

Andreas Glaser & Lorenz Langer (Hrsg.)

Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation

Erfahrungen und Perspektiven in Österreich
und der Schweiz



Andreas Glaser/Lorenz Langer (Hrsg.)

Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration
und demokratische Partizipation

Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation

Erfahrungen und Perspektiven in Österreich und der Schweiz

Herausgegeben von

Andreas Glaser & Lorenz Langer



ISBN 978-3-03751-728-4 (Dike Verlag Zürich/St. Gallen)
ISBN 978-3-8487-1744-6 (Nomos Verlag, Baden-Baden)
ISBN 978-3-7089-1312-4 (facultas Verlag, Wien)

Bibliografische Information der <Deutschen Bibliothek>.
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2015

Vorwort

Manchmal muss man in die Ferne schweifen, um das Gute in der Nähe zu finden. Der vorliegende Tagungsband ist ein (erstes) Resultat einer Forschungszusammenarbeit, die ihren Anfang an der Ostküste der USA nahm. Vielleicht war gerade im dortigen Umfeld besonders augenscheinlich, wie fruchtbar ein nachbarschaftlicher Vergleich von oft ähnlichen, aber teilweise auch grundverschiedenen Rechtsordnungen sein kann.

Im Dezember 2013 luden uns dann die Herren Professoren Schroeder, Weber und Müller freundlicherweise zu einem Treffen nach Innsbruck ein. Der wissenschaftliche Austausch war angesichts des uns verbindenden Interesses an der unabdingbaren demokratischen Legitimation des europäischen Integrationsprozesses intensiv und bereichernd; bald war die Idee geboren, zu diesem auf unabsehbare Zeit aktuellen Thema eine gemeinsame Tagung durchzuführen. Im Mittelpunkt sollte die jeweils spezifische Sichtweise Österreichs und der Schweiz stehen. Um den Blickwinkel zu erweitern, entschieden wir uns, die Herren Professoren Oesch und Seiler sowie Herrn Dr. Dossi für eine Teilnahme anzufragen. Alle sagten erfreulicherweise zu. Die Beiträge des vorliegenden Bandes sind die Schriftfassungen der Vorträge, die an der Tagung am 31. Oktober 2014 in Zürich gehalten wurden.

Für die freundlichen Grussworte zur Eröffnung der Tagung danken wir der Dekanin der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Frau Prof. Dr. Christine Kaufmann.

Zu Dank verpflichtet sind wir auch Herrn Bénon Eugster vom Dike Verlag für die sorgfältige Drucklegung und zügige Veröffentlichung dieses Bandes.

Den Mitarbeitenden des Lehrstuhls Glaser schliesslich gebührt Dank für ihren grossen Einsatz bei der Durchführung der Tagung.

Zürich, im Mai 2015

Prof. Dr. Andreas Glaser Dr. Lorenz Langer

Inhaltsübersicht

Autorenverzeichnis IX

I. EU-Recht als Gegenstand direktdemokratischer Verfahren

Integration des EU-Rechts in die österreichische
Rechtsordnung als referendumpflichtige Gesamtänderung
der Bundesverfassung

KARL WEBER 3

Staatsvertragsreferendum und Bilaterale Verträge

LORENZ LANGER 21

II. EU-Recht als *living instrument*?

Dynamik des EU-Rechts und Demokratieprinzip

WERNER SCHROEDER 55

Dynamik oder Statik in der Rechtsprechung
des Bundesgerichts zum EU-Recht?

HANSJÖRG SEILER 77

III. Demokratische Kontrolle der europäischen Integration in Österreich

Demokratische Legitimation des EU-Rechts und Mitwirkungs-
rechte des österreichischen Bundesparlaments

ANDREAS TH. MÜLLER 95

Zur Beteiligung des österreichischen Parlaments an der
EU-Politik der Regierung in der Praxis

HARALD DOSSI 119

IV. Die Rezeption von EU-Recht durch die schweizerische Rechtsordnung

Umsetzung und Durchführung des Rechts der Bilateralen Verträge
in der Schweiz

ANDREAS GLASER 133

Ein Europa-Artikel für die schweizerische Bundesverfassung

MATTHIAS OESCH 163

Autorenverzeichnis

Dr. **Harald Dossi**, Parlamentsdirektor, Österreichisches Parlament

Prof. Dr. **Andreas Glaser**, Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht, Universität Zürich/Zentrum für Demokratie Aarau

Dr. **Lorenz Langer**, M.A., M.Phil., Senior Research Fellow, Zentrum für Demokratie Aarau/Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Ass.-Prof. Dr. **Andreas Th. Müller**, LL.M., Institut für Europarecht und Völkerrecht, Universität Innsbruck

Prof. Dr. **Matthias Oesch**, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht, Universität Zürich

Prof. Dr. **Werner Schroeder**, LL.M., Leiter des Instituts für Europarecht und Völkerrecht, Universität Innsbruck

Prof. Dr. **Hansjörg Seiler**, Richter am Schweizerischen Bundesgericht/Titularprofessor an der Universität Luzern

Prof. Dr. **Karl Weber**, Leiter des Instituts für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre, Universität Innsbruck

Umsetzung und Durchführung des Rechts der Bilateralen Verträge in der Schweiz

Institutionen und Verfahren

ANDREAS GLASER

Inhaltsübersicht

I.	Funktionale Vergleichbarkeit von Bilateralen Verträgen und Unionsrecht	134
II.	Legislative Umsetzung der Bilateralen Verträge	136
	A. Starke Legitimation aufgrund beschränkter Umsetzungsbedürftigkeit	136
	B. Schwächung der Legitimation durch Dominanz des Bundesrates	139
	1. Mitwirkung in den Institutionen der Bilateralen Verträge	139
	2. Zusammenfassung von Genehmigungsbeschluss und Umsetzungsrecht	142
III.	Administrative Durchführung der Bilateralen Verträge	143
	A. Indirekter Vollzug durch schweizerische Behörden	143
	1. Allgemeine Vollzugsgrundsätze	143
	a) Verwaltungsverfahrenrecht	143
	b) Gerichtlicher Rechtsschutz	145
	2. Sektorielle Spezialregelungen	146
	a) Verwaltungsorganisationsrecht	146
	b) Verwaltungsverfahrenrecht	147
	c) Gerichtlicher Rechtsschutz	148
	d) Staatshaftung	150
	B. Direkter Vollzug durch Behörden der EU	150
	C. Verbundstrukturen zwischen schweizerischen und EU-Behörden	152
	1. Organisatorische Verschränkung	152
	2. Verfahrenskooperation	153
IV.	Integration durch Bilaterale Verträge und EU-Mitgliedschaft im Vergleich	154
	A. Ebene der Umsetzung	154
	B. Ebene des Verwaltungsvollzuges	156
V.	Ausblick: Stärkere Gewichtung von Umsetzung und Vollzug	157
	A. Umsetzung von Art. 121a BV	157
	B. Künftiger Abschluss sektorieller Abkommen	160

I. Funktionale Vergleichbarkeit von Bilateralen Verträgen und Unionsrecht

Die Bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EU sind offensichtlich kein Unionsrecht im engeren Sinn. Es handelt sich hierbei um völkerrechtliche Abkommen und nicht um Rechtsakte, die von der EU auf der Grundlage ihrer autonomen Rechtsetzungskompetenz erlassen wurden, wie dies klassischerweise bei Verordnungen und Richtlinien der Fall ist. Dennoch beeinflusst die Rechtsordnung der EU das schweizerische Recht in erheblichem Umfang.¹ Hauptfaktor dieser Beeinflussung ist die starke inhaltliche Prägung der Bilateralen Verträge durch Regelungsvorbilder des Unionsrechts bis hin zur umfangreichen Inkorporation von Rechtsakten der Union in den Anhängen der Verträge.² Aufgrund der Einseitigkeit dieses Rezeptionsvorgangs sind sowohl die legislative Umsetzung als auch die administrative Durchführung der Bilateralen Verträge in der Schweiz³ mit den für die EU-Mitgliedstaaten geltenden Massgaben funktional vergleichbar.

Ein weiteres Element der inhaltlichen Beeinflussung der schweizerischen Rechtsordnung durch das Unionsrecht stellt das Phänomen des «autonomen Nachvollzuges» dar, wodurch europäisches Recht ohne eine zugrunde liegende Rechtspflicht übernommen wird.⁴ Im Sinne einer möglichst hohen «Europakompatibilität» lässt sich die Gesetzgebung gerade in wirtschaftsrele-

¹ Vgl. PIERRE MOOR, ALEXANDRE FLÜCKIGER & VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, Bd. 1, 3. Aufl., Bern 2012, S. 47; MATTHIAS OESCH, «Die Europäisierung des schweizerischen Rechts», in: Thomas Cottier (Hrsg.), *Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz*, Basel 2012, S. 13.

² TOBIAS JAAG, *Europarecht*, 3. Aufl., Zürich 2010, Rz. 4014; ausserdem ASTRID EPINEY, BEATE METZ & BENEDIKT PIRKER, *Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz*, Zürich 2012, S. 141 f. mit vertiefenden Hinweisen auf die einzelnen Abkommen; speziell zum Luftverkehrsabkommen BGE 138 II 42 S. 47 E. 2.1; REGULA DETTLING-OTT, «Das sektorielle Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft: Aspekte der Anwendbarkeit und eine erste Bilanz», ZSR 125 (2006) I, S. 3 (6 f.).

³ Zur Beeinflussung des schweizerischen Verwaltungsrechts durch die Bilateralen Verträge ULRICH HÄFELIN, GEORG MÜLLER & FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 156; MOOR, FLÜCKIGER & MARTENET (Fn. 1), S. 306–309.

⁴ Ausführlich ANDREAS HEINEMANN, «Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz», in: Lukas Fahrländer & Reto A. Heizmann (Hrsg.), *Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung*, Zürich 2013, S. 3 (21–24).

vanten Bereichen von den Modellen des Unionsrechts inspirieren,⁵ nicht selten verweist das schweizerische Recht unmittelbar auf Rechtsquellen der EU.⁶ Insoweit könnten Parallelen zu dem aus den EU-Mitgliedstaaten bekannten «spill-over-Effekt» gezogen werden, wonach unionsrechtlich zwingende Vorgaben benachbarte Rechtsbereiche erfassen, indem die Mitgliedstaaten etwa aus Gründen der Rechtsklarheit oder blosser politischer Opportunität unionsrechtlich veranlasste Anpassungen der Rechtsordnung über das erforderliche Mindestmass hinaus vornehmen.⁷

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich im Interesse einer deutlichen Differenzierung zwischen den völkerrechtlich zwingenden Vorgaben einerseits und rein freiwillig übernommenen Regelungsvorbildern des EU-Rechts andererseits auf die institutionellen und verfahrensrechtlichen Muster, wie sie in der Schweiz im Zusammenhang mit den Bilateralen Verträgen zur Anwendung gelangen. Dabei wird zunächst die legislative Ebene der Umsetzung des Vertragsrechts durch generell-abstrakte Erlasse angesprochen (II.), um anschliessend dessen administrative Durchführung im Einzelfall genauer zu untersuchen (III.). In einem weiteren Schritt werden die institutionellen und verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz mit den für die EU-Mitgliedstaaten geltenden unionsverwaltungsrechtlichen Grundsätzen in Beziehung gesetzt (IV.). Abschliessend werden Zukunftsperspektiven des Systems der Bilateralen Verträge unter besonderer Berücksichtigung verwaltungsrechtlicher Fragestellungen erörtert (V.).

⁵ Von «inspiriertem Abschreiben» sprechen diesbezüglich PIERRE TSCHANNEN, ULRICH ZIMMERLI & MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014, § 17 Rz. 20. Siehe näher zum Umgang mit derart durch das EU-Recht vorgeprägten Normen EMILIE KOHLER, «Le droit européen à l'aide de l'interprétation du droit suisse», in: Thomas Cottier (Hrsg.), *Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz*, Basel 2012, S. 41 (45–56).

⁶ Ausführlich zu dieser Regelungstechnik und den damit einhergehenden Schwierigkeiten THOMAS COTTIER, NICOLAS DIEBOLD, ISABEL KÖLLIKER, RACHEL LIECHTI-McKEE, MATTHIAS OESCH, TETYANA PAYOSOVA & DANIEL WÜGER, *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, Bern 2014, Rzz. 271–276. Allgemein zu den angewendeten Methoden der statischen und der dynamischen Verweisung GEORG MÜLLER & FELIX UHLMANN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 367 f.

⁷ Zu einer solchen «überschiessenden» Umsetzung einer lediglich für bestimmte Sachverhaltskonstellationen völkerrechtlich zwingend zu beachtenden Richtlinienbestimmung BVGer., Urteil vom 26. August 2014, Az. C-5819/2012, E. 6.3.

II. Legislative Umsetzung der Bilateralen Verträge

A. Starke Legitimation aufgrund beschränkter Umsetzungsbedürftigkeit

Im Rahmen der Bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EU, teilweise darüber hinaus auch den EU-Mitgliedstaaten,⁸ muss jeder Vertragsstaat die Verpflichtungen aus den von ihm geschlossenen Abkommen in eigener Verantwortung ordnungsgemäss erfüllen und jegliche Massnahmen unterlassen, die die Erreichung der Ziele des jeweiligen Abkommens gefährden könnten.⁹ Das Vertragsrecht enthält keine spezifischen Vorgaben, in welcher Form die Umsetzung zu erfolgen hat.¹⁰ Die legislative Umsetzung in der Schweiz richtet sich somit im Ausgangspunkt nach dem schweizerischen Verfassungsrecht. Im Einklang mit dem monistischen Ansatz bei der Rezeption völkerrechtlicher Verträge durch die schweizerische Rechtsordnung sind die Bilateralen Verträge mit ihrem Inkrafttreten unmittelbar geltendes Recht.¹¹ Ein innerstaatlicher Transformationsakt ist somit aus Sicht der BV¹² grundsätzlich nicht erforderlich. Die Umsetzungsbedürftigkeit hängt daher mit Blick auf die vertragliche Erfüllungspflicht von der direkten Anwendbarkeit der jeweiligen Vertragsbestimmungen ab.

Die direkte Anwendbarkeit setzt voraus, dass die angerufene staatsvertragliche Norm inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides bilden zu können.¹³ Die erforderliche Bestimm-

⁸ Näher dazu DANIEL FELDER, «Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin)», in: Christine Kaddous & Riccardo Jagmetti (Hrsg.), *Accords bilatéraux II/Bilaterale Abkommen II*, Basel 2006, S. 93 (96 f.).

⁹ Vgl. CHRISTINE KADDOUS, «Die Zusammenarbeit zwischen der EU und der Schweiz», in: Armin Hatje & Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 1, Zürich/St. Gallen 2014, § 20 Rz. 74.

¹⁰ FELDER (Fn. 8), S. 101.

¹¹ BGE 138 II 42 S. 47 E. 3.1.; STEPHAN BREITENMOSE & ROBERT WEYENETH, *Europarecht*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 675; KADDOUS (Fn. 9), § 20 Rz. 112; DANIEL THÜRER & CAROLIN HILLEMANN, «Grundlagen/Allgemeine Prinzipien», in: Daniel Thürer, Rolf H. Weber, Wolfgang Portmann & Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zürich 2007, Rz. 9. Allgemein dazu ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Bd. 1, 3. Aufl., Bern 2013, Rz. 1343.

¹² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April (SR 101).

¹³ BGE 140 II 185 S. 190 E. 4.2.; BGE 136 I 297 S. 308 E. 8.1.

heit fehlt demgegenüber blossen Programmartikeln und Normen, die eine Materie nur in Umrissen regeln, dem Vertragsstaat einen beträchtlichen Ermessens- oder Entscheidungsspielraum lassen oder blosser Leitgedanken enthalten, sich also nicht an die Verwaltungs- und Justizbehörden, sondern an den Gesetzgeber richten.¹⁴ Soweit Bestimmungen der Bilateralen Verträge nicht direkt anwendbar sind, also nicht ipso iure Rechtswirkungen in der schweizerischen Rechtsordnung entfalten, bedürfen sie vor diesem Hintergrund zwingend eines legislativen Umsetzungsaktes.¹⁵ Geht es um direkt anwendbare Vorschriften, ist die legislative Umsetzung nicht zwingend erforderlich, sie ist im Interesse der Rechtsklarheit indessen oftmals ratsam.¹⁶

Die meisten Bestimmungen der Bilateralen Verträge erfüllen die Anforderungen für eine unmittelbare Anwendung.¹⁷ Dies hat zur Folge, dass der Gesetzgeber in der Schweiz in weitem Umfang nach politischer Opportunität entscheiden kann, ob überhaupt Umsetzungsrecht erlassen werden soll. So wurden beispielsweise zur Umsetzung der Bilateralen Verträge I insgesamt 23 Bundesgesetze geändert, während die Bilateralen Verträge II die Anpassung von elf Bundesgesetzen nach sich zogen.¹⁸ In Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA¹⁹) wurde hingegen weitgehend auf eine legislative Umsetzung verzichtet, da die rechtsanwendenden Behörden auf der Grundlage der hinreichend klaren und bestimmten Regelungen Einzelfälle entscheiden können.²⁰ Insoweit wurde lediglich durch den Bundesrat die Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP)²¹ erlassen.

Entsprechendes gilt, wenn das Vertragsrecht die Kompetenz der Kantone betrifft, wie dies beispielweise beim öffentlichen Beschaffungswesen der Fall

¹⁴ BGE 138 II 42 S. 47 E. 3.1.; BGE 126 I 240 S. 242 E. 2. b). Vgl. auch AUER, MALINVERNI & HOTTELIER (Fn. 11), Rz. 1360.

¹⁵ JAAG (Fn. 2), Rz. 4021.

¹⁶ BREITENMOSER & WEYENETH (Fn. 11), Rz. 679; COTTIER et al. (Fn. 6), Rz. 254.

¹⁷ FELDER (Fn. 8), S. 101; THÜRER & HILLEMANN (Fn. 11), Rz. 14.

¹⁸ Vgl. OESCH (Fn. 1), S. 18.

¹⁹ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681).

²⁰ Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128 6358.

²¹ Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (SR 142.203).

ist. Art. 7 BGMK²² hält im Hinblick auf die Phase der Umsetzung völkerrechtlicher Verträge (deklaratorisch) fest, dass die Kantone verpflichtet sind, die erforderlichen Anpassungen rechtzeitig vorzunehmen, soweit ihnen die Umsetzung des internationalen Rechts obliegt.²³

Da die Bilateralen Verträge weitgehend statischer Natur sind, das schweizerische Recht also nicht laufend neuen Vorgaben des EU-Rechts angepasst werden muss,²⁴ handelt es sich bei der Umsetzung im Grundsatz um einen einmaligen Akt. Nachfolgende Anpassungen sind eher selten und punktueller Art. Ziehen die Bilateralen Verträge Änderungen der Bundesverfassung oder von Bundesgesetzen nach sich, erfolgen diese im ordentlichen Rechtssetzungsverfahren. Danach erlässt die Bundesversammlung die Gesetze (Art. 163 Abs. 1 BV) und beschliesst über die Teilrevision der Bundesverfassung (Art. 194 Abs. 1 BV). Gesetze unterstehen dem fakultativen (Art. 141 Abs. 1 Bst. a und b BV), Verfassungsänderungen dem obligatorischen Referendum (Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV). Im kantonalen Verfassungsrecht finden sich entsprechende Vorschriften.

Abweichungen gelten jedoch hinsichtlich der beiden Abkommen von Schengen und Dublin. Die Schweiz ist danach grundsätzlich verpflichtet, künftiges EU-Recht laufend zu übernehmen (Art. 7 SAA²⁵, Art. 4 DAA²⁶).²⁷ Gleichwohl bleibt die innerstaatliche Genehmigungspflicht durch die Bundesversammlung

²² Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (SR 138.1).

²³ Zur Reichweite dieser Bestimmung in Abhängigkeit zum umzusetzenden materiellen Recht BÉNÉDICTE TORNAY, IRÈNE RENFER & ANDREAS AUER, «Die Kantone zwischen Beitritt zur Europäischen Union und der Fortsetzung des bilateralen Weges», in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht, Zürich 2006, S. 213 (294).

²⁴ Vgl. auch ASTRID EPINEY, «Zur institutionellen Struktur der Bilateralen Abkommen – Bestandsaufnahme, Perspektiven und Bewertung», in: Stefan Keller & Stefan Wiprächtiger (Hrsg.), Recht zwischen Dogmatik und Theorie, Festschrift für Marc Amstutz, Zürich/St. Gallen 2012, S. 35 (40).

²⁵ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26. Oktober 2004, SR 0.362.31 (Schengen-Assoziierungsabkommen).

²⁶ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags vom 26. Oktober 2004, SR 0.142.392.68 (Dublin-Assoziierungsabkommen).

²⁷ FELDER (Fn. 8), S. 104.

auch insoweit unangetastet, da formell eine supranationale Rechtsetzungskompetenz nicht vorgesehen ist.²⁸ Die Übernahme des aktualisierten Besitzstandes von Schengen und Dublin ist vielmehr jeweils als Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages zu betrachten.²⁹ Gemäss Art. 166 Abs. 2 BV, Art. 24 Abs. 2 ParlG müssen die völkerrechtlichen Verträge im Regelfall durch die Bundesversammlung genehmigt werden.³⁰ Nach Massgabe von Art. 140 Abs. 1 Bst. b, Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV unterstehen sie darüber hinaus dem obligatorischen oder dem fakultativen Referendum. Demokratische Legitimationsdefizite auf der Ebene der legislativen Umsetzung sind in Anbetracht dieser Ausgangslage auf den ersten Blick nicht erkennbar.

B. Schwächung der Legitimation durch Dominanz des Bundesrates

1. Mitwirkung in den Institutionen der Bilateralen Verträge

Ungeachtet der eingeschränkten Bedeutung der Ebene der legislativen Umsetzung ist im Hinblick auf die Integration der Schweiz durch die Bilateralen Verträge eine für die demokratische Legitimation potenziell abträgliche Exekutivlastigkeit festzustellen. Diese liegt in der klassischen Kompetenz des Bundesrates für die auswärtigen Angelegenheiten einschliesslich der Unterzeichnung und Ratifikation völkerrechtlicher Verträge (Art. 184 Abs. 1 und 2 BV) begründet. Die Bundesversammlung ist demgegenüber im Bereich der Aussenpolitik gemäss Art. 152 Abs. 2 und 3 ParlG auf die Rolle als Informationsempfängerin und Konsultationsadressatin beschränkt.³¹ Da die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung somit stark dem klassischen Rechtset-

²⁸ ANNE PETERS & MYRIAM JUNG, «Öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz im Zusammenhang mit den Bilateralen II», AJP 2005, S. 954 (957); DANIEL WÜGER & SAMUELE SCARPELLI, «Die vernachlässigten institutionellen Aspekte der Bilateralen Verträge und die Aushandlung eines Rahmenvertrags», in: Astrid Epiney, Andrea Egbuna-Joss & Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, Zürich 2006, S. 287 (302, 312 f.).

²⁹ Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), BBl 2004 5965 6130 f.

³⁰ Vgl. LUZIAN ODERMATT & ESTHER TOPHINKE, in: Martin Graf, Cornelia Theler & Moritz von Wyss (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Basel 2014, Art. 24 Rz. 6.

³¹ Ausführlich FLORENT TRIPET CORDIER, in: Martin Graf, Cornelia Theler & Moritz von Wyss (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Basel 2014, Art. 152 Rzz. 18–34.

zungsmechanismus in Form des Abschlusses völkerrechtlicher Verträge zwischen souveränen Staaten verhaftet ist, kann sie einem kontinuierlich fortschreitenden Integrationsprozess strukturell gar nicht hinreichend Rechnung tragen.³²

Diese Wirkungsweise zeigt sich im Zusammenhang mit den Bilateralen Verträgen in zunehmendem Ausmass, auch wenn sie bislang noch nicht zu einem gravierenden Demokratiedefizit zulasten der Stimmberechtigten und des Parlamentes führt. Sobald der Integrationsprozess ausnahmsweise an Dynamik gewinnt, erleiden die Bundesversammlung und mit ihr die Stimmberechtigten einen Bedeutungsverlust.³³ Eine solche Dynamisierung des Vertragsrechts ist in der Befugnis der in den meisten Bilateralen Verträgen vorgesehenen Gemischten Ausschüsse angelegt, bestimmte in den Anhängen und Protokollen zu den Abkommen enthaltene Regelungen vorwiegend technischer Natur ändern zu dürfen.³⁴ Die Gemischten Ausschüsse fungieren auch in Ausübung dieser Rechtsetzungsbefugnis nach dem Prinzip der Einstimmigkeit, wie es für intergouvernementale Gremien typisch ist.

Die Bundesversammlung delegiert regelmässig zwecks Mitwirkung in den Gemischten Ausschüssen gemäss Art. 24 Abs. 2 ParlG Befugnisse an den Bundesrat, welche dieser wiederum auf der Grundlage von Art. 48, Art. 48a Abs. 1 RVOG³⁵ an ein Departement oder ein Bundesamt delegiert. Der Bun-

³² ASTRID EPINEY, «Beziehungen zum Ausland», in: Daniel Thürer, Jean-François Aubert & Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 55 Rz. 30.

³³ Vgl. zu diesem Befund auch MARIUS VAHL & NINA GROLIMUND, *Integration without membership*, Brüssel 2006, S. 69.

³⁴ Art. 16 Abs. 3 Umweltabkommen [Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Beteiligung der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur und dem Europäischen Umweltinformations- und Umweltbeobachtungsnetz (EIONET) (SR 0.814.092.681)]; Art. 8 Abs. 7 MEDIA-Abkommen [Abkommen vom 11. Oktober 2007 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft im audiovisuellen Bereich zur Festlegung der Voraussetzungen und Bedingungen für die Beteiligung der Schweizerischen Eidgenossenschaft am Gemeinschaftsprogramm MEDIA 2007 (SR 0.784.405.226.8)]; Art. 7 Landwirtschaftsabkommen [Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen (SR 0.916.026.81)]; Art. 18 Abs. 2 FZA; FELDER (Fn. 8), S. 105; HEINEMANN (Fn. 4), S. 17; TOBIAS JAAG & MAGDA ZIHLMANN, «Grundlagen/Institutionen und Verfahren», in: Daniel Thürer, Rolf H. Weber, Wolfgang Portmann & Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zürich 2007, Rz. 48; TORNAY, RENFER & AUER (Fn. 23), S. 289 f.; WÜGER & SCARPELLI (Fn. 28), S. 307 f.

³⁵ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (SR 172.010).

desrat beziehungsweise die zuständige Departementsvorsteherin instruieren die Vertreterinnen und Vertreter der Schweiz in den Gemischten Ausschüssen.³⁶ Der Bundesrat übt also in Gremien, die auf der Grundlage von Staatsverträgen eingesetzt worden sind, die ihm zukommenden aussenpolitischen Kompetenzen auch dann aus, wenn diese Gremien über Rechtsetzungsbefugnisse verfügen.³⁷ Da es bei der Änderung der Anhänge von Abkommen regelmässig nicht um wichtige aussenpolitische Grundsatzfragen und Entscheide (Art. 24 Abs. 1 ParlG) beziehungsweise wichtige aussenpolitische Entwicklungen (Art. 152 Abs. 2 S. 1 ParlG)³⁸ oder wesentliche Vorhaben im Rahmen bedeutender internationaler Verhandlungen (Art. 152 Abs. 3. S. 1 ParlG) geht, besitzt das Parlament nicht einmal ein Recht auf Information und Konsultation. Die Konstruktion der Delegation der Mitwirkungsbefugnisse in den Gemischten Ausschüssen hat demnach zur Folge, dass der Bundesrat ohne unmittelbare Rückbindung an Parlament und Volk agieren kann. Das Parlament hat in der Phase der Umsetzung keinen Zugriff mehr auf die beschlossenen Vertragsänderungen.

Ein ähnlicher Mechanismus lässt sich im Zusammenhang mit den Komitologieausschüssen beobachten, denen durch Rechtsakte, die in den Bilateralen Verträgen in Bezug genommen werden, in beschränktem Umfang Rechtsetzungsbefugnisse mit Blick auf die administrative Durchführung verliehen werden. Soweit hierdurch indirekt die Bilateralen Verträge betroffen sind, besitzt die Schweiz regelmässig das Recht, Beobachter mit Rede-, aber ohne Stimmrecht an die Sitzungen der einschlägigen Komitologieausschüsse zu entsenden.³⁹ Werden von der Schweiz grundsätzlich zu übernehmende Rechtsvorschriften in einem Komitologieverfahren ausgearbeitet, besteht darüber hinaus eine Pflicht zum Einbezug schweizerischer Experten (Art. 6 SAA).⁴⁰ In beiden Konstellationen rekrutieren sich die Vertreter der Schweiz aus der Bundesverwaltung, allenfalls noch aus den kantonalen Verwaltungen. Das Parlament hat keinen Einfluss darauf, wer in die Komitologieausschüsse entsandt wird.

³⁶ FELDER (Fn. 8), S. 107 f.

³⁷ WÜGER & SCARPELLI (Fn. 28), S. 309.

³⁸ Zur Konkretisierungsfunktion von Art. 152 ParlG in Bezug auf Art. 24 Abs. 1 ParlG ODERMATT & TOPHINKE (Fn. 30), Art. 24 Rz. 5.

³⁹ FELDER (Fn. 8), S. 106; JAAG & ZIHLMANN (Fn. 34), Rz. 18 m.w.N. zu den betreffenden Ausschüssen.

⁴⁰ Dazu WÜGER & SCARPELLI (Fn. 28), S. 305.

2. Zusammenfassung von Genehmigungsbeschluss und Umsetzungsrecht

Speist sich die Bedeutung der Bundesversammlung und der Stimmberechtigten ganz wesentlich aus deren Kompetenzen bei der Rechtsetzung, so erweist sich die in Art. 141a BV vorgesehene Möglichkeit, den Genehmigungsbeschluss eines völkerrechtlichen Vertrages mit Verfassungs- und Gesetzesänderungen, die der Umsetzung dienen, in den Genehmigungsbeschluss aufzunehmen, als Achillesferse für die demokratische Legitimation der europäischen Integration in der wichtigen Umsetzungsphase. So fasste die Bundesversammlung beispielsweise bei der Verabschiedung der Bilateralen Verträge II den Genehmigungsbeschluss mit Gesetzesänderungen zusammen, die der Umsetzung dreier in dem Paket enthaltener Verträgen dienten.⁴¹ Bei Staatsverträgen ohne echten Umsetzungsspielraum dient das Vorgehen ohne Zweifel der nicht gering zu schätzenden Verfahrenseffizienz.⁴² Auch können widersprüchliche Volksentscheide in Form der Zustimmung zu einem völkerrechtlichen Vertrag und der anschliessenden Ablehnung des umsetzenden Gesetzes vermieden werden.⁴³

Da ein bedeutender Teil der in den Abkommen in Bezug genommenen Rechtsakte Richtlinien sind, die infolge ihrer Rechtsnatur im Grundsatz auf Umsetzungsbedürftigkeit durch staatliche Gesetzgeber ausgelegt sind und wie zahlreiche Bestimmungen in den Abkommen selbst einigen inhaltlichen Spielraum eröffnen, stellt sich die Frage, ob die Technik, den gesamten Prozess von der Ratifikation eines Staatsvertrages bis zum Erlass vollzugsfähiger Vorschriften in einem Beschluss zusammenzufassen, der besonderen Komplexität der europäischen Integration gerecht wird. So entspricht es in den EU-Mitgliedstaaten einem durchaus üblichen Ritual, zwischen der Einigung über den Grundsatz und der Umsetzung in das nationalstaatliche Recht in einer anschliessenden zeitlich versetzten Phase zu differenzieren. Nicht selten stellt sich erst bei der kleinteiligen Arbeit an der Umsetzungsgesetzgebung heraus, dass nicht nur eine einzige Umsetzungsvariante mit der Richtlinie in Einklang zu bringen ist. Es ist somit nicht zu verkennen, dass der Bundesversammlung und den Stimm-

⁴¹ Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), BBl 2004 5965 6233 f., 6287.

⁴² URS SAXER, «Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge im Verfahren gemäss Art. 141a BV: auch ein Problem der Volksrechte», AJP 2005, S. 821 (826).

⁴³ PATRICIA EGLI, in: Bernhard Ehrenzeller, Philippe Mastronardi, Rainer J. Schweizer & Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 141a Rz. 8.

berechtigten eine Ebene der Entscheidung und damit letztlich Alternativlösungen im Umsetzungsprozess vorenthalten werden.⁴⁴ Teilweise wird ohne Not eine faktische Ratifikationslage mit Blick auf die Umsetzungsgesetze geschaffen. Insgesamt rundet diese Praxis das Bild übereilter Paketlösungen ab, welche die aus der Verhandlungsphase rührende Machtverschiebung zugunsten von Bundesrat und Verwaltung in die Umsetzungsphase hinein verlängern.⁴⁵

III. Administrative Durchführung der Bilateralen Verträge

A. Indirekter Vollzug durch schweizerische Behörden

1. Allgemeine Vollzugsgrundsätze

a) Verwaltungsverfahrenrecht

Die Vertragsparteien verfügen beim Vollzug der Bilateralen Verträge im Grundsatz über Organisations- und Verfahrensautonomie.⁴⁶ Das Bundesgericht führt dazu aus: «Mangels einer einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen [heute: unionsrechtlichen] bzw. für die Schweiz abkommensrechtlichen Regelung ist die Ausgestaltung des Verfahrens grundsätzlich Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung.»⁴⁷ Die Abkommen werden dementsprechend in der Schweiz im Regelfall durch die nach schweizerischem Recht zuständigen Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden auf der Grundlage des einschlägigen nationalen Verfahrensrechts vollzogen.⁴⁸ Die materielle Rechtsgrundlage für Vollzugsmassnahmen kann entweder im Vertragsrecht selbst,⁴⁹ was in jedem Fall dessen direkte Anwendbarkeit voraussetzt, oder in – zwingend oder fakultativ⁵⁰ – dazwischengeschaltetem nationalem Recht zu finden sein.⁵¹ Die in den Verträgen enthaltenen oder darauf zurückgehenden Bestim-

⁴⁴ Zutreffend SAXER (Fn. 42), S. 823, 826.

⁴⁵ Zum Befund einer solchen Machtverschiebung auch COTTIER et al. (Fn. 6), Rz. 102.

⁴⁶ Vgl. COTTIER et al. (Fn. 6), Rzz. 69, 74.

⁴⁷ BGE 128 V 315 S. 318 E. 1. c).

⁴⁸ JAAG & ZIHLMANN (Fn. 34), Rz. 6. Siehe auch COTTIER et al. (Fn. 6), Rz. 155; MOOR, FLÜCKIGER & MARTENET (Fn. 1), S. 310; PETERS & JUNG, (Fn. 28), S. 957.

⁴⁹ Dazu TORNAY, RENFER & AUER (Fn. 23), S. 272 f.

⁵⁰ Siehe dazu oben II. A.

⁵¹ BREITENMOSER & WEYENETH (Fn. 11), Rz. 679. Zur Bedeutung der unmittelbaren Anwendbarkeit der Bilateralen Verträge ferner COTTIER et al. (Fn. 6), Rz. 200–206.

mungen werden durch die schweizerischen Behörden grundsätzlich autonom ausgelegt.⁵²

In Anlehnung an die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts anerkennt das Bundesgericht indessen gewichtige Einschränkungen der nationalen Organisations- und Verfahrensautonomie an. Die Gestaltungsfreiheit wird zunächst durch den Grundsatz der Gleichwertigkeit begrenzt, wonach die Modalitäten nicht weniger günstig sein dürfen als bei gleichartigen Verfahren, die das innerstaatliche Recht betreffen.⁵³ Eine weitere Schranke bildet zudem der Grundsatz der Effektivität, der besagt, dass die Verfahren nicht so ausgestaltet sein dürfen, dass sie die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren. Für den Geltungsbereich des FZA leitet das Bundesgericht den Grundsatz der Gleichwertigkeit aus der Verankerung der Nichtdiskriminierung in Art. 2 FZA und den Grundsatz der Effektivität aus der Bestimmung zum Rechtsschutz in Art. 11 FZA ab.⁵⁴

Im Bereich der Bilateralen Abkommen folgt das Bundesgericht hinsichtlich der Auslegung des nationalen Organisations- und Verfahrensrechts somit den durch den EuGH unter dem Titel des Grundsatzes der Effektivität als unionsverwaltungsrechtlichem Grundsatz⁵⁵ entwickelten Vorgaben vorbehaltlos. Die massgeblich durch den EuGH entwickelten allgemeinen Grundsätze des Unionsverwaltungsrechts dringen auf diese Weise in das schweizerische Verwaltungsorganisations- und Verwaltungsverfahrensrecht ein.⁵⁶ Vor diesem Hintergrund ist nicht sicher, ob sich der Einfluss des Unionsrechts nur auf das Besondere und nicht auch auf das Allgemeine Verwaltungsrecht auswirkt,⁵⁷ oder ob er insoweit lediglich weniger zu spüren ist, weil sich das Allgemeine

Zur Abgrenzung anhand des FZA STEPHAN BREITENMOSER & MICHAEL ISLER, «Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten», AJP 2002, S. 1003 (1015).

⁵² BREITENMOSER & WEYENETH (Fn. 11), Rz. 677; HEINEMANN (Fn. 4), S. 37; OESCH (Fn. 1), S. 19.

⁵³ Dazu und zum Folgenden BGE 128 V 315 S. 319 E. 1 c); bestätigt durch BGE 130 V 132 S. 135 f. E. 3.1; BGE 138 V 533 S. 535 E. 2.2.

⁵⁴ BGE 128 V 315 S. 319 E. 1 c).

⁵⁵ Dazu STEFFEN HINDELANG, «Die mittelbare Unionsverwaltung durch die Mitgliedstaaten», in: Stefan Leible & Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, Enzyklopädie Europarecht, Band 3, Zürich/St. Gallen 2014, § 33 Rz. 18 f. m. w. N.

⁵⁶ Allgemein zum Fallrecht des EuGH als «Motor für die Europäisierung» OESCH (Fn. 1), S. 20.

⁵⁷ So aber TSCHANNEN, ZIMMERLI & MÜLLER (Fn. 5), § 17 Rz. 18.

Verwaltungsrecht in der Schweiz vielfach mit den Grundsätzen des Unionsverwaltungsrechts deckt.

b) Gerichtlicher Rechtsschutz

Die Vollzugsgrundsätze wirken sich unmittelbar auf den an das Verwaltungsverfahren anschliessenden gerichtlichen Rechtsschutz aus. Gemäss dem Trennungsprinzip sind für den Rechtsschutz gegen Vollzugsmassnahmen der schweizerischen Behörden ausschliesslich schweizerische Gerichte zuständig.⁵⁸ Da die Bilateralen Abkommen in weitem Umfang direkt anwendbare Normen enthalten,⁵⁹ können sich natürliche und juristische Personen auf deren Einhaltung berufen.⁶⁰ Das Verfahren richtet sich dabei wie das Verwaltungsverfahren nach dem schweizerischen Recht. Im Regelfall der Zuständigkeit kantonaler Behörden ist also die Beschwerde an das betreffende kantonale Verwaltungsgericht möglich.⁶¹ Die Gerichte wenden das Recht der Bilateralen Verträge unter Beachtung der Grundsätze der Gleichwertigkeit und der Effektivität an.

Kennzeichnend für die hohe Kompatibilität des schweizerischen Rechtsschutzsystems mit den Grundsätzen des EU-Rechts ist der Umstand, dass das Recht der Bilateralen Verträge als völkerrechtlicher Vertrag im Rahmen eines Rechtsmittels gemäss Art. 190 BV durch das Bundesgericht und alle sonstigen rechtsanwendenden Behörden nicht auf seine Verfassungskonformität überprüft werden darf und daher stets angewendet werden muss.⁶² Art. 190 BV bietet somit die Grundlage für die reibungslose Integration eines wichtigen unionsverwaltungsrechtlichen Grundsatzes, wonach die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte Rechtsakte der EU auch bei angenommener Unverein-

⁵⁸ BREITENMOSER & WEYENETH (Fn. 11), Rz. 680; JAAG & ZIHLMANN (Fn. 34), Rz. 22.

⁵⁹ Vgl. oben II. A.

⁶⁰ JAAG (Fn. 2), Rz. 4020. Ausführlich zur direkten Anwendbarkeit der Bestimmungen des FZA BREITENMOSER & ISLER (Fn. 51), S. 1008 f.

⁶¹ Gegen Verfügungen des Amtes für Migration und Integration des Kantons Aargau [§ 3 Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 und seinen Ausführungsbestimmungen (VAuG), SAR 122.315] ist die Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Aargau [§ 50 Abs. 1 Bst. a Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG), SAR 271.200] und anschliessend die Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau zulässig (§ 54 Abs. 1 VRPG).

⁶² BGE 137 V 181 S. 190 E. 6.3; MOOR, FLÜCKIGER & MARTENET (Fn. 1), S. 299; allgemein zu Staatsverträgen AUER, MALINVERNI & HOTTELIER (Fn. 11), Rz. 1363.

barkeit mit den Verträgen nicht ohne Weiteres unangewendet lassen dürfen⁶³. Die praktische Wirksamkeit des EU-Rechts ist in der Schweiz letztlich sogar stärker abgesichert als in den EU-Mitgliedstaaten, wo die Gerichte EU-Rechtsakten unter engen Voraussetzungen jedenfalls vorübergehend die Anwendung versagen dürfen.⁶⁴ Hier macht sich das Fehlen des Vorabentscheidungsverfahrens bemerkbar, dessen Einleitung eine wesentliche Voraussetzung für die einstweilige Nichtanwendung von Rechtsakten der EU ist.⁶⁵

Umgekehrt müssen schweizerische Behörden nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 4 BV Bundesgesetze ausser Anwendung lassen, wenn diese gegen einen völkerrechtlichen Vertrag verstossen, und zwar unabhängig davon, ob der Vertrag Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand hat.⁶⁶ Bundesgesetze sind demnach im Falle eines Verstosses gegen die Bilateralen Abkommen nicht anzuwenden. Diese Wirkungsweise entspricht exakt dem Anwendungsvorrang des EU-Rechts im Verhältnis zu mitgliedstaatlichen Gesetzen, die von Gerichten und Verwaltungsbehörden bei Verletzung von EU-Recht nicht angewendet werden dürfen.⁶⁷ Der für die Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten charakteristische Vorrang des Unionsrechts gilt somit, soweit der Anwendungsbereich der Verträge reicht, auch in der Schweiz.

2. Sektorielle Spezialregelungen

a) Verwaltungsorganisationsrecht

Lassen sich mit Blick auf die Bilateralen Verträge insgesamt keine übergreifenden Vorgaben für die Strukturen der Verwaltungsorganisation ableiten, so verpflichtet doch das Beschaffungsabkommen⁶⁸ jede Vertragspartei, eine unabhängige Überwachungsbehörde einzurichten, die Reklamationen oder

⁶³ Dazu MARTIN NETTESHEIM, in: Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf & Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: September 2014, Art. 1 AEUV Rz. 81.

⁶⁴ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen WERNER SCHROEDER, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl., München 2013, § 9 Rz. 15.

⁶⁵ BERNHARD W. WEGENER, in: Christian Calliess & Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011, Art. 267 AEUV Rz. 28.

⁶⁶ BGE 138 II 524 S. 533 E. 5.1.; zurückgehend auf BGE 125 II 417 S. 425 E. 4. d).

⁶⁷ Näher dazu aus der Perspektive des Unionsrechts SCHROEDER (Fn. 64), § 5 Rzz. 20, 22.

⁶⁸ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68).

Beschwerden entgegennimmt und bei Rechtsverstössen gegen das Abkommen gegen die beteiligten Vergabestellen ein Verfahren einleiten beziehungsweise verwaltungstechnische oder rechtliche Schritte unternehmen darf (Art. 8 Beschaffungsabkommen).⁶⁹ Es wurde daher eine paritätisch aus Vertretern des Bundes und der Kantone zusammengesetzte Kommission zur Umsetzung und Überwachung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens geschaffen.⁷⁰ Neben der Wahrnehmung von beratenden und vermittelnden Aufgaben übt die Kommission im Wesentlichen eine verfahrensrechtliche Funktion aus. Sie kann wegen Verletzung des Beschaffungsabkommens bei der zuständigen Behörde des Bundes oder der Kantone Beschwerde einreichen, und zwar auf Anzeige einer Anbieterin hin, wenn kein Rechtsmittel ergriffen wurde, oder aber auf Antrag einer ausländischen Behörde, wenn die Auftraggeberin keine Abhilfe schafft.⁷¹ Die organisatorische Bestimmung dient somit einem verfahrensrechtlichen Zweck.

b) Verwaltungsverfahrenrecht

In verschiedenen Bilateralen Verträgen sind darüber hinaus in Konkretisierung der allgemeinen Vollzugsgrundsätze sektoriell geltende Spezialregelungen betreffend das Verwaltungsverfahren enthalten. Die Abkommen von Schengen und Dublin sind im Kern spezielles Verwaltungsverfahrenrecht.⁷² Im Einzelfall wird die auf dem Vertrauensschutz (Art. 9 BV) beruhende materielle Rechtskraft einer Verfügung im Hinblick auf die Abwägung mit dem öffentlichen Interesse abgesichert. So bleiben gemäss Art. 23 S. 1 FZA im Falle der Kündigung oder der Nichtverlängerung des Abkommens die erworbenen Ansprüche von Einzelnen unberührt. Nach der Zustimmung von Volk und Ständen zur Masseneinwanderungsinitiative am 9. Februar 2014 hat der Bundesrat unter Bezugnahme auf die genannte Bestimmung erklärt, dass die auf der Grundlage des FZA verliehenen individuellen Rechte auch im Fall einer Kündigung des Abkommens unberührt bleiben.⁷³

⁶⁹ Siehe auch JAAG & ZIHLMANN (Fn. 34), Rz. 13.

⁷⁰ Art. 68a VöB (Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [SR 172.056.11]).

⁷¹ Art. 68b Abs. 2 Bst. b VöB.

⁷² Zum Schengener Übereinkommen als Ursprung eines europäischen Sicherheitsverwaltungsrechts BETTINA SCHÖNDORF-HAUBOLD, *Europäisches Sicherheitsverwaltungsrecht*, Baden-Baden 2010, Rz. 17.

⁷³ Erklärung des Bundesrates betreffend die erworbenen Rechte der Bürgerinnen und Bürger aus EU- oder EFTA-Ländern, die in der Schweiz leben oder arbeiten vom 30. April 2014.

Das im Jahr 2013 von der Schweiz und der EU unterzeichnete Abkommen über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts hat gar rein verfahrensrechtlichen Charakter, eine materielle Angleichung des Wettbewerbsrechts findet nicht statt.⁷⁴ Das Wettbewerbsabkommen⁷⁵ statuiert eine Notifikationspflicht der Wettbewerbsbehörden bei Durchsetzungsmassnahmen, die wichtige Interessen der jeweils anderen Vertragspartei berühren könnten (Art. 3 Abs. 1). Es sieht die Möglichkeit der Koordinierung von Durchführungsmassnahmen vor, indem beispielsweise Nachprüfungen und Durchsuchungen zeitlich aufeinander abgestimmt werden (Art. 4 Abs. 1). Ausserdem können Ersuchen um Einleitung von Durchsetzungsmassnahmen gestellt werden (Art. 6 Abs. 1). Schliesslich finden ein gegenseitiger Informationsaustausch (Art. 7 Abs. 1) und gegenseitige Konsultationen (Art. 11 Abs. 1) statt.

c) **Gerichtlicher Rechtsschutz**

Umfassende Spezialregelungen zum gerichtlichen Rechtsschutz sieht das Beschaffungsabkommen vor. Gemäss Art. 5 Abs. 1 des Beschaffungsabkommens muss im schweizerischen Recht ein Beschwerdeverfahren vorgesehen sein, das Lieferanten und Dienstleistungserbringern auf «rasch greifende, transparente und wirksame» Weise Rechtsschutz bei potenziellen Rechtsverletzungen ermöglicht. In Anhang V des Abkommens wird die Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens genauer umschrieben. Das Beschwerdeverfahren muss zwingend bei einem Gericht oder einer sonstigen unparteiischen und unabhängigen Prüfinstanz durchgeführt werden. Handelt es sich bei der Beschwerdeinstanz nicht um ein Gericht im engeren Sinne, muss diese entweder gerichtlicher Kontrolle unterliegen oder das Verfahrensrecht muss zwingend einen Anspruch auf rechtliches Gehör, die Möglichkeit der Vertretung, das Recht auf Benennung bestimmter Beweismittel, die Öffentlichkeit des Verfahrens sowie einen Anspruch auf Begründung der Entscheidung vorsehen.

Überdies muss das nationale Verfahrensrecht die Prüfinstanz zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ermächtigen, insbesondere zur Anordnung der Suspendierung des Vergabeverfahrens und des Vollzugs einer Vergabeentschei-

⁷⁴ Schweizerischer Bundesrat, Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts, BBl 2013 3959 3964.

⁷⁵ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 17. Mai 2013 (SR 0.251.268.1).

dung. Auch muss die Prüfinstanz grundsätzlich die Vergabeentscheidung aufheben oder aufheben lassen können. Ausnahmsweise kann der nationale Gesetzgeber stattdessen Schadensersatzansprüche vorsehen. Schliesslich müssen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren geltend gemacht werden können. Dabei kann als Anspruchsvoraussetzung vorgesehen werden, dass zuvor die strittige Entscheidung aufgehoben oder für rechtswidrig erklärt worden sein muss. Das Verfahren muss mit einer rechtsverbindlichen Entscheidung beendet werden. Die Beschwerdefrist muss mindestens zehn Tage betragen und darf erst mit dem Bekanntwerden des Beschwerdegrundes beginnen.

Auf Bundesebene wurden diese Vorgaben durch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)⁷⁶ umgesetzt. Die Kantone haben eine Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) geschlossen, die durch Ausführungsbestimmungen auf kantonaler Ebene ergänzt und konkretisiert wird.⁷⁷ Für Beschwerden gegen die im Rahmen des Vergabeverfahrens ergehenden Verfügungen ist im Einklang mit dem Abkommensrecht regelmässig ein Verwaltungsgericht zuständig.⁷⁸ Eine Beschwerde hat zwar grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung, das angerufene Gericht kann aber die aufschiebende Wirkung anordnen.⁷⁹ Das Verwaltungsgericht entscheidet in der Sache selbst oder weist sie mit Anordnungen an die Auftraggeberin zurück.⁸⁰ Ist der Vertrag mit dem Anbieter bereits geschlossen, erweist sich die Beschwerde jedoch als begründet, stellt das Gericht die Rechtsverletzung fest und der Beschwerdeführer wird auf einen Schadensersatzanspruch verwiesen.⁸¹

Schliesslich wird die Thematik gerichtlichen Rechtsschutzes bezüglich der Personenfreizügigkeit erwähnt. Art. 11 Abs. 1 FZA verleiht den durch das Abkommen begünstigten EU-Staatsangehörigen ein Recht zur Beschwerde bei der zuständigen Behörde. Die Beschwerde muss innerhalb angemessener Frist behandelt werden (Art. 11 Abs. 2 FZA). Gegen die Entscheidung über die Beschwerde oder gegen das Nichtergehen innerhalb angemessener Frist muss die Möglichkeit einer Berufung zu einem Gericht eröffnet sein (Art. 11 Abs. 3

⁷⁶ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1).

⁷⁷ Exemplarisch Submissionsdekret (SubmD) des Kantons Aargau (SAR 150.910).

⁷⁸ Bundesverwaltungsgericht (Art. 27 Abs. 1 BöB); «unabhängige kantonale Instanz» (Art. 15 Abs. 1 S. 1 IVöB); Verwaltungsgericht des Kantons Aargau (§ 24 Abs. 1 SubmD AG).

⁷⁹ Art. 28 BöB; Art. 17 Abs. 1 und 2 IVöB; § 26, § 37 Abs. 1 SubmD AG.

⁸⁰ Art. 32 Abs. 1 BöB; Art. 18 Abs. 1 IVöB; § 27 Abs. 1, § 37 Abs. 4 SubmD AG.

⁸¹ Art. 32 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 34 Abs. 1 BöB; Art. 18 Abs. 2 IVöB; § 27 Abs. 2, § 38 Abs. 1 SubmD AG.

FZA). Das FZA statuiert somit eine die Verfahrensautonomie der Schweiz begrenzende prozessuale Mindestgarantie und vermittelt einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung, auch wenn das schweizerische Recht kein Rechtsmittel vorsieht.⁸² Das Bundesgericht sieht in Art. 11 FZA darüber hinaus einen Anknüpfungspunkt für die Verankerung der unionsverwaltungsrechtlichen Grundsätze der Gleichwertigkeit und Effektivität.⁸³

d) Staatshaftung

Im Zusammenhang mit der Datenübermittlung im Rahmen des Europol-Abkommens⁸⁴ begründet dessen Art. 16 Abs. 1 einen Staatshaftungsanspruch zulasten schweizerischer Behörden.⁸⁵ Danach haftet die Schweiz gemäss ihrem innerstaatlichen Recht für den einer Person entstandenen Schaden, der durch in rechtlicher oder sachlicher Hinsicht fehlerhafte Daten, die mit Europol ausgetauscht wurden, verursacht worden ist. Im Rahmen ihrer Haftung nach Massgabe des innerstaatlichen Rechts kann sich die Schweiz im Verhältnis zu dem Geschädigten zu ihrer Entlastung nicht darauf berufen, dass Europol unrichtige Daten übermittelt hat.

B. Direkter Vollzug durch Behörden der EU

Das System der Bilateralen Verträge stellt einen Gegenentwurf zur Mitgliedschaft in der EU dar. Deshalb muss der direkte Vollzug durch Behörden der EU im Rahmen dieser Verträge ein völliger Fremdkörper sein. Gleichwohl sieht Art. 18 Abs. 2 Luftverkehrsabkommen⁸⁶ ausnahmsweise den direkten Vollzug des bilateral vereinbarten Vertragsrechts durch Organe der EU vor.⁸⁷ So obliegt der Vollzug des Luftverkehrsabkommens beispielsweise in Bezug auf das Wettbewerbsrecht auch mit Wirkung auf schweizerisches Hoheitsgebiet der Europäischen Kommission.⁸⁸ Die schweizerischen Behörden sind in einem solchen Fall direkten Vollzuges lediglich zu informieren und vor einer

⁸² BREITENMOSER & ISLER (Fn. 51), S. 1014.

⁸³ Vgl. oben III. A. 1. a).

⁸⁴ Unten III. C. 2.; Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Europäischen Polizeiamt vom 24. September 2004 (SR 0.362.2).

⁸⁵ Siehe ausserdem zur Staatshaftung im Zusammenhang mit dem Schengener Informationssystem PETERS & JUNG, (Fn. 28), S. 964.

⁸⁶ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68).

⁸⁷ Siehe auch WÜGER & SCARPELLI (Fn. 28), S. 293.

⁸⁸ Vgl. JAAG & ZIHLMANN (Fn. 34), Rz. 9; WÜGER & SCARPELLI (Fn. 28), S. 317.

endgültigen Entscheidung im Wege einer Stellungnahme zu konsultieren (Art. 19 Abs. 2).

Überdies werden Organe der EU auf der Grundlage mehrerer Abkommen mit der Befugnis ausgestattet, auf schweizerischem Hoheitsgebiet Kontrollen durchzuführen.⁸⁹ So wird die Finanzkontrolle über die rechtmässige Verwendung der Förderbeiträge durch die Europäische Kommission, den Europäischen Rechnungshof und das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF) vorgenommen. In Anhang C Nr. II. 1–3. des Forschungsabkommens⁹⁰ werden die Europäische Kommission und der Europäische Rechnungshof ermächtigt, jederzeit wissenschaftliche, finanzielle, technische oder sonstige Prüfungen bei den der Schweiz ansässigen Programmteilnehmern und ihren Subunternehmern durchzuführen und sie erhalten zu diesem Zweck Zugang zu Einrichtungen, Arbeiten und Unterlagen sowie zu allen Informationen, die zur Durchführung solcher Prüfungen erforderlich sind.⁹¹ Darüber hinaus ist die Kommission (OLAF) berechtigt, auf schweizerischem Hoheitsgebiet Kontrollen an Ort und Stelle durchzuführen, wobei dies in Zusammenarbeit mit den schweizerischen Behörden zu erfolgen hat.⁹²

Entsprechend dem Trennungsgrundsatz ist der Gerichtshof der Europäischen Union als Rechtsmittelbehörde für Beschwerden gegen Beschlüsse von Organen der EU zuständig, die diese auf der Grundlage des Luftverkehrsabkommens treffen, auch wenn sie an Adressaten auf schweizerischem Territorium gerichtet sind (Art. 20 Luftverkehrsabkommen). Im Zusammenhang mit der Durchführung des Luftverkehrsabkommens wandte sich die Schweiz mit dem Begehren an die Europäische Kommission, der Bundesrepublik Deutschland die Anwendung einer Verordnung zu untersagen, mit der der Anflug auf den Flughafen Zürich-Kloten über deutschem Staatsgebiet eingeschränkt wurde. Den ablehnenden Beschluss konnte die Schweiz im Wege der Nichtigkeitsklage anfechten, auch wenn dies im Verfahren wegen der Unbegründetheit der

⁸⁹ FELDER (Fn. 8), S. 110; JAAG & ZIHLMANN (Fn. 34), Rz. 12; MOOR, FLÜCKIGER & MARTENET (Fn. 1), S. 310.

⁹⁰ Abkommen vom 25. Juni 2007 über wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft andererseits (SR 0.420.513.1).

⁹¹ Entsprechend Anhang III Art. 2 Nr. 1–3 MEDIA-Abkommen. Im Rahmen des Umweltabkommens (Anhang IV Art. 2 Nr. 1–3 Umweltabkommen) verfügen die Europäische Umweltagentur, die Kommission und der Rechnungshof über entsprechende Befugnisse.

⁹² Anhang C Nr. III. 1 und 2 Forschungsabkommen. Entsprechend Anhang IV Art. 3 Nr. 1 und 2 Umweltabkommen, Anhang III Art. 3 Nr. 1 und 2 MEDIA-Abkommen.

Klage letztlich nicht genauer erörtert werden musste.⁹³ Da auf der Grundlage des einschlägigen durch das Luftverkehrsabkommen in Bezug genommenen Sekundärrechts ohnehin das Gericht in erster Instanz zuständig war, konnte der zunächst angerufene EuGH auch offen lassen, ob die Schweiz im Rahmen der Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) wie ein Mitgliedstaat oder wie ein Individualkläger einzustufen ist.⁹⁴ Es bleibt also offen, ob die Schweiz insoweit eine völlige Gleichstellung mit den EU-Mitgliedstaaten erfährt.

C. Verbundstrukturen zwischen schweizerischen und EU-Behörden

1. Organisatorische Verschränkung

Neben den klassischen Vollzugsmodellen des indirekten und des direkten Vollzugs begegnen im Rahmen der Bilateralen Verträge organisatorische Verbundstrukturen, in denen gemeinsam bestellte Behörden gebildet werden. Ein klassisches Beispiel für die organisatorische Verschränkung der Verwaltungen sind die Gemischten Ausschüsse, die aus Vertretern der Schweiz und der EU zusammengesetzt sind. Zur Hauptsache fungieren die Gemischten Ausschüsse zwar als Rechtsetzungsorgan⁹⁵ und als diplomatische einvernehmlich entscheidende Streitschlichtungsbehörde.⁹⁶ Ganz vereinzelt kommen den Gemischten Ausschüssen aber auch Vollzugskompetenzen zu, etwa wenn sie gemäss Art. 11 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Konformitätsabkommen⁹⁷ über die Anerkennung privater Konformitätsbewertungsstellen entscheiden.⁹⁸ Mittelbar spielen die Gemischten Ausschüsse darüber hinaus für den indirekten Vollzug eine Rolle, soweit sie die Handhabung der Abkommen überwachen.⁹⁹ So sind die Verwaltungsbehörden in der Schweiz an einen Feststellungsbeschluss des zuständigen Gemischten Ausschusses gebunden, mit dem die Auswirkungen

⁹³ EuGH, Rs C-547/10 P, *Schweiz/Kommission*, EU:C:2013:139, 47; EuG, Rs T-319/05, *Schweiz/Kommission*, EU:T:2010:367, 55.

⁹⁴ EuGH, Rs C-70/04, *Schweizerische Eidgenossenschaft/Kommission*, EU:C:2005:468, 21–23.

⁹⁵ Siehe oben II. B. 1.

⁹⁶ Dazu FELDER (Fn. 8), S. 108.

⁹⁷ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (SR 0.946.526.81).

⁹⁸ WÜGER & SCARPELLI (Fn. 28), S. 307.

⁹⁹ BREITENMOSER & WEYENETH (Fn. 11), Rz. 681; JAAG (Fn. 2), Rz. 4033; COTTIER et al. (Fn. 6), Rz. 166.

der Rechtsprechung des EuGH nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens definiert werden.¹⁰⁰

Mehrere Abkommen haben die Angliederung der Schweiz an Europäische Agenturen zum Gegenstand und betreffen damit im Kern organisatorische Verbundstrukturen. Als wichtigste Beispiele einer Integration der Schweiz in den Europäischen Verwaltungsverbund können die Europäische Umweltagentur, die Europäische Agentur für Flugsicherheit, das Europäische Polizeiamt Europol und die Europäische Grenzschutzagentur FRONTEX genannt werden.¹⁰¹ Jüngstes Vorhaben in diesem Zusammenhang ist die Beteiligung der Schweiz am Europäischen Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO).¹⁰² Die EU-Agenturen fungieren somit in zunehmendem Mass als institutionelle Schnittstellen für die Integration der Schweiz in den Europäischen Verwaltungsverbund.¹⁰³

2. Verfahrenskooperation

Klassische Strukturen des Europäischen Verwaltungsverbundes zeigen sich daneben, wenn innerhalb eines Verwaltungsverfahrens sowohl schweizerische als auch europäische Behörden tätig werden. Regelungen für ein kooperatives Verwaltungsverfahren finden sich im Hinblick auf den Informationsaustausch zwischen schweizerischen und europäischen Behörden im Europol-Abkommen. Art. 8 regelt beispielsweise die Übermittlung von Informationen an Europol durch die Schweiz. Indem die nationalen Stellen in beide Richtungen Informationen entgegennehmen und übermitteln, etabliert das Europol-Abkommen demnach feste Kooperationsstrukturen in Gestalt grenzüberschreitender Zusammenarbeit zwischen dem Europäischen Polizeiamt und den nationalen Polizeibehörden.¹⁰⁴ Eine enge Verfahrenskooperation ist im Rahmen des Abkommens über die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden vorgesehen.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Vgl. dazu JAAG & ZIHLMANN (Fn. 34), Rz. 56; PETERS & JUNG, (Fn. 28), S. 957; WÜGER & SCARPELLI (Fn. 28), S. 315.

¹⁰¹ Ausführlich zur Beteiligung der Schweiz an diesen Agenturen JOHANNES SAURER, «Die rechtliche Beziehung der Schweiz zu den Europäischen Agenturen», ZBl 114/2013, S. 415 (419–427).

¹⁰² Siehe Botschaft zur Genehmigung der Vereinbarung zwischen der Schweiz und der EU zur Festlegung der Modalitäten der Beteiligung der Schweiz am Europäischen Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO), BBl 2014 6915 ff.

¹⁰³ SAURER (Fn. 101), S. 427.

¹⁰⁴ SCHÖNDORF-HAUBOLD (Fn. 72), Rz. 49.

¹⁰⁵ Siehe oben III. A. 2 b).

IV. Integration durch Bilaterale Verträge und EU-Mitgliedschaft im Vergleich

A. Ebene der Umsetzung

Vergleicht man die Integration der Schweiz in den europäischen Staatenverbund durch die Bilateralen Verträge mit derjenigen der EU-Mitgliedschaft, bietet sich ein differenziertes Bild mit einer erstaunlich hohen Anzahl an Gemeinsamkeiten. Bezogen auf die Umsetzungsebene lassen sich im Ausgangspunkt Parallelen zwischen der Pflicht zur Einhaltung der Bilateralen Verträge seitens der Schweiz und der für die EU-Mitgliedstaaten gemäss Art. 4 Abs. 3 EUV geltenden Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit feststellen.¹⁰⁶ Verordnungen wirken in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unmittelbar und dürfen daher regelmässig nicht Gegenstand umsetzender Rechtsakte sein, Richtlinien bedürfen demgegenüber grundsätzlich der Umsetzung, nur ausnahmsweise entfalten sie Direktwirkung.

In der Schweiz ist das massgebliche Kriterium für die Umsetzungsbedürftigkeit die direkte Anwendbarkeit der Vertragsbestimmungen. So ist es nicht per se erforderlich, in den Bilateralen Verträgen enthaltene Richtlinienbestimmungen formell durch Erlass einer Norm umzusetzen.¹⁰⁷ In Bezug auf Vorschriften in den Bilateralen Verträgen, die auf Richtlinienbestimmungen zurückgehen, ist die Integrationskraft aufgrund dessen regelmässig stärker als in den EU-Mitgliedstaaten, da ihnen im Fall hinreichender Bestimmtheit und Klarheit ab Inkrafttreten unmittelbare Wirkung zukommt, ohne dass die nach EU-Recht geltende weitere Voraussetzung des erfolglosen Verstreichens der Umsetzungsfrist abgelaufen sein müsste. So hat das Bundesgericht die im Anhang III zum FZA in Bezug genommenen Richtlinien ohne Weiteres unmittelbar angewendet.¹⁰⁸ Werden durch die Bilateralen Verträge Verordnungen in Bezug genommen, gelten diese in der Schweiz in Anlehnung an Art. 288 Abs. 2 AEUV erst recht unmittelbar, da sie in der Regel hinreichend konkretisiert sind.¹⁰⁹ Die unmittelbare Wirkung des übernommenen EU-Rechts ist aufgrund des Kriteriums der direkten Anwendbarkeit für die Frage der Umsetzungsbedürftigkeit in der Schweiz qualitativ in der Tendenz noch stärker als in den EU-Mitgliedstaaten.

¹⁰⁶ JAAG (Fn. 2), Rz. 4018.

¹⁰⁷ COTTIER et al. (Fn. 6), Rz. 263.

¹⁰⁸ BGE 132 II 135 S. 140 E. 5.3.

¹⁰⁹ BGE 138 II 42 S. 47 E. 3.1.

Dieser Befund ist dadurch stark zu relativieren, dass die Bilateralen Verträge ausschliesslich zur Übernahme von Sekundärrechtsakten verpflichtet, das gesamte Primärrecht der EU, wie beispielsweise die für den Binnenmarkt essentiellen Grundfreiheiten, in der Schweiz jedoch keine Anwendung findet.¹¹⁰ Viele weitere primärrechtlich normierte Sachbereiche wie etwa das Beihilfenrecht haben somit ebenfalls keinen Eingang in die schweizerische Rechtsordnung gefunden.¹¹¹ Darüber hinaus fehlt es mit dem für die EU-Mitgliedschaft typischen Vertragsverletzungsverfahren an einem einseitigen Durchsetzungsmechanismus bei unionsrechtswidriger Umsetzung. So spricht etwa vieles dafür, dass die Regelung in Art. 6 Abs. 3 Entsg, wonach die Arbeit bei der Entsendung ausländischer Arbeitnehmer in die Schweiz frühestens acht Tage, nachdem der Einsatz bei der zuständigen kantonalen Behörde gemeldet worden ist, aufgenommen werden darf, wegen ihres diskriminierenden Charakters zulasten ausländischer Betriebe und mangels eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses gegen Anhang I Art. 22 Abs. 2 und 4 FZA verstösst.¹¹² Diese Regelung kann zwar im Rahmen des zuständigen Gemischten Ausschusses von der EU gerügt, nicht aber effektiv beseitigt werden.

B. Ebene des Verwaltungsvollzuges

Der Vollzug des Unionsrechts durch die Schweiz und die Mitgliedstaaten ähnelt sich im Ausgangspunkt stark. Es kommen, wenn auch mit unterschiedlicher Gewichtung, der indirekte Vollzug als Standardmodell,¹¹³ der direkte Vollzug als Ausnahmmodell und der Vollzug im Verbund als in ihrer Bedeutung zunehmende Erscheinung vor. Die Schweiz hat beim Vollzug die praktische Wirksamkeit der Abkommen in gleicher Weise sicherzustellen, wie dies

¹¹⁰ Deutlich EuGH, Rs C-351/08, *Grimme*, EU:C:2009:697, 29; EuGH, Rs C-541/08, *Fokus Invest*, EU:C:2010:74, 28, 34; EuGH, Rs C-70/09, *Hengartner und Gasser*, EU:C:2010:430, 41 f.; EuGH, Rs C-547/10 P, *Schweiz/Kommission*, EU:C:2013:139, 79 f.

¹¹¹ Zur schwachen Steuerungskraft der beihilfenrechtlich relevanten Vorschriften in den Verträgen zwischen der Schweiz und der EU MATTHIAS OESCH, «Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone», AJP 2013, S. 1337 (1346 f.).

¹¹² Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, Entsg; SR 823.20). Näher dazu CHRISTA TOBLER, «Die flankierenden Massnahmen der Schweiz in einem erneuerten System des bilateralen Rechts», Jusletter 30. September 2013, Rzz. 60 f.

¹¹³ HINDELANG (Fn. 55), § 33 Rz. 9.

für EU-Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Mitgliedschaft gilt.¹¹⁴ Das Bundesgericht bringt daher insbesondere den unionsverwaltungsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz zur Anwendung.

Das Unionsverwaltungsrecht entfaltet in den Mitgliedstaaten gerade in diesem Bereich einen wichtigen Teil seiner Gestaltungskraft. Der mittlerweile klassische Antagonismus zwischen dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot, das die uneingeschränkte Rückabwicklung rechtswidriger Beihilfen verlangt, und dem im staatlichen Recht verankerten Vertrauensschutz (Art. 9 BV) konnte das schweizerische Verwaltungsrecht bislang mangels Inkorporation der Vorgaben des AEUV nicht erreichen. Hinzu kommt, dass sich die allgemeinen Grundsätze des schweizerischen Verwaltungsrechts über weite Strecken mit denjenigen des Unionsverwaltungsrechts decken, Widersprüche also vergleichsweise selten zu Tage treten dürften. Dies gilt bis hin zum Grundrecht auf eine gute Verwaltung (Art. 41 GRCh).¹¹⁵ Die «Europakompatibilität» des schweizerischen Allgemeinen Verwaltungsrechts muss insoweit nicht zielgerichtet herbeigeführt werden, sondern ergibt sich aus der Flexibilität seiner Rechtsgrundsätze und aus der Verwandtschaft mit den für das Europäische Verwaltungsrecht prägenden Rechtsordnungen.

Der massgebliche Unterschied zwischen dem schweizerischen Integrationsmodell und der EU-Mitgliedschaft besteht beim Vollzug des EU-Rechts – abgesehen vom quantitativ viel geringeren Umfang der unionsrechtlichen Vorgaben – im gerichtlichen Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln im Rahmen des indirekten Vollzuges. Anders als in den EU-Mitgliedstaaten besteht in der Schweiz keine Möglichkeit, das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH einzuleiten.¹¹⁶ Die schweizerischen Gerichte haben demnach weder das Recht noch die Pflicht, den EuGH mit Fragen betreffend die Auslegung des EU-Rechts anzurufen, sondern müssen oder dürfen «das Problem allein lösen unter Berücksichtigung der allgemeinen Auslegungsregeln gemäss dem Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge».¹¹⁷ Wie auf der Ebene der Umsetzung können Divergenzen bei der Auslegung des Vertragsrechts im Einzelfall keiner letztverbindlichen autoritativen Entschei-

¹¹⁴ JAAG (Fn. 2), Rz. 4018.

¹¹⁵ Siehe PETER KARLEN, «Das Recht auf eine gute Verwaltung – eine beachtenswerte Idee in fragwürdiger Gestalt», ZBl 115/2014, S. 521 f.; DANIELA THURNHERR, «Das Recht auf eine gute Verwaltung nach Art. 41 der EU-Grundrechtecharta – Ein Impulsgeber für das schweizerische Recht?», in: Astrid Epiney & Tobias Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2011/2012, Zürich 2012, S. 447 (462).

¹¹⁶ In Bezug auf das FZA BGE 130 II 113 S. 120 E. 6.1.; BGE 138 V 258 S. 267 E. 5.3.1.

¹¹⁷ BGE 138 V 258 S. 267 E. 5.3.1.

dung zugeführt, sondern lediglich in den Gemischten Ausschüssen diskutiert und einvernehmlich gelöst werden.¹¹⁸

V. **Ausblick: Stärkere Gewichtung von Umsetzung und Vollzug**

A. **Umsetzung von Art. 121a BV**

Die künftigen Beziehungen der Schweiz zur EU unterliegen in zweifacher Hinsicht einer gewissen Unsicherheit. Zum einen ist der Abschluss weiterer materieller Abkommen beabsichtigt, wie etwa bezüglich der Integration der Schweiz in den Energiebinnenmarkt.¹¹⁹ Zum anderen steht die Schaffung eines die bisherigen Verträge überdachenden institutionellen Rahmens zur Diskussion.¹²⁰ Einen Widerspruch zu der linearen Entwicklung einer – wenn auch im Vergleich zu EU-Beitrittsstaaten viel behutsamer – voranschreitenden Integration in das von der EU gesteuerte Rechtsmodell bildet der in der Volksabstimmung vom 9. Februar 2014 angenommene Art. 121a BV. Die Vorschrift verpflichtet die Gesetzgebung zur Steuerung der Zuwanderung mittels jährlicher Höchstzahlen und Kontingenten. Der Paradigmenwechsel weg von einer nachfrageorientierten Steuerung über den Arbeitsmarkt hin zu einer Steuerung in Form einer Bewilligungspflicht im Einzelfall führt potenziell zu Konflikten mit einigen Bestimmungen des FZA.¹²¹ Dennoch ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sich Umsetzung und Vollzug von Art. 121a BV und FZA in Einklang bringen lassen.¹²² Begleitend ist bei der Neuverhandlung

¹¹⁸ Vgl. auch HEINEMANN (Fn. 4), S. 39; PETERS & JUNG, (Fn. 28), S. 968.

¹¹⁹ Dazu SEBASTIAN HESELHAUS, «Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Energierecht», in Astrid Epiney & Stéphane Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2012/2013, Zürich 2013, S. 263 (264 f.).

¹²⁰ Ausführlich dazu ANDREAS GLASER & LORENZ LANGER, «Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie», 23 SZIER (2013), S. 563 ff.

¹²¹ Im Einzelnen dazu Eidgenössisches Departement für Auswärtige Angelegenheiten, Direktion für Völkerrecht, Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a und Art. 197 Ziff. 9 auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, 26. Mai 2014, S. 9 f.; SEBASTIAN HESELHAUS & JULIA HÄNNI, «Die eidgenössische Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» (Zuwanderungsinitiative) im Lichte des Freizügigkeitsabkommens und der bilateralen Zusammenarbeit mit der EU», 23 SZIER (2013), S. 19 (33–53).

¹²² Ausführlich dazu ASTRID EPINEY, «Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV», Jusletter 2. Juni 2014, Rzz. 52–71, 100; HESELHAUS & HÄNNI (Fn. 121),

des FZA mit der EU auf die Vereinbarung von Ventil- oder Schutzklauseln zu drängen.¹²³

Der Bundesrat schlägt zur Umsetzung von Art. 121a BV vor, die Regulierung mittels Höchstzahlen und Kontingenten grundsätzlich auf die Staatsangehörigen von EU- und EFTA-Staaten auszudehnen, nachdem das FZA im Wege von Neuverhandlungen entsprechend angepasst wurde.¹²⁴ Die von der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates in ihrem Bericht vom 4. April 2014 ausgearbeiteten Vorschläge für eine Verschärfung und Vereinheitlichung des Vollzuges des FZA tragen ebenfalls der von Art. 121a Abs. 1 BV angestrebten Steuerung der Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern Rechnung, indem die Zahl der bewilligten Aufenthalte gesenkt werden könnte.¹²⁵ So besteht offenbar in der Praxis erstens eine Divergenz zwischen deklariertem und tatsächlichem Aufenthaltszweck, die im Zeitverlauf kontinuierlich zunehmen dürfte. Mit einer Meldepflicht der Aufenthaltsberechtigten könnte diesem Missstand bis zu einem gewissen Grad entgegengewirkt werden. Zweitens wird in der Verwaltungspraxis nicht im vollen Umfang von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Aufenthaltsbewilligung bei Wegfall der Aufenthaltsvoraussetzungen zu entziehen, was vor allem auf eine unterschiedliche Vollzugspraxis in den Kantonen zurückzuführen ist. Drittens leidet die Aufgabenerfüllung durch das Bundesamt für Migration in Anbetracht der grossen Zahl von Vorgängen an fehlenden personellen Ressourcen.

Bis auf die vorgeschlagene Meldepflicht zeigt sich der Bundesrat mit den hieraus abgeleiteten Empfehlungen einverstanden.¹²⁶ Bereits vorgängig hatte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement Änderungsvorschläge in die Vernehmlassung geschickt, mit denen ein Sozialhilfeausschluss für lediglich

S. 54–62; ausserdem PETER UEBERSAX, «Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV», Jusletter 14. April 2014, Rzz. 85 f.

¹²³ Dafür MICHAEL AMBÜHL & SIBYLLE ZÜRCHER, «Eine Schutzklausel bei der Zuwanderung», NZZ Nr. 297 vom 22. Dezember 2014, S. 13.

¹²⁴ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF & Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, Erläuternder Bericht Entwurf zur Änderung des Ausländergesetzes, Umsetzung von Artikel 121a BV, 2015, S. 15–18, 25–27. Siehe ausserdem zu alternativen Umsetzungsvarianten Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Eidgenössisches Departement für Auswärtige Angelegenheiten & Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, Art. 121a BV (Steuerung der Zuwanderung), Umsetzungskonzept vom 20. Juni 2014, S. 23–29.

¹²⁵ Dazu und zum Folgenden Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern unter dem Personenfreizügigkeitsabkommen, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 4. April 2014, S. 10–14.

¹²⁶ Stellungnahme des Bundesrates vom 13. August 2014, S. 9 f., 11, 13.

Stellensuchende, Tatbestände für ein automatisches Erlöschen der Aufenthaltsbewilligung und eine Kontrollpflicht beim Bezug von Ergänzungsleistungen durch Nichterwerbstätige eingeführt werden sollen.¹²⁷ Zu beachten bleibt, dass die Spielräume insbesondere durch Anhang I Art. 6 Abs. 6 FZA eingeengt werden, da eine gültige Aufenthaltserlaubnis dem Arbeitnehmer nicht allein deshalb entzogen werden darf, weil er keine Beschäftigung mehr hat, sofern er infolge von Krankheit oder Unfall vorübergehend arbeitsunfähig oder unfreiwillig arbeitslos geworden ist.

Auf der anderen Seite wäre in Anbetracht der Vollzugsschwankungen zwischen den Kantonen die Ausübung des Ermessens gemäss Art. 96 Abs. 1 AuG¹²⁸ bei bestimmten Tatbeständen für den Entzug von Aufenthaltsbewilligungen einzuschränken. Aufgrund der internationalen Dimension des materiellen Rechts sind Einbussen föderalistischer Spielräume im Rahmen des Vollzugs in Kauf zu nehmen. Dies entspräche dem Art. 121a Abs. 2 S. 1 BV zugrunde liegenden Steuerungsmodell mit jährlichen Höchstzahlen und Kontingenten, wenngleich es sich beim Vollzug des FZA angesichts der von Art. 121a Abs. 2 S. 2 BV eingebrachten Gesamtperspektive des Ausländerrechts nur um einen Baustein handelt. Es erscheint vor diesem Hintergrund sehr zweifelhaft, die Wertungen des Unionsrechts mittels europarechtskonformer Auslegung auch dann einzubeziehen, soweit Vorschriften im Wege des autonomen Nachvollzuges auf Regelungsbereiche ausgedehnt wurden, die von den Bilateralen Verträgen nicht erfasst werden.¹²⁹

Rückblickend zeigt sich auch nach Annahme der Masseneinwanderungsinitiative, dass die Probleme im Zusammenhang mit den Bilateralen Verträgen, die insgesamt auf das FZA beschränkt bleiben, bislang weniger auf einen materiellen Dissens im Grundsatz als auf die Überforderung der Verwaltung und der Rechtspflege in der Schweiz mit der grossen Anzahl von Vorgängen und mit der Komplexität der Sachverhaltsgestaltungen zurückzuführen sind. Bestätigt wird dies durch die deutliche Ablehnung der Volksinitiative «Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen» in der Volksabstimmung vom 30. November 2014, die in einem neu zu erlassenden Art. 73a Abs. 2 BV festschreiben wollte, dass die ständige Wohnbevölkerung der Schweiz infolge Zuwanderung im dreijährigen Durchschnitt nicht um mehr als

¹²⁷ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Erläuternder Bericht zur Teilrevision des Ausländergesetzes (AuG), des Bundesgesetzes über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (ELG) und der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP), 2014, S. 4 ff.

¹²⁸ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20).

¹²⁹ So aber BVGer., Urteil vom 26. August 2014, Az. C-5819/2012, E. 6.4, 6.7.1, 6.8.

0,2 Prozent pro Jahr hätte wachsen dürfen. Dadurch wäre in der Verfassung bezüglich der Nettozuwanderung eine jährliche Höchstzahl von 17'000 Personen festgesetzt worden.

Da die Höchstzahlen und Kontingente für erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer gemäss Art. 121a Abs. 3 S. 1 BV auf das gesamtwirtschaftliche Interesse auszurichten sind und massgebende Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen gemäss Art. 121a Abs. 3 S. 3 BV das Gesuch eines Arbeitgebers, die Integrationsfähigkeit und eine ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage sind, lässt sich im geltenden Recht insoweit kein fundamentaler Widerspruch zur Konzeption des FZA ausmachen, das ebenfalls an die wirtschaftlich erwünschte Erwerbstätigkeit anknüpft. Seinem Charakter als Handlungsanweisung an alle staatlichen Behörden entsprechend zwingt Art. 121a BV die Gesetzgebung bei der Umsetzung des FZA zu höherer Regulierungsdichte, zur Zentralisierung des Vollzuges und zur massiven Aufstockung der Personalressourcen. Vollzug und Rechtsprechung sind bei der Anwendung des FZA im Rahmen der Vorgaben im Zweifel zur Restriktion verpflichtet. Die anzusteuernde Zielgrösse der Nettozuwanderung liegt in einer Bandbreite deutlich oberhalb von 17'000 Personen, zugleich aber auch deutlich unterhalb der circa 80'000 Personen, die in den vergangenen Jahren im Ergebnis zugewandert sind.

B. Künftiger Abschluss sektorieller Abkommen

In Bezug auf künftige materielle Abkommen mit der EU wie der Harmonisierung des Chemikalienrechts oder der Integration in den Energiebinnenmarkt sind vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit dem FZA die Ebenen der Umsetzung und vor allem des Vollzuges frühzeitig in den Blick zu nehmen. Unter konsequenter Berücksichtigung des aus der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) folgenden Grundsatzes der Einheit der Materie, wonach ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem völkerrechtlichen Vertrag und der Umsetzungsrechtsetzung erforderlich ist, sollte die Bundesversammlung nur mit grosser Zurückhaltung von der in Art. 141a BV eröffneten Möglichkeit der unter demokratischen Gesichtspunkten fragwürdigen Taktik von «Paketlösungen» Gebrauch machen.¹³⁰

¹³⁰ Dazu SAXER (Fn. 42), S. 832 f. Weniger kritisch in Bezug auf internationale Verträge MÜLLER & UHLMANN (Fn. 6), Rz. 544. Näher zu politisch erzwungenen Koppelungen EGLI (Fn. 43), Art. 141a Rz. 16.

Zu bedenken ist dabei, dass insbesondere eine Integration in den Energiebinnenmarkt für Kantone und Gemeinden nicht nur erhöhte Belastungen im Vollzug hervorrufen, sondern darüber hinaus auch die demokratischen Entscheidungsspielräume erheblich einengen dürfte. Konflikte mit den völkerrechtlichen Vorgaben wären beispielsweise bei der energiewirtschaftlichen Betätigung von Kantonen und Gemeinden sowie bei der Vergabe von Konzessionen denkbar.¹³¹ Ein institutionelles Rahmenabkommen könnte sich hingegen – bei allen Vorbehalten unter Gesichtspunkten der demokratischen Legitimation¹³² – gerade auch durch den Einbezug des EuGH mithilfe eines Vorabentscheidungsverfahrens als hilfreiche Entlastung für sektorielle Schwierigkeiten beim Vollzug einzelner Abkommen erweisen.¹³³ Verwaltungsbehörden und Gerichte könnten die Spielräume unter Umständen im Wissen um die Aussicht auf eine authentische Klärung unionsrechtlicher Fragen durch den EuGH offensiver nutzen, als dies bislang der Fall gewesen ist.

¹³¹ Ausserdem steht die Übernahme von Umwelt- und Naturschutzvorschriften in Rede. Vgl. EPINEY (Fn. 24), S. 39 f.

¹³² Zu demokratischen Legitimationsschwächen bei einem Einbezug des EuGH in das System der Bilateralen Verträge GLASER & LANGER (Fn. 120), S. 570–576.

¹³³ In diese Richtung auch EPINEY (Fn. 24), S. 48 f.

Das Demokratiedefizit des europäischen Integrationsprozesses wird in erster Linie in den Institutionen und Entscheidungsverfahren auf der Ebene der Europäischen Union verortet. Die Legitimation der europäischen Integration basiert aber gleichermaßen auf der Funktionsfähigkeit demokratischer Systeme in den einzelnen Staaten. Thema des vorliegenden Bandes ist daher der Einfluss der Integrationsdynamik auf die demokratischen Prozesse sowie die Partizipation der Bürgerinnen und Bürger in den Nationalstaaten. Als Beispiele dienen der EU-Mitgliedstaat Österreich und die Schweiz als mit der EU eng verflochtenes Nicht-Mitglied.

Dike Verlag, Zürich/St. Gallen



Nomos Verlag, Baden-Baden



Facultas Verlag, Wien

