

# Öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz im Zusammenhang mit den Bilateralen II

954



Prof. Dr. iur. ANNE PETERS,  
Ordinaria für Völker-  
und Staatsrecht,  
Universität Basel



lic. iur. MYRIAM JUNG,  
Assistentin an der  
Juristischen Fakultät  
der Universität Basel

## Inhaltsübersicht:

### A. Einleitung

### B. Allgemeiner Teil

- I. Überblick über die drei wichtigsten Dossiers
  1. Das Dossier Schengen/Dublin
  2. Betrugsbekämpfung
  3. Zinsbesteuerung
- II. Rechtsanwendungszuständigkeiten
- III. Auslegung der Abkommen und sonstiger Normen der Besitzstände durch Schweizer Behörden und Gerichte
- IV. Rechtsschutz der Schweizerischen Eidgenossenschaft
- V. Diplomatischer Schutz zugunsten von Schweizer Bürgern
- VI. Konstellationen des Individualrechtsschutzes vor Gerichten in der Schweiz
  1. Beschwerdeführer
  2. Beschwerdeobjekte
  3. Beschwerdegründe (Prüfungsmassstäbe)
- VII. Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen kantonale Durchführungsakte im Kontext der Bilateralen II
  1. Besonderheiten bei den Sachurteilsvoraussetzungen
  2. Unmittelbare Anwendbarkeit
    - a. Kriterien
    - b. Beispiele
    - c. Publikation unmittelbar anwendbarer Normen
- VIII. Individualrechtsschutz gegen Beschlüsse eines Gemischten Ausschusses
  1. Rechtsschutz gegen *Einzelakte* eines Gemischten Ausschusses?
  2. Rechtsschutz gegen *Erlasse* eines Gemischten Ausschusses?

### C. Besonderer Teil

- I. Besonderheiten des Rechtsschutzes im Bereich der Dublin-Verteilungsentscheidungen
- II. Besonderheiten des Rechtsschutzes im Bereich des Datenschutzes im Kontext "Schengen/Dublin"
- III. Besonderheiten der Staatshaftung im Zusammenhang mit dem Betrieb des Schengener Informationssystems (SIS)
- IV. Besonderheiten des Rechtsschutzes im Bereich der Betrugsbekämpfung
  1. Informationsübermittlung als solche
  2. Verletzung des Spezialitätsprinzips
  3. Rechtsschutz gegen die Verweigerung einer Information durch staatliche Behörden

### V. Besonderheiten des Rechtsschutzes im Bereich der Zinsbesteuerung

1. Art. 9 ZBstG: Rechtsmittel allgemein
2. Amtshilfe bei Steuerbetrug nach Art. 10 des ZBst-A (Art. 16 ff. ZBstG)

### D. Schluss

## A. Einleitung

Die "Bilateralen II"<sup>1</sup> werfen zahlreiche Rechtsschutzfragen auf. Unser Beitrag konzentriert sich auf die wichtigsten Dossiers Schengen/Dublin, Betrugsbekämpfung und Zinsbesteuerung. Anhand konkreter Fallbeispiele werden ausgewählte Fragen des öffentlich-rechtlichen Verfahrensrechts und Rechtsschutzes erörtert. Strafprozessuale Aspekte werden nicht beleuchtet.

Im allgemeinen Teil (Abschnitt B) werden die Rechtsgrundlagen und Regelungsinhalte der ausgewählten Dossiers, die Rechtsanwendungszuständigkeiten und Grundsätze zur Auslegung der Abkommen durch Schweizer Behörden und Gerichte dargestellt sowie allgemeine Fragen zum Individualrechtsschutz erörtert. Abschnitt C befasst sich eingehender mit vier konkreten Rechtsschutzsituationen: Asylverfahren/Dublin-Verteilungsentscheidungen, Datenschutz im Kontext "Schengen/Dublin", Staatshaftung im Zusammenhang mit dem Betrieb des SIS sowie Rechtsschutz im Bereich der Betrugsbekämpfung und der Zinsbesteuerung.

## B. Allgemeiner Teil

### I. Überblick über die drei wichtigsten Dossiers

#### 1. Das Dossier Schengen/Dublin

Das Sicherheits- und Asylsystem von Schengen/Dublin bildet das Kernstück der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit der EU. Seit 1999 sind auch die Nicht-EU-

1 Die sog. "Bilateralen II" umfassen die acht Abkommen in den Bereichen Landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse, Statistik, Umwelt, MEDIA, Pensionen, Schengen/Dublin, Betrugsbekämpfung und Zinsbesteuerung sowie den Schriftwechsel betreffend Zusammenarbeit im Bereich Bildung, Berufsbildung, Jugend. Vgl. Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen ("Bilaterale II") vom 1.10.2004, BBl 2004 5965 ff. (zit. Botschaft Bilaterale II).

Staaten Norwegen und Island daran beteiligt.<sup>2</sup> Um an der Zusammenarbeit, die mit dem Schengener und dem Dubliner Übereinkommen<sup>3</sup> (bzw. der Dublin- und der Eurodac-Verordnung<sup>4</sup>) ermöglicht wurde, teil zu haben, hat die Schweiz zwei separate Assoziierungsabkommen abgeschlossen: das Schengener Assoziierungsabkommen (SAA)<sup>5</sup> für den Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit und das Dubliner Assoziierungsabkommen (DAA)<sup>6</sup> für den Asylbereich. Mit der Ratifizierung dieser beiden Abkommen wird die Schweiz mit Norwegen und Island gleichgestellt.

Beide Abkommen sind miteinander durch eine "clause guillotine" verknüpft<sup>7</sup> und stellen "Verweisabkommen" dar, durch welche sich die Schweiz verpflichtet, den Schengen/Dublin-Besitzstand, wie er zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Assoziierungsabkommen besteht, sowie grundsätzlich auch dessen "künftige Weiterentwicklung" zu übernehmen.<sup>8</sup> In diesem Sinne gestaltet sich insbesondere das SAA als evolutives Abkommen. Beide Abkommen werden durch ein zusätzliches Abkommen bzw. ein Protokoll mit Dänemark<sup>9</sup> sowie durch ein Übereinkommen mit Norwegen und Island<sup>10</sup> ergänzt.

Die zehn neuen Mitgliedstaaten, die am 1. Mai 2004 der EU beigetreten sind, werden mit dem "Acquis communautaire" auch den Schengen-Besitzstand übernehmen, wobei die Schengener Regeln allerdings erst vollumfänglich in Kraft gesetzt werden, wenn die neuen Mitgliedstaaten die Voraussetzungen dafür (Schutz der Aussengrenzen gemäss Schengener Standard, Einrichtung der SIS-Terminals, usw.) erfüllt haben.<sup>11</sup> Mittelfristig werden somit die beiden Assoziierungsabkommen Schengen und Dublin auf 27 Staaten ausgedehnt.

*Schengen-Assoziierungsabkommen:* Art. 2 Abs. 1 des SAA bestimmt, dass die Schweiz den Schengen-Besitzstand umsetzt und anwendet. Dieser Besitzstand umfasst das Schengener Übereinkommen (SÜ) von 1985<sup>12</sup> sowie bestimmte, im Anhang A des SAA aufgezählte<sup>13</sup> Normen des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) von

einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags (Dubliner Übereinkommen, DÜ; ABI C 254 vom 19.8.1997, 1 ff.).

- 4 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18.2.2003 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 [2003], ABI L 50 vom 25.2.2003, 1 ff.); Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 des Rates vom 11.12.2000 über die Errichtung von "Eurodac" für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens (Eurodac-Verordnung [2000]; ABI L 316 vom 15.12.2000, 1 ff.).
- 5 Abkommen vom 26.10.2004 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 (Schengen-Assoziierungsabkommen, SAA), Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6447 ff.
- 6 Abkommen vom 26.10.2004 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 (Dublin-Assoziierungsabkommen, DAA), Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6479 ff.
- 7 Art. 15 Abs. 4 und Art. 18 SAA sowie Art. 14 Abs. 2 und 16 Abs. 2 DAA.
- 8 Vgl. Art. 1 Abs. 1 SAA.
- 9 Dänemark partizipiert nur auf völkerrechtlicher Ebene an der Schengener Zusammenarbeit und kann diesbezüglich folglich nicht durch die EU/EG verpflichtet werden. Die Schweiz muss daher mit Dänemark ein separates Abkommen zu Schengen (Art. 13 Abs. 1 SAA) und zu Dublin abschliessen (Art. 11 Abs. 1 DAA). Dementsprechend ermächtigt Artikel 2 des Bundesbeschlusses vom 17.12.2004 den Bundesrat, die entsprechenden Abkommen abzuschliessen. Es handelt sich dabei um ein Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich Dänemark über die Begründung von Rechten und Pflichten zwischen diesen beiden Staaten hinsichtlich der Schengener Zusammenarbeit und um ein Protokoll zum DAA über die Teilnahme des Königreichs Dänemark an diesem Abkommen. Vgl. Bundesbeschluss vom 17.12.2004 über die Genehmigung und die Umsetzung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Assoziierung an Schengen und Dublin, BBl 2004 7149, 7150 (zit. Bundesbeschluss Schengen/Dublin).
- 10 Die Schweiz muss mit den beiden Nicht-EU-Mitgliedern Norwegen und Island, welche ebenfalls an Schengen assoziiert sind, ein separates Abkommen abschliessen (Art. 13 Abs. 2 SAA). Bei diesem Übereinkommen handelt es sich um einen trilateralen Vertrag, der die Zusammenarbeit zwischen den drei assoziierten Staaten sowohl im Bereich Schengen als auch im Bereich Dublin regeln wird und zwar mittels eines Verweises auf die jeweiligen Assoziierungsübereinkommen der Schweiz bzw. Norwegens und Islands mit der EU bzw. der EG. Siehe Bundesbeschluss Schengen/Dublin (FN 9), BBl 2004 7149.
- 11 Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6069.
- 12 FN 3.
- 13 Es finden also nicht alle Bestimmungen des SDÜ Anwendung, sondern ausschliesslich die in Anhang A des SAA aufgezählten Normen. Vgl. auch Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6458.

2 Übereinkommen zwischen dem Rat der Europäischen Union sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Assoziierung der beiden letztgenannten Staaten bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstandes (ABI L 176 vom 10.7.1999, 35 ff.).

3 Übereinkommen vom 14.6.1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Schengener Übereinkommen, SÜ; ABI L 239 vom 22.9.2000, 13 ff.), in Kraft seit 2.3.1986; Übereinkommen vom 19.6.1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14.6.1985 (Schengener Durchführungsübereinkommen, SDÜ; ABI L 239 vom 22.9.2000, 19 ff.), in Kraft seit 26.3.1995; Übereinkommen vom 15.6.1990 über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in

1990,<sup>14</sup> ferner bestimmte, im Anhang B des SAA<sup>15</sup> aufgezählte EG/EU-Rechtsakte und schliesslich zukünftige ändernde und ergänzende EG/EU-Rechtsakte.

*Dublin-Assoziierungsabkommen*<sup>16</sup>: Mit der Assoziierung zu Dublin verpflichtet sich die Schweiz gemäss Art. 1 Abs. 1 DAA zur Übernahme der Eurodac-Verordnung (2000)<sup>17</sup> für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens, der Dublin-Verordnung (2003)<sup>18</sup> über die Bestimmung des zuständigen Staates für Asylanträge<sup>19</sup> sowie der zwei Durchführungsverordnungen von 2002 und 2003.<sup>20</sup>

## 2. Betrugsbekämpfung

Beim Abkommen über die Betrugsbekämpfung (Betrugs-A)<sup>21</sup> handelt es sich um ein gemischtes Abkommen, dessen Vertragspartner auf europäischer Seite neben der EG auch die Mitgliedstaaten sind. Da das Abkommen die Zusammenarbeit in allen Einzelheiten regelt, bedarf es keiner Änderungen des Landesrechts bzw. keiner Umsetzungsgesetzgebungen.

Ziel des Betrugsbekämpfungsabkommens ist die Verbesserung der Amts- und Rechtshilfe bei der Bekämpfung des Betrugs im Bereich der indirekten Steuern<sup>22</sup> (Zoll, Mehrwertsteuer, Verbrauchssteuern auf Alkohol, Tabak, Mineralöl, usw.), der Subventionen und des öffentlichen Beschaffungswesens.<sup>23</sup>

Zu diesem Zweck soll die schon heute punktuell bestehende Zusammenarbeit im Bereich der Amts- und Rechtshilfe, d.h. die internationale Zusammenarbeit zwischen Verwaltungs- und Justizbehörden, vertieft und ausgedehnt (Art. 1 Betrugs-A) und der Informationsaustausch zwischen den zuständigen Behörden intensiviert werden (Art. 5 Betrugs-A).<sup>24</sup>

## 3. Zinsbesteuerung

Das Zinsbesteuerungsabkommen (ZBst-A)<sup>25</sup> ist ein umfassendes Regelwerk. Mit dem Abkommen verpflichtet sich die Schweiz, einen Steuerrückbehalt auf alle Zinserträge ausländischer Quelle zu erheben, die an natürliche Personen mit steuerlichem Wohnsitz in einem EU-Mitgliedstaat geleistet werden.<sup>26</sup> Das Zinsbesteuerungsabkommen sieht die Einführung eines Steuerrückhalts auf Zinserträge natürlicher Personen mit Steuersitz in der EU von anfänglich 15 %, dann 20 % und schliesslich ansteigend auf 35 % ab dem siebenten Jahr nach der Einführung des Zinsbesteuerungssystems vor (Art. 1 Abs. 1 ZBst-A). Von diesem Steuerrückbehalt sollen gemäss Art. 8 ZBst-A 75 % an den Wohnsitzstaat der EU durch die schweizerischen Zahlstellen überwiesen werden und 25 % der Schweiz verbleiben. Zusätzlich sieht das Abkommen die Amtshilfe zwischen den EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz bei Steuerbetrug oder ähnlichen Delikten vor.<sup>27</sup>

Zum Zinsbesteuerungsabkommen hat der Bundesrat ein flankierendes Bundesgesetz erlassen. Das neue Zinsbesteuerungsgesetz (ZBstG)<sup>28</sup> enthält vorwiegend jene für die Durchführung des Abkommens notwendigen Regelungen, die dem innerstaatlichen schweizerischen Kompetenzbe-

reich angehören und sich nicht in einer völkerrechtlichen Vereinbarung verankern lassen. Dazu gehören insbesondere die Organisation, das Verfahren und die Rechtswege sowie die anwendbaren Strafbestimmungen.<sup>29</sup>

- 
- 14 FN 3.  
 15 Art. 2 Abs. 2 SAA; vgl. auch Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6467.  
 16 FN 6.  
 17 FN 4.  
 18 FN 4.  
 19 In der Regel ist der Einreisestaats zuständig. Vgl. Art. 3 Abs. 1 Dublin-Verordnung (2003) (FN 4).  
 20 Verordnung (EG) Nr. 1560/2003 der Kommission vom 2.9.2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates 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 (ABl L 222 vom 5.9.2003, 3 ff.) sowie Verordnung (EG) Nr. 407/2002 des Rates vom 28.2.2002 zur Festlegung von Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 über die Errichtung von "Eurodac" für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens (ABl L 62 vom 5.3.2002, 1 ff.).  
 21 Abkommen vom 26.10.2004 über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen, die ihre finanziellen Interessen beeinträchtigen (Betrugsbekämpfungsabkommen), Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6503.  
 22 Die direkten Steuern sind nicht Gegenstand des Abkommens, Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6002.  
 23 Art. 2 Abs. 1 lit. a) Betrugs-A.  
 24 Das Abkommen sieht insbesondere vor, dass EG-Behörden, die Informationen zu einem Delikt im Bereich indirekter Steuern verlangen, gleich behandelt werden wie schweizerische Behörden im schweizerisch-internen Verfahren. Zwangsmassnahmen sind neu im Rahmen von Amts- und Rechtshilfe unter den gleichen Voraussetzungen zu gewähren wie nach schweizerischem Recht in einem nationalen Verfahren, sofern die Tat auch im ersuchten Staat strafbar ist und der Deliktsbetrag 25'000 Euro übersteigt oder der Wert der unerlaubt ein- oder ausgeführten Waren 100'000 Euro übersteigt (Art. 3 Abs. 1 Betrugs-A).  
 25 Abkommen vom 26.10.2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates vom 3.6.2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind (Zinsbesteuerungsabkommen), SR 0.641.926.81.  
 26 Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6003.  
 27 Art. 8 ZBst-A und Art. 16 ff. ZBst-A.  
 28 Bundesgesetz vom 17.12.2004 zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der Europäischen Gemeinschaft (Zinsbesteuerungsgesetz, ZBstG), SR 641.91.  
 29 Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6283.

## II. Rechtsanwendungszuständigkeiten

Die Vertragsparteien haben in allen Verträgen ihre Rechtssetzungsautonomie beibehalten und keine Gesetzgebungskompetenzen an eine supranationale Instanz übertragen. *Anwendung und Vollzug* der Abkommen obliegen somit *grundsätzlich* den Behörden und Gerichten der *Vertragsparteien*. In der Schweiz werden die Abkommen durch die zuständigen eidgenössischen und kantonalen Behörden vollzogen und – soweit sie unmittelbar anwendbar sind – vor den ordentlichen Gerichten durchgesetzt.<sup>30</sup>

In Anlehnung an die Bilateralen Abkommen I sehen die Bilateralen Abkommen II für die Überwachung der Anwendung und Durchsetzung von drei Abkommen, nämlich des SAA, DAA und Betrugs-A, jeweils ein gemeinsames Organ der Vertragsparteien vor, den *Gemischten Ausschuss*. Die Gemischten Ausschüsse setzen sich aus Vertretern der Vertragsparteien zusammen<sup>31</sup> und kommen auf Initiative ihres jeweiligen Vorsitzenden oder auf Antrag eines ihrer Mitglieder auf unterschiedlicher Ebene zusammen.<sup>32</sup>

Die Gemischten Ausschüsse tragen Sorge für die Anwendung der Abkommen bzw. die einheitliche Anwendung und Auslegung der jeweiligen Abkommen und dienen dem Informations- und Meinungs austausch sowie der Vorbereitung der Rechtsetzung zur Änderung und Ergänzung des Besitzstandes.<sup>33</sup> Daneben verfügen die Gemischten Ausschüsse auf Ministerebene im Rahmen der Assoziierungsabkommen über bestimmte Entscheidungskompetenzen und beschliessen über die Beilegung von Streitigkeiten betreffend die Auslegung und die Anwendung der Abkommen.<sup>34</sup> Anders als die Gemischten Ausschüsse der Bilateralen I<sup>35</sup> haben die drei Gemischten Ausschüsse der Bilateralen II jedoch keine Rechtsetzungsbefugnisse in Form der Änderung der technischen Anhänge. Als mögliche Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse kommen beispielweise in Betracht ein Beschluss über die Beilegung von Streitigkeiten betreffend die Auslegung und Anwendung einer Vorschrift des SAA gemäss Art. 10 Abs. 2 SAA, ein Beschluss betreffend Wiedereinsetzung des DAA<sup>36</sup> oder eine Empfehlung über die Einleitung von Verhandlungen zur Änderung des Betrugs-A.<sup>37</sup>

Die Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse sind für Verwaltungsbehörden in der Schweiz verbindlich.<sup>38</sup> Anders zu beurteilen ist die Frage, ob nationale Gerichte bei Auslegungsproblemen ihre Verfahren sistieren und an den Bundesrat gelangen können, damit dieser seinerseits den Gemischten Ausschuss konsultieren kann. Eine solche Bindung der nationalen Gerichte bei Auslegungsfragen von Vertragsbestimmungen wird überwiegend verneint mit der Begründung, dass ein solches Vorgehen mit der Unabhängigkeit der Gerichte kaum vereinbar wäre.<sup>39</sup>

## III. Auslegung der Abkommen und sonstiger Normen der Besitzstände durch Schweizer Behörden und Gerichte

Als völkerrechtliche Verträge sind die Abkommen sowie weitere Normen der Besitzstände durch die jeweiligen Ver-

tragsparteien dezentral auszulegen. Die Abkommen obliegen somit theoretisch der "autonomen" Auslegung durch die Schweizer Behörden und Gerichte.<sup>40</sup> Bei der Anwendung

30 Siehe Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6125.

31 Der Gemischte Ausschuss Schengen besteht aus den Mitgliedern des EU-Rates, der EG-Kommission und Vertretern des Bundesrates (Art. 3 Abs. 1 SAA, Art. 1 Abs. 1 Geschäftsordnung des Gemischten Ausschusses Schengen). Der Gemischte Ausschuss Dublin besteht aus der EG-Kommission und den Vertretern des Bundesrates (Art. 3 Abs. 1 DAA). Sind Kompetenzen der Kantone tangiert, so wird im Gemischten Ausschuss schweizerischerseits auch ein Vertreter der Kantone teilnehmen. Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6126. Der Gemischte Ausschuss des Betrugsbekämpfungsabkommen setzt sich aus Vertretern der Vertragsparteien, d.h. der Schweiz, EG und der Mitgliedstaaten zusammen.

32 Art. 3 Abs. 3 und 4 SAA, Art. 3 Abs. 3 DAA, Art. 39 Abs. 1 Betrugs-A.

33 Art. 4 Abs. 3 und 4 SAA, Art. 8 SAA, Art. 3 Abs. 3 DAA, Art. 39 Abs. 1 Betrugs-A.

34 Art. 10 SAA, Art. 7 DAA und Art. 40 Betrugs-A.

35 Die Gemischten Ausschüsse, welche durch die Bilateralen I-Abkommen eingesetzt wurden, sind u.a. befugt, die Regelungen in den Anhängen und Protokollen zu den Abkommen, v.a. technische Vorschriften, zu ändern. Vgl. Art. 11 Abs. 4 des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (ABl L 114 vom 30.4.2002, 430 ff./SR 0.172.052.68); Art. 30 Abs. 2 des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr (ABl L 114 vom 30.4.2002, 73 ff./SR 0.748.127.192.68); Art. 52 Abs. 4 des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (ABl L 114 vom 30.4.2002, 91 ff./SR 0740.72); Art. 18 Abs. 2 des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (ABl L 114 vom 30.4.2002, 6 ff./SR 0.142.112.681).

36 Art. 4 Abs. 7 DAA.

37 Art. 42 Betrugs-A.

38 Siehe für die Bilateralen I TOBIAS JAAG, Institutionen und Verfahren, in: DANIEL THÜRER/ROLF HEINZ WEBER/ROGER ZÄCH (Hrsg.), Bilaterale Verträge Schweiz-EG, Ein Handbuch, Zürich 2002, 55 ff.

39 STEPHAN BREITENMOSER/MICHAEL ISELI, Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten, AJP/PJA 2002, 1003, 1020; T. JAAG (FN 38), 55.

40 Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6134. Siehe auch BGE 1A.71/2004 N 10.3, Urteil vom 8.3.2005, in dem das Bundesgericht in Bezug auf das Freihandelsabkommen bestätigt, dass "[d]er Schweizer Richter [...] die Bestimmungen dieses Abkommens grundsätzlich autonom auszulegen und anzuwenden [hat]. Dennoch ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu dem vergleichbaren Art. 25 EG-Vertrag (ehemals Art. 12 EWG-Vertrag) nicht unbeachtlich."

und beim Vollzug der Abkommen müssen die Vertragsparteien ausserdem deren praktische Wirksamkeit (den *effet utile*) sicherstellen.<sup>41</sup> Die Beachtung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) durch die Schweizer Behörden ist demnach nicht zwingend, aber dennoch empfehlenswert, möglicherweise *de facto* zwingend, zumal die Gemischten Ausschüsse auf eine einheitliche Anwendung in der EU und in der Schweiz hinwirken müssen.<sup>42</sup> Ausserdem muss auch eine "autonome" Auslegung der Abkommen die Vorgaben von Art. 31-33 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)<sup>43</sup> beachten. Ausgangspunkt jeder Vertragsauslegung bildet gemäss Art. 31 Abs. 1 WVK der Wortlaut, wobei nach Art. 33 WVK alle authentischen Vertragssprachen gleichrangig sind, sofern die Vertragsparteien oder der Vertrag nichts anderes vorsehen.<sup>44</sup> Daneben sind nach Art. 31 Abs. 1 WVK der systematische Zusammenhang sowie der Sinn und Zweck des gesamten Vertragswerks zu berücksichtigen, wobei unter Umständen auch eine dynamische Auslegung geboten sein kann. Nur ergänzend und hilfsweise sollen gemäss Art. 32 WVK die "*travaux préparatoires*" herangezogen werden. Berücksichtigt werden müssen zudem nach Art. 31 Abs. 3 WVK die spätere Übung oder Übereinkunft sowie sonstige, im Verhältnis der Parteien anwendbare Völkerrechtssätze.

Als spezielle Informationsquellen für die Auslegung aller rechtlichen Bestimmungen des Schengen- und Dublin/Eurodac-Besitzstandes sind ferner die Arbeiten der Gemischten Ausschüsse zu beachten, welche die Rechtsprechung des EuGH und der Schweizer Gerichte verfolgen, sammeln und übermitteln<sup>45</sup> sowie die jährlichen Berichte der Schweiz an die Gemischten Ausschüsse über die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen der Besitzstände.<sup>46</sup>

#### IV. Rechtsschutz der Schweizerischen Eidgenossenschaft

*Beispiel:* Die Schweiz hat an einen Schweizer Bürger, der durch eine SIS-Fehleintragung durch deutsche Behörden geschädigt wurde, nach Art. 19a (neu) Verantwortlichkeitsgesetz (VG)<sup>47</sup> Schadenersatz geleistet und will bei Deutschland nach Art. 116 Abs. 2 SDÜ<sup>48</sup> Regress nehmen. Deutschland verweigert die Regresszahlung. Die Schweiz macht eine Verletzung von Art. 116 Abs. 2 SDÜ durch Deutschland geltend.

Will die Schweizerische Eidgenossenschaft eine Vertragsverletzung durch einen EU-Mitgliedstaat geltend machen, kann die Schweiz weder den EuGH noch ein schweizerisches Gericht oder das Gericht eines Mitgliedstaates anrufen. Die im EG-Recht vorgesehene Vertragsverletzungsklage durch einen Mitgliedstaat (Art. 227 EGV) ist der Schweiz verwehrt. Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien sind dem jeweiligen Gemischten Ausschuss zu unterbreiten.<sup>49</sup> Im Falle des Zinsbesteuerungsabkommens, welches keinen Gemischten Ausschuss vorsieht, sind nur Konsultationen zwischen den Vertragsparteien vorgesehen.<sup>50</sup>

#### V. Diplomatischer Schutz zugunsten von Schweizer Bürgern

*Beispiel:* Ein Schweizer Bürger wendet sich an den Bundesrat, um ein Tätigwerden von Vertretern der Schweiz im Gemischten Ausschuss zu erwirken (z.B. Abgabe einer Erklärung der Schweiz an den EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV gestützt auf Art. 8 Abs. 2 SAA<sup>51</sup>).

Das Tätigwerden der schweizerischen Behörden, z.B. im Gemischten Ausschuss, wäre eine Form des diplomatischen Schutzes. Hierauf hat der Schweizer Bürger keinen Anspruch. Ein derartiger Rechtsanspruch könnte seinen Ursprung nur im internen Recht haben. Jedoch verleiht nach Auffassung des Bundesrates keine schweizerische Rechtsnorm dem Individuum einen solchen Anspruch. Im Gegenteil, der Bund verfügt auf diesem Gebiet über Ermessen, das nach der Ansicht des Bundesrates einzig durch das Willkürverbot begrenzt ist.<sup>52</sup> Unserer Ansicht nach könnte sich allerdings im Extremfall aus der Schutzdimension der Grundrechte ein Anspruch auf Tätigwerden auch im diplomatischen Kontext ergeben.

41 T. JAAG (FN 38), 40.

42 Siehe Art. 8 SAA und Art. 5 DAA.

43 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, SR 0.111.

44 Die Texte der Bilateralen II sind in allen 20 Sprachen der 25 Mitgliedstaaten der EU, wovon auch drei offizielle Sprachen der Schweiz sind, in gleicher Weise rechtsverbindlich. Siehe Art. 18 SAA, Art. 17 DAA, Art. 48 Betrugs-A und Art. 22 ZBst-A.

45 Art. 8 Abs. 1 SAA sowie Art. 5 Abs. 1 DAA.

46 Art. 9 Abs. 1 SAA und Art. 6 Abs. 1 DAA.

47 Art. 19a (neu) Bundesgesetz vom 14.3.1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG), SR 170.32/Bundesbeschluss Schengen/Dublin (FN 9) BBl 2004 7160. Siehe den Wortlaut der Vorschrift unten in FN 105.

48 Art. 116 Abs. 2 SDÜ: "Ist die in Anspruch genommene Vertragspartei nicht die ausschreibende Vertragspartei, hat letztere den geleisteten Ersatz auf Anforderung zu erstatten, es sei denn, von der ersuchten Vertragspartei wurden die Daten vertragswidrig genutzt."

49 Art. 10 Abs. 1 SAA, Art. 7 Abs. 1 DAA, Art. 40 Betrugs-A.

50 Art. 12 ZBst-A.

51 Art. 8 Abs. 2 SAA: "Die Schweiz kann in Fällen, in denen ein Gericht eines Mitgliedstaats dem Gerichtshof eine Frage in Bezug auf die Auslegung einer in Artikel 2 genannten Bestimmung zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, beim Gerichtshof Schriftsätze einreichen oder schriftliche Erklärungen abgeben."

52 VPB 61.75, Entscheid des Bundesrates vom 30.10.1996, E. 2; VPB 68.78, Entscheid des Bundesrates vom 14.1.2004, E. 4.

## VI. Konstellationen des Individualrechtsschutzes vor Gerichten in der Schweiz

### 1. Beschwerdeführer

Als Beschwerdeführer kommen mehrere Personengruppen in Frage. Zunächst einmal können Schweizer Bürger Beschwerde führen. Beispielsweise könnte ein Basler Grossunternehmer gegen eine Basler Behörde vorgehen wollen, die Informationen über seine Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung der EU-Kommission weiter gegeben hat (siehe Art. 5 Betrugs-A<sup>53</sup>).

Ferner können unter Umständen auch EU-Bürger mit Wohnsitz in einem EU-Staat Rechtsschutz in der Schweiz begehren. Beispielsweise könnte ein Deutscher mit Wohnsitz in Lörrach, der seine Bank in Basel nicht ermächtigt hatte, Zinszahlungen an sein deutsches Finanzamt zu melden, bei Zuwiderhandeln in der Schweiz rechtsschutzbedürftig sein (siehe Art. 2 Abs. 1 ZBstA<sup>54</sup>).

Und schliesslich können auch Drittausländer rechtsschutzbedürftig sein. Ein Beispielsfall wäre, dass einem Russen von der zuständigen schweizerischen Behörde die Durchreise durch die Schweiz verwehrt wird, obwohl er über eine Aufenthaltserlaubnis in Deutschland verfügt (siehe Art. 5 Abs. 3 SDÜ<sup>55</sup>).

### 2. Beschwerdeobjekte

Als Beschwerdeobjekte kommen typischerweise *kantonale Verfügungen* in Durchführung eines Abkommens oder einer anwendbaren EU-Verordnung in Betracht.<sup>56</sup> Aber auch *Verfügungen einer Bundesbehörde* in Durchführung eines Abkommens oder einer anwendbaren EU-Verordnung sind denkbar. Ein Beispiel für eine bundesbehördliche Verfügung wäre der Nichteintretensentscheid (NEE) auf einen Asylantrag durch das Bundesamt für Migration (BFM),<sup>57</sup> der nach Art. 32 Abs. 2 lit. d AsylG<sup>58</sup> (neu Art. 34 Abs. 3 lit. d EAsylG)<sup>59</sup> in Anwendung von Art. 19 Abs. 1 Dublin-Verordnung<sup>60</sup> zu treffen ist. Gegen den Entscheid des BFM kann unter den Voraussetzungen von Art. 105 AsylG<sup>61</sup> Beschwerde an die Asylrekurskommission (ARK) eingelegt werden.

### 3. Beschwerdegründe (Prüfungsmassstäbe)

Als Beschwerdegründe können die Beschwerdeführer die Verletzung einer Vorschrift eines völkerrechtlichen Abkommens geltend machen, sofern die Norm unmittelbar anwendbar ist<sup>62</sup> sowie die Verletzung einer Vorschrift eines anwendbaren Rechtsaktes, wie z.B. der Dublin-Verordnung (2003), oder eines nationalen Umsetzungsgesetzes, so z.B. des ZBstG, und schliesslich auch die Verletzung von höherrangigem Recht, z.B. Grundrechten nach BV oder EMRK.

mittelt oder erlangt werden, unterliegen dem Amtsgeheimnis und geniessen den Schutz der für solche Informationen geltenden nationalen Rechtsvorschriften der Vertragspartei, die sie erhalten hat, und der für die Gemeinschaftsorgane geltenden entsprechenden Rechtsvorschriften.

Insbesondere dürfen diese Informationen und Beweismittel weder anderen als den Personen übermittelt werden, die in den Gemeinschaftsorganen, den Mitgliedstaaten oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft kraft ihres Amtes dafür zuständig sind, noch von diesen für andere als die Zwecke verwendet werden, die in den Anwendungsbereich dieses Abkommens fallen."

- 54 Art. 2 Abs. 1 ZBst-A: "Freiwillige Offenlegung. 1. Die Schweiz sieht ein Verfahren vor, das es dem Nutzungsberechtigten im Sinne von Artikel 4 ermöglicht, den Steuerrückbehalt gemäss Artikel 1 zu vermeiden, indem er seine Zahlstelle in der Schweiz ausdrücklich ermächtigt, die Zinszahlungen der zuständigen Behörde dieses Staates zu melden. Eine solche Ermächtigung gilt für alle Zinszahlungen dieser Zahlstelle an den Nutzungsberechtigten."
- 55 Art. 5 Abs. 3 SDÜ: "Einem Drittausländer, der über eine von einer der Vertragsparteien ausgestellte Aufenthaltserlaubnis, einen von einer der Vertragsparteien ausgestellten Rückreisevermerk oder erforderlichenfalls beide Dokumente verfügt, ist die Durchreise zu gestatten, es sei denn, dass er auf der nationalen Ausschreibungsliste der Vertragspartei steht, an deren Aussengrenzen er die Einreise begehrt."
- 56 Näher dazu unten B.VII.
- 57 Zuständig nach Art. 25 Asylgesetz vom 26.6.1998 (AsylG), SR 142.31: "Zuständige Behörde. Das Bundesamt entscheidet über Gewährung oder Verweigerung des Asyls sowie über die Wegweisung aus der Schweiz."
- 58 Art. 32 Abs. 2 AsylG: "Auf Asylgesuche wird nicht eingetreten, wenn Asylsuchende ... d. in ein Land ausreisen können, in welchem bereits ein Asylgesuch hängig ist oder das staatsvertraglich für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig ist und das sie nicht zur Ausreise in ein Land zwingt, in welchem sie verfolgt würden oder unmenschlicher Behandlung ausgesetzt wären;"
- 59 Art. 34 Abs. 3 lit. d Entwurf des Asylgesetzes (EAsylG), BBl 2002 6938, 6941: "Auf Asylgesuche wird in der Regel nicht eingetreten, wenn Asylsuchende: d. in einen Drittstaat ausreisen können, welcher für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens staatsvertraglich zuständig ist."
- 60 Art. 19 Abs. 1 Dublin-Verordnung: "Stimmt der ersuchte Mitgliedstaat der Aufnahme eines Antragstellers zu, so teilt der Mitgliedstaat, in dem der Asylantrag eingereicht wurde, dem Antragsteller die Entscheidung, den Asylantrag nicht zu prüfen, sowie die Verpflichtung, den Antragsteller an den zuständigen Mitgliedstaat zu überstellen, mit."
- 61 Art. 105 Abs. 1 AsylG: "Zuständigkeit. Die Rekurskommission entscheidet endgültig über Beschwerden gegen Entschiede des Bundesamtes betreffend die:
- a. Verweigerung des Asyls und das Nichteintreten auf ein Asylgesuch;
  - b. Verweigerung des vorübergehenden Schutzes; vorbehalten bleibt Artikel 68 Absatz 2, soweit nicht die Verletzung des Grundsatzes der Einheit der Familie gerügt wird;
  - c. Wegweisungen, die nach diesem Gesetz verfügt wurden;
  - d. Beendigung des Asyls oder des vorübergehenden Schutzes;
  - e. Aufhebung der vorläufigen Aufnahme, die nach Artikel 44 Absätze 2 und 3 angeordnet worden ist."
- 62 Siehe dazu unten B.VII. 2.

53 Art. 5 Betrugs-A: "Übermittlung von Informationen und Beweismitteln. 1. Die Informationen und Beweismittel, die nach diesem Abkommen, gleichgültig in welcher Form, über-

Ein Beispiel hierfür wäre, dass ein Asylbewerber geltend macht, das Nichteintreten und der Transferentscheid nach der Dublin-Verordnung (2003) verletzen sein Recht auf Familienleben nach Art. 14 BV und Art. 8 EMRK.

## VII. Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen kantonale Durchführungsakte im Kontext der Bilateralen II

Die wohl typische rechtsschutzbedürftige Situation im Kontext der Bilateralen II dürfte in deren Anwendung durch kantonale Akte liegen. Diese soll deshalb hier näher betrachtet werden.

### 1. Besonderheiten bei den Sachurteilsvoraussetzungen

Gegen kantonale Durchführungsakte im Kontext der Bilateralen II ist in der Regel die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach Art. 97 OG an das Bundesgericht gegeben. (Subsidiär und insofern als eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt wird, kommt auch die Staatsvertragsbeschwerde nach Art. 84 Abs. 1 lit. c OG in Frage.) Bei der Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sind folgende Besonderheiten zu beachten:

*Beschwerdeobjekt* der Verwaltungsgerichtsbeschwerde bilden gemäss Art. 97 OG Verfügungen i.S.v. Art. 5 VwVG, wobei massgebend ist, ob das streitige Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung und des nachfolgenden Anfechtungsstreites bildet, im öffentlichen Recht des Bundes geregelt ist.<sup>63</sup> Dies wäre im Kontext der Bilateralen II der Fall, da die völkerrechtlichen Abkommen ebenso wie allfällige eidgenössische Umsetzungsgesetze als Bundesrecht gelten.

Bei der *Beschwerdelegitimation* ergeben sich keine Besonderheiten.

*Beschwerdegrund*: Nach Art. 104 OG kann mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden. Hierzu gehören alle Rechtssätze des Bundes aller Stufen und somit auch unmittelbar anwendbare Staatsverträge. Sowohl das Zinsbesteuerungsabkommen als auch das Betrugsbekämpfungsabkommen sind völkerrechtliche Verträge mit materiellem Gehalt und mit unmittelbar anwendungsgeeigneten Vorschriften. Sie fallen somit grundsätzlich unter die Bestimmung von Art. 104 OG. Als "Verweisabkommen" nehmen das DAA und das SAA Bezug auf den Schengen- bzw. den Dublin/Eurodac-Besitzstand. Auch Verletzungen der Bestimmungen des Besitzstandes sind grundsätzlich mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde rügefähig, sofern die als verletzt gerügte völkerrechtliche oder europäische Norm unmittelbar anwendbar ist. Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit soll im Folgenden näher beleuchtet werden.

### 2. Unmittelbare Anwendbarkeit

Potentiell unmittelbar anwendbare Normen können in den materiell inhaltvollen Abkommen mit der Schweiz enthalten sein (Betrugs-A und ZBst-A<sup>64</sup>), in den anwendbaren

völkerrechtlichen Abkommen (also SÜ und SDÜ<sup>65</sup>), welche kraft SAA in der Schweiz anwendbar sind,<sup>66</sup> in den anwendbaren EU-Verordnungen Dublin (2003) und Eurodac (2002),<sup>67</sup> deren Durchführungsverordnungen kraft DAA anwendbar sind<sup>68</sup> und schliesslich theoretisch in Beschlüssen eines Gemischten Ausschusses.

#### a. Kriterien

Über die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkervertragsrechtsbestimmungen haben grundsätzlich die innerstaatlichen Gerichte zu entscheiden.<sup>69</sup> Zur Ermittlung der unmittelbaren Anwendbarkeit einzelner Bestimmungen der Abkommen der Bilateralen II muss jeweils die konkrete Vertragsvorschrift ausgelegt werden. Dabei ist immer der Gesamtzusammenhang des Vertrages zu berücksichtigen. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die Verletzung einer internationalen Norm vor einer schweizerischen Behörde oder einem Gericht gerügt werden, sofern die Bestimmung (1) die Rechtsstellung des Einzelnen regelt; (2) sich an die Verwaltungs- bzw. Justizbehörden richtet und nicht an den Gesetzgeber; (3) inhaltlich genügend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Gerichtsentscheids bilden zu können; (4) kein blosser Programmsatz ist und (5) den rechtsanwendenden Behörden keinen grossen Ermessensspielraum lässt.<sup>70</sup>

#### b. Beispiele

Im Folgenden werden einige Beispiele von unmittelbar anwendbaren Normen im Rahmen der Bilateralen II genannt. Im Bereich "*Schengen*" gelten als unmittelbar anwendbare Normen des SDÜ z.B. Art. 2 Abs. 1 SDÜ (keine Personenkontrollen), Art. 40 Abs. 3 lit. e) SDÜ (polizeiliches Betreten von Wohnungen) oder Art. 54 SDÜ (transnationales *Ne bis in idem*).

Im Bereich "*Dublin*" ist die grundsätzliche Eignung der Normen des Dublin/Eurodac-Besitzstandes zur unmittelbaren Anwendbarkeit umstritten.<sup>71</sup> Nach der hier vertretenen

63 Vgl. RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, N 1228.

64 Siehe z.B. Art. 19 Betrugs-A und Art. 10 Abs. 1 ZBst-A.

65 FN 3.

66 Vgl. Anhang A und B des SAA (FN 13 und FN 15).

67 FN 4.

68 Vgl. Art. 1 DAA.

69 Siehe hierzu das Urteil des Bundesgerichts vom 8.3.2005 (FN 40), in dem das Freihandelsabkommen Schweiz – EG (1972) erstmals für unmittelbar anwendbar erklärt wurde.

70 BGE 120 Ia 1 E. 5d; BGE 126 I 240 E. 3b; BGE 124 III 90 E. 3a; BGE 124 II 293 E. 4b.

71 Gegen die unmittelbare Anwendbarkeit KAY HAILBRONNER/CLAUS THIERRY, Schengen II and Dublin: Responsibility for Asylum Applications in Europe, CML Rev. 34 (1997), 957, 971 ff.

Auffassung kann sie nicht pauschal verneint werden. Vielmehr sind die einzelnen Normen individuell daraufhin zu prüfen. Beispiele unmittelbar anwendbarer Normen des Dublin/Eurodac-Besitzstandes wären nach den Kriterien des Bundesgerichts z.B. Art. 21 Abs. 9 der Dublin-Verordnung (2003) (Anspruch auf Mitteilung eigener Daten), Art. 17 Abs. 1 Eurodac-Verordnung (Anspruch auf Schadenersatz) oder Art. 18 Eurodac-Verordnung (Recht der von der Datenverarbeitung betroffenen Personen).

Ein Beispiel für eine nicht unmittelbar anwendbare Norm wäre hingegen die Vorschrift des Art. 3 Abs. 1 der Dublin-Verordnung, die bestimmt, dass die Mitgliedstaaten Asylanträge nach festgelegten Kriterien prüfen. Diese Bestimmung verleiht dem Asylantragsteller keinen Anspruch auf Prüfung seines Antrages.<sup>72</sup>

Unklar ist schliesslich die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 14 Dublin-Verordnung (Kriterium der Familienzusammenführung für die Zuständigkeit eines Mitgliedstaates zur Prüfung eines Asylantrags) oder von Art. 15 Abs. 1 Dublin-Verordnung (2003) (Humanitäre Klausel für das Eintreten auf die Prüfung eines Asylantrages). Gegen die unmittelbare Anwendbarkeit des Dublin-Besitzstandes wird angeführt, dass das Dublin-System auf dem Grundsatz beruht, dass nur ein Asylverfahren durchgeführt werden soll.<sup>73</sup> Dieses Prinzip dient dem Schutz der Dublin-Mitgliedstaaten (Vermeidung von "Asyl-Shopping"), nicht den Antragstellern. Ausweisungen in Drittstaaten sind jederzeit möglich, sofern der Non-refoulement-Grundsatz<sup>74</sup> gewahrt wird. Es handelt sich somit prinzipiell um zwischenstaatliche Verpflichtungen. Andererseits spricht für die unmittelbare Anwendbarkeit die Tatsache, dass der Schutzzweck von Dublin auch der Beendigung des "race to the bottom" im Asylbereich dienen soll. Dies spricht insgesamt für die Unmittelbarkeit der Normen, sofern die anderen Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit (insb. die ausreichende Bestimmtheit) vorliegen.

Im *Betrugsbekämpfungsabkommen* dürfte Art. 5 Abs. 1 Satz 2 (Übermittlung von Informationen und Beweismitteln)<sup>75</sup> unmittelbar anwendbar sein, da sie dem Schutz des Betroffenen vor Einsicht durch Unbefugte dient. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 19 Betrugs-A (Verwendung der Informationen) ist streitig. Das Spezialitätsprinzip von Art. 19 Betrugs-A besagt, dass "die gesammelten Informationen nur für Zwecke verwendet werden dürfen, die unter dieses Abkommen fallen". Es dürfen somit nur Informationen, welche der Ahndung von Betrug in den Bereichen Zölle, Mehrwert- und Verbrauchssteuern, Subventionen und öffentliche Ausschreibungen dienen, verwendet werden. Eine Verwendung der gesammelten Informationen für die Ahndung *anderer* Straftaten (z.B. im Bereich direkter Steuern) würde das Spezialitätsprinzip und somit Art. 19 Betrugs-A verletzen. Fraglich ist nun, ob sich ein betroffener Bürger vor einem Gericht auf diese Bestimmung berufen kann. Dies dürfte insofern zu bejahen sein, als das Spezialitätsprinzip im Auslieferungsrecht sowohl öffentliche als auch individuelle Interessen schützt.<sup>76</sup> Dementsprechend hat auch das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid Verletzungen entsprechender *nationaler* Normen zum Spe-

zialitätsprinzip (z.B. im IRSG<sup>77</sup>) in der strafrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde<sup>78</sup> als rügefähig anerkannt.<sup>79</sup>

Auch in Bezug auf das *Zinsbesteuerungsabkommen* ist die unmittelbare Anwendbarkeit einzelner Bestimmungen unklar. Die Frage stellt sich beispielsweise bei Art. 10 Abs. 1 Zbst-A, wonach die zuständigen Behörden der Schweiz und die einzelnen Mitgliedstaaten für die unter dieses Abkommen fallenden Erträge Informationen über Handlungen austauschen, die nach den Rechtsvorschriften des ersuchten Staates als Steuerbetrug gelten oder ein ähnliches Delikt darstellen. Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit ist im Falle des Zbst-A jedoch nicht so brisant, da jedenfalls die Ausführungsnormen im nationalen Umsetzungsgesetz, d.h. im Zinsbesteuerungsgesetz, rügefähig sind.

### c. Publikation unmittelbar anwendbarer Normen

Die (wichtigsten) direkt anwendbaren Bestimmungen sollen amtlich publiziert werden.<sup>80</sup> Nach Art. 5 Publikationsgesetz (PublG)<sup>81</sup> genügt als Publikation die Verweismethode (Verweis im Bundesrecht auf die anwendbaren EU-Erlasse). Daher werden die direkt anwendbaren Bestimmungen des EU-Rechts in den entsprechenden landesrechtlichen Umsetzungsbestimmungen ausdrücklich genannt. In Fällen,

72 So auch HAILBRONNER/THIERRY (FN 71), 971 f. Siehe ebenfalls Beschluss des deutschen VG Frankfurt/M (2 G 50290/96.A (1)) vom 23.5.1996: Die Bestimmungen des SDÜ (FN 3) zur Übernahme eines Flüchtlings durch einen anderen Schengen-Staat (Art. 35, 36) beinhalten keinen Rechtsanspruch des Flüchtlings auf Übernahme.

73 Art. 3 Dublin-Verordnung (2003) (FN 4).

74 Art. 33 Genfer Flüchtlingskonvention, Art. 3 EMRK, Art. 25 Abs. 2 BV.

75 Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Betrugs-A: "Übermittlung von Informationen und Beweismitteln. Insbesondere dürfen diese Informationen und Beweismittel weder anderen als den Personen übermittelt werden, die in den Gemeinschaftsorganen, den Mitgliedstaaten oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft kraft ihres Amtes dafür zuständig sind, noch von diesen für andere als die Zwecke verwendet werden, die in den Anwendungsbereich dieses Abkommens fallen."

76 PETER POPP, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2001, N 278.

77 Bundesgesetz vom 20.3.1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG), SR 351.1.

78 Art. 268 Ziff. 1 BStP (Bundesgesetz vom 15.6.1934 über die Bundesstrafrechtspflege, BStP), SR 312.0.

79 BGE 123 IV 42 E. 3b: "La jurisprudence a admis que la violation du principe de la spécialité par une autorité cantonale peut être invoquée par l'extradé dans le cadre d'un pouvoir en nullité au Tribunal fédéral." Das BGer bestätigte, dass "[l]e principe de la spécialité apparaît non seulement comme une garantie en faveur de la personne extradée, mais tend également à protéger la souveraineté de l'Etat requis."

80 Vgl. Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6300.

81 Bundesgesetz vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG), SR 170.512, in Kraft seit dem 1.1.2005.

in denen direkt anwendbare Bestimmungen ohne entsprechende landesrechtliche Umsetzungsbestimmungen angewendet werden, wird die Publikation in geeigneter Form (z.B. Verordnung des Bundesrates mit ausdrücklicher Auflistung der direkt anwendbaren Bestimmungen des EU-Rechts unter Angaben der Fundstelle im EU-Amtsblatt) angeordnet.<sup>82</sup>

## VIII. Individualrechtsschutz gegen Beschlüsse eines Gemischten Ausschusses

### 1. Rechtsschutz gegen Einzelakte eines Gemischten Ausschusses?

Die Relevanz von Rechtsschutz gegen Beschlüsse eines Gemischten Ausschusses lässt sich an folgendem Beispiel verdeutlichen: Der Gemischte Ausschuss zum Betrugs-A beschliesst, dass die wiederholte Weigerung bestimmter schweizerischer Behörden, einem Ersuchen um Zusammenarbeit bei Betrugsverdacht im Zusammenhang mit öffentlichen Ausschreibungen stattzugeben, keine ordnungsgemässe Anwendung des Betrugs-A darstellt (Art. 40 Betrugs-A<sup>83</sup>). Könnte z.B. ein interessierter Konkurrent die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben?

Hier stellt sich die Frage, ob der Beschluss des Gemischten Ausschusses ein Anfechtungsobjekt, sprich eine Verfügung i.S.v. Art. 97 OG i.V.m. Art. 5 VwVG, darstellt. Fraglich ist bereits, ob der Gemischte Ausschuss eine erlassende "Behörde" ist. Nach dem weiten Behördenbegriff des Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG gelten auch "andere Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen", als Behörde.

Schliesslich müsste die Verfügung des Gemischten Ausschusses auf Bundesrecht beruhen. Im Beispielsfall wurde der Beschluss auf das Betrugs-A gestützt, also auf ein völkerrechtliches Abkommen. Man könnte argumentieren, dass ein derartiger Beschluss eines Gemischten Ausschusses einem "Beschwerdeentscheid" i.S.v. Art. 5 Abs. 2 VwVG ähnelt und insofern ein taugliches Anfechtungsobjekt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist.

### 2. Rechtsschutz gegen Erlasse eines Gemischten Ausschusses?

Ob die Gemischten Ausschüsse generell-abstrakte Rechtsakte (Normen/Erlasse) verabschieden können, ist aufgrund der Vertragstexte und Materialien allein mangels fehlender Anwendungspraxis noch unklar. Falls die Gemischten Ausschüsse der Bilateralen II Erlasse beschliessen, könnten auf deren Grundlage z.B. kantonale Verfügungen ergehen. In einem Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gegen solche Verfügungen könnte das Bundesgericht im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle die Rechtmässigkeit eines Erlasses eines Gemischten Ausschusses prüfen. Dies entspräche allgemeinen Grundsätzen und ist in Bezug auf Erlasse der Gemischten Ausschüsse der Bilateralen I anerkannt.<sup>84</sup> Letztere können nämlich rechtsetzend tätig werden.<sup>85</sup>

Im Rahmen der inzidenten Normenkontrolle wäre zu prüfen, ob der Erlass den Standards des höherrangigen Rechts genügt. Ein Erlass eines Gemischten Ausschusses ist eine Art internationale Sekundärnorm, die z.B. am Massstab der EMRK gemessen werden könnte. Auch die Bundesverfassung (zumindest in ihren tragenden Prinzipien) hat wohl grundsätzlich Vorrang vor derartigen Erlassen, die inhaltlich eher technischer Natur sind. Gegebenfalls kommt die Rüge der Verletzung von Delegationsgrundsätzen in Betracht, da der Gemischte Ausschuss (in der Besetzung auf Ministerebene oder auf der Ebene "hochrangiger Beamter") delegierte Rechtsetzung betreibt. Es gelten hier (analog) die Grundsätze des Art. 164 BV.

## C. Besonderer Teil

### I. Besonderheiten des Rechtsschutzes im Bereich der Dublin-Verteilungsentscheidungen

Die Dublin-Verordnung des Jahres 2003<sup>86</sup> regelt die Zuständigkeit der Dublin-Staaten zur Prüfung von Asylanträgen.<sup>87</sup>

82 Vgl. Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6300.

83 Art. 40 Betrugs-A: "1. Jede Vertragspartei kann den Gemischten Ausschuss mit Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung dieses Abkommens befassen, insbesondere, wenn sie der Auffassung ist, dass eine andere Vertragspartei den an sie gerichteten Ersuchen um Zusammenarbeit wiederholt nicht stattgegeben hat.

2. Der Gemischte Ausschuss bemüht sich, die Streitigkeit unverzüglich beizulegen. Dem Gemischten Ausschuss werden im Hinblick auf eine annehmbare Lösung alle sachdienlichen Informationen für eine eingehende Prüfung der Angemessenheit zur Verfügung gestellt. Zu diesem Zweck prüft der Gemischte Ausschuss alle Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung des ordnungsgemässen Funktionierens dieses Abkommens."

84 Vgl. T. JAAG (FN 38), 58.

85 Beispielsweise kann der Gemischte Ausschuss zum Freizügigkeitsabkommen vom 21.6.1999 einen Anhang zu diesem Abkommen ändern. Eine derartige Änderung stellt weder einen kantonalen Akt i.S.v. Art. 84 OG noch eine Verfügung i.S.v. Art. 97 OG dar. Mangels geeignetem Anfechtungs-/Beschwerdeobjekt sind somit weder die Verwaltungsgerichtsbeschwerde noch die staatsrechtliche Beschwerde gegeben. Eine bundesgerichtliche Überprüfung ist jedoch im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle denkbar.

86 FN 4.

87 Die Bestimmungen der Dublin- und der Eurodac-Verordnung sind für die Schweiz direkt anwendbar. Da diese EG-Verordnungen bereits eine detaillierte Regelung des Dublin-Verfahrens auf Gesetzesstufe beinhalten, bestand kein grosser Gesetzgebungsbedarf auf eidgenössischer Ebene. Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6250.

Die Kriterien für die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates sind in Art. 5 ff. Dublin-Verordnung der Reihe nach aufgeführt.<sup>88</sup>

Art. 19 Abs. 1 der Dublin-Verordnung bestimmt, dass dann, wenn ein ersuchter Dublin-Mitgliedstaat sich nach den Dublin-Kriterien für nicht zuständig hält und der zuständige Mitgliedstaat der Aufnahme des Asylantragstellers zugestimmt hat, der ersuchte Mitgliedstaat entscheidet, den Asylantrag nicht zu prüfen und den Antragsteller in den zuständigen Mitgliedstaat zu überstellen. Dieser Entscheid ist gleichzeitig ein Nichteintretensentscheid und ein Transfer-Entscheid. Wir bezeichnen ihn als "Dublin-Verteilungsentscheid".

Art. 19 Abs. 2 der Dublin-Verordnung bestimmt: "... Gegen die Entscheidung [den Dublin-Verteilungsentscheid] kann ein Rechtsbehelf eingelegt werden. Ein gegen die Entscheidung eingelegter Rechtsbehelf hat keine aufschiebende Wirkung für die Durchführung der Überstellung, es sei denn, die Gerichte oder zuständigen Stellen entscheiden im Einzelfall nach Massgabe ihres innerstaatlichen Rechts anders, wenn es nach ihrem innerstaatlichen Recht zulässig ist." Das heisst, ein Dublin-Staat darf abweichend von der Grundregel des fehlenden Suspensiveffekts der Beschwerde gegen den Dublin-Verteilungsentscheid nach seinem innerstaatlichen Recht die aufschiebende Wirkung vorsehen.

Zur Umsetzung von Artikel 19 der Dublin-Verordnung schlug der Bundesrat, getrennt von der allgemeinen Asylgesetz-Revision<sup>89</sup>, neu Art. 107a AsylG<sup>90</sup> vor. Der bundesrätliche Entwurf hatte in seiner ursprünglichen Fassung folgenden Wortlaut: "Gegen die Dublin-Transferentscheidung hat die Beschwerde an die Asylrekurskommission keine aufschiebende Wirkung". Dieser Vorschlag wurde als menschenrechtsgefährdend, insbesondere wegen drohender Kettenabschiebungen, kritisiert. Deshalb wurde die Bestimmung auf Antrag der aussenpolitischen Kommission des Nationalrates um folgenden Satz ergänzt: "*Liegen begründete Anhaltspunkte für eine Verletzung der durch die Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechte durch diesen Staat vor, so kann die aufschiebende Wirkung gewährt werden*".<sup>91</sup> Nach Zustimmung des Nationalrates<sup>92</sup> genehmigte auch der Ständerat im Differenzbereinungsverfahren die von der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrates vorgeschlagene Änderung von Art. 107a AsylG.<sup>93</sup>

Die Schweiz hat hiermit von der Ermächtigung zur Einräumung eines Suspensiveffekts bei Beschwerden gegen den Dublin-Verteilungsentscheid Gebrauch gemacht und garantiert damit ein hohes Schutzniveau bei Überstellungen im Dublin-Raum.

## II. Besonderheiten des Rechtsschutzes im Bereich des Datenschutzes im Kontext "Schengen/Dublin"

Ein Beispiel für Datenschutz im Kontext "Schengen" wäre folgender (fiktiver) Fall: Ein Ingenieur aus Kasachstan, der an der ETH Zürich ein Aufbaustudium absolviert, ist aufgrund eines SIS-Systemfehlers als in der Schweiz vorbe-

straft registriert. Er ersucht um Löschung der Daten bei der nach Art. 16 DSGVO<sup>94</sup> zuständigen Behörde.

Art. 111 SDÜ<sup>95</sup> gewährt hier ein Klagerecht. Das heisst, jeder Betroffene hat im Verweigerungsfall das Recht auf Berichtigung unrichtiger Daten, Löschung unrechtmässig gespeicherter Daten, Auskunftserteilung über Daten zur eigenen Person und auf Schadenersatz.<sup>96</sup> Die Klage kann nicht nur im Staat, in dem die Eintragungen vorgenommen wurden, erhoben werden, sondern in jedem Schengen-Staat. In materiell-rechtlicher Hinsicht ist auf diese Klagen das jeweilige nationale Recht anwendbar. Dies erleichtert den Gerichten die Rechtsanwendung, könnte jedoch zu einer Vielfalt von verschiedenen Beurteilungen identischer Vorgänge führen.

Der Datenschutz der Asylantragsteller im Rahmen des Dublin-Systems ist in ähnlicher Weise klagebewehrt. Nach Art. 18 Abs. 2 der Eurodac-Verordnung<sup>97</sup> hat der Asylantragsteller einen Auskunftsanspruch. Bei Verweigerung der

88 Die Kriterien sind wie folgt: In erster Linie ist der Mitgliedstaat zuständig, in dem der Asylbewerber nahe Familienangehörige hat (Art. 7 und 8). Danach ist derjenige Staat für die Prüfung des Asylgesuchs zuständig, welcher dem Gesuchsteller eine noch gültige Aufenthaltserlaubnis oder ein Visa ausgestellt hat (Art. 9). Bei Fehlen solcher Dokumente ist der Mitgliedstaat zuständig, dessen Grenze der Asylbewerber illegal überschritten hat (Art. 19). Lebte der Gesuchsteller nach Ablauf der Zuständigkeit des Staates, dessen Grenze er überschritten hat, für mindestens fünf Monate in einem Mitgliedstaat, wird dieser zuständig (Art. 10).

89 Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 4.9.2002, BBl 2002 6845.

90 Artikel 107a (neu) AsylG: "Verfahren gemäss Dublin. Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide bei Gesuchen von Asylsuchenden, die in einen Staat ausreisen können, der staatsvertraglich für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig ist, haben keine aufschiebende Wirkung.", Bundesbeschluss Schengen/Dublin (FN 9), BBl 2004 7159.

91 AmtlBull NR 2004 1951.

92 AmtlBull NR 2004 1954.

93 AmtlBull SR 2004 864.

94 Art. 16 Bundesgesetz vom 19.6.1992 über den Datenschutz (DSG), SR 235.1.

95 Art. 111 Abs. 1 SDÜ: "Jeder hat das Recht, im Hoheitsgebiet jeder Vertragspartei eine Klage wegen einer seine Person betreffenden Ausschreibung insbesondere auf Berichtigung, Löschung, Auskunftserteilung oder Schadenersatz vor dem nach nationalem Recht zuständigen Gericht oder der zuständigen Behörde zu erheben."

96 Siehe dazu unten C. III.

97 Art. 18 Abs. 2 Eurodac-Verordnung (FN 4): "In allen Mitgliedstaaten kann jede von einer Datenverarbeitung betroffene Person nach Massgabe der Rechts- und Verwaltungsvorschriften und der Verfahren des jeweiligen Mitgliedstaats die in Artikel 12 der Richtlinie 94/46/EG genannten Rechte wahrnehmen."

Auskunft steht ihm nach Art. 18 Abs. 11 ein Klage- oder Beschwerderecht – wiederum nach Massgabe der Rechts- und Verwaltungsvorschriften und Verfahren des jeweiligen Staates – zu.<sup>98</sup>

Die Massgeblichkeit des nationalen materiellen und prozeduralen Rechts führt in der Schweiz zur *Anwendung von Art. 25 DSG*.<sup>99</sup> Diese Vorschrift wird von der laufenden Teilrevision des DSG<sup>100</sup> nicht berührt und regelt die Ansprüche und das Verfahren. Letzteres richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG). Zur Ablehnung eines Begehrens auf Berichtigung, Vernichtung, Sperre oder den Vermerken über die Bestreitung von Daten muss die zuständige Behörde eine Verfügung erlassen (Art. 25 Abs. 1 DSG).<sup>101</sup> Gestützt auf diese Verfügung kann der Beschwerdeführer Beschwerde an die Eidgenössische Datenschutzkommission einreichen und den Entscheid mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weiterziehen (Art. 25 Abs. 5 DSG).<sup>102</sup> Auf dem Gebiet des Datenschutzes bestehen keine Ausschlussstatbestände nach Art. 100 Abs. 2 lit. a OG (Art. 25 Abs. 4 DSG).<sup>103</sup>

### III. Besonderheiten der Staatshaftung im Zusammenhang mit dem Betrieb des Schengener Informationssystems (SIS)

Die Staatshaftung im Zusammenhang mit dem Betrieb des SIS soll an folgendem fiktiven Beispiel verdeutlicht werden: Die baselstädtische Polizei hält wegen einer Geschwindigkeitsübertretung den deutschen Geschäftsmann D. an. Ausgehend von falschen Daten im SIS-Fahndungssystem (Verdacht auf Drogendelikte) nimmt sie D. fest. Dieser wird gemäss Art. 95 SDÜ in Untersuchungshaft genommen. Es entsteht D. durch die widerrechtliche Untersuchungshaft ein beträchtlicher finanzieller Schaden, da D. seinen vertraglichen Verpflichtungen (Warenlieferung an seinen Schweizer Geschäftspartner) nicht termingerecht nachkommen konnte und ihm dadurch zusätzliche Folgeaufträge verloren gingen.

Art. 111, 116 und 126 Abs. 3 lit. d SDÜ verweisen betreffend die Haftung für Schäden im Zusammenhang mit dem Vollzug des Schengener Informationssystems (SIS) auf das *nationale Recht*.<sup>104</sup> Vor diesem Hintergrund wurde eine Haftungsbestimmung in das Verantwortlichkeitsgesetz (VG) aufgenommen (Art. 19a VG).<sup>105</sup> Gemäss Art. 4 Abs. 2 des Bundesbeschlusses über die Genehmigung und die Umsetzung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Assoziierung an Schengen und an Dublin bestimmt der Bundesrat das Inkrafttreten des Verantwortlichkeitsgesetzes.<sup>106</sup>

in der zentralen Datenbank gespeichert sind und welcher Mitgliedstaat die Daten an die Zentraleinheit übermittelt hat. Der Zugang zu den Daten kann nur von den Mitgliedstaaten gewährt werden."

98 Art. 18 Abs. 11 Eurodac-Verordnung (FN 4): "In allen Mitgliedstaaten kann jede Person nach Massgabe der Rechts- und Verwaltungsvorschriften und Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats bei einem Gericht oder den zuständigen Behörden dieses Staates Klage erheben oder gegebenenfalls Beschwerde einlegen, wenn ihr das in Absatz 2 vorgesehene Auskunftsrecht verweigert wird."

99 FN 101.

100 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8.11.2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 19.2.2003, BBl 2003 2101.

101 Art. 25 Abs. 1 DSG: "1. Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann vom verantwortlichen Bundesorgan verlangen, dass es: a. das widerrechtliche Bearbeiten von Personendaten unterlässt; b. die Folgen eines widerrechtlichen Bearbeitens beseitigt; c. die Widerrechtlichkeit des Bearbeitens feststellt."

102 Art. 25 Abs. 5 DSG: "Die Verfügungen des Bundesorgans können mit Beschwerde bei der Eidgenössischen Datenschutzkommission angefochten werden. Deren Entscheid unterliegt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht."

103 Art. 25 Abs. 4 DSG: "Das Verfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz. Die Ausnahmen von Artikel 2 und 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes gelten nicht."

104 Siehe für den Wortlaut von Art. 111 SDÜ FN 95.

Art. 116 SDÜ: "(1) Wird jemand bei dem Betrieb eines nationalen Bestandes des Schengener Informationssystems geschädigt, haftet ihm hierfür jede Vertragspartei nach Massgabe ihres nationalen Rechts. Dies gilt auch, wenn der Schaden durch die ausschreibende Vertragspartei verursacht worden ist, weil diese die Daten unrichtig eingegeben hat oder die Speicherung unrechtmässig war.

(2) Ist die in Anspruch genommene Vertragspartei nicht die ausschreibende Vertragspartei, hat letztere den geleisteten Ersatz auf Anforderung zu erstatten, es sei denn, von der ersuchten Vertragspartei wurden die Daten vertragswidrig genutzt."

Art. 126 Abs. 3 lit. d SDÜ: "Im Rahmen ihrer Haftung nach Massgabe des nationalen Rechts kann eine Vertragspartei sich im Verhältnis zu dem Geschädigten zu ihrer Entlastung nicht darauf berufen, dass eine andere Vertragspartei unrichtige Daten übermittelt hat. Leistet die empfangende Vertragspartei Schadenersatz wegen eines Schadens, der durch die Nutzung von unrichtig übermittelten Daten verursacht wurde, so erstattet die übermittelnde Vertragspartei der empfangenden Vertragspartei den Gesamtbetrag des geleisteten Ersatzes."

105 Art. 19a (neu) VG: "1. Für den Schaden, den eine Person, die im Dienste des Bundes oder eines Kantons steht, beim Betrieb des Schengener Informationssystems einer Drittperson widerrechtlich zufügt, haftet der Bund. 2. Hat der Bund Ersatz geleistet, so steht ihm der Rückgriff auf den Kanton zu, in dessen Dienst die Person steht, die den Schaden verursacht hat." (Fundstelle siehe FN 47).

106 Bundesbeschluss Schengen/Dublin (FN 9), BBl 2004 7181.

Unbeschadet der Verpflichtung zur Bereitstellung anderweitiger Informationen gemäss Artikel 12 Buchstabe a) der Richtlinie 95/46/EG hat die betroffene Person das Recht, darüber unterrichtet zu werden, welche sie betreffenden Daten

Die Haftungsvoraussetzungen für eine Haftung des Bundes sind nach Art. 3 i.V.m. Art. 19a (neu) des Verantwortlichkeitsgesetzes, dass eine "Person im Dienst des Bundes oder eines Kantons" durch eine Tätigkeit "beim Betrieb des SIS" (funktioneller Zusammenhang, inkl. Systemfehler des SIS) widerrechtlich einen Schaden (auch bei "Drittländern") verursacht.<sup>107</sup> Ein Verschulden wird nach allgemeinen Grundsätzen nicht vorausgesetzt (Kausalhaftung).<sup>108</sup> Gestützt auf Art. 19a VG kann somit die geschädigte Person in der Schweiz klagen, wenn schweizerische Behörden die Ausschreibung vorgenommen haben und für deren Rechtmässigkeit und Richtigkeit die Verantwortung tragen.<sup>109</sup>

*Haftungsadressat* ist immer der *Bund*, nie ein Kanton. Für diese Regelung spricht, "dass der Bund als Betreiber des Systems die Verantwortung für die Sicherheit und den Schutz der Daten trägt".<sup>110</sup> Zudem stellt das jeweilige nationale SIS einen Bestandteil eines internationalen Informationssystems dar, in dem auch grenzüberschreitende, nicht lokalisierbare "Systemfehler" denkbar sind, die oftmals nicht zugeordnet werden können. Schliesslich garantiert diese Lösung eine klare Zuständigkeitsregelung zugunsten der betroffenen Personen.<sup>111</sup>

Der Bund kann einerseits *bei den Kantonen Regress* nehmen, in deren Dienst die Person steht, die den Schaden verursacht hat.<sup>112</sup> Auf ein Verschulden der kantonalen Behörden kommt es hierbei nicht an. Der Umfang des Rückgriffsrechts des Bundes bestimmt sich nach der Höhe des geleisteten Schadenersatzes (Art. 19a Abs. 2 VG). Daneben kann der Bund aber auch gestützt auf die Bestimmungen des SDÜ bei einem anderen Schengen-Staat Rückgriff nehmen (Art. 116 Abs. 2 SDÜ; Art. 126 Abs. 3 lit. d SDÜ).<sup>113</sup>

Der Geschädigte hat Anspruch auf Ersatz der materiellen *Schäden* und kann z.B. im Falle einer Rufschädigung wegen des Dateneintrages eine Geldentschädigung für immaterielle Schäden nach Massgabe von Art. 6 Abs. 2 VG geltend machen.

Der *Rechtsweg* richtet sich nach Art. 10 VG. Nach dieser Vorschrift kann die von der Behörde erlassene Verfügung mit Beschwerde bei der zuständigen eidgenössischen Rekurskommission angefochten werden. Gegen den Entscheid ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gegeben.

#### IV. Besonderheiten des Rechtsschutzes im Bereich der Betrugsbekämpfung

Nach Art. 9 des Betrugs-A<sup>114</sup> wird das Abkommen im Rahmen der normalen Zuständigkeiten nach schweizerischem Recht angewendet. Der Rechtsschutz im Bereich der Betrugsbekämpfung richtet sich somit nach allgemeinen Grundsätzen.

##### 1. Informationsübermittlung als solche

Nach Art. 5 des Betrugs-A<sup>115</sup> unterliegen die Informationen und Beweismittel, die übermittelt werden, dem Amtsgeheimnis. Sie dürfen nur an Personen übermittelt werden, die kraft ihres Amtes für deren Behandlung zuständig sind,

und dürfen nicht für andere als in diesem Abkommen vorgesehene Zwecke verwendet werden (*Spezialitätsprinzip*). Die Informationen und Beweismittel können jedoch einer anderen Vertragspartei übermittelt werden, wenn diese selber Ermittlungen durchführt, bei denen eine Zusammenarbeit nicht ausgeschlossen wäre, und wenn die Informationen und Beweismittel zweckdienlich sind.

Um die effektive Rechtshilfe nicht zu vereiteln, sieht das Abkommen in Art. 5 Abs. 3 vor, dass "[g]egen die Übermittlung der nach diesem Abkommen erlangten Informationen und Beweismittel an eine andere Vertragspartei oder an mehrere Vertragsparteien in der ursprünglich ersuchten Vertragspartei kein Rechtsbehelf eingelegt werden kann". Es gibt somit *keinen Rechtsschutz* gegen den Vorgang der Informationsübermittlung an sich.

##### 2. Verletzung des Spezialitätsprinzips

Hingegen könnte der Einzelne eine Verletzung von Art. 19 Betrugs-A rügen. Voraussetzung ist, dass diese Bestimmung unmittelbar anwendbar ist, was zu bejahen sein dürfte.<sup>116</sup> Nach Art. 19 des Betrugs-A dürfen die erhaltenen Informationen nur für Zwecke verwendet werden, die in den Anwendungsbereich dieses Abkommens fallen (*Spezialitätsprinzip*). Will eine Vertragspartei die Information für andere Zwecke verwenden, so hat sie die schriftliche Zustimmung derjenigen Behörde einzuholen, von der sie die Information erhalten hat. Die Verwendung unterliegt dann den von dieser Behörde festgelegten Beschränkungen. Laut Botschaft

107 Siehe die Anspruchsvoraussetzungen des Art. 19a VG in FN 105.

108 ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Zürich 1998, N 1765.

109 Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6259.

110 Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6258.

111 Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6258.

112 Siehe Art. 19a Abs. 2 VG (FN 105).

113 Die Regressbestimmung von Artikel 116 Absatz 2 SDÜ ist direkt anwendbar und muss daher nicht in nationales Recht umgesetzt werden. Siehe Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6259.

114 Art. 9 Betrugs-A: "Zuständigkeiten. 1. Die Behörden der Vertragsparteien wenden die Bestimmungen dieses Titels im Rahmen der Zuständigkeiten an, die ihnen auf der Grundlage ihres internen Rechts übertragen worden sind. Keine Bestimmung dieses Titels darf so ausgelegt werden, dass sie die Zuständigkeiten ändert, die den Behörden der Vertragsparteien im Sinne dieses Titels aufgrund des internen Rechts übertragen sind.

Sie verfahren so, als ob sie in Erfüllung eigener Aufgaben oder auf Ersuchen einer anderen Behörde derselben Vertragspartei handeln würden. Sie schöpfen dazu alle ihnen nach dem internen Recht zur Verfügung stehenden rechtlichen Befugnisse zur Beantwortung des Ersuchens aus."

115 Siehe den Wortlaut von Art. 5 Betrugs-A in FN 53.

116 Siehe oben B. VII. 2.

des Bundesrates wird die Schweiz "in solchen Fällen immer einen generellen Spezialitätsvorbehalt anbringen, wonach die Informationen nicht im Bereich der direkten Steuern verwendet werden dürfen."<sup>117</sup> Verschiedene Konstellationen sind denkbar.

Es könnte zum einen ein EU-Mitgliedstaat das Spezialitätsprinzip potentiell verletzen. Ein Schweizer Bürger könnte gegen die Verwendungen der gesammelten und erlangten Information in einem EU-Mitgliedstaat (z.B. in Deutschland) klagen, falls die deutsche Behörde die Information zu einem anderen als im Ersuchen angegebenen Zweck verwendet. Eine solche Klage wäre materiell-rechtlich nach dem nationalen Recht in dem betreffenden ersuchten Mitgliedstaat zu beurteilen.

Bei Zweifeln über die Auslegung von Art. 19 Betrugs-A kann ein EU-mitgliedschaftliches Gericht, gestützt auf Art. 234 EG-Vertrag, eine Vorlagefrage an den EuGH vorlegen. Ein letztinstanzliches Gericht muss in jedem Fall bei Zweifeln das Verfahren aussetzen und eine derartige Frage dem EuGH vorlegen.<sup>118</sup>

Problematischer ist die Individualklage bzw. Beschwerde eines EU-Bürgers gegen nicht ersuchenskonforme Verwendung der gesammelten und erlangten Information in der Schweiz. Denn die Verwendung der Information ist ein Realakt und keine Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG. Dennoch ist die Schweiz wegen des in diesen Fällen meist tangierten Rechts auf Schutz des Privatlebens oder der Geschäftsgeheimnisse (Art. 8 EMRK) aufgrund von Art. 13 EMRK gehalten, Rechtsschutz zu gewähren. In der Regel dürfte der Betroffene ein spezifisches schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG haben. Dann kann er eine Feststellungsverfügung begehren. Nach Art. 97 Abs. 2 OG gilt auch das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung als Verfügung, so dass bei Verweigerung der Feststellungsverfügung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden kann.

### 3. Rechtsschutz gegen die Verweigerung einer Information durch staatliche Behörden

Nach Art. 12 Betrugs-A<sup>119</sup> übermittelt die ersuchte Verwaltungsbehörde der ersuchenden Behörde auf Ersuchen alle ihr vorliegenden Informationen, die es der ersuchenden Behörde ermöglichen, Widerhandlungen zu verhindern, zu untersuchen oder zu ahnden oder geschuldete Angaben nachzuerheben. Eine Rüge der Verletzung von Art. 12 Betrugs-A setzt voraus, dass diese Bestimmung unmittelbar anwendbar ist, was zu bejahen sein dürfte. Auch hier sind verschiedene Rechtsschutzkonstellationen möglich.

*Verweigerung von Information durch einen EU-Mitgliedstaat:* Die Klage einer an der Information interessierten Privatperson (auch eines Schweizer Bürgers) gegen den ersuchten Mitgliedstaat (z.B. Deutschland) bei Verweigerung einer Information durch staatliche Behörden richtet sich nach dem nationalen Recht jenes Mitgliedstaates.

*Verweigerung von Information durch eine schweizerische Behörde:* Die Verweigerung der Information stellt wie im bereits erörterten Fall der unrechtmässigen Verwendung

der Information (Verletzung des Spezialitätsprinzips) einen Realakt und keine Verfügung dar. Im Fall einer Klage eines interessierten Bürgers (z.B. eines EU-Bürgers) gegen die ersuchte schweizerische Behörde müsste deshalb zunächst eine Feststellungsverfügung erstrebt werden.

Gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Betrugs-A<sup>120</sup> hat der Einzelne schliesslich die Möglichkeit, die *Übermittlung von Informationen an eine unzuständige Person* zu rügen. Auch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Betrugs-A dürfte unmittelbar anwendbar sein, da die Vorschrift den Betroffenen vor Einsicht durch Unbefugte schützen will. Jedoch ergibt sich auch hier die Schwierigkeit, dass die Übermittlung von Informationen als Realakt kein Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 97 OG ist (siehe hierzu vorne).

## V. Besonderheiten des Rechtsschutzes im Bereich der Zinsbesteuerung

Der Rechtsschutz im Bereich der Zinsbesteuerung richtet sich nach dem neuen Zinsbesteuerungsgesetz. Das Zinsbesteuerungsabkommen wurde im Februar 2005 durch die EU und im Mai 2005 durch die Schweiz ratifiziert. Am 1. Juli 2005 traten sowohl das Abkommen als auch das neue Zinsbesteuerungsgesetz in Kraft.<sup>121</sup>

### 1. Art. 9 ZBstG: Rechtsmittel allgemein

Die Rechtsmittel ausserhalb des Amtshilfverfahrens können anhand von folgendem (fiktiven) Beispiel erläutert werden: Die Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV verlangt Auskunft von einer schweizerischen Bank (sog. "Zahlstelle" i.S.v. Art. 6 ZBst-A<sup>122</sup>). Die Bank weigert sich, die Informationen an die ESTV weiterzuleiten. Die ESTV erlässt

117 Botschaft Bilaterale II (FN 1), BBl 2004 6193.

118 Art. 234 Abs. 3 EGV.

119 Art. 12 Abs. 1 Betrugs-A: "Auskunftersuchen. Auf Ersuchen der Behörde der ersuchenden Vertragspartei übermittelt die Behörde der ersuchten Vertragspartei dieser im Rahmen des Anwendungsbereichs dieses Abkommens alle ihr oder anderen Behörden der gleichen Vertragspartei vorliegenden Informationen, die es der Behörde der ersuchenden Vertragspartei ermöglichen, rechtswidrige Handlungen im Sinne dieses Abkommens zu verhindern, zu ermitteln und zu verfolgen, oder die erforderlich sind, um eine Forderung einzuziehen. Die Behörde der ersuchten Vertragspartei führt die für die Erlangung dieser Informationen erforderlichen behördlichen Ermittlungen durch."

120 Siehe FN 53.

121 Angaben des Integrationsbüro EDA/EVD, <http://www.europa.admin.ch/nbv/ratifikation/d/index.htm>. Vgl. auch die Anwendungsbestimmungen der Art. 17 und 18 ZBst-A.

122 Art. 6 ZBst-A: "Definition der Zahlstelle. Für die Zwecke dieses Abkommens gelten als 'Zahlstelle' in der Schweiz Banken nach dem schweizerischen Bankengesetz, Wertpapierhändler nach dem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandeln, in der Schweiz ansässige bzw. errichtete natürliche und juristische Personen, Personengesellschaften

daraufhin eine Verfügung, welche die Auskunft anordnet (siehe Art. 8 Abs. 6 ZBstG<sup>123</sup>).

Nach Art. 8 Abs. 2 ZBstG fällt die ESTV alle Verfügungen und Entscheide, die für die Anwendung der Vorschriften notwendig sind. Art. 8 Abs. 7 ZBstG eröffnet explizit auch die Möglichkeit, mittels Antrag fallbezogen vorsorglich eine Feststellungsverfügung zu erwirken.<sup>124</sup> Gegen die Verfügung kann Einsprache erhoben werden.<sup>125</sup> Gegen den Einspracheentscheid kann dann Beschwerde bei der Eidgenössischen Steuerrekurskommission erhoben werden. Gegen deren Entscheid ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht möglich.<sup>126</sup>

## 2. Amtshilfe bei Steuerbetrug nach Art. 10 des ZBst-A (Art. 16 ff. ZBstG)

Ein Beispiel für die spezielle Rechtsschutzsituation bei Steuerbetrug wäre der Fall, dass das Finanzamt Freiburg i.Br. ein Amtshilfeersuchen auf der Grundlage von Art. 10 Abs. 1 ZBst-A<sup>127</sup> in einem Fall von Steuerbetrug an die ESTV stellt.

Im Amtshilfeverfahren sind folgende Verfahrensschritte vorgesehen: Falls die Vorprüfung ergibt, dass die Voraussetzungen zur Gewährung von Amtshilfe erfüllt sind, benachrichtigt die ESTV die so genannte "Informationsinhaberin", die in der Schweiz über die einschlägigen Informationen verfügt, und ersucht diese, ihr die Informationen zuzustellen und die betreffende Person mit ausländischem Wohnsitz aufzufordern, in der Schweiz eine zustellungsbevollmächtigte Person zu bezeichnen.<sup>128</sup> Stimmt die Informationsinhaberin der Übermittlung der verlangten Informationen innerhalb von 30 Tagen nach Kenntnisaufnahme der von der ESTV unternommenen Schritte nicht zu, erlässt die ESTV gegenüber der Informationsinhaberin eine Verfügung, mit der sie die Herausgabe der im ausländischen Ersuchen bezeichneten Informationen verlangt (Art. 17 Abs. 3 ZBstG).

Art. 18 ZBstG regelt insbesondere die Rechte der betroffenen Person mit Wohnsitz im Ausland und ordnet u.a. die Akteneinsicht und die Teilnahme am Verfahren. Gestützt auf Art. 19 ZBstG können die Behörden im Falle der Nichtübergabe der verlangten Informationen als Zwangsmassnahmen Hausdurchsuchungen nach Art. 20 ZBstG sowie Beschlagnahme von Gegenständen, Dokumenten und Unterlagen nach Art. 21 ZBstG anordnen. Diese Massnahmen sind gemäss Art. 24 Abs. 4 ZBstG nicht isoliert anfechtbar.

Die Schlussverfügung der ESTV über die Übermittlung von Informationen kann gestützt auf Art. 24 Abs. 1 ZBstG mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht angefochten werden. Das Verfahren weist zwei Besonderheiten auf: Erstens ist nicht wie üblich vor Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde eine Verwaltungsbeschwerde an die Steuerrekurskommission zu richten. Hier liegt also eine Spezialregelung i.S.v. Art. 98 lit. c OG vor.

Als zweite Besonderheit sieht das ZBstG die Suspensivwirkung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor.<sup>129</sup> Es handelt sich um eine spezialgesetzlich angeordnete Abweichung von Art. 111 OG. Diese Abweichung ist damit zu erklären, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde hier an-

stelle der normalerweise mit Suspensiveffekt ausgestatteten Beschwerde tritt.

Beschwerdeberechtigt sind einerseits die betroffenen oder bezeichneten zustellungsbevollmächtigten Personen mit Wohnsitz im Ausland<sup>130</sup> und andererseits die Informationsinhaberin, soweit sie eigene Interessen geltend macht.<sup>131</sup> Nach den allgemeinen Grundsätzen zur Verwaltungsbeschwerde und zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde reicht ein faktisches Interesse aus (Art. 103 OG; Art. 48 VwVG). Beispielsweise könnte eine Bank ein Interesse an der Vermeidung eines Haftpflichtprozesses oder an der Erhaltung des Kundenvertrauens geltend machen.

Art. 24 Abs. 4 des ZBstG bestimmt zudem, dass jede vorangehende Verfügung, einschliesslich der Verfügung über Zwangsmassnahmen, sofort vollstreckbar ist und nur zusammen mit der Schlussverfügung angefochten werden kann. Die Besonderheit hier ist, dass das Rechtsmittel von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung hat.<sup>132</sup> Diese Ausnahmeregelung soll der Effektivität des Amtshilfeverfahrens dienen. Als zweite Besonderheit sieht das ZBstG keine isolierte Anfechtbarkeit der vorangehenden Verfügun-

---

und Betriebsstätten ausländischer Gesellschaften, die im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit regelmässig oder gelegentlich Vermögenswerte von Dritten entgegennehmen, halten, anlegen oder übertragen oder lediglich Zinsen zahlen oder die Zinszahlungen absichern."

123 Art. 8 Abs. 6 ZBstG: "6. Kommt es zwischen der Zahlstelle und der Eidgenössischen Steuerverwaltung nicht zu einer Einigung, so erlässt die Eidgenössische Steuerverwaltung eine Verfügung."

124 Art. 8 Abs. 7 ZBstG: "Auf Antrag erlässt die Eidgenössische Steuerverwaltung vorsorglich eine Feststellungsverfügung über die Zahlstelleneigenschaft, die Grundlagen der Rückhaltsberechnung oder den Inhalt der Zinsmeldung."

125 Art. 9 Abs. 1 ZBstG.

126 Art. 9 Abs. 5 ZBstG.

127 Art. 10 ZBst-A: "Informationsaustausch. 1. Die zuständigen Behörden der Schweiz und die einzelnen Mitgliedstaaten tauschen für die unter dieses Abkommen fallenden Erträge Informationen über Handlungen aus, die nach den Rechtsvorschriften des ersuchten Staates als Steuerbetrug gelten oder ein ähnliches Delikt darstellen. Als 'ähnlich' gelten ausschliesslich Delikte, die nach den Rechtsvorschriften des ersuchten Staates denselben Unrechtsgehalt wie Steuerbetrug aufweisen. Auf ein ordnungsgemäss begründetes Ersuchen hin übermittelt der ersuchte Staat Informationen über Angelegenheiten, die der ersuchende Staat in einem Verwaltungs-, Zivil- oder in einem Strafverfahren ermittelt oder verfolgt, bzw. ermitteln und verfolgen kann. Im Rahmen des in diesem Absatz definierten Umfangs erfolgt der Informationsaustausch gemäss den in den Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten festgelegten Verfahren und wird nach den darin enthaltenen Bestimmungen vertraulich behandelt."

128 Art. 17 Abs. 1 ZBstG.

129 Art. 24 Abs. 3 ZBstG.

130 Art. 24 Abs. 1 ZBstG.

131 Art. 24 Abs. 2 ZBstG.

132 Vgl. Art. 39 lit. b VwVG.

gen vor – ähnlich einer normalen Zwischenverfügung nach Art. 45 Abs. 3 VwVG.

## D. Schluss

Die dezentrale Anwendung der Bilateralen II und damit auch die Dezentralität des Rechtsschutzes ist konsequent, da keine supranationale Organisation geschaffen wurde. Vorgeschieden ist in den Abkommen jeweils nur, dass die beteiligten Staaten Klage- oder Beschwerderechte einräumen müssen. Weil die Schweiz über ein ausgebautes Verwaltungsrechtssystem verfügt, kann diese Vertragsvorgabe erfüllt werden, ohne völlig neue Rechtswege zu schaffen. In allen Verfahren, auch den Rechtsschutzverfahren, wird von den beteiligten Staaten das jeweils eigene Verfahrensrecht angewendet. Es gilt also in prozeduraler Hinsicht immer die *lex fori*. Dies erleichtert die Abläufe der nationalen Behörden und Gerichte erheblich. Für den öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz in der Schweiz bedeutet dies, dass Ausgangspunkt die üblichen Rechtsschutzmöglichkeiten sind, von denen nur punktuell abgewichen werden muss. Klar und eindeutig geregelt sind diese punktuellen Besonderheiten des Rechtsschutzverfahrens beispielsweise im Zinsbesteuerungsabkommen in Verbindung mit dem Umsetzungsgesetz.

In gesamteuropäischer Perspektive ist festzuhalten, dass die Anwendung der *lex fori* dazu führt, dass sich verfahrensmässige Besonderheiten des jeweiligen nationalen Prozessrechts voll auswirken. Die Folge ist ein unterschiedliches Mass an Rechtsschutz in den beteiligten Staaten. So ist beispielsweise in der Schweiz der Verwaltungsrechtsschutz im europäischen Vergleich relativ eng an den Verfügungsbegriff gekoppelt. Dies führt zu einer (kleinen) Komplikation beispielsweise im Bereich der Betrugsbekämpfung, wenn es um die Informationsübermittlung (die einen Realakt darstellt) geht. Im Interesse der Subsidiarität werden diese Unterschiede hingenommen.

Auf einem anderen Blatt stehen die Verweise der Abkommen auf materielles Recht der beteiligten Staaten, z.B. im Bereich des Datenschutzes. Auch diese Verweise können mit Subsidiaritätserwägungen gerechtfertigt werden, sorgen jedoch für materielle Ungleichbehandlungen, die möglicherweise für die Rechtssuchenden wenig akzeptabel sind.

Ob und wie es Rechtsschutz gegen Rechtsakte der Gemischten Ausschüsse der Bilateralen II geben wird, ist noch nicht ganz absehbar. Klar ist lediglich, dass diese Ausschüsse jedenfalls andere Befugnisse als die Ausschüsse der Bilateralen I haben. Weitgehend ungeklärt ist jedoch die Rechtsnatur der zu erwartenden Akte dieser Ausschüsse, von der wiederum die Rechtsschutzmöglichkeiten abhängen.

Wie im Kontext der Bilateralen I besteht eine Asymmetrie in der Auslegungskompetenz bezüglich der Abkommen. Schweizerische Gerichte können, anders als die EU-mitgliedstaatlichen Gerichte, nicht mittels einer Vorlagefrage an den EuGH gelangen. Die Einheitlichkeit der Auslegung der Bilateralen II ist nur über die Tätigkeit der Gemischten Ausschüsse gewährleistet. Eine tatsächlich "autonome" Auslegung der Bilateralen II durch Schweizer Behörden

und Gerichte erscheint jedoch nicht realistisch und auch nicht sachgerecht.

Was den möglichen Prüfungsmaßstab (Beschwerdegrund) in Rechtsschutzbegehren im Kontext der Bilateralen II angeht, so kommt es hier auf die unmittelbare Anwendbarkeit der Vertragsvorschriften an. Diese ist bei einer Reihe von Vorschriften, die in der Praxis eine wichtige Rolle spielen könnten, noch unklar. Allerdings wird der Rückgriff auf internationales Recht als Beschwerdegrund und damit die Vorfrage der unmittelbaren Anwendbarkeit einer internationalen Norm vor allem dann relevant, wenn es kein nationales Umsetzungsgesetz gibt, wie im Fall des Betrugs-A. Wo ein Abkommen, wie das Zinsbesteuerungsabkommen, durch ein Bundesgesetz (hier das ZBstG) umgesetzt wird, können Beschwerdeführer unmittelbar die Verletzung dieses Gesetzes rügen.

Summa summarum werden sich aufgrund der grossen Komplexität der bei der Anwendung und Umsetzung der Bilateralen II ins Spiel kommenden Vorschriften auf diversen Rechtsebenen wohl erhebliche interessante Rechtsschutzprobleme stellen, deren kreative Bearbeitung auch Rückwirkungen auf Verwaltungs- und Rechtsschutzverfahren im rein nationalen Kontext haben könnte.

Cet article traite, sur la base de cas concrets, de questions choisies du droit procédural public et de la protection juridictionnelle dans quatre dossiers clés des accords bilatéraux II (Schengen/Dublin, fiscalité de l'épargne et lutte contre la fraude). L'interprétation, l'application et la protection juridictionnelle seront assurées de manière décentralisée. En matière de protection juridictionnelle, les accords stipulent l'obligation pour les parties de prévoir des voies de recours, mais ne leur imposent aucune règle procédurale spécifique. En vertu du principe de la *lex fori*, les particularités procédurales des législations nationales prendront pleinement effet et la Suisse pourra donc remplir ses obligations contractuelles sans devoir créer des voies de droit nouvelles. Cette décentralisation de l'administration de la justice comporte toutefois le risque d'une protection juridique inégale entre les Etats parties aux accords. Dans l'intérêt de la subsidiarité, ces inégalités sont pourtant jugées acceptables. Le problème des inégalités de traitement se pose par ailleurs au niveau du droit matériel, par ex. dans le domaine de la protection des données, puisque les accords renvoient pour l'essentiel au droit matériel des parties. A l'instar des accords bilatéraux I, on relève également une asymétrie dans la compétence d'interprétation des accords, les tribunaux suisses n'ayant pas la possibilité de saisir la Cour de justice européenne d'une question préjudicielle concernant l'interprétation des accords. L'interprétation et l'application uniformes des accords incomberont pour l'essentiel aux différents Comités mixtes. Cependant, la nature juridique et, partant, la justiciabilité des actes et décisions de ces Comités demeurent incertaines. Dans ce contexte, une interprétation vraiment "autonome" des accords bilatéraux II par les autorités et tribunaux suisses ne semble ni réaliste ni judicieuse.

L'allégation du grief d'une violation des accords bilatéraux II présuppose l'applicabilité directe des dispositions invoquées. Pour un certain nombre de dispositions, cette applicabilité directe n'est pas encore clairement établie. Cependant, la question de l'invocation du droit international comme motif de recours et, partant, la question préjudicielle de l'applicabilité directe d'une norme de droit international ne devraient se poser qu'en l'absence d'une législation d'application nationale.

Compte tenu de l'articulation complexe des accords bilatéraux II, des questions intéressantes afférant à la protection des droits individuels seront appelés à trouver des réponses créatives susceptibles d'avoir des retombées sur les procédures administratives et judiciaires dans le contexte national.