

Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: Bernhard Altermatt/Gilbert Casarus (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013, Zürich 2013, 141-158. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

Die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union sind heute massgeblich durch die sog. Bilateralen Abkommen geprägt. So hat die Schweiz zwei „Pakete“ solcher Abkommen abgeschlossen; das erste Paket¹ wurde im Juni 1999 unterzeichnet und ist – da die Abkommen nicht nur politisch, sondern auch rechtlich miteinander verbunden sind – als Ganzes im Juni 2002 in Kraft getreten, das zweite Paket² wurde im Oktober 2004 unterzeichnet, und die verschiedenen Abkommen sind sukzessive nach der Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen in Kraft getreten.³ In Bezug auf die inhaltliche Ausrichtung der Abkommen kann zwischen Kooperationsabkommen, die die Zusammenarbeit in bestimmten Bereichen oder die Teilhabe der Schweiz an bestimmten EU-Programmen betreffen, Liberalisierungs- und Harmonisierungsabkommen (z.B. in den Bereichen Personen- und Landverkehr) sowie (Teil-) Integrationsverträgen (wie beim Luftverkehrsabkommen, aber wohl auch beim Schengen/Dublin-Abkommen) unterschieden werden.⁴ In Bezug auf die beiden zuletzt genannten Kategorien geht es einerseits um Abkommen, die den (teilweisen) Zugang zum Binnenmarkt ermöglichen wollen, andererseits um Abkommen, die eine Zusammenarbeit in bestimmten, für wichtig erachteten Politikbereichen, wie z.B. „Schengen“ (Abbau der

¹ Es umfasst folgende Bereiche: Personenfreizügigkeit, Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Auftragswesen, vgl. den Text aller Abkommen in BBl 1999, 6489 ff., ABl. 2002 L 114, 1 ff.

² Es umfasst folgende Bereiche: Besteuerung der Ruhegehälter von in der Schweiz ansässigen EU-Beamten, verarbeitete Landwirtschaftsprodukte, Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur, Zusammenarbeit im Bereich der Statistik, Teilnahme an verschiedenen Programmen in den Bereichen Bildung, Berufsbildung und Jugend, „Schengen“ und „Dublin“, Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung, vgl. den Text aller Abkommen in BBl 2004, 5965 ff.

³ Mit der bemerkenswerten Ausnahme des Betrugsbekämpfungsabkommens, das noch nicht in Kraft ist, da noch nicht alle EU-Mitgliedstaaten dieses Abkommen ratifiziert haben.

⁴ Vgl. diese Einteilung auch z.B. bei *Daniel Felder*, Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin), in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Accords bilatéraux II Suisse - UE et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz - EU und andere neue Abkommen, Basel 2006, 93 (101 f.).

Grenzkontrollen und diverse „Ausgleichsmassnahmen“) und „Dublin“ (Zuständigkeit für die Behandlung von Asylgesuchen), sicherstellen sollen.

Ohne dass der Inhalt der mittlerweile zahlreichen Abkommen an dieser Stelle auch nur annähernd nachgezeichnet werden könnte,⁵ kann doch allgemein festgehalten werden, dass keines der Abkommen in welcher Form auch immer auf die EU-Grundrechte Bezug nimmt, dies trotz des Umstands, dass einige Abkommen durchaus grundrechtsrelevante Bereiche umfassen, so insbesondere das Personenfreizügigkeitsabkommen und das Abkommen Schengen/Dublin. Die EU-Grundrechte haben also als solche keinen Anteil an dem unionsrechtlichen Besitzstand, der Eingang in die Abkommen gefunden hat.⁶

Auf den ersten Blick könnte hieraus gefolgert werden, dass die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundrechten und die Europäische Grundrechtecharta – die in weiten Teilen diese Rechtsprechung kodifiziert⁷ – in der Schweiz bei der Anwendung der Bilateralen Abkommen von vornherein unbeachtlich wären. Soweit grundrechtliche Gewährleistungen betroffen sind, bliebe es also dabei, dass entsprechende europarechtliche⁸ Vorgaben und Garantien für die Schweiz im Wesentlichen (lediglich) der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zu entnehmen wären.⁹

Es fragt sich jedoch, ob dieser Schluss nicht trügerisch ist: Denn die EU-Grundrechte sind bei der Auslegung und Anwendung des gesamten Unionsrechts zu berücksichtigen, so dass zumindest zu prüfen ist, ob sich hieraus nicht Implikationen für die Anwendung und Auslegung der Bilateralen Abkommen der Schweiz mit der EU ergeben könnten. Dieser Problematik soll im Folgenden im Einzelnen nachgegangen werden (III.), dies auf der

⁵ Vgl. zu den Bilateralen Abkommen ausführlich *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zürich 2012, insbesondere 95 ff. S. ansonsten die Beiträge in *Daniel Thürer Daniel/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals Andreas* (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU*. Ein Handbuch, Zürich 2007; vgl. zusammenfassend zu den Charakteristika der beiden Pakete (auch im Vergleich) *Astrid Epiney*, Zu den „bilateralen“ Verträgen der EG bzw. ihren Mitgliedstaaten und der Schweiz – einige Gedanken zur Einbindung der Schweiz in den *acquis communautaire*, GPR 2006, 2 f. Für einen kurzen Überblick über die Abkommen *Marius Vahl/Nina Grolimund*, Integration ohne Mitgliedschaft. Die bilateralen Verträge der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, Zürich 2007, 29 ff. Vgl. auch den instruktiven Überblick über den derzeitigen Stand der Beziehungen Schweiz – EU in dem Bericht des Europäischen Parlaments: EP, *Internal Market beyond the EU: EEA and Switzerland*, 2010.

⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang die Zusammenstellung der verschiedenen Mechanismen der „Übernahme“ von EU-Recht in die Bilateralen Abkommen bei *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 5), 140 ff.

⁷ Vgl. zu den EU-Grundrechten den Überblick, m.w.N., bei *Marcel Haag*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, *Die Europäische Union. Europarecht und Politik*, 10. Aufl., Baden-Baden 2013, § 2, Rn. 7 ff.

⁸ Daneben sind natürlich eine Reihe völkerrechtlicher Instrumente zu verzeichnen, so insbesondere die Menschenrechtspakte aus dem Jahr 1966, aber auch einige sonstige Abkommen zum Schutz bestimmter Personengruppen (z.B. Frauen, Kinder). Vgl. zum universellen Menschenrechtsschutz *Walter Kälin/Jörg Künzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz*, Basel 2008; *Walter Kälin/Jörg Künzli*, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford 2010.

⁹ Zur EMRK z.B. *Anne Peters/Tilmann Altwicker*, *Europäisches Menschenrechtskonvention mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz*, München 2012; *Christoph Grabenwarter*, *Europäische Menschenrechtskonvention*. Ein Studienbuch, Basel 2012.

Grundlage eines Überblicks über die Art und Weise der „Übernahme“ von Teilen des unionsrechtlichen Besitzstands in die Abkommen und die Rolle der Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung der Abkommen (II.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbemerkung (IV.).

II. Zu den Mechanismen der Anknüpfung der Bilateralen Abkommen an den unionsrechtlichen Besitzstand¹⁰

I. Mechanismen der Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstands im Bereich der Rechtsetzung

Zahlreiche Abkommen und insbesondere auch die rechtlich und politisch besonders bedeutenden greifen in verschiedener Weise auf den unionsrechtlichen Besitzstand zurück.¹¹ Die Frage nach der Reichweite einer solchen „Übernahme“ von Teilen des unionsrechtlichen Besitzstandes in ein (Bilaterales) Abkommen zwischen der Schweiz und der EU ist dabei auf der Grundlage des Gegenstands bzw. des materiellen Anwendungsbereichs eines Abkommens zu sehen: In all denjenigen Fällen, in denen ein Abkommen die „Integration“ der Schweiz in einen Teil des Unionsrechts anstrebt, erfolgt in der Regel eine relativ weitgehende Anlehnung an das bereits bestehende Unionsrecht. Dessen Umfang wird einerseits durch den eigentlichen Regelungszweck bzw. -schwerpunkt des jeweiligen Abkommens, andererseits durch mit diesem in enger Verbindung stehenden Bereichen bestimmt.

Diese „Übernahme“ unionsrechtlicher Bestimmungen in den Bilateralen Abkommen mit der Schweiz erfolgt – soweit der bestehende *Acquis* betroffen ist – in den derzeit bestehenden Abkommen entweder durch einen direkten Verweis auf unionsrechtliche Akte¹² oder aber durch eine Anlehnung der Formulierung abkommensrechtlicher Bestimmungen an unionsrechtliche Regelungen.¹³

Der völkerrechtliche Charakter der Bilateralen Abkommen impliziert, dass sie grundsätzlich (formell) statische Verpflichtungen enthalten, so dass eine Modifikation des EU-Rechts, auf das in einem Abkommen Bezug genommen wird, grundsätzlich nicht „automatisch“ auch

¹⁰ Ausführlich und m.w.N. zur Anknüpfung an bzw. zur Übernahme von Unionsrecht in den Bilateralen Abkommen *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (Fn. 5), 140 ff.

¹¹ Abgesehen von derartigen, sich vom Unionsrecht inspirierenden abkommensrechtlichen Bestimmungen enthalten die Bilateralen Abkommen aber auch mitunter (wobei dies jedenfalls in den politisch und rechtlich bedeutenden Bereichen die Ausnahme darstellt) „autonome“ Bestimmungen, also solche, die sich nicht in irgendeiner Form an den unionsrechtlichen Besitzstand anlehnen.

¹² Indem in Anhängen zu einem Abkommen Sekundärrechtsakte aufgeführt werden, welche die Schweiz im Ergebnis anzuwenden hat („gleichwertige Rechtsetzung“). S. z.B. Anhang II, III Personenfreizügigkeitsabkommen oder Anhang I Landverkehrsabkommen.

¹³ Vgl. z.B. Anhang I Personenfreizügigkeitsabkommen, das teilweise wörtlich unionsrechtliche Bestimmungen übernimmt.

Eingang in das Abkommen findet. Allerdings sehen die Abkommen vor dem Hintergrund, dass ihre Zielsetzung in der Regel auch darin besteht, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage wie innerhalb der EU zu gewährleisten, spezifische Bestimmungen für die Übernahme neuer legislativer Bestimmungen des EU-Rechts vor, wobei diese grundsätzlich¹⁴ nur dann zum Zuge kommen, wenn der Verweis auf den unionsrechtlichen Besitzstand durch eine Bezugnahme auf Sekundärrechtsakte erfolgt.

Im Einzelnen können in den bestehenden Abkommen drei Kategorien von Übernahmemechanismen der Weiterentwicklung des EU-Rechts auf legislativer Ebene unterschieden werden:

- Erstens kann dem aus Vertretern der Vertragsparteien zusammengesetzten Gemischten Ausschuss die Kompetenz eingeräumt werden, die entsprechenden Anhänge des betreffenden Abkommens zu modifizieren. Da der Ausschuss einstimmig entscheidet, impliziert diese Variante (auf die insbesondere in Abkommen der „Bilateralen I“ zurückgegriffen wird), dass eine Anpassung der Abkommen an die Weiterentwicklung in der EU auch unterbleiben kann. Auf dieses Modell wurde insbesondere in den meisten Abkommen der „Bilateralen I“ zurückgegriffen, so z.B. im Personenfreizügigkeitsabkommen.
- Zweitens kann eine grundsätzliche Pflicht der Schweiz zur Übernahme auch der Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands verankert werden, wobei es der Schweiz aber unbenommen bleibt, die Weiterentwicklungen unter Durchlaufen der ordentlichen (Gesetzgebungs-) Verfahren „umzusetzen“. Erfolgt jedoch keine Übernahme bestimmter Weiterentwicklungen, wird das Abkommen grundsätzlich – nach Ablauf einer bestimmten Frist – beendet. Damit geht zwar auch dieses Modell nicht von einer „automatischen“ Übernahmepflicht der einschlägigen Weiterentwicklungen des Unionsrechts aus; im Falle des Scheiterns einer solchen Übernahme jedoch droht mit der Beendigung des Abkommens eine „Sanktion“. Vor diesem Hintergrund lässt dieser Mechanismus der Schweiz im Ergebnis relativ wenig bzw. kaum einen Spielraum, soweit die Übernahme der entsprechenden Weiterentwicklungen betroffen ist, da im Falle einer Ablehnung das gesamte Abkommen in Frage gestellt wird.¹⁵ Verankert wurde dieses Modell bislang in der Schengen-/ Dublin-Assoziierung.
- Ein ähnliches, wenn auch weniger weitgehendes Modell sieht zwar keine Beendigung des Abkommens im Falle fehlender Übernahme vor, ermöglicht aber der EU, im Falle

¹⁴ Es gibt allerdings Ausnahmen, so insbesondere beim Zollsicherheitsabkommen, zu diesem *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (Fn. 5), 138 ff.

¹⁵ Insofern kann man also von einem „Alles oder Nichts-Prinzip“ sprechen, vgl. schon *Astrid Epiney Astrid/Annekathrin Meier/Sarah Theuerkauf*, „Schengen“: ein neuer Prüfstein für die Schweiz, Plädoyer 2005, S. 38 ff.; s. ebenso *Carl Baudenbacher*, Rechtsprechung: Rechtssicherheit als Standortfaktor, in: Katja Gentinetta/Georg Kohler (Hrsg.), *Souveränität im Härtestest. Selbstbestimmung unter neuen Vorzeichen*, Zürich 2010, 247 (258).

des Ausbleibens der Übernahme von Weiterentwicklungen des Unionsrechts verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen, wobei der Gemischte Ausschuss ein Schiedsgericht anrufen kann, um die Verhältnismässigkeit solcher Ausgleichsmassnahmen zu überprüfen. Dieses Modell wurde bislang erst bei einem neueren Abkommen, nämlich dem Abkommen über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen („24-Stunden-Regel“)¹⁶, herangezogen.¹⁷

Vor dem Hintergrund des Bestrebens der EU, in Zukunft eine vollumfängliche Einbindung der Schweiz in den entsprechenden Teil des unionsrechtlichen Besitzstands sicherzustellen, wobei auch Weiterentwicklungen einzubeziehen sind, ist – auch nach den Aussagen von Vertretern der EU selbst¹⁸ – zu erwarten, dass die EU als Mindeststandard für zukünftige Abkommen ein Modell, das demjenigen der Schengen-Assoziierung nachgebildet ist, fordern wird. Es dürfte für die Schweiz schwierig sein, sich diesem Anliegen grundsätzlich zu verschliessen, wenn auch punktuelle Ausnahmen nicht ausgeschlossen erscheinen. Das etwas weniger weitgehende Modell, das dem neuen Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherheit zugrundeliegt, wird von Vertretern der Europäischen Union insofern als „Sonderfall“ bezeichnet, als es um ein sehr technisches Abkommen gehe, das keinesfalls verallgemeinerungsfähig sei.¹⁹

¹⁶ Vgl. den Text in BBl 2009 8953. Das Abkommen wird seit dem 1. Juli 2009 vorläufig angewendet.

¹⁷ Die EU hatte hier offenbar zunächst eine automatische Suspendierung des Abkommens im Falle einer Ablehnung der Übernahme von Weiterentwicklungen des Unionsrechts favorisiert, vgl. *Esther Baumgartner et al.*, Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EU in der praktischen Anwendung, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Zürich/Bern 2010, 417 (420 ff.).

¹⁸ Vgl. schon die entsprechende Verlautbarung des Rates vom Dezember 2008, hierzu den Bericht in NZZ v. 9.12.2008, S. 16. Die im Juli 2010 diesbezüglich geführte Diskussion war insofern nicht wirklich neu, soweit es um die Stellungnahme von EU-Ratspräsident *van Rompuy* ging, der deutlich gemacht hat, dass die EU davon ausgeht, auch die Weiterentwicklungen des jeweiligen sektorspezifischen Besitzstands bzw. des in Bilaterale Abkommen einbezogenen unionsrechtlichen Besitzstands seien zu übernehmen, dies möglicherweise gar in Bezug auf bestehende Abkommen, in denen dies (noch) nicht in dieser Form vorgesehen ist, vgl. NZZ v. 20.7.2010, S. 9. S. auch NZZ v. 3.2. 2011, S. 15. Vor diesem Hintergrund sind auch die derzeit zwischen der Schweiz und der EU diskutierten „institutionellen Fragen“ zu sehen, die in erster Linie die „automatische“ Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstands und seiner Weiterentwicklung, die „einheitliche“ Auslegung der Abkommen, die Kontrolle der Anwendung der Abkommen in der Schweiz und die gerichtliche Streitbeilegung betreffen, zu sehen. S. zur Problematik bzw. den verschiedenen Interessen und zum derzeitigen Stand der Dinge auch NZZ v. 3.2.2011, 15; NZZ v. 21.3.2012, 1, 11. Im Juli 2010 wurde beschlossen, eine bilaterale Arbeitsgruppe EU – Schweiz einzusetzen, die die angesprochenen institutionellen Fragen erörtern soll. Erste Ergebnisse wurden für Ende 2010 erwartet. Vgl. NZZ v. 20.7.2010, 9; NZZ v. 21.7.2010, 9. Ergebnisse wurden aber bislang noch nicht veröffentlicht. Weiter gab der Bundesrat Gutachten über diese Fragen in Auftrag, die jedoch nicht veröffentlicht wurden; (zumindest) eines ist jedoch auf dem Internet auffindbar, vgl. *Daniel Thürer*, Gutachten über mögliche Formen der Umsetzung und Anwendung der Bilateralen Abkommen, verfügbar unter <http://bit.ly/M6xB60>. Im Sommer 2012 unterbreitete der Bundesrat der EU Vorschläge zur Lösung dieser Fragen, auf die die EU jedoch bislang noch nicht offiziell reagiert hat. Vgl. zum derzeitigen Stand der Dinge NZZ v. 20.11.2012.

¹⁹ Vgl. NZZ v. 7.7.2010.

2. Zur Rolle der Rechtsprechung des EuGH und zur Auslegung der Bilateralen Abkommen

Die erwähnte Einbindung der Schweiz – über Bilaterale Abkommen – in Teile des unionsrechtlichen Besitzstands wirft die komplexe Frage auf, ob und inwieweit die entsprechenden Abkommensbestimmungen parallel zur Rechtslage im Unionsrecht auszulegen sind. Diese Frage – die hier nur grundsätzlich zu behandeln ist, während auf das spezifische Problem der Berücksichtigung der EU-Grundrechte bei der Auslegung von Vorgaben der Bilateralen Abkommen unter III. eingegangen wird – ist (da es sich um völkerrechtliche Verträge handelt) – ausgehend von völkerrechtlichen Auslegungsmethoden und jeweils gesondert für die verschiedenen Abkommen zu beantworten.²⁰ Jedenfalls in den Fällen, in denen der Regelungszweck des Abkommens klar erkennen lässt, dass eine parallele Rechtslage angestrebt wird, spricht grundsätzlich Vieles für eine parallele Auslegung. Eine solche parallele Auslegung muss grundsätzlich auch und gerade unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH erfolgen, wie dies auch teilweise ausdrücklich in den Bilateralen Abkommen vorgesehen ist.²¹

²⁰ Vgl. ausführlich zur Auslegung der Bilateralen Abkommen schon *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Robert Mosters*, Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht, Expertenberichte im Auftrag der Arbeitsgruppe „Europa – Reformen der Kantone“, Zürich 2006, 77 (185 ff.); s. nunmehr ausführlich *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (Fn. 5), 154 ff., 191 ff.; spezifisch zur Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens *Astrid Epiney/Patrizia Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Freiburg 2009, 7 ff.; allgemein zur Auslegung völkerrechtlicher Abkommen der EU, unter Einschluss solcher, die (teilweise) auf EU-Recht zurückgreifen, *Eckart Klein*, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der Europäischen Gemeinschaft mit Drittstaaten, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstands durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zürich 2006, 1 ff.; *Roland Bieber*, Die Bedeutung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis, Zürich 2011, 1 ff.

²¹ So insbesondere in Art. 16 Abs. 2 FZA. Aber auch bei der Schengen/Dublin-Assoziierung ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Auslegung der dem Unionsrecht nachgebildeten Abkommensbestimmungen (*in concreto* die Sekundärrechtsakte, auf die das Abkommen Bezug nimmt) in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zu erfolgen hat, vgl. ausführlich *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (Fn. 5), 175 ff.; i. Erg. wie hier in Bezug auf das Personenfreizügigkeitsabkommen z.B. *Matthias Oesch*, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, SZIER 2011, 583 ff.; *Francesco Maiani*, La „saga Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I, 27 ff.; *Thomas Burri/Benedikt Pirker*, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens, SZIER 2010, 165 ff.; *Carl Baudenbacher*, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 2012 II 419 (574 ff.); auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht von einer grundsätzlichen Massgeblichkeit der unionsrechtlichen Auslegung für diejenige abkommensrechtlicher Bestimmungen, die sich an das EU-Recht anlehnen, aus, vgl. hierzu die regelmässigen (in der Regel zweijährlichen) Überblicke im Jahrbuch für Migrationsrecht, s. zuletzt *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, 223 ff.

In jedem Fall bleibt der zeitliche Bezugsrahmen dieser „Anlehnung“ an die unionsrechtliche Auslegung zu präzisieren: So erwähnt etwa Art. 16 Abs. 2 FZA lediglich die Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, so dass sich die Frage stellt, ob auch Rechtsprechungs- bzw. Auslegungsentwicklungen nach der Unterzeichnung der Abkommen einzubeziehen sind. Jedenfalls das Bundesgericht beantwortet diese Frage in Bezug auf das Personenfreizügigkeitsabkommen unter Hinweis auf die Zielsetzungen des Abkommens grundsätzlich positiv;²² aber auch der EuGH verweist in seinen (bislang wenigen) Urteilen zum Freizügigkeitsabkommen auch auf Urteile nach der Unterzeichnung des Abkommens.²³ Tatsächlich dürften die besseren Gründe für eine grundsätzliche Massgeblichkeit auch der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs sprechen.²⁴

Jedenfalls – und wie auch immer man mit welchen Nuancen die dogmatisch schwierigen Fragen nach der Auslegung der Bilateralen Abkommen, soweit diese an Unionsrecht anknüpfen, beantwortet – ist die Antwort auf die Frage nach einer parallelen Auslegung in Bezug auf die derzeit bestehenden Abkommen durchaus mit grossen Unsicherheiten und Schwierigkeiten verbunden: Schon das Vorliegen eines Rückgriffs auf unionsrechtliche Begriffe kann streitig sein; weiter ist die Massgeblichkeit der Weiterentwicklung der Auslegung auf EU-Ebene – insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH – trotz der skizzierten Grundsätze häufig mit beachtlichen Unsicherheiten behaftet. Klarheit über umstrittene Fragen dürfte häufig erst über entsprechende (letztinstanzliche) gerichtliche Urteile geschaffen werden können, wobei es angesichts des Fehlens eines für beide Parteien verbindlichen gerichtlichen Streitbeilegungsmechanismus‘ nicht ausgeschlossen ist, dass im Einzelfall in der EU einerseits und in der Schweiz andererseits auch unterschiedliche Lösungen gefunden werden.

III. Zur Relevanz der EU-Grundrechte im Rahmen der Auslegung und Anwendung der Abkommen

1. Zur Problematik

Eine der bislang durch die Rechtsprechung noch nicht geklärte Auslegungsfrage ist gerade diejenige nach der Relevanz der Rechtsprechung des EuGH im Grundrechtsbereich für die Auslegung gewisser Teile der Bilateralen Abkommen. Aus dogmatischer Sicht geht es dabei darum, ob der in die Abkommen „übernommene“ unionsrechtliche Besitzstand zumindest in

²² Vgl. insbesondere BGE 136 II 5. S. ansonsten zur schweizerischen Rechtsprechung (insbesondere des Bundesgerichts) zum Personenfreizügigkeitsabkommen die regelmässigen (in der Regel zweijährlichen) Überblicke im Jahrbuch für Migrationsrecht, vgl. Fn. 21.

²³ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-16/09 (Schwemmer), Urt. v. 14.10.2010, Rn. 32 f.

²⁴ Ausführlich *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (Fn. 5), 169 ff.

bestimmten Konstellationen auch die Vorgaben der EU-Grundrechte umfasst bzw. ob die „unionsrechtlichen Begriffe“ (vgl. z.B. die Formulierung in Art. 16 Abs. 2 FZA), auf die im Abkommen Bezug genommen wird, auch die EU-Grundrechte (unter gewissen Voraussetzungen) erfassen. M.a.W. steht letztlich die Frage der Reichweite der Übernahme der unionsrechtlichen Vorgaben zur Debatte, konkret diejenige, ob die Bezugnahme auf gewisse Begriffe des EU-Rechts auch die Bezugnahme auf die EU-Grundrechte einschliesst. Deutlich wird damit, dass es um die Reichweite des Rückgriffs auf EU-Recht bzw. unionsrechtliche Begriffe und Konzepte geht, eine Problematik, die auch und gerade vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass der EuGH das Unionsrecht als solches auslegt, ohne (notwendigerweise) die Frage nach den Implikationen dieser oder jener Auslegung des EU-Rechts für diejenige abkommensrechtlicher Bestimmungen zu berücksichtigen bzw. klarzustellen. Greift der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung also auf Grundsätze, Begriffe oder Konzepte zurück, die als solche keinen Eingang in die Bilateralen Abkommen gefunden haben, bedeutet dies vor diesem Hintergrund nicht zwingend, dass nicht zumindest gewisse Aspekte solcher Urteile für die Auslegung abkommensrechtlicher Bestimmungen relevant sein können, da z.B. gleichwohl parallele Rechte zur Debatte stehen können.

Illustriert werden kann dies etwa am Konzept der Unionsbürgerschaft: Dieses wurde gerade nicht in das Personenfreizügigkeitsabkommen übernommen. Allerdings kennt das Abkommen gewisse (Freizügigkeits-) Rechte, die (heute) in der Union den Unionsbürgern als solche zustehen, wobei diese Rechte (für die vom Abkommen Begünstigten einerseits und für die Unionsbürger im EU-Recht andererseits) weitgehend parallel ausgestaltet sind. Wenn der Gerichtshof daher Aussagen zur Auslegung von Freizügigkeitsrechten von Unionsbürgern macht, die für die vom Abkommen begünstigten Personen im Personenfreizügigkeitsabkommen ebenfalls (wenn auch unter anderem Vorzeichen) figurieren, sind derartige Urteile grundsätzlich auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant.²⁵ Deutlich wird damit auch, dass es mitunter schwierig sein kann zu eruieren, welche Aspekte bzw. Grundsätze des Unionsrechts, auch und gerade auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH, im Rahmen der Abkommen zu berücksichtigen sind und welche nicht. Denn in denjenigen Konstellationen, in denen es nicht um unionsrechtliche Grundsätze oder Begriffe geht, die als solche in die Abkommen

²⁵ So ist z.B. der vom EuGH in EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen) Slg. 2004, I-9925, in Anknüpfung an das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern entwickelte Grundsatz, dass bei minderjährigen Unionsbürgern (insbesondere bei Kindern im Kleinkindalter) dem sorgeberechtigten Elternteil ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zusteht, auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant, hier im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsrecht Nichterwerbstätiger. Vgl. so auch BGer, 2 C_574/2010, Urt. v. 15.11.2010; BVGer, C-8146/2010, Urt. v. 18.4.2011. Ausführlich so bereits *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2004/2005, Zürich 2005, 41 (42 ff.).

übernommen wurden, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln, ob gewisse Aspekte gleichwohl für die Auslegung abkommensrechtlicher Bestimmungen relevant sein können.²⁶ Jedenfalls kann vor diesem Hintergrund die Relevanz der EU-Grundrechte für Anwendung und Auslegung der Bilateralen Abkommen nicht schon deshalb von vornherein verneint werden, weil die EU-Grundrechte als solche in keinem der Abkommen erwähnt werden. Denn nach dem Gesagten können unionsrechtliche Grundsätze zumindest in gewissen Konstellationen auch dann für die Auslegung der Abkommen relevant sein, wenn sie als solche nicht Eingang in die Abkommen gefunden haben. Vorausgesetzt ist aber der Nachweis, dass *in concreto* die zur Debatte stehenden unionsrechtlichen Grundsätze (in ihrer Auslegung durch den EuGH) auch tatsächlich in den Rahmen des betreffenden Abkommens übernommen wurden.

Daher geht die zentrale Frage in diesem Zusammenhang dahin, ob in den Abkommen auch an die EU-Grundrechte angeknüpft wird bzw. diese in der einen oder anderen Form aufgrund der Abkommen durch die Schweiz zu beachten sind. Im Gegensatz zu der eben erwähnten Konstellation der Unionsbürgerschaft geht es damit weniger darum, dass bzw. ob unionsrechtliche Grundsätze deshalb Eingang in die Abkommen gefunden haben, weil dieses parallele rechtliche Garantien, wenn auch mit anderer rechtlicher Grundlage kennt, denn darum, ob die EU-Grundrechte als (impliziter) Teil gewisser vertraglicher Verpflichtungen bzw. unionsrechtlicher Begriffe, die in die Abkommen übernommen wurden, anzusehen und damit zu beachten sind.

Auch wenn diese Fragestellung grundsätzlich in Bezug auf die einzelnen in Frage stehenden Begriffe der Abkommen zu beantworten ist, kann doch nur auf dieser Grundlage entschieden werden, ob ein Rückgriff auf unionsrechtliche Begriffe vorliegt, ist die Problemstellung in Bezug auf die grundsätzliche Möglichkeit der Relevanz der EU-Grundrechte in den Abkommen parallel gelagert: Denn diese kann sich letztlich nur daraus ergeben, dass die EU-Grundrechte als Teil der unionsrechtlichen Begriffe angesehen werden, die in das jeweilige Abkommen übernommen wurden, so dass die EU-Grundrechte bei der Anwendung des Abkommens zu beachten wären.

2. *Zur Relevanz der EU-Grundrechte für die Mitgliedstaaten*

Der Hintergrund dieser skizzierten Problemstellung ist darin zu sehen, dass der EuGH in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass die EU-Grundrechte durch die Mitgliedstaaten insoweit zu beachten sind, als sie EU-Recht anwenden oder durchführen, ein Grundsatz, der

²⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang die jährliche Übersicht über die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Relevanz für die Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht. Vgl. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2011/2012, Zürich 2012, 51 ff.

nunmehr auch in Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta verankert ist. Die Rechtsprechung des EuGH fasst die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine Durchführung des EU-Rechts in diesem Sinn vorliegt, recht weit, so dass nicht nur diejenigen Konstellationen erfasst sind, in denen die Mitgliedstaaten nach den Vorgaben des EU-Rechts handeln (also z.B. eine Richtlinie umsetzen oder eine Verordnung vollziehen),²⁷ sondern auch solche, bei denen die Mitgliedstaaten durch das Unionsrecht eröffnete Handlungsspielräume ausnutzen (z.B. die Grundfreiheiten beschränken oder auf eine durch eine Richtlinie eröffnete, in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellte Handlungsmöglichkeit zurückgreifen).²⁸ Damit können folgende (nicht abschliessende)²⁹ Fallgruppen gebildet werden, in denen jedenfalls eine Durchführung des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta vorliegt:

- Erstens haben die Mitgliedstaaten bei der „direkten“ Umsetzung und Durchführung von Unionsrecht die Grundrechte zu beachten. Diese sind sozusagen als „inhärenter Teil“ des durchzuführenden Unionsrechts anzusehen, so dass die Mitgliedstaaten z.B. eine Richtlinienbestimmung in Einklang mit den EU-Grundrechten umzusetzen haben.³⁰
- Zweitens sind die Grundrechte auch dann zu beachten, wenn die Mitgliedstaaten sich aus dem Unionsrecht ergebende Rechte – insbesondere die Grundfreiheiten – einschränken.³¹ Relevant wird dies z.B., wenn es um die Ausweisung von EU-Ausländern aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit geht, muss eine solche Ausweisung doch (auch) mit den EU-Grundrechten, insbesondere dem Recht auf Familienleben, in Einklang stehen.
- Drittens schliesslich sind die EU-Grundrechte durch die Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung auch dann zu beachten, wenn das Sekundärrecht ihnen Handlungsspielräume einräumt, ohne sie jedoch diesbezüglich zu einem entsprechenden Verhalten zu verpflichten.³²

Insgesamt geht die Rechtsprechung daher im Ergebnis davon aus, dass mitgliedstaatliches Handeln immer schon dann am Massstab der EU-Grundrechte zu messen ist, wenn Unionsrecht auf das entsprechende mitgliedstaatliche Verhalten anwendbar ist, wenn also der

²⁷ Vgl. schon EuGH, verb. Rs. 201, 202/85 (Klensch), Slg. 1986, 3477; EuGH, Rs. 5/88 (Wachauf), Slg. 1989, 2609; S. sodann z.B. EuGH, Rs. C-2/92 (Bostock), Slg. 1994, I-955.

²⁸ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-368/95 (Familiapress), Slg. 1997, I-3689; s. auch EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659; EuGH, Rs. C-341/05 (Laval), Slg. 2007, I-11767.

²⁹ Hinzu kommt z.B. noch die in der sog. Mangold-Rechtsprechung entwickelte Konstellation, dass ein EU-Grundrecht im Zusammenspiel mit einer gewissen „Vorwirkung“ noch nicht umgesetzter Richtlinienbestimmungen ebenfalls für die Mitgliedstaaten verbindlich sein kann, vgl. EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-9981. Auch ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH bei der Frage, ob eine bestimmte nationale Massnahme am Massstab der EU-Grundrechte zu messen ist, darauf abstellt, dass eine Massnahme eine Durchführung des Unionsrechts darstellt oder es andere Anknüpfungspunkte an das Unionsrecht gibt (vgl. EuGH, Rs. C-339/10 (Krasimir A. Estov), Urt. v. 12.11.2010; s. auch EuGH, Rs. C-457/09 (Chartry), Urt. v. 1.3.2011), was darauf hindeutet, dass der Gerichtshof von einem eher weiten Anwendungsbereich der EU-Grundrechte ausgeht.

³⁰ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-540/03 (Parlament/Rat), Slg. 2006, I-5769. S. auch die Nachweise in Fn. 27.

³¹ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279; EuGH, Rs. C-438/05 (Viking), Slg. 2007, I-10779. S. auch schon die Nachweise in Fn. 28.

³² Vgl. EuGH, verb. Rs. C-411/10, C-493/10, Urt. v. 21.12.2011 – N.S. Zu diesem Urteil sogleich im Text.

(weit gefasste) Anwendungsbereich der Verträge bzw. vertraglicher Bestimmungen eröffnet ist.³³

Illustriert werden kann der weite Anwendungsbereich bzw. die weitgehende Relevanz der EU-Grundrechte für die Mitgliedstaaten sowie die diesbezüglichen Implikationen an einem jüngeren Urteil des EuGH aus dem Bereich des Asylrechts: In den verb. Rs. C-411/10, C-493/10³⁴ hatte sich der EuGH im Zusammenhang mit der Auslegung und Anwendung der sog. Dublin-Verordnung (VO 343/2003)³⁵, welche die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Behandlung von Asylanträgen regelt, zu verschiedenen Grundfragen des europäischen Grundrechtsschutzes zu äußern. Das Vorabentscheidungsverfahren betraf die Zulässigkeit der Rückschiebung – in Anwendung der „Dublin-Kriterien“ – von Asylbewerbern nach Griechenland, gegen die sich die Betroffenen wehrten.³⁶

Im Einzelnen nahm der EuGH u.a.³⁷ zu zwei Themenkomplexen Stellung.:

- Eintrittsrecht als Durchführung des Unionsrechts: Entscheidet sich ein Mitgliedstaat in Anwendung des Art. 3 Abs. 2 VO 343/2003 dafür, einen Asylantrag selbst zu prüfen, obwohl ein anderer Mitgliedstaat nach den „Dublin-Kriterien“ hierfür zuständig wäre, handle es sich um eine Durchführung des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GRCh, obwohl es sich um eine Ermessensentscheidung des Mitgliedstaats handle. Denn bei der Ausübung dieses Ermessens seien die übrigen Bestimmungen der Verordnung zu beachten, und die Ausübung dieser Zuständigkeit durch einen Mitgliedstaat ziehe verschiedene, in der Verordnung vorgesehene Folgen nach sich.

Verallgemeinert man diesen Ansatz, so liegt eine Durchführung des Unionsrechts nicht nur dann vor, wenn ein Mitgliedstaat Maßnahmen ergreift, die vom Unionsrecht im

³³ Im Einzelnen ist hier jedoch Vieles umstritten. Zur Problematik, m.w.N., z.B. *Peter M. Huber*, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte. Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung, EuR 2008, 190 ff.; *Julian Nusser*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, Tübingen 2011; *Dieter H. Scheuing*, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, 162 ff. S. auch die Überblicke in den verschiedenen Kommentaren zu Art. 51 Grundrechtecharta.

³⁴ EuGH, verb. Rs. C-411/10, C-493/10, Urt. v. 21.12.2011 – N.S.

³⁵ VO 343/2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, ABl. 2003 L 50, 1.

³⁶ Das Urteil des EuGH ist auch im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu sehen, wonach die Rückschiebung eines Asylbewerbers nach Griechenland gegen Art. 3 EMRK verstößt, da das Asylverfahren in Griechenland derart gravierende Mängel aufweise, dass nicht nur eine gewissenhafte Prüfung des Antrags durch die dortigen Behörden nicht gewährleistet sei, sondern die Betroffenen auch Haft- und Existenzbedingungen ausgesetzt würden, die eine erniedrigende Behandlung im Sinne dieser Bestimmung darstellten, vgl. EGMR, Urt. v. 21.1.2011 – M.S.S./Belgien und Griechenland.

³⁷ Daneben äusserte er sich insbesondere noch zur rechtlichen Tragweite des Protokolls Nr. 30 über die Anwendung der Grundrechtecharta auf Polen und Großbritannien und betont, das Protokoll stelle nicht die Geltung der Charta für die beiden genannten Staaten in Frage, und Art. 1 Abs. 1 des Protokolls verdeutliche lediglich Art. 51 GRCh über deren Anwendungsbereich, ändere jedoch nichts an der Bindung der beiden Staaten an die Charta und an der Zuständigkeit der Gerichte dieser Staaten, für die Einhaltung ihrer Vorgaben zu sorgen. Damit dürfte dem Protokoll also kaum eine eigenständige rechtliche Bedeutung zukommen, jedenfalls soweit grundsätzliche Rechtswirkungen der Charta betroffen sind.

Hinblick auf seine Durchführung aufgegeben sind (wie z.B. im Zusammenhang mit der VO 343/2003 die Feststellung des zuständigen Mitgliedstaats), sondern grundsätzlich auch dann, wenn die Mitgliedstaaten Handlungsspielräume nutzen, die ihnen das Unionsrecht einräumt, ohne sie jedoch diesbezüglich zu einem entsprechenden Verhalten zu verpflichten. Denn derartige „Handlungsoptionen“ werden regelmäßig in einem Zusammenhang mit dem betreffenden Rechtsakt stehen und als Elemente des entsprechenden Unionssystems anzusehen sein. Dieser Ansatz steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten, in der er betont, die Mitgliedstaaten hätten bei der Ergreifung beschränkender Maßnahmen auch die Unionsgrundrechte zu beachten.³⁸ Die Implikationen dieser Rechtsprechung sind bedeutend, da mit der Maßgeblichkeit der Unionsgrundrechte auch die Kompetenz des EuGH zur Prüfung der Frage, ob die Mitgliedstaaten diese auch zutreffend ausgelegt und beachtet haben, verbunden ist.

- Verhältnis des Dublin-Systems zu den Grundrechten: Der Gemeinsame Europäische Asylraum gehe letztlich davon aus, dass alle daran beteiligten Staaten die Grundrechte beachten („Prinzip des gegenseitigen Vertrauens“), so dass eine entsprechende Vermutung auch in Bezug auf die Behandlung von Asylbewerbern bestehe. Im Übrigen lasse das System der VO 343/2003 den Schluss zu, dass nicht jeder (geringe) Verstoß eines Mitgliedstaats gegen sich aus den asylrechtlichen Rechtsakten der Union ergebenden Verpflichtungen bereits ein Grund sein könnte, von einer Überstellung eines Asylbewerbers in den betreffenden Mitgliedstaat abzusehen. Andernfalls würden die betreffenden Verpflichtungen der Verordnung in ihrem Kern ausgehöhlt und die Verwirklichung des Ziels, rasch den für die Behandlung eines Asylantrags zuständigen Mitgliedstaat zu bestimmen, gefährdet. Falls hingegen ernsthaft zu befürchten sei, dass das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen im zuständigen Mitgliedstaat systematische Mängel aufweisen, die eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung der an diesen Mitgliedstaat überstellten Asylbewerber im Sinne des Art. 4 GRCh implizieren, sei eine Überstellung mit dieser Bestimmung unvereinbar, wobei sich der Gerichtshof in Bezug auf die Situation in Griechenland auf ein Urteil des EGMR³⁹ und die in diesem zu findenden Belege für die Bewertung der Situation in Griechenland stützt. Vor diesem Hintergrund sei die Anwendung einer unwiderlegbaren Vermutung, dass die Grundrechte des Asylbewerbers in dem nach den Dublin-Kriterien zuständigen Staat beachtet werden, nicht mit dem Unionsrecht vereinbar. Dieser Ansatz des Gerichtshofs steht im Einklang mit der erwähnten Rechtsprechung des EGMR. Bemerkenswert ist insbesondere, dass der Gerichtshof davon ausgeht, dass eine Überstellung schon dann nicht erfolgen darf, wenn es dem betreffenden

³⁸ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-368/95 (Familiapress), Slg. 1997, I-3709.

³⁹ Fn. 36.

Mitgliedstaat „nicht unbekannt sein kann“, dass die systematischen Mängel des Asylverfahrens in dem potentiellen Aufnahmemitgliedstaat „Gründe für die Annahme darstellen, dass der Antragsteller tatsächlich Gefahr läuft, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung“ ausgesetzt zu werden. Diese Formulierung impliziert (mindestens) dreierlei:

- Erstens obliegt dem befassten Mitgliedstaat offensichtlich eine Sorgfaltspflicht in dem Sinn, dass er die nach den Umständen erforderliche Sorgfalt anwenden muss, um das Vorliegen systematischer Mängel und ggf. deren Ausmaß in einem anderen Mitgliedstaat vor einer Überstellung zu eruieren.
- Zweitens reicht es offenbar aus, dass ernst zu nehmende Anzeichen für solche systematischen Mängel bestehen.
- Drittens und daran anschließend ist kein Nachweis für den drohenden Grundrechtsverstoß notwendig (der sowieso kaum zu erbringen wäre, da es sich um ein zukünftiges Ereignis handelt), sondern eine entsprechende Gefahr reicht aus.

3. *Zum „Einbezug“ der EU-Grundrechte in die Bilateralen Abkommen*

Die Bilateralen Abkommen knüpfen – wie erwähnt⁴⁰ – in vielen Bereichen an Unionsrecht an. Fraglich ist daher, ob diese Anknüpfung auch die EU-Grundrechte „implizit“ erfasst, ob also m.a.W. die skizzierten Grundsätze der Relevanz der EU-Grundrechte für die Mitgliedstaaten⁴¹ entsprechend auch auf die Abkommen anzuwenden sind mit der Folge, dass diejenigen abkommensrechtlichen Bestimmungen, die auf unionsrechtliche Begriffe zurückgreifen, im Einklang mit den EU-Grundrechten anzuwenden und auszulegen sind und die eröffneten Gestaltungsspielräume ebenfalls unter Beachtung der EU-Grundrechte zu nutzen sind.⁴² Praktisch relevant kann diese Fragestellung in allen Abkommen werden, umfassen die EU-Grundrechte doch eine breite Bandbreite an Rechten (unter Einschluss von solchen wirtschaftlicher oder verfahrensrechtlicher Natur). Im Vordergrund stehen aber zweifellos das Personenfreizügigkeitsabkommen einerseits und die Schengen/Dublin-Assoziierung andererseits. So wäre z.B. im Falle der Bejahung der Relevanz der skizzierten unionsrechtlichen Grundsätze die Ausweisung eines EU-Ausländers aufgrund des Art. 5 Anhang I FZA (öffentliche Ordnung und Sicherheit) nur unter der Voraussetzung möglich, dass sie im Einklang mit den EU-Grundrechten steht, so wie der EuGH diese auslegt. Aber auch die grundrechtsrelevante Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit dem

⁴⁰ Oben II.

⁴¹ Soeben III.2.

⁴² Vgl. bereits die Problemstellung oben III.1.

Dublin-Übereinkommen⁴³ wäre durch die Schweiz umfassend zu beachten. Letzterer Aspekt betrifft einerseits Fragen der Auslegung der entsprechenden Bestimmungen des EU-Sekundärrechts selbst (wenn diese also in Einklang mit den EU-Grundrechten ausgelegt werden), andererseits Fragen nach der „Ausfüllung“ des eingeräumten Gestaltungsspielraums (der ebenfalls in Einklang mit den Grundrechten ausgenutzt werden müsste).

Gegen eine Relevanz der EU-Grundrechte in diesem Sinn könnte *a priori* sprechen, dass die Grundrechte als solche nicht Teil der Bilateralen Abkommen sind, auf sie in keiner Weise in den Abkommen (auch nicht in den Präambeln) Bezug genommen wird und dass es – im Gegensatz zur Konstellation der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger einerseits und der durch das Freizügigkeitsabkommen Berechtigten andererseits⁴⁴ – auch nicht um parallele Rechte mit lediglich anderer Grundlage geht. Auch könnte angeführt werden, die Anlage der Bilateralen Abkommen sei letztlich auf eine (weit) weniger weitgehende Integration angelegt als etwa der EWR, so dass bei der Frage der Reichweite der Parallelität der Auslegung abkommensrechtlicher Bestimmungen mit den entsprechenden Vorgaben des EU-Rechts Vorsicht angebracht sei.⁴⁵ Schliesslich und damit in engem Zusammenhang stehend führte eine Massgeblichkeit der EU-Grundrechte auch im Rahmen der Bilateralen Abkommen nach dem „Vorbild“ ihrer Wirkungen für die Mitgliedstaaten zu einer weit über die Materie der Abkommen hinausgehenden „Einbindung“ der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand, der so durch die Abkommen an sich nicht beabsichtigt worden sein könnte.

Im Ergebnis sprechen jedoch die besseren Gründe für die grundsätzliche Möglichkeit des Einbezugs auch der EU-Grundrechte und der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH in die Anwendung und Auslegung der Bilateralen Abkommen, dies immer (nur) unter der Voraussetzung, dass Begriffe des Unionsrechts zur Debatte stehen bzw. in den Abkommen eine Anlehnung an den unionsrechtlichen Besitzstand erfolgt (also z.B. soweit es um durch das Freizügigkeitsabkommen gewährleistete Rechte, die dem EU-Recht, in dessen Rahmen eben auch die Grundrechte relevant sind, nachgebildet sind,⁴⁶ oder um die Auslegung von EU-Sekundärrechtsakten, die in Anhängen übernommen werden, geht): Denn die genaue Tragweite dieser Rechte bzw. Begriffe und Konzepte ist im Unionsrecht eben auch – nach den einschlägigen unionsrechtlichen Grundsätzen – unter Berücksichtigung der EU-Grundrechte zu bestimmen, so dass diese insoweit Teil der unionsrechtlichen Begriffe sind, auf die im Abkommen zurückgegriffen wird. Dann aber finden die oben⁴⁷ skizzierten Grundsätze der parallelen Auslegung Anwendung, und es ist kein Grund ersichtlich, hiervon insoweit eine

⁴³ Oben III.2.

⁴⁴ Hierzu oben III.1.

⁴⁵ Vgl. in diese Richtung EuGH, Rs. C-70/09 (Hengartner), Urt. v. 15.7.2010. Vgl. aber auch die etwas andere Akzentsetzung in EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), Urt. v. 6.10.2011; EuGH, Rs. C-257/10 (Bergström), Urt. v. 15.12.2011.

⁴⁶ S. in diesem Zusammenhang auch BGE 130 II 113, wo das Gericht betont, die EU-Grundrechte seien in die Auslegung des Abkommens einzubeziehen, soweit sie für die Tragweite der abkommensrechtlichen Garantien relevant sind.

⁴⁷ II.2.

Ausnahme zu machen, als die EU-Grundrechte betroffen sind. Insbesondere sind die hier im Vordergrund stehenden Erwägungen der Zielsetzung der Abkommen (Sicherstellung einer parallelen Rechtslage in Bezug zur Schweiz wie innerhalb der EU) allgemein einschlägig und implizieren auch und gerade die Relevanz der EU-Grundrechte, könnte eine solche Parallelität doch ansonsten nicht sichergestellt werden. Weiter erscheint es kaum möglich, die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf den Aussagegehalt bestimmter rechtlicher Garantien in ihre „Einzelteile“ aufzuspalten bzw. gewisse „Schichten“ zu unterscheiden und die die EU-Grundrechte betreffenden Aspekte nicht zu berücksichtigen, ganz abgesehen davon, dass die Relevanz der EU-Grundrechte im dargelegten Sinn bereits zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Abkommen bekannt war, so dass „Ausnahmen“ von der Parallelität der Rechtsentwicklung in Bezug auf die EU-Grundrechte ausdrücklich aus den Abkommen hervorgehen müssten.

Im Ergebnis kann damit der Grundsatz formuliert werden, dass bei der Auslegung von aus dem Unionsrecht übernommenen Begriffen und Konzepten der Bilateralen Abkommen auch die EU-Grundrechte zu berücksichtigen sind, entsprechend den im Unionsrecht geltenden Grundsätzen. Verallgemeinert man den hinter diesem Grundsatz stehenden Ansatz, so kommt eine solche implizite Massgeblichkeit oder Relevanz unionsrechtlicher Prinzipien grundsätzlich auch bezüglich anderer, nicht ausdrücklich in den Abkommen erwähnter primär- oder sekundärrechtlicher Grundsätze bzw. Rechtsakte in Frage. So ist es im Rahmen des Asylrechts z.B. denkbar, dass bei der Auslegung der sog. Dublin-Verordnung im Rahmen der systematischen Auslegung auf andere asylrechtliche Rechtsakte – die als solche nicht Teil des Assoziierungsabkommens sind – zurückgegriffen wird, so dass insoweit diese anderen asylrechtlichen Rechtsakte gleichwohl über ihren Einbezug in die Auslegung der Dublin-Verordnung für die Schweiz relevant sein könnten.

Wenn damit die EU-Grundrechte auf der Grundlage der dargelegten Überlegungen aufgrund ihres impliziten Einbezugs in die Abkommen, soweit diese auf unionsrechtliche Begriffe und Konzepte zurückgreifen, insoweit auch bei der Auslegung und Anwendung der Bilateralen Abkommen zu beachten und damit verbindlich sind, fragt es sich, ob auch eine unmittelbare Anwendbarkeit der EU-Grundrechte auf der Grundlage der Bilateralen Abkommen vorstellbar ist. Dies ist grundsätzlich und soweit es um die „isolierte“ Geltendmachung von Grundrechten geht, schon deshalb zu verneinen, weil die EU-Grundrechte nur als Teil der in die Abkommen übernommenen unionsrechtlichen Begriffe verbindlich und relevant sind; sie werden jedoch nicht als eigenständige Rechte gewährleistet, dies im Gegensatz zur EMRK. Dies ändert aber nichts daran, dass die EU-Grundrechte als solche und damit insofern direkt geltend gemacht werden können, wenn es um die „Durchführung“ von in die Abkommen überführten unionsrechtlichen Begriffen geht. Daher kann etwa ein Asylbewerber geltend machen, seine Überstellung an einen bestimmten EU-Mitgliedstaat, die aufgrund des Dublin-Assoziierungsabkommens grundsätzlich erfolgen müsste, verstosse gegen sein Grundrecht aus

Art. 4 Grundrechtecharta (Verbot der Folter und unmenschlicher Behandlung). Oder ein EU-Ausländer kann sich auf Art. 7 Grundrechtecharta (Achtung des Privat- und Familienlebens) berufen, um die Rechtmässigkeit seiner Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu bestreiten. In diesen Fällen geht es aber letztlich nicht um eine unmittelbare Anwendbarkeit der EU-Grundrechte als solche, sondern im Ergebnis darum, dass die entsprechenden Abkommensbestimmungen eben im Einklang mit den EU-Grundrechten anzuwenden und auszulegen sind.

IV. Schluss

Der hier entwickelte Ansatz der grundsätzlichen Relevanz der EU-Grundrechte auch im Rahmen der Anwendung und Auslegung der Bilateralen Abkommen (soweit diese auf Begriffe des Unionsrechts zurückgreifen) ist durchaus nicht nur aus rechtsdogmatischer und theoretischer Sicht von Interesse, obwohl in der Praxis im Wesentlichen Grundrechte in Frage stehen, die auch durch die EMRK gewährleistet und damit für die Schweiz bereits aus diesem Grund verbindlich sind und sich der EuGH in seiner Rechtsprechung stark an diejenige des EGMR anlehnt, zumal sich aus Art. 52 Abs. 3 Grundrechtecharta ergibt, dass in den Fällen, in denen die Charta Rechte enthält, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, diese die gleiche Bedeutung und Tragweite haben wie in der EMRK. Denn die Verbindlichkeit der EU-Grundrechte als „Teile“ der in die Bilateralen Abkommen integrierten unionsrechtliche Begriffe ist im Vergleich zur „direkten“ Verbindlichkeit der EMRK nicht nur eine andere dogmatische Konstruktion, sondern kann auch konkrete Implikationen entfalten. Insbesondere zieht der hier vertretene Ansatz nach sich, dass eine bestimmte relevante Auslegung des EuGH eben auch im Rahmen der Bilateralen Abkommen zu beachten ist, unabhängig von der Frage, ob der EGMR sich bereits zur entsprechenden Frage zu äussern hatte oder nicht, was letztlich eine Konsequenz der hier vertretenen materiellen Reichweite der Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstands darstellt. Im Übrigen ist der Katalog der Grundrechtecharta um einiges weiter gefasst als derjenige der EMRK, und es ist durchaus nicht auszuschliessen, dass im Rahmen der Bilateralen Abkommen auch solche in der Grundrechtecharta enthaltene Grundrechte relevant sind bzw. sein könnten, die nicht Teil der EMRK sind.

Gleichzeitig konnten die angestellten Überlegungen auch illustrieren, wie schwierig es sein kann, die genaue Reichweite des in die Bilateralen Abkommen „integrierten“ unionsrechtlichen Besitzstands zu bestimmen, ganz abgesehen davon, dass er auf den ersten Blick auch nicht offensichtliche (und möglicherweise auch von den Vertragsparteien nicht in Erwägung gezogene) Aspekte erfassen kann.

Soweit die Achtung der Menschenrechte betroffen ist, führt der hier vertretene Ansatz zu einer weiteren „Internationalisierung“ des Menschenrechtsschutzes in der Schweiz: Er impliziert für diese – soweit es um die Anwendung unionsrechtlicher Begriffe im Rahmen der Bilateralen Abkommen geht – letztlich, dass der bislang lediglich durch die EMRK gewährleistete Mindeststandard einerseits materiell ausgeweitet wird, andererseits die Rechtsprechung eines weiteren internationalen Gerichts (des EuGH) in der Schweiz (bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen) in Bezug auf menschenrechtliche Gewährleistungen zu beachten ist. Damit kommt auch in Bezug auf die durch die EMRK erfassten Menschenrechte im Verhältnis zum EGMR ein zusätzlicher, wenn auch dogmatisch etwas anders ausgestalteter „Durchsetzungsmechanismus“ zum Zuge, der letztlich auch die Effektivität grundrechtlicher Gewährleistungen im Allgemeinen und der durch die EMRK gewährleisteten Rechte im Besonderen zu verbessern vermag. So ist es etwa denkbar, dass (auch) vor dem Hintergrund des hier vertretenen Ansatzes davon ausgegangen wird, dass die durch das Freizügigkeitsabkommen gewährleisteten Rechte zumindest zum Teil „Grundrechte“ darstellen können, die – ebenso wie die direkt durch die EMRK eingeräumten Rechte – auch dann Vorrang vor Bundesgesetzen beanspruchen, wenn der Gesetzgeber durch den Erlass eines Bundesgesetzes „bewusst“ gegen völkerrechtliche Vorgaben (etwa das Freizügigkeitsabkommen) verstossen wollte,⁴⁸ eine Problematik, die im Zusammenhang mit der Umsetzung der sog. Ausschaffungsinitiative von Bedeutung werden könnte.⁴⁹ Jedenfalls bringt die Massgeblichkeit der EU-Grundrechte bei der Anwendung und Auslegung von Bestimmungen der Bilateralen Abkommen eine Diversifizierung des Grundrechtsschutzes mit sich, die durchaus im Hinblick auf ihre Effektivität Vorteile aufweist, wenn auch nicht zu übersehen ist, dass sie zu einer erhöhten Komplexität des Grundrechtsschutzes führt, sind diese damit doch auf drei Ebenen – auf denen sich weder die Inhalte der Grundrechte noch die Durchsetzungsmechanismen zwingend decken – anzusiedeln: in der Verfassung, in der EMRK und sonstigen völkerrechtlichen Instrumenten sowie in den Bilateralen Abkommen.

⁴⁸ Womit die Voraussetzungen der sog. Schubert-Rechtsprechung (BGE 99 Ib 39) vorliegen mit der Folge, dass dem Bundesgesetz (ausnahmsweise) Vorrang gegenüber völkerrechtlichen Abkommen einzuräumen ist, es sei denn, die EMRK steht zur Debatte.

⁴⁹ Vgl. zur Problematik im Einzelnen *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, 81 (107 ff.).