



Nicole Schneider / Diego R. Gfeller\*

## Landesverweisung und das Schengener Informationssystem

Zusammen mit der Anordnung einer strafrechtlichen Landesverweisung ergeht regelmässig eine Eintragung derselben in das Schengener Informationssystem (SIS). Der Beitrag beschäftigt sich mit den Grundlagen der Ausschreibung der Landesverweisung in das SIS (z.B. persönliche und sachliche Voraussetzungen, Verhältnismässigkeit, Dauer der Eintragung) und den damit verbundenen Rechtsfolgen.

Le prononcé d'une expulsion fondée sur le droit pénal s'accompagne généralement d'un signalement dans le Système d'information Schengen (SIS). Cet article s'intéresse aux fondements de l'inscription de l'expulsion dans le SIS (p.ex. les conditions personnelles et matérielles, la proportionnalité, la durée de l'inscription) et aux conséquences juridiques qu'elle engendre.

### Inhalt

- I. Landesverweisung
  1. Hintergrund
  2. Inhalt der Strafbestimmung
    - 2.1 Obligatorische Landesverweisung
    - 2.2 Fakultative Landesverweisung
    - 2.3 Dauer
    - 2.4 Beginn des Vollzugs und Änderung der Umstände
    - 2.5 Rechtsfolgen
    - 2.6 Härtefallklausel
  3. Exkurs: Landesverweisung von EU-Bürgern
- II. Schengener Informationssystem (SIS)
  1. Einführung
  2. Ausschreibung der Landesverweisung in das SIS
    - 2.1 Voraussetzungen für die Ausschreibung der Landesverweisung
    - 2.2 Rechtsfolgen der Ausschreibung der Landesverweisung
    - 2.3 Dauer der Ausschreibung der Landesverweisung
    - 2.4 Pflicht zur Ausschreibung der Landesverweisung?
    - 2.5 Fazit

## I. Landesverweisung

### 1. Hintergrund

Im Zuge der Revision des Allgemeinen Teiles des Strafgesetzbuchs (StGB)<sup>1</sup> wurde die stark kritisierte altrechtliche Landesverweisung gemäss Art. 55 aStGB per 1. Januar 2007 abgeschafft. Nur wenige Monate später wurde die eidgenössische Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)»

initiiert und eingereicht.<sup>2</sup> Am 28. November 2010 nahmen Volk und Stände die Ausschaffungsinitiative an.<sup>3</sup> Art. 121 Bundesverfassung (BV)<sup>4</sup> wurde somit um vier zusätzliche Absätze 3 bis 6 erweitert. Zur Umsetzung der neuen verfassungsrechtlichen Bestimmung verabschiedete das Parlament im März 2015 die Änderungen des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (MStG)<sup>5</sup>, welche am 1. Oktober 2016 in Kraft traten.<sup>6</sup>

## 2. Inhalt der Strafbestimmung

### 2.1 Obligatorische Landesverweisung

Ziel der Ausschaffungsinitiative war es, für ausländische Delinquenten einen sogenannten Ausschaffungs-*automatismus* zu schaffen; sie sollen konsequent aus der Schweiz weggewiesen werden. Dieser Stossrichtung wurde sodann mit einer neuen Bestimmung Art. 66a StGB zur obligatorischen Landesverweisung Rechnung getragen. Darin wird festgelegt, dass das Strafgericht eine ausländische Person, die wegen einer in Abs. 1 lit. a bis lit. o abschliessend aufgeführten Katalogtat schuldig gesprochen wird, für eine Dauer von fünf bis fünfzehn Jahren aus der Schweiz verweist. Dies grundsätzlich unabhängig von der Strafhöhe und -art.

Einzig wenn die Tat in entschuldbarer Notwehr oder in entschuldbarem Notstand begangen wurde oder aber ausnahmsweise ein persönlicher Härtefall vorliegt und die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in

\* Rechtsanwältin MLaw Nicole Schneider, Schwarzmann Brändli Rechtsanwältin, und Rechtsanwalt Dr. iur. Diego Gfeller, Peyer Partner Rechtsanwältin.

<sup>1</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0.

<sup>2</sup> Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes, BBl 2013 5975, 5981.

<sup>3</sup> AS 2011 1199.

<sup>4</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

<sup>5</sup> Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (MStG), SR 321.0.

<sup>6</sup> AS 2016 2329.

der Schweiz die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung überwiegen, kann das Gericht vom Aussprechen der obligatorischen Landesverweisung absehen (Art. 66a Abs. 2 und Abs. 3 StGB).

## 2.2 Fakultative Landesverweisung

Bei allen weiteren Verbrechen und Vergehen steht es gemäss Art. 66a<sup>bis</sup> StGB im Ermessen des Strafgerichtes, eine Landesverweisung anzuordnen. Im Gegensatz zur ordentlichen Landesverweisung, welche zwingend eine Verurteilung zu einer Strafe voraussetzt, kann eine fakultative Landesverweisung auch bei einer Massnahme nach Art. 59 bis Art. 61 StGB und bei einer Verwahrung nach Art. 64 StGB angeordnet werden (nicht jedoch bei einer ambulanten Massnahme nach Art. 63 StGB).

Der Strafrichter hat bei seiner Beurteilung nebst den strafrechtlichen Prinzipien und Grundsätzen auch die Verhältnismässigkeit zu achten und somit die konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.<sup>7</sup>

## 2.3 Dauer

Das Gesetz nennt sowohl bei der obligatorischen als auch bei der fakultativen Landesverweisung lediglich eine Rahmendauer (obligatorische Landesverweisung: fünf bis 15 Jahre; fakultative Landesverweisung: drei bis 15 Jahre). Die konkrete Festsetzung wird ins Ermessen des urteilenden Gerichts gelegt, das sich am Grundsatz der Verhältnismässigkeit<sup>8</sup> sowie auch an den Strafzumessungskriterien nach Art. 47 StGB zu orientieren hat.<sup>9</sup>

Im Wiederholungsfall, d.h. wenn die bereits mit einer Landesverweisung belastete ausländische Person erneut eine Straftat gemäss Art. 66a StGB begeht, beträgt die Dauer der Landesverweisung zwingend 20 Jahre (Art. 66b Abs. 1 StGB). Gemäss dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung gilt dieser Automatismus jedoch nur, wenn die Wiederholungstat eine obligatorische Landesverweisung nach sich zieht. Hingegen findet Art. 66b Abs. 1 StGB bei der fakultativen Landesverweisung keine Anwendung.

Mit Art. 66b Abs. 2 StGB wird die Landesverweisung auf Lebenszeit ermöglicht. Eine solche unbefristete Landesverweisung soll dann in Frage kommen, wenn der verurteilte ausländische Delinquent eine neue Straftat begeht, während die früher ausgesprochene Landesverweisung noch Geltung hat.

Das Gericht sollte sich bei der Ermessensprüfung aufgrund der migrationsrechtlichen Folgen, welche die Landesverweisung zeitigt, auch an der Gesetzgebung

und der Rechtsprechung hinsichtlich der Anordnung von Einreiseverboten orientieren. In Umsetzung der Rückführungsrichtlinie<sup>10</sup> der Europäischen Union (EU) ist die Dauer von Einreiseverboten nach Art. 67 Abs. 3 Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG)<sup>11</sup> auf höchstens fünf Jahre beschränkt. Diese Regelhöchstdauer darf nur überschritten werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt.<sup>12</sup> Die Dauer der Landesverweisung ist gestützt auf das Gesagte auf fünf Jahre begrenzt und darf unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit und der Strafzumessungskriterien nur bei schwerwiegenden Straftaten erhöht werden.<sup>13</sup> Offen ist diesbezüglich jedoch, bei welchen Katalogtaten in Art. 66a StGB von solchen schwerwiegenden Straftaten auszugehen ist. Nicht sachgerecht wäre es, einzig gestützt auf das betroffene Rechtsgut auf ein schweres Delikt zu schliessen, vielmehr kann das Vorliegen eines solchen nur in Anbetracht der gesamten Umstände des Einzelfalles bejaht werden.

Im Widerspruch zur migrationsrechtlichen Rechtsprechung und Gesetzgebung steht die unbefristete Landesverweisung gemäss Art. 66b Abs. 2 StGB. Wie das Bundesverwaltungsgericht in einem Grundsatzentscheid nach einer eingehenden Auslegung darlegte, sind Einreiseverbote nach Art. 67 AIG zwingend auf eine bestimmte Zeit zu befristen.<sup>14</sup> Obwohl das genannte Urteil vor der Wiedereinführung der Landesverweisung erging, hat diese Rechtsprechung weiterhin Bestand und ist bei der Prüfung von Wiederholungstaten zu berücksichtigen. Dies führt dazu, dass eine unbefristete respektive lebenslange Landesverweisung aufgrund des damit einhergehenden Einreiseverbotes nicht angeordnet werden kann und als rechtswidrig zu qualifizieren ist.<sup>15</sup>

## 2.4 Beginn des Vollzugs und Änderung der Umstände

Vollziehbar ist die Landesverweisung mit Rechtskraft des Urteils. Effektiv vollzogen wird sie jedoch erst mit der bedingten oder endgültigen Entlassung der verurteilten Person aus dem Straf- oder Massnahmenvollzug oder der Aufhebung der freiheitsentziehenden Massnahme (Art. 66c Abs. 1 und Abs. 2 StGB).

Demzufolge beginnt die Dauer der Landesverweisung nicht bereits während des Straf- respektive Massnahmenvollzugs zu laufen, sondern erst an dem Tag, an

<sup>7</sup> ADRIAN BERGER, Umsetzungsgesetzgebung zur Ausschaffungsinitiative, Jusletter vom 7. August 2017, Rz. 19; BSK StGB I-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a<sup>bis</sup> N 8 ff.

<sup>8</sup> Botschaft zur Änderung des StGB/MStG (FN 2), 6021.

<sup>9</sup> Botschaft zur Änderung des StGB/MStG (FN 2), 6021; GERHARD FIOJKA/LUZIA VEITELI, Die Landesverweisung nach Art. 66a ff. StGB als strafrechtliche Sanktion, plädoyer 5/2016, 83; BSK StGB I-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a N 27 ff.

<sup>10</sup> Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24. Dezember 2008 (Rückführungsrichtlinie), Art. 11 Abs. 2.

<sup>11</sup> Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (AIG), SR 142.20 (bis zum 31. Dezember 2018 AuG).

<sup>12</sup> Art. 67 Abs. 3 AIG.

<sup>13</sup> ZURBRÜGG/HRUSCHKA (FN 9), N 31 ff.

<sup>14</sup> BVGE C-5819/2012 vom 26. August 2014, E. 6.9.

<sup>15</sup> Gleicher Ansicht BSK StGB I-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66b N 6 f.

welchem die ausländische Person die Schweiz effektiv verlassen hat (Art. 66c Abs. 5 StGB). Ist das Ausreisedatum nicht bekannt, so zum Beispiel in Fällen, in denen keine von der Behörde kontrollierte Ausreise stattfindet, so wird von der Vollzugsbehörde ein Ausreisetag festgelegt (Art. 17a V-StGB-MStG<sup>16</sup>). Stellt sich zu einem späteren Zeitpunkt heraus, dass die verurteilte Person die Schweiz nicht an dem behördlich bestimmten Ausreisedatum verlassen hat, sondern zu einem früheren Zeitpunkt oder aber gar nicht, so wird das Ausreisedatum angepasst. Ist Letzteres der Fall, so hat konsequenterweise die Dauer der Landesverweisung noch nicht begonnen.<sup>17</sup>

Diese gesetzliche Regelung schenkt dem Umstand, dass zwischen der Anordnung der Landesverweisung und dem tatsächlichen Vollzug einige Monate, wenn nicht Jahre liegen können, keine Beachtung. In diesem Zeitraum können sich insbesondere sowohl die persönlichen als auch die familiären Gegebenheiten dergestalt ändern, dass im Zeitpunkt des Vollzuges ein Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB gegeben sein könnte oder sich die Dauer der Landesverweisung als unangemessen hoch erweist. Der betroffenen Person muss daher der Rechtsweg offen stehen.<sup>18</sup> Da es nicht in der Zuständigkeit der Vollzugsbehörde liegt, aufgrund der neuen Umstände das Strafurteil abzuändern oder von der Landesverweisung abzusehen, steht der ausländischen Person der prozessuale Weg über ein selbstständiges Nachverfahren nach Art. 363 der Strafprozessordnung (StPO)<sup>19</sup> offen. Die betroffene Person kann ein entsprechendes Gesuch bei dem die Landesverweisung anordnenden erstinstanzlichen Strafgericht einleiten.<sup>20</sup>

## 2.5 Rechtsfolgen

Die rechtlichen Folgen, die sowohl eine obligatorische als auch eine fakultative Landesverweisung nach sich ziehen, sind trotz ihrer Konzipierung als strafrechtliche Massnahme<sup>21</sup> fast ausschliesslich migrationsrechtlicher Natur. Die Landesverweisung ist aus migrationsrechtlicher Sicht als sogenannte Entfernung- und Fernhalte-massnahme<sup>22</sup> ausgestaltet. Einerseits führen die Anord-

nung respektive der Vollzug der Landesverweisung zum Erlöschen der ausländerrechtlichen Bewilligung und damit zum Verlust des Aufenthaltsrechtes (Art. 61 Abs. 1 lit. e und lit. f AIG). Die mit einer Landesverweisung belastete Person wird aus der Schweiz weggewiesen (Art. 64 Abs. 1 lit. b AIG). Andererseits zieht die Landesverweisung für die Dauer der Landesverweisung ein Verbot der Einreise in die Schweiz (Art. 5 Abs. 1 lit. d AIG) sowie aufgrund der Eintragung der Landesverweisung im Zentralen Migrationssystem (ZEMIS)<sup>23</sup> und dadurch in das Schengener Informationssystem (SIS)<sup>24</sup> ein Einreiseverbot für den ganzen Schengen-Raum nach sich (vgl. dazu nachfolgend II.2.2).

Das Strafurteil und damit auch die Landesverweisung werden sodann im schweizerischen Strafregister bis zum Tod der verurteilten Person vermerkt (Art. 369 Abs. 5<sup>bis</sup> StGB).

Sieht das urteilende Gericht gestützt auf Art. 66a Abs. 2 oder 3 StGB von einer Landesverweisung ab, so sind die Migrationsbehörden daran gebunden.<sup>25</sup> Den zuständigen Migrationsbehörden ist es nach Art. 62 Abs. 2 AIG und Art. 63 Abs. 3 AIG verwehrt, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligungen *einzig* gestützt auf die Straftat, für die das Gericht auf eine Landesverweisung verzichtet hat, zu widerrufen oder nicht zu verlängern. Wenn also das Strafgericht auf eine Landesverweisung verzichtet, so sollen die Migrationsbehörden nicht aufgrund derselben Straftat gemäss dem Deliktscatalog von Art. 66a StGB eine ausländerrechtliche Massnahme verhängen oder die Nichtverlängerung der Bewilligung verfügen können. Das Strafurteil entfaltet diesbezüglich absolute Sperrwirkung.<sup>26</sup>

Hingegen bleibt es den Migrationsbehörden unbenommen, gestützt auf die gesetzlich verankerten ausländerrechtlichen Widerrufsgründe von Art. 62 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 1 AIG die Bewilligung zu widerrufen oder nicht zu verlängern.<sup>27</sup> Insbesondere ist es den Migrationsbehörden nicht verwehrt, bei Straftaten, die vor Inkrafttreten der Landesverweisung nach Art. 66a StGB

<sup>16</sup> Verordnung zum Strafgesetzbuch und zum Militärstrafgesetz vom 19. September 2006 (V-StGB-MStG), SR 311.01.

<sup>17</sup> BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erläuterungen zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung, 20. Dezember 2016, 30.

<sup>18</sup> OFK-Migrationsrecht-DE WECK, Art. 66a N 31.

<sup>19</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO), SR 312.0.

<sup>20</sup> Anderer Ansicht DE WECK (FN 18), N 31, welche nicht das Strafgericht, sondern die Verwaltungsbehörde als zuständig erachtet.

<sup>21</sup> MARCEL BRUN/ALBERTO FABBRI, Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz, recht 2017, 233 f.; FIOKA/VETTERLI (FN 9), 83 f.; PETER ÜBERSAX, Die Wiedereinführung der Landesverweisung für straffällige Ausländer, Folie 8, <[https://www.sav-fsa.ch/de/documents/news/uebersax\\_praesentation\\_landesverweisung.pdf](https://www.sav-fsa.ch/de/documents/news/uebersax_praesentation_landesverweisung.pdf)> (zuletzt besucht am 24. Januar 2019); BSK StGB I-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, vor Art. 66a–66d N 57.

<sup>22</sup> MARC BUSSLINGER/PETER ÜBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, plädoyer 5/2016, 97; DE WECK (FN 18), N 12; ZURBRÜGG/HRUSCHKA (FN 21), N 59 f.

<sup>23</sup> Zentrales Migrationsinformationssystem, vgl. auch die Verordnung über das Zentrale Migrationsinformationssystem vom 12. April 2006 (ZEMIS-Verordnung), SR 142.513.

<sup>24</sup> Schengener Informationssystem, vgl. [https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen-information-system\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen-information-system_en) (zuletzt besucht am 4. März 2019).

<sup>25</sup> Sogenanntes Verbot des Dualismus. Unter dem altrechtlichen Regime von Art. 55 aStGB war die Migrationsbehörde nicht an das Urteil des Strafgerichts gebunden. Auch wenn das Strafgericht von einer Landesverweisung absah, konnten die Migrationsbehörden den Ausländer fremdenpolizeilich aus der Schweiz ausweisen. Dieser Dualismus wird durch Art. 62 Abs. 2 und Art. 63 Abs. 3 AIG vermieden. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (FN 17), 8; BUSSLINGER/ÜBERSAX (FN 22), 106; ZURBRÜGG/HRUSCHKA (FN 21), N 27.

<sup>26</sup> Botschaft zur Änderung des StGB/MStG (FN 2), 6046; BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (FN 17), 8; BRUN/FABBRI (FN 21), 241 f.; BUSSLINGER/ÜBERSAX (FN 22), 107; GREGOR MÜNCH/FANNY DE WECK, Die neue Landesverweisung in Art. 66a ff. StGB, Anwaltsrevue 04/16, 167; STAATSEKRETARIAT FÜR MIGRATION, Weisung und Erläuterungen Ausländerbereich (Weisung AuG), Stand 1. Juli 2018, 205.

<sup>27</sup> Botschaft zur Änderung des StGB/MStG (FN 2), 6046.

begangen wurden oder aber nicht vom Katalog nach Art. 66a Abs. 1 StGB erfasst werden, den Widerruf der Bewilligung zu prüfen.

## 2.6 Härtefallklausel

Mit der in Abs. 2 von Art. 66a StGB verankerten Härtefallklausel sieht das Gesetz eine Möglichkeit vor, «ausnahmsweise» und im Lichte des verfassungs- und völkerrechtlich verankerten Verhältnismässigkeitsprinzips vom Automatismus der ordentlichen Landesverweisung abzusehen.<sup>28</sup> Vorausgesetzt ist zum einen, dass die Landesverweisung für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, und zum anderen, dass die privaten Interessen der ausländischen Person am Verbleib in der Schweiz die öffentlichen Interessen an dessen Wegweisung überwiegen. Das Strafgesetzbuch postuliert nicht, was unter einem schweren persönlichen Härtefall zu verstehen ist und welche Aspekte bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind. Das Bundesgericht hat indes in einem erst kürzlich ergangenen und zur Publikation vorgesehenen Leitentscheid festgehalten, dass die im Ausländerrecht für die Erteilung einer sogenannten Härtefallbewilligung geltenden Kriterien bei der Anwendung der Härtefallklauseln herbeigezogen werden sollen. Gemäss Bundesgericht sind folgende Aspekte zu berücksichtigen: die Integration, die Respektierung der Rechtsordnung, die Familienverhältnisse – insbesondere der Zeitpunkt der Einschulung und die Dauer des Schulbesuchs der Kinder –, die finanziellen Verhältnisse sowie der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung, die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, der Gesundheitszustand und die Möglichkeiten der Wiedereingliederung im Herkunftsland, besonders der sozialen Wiedereingliederung.<sup>29</sup> Das Urteil des Bundesgerichts ist zu begrüssen, da es unterschiedliche Härtefallkriterien im Straf- und im Migrationsrecht verhindert und gleichzeitig Leitplanken für die Anwendung der Härtefallklausel definiert, ohne starr zu sein. Es belässt dem Gericht die Möglichkeit, sämtliche Spezifika des Einzelfalles miteinzubeziehen.

## 3. Exkurs: Landesverweisung von EU-Bürgern

Das Freizügigkeitsabkommen (FZA)<sup>30</sup> räumt den Unionsbürgern<sup>31</sup> das Recht auf Einreise, Aufenthalt, Zu-

gang zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbstständiger sowie das Recht auf Verbleib im Hoheitsland der Vertragsparteien ein (Art. 1 lit. a, Art. 3 ff. Anhang I FZA). Eine Einschränkung dieser Freizügigkeitsrechte ist gemäss Art. 5 Anhang I FZA nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zulässig. Die ausländerrechtliche Rechtsprechung setzt für die Beschränkung des Aufenthaltsrechts voraus, dass vom EU-/EFTA-Bürger eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit ausgeht.<sup>32</sup> Diesbezüglich kommt es wesentlich auf die Prognose des künftigen Wohlverhaltens an, wobei für eine Beschränkung des Aufenthaltsrechts eine «[...] nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit [...]»<sup>33</sup>, dass die ausländische Person künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung erneut stören wird, verlangt wird.<sup>34</sup>

Mit Blick auf die migrationsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts scheint einer Landesverweisung nichts entgegenzustehen, sofern die genannten Voraussetzungen zur Einschränkung der Freizügigkeitsrechte erfüllt sind. Ist dies hingegen nicht der Fall, so wäre eine Landesverweisung aufgrund des Vorranges des FZA vor dem innerstaatlichen Recht<sup>35</sup> gänzlich ausgeschlossen.<sup>36</sup> Mit anderen Worten: Lässt sich auf den Spezifika des Falles eine hinreichende Wahrscheinlichkeit begründen, dass der Beschuldigte die öffentliche Sicherheit und Ordnung erneut stören werde, dann kann auch ein Unionsbürger des Landes verwiesen werden. Gibt es hingegen keine entsprechenden Hinweise, so darf er trotz Art. 66a StGB nicht mit einem Landesverweis belegt werden.

Das Bundesgericht hat sich kürzlich zu dieser Thematik geäussert und die Landesverweisung von zwei freizügigkeitsberechtigten Delinquenten gutgeheissen.<sup>37</sup> Die Schweiz habe mit dem Abschluss des FZA den EU-Staatsangehörigen «[...] ein reziprokes Recht auf Erwerbstätigkeit eingeräumt, allerdings unter dem Vorbehalt eines rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA».<sup>38</sup> Das FZA enthalte keine strafrechtlichen Bestimmungen und sei kein strafrechtliches Abkommen. Die Schweiz habe mit dem FZA keine Freizügigkeit für kriminelle Ausländer vereinbart. In Bezug auf die Gesetzgebung im Strafrecht binde das

<sup>28</sup> BRUN/FABBRI, (FN 21), 242; DE WECK (FN 18), N 22; NICCOLÒ RASELLI, Obligatorische Landesverweisung und Härtefallklausel im Ausführungsgesetz zur Ausschaffungsinitiative, Sicherheit & Recht 3/2017, 147.

<sup>29</sup> BGer Urteil 6B\_209/2018 vom 23. November 2018, E. 3.3.2.

<sup>30</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681.

<sup>31</sup> Für Angehörige der EFTA-Staaten gilt das Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA, SR 0.632.31), welches dieselben Freizügigkeitsrechte enthält wie das FZA.

<sup>32</sup> Statt vieler BGE 139 II 121 E. 5.3, BGE 136 II 5 E. 4.2.

<sup>33</sup> BGE 136 II 5 E. 4.2.

<sup>34</sup> BGE 139 II 121 E. 5.3, BGE 136 II 5 E. 4.2.

<sup>35</sup> BGE 142 II 35 E. 3.2 f.; ASTRID EPINEY, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, Zum Urteil des Bundesgerichts 2C\_716/2014 vom 26. November 2015, Jusletter 14. März 2016, Rz. 26 f.

<sup>36</sup> So auch NINA BURRI/VALERIO PRIULI, Landesverweisung und Freizügigkeitsabkommen, AJP 7/2017, 893; BUSSLINGER/ÜBERSAX (FN 22), 100.

<sup>37</sup> BGer Urteil 6B\_235/2018 vom 1. November 2018 (zur Publikation vorgesehen), und BGer Urteil 6B\_907/2018 vom 23. November 2018.

<sup>38</sup> BGer Urteil 6B\_235/2018 vom 1. November 2018, E. 3.3.

FZA also nicht, dennoch seien die völkerrechtlich vereinbarten Bestimmungen zu beachten.<sup>39</sup> Ferner habe das Strafgericht vorerst das Landesrecht anzuwenden. Wenn dieses zu einem mit dem FZA kompatiblen Ergebnis gelange, so sei das FZA offenkundig nicht verletzt. Wenn sich das Landesrecht völkerrechtskonform auslegen lasse, so stelle sich die Frage der Normenhierarchie nicht.<sup>40</sup> Methodisch sei vorerst zu prüfen, ob nach Schweizer Recht eine Landesverweisung anzuordnen ist. Erst in einem weiteren Schritt stelle sich die Frage, ob ein völkerrechtlicher Vertrag wie das FZA besteht, der einen Hinderungsgrund für die Landesverweisung darstelle.<sup>41</sup>

Das Bundesgericht hielt ausserdem fest, dass sich die Frage, ob das FZA einer Landesverweisung eines EU-Bürgers entgegensteht, nur dann stellt, wenn dieser ein rechtmässiges Aufenthaltsrecht in der Schweiz hat. Wenn der ausländische Delinquent in der Schweiz weder über eine Aufenthalts- noch Arbeitsbewilligung verfüge und sich nicht auf ein durch das FZA eingeräumtes Aufenthaltsrecht<sup>42</sup> berufen könne, so finde das FZA keine Anwendung. Entsprechend stelle sich die Frage, ob die Landesverweisung mit Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA vereinbar sei, gar nicht.<sup>43</sup>

Obwohl sich das Bundesgericht um die zentrale Frage des Vorranges des Landesrechts oder des FZA nicht behandelte, so äusserte es sich immerhin dahingehend, dass «[...] die völkervertragsrechtlich vereinbarten Bestimmungen des FZA zu beachten [...]» sind und sich die Schweiz nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen könne, «[...] um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen».<sup>44</sup> Es scheint damit zumindest anzuerkennen, dass das FZA gegenüber dem Landesrecht nach wie vor Vorrangstellung genießt und verbindlich ist.

## II. Schengener Informationssystem (SIS)

### 1. Einführung

Mit dem Abschluss des Schengen-Assoziierungsabkommens<sup>45</sup> hat sich die Schweiz unter anderem dazu verpflichtet, die Personenkontrolle an den Schweizer Binnengrenzen zu Schengen-Staaten<sup>46</sup> abzuschaffen. Als Ausgleich zu den offenen Grenzen wurden zur Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit diverse Massnahmen getroffen, wozu auch die Errichtung des Schengener Informationssystems (SIS) gehörte.<sup>47</sup>

Das SIS ist eine europaweite Fahndungsdatenbank, welche sich aus einem zentralen System (C-SIS) sowie einem nationalen System in jedem Mitgliedstaat (N-SIS) zusammensetzt.<sup>48</sup> Das nationale System der Schweiz liegt in der Verantwortung des Bundesamts für Polizei (fedpol).<sup>49</sup>

Auf europäischer Ebene finden sich die relevanten Bestimmungen betreffend Ausschreibung in das SIS in der sogenannten SIS-II-Verordnung.<sup>50</sup> Erst kürzlich hat der Europäische Rat zur Stärkung des SIS eine neue Verordnung 2018/1861 erlassen, wobei jedoch das Datum der Inbetriebnahme noch nicht bestimmt ist.<sup>51</sup> In der N-SIS-

<sup>45</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26. Oktober 2004, SR 0.362.31, und Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 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, ABl. L 239 vom 22. September 2000 (Schengener Durchführungsübereinkommen), Art. 2.

<sup>46</sup> Aktuell sind folgende 26 Staaten Teil des Schengen-Raums: Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Island, Italien, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn.

<sup>47</sup> Seit dem 9. April 2013 ist nun das SIS der zweiten Generation, SIS II genannt, in Betrieb. Medienmitteilung des Bundesrates vom 8. März 2013, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-48074.html>> (zuletzt besucht am 24. Januar 2019).

<sup>48</sup> Verordnung (EG) 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2016 über die Errichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II), ABl. L 381/4 vom 28. Dezember 2006 (SIS-II-Verordnung), Art. 4 Ziff. 1.

<sup>49</sup> Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (N-SIS) und das SIRENE Büro vom 8. März 2013 (N-SIS-Verordnung, SR 362.00), Art. 3 Abs. 1.

<sup>50</sup> Verordnung (EG) 1987/2006 (FN 48).

<sup>51</sup> Verordnung (EU) 2018/1861 des Europäischen Parlaments und Rates vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der Grenzkontrollen, zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen und zur Änderung und Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006, ABl. L 312/14 vom 7. Dezember 2018.

<sup>39</sup> BGer Urteil 6B\_235/2018 vom 1. November 2018, E. 3.3.

<sup>40</sup> Im genannten Bundesgerichtsurteil, dem die fakultative Landesverweisung eines schwedisch-serbischen Doppelbürgers zugrunde lag, führte das Bundesgericht aus, dass der ausländische Delinquent kein rechtskonformes Verhalten zeigte. Er sei schon mehrfach vorbestraft und habe sich von den früheren Verurteilungen nicht beeindrucken lassen. Es bestehe ein Rückfallrisiko für eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter. Das Bundesgericht erachtete daher die Anordnung einer dreijährigen fakultativen Landesverweisung als bundesrechtskonform. BGer Urteil 6B\_235/2018 vom 1. November 2018.

<sup>41</sup> BGer Urteil 6B\_907/2018 vom 23. November 2018, E. 2.4.2.

<sup>42</sup> Folgende Aufenthaltsrechte sieht das FZA vor: Angestellte, Selbstständigerwerbende und Dienstleistungserbringende, Arbeitssuchende, Nichterwerbstätige (sofern sie über ausreichende finanzielle Mittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen) und Familienangehörige von aufenthaltsberechtigten Personen (Ehegatte; Verwandte in absteigender Linie, sofern sie jünger als 21 Jahre alt sind und ihnen Unterhalt gewährt wird; Verwandte des Ehegatten in aufsteigender Linie, sofern ihnen Unterhalt gewährt wird).

<sup>43</sup> BGer Urteil 6B\_1152/2017 vom 28. November 2018, E. 2.6; BGer Urteil 6B\_907/2018 vom 23. November 2018, E. 2.4.3.

<sup>44</sup> BGer Urteil 6B\_235/2018 vom 1. November 2018, E. 3.3.

Verordnung wird sodann der schweizerische Teil des SIS geregelt.

## 2. Ausschreibung der Landesverweisung in das SIS

### 2.1 Voraussetzungen für die Ausschreibung der Landesverweisung

Eine Ausschreibung in das SIS ist an bestimmte Bedingungen geknüpft, so in Bezug auf die anordnende Behörde, die zur Ausschreibung vorgesehene Person sowie auch hinsichtlich der notwendigen sachlichen Kriterien. Auf die einzelnen Punkte soll nachfolgend eingegangen werden.

#### a) Anordnende Behörde

Die Ausschreibung einer Landesverweisung hat auf einer Entscheidung des urteilenden Gerichts zu beruhen (Art. 20 N-SIS-Verordnung). Dies bedeutet, dass das Strafgericht, welches über die Landesverweisung urteilt, auch sogleich über die Ausschreibung in das SIS zu entscheiden hat. Fehlt die Anordnung, so ist eine Ausschreibung nicht zulässig und darf auch nicht von der Vollzugsbehörde angeordnet werden. Sie muss explizit im Urteilsdispositiv erfolgen.<sup>52</sup> Bei der Ausschreibung handelt es sich auch nicht bloss um eine Mitteilung im Urteilsdispositiv, sondern sie entfaltet materielle Wirkung.<sup>53</sup>

#### b) Persönliche Voraussetzung

In das SIS ausgeschrieben werden können nur sogenannte Drittstaatenangehörige. Darunter fasst die SIS-II-Verordnung Personen, die weder Bürger der EU noch Drittstaatenangehörige, die sich auf ein Freizügigkeitsrecht berufen können, sind (Art. 3 lit. d SIS-II-Verordnung).

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass EU-Bürger nicht in das SIS ausgeschrieben werden können, auch wenn eine Landesverweisung angeordnet wurde.

Eine Besonderheit gilt in Bezug auf Drittstaatenangehörige, die Familienangehörige eines Unionsbürgers oder freizügigkeitsberechtigten sind. Diese können zwar in das SIS eingetragen werden (Art. 25 SIS-II-Verordnung), doch sind die Wirkungen der Ausschreibung begrenzt. Statt der ordentlichen Rechtsfolgen einer SIS-Ausschreibung (vgl. nachfolgend II.2.2) hat die Ausschreibung lediglich die Wirkung einer Warnung an die Adresse der anderen Schengen-Mitgliedstaaten.<sup>54</sup>

#### c) Sachliche Voraussetzung

Gemäss Art. 96 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) wird eine Ausschreibung dann in das

SIS eingetragen, wenn der Drittstaatenangehörige eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die nationale Sicherheit darstellt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Ausländer einer Straftat wegen verurteilt wurde, welche mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist (Abs. 2 lit. a), oder wenn gegen den Drittstaatenangehörigen ein begründeter Verdacht besteht, dass er eine schwere Straftat begangen hat oder konkrete Hinweise vorliegen, dass er solche Taten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates plant (lit. b). Diese sachliche Voraussetzung, welche für eine SIS-Ausschreibung erforderlich ist, wird in der SIS-II-Verordnung übereinstimmend festgehalten (Art. 24 Ziff. 2 SIS-II-Verordnung).

In Bezug auf die Frage, wann eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr im Sinne von Art. 96 SDÜ respektive Art. 24 Ziff. 2 lit. a SIS-II-Verordnung vorliegt, hält das Zürcher Obergericht<sup>55</sup> dafür, dass dem Wortlaut nach eine abstrakte *Mindeststrafe* von einem Jahr gefordert wird. Es führte aus, dass eine Ausschreibung nach Art. 24 Ziff. 2 SIS-II-Verordnung nur bei schweren Straftaten erfolgen solle. Das Abstellen auf eine abstrakte Höchststrafe sei nicht zweckgerecht, wären sonst fast alle Straftatbestände von Art. 24 Ziff. 2 lit. a SIS-II-Verordnung erfasst. Da das schweizerische Strafrecht jedoch selten eine Mindeststrafe von einem Jahr vorsieht, sei die eigentliche Höhe der Strafe der konkreten Verurteilung viel entscheidender. Das Obergericht des Kantons Zürichs kam sodann zum Schluss, dass die Voraussetzungen für eine SIS-Ausschreibung nicht gegeben seien, da der ausländische Delinquent zu einer Freiheitsstrafe von weniger als einem Jahr verurteilt wurde.<sup>56</sup>

Auf die vorliegende Fragestellung angewendet bedeutet dies, dass die sachlichen Voraussetzungen für die Ausschreibung in das SIS nur dann gegeben sind, wenn der ausländische Delinquent zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist. Ist diese Voraussetzung hingegen nicht erfüllt, erfolgt keine Ausschreibung in das SIS. Die Anordnung der Landesverweisung bleibt indes von dieser Frage unberührt.

Im Gegensatz zur SIS-II-Verordnung sieht das nationale Recht eine solche Strafmass-Einschränkung im Sinne von Art. 24 Ziff. 2 lit. a SIS-II-Verordnung nicht vor. Da jedoch eine Ausschreibung in das SIS nur dann vorzunehmen ist, wenn die Voraussetzungen nach SIS-II-Verordnung erfüllt sind (Art. 22a Abs. 1 N-SIS-Verordnung), darf das Strafgericht eine Ausschreibung in das SIS nur anordnen, wenn eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ausgesprochen wurde. Ansonsten hat es die Ausschreibung abzulehnen. Vorbehalten bleiben andere in Art. 24 Ziff. 2 lit. b SIS-II-Verordnung genannte Ausschreibungsgründe (konkrete Hinweise,

<sup>52</sup> ZURBRÜGG/HRUSCHKA (FN 21), N 94.

<sup>53</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, 1. Strafkammer, SA170003 vom 21. September 2017, E. 3.4.2.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu das noch nicht rechtskräftige Urteil BVGE F-6623/2016 vom 22. März 2018, E. 10.1 ff.

<sup>55</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, 2. Strafkammer, SB170246-O vom 6. Dezember 2017.

<sup>56</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, 2. Strafkammer, SB170246-O E. vom 6. Dezember 2017, III.3.

dass schwere Straftaten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats geplant sind).

#### d) Verhältnismässigkeit

Die Ausschreibung in das SIS hat sodann auch einer Verhältnismässigkeitsprüfung standzuhalten. Der ausschreibende Staat hat zu beurteilen, ob «Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Falles eine Aufnahme» in das SIS rechtfertigen (Art. 21 SIS-II-Verordnung). Das Strafgericht muss bei der Entscheidung über die Ausschreibung in das SIS eine individuelle Bewertung vornehmen (Art. 24 Ziff. 1 SIS-II-Verordnung), öffentliche und private Interessen gegeneinander abwägen und darf sich nicht von «generalpräventiven Überlegungen» leiten lassen.<sup>57</sup> Die entscheidungsrelevanten Kriterien hat das urteilende Gericht explizit darzulegen.<sup>58</sup>

## 2.2 Rechtsfolgen der Ausschreibung der Landesverweisung

Eine Ausschreibung in das SIS hat für den Drittstaatenangehörigen erhebliche materiellrechtliche Folgen.<sup>59</sup> Sie bildet gemäss Schengener Grenzkodex ein Einreisehindernis in den Schengen-Raum. Dem Drittstaatenangehörigen ist die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu verweigern.<sup>60</sup> Ausnahmsweise können die Mitgliedstaaten den Drittstaatenangehörigen die Einreise auf ihr Hoheitsgebiet gestatten, sofern humanitäre Gründe, Gründe des nationalen Interesses oder internationale Verpflichtungen vorliegen (Art. 6 Abs. 5 lit. c Schengener Grenzkodex).

## 2.3 Dauer der Ausschreibung der Landesverweisung

Zweck der Landesverweisung ist es, einen ausländischen Delinquenten aus der Schweiz wegzuweisen und fernzuhalten. Zur Umsetzung wird der Drittstaatenangehörige, sofern die Voraussetzungen gegeben sind, auf Anordnung des urteilenden Gerichts in das SIS ausgeschrieben. Letzteres wird im Strafurteil jedoch nicht an eine bestimmte Dauer geknüpft. Es wird lediglich darüber entschieden, ob eine Ausschreibung in das SIS erfolgt oder nicht. Offen bleibt daher, für welche Dauer die Ausschreibung in das SIS bestehen bleibt.

Die Erfassungsdauer von Ausschreibungen ist sowohl gemäss der SIS-II-Verordnung als auch nach der N-SIS-Verordnung zweckgebunden. Fällt der Zweck der Ausschreibung weg oder ist er erfüllt, so werden die Personenausschreibung sowie die personenbezogenen Daten gelöscht (Art. 29 Ziff. 1 SIS-II-Verordnung, Art. 43 Abs. 1

N-SIS-Verordnung). Dies ist spätestens nach drei Jahren nach Eingabe der Ausschreibung der Fall, womit grundsätzlich eine automatische Löschung der Ausschreibung erfolgt, es sei denn, der ausschreibende Mitgliedstaat ersucht um Verlängerung der Ausschreibung (Art. 29 Ziff. 5 SIS-II-Verordnung, Art. 43 Abs. 2 und Abs. 4 N-SIS-Verordnung). Eine Verlängerung ist nur dann gestattet, wenn nach einer individuellen Bewertung der Zweck eine weitere Ausschreibung erforderlich macht (Art. 29 Abs. 4 SIS-II-Verordnung, Art. 43 Abs. 5 N-SIS-Verordnung).

Im Zuge der Revision des SIS auf europäischer Ebene wurde zwar die Dreijahresfrist zur Löschung der Ausschreibung beibehalten. Aber die neue Verordnung (EU) 2018/1861 sieht insofern eine Änderung vor, als die Ausschreibungsfrist auf fünf Jahre erhöht werden kann, sofern die nationale Entscheidung, welche der Ausschreibung zugrunde liegt, eine längere Gültigkeitsdauer als drei Jahre vorsieht.<sup>61</sup>

Hinsichtlich der Landesverweisung bedeutet dies, dass aufgrund der gesetzlich verankerten Mindestdauer von fünf Jahren bei der obligatorischen Landesverweisung respektive drei Jahren bei der fakultativen Landesverweisung vor Ablauf der dreijährigen Frist keine Löschung aus dem SIS erfolgt. Die Ausschreibung in das SIS wird also mindestens für drei Jahre bestehen. Mit Inbetriebnahme der neuen Verordnung (EU) 2018/1861 wird die Ausschreibung in das SIS jedoch für mindestens fünf Jahre bestehen bleiben, ausser im Falle einer fakultativen Landesverweisung mit einer geringeren Dauer.

Fraglich ist, ob eine Verlängerung der Ausschreibung in das SIS nach Ablauf der geltenden Dreijahresfrist gerechtfertigt ist. Eine solche Verlängerung hat das Schweizer SIRENE-Büro, das dem fedpol angegliedert ist, zusammen mit der im RIPOL<sup>62</sup> ausschreibenden Behörde<sup>63</sup> anhand einer Einzelfallbeurteilung zu prüfen und zu protokollieren (Art. 43 Abs. 3 und 4 N-SIS-Verordnung). Entsprechend sind die Behörden gehalten, ihre Entscheidung hinreichend zu begründen. Bei der individuellen Bewertung sind sämtliche im Raum stehenden Interessen zu berücksichtigen. Diesbezüglich scheint allerdings das vom Bundesverwaltungsgericht oftmals in Zusammenhang mit der Ausschreibung in das SIS von Einreiseverboten nach Art. 67 AIG vorgebrachte Argument, die Schweiz habe als Folge des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit die Interessen der Gemeinschaft der Schengen-Staaten getreu zu wahren<sup>64</sup>, nicht überzeugend. Zwar mag im Zeitpunkt der Eingabe der Ausschreibung in das SIS vom Dritt-

<sup>57</sup> ZURBRÜGG/HRUSCHKA (FN 21), N 96.

<sup>58</sup> ZURBRÜGG/HRUSCHKA (FN 21), N 96.

<sup>59</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, 1. Strafkammer, SA170003 vom 21. September 2017, E. 3.4.2.

<sup>60</sup> Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, ABl. L 77/1 vom 23. März 2016 (Schengener Grenzkodex), Art. 6 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 14 Abs. 1.

<sup>61</sup> Verordnung (EU) 2018/1861 (FN 51), Art. 39.

<sup>62</sup> RIPOL steht für recherches informatisées de police und ist das automatisierte Fahndungssystem des Bundes.

<sup>63</sup> Eine Landesverweisung wird im RIPOL von der für den Vollzug der Landesverweisung zuständigen Behörde eingetragen (Art. 4 Abs. 1 lit. m RIPOL-Verordnung).

<sup>64</sup> Vgl. dazu statt vieler BVGE F-616/2017 vom 13. September 2018, E. 6.4.

staatenangehörigen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung für den gesamten Schengen-Raum bestehen und damit eine Ausschreibung in das SIS gerechtfertigt sein. Aufgrund dessen kann aber nicht darauf geschlossen werden, dass dies auch drei Jahre nach der Eingabe noch zutrifft. Das SIRENE-Büro hat also im Rahmen der Verlängerung eingehend darzulegen, dass der delinquente Drittstaatenangehörige nach wie vor eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung des gesamten Schengen-Raumes darstellt und daher eine Verlängerung der Ausschreibung erforderlich ist. Der pauschale Verweis auf die Dauer der Landesverweisung reicht diesbezüglich nicht, um eine fortdauernde Ausschreibung zu begründen. Denn die vom ausländischen Delinquenten ausgehende Gefahr ist für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nur eines der Kriterien, die bei der Bemessung und Festsetzung der Dauer der Landesverweisung vom urteilenden Gericht zu berücksichtigen sind. Eine Verlängerung der Ausschreibung kann also nicht einzig gestützt auf die noch fortdauernde Landesverweisung hergeleitet werden, ist diese doch kein brauchbares Indiz für die aktuelle Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, welche von der betroffenen Person ausgeht.

Weder die SIS-II-Verordnung noch die N-SIS-Verordnung sehen vor, dass die betroffene Person vorab über die Verlängerung in Kenntnis zu setzen ist. Im Lichte des rechtlichen Gehörs ist dies heikel, wird dem Drittstaatenangehörigen damit doch die Möglichkeit genommen, sich zur Verlängerung zu äussern und im Hinblick auf die individuelle Bewertung neue Tatsachen vorzubringen. Immerhin stehen der betroffenen Person Auskunfts-, Berichtigungs-, Informations- und Lösungsrechte zu<sup>65</sup>, wobei Letzteres ihr insbesondere erlaubt, jederzeit ein Gesuch um Löschung der SIS-Ausschreibung an die zuständige nationale Stelle<sup>66</sup> einzureichen, welche sodann über das Gesuch in einem formellen und anfechtbaren Entscheid zu befinden hat.

## 2.4 Pflicht zur Ausschreibung der Landesverweisung?

Das nationale Recht äussert sich nicht konkret zur Frage, ob das urteilende Strafgericht zur Ausschreibung in das SIS verpflichtet ist oder nicht. Es verweist in Art. 22a N-SIS-Verordnung einzig auf die für eine Ausschreibung erforderlichen Voraussetzungen gemäss SIS-II-Verordnung, welche von der vollziehenden Behörde zu prüfen sind. Liegen die Voraussetzungen für eine Aus-

schreibung gemäss Art. 24 Ziff. 1<sup>67</sup> und Ziff. 2<sup>68</sup> SIS-II-Verordnung vor, so «werden» die Daten respektive «wird» die Ausschreibung eingegeben. Der Wortlaut von Art. 24 Ziff. 1 und Ziff. 2 SIS-II-Verordnung legt den Schluss nahe, dass eine Pflicht zur Eintragung besteht.<sup>69</sup>

Diese Konklusion wird sodann auch mit Blick auf die im Rahmen der Revision des SIS erfolgten Anpassungen, welche noch nicht angewendet werden, bestätigt. Der vorliegend nicht relevante, aber noch geltende Art. 24 Ziff. 3 SIS-II-Verordnung ist eine Kann-Bestimmung und räumt den Mitgliedstaaten somit lediglich die Möglichkeit ein, eine Ausschreibung vorzunehmen. Künftig soll aber keine Erlaubnis zur Ausschreibung, sondern eine Verpflichtung dazu bestehen.<sup>70</sup> Diesbezüglich schlug die Europäische Kommission vor, die Ausschreibungspflicht durch den Term «wird eingegeben»<sup>71</sup> zum Ausdruck zu bringen. In der Verordnung (EU) 2018/1861 wird an der Verpflichtung festgehalten, jedoch aber nur noch statuiert, dass die Mitgliedstaaten eine Ausschreibung «eingeben».<sup>72</sup> Mit Blick auf die Materialien kann daher geschlossen werden, dass unter dem Wortlaut «wird eingegeben» eine Pflicht zu verstehen ist.

<sup>67</sup> Art. 24 Ziff. 1 SIS-II-Verordnung: «Die Daten zu Drittstaatenangehörigen, die zur Einreise oder Aufenthaltsverweigerung ausgeschreiben sind, werden aufgrund einer nationalen Ausschreibung eingegeben, die auf einer Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörden oder Gerichte beruht, wobei die Verfahrensregeln des nationalen Rechts zu beachten sind; diese Entscheidung darf nur auf der Grundlage einer individuellen Bewertung ergehen. Rechtsbehelfe gegen diese Entscheidungen richten sich nach den nationalen Rechtsvorschriften.»

<sup>68</sup> Art. 24 Ziff. 2 SIS-II-Verordnung: «Eine Ausschreibung wird eingegeben, wenn die Entscheidung nach Absatz 1 auf die Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder die nationale Sicherheit gestützt wird, die die Anwesenheit des betreffenden Drittstaatenangehörigen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats darstellt. Dies ist insbesondere der Fall a) bei einem Drittstaatenangehörigen, der in einem Mitgliedstaat wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist; b) bei einem Drittstaatenangehörigen, gegen den ein begründeter Verdacht besteht, dass er schwere Straftaten begangen hat, oder gegen den konkrete Hinweise bestehen, dass er solche Taten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats plant.»

<sup>69</sup> Dieser Ansicht ist wohl auch das Bundesverwaltungsgericht, das sich zwar nicht deutlich für eine Pflicht ausspricht, jedoch in konstanter Rechtsprechung festhält, dass unklar ist, ob der Entscheid «über die Ausschreibung überhaupt in das Ermessen der Behörde fällt [...] denn vom Wortlaut her scheint Art. 24 Ziff. 2 SIS-II-Verordnung einen Automatismus vorzusehen [...], während Art. 21 SIS-II-Verordnung unter dem Titel «Verhältnismässigkeit» verlangt, dass der ausschreibende Mitgliedstaat feststellt, «ob Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Falles eine Aufnahme der Ausschreibung [...] rechtfertigen»», (vgl. statt vieler BVGE C-660/2013 vom 21. April 2015, E. 8.3).

<sup>70</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der Grenzkontrollen, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 515/2014 und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 vom 21. Dezember 2016, COM (2016) 882 final.

<sup>71</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (FN 70), Art. 24 Ziff. 3.

<sup>72</sup> Art. 24 Ziff. 1 Verordnung (EU) 2018/1861: «Die Mitgliedstaaten geben eine Ausschreibung der Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ein, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist [...]».

<sup>65</sup> Art. 41 und 42 SIS-II-Verordnung, Art. 50 und 51 N-SIS-Verordnung.

<sup>66</sup> In der Schweiz das fedpol.



Entsprechend ist auch bei den bestehenden Art. 24 Ziff. 1 und Ziff. 2 SIS-II-Verordnung («werden eingegeben», «wird eingegeben») von einer Ausschreibungspflicht in das SIS auszugehen, soweit die Voraussetzungen erfüllt sind.

Abgeschwächt wird diese Pflicht jedoch durch den in Art. 21 SIS-II-Verordnung verankerten Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie der individuellen Bewertung. Die Entscheidung über die Ausschreibung in das SIS hat nämlich einer Verhältnismässigkeitsprüfung standzuhalten und basierend auf einer Einzelfallbeurteilung zu erfolgen. Dies führt dazu, dass trotz Erfüllung der restlichen Voraussetzungen eine Ausschreibung in das SIS unverhältnismässig sein und daher der Ausschreibungspflicht entgegenstehen kann.

Alleine die Tatsache, dass eine Landesverweisung angeordnet wurde, ist daher nicht ausreichend, um eine Ausschreibung in das SIS zu tätigen. Vielmehr hat das Strafgericht in Anbetracht der gesamten Umstände des Einzelfalles zu prüfen, ob Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Einzelfalles eine Ausschreibung rechtfertigen. Ist dies zu bejahen, so besteht eine Verpflichtung zur Ausschreibung in das SIS. Eine solche hat hingegen zu unterbleiben, wenn sich die Ausschreibung als unverhältnismässig erweist.

## 2.5 Fazit

Wie aufgezeigt wurde, kann von der Anordnung einer Landesverweisung nicht ohne Weiteres auf die Ausschreibung in das SIS geschlossen werden. Letztere ist an bestimmte eigene Voraussetzungen geknüpft. Dadurch wird die Kompetenz des Strafgerichtes, eine Ausschreibung in das SIS zu verfügen, einerseits beschränkt, andererseits räumt insbesondere die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit dem Strafgericht die Möglichkeit ein, aufgrund einer Einzelfallbeurteilung auf die Ausschreibung zu verzichten. Offen bleibt jedoch, inwiefern die Strafgerichte von dieser Option tatsächlich Gebrauch machen werden.