

---

## Haben «menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz» strikt Vorrang vor Bundesgesetzen?

Matthias Oesch/Alexandru Badea\*

Das Oeuvre von Regina Kiener ist eindrücklich. Ihre Opera magna zu den Grundrechten und zum öffentlichen Verfahrensrecht stehen auf dem Pult jeder ambitionierten Juristin und jedes engagierten Juristen. Das Lehrbuch zum Staatsrecht wird weit über Zürich hinaus geschätzt. Regina Kiener hat unzählige Studierende und Nachwuchskräfte aus dem In- und Ausland ausgebildet und gefördert. Sie war Mitglied in Kommissionen des Bundes und Vizepräsidentin des Justizgerichts des Kantons Aargau. Sie engagiert sich weiterhin in der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht (Venedig-Kommission). Sie hat für den Bund, die Kantone und Nichtregierungsorganisationen unzählige Gutachten verfasst. Viele Schriften von Regina Kiener sind in kollektiver Autorinnen- oder Herausgeberschaft entstanden. Es ist typisch für ihre Arbeitsweise, im Austausch mit Kolleginnen und Kollegen Herausforderungen zu durchdringen und gemeinsam Lösungen zu entwickeln.

Regina Kiener hat sich über ihre Forschungsschwerpunkte im Bereich der Grundrechte, des Justizverfassungsrechts und des öffentlichen Verfahrensrechts hinaus mit den unterschiedlichsten Rechtsgebieten beschäftigt. So hat sie zusammen mit Melanie Krüsi 2009 einen vielbeachteten Aufsatz zum spannungsgeladenen und konflikträchtigen Verhältnis zwischen der Internationalisierung des Rechts und dem damit einhergehenden Ausbau rechtsstaatlicher Garantien auf der einen Seite und der Ausübung der Volksrechte auf der anderen Seite veröffentlicht.<sup>1</sup> Die beiden Autorinnen kritisieren die populistische Ideologisierung und Verabsolutierung der Volkssouveränität, raten aber von verfassungsgeberischem Aktivismus ab. Sie appellieren an die Verantwortung der am politischen Prozess beteiligten Akteurinnen und Akteure: «Nicht unterschätzt werden sollte die *politische Vernunft der Bürgerinnen und Bürger.*»<sup>2</sup>

Dieser Festbeitrag nimmt diesen Aufsatz von Regina Kiener und Melanie Krüsi zum Anlass, die Praxis des Bundesgerichts zum Verhältnis der bilateralen Abkommen zum innerstaatlichen Recht in den Blick zu nehmen.<sup>3</sup> Das Bundesgericht geht von einem umfassenden

---

\* Prof. Dr. iur. Matthias Oesch, LL.M., Rechtsanwalt, Professor für öffentliches Recht, Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Zürich; Alexandru Badea, MLaw, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich.

<sup>1</sup> KIENER/KRÜSI, *passim*.

<sup>2</sup> Ebd., S. 255.

<sup>3</sup> Dieser Beitrag beruht in Teilen auf Vorarbeiten aus OESCH, EuGH, *passim*.

Vorrang «mensen- oder freizügigkeitsrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz» aus; die Schubert-Praxis findet hier keine Anwendung.<sup>4</sup> Manches bleibt aber unklar. Im Folgenden steht die Frage im Zentrum, ob der Vorrang – wie vom Bundesgericht suggeriert – unbedingt wirkt oder ob das Bundesgericht sich vorbehält, in Ausnahmefällen den Vorrang zu verneinen und die schweizerische Norm anzuwenden. Mit dem geplanten Abschluss neuer institutioneller Regeln für die bilateralen Abkommen, mit denen die Schweiz am Binnenmarkt der EU teilnimmt, wird die Debatte über den Rang der bilateralen Abkommen im innerstaatlichen Recht und ihre Wirkmacht nochmals an Schärfe gewinnen.

\*

In der Schweiz gilt der Vorrang von Völkerrecht vor Landesrecht (vgl. Art. 5 Abs. 4 BV).<sup>5</sup> Dem Bundesgesetzgeber ist es gemäss Bundesgericht allerdings nicht verwehrt, bewusst von einer völkerrechtlichen Verpflichtung abzuweichen. Voraussetzung dafür ist, dass «in der Beratung der entsprechenden Regelung die völkerrechtlichen Aspekte und Auswirkungen resp. der mögliche Verstoss gegen das Völkerecht *eingehend* thematisiert und erörtert wurden»<sup>6</sup> und der Bundesgesetzgeber «insofern auch die politische Verantwortung bewusst tragen wollte»<sup>7</sup>. Die rechtsanwendenden Behörden sind gehalten, eine solche Entscheidung des Gesetzgebers zu akzeptieren und der völkerrechtswidrigen innerstaatlichen Norm Vorrang einzuräumen (Schubert-Ausnahme).<sup>8</sup>

Diese Option besteht in zwei Konstellationen nicht: völkerrechtliche Menschenrechtsgewährleistungen, d.h. insbesondere die EMRK, gehen Bundesgesetzen in jedem Fall vor (PKK-Gegenausnahme).<sup>9</sup> Weiter gilt die Schubert-Praxis «im Verhältnis zur Europäischen Union und den von der Schweiz im Freizügigkeitsrecht staatsvertraglich eingegangenen Pflichten nicht» (FZA-Gegenausnahme); daran ändert auch eine bewusste Missachtung der vertraglichen Verpflichtungen durch den Gesetzgeber nichts, wie das Bundesgericht – bzw. zumindest die II. öffentlich-rechtliche Abteilung – in einem Urteil von 2015 beiläufig – d.h. als *obiter dictum* – ausführte.<sup>10</sup> Das Bundesgericht nahm auf ein Urteil von 2007 Bezug und erklärte diese grundlegende Weichenstellung wie folgt:

---

<sup>4</sup> BGE 142 II 35 E. 3.2; BGE 148 II 69 E. 5.2.

<sup>5</sup> S. zum Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht im Allg. BESSON, CR Cst., Art. 5 N 170 ff.; BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 5 N 29 ff.; EPINEY, Schubert, *passim*; KIENER/KRÜSI, S. 249 ff.; LOOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 190 N 38 ff.; MARTENET, CR Cst., Art. 190 N 58 ff.; TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 82 ff.

<sup>6</sup> BGE 148 II 169 E. 5.3.1.

<sup>7</sup> BGE 142 II 35 E. 3.2.

<sup>8</sup> BGE 99 Ib 39 E. 3/4; SCHÜRER, *passim*; s. auch BGE 148 II 169 E. 5.2, wo das BGer überraschenderweise erklärt hat, dass die Schubert-Ausnahme «weitgehend nicht mehr anwendbar» sei; dazu EPINEY, Schubert, *passim*.

<sup>9</sup> BGE 125 II 417 E. 4d.

<sup>10</sup> BGE 142 II 35 E. 3.2; s. dazu BIAGGINI, Urteilsbesprechung, S. 169 f.; BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 5 N 32; EPINEY, Auslegung, *passim*; GLASER/BRUNNER, *passim*; OESCH, Urteilsbesprechung, *passim*; NAY, *passim*.

*«Das [Bundesgericht] begründete dies damit, dass das Freizügigkeitsabkommen demokratisch (durch Annahme in der Volksabstimmung) legitimiert sei, dieses den unter das Abkommen fallenden Personen gerichtlichen Rechtsschutz garantiere, was toter Buchstabe bliebe, wenn die Gerichte abweichendes nationales Recht anwenden müssten, und schliesslich, dass die Vertragsstaaten der EU ihrerseits verpflichtet seien, dem Abkommen den Vorrang gegenüber ihrem jeweiligen innerstaatlichen Recht zu geben (...). Die vorne erwähnte Ausnahme nach der sogenannten «Schubert-Praxis» gilt im Verhältnis zur Europäischen Union und den von der Schweiz im Freizügigkeitsrecht staatsvertraglich eingegangenen Pflichten nicht, weil es dabei über die Realisierung der teilweise übernommenen Grundfreiheit um eine Angleichung der Rechtsordnung (sektorielle Beteiligung am Binnenmarkt) geht, welche für die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits direkt anwendbar ist (Urteil von Gend en Loos, ...) und für welche kraft Unionsrechts der Vorrang dieser Rechtsordnung ebenfalls Geltung hat (Urteil Costa gegen E.N.E.L, ...).»<sup>11</sup>*

Das Urteil erging im November 2015, also kurz nach der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative durch Volk und Stände im Februar 2014, und erteilte den Vorschlägen eine Absage, die Initiative unter Verletzung des Freizügigkeitsabkommens umzusetzen. Die Bundesversammlung führte eine mit diesem Abkommen konforme Stellenmeldepflicht (Inländervorrang *light*, Art. 21a AIG) ein, womit ein potentiell unschönes Kräftemessen zwischen Bern und Lausanne vermieden werden konnte.

2022 hat das Bundesgericht – bzw. wiederum die II. öffentlich-rechtliche Abteilung – den strikten Vorrang auf das Dublin-Assoziierungsabkommen (DAA) ausgedehnt.<sup>12</sup> Es hat festgehalten, dass bei einem Konflikt zwischen Art. 28 der in diesem Abkommen referenzierten Dublin III-Verordnung (EU) 604/2013 und dem Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) die Schubert-Praxis keine Anwendung findet:

*«[Der Vorrang des Völkerrechts] könnte nach einer älteren – weitgehend nicht mehr anwendbaren – Rechtsprechung lediglich allenfalls eine Ausnahme erfahren, wenn der Gesetzgeber bewusst die völkerrechtliche Verpflichtung missachten und insofern die politische Verantwortung hierfür übernehmen will (... [Schubert-Praxis]). Diese Ausnahme gilt nach der Rechtsprechung jedoch von vornherein nicht, wenn – wie hier im Rahmen eines Freiheitsentzugs – menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz infrage stehen (... «PKK»; ...); diesfalls geht die völkerrechtliche Norm der abweichenden nationalen Regelung gemäss der Rechtsprechung auch dann vor, wenn der schweizerische Gesetzgeber davon abweichen wollte (...).»<sup>13</sup>*

Da Art. 76a Abs. 4 AIG eine Höchstdauer der Renitenzhaft von drei Monaten vorsieht, Art. 28 der Dublin III-Verordnung aber nur eine Höchstdauer von sechs Wochen als zulässig erachtet, war ersterer nicht anwendbar. Dabei stützte sich das Bundesgericht wesentlich auf die Auslegung der in der Verordnung erwähnten Haftdauer und deren Berechnung durch den EuGH.<sup>14</sup> Es verneinte – «selbst wenn es hierauf überhaupt ankäme, was nach dem soeben Dargelegten von Vornherein nicht der Fall ist» –, dass die Voraussetzungen für das

<sup>11</sup> Ebd., E. 3.2.

<sup>12</sup> BGE 148 II 169; dazu EPINEY, Schubert, S. 703 ff.

<sup>13</sup> Ebd., E. 5.2.

<sup>14</sup> EuGH, 13. September 2017, Khir Amayry, C-60/16, EU:C:2017:675; BGE 148 II 169 E. 4.

Vorliegen einer Schubert-Ausnahme vorlagen.<sup>15</sup> Die gegenüber dem Beschwerdeführer angeordnete Renitenzhaft, die über die gemäss der Dublin III-Verordnung zulässige Höchstdauer hinausging, war folglich widerrechtlich. Gemäss Bundesgericht galt im vorliegenden Fall der unbedingte Vorrang des DAA, weil «eine menschenrechtliche Verpflichtung» der Schweiz infrage stand; dieser Schluss drängt sich auf, da die andere Gegenausnahme zur Schubert-Praxis – «freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen» – bei diesem Abkommen nicht greift. Offen bleibt, welche menschenrechtliche Verpflichtung für das Bundesgericht einschlägig war: Art. 28 der Dublin III-Verordnung (welche in den Erwägungsgründen wiederholt auf die Grundrechtecharta und die EMRK verweist), Art. 6 der Grundrechtecharta (auf den der EuGH bei der Auslegung von Art. 28 der Dublin III-Verordnung rekurriert) oder Art. 5 EMRK (der im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau eine Rolle spielte, nicht aber im Verfahren vor dem Bundesgericht, wobei die Präambel des Dublin-Assoziierungsabkommens auf die EMRK verweist)?

Einen anderen Kurs hat das Bundesgericht – bzw. zumindest die strafrechtliche Abteilung – eingeschlagen bei der Beurteilung der Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit eine strafrechtliche Landesverweisung mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar ist.<sup>16</sup> 2018 ging das Obergericht des Kantons Zürich bei der Überprüfung einer solchen Massnahme in bewusster Abkehr vom bundesgerichtlichen Diktum über den strikten Vorrang des Freizügigkeitsabkommens von 2015 noch davon aus, dass der Bundesgesetzgeber mit der Einführung von Art. 66a StGB bewusst gegen dieses Abkommen verstossen wollte und ein Anwendungsfall der Schubert-Praxis vorlag.<sup>17</sup> Das Bundesgericht umschiffte dieses heikle Terrain in der Folge auf elegante Weise: Es legt Art. 5 Anhang I FZA «strafrechtlich» nicht analog zur Praxis im EU-Recht aus, sondern weniger restriktiv und damit zuungunsten von Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten. Es führte aus, dass dieses Abkommen ein «im Wesentlichen wirtschaftsrechtliches Abkommen» ist und nicht – wie das EU-Recht – die «Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas» (Art. 1 EUV) bezweckt.<sup>18</sup> Die Erwägungen des Bundesgerichts zur Natur und Wirkungsweise des Freizügigkeitsabkommens und zu seinem Verhältnis zum innerstaatlichen (Straf-)Recht lassen zwar viele Fragen offen. Auch sind sie inkohärent und widersprüchlich.<sup>19</sup> Immerhin

---

<sup>15</sup> BGE 148 II 169 E. 5.3.1.

<sup>16</sup> BGE 145 IV 364; s. auch BGE 145 IV 55 E. 4.2, wo das BGer auf die Ausschaffungsinitiative und die parlamentarische Debatte zur Umsetzungsgesetzgebung (Art. 66a ff. StGB) einging, schliesslich aber feststellte, dass zwischen dem FZA und den Bestimmungen zur Landesverweisung kein Normenkonflikt besteht; kritisch dazu FARGAHI/PRIULI/DE WECK, N 14 ff.

<sup>17</sup> OGer ZH, 6. April 2018, SB170509, E. 4.1 ff.

<sup>18</sup> BGE 145 IV 364 E. 3.2.

<sup>19</sup> S. für kritische Einschätzungen EPINEY, Landesverweisung, N 8 ff.; PROGIN-THEUERKAUF, *passim*; zum Ganzen auch AMARELLE, N 27 ff.; FARGAHI/PRIULI/DE WECK, *passim*; zur weiteren Entwicklung MÜLLER/PRANTL, S. 538 f.; PRIULI, Kommentar Migrationsrecht, Anhang I FZA, Art. 5 N 19; s. zur Einordnung dieser Urteile auch OBERHOLZER, S. 244 ff.

vermeidet es das Bundesgericht auf diese Weise, einen offenen Konflikt zu konstatieren und die Rangfrage im Kontext der Landesverweisung ausdrücklich thematisieren zu müssen.<sup>20</sup>

\*

Das bundesgerichtliche Diktum, wonach «mensen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz» dem innerstaatlichen Recht strikt vorgehen, löst eine Fülle von Fragen aus.<sup>21</sup> Dazu gehören die folgenden:

*Erstens* ist unklar, ob der strikte Vorrang nur gegenüber Bundesgesetzen wirkt oder auch gegenüber direkt anwendbarem Verfassungsrecht. Die Ausführungen des Bundesgerichts enthalten jedenfalls keine Anhaltspunkte, weshalb dies bei letzterem nicht auch der Fall sein sollte. *Zweitens* ist unklar, ob sich der strikte Vorrang allein auf das Freizügigkeitsabkommen und das Dublin-Assoziierungsabkommen beschränkt oder ob er auch bei weiteren bilateralen Abkommen greift. Offensichtliche Kandidaten wären das Schengen-Assoziierungsabkommen (soweit analog zum Dublin-Assoziierungsabkommen menschenrechtliche Verpflichtungen zur Debatte stehen) und das Luftverkehrsabkommen (soweit es dabei analog zum Freizügigkeitsabkommen über die Realisierung einer teilweise übernommenen Grundfreiheit – *in casu* der Niederlassungsfreiheit – um eine Angleichung der Rechtsordnung bzw. sektorielle Beteiligung am Binnenmarkt geht). Beide Abkommen bezwecken ebenfalls die Teilintegration der Schweiz in den unionalen Rechtsraum, enthalten (im Gegensatz zum Freizügigkeitsabkommen und zur EMRK) aber keine ausdrückliche Rechtsweggarantie (wobei die Überwachung und der Rechtsschutz beim Luftverkehrsabkommen partiell der Europäischen Kommission und dem EuGH überantwortet wird). *Drittens* ist unklar, ob nicht nur das Freizügigkeitsabkommen von einem strikten Vorrang profitiert, sondern auch weitere Staatsverträge, welche freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen enthalten.<sup>22</sup> Damit fällt der Blick auf bilaterale Niederlassungs- und Freizügigkeitsverträge, deren Ursprünge zum Teil ins 19. Jahrhundert zurückreichen, die klarerweise aber keine Rechtsharmonisierung anstreben und auch nicht über eine Rechtsweggarantie verfügen.<sup>23</sup> *Viertens* ist unklar, welche menschenrechtlichen Verpflichtungen einen strikten Vorrang auslösen. Die PKK-Rechtsprechungslinie fokussiert zuvörderst auf die EMRK. Bei den

---

<sup>20</sup> Vgl. zum Ganzen auch VISCHER, Auslegung, S. 12; KELLER, S. 629 f., wonach bei Art. 66a StGB die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Ausnahme vom Vorrang (Schubert-Praxis) ohnehin nicht erfüllt waren, womit sich auch die Frage nach der Einschlägigkeit der FZA-Gegenausnahme nicht stellte.

<sup>21</sup> S. dazu auch EPINEY, Schubert, S. 704 ff., und die in Fn. 5 und 10 zitierte Literatur.

<sup>22</sup> EPINEY, Schubert, S. 705 f.

<sup>23</sup> S. dazu EPINEY, Schubert, S. 705. Die Niederlassungs- und Freizügigkeitsverträge werden zeitweise durch sog. Niederlassungsvereinbarungen ergänzt, die einen Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung beinhalten, s. dazu COTTIER et al., N 437. Diese Verträge sind teils immer noch in Kraft, werden seit dem Ersten Weltkrieg in stillschweigendem Einvernehmen aber restriktiv ausgelegt, vgl. etwa BGE 106 Ib 125 E. 2b, betr. des Niederlassungs- und Konsularvertrags zwischen der Schweiz und Serbien von 1888 (SR 0.142.118.181). S. zum Ganzen OESCH, Schweiz-EU, N 150.

bilateralen Abkommen mit der EU ist die Sachlage verzwickter. Die EU-Grundrechte sind ein inhärenter Bestandteil der bilateralen Abkommen, welche die Teilhabe der Schweiz am Binnenmarkt bezwecken und auf EU-Recht beruhen.<sup>24</sup> Sie sind als grundrechtlicher Überbau mit dem materiellen Recht untrennbar verbunden und bei der Auslegung der Abkommen zu beachten.<sup>25</sup> Profitieren Urteile des EuGH zu Bestimmungen, welche qua bilateraler Abkommen auch für die Schweiz einschlägig sind, damit von der strikten Vorrangregel, sofern es dabei um «mensenrechtliche Verpflichtungen» geht? Im Unterschied zur EMRK und zum Freizügigkeitsabkommen fehlt etwa bei den Schengen-/Dublin-Assoziierungsabkommen zumindest im Abkommen selbst allerdings eine Verpflichtung, Rechtsschutz zu gewähren; solche Garantien finden sich teils in EU-Rechtsakten, auf die in den Abkommen verwiesen wird. *Fünftens* ist unklar, ob der Vorrang – wie vom Bundesgericht suggeriert – unbedingt wirkt oder ob das Bundesgericht sich vorbehält, in Ausnahmefällen den Vorrang zu verneinen und die schweizerische Norm anzuwenden.

Diese letzte Frage steht im Fokus dieses Beitrags. Darauf ist zurückzukommen. Zuvor gilt es den Blick auf zwei institutionelle Besonderheiten zu lenken, welche in diesem Zusammenhang bedeutsam sind.

\*

Das Bundesgericht nimmt bei der Auslegung der bilateralen Abkommen eine Doppelfunktion wahr. Zum einen fungiert es als verbindlich urteilendes Höchstgericht des bilateralen *Acquis* im «Schweiz-Pfeiler». Seine Funktion gleicht derjenigen des EuGH als Höchstgericht des Binnenmarkts im «EU-Pfeiler». Hier dominiert naturgemäss eine supranationale Perspektive. Die konsequente Anlehnung an die Praxis des EuGH – noch nie bejahte das Bundesgericht «triftige Gründe», um von der Praxis des EuGH abzuweichen – stellt die Einheitlichkeit des Rechts sicher.<sup>26</sup> Aus dieser Warte beruht die Begründung des Vorrangs der bilateralen Abkommen auf einer nachvollziehbaren Logik: Die Schweiz beteiligt sich sektoriell mitgliedstaatsähnlich am Recht der EU. Es ist ein kleiner Schritt, in Analogie zum EU-Recht einen strikten Vorrang einzufordern und auf diese Weise das gute Funktionieren der Abkommen zu sichern. Es überrascht nicht, dass das Bundesgericht dabei – ergänzend zu weiteren Erwägungen (demokratische Legitimation durch Annahme in einer Volksabstimmung, Garantie des Rechtsschutzes) – auf die EuGH-Urteile van Gend en Loos und Costa/Enel Bezug nimmt, mit denen der EuGH den Boden gelegt hat für den Siegeszug des Vorrangs des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts und seine Konstitutionalisierung.

---

<sup>24</sup> EPINEY, EU-Grundrechte, *passim*; OESCH, Schweiz-EU, N 78; Bericht des Bundesrates zu pekuniären Verwaltungsanktionen vom 23. Februar 2022 (in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018), BBl 2022 776 ff., Ziff. 3.6.

<sup>25</sup> OESCH, Grundrechte, S. 193.

<sup>26</sup> S. zu derlei «triftigen Gründen» BGE 136 II 5 E. 3.4; BGE 142 II 35 E. 3; zur einheitlichen Auslegung der bilateralen Abkommen VISCHER, Auslegung, S. 8 ff.; OESCH, EuGH, N 93 ff., und die dort zitierte Praxis und Literatur.

Zum anderen agiert das Bundesgericht als nationales Höchstgericht. Es bildet das Scharnier zwischen dem bilateralen *Acquis* und dem innerstaatlichen Recht. Hier geht es auch um eine spezifisch schweizerische Sicht. Diese Perspektive hat das Bundesgericht in seiner Vorrangrechtsprechung – zugegeben ein heikles Terrain – bis anhin nicht thematisiert. In dieser Funktion gleicht seine Rolle derjenigen der mitgliedstaatlichen (Verfassungs-)Gerichte, welche den unbedingten Vorrang des EU-Rechts und das Letztentscheidungsrecht des EuGH über seine Geltung und Auslegung zwar grossherzig, wenngleich nicht grenzenlos respektieren.<sup>27</sup> In der einen oder anderen Form wird dieser Vorrang in den meisten Mitgliedstaaten nur unter der Bedingung akzeptiert, dass das EU-Recht einen unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz gewährleistet (Grundrechtskontrolle), dass die Unionsorgane gestützt auf bestehende Kompetenzen handeln (Ultra vires-Kontrolle) und dass das EU-Recht die Identität der nationalen Verfassung (bzw. zumindest deren grundlegenden Gehalt) respektiert (Identitätskontrolle). Damit behalten die Mitgliedstaaten als «Herren der Verträge»<sup>28</sup> das letzte Wort über die Geltung und Wirkung des EU-Rechts im nationalen Kontext. Diverse nationale Gerichte haben nicht davor zurückgeschreckt, die Unvereinbarkeit eines unionalen Rechtsaktes oder eines Urteils des EuGH mit verfassungsrechtlichen Vorgaben festzustellen. Dazu gehören längst nicht nur das umstrittene Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts von 2020 zum Staatsanleihekaufprogramm der Europäischen Zentralbank und das unheilvolle Urteil des polnischen Verfassungsgerichts von 2021 zur fehlenden Kompetenz des EuGH zur Auslegung der EU-Verträge in Bezug auf die Unabhängigkeit der nationalen Gerichte.<sup>29</sup>

Erschwerend kommt für das Bundesgericht hinzu, dass es nicht Teil des unionalen Rechtssprechungsverbands ist.<sup>30</sup> In der EU steht mit dem Vorabentscheidungsverfahren ein Mechanismus zur Verfügung, mit dem die nationalen Gerichte den EuGH mit Auslegungs- und Gültigkeitsfragen befassen können. Dieses Verfahren trägt wesentlich zu einer formalisierten Kooperation und – im Idealfall – zu einem fruchtbaren Dialog zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten bei, welche gemeinsam für die Wahrung des Rechts in der EU verantwortlich sind. Letztere sind «juges de <droit commun> de l'ordre juridique de l'Union»<sup>31</sup> bzw. «agents of the Community order (...) as *de facto* Community judges».<sup>32</sup> Sie sind gut beraten, dem EuGH vor der offenen Konfrontation Gelegenheit zu geben, sich zu einem umstrittenen Rechtsakt oder Urteil zu äussern. Klugerweise erklären sie dem

---

<sup>27</sup> S. zum Ganzen MAYER/WENDEL, N 14 ff., 298 ff.; CRAIG/DE BÚRCA, S. 328 ff. – Auch der liechtensteinische Staatsgerichtshof hat sich hierzu geäußert: Das EWR-Recht inkl. seiner Auslegung durch den EFTA-Gerichtshof ist nicht anwendbar, wenn es gegen «Grundprinzipien und Kerngehalte der Grundrechte der Landesverfassung» verstösst, StGH/LI 2013/196, E. 2.5.1.

<sup>28</sup> BVerfGE 89, 155 (190, 199) – Maastricht.

<sup>29</sup> S. dazu OESCH, EuGH, N 61 f.; für weitere neuere Rechtsprechung und Literatur zur Vorrangfrage in den Mitgliedstaaten VISCHER, Auslegung, Fn. 104.

<sup>30</sup> S. zu diesem Verbundbegriff BVerfGE 140, 317 – Identitätskontrolle.

<sup>31</sup> EuGH, 8. März 2011, Gutachten Patentgericht, 1/09, EU:C:2011:123, N 80.

<sup>32</sup> STONE SWEET, S. 925.

EuGH, aus welchen Gründen er eine von ihnen präferierte Lösung wählen soll, und formulieren einen Urteilsvorschlag.<sup>33</sup> Nötigenfalls kann der EuGH auch mehrmals mit einer Auslegungsfrage befasst werden. Der EuGH tut gut daran, auf die Sensibilitäten der nationalen Gerichte Rücksicht zu nehmen und ihre Einwände gegen mutmasslich ausbrechende EU-Rechtsakte und allzu integrationsfreundliche eigene Urteile ernst zu nehmen.<sup>34</sup> Bei diesem Prozess der gemeinsamen judikativen Rechtsfindung bleibt das Bundesgericht aussen vor. Es hat keinen Zugang zum EuGH.<sup>35</sup> Vorschläge, dem Bundesgericht ein Recht einzuräumen, den EuGH auf dem Weg der Vorabentscheidung mit Auslegungsfragen zu befragen, wurden nicht weiterverfolgt. Das ist bedauerlich – und wird weiter unten nochmals aufgenommen.

\*

Damit kommen wir zur zentralen Frage dieses Beitrags: Soll der Vorrang menschen- oder freizügigkeitsrechtlicher Verpflichtungen – wie vom Bundesgericht suggeriert – unbedingt wirken oder soll es mit Blick auf die bilateralen Abkommen möglich sein, in Ausnahmefällen den Vorrang zu verneinen und die schweizerische Norm anzuwenden?

Das bundesgerichtliche Diktum, wonach bei solchen Verpflichtungen kein Raum für eine Schubert-Ausnahme besteht, verdient *im Grundsatz* zwar durchaus Zustimmung. Dies gilt nicht nur für die weitem etablierte PKK-Gegenausnahme, sondern auch für die deutlich weniger gefestigte FZA-Gegenausnahme. Es wäre schlicht unsinnig gewesen, die Masseneinwanderungsinitiative (Art. 121a BV) durch die Einführung jährlicher Höchstzahlen und eines Schweizervorrangs auf dem Arbeitsmarkt umzusetzen. Entweder ist die Schweiz bereit und willens, die Freizügigkeit «auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen» (Präambel zum FZA), oder sie nimmt davon Abstand und kündigt das Abkommen. Alles andere wäre unredlich und auch nicht praktikabel. Die Masseneinwanderungsinitiative war ein Frontalangriff auf die Personenfreizügigkeit mit der EU; dabei ging es nicht «nur» um eine punktuelle Abweichung, welche für die Schweiz zwar wichtig war, das gute Funktionieren der Personenfreizügigkeit aber nicht in Frage stellte. Die Zustimmung zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung – Vorrang

---

<sup>33</sup> Art. 107 Abs. 2 der Verfahrensordnung des EuGH ermuntert nationale Gerichte ausdrücklich, im Eilvorabentscheidungsverfahren darzulegen, welche Antwort sie auf die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen vorschlagen.

<sup>34</sup> So kam der EuGH der italienischen Corte costituzionale in einer Streitsache um Verjährungsfristen bei Mehrwertsteuerdelikten entgegen, nachdem die Corte angekündigt hatte, ein EuGH-Urteil nicht umzusetzen, weil es gegen die italienische Verfassung versties; dazu BONELLI, *passim*.

<sup>35</sup> Immerhin treffen sich die Richterinnen und Richter des BGer und des EuGH regelmässig, um aktuelle Rechtsthemen zu besprechen, Bundesgericht, Geschäftsbericht 2022, S. 14, <[www.bger.ch](http://www.bger.ch)> und Link zu Publikationen. Spezielle Vorschriften ermöglichen der Schweiz zudem – wobei hier die Bundesverwaltung im Lead ist, nicht das BGer – die Eingabe von Stellungnahmen in Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, bei denen es um die Auslegung von EU-Recht geht, das aufgrund der Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen oder des Lugano-Übereinkommens auch für die Schweiz einschlägig ist, s. dazu OESCH, EuGH, N 85 ff.



des Völkerrechts, Schubert-Ausnahme, PKK- und FZA-Gegenausnahmen – bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass es nicht auch Konstellationen geben mag, bei denen ein strikter Vorrang menschen- oder freizügigkeitsrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz *ausnahmsweise* nicht sachgerecht ist. Praxis und Lehre sind gut beraten, hier eine Hintertüre offen zu lassen.<sup>36</sup> Dies gilt umso mehr mit Blick darauf, dass die Reichweite der PKK- und FZA-Gegenausnahmen bei den bilateralen Abkommen wie oben skizziert nicht geklärt ist und potentiell durchaus weit gefasst werden mag.

Die von den (Verfassungs-)Gerichten in den EU-Mitgliedstaaten entwickelten Prüfvorbehalte der Grundrechtskontrolle, der Ultra vires-Kontrolle und der Identitätskontrolle mögen *mutatis mutandis* auch für die Schweiz als Inspirationsquelle dienen. Es wäre merkwürdig, wenn die EU-Mitgliedstaaten die Reissleine ziehen, sofern Produkte der unionalen Gesetzgebungsmaschinerie oder Gerichtsbarkeit verfassungsrechtlich indizierte rote Linien überschreiten, nicht aber ein Drittstaat wie die Schweiz.<sup>37</sup>

Bei der Grundrechtskontrolle steht in der Schweiz mutmasslich die Vereinbarkeit von abkommensrelevanten EU-Rechtsakten und EuGH-Urteilen mit der EMRK im Vordergrund. Auch der Grundrechtsschutz in der EU beruht zwar massgeblich auf der EMRK und der Sprechpraxis des EGMR (vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 53 GRC).<sup>38</sup> Gleichwohl ist nicht ausgeschlossen, dass es hier in Einzelfällen zu Divergenzen kommt, womit sich für die Schweiz die Frage stellt, welcher Grundrechtsinstanz das letzte Wort gehört: Strassburg oder Luxemburg? Weiter ist denkbar, den Vorrang eines EU-Rechtsaktes oder EuGH-Urteils zu durchbrechen, sofern andernfalls gegen den Kerngehalt eines Grundrechts verstossen würde.<sup>39</sup> Der Bundesrat vertrat diese Auffassung in der Botschaft zum EWR-Beitritt von 1992; demnach hätte das EWR-Recht ausnahmsweise keinen Vorrang beanspruchen können, «wo Grundprinzipien und Kerngehalte der Grundrechte tangiert sind.»<sup>40</sup>

Die Ultra vires-Kontrolle zielt in der Schweiz primär auf EuGH-Urteile, welche das EU-Recht konkretisieren und weiterentwickeln und dabei reflexartig auch für den bilateralen

---

<sup>36</sup> Vgl. dazu auch BESSON, CR Cst., Art. 5 N 198.

<sup>37</sup> Vgl. dazu auch VISCHER, Auslegung, S. 33.

<sup>38</sup> HALTERN, N 1487, 1647 ff., 1741; CRAIG/DE BÚRCA, S. 424 ff., 454 ff.

<sup>39</sup> S. dazu etwa COTTIER/HERTIG, S. 23; LOOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 190 N 46; TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 98, alle betr. der Einschränkung des Vorrangs von Völkerrecht im Allg.

<sup>40</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18. Mai 1992, BBl 1992 IV 1 ff., S. 91 f.; s. auch Bericht des Bundesrates zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010 (in Erfüllung der Postulate 07.3764 RK-SR vom 16. Oktober 2007 und 08.3765 SPK-NR vom 20. November 2008), BBl 2010 2263 ff., S. 2309 f., 2322; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)», BBl 2017 5355 ff., S. 5372. – Der liechtensteinische Staatsgerichtshof hat den Vorrang der «Kerngehalte der Grundrechte der Landesverfassung» gegenüber dem EWR-Recht ausdrücklich bejaht, zit. oben Fn. 27.

*Acquis* einschlägig sind. So mag die Schweiz ausnahmsweise davon absehen, einem Urteil Folge zu leisten, sofern der EuGH offensichtlich ausserhalb seiner EU-rechtlich abgesteckten Kompetenzen handelt. In Anlehnung an die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts hat der EuGH dabei einen «Anspruch auf Fehlertoleranz»; ein Urteil, das *ultra vires* zu qualifizieren ist, muss «schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar» sein.<sup>41</sup> Das Bundesgericht verfolgt bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zurzeit zwei andere Strategien, um von unliebsamen Praktiken des EuGH abzuweichen. Zum einen ist es beim Vorliegen «triftiger Gründe» weiterhin möglich, EuGH-Urteile, welche nach der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangen sind, nicht zu beachten.<sup>42</sup> Bis heute fehlt ein Präjudiz zur Frage, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit derlei «triftige Gründe» vorliegen. Sie sind auf alle Fälle «nicht leichthin» anzunehmen.<sup>43</sup> Das Bundesgericht hat immerhin klargestellt, dass die Annahme einer nicht direkt anwendbaren Verfassungsbestimmung – *in casu*: der Masseneinwanderungsinitiative (Art. 121a BV) – durch Volk und Stände nicht ausreicht, um bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens von der etablierten EuGH-Praxis abzuweichen.<sup>44</sup> Zum anderen legt das Bundesgericht das Freizügigkeitsabkommen bei Landesverweisungen «strafrechtlich» nicht im Einklang zur EuGH-Praxis im EU-Recht aus.<sup>45</sup> Auf diese Weise kommt es umhin, die grosszügige Ausschaffungspraxis der Schweiz als Durchbrechung der strikten Vorrangregel zu betiteln und eine Begründung hierfür entwickeln zu müssen. Im Gegensatz zur Befolgung von EuGH-Urteilen scheint die *Ultra vires*-Kontrolle bei der Übernahme von neuen EU-Rechtsakten in den bilateralen *Acquis* kaum einschlägig. Die Vertragsparteien entscheiden gemäss den jeweils geltenden verfassungsrechtlichen Vorgaben über Weiterentwicklungen. Sie sind frei, eine Übernahme abzulehnen. So weigert sich die Schweiz bis anhin standhaft, Hand zu bieten für die Übernahme der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG, weil damit eine sachfremde Ausdehnung der Freizügigkeitsrechte einherginge.

Die Identitätskontrolle nimmt die Forderung auf, wonach der strikte Vorrang menschen- oder freizügigkeitsrechtlicher Verpflichtungen ausnahmsweise durchbrochen werden soll,

---

<sup>41</sup> BVerfGE 126, 286 (307) – Honeywell; BVerfGE 142, 123 (201) – OMT-Programm; BVerfGE 154, 17 (92, 94) – PSPP.

<sup>42</sup> BGE 136 II 5 E. 3.4; BGE 142 II 35 E. 3.

<sup>43</sup> Ebd. – Zumindest in die Nähe eines *Ultra vires*-Befunds kam das Bezirksgericht Bülach in einem Urteil vom 2. Februar 2016 (FV150044-C/U AB/ad). Es folgte bei der Auslegung des Luftverkehrsabkommens und der darin referenzierten Fluggastrechteverordnung Nr. 261/2004 dem EuGH-Urteil *Sturgeon* (C-402/07, 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, wie erwähnt, mangels echter Gesetzeslücke vorliegend kein Raum bleibt», ebd., E. 4.2.14; dazu PROBST, *passim*.

<sup>44</sup> BGE 142 II 35 E. 3.2.

<sup>45</sup> BGE 145 IV 364 E. 3.2; s. dazu oben.

wenn andernfalls verfassungsrechtliche Grundprinzipien verletzt würden.<sup>46</sup> Der Bundesrat hat einen solchen Vorbehalt mit Blick auf den geplanten EWR-Beitritt 1992 vorgeschlagen.<sup>47</sup> Es ist schwierig, die dabei im Vordergrund stehenden Grundprinzipien konkret zu benennen. Das deutsche Bundesverfassungsgericht nimmt bei der Umschreibung der Identitätskontrolle auf die Ewigkeitsklausel gemäss Art. 79 Abs. 3 GG Bezug; es geht mithin um «die Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte (...) ebenso wie die Grundsätze, die das Demokratie-, Rechts-, Sozial- und Bundesstaatsprinzip (...) prägen.»<sup>48</sup>

In Ergänzung zu diesen im unionalen Mehrebenensystem entwickelten Prüfvorbehalten stellt sich die Frage, ob es dem Gesetz- und Verfassungsgeber in der Schweiz auch aus weiteren Gründen möglich sein soll, etwa bei der Freizügigkeit mit der EU punktuell *en toute connaissance de cause* von einer bilateralrechtlichen Verpflichtung abzuweichen. Es ist – wie erwähnt – zwar gut nachvollziehbar, keine Gegenausnahmen zur Schubert-Ausnahme zuzulassen, sofern andernfalls das gute Funktionieren des Freizügigkeitsabkommens insgesamt in Frage gestellt würde. Soweit dieses Risiko aber nicht besteht, mag es durchaus Konstellationen geben, in denen das Bundesgericht einen demokratisch hinlänglich legitimierten Entscheid respektieren und ausnahmsweise von der strikten Vorrangregel Abstand nehmen soll. Die Schweiz ist und bleibt ein Drittstaat. Sie kann sich bei der Vorbereitung neuer EU-Rechtsakte, welche auch für das bilaterale Recht bedeutsam sind, zwar aktiv beteiligen (*decision shaping*); über ein Stimmrecht verfügt sie aber nicht. Die Möglichkeit, das europäische Recht nicht blindlings zu respektieren, sondern reflektiert und dabei ganz punktuell auszuscheren, mag dazu dienen, das Vertrauen in die Teilnahme der Schweiz am europäischen Integrationsprozess zu stärken. 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.<sup>49</sup>

\*

Die EU kritisiert seit 2008, dass «das derzeitige System der bilateralen Abkommen (...) komplex und schwer zu handhaben ist und eindeutig an seine Grenzen stösst».<sup>50</sup> Sie verlangt von der Schweiz, Hand zur Schaffung neuer institutioneller Regeln zu bieten, um die nötige Homogenität in der Rechtsanwendung und Weiterentwicklung sicherzustellen.

---

<sup>46</sup> S. dazu COTTIER/HERTIG, S. 23; LOOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 190 N 46; MARTENET, CR Cst., Art. 190 N 74; TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 98, alle betr. der Einschränkung des Vorrangs von Völkerrecht im Allg.

<sup>47</sup> S. oben Fn. 40. Auch der liechtensteinische Staatsgerichtshof hat den Vorrang der «Grundprinzipien der Landesverfassung» gegenüber dem EWR-Recht ausdrücklich bejaht, s. oben Fn. 27.

<sup>48</sup> BVerfGE 142, 123 (195) – OMT-Programm; BVerfGE 154, 17 (94) – PSPP.

<sup>49</sup> VISCHER, Abwege, *passim*. Es wäre zudem merkwürdig, wenn die Schweiz *de lege ferenda* von einem Urteil eines Schiedsgerichts abweichen könnte (s. dazu auch unten), ein solches Vorgehen *de lege lata* aber kategorisch ausgeschlossen sein soll.

<sup>50</sup> Schlussfolgerungen des Rates vom 14. Dezember 2010, N 48; s. zum Ganzen MÜLLER, *passim*.

Ein erster Verhandlungszyklus 2014-2021 wurde erfolglos abgebrochen. Im März 2024 haben der Bundesrat und die Europäische Kommission einen neuen Anlauf genommen. Als Grundlage für die laufenden Verhandlungen dient ein *Common Understanding*, in dem sich der Bundesrat und die Europäische Kommission auf Eckwerte geeinigt haben. Einleitend wird ausgeführt:

*«The European Commission and Switzerland share the objective to consolidate and develop the EU and Switzerland's comprehensive partnership to its full potential by placing their relations on a better footing, establishing legal certainty, ensuring a level playing field for their citizens and economic operators, establishing a uniformity of approach in the fields of the internal market in which Switzerland participates, while respecting the basic principles of their respective legal orders. The competence of the Swiss Federal Court and all other Swiss courts as well as of the Member States' courts and the Court of Justice of the EU to interpret the agreements in individual cases is preserved.»<sup>51</sup>*

Die geplanten institutionellen Regeln betreffen die in diesem Beitrag aufgeworfene Vorrangthematik potentiell in zweierlei Hinsicht. Zum einen ist vorgesehen, dass die Abkommen und die darin referenzierten EU-Rechtsakte in den Bereichen des Binnenmarktes, an denen die Schweiz teilnimmt, einheitlich («uniformly») ausgelegt und angewendet werden, im Einklang mit den Prinzipien des Völkerrechts.<sup>52</sup> Soweit ihre Anwendung unionsrechtliche Konzepte impliziert, soll die Rechtsprechung des EuGH einschlägig sein. Dies gilt für die vor und – eine gewichtige Novellierung! – nach der Unterzeichnung des betreffenden Abkommens ergangene Rechtsprechung. Die Reichweite dieser Bestimmung ist unklar.<sup>53</sup> Mit Blick auf den Wortlaut scheint sie die Behörden schlicht anzuweisen, die EuGH-Praxis in den Bereichen der Binnenmarktteilnahme der Schweiz ohne weitere Erwägungen auf das bilaterale Verhältnis zu übertragen; etwas anderes kommt nicht in Frage. Eine differenzierte Lesart mag nahelegen, dass es auch in Zukunft Konstellationen gibt, in denen eine automatische Übernahme der EuGH-Praxis zum Binnenmarktrecht für das bilaterale Recht nicht stimmig ist.<sup>54</sup> Die «Übersetzungsarbeit», d.h. die Bestimmung der Bedeutung der EuGH-Praxis zum Binnenmarktrecht für das bilaterale Verhältnis (Polydor), bleibt nach diesem Verständnis weiterhin eine zentrale Aufgabe der Behörden. Bedeutsam ist, dass qua bilateralrechtlicher Anordnung neu auch die jüngere EuGH-Praxis für die Schweiz ver-

---

<sup>51</sup> *Common Understanding* vom 15. Dezember 2023, S. 1; s. auch Bericht des Bundesrates zu den exploratorischen Gesprächen zwischen der Schweiz und der EU zur Stabilisierung und Weiterentwicklung ihrer Beziehungen vom 15. Dezember 2023; beide Dokumente sind abrufbar unter <[www.eda.admin.ch/europa/de/home.html](http://www.eda.admin.ch/europa/de/home.html)>.

<sup>52</sup> *Common Understanding* (Fn. 51), N 8.

<sup>53</sup> S. zum Ganzen VISCHER, Auslegung, *passim*, der fordert, die Reichweite einer solchen Homogenitätsklausel zu klären und dabei eine Formulierung zu wählen, welche der Schweiz einen hinlänglichen Spielraum bei der Auslegung belässt; vgl. zur damit verwandten, gleichermassen konkretisierungsbedürftigen Verpflichtung eines Schiedsgerichts, bei der Auslegung unionsrechtlicher Konzepte den EuGH anzurufen, OESCH, EuGH, N 142, ebenfalls mit Verbesserungsvorschlägen.

<sup>54</sup> S. etwa COTTIER, S. 351 f., wonach eine solche Neuerung keine wesentliche Änderung der aktuellen Praxis zur Folge hätte (noch zur entsprechenden – praktisch gleich formulierten – Bestimmung im Entwurf für ein institutionelles Abkommen von 2018).

bindlich wäre und sie etwa im Bereich der Personenfreizügigkeit – sowie gegebenenfalls auch weiterer Abkommen? – damit von der strikten Vorrangregel des Bundesgerichts erfasst würde.

Zum anderen verhandeln die EU und die Schweiz über die Einrichtung eines gerichtsförmigen Streitbeilegungsmechanismus. Sie haben sich im *Common Understanding* darauf verständigt, das bereits im Entwurf für ein institutionelles Abkommen von 2018 vorgesehene Verfahren weiterzuverfolgen.<sup>55</sup> Sofern die Schweiz und die EU uneins sind über die Auslegung eines Abkommens und im Gemischten Ausschuss keine Lösung finden, kann jede Partei die Einsetzung eines paritätisch zusammengesetzten Schiedsgerichts verlangen. Bei der Auslegung von Konzepten des EU-Rechts muss das Schiedsgericht den EuGH anrufen, dessen Vorgaben für das Schiedsgericht verbindlich sind. Im Anschluss daran entscheidet das Schiedsgericht den Streitfall. Die unterlegene Partei ist verpflichtet, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um dem Schiedsspruch Folge zu leisten. Sofern sie dies nicht tut, kann die obsiegende Partei Ausgleichsmassnahmen ergreifen (wobei ein solches Ausscheren klarerweise nur ganz ausnahmsweise opportun sein mag; das gute Funktionieren des Binnenmarktes bedingt, dass das Recht und seine Auslegung durch die Gerichte respektiert werden). Es ist offen, wer in der Schweiz darüber befinden mag, ein Urteil eines Schiedsgerichts nicht zu respektieren, und die schlechte Botschaft nach Den Haag (dem Sitz des Büros des Ständigen Schiedshofs, welches bei einem solchen Schiedsgerichtsverfahren mutmasslich die Aufgaben einer Kanzlei übernimmt und die erforderlichen Sekretariatsdienstleistungen erbringt) und Brüssel übermittelt. Braucht es hierfür einen ausdrücklichen Entscheid des Bundesgesetzgebers, und zwar in der Form eines referendumsfähigen Bundesbeschlusses? Klar ist, dass das Bundesgericht seine strikte Vorrangregel zum Freizügigkeitsabkommen weiterentwickeln müsste; andernfalls wären die rechtsanwendenden Behörden verpflichtet, ein Urteil eines Schiedsgerichts gleichwohl anzuwenden.

Der avisierte Abschluss neuer institutioneller Regeln würde einen qualitativen Integrations-schritt bedeuten. Kurzfristig wird es um die Konsolidierung der bestehenden Abkommen und die punktuelle Weiterentwicklung in ausgewählten Sektoren gehen; hier steht ein Stromabkommen im Vordergrund. Mittelfristig könnten weitere Binnenmarkt-Abkommen dazukommen, etwa im Dienstleistungsbereich. Auch dürfte die EU die Modernisierung des Freihandelsabkommens von 1972 wieder aufs Tapet bringen. Die Bedeutung und Wirkmacht des bilateralen Vertragswerks und damit des EU-Rechts in der Schweiz werden weiter zunehmen. Damit wird auch die Rangfrage nochmals an Schärfe gewinnen. Umso bedauerlicher ist, dass in den Verhandlungen nicht zur Debatte steht, das Bundesgericht in den unionalen Rechtsprechungsverbund zu integrieren. Es wäre mit Blick auf die strikte Vorrangregel des Bundesgerichts und die nun avisierte Verpflichtung, auch jüngere EuGH-Urteile zu befolgen, naheliegend, dem Bundesgericht ein Recht einzuräumen, den EuGH auf dem Weg der Vorabentscheidung mit Auslegungsfragen zu befassen.<sup>56</sup> Auf diese Weise

---

<sup>55</sup> *Common Understanding* (Fn. 51), N 10, 12.

<sup>56</sup> Ähnlich wie hier DE SÉPIBUS, N 56.

würde es in die Lage versetzt, dem EuGH eine aus Sicht der Schweiz präferierte Auslegung vorzuschlagen und die Rechtsentwicklung aktiv mitzugestalten. Es könnte den EuGH um eine Neubeurteilung einer nicht überzeugenden Praxis ersuchen. Das geplante Streitbeilegungsverfahren würde entlastet: Mit einem Vorlagerecht des Bundesgerichts läge es zuvörderst am Bundesgericht, dem EuGH im Rahmen eines konkreten Rechtsstreits Fragen zur Auslegung des EU-Rechts vorzulegen, und nicht einem Schiedsgericht im Rahmen eines zwischenstaatlichen Verfahrens.<sup>57</sup> Ein Seitenblick auf Übereinkommen der EU mit anderen Drittstaaten zeigt, dass es durchaus Vorbilder für eine solche Regelung gibt.<sup>58</sup>

\*

Die Herausforderung, die Wirkmacht der bilateralen Abkommen im innerstaatlichen Recht zu bestimmen, legt wie durch ein Brennglas gebündelt das janusköpfige Naturell dieser Abkommen offen: Materiell ist die Schweiz in ausgewählten Bereichen mitgliedstaatsähnlich in den Binnenmarkt und weitere Politikbereiche der EU integriert. Das EU-Recht wird auf das Verhältnis zur Schweiz ausgedehnt. Es ist naheliegend, die Regeln und Praktiken in den Blick zu nehmen, die in der EU zur Vorrangfrage entwickelt wurden. Institutionell bleibt die Schweiz allerdings weiterhin aussen vor. Sie hat zur Rechtsetzungsmaschinerie in Brüssel und Strassburg – abgesehen von Mitgestaltungsrechten bei der Erarbeitung neuer EU-Rechtsakte (*decision shaping*) – keinen Zugang. Das Bundesgericht ist nicht Teil des unionalen Rechtsprechungsverbands. Die Schweiz ist und bleibt ein Drittstaat. Aus dieser Warte ist eine allzu starre Gleichschaltung mit den Regeln und Praktiken zum Vorrang in der EU kaum sachgerecht.

Das Bundesgericht dürfte gut beraten sein, eine rigide Hierarchisierung zu vermeiden und die Türe für kontextbedingte Ausnahmen von allgemein formulierten Prinzipien – wie einem *im Grundsatz* vorzugswürdigen Vorrang der bilateralen Abkommen – einen Spalt weit offen zu lassen.<sup>59</sup> Dies gilt insbesondere bei freizügigkeitsrechtlichen Verpflichtungen. Voraussetzung dafür ist, dass die am politischen Prozess beteiligten Akteurinnen und Akteure einen solchen Spielraum verantwortungsvoll und mit Augenmass nutzen – und dass die von Regina Kiener und Melanie Krüsi eingangs zitierte Mutmassung zutrifft: «Nicht unterschätzt werden sollte die *politische Vernunft der Bürgerinnen und Bürger*.»<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> S. dazu auch ZÜND, *passim*.

<sup>58</sup> OESCH, EuGH, N 106.

<sup>59</sup> S. zur Forderung, keine schematischen, sondern situationsgerecht differenzierende Lösungsansätze zu wählen und eine starre Hierarchisierung zu vermeiden, BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 5 N 35, im Allg. zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht.

<sup>60</sup> KIENER/KRÜSI, S. 255.

## Literaturverzeichnis

- AMARELLE CESLA, *L'expulsion pénale dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral*, Jusletter 4. September 2023
- BIAGGINI GIOVANNI, Die «Immerhin liesse sich erwägen»-Erwägung im Urteil 2C\_716/2014: über ein problematisches höchstrichterliches obiter dictum, ZBl 117/2016, S. 169 f. (zit. BIAGGINI, Urteilsbesprechung)
- BIAGGINI GIOVANNI, *BV-Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, *BV-Kommentar*)
- BONELLI MATTEO, *The Taricco saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union*: CJEU, C-105/14 Ivo Taricco and others, ECLI:EU:C:2015:555; and C-42/17 M.A.S., M.B., ECLI:EU:C:2017:936 Italian Constitutional Court, Order no. 24/2017, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 25/2018, S. 357 ff.
- COTTIER THOMAS, Die Souveränität und das institutionelle Rahmenabkommen, SJZ 2019, S. 345 ff.
- COTTIER THOMAS et al., *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, Bern 2014
- COTTIER THOMAS/HERTIG MAYA, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen, in: Zimmerli Ulrich (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung: Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, BTJP 1999, Bern 2000, S. 1 ff.
- CRAIG PAUL/DE BÚRCA GRÁINNE, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 7. Aufl., Oxford 2020
- DE SÉPIBUS JOËLLE, Ein institutionelles Dach für die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union – Wie weiter?, Jusletter 14. Juli 2014
- EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. BEARBEITER/IN, *St. Galler Kommentar BV*, Art. ... N ...)
- EPINEY ASTRID, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: *Altermatt Bernhard/Casasus Gilbert (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963–2013*, Zürich 2013, S. 141 ff. (zit. EPINEY, *EU-Grundrechte*)
- EPINEY ASTRID, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, Jusletter 14. März 2016 (zit. EPINEY, *Auslegung*)
- EPINEY ASTRID, Strafrechtliche Landesverweisung und FZA, Jusletter 19. August 2019 (zit. EPINEY, *Landesverweisung*)
- EPINEY ASTRID, Ist die «Schubert-Rechtsprechung» noch aktuell? Zur Frage des Verhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht, AJP 2023, S. 699 ff. (zit. EPINEY, *Schubert*)
- FARGAHI BABAK/PRIULI VALERIO/DE WECK FANNY, Die ersten Urteile des Bundesgerichts zur Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB), Jusletter 15. April 2019
- GLASER ANDREAS/BRUNNER ARTHUR, Politik in der Defensive: Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rezeption der EuGH-Rechtsprechung, Jusletter 18. April 2016
- HALTERN ULRICH, *Europarecht: Dogmatik im Kontext*, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen 2017
- KELLER DAVID, Sonderfall Strafrecht? Erörterungen zum Verhältnis zwischen dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU und der obligatorischen Landesverweisung nach Art. 66a StGB, in: *Epiney Astrid/Zlătescu Petru Emanuel (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2019/2020*, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 607 ff.
- KIENER REGINA/KRÜSI MELANIE, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 110/2009, S. 237 ff.
- MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), *Commentaire romand: Constitution fédérale*, Basel 2021 (zit. BEARBEITER/IN, *CR Cst.*, Art. ... N ...)

- MAYER FRANZ C./WENDEL MATTIAS, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts, in: Hatje Armin/Müller-Graff Peter-Christian (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, EnzEuR Bd. 1, 2. Aufl., Baden-Baden 2022, S. 163 ff.
- MÜLLER ANDREAS TH./PRANTL JANINE, Europarecht: Schweiz – Europäische Union, SRIEL 2023, S. 463 ff.
- MÜLLER FELIX E., Kleine Geschichte des Rahmenabkommens, Basel 2020
- NAY GIUSEP, Vorrang Völkerrecht: kein obiter dictum, kein Meinungsaustausch, Jusletter 18. April 2016
- OBERHOLZER NIKLAUS, Landesverweisung – aktueller Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZBJV 156/2020, S. 227 ff.
- OESCH MATTHIAS, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz-EU: Zur Auslegung der bilateralen Verträge, ZBl 115/2014, S. 171 ff. (zit. OESCH, Grundrechte)
- OESCH MATTHIAS, Urteilsbesprechung, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 26. November 2015, 2C\_716/2014, ZBl 117/2016, S. 197 ff. (zit. OESCH, Urteilsbesprechung)
- OESCH MATTHIAS, Schweiz-Europäische Union, Zürich 2020 (zit. OESCH, Schweiz-EU)
- OESCH MATTHIAS, Der EuGH und die Schweiz, Zürich 2023 (zit. OESCH, EuGH)
- PROBST THOMAS, Die Rechte des Flugzeugpassagiers – oder – «Wenn einer im verspäteten Flugzeug sitzt, dann kann er was erleben...», in: Emmenegger Susan et al. (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, S. 763 ff.
- PROGIN-THEUERKAUF SARAH, Expulsion pénale et ALCP, ZSR 139/2020 I, S. 35 ff.
- SCHÜRER STEFAN, Hat die PKK-Rechtsprechung die Schubert-Praxis relativiert?, ZBl 116/2015, S. 115 ff.
- SPESCHA MARC et al. (Hrsg.), Migrationsrecht Kommentar, 5. Aufl., Zürich 2019 (zit. BEARBEITER/IN, Kommentar Migrationsrecht, Erlass)
- STONE SWEET ALEC, The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority, German Law Journal 8/2007, S. 915 ff.
- VISCHER BENEDICT, 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](http://www.verfassungsblog.de)> (zit. VISCHER, Abwege)
- VISCHER BENEDICT, Einheitliche Auslegung im bilateralen Recht, Zürich 2023 (zit. VISCHER, Auslegung)
- ZÜND ANDREAS, Gastkommentar: Das Bundesgericht verliert seine Bedeutung, St.Galler Tagblatt vom 23. März 2019



Herausgegeben von  
Arthur Brunner  
Anja Martina Josuran-Binder  
Patrice Martin Zumsteg

# Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener



DIKE 

Arthur Brunner  
Anja Martina Josuran-Binder  
Patrice Martin Zumsteg  
(Hrsg.)

# Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener



© Valérie Chételat

Herausgegeben von  
Arthur Brunner  
Anja Martina Josuran-Binder  
Patrice Martin Zumsteg

# Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener

DIKE 

Open-Access-Gold  
Open Access-Finanzierung durch die ZHAW Zürcher Hochschule  
für angewandte Wissenschaften.

Publiziert von:  
**Dike Verlag**  
Weinbergstrasse 41  
CH-8006 Zürich  
info@dike.ch  
www.dike.ch

Text © bei den Autorinnen und Autoren der Beiträge 2025

ISBN (Hardback): 978-3-03891-783-0  
ISBN (PDF): 978-3-03929-070-3

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-070-3>



Dieses Werk ist lizenziert unter  
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.

