

Das für die Schengen- und die Dublin-Assoziierung massgebliche Recht: Publikation und Zugang

Daniel Wüger | *Die rechtlichen Grundlagen der Assoziierung der Schweiz an Schengen und Dublin sind ohne vertiefte Kenntnisse des relevanten EU-Rechts kaum zu überblicken. Diese beiden Abkommen verfügen, im Vergleich zu anderen bilateralen Abkommen mit der EU, über keine Anhänge, die den geltenden Bestand des zu übernehmenden EU-Rechts geordnet auflisten. Der für die Schweiz massgebende Besitzstand des EU-Rechts ist über mehrere Stellen verteilt. Verschiedene Hilfsmittel erleichtern jedoch das Auffinden des relevanten Rechts (Register der bilateralen Verträge der BK, Publikationsplattform EUR-Lex der EU). Insbesondere können die Rechtsadressatinnen und -adressaten vermutlich davon ausgehen, dass die auf der Publikationsplattform EUR-Lex der EU verfügbaren konsolidierten Fassungen der EU-Rechtsakte des Schengen- und des Dublin-Besitzstands den massgeblichen bilateralen Rechtsbestand wiedergeben, da im Rahmen der Schengen- und der Dublin-Assoziierung eine grundsätzliche Pflicht zur Übernahme neuen EU-Rechts besteht. Der Zugang zum für die Schweiz massgebenden Schengen- und Dublin-Recht kann als zufriedenstellend bezeichnet werden.*

Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Das relevante EU-Recht
 - 2.1 Entstehungsgeschichte
 - 2.2 Rechtliche Architektur der Schengener Zusammenarbeit
 - 2.3 Rechtsgrundlagen der Dubliner Zusammenarbeit
- 3 Mit den Assoziierungsabkommen übernommenes EU-Recht und seine Publikation
 - 3.1 Verweisung und Publikationsrecht
 - 3.2 Schengen- und Dublin-Besitzstand im Moment der Unterzeichnung der Assoziierungsabkommen
 - 3.3 «Multilateralisierung» der Assoziierungsabkommen
- 4 Weiterentwicklung des bilateralen Rechtsrahmens
 - 4.1 Weiterentwicklungen und das innerstaatliche Verfahren in der Schweiz
 - 4.2 Notenaustausche zur Übernahme von Weiterentwicklungen des Schengen-/Dublin-Besitzstandes und die Frage ihrer Publikation
 - 4.3 Zusatzvereinbarungen zu einzelnen Weiterentwicklungen
- 5 Bewertung

1 Einleitung

Die Schengener und Dubliner Zusammenarbeit hat ihre Wurzeln in den 1980er-Jahren innerhalb der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG)¹, wie die Einheitliche Europäische Akte (EEA, vgl. ABL 1987 L 169, S. 2) belegt. Mit der EEA wurde insbesondere der Vertrag zur Gründung der EWG (EWG-Vertrag) geändert. Artikel 13 EEA fügte einen Artikel 8a in den EWG-Vertrag ein, der den Binnenmarkt definierte als einen «Raum ohne Binnengrenzen ... in dem der freie Ver-

kehr von ... Personen ... gewährleistet ist». Die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen sollte das Ziel der Schengener Zusammenarbeit werden, die jedoch über die Regelung von Grenzbelangen hinausgeht. Um allfälligen negativen Auswirkungen der Abschaffung der Grenzkontrollen vorzubeugen, wurde im Rahmen von Schengen eine Reihe migrations- und sicherheitspolitischer Begleitmassnahmen beschlossen.

Auch die Dubliner Zusammenarbeit ist in Verbindung mit dem Ziel der Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes ohne Grenzkontrollen zu sehen. Mit der Festlegung der Zuständigkeit zur Prüfung eines in einem Schengen-Staat gestellten Asylgesuchs und der Verpflichtung des zuständigen Staates, die asylsuchende Person allenfalls aufzunehmen, sollte befürchteten Wanderbewegungen entgegengewirkt werden (vgl. Filzwiesser/Spring 2010, 24). Gleichzeitig werden negative Kompetenzkonflikte verhindert, die zu Situationen führen können, in denen sich kein Staat für die Prüfung eines Asylgesuches zuständig wähnt.

Für die Schweiz, von Schengen- und Dublin-Staaten umgeben, war es ein Anliegen, nicht als einziges Land im selben geografischen Einzugsbereich von dieser Zusammenarbeit ausgeschlossen zu sein. Es wurde befürchtet, dass dadurch die Attraktivität der Schweiz als Asylland über Gebühr gesteigert würde. Die Verstärkung der Überwachung und Kontrolle von Grenzen mit Drittstaaten wie der damaligen Schweiz hätte negative Konsequenzen für Wirtschaft und Alltag haben können. Schliesslich wurde auch eine Teilnahme an der sich mehr und mehr in die EU verlagernden europäischen sicherheitspolitischen Zusammenarbeit, die Schengen mit sich brachte, als gewinnbringend erachtet.

Die Schweiz bekundete bereits in den 1990er-Jahren ihr Interesse an einer Beteiligung an der Schengener und Dubliner Zusammenarbeit. Nach dem EWR-Nein bestand auf Seiten der EU jedoch kein Interesse an Verhandlungen. Erst mit dem Abschluss des Personenfreizügigkeitsabkommens vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681) änderte sich dies. Die Schweiz und die EU unterzeichneten in der Folge am 26. Oktober 2004 das Schengen- (SAA; SR 0.362.31) und das Dublin-Assoziierungsabkommen (DAA; 0.142.392.68). Es dauerte nochmals vier weitere Jahre, bis die beiden Abkommen am 12. Dezember 2008 vollständig in Kraft traten.

SAA und DAA sind Ausgangspunkt einer komplexen rechtlichen Architektur der Assoziierung der Schweiz, die sich auch in publikationsrechtlicher Hinsicht äussert. Die allgemein bekannten Herausforderungen, die mit der Publikation des Rechts der bilateralen Verträge einhergehen, stellen sich auch im Rahmen von Schengen und Dublin. Es kommt dazu, dass die rechtlichen Grundlagen der EU aufgrund der Entstehungsgeschichte der Schengener und der Dubliner Zusammenarbeit anders als in anderen Gebieten fragmentiert und heterogen sind.

2 Das relevante EU-Recht

2.1 Entstehungsgeschichte

Die Schengener und die Dubliner Zusammenarbeit wurden zwar durch Mitgliedstaaten der EU, aber ausserhalb des Rechtsrahmens der EU begründet. Zum Zeitpunkt des Abschlusses der entsprechenden Vereinbarungen – dem Schengener Übereinkommen (SÜ), dem Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) und dem Dubliner Übereinkommen (DÜ) – existierte die EU noch nicht. Die damals bestehenden supranationalen Europäischen Gemeinschaften (die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl [EGKS] und Euratom) verfügten über keine Kompetenzen in den Schengener und Dubliner Zusammenarbeitsbereichen. Dennoch wiesen SÜ, SDÜ und DÜ viele Bezüge zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auf, nicht zuletzt mit ihrem Ziel, zum freien Personenverkehr beizutragen.

Erst der am 7. Februar 1992 unterzeichnete Vertrag über die Europäische Union (EUV, vgl. für den EUV in der Fassung des Maastrichter Vertrags [«EUV-Maastricht»] ABl. 1992 C 224, S. 2), auch als Vertrag von Maastricht bezeichnet, begründete die EU. Der EUV errichtete ein institutionelles Dach für die bestehenden supranationalen Europäischen Gemeinschaften und führte eine institutionalisierte intergouvernementale Zusammenarbeit im Bereich der Aussenpolitik (Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik, GASP) sowie im Bereich Justiz und Inneres ein. Mit seinem Inkrafttreten am 1. November 1993 wurde die sogenannte Dreisäulenstruktur eingeführt: Die bestehenden Europäischen Gemeinschaften bildeten die 1. Säule; sie wurden auch weiterhin weitgehend durch separate Verträge geregelt (für die im damaligen Zeitpunkt konsolidierte Fassung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [EGV] vgl. ABl. 1992 C 224, S. 6). Die GASP (2. Säule) und die Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres (3. Säule) waren alleine im EUV geregelt. Die 2. und die 3. Säule zeichneten sich durch ihren intergouvernementalen Charakter aus, obwohl die Zusammenarbeit im Rahmen der Organe der EU erfolgte (Ministerrat, Kommission und Europäisches Parlament).

Die Europäische Union Maastrichter Fassung hatte bereits die Entwicklung einer engen Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres zum Ziel (vgl. Art. B EUV-Maastricht). Über supranationale Kompetenzen zur Ergreifung konkreter Massnahmen verfügte die EU in diesem Bereich jedoch nicht. Dies sollte erst der Vertrag von Amsterdam ändern, der am 1. Mai 1999 in Kraft trat und für die Schengener und die Dubliner Zusammenarbeit unterschiedliche Lösungen vorsah (vgl. unten). Bis dahin erfolgte die Zusammenarbeit zwar im Rahmen der Brüsseler Institutionen, als rechtliches Instrument stand jedoch hauptsächlich der klassische völkerrechtliche Vertrag zur Verfügung.

Bereits dieser kurze Abriss der Entwicklungsgeschichte deutet auf die rechtliche Komplexität hin, welche die beiden Zusammenarbeitsbereiche Schengen und Dublin aufweisen. Deren Verständnis ist für die publikationsrechtlichen Implikationen wichtig. Im Folgenden wird deshalb detailliert auf die beiden Rechtsgebiete der EU eingegangen.

2.2 Rechtliche Architektur der Schengener Zusammenarbeit

Die Schengener Zusammenarbeit basiert auf einem komplexen Gebilde völkerrechtlicher Verträge, völkerrechtlichem Sekundärrecht und Erlassen der EU. Sie wurde von Belgien, Deutschland, Frankreich, Luxemburg und den Niederlanden mit dem Abschluss des SÜ am 14. Juni 1985 (vgl. dessen Abdruck in ABl. 2000 L 239, 13) begründet. Ihr langfristiges Ziel war insbesondere ein vollständiger Abbau der fremdenpolizeilichen Grenzkontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Binnengrenzen). Während das SÜ noch weitgehend programmatische Normen enthielt, schlossen diese Staaten 1990 das SDÜ, das konkrete Verpflichtungen insbesondere zum Abbau der fremdenpolizeilichen Binnengrenzkontrollen enthält (in Kraft getreten am 26.3.1995, vgl. dessen Abdruck in ABl. 2000 L 239, 19). Als flankierende Massnahmen zum Abbau der Binnengrenzkontrollen wurden gemeinsame Richtlinien für die Kontrolle und Überwachung der Grenzen mit Drittstaaten, d. h. der gemeinsamen Aussengrenzen, eingeführt. Weitere flankierende Massnahmen wurden insbesondere für Kurzzeitvisa, für die Polizeizusammenarbeit, gegen den Drogen- und Waffenschmuggel sowie für die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen vereinbart. Das SDÜ schuf auch einen institutionellen Rahmen, insbesondere den sogenannten Exekutivausschuss, in dem jeder Mitgliedstaat vertreten war und der mittels einstimmigem Beschluss in gewissen Bereichen auch rechtsetzend tätig werden konnte (vgl. z. B. den Beschluss vom 23. Juni 1998 über die Abstempelung der Pässe der Visumantragsteller [SCH/Complex (98) 21; ABl. 2000 L 239, S. 200] der zur Verhinderung von Mehrfachanträgen die Anbringung eines Stempels im Pass des Antragstellers vorsieht).

Artikel 140 SDÜ sieht vor, dass jeder Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft mittels eines separaten Übereinkommens beitreten kann. Entsprechende Übereinkommen wurden unterzeichnet mit Italien (27.11.1990), Spanien und Portugal (25.6.1991), Griechenland (6.11.1992), Österreich (28.4.1995) sowie Dänemark, Finnland und Schweden (19.12.1996) (vgl. den Abdruck der einzelnen Abkommen in ABl. 2000 L 239, 63 ff.). In dieser ersten Phase der Schengener Zusammenarbeit hatten einzig Grossbritannien und Irland keinen Beitrittsvertrag zum SDÜ abgeschlossen.

In einer zweiten Phase wurde per 1. Mai 1999, Datum des Inkrafttretens des Amsterdamer Vertrags (vgl. dessen Abdruck in ABl. 1997 C 340, S. 1), der gesamte

Schengen-Besitzstand unter das Dach der EU überführt. Der Amsterdamer Vertrag, der den EUV (vgl. für den EUV in der Fassung des Amsterdamer Vertrags [«EUV-Amsterdam»] ABl. 1997 C 340, S. 145) und den EGV (vgl. für den EGV Amsterdamer Fassung [«EGV-Amsterdam»] ABl. 1997 C 340, S. 173) revidierte, teilte den Zusammenarbeitsbereich Justiz und Inneres auf in migrationsrechtliche Aspekte (Ein-/Ausreise, Aufenthalt, Asyl), die danach in den Bereich der 1. Säule fielen (vom EGV geregelt), und in die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit (damals unter dem Kürzel «PJZ»), die in der intergouvernementalen 3. Säule verblieb. Entsprechend dieser revidierten Dreisäulenstruktur der EU betrafen die Bestimmungen des Schengen-Besitzstands seitdem entweder den Bereich der 1. Säule oder den Bereich der 3. Säule. Für die Aspekte der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen übernahm der Ministerrat die Rolle des Exekutivausschusses. Die Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands in den migrationsrechtlichen Bereichen erfolgte unter den institutionellen Bestimmungen des EGV.

Nach dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags regelten verschiedene Protokolle grundlegende institutionelle Aspekte der Schengener Zusammenarbeit. Die oben dargestellten bisherigen Erlasse des Schengen-Besitzstandes wurden mit dem sogenannten Schengen-Protokoll («Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union», vgl. ABl. 1997 C 340, 93) in den Rahmen der EU einbezogen. Für die Weiterentwicklungen ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Amsterdamer Vertrags beauftragte das Protokoll zudem den Ministerrat, mittels einstimmigem Beschluss die neuen einschlägigen Rechtsgrundlagen für die einzelnen bisherigen Erlasse des Schengen-Besitzstands festzulegen. Mit diesem Beschluss vom 20. Mai 1999 (vgl. ABl. 1999 L 176, S. 17) erfolgte die konkrete Zuweisung der einzelnen Regelungsbereiche in die 1. und die 3. Säule. Gleichzeitig wurde damit auch festgelegt, auf der Basis welcher konkreten Kompetenzgrundlagen die bestehenden Erlasse geändert, d. h. weiterentwickelt werden sollen (vgl. auch Fungueiriño-Lorenzo 2002, 135 f.). Auch die Beitrittsverträge zum SDÜ mussten in das EU-Recht übernommen werden. An die Zusammenarbeitsbereiche, die in die 3., intergouvernementale Säule der EU fielen, waren die später dem SDÜ beigetretenen Staaten nämlich nicht schon kraft ihrer EU-Mitgliedschaft, sondern über ihre Beitrittsverträge gebunden. Mit der Übernahme in das EU-Recht wurde im Übrigen das gesamte Schengen-Recht in seinem damaligen Stand im Amtsblatt der EU publiziert (vgl. ABl. 2000 L 239, S. 1 ff.; zum Publikationsrecht der EU vgl. Kellerhals/Baumgartner 2011).

Mit der Übernahme in den Rechtsrahmen der EU waren aber noch nicht sämtliche institutionellen Aspekte hinreichend geregelt. Wie oben dargestellt, waren zum Zeitpunkt des Abschlusses des Amsterdamer Vertrags Irland und Grossbritannien dem SDÜ nicht beigetreten. Diese beiden Länder waren auch weiterhin

nicht bereit, den Schengen-Besitzstand, soweit er die Vorschriften über Grenzkontrollen, Einreise und Aufenthalt betraf, zu übernehmen. Dänemark weigerte sich, weitere Kompetenzbereiche an die EU abzutreten. Es beanspruchte für sich die Freiheit, weiterhin an der Schengener Zusammenarbeit beteiligt zu bleiben, als ob es kein Mitgliedstaat der EU wäre (vgl. Fungueiriño-Lorenzo 2002, 149 f.). Die Sonderstellung der drei Länder ist bis heute erhalten geblieben. Die Schengener Zusammenarbeit stellt deshalb in der Terminologie der EU eine sogenannte verstärkte Zusammenarbeit dar, ein Zusammenarbeitsbereich, an dem nicht alle Mitgliedstaaten der EU (vollumfänglich) beteiligt sind; häufig auch als ein Aspekt der variablen Geometrie der EU bezeichnet. Die Begründung einer solchen Zusammenarbeit erforderte zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Amsterdamer Vertrags grundsätzlich eine Ermächtigung durch den Rat (vgl. Art. 40 Abs. 2 EUV-Amsterdam), wobei im Fall des Schengen-Besitzstands die Artikel 1 und 5 des Schengen-Protokolls eine solche Ermächtigung enthielten.

Die besondere Stellung Dänemarks, Irlands und Grossbritanniens wird in den Artikeln 3 und 4 des Schengen-Protokolls sowie im Protokoll über die Position Dänemarks (nachfolgend Dänemark-Protokoll, vgl. ABl. 1999 C 340, S. 101) geregelt. Grossbritannien und Irland können jederzeit beantragen, dass einzelne Bestimmungen des Schengen-Besitzstands auf sie Anwendung finden. Ein entsprechender Antrag wurde von den beiden Staaten in den Jahren 1999 bzw. 2000 gestellt und am 29. Mai 2000 vom Rat gutgeheissen (vgl. die Beschlüsse 2000/365/EG, ABl. 2000 L 131, S. 43 bzw. 2002/192/EG, ABl. 2002 L 64, S. 20). Beide Länder beantragten eine umfassende Beteiligung am Schengen-Besitzstand, jedoch mit Ausnahme der erwähnten Bereiche Grenzkontrollen, Einreise und Aufenthalt. An neuen Massnahmen können sich die beiden Länder gemäss Artikel 5 des Schengen-Protokolls auf Antrag beteiligen, sofern diese einen Bereich betreffen, an dem sie bereits teilnehmen (vgl. hierzu EuGH vom 18.12.2007, *Vereinigtes Königreich g. Rat*, Rs. C-77/05, Slg. 2007 I-11459, RN 54 ff.).

Dänemark wird kraft seiner EU-Mitgliedschaft grundsätzlich nicht durch die Massnahmen der Schengener Zusammenarbeit gebunden. Gemäss Artikel 5 des Dänemark-Protokolls hat das Land jedoch innerhalb von sechs Monaten nach der Annahme einer neuen Massnahme des Schengen-Besitzstands zu beschliessen, ob es diese übernehmen möchte. Im positiven Fall begründet der Beschluss Dänemarks eine «Verpflichtung nach dem Völkerrecht» zwischen Dänemark und den übrigen EU-Mitgliedstaaten, die sich an der Massnahme beteiligen (allenfalls mit oder ohne Grossbritannien und Irland).

Kurz nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages wurden auch die EFTA-Staaten Norwegen und Island, die bereits 1996 ein Kooperationsabkommen mit den Schengen-Staaten geschlossen hatten, mittels eines am 19. Dezember 1999

unterzeichneten Assoziierungsabkommens (vgl. ABl. L 176 1999, 36) an der Schengener Zusammenarbeit beteiligt (vgl. auch Art. 6 des Schengen-Protokolls). Es ist nicht geklärt, ob Dänemark, ähnlich wie die Schweiz, eine grundsätzliche Verpflichtung zur Übernahme des gesamten Schengen-Besitzstands hat. Das Land hat bisher jedoch sämtliche Weiterentwicklungen übernommen (vgl. Tekin 2012, 251).

Nach der Übernahme des Schengen-Besitzstands in den Rechtsrahmen der EU erfolgte dessen Weiterentwicklung innerhalb der institutionellen Mechanismen der EU. Im Bereich der 3. Säule standen dem Rat besondere, vom EUV-Amsterdam festgelegte Instrumente des sekundären Völkerrechts zur Verfügung: insbesondere Rahmenbeschlüsse, deren Inhalt sich an den Richtlinien der ersten Säule orientierte, und unmittelbar verbindliche Beschlüsse (Art. 34 EUV-Amsterdam; vgl. z. B. den Rahmenbeschluss 2008/977/JI über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden, ABl. 2008 C 350, S. 60). Im Bereich der 1. Säule erfolgte die Weiterentwicklung mit den damals im EGV vorgesehenen Instrumenten, d. h. insbesondere Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen respektive Beschlüsse (vgl. Art. 249 EGV-Amsterdam). Gewisse Massnahmen fielen sowohl in die 1. als auch in die 3. Säule. Das Schengener Informationssystem zum Beispiel stellt einerseits ein klassisches polizeiliches Fahndungssystem dar. Andererseits enthält es auch Datensätze zu Personen, die mit einem Einreiseverbot belegt sind. Die Erlasse zur Änderung der Rechtsgrundlagen wurden deshalb in dieser Phase immer doppelt verfasst. Ein Rechtsakt der 3. Säule deckte die Aspekte des SIS ab, welche die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit betreffen. Ein anderer wurde zur Regelung der in die 1. Säule fallenden migrationsrechtlichen Aspekte erlassen. Dasselbe gilt für die Rechtsgrundlagen des Nachfolgesystems zum SIS, dem SIS II, das am 9. April 2013 in Betrieb genommen wird (vgl. insb. die Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation [SIS II], ABl. 2006 L 381, S. 4 und den korrespondierenden Beschluss 2007/533/JI über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystem der zweiten Generation [SIS II], ABl. 2007 L 205, S. 63).

Mit dem am 13. Dezember 2007 unterzeichneten Lissabonner Vertrag (vgl. ABl. 2007 C 306, S. 1) schliesslich wurde mit seinem Inkrafttreten am 1. Dezember 2009 die Dreisäulenstruktur der EU aufgehoben und ein einheitlicher institutioneller Rahmen für die gesamte EU geschaffen. Die Rechtsgrundlagen der EU bestehen seither aus dem Vertrag über die Europäische Union (EUV, vgl. die konsolidierte Fassung in ABl. 2012 C 326, S. 13) sowie dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, der den EGV ersetzt hat (AEUV, vgl. die konsolidierte Fassung in ABl. 2012 C 326, S. 47). Die Rechtsgrundlagen der Schen-

gener Zusammenarbeit sind seitdem unter Titel V AEUV vereint. Die Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands erfolgt nach den einheitlichen institutionellen Bestimmungen des AEUV (vgl. insb. die Art. 289 ff.). Sämtliche EU-Mitgliedstaaten, ausser Dänemark aufgrund seiner Sonderstellung, sind nun an das gesamte Schengen-Recht bereits kraft ihrer EU-Mitgliedschaft gebunden. Die Beitrittsverträge zum SDÜ haben deshalb seit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages ihre Bedeutung verloren.

Schengen stellt auch unter dem AEUV weiterhin einen Bereich der verstärkten Zusammenarbeit dar (vgl. die heutige Rechtsgrundlagen in Art. 20 EUV und in den Art. 326-334 AEUV). Das Schengen-Protokoll wurde leicht angepasst, besteht aber als Protokoll Nr. 19 zum EUV und zum AEUV fort (vgl. ABl. 2012 C 326, S. 290). Grossbritannien und Irland wird jedoch neuerdings die Möglichkeit eingeräumt, nachträglich die Beteiligung an einer Massnahme des Schengen-Besitzstands aufzuheben (vgl. Art. 5 Abs. 2–5 des Schengen-Protokolls). Auch das Dänemark-Protokoll (als Protokoll Nr. 22 zum EUV und zum AEUV, ABl. 2012 C 326, S. 299) besteht in weitgehend unveränderter Form weiter. Dänemark kann neu jedoch einseitig beschliessen, an der Schengener und der Dubliner Zusammenarbeit analog wie Grossbritannien oder Irland beteiligt zu sein und nicht mehr analog zu einem Nicht-EU-Mitgliedstaat (vgl. Art. 8 i. V. m. dem Anhang des Dänemark-Protokolls).

2.3 Rechtsgrundlagen der Dubliner Zusammenarbeit

Wesentlich weniger komplex, insbesondere aufgrund der kleineren Menge der relevanten Rechtsakte, gestalten sich die Bestimmungen, welche die Dubliner Zusammenarbeit regeln. Anders als für die Schengener Zusammenarbeit existiert ein analoger Begriff des Dublin-Besitzstandes nicht. Bereits das SDÜ enthielt Bestimmungen über die Zuständigkeit für die Behandlung eines in einem Dublin-Staat gestellten Asylbegehrens (vgl. die Art. 28–38 SDÜ), die jedoch durch diejenigen des am 15. Juni 1990 von sämtlichen 12 damaligen EWG-Mitgliedstaaten in Dublin unterzeichneten Übereinkommens über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags (Dubliner Übereinkommen, DÜ, vgl. ABl. 1997 C 254, S. 19) ersetzt wurden.

Wie erwähnt, verblieb auch unter dem Maastrichter Vertrag die Zusammenarbeit im Bereich des Inneren, und damit die Asylzusammenarbeit, im intergouvernementalen Bereich der 3. Säule. Der klare Bezug zum Binnenmarkt im Sinne eines Raums ohne Binnengrenzen kam im DÜ jedoch an verschiedenen Stellen durch klare Bezüge zur der Europäischen Gemeinschaften zum Ausdruck. Auch stand es wie das SDÜ sämtlichen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften zum

Beitritt offen (vgl. Art. 21 DÜ). Es trat am 1. September 1997 in Kraft. Am 1. Oktober 1997 traten Österreich und Schweden bei, am 1. Januar 1998 Finnland. Mit dem Amsterdamer Vertrag wurden die Rechtsgrundlagen für die Asylzusammenarbeit wie für die übrigen Bereiche der Migrationszusammenarbeit in die 1. Säule der EU aufgenommen. Die EG erhielt damit die Kompetenz, Bestimmungen im Bereich der Asylpolitik zu erlassen. Eine Übernahme des DÜ in den Rechtsrahmen der EU durch einen formellen Akt erfolgte jedoch nicht. Publiziert wurde es im Amtsblatt bereits anlässlich seines Inkrafttretens am 19. August 1997 (vgl. ABl. 1997 C 254, S. 1).

Von seinen neuen Kompetenzen Gebrauch machend, verabschiedete der Rat in einem ersten Schritt die Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 über die Einrichtung von «Eurodac» für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens (Abl. 2000 L 316, S. 1). Die Arbeiten zur Schaffung von Eurodac hatten bereits vor dem Abschluss des Amsterdamer Vertrags begonnen, wobei zunächst ein Übereinkommen als Rechtsgrundlage geplant war (vgl. Peers, 2006, 263 ff.). Damit sollte die Effizienz der Umsetzung des Übereinkommens verbessert werden, indem die Identifizierung von Personen erleichtert wurde, die bereits in einem Dublin-Staat ein Asylgesuch gestellt haben oder illegal in einen Dublin-Staat eingereist sind. 2003 erliess der Rat sodann die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (Dublin-Verordnung, z. T. auch Dublin-II-Verordnung genannt, ABl. 2003 L 50, S. 1), die das DÜ ersetzte (vgl. Art. 24 Dublin-Verordnung).

Ähnlich wie im Rahmen der Schengener Zusammenarbeit beanspruchen Grossbritannien, Irland und Dänemark eine besondere Stellung im Rahmen der Dubliner Zusammenarbeit. Dänemark partizipiert auf der Basis des Dänemark-Protokolls auch im Rahmen von Dublin wie ein Nicht-EU-Mitgliedstaat. Es hatte zunächst beschlossen, die Eurodac- und die Dublin-Verordnung nicht zu übernehmen, und beteiligte sich an der Dubliner Zusammenarbeit weiterhin gestützt auf das DÜ, d. h. auf intergouvernementaler Basis (vgl. den Ersten Bericht über die Aktivitäten der Eurodac Zentraleinheit, SEC (2004) 557 endg., erhältlich auf http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/categories/reports/index_en.htm, besucht am 25.3.2013). In einem dem schweizerischen DAA analogen Abkommen vereinbarten die EG und Dänemark auf Wunsch Dänemarks am 21. Februar 2006 jedoch eine Assoziierung an die Dubliner Zusammenarbeit unter Einschluss der Dublin- und der Eurodacverordnung (vgl. den Text des Abkommens in ABl. 2006 L 66, S. 38). Das Abkommen trat am 27. August 2007 in Kraft.

Grossbritanniens und Irlands Sonderstellung erstreckt sich auch auf den Bereich Asyl. Das betreffende Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs

und Irlands (Protokoll Nr. 20 zum EUV und AEUV «über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts», ABl. 1999 C 340, S. 99) sieht vor, dass für die beiden Staaten Massnahmen im Asylbereich grundsätzlich nicht bindend sind (Art. 2 des Protokolls). Sie können jedoch beantragen, an der Ausarbeitung einer neuen Massnahme teilzunehmen (Art. 3 des Protokolls) oder sich nachträglich an einer bereits angenommenen Massnahme zu beteiligen (Art. 4 des Protokolls). Bereits im Rahmen der Ausarbeitung der Eurodac- und der Dublin-Verordnung hatten die beiden Staaten mitgeteilt, dass sie sich an deren Annahme und Anwendung beteiligen möchten (vgl. Begründungserwägung 20 der Eurodac-Verordnung bzw. Begründungserwägung 17 der Dublin-Verordnung). Beide Verordnungen traten folglich für Grossbritannien und Irland gleichzeitig in Kraft wie für die übrigen teilnehmenden EU-Mitgliedstaaten.

Norwegen und Island schlossen mit der EU am 19. Januar 2001 ein Abkommen über die Assoziierung an die Dubliner Zusammenarbeit ab, das am 1 April 2001 in Kraft trat (vgl. ABl. 2001 L 93, S. 40).

Der Lissabonner Vertrag schliesslich änderte nichts an den dargestellten Rechtsgrundlagen der Dubliner Zusammenarbeit. Diese befinden sich nun ebenfalls in Titel V AEUV, auf deren Basis die EU zurzeit an einer Revision der Dublin- und der Eurodac-Verordnung arbeitet.

3 Mit den Assoziierungsabkommen übernommenes EU-Recht und seine Publikation

3.1 Verweisung und Publikationsrecht

Mit dem Schengen-Assoziierungsabkommen (SAA) und dem Dublin-Assoziierungsabkommen (DAA) hat sich die Schweiz verpflichtet, eine beträchtliche Anzahl von Erlassen der EU umzusetzen und anzuwenden (vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 SAA, Art. 1 Abs. 1 und 4 DAA). Im SAA sind diese Erlasse in zwei Anhängen, Anhang A und Anhang B, aufgeführt. Das DAA listet die zu übernehmenden Rechtsakte in Artikel 1 Absätze 1 und 4 auf. Der Haupttext der Abkommen begnügt sich weitestgehend mit der Festlegung eines institutionellen Rahmens, insbesondere der Festlegung von Verfahren zur Änderung des unter den Verträgen relevanten Rechtsrahmens.

Im Falle des SAA stellen die übernommenen Rechtsakte den Schengen-Besitzstand dar, wie er sich zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des SAA am 26. Oktober 2004 präsentierte. Dazu gehören Erlasse der oben beschriebenen ersten und zweiten Phase der Schengener Zusammenarbeit. Wie erwähnt gibt es einen zu «Schengen-Besitzstand» analogen Begriff im Bereich der Dubliner Zusammenarbeit nicht. Die Zahl der zu übernehmenden Rechtsakte ist wesentlich geringer als beim SAA und beschränkt sich auf die Dublin- und die Eurodac-Verordnung,

die auf diese Erlasse gestützten Durchführungsverordnungen der Kommission sowie die allgemeine Datenschutzrichtlinie 95/46/EG. Auch diese Erlasse wurden im Stand übernommen, den sie im Zeitpunkt der Unterzeichnung des DAA am 26. Oktober 2004 hatten.

Das SAA und das DAA wenden damit die bereits mit dem EWR-Abkommen etablierte Lösung der Aufnahme des durch die Vertragspartei der EU zu übernehmenden EU-Rechts in der Form von Verweisungen an. Es handelt sich dabei um sogenannte konstitutive Aussenverweise, d. h. um Verweise auf Texte, die nicht im Rechtsetzungsverfahren des Bundes entstanden sind (Moll 2011, 213). Die Verweisungen sind zudem statisch, d. h. sie verweisen auf die Texte in ihrer Fassung zu einem bestimmten Zeitpunkt. Nachträgliche Anpassungen am Verweisobjekt führen nicht zu einer materiellen Änderung des Erlasses, der den Verweis enthält. Grundsätzlich werden die aufgelisteten Rechtsakte durch die Verweisung zu einem integralen Bestandteil dieser Abkommen (vgl. Wüger 2005, 303).

Die rechtsetzungstechnische Frage der Integration ausländischen Rechts in einen völkerrechtlichen Vertrag durch Verweisung ist von der publikationsrechtlichen Frage der hinreichenden Publikation solcher Verträge zu unterscheiden. Diesbezüglich sind alleine die landesrechtlichen Bestimmungen massgebend, d. h. insbesondere das Publikationsgesetz und die Publikationsverordnung (vgl. Moll 2011, 216). Es wäre möglich, die mit den Verträgen durch Verweis übernommenen Rechtsakte der EU in AS und SR gesondert als Volltexte zu publizieren, allenfalls auch in angepasster Form, wo dies der entsprechende Vertrag vorsieht. Dies war die damals für die Publikation des EWR-Rechts angestrebte Lösung (vgl. Schaerer/Schleiss 2011, 22). Bereits für die Bilateralen I wurde unter dem damals geltenden Publikationsgesetz jedoch davon abgesehen und eine Veröffentlichung durch Verweis gewählt (vgl. Schaerer/Schleiss 2011, 22; vgl. zur Geschichte der Verweispublikationen Moll 2011, 209 ff.). Der Verweis auf die zu übernehmenden EU-Rechtsakte in der in der AS publizierten Fassung des völkerrechtlichen Vertrags stellt damit zugleich die rechtsgültige Publikation dieser Rechtsakte in der Form einer Verweispublikation dar. Die unterschiedlichen Regelungsaspekte der Integration ausländischen Rechts in einen völkerrechtlichen Vertrag durch Verweisung und der rechtsgültigen Publikation fallen damit in derselben Verweisung zusammen. Es ist nicht verwunderlich, dass in der Literatur in diesen Fällen die Frage der rechtmässigen Verweisung und der rechtsgültigen Publikation bisweilen vermischt werden.

Das heute geltende Publikationsgesetz vom 18. Juni 2004 (PublG; SR 170.512) regelt die Verweispublikation in Artikel 5. Ergänzende Vollzugsbestimmungen enthalten die Artikel 9 und 10 der Publikationsverordnung vom 17. November 2004 (PublV; SR 170.512.1). Gemäss Artikel 5 PublG können gewisse Erlasse nur mit

Titel und Fundstelle oder Bezugsquelle in die AS aufgenommen werden. Von Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang ist vor allem Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b PubLG, der die Verweispublikation von Texten erlaubt, die «in einem in der Schweiz zugänglichen offiziellen Organ veröffentlicht sind». Diese mit der letzten Revision auf den 1. Januar 2005 eingeführte Kategorie von Texten, die mittels Verweis publiziert werden können, ist vor allem auf im Amtsblatt der EU publizierte Erlasse zugeschnitten (vgl. Moll 2011, 212). Das Amtsblatt der EU ist heute ohne Weiteres als öffentlich zugängliches Organ zu werten, dürfen doch an die Zugänglichkeit nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden (vgl. Moll 2011, 214 f.). Per 1. Juli 2013 wird die EU zudem auf elektronische Publikation umstellen. Ab diesem Zeitpunkt wird die elektronische Fassung des Amtsblattes verbindlich sein (vgl. die Verordnung [EU] Nr. 216/2013 über die elektronische Veröffentlichung des Amtsblatts der Europäischen Union, ABl. 2013 L 69, S. 1). Auch das Erfordernis der Publikation in den drei Amtssprachen gemäss Artikel 14 Absatz 1 PubLG ist beim Amtsblatt der EU erfüllt (vgl. auch Schaerer/Schleiss 2011, 22). Gemäss Artikel 5 Absatz 3 PubLG schliesslich sind solche Texte in einem anderen Publikationsorgan oder als Sonderdruck zu veröffentlichen oder werden von der zuständigen Amtsstelle auf Verlangen abgegeben. Da davon auszugehen ist, dass der in Artikel 5 Absatz 3 PubLG verwendete Begriff des Publikationsorgans nicht anders zu verstehen ist als der Begriff «offizielles Organ» in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b (vgl. Moll 2011, 214 f.), genügt der Hinweis auf das Amtsblatt der EU auch in dieser Hinsicht.

Ein den Anforderungen von Artikel 5 PubLG entsprechender Verweis in einem völkerrechtlichen Vertrag, der in der AS publiziert ist, erfüllt auch die Voraussetzungen hinsichtlich der Publikation des Rechtsakts, auf den verwiesen wird. Eine Publikation des Verweises auf einer separaten AS-Seite ist gemäss Artikel 9 Absatz 3 PubLV nur «soweit zweckmässig» erforderlich. Gerade etwa bei Beschlüssen der gemischten Ausschüsse der Bilateralen Abkommen sollte von einer solchen Publikation abgesehen werden können (vgl. Moll 2011, 216). Dasselbe muss auch bezüglich der im Haupttext oder der in den Anhängen der Bilateralen Verträge enthaltenen Verweise gelten (vgl. jedoch die Botschaft des Bundesrates, BBl 2004 5965, 6300).

Der weitverbreitete Gebrauch der Verweispublikation in den Bilateralen Abkommen mit der EU erschwert den Zugang zum Recht. Mit der Revision des Publikationsgesetzes und der Publikationsverordnung wurde deshalb mit dem Ziel, einen kostengünstigen und möglichst einfachen Zugang zum bilateralen Recht Schweiz-EU zu ermöglichen, die Rechtssammlung zu den Bilateralen Abkommen, das sogenannte Register, geschaffen (vgl. Schaerer/Schleiss 2011, 22 ff.). Das Register ist über die Internetseite des Bundes verfügbar und enthält – für die wich-

tigsten Abkommen gesondert – Internetlinks zu den elektronischen Publikationen der massgebenden Erlasse. Neben den Links auf die massgebenden Seiten der elektronischen Fassung der SR werden auch Links zur massgebenden Seite der elektronischen Publikationsplattform der EU – zu EUR-Lex – wiedergegeben.

3.2 Schengen- und Dublin-Besitzstand im Moment der Unterzeichnung der Assoziierungsabkommen

Die im Rahmen des SAA übernommenen Rechtsakte der EU, die in dessen Anhängen A und B aufgelistet sind, können unterschiedlichen Kategorien zugeordnet werden. Anhang A listet in Verweisform in drei Teilen die Rechtsakte und Massnahmen des Schengen-Besitzstands auf, die in der ersten Phase der Schengener Zusammenarbeit verabschiedet wurden und im Zeitpunkt der Unterzeichnung des SAA noch Geltung hatten. Der erste Teil nennt die zu übernehmenden Bestimmungen von SÜ und SDÜ. Der zweite Teil bezeichnet die massgeblichen Bestimmungen der verschiedenen Beitrittsübereinkommen zum SDÜ. Diese Verweise erfüllen zwar die Voraussetzungen von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b PublG, da sie im Amtsblatt der EU veröffentlicht sind. Sie sind jedoch lediglich mit Titel und ohne Fundstelle genannt, weshalb sie die Voraussetzungen an eine Verweispublikation nicht vollständig erfüllen. Zumindest soweit das Schengener Übereinkommen von 1985 und die Beitrittsverträge betroffen sind, ist dies wenig problematisch, da die von der Schweiz übernommenen Bestimmungen im Wesentlichen nicht rechtsetzend sind. Es kommt dazu, dass mit dem Lissabonner Vertrag die Beitrittsverträge zum SDÜ ihre Bedeutung verloren haben (vgl. oben). Das SDÜ hingegen enthält heute noch Vorschriften, welche die Rechtsposition der Einzelnen unmittelbar betreffen, wie etwa die Rechtshilfebestimmungen in den Artikeln 48–53. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass das SDÜ einen allgemein bekannten Rechtstext darstellt. Dennoch wäre eine Publikation angebracht gewesen. Das Setzen einer Fussnote im in AS und SR publizierten Text des SAA mit einer Verweisung auf die Publikation im Amtsblatt der EU hätte hierfür genügt. Immerhin sind das SÜ und das SDÜ über das erwähnte Register verfügbar.

Ähnlich zu beurteilen ist die Publikation der Erlasse des EU-Rechts, die in Teil 3 von Anhang A SAA aufgelistet sind. Es geht dabei um die Beschlüsse des Schengener Exekutivausschusses, die im Zeitpunkt der Unterzeichnung des SAA noch in Kraft waren oder Geltung beanspruchten. Auch diese sind im Amtsblatt der EU veröffentlicht und über EUR-Lex ohne Weiteres zugänglich. Zusätzlich zu den in den Teilen 1 und 2 von Anhang A aufgelisteten Erlassen enthalten sie ausserdem neben dem Titel eine eindeutige, Schengen-spezifische Beschlussnummer. Das erleichtert das Auffinden dieser Erlasse, kommt jedoch einer Angabe der Fundstelle oder Bezugsquelle nicht gleich. Auch bezüglich diesem Teil des SAA

sind die Voraussetzungen für eine Verweispublikation deshalb nicht vollständig erfüllt. Auch hier wurde auf eine separate Publikation verzichtet, was allerdings durch die Tatsache gemildert wird, dass ein grosser Teil dieser Beschlüsse keinen verpflichtenden oder keinen rechtsetzenden Inhalt hat. Auch die in Teil 3 von Anhang A SAA aufgelisteten Rechtsakte sind über das Register jedoch abrufbar.

Schliesslich bezeichnet Anhang B diejenigen Rechtsakte, die in der oben beschriebenen zweiten Phase der Schengener Zusammenarbeit bis zur Unterzeichnung des SAA von der EU im Rahmen der 1. und 3. Säule erlassen wurden. Enthalten ist neben dem genauen Titel auch die Fundstelle im Amtsblatt der EU. Neben den Anforderungen von Artikel 5 Absatz 2 PublG sind bezüglich der in Anhang B SAA genannten Rechtsakten damit auch die Anforderungen von Artikel 5 Absatz 3 PublG erfüllt.

Das Dublin-Assoziierungsabkommen verweist auf die im Moment der Unterzeichnung in den bilateralen rechtlichen Rahmen übernommenen Rechtsakte der EU in Artikel 1 Absätze 2 und 4. Die Rechtsakte sind mit vollständigem Titel und Fundstelle im Amtsblatt in der Präambel des Abkommens zitiert. Die Verweisungen genügen damit ohne Weiteres den Anforderungen von Artikel 5 Absätze 2 Buchstabe b und 3 PublG.

3.3 «Multilateralisierung» der Assoziierungsabkommen

Aufgrund der variablen Geometrie der Schengener Zusammenarbeit regeln das SAA und das DAA nicht die Beziehungen zu sämtlichen Schengen- und Dublin-Staaten in abschliessender Weise. Grossbritannien und Irland sind vom SAA und vom DAA ohne Weiteres erfasst, soweit diese beiden Länder den Schengen-Besitzstand übernommen haben. Das zeigt sich etwa in der Bestimmung von Artikel 7 Absatz 3 SAA. Übernimmt die Schweiz einen neuen Rechtsakt der EU, so begründet der Beschluss der Schweiz Rechte und Pflichten zwischen der Schweiz und der EU, jedoch nur mit denjenigen Mitgliedstaaten, die durch den betreffenden Rechtsakt gebunden sind.

Anders ist dies bezüglich Dänemark, das an der Schengener und der Dubliner Zusammenarbeit nicht als EU-Staat, sondern als Drittstaat teilnimmt. Zur Ausweitung des Anwendungsbereichs der beiden Assoziierungsabkommen auch auf Dänemark musste je ein zusätzliches Abkommen geschlossen werden (vgl. Art. 12 Abs. 1 SAA und Art. 11 Abs. 1 DAA). Beim SAA handelte es sich im Zeitpunkt seines Abschlusses um ein gemischtes Abkommen, d. h. EU-seitig fiel der Abschluss teilweise in die Kompetenz der EU-Mitgliedstaaten (für die unter die 3. Säule fallenden, intergouvernementalen Bereiche der Zusammenarbeit) und teilweise in die Kompetenz der EG. Es musste deshalb sowohl von den EU-Mitgliedstaaten als auch von der EG abgeschlossen, d. h. unterzeichnet und ratifiziert werden. Die Ra-

tifikation Dänemarks begründete mit der Schweiz bereits Rechte und Pflichten für die Zusammenarbeitsbereiche, über welche die EU-Mitgliedstaaten die Kompetenz verfügten, mit anderen Worten für die Bereiche des Schengen-Besitzstands, die in die 3. Säule der EU fielen. Lediglich für die Zusammenarbeitsbereiche, die in die 1. Säule fielen, erforderte die Sonderstellung Dänemarks deshalb eine zusätzliche Vereinbarung zur Ausdehnung des Geltungsbereichs des SAA (vgl. das Abkommen vom 28. April 2005 zwischen der Schweiz und Dänemark über die Umsetzung, Anwendung und Entwicklung derjenigen Teile des Schengen-Besitzstands, die auf Bestimmungen des Titels IV des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft basieren; SR 0.362.33). Eine besondere Ausgestaltung erfuhr auch das Dublin-Protokoll zu Dänemark, ein trilateraler Vertrag zwischen der Schweiz, der EG und Liechtenstein (vgl. das Protokoll vom 28. Febr. 2008 zwischen der EG, der Schweiz und Liechtenstein zum DAA; SR 0.142.393.141). Entsprechend der Stellung Dänemarks innerhalb der Dubliner Zusammenarbeit ist Dänemark nicht Partei dieses Protokolls, musste diesem jedoch zustimmen (vgl. Art. 5 Abs. 5 des Dublin-Protokolls zu Dänemark).

Auch für Norwegen und Island (vgl. Art. 12 Abs. 2 SAA und Art. 11 Abs. 2 DAA) musste die Ausdehnung des Anwendungsbereichs in einer Vereinbarung geregelt werden. Dies erfolgte für das SAA und das DAA zusammen in einem einzigen Übereinkommen (vgl. das Übereinkommen vom 17. Dez. 2004 zwischen der Schweiz, Island und Norwegen über die Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands und über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in der Schweiz, in Island oder in Norwegen gestellten Asylantrags; SR 0.362.32).

Einer weiteren vertraglichen Regelung bedurfte die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Assoziierungsabkommen auf das Fürstentum Liechtenstein, das erst nach der Schweiz an der Schengener und der Dubliner Zusammenarbeit beteiligt wurde. Anders als mit Dänemark, Norwegen und Island wurde für Liechtenstein die Möglichkeit des Beitritts zu den Assoziierungsabkommen der Schweiz vorgesehen (vgl. Art. 16 SAA und Art. 15 DAA), und je in einem trilateralen Protokoll geregelt (vgl. das Protokoll vom 28. Febr. 2008 zwischen der Schweiz, der EU, der EG und Liechtenstein über den Beitritt Liechtensteins zum SAA, SR 0.362.311, und das Protokoll vom 28. Febr. 2008 zwischen der Schweiz, der EG und Liechtenstein über den Beitritt Liechtensteins zum DAA, SR 0.142.395.141).

Sämtliche dieser Abkommen gehören zum für die Schweiz massgeblichen Schengen-Recht und sind einzeln in der SR publiziert. Ihr Gehalt beschränkt sich im Wesentlichen auf die Ausdehnung des Geltungsbereichs der Assoziierungsabkommen und der kraft dieser Abkommen übernommenen Weiterentwicklungen des Schengen- und des Dublin-Besitzstands. In der alltäglichen Rechtspra-

xis haben sie deshalb kaum Bedeutung. Publikationsrechtlich stellen diese Abkommen jedoch insofern ein Sonderproblem, als in landesrechtlichen Erlassen, soweit erforderlich, nicht alleine auf das SAA oder das DAA zwischen der Schweiz und der EU verwiesen werden kann. Eine solche Verweisung würde in Bezug auf die Zusammenarbeit mit den übrigen assoziierten Staaten, d. h. den Nicht-EU-Schengen-Staaten, und Dänemark, zu kurz greifen. So verweist beispielsweise Artikel 3 Absatz 4 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) in Bezug auf die Bestimmungen über das Visumsverfahren und über die Ein- und Ausreise auf die Schengen-Assoziierungsabkommen, soweit diese abweichende Bestimmungen enthalten. Damit sind neben dem SAA insbesondere die im vorliegenden Kapitel genannten Abkommen gemeint.² Regelungstechnisch wird dies mit einer Brückenklausel gelöst. Artikel 3 Absatz 4 AuG verweist generisch auf die «Schengen-Assoziierungsabkommen». Gemäss Absatz 5 sind die Schengen-Assoziierungsabkommen in Anhang I Ziffer 1 AuG aufgeführt, der die Abkommen einzeln jeweils mit SR-Nummer auflistet. Ein analoges Beispiel hinsichtlich der Dublin-Assoziierungsabkommen stellt Artikel 21 Absätze 2 und 3 i. V. m. Anhang I des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (SR 142.31) dar.

4 Weiterentwicklung des bilateralen Rechtsrahmens

4.1 Weiterentwicklungen und das innerstaatliche Vertragsschlussverfahren in der Schweiz

Seit den Bilateralen Abkommen I schliessen die Schweiz und die EU Staatsverträge ab, die eine regelmässige, vereinfachte Anpassung an die Entwicklungen in den Rechtsordnungen der beiden Parteien erlauben. Vielfach wurde dabei auf das Modell des EWR-Anpassungsmechanismus zurückgegriffen: Ein gemeinsamer Ausschuss der beiden Vertragsparteien wird ermächtigt, bestimmte Teile der Abkommen in gemeinsamem Einvernehmen zu ändern (vgl. auch Schaefer/Schleiss 2011, 15 f., m. w. H.). Diese Beschlüsse der sogenannten gemischten Ausschüsse werden in der Schweiz wie eigenständige Verträge behandelt, d. h. sie werden den üblichen internen Vertragsgenehmigungsverfahren unterstellt, wobei die Genehmigungsverfahren vor dem Beschluss des betreffenden gemischten Ausschusses abzuschliessen sind. Mit dieser Form des Übernahmemechanismus ist deshalb keine Änderung der nationalen Verfahren zum Vertragsabschluss verbunden, sondern lediglich eine Verpflichtung zur Vorabgenehmigung.

Auch das SAA und das DAA sehen einen spezifischen Mechanismus zur vereinfachten Anpassung des gemeinsamen Rechtsbestandes vor. Da die Assoziierungsabkommen lediglich die Schweiz zur Übernahme von EU-Recht verpflichten, muss dabei lediglich den Änderungen des relevanten EU-Rechts Rechnung getragen werden. Solche Änderungen am bilateralen Rechtsrahmen werden je-

doch nicht wie bei anderen bilateralen Abkommen durch eine formelle Änderung der Abkommen selbst beziehungsweise ihrer Anhänge bewirkt. Sowohl das SAA wie das DAA sehen eine grundsätzliche Verpflichtung zur Übernahme von Änderungen oder Ergänzungen der mit den Abkommen übernommenen Rechtsakte der EU vor (sog. Weiterentwicklungen; vgl. Art. 2 Abs. 3 SAA und Art. 1 Abs. 3 DAA). Einzige Ausnahme stellen Änderungen der Datenschutz-Richtlinie (Richtlinie 95/46/EG) unter dem DAA dar (vgl. Art. 1 Abs. 4 DAA). Zur Ergänzung des bilateralen Rechtsrahmens werden der Schweiz Weiterentwicklungen unmittelbar nach deren Annahme durch die zuständigen Organe der EU notifiziert (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. a SAA und Art. 4 Abs. 2 DAA). Die Schweiz entscheidet autonom, ob sie den Inhalt der Weiterentwicklungen akzeptieren und umsetzen will. Der entsprechende Entscheid muss der EU innerhalb von 30 Tagen mitgeteilt («rücknotifiziert») werden (a. a. O.). Kann der Inhalt der Weiterentwicklung erst nach «Erfüllung der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen» rechtsverbindlich werden, so erfolgt die Rücknotifizierung unter einem Ratifikationsvorbehalt zwecks parlamentarischer Genehmigung und Durchführung eines allfälligen Referendums (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. b SAA und Art. 4 Abs. 3 DAA). Der Schweiz stehen dafür maximal zwei Jahren ab der Notifizierung des Rechtsakts durch die EU zur Verfügung (a. a. O.).

Diese Verfahrensvorschriften enthalten spezifische Vorgaben darüber, wie die neuen EU-Rechtsakte in der Schweiz Geltung erlangen. Es bleibt der Schweiz überlassen, wie sie diese Vorgaben mit ihren innerstaatlichen Verfahren und Kompetenzvorschriften in Einklang bringt. Die schweizerische Praxis orientiert sich am Modell eines Notenaustauschs, der sich aus der beschriebenen Notifizierung der EU und der Rücknotifizierung durch die Schweiz zusammensetzt. Sofern dieser Notenaustausch rechtsverbindlicher Natur ist, liegt ein völkerrechtlicher Vertrag vor, dessen Abschluss im Rahmen der üblichen innerstaatlichen Verfahren erfolgt (vgl. auch Cornu 2006, 234; Schaerer/Schleiss 2011, 16).

Die EU teilt diese Auslegung nicht. Sie geht davon aus, dass die Notifizierung einer Weiterentwicklung die Schweiz nach deren Zustimmung unmittelbar bindet. Ein derart weit gehender Eingriff in die nationale Kompetenzordnung der Schweiz ist nicht leichthin anzunehmen. Es bestand jedoch bisher mangels praktischer Relevanz kein Anlass zu klären, ob die schweizerische Praxis den Anforderungen der Assoziierungsabkommen gerecht wird.

4.2 Notenaustausche zur Übernahme von Weiterentwicklungen des Schengen-/Dublin-Besitzstandes und die Frage ihrer Publikation

In der Praxis werden drei Modelle von Notenaustauschen unterschieden. Notenaustausche nach Modell 1 betreffen von der EU notifizierte Massnahmen ohne verpflichtenden Inhalt. Notenaustausche nach Modell 2 stellen völkerrechtliche

Verträge dar, die der Bundesrat in eigener Kompetenz abschliessen kann und die keine Umsetzung in einem Bundesgesetz oder in einem kantonalen Gesetz erfordern. Notenaustausche nach Modell 3 schliesslich fallen in die Kompetenz der Bundesversammlung oder erfordern eine Umsetzung in einem Bundesgesetz oder in einem kantonalen Gesetz. Die Unterscheidung hängt mit den unterschiedlichen Übernahmefristen zusammen, welche die Übernahmeverfahren in Artikel 7 SAA und in Artikel 4 DAA vorsehen. Kann der Inhalt eines Rechtsakts für die Schweiz erst nach Erfüllung ihrer «verfassungsrechtlichen Voraussetzungen» rechtsverbindlich werden, verfügt die Schweiz wie beschrieben für die Übernahme über eine Frist von höchstens zwei Jahren ab der Notifizierung durch die EU. Gemäss einer beiden Abkommen beigefügten Erklärung (vgl. die den Assoziierungsabkommen beigefügte Erklärung der Schweiz zu Art. 7 Abs. 2 Bst. b betreffend die Frist für die Übernahme von Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands und Erklärung der Schweiz zu Art. 4 Abs. 3 betreffend die Frist für die Übernahme von Weiterentwicklungen des Dublin/Eurodac-Besitzstands) schliesst diese Maximalfrist sowohl die Genehmigung als auch die Umsetzung des zu übernehmenden Rechtsakts oder der zu übernehmenden Massnahmen ein. Darin eingeschlossen ist auch die Durchführung eines allfälligen Referendums über die Genehmigung des Notenaustauschs oder der Erlass einer Umsetzungsgesetzgebung im Bund oder in den Kantonen.

Die Notifizierung der EU erfolgt in der Form eines Formblatts, das den Absender und den Titel des betreffenden Rechtsakts einschliesslich einer EU-internen Dokumentennummer nennt. Der neu verabschiedete Rechtsakt bildet die Beilage. Die Notifizierung enthält zudem den Hinweis auf die Bestimmungen der Assoziierungsabkommen, welche die EU zur Notifizierung verpflichten. Die Schweiz übernimmt lediglich den Hinweis auf die anwendbaren Bestimmungen der Assoziierungsabkommen, sowie den Titel und die EU-interne Dokumentennummer des neuen Rechtsakts in die diplomatische Note, die sie zwecks Rücknotifizierung an die EU sendet. Lediglich dieser übereinstimmende Text der beiden diplomatischen Noten bildet den vereinbarten Inhalt des Notenaustauschs. Die notifizierte Weiterentwicklung wird damit mittels einer Verweisung in den Notenaustausch integriert. Die Schweiz erklärt zudem einseitig im Text ihrer diplomatischen Note, dass sie den Inhalt des Rechtsakts, der Teil der Notifizierung ist, akzeptiert und in ihrer Rechtsordnung umsetzen wird. Die Erklärung erfolgt allenfalls unter einem Ratifizierungsvorbehalt, d. h. «unter Vorbehalt der Erfüllung der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Schweiz», wenn es sich um einen Notenaustausch nach Modell 3 handelt. Zudem enthält der Notenaustausch Hinweise auf Artikel 7 Absatz 3 SAA bzw. auf Artikel 4 Absatz 5 DAA, wonach das Akzept der Schweiz Rechte und Pflichten mit der EU begründet, auf den Moment

des Inkrafttretens des Notenaustauschs und auf die Möglichkeit, den Notenaustausch zu kündigen. Die Schweiz übernimmt auch keinen Hinweis auf die Fundstelle der zu übernehmenden Weiterentwicklung im Amtsblatt, da die Notifizierung in den meisten Fällen vor der Publikation im Amtsblatt erfolgt.

Der Notenaustausch wird in dieser Form in der AS publiziert, was ohne weiteres die Anforderungen von Artikel 3 PublG erfüllt. Soweit die Notenaustausche jedoch auf die zu übernehmenden Rechtsakte der EU verweisen, liegt eine Verweispublikation vor. Da die Notenaustausche lediglich auf eine EU-interne Dokumentennummer verweisen, sind die publikationsrechtliche Anforderungen von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b PublG noch nicht erfüllt. Anlässlich der Publikation in der AS wird deshalb dem Notenaustausch eine Fussnote mit der Fundstelle im Amtsblatt hinzugefügt.

Die Notenaustausche werden einzeln publiziert, sofern ein völkerrechtlicher Vertrag gemäss Artikel 3 Absatz 1 PublG oder gemäss Artikel 2 oder 3 PublV vorliegt (vgl. zurzeit die SR-Nummern 0.362.380.001–0.362.380.054). Notenaustausche nach Modell 3 sind in der Regel zu publizieren, da sie selbst wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder ihre Umsetzung den Erlass eines Bundesgesetzes erfordert (Art. 5 Abs. 1 Bst. a PublG i. V. m. Art. 141 Abs. 3 Bst. d Ziff. 3 BV). Grundsätzlich ebenfalls publiziert werden Notenaustausche nach Modell 2, sofern diese rechtsetzende Bestimmungen enthalten und nicht einen Vertrag von beschränkter Tragweite darstellen (Art. 5 Abs. 1 Bst. b und Abs. 3 PublG i. V. m. Art. 7a Abs. 2 RVOG; zum Begriff der Verträge von beschränkter Tragweite vgl. Cavalleri 2011, 189 ff.). Nicht in jedem Fall, in dem der Bundesrat zum Abschluss eines Notenaustauschs ermächtigt ist, liegt jedoch ein Vertrag von beschränkter Tragweite vor. Ist der Bundesrat spezialgesetzlich zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge befugt (vgl. Art. 7a Abs. 1 RVOG), so muss publikationsrechtlich dennoch geprüft werden, ob ein Vertrag von beschränkter Tragweite gemäss Artikel 7a Absatz 2 RVOG vorliegt. So kann der Bundesrat etwa gestützt auf Artikel 100 Absatz 2 Buchstabe a AuG internationale Abkommen über die Visumpflicht abschliessen. Den Notenaustausch über die Visumsbefreiung von Personen mit taiwanesischer Herkunft (vgl. den Notenaustausch vom 15. Dezember 2010, SR 0.362.380.046), mit dem die Visums-Verordnung (Verordnung [EG] Nr. 539/2001; ABl. 2011 L 81, S. 1; von der Schweiz im Rahmen von Anhang B zum SAA übernommen), ergänzt wurde, konnte er deshalb selbstständig abschliessen. Da der Notenaustausch jedoch klarerweise rechtsetzende Bestimmungen im Sinne von Artatz 3 Absatz 1 Buchstabe b RVOG enthält, musste dieser publiziert werden.

Selbst wenn ein Notenaustausch nach Modell 2 von beschränkter Tragweite vorliegt, wird er publiziert, wenn er Rechte und Pflichten von Privaten betrifft, wenn er bereits in der AS publizierte Verträge ändert oder wenn seine Veröffent-

lichung aus Gründen der Rechtssicherheit oder der Transparenz erforderlich ist (vgl. Art. 2 PublV). Eine Änderung eines bereits publizierten Vertrags im Sinne von Artikel 2 Buchstabe b PublV liegt insbesondere auch dann vor, wenn ein Notenaustausch einen der in den Anhängen A und B SAA oder in Artikel 1 Absätze 2 und 4 aufgelisteten Rechtsakte der EU ändert. So wurden etwa Notenaustausche, die Weiterentwicklungen der sogenannten Gemeinsamen Konsularischen Instruktion, die in Anhang A SAA aufgeführt ist, grundsätzlich in der AS publiziert. Die Gemeinsame Konsularische Instruktion enthielt bis zum Erlass des Visakodex (Verordnung [EG] Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft; vgl. ABL. 2009 L 243, S. 1; von der Schweiz übernommen mit Notenaustausch vom 23. September 2009; SR 0.362.380.020) die grundlegenden Vorschriften für die Erteilung von Visa. Sie beinhaltete sowohl verpflichtende als auch rein deklaratorische Elemente. Ihre Anlage 2 enthielt z. B. eine Liste derjenigen Staaten, deren diplomatisches Personal von einzelnen Schengen-Staaten gestützt auf Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a der Visums-Verordnung von der Visumpflicht befreit wurden. Mit dem Notenaustausch vom 10 März 2010 (SR 0.362.380.027) wurde der Beschluss Nr. 2010/50/EG (vgl. ABL. 2010 L 26, S. 22) übernommen, der die erwähnte Anlage aufgrund eines Abkommens zwischen Frankreich und Saudi-Arabien ergänzte. Obwohl die Übernahme keine rechtlichen Konsequenzen für die Schweiz hatte, wurde der Notenaustausch gestützt auf Artikel 2 Buchstabe b PublV publiziert.

Aus Gründen der Transparenz und der Rechtssicherheit wurde z. B. der Notenaustausch über die Übernahme des Durchführungsbeschlusses Nr. 2012/274/EU der Kommission zur Bestimmung der zweiten Gruppe von Regionen, in denen das Visa-Informationssystem (VIS) in Betrieb genommen wird, publiziert (SR 0.362.380.051; auch im Amtsblatt wurde dieser Rechtsakt publiziert: vgl. ABL. 2012 L 134, S. 20). Da das auf der Basis der VIS-Verordnung (Verordnung [EG] Nr. 767/2008; ABL. 2008 L 218, S. 60; durch die Schweiz mit Notenaustausch vom 21. August 2008 übernommen; SR 0.362.380.030) errichtete VIS schrittweise in verschiedenen Regionen eingerichtet wird, mussten die entsprechenden Regionen durch die Kommission gestützt auf Artikel 48 VIS-Verordnung festgelegt werden. Zwar sind von diesem Beschluss keine Rechte und Pflichten von Privaten betroffen. Sie regeln jedoch wichtige Aspekte der Einführung des VIS.

Ist keine dieser Ausnahmen anwendbar, so werden Notenaustausche nach Modell 2 nicht publiziert. Dies trifft beispielsweise auf Notenaustausche zur Übernahme von Rechtsakten zu, die von der Kommission gestützt auf die Artikel 14 Absatz 5 und 48 Absatz 1 Visakodex erlassen werden (vgl. z. B. den Durchführungsbeschluss K[2012] 5310 endg. über die Erstellung der Liste der von Visumantragstellern in Chile, Kasachstan, Nicaragua und Nigeria einzureichenden Unterla-

gen, der auch nicht im Amtsblatt publiziert wurde). Damit werden Listen von Dokumenten festgelegt, die von Visumsantragstellern im Regelfall in einzelnen Konsularbezirken vorgelegt werden müssen. Die entsprechenden Konsulate bleiben aber frei, auf einzelne Dokumente zu verzichten oder andere Belege einzufordern (vgl. Art. 14 Abs. 2 und 21 Abs. 8 Visakodex). Die Notenaustausche zur Übernahme dieser Rechtsakte richten sich deshalb in erster Linie an die entsprechenden Konsulate, betreffen keine Rechte oder Pflichten Einzelner, ändern keine Verträge, die in der AS publiziert sind, und es liegen auch keine Gründe der Rechtssicherheit oder der Transparenz vor, die eine ausnahmsweise Veröffentlichung als erforderlich erscheinen lassen (vgl. Art. 2 PublV).

Grundsätzlich nicht publiziert werden Notenaustausche nach Modell 1, da es sich bei diesen Instrumenten ohne Verpflichtungsgehalt nicht um völkerrechtliche Verträge handelt.

Die Publikation erfolgt bei publikationspflichtigen Notenaustauschen nach Modell 2 unmittelbar nach dem Beschluss des Bundesrates. Da lediglich 30 Tage ab Erlass des betreffenden Rechtsakts durch die EU für die Beschlussfassung zur Verfügung stehen, stellt die rechtzeitige Publikation gemäss Artikel 7 Absatz 1 PublG regelmässig eine Herausforderung dar, denn der Notenaustausch tritt im Moment der Rücknotifizierung regelmässig sofort in Kraft (allgemein zu den Schwierigkeiten einer rechtzeitigen Publikation völkerrechtlicher Verträge vgl. Sägesser 2011, 232 f.). Rechtsakte treten in der EU 20 Tage nach ihrer Publikation im Amtsblatt oder zum im Rechtsakt selbst festgelegten Zeitpunkt in Kraft (vgl. Art. 297 Abs. 1 AEUV). Unter Umständen sieht die Weiterentwicklung, auf die im Notenaustausch verwiesen wird, zudem vor, dass der Rechtsakt erst zu einem späteren Zeitpunkt Geltung erlangt. Diese der schweizerischen Rechtsetzungstradition fremde Unterscheidung zwischen Inkrafttreten und Geltung eines Erlasses ist in der EU relativ häufig (vgl. z. B. Art. 2 der Verordnung [EU] Nr. 977/2011 der Kommission zur Änderung der Verordnung [EG] Nr. 810/2009, ABl. 2011 L 258, S. 9; von der Schweiz übernommen durch Notenaustausch vom 16. August 2012; SR 0.362.380.054). In der Praxis wird für die Zwecke des Publikationsgesetzes jedoch davon ausgegangen, dass in diesen Fällen der Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäss Artikel 7 Absatz 1 PublG der Moment ist, ab dem die mit dem Notenaustausch übernommene Weiterentwicklung beginnt, Rechtswirkungen zu entfalten, d. h. erst im Zeitpunkt seiner Geltung.

Bei Notenaustauschen nach Modell 3 erfolgt die Publikation erst nach Ablauf der Referendumsfrist oder nach einem erfolglosen Referendum. Für die Zwecke von Artikel 7 Absatz 1 PublG ist der Zeitpunkt massgebend, an dem die Schweiz der EU die Erfüllung ihrer verfassungsrechtlichen Voraussetzungen gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b SAA oder Artikel 4 Absatz 3 DAA mitteilt. Diese No-

tenaustausche treten mit der Mitteilung nämlich ohne Weiteres in Kraft. Vorbehalten bleibt auch hier jedoch ein späterer Zeitpunkt, sollte die zu übernehmende Weiterentwicklung in der EU erst dann Geltung erlangen.

4.3 Zusatzvereinbarungen zu einzelnen Weiterentwicklungen

In gewissen Fällen erfordert die Beteiligung an einer durch einen Rechtsakt der EU geregelten Massnahme eine Zusatzvereinbarung, da durch die Nichtmitgliedschaft der Schweiz in der EU eine Regelungslücke hinsichtlich bestimmter Aspekte dieser Beteiligung besteht. Dies ist etwa dann der Fall, wenn sich die Schweiz an einer Agentur beteiligt oder wenn besondere finanzielle Aspekte geregelt werden müssen. Bisher liegen zwei solcher Abkommen im Bereich des SAA vor: eine Vereinbarung über zusätzliche Regeln im Zusammenhang mit dem Aussengrenzenfonds für den Zeitraum 2007–2013 (nachfolgend Zusatzvereinbarung Aussengrenzenfonds, SR 0.362.312), die den Notenaustausch vom 28. März 2008 betreffend die Übernahme der Entscheidung Nr. 574/2007/EG zur Einrichtung des Aussengrenzenfonds für den Zeitraum 2007–2013 (SR 0.362.380.037) und die darauf bezogenen Weiterentwicklungen betrifft; und eine Vereinbarung über Modalitäten der Beteiligung an der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Aussengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (nachfolgend Zusatzvereinbarung Frontex, SR 0.362.313), die den Notenaustausch vom 28. März 2008 betreffend die Übernahme der Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates vom 26. Oktober 2004 zur Errichtung von FRONTEX (SR 0.362.380.018) und die damit zusammenhängenden Weiterentwicklungen betrifft.

Diese Zusatzvereinbarungen sind in der Regel zusammen mit den sich darauf beziehenden Rechtsakten der EU zu lesen. Die Zusatzvereinbarung Aussengrenzenfonds legt gemäss Artikel 1 die zusätzlichen Regeln fest, die für die Beteiligung am mit der Entscheidung Nr. 574/2007/EG eingerichteten Aussengrenzenfonds benötigt werden, und enthält dazu sowohl autonome Regelungen als auch Verweisungen auf massgebendes EU-Recht. Artikel 2 etwa stellt Vorschriften betreffend die Finanzverwaltung auf und verweist zu diesem Zweck statisch auf verschiedene weitere Rechtsakte der EU inklusive Fundstelle im Amtsblatt.³ Artikel 11 wiederum legt die jährlich zu leistenden Zahlungen an den Fonds in autonomer Weise fest. Ebenso enthält die Zusatzvereinbarung Frontex autonome Bestimmungen und statische Verweisungen auf weitere EU-Rechtsakte. Geregelt werden etwa datenschutzrechtliche Fragen in Artikel 3 durch Verweisungen auf die allgemeine Datenschutzrichtlinie der EU (Richtlinie 95/46/EG) und die Verordnung über den Datenschutz innerhalb der Einrichtungen und Organe der EG (Verordnung [EG] Nr. 45/2001). Artikel 1 hingegen regelt die Beteiligung der Schweiz am Verwaltungsrat, insbesondere deren Stimmberechtigung, autonom.

Wie erwähnt, sind die in den Zusatzvereinbarungen enthaltenen Verweisungen statisch. Bestimmungen über eine erleichterte Anpassung enthalten die Vereinbarungen nicht. Eine Änderung der Abkommen oder der darin enthaltenen Verweise müsste demnach im üblichen Vertragsschlussverfahren erfolgen.

5 Bewertung

Die rechtlichen Grundlagen der Schengen- und der Dublin-Assoziierung der Schweiz sind ohne vertiefte Kenntnisse des relevanten EU-Rechts kaum zu überblicken. Die komplexe Architektur des relevanten EU-Rechts und die Art seiner Übernahme in das schweizerische Recht stellen alleine schon eine grosse Herausforderung dar. Der Mangel an einheitlichen, konsolidierten Rechtsquellen, respektive die Vielfalt der rechtlichen Instrumente erschweren das Verständnis zusätzlich. Die Auffindbarkeit dieser Rechtsgrundlagen sicherzustellen stellt eine grosse Herausforderung für die Publikationspraxis mit ihren herkömmlichen Instrumenten dar.

Für den Rechtsalltag ist eine vollständige Durchdringung des Rechts der Schengen- und der Dublin-Assoziierung der Schweiz allerdings auch nicht erforderlich. Hier sind hauptsächlich die einzelnen Rechtsakte der EU massgebend, welche die Schweiz zu übernehmen verpflichtet ist. In konsolidierter Form sind diese anders als im Rahmen anderer bilateraler Abkommen nicht publiziert. Es liegt an der Rechtsadressatin und am Rechtsadressaten, die massgebende Fassung aus den Assoziierungsabkommen, den mittlerweile rund 140 Notenaustauschen zur Übernahme von Weiterentwicklungen sowie allfälligen Zusatzvereinbarungen selbst zu eruieren. Im Vergleich zu den anderen bilateralen Abkommen verfügen das SAA und das DAA über keine Anhänge, die den geltenden Bestand des zu übernehmenden EU-Rechts, d. h. die Grunderlasse und ihre Änderungserrasse, geordnet auflisten. Der für die Schweiz massgebende Besitzstand des EU-Rechts ist dadurch über mehrere Stellen verteilt. Transparenz und Rechtssicherheit sind gegenüber den anderen bilateralen Abkommen also unter strengen publikationsrechtlichen Gesichtspunkten eher geringer. Allerdings dürfen die schweizerischen publikationsrechtlichen Standards auch nicht unbesehen auf andere Rechtsordnungen übertragen werden. Die EU kennt generell keine massgebende konsolidierte Rechtssammlung. Selbst bei einer EU-Mitgliedschaft wären die Schweizer Rechtsadressatinnen und -adressaten aufgrund der Vielfalt der Schengener und der Dubliner Rechtsquellen also nicht in einer wesentlich komfortablen Position (vgl. Kellerhals/Baumgartner 2011, 11; Schaerer/Schleiss 2011, 17).

Nicht ausser Acht zu lassen sind die verschiedenen zur Verfügung stehenden Hilfsmittel, die das Auffinden des Rechts erleichtern. Das von der Bundeskanzlei betriebene Register des bilateralen Rechts leistet einen wichtigen Beitrag, indem

es für die einzelnen bilateralen Abkommen sämtliche relevanten Erlasse der Schweiz und der EU an einem Ort zusammenführt. Dies ist der einzige Ort, der einen umfassenden Überblick über die die Schengen- und die Dublin-Assoziierung der Schweiz betreffenden Rechtsquellen bietet. Etwas in die Jahre gekommen, hat es sich doch grundsätzlich bewährt. Es bleibt zu hoffen, dass im Rahmen einer baldigen technischen Erneuerung das bestehende Optimierungspotenzial genutzt werden kann.

Ausser Zweifel steht auch, dass sich die Publikationspraxis der EU in Richtung Benutzerfreundlichkeit entwickelt hat (vgl. Moll 2011, 212 f.). Die Plattform EUR-Lex erleichtert das Auffinden zusammenhängender Rechtsakte, d. h. von Grund-erlassen und ihren Änderungsrechtsakten sowie von konkretisierenden und ausführenden Erlassen der Europäischen Kommission (delegierte Rechtsakte bzw. Durchführungsrechtsakte). Auch sind konsolidierte Texte der wichtigen Rechts-akte verfügbar, bei denen die einzelnen Änderungen im Vergleich zum Ausgangs-text erkennbar sind (kritisch allerdings Kellerhals/Baumgartner 2011, 11). Da im Rahmen der Schengen- und der Dublin-Assoziierung eine grundsätzliche Über-nahmepflicht besteht, können die Rechtsadressaten und -adressatinnen vermu-tungsweise davon ausgehen, dass diese konsolidierten Fassungen den massge-blichen Rechtsbestand wiedergeben. Dies ist bei anderen bilateralen Abkommen nicht gewährleistet, da mangels fehlender umfassender Übernahmepflicht der bilaterale Rechtsbestand vom Rechtsbestand in der EU abweichen kann (die un-einheitliche Praxis kritisiert insbes. Locher 2010, 90, der sich v. a. auf ein Beispiel aus dem Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherheit [SR 0.631.242.05] bezieht; vgl. auch Schaerer/Schleiss 2011, 17 f.). Im Rahmen der Schengen- und der Dublin-Assoziierung der Schweiz kann sich die Rechtspraxis deshalb weitgehend an diesen konsolidierten Texten orientieren.

Für die Beurteilung der Auffindbarkeit des relevanten Rechts gilt es, sämtliche zur Verfügung stehenden Instrumente zu berücksichtigen. Mit den Mitteln der AS- und der SR-Publikation und den Verweisungen auf das Amtsblatt der EU kann diese Auffindbarkeit nur beschränkt sichergestellt werden. Hier leisten Hilfsmi-tel wie das Register des bilateralen Rechts und die Plattform EUR-Lex wertvolle Dienste. Der Zugang zum für die Schweiz massgebenden Schengen- und Dublin-Recht kann so, zumindest was die für den Rechtsalltag wichtigsten Erlasse be-trifft, als zufriedenstellend bezeichnet werden.

*Daniel Wüger, Dr. iur., LL.M., Verantwortlicher Europarecht, Bundesamt für Justiz,
E-Mail: daniel.wueger@bj.admin.ch*

Anmerkungen

- 1 Die EWG wurde mit dem Maastrichter Vertrag von 1992 zur EG umbenannt, um die Entwicklung zu einer rein wirtschaftliche Aspekte übersteigenden Zusammenarbeit zu symbolisieren.
- 2 Zwei zusätzliche Schengen-Assoziierungsabkommen regeln die Modalitäten der Teilnahme der Schweiz an den Ausschüssen, welche die Kommission bei der Ausübung ihrer Durchführungsbefugnisse unterstützten: der Komitologie-Briefwechsel vom 26. Okt. 2004 (SR 0.362.1) und die Komitologie-Vereinbarung vom 22. Sept. 2011 (SR 0.362.11).
- 3 Die Bestimmung enthält auch eine Verweisung auf Art. 248, 256, 275 und 280 EGV-Amsterdam (vgl. Art. 2 Abs. 2 erster Strich). Diese Verweispublikation, da ohne Fundstellenangabe, erfüllt strenggenommen die Anforderungen von Art. 5 Abs. 2 Bst. b PubLG nicht.

Literatur

- Cavalleri, Dieter, 2011, Kommentar zu Art. 3 PubLG, in Kettiger/Sägesser (2011), S. 179.
- Cornu, Anne, 2006, Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin, in Christine Kaddous / Monique Jametti Greiner (Hrsg.), 2006, Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen, Basel, S. 207 ff.
- Filzwieser, Christian / Sprung, Andrea, 2010, Dublin II-Verordnung. Das Europäische Asylzuständigkeits-system, 3. überarb. Aufl., Wien/Graz.

- Fungueiriño-Lorenzo, Rocio, 2002, Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik vor und nach dem Amsterdamer Vertrag, Frankfurt/M.
- Kellerhals, Andreas / Baumgartner, Tobias, 2011, Publikationsrecht der Europäischen Union, in Kettiger/Sägesser (2011), S. 3 ff.
- Kettiger, Daniel / Sägesser, Thomas (Hrsg.), 2011, Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes, Bern.
- Locher, Clemens, 2010, Redaktionelle und gesetzestech-nische Problem der Verweisungen auf EU-Recht im Landesrecht, LeGes 2010, S. 87 ff.
- Moll, Bernard, 2011, Kommentar zu Art. 5 PubLG, in Kettiger/Sägesser (2011), S. 203 ff.
- Peers, Steve, 2006, EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary, Leiden/Boston.
- Rotach, Laurenz, 2011, Kommentar zu Art. 6 PubLG, in Kettiger/Sägesser (2011), S. 221 ff.
- Schaerer, Corinne / Schleiss, Yvonne, 2011, Die Publikation des europäischen Rechts im Zusammenhang mit den sektoriellen Abkommen Schweiz-EU, in Kettiger/Sägesser (2011), S. 13 ff.
- Sägesser, Thomas, 2011, Kommentar zu Art. 7 PubLG, in Kettiger/Sägesser (2011), S. 231 ff.
- Tekin, Funda, 2012, Opt-Outs, Opt-Ins, Opt-Arounds? Eine Analyse der Differenzierungsrealität im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in *integration* 4/2012, S. 237 ff.
- Wüger, Daniel, 2005, Anwendbarkeit und Umsetzung der Bilateralen Verträge II, in: Astrid Epiney / Florence Rivière / Sarah Theuerkauf / Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, Zürich/Bern, S. 287 ff.

Résumé

Il est difficile de repérer les bases légales des accords d'association à Schengen et à Dublin sans disposer de connaissances approfondies du droit de l'UE pertinent. A la différence d'autres accords bilatéraux conclus avec l'UE, ces accords sont dépourvus d'annexes répertoriant de manière systématique l'ensemble du droit de l'UE à reprendre. Si l'acquis de l'UE déterminant pour la Suisse n'est pas regroupé dans un seul et même endroit, quelques aides permettent néanmoins de s'y retrouver (registre des textes juridiques sur les accords bilatéraux de la Chancellerie fédérale, plate-forme d'accès au droit de l'Union européenne EUR-Lex). Le destinataire du droit peut en particulier supposer que les versions consolidées des actes de l'acquis de Schengen et de Dublin accessibles sur la plate-forme Eur-Lex correspondent bien au droit bilatéral déterminant car les accords d'association à Schengen et à Dublin prévoient une obligation générale de reprise du nouveau droit de l'UE. On peut considérer que l'accès au droit du domaine Schengen/Dublin déterminant pour la Suisse est satisfaisant.