

EU-Grundrechte, der EuGH und die Schweiz

MATTHIAS OESCH/TOBIAS NAEF*

Schlagwörter: Grundrechte, Grundrechtecharta, EU-Recht, EuGH, EMRK, bilaterale Abkommen, Dublin, Rechtsvergleichung, autonomer Nachvollzug, Datenschutz, Finanzmarktrecht

A. Einleitung

Der Grundrechtsschutz in der EU hat eine eindruckliche Entwicklung durchlaufen. In den 1960^{er} Jahren begann der EuGH, Grundrechte als ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze anzuerkennen.¹ Dabei stützt er sich seit jeher auf die Methode der wertenden Rechtsvergleichung. Im Vordergrund stehen die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten; auch die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR dienen als wichtige Orientierungshilfe. Seit November 2009, d.h. seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, ist die Grundrechtecharta (GRCh) für die Organe der EU und für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von EU-Recht verbindlich (Art. 6 Abs. 1 EUV, Art. 51 Abs. 1 GRCh). Sie bezweckt, «den Schutz der Grundrechte zu stärken, indem sie in einer Charta sichtbar gemacht werden» (Präambel). Auch die Grundrechtecharta orientiert sich an der EMRK und übernimmt entsprechende Rechte teilweise wörtlich. Soweit vorhanden kodifiziert sie die Praxis des EuGH zu den ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Sie gewährt weitere innovative Rechte und Grundsätze. Damit existiert im EU-Recht ein hochwertiger Grundrechtsschutz, der mit nationalen Schutzordnungen vergleichbar ist. Dies ist insbesondere auch der Verdienst des EuGH. Er hat in den letzten Jahren bewiesen, dass er den Grundrechtsschutz ernst nimmt und nicht zögert, EU-Recht

* Professor an der Universität Zürich; wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der Universität Zürich. Praxis und Lehre sind bis Ende 2016 berücksichtigt. Wir danken Prof. Franca Contratto, Dr. Sandra Husi und Catherine Kropf für ihre kritischen Zu- und Widersprüche zu einzelnen Teilen.

1 Urteil Stauder, 29/69, EU:C:1969:57, Rz. 1–7; THOMAS OPPERMANN/CLAUS DIETER CLASSEN/MARTIN NETTESHEIM, *Europarecht*, 6. Aufl., 2014, § 17 Rz. 1–6; ARMIN HATJE, in: Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl., 2012, Art. 6 EUV Rz. 21–31; MATTHIAS OESCH, *Europarecht*, Band I: Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU, 2015, Rz. 694–736.

grundrechtskonform auszulegen sowie grundrechtswidrige Rechtsakte ungültig zu erklären.² Besonders sensible Bereiche, in denen der EuGH sein Grundrechtsbewusstsein unter Beweis gestellt hat, betreffen die Terrorismusbekämpfung (Urteil Kadi von 2008), die Gleichheit von Mann und Frau (Urteil Association Belge des Consommateurs Test-Achats von 2011), das Asylrecht (Urteil N.S. von 2011) und den Datenschutz (Urteile Google und Vorratsdatenspeicherung von 2014, Urteil Schrems von 2015).³ Diese *leading cases* haben wesentlich zur Profilierung des EuGH auch als Grundrechtsgerichtshof beigetragen.

Vor diesem Hintergrund interessiert die Frage: Welche Bedeutung spielt der Grundrechtsschutz der EU in der Schweiz? Welche Rolle nehmen EuGH-Urteile ein? Auf den ersten Blick scheint die Antwort klar: Die unionalen Grundrechte sind nicht einschlägig. Das sei EU-Recht, so lautet die gängige Antwort, und damit «fremdes Recht». Dieser Beitrag vertritt demgegenüber die These, dass die unionalen Grundrechte auch in der Schweiz eine bedeutsame Rolle spielen. Ein Beachtungsgebot gilt bei der Auslegung von bilateralen Verträgen, welche auf EU-Recht beruhen; Art. 3 der Dublin III-Verordnung verweist sogar direkt auf Art. 4 GRCh (B). Die unionalen Grundrechte wirken 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 auch grundrechtlich bedeutsame Weichenstellungen (C). Ein Epilog rundet die Ausführungen ab (D). Dieser Beitrag zeigt, wie die Grundrechtspraxis in der EU das schweizerische Recht mitunter erheblich beeinflusst. Er veranschaulicht, welche Rolle EuGH-Urteile spielen. Damit trägt dieser Beitrag auch zur Diskussion über den grundrechtlichen Dialog der Gerichte in Europa bei,⁴ wobei es sich im Verhältnis des EuGH zu den schweizerischen Höchstgerichten nicht um einen gegenseitigen (informellen) Austausch handelt, sondern um eine einseitige Inspiration und Übernahme.⁵

2 S. WOLFGANG WEISS, Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon, EuZW 2013, S. 287–292; Defizite bestehen weiterhin im Bereich der Strafrechtskooperation (s. etwa KARSTEN GAEDE, Minimalistischer EU-Grundrechtsschutz bei der Kooperation im Strafverfahren, NJW 2013, S. 1279–1282; Urteil Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107) und bei der prozessualen Durchsetzung (OESCH [Fn. 1], Rz. 692); auch wird dem EuGH vorgeworfen, bei Spannungen zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten letztere – und damit wirtschaftlich-marktorientierte Interessen – in problematischer Weise höher zu gewichten (s. etwa JÖRG PAUL MÜLLER, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa – Einleitungsreferat, ZSR 2005, Bd. II, S. 9, 25–28; Urteil Laval, C-341/05, EU:C:2007:809).

3 Urteil Kadi, C-402/05 P und C-415/05 P, EU:C:2008:461; Urteil Association Belge des Consommateurs Test-Achats, C-236/09, EU:C:2011:100; Urteil N.S. u.a., C-411/10 und C-493/10, EU:C:2011:865; Urteil Google, C-131/12, EU:C:2014:317; Urteil Digital Rights Ireland und Seitlinger, C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238; Urteil Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650.

4 S. zum Stand der Diskussion MAYA HERTIG RANDALL, Der grundrechtliche Dialog der Gerichte in Europa, EuGRZ 2014, S. 5–18.

5 Die Fälle, in denen der EuGH – in der Regel eher beiläufig – auf Urteile des BGer mit Grundrechtsbezug verweist, lassen sich an einer Hand abzählen, s. etwa Urteil Gambazzi, C-394/07,

B. Bilaterale Verträge

Die bilateralen Verträge Schweiz-EU werden gestützt auf die Auslegungsmethoden der Wiener Vertragsrechtskonvention ausgelegt (Art. 31–33).⁶ Ausgehend vom Wortlaut und gestützt auf Treu und Glauben steht die gewöhnliche Bedeutung einer Norm im Licht ihres Zusammenhangs sowie ihres Ziels und Zwecks im Vordergrund. Der für die Sinnermittlung erforderliche Zusammenhang kann sich aus weiteren Übereinkünften ergeben; ebenfalls zu berücksichtigen ist die Praxis zur Anwendung der Verträge. Damit scheint *prima vista* klar, dass die unionalen Grundrechte bei der Durchführung der bilateralen Verträge nicht einschlägig sind. Die Verträge enthalten keinen allgemeinen Verweis auf den Grundrechtsschutz in der EU, weder auf die als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannten Gewährleistungen noch auf die in der Grundrechtecharta ausgewiesenen Rechte. Nur punktuell finden sich im bilateralen *Acquis* Hinweise auf unionale Grundrechte. So hält Erwägungsgrund 39 der Verordnung 604/2013 (Dublin III-Verordnung), welche kraft Verweis im Dublin-Assoziierungsabkommen auch im bilateralen Verhältnis anwendbar ist, fest: «Diese Verordnung steht im Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen, die insbesondere mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt wurden. (...) Diese Verordnung sollte daher in diesem Sinne angewandt werden.» Art. 3 Abs. 2 Dublin III-Verordnung verpflichtet die beteiligten Staaten, eine Überstellung eines Asylantragstellers an einen anderen Staat zu unterlassen, wenn «die Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Artikels 4 der EU-Grundrechtecharta» droht. Auch die Richtlinie 2008/115 (Rückführungsrichtlinie) und die Verordnung 603/2013 (Eurodac-Verordnung), welche kraft Verweis im Schengen- bzw. Dublin-Assoziierungsabkommen für die Schweiz gelten, nehmen in den Erwägungsgründen auf die Grundrechtecharta Bezug. Gemäss Art. 4 der Verordnung 2016/399 (Schengener Grenzkodex), welche in den bilateralen *Acquis* übernommen wurde, ist diese Verordnung «unter umfassender Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften der Union, einschliesslich der Charta der Grundrechte», anzuwenden. Mit Ausnahme des Verweises in Art. 3 Abs. 2 Dublin III-Verordnung auf Art. 4 GRCh – darauf ist zurückzukommen – spielen diese punktuellen Nennungen in der Praxis aber keine Rolle.⁷

EU:C:2009:219, Rz. 35–38; Urteil Kadi II, C-584/10 P, EU:C:2013:518, Rz. 133; Schlussanträge Worms, C-18/60, EU:C:1962:14, S. 428.

6 SR 0.111; BGE 133 V 329, E. 8.4; BGE 132 V 53, E. 6.3; Urteil Hengartner und Gasser, C-70/09, EU:C:2010:430, Rz. 36. – Kapitel B. beruht in Teilen auf den Ausführungen von MATTHIAS OESCH, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz-EU: Zur Auslegung der bilateralen Verträge, ZBI 2014, S. 171–202.

7 Die Schweiz betont bei Eingaben in Verfahren vor dem EuGH, in denen die Auslegung des Schengen- oder Dublin-*Acquis* zur Debatte steht (s. Art. 8 Abs. 2 SAA, Art. 5 Abs. 2 DAA), regelmässig, dass sie sich zur Auslegung der GRCh nicht äussert, da diese «für die Schweiz (...)

Die vorherrschende Meinung, wonach die unionalen Grundrechte im bilateralen Verhältnis unbeachtlich sind, greift nach unserem Dafürhalten zu kurz. Die unionalen Grundrechte sind bei der Auslegung der bilateralen Verträge durchaus bedeutsam. Dies gilt nicht nur dann, wenn der EuGH mit einer Auslegungsfrage befasst ist (I.), sondern – zumindest in gewissen Konstellationen – auch dann, wenn die schweizerischen Behörden bilaterale Verträge auslegen (II.).

I. Europäischer Gerichtshof

Der EuGH hat sich noch nie ausdrücklich zur Bedeutung des unionalen Grundrechtsschutzes im bilateralen Verhältnis zur Schweiz geäußert. Sowohl die Praxis des EuGH zur Verbindlichkeit der unionalen Grundrechte bei der Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen im Allgemeinen (1) als auch eine eher beiläufige Äusserung des EuGH in einem Urteil zum bilateralen Luftverkehrsabkommen von 1999 (LVA)⁸ lassen den Schluss zu, dass der EuGH bei Bedarf nicht zögern dürfte, die bilateralen Verträge im Licht der unionalen Grundrechte auszulegen (2).

1. Allgemeine Bindung der EU-Hoheitsgewalt an EU-Grundrechte

Die Organe der EU sind bei der Ausübung von Hoheitsgewalt durchs Band zur Beachtung der unionalen Grundrechte verpflichtet.⁹ Mittlerweile kodifiziert Art. 51 GRCh diesen Grundsatz ausdrücklich. Die Grundrechtsbindung der EU gilt, wie der EuGH wiederholt festgehalten hat, auch beim Abschluss und bei der Durchführung von völkerrechtlichen Verträgen.¹⁰ Dogmatisch ergibt sich dies daraus, dass das unionale Primärrecht völkerrechtlichen Verträgen rangmässig vorgeht; im Kollisionsfall beanspruchen die unionalen Grundrechte Vorrang vor völkerrechtlichen Verträgen.¹¹

Der EuGH zögert nicht, völkerrechtliche Verträge bzw. ihre Durchführung im EU-Recht auf ihre Vereinbarkeit mit den unionalen Grundrechten zu überprüfen und – sofern dies nicht der Fall ist – eine grundrechtskonforme Anwendung einzufordern. Im Urteil Deutschland/Rat von 1998 erklärte der EuGH die Zustimmung des Rates zu einem Rahmenabkommen über Bananen mit zentral- und südamerikanischen Staaten in Teilen für nichtig, weil gewisse Regelungen

nicht bindend» ist; so etwa Schriftliche Erklärung der Schweiz betr. verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, Bundesamt für Justiz, 3. Februar 2011, Rz. 4.

8 SR 0.748.127.192.68.

9 OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM (Fn. 1), § 17 Rz. 25.

10 Urteil Kadi, C-402/05 P und C-415/05 P, EU:C:2008:461, Rz. 303–308; FRANK SCHORKOPE, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, EnzEuR Bd. 2, 2014, § 3 Rz. 16; THORSTEN KINGREEN, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 5. Aufl., 2016, Art. 51 GRCh Rz. 5.

11 OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM (Fn. 1), § 38 Rz. 35; OESCH (Fn. 1), Rz. 799.

gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, der «zu den elementaren Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehört», verstiesse.¹² Im Urteil Kadi von 2008 erklärte der EuGH die Verordnung 881/2002, mit welcher der Rat eine UNO-Sicherheitsratsresolution betr. Sanktionen 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; auch diese Grundrechte stellen allgemeine Rechtsgrundsätze dar und sind mittlerweile in der Grundrechtecharta ausgewiesen.¹³ Im Urteil Front Polisario von 2015 hob das Gericht (EuG) einen Beschluss des Rates zum Abschluss eines Handelsabkommens der EU mit Marokko teilweise auf, weil die EU die grundrechtlichen Auswirkungen des Abkommens auf die Bevölkerung der Westsahara zu wenig geprüft hatte.¹⁴

Die Vermutung liegt auf der Hand: Bei entsprechender Befassung wird der EuGH auch die Verträge mit der Schweiz grundrechtskonform auslegen bzw. auf ihre grundrechtskonforme Umsetzung pochen. Als Massstab dienen dabei die unionalen Grundrechte, zuvörderst also die Grundrechtecharta.

2. *EU-Grundrechte als Bestandteil der bilateralen Verträge*

Grundrechte stellen einen inhärenten Bestandteil des EU-Rechts dar.¹⁵ Der EuGH begann schon früh, nämlich 1969, Verordnungen und Richtlinien auf ihre Vereinbarkeit mit Grundrechten zu überprüfen. Er bejahte die Geltung der einzelnen Grundrechte als ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze. Seither begleiten die Grundrechte das materielle Recht gleichsam symbiotisch und schützen den Einzelnen vor übermässigen Eingriffen der EU-Organe und der Mitgliedstaaten bei der Durchführung von EU-Recht. An dieser symbiotischen Verbindung von materiellem Recht und grundrechtlichem Überbau hat auch die Kodifizierung der allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Grundrechtecharta nichts geändert.

Gute Gründe sprechen für die Annahme, dass die Verbindung von materiellem Recht und grundrechtlichem Überbau auch bei der Ausdehnung von Rechten und Pflichten auf die Schweiz weiterbesteht. Das materielle Recht schüttelt den grundrechtlichen Überbau nicht einfach wieder ab, nur weil es auf einen Drittstaat ausgedehnt und formell «vervölkerrechtlicht» wird. Mate-

12 Urteil Deutschland/Rat, C-122/95, EU:C:1998:94, Rz. 62–72.

13 Urteil Kadi, C-402/05 P und C-415/05 P, EU:C:2008:461; dazu auch unten C.IV.1.

14 Urteil Front Polisario, T-512/12, EU:T:2015:953. Der EuGH hob das Urteil des EuG demgegenüber auf, weil das Abkommen auf das Gebiet der Westsahara gar keine Anwendung findet; zu den Ausführungen des EuG über die Pflicht zur Prüfung der grundrechtlichen Auswirkungen des Abkommens äusserte sich der EuGH nicht (Urteil Front Polisario, C-104/16 P, EU:C:2016:973).

15 Ähnlich ASTRID 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, 150.

riell behalten auch solche vervölkerrechtlichen Regelungen ihren originär EU-rechtlichen Charakter.¹⁶ Damit sind diejenigen Verträge bzw. einzelnen Bestimmungen gemeint, welche auf EU-Recht beruhen (d.h. welche dem EU-Recht wörtlich oder sinngemäss nachgebildet sind oder auf Sekundärrecht verweisen) und bezwecken, eine parallele Rechtslage zu schaffen und damit die Integration der Schweiz in den unionalen Rechtsraum sicherzustellen. Diese sektoruelle Integration führt dazu, dass die Schweiz bei der Durchführung entsprechender Rechte und Pflichten mitgliedstaatsähnlich handelt. Konsequenterweise stellen die unionalen Grundrechte also nicht nur einen inhärenten Bestandteil des materiellen EU-Rechts dar, sondern auch einen inhärenten Bestandteil derjenigen Verträge, welche das EU-Recht auf das bilaterale Verhältnis ausdehnen.¹⁷

Der EuGH scheint diese Sichtweise zu teilen. Im Urteil Fluglärmstreit von 2013 machte die Schweiz unter anderem geltend, die Massnahmen Deutschlands zur Reduktion der Überflüge über deutsches Gebiet würden gegen die «Dienstleistungsfreiheit sowie [die] dieser innewohnenden Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Wahrung der Grundrechte» verstossen.¹⁸ Der EuGH verneinte eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit, weil die Dienstleistungsfreiheit im Rahmen des Luftverkehrsabkommens keine Anwendung findet. Aus diesem Grund verzichtete der EuGH darauf, die Grundrechtskonformität der umstrittenen Massnahmen zu prüfen, und stellte lapidar fest:

«Das Gleiche [nämlich die Feststellung, dass kein Verstoss gegen die Dienstleistungsfreiheit vorliegt, weil die Dienstleistungsfreiheit keine Anwendung findet] gilt für den von der Schweizerischen Eidgenossenschaft geltend gemachten Verstoss gegen die Dienstleistungsfreiheit innewohnenden Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Wahrung der Grundrechte.»¹⁹

Die Ausführungen des EuGH lassen den Umkehrschluss zu, dass der EuGH durchaus bereit gewesen wäre, die Vereinbarkeit der umstrittenen Massnahmen mit den unionalen Grundrechten zu prüfen, sofern die Dienstleistungsfreiheit anwendbar gewesen wäre und die Massnahmen als Einschränkung derselben zu qualifizieren gewesen wären.

II. Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht

Die schweizerischen Behörden legen die bilateralen Verträge in ständiger Praxis im Licht der EMRK aus, sofern grundrechtsrelevante Fragen zur Debatte stehen. Beispiele betreffen Fälle zum Freizügigkeitsabkommen von 1999

16 S. zur Lesart, wonach auch das BGer dem FZA eine neuartige Rechtsqualität zubilligt, MATTHIAS OESCH, Urteilsanmerkung zu BGE 142 II 35, ZBl 2016, S. 197, 210–211.

17 Ebenso EPINEY (Fn. 15), S. 155.

18 Urteil Fluglärmstreit, C-547/10 P, EU:C:2013:139, Rz. 74.

19 Ibid., Rz. 83.

(FZA) und zum Dublin-Assoziierungsabkommen von 2004 (DAA).²⁰ Demgegenüber spielen die unionalen Grundrechte bei der Auslegung der bilateralen Verträge kaum eine Rolle – unseres Erachtens zu Unrecht. Die unionalen Grundrechte sind inhärenter Bestandteil derjenigen Verträge, welche das EU-Recht auf die Schweiz ausdehnen (1). Eine Spezialbestimmung ist Art. 3 Abs. 2 Dublin III-Verordnung, welche direkt auf Art. 4 GRCh verweist (2). Mitunter mag die Fruchtbarmachung des unionalen Grundrechtsschutzes durchaus bedeutsam sein (3).

1. EU-Grundrechte als Bestandteil der bilateralen Verträge

Die unionalen Grundrechte sind – wie oben dargelegt – mit den materiellen Rechten und Pflichten symbiotisch verbunden.²¹ Soweit die Schweiz sektoriell EU-Recht akzeptiert und sich dem unionalen Rechtsraum anschliesst, übernimmt sie implizit auch den dazugehörigen grundrechtlichen Überbau, d.h. die unionalen Grundrechte. Die Bezugnahme auf unionale Begriffe in den bilateralen Verträgen umfasst automatisch auch die dazugehörigen unionalen Grundrechte. Diese Grundrechte sind mit dem materiellen Recht untrennbar verbunden bzw. – wie das Bundesgericht ausführt – «verschmelzen» (*«se confondent»*) mit den Begriffen des *Acquis communautaire*.²² Damit bedeutet die punktuelle Teilhabe am unionalen Binnenmarkt bzw. im unionalen Rechtsraum zwangsläufig auch die punktuelle Teilhabe am unionalen Grundrechtsschutz.

Methodisch entfalten die unionalen Grundrechte ihre Wirkung im bilateralen Verhältnis im Rahmen der europakompatiblen (parallelen) Auslegung.²³ In denjenigen Fällen, in denen ein bilateraler Vertrag bzw. eine Norm auf EU-Recht beruht und die *ratio legis* dahin geht, die Schweiz sektoriell in den europäischen Rechtsraum zu integrieren und eine parallele Rechtslage zu schaffen, kommt dem Ziel und Zweck des Vertrages bzw. der Norm bei der Auslegung eine besondere Bedeutung zu. Diesfalls sind die Behörden gehalten, eine möglichst parallele Rechtslage sicherzustellen und gestützt auf die spezifisch unionsrechtlichen Auslegungsmethoden den spezifisch unionsrechtlichen Sinn der Norm zu eruieren. Dazu gehört, eine Auslegung zu wählen, welche mit den unionalen Grundrechten vereinbar ist. Diverse Verträge verpflichten die Behörden zudem ausdrücklich, die Praxis des EuGH zur Auslegung von Parallelbe-

20 SR. 0.142.112.681, SR 0.142.392.68; s. etwa BGE 136 II 177, E. 3.2.2; BVGE 2010/45, E. 7.1–7.8; BVGE 2011/35, E. 4; BVGE 2012/27, E. 7. – Das BGer hat das FZA auch im Licht weiterer völkerrechtlicher Grundrechtsgarantien ausgelegt; s. etwa BGE 136 II 177, E. 3.2.2, betr. Kinderrechtskonvention von 1989.

21 S. oben B.I.2.

22 BGE 130 II 113, E. 6.5 = Pra 2004 Nr. 171.

23 Ähnlich EPINEY (Fn. 15), S. 154–156; ANDREAS ZÜND, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 2013, S. 1349, 1356–1357; CONSTANTIN HRUSCHKA, Grundrechtsschutz in Dublin-Verfahren, in: Breitenmoser et al. (Hrsg.), Rechtsschutz bei Schengen und Dublin, 2013, S. 153, 159.

stimmungen im EU-Recht zu berücksichtigen; dazu gehören Art. 16 Abs. 2 FZA und Art. 1 Abs. 2 LVA; auch Art. 5–6 DAA und Art. 8–9 SAA thematisieren die Auslegung des Sekundärrechts durch die Schweiz. Das Bundesgericht hat sich wiederholt zur Tragweite von Art. 16 Abs. 2 FZA geäußert; 2013 hat es seine Praxis wie folgt zusammengefasst:

«Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA ist für die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) massgebend. Da es Ziel des Abkommens ist, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen (Präambel) und die Vertragsstaaten übereingekommen sind, in den vom Abkommen erfassten Bereichen alle erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit in ihren Beziehungen eine möglichst parallele Rechtslage besteht (Art. 16 Abs. 1 FZA), weicht das Bundesgericht praxisgemäss von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nicht leichthin, sondern nur beim Vorliegen «triftiger» Gründe ab (...). Bezüglich «neuer» Entwicklungen besteht gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA keine *Befolgungspflicht*, sondern höchstens ein *Beachtungsgebot* in dem Sinn, dass diese nicht ohne sachliche Gründe unbeachtet bleiben sollen, aber aus der Sicht der Vertragspartner auch nicht zu einer nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts führen dürfen.»²⁴

Das Bundesgericht unterscheidet zwischen einer «Befolgungspflicht» in Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, welche als «massgebend» zu betrachten ist, und «höchstens» einem «Beachtungsgebot» in Bezug auf die seither ergangene Praxis.²⁵ Gleichwohl spielt die Unterscheidung zwischen Alt- und Neu-Rechtsprechung des EuGH in der Praxis des Bundesgerichts eine untergeordnete Rolle. Das Bundesgericht berücksichtigt regelmässig nicht nur die Präjudizien des EuGH, welche vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens ergangen sind, sondern ganz grundsätzlich das Fallrecht des EuGH zu Fragen, welche sich im bilateralen Verhältnis analog stellen. Im Ergebnis findet eine «dynamische Rechtsprechungsübernahme» statt.²⁶ Von EuGH-Präjudizien abweichende Auslegungsergebnisse bleiben in Ausnahmefällen zwar möglich und rechtlich zulässig. Sie bedürfen *en pleine connaissance de cause* aber «triftiger» bzw. «sachliche[r]» Gründe.²⁷ Soweit ersichtlich ist das Bundesgericht bis anhin noch nie von einem einschlägigen EuGH-Urteil abgewichen.

24 BGE 139 II 393, E. 4.1.1, u. V.a. BGE 136 II 5, E. 3.4, und BGE 136 II 65, E. 3.1; zum Ganzen ASTRID EPINEY/BEATE METZ/BENEDIKT PIRKER, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, 2012, S. 191–259; THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, Jusletter 2. Februar 2009, Rz. 34–45; OESCH (Fn. 1), Rz. 918–922.

25 S. dazu ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, S. 1, 15–22, 30.

26 ZÜND (Fn. 23), S. 1357.

27 So ausdrücklich BGE 142 II 35, E. 3.1 und 3.2; ebenso Urteil des BVGer vom 2. Juli 2015, E-594/2015, E. 6, betr. Auslegung der Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen.

Das Bundesgericht hat in einem Urteil zum Freizügigkeitsabkommen bestätigt, dass die europakompatible (parallele) Auslegung auch die Berücksichtigung von EuGH-Präjudizien umfasst, in denen die unionalen Parallelbestimmungen im Licht von EU-Grundrechten ausgelegt werden:

«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 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 (...)»²⁸

Die Tatsache, dass die unionalen Grundrechte mit dem materiellen Recht verbunden sind und bei seiner Auslegung berücksichtigt werden müssen, war der Schweiz im Zeitpunkt der Unterzeichnung der einschlägigen Verträge – *in casu* des Freizügigkeitsabkommens – also durchaus bekannt. EuGH-Präjudizien, welche das materielle Recht im Licht der unionalen Grundrechte auslegen, sind auch für die Schweiz einschlägig. Eine Berücksichtigungspflicht besteht mit Blick auf den unionalen Grundrechtsschutz, wie er sich im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens (bzw. gegebenenfalls im Zeitpunkt der späteren Übernahme eines Sekundärrechtsaktes) präsentierte. In Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen handelt es sich folglich um diejenigen Grundrechte, welche der EuGH bis 1999 als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannt hatte. Ein Beachtungsgebot existiert aber auch mit Blick auf seither ergangene Entwicklungen. Damit fällt nicht nur die Grundrechtecharta ins Licht, welche in weiten Teilen nur den geltenden Grundrechtsschutz kodifiziert hat und insoweit ebenfalls zu beachten ist, sondern auch jüngere – und zukünftige – Präjudizien des EuGH zur Auslegung von unionalen Parallelbestimmungen im Licht der unionalen Grundrechte.²⁹ Diese Grundsätze dürften nicht nur bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zu beachten sein, sondern ebenso bei der Auslegung des Luftverkehrsabkommens sowie der Dublin- und Schengen-Assoziierungsabkommen.

28 BGE 130 II 113, E. 6.5 = Pra 2004 Nr. 171.

29 Ebenso EPINEY (Fn. 15), S. 157; anschaulich Urteil des BVGer vom 2. Juli 2015, E-594/2015, E. 6, u. V.a. das Urteil MA u.a., C-648/11, EU:C:2013:367, in dem der EuGH die Dublin II-Verordnung im Licht des Kindeswohles (Art. 24 GRCh) ausgelegte; BGE 139 II 393, E. 4, u. V.a. das Urteil Baumbast, C-413/99, EU:C:2002:493, in dem der EuGH freizügigkeitsrechtliche Ansprüche im Licht des Rechts auf Achtung des Privatlebens auslegte.

2. Art. 3 Abs. 2 Dublin III-Verordnung

Die Verordnung 604/2013 (Dublin III-Verordnung) gilt auch für die Schweiz.³⁰ Art. 3 Abs. 2 dieser Verordnung verpflichtet die Dublin-Staaten, eine Überstellung eines Asylantragstellers an einen anderen Staat zu unterlassen, wenn «die Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Artikels 4 der EU-Grundrechtecharta» droht. Es ist nicht geklärt, ob sich die Schweiz bei einer solchen Kaskadenverweisung – ein übernommener Rechtsakt (*in casu* die Dublin III-Verordnung) verweist seinerseits auf eine weitere unionale Bestimmung (*in casu* Art. 4 GRCh) – tatsächlich zur Beachtung auch dieser weiteren Bestimmung verpflichtet, oder ob eine solche Verpflichtung nur dann besteht, wenn dies ausdrücklich vereinbart wird.³¹ Es ist also nicht klar, ob der Verweis auf Art. 4 GRCh die schweizerischen Behörden verpflichtet, Art. 4 GRCh bei einer geplanten Überstellung eines Antragstellers direkt zu beachten. *Prima vista* sind keine zwingenden Gründe ersichtlich, die Einschlägigkeit von Art. 4 GRCh auch in Verfahren vor schweizerischen Behörden kategorisch abzulehnen; dies gilt umso mehr, wenn man der These, dass die unionalen Grundrechte ohnehin Bestandteil (auch) des Dublin-Assoziierungsabkommens sind, wohlwollend gegenübersteht.

Das Bundesverwaltungsgericht geht ohne weiteres davon aus, dass Art. 4 GRCh in einer solchen Konstellation anwendbar ist. Es prüft bei Bedarf, ob eine Überstellung eines Antragstellers an einen anderen Staat zumutbar ist, und rekurriert auf Art. 4 GRCh. Der folgende Textbaustein findet sich regelmässig in Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts zur Zulässigkeit des Nichteintretens des Staatssekretariats für Migration auf Asylgesuche und der Anordnung der Wegweisung:

«Das Bundesverwaltungsgericht (...) zieht in Erwägung, (...) dass es aus Sicht der Schweiz keine wesentlichen Gründe für die Annahme gibt, dass das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für Antragsteller in Italien systemische Schwachstellen aufweisen würden, die eine Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne von Art. 4 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (...) mit sich bringen, womit der Beschwerdeführer aus der Bestimmung von Art. 3 Abs. 2 Dublin-III-VO nichts für sich ableiten kann, (...).»³²

30 Notenaustausch vom 14. August 2013, SR 0.142.392.680.01, AS 2015 2329.

31 S. dazu LUZIUS MADER/CATHERINE KROPF, Verweisungen auf das Recht der Europäischen Union in der Bundesgesetzgebung: Vom Fotografieren und Filmen, in: Institut für Europarecht (Hrsg.), Die Schweiz und die europäische Integration, 2015, S. 69, 91–95, wonach Kaskadenverweisungen in den vertraglichen Beziehungen Schweiz-EU nur dann beachtlich sind, wenn dies ausdrücklich so vereinbart wird (Fn. 54).

32 Urteil vom 29. September 2015, D-5756/2015; s. auch BVGE 2015/41, E. 5.3.3, wo das BVGer gestützt auf die Erwägungsgründe der Dublin III-Verordnung zum Schluss kommt: «Die Dublin III-VO ist im Lichte der EMRK und – für die Schweiz als Nicht-EU-Mitglied etwas systemfremd – der EU-Grundrechtecharta auszulegen (...).»

Die Einschlägigkeit einer Bestimmung der Grundrechtecharta in der Schweiz wäre ein Novum. Damit würde gleichsam ein neues Kapitel in der schweizerischen Europapolitik aufgeschlagen. Immerhin dürfte der Verweis in Art. 3 Abs. 2 Dublin III-Verordnung aus Sicht der Schweiz, welche sich völkerrechtlich zwar zur Beachtung dieses Rechtsaktes verpflichtet hat, institutionell aber gleichwohl weiterhin den Status eines Drittstaats innehat und in den einschlägigen Organen der EU über keine mitgliedstaatsähnlichen Partizipationsrechte verfügt, statischer Natur sein. Neue Präjudizien des EuGH zu Art. 4 GRCh – etwa ein Leitentscheid darüber, ob ein Dublin-Staat die grundlegenden menschenrechtlichen Minimalstandards in angemessener Weise beachtet oder nicht, oder eine rechtsschöpferische Weiterentwicklung des sachlichen Schutzbereichs von Art. 4 GRCh – sind für die Schweiz nicht bindend. Die Schweiz behält das Letztentscheidungsrecht über die grundrechtliche Beurteilung einschlägiger Sachverhalte. Gleichwohl entfalten solche Präjudizien erhebliche faktische Wirkmacht: Im Rahmen der europakompatiblen (parallelen) Auslegung des Dublin-Assoziierungsabkommens werden die schweizerischen Behörden auch das künftige Fallrecht des EuGH wohl nur dann nicht übernehmen, wenn sachliche Gründe eine autonome Lesart nahelegen – was nicht leichthin der Fall sein dürfte.

3. *Praktische Konsequenzen*

Die Konsequenzen der Beachtung der unionalen Grundrechte bei der Auslegung der bilateralen Verträge zusätzlich zur EMRK dürften im Regelfall gering sein. Die Grundrechtecharta beruht wesentlich auf der EMRK; es ist nicht entscheidend, ob primär auf die EMRK oder auf die Grundrechtecharta abgestellt wird. Art. 52 Abs. 3 GRCh nimmt zudem ausdrücklich Bezug auf die EMRK. Diverse Urteile, welche der EuGH (EU-Recht) bzw. das Bundes- und Bundesverwaltungsgericht (bilaterale Verträge) zu ähnlich gelagerten Fällen erliessen, illustrieren dies: Obwohl sich die Gerichte in der EU und in der Schweiz formal unterschiedlicher Rechtsquellen bedienen und als Folge davon dogmatisch unterschiedlich argumentieren, führt eine Berufung auf die unionalen Grundrechte bzw. auf die EMRK im Regelfall zu gleichen Resultaten.³³ Dies dürfte typischerweise auch für Fälle gelten, in denen das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung zur Debatte steht. Art. 4 GRCh, zu dessen Beachtung sich die Schweiz im Rahmen der Dublin III-Verordnung unter Umständen verpflichtet hat, ist identisch formuliert wie Art. 3 EMRK. Gemäss Erläuterungen des Präsidiums des Konvents, der die Grundrechtecharta ausgearbeitet hat, hat Art. 4 GRCh die gleiche Bedeutung und Tragweite wie Art. 3 EMRK.³⁴

³³ OESCH (Fn. 6), S. 182–192.

³⁴ Auch der EuGH akzeptiert die faktische (Führungs-) Rolle des EGMR als höchster Grundrechtsinstanz in Europa und nimmt in seinen Urteilen regelmässig Bezug auf dessen Praxis, s.

Interessant wird die Fruchtbarmachung des unionalen Grundrechtsschutzes in zwei Konstellationen. Zum einen drängt sich der Rekurs auf die unionalen Grundrechte auf, wenn ein Grundrecht angerufen wird, welches in der EMRK nicht geschützt wird. Damit sind etwa die Wirtschaftsfreiheit und das Eigentumsrecht angesprochen (Art. 16 und Art. 17 GRCh).³⁵ Sofern eine bilaterale Norm im Licht der Wirtschaftsfreiheit und/oder des Eigentumsrechts auszulegen ist, bleibt einzig der Rekurs auf die unionalen Grundrechte.³⁶ Diesfalls mutiert die Grundrechtecharta zum zentralen Grundrechtsinstrument im bilateralen Verhältnis. Zum anderen spielt das Fallrecht des EuGH zur Auslegung von unionalen Parallelbestimmungen im Licht der unionalen Grundrechte auch im bilateralen Verhältnis eine bedeutsame Rolle. Das Bundes- und Bundesverwaltungsgericht werden im Regelfall nicht zögern, bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens, des Luftverkehrsabkommens sowie der Dublin- und Schengen-Assoziierungsabkommen Leiturteile des EuGH (auch) zu Grundrechtsfragen zu übernehmen. Dies dürfte unabhängig davon der Fall sein, ob der EGMR eine Rechtsfrage bereits geklärt hat oder nicht. Es ist zudem denkbar, dass die Praxis in der EU punktuell einen weitergehenden Schutz gewährt als die EMRK (s. Art. 52 Abs. 3 GRCh); davon würde folglich auch der Grundrechtsschutz in der Schweiz profitieren.

C. Rechtsvergleichung und autonomer Nachvollzug

Das schweizerische Recht wird seit jeher durch das europäische Recht beeinflusst, auch ohne dass staatsvertragliche Verpflichtungen Rezeptionen und Anpassungen auslösen. Methodisch handelt es sich um die Rechtsvergleichung und die Politik des autonomen Nachvollzugs bzw. – synonym verstanden – der Europaverträglichkeit (I). Die schweizerischen Behörden zögern nicht, auf die unionalen Grundrechte Bezug zu nehmen, wenn ein solcher Rekurs sachlich naheliegt (II). Mitunter ist die Schweiz faktisch gleichsam gezwungen, das eigene Recht an das europäische anzupassen und dabei grundrechtlich bedeutsame Weichenstellungen im EU-Recht zu akzeptieren (III). Ein Seitenblick auf (noch) nicht rezipierte EuGH-Urteile rundet das Kapitel ab (IV).

betr. Art. 4 GRCh und Art. 3 EMRK etwa Urteil N.S. u.a., C-411/10, EU:C:2011:865, Rz. 88, 90; allg. zur Rolle der EMRK «als Kerngehalt des sich entfaltenden europäischen Verfassungsnetzes, als sein normativ-ideeller Teil» JÖRG PAUL MÜLLER, Rechtsphilosophische Reflexionen zur EMRK als Teilverfassung des werdenden Europas, in: Mahoney et al. (Hrsg.), *Protection des droits de l'homme: mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln 2000, S. 957, 965.

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

36 S. für ein Beispiel OESCH (Fn. 6), S. 199–200; für den Fall, dass nicht (nur) eine grundrechtsbetonte Auslegung zur Debatte steht, sondern eine Normenkontrolle, MADER/KROPF (Fn. 31), S. 73–74.

I. Im Allgemeinen

Rezeptionen und Nachahmungen ausländischer Rechtsinstitute sind für die schweizerische Rechtsordnung unter dem Titel der Rechtsvergleichung seit jeher prägend.³⁷ In bundesrätlichen Botschaften finden sich häufig Ausführungen zur Rechtslage in den Nachbarstaaten sowie in weiteren Staaten – etwa der Vereinigten Staaten – und Entitäten.³⁸ Lösungen, welche andere Rechtsordnungen für ein gleichgelagertes Problem gewählt haben, werden verglichen und gewürdigt. Dazu gehört auch das EU-Recht. Unter dem Titel der Rechtsvergleichung dient das EU-Recht gleichberechtigt mit anderen Rechtsordnungen als Inspirationsquelle.³⁹

Seit den späten 1980er Jahren wird die klassische Rechtsvergleichung zunehmend durch die Politik des autonomen Nachvollzugs überlagert.⁴⁰ Letztere beruht auf einem bewussten politischen Entscheid, das schweizerische Recht europakompatibel auszugestalten. Neue Gesetze und Verordnungen wie auch die Änderung von bestehenden Erlassen werden systematisch auf ihre Europakompatibilität überprüft (Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG).⁴¹ Abweichungen von unionsrechtlichen Vorbilderregelungen bleiben zwar selbstredend möglich. Sie bedürfen aber einer sachlichen Begründung. Sie sollen dort bewusst und konsequent gewählt werden, wo eine Abweichung den eigenen Interessen dient und auch integrationspolitisch vertretbar ist.

Mittlerweile wird das hiesige Recht dem europäischen systematisch nachgebildet. 1998 hielt der Bundesrat fest, dass mit der Einführung der Europaverträglichkeitsprüfung ein «Europareflex» geschaffen wurde; neue Vorschriften «sind im allgemeinen eurokompatibel, ausnahmsweise nicht.»⁴² Der gesetzgeberische Wille, sich an der Rechtslage in der EU als Leitrechtsordnung zu orientieren, muss seinen Niederschlag sodann zwangsläufig auch in der Rechtsanwendung finden, damit der Hauptzweck des autonomen Nachvollzugs – die Minimierung der wirtschaftlichen Nachteile, welche sich aus der Nichtmit-

37 S. dazu PETER V. KUNZ, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 2009, S. 31, 34–39; ARNOLD RUSCH, Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, Jusletter 13. Februar 2006, Rz. 2–12; PIERRE WIDMER, Rechtsvergleichung und Gesetzgebung, LeGes 2003, S. 9–17.

38 Im Grundrechtsschutz sind v.a. Urteile des deutschen Bundesverfassungsgerichts bedeutsam; s. HERTIG RANDALL (Fn. 4), S. 13–14.

39 SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, in: Berner Kommentar: Einleitung und Personenrecht, 2012, Art. 1 ZGB Rz. 303, sprechen von «europarechtsorientierter Auslegung».

40 Bericht des Bundesrates vom 24. August 1988 über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess, BBl 1988 III 249, 380; Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 805, 810; zum Ganzen THOMAS COTTIER et al., Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, 2014, Rz. 210–253; MARTIN WYSS, Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund, AJP 2007, S. 717, 717–723.

41 SR 171.10.

42 Antwort des Bundesrates auf eine Einfache Anfrage von NR Paul Rechsteiner vom 18. März 1998.

gliedschaft der Schweiz in der EU bzw. im EWR ergeben – erreicht wird. Die Behörden sind gehalten, autonom nachvollzogenes Recht europakompatibel auszulegen, sofern die Auslegung im Licht der traditionellen Auslegungselemente eine europaverträgliche Lesart erlaubt.⁴³ Dies gilt auch in Bezug auf die Spruchpraxis des EuGH zu europarechtlichen Vorbilderregelungen. Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht soll sich an der Praxis orientieren, wie sie sich nach der Übernahme durch die Schweiz in der EU weiterentwickelt.

II. Beispiele

In den Botschaften des Bundesrates zu Erlassentwürfen finden sich wiederholt Verweise auf den unionalen Grundrechtsschutz (1). Auch das Bundes- und Bundesverwaltungsgericht lassen sich von den unionalen Grundrechten inspirieren (2). Entsprechende Ausführungen und Verweise ergehen sowohl unter dem Titel der Rechtsvergleichung als auch im Rahmen des autonomen Nachvollzugs.

1. Bundesgesetzgebung (Botschaften)

Ein frühes Beispiel für die Auseinandersetzung mit dem gemeinschaftlichen Grundrechtsschutz *qua* Rechtsvergleichung betrifft die Gleichstellung von Mann und Frau. 1981 nahmen Volk und Stände den neuen «Gleichberechtigungsgesetzartikel» an (Art. 4 Abs. 2 BV 1874, heute Art. 8 Abs. 3 BV). Der Bundesrat analysierte die rechtliche Stellung von Mann und Frau in mehreren europäischen Staaten und in den Vereinigten Staaten. Dabei wurde auch die grundrechtsähnliche Gewährleistung des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit im EG-Recht thematisiert (Art. 119 EWGV, heute Art. 157 AEUV).⁴⁴ Auch beim Erlass des Gleichstellungsgesetzes von 1995 wurde das einschlägige EG-Recht rechtsvergleichend aufgearbeitet.⁴⁵ Bei der Schaffung eines Zeugnisverweigerungsrechts für Medienleute (Änderung des StGB) nahm der Bundesrat in seiner Botschaft von 1996 auf den damals im EG-Recht geltenden Quellenschutz und «die Bemühungen zur Ausarbeitung einer Charta der Grundrechte» Bezug.⁴⁶ Bei der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts fasste die bundesrätliche Botschaft

43 S. etwa BGE 129 III 335, E. 6; Urteil des BVGer vom 13. September 2010, B-3064/2008, E. 3; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., 2013, S. 308–317.

44 Botschaft über die Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau» vom 14. November 1979, BBl 1980 I 69, 106–107.

45 Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau (Gleichstellungsgesetz) (...) vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1248, 1286–1289.

46 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht) vom 17. Juni 1996, BBl 1996 IV 525, 573–574.

rechtsvergleichend Aspekte der unionalen Regeln zur polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen zusammen; dabei wurde auch auf die (damals noch unverbindliche) Grundrechtecharta Bezug genommen.⁴⁷ Bei der Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge unabhängig vom Zivilstand der Eltern (Revision des ZGB) erwähnte der Bundesrat das in Art. 24 GRCh gewährleistete Recht des Kindes, in den Angelegenheiten, die sie betreffen, angehört zu werden.⁴⁸

Im Rahmen des autonomen Nachvollzugs übernimmt die Schweiz mitunter auch unionales Sekundärrecht, welches aufgrund der Regelungsmaterie einer besonders eingehenden grundrechtlichen Auseinandersetzung bedarf. Ein Beispiel ist die partielle Übernahme der Richtlinie 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen in das schweizerische Patentgesetz 2007; damit wurde die «Eurokompatibilität des schweizerischen Patentschutzes für Erfindungen, die biologisches Material zum Gegenstand haben, (...) sichergestellt».⁴⁹ Diese Richtlinie war in der EU selbst umstritten. Im Anschluss an ihre Inkraftsetzung wurde der EuGH mit der Überprüfung der Richtlinie befasst; er bejahte ihre Vereinbarkeit mit den Verträgen und den Grundrechten, namentlich der Menschenwürde und der Unversehrtheit der Person.⁵⁰ Darauf wurde in der bundesrätlichen Botschaft ausdrücklich hingewiesen.⁵¹ In solchen Fällen wirken die unionalen Grundrechte und ihre Konkretisierung durch die EU-Organen in erheblichem Masse, wenngleich indirekt, auf das schweizerische Recht ein. Ähnliches war beim Erlass des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen von 2004 zu beobachten. Die Botschaft äusserte sich eingehend zu den einschlägigen Richtlinien in der EG; auch nahm sie ausdrücklich auf die «im Bereich der Medizin und Biologie zu beachtende[n] Grundsätze» gemäss Art. 3 Abs. 2 der (damals noch nicht verbindlichen) Grundrechtecharta Bezug.⁵² Bei weiteren Bundesgesetzen, welche auf EU-Recht beruhen, finden sich in den Materialien demgegenüber keine Ausführungen zur Tatsache, dass mit den einschlägigen EU-Sekundärrechtsakten mithin grundrechtssensible Sachverhalte geregelt werden und entsprechende Vorentscheide im EU-Recht auch auf das schweizerische Recht ausstrahlen. Beispielhaft dafür steht das Heilmittelgesetz; dieser Erlass wurde unter dem Titel der Europaverträglichkeit wesentlich an die einschlägigen Richtlinien der EU angepasst.⁵³ Auch die

47 Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085, 1121–1125.

48 Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, BBl 2011 9077, 9100.

49 Botschaft zur Änderung des Patentgesetzes (...) vom 23. November 2005, BBl 2006 1, 29.

50 Urteil Niederlande/Parlament und Rat, C-377/98, EU:C:2001:523, Rz. 69–81.

51 Ibid., S. 28.

52 Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 11. September 2002, BBl 2002 7361, 7471–7472.

53 Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 1. März 1999, BBl 1999 III 3453, 3587.

laufende Totalrevision des Lebensmittelgesetzes steht ganz im Zeichen der Anpassung an das europäische Recht; auch hier wird beabsichtigt, unionale Verordnungen und Richtlinien zum Nennwert zu nehmen, in denen der EU-Gesetzgeber grundrechtlich relevante Weichenstellungen vorgenommen hat.⁵⁴

Die Schweiz profitiert in solchen Konstellationen von den Vorleistungen der EU. Sie lässt sich rechtsvergleichend von Lösungen inspirieren, welche die EU für ähnlich gelagerte Probleme und Sachverhalte entwickelt hat, oder übernimmt unionale Lösungen im Rahmen des autonomen Nachvollzugs, um die wirtschaftlichen Nachteile zu minimieren, welche sich aus der Nichtmitgliedschaft der Schweiz in der EU bzw. im EWR ergeben. Solange dieser Prozess bewusst erfolgt, ist der «Europareflex» des Gesetzgebers demokratietheoretisch unbedenklich. Problematisch wird es, wenn die Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen einer unionalen Lösung, auch im Licht verfügbarer Alternativen, nurmehr *pro forma* erfolgt und die Angleichung an EU-Recht *quasi* automatisch stattfindet. Die Schweiz verfügt beim Erlass von EU-Recht über keine Mitwirkungsrechte. Die grundrechtlichen Weichenstellungen werden in Brüssel, Strassburg und Luxemburg getroffen. Die Kommission, der Rat und das Europäische Parlament identifizieren die involvierten, teils gegenläufigen Rechte und Interessen, bewerten diese absolut und im Vergleich zueinander und führen sie einem politisch akzeptablen Ausgleich zu. Sie stellen praktische Konkordanz her. Der EuGH äussert sich im Anschluss daran mitunter zur Rechtmässigkeit der vereinbarten Regelungen. Die Schweiz hat zu diesen Prozessen keinen Zugang.

2. Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht

Auch die höchsten schweizerischen Gerichte berufen sich punktuell auf den Grundrechtsschutz in der EU. In zwei Entscheiden von 1997 und 1998, in denen die Zulässigkeit von Frauenquoten bei politischen Wahlen zur Debatte stand, nahm das Bundesgericht bei der Auslegung von Art. 4 Abs. 2 BV 1874 rechtsvergleichend auf die Praxis des EuGH zur Zulässigkeit von Frauenquoten im EU-Recht Bezug.⁵⁵ Im älteren Urteil führte das Bundesgericht aus:

«Das Urteil des EuGH im Fall Kalanke ist bindend für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft. Die Schweiz ist nicht Mitglied dieser Gemeinschaft. Es besteht indes kein Anlass, den Entscheid für die Schweiz als unbeachtlich anzusehen. Sowohl die Europäische Gemeinschaft als auch die Schweiz anerkennen die Gleichberechtigung von Mann und Frau, und beide Rechtsgemeinschaften sehen Massnahmen zur Beseitigung von Chancenungleichheiten zwischen Angehörigen der beiden Geschlechter vor (...).»⁵⁶

54 Botschaft zum Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 25. Mai 2011, BBl 2011 5571, 5656.

55 BGE 123 I 152, E. 5b; BGE 125 I 21, E. 3d.

56 BGE 123 I 152, E. 5b.

In einem Urteil von 1998 zum Anspruch von Mann und Frau auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit gemäss Art. 4 Abs. 2 BV 1874 nahm das Bundesgericht detailliert auf die Praxis des EuGH zu mittelbaren Diskriminierungen Bezug.⁵⁷ In einem Urteil von 1998, in dem die Rechtmässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung von politischen Parteien in Bezug auf staatliche Unterstützungsbeiträge zur Debatte stand, verwies das Bundesgericht auf das Urteil *Les Verts*/Parlament des EuGH zur entsprechenden Praxis beim Europäischen Parlament.⁵⁸ In einem Urteil von 2000 stützte sich das Bundesgericht bei der Beurteilung des rechtlichen Status gleichgeschlechtlicher Partner rechtsvergleichend auch auf eine Resolution des Europäischen Parlaments und ein Urteil des EuGH, um darzulegen, inwieweit sich «eine gemeineuropäische Rechtsüberzeugung» herausgebildet hat und sich eine Praxisänderung rechtfertigen würde.⁵⁹ 2003 entschied das Bundesgericht, dass sich ein Mittelschullehrer bei Besoldungsfragen auf Art. 6 EMRK berufen kann, weil es sich dabei um vermögensrechtliche Ansprüche handelt; das Bundesgericht stellte fest, dass sich «[d]ie heutige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Anwendung von Art. 6 EMRK auf öffentliche Dienstverhältnisse (...) an der Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zum Begriff der «öffentlichen Verwaltung» [orientiert]», und fasste diese Praxis detailliert zusammen.⁶⁰ 2011 bestätigte das Bundesgericht seine Praxis zum ausländerrechtlichen Familiennachzug unter detaillierter Verweisung auf die Urteile des EuGH zur Auslegung der einschlägigen EU-Richtlinie im Licht des Rechts auf Achtung des Familienlebens.⁶¹ In einem Urteil von 2012, in dem es mit den Anforderungen an das Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren im Kartellrecht im Licht von Art. 6 EMRK befasst war, verwies das Bundesgericht auch auf einen Entscheid des EuGH zu den diesbezüglichen Anforderungen im EU-Recht nach Massgabe von Art. 47 GRCh; damit zeigte das Bundesgericht auf, dass der EGMR und der EuGH in dieser Frage bereits zum gleichen Resultat gelangt waren.⁶² In einem Urteil von 2013 war das Bundesgericht mit der Zulässigkeit von Anwaltswerbung befasst; dabei nahm es beiläufig auch auf ein Urteil des EuGH Bezug, wonach das «Interesse an einer ordnungsgemässen und qualitativ hochstehenden Ausübung der Anwaltstätigkeit (...) auch auf europäischer Ebene anerkannt» wird.⁶³

Das Bundesverwaltungsgericht liess sich in einem Urteil von 2010 zur Frage, ob eine Verfahrensdauer von fast zehn Jahren in einem Verfahren vor

57 BGE 124 II 529, E. 5 g.

58 BGE 124 I 55, E. 7b.

59 BGE 126 II 425, E. 3 und 4.

60 BGE 129 I 207, E. 4.4.

61 BGE 137 I 284, E. 2.4, u. V.a. auf BGE 133 II 6 = Pra 2007 Nr. 124, E. 5.4.

62 BGE 139 I 72, E. 4.4; darauf bezugnehmend – ebenfalls unter Verweis auf das einschlägige Urteil des EuGH – Urteil des BVGer vom 23. September 2014, B-8399/2010, E. 3.1–3.4.

63 BGE 139 II 173, E. 5.2.

der Wettbewerbskommission mit Art. 6 EMRK vereinbar ist, rechtsvergleichend auch von der Praxis der Gerichte in der EU inspirieren.⁶⁴ In asylrechtlichen Entscheidungen verweist das Bundesverwaltungsgericht regelmässig auf das EU-Recht; im Vordergrund steht dabei die für die Anerkennung des Flüchtlingsstatus einschlägige Richtlinie 2011/95/EU (Qualifikationsrichtlinie), welche gemäss Erwägungsgrund 16 darauf abzielt, die Grundrechte zu achten und «insbesondere (...) die uneingeschränkte Wahrung der Menschenwürde und des Asylrechts für Asylsuchende und die sie begleitenden Familienangehörigen sicherzustellen». In einem Urteil von 2011 nahm das Bundesverwaltungsgericht auf Art. 8 der Qualifikationsrichtlinie Bezug, um die bis anhin restriktive Praxis zur innerstaatlichen Schutzalternative zu präzisieren.⁶⁵ In einem Urteil von 2014 hatte das Bundesverwaltungsgericht zu klären, ob ein Asylbewerber aufgrund seiner Homosexualität vor seiner Ausreise aus dem Heimatland begründete Furcht vor einer asylrelevanten Verfolgung hatte; bei der Umschreibung der Anforderungen an die Feststellung einer Kollektivverfolgung hielt es fest, dass diese «im Ergebnis (...) mit der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 7. November 2013 (...)» übereinstimmen.⁶⁶

Das Bundes- und Bundesverwaltungsgericht verfolgen mit der Bezugnahme auf EuGH-Urteile und weitere Dokumente der EU verschiedene Zwecke. Zunächst besteht – ganz in der Tradition der Rechtsvergleichung – schlicht das Bedürfnis, von dogmatischen Vorleistungen zu profitieren. Sofern die schweizerischen Gerichte eine grundrechtliche Auslegung bevorzugen, welche sich mit derjenigen im EU-Recht deckt, mag ein Verweis zudem dazu beitragen, die Überzeugungskraft des eigenen Urteils und seine Akzeptanz zu erhöhen.⁶⁷ Grundvoraussetzung dafür ist selbstredend, dass die Erwägungen des EuGH nachvollziehbar sind und inhaltlich überzeugen, mithin «*persuasive authority*» ausstrahlen.⁶⁸ Darüber hinaus mag bei der Anlehnung an die Praxis in der EU unterschwellig auch das Bestreben einhergehen, Widersprüchlichkeiten zu vermeiden und zur Kohärenz der grundrechtlichen Praxis in Europa beizutragen. Autonome Lösungen bleiben selbstredend möglich; sie drängen sich insbesondere dann auf, wenn sich für eine Grundrechtsfrage unterschiedliche und spezifisch auf die jeweiligen Rechtsordnungen zugeschnittene Praktiken herauskristallisiert haben. Des Weiteren gilt es im Auge zu behalten, dass das grundrechtliche Schutzsystem in der EU auch darauf ausgerichtet ist, Gefährdungen im transnationalen Kontext zu identifizieren und Antworten darauf be-

64 Urteil vom 27. April 2010, B-2977/2007, E. 7.5.3.

65 BVGE 2011/51, E. 8.3.

66 Urteil E-1422/2014 vom 31. Juli 2014, E. 8.4.

67 S. zu den Funktionen des Dialogs der Gerichte im Allg. HERTIG RANDALL (Fn. 4), S. 7–8, mit weiteren Verweisen.

68 S. zur «*persuasive authority*» von Urteilsprüchen im Allg. ANNE-MARIE SLAUGHTER, A Global Community of Courts, Harv. Int'l L.J. 2003, S. 191, 199–201.

reitzuhalten; gewisse Entwicklungen sind von vornherein nur beschränkt auf die Schweiz übertragbar.⁶⁹

III. Spezialfall: Faktische Alternativlosigkeit einer Anpassung

Mitunter ist die Schweiz faktisch gezwungen, das eigene Recht an das europäische anzupassen und dabei reflexartig auch grundrechtlich bedeutsame Weichenstellungen im EU-Recht zu akzeptieren. Damit sind Konstellationen gemeint, bei denen völkerrechtlich zwar kein Beachtungs- oder Übernahmegebot besteht, in Tat und Wahrheit aber auch keine wirkliche Entscheidungsautonomie vorhanden ist. Methodisch finden solche Anpassungen unter dem Titel des autonomen Nachvollzugs statt; gleichwohl erreicht die Anlehnung an das EU-Recht eine neue Qualität. Namentlich wirtschaftliche Erwägungen lassen eine Anlehnung gleichsam als alternativlos erscheinen. Das Datenschutzrecht (1) und das Finanzmarktrecht (2) bieten illustrative Beispiele.

1. Datenschutzrecht

Gemäss Art. 25 der in der EU (noch) geltenden Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutzrichtlinie) ist die Übermittlung personenbezogener Daten in ein Drittland nur zulässig, wenn dieses Drittland ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet.⁷⁰ Die Europäische Kommission hat 2000 entschieden, dass dies in der Schweiz der Fall ist.⁷¹ Dieser Beschluss ist für die schweizerische Wirtschaft von enormer Bedeutung. Andernfalls würde der Datenaustausch mit Unternehmen in der EU erschwert. In Bälde wird die allgemeine Datenschutzrichtlinie durch die Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung) abgelöst. Die neue Verordnung verfolgt gemäss den Erwägungsgründen 1 und 11 das Ziel, den grundrechtlich gewährleisteten Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu stärken, die Rechte der betroffenen Personen präzise festzulegen und die Verpflichtungen für diejenigen, welche personenbezogene Daten verarbeiten, zu verschärfen. Es geht im Wesentlichen also darum, den Gehalt und die Durchschlagskraft von Art. 8 GRCh zu konkretisieren; weiter sind die Mei-

69 S. zur Herausforderung, eine praktisch griffige und dogmatisch stimmige Grundrechtsdogmatik für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu entwickeln, FRANK MEYER, Chapter 4: An Area of Freedom, Security and Justice, in: Böse/Meyer/Schneider (eds.), *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, Vol. II, 2014, S. 169–213.

70 S. Urteil Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, Rz. 73, wonach kein «identisches Schutzniveau» gefordert wird, aber ein Schutzniveau, das dem unionsrechtlichen «gleichwertig» ist.

71 Entscheidung der Kommission vom 26. Juli 2000, K(2000) 2304, ABl. L 215/1 vom 25. August 2000; allg. zur Datenübermittlung in Drittstaaten ASTRID EPINEY/YVONNE SCHLEISS, in: Belsler/Epiney/Waldmann (Hrsg.), *Datenschutzrecht: Grundlagen und öffentliches Recht*, 2011, § 4 Rz. 66–74.

nungsäusserungs- und Informationsfreiheit (Art. 11 GRCh) sowie die Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit (Art. 15 und Art. 16 GRCh) tangiert. Art. 45 der Verordnung sieht weiterhin die Möglichkeit der Datenübertragung in ein Drittland vor, sofern dieses Drittland ein angemessenes Schutzniveau bietet; bei dieser Prüfung berücksichtigt die Kommission neu ausdrücklich auch «die Achtung der Menschenrechte» (Art. 45 Abs. 2 lit. a).

Wenig überraschend herrscht in der Schweiz ein Grundkonsens, bei der anstehenden Revision des Datenschutzgesetzes (DSG)⁷² das unionale Datenschutzrecht zum Nennwert zu nehmen.⁷³ Abweichungen sollen nur insoweit ins Auge gefasst werden, als damit die Angemessenheit des Schutzniveaus nicht gefährdet wird:

«Der Datenverkehr steht diesbezüglich [gegenüber Drittstaaten] grundsätzlich unter der Voraussetzung, dass die EU das Datenschutzniveau der Schweiz als angemessen anerkennt (Angemessenheitsentscheidung), was gegenwärtig der Fall ist. Will die Schweiz diesen Status beibehalten, hat sie somit alles Interesse daran, ihre Datenschutzvorschriften zu stärken und der europäischen Gesetzgebung anzugleichen, auch wenn nicht eine wörtliche Anpassung an den Entwurf zur EU-Datenschutz-Grundverordnung erforderlich ist.»⁷⁴

Vor diesem Hintergrund erhält auch das Urteil Schrems des EuGH von 2015 eine besondere Bedeutung.⁷⁵ Der EuGH erklärte die Entscheidung der EU-Kommission, wonach die Vereinigten Staaten im Rahmen des *Safe Harbor*-Programms ein angemessenes Schutzniveau für die Übermittlung personenbezogener Daten gewährleisteten, ungültig. Weiter stellte er fest, dass mitgliedstaatliche Datenschutzbehörden auch dann zur Prüfung der Einhaltung der unionsrechtlichen Vorgaben bei einer konkreten Datenübermittlung berechtigt sind, wenn ein Angemessenheitsbeschluss der Kommission vorliegt. Der EuGH betonte, dass die EU ein hohes datenschutzrechtliches Niveau anstrebt.⁷⁶ In der Folge einigten sich die Europäische Kommission und die Vereinigten Staaten auf einen neuen Rahmen für die transatlantische Übermittlung von Daten, den EU-US-*Privacy Shield*. Am 12. Juli 2016 nahm die Kommission den entsprechenden Angemessenheitsbeschluss an.⁷⁷ Nach Ansicht der Kommis-

72 SR 235.1.

73 Dies gilt unabhängig davon, ob die Datenschutz-Grundverordnung Schengen-relevant ist oder nicht.

74 Bundesamt für Justiz, Normkonzept zur Revision des Datenschutzgesetzes: Bericht der Begleitgruppe Revision DSG, 29. Oktober 2014, S. 5–6; zur geplanten Revision auch Medienmitteilung des Bundesrates vom 1. April 2015, Der Datenschutz soll gestärkt werden.

75 Urteil Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650; dazu NICOLAS PASSADELIS, Das Safe Harbor-Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union – Urknall oder Sturm im Wasserglas?, Jusletter 19. Oktober 2015.

76 Ibid., Rz. 39.

77 C(2016) 4176 final; Pressemitteilung vom 12. Juli 2016, <www.europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2461_de.htm>.

sion werden mit dem neuen *Privacy Shield* die Defizite ausgemerzt, welche der EuGH im Urteil Schrems beim *Safe Harbor*-Programm identifiziert hatte.

Die Schweiz hat mit den Vereinigten Staaten 2008 ein *Safe Harbor*-Abkommen abgeschlossen; dieses Abkommen ist mit dem *Safe Harbor*-Programm, welches dem Angemessenheitsbeschluss der EU-Kommission von 2000 zugrunde lag, inhaltlich weitgehend identisch.⁷⁸ Das Urteil Schrems führte schliesslich auch in der Schweiz zu einem Umdenken. Nach der Veröffentlichung dieses Urteils erklärte der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB), dass er das *Safe Harbor*-Abkommen zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten nicht mehr als genügende Rechtsgrundlage für die Übermittlung von Personendaten in die Vereinigten Staaten betrachte, weil auch dieses Abkommen «unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen und der verfassungsmässigen Verfahrensgarantien aus Schweizer Sicht problematisch» ist.⁷⁹ Mit Blick auf das bilaterale Verhältnis zur EU kam der EDÖB zum Schluss:

«Auch wenn die Ungültigerklärung des Kommissionsentscheids betreffend EU Safe Harbor Framework durch [den] EuGH das Schweizer Abkommen nicht direkt betrifft, wird es nicht möglich sein, dass die Schweiz in der Sache eine andere Haltung vertritt und am U.S.-Swiss Safe Harbor Framework unverändert festhält. Nebst den (...) Risiken für die Grundrechte betroffener Personen aus der Schweiz könnte ein solches Vorgehen auch zur Konsequenz haben, dass die EU ihre Angemessenheitserklärung zum Datenschutzniveau in der Schweiz aufhebt. (...) Eine Aufhebung der Angemessenheitserklärung hätte schwerwiegende Konsequenzen für den freien Austausch von Personendaten mit EU-Staaten und könnte zur Isolation der Schweiz führen.»⁸⁰

Zurzeit verhandelt die Schweiz mit den Vereinigten Staaten darüber, den *Privacy Shield* auch im Verhältnis zur Schweiz anwendbar zu erklären. Es ist absehbar, dass diese Bestrebungen erfolgreich sein werden. Der EuGH hat den Boden gelegt. Die Schweiz profitiert vom Urteil Schrems, dessen präjudizielle Wirkung weit über die EU hinausstrahlt. Ohne entsprechende Vorleistung des EuGH wäre die Schweiz demgegenüber wohl kaum in der Lage gewesen, die Vereinigten Staaten zu einer Anpassung der eigenen datenschutzrechtlichen Vorgaben zu bewegen. Auch wäre ein solcher autonomer «Vorvollzug» europapolitisch kaum ratsam gewesen. Nach dem Urteil Schrems bleibt der Schweiz faktisch nun aber keine andere Wahl, als das Datenschutzrecht (auch vis-à-vis Drittstaaten) europakompatibel auszugestalten.

78 Briefwechsel vom 1. und 9. Dezember 2008 zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika, SR 0.235.233.6.

79 EDÖB, Bericht und Empfehlungen an den Bundesrat vom 14. Oktober 2015 (...) betr. U.S.-Swiss Safe Harbor Framework, S. 2; s. auch Interpellation 15.4001 «US-Swiss Safe Harbor Framework. Die Personendaten wirklich schützen» vom 24. September 2015, eingereicht von NR Corina Eichenberger-Walther.

80 Ibid., S. 3; ähnlich PASSADELIS (Fn. 75), Rz. 37.

2. Finanzmarktrecht

Ein ähnliches Schema zeigt sich im Finanzmarktrecht. Der EU-Gesetzgeber erliess in den letzten Jahren mehrere neue Rechtsakte zur Regelung der Märkte für Finanzinstrumente. Im Vordergrund stehen die Verordnung (EU) 648/2012 (EMIR), die Verordnung (EU) 600/2014 (MiFIR) und die Richtlinie 2014/65/EU (MiFID II). Damit wird bezweckt, die Transparenz zu erhöhen, den Anlegerschutz zu verbessern und den Wettbewerb zu stärken. Grundrechtlich geht es darum, die mitunter kollidierenden Interessen – die Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit (Art. 15 und Art. 16 GRCh) und den Grundsatz des Verbraucherschutzes (Art. 38 GRCh) – einem stimmigen Ausgleich zuzuführen.

Gemäss Art. 46–47 MiFIR ist die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen gegenüber geeigneten Gegenparteien und professionellen Kunden durch Drittlandunternehmen ohne Zweigniederlassung in der EU nur möglich, sofern die EU-Kommission zum Schluss kommt, dass die Finanzmarktregulierung des Drittstaats aufsichtsrechtlich äquivalent ist.⁸¹ Damit wird zwar keine «Deckungsgleichheit» der Regelungen gefordert; gleichwohl «dürfte der faktisch bestehende Spielraum sehr gering sein.»⁸² Wenig überraschend orientieren sich folglich das 2015 verabschiedete Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG)⁸³ sowie das geplante Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und das geplante Finanzinstitutsgesetz (FINIG) eng an den europäischen Vorbilderregelungen. In der Botschaft zum FIDLEG und FINIG hat sich der Bundesrat wie folgt geäussert:

«Die beschriebenen Abweichungen der vorgelegten Gesetzesentwürfe gegenüber den europäischen Normen zur Finanzmarktregulierung lassen sich auf eine Berücksichtigung der besonderen Eigenschaften des Schweizer Finanzmarkts zurückführen. Die vorgeschlagenen Vorschriften enthalten jedoch grundsätzlich keine Vorschriften, die über die Anforderungen der europäischen Regelwerke hinausgehen. Sie stellen kein Hindernis für eine allfällige Äquivalenzanerkennung der Schweiz unter der Verordnung MiFIR dar.»⁸⁴

Es ist nicht anzunehmen, dass das Parlament Änderungen ins Auge fassen wird, welche die Anerkennung der Äquivalenz durch die EU-Kommission ernsthaft gefährden würden.⁸⁵ Der damit einhergehende Marktzugang ist schlicht zu

81 S. dazu ROLF SETHE, Das Drittstaatenregime von MiFIR und MiFID II, SZW 2014, S. 615, 624–625.

82 ROLF H. WEBER/ROLF SETHE, Äquivalenz als Regelungskriterium im Finanzmarktrecht, SJZ 2014, S. 569, 575.

83 SR 958.1.

84 Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8901, 8939–8940; zum FinfraG Botschaft zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG) vom 3. September 2014, BBl 2014 7483, 7509–7512.

85 S. dazu Medienmitteilung der WAK-S vom 17. Oktober 2016: «WAK-S beschliesst international kompatible Regeln für Finanzdienstleister». – In Bezug auf die Schweizer Regulierung und Aufsicht für Teile der Finanzmarktinfrastrukturen (zentrale Gegenparteien, FinfraG) hat die EU-

bedeutsam.⁸⁶ Die Anpassungen an die Rechtsakte der EU erweisen sich faktisch als alternativlos. Eine eigene vorurteilslose Auseinandersetzung mit den zentralen Rechtsfragen findet nur insoweit statt, als Sonderlösungen «kein Hindernis für eine allfällige Äquivalenzanerkennung» darstellen.⁸⁷ Dasselbe gilt auch in Bezug auf die grundrechtlichen Weichenstellungen des EU-Gesetzgebers. Immerhin unterlässt es der Bundesrat nicht, die Zulässigkeit der Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) summarisch zu prüfen; er kommt zum Schluss, dass sich die vorgeschlagenen Regelungen als verfassungskonform erweisen.⁸⁸

IV. (Noch) keine Rezeption von EuGH-Urteilen

Diverse *causes célèbres*, in denen der EuGH grundrechtliches Neuland betreten und richtungsweisende Präjudizien gefällt hat, sind jüngeren Datums. Bis zu einer Befassung durch die schweizerischen Gerichte mit gleichgelagerten Fällen bleibt offen, ob von der Vorleistung des EuGH profitiert werden soll oder ob die besseren Gründe dafür sprechen, eine eigenständige Praxis zu entwickeln. Dies gilt paradigmatisch für die EuGH-Urteile Kadi von 2008 (1) und Google von 2014 (2). Das Bundesgericht hat sich (noch) nicht zur Bedeutung dieser Urteile in der Schweiz geäußert.

1. UNO-Sanktionen und Rechtsschutz: Urteil Kadi von 2008

Im Urteil Kadi stellte der EuGH fest, dass eine Überprüfung der Grundrechtskonformität von Sekundärrechtsakten auch dann unabdingbar ist, wenn es sich um restriktive Massnahmen handelt, mit denen Resolutionen des UNO-Sicherheitsrates umgesetzt werden.⁸⁹ Dieses Urteil bedeutete für den Grundrechtsschutz in der EU einen Meilenstein. Das beherzte Vorgehen des EuGH kompensiert das Versagen auf völkerrechtlicher Ebene; bis heute erfüllt das *De Listing*-Verfahren der UNO grundlegende rechtsstaatliche Mindestgarantien nicht. Der EuGH war als mächtiges Höchstgericht der EU institutionell in der Lage, dieses Defizit im UNO-Recht nicht nur zu benennen, sondern gestützt auf das unionale Verfassungsrecht auch Remedur zu schaffen.

Das Bundesgericht hatte sich in den Urteilen Nada von 2007 und Al-Dulimi von 2008 – wenige Monate vor dem Urteil Kadi des EuGH – für eine gegentei-

Kommission die Äquivalenz gestützt auf Art. 25 EMIR in der Zwischenzeit anerkannt, s. Pressemitteilung vom 13. November 2015 (IP/15/6075).

86 Wenngleich sich die Zulässigkeit der Erbringung von – wirtschaftlich noch bedeutsameren – Dienstleistungen gegenüber Kleinanlegern weiterhin nach dem Recht des betroffenen Mitgliedsstaats bestimmt, s. Art. 39 MiFID II.

87 Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 84), S. 8939–8940.

88 Ibid., S. 9091.

89 Urteil Kadi, C-402/05 P und C-415/05 P, EU:C:2008:461; dazu auch oben B.I.1.; zum Ganzen GRÁINNE DE BÚRCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*, Harv. Int'l L.J. 2010, S. 1–49.

lige Lesart des Verhältnisses von UNO-Recht und nationalem Grundrechtsschutz ausgesprochen. Gemäss Bundesgericht kann die Grundrechtskonformität von Embargoverordnungen, mit denen der Bundesrat verbindliche Resolutionen des UNO-Sicherheitsrates umsetzt, in der Schweiz nicht überprüft werden.⁹⁰ Als Begründung für die Verpflichtung, UNO-Resolutionen ohne weitere Prüfung umzusetzen, verwies das Bundesgericht auf den absoluten Vorrang der UNO-Charta vor anderen internationalen Übereinkünften und vor dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten (Art. 103 UNO-Charta); es stützte sich dabei auf den Entscheid des EuG in Sachen Kadi, welcher in der Folge vom EuGH aufgehoben wurde.⁹¹ Wenig überraschend wurde das bundesgerichtliche Verdikt kontrovers rezipiert. Auf der einen Seite bleibt der Grundrechtsschutz bei der Umsetzung von UNO-Sanktionen *in limbo*; das ist unbefriedigend. Auf der anderen Seite sind die bundesgerichtlichen Erwägungen durchaus nachvollziehbar. Nationale Höchstgerichte, welche UNO-Sanktionen im Licht des nationalen Verfassungsrechts überprüfen und ihren Anwendungsvorrang im Verletzungsfall verneinen, untergraben die Bemühungen der Staatengemeinschaft im Kampf gegen den Terrorismus; sie unterminieren die ohnehin prekäre Normativität des UNO-Rechts.⁹² Vor diesem Hintergrund scheint es verständlich, dass sich das Bundesgericht mit dem Gedanken schwer tat, soweit ersichtlich als erstes nationales Gericht überhaupt die Prämisse des Vorrangs von UNO-Recht bzw. verbindlichen UNO-Resolutionen zu durchbrechen.

Seit den Urteilen Nada von 2007 und Al-Dulimi von 2008 hat sich die Rechtslage auch in der Schweiz weiterentwickelt. Beide Urteile wurden an den EGMR weitergezogen. Der EGMR kam zum Schluss, dass die EMRK die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Überprüfung einer UNO-Resolution bzw. ihrer Umsetzung zuzulassen, sofern die fragliche Resolution eine Überprüfung nicht ausdrücklich ausschliesst (wobei sich diese Überprüfung auf eine Willkürkontrolle beschränken mag); im Einzelnen bleibt allerdings weiterhin manches ungeklärt.⁹³ Es ist zu erwarten, dass das Bundesgericht in einem nächsten Grundsatzurteil nicht nur die zwischenzeitlich ergangene Praxis des EGMR aufarbeiten, sondern auch zur Bedeutung des Urteils Kadi des EuGH für das schweizerische Recht Stellung nehmen wird. Auf diese Weise könnte das Urteil Kadi seine Spuren über das EU-Recht hinaus auch in der Schweiz hinterlassen. Es könnte in Ergänzung zur EMRK das Zünglein an der Waage spielen, bei der Terrorismusbekämpfung auch im schweizerischen Recht eine stärkere Grund-

90 BGE 133 II 450; Urteil des BGer 2A.783/2006 vom 23. Januar 2008; eine Verpflichtung zur Beachtung der Grundrechte besteht, sofern bei der Umsetzung ein Handlungsspielraum verbleibt.

91 Ibid., E. 5, u. V.a. das Urteil Kadi, T-315/01, EU:T:2005:332.

92 Ibid., E. 6.2.

93 Urteil vom 12. September 2012, Nada gegen Schweiz, Nr. 10593/08 (inkl. einer *concurring opinion* des Schweizer Richters Giorgio Malinverni); Urteil vom 21. Juni 2016, Al-Dulimi und Montana Management AG gegen Schweiz, Nr. 5809/08 (inkl. einer *concurring opinion* der Schweizer Richterin Helen Keller).

rechtssensibilität an den Tag zu legen. Die Schweiz würde vom grundrechtsfreundlichen Rückenwind profitieren, den der EuGH mit dem Urteil Kadi erzeugt hat.

2. *Internetsuchmaschinenbetreiber und Datenschutz:
Urteil Google von 2014*

Im Urteil Google leitete der EuGH aus dem unionalen Datenschutzrecht ein Recht auf Vergessenwerden im Internet ab.⁹⁴ Er bejahte einen Anspruch auf Löschung personenbezogener Daten gegenüber einem privaten Internetsuchmaschinenbetreiber, *in casu* Google, sofern einer solchen Löschung keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Der EuGH misst dem Schutz der Privatsphäre und dem Datenschutz bei der Auslegung von Art. 12 und Art. 14 der Richtlinie 95/46/EG (allgemeine Datenschutzrichtlinie) ein erhebliches Gewicht zu, weil die Richtlinie «darauf abzielt, ein hohes Niveau des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere der Privatsphäre, natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu gewährleisten.»⁹⁵ Demgegenüber setzt sich der EuGH – im Gegensatz zum Generalanwalt – nur *en passant* mit der Berufsfreiheit, der unternehmerischen Freiheit und der Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit auseinander; diese Grundrechte werden durch das Recht auf Vergessenwerden ebenfalls tangiert.⁹⁶ Die allgemeine Datenschutzrichtlinie wird in Bälde durch die Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung) abgelöst. Art. 17 dieser Verordnung sieht neu ausdrücklich ein «Recht auf Vergessenwerden» vor. Damit wird der Individualrechtsschutz gestärkt, auch wenn diese Bestimmung kompliziert formuliert ist und der Konkretisierung durch die rechtsanwendenden Behörden bedarf.

Die schweizerischen Gerichte haben sich bis heute nicht dazu geäußert, ob ein Internetsuchmaschinenbetreiber gestützt auf das schweizerische Datenschutzrecht verpflichtet ist, Verlinkungen zu löschen und Ergebnislisten anzupassen. Es ist zu vermuten, dass das Bundesgericht bei einer entsprechenden Befassung das Urteil Google des EuGH in seine Entscheidungsfindung einfließen lassen und zu analogen Schlussfolgerungen kommen dürfte. Die einschlägigen Bestimmungen in der Schweiz (v.a. Art. 12 Abs. 2 lit. b und Art. 15 Abs. 1 DSG) stimmen mit den denjenigen in der EU (Art. 12 lit. b und Art. 14 Abs. 1

94 Urteil Google, C-131/12, EU:C:2014:317; dazu ULRIKE I. HEINRICH/ROLF H. WEBER, Braucht die Schweiz ein Recht auf Vergessen im Internet?, SJER 2013/2014, 2014, S. 301, 306–310.

95 Ibid., Rz. 66.

96 S. zur Kritik, der EuGH hätte die Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit zu wenig gewichtet, DANIEL HÜRLIMANN, Das Google-Urteil des EuGH und die Entfernungspflicht von Suchmaschinen nach schweizerischem Recht, in: *sui-generis* 2014; zum Ganzen auch ROLF H. WEBER/ULRIKE I. HEINRICH, Verletzt das Recht auf Vergessen(werden) des EuGH die Meinungsäusserungsfreiheit?, in: Jusletter IT 11. Dezember 2014, Rz. 24–40.

lit. a der allgemeinen Datenschutzrichtlinie; Art. 17 der Datenschutz-Grundverordnung) inhaltlich weitgehend überein.⁹⁷ Es sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, im Rahmen des autonomen Nachvollzugs von der Auslegung des EuGH abzuweichen.⁹⁸ Diese Lesart wird vom Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) geteilt: «Dieses Urteil hat zweifellos auch Auswirkungen für die Internetuser in der Schweiz.»⁹⁹

Es ist fraglich, ob das Bundesgericht alleine bereit gewesen wäre, gestützt auf eine betont grundrechtliche Auslegung des Datenschutzrechts einen weltweit tätigen Internetsuchmaschinenbetreiber zu verpflichten, seine Geschäftspraktiken erheblich zu ändern.¹⁰⁰ Hätte ein entsprechendes Urteil tatsächlich die gewünschte Wirkung entfaltet? Wäre es praktisch möglich gewesen, ein solches Urteil in der Schweiz durchzusetzen, während im angrenzenden Ausland weiterhin niedrigere Schutzstandards gelten? Oder bedarf es dafür zwingend eines (zumindest) paneuropäisch koordinierten Vorgehens? Im Nachgang zum Paukenschlag aus Luxemburg scheint die Sachlage demgegenüber klar: Ein Urteil des Bundesgerichts, wonach auch das schweizerische Datenschutzrecht ein Recht auf Vergessenwerden im Internet kennt, wird einen kleinen Schritt darstellen, der kaum noch Schlagzeilen generieren dürfte. Zumindest mit Blick auf Google ist eine solche Klärung zudem ohnehin nicht mehr nötig. Google setzt die Vorgaben des EuGH-Urteils bereits heute auch in der Schweiz um. Es ist möglich, bei Google Schweiz einen «Antrag auf Entfernen von Suchergebnissen nach europäischem Datenschutzrecht» zu stellen. Von dieser Möglichkeit wird rege Gebrauch gemacht. Google Schweiz hatte bereits einige Monate nach der Veröffentlichung des EuGH-Urteils Links zu mehreren Tausend Webseiten gelöscht – ohne Zutun der schweizerischen Behörden.¹⁰¹

97 HÜRLIMANN (Fn. 96), Rz. 45–47; zum Recht auf Vergessenwerden in der anstehenden DSG-Revision Postulat 12.3152 «Recht auf Vergessen im Internet» vom 14. März 2012, eingereicht von NR Jean Christophe Schwaab.

98 S. allg. zur Maxime, das Datenschutzrecht dem EU-Recht anzupassen, RAINER J. SCHWEIZER, in: Passadelis/Rosenthal/Thür (Hrsg.), *Datenschutzrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis*, 2015, § 1 Rz. 1.12; zur Bedeutung des Beschlusses der Kommission betr. Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus oben C.III.1.; gemäss HEINRICH/WEBER (Fn. 94), S. 315, dürfte es unwahrscheinlich sein, dass die EU das Schutzniveau in der Schweiz allein wegen des Fehlens eines Rechts auf Vergessenwerden nicht mehr als gleichwertig erachten würde.

99 Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB): Erläuterungen zum Recht auf Vergessen, abrufbar auf <www.edoeb.admin.ch/datenschutz>; a.M. HÜRLIMANN (Fn. 96), Rz. 53.

100 S. dazu aber auch BGE 138 II 346, in dem das BGer Google zur Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes bei der Publikation von Personendaten in «Google Street View» verpflichtete, allerdings unter Inkaufnahme (und in Abkehr vom Urteil des BVerfG), dass 1% der Bilder ungenügend anonymisiert ins Internet gelangen und darauf erkennbare Personen und Fahrzeugkennzeichen erst auf Anzeige hin manuell unkenntlich gemacht werden (E. 10).

101 NZZ vom 12. Oktober 2014: Google Schweiz löscht Links zu 4910 Webseiten; FABIAN VOGT, Google beginnt, in der Schweiz Links zu löschen. Aber dürfen die das überhaupt?, 18. August 2014, <www.computerworld.ch>.

D. Schluss

Das schweizerische Recht wird auch im Bereich des Grundrechtsschutzes zunehmend durch das EU-Recht beeinflusst. Das traditionelle grundrechtliche Arsenal – die kantonalen Verfassungen, die Bundesverfassung, grundrechtsähnliche Gewährleistungen der bilateralen Verträge, die EMRK und weitere völkerrechtliche Verträge – wird um die Grundrechtecharta erweitert und erfährt eine Verdichtung. Mit dem EuGH betritt zudem ein weiteres Höchstgericht die Bühne, dessen Spruchpraxis in Ergänzung zur Rechtsprechung des EGMR wesentlich zur Weiterentwicklung des Grundrechtsschutzes in Europa beiträgt. Juristinnen und Juristen stehen auch in der Schweiz vermehrt vor der Herausforderung, Grundrechtsfragen nicht mehr allein aus der vertrauten Warte der bekannten landes- und völkerrechtlichen Instrumente anzugehen, sondern ebenso mit Blick auf die unionalen Grundrechte und deren Auslegung durch den EuGH. Auch im Grundrechtsbereich ist zunehmend ein «Europareflex» zu beobachten.¹⁰²

Die Schweiz profitiert von den grundrechtlichen Vorleistungen im EU-Recht in mannigfaltiger Weise. Gleichzeitig sind die schweizerischen Behörden gut beraten, Anlehnungen an das EU-Recht und die damit einhergehende Übernahme von grundrechtlichen Weichenstellungen transparent auszuweisen und die Vor- und Nachteile einer Übernahme, auch im Licht verfügbarer Alternativen, zu benennen und abzuwägen. Der Prozess der fortlaufenden Europäisierung des schweizerischen Rechts auch im Grundrechtsschutz soll bewusst erfolgen. Dazu gehört, autonome Lösungen zu wählen, wenn sich unterschiedliche und spezifisch auf die jeweiligen Rechtsordnungen zugeschnittene Praktiken entwickelt haben und sich eine Gleichschaltung nicht als stimmig erweist.

Zusammenfassung

Dieser Beitrag formuliert die These, dass die unionalen Grundrechte auch in der Schweiz eine mitunter bedeutsame Rolle spielen. Im Vordergrund stehen Leiturteile des EuGH, welche für die (Weiter-) Entwicklung des Grundrechtsschutzes in ganz Europa prägend sind. Ein Beachtungsgebot gilt bei der Auslegung von bilateralen Verträgen, welche auf EU-Recht beruhen; Art. 3 der Dublin III-Verordnung verweist sogar direkt auf Art. 4 GRCh. Des Weiteren wirken die unionalen Grundrechte im Rahmen der Rechtsvergleichung und des autonomen Nachvollzugs auf die schweizerische Rechtsordnung ein. Dabei ist die Schweiz zeitweise faktisch gezwungen, das eigene Recht an das europäische anzupassen und dabei reflexartig auch grundrechtlich bedeutsame Weichenstellungen zu

102 S. zum Europareflex oben Fn. 42.

akzeptieren; namentlich wirtschaftliche Erwägungen lassen eine Angleichung gleichsam als alternativlos erscheinen. Das Datenschutzrecht und das Finanzmarktrecht bieten illustrative Beispiele. Diverse *causes célèbres* des EuGH sind jüngeren Datums. Bis zu einer Befassung durch die schweizerischen Gerichte mit gleichgelagerten Fällen bleibt offen, ob von der Vorleistung des EuGH profitiert werden soll. Dies gilt paradigmatisch für die EuGH-Urteile Kadi von 2008 und Google von 2014. Dieser Beitrag trägt zur Diskussion über den grundrechtlichen Dialog der Gerichte in Europa bei, wobei es sich im Verhältnis des EuGH zu den schweizerischen Höchstgerichten nicht um einen gegenseitigen (informellen) Austausch handelt, sondern um eine einseitige Inspiration und Übernahme.

Résumé

La présente contribution émet la thèse qu'en Suisse également, les droits fondamentaux de l'Union européenne sont d'une importance parfois capitale. Le premier plan est alors occupé par les arrêts de référence de la CJUE, ceux qui marquent l'évolution et le développement de la protection des droits fondamentaux dans toute l'Europe. Lors de l'interprétation de conventions bilatérales fondées sur le droit de l'UE, l'application de cette jurisprudence est obligatoire; l'art. 3 du Règlement Dublin III renvoie même directement à l'art. 4 Ch. dr. fond. UE. Pour le surplus, les droits fondamentaux de l'Union exercent une influence sur l'ordre juridique suisse dans le cadre du droit comparé et de l'adaptation autonome. Dans les faits, il arrive que la Suisse soit contrainte d'adapter sa propre législation au droit européen et donc d'adopter quasi automatiquement des orientations significatives en matière de droits fondamentaux; c'est à la lumière de considérations économiques notamment qu'il n'y a pratiquement aucune alternative à une telle harmonisation. Le droit de la protection des données et celui des marchés financiers illustrent bien cette situation. Diverse causes célèbres de la CJUE sont relativement récentes. Tant que les tribunaux suisses ne se seront pas prononcés sur des cas semblables, la question de savoir s'il serait opportun de profiter des travaux préalables de la CJUE reste ouverte. À titre paradigmatique, cela vaut également pour les décisions que la CJUE a rendues dans les causes Kadi en 2008 et Google en 2014. Le présent article nourrit la discussion relative au dialogue judiciaire européen en matière de droits fondamentaux, le rapport entre la CJUE et les tribunaux suisses de dernière instance n'étant toutefois pas celui d'un échange (informel) réciproque, mais celui d'une inspiration et d'une reprise unilatérales.