

Bilaterale Verträge Schweiz – EU, das neue Schiedsgerichtsmodell und die Grundrechtecharta

Von Matthias Oesch und Ellen Sutter, Zürich*

Abstract

Der Grundrechtsschutz der EU spielt in der Schweiz eine bedeutsame Rolle. Dies zeigt sich anschaulich bei der Auslegung der bilateralen Verträge, die auf EU-Recht beruhen und mit denen die Schweiz sektoriell am Binnenmarkt und an weiteren Politiken der EU teilhat. *Leading cases* des EuGH gehören zum Rüstzeug der Juristinnen und Juristen in der Schweiz. Eine ähnliche Entwicklung lässt sich bei der Auslegung des EWR-Abkommens durch den EFTA-Gerichtshof beobachten. Der EFTA-Gerichtshof hat wiederholt bestätigt, dass die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des EWR-Rechts gehören. Dabei ist auch die Grundrechtecharta bedeutsam. Nun beabsichtigen die Schweiz und die EU, die bilateralen Verträge auf ein neues institutionelles Fundament zu stellen. Schiedsgerichte sollen Streitigkeiten entscheiden; bei der Auslegung von Begriffen des EU-Rechts befassen sie den EuGH. Dieser Beitrag spekuliert über den Umgang solcher Schiedsgerichte mit Grundrechtsfragen.

I. Einleitung

Der Grundrechtsschutz in der EU hat eine eindruckliche Entwicklung durchlaufen.¹ Dabei spielt der Gerichtshof der EU (EuGH) eine zentrale Rolle. Er hat mit bahnbrechenden *causes célèbres* dazu beitragen, dass in der EU heute ein hochwertiges Schutzsystem existiert, das im fruchtbaren Zusammenspiel mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg und den Höchstgerichten in den EU-Mitgliedstaaten den Grundrechtsschutz nicht nur in der EU prägt, sondern weit darüber hinaus. Der *Brussels* bzw. *Luxembourg effect* wirkt auch hier – und dies in erheblichem Ausmass.²

* Professor an der Universität Zürich; wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Zürich. Der Beitrag wurde im Juni 2025 abgeschlossen.

¹ S. dazu etwa *G. de Búrca*, After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?, MJ 2013, 168 ff.; *C. Calliess*, Europäischer Grundrechtsschutz durch den EuGH – Rückblick und Ausblick, EuZW 2022, S. 1159 ff.; Heselhaus/Novak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2020; *K. Lenaerts*, In Vielfalt geeint – Grundrechte als Basis des europäischen Integrationsprozesses, EuGRZ 2016, S. 39 ff.; *A. Rosas*, The Court of Justice of the European Union: A Human Rights Institution?, JHRP 2022, S. 204 ff.

² S. zum *Brussels effect* *A. Bradford*, The Brussels Effect: How the European Union Rules the World, 2020; spezifisch zum Grundrechtsschutz *M. Hertig Randall*, Der grundrechtliche Dialog der Gerichte in Europa, EuGRZ 2014, S. 5, *passim*; *C. Neier*, Europäischer Menschenrechtspluralismus – die Perspektive des EGMR und die Permeabilität des EU- und EWR-Rechts, LJZ 2023, S. 193, *passim*.

Dieser Beitrag nimmt diesen Faden auf und fragt aus einer spezifisch schweizerischen Warte: Welche Bedeutung spielen die Grundrechte der EU in der Schweiz? Auf den ersten Blick scheint die Sachlage klar: Die Grundrechtecharta ist nicht einschlägig; dasselbe gilt für EuGH-Urteile zur Auslegung der Charta. Die Schweiz habe sich schliesslich nicht zu ihrer Beachtung verpflichtet – zumindest nicht ausdrücklich, so lautet die gängige Antwort. Dieser Beitrag zeigt demgegenüber auf, wie der unionale Grundrechtsschutz auch in der Schweiz eine bedeutsame Rolle spielt. Dabei fokussieren wir auf das bilaterale Vertragswerk.³ Bei der Auslegung derjenigen Verträge, welche auf EU-Recht beruhen und mit denen die Schweiz sektoriell am Binnenmarkt und an weiteren Politiken der EU teilhat, beobachten wir eine weitreichende Übernahme des Grundrechtsschutzes der EU. Ergänzend zu den Urteilen des EGMR gehören auch *leading cases* des EuGH zum Rüstzeug der Juristinnen und Juristen in der Schweiz (II.). Eine ähnliche Entwicklung zeigt sich bei der Auslegung des EWR-Abkommens durch den EFTA-Gerichtshof. Er hat wiederholt bestätigt, dass die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des EWR-Rechts gehören. Dabei stellt er nicht nur auf die EMRK und das Fallrecht des EGMR ab, sondern auch – und in zunehmendem Masse – auf die Grundrechtecharta der EU (III.). Die Schweiz und die EU beabsichtigen, die bilateralen Verträge auf ein neues institutionelles Fundament zu stellen. Schiedsgerichte sollen Streitigkeiten entscheiden; bei der Auslegung von Begriffen des EU-Rechts rufen sie den EuGH an. Wir spekulieren über den Umgang solcher Schiedsgerichte mit Grundrechtsfragen (IV.). Ein Epilog rundet die Ausführungen ab (V.).

II. Bilaterale Verträge Schweiz – EU

1. Grundsätzliches

Die Schweiz und die EU sind durch eine Vielzahl von bilateralen Verträgen unterschiedlicher Generationen miteinander verbunden.⁴ Dazu gehören rund zwanzig Hauptabkommen und über hundert weniger bekannte Abkommen, Protokolle und Schriftwechsel. Die Grundlage dieses dichten Vertragsnetzes bildet das Freihandelsabkommen von 1972. Im Jahr 1999 wurde das Paket der Bilateralen I abgeschlossen; dabei handelt es sich um sieben Abkommen, welche vornehmlich den

³ Die unionalen Grundrechte wirken auch – und im Rechtsalltag häufig noch offenkundiger greifbar – im Rahmen der Rechtsvergleichung und des autonomen Nachvollzugs auf die schweizerische Rechtsordnung ein. Bei der Anpassung des eigenen Rechts an das EU-Recht übernimmt die Schweiz grundrechtlich bedeutsame Weichenstellungen des EuGH. Dieses zweite Instrument der Europapolitik der Schweiz wird vorliegend nicht behandelt; s. dazu *M. Oesch/T. Naef*, EU-Grundrechte, der EuGH und die Schweiz, ZSR 2017, S. 117, 128 ff.

⁴ S. im Allg. *C. Tobler/J. Beglinger*, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts, Schweiz – EU, 2012; *S. Breitenmoser/R. Weyeneth*, Europarecht – Unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz – EU, 4. Aufl. 2020; *T. Jaag/J. Hänni*, Europarecht – Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 5. Aufl. 2022; *M. Oesch*, Schweiz – Europäische Union, Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug, 2. Aufl. 2025; Thürrer et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II, Schweiz – EU, 2007; s. auch <https://www.eda.admin.ch/missions/mission-eu-brussels/de/home/schweizer-politik/dea.html>.

Marktzugang und die Personenfreizügigkeit zum Gegenstand haben. 2004 wurde das Paket der Bilateralen II geschnürt; die davon betroffenen neun Abkommen gehen über den hauptsächlich wirtschaftlichen Rahmen der Bilateralen I hinaus und betreffen namentlich auch Justiz und Inneres, Visa und Asyl, Umwelt, Kultur und Bildung. Weitere Verträge regeln zollrechtliche Belange, Versicherungsdienstleistungen, die Zusammenarbeit der Polizei und der Wettbewerbsbehörden, den Handel mit Treibhausgasemissionen und die Beteiligung der Schweiz an unionalen Agenturen und Programmen. All diese Verträge sind als Antwort auf konkrete Bedürfnisse und im Rahmen von *windows of opportunities* entstanden und bilden kein umfassendes, kohärentes System. Institutionell beruhen sie auf völkerrechtlichen Grundsätzen. Es gilt das Zweisäulenprinzip: Die ordnungsgemässe Durchführung der Verträge, ihre Überwachung und die Gewährung von Rechtsschutz obliegen im jeweiligen Hoheitsgebiet den Vertragsparteien.⁵

Die bilateralen Verträge äussern sich nur rudimentär – wenn überhaupt – zum Grundrechtsschutz (2.). Die Behörden in der EU und der Schweiz zögern gleichwohl nicht, die Verträge grundrechtskonform auszulegen und anzuwenden. Dies gilt unzweifelhaft für den EuGH (3.). Weniger gefestigt präsentiert sich – zumindest in Bezug auf die Anspruchsgrundlage – die Praxis der Gerichte in der Schweiz (4.).

2. Grundrechtsspuren in den Verträgen

Die bilateralen Verträge enthalten keine Grundrechtskataloge.⁶ Ebenso wenig weisen sie direkt auf die EMRK, die Grundrechtecharta der EU oder andere Grundrechtsinstrumente. Eine Ausnahme stellen die Präambeln der Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen dar, in denen die EMRK erwähnt wird; demnach beruht die Zusammenarbeit der Schweiz und der EU in diesen Bereichen «auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und der Achtung der Menschenrechte, wie sie insbesondere in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 gewährleistet sind». An dieser spärlichen Grundrechtsfundierung ändern auch die neuen Verträge zwischen der Schweiz und der EU, welche die Stabilisierung und Weiterentwicklung des bilateralen *Acquis* zum Ziel haben, nichts; der Grundrechtsschutz wird darin nicht thematisiert.⁷

Mitunter verpflichten EU-Rechtsakte, welche qua Verweis im bilateralen Verhältnis anwendbar sind, ausdrücklich zur Beachtung der Grundrechtecharta. Die folgenden Beispiele verdeutlichen dies: Art. 3 Abs. 2 der Dublin III-Verordnung

5 Einzig das Luftverkehrsabkommen erklärt den EuGH zuständig zur Streitschlichtung in gewissen im Abkommen geregelten Bereichen (Art. 20 LVA).

6 Die nachfolgenden Ausführungen beruhen in Teilen auf M. Oesch, Grundrechte als Element der Wertegemeinschaft Schweiz – EU: Zur Auslegung der bilateralen Verträge, ZBl 2014, S. 171, *passim*; M. Oesch/T. Naef (Fn. 3), S. 119 ff.; s. zum Ganzen auch A. Epiney, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: Altermatt/Casasus (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013, 2013, S. 141, *passim*.

7 S. zu diesen neuen Verträgen unten Fn. 44.

(EU) Nr. 604/2013 verpflichtet die Dublin-Staaten zur Beachtung von Art. 4 GRC. Gemäss Art. 1 der Verordnung (EU) 2019/1896 handelt die Europäische Grenz- und Küstenwache (inkl. Frontex) «unter uneingeschränkter Wahrung der Grundrechte». Art. 4 der Verordnung (EU) 2016/399 (Schengener Grenzkodex) verpflichtet zur Beachtung «der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (...) und des einschlägigen Völkerrechts, darunter auch des Genfer Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (...) und der Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Zugang zu internationalem Schutz, insbesondere des Grundsatzes der Nichtzurückweisung, sowie der Grundrechte». Art. 5 der Verordnung (EU) 2019/817 (Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen) verpflichtet die Behörden bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zur Beachtung der Menschenwürde und der Grundrechte der Betroffenen. Damit stellt sich die Frage, ob und – sofern dies der Fall ist – inwieweit solche Kaskadenverweisungen dazu führen, dass das grundrechtliche Schutzsystem der EU auch in der Schweiz direkt wirkt.⁸

3. Grundrechtskonforme Auslegung in der EU

Der EuGH zögert nicht, völkerrechtliche Verträge bzw. ihre Durchführung im EU-Recht auf die Vereinbarkeit mit den unionalen Grundrechten zu überprüfen und eine grundrechtskonforme Anwendung einzufordern.⁹ 1998 erklärte er die Zustimmung des Rates zu einem Rahmenabkommen über Bananen mit zentral- und südamerikanischen Staaten in Teilen für nichtig, weil gewisse Regelungen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, der «zu den elementaren Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehört», verstiesse.¹⁰ Im Urteil Kadi von 2008 erklärte der EuGH die Verordnung 881/2002, mit welcher der Rat Sanktionen des UNO-Sicherheitsrats gegen terroristische Personen im EU-Recht umgesetzt hatte, als nichtig, weil sie gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör, den Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes und das Eigentumsrecht verstiesse.¹¹ Der EuGH beharrte auch auf einer grundrechtskonformen Auslegung des Assoziierungsabkommens mit der Türkei, des EWR-Abkommens und des Abkommens mit Kanada über die Übermittlung und Verarbeitung von Fluggastdatensätzen.¹²

8 S. zu Kaskadenverweisen und ihrer Wirkung im bilateralen Verhältnis im Allg. L. Mader/C. Kropf, Verweisungen auf das Recht der Europäischen Union in der Bundesgesetzgebung – Vom Fotografieren und Filmen, in: Institut für Europarecht der Universität Freiburg (Hrsg.), Die Schweiz und die europäische Integration: 20 Jahre Institut für Europarecht, 2015, S. 69, 91 ff.; C. Tobler, Homogenität im Rechtsbestand der Schengen- und Dublin-Abkommen: Übernimmt die Schweiz im Assoziationsrahmen nicht notifiziertes Asyl- und Datenschutz der EU?, SRIEL 2017, S. 211, *passim*.

9 S. zum Grundrechtsschutz in den Aussenbeziehungen im Allg. G. de Búrca, The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi, Harvard International Law Journal 2010, S. 1, *passim*.

10 EuGH, Rs. C-122/95 (Deutschland/Rat), ECLI:EU:C:1998:94, Slg. 1998, I-00973, Rn. 62 ff.

11 EuGH, Rs. C-402/05 P und C-415/05 P (Kadi), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-06351, Rn. 353.

12 EuGH, Rs. C-371/08 (Ziebell), ECLI:EU:C:2011:809, Slg. 2011, 0000, Rn. 82; EuGH, Rs. C-897/19 PPU (I.N.), ECLI:EU:C:2020:262, Rn. 63 ff.; EuGH, Gutachten 1/15 (Abkommen PNR EU-Kanada), ECLI:EU:C:2017:592.

Als Massstab steht seit 2009 die Grundrechtecharta ganz im Vordergrund (Art. 6 EUV).

Ausdrückliche Erwägungen zur grundrechtskonformen Auslegung der bilateralen Verträge mit der Schweiz sucht man in der Praxis des EuGH zwar vergeblich.¹³ Er dürfte bei Bedarf aber nicht zögern, auch die Verträge mit der Schweiz bzw. ihre Durchführung im EU-Recht auf die Vereinbarkeit mit den unionalen Grundrechten zu überprüfen und eine grundrechtskonforme Anwendung einzufordern.

4. Grundrechtskonforme Auslegung in der Schweiz

Die Gerichte in der Schweiz legen die bilateralen Verträge durchwegs im Licht völkerrechtlicher Grundrechtsgewährleistungen aus. Gemäss Bundesgericht sind «die internationalrechtlichen Regelungen des FZA in Übereinstimmung mit der EMRK und der KRK auszulegen (...), nachdem es sich dabei um gemeinsame Grundwerte der Unterzeichnerstaaten und der EU handelt».¹⁴ Auch das Dublin-Assoziierungsabkommen wird im Licht der EMRK ausgelegt.¹⁵

Vereinzelte rekurren die Gerichte bei der Auslegung der bilateralen Verträge ausdrücklich auf die Grundrechtecharta. Ansätze in diese Richtung zeigen sich in der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zur Auslegung der Dublin III-Verordnung, auf die im Dublin-Abkommen verwiesen wird. Die folgenden Erwägungen bringen treffend auf den Punkt, dass das – zumindest auf den ersten Blick – «etwas systemfremd» ist:

«Die Dublin-III-VO ist im Lichte der EMRK und – für die Schweiz als Nicht-EU-Mitglied etwas systemfremd – der EU-Grundrechtecharta auszulegen, was im Besonderen für diejenigen allgemeinen Zuständigkeitskriterien im Kapitel III der Verordnung gilt, die einen grundrechtsrelevanten Inhalt haben (...)»¹⁶

Die These liegt nahe, dass die unionalen Grundrechte zuweilen auch dann eine Rolle spielen, wenn es um die Auslegung von bilateralen Verträgen geht, bei denen die in den Anhängen aufgeführten EU-Rechtsakte zwar nicht auf die Grundrechte der EU verweisen, die aber gleichwohl auf EU-Recht beruhen und die sektorale Integration der Schweiz in den unionalen Rechtsraum bezwecken.¹⁷ Dazu

¹³ Vgl. immerhin den Hinweis auf eine Erwägung des EuGH unten Fn. 23.

¹⁴ BGE 136 II 177, E. 3.2.2; s. auch Urteil des BVGer C-6327/2020 vom 27. Juni 2023 E. 4.3; Urteil des BGer 2C_681/2022 vom 3. August 2023; BGE 147 II 408, E. 6, zum SAA.

¹⁵ S. Urteil des BVGer D-2797/2010 vom 2. Oktober 2012 E. 6.4; BVGE 2010/45, E. 7.1-7.8; BVGE 2011/35, E. 4; BVGE 2012/27, E. 7.

¹⁶ BVGE 2015/41, E. 5.3.3; s. auch Urteil des BVGer D-5756/2015 vom 29. September 2015.

¹⁷ Für den Bundesrat ist es «vorstellbar, dass die Behörden bei der Auslegung der bilateralen Verträge bei Bedarf auch auf die Grundrechtecharta der EU rekurren», Pekuniäre Verwaltungsanktionen, Bericht des Bundesrates vom 23. Februar 2022 in Erfüllung des Postulats 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018, BBl 2022 776, Ziff. 3.6. Zeitweise äussern sich die Behörden aber auch zurückhaltender. So ist die Schweiz befugt, sich bei Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH schriftlich zu äussern, wenn es um die Auslegung des Schengen- oder Dublin-Besitzstands geht (Art. 8 SAA, Art. 5 DAA). Sie betont dabei regelmässig, dass sie sich zur Auslegung der GRC nicht äussert, da diese «für die Schweiz nicht bindend» ist; s. etwa Bundesamt für Justiz, Schriftliche Erklärung der Schweiz betr. verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, 3. Februar 2011, Rn. 4; M. Oesch (Fn. 4), Rn. 95 ff.

gehören typischerweise das Freizügigkeitsabkommen (FZA), das Luftverkehrsabkommen (LVA) und die Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen (SAA, DAA). Die Schweizer Behörden legen diese Abkommen «unionsrechtskonform» aus.¹⁸ Sie folgen den Urteilen des EuGH zu den Parallelbestimmungen im Unionsrecht. Das gilt nicht nur für die Präjudizien des EuGH, welche vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des betroffenen Vertrags ergangen sind (vgl. Art. 16 FZA, Art. 1 Abs. 2 LVA), sondern ganz grundsätzlich für das Fallrecht des EuGH zu Fragen, welche sich im bilateralen Verhältnis in analoger Weise stellen. Im Ergebnis findet eine «dynamische Rechtsprechungsübernahme»¹⁹ statt. Die Behörden weichen von Urteilen des EuGH nur dann ab, wenn «sachliche», «triftige» oder «stichhaltige» Gründe eine davon abweichende, autonome Lesart nahelegen.²⁰ Bis heute gibt es kein Urteil, in dem das Bundesgericht oder das Bundesverwaltungsgericht einem Präjudiz des EuGH die Gefolgschaft ausdrücklich verweigert hätte.²¹ Konsequenterweise entfalten dabei grundrechtlich bedeutsame Weichenstellungen im EU-Recht ihre Wirkung auch im bilateralen Verhältnis. Dieses Vorgehen beruht auf einer nachvollziehbaren, stimmigen Logik: Die EU-Grundrechte sind gleichsam ein inhärenter Bestandteil der bilateralen Verträge, mit denen die Schweiz sektoriell am unionalen Recht teilhat.²² Soweit die Schweiz EU-Recht akzeptiert und sich dem unionalen Rechtsraum anschliesst, übernimmt sie reflexartig auch den dazugehörigen grundrechtlichen Überbau, d.h. die unionalen Grundrechte. Das materielle Recht schüttelt diesen Überbau nicht einfach ab, nur weil es auf einen Drittstaat ausgedehnt und «vervölkerrechtlicht» wird. Die Grundrechte sind mit dem materiellen Recht untrennbar verbunden bzw. – wie das Bundesgericht ausführt – «verschmelzen» mit den Begriffen des *Acquis communautaire*:

«Par conséquent, les arrêts de la Cour de justice dont la solution repose sur la prise en compte de droits fondamentaux ne lient en principe pas le juge suisse. Cette réserve n'est cependant pas fondée lorsque la Cour de justice recourt aux droits fondamentaux pour

18 BGE 146 II 201 E. 4.2.3; s. auch BGE 147 IV 340, E. 4.5.5, m.V.a. die Praxis des BGer zur Bedeutung von Urteilen des EuGH bei der Auslegung des FZA; s. allg. zur Auslegung der bilateralen Verträge M. Oesch (Fn. 4), Rn. 78 ff. und die dort zitierte Praxis und Lehre; C. Tobler, S. 113 f., in diesem Heft.

19 A. Zünd, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 2013, S. 1349, 1357.

20 Urteil des BVGer vom 2. Juli 2015, E-594/2015, E. 6.4; BGE 139 II 393, E. 4.1.1; BGE 136 II 5, E. 3.4; F. Maiani, La «saga Metock», ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la question des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011, S. 27, *passim*.

21 Dies geht so weit, dass dem Parlament selbst willentliche Abweichungen von bilateralrechtlichen Verpflichtungen und EuGH-Präjudizien verwehrt sind, wenn «menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz infrage stehen», BGE 148 II 169, E. 5.2 (wobei *in casu* nicht klar ist, welche menschenrechtliche Verpflichtung der Schweiz entscheidend relevant war); A. Epiney, Ist die «Schubert-Rechtsprechung» noch aktuell? Zur Frage des Verhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht, AJP 2023, S. 699, *passim*; M. Oesch (Fn. 4), Rn. 72 f. – Eine Ausnahme zur parallelen Auslegung stellt ein Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 2. Februar 2016 dar (FV150044-C/U AB/ad): Es folgte bei der Auslegung des LVA und der darin referenzierten Fluggastrechteverordnung Nr. 261/2004 dem EuGH-Urteil Sturgeon (C-402/07, ECLI:EU:C:2009:716) nicht, denn es «scheint (...) ausgeschlossen, dass ein Schweizerisches Gericht im Rahmen der Auslegung der Fluggastrechteverordnung, ohne seine Kompetenzen zu überschreiten, zum gleichen Resultat kommt wie der EuGH, zumal für richterliche Lückenfüllung (...) mangels echter Gesetzeslücke vorliegend kein Raum bleibt», ebd., E. 4.2.14.

22 Ebenso A. Epiney (Fn. 6), S. 155.

interpréter une norme contenant une notion de droit communautaire au sens de l'art. 16 al. 2 ALCP. En ce cas, les droits fondamentaux concernés se confondent en effet avec la notion de droit communautaire qu'ils servent à éclairer et l'interprétation qui en découle doit, en principe, être considérée comme faisant partie de l'acquis communautaire que la Suisse s'est engagée à reprendre, sous réserve que la jurisprudence en cause soit antérieure à la date de signature de l'Accord (...).»²³

Die Konsequenzen der Beachtung der unionalen Grundrechte bei der Auslegung der bilateralen Verträge dürften im Regelfall gering sein. Die Grundrechtecharta beruht wesentlich auf der EMRK; es ist materiell nicht entscheidend, ob primär auf die EMRK oder auf die Grundrechtecharta abgestellt wird (vgl. dazu die Kohärenz- oder Homogenitätsklausel gemäss Art. 52 Abs. 3 GRC). Praktisch relevant wird die Fruchtbarmachung des unionalen Grundrechtsschutzes in drei Konstellationen. Die Schweizer Behörden zögern *erstens* nicht, bei der Auslegung des FZA, des LVA und der SAA/DAA Leiturteile des EuGH zu Grundrechtsfragen zu übernehmen. Dies ist auch dann der Fall, wenn der EGMR eine Rechtsfrage noch nicht geklärt hat. Diesfalls agiert der EuGH als Grundrechtshöchstgericht auch für die Schweiz. Der Rekurs auf die unionalen Grundrechte drängt sich *zweitens* auf, wenn ein Grundrecht durch die EMRK nicht geschützt wird. Damit sind etwa die unternehmerische Freiheit und das Eigentumsrecht angesprochen (Art. 16 und Art. 17 GRC).²⁴ Sofern eine bilaterale Norm im Licht dieser Rechte auszulegen ist, bleibt einzig der Rekurs auf die Grundrechtecharta.²⁵ Daran anschliessend stellt sich *drittens* die Frage, wie die Schweizer Behörden vorgehen, wenn kein Präjudiz aus Luxemburg vorliegt. Haben sie den Mut, eine bilaterale Norm, die auf dem EU-Recht beruht, unter Rekurs auf die Charta betont grundrechtskonform auszulegen und auf diese Weise – quasi mit dem Privileg des ersten Wortes bzw. einem «first mover advantage»²⁶ ausgestattet – zur Weiterentwicklung des Grundrechtsschutzes in Europa beizutragen? Dabei fällt ein bilateralrechtliches Spezifikum – um nicht zu sagen: Versäumnis – ins Licht: Das Bundesgericht besitzt kein Recht, den EuGH auf dem Weg der Vorabentscheidung mit Auslegungsfragen zu befassen. Es wäre *de lege ferenda* bedenkenswert, das Bundesgericht in den europäischen Rechtsprechungsverbund zu integrieren und ihm zu ermöglichen, dem EuGH eine aus Sicht der Schweiz präferierte Auslegung vorzuschlagen. Ein Seitenblick auf Übereinkommen der EU mit anderen Drittstaaten zeigt, dass es Vorbilder für ein solches Vorlagerecht gibt.²⁷

23 BGE 130 II 113, E. 6.5 = Pra 2004 Nr. 171; vgl. auch EuGH, Rs. C-547/10 P (Fluglärmstreit), ECLI:EU:C:2013:139, Rn. 83, wo der EuGH bei der Auslegung des LVA ausführt, dass der Grundsatz der Wahrung der Grundrechte «der Dienstleistungsfreiheit innewohnt».

24 Das 1. Zusatzprotokoll zur EMRK schützt das Eigentum zwar; die Schweiz hat dieses ZP aber nicht ratifiziert.

25 S. für ein Beispiel *M. Oesch* (Fn. 6), S. 199 f.; für den Fall, dass nicht nur eine grundrechtsbetonte Auslegung zur Debatte steht, sondern eine Normenkontrolle, *L. Mader/C. Kropf* (Fn. 8), S. 73 f.

26 Diesen Terminus verdanke ich *Carl Baudenbacher*, Verzicht auf eigene Richter, Neue Zürcher Zeitung vom 23. Juli 2013, www.nzz.ch, verwendet in Bezug auf die Rolle des EFTA-Gerichtshofs bei der Auslegung des EWR-Rechts.

27 S. *M. Oesch* (Fn. 4), Rn. 91.

III. Seitenblick auf das EWR-Recht

1. Inhalt und Funktionsweise

Das EWR-Abkommen bezweckt, einen «homogenen Europäischen Wirtschaftsraum» zu schaffen (Art. 1). Es dehnt die vier Grundfreiheiten auf die beteiligten EWR-EFTA-Mitgliedstaaten aus. Es verbietet jegliche Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Das unionale Wettbewerbs-, Beihilfe- und Vergaberecht ist anwendbar. Eine enge Zusammenarbeit besteht in den Bereichen Forschung und Entwicklung, Umwelt, Bildung, Konsumentenschutz, Gesellschaftsrecht und Sozialpolitik mit dem Ziel, das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten (horizontale und flankierende Politiken). Die Basis bildet die weitgehende Übernahme des binnenmarktrelevanten EU-Sekundärrechts (*Acquis communautaire*) durch die EWR-EFTA-Mitgliedstaaten. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens wurden knapp 1'600 EG-Rechtsakte übernommen; das entsprach damals etwa 60% des EG-Sekundärrechts und umfasste 15'000 Seiten.²⁸ Die möglichst zügige und unkomplizierte Übernahme von neuem EU-Sekundärrecht in das EWR-Abkommen bzw. dessen Anhänge ist zentral für das gute Funktionieren des EWR-Abkommens. Die beiden Rechtsordnungen können aber auch auseinanderklaffen, wenn der EuGH einen Rechtsakt der EU nach Massgabe des unionalen Primärrechts ungültig erklärt, welcher zuvor in den EWR-*Acquis* aufgenommen wurde. Dies war der Fall, als der EuGH 2011 Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG (Unisex-Richtlinie) nichtig erklärte, weil er gegen die Gleichheit von Frauen und Männern gemäss Art. 21 und Art. 23 GRC versties.²⁹ Ein solches Urteil bindet die EWR-EFTA-Mitgliedstaaten nicht. Für die Aufhebung eines referenzierten Rechtsaktes bedarf es eines Beschlusses des Gemeinsamen EWR-Ausschusses, was in Bezug auf besagte Richtlinienbestimmung 2022 erfolgte.³⁰

Für die Überwachung der Umsetzung und Anwendung des EWR-Abkommens und die gerichtliche Kontrolle wurde eine Zweipfeilerstruktur geschaffen. Auf Seiten der EWR-EFTA-Mitgliedstaaten wurden zwei neue Organe errichtet. Die EFTA-Überwachungsbehörde überwacht die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem EWR-Abkommen durch die EWR-EFTA-Mitgliedstaaten. Der EFTA-Gerichtshof ist zuständig für die Beurteilung von Vertragsverletzungsklagen der EFTA-Überwachungsbehörde gegen EWR-EFTA-Mitgliedstaaten, die Überprüfung von Entscheidungen der EFTA-Überwachungsbehörde und die Beilegung von Streitigkeiten zwischen den EWR-EFTA-Mitgliedstaaten; auf Ersuchen mit-

28 D. *Freiburghaus*, Königsweg oder Sackgasse? Schweizerische Europapolitik von 1945 bis heute, 2. Aufl. 2015, S. 9, 239.

29 EuGH, Rs. C-236/09 (Test-Achats), ECLI:EU:C:2011:100, Slg. 2011, I-00773, Rn. 15 ff.

30 Beschluss Nr. 308/2021.

gliedstaatlicher Gerichte erstellt er Gutachten über die Auslegung des EWR-Abkommens.³¹

2. Grundrechtskonforme Auslegung

Komplexe Fragen stellen sich in Bezug auf den Grundrechtsschutz. Das EWR-Abkommen enthält keine geschriebenen Grundrechte. Ebenso wenig verweist es direkt auf die EMRK, die Grundrechtecharta der EU oder andere Grundrechtsinstrumente. Immerhin bekunden die Vertragsparteien in der Präambel ihre «Überzeugung, dass ein Europäischer Wirtschaftsraum einen Beitrag zur Errichtung eines auf Frieden, Demokratie und Menschenrechte gegründeten Europas leisten wird». Mitunter verpflichten EU-Rechtsakte, welche qua Beschluss in die Anhänge des EWR-Abkommens aufgenommen wurden und auch in Liechtenstein, Island und Norwegen anwendbar sind, ausdrücklich zur Beachtung der EU-Grundrechte.³²

Der EuGH legt das EWR-Abkommen im Licht der Grundrechte der EU aus.³³ Damit folgt er seiner etablierten Praxis, völkerrechtliche Verträge bzw. ihre Durchführung im EU-Recht auf die Vereinbarkeit mit den Grundrechten zu überprüfen und eine grundrechtskonforme Anwendung einzufordern.³⁴ Als Massstab dient mittlerweile ganz zuvörderst die Grundrechtecharta. Es dürften keine Zweifel daran bestehen, dass der EuGH einem grundrechtswidrigen Sekundärrechtsakt die Anwendung im EWR-Kontext versagen dürfte, auch wenn der Gemeinsame EWR-Ausschuss diesen Rechtsakt noch nicht aufgehoben hat.

Komplizierter präsentiert sich die Ausgangslage für den EFTA-Gerichtshof. Er hat diverse Male bestätigt, dass die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des EWR-Rechts gehören.³⁵ In einem Urteil von 2024 hat er seine ständige Praxis wie folgt bestätigt:

«[I]t is settled case law that provisions of EEA law are to be interpreted in the light of fundamental rights, which form part of the general principles of EEA law.»³⁶

Dabei stellt der EFTA-Gerichtshof grundlegend auf die EMRK und die Urteile des EGMR ab; sie sind «wichtige Quellen zur Bestimmung des Geltungsbereichs

31 Art. 108 EWR-Abkommen und Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs vom 2. Mai 1992 (ÜGA).

32 S. aber auch C. Neier, Das Verhältnis zwischen EMRK und EWR-Recht: Warum nicht eine Vermutung für die Vermutung der Konventionskonformität? Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des EGMR in der Rs. Konkurrenten.no/Norwegen, EuR 2022, S. 213 ff., S. 228, wonach die EWR/EFTA-Staaten eine dergestalt mittelbare Anwendbarkeit der EU-Grundrechte auszuschliessen versuchen, indem sie Verweise auf diese durch entsprechende Anpassungen bei der Übernahme für unanwendbar erklären.

33 S. etwa EuGH, Rs. C-897/19 PPU (I.N.), ECLI:EU:C:2020:262.

34 S. oben II.3.

35 S. zum Grundrechtsschutz im EWR B. Hammermann, Mehrebenen im Grundrechtsschutz – die liechtensteinische Verfassung und der EWR, in: Hoch/Neier/Schiess Rütimann (Hrsg.), 100 Jahre liechtensteinische Verfassung – Funktionen, Entwicklung und Verhältnis zu Europa, 2021, S. 291, *passim*; B. Hammermann, Grundrechte in der Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs, LJZ 2018, S. 105, *passim*; C. Neier (Fn. 2), S. 193 ff.; C. Neier (Fn. 32), S. 225 ff.

36 EFTA-GH, Rs. E-15/24, A v. B, Rn. 50.

dieser Grundrechte».³⁷ Weiter bilden die «gemeinsamen Verfassungstraditionen der EWR-Staaten» eine Erkenntnisquelle.³⁸ In einem Urteil von 2024 hat der EFTA-Gerichtshof zudem auf die UN-Kinderrechtskonvention rekurriert.³⁹ Unklar bleibt, welche Rolle und Wirkmacht der Grundrechtecharta der EU für die Auslegung des EWR-Abkommens zukommt. Zwei Aspekte stechen hervor: Der EFTA-Gerichtshof hat *erstens* anerkannt, dass die Grundrechtecharta und die Urteile des EuGH bei der Anerkennung der Grundrechte als Teil der allgemeinen Grundsätze des EWR-Rechts «relevant» sind.⁴⁰ Ein Urteil von 2025 illustriert dies anschaulich: Der EFTA-Gerichtshof erklärte eine Bestimmung der Fünften Geldwäschereirichtlinie (EU) 2018/843 für nicht anwendbar. Diese Bestimmung war vom EuGH zuvor unter Rekurs auf die Grundrechtecharta als nichtig erklärt worden, der Gemeinsame EWR-Ausschuss hatte ihre Aufhebung aber noch nicht in die Wege geleitet.⁴¹ Der EFTA-Gerichtshof konstatierte, dass der Schutzgehalt von Art. 7 und Art. 8 GRC und von Art. 8 EMRK mit Blick auf den *in casu* geforderten Schutz personenbezogener Daten und des Privat- und Familienlebens der gleiche ist, und kam zum Schluss, «dass es keine zwingenden EWR-rechtlichen Gründe gibt, aus denen sich der Schutz der Grundrechte im EWR-Recht in dieser Rechtssache von dem im EU-Recht vorgesehenen Schutz unterscheiden sollte.»⁴² Im Ergebnis führte der EFTA-Gerichtshof eine konkrete Normenkontrolle durch – im Windschatten des EuGH, dessen Präjudiz dem EFTA-Gerichtshof den Weg wies. Es bleibt *zweitens* unklar, ob die Grundrechtecharta direkt als Anspruchsgrundlage für eine grundrechtsorientierte Auslegung eines Rechtsaktes oder gar für die Nichtanwendbarkeit eines grundrechtswidrigen Rechtsaktes dienen mag, d.h. ohne «Umweg» über die EMRK. Dieser Lackmustest steht noch aus. Vermutungsweise dürfte der EFTA-Gerichtshof bei Bedarf auch in einer solchen Konstellation nicht zögern, eine grundrechtskonforme Lesart des EWR-Rechts einzufordern und erforderlichenfalls die Grundrechtecharta – allenfalls weiterhin in der Form allgemeiner Rechtsgrundsätze des EWR-Rechts, aber ohne Bezugnahme auf die EMRK – fruchtbar zu machen.⁴³ Dasselbe dürfte *a fortiori* gelten, wenn bereits ein Präjudiz des EuGH vorliegt.

37 EFTA-GH, Rs. E-2/03, *Ákærvaldið (The Public Prosecutor) v. Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson and Helgi Már Reynisson*, Rn. 23; EFTA-GH, Rs. E-10/23, *X v. Finanzmarktaufsicht*, Rn. 72; s. auch EFTA-GH, Rs. E-2/20, *The Norwegian Government v. L*, Rn. 50; EFTA-GH, verb. Rs. E-1/24 und E-7/24, TC und AA, Rn. 54; für eine Zusammenstellung der EMRK-Gewährleistungen, auf die der EFTA-Gerichtshof rekurriert hat, C. Neier (Fn. 2), S. 195.

38 EFTA-GH, verb. Rs. E-1/24 und E-7/24, TC und AA, Rn. 54.

39 EFTA-GH, Rs. E-15/24, A v. B, Rn. 52 f.

40 EFTA-GH, verb. Rs. E-1/24 und E-7/24, TC und AA, Rn. 55.

41 EuGH, Rs. C-37/20 (*Luxembourg Business Registers*), ECLI:EU:C:2022:912.

42 EFTA-GH, verb. Rs. E-1/24 und E-7/24, TC und AA, Rn. 58; s. zu diesem Urteil P. S. Tandberg, Op-Ed: «The EU Charter of Fundamental Rights and the Right of Access to Beneficial Ownership Information in the EEA (Joined Cases E-1/24 and E-7/24 TC and AA)», <https://eulawlive.com>.

43 Vgl. auch C. Neier (Fn. 32), S. 228, wonach das unionale Binnenmarktrecht den unionalen Grundrechtsschutz «im Rucksack mit sich» trägt.

IV. Neuer Streitbeilegungsmechanismus Schweiz – EU

1. Einleitung

Die Europäische Kommission und der Schweizer Bundesrat schlagen vor, die bilateralen Verträge auf ein neues institutionelles Fundament zu stellen.⁴⁴ Es geht um diejenigen Verträge, mit denen die Schweiz sektoriell am EU-Binnenmarkt teilnimmt und die zu diesem Zweck auf dem EU-Recht beruhen, nämlich das Freizügigkeitsabkommen (FZA), das Luftverkehrsabkommen (LVA), das Landverkehrsabkommen (LandVA) und das Abkommen über technische Handelshemmnisse (Konformitätsbewertungsabkommen, KonfBA) sowie die neuen Abkommen über den Strom und die Lebensmittelsicherheit (wobei letzteres dem bestehenden Agrarabkommen beigelegt werden soll). Die neuen Regeln befinden sich zurzeit im Zustimmungsprozess in der Schweiz und der EU.

Ein Herzstück der Revision ist die Einführung eines neuen Streitbeilegungsmechanismus. Wir stellen diesen neuen Mechanismus, bei dem Schiedsgerichte zum Zug kommen, vor (2.) und spekulieren über den Umgang von solchen Schiedsgerichten mit Grundrechtsfragen (3.).

2. Schiedsgerichte und der EuGH

Jede Partei kann neu die Einsetzung eines Schiedsgerichts verlangen, sofern eine Streitigkeit im Gemischten Ausschuss nicht gütlich beigelegt werden kann.⁴⁵ Wirft der Streitfall eine Frage zur Auslegung und Anwendung eines unionsrechtlichen Begriffs auf und ist die Auslegung dieses Begriffs für die Streitbeilegung relevant und für seine Entscheidungsfindung notwendig, ruft das Schiedsgericht den EuGH an.⁴⁶ Das Schiedsgericht entscheidet den hängigen Streitfall, gegebenenfalls unter Beachtung der verbindlichen Auslegung des unionsrechtlichen Begriffs durch den EuGH. Begriffe des EU-Rechts liegen naturgemäss bei der Auslegung von Bestimmungen referenzierter Verordnungen und Richtlinien vor. Auch bei der Auslegung von Bestimmungen in den Verträgen selbst dürfte dies häufig der Fall sein; gemäss Bundesrat beruhen die betroffenen Abkommen «weitestgehend» auf EU-Recht.⁴⁷ Die Frage, ob ein unionsrechtlicher Begriff vorliegt,

44 S. dazu Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz-EU», Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, 13. Juni 2015, <https://www.eda.admin.ch>; C. Tobler/J. Beglinger, Brevier zu den bilateralen Abkommen Schweiz – EU: Paketansatz und institutionelle Aspekte, Ausgabe 2025, *passim*; M. Oesch (Fn. 4), Rn. 109 ff.

45 Die nachfolgenden Ausführungen beruhen in Teilen auf M. Oesch (Fn. 4), Rn. 124.

46 S. zum unionsrechtlichen Begriff A. Th. Müller, Was sind «concepts of Union law»? Zur Anrufungspflicht des Schiedsgerichts nach dem Common Understanding, SJER 2023/2024, S. 535, *passim*.

47 Erläuterungen des EDA zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU vom 16. Januar 2019, S. 7 (noch zum InstA-Entwurf von 2019; an dieser Sachlage dürfte sich aber nichts geändert haben); vgl. auch Art. 16 Abs. 2 FZA, wo Praxis und Lehre diesen Begriff grosszügig auslegen; B. Pirker, Zum Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen, Jusletter 3. Juni 2019, Rn. 12, wonach ein Vorgehen nach Treu und Glauben gebietet, den EuGH im Zweifel zu involvieren (zum InstA von 2018).

ist methodisch zu trennen von der Folgefrage, ob die bilateralrechtliche Bestimmung gleich ausgelegt werden soll wie die unionsrechtliche Bestimmung oder ob sich eine autonome Lesart aufdrängt.⁴⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung besteht eine Vorlagepflicht, wenn es um die Klärung eines unionsrechtlichen Begriffs im Binnenmarktkontext geht, nicht aber, wenn ein solcher Begriff im bilateralen Kontext Schweiz-EU ausgelegt und angewendet werden muss. Es obliegt einem Schiedsgericht, die «Übersetzung» in den bilateralen Kontext zu leisten («Polydor», wobei zumindest der Wortlaut der neu vorgeschlagenen Regeln zugebenermassen eine umfassendere Vorlagepflicht impliziert und auch unklar ist, ob ein solches Verständnis der Funktion und Zuständigkeit von Schiedsgerichten vereinbar ist mit der Autonomie des EU-Rechts und dem Anspruch des EuGH, das letzte Wort über die Auslegung des EU-Rechts zu haben).⁴⁹ Beim Einbezug des EuGH ähnelt das Verfahren dem Vorabentscheidungsverfahren im EU-Recht (Art. 267 AEUV); folgerichtig wendet der Gerichtshof die entsprechenden internen Verfahrensvorschriften sinngemäss an. Sofern die unterlegene Partei einen Schiedsspruch nicht umsetzt, kann die obsiegende Partei Ausgleichsmassnahmen ergreifen, deren Verhältnismässigkeit vor dem Erlass durch ein Schiedsgericht überprüft werden kann.

Dieses Streitbeilegungsmodell, bei dem Schiedsgerichte im Lead sind, bei der Auslegung von Begriffen des EU-Rechts aber den EuGH befassen müssen, findet sich in praktisch gleicher Ausgestaltung in weiteren Abkommen, welche die EU mit Drittstaaten abgeschlossen hat. Dazu gehören das Assoziierungsabkommen mit Georgien (Art. 267), das Assoziierungsabkommen mit der Republik Moldau (Art. 403), das Assoziierungsabkommen mit der Ukraine (Art. 322)⁵⁰, das Partnerschaftsabkommen mit Armenien (Art. 342) und das Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU (Art. 174)⁵¹, wobei der EuGH noch nie von einem Schiedsgericht mit einer Auslegungsfrage befasst worden ist. Im Mai 2025 haben die EU und das Vereinigte Königreich die gemeinsame Absicht bekundet, in den Bereichen Energie, sanitärische und phytosanitäre Massnahmen sowie Emissionshandel neue Verträge auszuhandeln; dabei sollen Streitigkeiten von Schiedsgerichten entschieden werden, wobei Fragen zur Auslegung des

48 Demgegenüber T. Cottier, Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU: Kernstück des Abkommens und Instrument schrittweiser Rechtsentwicklung, SJER 2020/2021, S. 353, 360 ff., wonach eine Vorlagepflicht nur dort besteht, wo sich auf Grund von Wortlaut, Sinn und Zweck eine identische Anwendung wie im EU-Recht aufdrängt (zum InstA von 2018). – Ein Schiedsgericht sollte ebenso in alleiniger Verantwortung entscheiden können, wenn die Auslegung eines unionsrechtlichen Begriffs im Binnenmarktkontext klar ist oder wenn sich der EuGH bereits dazu geäußert hat; die *acte clair*- und *acte éclairé*-Doktrin, die der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) entwickelt hat, sollte auch hier greifen.

49 S. zum Polydor-Prinzip EuGH, Rs. C-270/80 (Polydor), ECLI:EU:C:1982:43, Slg. 1982, 0329; C. Tobler, Die EuGH-Entscheidung Grimme – Die Wiederkehr von Polydor und die Grenze des bilateralen Rechts, SJER 2009/2010, S. 369, 369.

50 S. dazu G. Van der Loo, The EU-Ukraine Association Agreement and Deep and Comprehensive Free Trade Area, 2016, S. 296 ff.

51 S. dazu P. van Nuffel, The Withdrawal Agreement, Part Six: Institutional and Final Provisions, in: Kellerbauer/Dumitriu-Segnana/Liefländer (Hrsg.), The UK-EU Withdrawal Agreement: A Commentary, 2022, S. 355 ff.

EU-Rechts dem EuGH vorbehalten bleiben sollen.⁵² Damit scheint sich dieses Modell bei Drittstaatenabkommen, welche auf EU-Recht beruhen, als Standardmodell durchzusetzen – selbst im Verhältnis zum Vereinigten Königreich, wo die Abneigung gegen den als übergreifend wahrgenommenen, mutmasslich allzu aktivistisch agierenden EuGH ein Grund für den Brexit war.

Die praktische Bedeutung der avisierten Streitschlichtung qua Schiedsgerichtsbarkeit dürfte sich auf einige wenige – dann allerdings publikumswirksame und politisch aufgeladene – Fälle beschränken. Im Alltag erfolgt der Rechtsschutz bei der Auslegung und Anwendung der bilateralen Verträge weiterhin zuvörderst durch die Gerichte in der EU und der Schweiz. Das gilt auch – und wohl insbesondere – für Grundrechtsfragen, welche typischerweise in Rechtsschutzverfahren verhandelt werden, in denen sich Einzelne gegen übergreifende Hoheitsakte wehren, und nicht in zwischenstaatlichen Streitfällen, bei denen der Fokus schwerpunktmässig auf anderen Aspekten liegen dürfte.

3. Grundrechtskonforme Auslegung

Wie werden solche Schiedsgerichte mutmasslich mit Grundrechtsfragen umgehen? Ein Schiedsgericht wird kaum zögern, die bilateralen Verträge grundrechtskonform auszulegen. Daran dürften keine Zweifel bestehen – ungeachtet der Tatsache, dass der Grundrechtsschutz in den Vertragstexten nur rudimentär geregelt wird. Schwieriger dürfte eine Prognose über die formelle Rechtsgrundlage sein. Die institutionelle Stellung von Schiedsgerichten und ihre Funktion im bilateralen Räderwerk gleichen der Stellung und Funktion des Bundesgerichts, wenn es in letzter Instanz die bilateralen Verträge für die Schweiz im Schweiz-Pfeiler auslegt, und des EFTA-Gerichtshofs, welcher für die verbindliche Auslegung des EWR-Abkommens im EWR-EFTA-Pfeiler zuständig ist. Erklären Schiedsgerichte die EMRK als massgebliche Rechtsquelle für eine grundrechtsbetonte Auslegung der bilateralen Verträge? Ringt sich ein Schiedsgericht durch, die Grundrechte als ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze derjenigen bilateralen Verträge, mit denen die Schweiz sektoriell am Binnenmarkt der EU teilhat, anzuerkennen und ihre Existenz und ihren Schutzgehalt mit einem Seitenblick auf die Praxis des EGMR und des EuGH zu bestimmen? Wird ein Schiedsgericht den Mut haben, bei Bedarf direkt auf die Grundrechtecharta zu rekurrieren?

Zwei Aspekte verdienen bei der Entwicklung einer Grundrechtspraxis durch Schiedsgerichte besondere Aufmerksamkeit: *Erstens* dürfte der EuGH in einem Vorlageverfahren, das von einem Schiedsgericht zur Klärung der Auslegung von EU-Recht initiiert wird, nicht zögern, bei Bedarf auf die Grundrechtecharta zu rekurrieren und darauf gestützt eine grundrechtsorientierte Antwort zu liefern. Es mag für ein Schiedsgericht in einer solchen Konstellation zwar naheliegend sein, den hängigen Streitfall materiell nach Massgabe der Rückmeldung aus Lu-

⁵² European Commission, A renewed agenda for European Union – United Kingdom cooperation, Common Understanding, 19 May 2025.

xemburg zu lösen, formal aber nicht auf die Grundrechtecharta zu rekurren, sondern auf Grundrechte als ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze des bilateralen Vertrags. Rechtsdogmatisch ist ein solches Vorgehen trotzdem nicht ganz einfach einzuordnen. Zweitens unterhält die EU nicht nur mit der Schweiz, sondern auch mit weiteren Staaten Abkommen, bei denen die Lösung von Streitigkeiten einem Schiedsgericht überantwortet wird, wobei die Auslegung von EU-Recht dem EuGH vorbehalten bleibt.⁵³ Damit befassen sich potentiell mehrere Schiedsgerichte mit ähnlichen Fragen. Ihre Aufgabe ist zwar vergleichbar. Sie werden aber auf der Grundlage von Verträgen eingesetzt, die zuweilen unterschiedliche Zwecke verfolgen, eine unterschiedliche Integrationstiefe aufweisen und auch beim Vorliegen unionsrechtlicher Konzepte und Begriffe nicht identisch formuliert sein mögen. Sie sind personell unterschiedlich zusammengesetzt und mögen organisatorisch und verfahrensmässig unterschiedlichen Vorgaben folgen. Zwischen den Schiedsgerichten bestehen keine institutionelle Verbindung und kein formalisierter Austausch. Ihre Urteile sind endgültig und können nicht an ein gemeinsames Berufungsgericht weitergezogen werden. Ein Berücksichtigungsgebot in Bezug auf Urteile anderer Schiedsgerichte besteht nicht. Diese Pluralität muss nicht zwingend nachteilig sein. Sie kann befruchtend wirken. Konkurrenz belebt das Geschäft. Gemäss *Benedict Vischer* stellt «die Pflege unscharfer Übergänge zwischen der Union und dem übrigen europäischen Rechtsraum keine Gefahr, sondern die Grundlage für eine nachhaltige Vertiefung der europäischen Integration» dar.⁵⁴ Problematisch wird es, wenn die Rechtsprechung allzu stark zersplittert und die Rechtsunterworfenen über die Massen verwirrt.

V. Schluss

Der Grundrechtsschutz in der Schweiz wird europäisiert. Dieser Prozess wird nicht nur durch den EGMR vorangetrieben, sondern auch durch die Behörden in der EU, zuvörderst durch den EuGH. Urteile aus Luxemburg finden den Weg in die Schweiz – auf leisen Sohlen, aber mit grossem Abdruck. Im Rechtsalltag steht die Übernahme grundrechtlicher Weichenstellungen des EU-Rechts auf dem Weg der Rechtsvergleichung und des autonomen Nachvollzugs im Vordergrund.⁵⁵ Dieser Beitrag hat aufgezeigt, dass die EU-Grundrechte auch bei der Auslegung der bilateralen Verträge eine Rolle spielen.

Die Bedeutung des europäischen Grundrechtsschutzes für die Schweiz wird verfassungsrechtlich nicht abgebildet. Der Grundrechtsteil der Bundesverfassung beruht zwar wesentlich auf der EMRK. Das Bundesgericht versagt Bundesgesetzen, welche gegen «mensenrechtliche Verpflichtungen der Schweiz» (worunter

⁵³ S. zu diesen Verträgen oben IV.2.

⁵⁴ *B. Vischer*, Einheit bis zum Bruch: Verfassungsrechtliche Abwege im Ringen der EU um ein institutionelles Rahmenabkommen mit der Schweiz, Verfassungsblog vom 30. April 2021, <www.verfassungsblog.de>.

⁵⁵ S. dazu oben Fn. 3.

zuvörderst die EMRK verstanden wird), die Anwendbarkeit.⁵⁶ Die Bundesverfassung schweigt sich über die überragende Bedeutung des Strassburger Schutzsystems für die Schweiz aber aus. Dasselbe gilt für die Rolle der Schweiz beim europäischen Integrationsprozess unter dem Dach der EU und die damit einhergehenden Abhängigkeiten und Interdependenzen. Es besteht ein Widerspruch zur gelebten (Verfassungs-)Wirklichkeit, der sich mit jedem weiteren Integrationschritt der Schweiz akzentuiert. Die Bundesverfassung von 1999 kommt bewusst «europaneutral» daher.⁵⁷ Das ist ebenso bedauerlich wie die Tatsache, dass der Grundrechtsschutz in den bilateralen Verträgen nicht thematisiert wird. Es wäre naheliegend gewesen, in den Verhandlungen über neue institutionelle Regeln und neue Abkommen während der letzten zehn Jahre diesen blinden Fleck anzusprechen und Remedur zu schaffen. Diese Gelegenheit wurde verpasst.

Der Grundrechtsschutz in Europa zeichnet sich dadurch aus, dass sich verschiedene Schutzsysteme überlappen und ergänzen. Sie sind mannigfaltig verzahnt. Die Grundrechtecharta der EU beruht wesentlich auf der EMRK (Art. 52 Abs. 3 und Art. 53 GRC). Die Charta ist für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des EU-Rechts verbindlich (Art. 51 GRC). Letztere sind, wie die EFTA-Mitgliedstaaten Island, Liechtenstein, Norwegen und die Schweiz, Mitglieder des Europarates und zur Beachtung der EMRK verpflichtet (Art. 1 EMRK). Island, Liechtenstein und Norwegen sind auf der Grundlage des EWR-Abkommens zudem umfassend in das EU-Binnenmarktrecht eingebunden; folgerichtig statuiert das EWR-Recht ein Homogenitätsgebot (Art. 6 EWRA). Die Schweizer Behörden berücksichtigen grundrechtliche Weichenstellungen des EuGH bei der Auslegung derjenigen bilateralen Verträge, mit denen sich die Schweiz sektoriell ins EU-Recht einklinkt. Vor diesem Hintergrund ist es naheliegend, dass die Höchstgerichte der jeweiligen Systeme – der EGMR, der EuGH, der EFTA-Gerichtshof, das schweizerische Bundesgericht und die (Verfassungs-)Gerichte der EU- und EWR-EFTA-Mitgliedstaaten – in einem Dialog stehen. Teils ist dieses Zusammenspiel institutionalisiert. Im unionalen Rechtsprechungsverbund gewährleistet das Vorabentscheidungsverfahren den regelgebundenen Austausch zwischen dem EuGH und den mitgliedstaatlichen Gerichten. Im EWR-EFTA-Pfeiler besteht ein analoges Verfahren zwischen dem EFTA-Gerichtshof und den nationalen Gerichten. Teils findet dieser Dialog informell statt: Weder zwischen dem EGMR und dem EuGH noch zwischen dem EuGH und den Gerichten in der Schweiz existiert ein Verfahren der gegenseitigen Befassung und des Austausches. Das ist zumindest in Bezug auf letzteres Verhältnis nicht optimal.

Dieser «dialogische Pluralismus»⁵⁸ wurde in den letzten Jahren weiter ausgebaut. Diverse Abkommen der EU mit Drittstaaten überantworten die Lösung von Streitigkeiten *ad hoc* eingerichteten Schiedsgerichten, wobei Fragen zur Auslegung von Begriffen des EU-Rechts dem EuGH vorgelegt werden müssen. Solche Strei-

56 BGE 125 II 417, E. 4d; BGE 148 II 169, E. 5 2; s. zum Ganzen A. Epiney (Fn. 21), *passim*.

57 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, S. 119.

58 C. Neier (Fn. 2), S. 193.

tigkeiten können grundrechtsrelevante Aspekte betreffen; damit rückt zwangsläufig die Grundrechtecharta und die Praxis des EuGH in den Fokus. Neu sollen auch die bilateralen Verträge, welche die sektorielle Beteiligung der Schweiz am unionalen Binnenmarkt zum Ziel haben und zu diesem Zweck auf EU-Recht beruhen, um dieses Streitbeilegungsmodell ergänzt werden. Selbst das Vereinigte Königreich scheint einverstanden, mit der EU neue Abkommen abzuschliessen und auf dieses Streitbeilegungsmodell zurückzugreifen. Seid willkommen, werte Schiedsgerichte, im Reigen der europäischen Höchstgerichte, die sich mit Grundrechten befassen!