

The Greatest Possible Freedom – Interpretive Formulas and their Spin in Free Movement Case-law

*Thomas Burri, Prof. Dr. iur., LLM (Bruges); Assistant Professor
University of St. Gallen, Post-doctoral thesis, University of St. Gallen
Nomos 2015, 608 p., ISBN 978-3-8487-2391-1*

Die Habilitationsschrift, die Ende 2015 beim Verlag Nomos erschienen ist, erschliesst die gesamte für das Personenfreizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Union relevante Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH). Es handelt sich um ca. 1400 Urteile aus 60 Jahren Rechtsprechung zum Binnenmarkt, namentlich in den Bereichen Freizügigkeit der Arbeitnehmenden und der Dienstleistungen, Niederlassungsfreiheit, Diplomanerkennung, Koordinierung der Sozialversicherungen und Unionsbürgerschaft. Das Buch stellt damit die erste systematische und vollständige Aufarbeitung der Rechtsprechung in diesem Bereich dar. Es schafft eine Grundlage für die schweizerischen Rechtsanwendenden (Gerichte, Anwälte, Verwaltung etc.), um die komplexe Rechtsprechung des EuGHs selbstständig anzuwenden. Der bis anhin häufig notwendige Rat des Bundesgerichts wird damit entbehrlicher.

Insbesondere im Bereich der Koordinierung der Sozialversicherungen bietet das Buch einen Mehrwert. Die ca. 400 Urteile des EuGH zu den EU Koordinierungsverordnungen, die auch in der Schweiz anwendbar sind, waren bislang nur schwer zugänglich und daher weitgehend unbekannt. Inhaltlich befasst sich diese Rechtsprechung etwa mit der Zusammenrechnung und proportionalen Aufteilung verschiedener Versicherungszeiten, mit Kindergeldern, Arbeitslosenleistungen, Krankenversicherung etc. – immer jeweils in einem grenzüberschreitenden Zusammenhang. Der Kontext jeder einzelnen Entscheidung wird im Buch dadurch klar, dass die vorangehenden und nachfolgenden Entscheidungen leicht erkennbar werden. Das Buch trägt damit insgesamt zu einer reibungsfreieren Umsetzung des Personenfreizügigkeitsabkommens, insbesondere des Diskriminierungsverbotes im Sozialversicherungsrecht, in der Schweiz bei. (Für die Rechtsanwendenden innerhalb der EU ist die Erschliessung der Rechtsprechung gar noch nützlicher, da die Rechtsprechung im Binnenmarkt ohne Weiteres gilt. Aus diesem Grund wurde die Monografie auch auf Englisch verfasst.)

Doch das Buch ist nicht nur praktisch. Es verfolgt auch dogmatische und methodische Zwecke. Im zweiten Teil wird aufgezeigt, wie sich gewisse *Interpretationsformeln* in der oben beschriebenen Rechtsprechung des EuGH entwickelt haben. In Dogmatik und Doktrin wurde das Formelhafte in der Interpretation durch den EuGH bis heute kaum beachtet. Bisher wurde nicht untersucht, welche Formeln der EuGH wann zum Zwecke der Interpretation ausspricht. Die Idee, dass eine Interpre-

tationsformel eine gewisse Funktion hat innerhalb einer Entscheidung und somit diese Entscheidung lenkt und gestaltet (*Framing*), ist im Schrifttum kaum zu finden. Diese Lücke schliesst das Buch, indem es die Entwicklung von Interpretationsformeln nachzeichnet und deren Ursprung sowie Anwendung im Fallrecht aufzeigt. Ein besonderes Augenmerk wird auf die Funktion dieser Interpretationsformeln in den einzelnen Urteilen gelegt. Für jede Formel wird dargestellt, welche Rolle sie in welchen Entscheidungen spielt und wie sie diese in eine bestimmte Richtung beeinflusst («Spin» der Formel).

Das Buch geht drei zentralen Strängen von Interpretationsformeln nach. Einer davon beinhaltet die titelgebende Formel von der grösstmöglichen Freiheit: *The greatest possible freedom*. Zum Zwecke der Illustration soll hier jedoch eine Interpretationsformel kurz ausgeführt werden, die der Leserschaft wohl eher vertraut ist und zwar jene von der Unionsbürgerschaft als «grundlegendem Status» der Angehörigen der EU-Mitgliedstaaten. Diese Formel ist bekanntermassen zum ersten Mal im Urteil *Grzelczyk* vom 20. September 2001 (C-184/99, Rz. 31) aufgetaucht. Seither hat sie der EuGH wiederholt in Urteilen ausgesprochen. Im Schrifttum hat sich in der Folge der «grundlegende Status» der Unionsbürgerschaft grosser Beliebtheit erfreut. Die entsprechende Passage wurde geradezu gebetsmühlenartig angerufen, sobald die Rede auf die Unionsbürgerschaft kam. Die Idee aber, dass es sich beim «grundlegenden Status» um eine Interpretationsformel handelt, die als solche eine gewisse Funktion in Entscheidungen erfüllt und ihnen einen «Spin» verleiht, wurde bis anhin nicht erkannt und scheint im Schrifttum nicht aufzutreten. Das Buch untersucht daher, in welchen Entscheidungen die Formel vom «grundlegenden Status» aufgetreten ist und in welchen nicht; in welchen Entscheidungen die Formel «Spin» ausgeübt hat und Lenkungskraft hatte und in welchen nicht. Damit versucht das Buch einen wesentlichen Beitrag zur juristischen Interpretationslehre zu leisten.

Das Buch setzt auch im zweiten Teil zu den Interpretationsformeln auf methodische Vollständigkeit und redliche Beweisführung. Innerhalb der im ersten Teil erschlossenen Rechtsprechung wird *jeder einzelnen* Erscheinung der ausgewählten Interpretationsformeln nachgegangen. Das Buch liefert daher transparente und vollständige Evidenz, statt sich, wie in den Rechtswissenschaften zuweilen üblich, auf die Eminenz des Verfassers oder der Verfasserin und dessen oder deren Meinung oder auf eine beliebige Selektion einzelner Beispiele abzustützen. Das Buch versteht sich daher auch als Versuch, einen modernen, transparenten Massstab der Methodik für juristische Forschung zu setzen, der an die Naturwissenschaften angelehnt ist und immer mehr auch in der Ökonomie und Politikwissenschaft angewandt wird.

Ino Augsberg, inzwischen ordentlicher Professor für Rechtsphilosophie und öffentliches Recht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, sprach spontan, als er vom Titel der Habilitationsschrift, *The Greatest Possible Freedom*, erfuhr: «Die grösstmögliche Freiheit? Wunderbar, ein Performativum par excellence – es bewirkt,

was es benennt!» Mir selbst war das nicht bewusst, als ich den Titel setzte. Doch alle Kolleginnen und Kollegen, die sich habilitiert haben – und ihre Angehörigen – werden wissen: Die Beendigung der Habilitationsschrift bewirkt tatsächlich ein Gefühl der grösstmöglichen Freiheit.

Le droit de prendre son destin en main : le droit international de la démocratie et l'avenir des droits politiques

*Nicolas Bueno, Dr. iur.; Post-doctoral researcher, Swiss National Science Foundation
Doctoral thesis, University of Lausanne, supervised by Prof. Barbara Wilson
Staempfli/L.G.D.J 2015, 484 p., ISBN 978-3-7272-3191-9*

Le droit de prendre son destin en main est une étude idéaliste de la démocratie en droit international public. Quelle démocratie la communauté internationale devrait-elle promouvoir et de quelle manière ? La première partie synthétise les documents internationaux relatifs à la démocratie en vue d'extraire une définition aussi universelle que possible de la démocratie. La seconde partie est consacrée à l'étude des droits politiques inscrits dans les traités des droits de l'homme. Ces droits ont un potentiel encore inexploité. Ils sont à même de mettre en œuvre un degré élevé de démocratie à condition qu'ils soient interprétés dans ce but.

Boutros Boutros Ghali proposait, en 1996 déjà, une nouvelle branche de droit international : le droit international de la démocratie. S'il est vrai que la démocratie est un thème que s'approprient traditionnellement les constitutionnalistes en droit interne, d'innombrables documents internationaux font référence à la démocratie. Ce droit international de la démocratie se conjugue aujourd'hui en au moins trois grands thèmes : la reconnaissance d'États et de gouvernements non démocratiques, l'autonomie constitutionnelle dans la création d'institutions internes et le recours pro-démocratique à la force. Cette branche de droit serait toutefois lacunaire sans prendre en compte les liens qu'entretiennent la démocratie et les droits de l'homme. À cet égard, cette thèse présente la notion historique et contemporaine de « société démocratique » et synthétise le débat, presque interminable, sur l'existence d'un droit de l'homme à la démocratie, soulevé par Thomas Franck dans *The Emerging Right to Democratic Governance*.

Les discussions abordées dans le cadre du droit international de la démocratie ont une faiblesse : nombreuses prennent pour acquise la notion de démocratie. L'État qui tient des élections libres est démocratique, par opposition à celui qui n'en tient pas. Sur la base de *Democracy and Human Rights* de David Beetham et *The Riddle of all Constitutions: International Law: Democracy, and the Critique of Ideology* de Susan

SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Schweizerische Zeitschrift
für internationales und europäisches Recht
Revue suisse de droit international et européen

SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Schweizerische Zeitschrift
für internationales und europäisches Recht
Revue suisse de droit international et européen

www.sriel.ch

The Review is published quarterly by the Swiss Society of International Law (Schweizerische Vereinigung für internationales Recht / Société suisse de droit international – www.svir-ssdi.ch) and supported by the Swiss Academy of Humanities and Social Sciences. The Review is available online on www.swisslex.ch and www.heinonline.org.

BOARD OF EDITORS

Prof. Dr. Andreas Furrer, University of Lucerne (Chair; Private International Law); Prof. Dr. Daniel Girsberger, University of Lucerne (Private International Law); Prof. Dr. Christine Kaddous, University of Geneva (European Law); Prof. Dr. Robert Kolb, University of Geneva (Public International Law); Prof. Dr. Christa Tobler, University of Basel (European Law); Prof. Dr. Ursula Cassani, University of Geneva (Criminal Law); Prof. Dr. Oliver Diggelmann, University of Zurich (Public International Law)

EDITORIAL OFFICE

Dr. Lorenz Langer, Managing Editor, Kirchweg 41, 8966 Oberwil-Lieli, Switzerland,
Lorenz.Langer@sriel.ch

RECENT DEVELOPMENTS REPORTS

Dr. Jürg Borer, Prof. Dr. Andreas Bucher, Prof. Dr. Lucius Caflisch, Prof. Dr. Ursula Cassani, Dr. Xavier Favre-Bulle, Prof. Dr. Michael Hahn et al., Prof. Dr. Michel Hottelier, Prof. Dr. Christine Kaddous, Prof. Dr. Robert Kolb, Prof. Dr. Vincent Martenet, Dr. Thomas Mayer, Prof. Dr. Ivo Schwander, Prof. Dr. Christa Tobler

SUBMISSIONS

Please submit manuscripts electronically to the address above. Authors are requested to follow the Review's style-sheet available at www.sriel.ch. French submissions are proofread by Dr. Maria Ludwiczak

PUBLISHER

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach, 8022 Zurich, Switzerland, Phone: +41 44 209 2919, Fax: +41 44 200 2908, zs.verlag@schulthess.com, <http://www.schulthess.com>

SUBSCRIPTIONS

Annual subscription: CHF 250 (CHF 225 for SVIR-members); single issue: CHF 71
PrintPlu\$: The PrintPlu\$ subscription includes both the printed issues of the Review and digital access to its content. Annual Print Plu\$ subscription: CHF 286 (CHF 258 for SVIR-members); for details, see www.schulthess.com.

ADVERTISEMENTS

Zürichsee Werbe AG, Pietro Stuck, Seestrasse 86, 8712 Stäfa, pietro.stuck@zs-werbeag.ch,
+41 44 928 5617

Table of Contents

From the Editors

ANDREAS FURRER

Vom SJIR über die SZIER zur SRIEL.....	3
--	---

Comment

DANIEL THÜRER

Demokratie und Rule of Law im internationalen, staatlichen und transnationalen Recht: Eine kosmopolitische Perspektive.....	7
---	---

Article

ANDREAS R. ZIEGLER

Die Entwicklung der Völkerrechtslehre und -wissenschaft in der Schweiz – eine Übersicht.....	21
--	----

OLIVIER GAILLARD

Les relations entre la Grèce et la Suisse en matière successorale: la Convention d'établissement et de protection juridique du 1er décembre 1927	53
--	----

Theses & Post-doctoral Theses

RODRIGO RODRIGUEZ

Zuständigkeiten im internationalen Insolvenzrecht – Der 11. Titel des IPRG im Rechtsvergleich mit der europäischen Insolvenzverordnung und dem UNCITRAL Modellgesetz.....	79
---	----

THOMAS BURRI

The Greatest Possible Freedom – Interpretive Formulas and their Spin in Free Movement Case-law.....	81
---	----

NICOLAS BUENO

Le droit de prendre son destin en main : le droit international de la démocratie et l'avenir des droits politiques.....	83
---	----

Practice Report

LUCIUS CAFLISCH

La pratique suisse en matière de droit international public 2014..... 87

ROBERT KOLB

Chronique de la jurisprudence de la Cour
internationale de Justice en 2015..... 125

ALEXANDER R. MARKUS

Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2015) 161

Contributions

DANIEL THÜRER

Demokratie und *Rule of Law* im internationalen, staatlichen und transnationalen Recht: Eine kosmopolitische Perspektive

ANDREAS R. ZIEGLER

Die Entwicklung der Völkerrechtslehre und -wissenschaft in der Schweiz – eine Übersicht

OLIVIER GAILLARD

Les relations entre la Grèce et la Suisse en matière successorale : la Convention d'établissement et de protection juridique du 1^{er} décembre 1927

Recent Practice

LUCIUS CAFLISCH

La pratique suisse en matière de droit international public 2014

ROBERT KOLB

Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en 2015

ALEXANDER R. MARKUS

Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2015)