

# Homogenität im Rechtsbestand der Schengen- und Dublin-Abkommen: Übernimmt die Schweiz im Assoziationsrahmen nicht notifiziertes Asyl- und Datenschutzrecht der EU?

Christa Tobler\*

The Schengen and Dublin association agreements between Switzerland and the EU provide for a system of continuing updating, in order to achieve the homogeneity of the law of the agreements with the EU law from which they are derived. This contribution argues that, within this association framework, Switzerland is only bound by new EU law that falls within the field of application of the two agreements, was notified to Switzerland and has been formally adopted by Switzerland into the association acquis.

## Inhalt

- I. Einleitung
- II. Rechtsbestand von SAA und DAA
  - A. Ausgangslage
  - B. Dynamisches System zur Aufdatierung
  - C. Was wurde bisher dynamisch übernommen?
- III. Übernimmt die Schweiz im Assoziationsrahmen nicht notifiziertes EU-Recht?
  - A. DAA: implizite Übernahme von EU-Asylrecht durch Verweisung in einem übernommenen Rechtsakt?
  - B. SAA und DAA: automatische Übernahme von EU-Datenschutzrecht?
- IV. Schlussbemerkungen

## I. Einleitung

Homogenität ist ein Schlüsselwort in den Aussenbeziehungen der Europäischen Union (EU), wenn sich diese inhaltlich am EU-Recht orientieren. Die EU stellt ausgewählten Drittstaaten, worunter auch die Schweiz, bestimmte ihrer Modelle zur Verfügung. Geht es dabei um den Binnenmarkt und das Wettbewerbsrecht, so ist der klassische EU-rechtliche Rahmen die Assoziation nach Art. 217 AEUV. Sie bezeichnet laut dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) «besondere und

\* Christa Tobler, Professorin für das Recht der europäischen Integration am Europainstitut der Universität Basel (<[www.europa.unibas.ch](http://www.europa.unibas.ch)>) sowie für EU-Recht am Europainstitut der Universität Leiden (<[www.law.leiden.edu/organisation/publiclaw/europainstitute/europa\\_institute.jsp](http://www.law.leiden.edu/organisation/publiclaw/europainstitute/europa_institute.jsp)>). Die Autorin dankt Herrn Dr. Markus Mohler für den angeregten Austausch zum vorliegenden Thema.

privilegierte Beziehungen zu einem Drittstaat [...], der zumindest teilweise am Gemeinschaftssystem teilhaben muss» (*Demirel*).<sup>1</sup> Im bilateralen Recht Schweiz–EU betrifft dies allerdings formal nur gerade die sog. Bilateralen I. Die auf den EU-Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gestützten Schengen<sup>2</sup> und Dublin-Assoziationsabkommen<sup>3</sup> (SAA, DAA) stellen eine andere Version der Assoziation dar.<sup>4</sup>

Faktisch geht es aber in beiden Fällen gleichermaßen darum, dass ein Nichtmitgliedstaat teilweise am Gemeinschaftssystem der EU teilhat. Dementsprechend ist das inhaltliche Ziel der EU dasselbe, nämlich die Homogenität des Assoziationsregimes mit dem EU-Recht mit Bezug auf Rechtsbestand und Auslegung, einschliesslich verfahrensrechtlicher Möglichkeiten zur Sicherstellung dieser Homogenität. In den Augen der EU stellt das Recht des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) ein bewährtes Modell hierfür dar. Laut seiner Präambel hat das EWR-Abkommen zum Ziel, «einen dynamischen und homogenen Europäischen Wirtschaftsraum zu errichten, der auf gemeinsamen Regeln und gleichen Wettbewerbsbedingungen beruht und in dem angemessene Mittel für deren Durchsetzung – und zwar auch auf gerichtlicher Ebene – vorgesehen sind». Weiter geht es darum, «bei voller Wahrung der Unabhängigkeit der Gerichte eine einheitliche Auslegung und Anwendung dieses Abkommens und der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen, die in ihrem wesentlichen Gehalt in dieses Abkommen übernommen werden, zu erreichen und beizubehalten». Entsprechend enthält das EWR-Abkommen Mechanismen zur Sicherung der Homogenität mit dem EU-Recht, nämlich: 1) ein dynamisches Modell zur Weiterentwicklung des Abkommens, einschliesslich Rechtsfolgen für den Fall der Verweigerung der Übernahme neuen EU-Rechts im Gemeinsamen EWR-Ausschuss, 2) die Auslegung des Abkommens in einem Zweisäulensystem mit separaten Organen für die EWR/EU-Staaten und die EWR/EFTA-Staate, 3) die internationale Überwachung im Zweisäulensystem und 4) die Streitschlichtung zwischen den Par-

1 EuGH, Rs. 12/86 *Meyrem Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd*, ECLI:EU:C:1987:400 (*Demirel*). Allgemein zum Assoziationsrecht der EU z.B. STEPHAN BREITENMOSER & ROBERT WEYENETH, *Europarecht*. Unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz–EU, Zürich/St. Gallen 2012, § 14 Assoziierungsabkommen der EU.

2 Abkommen vom 26. Oktober 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, für die Schweiz heute SR 0.362.31 (früher SR 0.360.268.1), für die EU und die EG (heute nur noch die EU) ABL 2008 L 53/52.

3 Abkommen vom 26. Oktober 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 Asylanspruchs, für die Schweiz SR 0.142.392.68, für die EG (heute die EU) ABL 2008 L 53/5.

4 Hierzu sowie zu weiteren EU-Rechtsgrundlagen von bilateralen Abkommen CHRISTA TOBLER & GEORGES BAUR, «Der Binnenmarkt ist (k)ein Schweizer Käse. Zum Assoziationsstatus der Türkei, der EWR/EFTA-Staaten und der Schweiz, insb. mit Bezug auf den EU-Binnenmarkt», in: Astrid Epiney, Markus Kern & Lena Hehemann (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2014/2015*, Bern/Zürich/Basel/Genf 2015, 331–345, S. 339 ff.

teien des Abkommens via gemeinsame Organe, nämlich den Gemeinsamen EWR-Ausschuss und letztlich – allerdings nur auf beidseitige Anrufung hin – den EuGH.<sup>5</sup>

Die Tatsache, dass das heutige bilaterale Recht mit seinen uneinheitlichen institutionellen Regelungen weit von einem solchen System entfernt ist, hat zu den sog. institutionellen Fragen geführt, über welche die Schweiz und die EU seit Mai 2014 mit Blick auf bestehende und neue Markt Zugangsabkommen verhandeln.<sup>6</sup> Der vorliegende Beitrag greift aus dieser Thematik die Homogenität des Rechtsbestandes heraus und verbindet sie mit den Schengen- und Dublin-Abkommen. Diese stellen (zusammen mit dem Zollabkommen, das hier nicht behandelt wird)<sup>7</sup> – mit ihrem dynamischen Aufdatierungssystem im heutigen bilateralen Recht eine Ausnahme dar. Dies führt zur Frage, ob sie als Modell für die erwähnten Verhandlungen dienen können. Darüber hinausgehend liegt der Hauptfokus vorliegend aber auf der in der Schweiz diskutierten Frage, ob die Schweiz im Rahmen der Schengen- und Dublin-systeme an EU-Recht gebunden sein kann, das ihr von der EU nicht als assoziationsrelevant notifiziert worden ist.

Der Beitrag umschreibt vorab kurz den heutigen Rechtsbestand von SAA und DAA, wie er sich formal präsentiert (unten B.). Anschliessend wird auf die Frage der impliziten oder gar automatischen Übernahme von nicht als assoziationsrelevant notifiziertem EU-Recht durch die Schweiz eingegangen. Als Anschauungsmaterial dienen dabei Beispiele aus dem EU-Asylrecht sowie aus dem EU-Datenschutzrecht (unten C.). Der Beitrag wird durch einige Schlussbemerkungen abgerundet (unten D.).

5 Zu den institutionellen Aspekten des EWR insbes. Carl Baudenbacher (Hrsg.), *The Handbook of EEA Law*, Cham 2015, S. 113 ff. Zum Vergleich mit dem bilateralen Recht mit Bezug auf die Streitschlichtung im selben Band CHRISTA TOBLER, «Dispute Resolution under the EEA Agreement», 195–207.

6 Hierzu statt vieler CÉSILA AMARELLE & VÉRONIQUE BOILLET, «Nouveau partenariat institutionnel entre la Suisse et l'Union européenne: enjeux et perspectives dans le cadre de l'ALCP», in: Astrid Epiney & Stefan Diezig (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014*, Bern/Zürich/Basel/Genf 2014, 381–396, m.w.H.

7 Abkommen vom 25. Juni 2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen, für die Schweiz SR 0.631.242.05, für die EG (heute die EU) ABl. 2009 L 199/24 (berichtigt in ABl. 2010 L 66/8). Dieses Abkommen ist ebenfalls dynamisch ausgestaltet, sieht aber ein anderes Verfahren vor; vgl. Christa Tobler, *Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-) Rechts. Systematische Darstellung in Text und Tafeln, Band 1 (Text)*, Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 58.

## II. Rechtsbestand von SAA und DAA

### A. Ausgangslage

Zur Zeit der Unterzeichnung des SAA übernahm dieses den gesamten Schengen-Rechtsbestand (sog. *Acquis*) der EU, inkl. der Beteiligung an der Grenzschutzagentur Frontex (vgl. die Präambel des Abkommens sowie Art. 2 SAA). Im Gegensatz dazu wurde im Falle des DAA nur ein ausgewählter Teil des EU-Asylrechts übernommen, nämlich jener über die Zuständigkeit für die Asylverfahren und die sog. Eurodac-Datenbank (Art. 1 DAA).<sup>8</sup>

### B. Dynamisches System zur Aufdatierung

Sowohl das SAA als auch das DAA sehen spezifische Verfahren zur fortlaufenden Aufdatierung durch die Übernahme neuen EU-Rechts in die Abkommen vor (Art. 2 Abs. 3 SAA, Art. 1 Abs. 3 und 4 DAA).<sup>9</sup> Dabei geht es nie um einen Automatismus, sondern ist vielmehr in jedem einzelnen Fall eine Entscheidung der Schweiz erforderlich.<sup>10</sup>

Der dynamische Übernahmemechanismus erfordert vorab die Bestimmung der SAA- bzw. DAA-Relevanz einer EU-Weiterentwicklung. Sie wird bereits im Entwurfsstadium von der Kommission geprüft und im bejahenden Fall meistens im Rechtstext erwähnt. Der wichtigste, aber nicht der einzige Anhaltspunkt seitens der EU ist dabei die Rechtsgrundlage des Aktes. Wie das Beispiel der Waffenrichtlinie zeigt, braucht diese nicht unbedingt aus dem für das Assoziationsabkommen re-

8 Für die Verwaltungszusammenarbeit mit dem *European Asylum Support Office* (EASO) besteht heute ein separates bilaterales Abkommen, das seit dem 1. März 2016 in Kraft ist; Vereinbarung zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union zur Festlegung der Modalitäten ihrer Beteiligung am Europäischen Unterstützungsbüro für Asylfragen, für die Schweiz in der SR nicht veröffentlicht), für die EU ABL 2016 L 65/22.

9 Hierzu etwa ASTRID EPINEY, ANNEKATHRIN MEIER & ANDREA EGBUNA-JOSS, «Schengen/Dublin», in: Daniel Thürer, Rolf H. Weber, Wolfgang Portmann & Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz-EU. Handbuch*, Zürich/Basel/Genf 2007, 903–981, S. 916 ff., sowie ANNE CORNU, «Les aspects institutionnels de Accords d'association de la Suisse a Schengen et à Dublin», in: Christine Kaddous & Monique Jametti Greiner (Hrsg.), *Accords bilatéraux II Suisse – UE/Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU und andere neue Abkommen*, Basel/Genf/München/Brüssel/Paris 2006, 207–244, S. 231 ff.

10 Spezifisch zum Datenschutzrecht LUZIUS MADER & MARTIN HILTI, «Europarechtliche Vorgaben im Bereich Datenschutz: Implikationen», in: Astrid Epiney & Tobias Fasnacht (Hrsg.), *Die Entwicklung der europarechtlichen Vorgaben im Bereich des Datenschutzes und Implikationen für die Schweiz*, Zürich/Basel/Genf 2012, 69–86, S. 78, sowie allgemein zum bilateralen Recht GEORGES BAUR & CHRISTA TOBLER, «<Automatische> vs. <dynamische> Rechtsübernahme. What's in a name?», in: Astrid Epiney, Markus Kern & Lena Hehemann (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016*, Bern/Zürich/Basel/Genf 2016, 347–361.

levanten Bereich zu stammen.<sup>11</sup> Aus der Sicht der Schweiz sind der Inhalt des Aktes, die schweizerische Beteiligung an seiner Ausarbeitung und die Notifizierung durch die EU an die Schweiz entscheidend. Bei der Erarbeitung der neuen EU-Regeln genießt die Schweiz als assoziiertes Land ein gestaltendes Mitsprache-, nicht aber ein Mitentscheidungsrecht (*decision-shaping* statt *decision-making*; Art. 6 SAA und Art. 2 DAA).

Die Notifizierung an die Schweiz erfolgt nach der Annahme des Aktes in der EU. In der Folge entscheidet die Schweiz einseitig, ob sie die Weiterentwicklung übernimmt, wobei die Entscheidungskompetenz je nach dem Regelungsgegenstand beim Bundesrat oder beim Bundesparlament liegt. Mit Bezug auf referendumsfähige Erlasse ist ein Referendum möglich, was aber in der Praxis bisher erst einmal erfolgt ist (nämlich 2009 über die Einführung des biometrischen Passes). Mit Blick auf die Durchführung der schweizerischen demokratischen Verfahren gilt eine Frist von grundsätzlich bis zu zwei Jahren. Die Verweigerung einer Übernahme kann drastische rechtliche Folgen haben: Im Falle des SAA wird das Abkommen letztlich grundsätzlich «als beendet angesehen» (Art. 7 Abs. 4 SAA), im Falle des DAA vorläufig ausgesetzt und letztlich beendet (Art. 4 Abs. 5 DAA).

Das Übernahmesystem nach SAA und DAA unterscheidet sich in gewissen Punkten von jenem des EWR. So liegt dort der Entscheid über die Anpassung des Abkommens an neues EU-Recht beim Gemeinsamen EWR-Ausschuss, erfolgt also nicht einseitig. Den Verhandlungen über die institutionellen Fragen zwischen der Schweiz und der EU liegt ein ebensolches Modell zugrunde (gemeinsamer Entscheid durch den für das Abkommen zuständigen Gemischten Ausschuss). Was die Bestimmungen über die demokratischen Verfahren der Schweiz angeht, können die SAA und DAA jedoch gut als Vorlage für die Verhandlungen dienen. Über die rechtlichen Folgen einer verweigerten Aufdatierung sind sich die Verhandlungsparteien z.Z. nicht einig. Das EWR-Recht ist diesbezüglich weniger streng als SAA und DAA; es sieht «nur» die vorläufige Aussetzung der relevanten Teile des Abkommens vor (Art. 102 Abs. 5 EWRA). Dem Vernehmen nach möchte die EU für die Schweiz ein möglichst strenges System festschreiben.

11 Sowohl die bisherige EU-Waffenrichtlinie (Richtlinie 91/477/EWG über die Kontrolle des Erwerbs und des Besitzes von Waffen, ABl. 1991 L 256/51, mit seitherigen Änderungen) als auch der Änderungsvorschlag von 2015, über den im Dezember 2016 die politische Einigung erreicht wurde (Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 91/477/EWG des Rates über die Kontrolle des Erwerbs und des Besitzes von Waffen, KOM(2015) 750 endg.), stützen sich auf den EU-Binnenmarkt. Ihre SAA-Relevanz ergibt sich klar aus dem Anhang B zum Abkommen.

### C. Was wurde bisher dynamisch übernommen?

Im Rahmen der dynamischen SAA/DAA-Systeme wurden bisher zahlreiche Neuerungen des EU-Rechts übernommen. Für das DAA handelt es sich konkret um die neue Generation der Dublin-Gesetzgebung, also die Verordnungen 604/2013/EU (Dublin III)<sup>12</sup> und 603/2013/EU (Eurodac II).<sup>13</sup> Im Falle des SAA geht es um eine fast unüberschaubar grosse Zahl von Rechtsakten.<sup>14</sup>

In der Praxis stellen sich dabei manchmal schwierige Fragen, welche bereits mit der bilateralrechtlichen Relevanz eines Rechtsaktes beginnen können. Nicht immer ist die Rechtslage so klar wie im Falle des Vorschlages für einen Neusiedlungsrahmen für Drittstaatsangehörige und Staatenlose, welche internationalen Schutz benötigen:<sup>15</sup> Hier verneint bereits die Präambel ausdrücklich die formale DAA-Relevanz.<sup>16</sup> In der Schweiz ist darüber hinaus die Frage gestellt worden, ob die Schweiz im Rahmen des DAA implizit EU-Asylrecht übernehme, das ihr gar nicht notifiziert worden ist. Im Zusammenhang mit dem Datenschutzrecht von SAA und DAA wird z.T. sogar argumentiert, die Schweiz übernehme automatisch nicht notifiziertes EU-Recht. Darauf soll im Folgenden eingegangen werden.

12 Verordnung 604/2013/EU zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl. 2013 L 180/31.

13 Verordnung 603/2013/EU über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europol auf den Abgleich mit Eurodac-Daten sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. 2013 L 180/1.

14 Nach der Information der Bundesverwaltung hat die EU der Schweiz bis zum 6. Juli 2016 insgesamt 179 Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands notifiziert; <<https://www.eda.admin.ch/dea/de/home/bilaterale-abkommen/ueberblick/bilaterale-abkommen-2/schengen/schengen-weiterentwicklung.html>>. Zur Problematik der fehlenden Übersichtlichkeit DANIEL WÜGER, «Das für die Schengen- und die Dublin-Assoziierung massgebliche Recht: Publikation und Zugang», LeGes 2013/1, 63–87.

15 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Neuanwanderungsrahmens der Union und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 516/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates, KOM(2016) 468 endg.

16 Erw. 10 der Präambel: «Der vorliegende Vorschlag stellt keine Weiterentwicklung des <Dublin/Eurodac-Acquis> dar, weshalb die assoziierten Staaten nicht verpflichtet sind, der Kommission mitzuteilen, ob sie diese Verordnung nach deren Verabschiedung durch das Europäische Parlament und den Rat annehmen. Die assoziierten Staaten können allerdings beschliessen, sich freiwillig an dem in dieser Verordnung vorgesehenen Rahmen für die Neuansiedlung in der Union zu beteiligen.»

### III. Übernimmt die Schweiz im Assoziationsrahmen nicht notifiziertes EU-Recht?

#### A. DAA: implizite Übernahme von EU-Asylrecht durch Verweisung in einem übernommenen Rechtsakt?

Wie bereits angedeutet, hat die EU über das die Zuständigkeit für Asylverfahren koordinierende Dublin-System hinaus noch weiteres gemeinsames Asylrecht geschaffen. Ihr Ziel ist dabei die Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems.<sup>17</sup> Dazu gehört heute auch die Richtlinie 2013/32 über das Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes.<sup>18</sup> Sie ist nicht Teil des bilateralen DAA-Besitzstands und wurde der Schweiz denn auch nicht notifiziert. Anders verhält es sich jedoch mit der Verordnung 656/2014 über die Überwachung der Seeaussengrenzen durch Frontex;<sup>19</sup> sie gehört zum bilateralrechtlichen Acquis. Nun verweist diese Verordnung in ihrer Präambel (Erw. 10) wie folgt auf die erwähnte Richtlinie:

*« Die Mitgliedstaaten und die Agentur sind in Bezug auf Anträge auf internationalen Schutz, die im Hoheitsgebiet, einschliesslich an der Grenze, in den Hoheitsgewässern oder in den Transitzonen der Mitgliedstaaten gestellt werden, an die Bestimmungen des Besitzstands im Asylbereich, insbesondere an die Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, gebunden.»*

Bedeutet dies nun – wie z.T. in der Schweiz vermutet<sup>20</sup> – dass die Richtlinie für die Schweiz trotz nicht erfolgter Notifizierung relevant bzw. bindend ist, schlicht weil die Schweiz im DAA-System den EU-Mitgliedstaaten gleichgestellt ist? Laut den Bundesbehörden ist dies nicht der Fall. Nach ihrer gängigen Praxis werden solche Verweisungen vielmehr aus Souveränitätsüberlegungen grundsätzlich als irrelevant eingestuft. Eine nicht-konstitutive Wirkung der Verweisungsnorm wird insbesondere dann angenommen, wenn die Verweisung unspezifisch ausgestaltet ist, sich also auf den gesamten Inhalt eines EU-Rechtsaktes bezieht, den die CH nicht nach dem jeweils anwendbaren Verfahren übernommen hat. Nach der hier vertretenen Auffas-

17 Siehe hierzu <[https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas\\_factsheet\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas_factsheet_de.pdf)> sowie in der Literatur etwa Steve Peers, *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary*, Volume 3: EU Asylum Law, Leiden 2015.

18 Richtlinie 2013/32/EU zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl. 2013 L 180/60.

19 Verordnung 656/2014/EU zur Festlegung von Regelungen für die Überwachung der Seeaussengrenzen im Rahmen der von der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Aussengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union koordinierten operativen Zusammenarbeit, ABl. 2014 L 189/93.

20 So MARKUS MOHLER, «Die EU hat mit dem Kernbereich von <Schengen> und mit <Dublin> den Stresstest bisher nicht bestanden», 9 *Sicherheit & Recht* (2016), 3–26, Fn. 156.

sung ist dies jedenfalls aus der Perspektive des Assoziationsrechts sachlich richtig, weil andernfalls der wesentliche Sinn und Zweck des formalen Übernahmemechanismus' und damit letztlich das Wesen des Assoziationsrechts als solches in Frage gestellt würden (eine gerichtliche Klärung der Frage steht, soweit ersichtlich, bisher noch aus).

Der Befürchtung, dass durch diese Haltung Gesetzeslücken entstehen könnten, kann die Schweiz auf andere Weise begegnen, nämlich durch autonomen Nachvollzug. Art. 28 Abs. 4 der bereits erwähnten Dublin III-Verordnung bietet hierzu ein illustratives Beispiel. Hier werden hinsichtlich der Ausgestaltung der sog. Dublin-Haft die Vorgaben der Art. 9–11 der Richtlinie 2013/33<sup>21</sup> für anwendbar erklärt. Laut der Botschaft zur Übernahme der Dublin III-Verordnung ist diese Richtlinie für die Schweiz zwar nicht verbindlich, gilt es aber dennoch, ihrem Inhalt Rechnung zu tragen und in der Schweiz aufgrund des nationalen Rechts ähnliche Standards in Bezug auf die Haft bei Dublin-Verfahren anzuwenden.<sup>22</sup>

## B. SAA und DAA: automatische Übernahme von EU-Datenschutzrecht?

Eine noch weitergehende Übernahme von EU-Recht wird im Zusammenhang mit dem Datenschutz diskutiert. EU-Datenschutzrecht gehört sowohl zum Schengen- als auch zum Dublin-Acquis. In den letzten Jahren sind im EU-Recht wichtige Entwicklungen erfolgt, dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Vertragsrevision von Lissabon die grundrechtliche Komponente des Datenschutzes verstärkt<sup>23</sup> und der Datenschutz mit Art. 16 AEUV einen prominenten Platz im Gefüge des EU-Rechts erhalten hat. Im Rahmen der Schengen- und Dublin-Assoziation der Schweiz stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, wie das schweizerische und das EU-rechtliche System zusammenspielen.

21 Richtlinie 2013/33 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, ABl. 2013 L 180/96.

22 Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnungen (EU) Nr. 603/2013 und (EU) Nr. 604/2013 (Weiterentwicklungen des Dublin/Eurodac-Bestands), BBl 2014 2675, S. 2707.

23 Hierzu z.B. GLORIA GONZALEZ FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Cham 2014, sowie PETER HUSTINX, «The Reform of EU Data Protection: towards more effective and more consistent data protection across the EU», in: Epiney & Fasnacht, supra Fn. 10, 15–22, S. 17.

## 1. Europarechtlicher Ausgangspunkt des Schweizer Rechts und Relevanz des EU-Rechts im Assoziationsrahmen

In der Schweiz stellt die Europaratskonvention 108<sup>24</sup> die Basis des nationalen Datenschutzrechts dar. Sie soll in der Zukunft in aufdatierter Form gelten<sup>25</sup> (wobei die Unterzeichnung noch aussteht, weil unter den Mitgliedstaaten des Europarats bisher keine vollständige politische Einigung erreicht werden konnte). Durch die Schengen- und Dublin-Assoziationen sind weitere, bilateralrechtliche Vorgaben hinzugekommen. Z.Z. handelt es sich noch um die EU-Richtlinie 95/46,<sup>26</sup> ergänzt durch den EU-Rahmenbeschluss 2008/977.<sup>27</sup> Im Zuge der Modernisierung des EU-Datenschutzrechts sollen diese aufgehoben und ersetzt werden. Die neue Datenschutz-Grundverordnung 2016/679<sup>28</sup> (DS-GVO) wird mit Wirkung ab dem 25. Mai 2018 gelten. Spezifisch für strafrechtliche Belange muss die neue Richtlinie 2016/680<sup>29</sup> bis zum 6. Mai 2018 ins nationale Recht der Mitgliedstaaten umgesetzt sein. Weiter liegt ein Vorschlag für eine neue Datenschutzverordnung für elektronische Kommunikation vor.<sup>30</sup>

- 24 Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981, für die Schweiz in Kraft seit 1. Februar 1998, SR 0.235.1.
- 25 Der Entwurfstext ist via die Website des Bundesamtes erhältlich: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/entw-konvention-d.pdf>>. Hierzu etwa JEAN-PHILIPPE WALTER, «La révision de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention 108) et les répercussions pour la Suisse», in: Astrid Epiney & Daniela Nüesch (Hrsg.), Die Revision des Datenschutzes in Europa und die Schweiz, Zürich 2016, 77–98.
- 26 Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, 1995 ABl. L 281/31. Insofern ist die Aussage von HEINRICH/WEBER unrichtig, die Bindungswirkung der Richtlinie sei auf die EU-Mitgliedstaaten beschränkt, was ihre Anwendung in der Schweiz ausschliesse; ULRIKE I. HEINRICH & ROLF H. WEBER, «Braucht die Schweiz ein Recht auf Vergessen im Internet?», in: Astrid Epiney & Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, Bern/Zürich/Basel/Genf 2014, 301–318, S. 315. Die Richtlinie gilt in der Schweiz zwar nicht unmittelbar, wohl aber via das SAA.
- 27 Rahmenbeschluss 2008/977/JI über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden, ABl. 2008 L 350/60.
- 28 Verordnung 2016/679/EU zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119/8.
- 29 Richtlinie 2016/680/EU zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl. 2016 L 119/89.
- 30 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), KOM(2017) 10 endg.

Es stellt sich die Frage, was diese Änderungen für Nichtmitgliedstaaten wie die Schweiz bedeuten. Die EU verfolgt mit Bezug auf solche Staaten einen zweigleisigen Weg. Als das eine Gleis sieht sie unilateral die Möglichkeit der Äquivalenzerkennung vor, wobei der Standard der Europaratskonvention 108 ein wichtiges Element darstellt (vgl. Erw. 105 in der Präambel der DS-GVO). Mit der Äquivalenzerklärung bringt die EU zum Ausdruck, dass sie das betreffende Land mit Blick auf Datenschutzbelange sozusagen als «sicheren Drittstaat» einstuft, dem sie vertrauen kann. Im Rahmen des bisherigen EU-Rechts liegt für die Schweiz eine Äquivalenzentscheidung vor,<sup>31</sup> die allerdings je nach der künftigen Entwicklung auch wieder aufgehoben werden könnte. Mit neuen Standards im Europarat und innerhalb der EU verändern sich auch die unilateralen Vorgaben der EU für eine Äquivalenzentscheidung.

Als das andere Gleis handhabt die EU die Einbindung von ausgewählten Nichtmitgliedstaaten in das EU-System via Abkommen wie SAA und DAA. Während für die neue Richtlinie 2016/680 unbestritten ist, dass sie Teil eines revidierten Assoziations-Acquis werden soll (dazu unten II.3.), liegen die Dinge betr. der DS-GVO weniger einfach. Sie gehört formal betrachtet klar zum EWR-Acquis,<sup>32</sup> nicht aber zum Assoziationsacquis der Schweiz – und dies, obwohl sie die Nachfolgerin der SAA- und DAA-relevanten Richtlinie 95/46 ist. Zwar hatte sich die Schweiz für die Assoziationsrelevanz der neuen Verordnung ausgesprochen und schlug die Kommission dies auch vor.<sup>33</sup> Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens strich der EU-Ministerrat aber dieses Element wieder (möglicherweise aus innenpolitischen Gründen, um so eine potentielle Sonderstellung des Vereinigten Königreichs und Irlands auszuschliessen).<sup>34</sup> Entsprechend ist die Verordnung nicht als bilateralrechtlich relevant gekennzeichnet und wurde sie der Schweiz nicht notifiziert. Des ungeachtet sind in der Schweiz Stimmen zu hören, wonach die Verordnung auch hier verbindlich sein soll. Dazu nun im Folgenden nach einigen Ausführungen zur laufenden Revision des Schweizer Datenschutzrechts.

31 Entscheidung 2000/518/EU gemäss der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angemessenheit des Schutzes personenbezogener Daten in der Schweiz, ABl. 2000, L 215/1.

32 Was aber nicht heisst, dass die Thematik in den EWR/EFTA-Staaten nicht zur Diskussionen führte; vgl. hierzu GEORGES BAUR, «Datenschutz-Grundverordnung Schengen-relevant? Vielleicht nicht, aber ...», in: Schengen in der Praxis (2017), im Erscheinen begriffen. Insbesondere stellte sich anfänglich die Frage, ob es vorliegend um ein Element des EWR- oder des EWR/EFTA-Schengen-Acquis geht. Es wurde schliesslich Ersteres.

33 Vgl. Erw. 137 des Vorschlags für eine Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), KOM(2012) 11 endg.

34 Diese Länder geniessen nach dem Protokoll Nr. 21 zum Vertrag über die Europäische Union (EUV) und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) die Möglichkeit des opting in/opting out.

## 2. Revision des Schweizer Datenschutzrechts im Lichte des Europarechts

In der Schweiz soll das nationale Datenschutzgesetz modernisiert werden.<sup>35</sup> Neben der Anpassung an die technologische und gesellschaftliche Entwicklungen soll es die Revision der Schweiz erlauben, die Europaratskonvention 108 zu ratifizieren sowie die Richtlinie 2016/680 zu übernehmen, «wozu sie aufgrund des Schengen-Abkommens verpflichtet ist», so das Bundesamt für Justiz auf seiner Website. Weiter führt das Amt aus: «Zudem soll die Revision die schweizerische Datenschutzgesetzgebung insgesamt den Anforderungen der Verordnung (EU) 2016/679 annähern. Diese Annäherung und die Ratifizierung des revidierten Übereinkommens [...] 108 sind zentral, damit die EU die Schweiz weiterhin als Drittstaat mit einem angemessenen Datenschutzniveau anerkennt und die grenzüberschreitende Datenübermittlung auch künftig möglich bleibt.»<sup>36</sup> Für die Verordnung besteht demnach laut dem Bundesamt keine Übernahmeverpflichtung, sondern gilt es vielmehr, die heute von der EU anerkannte Äquivalenz zu erhalten.

## 3. Übernahme der Richtlinie 2016/680 und Folgen für den Status der Schweiz im Datenschutzsystem der EU

Am 21. Dezember 2016 schickte der Bundesrat den Vorentwurf zu einer Totalrevision des Datenschutzgesetzes<sup>37</sup> und zur Änderung weiterer Erlasse in die Vernehmlassung.<sup>38</sup> Die Vernehmlassungsdokumente umfassen u.a. den Entwurf für einen «Bundesbeschluss über die Genehmigung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands)».<sup>39</sup>

Die Übernahme der Richtlinie 2016/680 ins Assoziationsregime bedeutet, dass die EU die Schweiz diesbezüglich nicht (mehr) als Drittstaat sieht, sondern sie einem Mitgliedstaat gleichstellt. Angesichts dieser Tatsache ist der Geltungsbereich des

35 Zur Entwicklung in der Schweiz z.B. BEAT RUDIN, «<Schengen>, <Dublin> und der Datenschutz in der Schweiz. Ansätze zur Stärkung des Datenschutzes und prophylaktischer Widerstand», in: Stephan Breitenmoser, Sabine Gless & Otto Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis. Aktuelle Fragen, Zürich/St. Gallen 2015, 47–75, S. 59, sowie Bettina Bacher & Camille Dubois, «Zum Stand der Revision des Datenschutzgesetzes», in: Epiney & Nüesch, supra Fn. 25, 129–148.

36 Bundesamt für Justiz, Stärkung des Datenschutzes, <[www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html](http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html)>.

37 Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1.

38 Die Entwurfstexte sind via die in der vorletzten Fussnote erwähnte Website unter dem Titel «Vernehmlassungsverfahren» erhältlich.

39 Siehe <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vorentw-bbl-d.pdf>>.

übernommenen Rechts im Rahmen des Assoziationsregimes wichtig; nur (aber immerhin) im Kooperationsbereich oder aber flächendeckend auch auf anderen Bereichen? Die Frage ist in der schweizerischen Literatur umstritten.<sup>40</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung und gestützt auf das Wesen des Assoziationsrechts beschränkt sich die verpflichtende Wirkung des übernommenen EU-Rechts auf den Kooperationsbereich.<sup>41</sup> Dies ist von der EU im Rahmen einer internen Evaluation der Schweizer Umsetzung des Datenschutzrechts jedenfalls implizit anerkannt worden.<sup>42</sup> Dementsprechend ist die Schweiz auch nur hier den Mitgliedstaaten gleichgestellt; in anderen Bereichen bleibt sie ein Drittstaat. So kann sie z.B. nicht via die Assoziation zur EU am Datenschutzregime zwischen der EU und der USA für Behörden dem sog. *EU-USA Data Protection Umbrella Agreement*,<sup>43</sup> teilnehmen – anders als dies in der Schweiz z.T. diskutiert wird.<sup>44</sup> Vielmehr verhindert die rechtliche Begrenzung der Verpflichtung der Schweiz auf den Kooperationsbereich der Assoziation, dass die Schweiz am *EU-US Umbrella Agreement* sozusagen indirekt teilnehmen kann – dies jedenfalls so lange, als dieses Abkommen die mit der EU assoziierten Staaten nicht ausdrücklich miteinbezieht. In dieser Situation kann die Schweiz für ihr Rechtsverhältnis zu den USA in Sachen Datenschutzrecht für Behörden nicht auf EU-Instru-

40 Astrid Epiney & Markus Kern, «Zu den Neuerungen im Datenschutzrecht der Europäischen Union: Datenschutzgrundverordnung, Richtlinie zum Datenschutz in der Strafverfolgung und Implikationen für die Schweiz», in: Epiney & Nüesch, supra Fn. 25, 39–76, S. 72, m.w.H.

41 Für die Praxis weist RUDIN allerdings zu Recht darauf hin, dass es kaum sinnvoll ist, zwei verschiedene Regimes zu schaffen; BEAT RUDIN, *Datenschutzgesetze – fit für Europa. Europarechtliche Anforderungen an die schweizerischen Datenschutzgesetze*, Zürich 2007, S. 13.

42 MADER & HILTI, supra Fn. 10, S. 74, weisen in diesem Zusammenhang zu Recht auf die Evaluation des Schweizer Datenschutzrechts von 2008 durch die EU hin. Die damalige Feststellung des Rates, dass die Schweiz alle Bedingungen für die vollständige Umsetzung erfülle, erfolgte vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Schweiz lediglich innerhalb des damaligen Kooperationsbereichs eine Umsetzung vorgenommen hatte; Beschluss 2008/903/EG des Rates vom 27. November 2008 über die vollständige Anwendung der Bestimmungen des Schengen-Besitzstands in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ABL 2008 L 327/15, Erw. 4 in der Präambel.

43 Abkommen vom 2. Juni 2016 zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Europäischen Union über den Schutz personenbezogener Daten bei der Verhütung, Untersuchung, Aufdeckung und Verfolgung von Straftaten, ABL 2016 L 336/3; in Kraft seit dem 1. Februar 2017. Vgl. hierzu das Factsheet der Kommission, <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-4183\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-4183_en.htm)>).

44 Es handelt sich um eine Diskussion im informellen Kreis, die der Verfasserin zugetragen worden ist. Hier ist die Frage aufgeworfen worden, ob die Schweiz angesichts ihrer Schengen-Assoziation mit Blick auf Art. 7 des Datenschutzabkommens zwischen der EU und den USA als einem EU-Mitgliedstaat gleichgestellt betrachtet werden könnte, obwohl sie nicht Vertragspartei ist. Art. 7 betrifft die Weitervermittlung von Daten und lautet: «Hat eine zuständige Behörde einer Vertragspartei personenbezogene Daten zu einem bestimmten Fall an eine zuständige Behörde der anderen Vertragspartei übermittelt, so dürfen diese Daten nur dann an einen nicht durch dieses Abkommen gebundenen Staat oder an eine internationale Einrichtung übermittelt werden, wenn die vorherige Zustimmung der zuständigen Behörde, die die Daten ursprünglich übermittelt hat, vorliegt.»

mente zurückgreifen, auch nicht punktuell. Vielmehr muss sie dieses Verhältnis eigenständig regeln, gleich wie sie es bereits im privaten Datenschutzrecht getan hat.<sup>45</sup>

#### 4. Automatische Übernahme der DS-GVO durch die Schweiz?

Wie oben erwähnt, geht das Bundesamt für Justiz davon aus, dass die DS-GVO nicht zum Schengen-Acquis gehört, und ist dies formal auch klar der Fall. Stattdessen ist die Verordnung für die Schweiz wegen ihrer Bestimmungen über die Äquivalenzanerkennung von grosser praktischer Relevanz. Nun wird aber in den Datenschutzkreisen der Bundesverwaltung, genauer im Büro des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDÖB), argumentiert, die DS-GVO sei trotzdem auch für die Schweiz verbindlich,<sup>46</sup> weil in der EU in der Zukunft nach Art. 94 Abs. 2 erster Satz DS-GVO Verweise auf die Richtlinie 95/46 als Verweise auf ebendiese Verordnung gelten. In der Sicht der Büros des EDÖB hat dies zur Folge, «dass jedes Mal, wenn die bilateralen Abkommen Schweiz–EU auf die Richtlinie 95/45/EG verweisen, jetzt automatisch auf die neue Datenschutzgrundverordnung verwiesen wird.» Die Vorstellung scheint dabei die zu sein, dass ohne diese Lesart im Assoziationsrecht eine Art Datenschutzloch entstehen würde.

45 Für die private Datenübermittlung (also für die Übermittlung von Daten Privater durch andere Privaten wie z.B. Microsoft oder Facebook) aus der Schweiz und aus der EU bzw. dem EWR in die USA gelten seit einiger Zeit im Rahmen von separaten Regelungen die gleichen Standards. Für die EU handelt es sich heute um das *Privacy Shield Framework* vom Juli 2016, welches als Folge des EuGH-Urteils *Schrems* das frühere *Safe Harbor-Arrangement* ersetzt; EuGH, Rs. C-362/14 *Maximillian Schrems gegen Data Protection Commissioner*, ECLI: ECLI:EU:C:2015:650 (in der Schweiz hierzu NICOLAS PASSADELIS, «Das Safe Harbor-Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union – Urknall oder Sturm im Wasserglas?», Jusletter vom 19. Oktober 2015). Beim EuGH ist z.Z. eine Klage auf Nichtigerklärung des einschlägigen Durchführungsbeschlusses hängig; Rs. T-670/16 *Digital Rights Ireland gegen Kommission*, betr. den Durchführungsbeschluss (EU) 2016/1250 der Kommission vom 12. Juli 2016 gemäss der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angemessenheit des vom EU-US-Datenschutzschild gebotenen Schutzes, ABl. 2016 L 207/1. Die Schweiz hatte ihrerseits mit den USA das *Swiss-US Safe Harbor Framework* vereinbart, das dem EU-Arrangement inhaltlich sehr ähnlich war (vgl. <<https://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00153/00262/00278/index.html?lang=de>>). Sie war vom *Schrems*-Urteil formalrechtlich nicht betroffen (so z.B. SABINE GLESS, «Die Schweiz und das Europäische Strafrecht», in: Ursula Cassani, Sabine Gless, Robert Roth & Christian Sager, «Chronique du droit pénal suisse dans le domaine international», 26 *Swiss Rev. Int'l Eur. L.* (2016), 482–494, S. 485 f.). Nach der Analyse des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDÖB) wies ihr Abkommen allerdings dieselben Schwachstellen auf wie das EU-Regime (<<https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/00970/01320/index.html?lang=de>>). Inzwischen ist auch hier ein neuer *Swiss-US Privacy Shield* geschaffen worden, der allerdings kein Abkommen darstellt, sondern vielmehr ein einseitiges Äquivalenzinstrument. Zur Aufhebung des früheren Regimes siehe <<https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2017/441.pdf>>; für eine Dokumentation zum neuen Rahmen <<https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/01405/index.html?lang=de>>. Auf der Website der US-Regierung werden die beiden Regimes angesichts ihrer inhaltlichen Parallelität auf einer einzigen Website präsentiert; siehe <<https://www.privacyshield.gov>>.

46 Die folgenden Aussagen stützen sich auf die Korrespondenz der Verfasserin mit dem Büro des EDÖB.

Nach der hier vertretenen Auffassung gilt allerdings in diesem Zusammenhang das oben zum Asylrecht Ausgeführte umso mehr: Für die Schweiz kann im Rahmen des Assoziationsverhältnisses nur relevant sein, was materiell zu seinem Acquis gehört, ihr formell notifiziert wurde und von ihr im Rahmen des hierfür vorgesehenen Verfahrens auch tatsächlich übernommen wurde. Eine automatische Übernahme würde das Wesen des Assoziationsrechts bzw. der hier geltenden Mechanismen der Rechtsübernahme noch mehr verkennen als eine Übernahme aufgrund einer Verweisung im EU-Rechtsakt selber. Nochmals: im bilateralen Recht gibt es keine automatische Rechtsübernahme.

Weiter führt die Ablehnung einer automatischen Übernahme auch nicht zu einer Gesetzeslücke, die – wie im oben erwähnten Beispiel zur Dublin-Haft – allenfalls durch autonomen Nachvollzug geschlossen werden müsste. Vielmehr bleibt schlicht die Verweisung auf die alte EU-Datenschutzrichtlinie bestehen.<sup>47</sup> Die Tatsache, dass diese in der Zukunft innerhalb der EU nicht mehr in Kraft sein wird, ist für das bilaterale Recht nicht entscheidend. Wie das Beispiel des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA)<sup>48</sup> zeigt, kann im Assoziationsrahmen altes EU-Recht auch längerfristig weiter relevant sein: Dies ist etwa der Fall im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 FZA, der mit Bezug auf die Ausnahmen vom Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit auf die Richtlinie 64/221<sup>49</sup> verweist. In der EU gilt hier seit mehr als zehn Jahren die Richtlinie 2004/38.<sup>50</sup> Diese ist mangels Bereitschaft der Schweiz hierzu nicht in den bilateralen Acquis übernommen worden, so dass im bilateralen Verhältnis das alte EU-Recht relevant bleibt.<sup>51</sup> Eine Regelungslücke entsteht nicht.

Gleiches muss nach der hier vertretenen Auffassung auch für das Schengener Informationssystem (SIS II) und die Dubliner Eurodac-Datenbank gelten. Diesbezüglich wird in Schweizer Datenschutzkreisen z.T. ähnlich argumentiert, wie es auf der

47 So – ohne Diskussion des Argumentes der automatischen Übernahme – auch EPINEY & KERN, *supra* Fn. 40, S. 73.

48 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, für die Schweiz SR 0.142.112.681, für die EG (heute die EU) und ihre Mitgliedstaaten ABL 2002 L 114/6.

49 Richtlinie 64/221/EWG zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABL 1964 56/850).

50 Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABL 2004 L 158/77.

51 Vgl. hierzu CHRISTA TOBLER, «Auswirkungen einer Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie für die Schweiz – Sozialhilfe nach bilateralem Recht als Anwendungsfall des Polydor-Prinzips», in: Astrid Epiney & Teresa Gordzielik (eds), *Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen/Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques*, Zürich/Basel/Genf 2015, 55–82.

allgemeineren Ebene der EDÖB tut.<sup>52</sup> Da sowohl SIS II-Verordnung<sup>53</sup> als auch die Eurodac-Verordnung<sup>54</sup> wiederholt auf die Richtlinie 95/46 Bezug nehmen und diese Stellen in der EU laut Art. 94 DS-GVO in der Zukunft als Verweisungen auf die DS-GVO zu lesen sind, müsse dasselbe im Rahmen des Assoziationsrechts automatisch auch für die Schweiz gelten. Dies rechtfertige sich insbes. darum, weil die EU via die DAA- und die SAA-Assoziation der Schweiz Datenbanken zur Verfügung stelle, deren Nutzungsbedingungen (nämlich ein ausreichender Datenschutz) sie vorgeben könne.<sup>55</sup> Jedoch: Hätte die EU dies erreichen wollen, so hätte sie nach der hier vertretenen Meinung die DS-GVO gegenüber der Schweiz als schengenrelevant erklären und notifizieren müssen, was sie bewusst nicht getan hat. In dieser Situation gilt auch hier im Verhältnis zur Schweiz die bisherige Richtlinie weiter.

#### IV. Schlussbemerkungen

Durch die Schengen- und Dublin-Assoziation übernimmt die Schweiz im Rahmen eines dynamischen Systems fortlaufend neues EU-Recht. Wie oben bemerkt, kann das hier geltende System bis zu einem gewissen Grad als Modell für die Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU über die sog. institutionellen Fragen dienen.

Allerdings zeigen die vorstehenden Ausführungen auch, dass im Rahmen eines «nur» dynamischen (statt eines automatischen) Systems eine vollständige inhaltliche Homogenität nicht erreicht werden kann. Vielmehr setzt das anzuwendende Übernahmeverfahren Grenzen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist in diesem Zusammenhang sowohl einer impliziten Übernahme durch Verweisung in einem an

52 Es handelt sich um eine Argumentation im informellen Kreis, welche der Verfasserin zugetragen worden ist.

53 Verordnung 1987/2006/EG über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II), sowie Beschluss 2007/533/JI des Rates vom 12. Juni 2007 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II).

54 Verordnung 603/2013/EU über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europol auf den Abgleich mit Eurodac-Daten sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. 2013 L 180/1.

55 Grundsätzlich hierzu bereits RUDIN & BAERISWYL: «Wer die Systeme verwenden will, muss sich auch an die dafür aufgestellten Regeln halten – so auch die Schweiz an die Datenschutzregelungen bezüglich Schengen.»; BEAT RUDIN & BRUNO BAERISWYL, ««Schengen» und der Datenschutz in den Kantonen: Anforderungen – Beurteilung – Handlungsbedarf», in: Astrid Epiney & Sarah Theuerkauf (Hrsg.), *Datenschutz in Europa und die Schweiz*, Zürich/Basel/Genf 2006, 169–198, S. 171.

sich übernommenen EU-Rechtsakt als auch einer automatischen Übernahme eine Absage zu erteilen. Beides lässt sich mit dem Wesen eines Assoziationsregimes, mit welchem EU-Recht in ausgewählten Gebiet und via ein vorgegebenes Verfahren übernommen wird, nicht vereinbaren.

Was speziell den Datenschutz und die neue DS-GVO anbelangt, so sei nochmals daran erinnert, dass sie für die Schweiz wegen der Äquivalenzfrage auch ausserhalb der SAA- und DAA-Assoziation von grosser Wichtigkeit ist, was in der laufenden Datenschutzrevision denn auch zum Ausdruck kommt. Schliesslich werden in der künftigen Praxis auch andere Aspekte der Verordnung für die Schweiz relevant sein, etwa die aufsichtsrechtlichen Regelungen. Diese gelten zwar für die EWR/EF-TA-Staaten, welche die DS-GVO als Teil der binnenmarktlichen Regelung des EWR übernommen haben, nicht aber für die Schweiz. Dies hat hierzulande auf politischer Ebene zum Ruf nach einem neuen bilateralen Abkommen im Bereich der Datenschutzaufsicht geführt.<sup>56</sup> Auch hierin zeigen sich die Grenzen der bestehenden, bilateralrechtlichen Assoziation.

56 Motion 16.3752 der FDP-Liberalen Fraktion vom 28. September 2016 «Gegen Doppelspurigkeiten im Datenschutz», <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20163752>>. Die Motion ist vom Bundesparlament angenommen worden. Sie beauftragt den «im Hinblick auf das revidierte Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) und das Inkrafttreten der EU-Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) mit der EU eine Vereinbarung zur Koordinierung der Anwendung des jeweils geltenden Datenschutzrechts durch die zuständigen Datenschutzbehörden anzustreben und entsprechende Sondierungsgespräche zu führen, mit dem Ziel, die Probleme aus der fehlenden territorialen Abgrenzung der aufsichtsrechtlichen Zuständigkeit bei einer parallelen Geltung der DS-GVO und des DSG für die Wirtschaft und die Aufsichtsbehörden der Schweiz und der EU zu lösen.» Zur Begründung wird ausgeführt, nach der DS-GVO seien die nationalen Aufsichtsbehörden in den EU-Mitgliedstaaten neu dafür verantwortlich, den Schutz der Personendaten ihrer Bewohner auch im Ausland zu überwachen und durchzusetzen (Art. 3 Abs. 2 DS-GVO). Die Motion regt im Verhältnis Schweiz-EU eine Lösung an, nach der für die aufsichtsrechtliche Durchsetzung des Datenschutzes auf Schweizer Gebiet alleine die Schweiz zuständig und ihr Recht anwendbar ist. Im Rahmen einer solchen Lösung bräuchten sich laut der Motion Schweizer Betriebe aufsichtsrechtlich nur an den EDÖB zu halten und nur ein einziges Regelwerk zu befolgen. Der Bundesrat hat die Annahme der Motion beantragt und sich bereit erklärt, zu gegebener Zeit Sondierungsgespräche mit der EU über diese Thematik aufzunehmen. Als Grundlage seitens der EU sieht er die Erw. 116 der Präambel der DS-GVO, wonach die Kommission und die Aufsichtsbehörden der EU gehalten sind, mit den Aufsichtsbehörden der Drittländer zusammenzuarbeiten.