTER, S. 129; für weitere Kritiken, vgl. AMMANN, S. 207.

⁹⁷ So in der dt. (nicht authentischen) Übersetzung der VRK. Die frz. authentische Version (vgl. Art. 85 VRK) verwendet den Begriff «*annexes*». Die DV selbst redet von Anhängen, vgl. DV, Praxisleitfaden, Rn. 63 f.

⁹⁸ Art. 31 Abs. 2 VRK.

⁹⁹ Art. 31 Abs. 2 lit. a VRK.

¹⁰⁰ DV, Praxisleitfaden, Rn. 63; s. auch Art. 33 FHA72.

¹⁰¹ VCLT Comm.-SORE/BORÉ EVENO, Art. 31 N 38.

¹⁰² KOHLER, S. 96.

¹⁰³ EuGH, 12.7.1984, Rs. 218/83 (*Les Rapides*), EU:C:1984:275, Rn. 17.

¹⁰⁴ EuGH-Urteil *Polydor*, Rn. 8.

¹⁰⁵ Die konsolidierte Liste solcher völkerrechtlichen Instrumente kann in den SR-Nummern 0.632.401.01 bis 0.632.401.92 konsultiert werden.

¹⁰⁶ Für das Protokoll 3 zum FHA72, s. EuGH-Urteil *Les Rapides*, Rn. 18.

¹⁰⁷ BGE 105 II 49 (*OMO*) E. 3a S. 60, 114 Ib 168 (*Medigros*) E. 1a S. 170, 118 Ib 367 (*PVC*) E. 6a S. 377.

¹⁰⁸ Schlussakte zum FHA72, Erklärung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu Artikel 23 Absatz 1 des Abkommens (SR 0.632.401.7).

Diese Erklärung ist von der EWG beim FHA72-Abschluss vorgelegt worden. Sie schreibt vor, dass auf EWG-Ebene Art. 23 Abs. 1 FHA72 nach den Kriterien von Art. 85, 86, 90 und 92 EGV¹⁰⁹ angewendet werden soll. Es handelt sich dabei nicht um ein schweizerisches Unikum. Bevor nachfolgende Länder der EWG beigetreten sind, hatten Finnland¹¹⁰, Österreich¹¹¹, Portugal¹¹² sowie Schweden¹¹³ ebenfalls eine identische Erklärung in ihren respektiven FHA mit der EWG. Mit Norwegen ist bis heute ein FHA¹¹⁴ mit identischer Erklärung in Kraft.

Diese Auslegungserklärung stellt eine einseitige Erklärung dar, die die Schweiz keineswegs verpflichtet¹¹⁵. Im Fall *Gaba* hat das Bundesgericht 2016 allerdings festgestellt, dass Art. 23 Abs. 1 lit. i FHA72 mit dem Grundsatz von Art. 101 AEUV übereinstimmt¹¹⁶.

In den Rechtssachen, in welchen sich der EuGH im Wesentlichen mit dem FHA72 befasst hat¹¹⁷, hat Luxemburg nie explizit auf die Auslegungserklärung Bezug genommen. Die für diese Rechtssachen zuständigen GA haben die Auslegungserklärung in ihren Schlussanträgen auch nicht erwähnt. Einzige Erwähnung fand sie durch Herrn ADAMS im gleichnamigen EuGH-Urteil¹¹⁸, worauf der Gerichtshof nicht reagiert hat, als er die Klage abgewiesen hat¹¹⁹.

Interessant ist allerdings die Aussage der Kommission in 2007¹²⁰, wonach die Schweiz keine Einwände zur Auslegungserklärung gemacht hat («*la Suisse n'a pas objecté à cette déclaration*»). Diese Aussage der Kommission ist in der Lehre kritisch bewertet worden. FELDER/SIEGWART haben darauf hingewiesen, dass die Schweiz nicht auf die Erklärung hätte reagieren müssen, weil diese keine juristische Wirkung auf die Schweiz hat («*puisque cette déclaration unilatérale n'a*

¹⁰⁹ Heute Art. 101 ff. AEUV.

¹¹⁰ Abkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Finnland vom 5. Oktober 1973, ABl. L 328, 28.11.1973, S. 2 ff. und S. 105 für die Erklärung.

¹¹¹ Abkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Österreich vom 22. Juli 1972, ABl. L 300, 31.12.1972, S. 2 ff. und S. 92 für die Erklärung.

¹¹² Abkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Portugiesischen Republik vom 22. Juli 1972, ABl. L 301, 31.12.1972, S. 165 ff. und S. 356 für die Erklärung.

¹¹³ Abkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und dem Königreich Schweden vom 14. Mai 1972, ABl. L 300, 31.12.1972, S. 97 ff. und S. 184 für die Erklärung.

¹¹⁴ Abkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und dem Königreich Norwegen vom 14. Mai 1973, ABl. L 171, 27.6.1973, S. 2 ff. und S. 102 für die Erklärung.

¹¹⁵ Vgl. FELDER/SIEGWART, S. 389.

¹¹⁶ BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 8 S. 337.

¹¹⁷ EuGH, 24.4.1980, Rs. 65/79 (*Chatain*), EU:C:1980:108; EuGH, 12.7.1984, Rs. 218/83 (*Les Rapides*), EU:C:1984:275; EuGH, 27.11.1984, Rs. 99/83 (*Fioravanti*), EU:C:1984:360; EuGH, 7.11.1985, Rs. 53/84 (*Adams*), EU:C:1985:449.

¹¹⁸ EuGH-Urteil *Adams*, Rn. 6.

¹¹⁹ EuGH-Urteil *Adams*, Rn. 19.

¹²⁰ KOMMISSION, Beihilfen-Entscheidung, Rn. 27.

aucun effet juridique pour la Suisse)¹²¹. Dies lässt sich auf Grund der Praxis der Bundesbehörden in der Behandlung solcher Erklärungen bestätigen¹²².

Die praktische Bedeutung dieser Auslegungserklärung scheint also für die Gerichte gering zu sein.

3. Historisches Element

Das historische Element wird in der Auslegung einbezogen, um die geschichtliche Situation zur Zeit des Normerlasses zu berücksichtigen¹²³. Es wird von einem Teil der (schweizerischen) Lehre als «ernstzunehmendes Element» bezeichnet¹²⁴ und gleich als das kontroverseste Element wahrgenommen¹²⁵.

a. Objektiv-historisches und subjektiv-historisches Element

Dieses Element kann objektiv oder subjektiv sein¹²⁶; diese Unterscheidung ist besonders in den deutschen und schweizerischen Rechtsordnungen von Bedeutung¹²⁷.

Das objektiv-historische Element berücksichtigt die sozioökonomischen und politischen Umstände, in denen der Gesetzgeber die auszulegende Norm erlassen hat¹²⁸.

Im Gegensatz dazu ermittelt das subjektiv-historische Element den Willen des Gesetzgebers¹²⁹. Diese Übung kann sich als schwer erweisen, da eine genaue Identifizierung des Gesetzgebers Probleme stellen kann¹³⁰.

b. Instrumente zur Ermittlung

Zur Ermittlung des historischen Elements dienen die sog. Gesetzesmaterialien (auf frz. «*travaux préparatoires*»)¹³¹; sie sind sowohl für das subjektiv-historische Element¹³² als auch für das objektiv-historische Element¹³³ von Bedeutung. Vorsicht und kritische Betrachtung in deren Berücksichtigung sollen allerdings geboten sein¹³⁴, d.h. dass man mit den Gesetzesmaterialien nicht wählerisch

¹²¹ FELDER/SIEGWART, S. 389; gl.M. COTTIER *et al.*, Rn. 702.

¹²² DV, Praxisleitfaden, Rn. 146 f.

¹²³ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 215; KOHLER, S. 43.

¹²⁴ ZK-BAUMANN, Art. 1 ZGB N 155.

¹²⁵ AMMANN, S. 216.

¹²⁶ KOHLER, S. 43.

¹²⁷ AMMANN, S. 213.

¹²⁸ KOHLER, S. 43.

¹²⁹ KOHLER, S. 43.

¹³⁰ Ausführlich BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 310.

¹³¹ BYDLISNKI, S. 449.

¹³² BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 216.

¹³³ MARTENS, S. 391.

¹³⁴ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 217; STEINAUER, Rn. 300.

vorgehen darf¹³⁵.

Die Botschaft des Bundesrates nimmt in der Schweiz eine zentrale Stelle für die Ermittlung des historischen Elements ein; sie dient der Erstkommentierung des Gesetzes¹³⁶. Amtliche Dokumente zu den gesetzgeberischen Vorarbeiten sowie die Protokolle der parlamentarischen Beratungen sollen auch berücksichtigt werden¹³⁷. Das europäische Äquivalent der Botschaft ist der Kommissionsvorschlag¹³⁸.

c. Anwendung im Kartellrecht

1971 hat das Bundesgericht klar festgehalten, dass der «Wille des Gesetzgebers für die Auslegung einer Norm allein nicht entscheidend» ist, dass er aber gleichwohl ein «Auslegungselement» bildet und darf damit berücksichtigt werden¹³⁹. In der Anwendung des Kartellrechts hat Mon-Repos in den Urteilen *Swisscom*¹⁴⁰, *Publigroupe*¹⁴¹, *Gaba*¹⁴², *BMW*¹⁴³ sowie *Altimum*¹⁴⁴ wiederholt auf das historische Element zurückgegriffen¹⁴⁵. Im Urteil *Gaba* führt sogar das Bundesgericht eine Art historisch-rechtsvergleichende Auswertung der bundesrätlichen Materialien durch¹⁴⁶.

Die Rolle des historischen Elements in der Auslegungspraxis des EuGH muss zwischen Primär- und Sekundärrecht unterschieden werden. Für die Rolle der Auslegung des Primärrechts scheint die Lehre uneinig zu sein¹⁴⁷. Haupteinwand gegen dieses Element ist die lange Unzugänglichkeit der Materialien zu den Gründungsverträgen¹⁴⁸. Aus diesem Grund scheinen sowohl das objektiv-historische Element¹⁴⁹ als das subjektiv-historische Element¹⁵⁰ für die Judika-

¹³⁵ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 220.

¹³⁶ BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 313.

¹³⁷ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 215.

¹³⁸ Art. 17 Abs. 2 EUV und Art. 284 Abs. 2 AEUV; MARTENS, S. 369.

¹³⁹ BGE 97 I 820 (*Baenziger*) E. 3 S. 823 f. (eigene Hervorhebungen); vorsichtig auch WEBER, S. 10, in den jüngeren Zeiten des KG.

¹⁴⁰ BGE 137 II 199 (*Swisscom*) E. 4.3.2 S. 209 f.

¹⁴¹ BGE 139 I 72 (*Publigroupe*) E. 8.2.3 S. 89 f. sowie E. 9.3.1 S. 97.

¹⁴² BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 5.1.2 S. 313, E. 5.2.3 S. 316, E. 6.2.2. f. S. 326, E. 6.4.1 S. 331 f. sowie E. 9.4.5 S. 340 mit der Erwähnung der bundesrätlichen Botschaft, der parlamentarischen Debatten (subjektiv-historisches Element) und der juristischen Sachlage bei der KG-Revision 1995 und 2002 (objektiv-historisches Element).

¹⁴³ BGE 144 II 194 (*BMW*) E. 4.3.1 S. 198.

¹⁴⁴ BGE 144 II 246 (*Altimum*) E. 10.1 S. 262.

¹⁴⁵ In Urteilen kurz nach der KG95-Revision hat das Bundesgericht oft sich in seiner Auslegung auf die Botschaft des Bundesrates gestützt, vgl. z.B. BGE 129 II 18 (*Buchpreisbindung*) E. 4. S. 23.

¹⁴⁶ BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 5.1.2 S. 313 f. sowie E. 6.2.3 S. 326.

¹⁴⁷ MARTENS, S. 378.

¹⁴⁸ LEISNER, S. 695; BECK, S. 506.

¹⁴⁹ BUCK, S. 147.

¹⁵⁰ BUCK, S. 146.

tur des EuGH sehr geringe Bedeutung zu haben. Gewisse Autoren sprechen dem Element als blosser Hilfsfunktion in der Auslegung zu¹⁵¹, andere gar keine Bedeutung¹⁵². Dieser skeptischen Haltung gegenüber dem historischen Element wird durch eine jüngere Lehre widersprochen¹⁵³, auch durch den EuGH selbst in der Auslegung des Primärrechts¹⁵⁴. Der EuGH äussert sich allerdings nicht zur Stellung dieses Elements im Auslegungskanon¹⁵⁵. Luxemburg hat mehrmals in späteren Urteilen (in 2013¹⁵⁶ zum ersten Mal in abstrakter Weise¹⁵⁷, dann in 2016¹⁵⁸ und 2018¹⁵⁹) die Relevanz der Entstehungsgeschichte¹⁶⁰ für die Auslegung des Primärrechts bestätigt. Der Einbezug der *travaux préparatoires* gilt als eine Neuerung in der Auslegungspraxis des EuGH¹⁶¹. Hingegen wird das historische Element in der Auslegung des Sekundärrechts vom EuGH regelmässig erwähnt und angewandt¹⁶².

Zusammengefasst kann gesagt werden, dass dem historischen Element in der Auslegungspraxis beider Gerichte im Kartellrecht, wie auch im Unionsprimärrecht, eine merkwürdige Bedeutung zukommt.

d. Bedeutung für das FHA72

Die *travaux préparatoires* werden ausdrücklich von der VRK als zusätzliches Auslegungselement vorgesehen¹⁶³. Dieses soll allerdings nur einbezogen werden, um ein Auslegungsergebnis gemäss Art. 31 VRK zu bestätigen¹⁶⁴; diese Variante wird am häufigsten durch die Gerichte gebraucht¹⁶⁵. Eine andere Möglichkeit der Einbeziehung ist, wenn das Auslegungsergebnis eine mehrdeutige oder dunkle Bedeutung hat¹⁶⁶ oder zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt¹⁶⁷. Die *travaux préparatoires* geniessen al-

¹⁵¹ MARTENS, S. 379.

¹⁵² DEDERICH, S. 358; HARATSCH/KOENIG/PECHSTEIN, Rn. 493.

¹⁵³ MÖLLERS, § 4 Rn. 176; ausgewogen LENAERTS/GUTIÉRREZ-FONS, S. 31; zurückhaltend HÖPFNER/RÜTHERS, S. 14; a.M. MARTENS, S. 395 sowie KOHLER, S. 66.

¹⁵⁴ EuGH, 27.11.2012, Rs. C-370/12 (*Pringle*), EU:C:2012:756, Rn. 135 mit explizitem Bezug auf die *travaux préparatoires*.

¹⁵⁵ POLZIN, S. 887.

¹⁵⁶ EuGH, 3.10.2013, Rs. C-583/11 P (*Inuit Tapiriit Kanatami et al.*), EU:C:2013:625, Rn. 50.

¹⁵⁷ POLZIN, S. 897 und Fn. 83.

¹⁵⁸ EuGH, 17.3.2016, Rs. C-286/14 (*Parlament/Kommission*), EU:C:2016:183, Rn. 43.

¹⁵⁹ EuGH, 10.12.2018, Rs. C-621/18 (*Wightman et al.*), EU:C:2018:999, Rn. 47.

¹⁶⁰ Vgl. EuGH-Urteil *Inuit Tapiriit Kanatami et al.*, Rn. 50; POLZIN, S. 897.

¹⁶¹ POLZIN, S. 878.

¹⁶² EuGH, 7.2.1979, Rs. 11/76 (*Niederlande/Kommission*), EU:C:1979:28, Rn. 6; EuGH-Urteil *Frankreich et al./Kommission*, Rn. 167 f.; EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P (*Intel*), EU:C:2017:632, Rn. 86; allgemein MARTENS, S. 396 ff. und FENNELLY, S. 666.

¹⁶³ Art. 32 VRK.

¹⁶⁴ Art. 32 1. Variante VRK.

¹⁶⁵ VCLT Comm.-LE BOUTHILLIER, Art. 32 N 10.

¹⁶⁶ Art. 32 lit. a VRK.

¹⁶⁷ Art. 32 lit. b VRK.

lerdings als VRK-Auslegungselement nicht den gleichen Rang als diejenigen gemäss Art. 31 VRK¹⁶⁸ und haben damit «bloss subsidiäre Relevanz»¹⁶⁹.

Das historische Element spielt eine herausragende Rolle für die Auslegung des FHA72. Im «berühmt-berüchtigten»¹⁷⁰ Urteil *Adams* des Bundesgerichts hat Lausanne auf die Botschaft des Bundesrats¹⁷¹ explizit Bezug genommen¹⁷². Das FHA72 wird in diesem Urteil als «reines Handelsabkommen» beschrieben, wobei eine Angleichung der schweizerischen und europäischen Wettbewerbsordnung bewusst ausgeschlossen worden ist¹⁷³. Diese Ansicht wurde sowohl im Urteil *OMO* (unter dem Begriff der «Entstehungsgeschichte»)¹⁷⁴ als auch im Urteil *SOVAG*¹⁷⁵ bestätigt. Diese Haltung des Bundesgerichts wird von einem Teil der Lehre kritisiert¹⁷⁶.

Für den EuGH ist die Bedeutung des historischen Elements für das FHA72 wegen rarer Rechtsprechung zum Thema kaum einzuschätzen. Des Weiteren gibt es keine frei zugängliche Dokumentation zur Entscheidungsfindung der Kommission, des Rates oder des Parlaments zum Abschlussverfahren des FHA72 von Seite der EU.

Beim historischen Element kann man entsprechend eine klare Zäsur zwischen der Lausanner und der Luxemburgischen Praxis identifizieren.

4. Teleologisches Element

Das teleologische Element (auch als «legislativ-politisches» Element bezeichnet)¹⁷⁷ ermittelt das Ziel und den Zweck der Rechtsnorm¹⁷⁸.

a. *Ratio legis* als Leitidee

Dafür ist die sog. *ratio legis* (der vom Gesetzgeber angestrebte rechtspolitische Zweck der Rechtsnorm¹⁷⁹) von besonderer Bedeutung¹⁸⁰; sie hat gegenüber dem Wortlaut ein «stärkeres Gewicht» in der Schweiz als in ihren Nachbarländern¹⁸¹. Eine «besonders wichtige Rolle» hat dieses Element auch bei der

¹⁶⁸ VCLT Comm.-LE BOUTHILLIER, Art. 32 N 14.

¹⁶⁹ WALTER, Das rechtsvergleichende Element, S. 266; gl.M. BESSON, Rn. 1123.

¹⁷⁰ TOBLER, Wettbewerbsrecht, S. 19.

¹⁷¹ Botschaft KG95, S. 370.

¹⁷² BGE 104 IV 175 (*Adams*) E. 2c S. 179.

¹⁷³ BGE 104 IV 175 (*Adams*) E. 2c S. 179.

¹⁷⁴ BGE 105 II 49 (*OMO*) E. 3a S. 59.

¹⁷⁵ BGE 131 II 271 (*SOVAG*) E. 10.3 S. 294.

¹⁷⁶ COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 375; JACOT-GUILLARMOD, S. 355.

¹⁷⁷ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB Titel vor N 192.

¹⁷⁸ BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 195; KOHLER, S. 45.

¹⁷⁹ STEINAUER, Rn. 301 Fn. 74.

¹⁸⁰ STEINAUER, Rn. 305; KOHLER, S. 45.

¹⁸¹ So BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 290 m.H.

Auslegung des Unionsrechts¹⁸².

Dafür gibt der Gesetzgeber am Anfang seiner Erlasse ausdrücklich das angestrebte Ziel bekannt¹⁸³. Dieses mag für längere Zeitperioden festbleiben, deren Auslegung muss sich nach Ansicht eines Teiles der Lehre an «veränderten Lebensbedingungen» anpassen¹⁸⁴. Diese Dynamik ist sogar ein Kernmerkmal des teleologischen Elements im Auslegungskanon¹⁸⁵.

b. Anwendung im Kartellrecht

Das Bundesgericht hat 2005 bei der Auslegung des KG festgehalten, dass mit der Anwendung des teleologischen Elements die Rechtsnorm «à la lumière des intentions du législateur»¹⁸⁶ auszulegen ist. Im Urteil *Gaba* hat Mon-Repos weiterhin direkt das teleologische Element mit dem Regelungsziel des KG in Verbindung gesetzt¹⁸⁷. Im Bereich des Kartellrechts wird dieses Element durchaus vom Bundesgericht angewendet¹⁸⁸.

In Luxemburg spielt das teleologische Element eine herausragende¹⁸⁹ Rolle, steht in der Spruchpraxis des EuGH «ganz im Vordergrund»¹⁹⁰ und stellt damit ein «zentrales» Element in dessen Instrumentarium dar¹⁹¹. Diese Bewertung wird von einzelnen Autoren kritisiert¹⁹². Dafür beruft sich der EuGH auf den Sinn, den Zweck, das Ziel oder den Geist einer Rechtsnorm¹⁹³, und stützt sich auf die Vertragsziele der Union¹⁹⁴, insbes. auf Art. 3 EUV¹⁹⁵. Er verwendet aber selten die Begrifflichkeit «teleologisches Element»¹⁹⁶. Dieses Element hat natürlich auch in der Auslegung des Kartellrechts eine Rolle¹⁹⁷.

Das teleologische Element hat also für beide Gerichte eine erhebliche Bedeutung, sowohl allgemein als auch im Kartellrecht.

¹⁸² MARTENS, S. 456.

¹⁸³ STEINAUER, Rn. 303; illustrativ dazu der Zweckartikel des KG (Art. 1 KG).

¹⁸⁴ BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 397.

¹⁸⁵ BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 397.

¹⁸⁶ BGE 131 II 497 (*Edipresse*) E. 5.4 S. 511 (eigene Hervorhebung).

¹⁸⁷ BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 3.2.3 S. 305.

¹⁸⁸ Nur z.B. BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 6.3.4 S. 330 sowie E. 9.4.4 S. 340.

¹⁸⁹ MÖLLERS, § 5 Rn. 4; CALLIESS/RUFFERT/WEGENER, Art. 19 EUV N 16; in dieser Richtung auch REIMER, Rn. 271.

¹⁹⁰ OESCH, Europarecht, Rn. 468.

¹⁹¹ SCHÜBEL-PFISTER, S. 130.

¹⁹² DEDERICH, S. 354.

¹⁹³ MÖLLERS, § 5 Rn. 4; MÜLLER/CHRISTENSEN, Rn. 88.

¹⁹⁴ EuGH-Urteil *CILFIT*, Rn. 20; PECHSTEIN/DRECHSLER, § 7 Rn. 27; OESCH, Europarecht, Rn. 468 f.

¹⁹⁵ IMMENGA/MESTMÄCKER, Einl EU B N 8.

¹⁹⁶ FENNELLY, S. 664.

¹⁹⁷ EuGH-Urteil *Austria Asphalt*, Rn. 20.

c. Zentrales Element für das FHA72

Die VRK sieht ausdrücklich vor, dass ein völkerrechtlicher Vertrag auch im Lichte seines Zieles und Zweckes («à la lumière de son objet et de son but») auszulegen ist¹⁹⁸. Dieses Element ist auch oft von nationalen Gerichten erwähnt, wenn sie völkerrechtlichen Bestimmungen auslegen¹⁹⁹. Die Zwecke des FHA72 sind klar definiert, und dazu zählt die Gewährleistung gerechter Wettbewerbsbedingungen im Warenverkehr zwischen den Vertragsparteien²⁰⁰.

Aus dem BGer-Urteil *Adams* lassen sich an verschiedenen Stellen die Spuren des teleologischen Elements erraten. Das Bundesgericht spricht von einem «bewussten» Ausschluss der Angleichung von Rechtsnormen zwischen der Schweiz und der damaligen EG²⁰¹. Diese Bewertung stützt sich auf die Botschaft²⁰² aber ausführlicher auch auf die Antwort des Bundesrates zur Einfachen Anfrage Jauslin²⁰³, in welcher die Absicht der Vertragspartei Schweiz eindeutig dargestellt wird. Im Urteil *Gaba* hat das Bundesgericht erneut auf den Zweck des FHA72 für dessen Auslegung Bezug genommen²⁰⁴.

Aus dem EuGH-Urteil *Adams* geht hervor, dass Luxemburg auf die Zwecke des FHA72 hinweist²⁰⁵. Bedeutungsvoll ist die Argumentation des EuGH im Urteil *Polydor*. In diesem Urteil weisen verschiedene Bestimmungen des FHA Portugal-EWG Ähnlichkeiten mit Bestimmungen des EWGV auf²⁰⁶. Die «Ähnlichkeit des Wortlauts» bietet aber keine genügende Basis, um die EWGV-Bestimmungen identisch auf diejenigen des FHA EWG-Portugal zu übertragen²⁰⁷. Trotz rechtsvergleichender Überlegungen²⁰⁸ verweigert der EuGH die Übertragung aus teleologischen Gründen²⁰⁹. Diese Ansicht wurde im Urteil *Legros* bestätigt mit einem expliziten Verweis auf das Ziel des FHA (i.c. zwischen der EWG und Schweden)²¹⁰. Im Urteil *Metalsa*²¹¹ bringt der EuGH die Ausführungen des Urteils *Polydor* direkt in Zusammenhang mit Art. 31 VRK²¹².

¹⁹⁸ Art. 31 Abs. 1 VRK; BESSON, Rn. 1124.

¹⁹⁹ AMMANN, S. 210 und 247 (zum Bundesgericht).

²⁰⁰ Art. 1 lit. b FHA72.

²⁰¹ BGE 104 IV 175 (*Adams*) E. 2c S. 179.

²⁰² Botschaft FHA72, S. 730.

²⁰³ Einfache Anfrage Jauslin (75.791): Fernsehen. Sendung «Kassensturz» vom 15. September 1975; Text der Einfachen Anfrage und Antwort des Bundesrates sind im Amtl. Bull. 1976 S 177 einzusehen.

²⁰⁴ BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 8 S. 336 f.

²⁰⁵ EuGH-Urteil *Adams*, Rn. 15.

²⁰⁶ EuGH-Urteil *Polydor*, Rn. 14.

²⁰⁷ EuGH-Urteil *Polydor*, Rn. 15.

²⁰⁸ Dazu vgl. Abschnitt II.5.c.

²⁰⁹ EuGH-Urteil *Polydor*, Rn. 16.

²¹⁰ EuGH, 16.7.1992, Rs. C-163/90 (*Legros*), EU:C:1992:326, Rn. 23.

²¹¹ EuGH-Urteil *Metalsa*, Rn. 10 ff.

²¹² TOBLER, *Grimme*, S. 373.

Das teleologische Element scheint also ebenfalls für das FHA72 erhebliche Bedeutung für beide Gerichte zu haben, und stellt ein von beiden Gerichten häufig verwendetes Mittel dar, um vom Wortlaut abweichen zu können.

5. Rechtsvergleichung

Unter Rechtsvergleichung versteht man die Berücksichtigung fremden Rechts in der Anwendung und Auslegung des eigenen Rechts zwecks Identifikation von Ähnlichkeiten und Unterschieden²¹³.

a. Fünfte Spur des Auslegungskanons

Sie gilt als «fünfte Spur» in Ergänzung des klassischen Methodenkanons²¹⁴ und «dient der Verbesserung des eigenen und fremden Rechts durch Analyse ihrer jeweiligen Wirksamkeit»²¹⁵.

In der Schweiz spielt die Rechtsvergleichung längst eine anerkannte²¹⁶ und bedeutsame²¹⁷ Rolle, insbes. die Vergleichung mit dem europäischen Kartellrecht²¹⁸. Sie gilt allerdings lediglich als «Hilfsmittel»²¹⁹ bzw. als Instrument²²⁰.

Trotz Begeisterung für dieses Mittel warnt KUNZ vor einem Rechtstourismus im Umgang mit der Rechtsvergleichung, insbes. wenn der Rechtsanwender ein einheimisches Gesetz mit einer ausländischen Lösung auslegen will²²¹. Er stellt sich gegen die Anerkennung der Rechtsvergleichung als fünftes Auslegungselement²²². Andere Autoren weisen eine offeneren Haltung gegenüber der Rechtsvergleichung auf²²³.

b. Anwendung im Kartellrecht

Das Bundesgericht hat sich einen internationalen Ruf bei der Anwendung der Rechtsvergleichung geschaffen²²⁴. Ob Mon-Repos die Rechtsvergleichung im Allgemeinen als fünftes Auslegungselement ansieht, ist unklar²²⁵. Im Kartellrecht hat es aber in einer ständiger Rechtsprechung die europäische Kartell-

²¹³ KOHLER, S. 51 mit Hinweis auf WALTER, Das rechtsvergleichende Element, S. 261; ausführlicher KUNZ, Einführung, S. 37 f.

²¹⁴ WALTER, Das rechtsvergleichende Element, S. 259.

²¹⁵ RUSCH, Rn. 6.

²¹⁶ KUNZ, Instrumente, S. 64 m.H.

²¹⁷ KUNZ, Instrumente, S. 36.

²¹⁸ BSK KG-HEINEMANN, Art. 1 N 77.

²¹⁹ WALTER, Das rechtsvergleichende Element, S. 262.

²²⁰ HÖPFNER/RÜTHERS, S. 17.

²²¹ KUNZ, Instrumente, S. 64.

²²² KUNZ, Instrumente, S. 65; in dieser Richtung auch HÖPFNER/RÜTHERS, S. 17.

²²³ Vgl. KUBLI, S. 206 f.

²²⁴ WALTER, Das rechtsvergleichende Element, S. 262 m.H.

²²⁵ BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 314; KOHLER, S. 58; KUNZ, Instrumente, S. 65 f.

praxis in seinen Abwägungen und Betrachtungen einbezogen²²⁶ und zwar «im Sinne *eines* zu berücksichtigenden Auslegungselementes»²²⁷. Lausanne rechtfertigt diese Rechtsvergleichung auch anhand der Präambel zum WZA²²⁸.

Beim EuGH scheint der Umgang mit der Rechtsvergleichung umstritten²²⁹ und komplexer Natur zu sein²³⁰. Als internationales Gericht sollte der EuGH für die Rechtsvergleichung prädestiniert sein²³¹. Die Rechtsvergleichung soll allerdings lediglich die Rolle einer ergänzenden Methode spielen²³², wenn sie überhaupt explizit aufgeführt wird²³³. Andere Autoren (heute am Gipfel der Hierarchie am EuGH) sind allerdings der Meinung, dass die Rechtsvergleichung ein selbstständiges Auslegungsmittel darstellt²³⁴. Die Vielfalt der Erscheinungsformen der Rechtsvergleichung hilft bei deren Identifizierung in EuGH-Urteilen nicht²³⁵. Wie aber von den Verträgen in gewissen Bereichen dazu eingeladen²³⁶, unternimmt der EuGH regelmässig eine Rechtsvergleichung mit den mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen²³⁷. Durch die Rechtsvergleichung soll diejenige rechtsprechende Lösung gefunden werden, die sich am besten zu den Zielen der Union passt (also eine Unterstützung des teleologischen Elements)²³⁸. Hingegen scheint die Berücksichtigung nichtmitgliedsstaatlicher Rechtsordnungen (z.B. die der Schweiz) in Luxemburg kaum eine Rolle zu spielen²³⁹.

Zusammengefasst kann man also einen klaren Unterschied zwischen beiden Gerichten bei der Bedeutung des rechtsvergleichenden Elements identifizieren, mit einer Federführungsrolle beim Bundesgericht und Anwendung niedriger Bedeutung beim EuGH.

²²⁶ BGE 137 II 199 (*Swisscom*) E. 4.3.2 S. 209, 139 I 72 (*Publigroupe*) E. 8.2.3 S. 89 sowie E. 9.2.3.1 S. 93, 143 II 297 (*Gaba*) E. 5.3.4 S. 322, 144 II 246 (*Altimum*) E. 13.3 S. 268, 146 II 217 (*ADSL*) E. 4.3 S. 228 sowie E. 8.3.6 S. 251.

²²⁷ BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 6.2.3 S. 327 m.H. (eigene Hervorhebung, kursiv im Original): eingehende Besprechung, s. KUBLI, S. 199 ff.

²²⁸ BGE 146 II 217 (*ADSL*) E. 4.3 S. 229.

²²⁹ SCHÜBEL-PFISTER, S. 132.

²³⁰ BESSON/GÄCHTER-ALGE, S. 24.

²³¹ LENAERTS, S. 874; MARTENS, S. 493.

²³² KOHLER, S. 67 m.H.; PECHSTEIN/DRECHSLER, § 7 Rn. 36.

²³³ SEYR, S. 87.

²³⁴ LENAERTS, S. 873.

²³⁵ BESSON/GÄCHTER-ALGE, S. 24 f.

²³⁶ Insbes. Art. 340 AEUV (Amtshaftung der Union).

²³⁷ LENAERTS/GUTIÉRREZ-FONS, S. 44 ff.; LENAERTS, S. 874, meint aber, dass der EuGH selten die Rechtsvergleichung explizit erwähnt.

²³⁸ LENAERTS, S. 879.

²³⁹ MARTENS, S. 498.

c. Geringe Bedeutung für das FHA72

Obwohl nicht als solche betitelt, hat das Bundesgericht wiederholt rechtsvergleichende Überlegungen in seinen Urteilen zum FHA72 angestellt.

Im Urteil *OMO* hat das Bundesgericht aufgeführt, dass das FHA72 ein Abkommen ist, «das nicht wie der EWG-Vertrag einen einheitlichen Binnenmarkt mit überstaatlicher Wettbewerbsordnung, sondern bloss eine Freihandelszone schaffen will»²⁴⁰. Damit identifiziert das Bundesgericht eines der Merkmale des EWGV, setzt letzteres im Vergleich zum FHA72 und befindet, dass das EWGV nicht die gleichen Ziele als diejenige des FHA72 verfolgt (also eine Art negative Abgrenzung). Des Weiteren hat das Bundesgericht im Urteil *Gaba* erklärt, dass Art. 23 Abs. 1 lit. a FHA72 mit Art. 101 Abs. 1 AEUV «übereinstimmt»²⁴¹. Im Urteil *SOVAG* hat Lausanne schon die Rechtsprechung des EuGH für «nicht unbeachtlich» erklärt²⁴². Dieser *modus operandi* reiht sich lückenlos an die oben gegebene Definition der Rechtsvergleichung an.

Den EuGH-Urteilen, die das FHA72 betreffen, sind keine rechtsvergleichenden Überlegungen zu entnehmen.

Wie bereits festgestellt, hat die Rechtsvergleichung viel mehr Bedeutung für das Bundesgericht als für den EuGH.

6. Verhältnis zwischen den Elementen

Der Auslegungskanon beschreibt die Elemente, die für die Auslegung eingebracht werden können, aber nicht, wie sie zu einander stehen. Diese Frage des Verhältnisses zwischen den Elementen wird von beiden Gerichten unterschiedlich beantwortet.

a. Methodenpluralismus in der Schweiz

Das Bundesgericht befolgt bei der Abwägung der Auslegungselemente den sog. pragmatischen Methodenpluralismus²⁴³. Mon-Repos fasst diese Methodik folgendermassen zusammen: «Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismetho-

²⁴⁰ BGE 105 II 49 (*OMO*) E. 3a S. 59 (eigene Hervorhebung), bestätigt in BGE 131 II 271 (*SOVAG*) E. 10.3 S. 294.

²⁴¹ BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 8 S. 337; in dieser Richtung auch OESCH, *Europäisierung*, S. 19.

²⁴² BGE 131 II 271 (*SOVAG*) E. 10.3 S. 295 (eigene Hervorhebung) betr. Art. 7 FHA72 (vergleichbar mit dem damaligen Art. 25 EGV). An dieser Stelle muss erwähnt werden, dass das FHA72 keine Bestimmung wie Art. 16 FZA (Berücksichtigung des Unionsrechts und der EuGH-Rechtsprechung) beinhaltet.

²⁴³ Zum ersten Mal, s. BGE 121 III 219 (*SBG/BK Vision AG*) E. 1d/aa S. 225 m.H.; WALTER, *Methodenpluralismus*, S. 158.

de ausgelegt werden»²⁴⁴. Das Bundesgericht führt weiter aus, dass es ablehnt, «die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen»²⁴⁵. Der ehem. Bundesrichter WALTER schildert diese Methode als «Kommode mit vier Schubladen, die nach der mathematischen Kombination der beiden Begriffspaare objektiv oder subjektiv und historisch oder geltungszeitlich beschriftet sind»²⁴⁶.

Dieser Ansatz wurde von der Lehre unterschiedlich aufgenommen²⁴⁷. Äusserst kritisch zeichnen sich MEIER-HAYOZ, welcher die Methode mit «grundsätzlicher Grundsatzlosigkeit» verurteilt²⁴⁸ sowie PICHONNAZ/VOGANAUER, die das Vorgehen des Bundesgerichts als «Methode ohne Methode» bezeichnen²⁴⁹. Dem Bundesgericht wird auch vorgeworfen, das Pferd von hinten aufzuzäumen, «indem zuerst nach der Lösung und dann nach der passenden methodologischen Begründung» gesucht wird²⁵⁰. Weitere Autoren meinen, dass diese Methodik u.U. für die Auslegung völkerrechtlicher Bestimmungen untauglich sein könnte²⁵¹. Als Gegenargument wird von einem anderen Teil der Lehre vorgebracht, dass diese Methodik die «notwendige Flexibilität» anbietet, um komplexe Rechtsfragen zu beantworten²⁵². Dieser Pluralismus scheint auch ein Ausdruck der Kollegialität eines unter Zeitdruck gestellten Bundesgerichts zu sein²⁵³.

Im Allgemeinen kann man sagen, dass der Methodenpluralismus einen Ehrenplatz am Bundesgericht besitzt²⁵⁴, wengleich mit heftiger Kritik und Lob aus der Lehre.

b. Keine Methode in der EU

Luxemburg scheint im Gegensatz zum Bundesgericht über keine besondere Methode zu verfügen, was das Verhältnis zwischen den Auslegungselementen anbelangt²⁵⁵. Der EuGH ist der Lehre *bis dato* ein Grundsatzurteil mit ent-

²⁴⁴ BGE 121 III 219 (SBG/BK Vision AG) E. 1d/aa S. 224 (eigene Hervorhebung).

²⁴⁵ BGE 121 III 219 (SBG/BK Vision AG) E. 1d/aa S. 225 (eigene Hervorhebung).

²⁴⁶ WALTER, Methodenpluralismus, S. 161.

²⁴⁷ Zur Zusammenfassung der in der Lehre ausgesprochenen Kritiken und Verteidigungen, vgl. BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 198 ff.

²⁴⁸ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 221; wiedergegeben in WALTER, Methodenpluralismus, S. 158.

²⁴⁹ PICHONNAZ/VOGANAUER, S. 417.

²⁵⁰ WEBER, S. 16.

²⁵¹ AMMANN, S. 125.

²⁵² BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 201.

²⁵³ WALTER, Methodenpluralismus, S. 160.

²⁵⁴ AMMANN, S. 121, ist der Meinung, dass diese Methodik ein «trademark» des Bundesgerichts ist.

²⁵⁵ BECK, S. 495; LEISNER, S. 706; MARTENS, S. 499; POTACS, S. 472 f.; SCHÜBEL-PFISTER, S. 133.

sprechender Kodifizierung seiner verwendeten Doktrin schuldig²⁵⁶. Gewisse Autoren fragen sich, ob Vorrangregeln überhaupt möglich sind²⁵⁷.

REIMER meint, dass der EuGH nicht dem klassischen Kanon folgt, sondern sich auf die grammatische, systematische sowie teleologische Elemente beschränkt²⁵⁸. MARTENS ist aber der Meinung, dass alle Auslegungselemente berücksichtigt werden müssen²⁵⁹. Die Lehre scheint gespalten bei der Frage, ob der EuGH mehr auf dieses oder das andere Element Gewicht platziert. Für einen Teil der Lehre soll das grammatische Element stark gewichtet werden²⁶⁰. Für andere soll das teleologische Element, insbes. bei der Auslegung des Primärrechts, Vorrang geniessen²⁶¹. Andere Autoren behaupten, beide dieser Elemente seien (quantitativ) am häufigsten verwendet worden, qualitativ würde doch das teleologische Element siegen²⁶². Die Beantwortung dieser Frage wird nicht vereinfacht, da gewisse Elemente (insbesondere das systematische und das teleologische) miteinander stark verbunden sind²⁶³.

Gemäss anderer Autoren befolge der EuGH eine kumulative Vorgehensweise²⁶⁴, die ihm eine grosse Flexibilität («*extreme methodological freedom*») in seiner Entscheidungsfindung lässt, und trägt dabei (etwas paradox) zur Rechtssicherheit bei²⁶⁵. Aus dieser Perspektive soll eine Hierarchie keinen Selbstzweck befolgen; massgebend soll nur die Transparenz der Entscheidungsfindung sein²⁶⁶.

Zusammenfassend muss aber festgestellt werden, dass der EuGH keine eigentliche Methode wie diejenige des Bundesgerichts kennt.

c. Anwendung im Kartellrecht und Bedeutung für das FHA72

Die VRK macht keinen Hinweis auf eine etwaige Hierarchie zwischen den Auslegungselementen, die in Art. 31 f. VRK erwähnt sind²⁶⁷; dies lässt also den nationalen Gerichten eine breite Auswahl verschiedener Kombinationen²⁶⁸. Weder der EuGH noch das Bundesgericht haben sich im Rahmen des FHA72

²⁵⁶ LEISNER, S. 695; PIZARROSO CERUTI, S. 263; das Bundesgericht hat im Gegensatz bereits sowohl für das interne Recht als auch für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge eine Kodifizierung vorgenommen, vgl. BGE 136 I 290 (X/Z) E. 2.3.2 S. 293 f.

²⁵⁷ MÜLLER/CHRISTENSEN, Rn. 676 ff.

²⁵⁸ REIMER, Rn. 270 f.

²⁵⁹ MARTENS, S. 501.

²⁶⁰ BECK, S. 493.

²⁶¹ LENAERTS/GUTIÉRREZ-FONS, S. 31.

²⁶² MÜLLER/CHRISTENSEN, Rn. 703.

²⁶³ BUCK, S. 201; LENAERTS/GUTIÉRREZ-FONS, S. 32; SEYR, S. 55 m.w.H.

²⁶⁴ BECK, S. 511.

²⁶⁵ Ausführlich BECK, S. 512.

²⁶⁶ Vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, § 4 Rn. 43.

²⁶⁷ BESSON, Rn. 1123.

²⁶⁸ VCLT Comm.-SORE/BORÉ EVENO, Art. 31 N 58.

zur Hierarchie (oder deren Fehlen) geäußert. Es gibt aber keinen Grund, warum die Gerichte von ihren jeweiligen Methodiken in der Auslegung des FHA72 abweichen sollen²⁶⁹.

Seit der Formalisierung der Methodik hat das Bundesgericht keine passende Möglichkeit gefunden, um ausdrücklich die Anwendung des Methodenpluralismus in einem Urteil zum Kartellrecht vorzuschreiben. Das BVGer hat allerdings bereits diese Methode angewendet²⁷⁰. Im Urteil *Gaba* gibt allerdings das Bundesgericht mehrfach²⁷¹ die Auslegung nach der oben wiedergegebenen Formel vor. Es erwähnt in dieser Entscheidung keine besondere Priorität. Man kann also vertreten, dass das Bundesgericht dem pragmatischen Methodenpluralismus auch in der Anwendung des Kartellrechts folgt.

Wie bereits erwähnt, scheint der EuGH keine spezifische Methode bei der Auslegung anzuwenden. Im Urteil *Polydor* fängt er mit dem teleologischen Element (Ermittlung des Ziels des FHA EWG-Portugal mit Hinweis auf dessen Präambel) an²⁷², führt eine Rechtsvergleichung durch²⁷³, und greift wieder auf das teleologische Element zurück²⁷⁴. Eine weitere Gewichtung anderer Elemente wird nicht vorgenommen. Im Urteil *Legros* entwirft der EuGH eine Methodik (zusammengesetzt vom systematischen und teleologischen Element)²⁷⁵, allerdings nur für die Prüfung, ob der *Polydor*-Grundsatz anwendbar ist, aber nicht zur Auslegungsmethodik im Allgemeinen. Im Urteil *Metalsa* eröffnet der EuGH die Auslegung mit dem grammatischen Element²⁷⁶ und führt diverse teleologische Überlegungen an²⁷⁷.

Interessant ist auch das Urteil *Continental Cans*²⁷⁸. Hier nennt der EuGH «Geist, Aufbau und Wortlaut von Artikel 86 [EWG] sowie ... System und Ziele des Vertrages»²⁷⁹ als Auslegungselemente, und in dieser spezifischen Reihenfolge. Hier soll der EuGH dem teleologischen Element einen Vorrang gegenüber dem Wortlaut von Art. 86 EWG geben, was «eine die Regel bestätigende Ausnahme [zum fehlenden Rangverhältnis]» sein soll²⁸⁰.

Summa summarum kann ein wesentlicher Unterschied festgestellt werden. Das

²⁶⁹ Etwa in dieser Richtung AMMANN, S. 266, welche der Meinung ist, dass das Bundesgericht aufgrund des Monismus eine ähnliche Methodik vornimmt bzw. vornehmen soll.

²⁷⁰ Hier z.B. BVGE 2016/22 (A.) E. 11.3 S. 351 f.

²⁷¹ BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 5.1 S. 313 ff., E. 5.2 S. 315 ff. sowie E. 9.4 S. 339 ff.

²⁷² EuGH-Urteil *Polydor*, Rn. 10.

²⁷³ EuGH-Urteil *Polydor*, Rn. 14 f.

²⁷⁴ EuGH-Urteil *Polydor*, Rn. 16.

²⁷⁵ EuGH-Urteil *Legros*, Rn. 23.

²⁷⁶ In Zusammenhang mit der Rechtsvergleichung, EuGH-Urteil *Metalsa*, Rn. 9.

²⁷⁷ EuGH-Urteil *Metalsa*, Rn. 15 f. sowie 18.

²⁷⁸ EuGH, 21.2.1973, Rs. 6/72 (*Continental Cans*), EU:C:1973:22.

²⁷⁹ EuGH-Urteil *Continental Cans*, Rn. 22.

²⁸⁰ PECHSTEIN/DRECHSLER, § 7 Rn. 41.

Bundesgericht besitzt eine Methodik, aber bewegt sich in deren Rahmen relativ frei. Der EuGH hingegen hat bis jetzt keine besondere Methodik festgeschrieben, obwohl gewisse Elemente (das grammatische, das systematische und das teleologische) einen faktischen Rahmen darlegen.

III. Besonderheiten beider Systeme

In diesem Abschnitt werden die Mehrsprachigkeit sowie das *effet utile* bzw. die europarechtliche Auslegung besonders analysiert.

1. Mehrsprachigkeit

Die Mehrsprachigkeit stellt einen gemeinsamen Nenner zwischen der Schweiz und der EU dar. Die Schweiz hat drei Amtssprachen: Deutsch, Französisch und Italienisch²⁸¹. Es handelt sich dabei nicht nur um eine reine technische, verfassungs- oder verfahrensrechtliche Frage, sondern auch um eine politische, emotional heikle Frage²⁸². Die EU hat hingegen 24 Amtssprachen²⁸³.

Die Verfahrenssprachen des Bundesgerichts sind diejenigen, die von der BV verwendet werden, i.d.R. die Sprache des angefochtenen Urteils²⁸⁴. Am EuGH ist diese Frage in dessen Verfahrensordnung geregelt²⁸⁵.

Dass es zu Konflikten zwischen Sprachfassungen eines gleichen Erlasses kommen kann, liegt auf der Hand²⁸⁶. Diese Mehrsprachigkeit wird in der Schweiz als Vorteil geschätzt²⁸⁷, aber gleichzeitig als fragil²⁸⁸ und als auch Quelle von interpretatorischen Fehlern²⁸⁹ angesehen wird. Die Mehrsprachigkeit als Eigenschaft der Unionsrechtsordnung (und deren «Bewältigung») gilt als zentrale Fragestellung der europarechtlichen Judikatur, wird aber von gewissen Autoren als (sehr) problematisch angesehen²⁹⁰.

²⁸¹ Das Rätoromanisch (*rumansch grischun*) ist eine Landessprache (Art. 4 BV); es stellt für die Bundesbehörden nur für Personen rätoromanischer Muttersprache eine Amtssprache dar (Art. 70 Abs. 1 BV). Für die Veröffentlichung von Erlassen in dieser Sprache, vgl. Art. 14 Abs. 5 PublG; allgemein zur Thematik, vgl. GARRÉ, Rn. 7; zur Sprachengeschichte der Schweiz aus juristischer Perspektive, vgl. HUGUENIN, S. 758 f.

²⁸² Vgl. dazu GARRÉ, Rn. 9.

²⁸³ Art. 1 der VO Nr. 1/1958 vom 15. April 1958 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. 17, 6.10.1958, S. 385, zuletzt geändert durch Art. 1 Abs. 1 lit. p der VO (EU) Nr. 517/2013 vom 13. Mai 2013, ABl. L 158, 10.6.2013, S. 1.

²⁸⁴ Art. 54 Abs. 1 BGG.

²⁸⁵ Art. 342 AEUV i.V.m. Art. 36 EuGH-VerfO.

²⁸⁶ SCHUBARTH, S. 50.

²⁸⁷ SCHUBARTH, S. 49.

²⁸⁸ HUGUENIN, S. 769.

²⁸⁹ KRAMER, S. 90 f.

²⁹⁰ MÜLLER/CHRISTENSEN, Rn. 333.

a. Strikte Gleichwertigkeit vor dem Bundesgericht

In der Schweiz ist davon auszugehen, dass alle Sprachfassungen den gleichen Ausdruck bzw. die gleichen Gedanken des Gesetzgebers wiedergeben²⁹¹. In der Schweiz wird die Mehrsprachigkeit teils als «Auslegungshilfe» angesehen²⁹². Laut GARRÉ scheint das Bundesgericht keine natürliche Verzerrung bzw. Bevorzugung in der Behandlung sprachlicher Unterschiede zu haben²⁹³. Beim Befinden, ob eine Bestimmung beim Wortlaut unklar ist, kontrolliert Lausanne alle Sprachfassungen²⁹⁴. Bei einer Sprachdivergenz schaut Mon-Repos welche Sprachfassung am besten den Normsinn ermittelt²⁹⁵. Alle Sprachfassungen sind also gleichwertig²⁹⁶.

Im Bereich des Kartellrechts hat sich das Bundesgericht mehrmals mit Divergenzen zwischen den Sprachfassungen des KG auseinandergesetzt. Im Urteil *Swisscom*²⁹⁷ hat Mon-Repos einen leichten Unterschied zwischen der deutschen Fassung und derjenigen in Französisch und Italienisch identifiziert, und diese mit dem historischen Element (anhand der bundesrätlichen Botschaft) korrigiert. Zwei Fälle sprachlicher Differenz hat das Bundesgericht weiter im Urteil *Gaba* festgestellt. In beiden Fällen²⁹⁸ wurden sie mit Einbezug aller Auslegungselemente bereinigt; dies wurde später im Urteil *BMW* bestätigt²⁹⁹.

Am Rande kann erwähnt werden, dass das Bundesgericht seine Urteile allein in der einschlägigen Verfahrenssprache der Rechtssache veröffentlicht; es erfolgt also keine amtliche Übersetzung³⁰⁰. Des weiteren schweigt das BGG über die sprachliche Zusammensetzung des Bundesgerichts. *De facto* ist das Bundesgericht aber von dt.-sprachigen Bundesrichtern besetzt³⁰¹; dies lässt

²⁹¹ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 99; BK-TSCHENTSCHER/EMMENEGGER, Art. 1 ZGB N 210; SCHNYDER, S. 39.

²⁹² SCHUBARTH, S. 52 f. mit Beispielen.

²⁹³ GARRÉ, Rn. 4.

²⁹⁴ GARRÉ, Rn. 5; in dieser Richtung auch SCHNYDER, S. 40.

²⁹⁵ GARRÉ, Rn. 6.

²⁹⁶ BGE 142 II 100 (*A.A. et al.*) E. 4.1 S. 108: «Die Formulierungen einer Norm in den drei Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch sind gleichwertig» (eigene Hervorhebung); bestätigt etwa in BGE 145 II 130 (*A.*) E. 2.2.1 S. 132; SCHNYDER, S. 39.

²⁹⁷ BGE 137 II 199 (*Swisscom*) E. 4.3.3 S. 210.

²⁹⁸ BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 5.1.1 S. 313 sowie E. 9.4.2 S. 339.

²⁹⁹ BGE 144 II 194 (*BMW*) E. 5.3 S. 201 f.

³⁰⁰ Nur die in der Amtlichen Sammlung der Leitentscheide (BGE) veröffentlichten Urteile werden mit einer dreisprachigen Regeste (Zusammenfassung der Leiterwägungen) veröffentlicht. Diverse Zeitschriften (wie *Journal des Tribunaux* und *Praxis*) schreiben aber regelmässig Übersetzungen.

³⁰¹ Im November 2020 sind 23 Bundesrichter dt. Muttersprache, 12 dagegen aus der frz.-sprachigen und 3 aus der it.-sprachigen Schweiz (sowie keine Vertretung der rätoromanischen Sprache), so BUNDESGERICHT, Richter und Personal. Die dt.-sprachigen Bundesrichter sind mehrheitlich in der I. und II. ÖRA, I. ZirA sowie I. SorA, *ex aequo* in der II. ZirA und II. SorA anwesend, aber die Minderheit in der StrA; die lateinische Schweiz ist mehrheitlich in den Kammerpräsidien vertreten, so BUNDESGERICHT, Organisation.

sich einfach erklären, da die Mehrheit der schweizerischen Bevölkerung dt.-sprachig ist.

Zusammenfassend kann man feststellen, dass die schweizerische Mehrsprachigkeit auch die Entscheidungsfindung des Bundesgerichts beeinflusst, und ist damit Bestandteil einer sorgfältigen Rechtsanalyse.

b. Faktisch höhere Wichtigkeit der Arbeitssprache am EuGH

Der Umgang des EuGH mit Sprachdivergenzen wurde bereits mehrfach erforscht³⁰². Im Vergleich zum Gesamtvolumen seiner Judikatur setzt sich das höchste Gericht der Union mit der Sprachvergleiche relativ selten auseinander³⁰³. Umfassende Sprachvergleiche (d.h. mit allen 24 Sprachfassungen) unternimmt der EuGH «nur äusserst selten»³⁰⁴. Diese Übung ist nach gewissen Autoren «praktisch unerfüllbar»³⁰⁵. Hier muss erwähnt werden, dass die französische Sprache als Arbeitssprache am EuGH gilt³⁰⁶. Dies bedeutet, dass die Urteile meistens auf Französisch vorbereitet und verfasst werden, und erst dann in die Verfahrenssprachen (sowie alle übrigen Amtssprachen) übersetzt werden³⁰⁷. Aus dieser Eigenschaft könnte man behaupten, dass alle Amtssprachen gleich sind, aber manche sind gleicher als andere³⁰⁸. Im Gegensatz zum Bundesgericht gibt es keine überwiegende sprachliche Mehrheit am EuGH³⁰⁹. Luxemburg kennt allgemein keine Vorrangregeln in der Behandlung sprachlicher Unterschiede³¹⁰; vereinzelt Autoren meinen, dass ein Vorrang dem EuGH aufgrund der sprachlichen Gleichberechtigung verboten sei³¹¹. In dieser Thematik ist das Urteil *CILFIT* ausschlaggebend, welches besagt, dass «die Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift ... einen Vergleich ihrer sprachlichen Fassungen» erfordert³¹². Dies ergibt sich aus dem Bedarf einer einheitlichen Auslegung des Unionsrechts, wie früh vom EuGH identifiziert wurde³¹³. Solche Unterschiede löst der EuGH in einer ständigen Rechtsprechung mit

³⁰² Vgl. nur z.B. die Studien von SCHÜBEL-PFISTER und ZENDLER.

³⁰³ So ZEDLER, S. 172.

³⁰⁴ MARTENS, S. 341.

³⁰⁵ KRAMER, S. 89 f.

³⁰⁶ SEYR, S. 27; TOMASIC, S. 10 m.H.

³⁰⁷ SCHÜBEL-PFISTER, S. 72 m.H.

³⁰⁸ FENNELLY, S. 661, inspiriert von ORWELLS berühmtem Leitsatz: «*All animals are equal, but some animals are more equal than others*».

³⁰⁹ *Ex aequo* befinden sich aber Deutsch und Niederländisch mit je zwei Vertretern (Deutschland und Österreich haben je einen Richter; der belgische EuGH-Präsident LENAERTS kommt aus Flandern).

³¹⁰ MARTENS, S. 340.

³¹¹ HÖPFNER/RÜTHERS, S. 9.

³¹² EuGH-Urteil *CILFIT*, Rn. 18 (eigene Hervorhebung).

³¹³ SCHÜBEL-PFISTER, S. 231 m.H.

dem systematischen³¹⁴ und dem teleologischen Element³¹⁵. Dies wurde im Urteil *Bouchereau* von Luxemburg festgestellt³¹⁶. Eine solche Lösung wurde im Rahmen des Kartellrechts bestätigt³¹⁷, auch gestützt auf *Bouchereau*³¹⁸.

Für die Urteilsfassung kann hiermit festgestellt werden, dass der EuGH zwar auch mit anderen Sprachen als in der vorliegenden Rechtssache verwendeten Sprache Vergleiche durchführt, aber dies wird durch die faktische Stellung des Französischen als Arbeitssprache erklärt. Diese Überholung findet im Bundesgericht weder von der frz. noch der dt. Sprache statt. Die herrschende Stellung einer spezifischen schweizerischen Amtssprache kann in der vorliegenden Literatur nicht erörtert werden. Hingegen für die Auslegung des Rechts greifen beide Gerichte auf das systematische und das teleologische Element zurück, um sprachlichen Divergenzen zu bereinigen.

c. Keine Aussage im Rahmen des FHA72

Die VRK stellt eine Auslegungslösung bei mehrsprachigen völkerrechtlichen Verträgen zur Verfügung³¹⁹. Wenn ein solcher Vertrag in mehreren Sprachen verfasst wurde, dann sind alle Sprachversionen massgebend³²⁰. Wenn eine Sprachdivergenz identifiziert wird, wird «diejenige Bedeutung zugrunde gelegt [werden], die unter Berücksichtigung von Ziel und Zweck des Vertrags die Wortlaute am besten miteinander in Einklang bringt»³²¹. Eine Lösung mit dem teleologischen Element wird also von der VRK vorgeschlagen³²².

Bisher haben weder das Bundesgericht noch der EuGH zur Mehrsprachigkeit im Rahmen der Auslegung des FHA72 Stellung genommen. Es gibt keinen Grund, warum das Bundesgericht und der EuGH von ihrer Praxis hier abweichen sollten.

³¹⁴ SCHÜBEL-PFISTER, S. 237 f.

³¹⁵ FENNELLY, S. 665; HARATSCH/KOENIG/PECHSTEIN, Rn. 494; MARTENS, S. 340; oft sieht der EuGH von einem Sprachvergleich ab und beginnt die Auslegung sofort mit dem teleologischen Element, so SCHÜBEL-PFISTER, S. 240.

³¹⁶ EuGH, 27.10.1977, Rs. 30/77 (*Bouchereau*), EU:C:1977:172, Rn. 14.

³¹⁷ EuGH, 17.7.1997, Rs. C-219/95 P (*Ferriere Nord/Kommission*), EU:C:1997:375, Rn. 15 (hier in der Auslegung des damaligen Art. 85 EWGV).

³¹⁸ EuGH, 7.12.1995, Rs. C-449/93 (*Rockfon*), EU:C:1995:420, Rn. 28, bestätigt in EuGH, 11.7.2013, Rs. C-444/11 P (*Team Relocations*), EU:C:2013:464, Rn. 81 (letzteres auch direkt gestützt auf *CILFIT*).

³¹⁹ Art. 33 VRK.

³²⁰ Art. 33 Abs. 1 VRK.

³²¹ Art. 33 Abs. 4 VRK.

³²² SCHÜBEL-PFISTER, S. 146.

2. *Effet utile* und europarechtskonforme Auslegung: Zwei Seiten derselben Medaille?

In diesem letzten Abschnitt werden die Grundsätze des *effet utile* und der europarechtskonformen Auslegung genauer angeschaut, und wie sie einen Einfluss auf die Auslegung des Kartellrechts und des FHA⁷² haben.

a. *Effet utile*

Der *effet utile* (volle oder praktische Wirksamkeit) ist eine besondere³²³ und wichtige³²⁴ Erscheinungsform³²⁵ des teleologischen Elements³²⁶. Er diene als «Integrationsmotor» der Union in deren Anfangsjahrzehnten³²⁷ und als «*garant de l'intégrité de l'ordre juridique de l'Union européenne*»³²⁸. Der Grundsatz fließt aus dem lateinischen Grundsatz *ut res magis valeat quam pereat*³²⁹, ist aber in den Verträgen niedergeschrieben, sondern prätorisch vom EuGH erfunden worden³³⁰. Luxemburg verwendet meistens die Begriffe «volle Wirksamkeit» oder «praktische Wirksamkeit»³³¹. In der Lehre³³² werden verschiedene Aspekte des *effet utile* identifiziert, einerseits der Gebot der Mindesteffektivität³³³, der Gebot der praktischen Wirksamkeit³³⁴ und der Maximierungsgebot³³⁵. POTACS betrachtet den *effet utile* als «Auslegungsgrundsatz, der in unterschiedlicher Intensität auf die Wirkkraft einer Vorschrift abstellt»³³⁶. SEYR sieht es hingegen als vom teleologischen zu unterscheidenden Auslegungselement³³⁷.

Trotz seines wichtigen Charakters im Unionsrecht hat sich der EuGH noch

³²³ MARTENS, S. 463; MÜLLER/CHRISTENSEN, Rn. 439.

³²⁴ SCHÜBEL-PFISTER, S. 130.

³²⁵ Spielart nach POTACS, S. 469, Argumentationsfigur nach STREINZ, S. 1491.

³²⁶ HARATSCH/KOENIG/PECHSTEIN, Rn. 195; REIMER, Rn. 373; ROTH, Rn. 44; TOMASIC, S. 26.

³²⁷ OESCH, Europarecht, Rn. 238.

³²⁸ DA CRUZ VILAÇA, S. 280.

³²⁹ «Worte in einem juristischen Text so zu verstehen sind, dass ihr Sinn erhalten und nicht zerstört wird», so POTACS, S. 466; ergänzend VCLT Comm.-SORE/BORÉ EVENO, Art. 31 N 52 und MARTENS, S. 464.

³³⁰ ZENOUVOU, Rn. 438.

³³¹ Auch kritisch zur Ungenauigkeit des EuGH, sowohl MARTENS, S. 464 ff. als POTACS, S. 467; vgl. auch GRABITZ/HILF/NETTESHEIM/MAYER, Art. 19 EUV N 57 und STREINZ, S. 1495 f.

³³² Eingehend

³³³ TOMASIC, S. 128 f.; s. auch MARTENS, S. 464 f. sowie MÖLLERS, § 5 Rn. 112.

³³⁴ TOMASIC, S. 130 f.; «effizienter Vollzug» nach STREINZ, S. 1500.

³³⁵ TOMASIC, S. 132 f.; kritisch MARTENS, S. 466 f.

³³⁶ POTACS, S. 469; in der gleichen Richtung TOMASIC, S. 13; vgl. auch BESSON, Rn. 1124 zum Völkerrecht im Allgemeinen.

³³⁷ SEYR, S. 275; auch etwa in dieser Richtung VCLT Comm.-SORE/BORÉ EVENO, Art. 31 N 54.

nicht über die Definition des *effet utile* geäussert³³⁸. Dies ermöglicht dem EuGH eine «gewisse Elastizität» in der Anwendung dieses Prinzips³³⁹.

Allgemein hat der EuGH in 1963³⁴⁰ die Terminologie des *effet utile* erfunden, seine erste Anwendung soll aber bereits 1956 stattgefunden haben³⁴¹. Dessen Stellung ist seither nicht mehr bestritten worden, aber nicht ohne Kritik aus der Lehre³⁴² und ein gewisses Konfliktpotenzial mit der Zwecksetzung nationaler Rechtsordnungen³⁴³. Der *effet utile* hat auch im Kartellrecht seit 1969³⁴⁴ seine Bedeutung³⁴⁵; dieses Rechtsgebiet stellt einen «*cas singulier d'application*» des *effet utile* dar³⁴⁶.

Das *effet utile*-Prinzip muss allerdings vom *effet direct*-Grundsatz (unmittelbare Anwendbarkeit) unterschieden werden. Der *effet direct* wurde im Unionsrecht im «bahnbrechend[en]»³⁴⁷ Urteil *van Gend en Loos* verankert³⁴⁸. Mit diesem Grundsatz handelt es sich mehr um das materielle Recht und weniger um die Auslegung des Rechts. Aus diesem Grund wird der *effet direct* nicht weiter im Rahmen dieser Arbeit besprochen³⁴⁹.

b. Europarechtskonforme Auslegung

Eine besondere Erscheinungsform des teleologischen Elements ist die europarechtskonforme Auslegung des schweizerischen Rechts³⁵⁰. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass dem europäischen Recht in der schweizerischen Rechtspraxis eine «beachtliche Bedeutung» zukommt³⁵¹. Gewisse Autoren vertreten

³³⁸ SEYR, S. 272; für einen Versuch zur Definition, vgl. TOMASIC, S. 74.

³³⁹ SEYR, S. 273.

³⁴⁰ EuGH, 15.7.1963, Rs. 34/62 (*Deutschland/Kommission*), EU:C:1963:18, S. 318 (S. 297 der frz. Fassung des Urteils); MARTENS, S. 463 Fn. 796; MÜLLER/CHRISTENSEN, Rn. 339; SEYR, S. 100; erst seit 1970 mit EuGH, 6.10.1970 für ein dt.-sprachiges Urteil in EuGH, 6.10.1970, Rs. 9/70 (*Grad/Finanzamt Traunstein*), EU:C:1970:78, Rn. 5, so STREINZ, S. 1492.

³⁴¹ EuGH, 29.11.1956, Rs. 8/55 (*Fédéchar*), EU:C:1956:11, S. 312, so gemäss GRABITZ/HILF/NETTESHEIM/MAYER, Art. 19 EUV N 58; s. auch TOMASIC, S. 12 f.

³⁴² POTACS, S. 465; STREINZ, S. 1506 ff.

³⁴³ TOMASIC, S. 140.

³⁴⁴ EuGH, 13.2.1969, Rs. 14/68 (*Walt Wilhelm et al.*), EU:C:1969:4, Rn. 5; so gemäss STREINZ, S. 1497 (mit falscher Referenz an der Fn. 40).

³⁴⁵ EuGH, 16.11.1977, Rs. 13/77 (*Inno/ATAB*), EU:C:1977:185, Rn. 31; EuGH, 21.9.1988, Rs. 267/86 (*van Eycke*), EU:C:1988:427, Rn. 16; EuGH, 17.11.1993, Rs. C-2/91 (*Meng*), EU:C:1993:885, Rn. 14; in allen erwähnten Fällen ist in der dt. Fassung «praktische Wirksamkeit» und in der frz. Fassung «*effet utile*» erwähnt; vgl. auch EuGH, 12.12.2019, Rs. C-435/18 (*Otis et al.*), EU:C:2019:1069, Rn. 22 ff.; allgemein ZENOUVOU, Rn. 438 ff.; ROTH, Rn. 4.

³⁴⁶ DA CRUZ VILAÇA, S. 304.

³⁴⁷ OESCH, Europarecht, Rn. 413.

³⁴⁸ EuGH, 5.2.1963, Rs. 26/62 (*van Gend en Loos*), EU:C:1963:1, S. 25 f.

³⁴⁹ Das Bundesgericht hat die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 23 FHA72 abgelehnt, BGE 104 IV 175 (*Adams*) E. 2c S. 180.

³⁵⁰ Auch europakompatible oder europaverträgliche Auslegung genannt, OESCH, Europarecht, Rn. 947 f.

³⁵¹ BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Rn. 21.

sogar, dass der klassische Auslegungskanon hier nicht genügt und dafür ein zusätzliches Auslegungselement geschaffen werden muss³⁵².

Zwar hat das Bundesgericht betont, dass es die Bestimmungen des FHA72 autonom auszulegen und anzuwenden hat³⁵³, was aber nicht ausschliesst, dass es sich von der Luxemburgischen Judikatur inspirieren lassen darf.

Das Gebot der europarechtskonformen Auslegung fliesst meistens aus dem Wortlaut, der *ratio legis* oder aus den Materialien des auszulegenden Rechtsakts³⁵⁴.

Im Rahmen der Auslegung binnenrechtlicher Bestimmungen hat das Bundesgericht folgendes festgehalten: «Wird aber die schweizerische Ordnung einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt»³⁵⁵. Ein solches Anstreben setzt aber einer vertieften Befolgung der Entwicklungen sowohl in der EuGH-Judikatur als in der europarechtlichen Literatur voraus³⁵⁶, was sich für das Bundesgericht schwer erweisen kann³⁵⁷, da der EuGH selbst in seiner Judikatur nicht kohärent (meist wegen sog. «*revirements de jurisprudence*») ist³⁵⁸.

Aus den Materialien zum Kartellrecht³⁵⁹ ist ersichtlich, dass es nicht Absicht des Gesetzgebers war, sich vollständig dem Unionskartellrecht anzugleichen³⁶⁰, weil sie nicht auf den gleichen Grundsätzen bzw. Pfeilern beruhen³⁶¹. Das historische und das teleologische Element sprechen also nicht für eine europarechtskonforme Auslegung³⁶². Dies wurde auch vom Bundesgericht im Urteil *Kantenbrechgeräten* anerkannt³⁶³. Das KG dürfte also nicht der europarechtskonformen Auslegung unterliegen³⁶⁴. «Die grundsätzliche Europakonformität

³⁵² COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 358.

³⁵³ Deutlich ab BGE 118 Ib 367 (*PVC*) E. 6b S. 378, 131 II 271 (*SOVAG*) E. 10.3 S. 294; diese Entscheide stützen sich auf die Grundsätze von BGE 104 IV 175 (*Adams*) E. 2c S. 179 sowie 105 II 49 (*OMO*) E. 3a S. 59, ohne die autonome Auslegung ausdrücklich zu nennen.

³⁵⁴ OESCH, Europarecht, Rn. 948.

³⁵⁵ BGE 129 III 335 (*Metallbau*) E. 6 S. 350 (eigene Hervorhebung).

³⁵⁶ HIRSBRUNNER, Rn. 4; Beispiele zur Judikatur, s. z.B. BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 6.3.4 S. 330, 146 II 217 (*ADSL*) E. 5.2 f. S. 230 ff.; zur europarechtlichen Lehre, s. z.B. BGE 146 II 217 (*ADSL*) E. 4.3 S. 228.

³⁵⁷ HIRSBRUNNER, Rn. 6.

³⁵⁸ Dazu HIRSBRUNNER, Rn. 11 ff.

³⁵⁹ Botschaft KG95, S. 632 f.

³⁶⁰ OESCH, Europarecht, Rn. 951.

³⁶¹ TOBLER, Wettbewerbsrecht, S. 6.

³⁶² Vielleicht mit der Ausnahme im Bereich vertikale Vereinbarungen, s. BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 5.3.4 S. 322 und E. 6.2.3 S. 327.

³⁶³ BGE 124 III 495 (*Kantenbrechgeräten*) E. 2a S. 498; vgl. auch BGE 143 II 297 (*Gaba*) E. 6.2.3 S. 326.

³⁶⁴ OESCH, Europarecht, Rn. 951; a.M. BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Rn. 22.

darf ... nicht einfach als *Europaidentität* verstanden werden»³⁶⁵.

c. Bedeutung für das FHA72

Der Vorfahre des *effet utile*, der Grundsatz von *ut res magis valeat quam pereat*, ist besonders im Völkerrecht wichtig³⁶⁶; sie sind auch in diesem Kontext gleichbedeutend³⁶⁷. Sie haben eine Art Funktion der Lückenfüllung («*gap filling*»)³⁶⁸.

Der Grundsatz der vollen Wirksamkeit bedeutet zudem, eine Norm so auszulegen, dass sie nicht völlig sinnlos ist³⁶⁹. «Denn es ist höchst unwahrscheinlich, daß irgendjemand unanwendbare oder sonst zwecklose Bestimmungen erlassen will»³⁷⁰. Dies entspricht der Auffassung des Bundesgerichts, dass das Recht eine gewisse «Praktikabilität» geniessen muss³⁷¹. Man könnte also vertreten, dass die europarechtskonforme Auslegung bzw. der *effet utile* zwei Facetten derselben Medaille sind, namentlich des Grundsatzes von *ut res magis valeat quam pereat*. Dessen Bedeutung für das FHA72 ist aber unklar.

Man könnte argumentieren, dass das FHA72 Bestandteil des Bilateralen Werks sei (in Anwendung des systematischen Elements). Allerdings gibt es klare Hinweise aus den Materialien³⁷², dass es von Seiten der Schweiz mit dem FHA72 keine Absicht gab, sich dem europäischen Recht anzugleichen. Das historische und das teleologische Element sprechen also dagegen.

In Ergänzung dieser zwei Punkte könnte man die Ratifizierung des WZA als Argument für die Anwendung der europarechtskonforme Auslegung vorbringen. Zwar anerkennt der Bundesrat in der Botschaft zum WZA, dass beide Rechtsordnungen im Kartellrecht «vergleichbar» und ähnlich³⁷³ sind, betont aber, dass das WZA keine materiellrechtliche Harmonisierung beider Rechtsordnungen mitbringt³⁷⁴. Die Europäische Kommission unterstreicht auch, dass die Vorschriften der Schweiz und der EU «sehr ähnlich» sind³⁷⁵, aber äussert sich nicht zur (fehlenden) Harmonisierung.

³⁶⁵ BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Rn. 22 (Hervorhebung im Original); a.M. HIRSBRUNNER, Rn. 3.

³⁶⁶ POTACS, S. 466; vgl. auch MARTENS, S. 464 und 469.

³⁶⁷ SEYR, S. 97.

³⁶⁸ BECK, S. 497.

³⁶⁹ MÖLLERS, § 5 Rn. 112.

³⁷⁰ BYDLISNKI, S. 444, aufgenommen auch von KRAMER, S. 123.

³⁷¹ BGE 96 I 602 (X.) E. 4 S. 607, gestützt auf BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 232; diese Auffassung des Bundesgerichts wurde auch später bestätigt, s. BGE 100 IV 252 (*Rapold*) E. 1e S. 255, 120 II 112 (*Beat S./Verena S.*) E. 3c S. 117; im Kartellrecht, vgl. etwa BGer, 19.8.2005, Rs. 2A.287/2005 (*Swisscom*), E. 1.

³⁷² Wie bereits dargelegt, vgl. Abschnitt II.4.c.

³⁷³ Botschaft WZA, S. 3965 f., «*matériellement similaires*» in der frz. Fassung der Botschaft.

³⁷⁴ Botschaft WZA, S. 3964.

³⁷⁵ Beschlussvorschlag WZA, E. 5; KOMMISSION, Beihilfen-Entscheidung, Rn. 27 («*très analogue*»).

Nur vereinzelte Stimmen in der Literatur befürworten, dass das FHA72 in einem neuen bilateralen Kontext ausgelegt werden muss³⁷⁶. Diesem Ansatz ist jedoch aus zwei Gründen zuzustimmen und zu folgen. Erstens haben die Umstände seit dem FHA-Abschluss drastisch geändert, zwei Pakete von bilateralen Verträge mit neuen Auslegungsregeln sind abgeschlossen worden. Zweitens lässt sich eine langsame Annäherung an eine europarechtskonforme(re) Auslegungspraxis seitens des Bundesgerichts spüren³⁷⁷. Hiermit muss aber mit Vorsicht umgegangen werden. Es handelt sich nur um eine Annäherung, aber noch nicht um einen Paradigmenwechsel bzw. ein *revirement de jurisprudence*. Eine solche Änderung deiner Rechtsprechung ist riskant, weil dies auch eine Form des politischen Handelns wäre³⁷⁸.

IV. Schlussfolgerungen und Stellungnahme

Zusammengefasst kann gesagt werden, dass die Auslegungselemente des Bundesgerichts und des EuGH sich mehrheitlich abdecken. Wesentliche Unterschiede zeichnen sich an drei Stellen ab. Erstens im fehlenden Einbezug des historischen Elements im Rahmen des Primärrechts seitens des EuGH, wohingegen die Schweiz es als integralen Bestandteil des Auslegungsinstrumentariums zählt. Zweitens bei der Berücksichtigung anderer Rechtsordnungen, wo die Schweiz wegen ihrer geographischen Position eine faktische Obliegenheit zur Rechtsvergleichung im Kartellrecht erfüllen muss. Drittens bei der Behandlung der Mehrsprachigkeit, wo die Schweiz wegen ihrer kleineren Dimensionen mehr Flexibilität besitzt als bei der 24-Sprachen schwere EU, wo ein faktisches Primat der französischen Sprache herrscht. Beide Gerichte folgen dem *ut res magis valeat quam pereat*-Grundsatz, für ein Gericht heisst es *effet utile*, für das andere europarechtskonforme Auslegung, letztere wird aber kaum im FHA72 berücksichtigt.

Man kann durchaus vertreten, dass die Auslegung des FHA72 zwischen Bundesgericht und EuGH nicht deckungsgleich ist³⁷⁹, wo Lausanne sich mit «grössere[r] Zurückhaltung» ausgezeichnet hat³⁸⁰.

Muss aber das Bundesgericht seinen Ansatz in der Auslegung dieses Staatsvertrags ändern? Es ist zwar wahr, dass die Auslegung von Art. 23 FHA72 einen Sonderfall im bilateralen Werk darstellt. Die 27 Jahre später vereinbarten FZA und LuftVA haben ihre eigene Wege genommen und sind stark von der

³⁷⁶ COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 375.

³⁷⁷ BGE 139 I 72 (*Publigroupe*) E. 8.2.3 S. 89, 143 II 297 (*Gaba*) E. 8 S. 337, 146 II 217 (*ADSL*) E. 4.3 S. 228 f.; auch bereits 2006 in dieser Richtung ZIEGLER, Rn. 23.

³⁷⁸ Vgl. OGOREK, S. 22.

³⁷⁹ In dieser Richtung auch COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 373.

³⁸⁰ COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 375.

unflexiblen Praxis des Bundesgerichts abgewichen. Mit dem systematischen und teleologischen Element könnte man argumentieren, dass die Zwecke des FHA anhand der Wettbewerbsbestimmungen von LuftVA auszulegen sind. Die VRK lädt auch die Gerichte dazu ein, völkerrechtliche Bestimmungen evolutiv, d.h. unter Berücksichtigung des neuen Kontexts, auszulegen³⁸¹. Allerdings handelt es sich zwischen FHA72 und LuftVA nicht um die gleiche Art Güter die zwischen Schweiz und EU getauscht werden³⁸². Für das erste handelt es sich primär um Warenaustausch mit einer Wettbewerbsbestimmung zweiten Ranges, für das zweite die Integration in den europäischen Luftraum, mit ausführlichen wettbewerbsrechtlichen Regelungen³⁸³. Nach gewissen Autoren sollen aber nichtdeckungsgleiche Vertragsziele ein Grund sein, um eine europarechtliche(re) Auslegung des FHA72 auszuschliessen³⁸⁴. Eine Aktualisierung der zurückhaltenden Stellung des Bundesgerichts wäre also geboten³⁸⁵.

Es muss noch ergänzt werden, dass die Annäherung zur Union³⁸⁶ durch das LuftVA angestrebt wird, was in 1972 nicht der Fall war. Dies könnte gegen eine (zu starke) europarechtliche Auslegung sprechen. An dieser Stelle könnte man aber entgegenhalten, dass die Schweiz seit 1972 diese Annäherung allgemein anstrebt, insbesondere den Abschluss eines institutionellen Abkommens mit der EU³⁸⁷. Der vom InstA geschaffene Streitbeilegungsmechanismus sollte auch bei der Auslegung des FHA72 berücksichtigt werden³⁸⁸. Das FHA72 soll aber vom Geltungsbereich des InstA ausgeschlossen sein, es sei denn, das FHA72 soll zu einem Marktzugangsabkommen mit Rechtsharmonisierung umgewandelt werden³⁸⁹. Angesichts der heutigen Situation mit der Mühe zur Lösung der drei offenen Verhandlungspunkte (flankierende Massnahmen, staatliche Beihilfe und Unionsbürgerrichtlinie) wäre es höchst spekulativ zu behaupten, dass eine Aktualisierung des FHA72 in Frage kommen wird. Eine bessere juristische Wahrnehmung des Art. 23 FHA72 muss also von innen, vom Bundesgericht selbst kommen.

³⁸¹ BESSON, Rn. 1124.

³⁸² Vgl. COTTIER *et al.*, Rn. 374.

³⁸³ Vgl. 2. Erwägungsgrund des LuftVA-Präambels sowie Art. 8 ff. LuftVA.

³⁸⁴ KADDOUS, S. 335.

³⁸⁵ So befürwortet bereits in 2004 seitens COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 375.

³⁸⁶ Trotz EWR-Nein und Rückzug des in 1992 eingereichten Beitrittgesuchs zur EU.

³⁸⁷ *Bis dato* hat der Bundesrat hat das im Dezember 2018 vorgestellte Entwurf nicht unterzeichnet.

³⁸⁸ Vgl. 3. Erwägung zum Entwurf für einen Beschluss des FHA72-Gemeinsamen Ausschusses.

³⁸⁹ So nach Meinung der Bundesverwaltung, s. DEA, Fragen und Antworten, S. 4.

Selbständigkeitserklärung

«Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.

Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hierzu zur Verfügung zu stellen», Art. 42 Abs. 2 RSL RW³⁹⁰.

Bern, den 3. Dezember 2020

Yann Fauconnet

³⁹⁰ Reglement über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 21. Juni 2007 (Studienreglement RW, Fassung vom 22. Mai 2014); abgerufen unter <https://www.unibe.ch/e152701/e154048/e191232/e191240/e227917/rw_rsl_final_ger.pdf>.