

Teil I:

SCHENGEN- UND DUBLINRECHT:  
ALLGEMEINE ASPEKTE

1<sup>ère</sup> partie :

LE DROIT DE SCHENGEN ET DE DUBLIN :  
ASPECTS GÉNÉRAUX



# Schengen- und Dublin-Weiterentwicklungen als rechtsstaatliche Herausforderung in der Schweiz

MARKUS H.F. MOHLER\*

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung .....	4
II.	Ein anderer Blick aus rechtsstaatlicher Sicht auf die Schengen-Rechtsmaterie.....	5
	1. Zur Frage der rechtsstaatlich erforderlichen Bestimmtheit, Klarheit und Zugänglichkeit im Allgemeinen .....	5
	2. Die permanente Rechtsnovellierung als rechtsstaatliches Problem .....	7
	3. Die Problematiken des Rechtsübernahmemechanismus .....	7
	a. Der übliche Mechanismus .....	7
	b. Die Sonderregelung: Konnex zwischen einem übernommenen Erlass und noch nicht übernommenen früheren Erlassen als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des neu übernommenen Erlasses.....	8
	c. Das Problem der Genehmigung eines rechtlich verbindlichen Erlasses als Weiterentwicklung, wenn dieser Erlass bis zum Parlamentsbeschluss bereits wieder geändert worden ist .....	8
	d. Weitere Komplizierungen.....	10
	4. Fazit.....	10
III.	Wesentliche Weiterentwicklungen des SIS und Kooperationen daten- rechtlicher Art.....	11
IV.	Zu den einzelnen Rechtsgrundlagen .....	14
	1. Die drei SIS-Verordnungen (EU) 2018/1860-1862 .....	14
	a. Zur Verordnung (EU) 2018/1862 «Polizei» .....	16
	b. Zur Verordnung (EU) 2018/1861 «Grenze».....	18
	c. Zur Verordnung (EU) 2018/1860 «Rückkehr».....	18
	2. Die Eurodac-Verordnungen.....	19
	3. Das Prüm-Abkommen und das Assoziierungsabkommen dazu.....	20
	4. Das Abkommen Schweiz/USA über die Vertiefung der Zusammenarbeit bei der Verhinderung und Bekämpfung schwerer Straftaten .....	22
	a. Cooperation in Preventing and Combating Serious Crime (PCSC).....	22
	b. Die Verknüpfung mit dem <i>Visa Waiver</i> -Programm mit den USA.....	22
	5. Die neue Interoperabilitäts-Regelung durch insgesamt sechs Verordnungen .....	23
	a. Übersicht .....	23
	b. Anpassungsbedarf.....	27
	aa. Im EU-Recht .....	27
	i. Erster Schritt.....	27
	ii. Zweiter Schritt.....	28

---

\* Für seine sehr wertvollen Hinweise insbesondere zum Übernahmemechanismus danke ich Herrn lic.iur. RETO GRUBER, Bundesamt für Justiz, herzlich.

bb. Für die Schweiz.....	30
i. Änderungen im ersten Schritt .....	30
ii. Änderungen im zweiten Schritt .....	32
V. Anmerkungen .....	33
1. Komplexität .....	33
2. Der Schaden am SIS-System durch Brexit .....	34
3. Zur nationalen Schnittstelle gemäss Interoperabilität .....	35
4. Aufhebung der Trennung von Schengen und Dublin bei der Datenbearbeitung...	36
5. Zum Begriff «schwere Straftaten» .....	36
6. Die bloss teilweise Weiterentwicklung der Verordnung (EU) 2019/818 durch die Schweiz.....	36
7. Die EZV als Strafverfolgungsbehörde.....	37
8. Zur Problematik der Rechtsetzung .....	38
VI. Fazit.....	39

## I. Einleitung

Das Ziel der folgenden Ausführungen ist nicht ein umfassender Überblick über alle Weiterentwicklungen des Schengener und Dubliner Rechts in neuester Zeit. Deren lückenlose Darstellung wäre zu umfangreich für ein Tagungsreferat und würde zudem den Blick auf die nachfolgend thematisierte Frage des Nachvollzuges und der Umsetzung der zahlreichen und rasch erfolgenden Weiterentwicklungen insbesondere des Schengener Besitzstandes verstellen. Im Folgenden werden deshalb nur einzelne neue Erlasse und ihre Bedeutung für die Rechtsstaatsproblematik der Übernahme und Nachführung des sich rasch entwickelnden Schengen- und Dublin-Besitzstandes als Beispiele behandelt.<sup>1</sup> Dieser Darstellung werden Ge-

---

<sup>1</sup> Nur summarisch angeführt werden – ohne auf Einzelheiten einzugehen - z.B. die folgenden Erlasse: Verordnung (EU) 2018/1860 des EP und des Rates v. 28.11.2018 über die Nutzung des Schengener Informationssystems für die Rückkehr illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (ABl. L 312 v. 7.12.2018, 1, 14, 56); Verordnung (EU) 2018/1861 des EP und des Rates v. 28.11.2018 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 v. 7.12.2018, 14); Verordnung (EU) 2018/1862 des EP und des Rates v. 28.11.2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit und der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, zur Änderung und Aufhebung des Beschlusses 2007/533/JI des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1986/2006 des EP und des Rates und des Beschlusses 2010/261/EU der Kommission (ABl. L 312 v. 7.12.2018, 56); Verordnung (EU) 2019/817 des EP und des Rates v. 20.5.2019 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen in den Bereichen Grenzen und Visa und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1726 und (EU) 2018/1861 des EP und des

danken zu dem in letzter Zeit immer komplizierter gewordenen Schengener und Dubliner Rechtssystem im Allgemeinen und dem anspruchsvollen Übernahmekonzept in der Schweiz als einem assoziierten Drittstaat im Besonderen vorangestellt, bei welchem EU-Verordnungen eben nicht gestützt auf Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar nach ihrer Publikation im EU-Amtsblatt «in allen ihren Teilen verbindlich» sind und «unmittelbar in jedem Mitgliedstaat» gelten, sondern je mit einem völkerrechtlichen Vertragsabschluss ins schweizerische Recht integriert werden müssen.

## II. Ein anderer Blick aus rechtsstaatlicher Sicht auf die Schengen-Rechtsmaterie

### 1. Zur Frage der rechtsstaatlich erforderlichen Bestimmtheit, Klarheit und Zugänglichkeit im Allgemeinen

Gemäss Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des Bundesgerichts gebietet das *Kriterium der Gesetzmässigkeit im Rechtsstaat*, dass die *Normen hinreichend bestimmt, verständlich und zugänglich* sein müssen. Nur so könnten die Einzelnen – gegebenenfalls mit Hilfe erklärender Unterstützung – die Konsequenzen eigenen Verhaltens und die behördlichen Befugnisse in einem den Umständen entsprechenden vernünftigen Mass voraussehen.<sup>2</sup> Schon früher wurde im Rahmen dieser Schengen-/Dublin-Tagungen auf die mangelnde Übersichtlichkeit insbesondere der Schengen-Weiterentwicklungen hingewiesen.<sup>3</sup>

---

Rates, der Entscheidung 2004/512/EG des Rates und des Beschlusses 2008/633/JI des Rates (ABl. L 135 v. 22.5.2019, 27); Verordnung (EU) 2019/817 des EP und des Rates v. 20.5.2019 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration) und zur Änderung der Verordnungen (EU) 2018/1726, (EU) 2018/1862 und (EU) 2019/816 (ABl. L 135 v. 22.5.2019, 85).

<sup>2</sup> BGE 120 Ia 1, E. 4b (m.w.H.); EGMR *Reist/Schweiz* (39246/15), Urteil v. 27.10.2020, § 71; EGMR *Khlaifia et autres/Italie* (16483/12), Urteil v. 15.12.2016, § 92 («*légalité ... qui exige que toute loi soit suffisamment précise pour permettre au citoyen – en s’entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d’un acte déterminé*»), §§ 102, 105 («*Il s’ensuit que les requérants n’ont pas seulement été privés de leur liberté en l’absence de base légale claire et accessible*»). Vgl. BENJAMIN SCHINDLER, Entstehung und Entwicklung der Rechtsstaatsidee in der Schweiz, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler, Verfassungsrecht der Schweiz, 2020 (im Folgenden: Verfassungsrecht der Schweiz 2020), IV.1/30; DERS., St. Galler Kommentar, N 38 zu Art. 5 BV.

<sup>3</sup> Vgl. MARKUS H.F. MOHLER, Der neue Besitzstand von Schengen und Dublin, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis – Weiterentwicklung der Rechtsgrundlagen, 2010, 7 ff., 21 f.

«Weiterentwicklung» bedeutet die Ergänzung oder Novellierung des Rechtsbestandes gemäss dem Schengen-Durchführungsübereinkommen.<sup>4</sup> Die darauf bezogenen ergänzenden Rechtsgrundlagen bis zum 1. Mai 1999 wurden als «Schengen-Besitzstand» zusammengefasst und im Amtsblatt der (früheren) Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht.<sup>5</sup> Auch diese Rechtsgrundlagen wurden fortentwickelt und als Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes bezeichnet.<sup>6</sup>

Die zumeist *fehlende Konsolidierung* der Normtexte, d.h. die Teilrevidierung im Sinne einer Ergänzung, Änderung oder Weglassung bestehender Erlasse unter Bezugnahme auf frühere Teilrevidierungen – ohne umfassende Formulierung (Konsolidierung) des nun geltenden Normtextes –, führte zu einer «Landschaft von Regulierungstürmen, deren Substanz und Bezüge untereinander kaum mehr zu erkennen seien».<sup>7</sup> Darunter leidet «die Rechtssicherheit nicht nur, sie droht vielmehr zusammenzubrechen»<sup>8</sup>. Dieses System erschwert oder verunmöglicht gar das Auffinden der aktuell – oder in einem Beschwerdeverfahren zum kritischen Zeitpunkt – gültigen Formulierung einer Bestimmung.<sup>9</sup>

Dazu kommt, dass das Bemühen, die *grundrechtlichen Datenbearbeitungs-Schranken* im Schengen-/Dublin- und im weiter ausgreifenden internationalen Rahmen zu verankern, so löblich dies ist, zu textlich schlicht nicht mehr verständlichen Verknüpfungen von Bestimmungen in einer Vielzahl vorbestehender Verordnungen führt.<sup>10</sup> Ausdruck dessen sind insbesondere nicht mehr verständliche Schachtelsätze. Quasi in einer Umkehrung der «Sprache als Haus des Seins» (Heidegger) wird die «Sprache Ort der Verwirrung».<sup>11</sup> Eine auch nur annäherungsweise Prüfung der Rechtmässigkeit datenrechtlichen Handelns der zuständigen Behörden «nach allen Kanten» ist für die Rechtsadressaten ohne hoch spezialisierte juristische Hilfe, die auf dem neusten Stand stehen muss, daher nicht mehr möglich. Dabei geht es immer um grundrechtliche Eingriffe. Dies *verletzt fundamentale Prinzipien der rechtsstaatlichen Gesetzgebung*.

---

<sup>4</sup> Übereinkommen v. 19.6.1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen v. 14.6.1985 (ABl. L 239 v. 22.9.2000, 19).

<sup>5</sup> ABl. L 239 v. 22.9.2000, 1.

<sup>6</sup> Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II») v. 1.10.2004 (BBl 2004 5965), 6001 ff., 6076. Vgl. STEPHAN BREITENMOSER, Die Grundlagen der polizeilichen Zusammenarbeit im Rahmen von Schengen, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hrsg.), Schengen in der Praxis, 2009, 25 ff., 49 ff.; MARKUS H.F. MOHLER, Schengen und die Polizei, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3), 3 ff., 20 ff.

<sup>7</sup> MOHLER, a.a.O. (Fn. 3), 21.

<sup>8</sup> MOHLER, a.a.O. (Fn. 3), 22.

<sup>9</sup> Vgl. auch SCHINDLER, a.a.O. (Fn. 2), N 39 zu Art. 5 BV.

<sup>10</sup> Vgl. nachfolgend IV.5.

<sup>11</sup> Illustrative Beispiele finden sich oft auch in den zusammenfassenden Sätzen von Vorabentscheidungsverfahren des EuGH.

In der Schweiz erweist sich aus diesen Gründen der seinerzeitige Verzicht auf eine systematische (konsolidierte) Rechtssammlung der für die Schweiz massgebenden europarechtlichen Erlasse (sog. blaue SR), mit teilweise ja auch unmittelbar anwendbaren Bestimmungen, im Nachhinein deshalb als gravierender Fehler und Negierung eines rechtsstaatlich fundamentalen Rechtsanspruches.<sup>12</sup> Verschlimmert wird diese Situation dadurch, dass die Texte der EU-Erlasse auch im Bundesblatt nicht veröffentlicht werden. In der systematischen Sammlung finden sich mit Eintritt der Rechtskraft unter der betreffenden SR-Ziffer lediglich die Texte des diplomatischen Notenaustauschs.

## 2. Die permanente Rechtsnovellierung als rechtsstaatliches Problem

LON FULLERS nennt in seiner Rechtsstaatstheorie acht Negativkriterien, die nicht gegeben sein dürfen, ohne dass der Rechtsstaat an existentiellen Mängeln leide.<sup>13</sup> Das siebte Kriterium bezieht sich auf *übermässig häufige Gesetzesänderungen*, die es verunmöglichten, die gerade gültigen Regelungen zu kennen. Dies trifft insbesondere auf den häufigen Erlass neuer oder revidierter Schengen-Bestimmungen zu; diese Problematik wird noch verschärft durch den oft uneinheitlichen Eintritt der Rechtskraft materiell zusammengehörender Rechtstexte. An derselben «Krankheit» leiden wir aber auch im schweizerischen Recht selber, so insbesondere im Strafrecht.

## 3. Die Problematiken des Rechtsübernahmemechanismus

### a. Der übliche Mechanismus

Der Übernahmemechanismus in der Schweiz für EU-Recht mit den drei Modellen (1-3) sowie einem Sonderfall (Modell *2plus*) ist bekannt.<sup>14</sup> Dieser Mechanismus ist auf die verfassungsrechtlichen Entscheid-Kompetenzen für die jeweilige Rechtsetzung und Rechtsübernahme ausgerichtet<sup>15</sup> und verursacht in der Regel keine Probleme.

---

<sup>12</sup> Vgl. FELIX UHLMANN, Legalitätsprinzip, in: Diggelmann et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz 2020, (Fn. 2), IV/6, 53 f.

<sup>13</sup> LON FULLER, *The Morality of Law*, Rev. Ed. 1969, 14th Reprinting, New Haven/London 1977. Vgl. dazu auch MATTHIAS MAHLMANN, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 6. Aufl., Baden-Baden/Basel 2021, § 17, N 31 ff.

<sup>14</sup> Vgl. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Hans Fehr 10.3857 v. 1.10.2010 betr. Konsequenzen des Schengen-Anpassungszwangs v. 7.6.2013 (BB1 2013 6319), 6336 f., 6376; Art. 7a insbes. Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 48a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes v. 21.3.1997 (RVOG).

<sup>15</sup> Art. 48a Abs. 1 RVOG.

- b. Die Sonderregelung: Konnex zwischen einem übernommenen Erlass und noch nicht übernommenen früheren Erlassen als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des neu übernommenen Erlasses

Bereits das Modell *2plus* bietet insofern eine Schwierigkeit, wenn die Anwendung eines mittels Notenaustauschs als übernommen bestätigten Erlasses materiell von einem früheren Erlass abhängt, der jedoch noch nicht in Kraft getreten ist, weil bspw. die parlamentarische Genehmigung noch aussteht oder die Referendumsfrist noch nicht abgelaufen ist. Handelt es sich bei notifizierten Erlassen oder Beschlüssen der Kommission lediglich um *Verträge von beschränkter Tragweite* (Art. 7a Abs. 3 lit. b RVOG), z.B. Kompetenznormen,<sup>16</sup> kann der Bundesrat nach Art. 48a Abs. 1 RVOG die Zuständigkeit zum Abschluss, zur Änderung und zur Kündigung völkerrechtlicher Verträge von beschränkter Tragweite an eine Gruppe oder ein Bundesamt delegieren (*Subdelegation*). Dann wird durch das ermächtigte Bundesamt oder Staatssekretariat das Inkrafttreten des übernommenen neuen Erlasses auf den späteren Zeitpunkt bezogen, zu welchem der andere, frühere Notenaustausch, mit dem er materiell zusammenhängt, in Kraft treten wird.<sup>17</sup>

Publiziert wird er in der Amtlichen Sammlung (AS) bereits nach dem Notenaustausch, jedoch noch nicht in der Systematischen Sammlung (SR) und auch nicht in der Rechtssammlung der Bundeskanzlei zu den Bilateralen Abkommen.<sup>18</sup> Dies kann verwirren.

- c. Das Problem der Genehmigung eines rechtlich verbindlichen Erlasses als Weiterentwicklung, wenn dieser Erlass bis zum Parlamentsbeschluss bereits wieder geändert worden ist

Diese Problematik sei an einem Beispiel erläutert: Am 27. September 2019 genehmigte das Parlament die Vereinbarung zwischen der Schweiz, Norwegen, Island und Liechtenstein einerseits und der Europäischen Union andererseits zur Beteiligung dieser Staaten an der Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen (eu-LISA).<sup>19</sup> Die Referendumsfrist lief am 16. Januar 2020 ab.

---

<sup>16</sup> Bspw. zur Gewährleistung der Interoperabilität IOP; vgl. dazu nachfolgend IV.5.

<sup>17</sup> Bericht Bundesrat zum Postulat Fehr, a.a.O. (Fn. 15), 6336, a.a.O. (Fn. 25).

<sup>18</sup> Ziff. 8.4, Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes (<https://www.admin.ch/opc/de/european-union/international-agreements/008.004.000.000.000.000.html>) und Ziff. 9.2. Weiterentwicklung des Dublin-Besitzstandes (<https://www.admin.ch/opc/de/european-union/international-agreements/008.004.000.000.000.000.html>).

<sup>19</sup> Botschaft des Bundesrates über die Genehmigung der Vereinbarung betr. Beteiligung an der Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen (eu-LISA) v. 13.2.2019, BBl 2019 2119, Bundesbeschluss: AS 2020 737, in Kraft seit dem 1.3.2020 (AS 2020 739).

Die genehmigte Vereinbarung datiert vom 8. November 2018. Die Ratifikationsurkunde der Schweiz wurde am 11. Februar 2020 hinterlegt.

Diese Vereinbarung regelt die *Beteiligung* der Nicht-EU-Mitgliedstaaten und Vertragspartner «zu den in dieser Vereinbarung festgelegten Bedingungen in vollem Umfang an den in der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 genannten Tätigkeiten der Agentur».<sup>20</sup> In der Vereinbarung in einer Fussnote aufgeführt ist die (damals noch) letzte Änderung der Verordnung 1077/2011 durch die Verordnung 2017/2226.<sup>21</sup> Die Weiterentwicklung ging jedoch weiter: Nach zwei vorangehenden Weiterentwicklungen<sup>22</sup> wurde die Verordnung 1077/2011 durch die Verordnung 2018/1726<sup>23</sup> am 11. Dezember 2018 abgelöst und aufgehoben.<sup>24</sup> Die neue Fassung (2018/1726) wurde der Schweiz am 23. November 2018 notifiziert, vom Bundesrat am 14. Dezember 2018 genehmigt und ist mit am gleichen Tag erfolgtem Notenaustausch in Kraft getreten. Diese Verordnung (2018/1726) wurde im Gegensatz zur ursprünglichen Verordnung ohne parlamentarisches Verfahren

---

<sup>20</sup> Art. 1 der Verordnung (EU) 1077/2011 des EP und des Rates v. 25.10.2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (ABl. L 286 v. 1.11.2011, 1).

<sup>21</sup> AS 2020 739, 740, a.a.O. (Fn. 8).

<sup>22</sup> Verordnung (EU) 603/2013 des EP und des Rates v. 26.6.2013 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. L 180 v. 29.6.2013, 1); Verordnung (EU) 2017/2226 des EP und des Rates v. 30.11.2017 über ein Einreise-/Ausreisensystem (EES) zur Erfassung der Ein- und Ausreisedaten sowie der Einreiseverweigerungsdaten von Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten und zur Festlegung der Bedingungen für den Zugang zum EES zu Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungszwecken und zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen sowie der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008 und (EU) Nr. 1077/2011 (ABl. L 327 v. 9.12.2017, 20); Verordnung (EU) 2018/1240 des EP und des Rates v. 12.9.2018 über die Einrichtung eines Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ETIAS) und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1077/2011, (EU) Nr. 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 und (EU) 2017/2226 (ABl. L 236 v. 19.9.2018, 1)

<sup>23</sup> Verordnung (EU) 2018/1726 des EP und des Rates v. 14.11.2018 über die Agentur der Europäischen Union für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (eu-LISA), zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 und des Beschlusses 2007/533/JI des Rates sowie zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 (ABl. L 295 v. 21.11.2018, 99).

<sup>24</sup> Art. 58 Abs. 2 i.V.m. Art. 57 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2018/1726. Vgl. Botschaft (Fn. 19), 2123.

genehmigt.<sup>25</sup> Der vom Parlament mit der Vereinbarung im September 2019 genehmigte Text der Verordnung 1077/2011 galt demnach in der EU zu diesem Zeitpunkt nicht mehr.

Die Verzögerung in Bezug auf die Vereinbarung ergab sich durch eine Praxisänderung der EU-Kommission, wonach Verhandlungen über Zusatzvereinbarungen erst abgeschlossen würden, nachdem die zu Grunde liegende Weiterentwicklung von den betroffenen assoziierten Staaten formell übernommen worden ist.<sup>26</sup> Demnach konnten die Verhandlungen über die Vereinbarung gemäss dieser EU-Praxis erst nach dem 14. Dezember 2018 abgeschlossen werden.<sup>27</sup> Die zugehörige Botschaft datiert vom 13. Februar 2019.<sup>28</sup>

#### d. Weitere Komplizierungen

Darüber hinaus ergibt sich eine erste weitere Komplizierung: Sofern ein Schengen/Dublin bezogener EU-Erlass für die Schweiz nicht als Weiterentwicklung des Schengen- oder Dublin-Besitzstandes erklärt worden ist, eine solche Regelung aber für die Teilnahme am Datensystem notwendig erscheint, ist mit einem *separaten Abkommen eine Brücke* zu einer solchen Regelung zu schlagen. Diese unterschiedliche Teilnahmeleistung wird aus der nachfolgenden Grafik deutlich (vgl. III., S. 13). Wiederum erfordert die Art der Publikation zum Auffinden der geltenden Erlasstexte hohe Sachkenntnis und viel Zeit.

Eine zweite Komplizierung wird – zumindest vorübergehend – dadurch bewirkt, dass die Verordnung (EU) 2019/818<sup>29</sup> für die Schweiz nur teilweise als Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes gilt (vgl. unten V.6.).

## 4. Fazit

Die *Nicht-Konsolidierung* der in Kraft gesetzten Erlasse im Zusammenhang mit unterschiedlichen Übernahmemechanismen kann zu *verwirrendem intertemporalem Recht* führen. Zudem machen es die zahlreichen, durchaus grundrechtsrelevanten Konstellationen – wie erwähnt – fast unmöglich festzustellen, was geltendes Recht ist oder zum Zeitpunkt einer Verfügung bspw. in einem Beschwerdeverfahren war.

---

<sup>25</sup> Bundesratsbeschluss v. 14.12.2018 (WE 214 auf der Liste des Bundesamtes für Justiz [BJ] der notifizierten Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes).

<sup>26</sup> Vgl. Botschaft, a.a.O. (Fn. 19), 2126.

<sup>27</sup> Diese Bedingung führt(e) zur Notwendigkeit zweier parlamentarischer Genehmigungsverfahren.

<sup>28</sup> A.a.O. (Fn. 19).

<sup>29</sup> Verordnung (EU) 2019/818 des EP und des Rates v. 20.5.2019 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration) und zur Änderung der Verordnungen (EU) 2018/1726, (EU) 2018/1862 und (EU) 2019/816 (ABl. L 135 v. 22.5.2019, 85).

### III. Wesentliche Weiterentwicklungen des SIS und Kooperationen datenrechtlicher Art

Das EU-datenrechtliche Gefüge im Rahmen der Bekämpfung der illegalen Migration sowie der Gefahrenabwehr, insbesondere bei der Bekämpfung von Straftaten mit Terrorismusbezug und anderer schwerer Straftaten, ist in den letzten zwei Jahren stark ausgebaut und verdichtet worden. Aufgefallen ist in diesem Zusammenhang, dass der Nationalrat in einem ersten Anlauf die Übernahme der drei Verordnungen (EU) 2018/1860-1862 abgelehnt<sup>30</sup> und ihnen erst – nach Verstreichen der Zweijahresfrist – am 18. Dezember 2020 zugestimmt hat.<sup>31</sup> Diese Verordnungen *regeln das Schengen-Informationssystem SIS neu*, decken jedoch nicht alle Neuerungen im datenrechtlichen Bereich in Bezug auf die Bekämpfung von Terrorismus und anderen schweren Verbrechen ab. Noch während dieser Debatten hat der Nationalrat die nächste Weiterentwicklung, die bereits wieder zu einer Änderung der Verordnung (EU) 2018/1862 führen wird, angenommen (vgl. nachfolgend IV.5.). Dazu kommen vorbestehende Ergänzungen der *Eurodac-Verordnungen* mit dem *Übernahme-Abkommen* sowie die Assoziierung zum sog. *Prüm-Abkommen*.<sup>32</sup>

In engem Zusammenhang damit stehen die beiden Verordnungen (EU) 2019/817<sup>33</sup> und (EU) 2019/818<sup>34</sup> zur Errichtung eines Rahmens für die *Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen* (vgl. unten IV.5.).

<sup>30</sup> AB 2020 N 1631.

<sup>31</sup> BBl 2020 10033.

<sup>32</sup> BBl 2021 742 (Abkommen)/Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Abkommens zwischen der Schweiz und der EU zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit (Prümer Zusammenarbeit) und des Eurodac-Protokolls zwischen der Schweiz, der EU und dem Fürstentum Liechtenstein betreffend den Zugang zu Eurodac für Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungszwecke vom 1. Oktober 2021, BBl 2021 2332 (mit Änderungen von fünf Bundesgesetzen und in einem Anhang einer Liste der Gleichwertigkeit von Straftaten nach Rahmenbeschluss 2002/584/JAI und schweizerischem Recht (Aktualisierung der Liste im Anhang zum Bundesgesetz über den Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden des Bundes und denjenigen der anderen Schengen-Staaten (Schengen-Informationsaustausch-Gesetz, SIaG, SR 362.2), Bezug nehmend auf Art. 7 Abs. 1 und 11 Abs. 1 SIaG.

<sup>33</sup> Verordnung (EU) 2019/817 des EP und des Rates v. 20.5.2019 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen in den Bereichen Grenzen und Visa und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1726 und (EU) 2018/1861 des EP und des Rates, der Entscheidung 2004/512/EG des Rates und des Beschlusses 2008/633/JI des Rates (ABl. L 135 v. 22.5.2019, 27).

<sup>34</sup> Verordnung (EU) 2019/818 des EP und des Rates v. 20.5.2019 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration) und zur Änderung der Verordnungen (EU) 2018/1726, (EU) 2018/1862 und (EU) 2019/816 (ABl. L 135 v. 22.5.2019, 85).

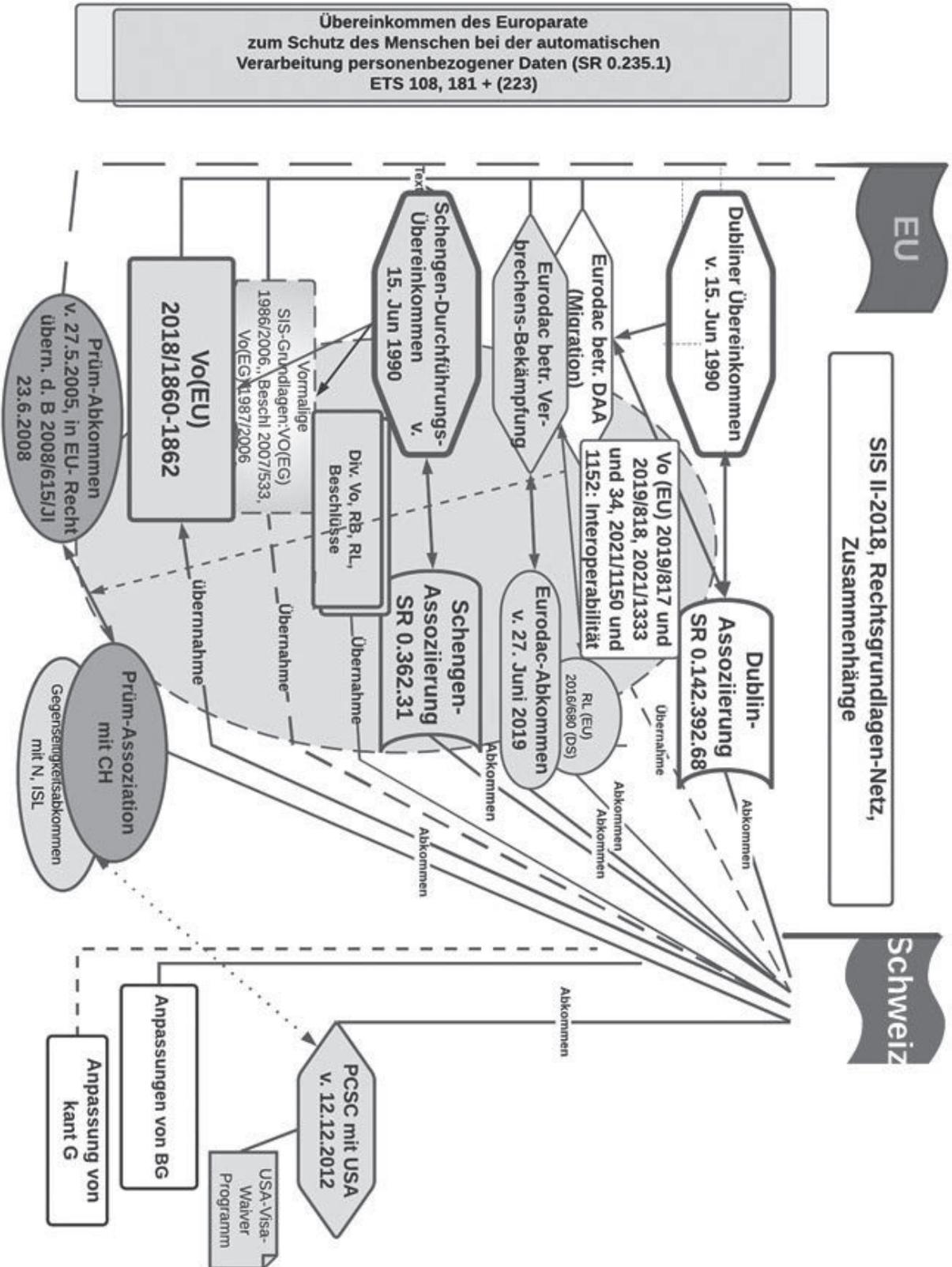
Als Folge des Eurodac-Abkommens von 2019 und der Prüm-Assoziierung der Schweiz steht die Ratifizierung eines *Abkommens mit den USA* zur Verhinderung und Bekämpfung schwerer Straftaten an.<sup>35</sup> Davon abhängig ist wiederum der Fortbestand der Teilnahme am *Visa-Waiver-Abkommen* mit den USA.<sup>36</sup>

Daraus ergibt sich ein kompliziertes Konstrukt unterschiedlicher Verknüpfungen verschiedener vorbestehender und neuer Rechtsquellen, das als grobe Übersicht wie folgt dargestellt werden kann:

---

<sup>35</sup> BBl 2021 740 (Abkommen)/ Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Verhinderung und Bekämpfung schwerer Straftaten vom 1. Oktober 2021, BBl 2021 2331.

<sup>36</sup> Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit (Prümer Zusammenarbeit), des Eurodac-Protokolls zwischen der Schweiz und der EU, des Abkommens mit den Vereinigten Staaten über die Verhinderung und Bekämpfung schwerer Straftaten sowie zu deren Umsetzung (Anpassung des Strafgesetzbuchs, des DNA-Profil-Gesetzes, des Asylgesetzes und des Ausländer- und Integrationsgesetzes) und über einen Verpflichtungskredit für die Umsetzung des Programms Prüm Plus vom 5. März 2021, BBl 2021 738 (3/88, 82/88).



## IV. Zu den einzelnen Rechtsgrundlagen

Insgesamt handelt es sich um fünf gesonderte, aber inhaltlich miteinander verbundene Rechtsweiterentwicklungen der EU, die von der Schweiz entweder bereits übernommen worden sind oder in nächster Zeit übernommen werden:

- die Weiterentwicklung des SIS-Systems mit drei neuen Verordnungen zur Regelung je eines rechtlich/sachlichen Bereichs (Grenze, Rückkehr, Polizei);<sup>37</sup>
- die Ergänzung der Eurodac-Verordnung über den Migrationsbereich hinaus;
- das Prüm-Abkommen und das Assoziierungsabkommen dazu;
- die Regelung der Interoperabilität zum Errichten eines Suchportals, das die gleichzeitige Abfrage in allen relevanten Informationssystemen ermöglicht;
- das Abkommen mit den USA über Prävention und Bekämpfung schwerer Verbrechen, von dem die Fortführung des Visa-Waiver-Programms abhängt.

### 1. Die drei SIS-Verordnungen (EU) 2018/1860-1862

Für die Weiterentwicklung des SIS sind die drei Verordnungen (EU) 2018/1860 («Rückkehr»),<sup>38</sup> 1861 («Grenze»)<sup>39</sup> und 1862 («Polizei»)<sup>40</sup> beschlossen worden; diese führten für die Schweiz zu drei separaten Notenaustauschen.<sup>41</sup>

Übergeordnetes Ziel ist die wirksamere Bekämpfung von Straftaten mit Terrorismusbezug und anderer schwerer Straftaten, insbesondere auch der Entführung

---

<sup>37</sup> Vgl. nachfolgend IV.1.

<sup>38</sup> Verordnung (EU) 2018/1860 des EP und des Rates v. 28.11.2018 über die Nutzung des Schengener Informationssystems für die Rückkehr illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (ABl. L 312 v. 7.12.2018, 1, AS 2021 366).

<sup>39</sup> Verordnung (EU) 2018/1861 des EP und des Rates v. 28.11.2018 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 v. 7.12.2018, 14; AS 2019 3285, AS 2021 365; die erste Publikation in der AS erfolgte wegen der vorläufigen Anwendung von Art. 63 Nr. 9 der Verordnung (a.a.O., Fn. 1). Verschiedene Änderungen in drei Bundesgesetzen (AIG, StGB, BPI) wurden zu unterschiedlichen Zeiten in Kraft gesetzt (Bundesbeschluss v. 18.12.2020, AS 2021 365, 3/24).

<sup>40</sup> Verordnung (EU) 2018/1862 des EP und des Rates v. 28.11.2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit und der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, zur Änderung und Aufhebung des Beschlusses 2007/533/JI des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1986/2006 des EP und des Rates und des Beschlusses 2010/261/EU der Kommission (ABl. L 312 v. 7.12.2018, 56, AS 2019 3689/AS 2021 329 (die erste Publikation in der AS erfolgte wegen der vorläufigen Anwendung von Art. 77 Nr. 7 und 8 der Verordnung (a.a.O., Fn. 1).

<sup>41</sup> BBl 2020 3595 betr. Verordnung (EU) 2018/1862 («Polizei»), SR 0.362.380.086; BBl 2020 3599 betr. Verordnung (EU) 2018/1861 («Grenze»), SR 0.362.380.085; BBl 2020 3603 betr. Verordnung (EU) 2018/1860 («Rückkehr»), SR 0.362.380.097.

oder Entziehung von Kindern durch einen Elternteil.<sup>42</sup> Durch die drei Verordnungen werden die bisherigen SIS-Rechtsgrundlagen<sup>43</sup> ersetzt.<sup>44</sup>

Dabei sind die daktyloskopische und die DNA-Datenbearbeitung auch zur Verbrechensbekämpfung und somit die Berechtigung der Strafverfolgungsbehörden zum Zugriff und Bearbeiten solcher Daten zentral. Den Ursprung hatte diese Ausweitung des Datenaustauschs über die gemäss Dubliner Übereinkommen<sup>45</sup> rein asylrechtlichen Zusammenhänge hinaus im Prümer-Vertrag (vgl. nachfolgend IV.3.).

Die Datenbearbeitungs-, -schutz- und -sicherheitsbestimmungen lauten in den Verordnungen «Polizei» (2018/1862) und «Grenze» (2018/1861) jeweils gleich.<sup>46</sup> Ebenso stimmen vor allem die technischen Definitionen sowie die Regelungen über Haftung und Sanktionen in diesen beiden Verordnungen überein.<sup>47</sup> Dasselbe gilt für die jeweilige Prüfung der Verhältnismässigkeit.<sup>48</sup>

Die drei EU-Verordnungen bedingen die Änderung sowohl mehrerer Bundesgesetze<sup>49</sup> als auch von fünf Verordnungen.<sup>50</sup> Auch die Kantone werden spezifische Rechtsgrundlagen zu ändern haben, u.a. über die Schulung der Endbenutzer des

---

<sup>42</sup> Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Rechtsgrundlagen über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) (Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes) und zur Änderung des Bundesgesetzes über das Informationssystem für den Ausländer- und den Asylbereich v. 6.3.2020 (BBl 2020 3465, im Folgenden: Botschaft neues SIS), 3473, 3479, 3552.

<sup>43</sup> Verordnung (EG) Nr. 1986/2006 des EP und des Rates v. 20.12.2006 über den Zugang von für die Ausstellung von Kfz-Zulassungsbescheinigungen zuständigen Dienststellen der Mitgliedstaaten zum Schengener Informationssystem der zweiten Generation (SIS II) (ABl. L 381 v. 28.12.2006, 1; Kfz-Verordnung SIS), SIS-Beschluss 2007/533/JI und Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 (ABl. L 381 v. 28.12.2006, 4; SIS-Verordnung). Vgl. dazu SANDRA HUSI-STÄMPFLI, Was lange währt, wird endlich gut?, Das Schengener Informationssystem der zweiten Generation, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis, aktuelle Fragen, Zürich/St. Gallen 2015, 185 ff., 189 f.

<sup>44</sup> Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3486.

<sup>45</sup> Vgl. a.a.O. (Fn. 83).

<sup>46</sup> Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3487 ff.

<sup>47</sup> Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn.42), 3489.

<sup>48</sup> Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3487; Art. 21 in beiden Verordnungen «Polizei» und «Grenze».

<sup>49</sup> Ausländer- und Integrationsgesetz v. 16.12.2005 (SR 142.20), Asylgesetz v. 26.6.1998 (SR 142.31), Bundesgesetz v. 20.6.2003 über das Informationssystem für den Ausländer- und den Asylbereich (SR 142.51), Strafgesetzbuch v. 21.12.1937 (SR 311.0), Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes v. 13.6.2008 (SR 361).

<sup>50</sup> Dazu wurde v. 13.1. bis 20.4.2021 ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt (BBl 2021 85). Im Ergebnis stimmten die Teilnehmer den vorgeschlagenen Änderungen zu, zum geringeren Teil mit Wünschen oder einem *caveat* ergänzt ([https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/2/cons\\_1/doc\\_10/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6021-2-cons\\_1-doc\\_10-de-pdf-a.pdf](https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/2/cons_1/doc_10/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6021-2-cons_1-doc_10-de-pdf-a.pdf)).

SIS-Systems als Voraussetzung für deren diesbezügliche Befugnis<sup>51</sup> (vgl. auch IV.2. *in fine*).

In der Folge sind allerdings – quasi auf der Überholspur – am 20. Mai 2019 die beiden Verordnungen (EU) 2019/817<sup>52</sup> und 2019/818<sup>53</sup> und kurz danach, am 7. Juli 2021, die Verordnungen (EU) 2021/1133<sup>54</sup> und 1134<sup>55</sup> zur *Regelung der Interoperabilität* beschlossen worden (vgl. IV.5.b). Dieser Beschluss erfolgte noch bevor die drei V Verordnungen (EU) 2018/1860 - 2018/1862 endgültig übernommen worden sind; die Umsetzung wird jedoch wegen des technischen Anpassungsaufwandes erst später realisiert.<sup>56</sup>

#### a. Zur Verordnung (EU) 2018/1862 «Polizei»

In dieser Verordnung werden die *Datenkategorien* erweitert.<sup>57</sup> Festgelegt werden darin die Voraussetzungen für Ausschreibungen (Anforderungen, Vereinbarkeit mit anderen Ausschreibungen), Ziele und Bedingungen betreffend die *Festnahme zum Zwecke der Übergabe- oder Auslieferungshaft* (Art. 26), Ausschreibungen von *vermissten* oder von *schutzbedürftigen Personen*, die *an einer Reise gehindert werden müssen* (Art. 32 f.), Personen- und Sachfahndungsausschreibungen für *verdeckte Kontrollen*, Ermittlungsanfragen oder *gezielte Kontrollen* (Art. 36 f.) sowie zur *Sicherstellung oder Beweissicherung* in Strafverfahren (Art. 38 ff.).

Eine wesentliche Änderung wird mit einer *neuen Funktionalität* in Art. 40 eingeführt. Danach können daktyloskopische Daten von bisher *unbekannten gesuchten Personen*, gegen die wegen «terroristischer oder sonstiger schwerer Straftaten» ermittelt wird, im SIS ausgeschrieben werden,<sup>58</sup> sofern sich deren Identität «nicht auf der Grundlage von Daten aus einer anderen einschlägigen nationalen, Unions- oder internationalen Datenbank feststellen» lässt (Subsidiaritätsbestimmung).<sup>59</sup>

---

<sup>51</sup> Art. 14 der Verordnung (EU) 2018/1862, a.a.O. (Fn. 41).

<sup>52</sup> Vgl. a.a.O. (Fn. 33).

<sup>53</sup> Vgl. a.a.O. (Fn. 34).

<sup>54</sup> Vgl. a.a.O. (Fn. 123).

<sup>55</sup> Vgl. a.a.O. (Fn. 124).

<sup>56</sup> Vgl. Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3510, 3564

<sup>57</sup> Verordnung «Polizei», a.a.O. (Fn. 41), Erw. 30 ff., Art. 32, 34, 36, 38, Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3490.

<sup>58</sup> Der Austausch von Spurendaten unbekannter gesuchter Personen ist im SIS neu, nicht aber innerhalb der EU: zu diesem Zweck wurden zur Übernahme und Umsetzung des Prüm-Abkommens die Beschlüsse 2008/615 und 616/JI v. 23.6.2008 erlassen (ABl. L 210 v. 6.8.2008, 1 und 12). Der Austausch basiert auf den nationalen Datenbanken. Vgl. dazu nachfolgend IV.3.

<sup>59</sup> Erw. 23. Vgl. dazu die bisherige Regelung im Bundesgesetz v. 20.6.2003 über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz, SR 363) und die vorgeschlagene Neuerung im E DNA-Profil-Gesetz (BBl 2021 45), Art. 10 Abs. 1.

Zu den *Unionsdaten* gehören z.B. Eurodac, das Visa-Informationssystem-<sup>60</sup> oder das Ein- und Ausreise-Informationssystem (EES)<sup>61</sup>, sowie Europol-Daten,<sup>62</sup> und zu den *internationalen Datenbanken* insbesondere Interpol.<sup>63</sup>

Die besonderen Vorschriften für die Eingabe und Überprüfung von *biometrischen Daten* (Fingerabdrücke, Fotos und Gesichtsbilder) und *DNA-Profilen* werden in Art. 42 f. festgeschrieben.

Neu ist ferner, dass *Europol* (Art. 48), *Eurojust* (Art. 49) und *Frontex*<sup>64</sup> (Art. 50) Zugang zu allen *SIS-Daten* erhalten.<sup>65</sup>

Ebenso neu eingeführt wurde die Bestimmung, dass der *Austausch von Zusatzinformationen* durch das SIRENE-Büro *innert zwölf Stunden* zu erfolgen hat.<sup>66</sup>

Strenge Vorschriften gelten sodann in Bezug auf die *Schulung* des zum Zugriff auf das SIS berechtigten Personals. Während bisher bloss eine «angemessene Schulung in Fragen der Datensicherheit und des Datenschutzes»<sup>67</sup> nötig war, wird jetzt, bevor die Ermächtigung einer Person zum Zugriff auf das SIS erteilt wird, eine Schulung in «Fragen der Datensicherheit, der Grundrechte, einschliesslich des Datenschutzes und der Vorschriften und Verfahren für die Datenverarbeitung gemäss dem SIRENE-Handbuch» verlangt.<sup>68</sup> Dazu ist ein nationales Schulungsprogramm für Endnutzer und das SIRENE-Personal zu verfassen.<sup>69</sup> Erinnert sei zudem daran, dass nach Art. 11 der Richtlinie (EU) 2016/680<sup>70</sup> «eine ausschließ-

---

<sup>60</sup> Ursprünglich Verordnung (EG) Nr. 767/2008 v. 9.7.2008 über das Visa-Informationssystem (VIS) (ABl. L 218 v.13.8.2008, 60) (SR 0.362.380.030), seither mit vielen Änderungen.

<sup>61</sup> Verordnung (EU) 2017/2226 des EP und des Rates v. 30.11.2017 über ein Einreise-/Ausreisensystem (EES) zur Erfassung der Ein- und Ausreisedaten sowie der Einreiseverweigerungsdaten von Drittstaatsangehörigen an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten und zur Festlegung der Bedingungen für den Zugang zum EES zu Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungszwecken und zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen sowie der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008 und (EU) Nr. 1077/2011 v. 30.11.2017 (ABl. L 327 v. 9.12.2017, 20, SR 0.362.380.088, Notenaustausch).

<sup>62</sup> Beschluss des Rates v. 6.4.2009 (ABl. L 121 v. 15.5.2009, 37); Abkommen mit der Schweiz v. 24.9.2004, in Kraft seit 1.3.2006 (SR 0.360.2) mit nachfolgenden Änderungen. Vgl. auch Art. 355a und b StGB (SR 311.0).

<sup>63</sup> Zur Zusammenarbeit der Schweiz mit INTERPOL: Art. 350 ff. StGB.

<sup>64</sup> Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache.

<sup>65</sup> Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3488.

<sup>66</sup> Verordnung «Polizei», a.a.O. (Fn.41), Art. 8 Abs. 3; Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3521.

<sup>67</sup> Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006, a.a.O. (Fn. 43).

<sup>68</sup> Art. 14 Abs. 1 Verordnung «Polizei», a.a.O. (Fn.41); Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3487. Gleichermassen setzen auch die Verordnung (EU) 2019/817 (a.a.O., Fn. 33), Art. 76, und Verordnung (EU) 2019/818 (a.a.O., Fn. 34), Art. 72, eine eingehende Schulung als Ermächtigung für die Benützung der Datensysteme voraus.

<sup>69</sup> Art. 14 Abs. 2.

<sup>70</sup> Richtlinie (EU) 2016/680 des EP und des Rates v. 27.4.2016 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

lich auf einer automatischen Verarbeitung beruhen Entscheidung – einschließlich Profiling –, die eine nachteilige Rechtsfolge für die betroffene Person hat oder sie erheblich beeinträchtigt, verboten ist, es sei denn» das Unionsrecht oder das Recht des Mitgliedstaates erlaube dies explizit und garantiere das Recht, das Eingreifen einer verantwortlichen Person zu erwirken, um angehört zu werden (vgl. dazu Erw. 38 der Richtlinie).

b. Zur Verordnung (EU) 2018/1861 «Grenze»

Gegenstand dieser Verordnung sind die Voraussetzungen und Verfahren für die Eingabe von Ausschreibungen von Drittstaatsangehörigen in das SIS sowie deren Verarbeitung zwecks *Verweigerung der Einreise* in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und den dortigen *Aufenthalt* (Art. 2 Abs. 1). Die Kategorien von Daten (Art. 20) sind erweitert worden und ermöglichen damit eine verbesserte Genauigkeit. So sind der Ausschreibungsgrund, die verfügende Behörde, eine Bezugnahme zum Ausschreibungsgrund, die allfällige Gefährlichkeit und/oder frühere Verurteilungen sowie die gegebenenfalls zu treffenden Massnahmen aufzuführen.<sup>71</sup> Ebenso sind Identifizierungsdokumente anzugeben.<sup>72</sup>

Neu ist sodann, dass eine *Ausschreibung erfolgen muss, sofern* die Anwesenheit der betreffenden Person eine *Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die nationale Sicherheit*<sup>73</sup> bedeutet.<sup>74</sup>

c. Zur Verordnung (EU) 2018/1860 «Rückkehr»

Bisher existiert kein System, das den systematischen Austausch von Rückkehrentscheidungen ermöglicht.<sup>75</sup> Mit diesem Erlass sollen die *Vollstreckung von Rückkehrentscheiden* und die *Bekämpfung der illegalen Migration* verbessert werden.<sup>76</sup> Materiell-rechtlich sind u.a. einerseits das *Non-Refoulement-Gebot* und andererseits die *Rückkehrrichtlinie 2008/115/EG*<sup>77</sup> massgebend.

---

Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates (ABl. L 119 v. 4.5.2016, 89).

<sup>71</sup> Verordnung «Grenze», a.a.O. (Fn. 41), Art. 20 Abs. 2; Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3497.

<sup>72</sup> Verordnung «Grenze», a.a.O. (Fn. 41), Art. 20 Abs. 2 lit. s-y.

<sup>73</sup> Zu diesem auch in der justiziellen Anwendung eher unklaren Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vgl. MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, N 99 ff.

<sup>74</sup> Verordnung «Grenze», a.a.O. (Fn. 41), Art. 24 Abs. 1 lit. a und Abs. 3; Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3499, 3514

<sup>75</sup> Verordnung «Rückkehr», a.a.O. (Fn. 41), Erw. 24; Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3504.

<sup>76</sup> Verordnung «Rückkehr», a.a.O. (Fn. 41), Erw. 8; Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3504.

<sup>77</sup> Richtlinie 2008/115/EG des EP und des Rates v. 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (ABl. L 348 v. 24.12.2008, 98-107, SR 0.362.380.042, AS 2010 5935).

Die Datenkategorien in Art. 4 der Verordnung «Rückkehr» entsprechen logischerweise weitestgehend denjenigen in Art. 20 der Verordnung «Grenze».<sup>78</sup>

Rückkehr-, d.h. Ausreisepflicht- und Repatriierungsentscheide, müssen – wie Einreiseverbote – zwingend im SIS eingetragen werden.<sup>79</sup>

Möglich ist sodann nach Art. 9 Abs. 1, dass ein Staat nach einer Vorabkonsultation einem Drittstaatsangehörigen, der von einem anderen Staat zur Rückkehr oder zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben wurde, eine Aufenthaltsbewilligung (Aufenthaltstitel oder Visum für einen längerfristigen Aufenthalt) erteilt. Die Anfrage des erteilenden Mitgliedstaates muss der ausschreibende Mitgliedstaat innert zehn Tagen beantworten.<sup>80</sup> Die endgültige Entscheidung obliegt dem erteilenden Mitgliedstaat.<sup>81</sup>

## 2. Die Eurodac-Verordnungen

Eurodac wurde durch die Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 des Rates vom 11. Dezember 2000 über die Einrichtung von «Eurodac» für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens<sup>82</sup> errichtet.<sup>83</sup> Die Schweiz übernahm diese Verordnung mit dem Dublin-Assoziierungsabkommen (DAA).<sup>84</sup> Der Datenaustausch war strikte asyl- und migrationsbezogen.<sup>85</sup> Durch die Verordnung (EU) 603/2013 wurde die Eurodac-

<sup>78</sup> Ausnahmen: Art. 20 Abs. 2 lit. e, p, q; umgekehrt entsprechen in Art. 4 Abs. 1 Verordnung «Rückkehr» die lit. o und x bis z nicht jenen in Art. 20 Verordnung «Grenze». Vgl. Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3505 f.

<sup>79</sup> Verordnung «Rückkehr», (Fn. 41), Art. 3 Abs. 1; Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3473 f.

<sup>80</sup> Art. 9 Abs. 1 lit. b.

<sup>81</sup> Art. 9 Abs. 1 *in fine*.

<sup>82</sup> Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags (ABl. C 254 v. 19.8.1997, 1), abgelöst durch die Verordnung (EG) 343/2003 v. 18.12.2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (ABl. L 50 v. 25.2.2003, 1).

<sup>83</sup> Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 des Rates v. 11.1. 2000 über die Einrichtung von «Eurodac» für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens (ABl. L 316 v. 15.12.2000, 1).

<sup>84</sup> Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags v. 26.10.2001 (SR 0.142.392.68). Zur Geschichte des Dublin-Rechts vgl. SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Das europäische Asylrecht nach dem Vertrag von Lissabon, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny, Schengen und Dublin in der Praxis, Zürich/St. Gallen 2010, 55 ff., 67 ff.

<sup>85</sup> Art. 1 Abs. 1 der Verordnung (EG) 2725/2000 (Fn. 83). Vgl. zur grundlegenden Problematik: EDÖB, Jahresbericht 2018/19 (<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/26--taetigkeitsbericht-2018-20190/epaper-tb-26.html>), 22, betr. Einschränkung des Zugangs von Migrationsbehörden auf Polizeidatenbanken.

Datenbank auf den Abgleich von Daten zur *Gefahrenabwehr und Strafverfolgung* ausgeweitet. Die Verordnung (EU) 603/2013 (Dublin III-Verordnung)<sup>86</sup> und die Verordnung (EU) 604/2013 (Eurodac-Verordnung)<sup>87</sup> sind zwar nicht als Weiterentwicklungen gekennzeichnet, wurden von der Schweiz aber übernommen.<sup>88</sup>

In Bezug auf den Datenschutz gelten die Richtlinie (EU) 2016/680,<sup>89</sup> die von der Schweiz<sup>90</sup> übernommen worden ist, und die Eurodac-Verordnung (603/2013) selber.<sup>91</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass diese Richtlinie Anpassungen nicht nur von Bundeserlassen, sondern auch auf der kantonalen Ebene verlangt.<sup>92</sup>

### 3. Das Prüm-Abkommen und das Assoziierungsabkommen dazu

Das originäre Prüm-Abkommen vom 27. Mai 2005, eine Folge der Terroranschläge von «9/11» in den USA, ist (bisher) *nicht Bestandteil des Schengen-Besitzstandes* und war zunächst auch nicht EU-Recht, sondern ein völkerrechtliches

---

<sup>86</sup> Verordnung (EU) Nr. 603/2013 des EP und des Rates v. 26.6.2013 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 Europols 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. L 180 v. 29.6.2013, 31).

<sup>87</sup> Vgl. a.a.O., Fn. 22.

<sup>88</sup> Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) Nr. 603/2013 v. 26.9.2014 (AS 2015 2323, Notenaustausch); Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 v. 26.9.2014 (AS 2015 1841, Notenaustausch).

<sup>89</sup> Vgl. a.a.O., Fn. 70.

<sup>90</sup> Notenaustausch v. 1.9.2016, SR 0.362.380.079; Bundesgesetz v. 28.9.2018 über die Umsetzung (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes; AS 2019 625).

<sup>91</sup> Vgl. Erläuternder Bericht zur Genehmigung des Abkommens zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit (Prümer Zusammenarbeit) und des Eurodac-Protokolls zwischen der Schweiz und der EU sowie des Abkommens mit den Vereinigten Staaten von Amerika zur Verhinderung und Bekämpfung schwerer Straftaten sowie zu deren Umsetzung v. 13.12.2019 (Anpassung des Strafgesetzbuchs, des DNA-Profil-Gesetzes und des Asylgesetzes; [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3102/03\\_Erlaeuternder-Bericht.de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3102/03_Erlaeuternder-Bericht.de.pdf)) (im Folgenden: Erl. Ber. Prüm/Eurodac/PCSC) ([https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6019/87/cons\\_1/doc\\_3/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6019-87-cons\\_1-doc\\_3-de-pdf-a.pdf](https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6019/87/cons_1/doc_3/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6019-87-cons_1-doc_3-de-pdf-a.pdf)).

<sup>92</sup> Dieser Anpassungspflicht sind bis Ende 2021 neun Kantone mit entsprechenden Parlamentsbeschlüssen nachgekommen; davon sind bisher sechs angepasste Gesetze in Kraft getreten vgl. <https://www.privatim.ch/de/>.

Abkommen zwischen sieben EU-Staaten.<sup>93</sup> Abgeschlossen wurde es im rheinland-pfälzischen Prüm zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration. Um die Bekämpfung des Terrorismus und anderer schwerer grenzüberschreitender Straftaten zu verbessern, erliess der Rat in Umsetzung des sog. Haager Programms von 2005 den Beschluss 2008/615/JI vom 23. Juni 2008,<sup>94</sup> womit die wesentlichen Teile des Prümer Vertrages EU-Recht wurden.<sup>95</sup> Dieser Beschluss bedeutet(e) *ebenfalls keine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes*. Der Prümer-Vertrag und damit auch der Beschluss 2008/615/JI haben deshalb keinen direkten Bezug zum Dublin-Übereinkommen und den Dublin-Verordnungen.<sup>96</sup>

Um an dieser Form der Vertiefung der grenzüberschreitenden «Prümer» Zusammenarbeit teilnehmen zu können, hat die Schweiz am 27. Juni 2019 mit der EU ein Abkommen über die Anwendung einiger Bestimmungen der Beschlüsse 2008/615/JI und 2008/616/JI<sup>97</sup> abgeschlossen.<sup>98</sup> In der Botschaft des Bundesrates werden Vorlagen für die Genehmigung von insgesamt zwei Abkommen, einem Protokoll und der Änderungen von fünf Bundesgesetzen zusammengefasst.<sup>99</sup> Das Parlament hat dem Vertrag mit den USA über die Verhinderung und Bekämpfung schwerer Straftaten,<sup>100</sup> dem Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die «Prümer Zusammenarbeit» sowie dem Eurodac-Protokoll mit der EU und dem Fürstentum Liechtenstein<sup>101</sup> am 1. Oktober 2021 zugestimmt.<sup>102</sup>

Unter «Prüm» wird *der automatisierte DNA- und daktyloskopische Datenaustausch*<sup>103</sup> mit Blick auf die Bekämpfung von Terrorismus und anderen schweren

<sup>93</sup> Belgien, Deutschland, Spanien, Frankreich, Luxemburg, die Niederlande, Österreich.

<sup>94</sup> Beschluss 2008/615/JI des Rates v. 23.6.2008 zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität (ABl. L 210 v. 6.8.2008, 1). Schwierigkeiten ergaben sich daraus, dass die Materie in der damals noch gültigen 3-Säulen-Architektur der EU teils zur 1. Säule (EG) und teils zur 3. Säule (intergouvernementale Kooperation) gehörte. Der Beschluss wurde auch nie dem Parlament vorgelegt.

<sup>95</sup> A.a.O. (Fn. 94), Erw. 1-5, 9 f.

<sup>96</sup> Erl. Ber. Prüm/Eurodac/PCSC, a.a.O. (Fn. 91), 6 f.

<sup>97</sup> Beschluss 2008/616/JI des Rates v. 23.6.2008 zur Durchführung des Beschlusses 2008/615/JI zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität (ABl. L 210 v. 6.8.2008, 12).

<sup>98</sup> BBl 2021 742.

<sup>99</sup> Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung des Abkommens über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit (Prümer Zusammenarbeit) v. 5.3.2021 (BBl 2020 738; im Folgenden: Botschaft Prüm), 6/88 f.

<sup>99</sup> Vgl. [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3102/07\\_PCSC-Abkommen\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3102/07_PCSC-Abkommen_de.pdf) (im Folgenden: PCSC-Abkommen).

<sup>100</sup> Vgl. nachfolgend Fn. 104.

<sup>101</sup> BBl 2021 743.

<sup>102</sup> BBl 2021 2331, 2332.

<sup>103</sup> Vgl. Botschaft Prüm, a.a.O. (Fn. 99), 7/88.

Verbrechen geregelt. Von diesem automatischen Datenaustausch abhängig ist im Verhältnis zur Schweiz die Genehmigung des Abkommens mit den Vereinigten Staaten von Amerika zur Verhinderung und Bekämpfung schwerer Straftaten (PCSC-Abkommen) sowie zu dessen Umsetzung. Und davon wiederum hängt ab, dass die Schweiz am Visa-Waiver-Programm (VWP) weiterhin teilnehmen kann (vgl. nachfolgend 4.b).

#### 4. Das Abkommen Schweiz/USA über die Vertiefung der Zusammenarbeit bei der Verhinderung und Bekämpfung schwerer Straftaten

##### a. Cooperation in Preventing and Combating Serious Crime (PCSC)

Angeregt durch das Prümer Abkommen und seine Integration in das EU-Recht<sup>104</sup> wurde am 12. Dezember 2012 dieses Abkommen mit den Vereinigten Staaten von Amerika abgeschlossen.<sup>105</sup> Der bisherige Austausch von DNA-Profilen und Fingerabdruckdaten erfolgt via Interpol; ein automatisierter Abgleich ist so nicht möglich. Analog dem Prümer-Abkommen soll der diesbezügliche Datenaustausch zwischen den USA und der Schweiz automatisiert ermöglicht werden.<sup>106</sup> Nach diesem Vertrag dürfen die Befugnisse zum automatisierten Abruf von daktyloskopischen Daten und DNA-Profilen nur zum Zwecke der Verhinderung und Ermittlung einer schweren Straftat benützt werden (Art. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 4 und 6). Was als schwere Straftat gilt, ist im Anhang abschliessend aufgelistet (34 Delikte).

Der automatisierte Abgleich, die sog. erste Phase, erfolgt als *Hit/No-Hit-Auskunft* entsprechend den Vorgaben im Beschluss 2008/615/JI.<sup>107</sup> Bei einem Treffer erfolgt die Übermittlung personenbezogener Daten gestützt auf das innerstaatliche Recht der ersuchten Partei (Art. 7) über gesicherte Kanäle.<sup>108</sup>

##### b. Die Verknüpfung mit dem *Visa Waiver*-Programm mit den USA

Seit 1986 nimmt die Schweiz am *Visa Waiver*-Programm (VWP)<sup>109</sup> teil. Bereits 2009 haben die USA mitgeteilt, dass ein Prüm-ähnliches Programm ein neues Kri-

---

<sup>104</sup> PSC-Abkommen, BBl 2021 740, Erw. 6.

<sup>105</sup> Abkommen zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verhinderung und Bekämpfung schwerer Straftaten v. 12.12.2012 (BBl 2021 740; im Folgenden: PCSC-Abkommen).

<sup>106</sup> Erl. Ber. Prüm/Eurodac/PCSC, a.a.O. (Fn. 91), 9.

<sup>107</sup> Vgl. Fn. 94; Erw. 10, 18 und Art. 24 Ziff. 1 lit. a des Beschlusses 2008/615/JI.

<sup>108</sup> Erl. Ber. Prüm/Eurodac/PCSC, a.a.O. (Fn.91), 21; Botschaft Prüm, a.a.O. (Fn. 99), 55/88 (zu Art. 8).

<sup>109</sup> Einreise zu geschäftlichen oder touristischen Zwecken mit Aufenthalt bis 90 Tage ohne Visum, gegenseitig.

terium für die Fortsetzung des VWP sei.<sup>110</sup> Demnach ist die Assoziierung der Schweiz an das Prümer Programm, die ihrerseits mit den ergänzten Eurodac-Regelungen verknüpft ist, eine Bedingung für den Verbleib der Schweiz im VWP.

Das Parlament hat auch diesem Abkommen (PCSC) am 1. Oktober 2021 zugestimmt.<sup>111</sup>

## 5. Die neue Interoperabilitäts-Regelung durch insgesamt sechs Verordnungen

### a. Übersicht

Entsprechend dem derzeitigen rechtlichen und technischen System werden die Datenbanken im Schengen- und Dublin-System getrennt geführt. Schon jetzt können Grenzkontroll-, Migrations- und Strafverfolgungsbehörden gestützt auf die Verordnung (EU) 603/2013 (vgl. oben IV.2., S. 16) auf diese verschiedenen Informationssysteme zugreifen. Da diese technisch nicht miteinander verbunden sind, bedingt dies Abfragen in jedem einzelnen System. Dadurch besteht das Risiko, dass wesentliche Zusammenhänge nicht erfasst werden, sei es, dass eine (auch) relevante Datenbank nicht abgefragt oder aber ein Zusammenhang nicht erkannt wird.<sup>112</sup> Diese Gefahr besteht insbesondere bei fremdsprachigen Namen mit unklarer Schreibweise oder bei der Verwendung gefälschter Identitätsausweise, so etwa beim Versuch, ein Einreisevisum zu erschleichen, wenn gegen diese Person eine im SIS publizierte Einreisesperre besteht. Die im Visa-Informationssystem (VIS) gespeicherten Fingerabdrücke dieser Person werden bislang nicht mit den im SIS vorhandenen Daten abgeglichen.

Mit der Interoperabilität zwischen den EU-Informationssystemen werden Identitätsdaten, Daten in Reisedokumenten und biometrische Daten (Fingerabdrücke und Gesichtsbilder) von Drittstaatsangehörigen automatisiert abgeglichen. Kriminelle Personen, welche falsche Identitäten benutzen oder über die nur unvollständige Informationen gespeichert sind, können so identifiziert werden.<sup>113</sup> In der Botschaft des Bundesrates über die Genehmigung der Übernahme der Interoperabilitäts-Verordnungen wird der Unterschied klar dargestellt.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> Erl. Ber. Prüm/Eurodac/PCSC, a.a.O. (Fn. 91), 9; Botschaft Prüm, a.a.O. (Fn. 99), 3/88.

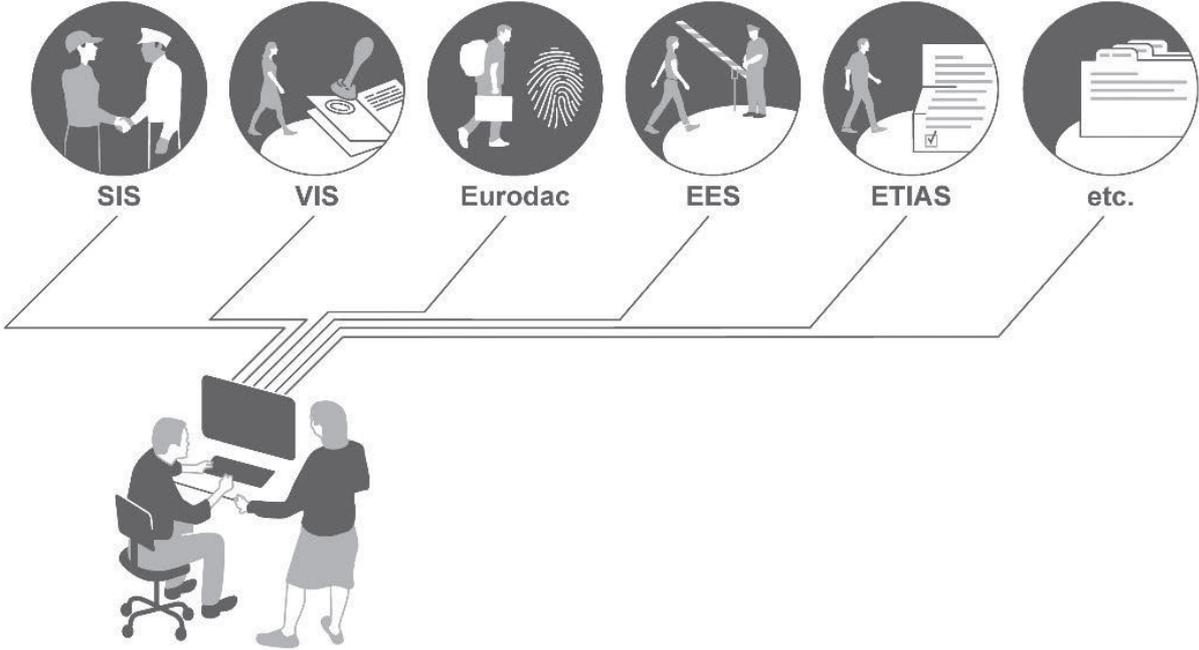
<sup>111</sup> AS 2021 2331.

<sup>112</sup> Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung und Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnungen (EU) 2019/817 und (EU) 2019/818 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes) v. 2.9.2020 (BBl 2020 7983) (im Folgenden: Botschaft Interoperabilität), 7989.

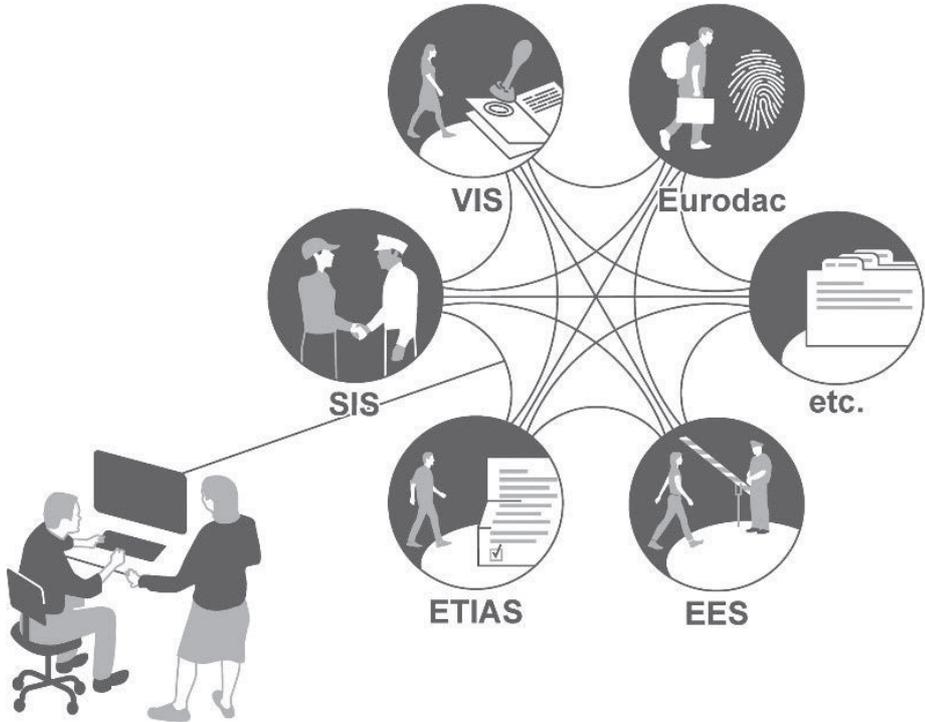
<sup>113</sup> Botschaft Interoperabilität, a.a.O. (Fn. 112), 7990. Die Verordnungen (EU) 2019/817 und (EU) 2019/818 wurden mit Bundesbeschluss v. 19.3.2021 (BBl 2021 674) übernommen.

<sup>114</sup> Botschaft Interoperabilität, a.a.O. (Fn. 112), 7990.

Bisher:



Gemäss Interoperabilität:



Es werden die folgenden neuen Interoperabilitäts-Komponenten geschaffen:

- Ein neues Europäisches Suchportal (ESP);
- ein gemeinsamer Dienst für den Abgleich biometrischer Daten (sBMS<sup>115</sup>);
- ein gemeinsamer Speicher für Identitätsdaten (CIR), der Daten zu den Reisedokumenten und biometrische Daten von Drittstaatsangehörigen aus mehreren EU-Informationssystemen enthält;
- ein Detektor für Mehrfachidentitäten (MID: Multiple Identity Detector), mit dem sich Verknüpfungen zwischen Daten aus den angeschlossenen Systemen aufzeigen (sog. MID Verknüpfungen) und die Nutzung falscher oder mehrerer Identitäten aufdecken lassen.<sup>116</sup>

Erfasst werden von der Interoperabilität die folgenden Daten-Systeme:

- das SIS;
- das Visa-Informationssystem (C-VIS);
- Eurodac;
- das Europäische Strafregisterinformationssystem für Drittstaatenangehörige (ECRIS-TCN);<sup>117</sup>
- das Ein- und Ausreisesystem (EES: Entry/Exit-System);
- das Europäische Reiseinformations- und Genehmigungssystem (ETIAS: European Travel Information and Authorisation System);<sup>118</sup>
- die Europol-Daten und
- die Interpol-Datenbanken über gestohlene und verlorene Reisedokumente sowie Ausschreibungen von Personen mit entsprechenden Reisedokumenten.<sup>119</sup>

Es werden jedoch *keine neuen Daten* erhoben.<sup>120</sup>

Kernstück des technischen Interoperabilitätssystems bilden die vier neuen Zentralkomponenten: Europäisches Suchportal (ESP: European Search Portal), Gemeinsamer Dienst für den Abgleich biometrischer Daten (sBMS), Gemeinsamer Speicher für Identitätsdaten (CIR: Common Identity Repository) und Detektor für Mehrfachidentitäten (MID).<sup>121</sup> Der Zugang dazu erfolgt über ein (neues) *National Uniform Interface* (NUI). Wiederum erklärt eine Grafik in der Botschaft den *Interoperabilitäts-Mechanismus*:<sup>122</sup>

<sup>115</sup> Abkürzung für *shared biometric matching service*.

<sup>116</sup> Botschaft Interoperabilität, a.a.O. (Fn. 112), 7991.

<sup>117</sup> ECRIS: European Criminal Information System, TCN: Third Country National.

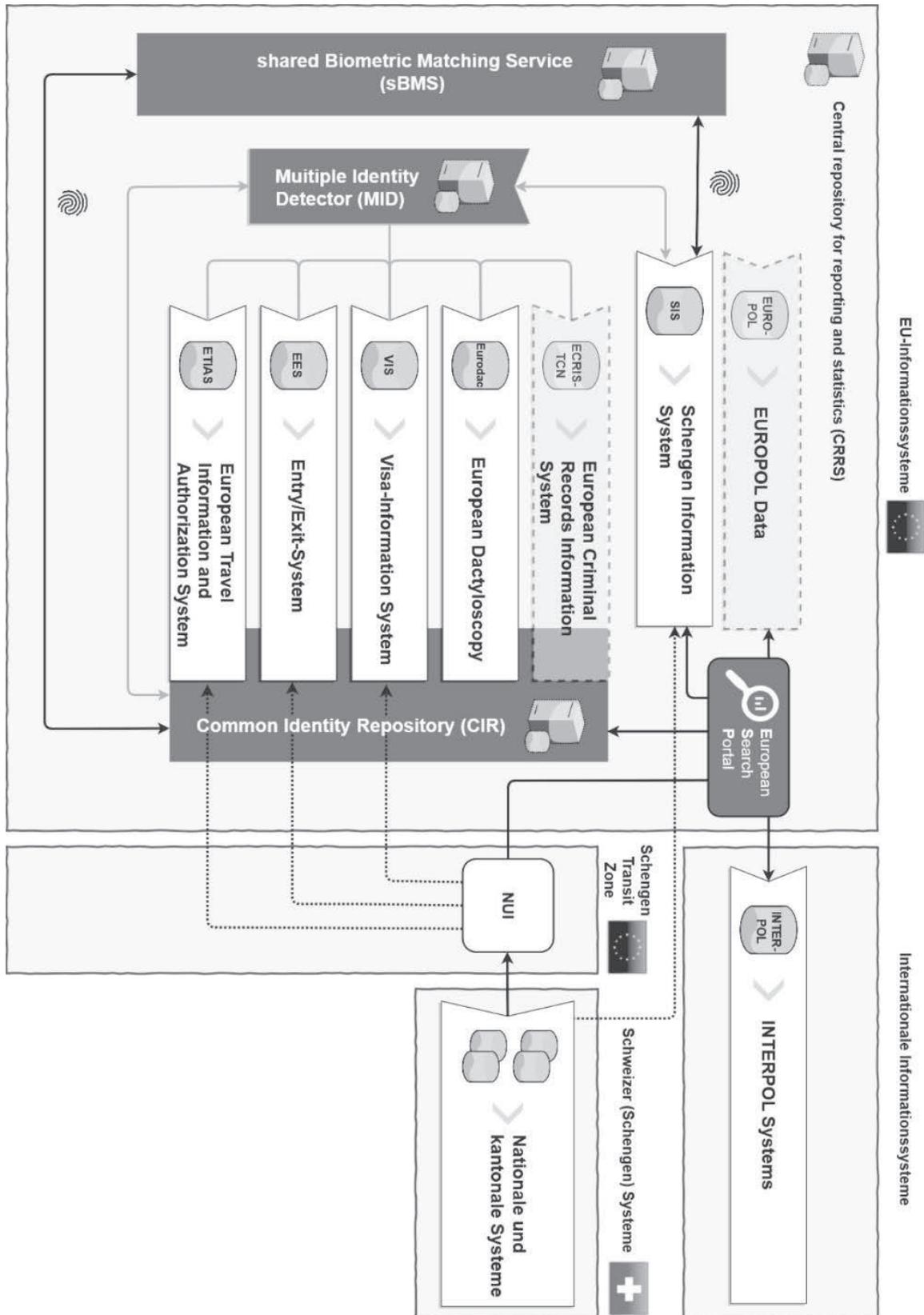
<sup>118</sup> Eingeführt durch Verordnung (EU) 2018/1240 des EP und des Rates v. 12.9.2018 über die Einrichtung eines Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ETIAS) und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1077/2011, (EU) Nr. 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 und (EU) 2017/2226 (ABl. L 236 v. 19.9.2018, 1), übernommen durch Bundesbeschluss v. 25.9.2020 (BBl 2020 7911).

<sup>119</sup> Botschaft Interoperabilität, a.a.O. (Fn. 112), 8000 f.

<sup>120</sup> Botschaft Interoperabilität, a.a.O. (Fn. 112), 7991, 7998. Vgl. dazu jedoch unten IV.5.b.aa.ii, S. 28 f., und bb.ii., S. 32.

<sup>121</sup> Botschaft Interoperabilität, a.a.O. (Fn.112), 8004 ff.

<sup>122</sup> Botschaft Interoperabilität, a.a.O. (Fn.112), 8004.

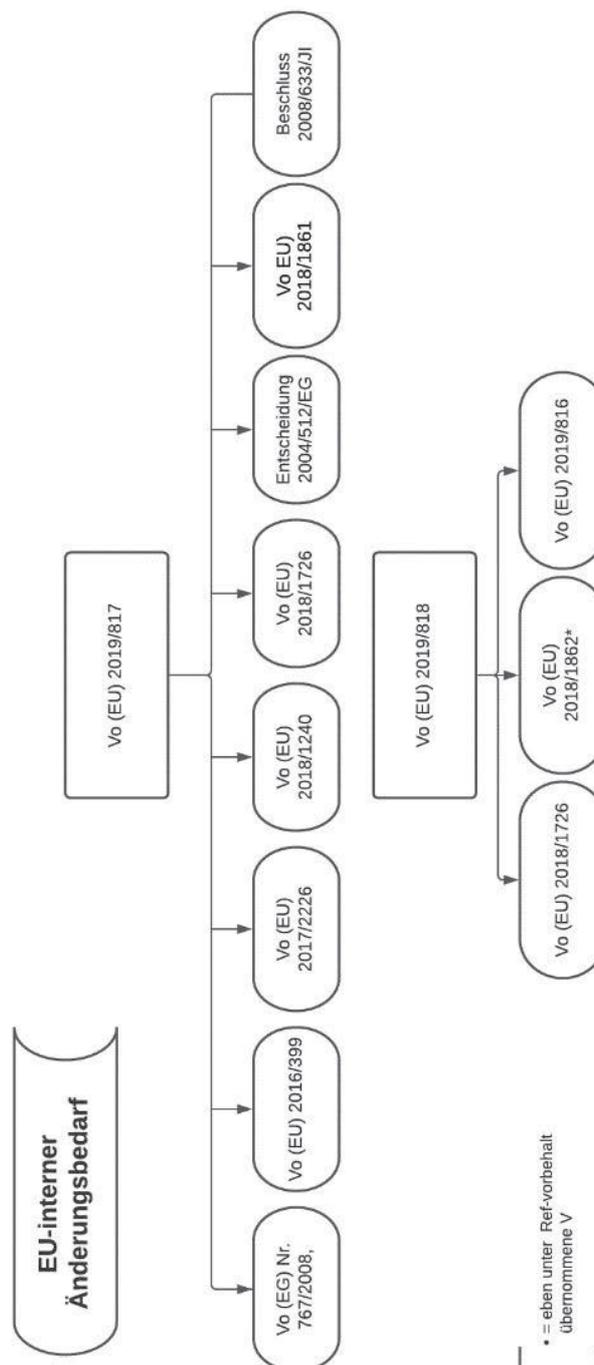


b. Anpassungsbedarf

aa. Im EU-Recht

i. Erster Schritt

In einem ersten Schritt bewirken die beiden Verordnungen einen erheblichen Anpassungsbedarf zunächst im EU-Recht hinsichtlich der jeweiligen Datenbanken-inhalte. Eine grosse Anzahl bestehender Verordnungen, die im Titel der beiden IOP-Verordnungen aufgeführt sind, wurden durch die Annahme derselben bereits geändert.



## ii. Zweiter Schritt

In einem zweiten Schritt folgten am 7. Juli 2021 vier weitere *datenrechtliche* Verordnungen. Sie schaffen die Rechtsgrundlagen für die *Interoperabilität*, d.h. für die eigentliche *Verbindung der Datensysteme* in zwei ausländerrechtlichen Bereichen. Der eine Bereich betrifft die Voraussetzungen für die *Erteilung von Visen* bei der Neugestaltung der bisherigen VIS-bezogenen Verordnungen. Der zweite Bereich betrifft die *Einreisegenehmigungen* für den Schengenraum für Personen aus nicht visumpflichtigen Ländern (ETIAS). Dabei kommt es zu Überlappungen, da die Daten im ETIAS-System auch für die Erteilung von Visen massgebend sind.

Mit diesen beiden Verordnungen (EU) 2021/1133<sup>123</sup> und (EU) 2021/1134<sup>124</sup> wird das Visumsinformationssystem erneuert.<sup>125</sup> Während die Verordnung (EU) 2021/1133 im Rahmen des *Visumssystems* zur Hauptsache der eigentlichen Interoperabilität und den Bedingungen zum Zugang zu diesem Gesamtsystems gewidmet ist, stellt die Verordnung (EU) 2021/1134 gestützt auf die Interoperabilität die (teilweise neu definierten) Daten für die *Kriterien zur Erteilung eines Visums* auf. Zu nennen sind insbesondere die folgenden Kriterien:

- die Verfügbarkeit biometrischer Daten;
- die Herabsetzung des Kindesalters für die Abnahme von Fingerabdrücken von 12 auf 6 Jahre;
- die Risikobewertung durch Einbezug der Daten von VIS, SIS, EES, ECRIS-TCN,<sup>126</sup> Europol, Interpol (gestohlene/verlorene [SLTD<sup>127</sup>]) und zugeordnete Reisedokumente (TDAWN<sup>128</sup>) sowie der ETIAS-Überwachungsliste,

---

<sup>123</sup> Verordnung (EU) 2021/1133 des EP und des Rates v. 7.7.2021 zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 603/2013, (EU) 2016/794, (EU) 2018/1862, (EU) 2019/816 und (EU) 2019/818 hinsichtlich der Festlegung der Voraussetzungen für den Zugang zu anderen Informationssystemen der EU für Zwecke des Visa-Informationssystems (ABl. L 248 v. 13.7.2021, 1);

<sup>124</sup> Verordnung (EU) 2021/1134 des EP und des Rates v. 7.7.2021 zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EG) Nr. 810/2009, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1860, (EU) 2018/1861, (EU) 2019/817 und (EU) 2019/1896 des EP und des Rates und zur Aufhebung der Entscheidung 2004/512/EG und des Beschlusses 2008/633/JI (ABl. L 248 v. 13.7.2021, 11).

<sup>125</sup> Botsch. betr. zur Genehmigung und Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnungen (EU) 2021/1133 und (EU) 2021/1134 zur Reform des Visa-Informationssystems und der damit verbundenen Bedingungen für den Zugang zu anderen EU-Informationssystemen für VIS-Zwecke (Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands) sowie zur Änderung des Ausländer- und Integrationsgesetzes (Zugriff auf den CIR und Zugang zu den Daten von drei EU-Informationssystemen) (BBl 2022 1421), 24 ff.

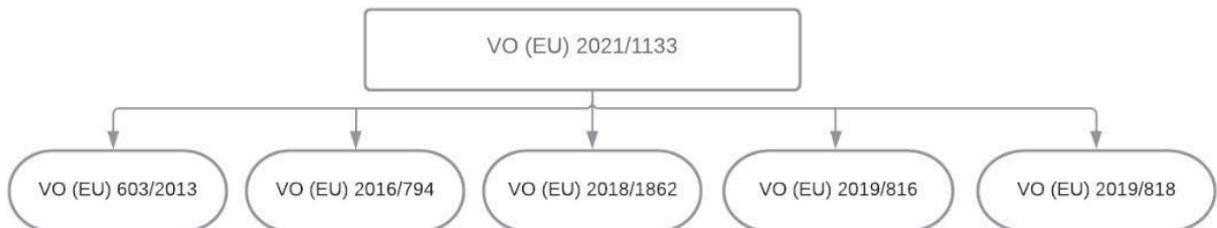
<sup>126</sup> ECRIS TCN ist für die Schweiz derzeit noch nicht einbeziehbar; dafür bedarf es eines weiteren separaten Abkommens.

<sup>127</sup> Abkürzung für *Stolen or lost travel documents*.

<sup>128</sup> Abkürzung für *Travel documents associated with notices* (Interpol Notices: Ausschreiben von gesuchten [rot] und vermissten [gelb] Personen).

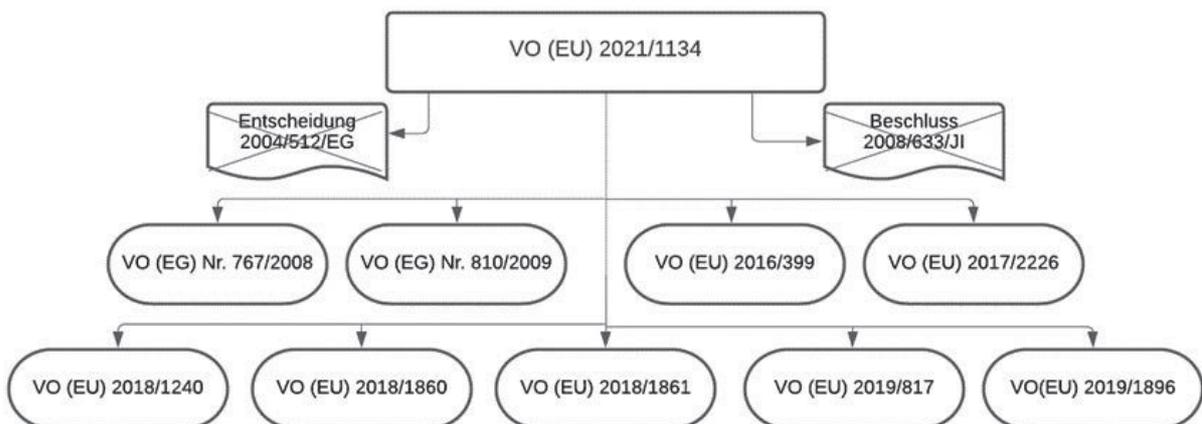
- die Verpflichtung die Datenbanken CIR und MID zu prüfen (und Antragstellende darin neu ins System einzugeben);
- die Regelung einer leicht zugänglichen Beschwerdemöglichkeit bei Ablehnung eines Visumantrages.

Um die Verknüpfungen der jüngst erlassenen Verordnungen und damit die Änderungen vorbestandener Rechts deutlich zu machen, werden sie grafisch dargestellt.

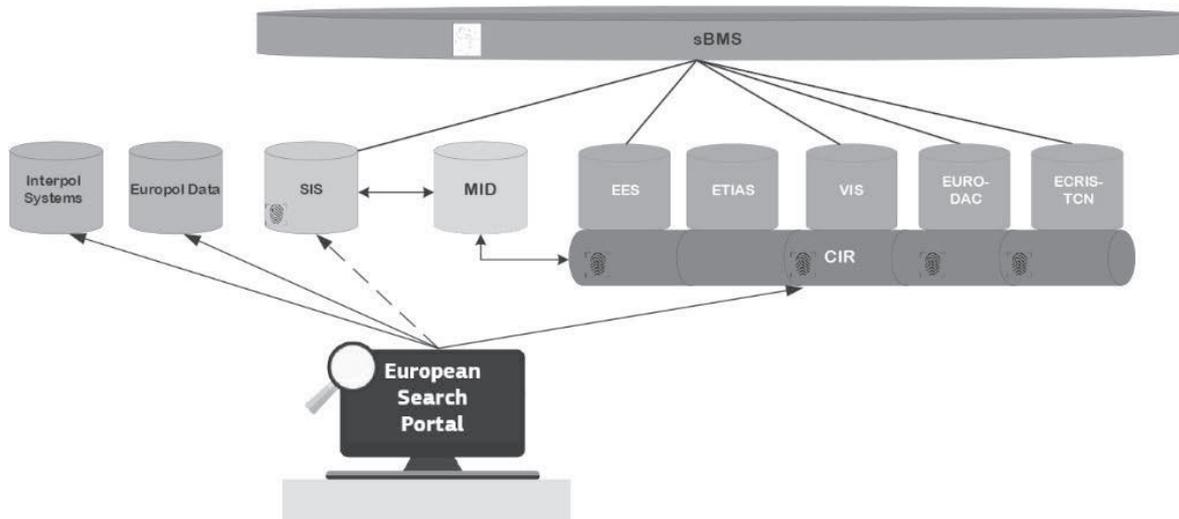


Die *visumsbezogene* Verordnung (EU) 2021/1133 enthält selber keine materiell-rechtlichen Bestimmungen, sondern ausschliesslich Änderungen vorbestandener EU-Verordnungen, darunter auch der zuvor erlassenen Verordnung (EU) 2020/818.

Dasselbe gilt in Bezug auf die visumsbezogene Verordnung (EU) 2021/1134: auch diese Verordnung enthält selber keine materiell-rechtlichen Normen, sondern ändert, teilweise durch Ergänzung ihrer Zielsetzungen, vorbestehende Verordnungen an.



Diese Verordnungsänderungen bewirken, dass über das Europäische Suchportal (ESP) Daten aus den verschiedenen Systemen zum *Drittausländerrecht* und zur Verhütung und Aufdeckung von terroristischen oder anderen schweren Straftaten bezogenen Daten zusammengeführt und einfach abgefragt werden können.



Quelle: Botsch. zu VO (EU) 2021/ 1133 und 2021/1134, a.a.O. (Fn.125), 19/98

*Konsolidierungen* dieses höchst detaillierten Datenbearbeitungsrechts in Bezug auf die Verknüpfung der einzelnen Rechtsgrundlagen für die entsprechenden Datenbanken, die gesamthaft für die Erteilung von Visen und die Einreisegenehmigung von Personen aus nicht visumpflichtigen Ländern massgebend sind, erfolgten bisher nicht.

Eine fünfte Verordnung (EU) 2021/1148<sup>129</sup> errichtet ein Instrument für die finanzielle Hilfe in den Bereichen Grenzverwaltung und Visumpolitik im Rahmen des Fonds für integrierte Grenzverwaltung. Es handelt sich dabei um einen Solidaritätsfonds zur Unterstützung insbesondere jener Schengen-Staaten, die aufgrund ihrer ausgedehnten See- und/oder Landaussengrenzen oder bedeutenden internationalen Flughäfen von besonderen Aufwendungen betroffen sind.

bb. Für die Schweiz

i. Änderungen im ersten Schritt

Die Schweiz hat die Übernahme der beiden ersten IOP-Verordnungen (2109/817 und 818) beschlossen.<sup>130</sup> Die Verordnung (EU) 2019/817 (IOP-Grenzen) bedeutet für die Schweiz uneingeschränkt eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes (Erw. 81). Demgegenüber stellt die Verordnung (EU) 2019/818 (IOP-Polizei) nur soweit, als sich ihre Bestimmungen auf das SIS nach Massgabe der Verordnung (EU) 2018/1862 («Polizei») beziehen, eine Weiterentwicklung dar (Erw. 77). Das wirft mehrere Fragen auf (nachfolgend V.6.).

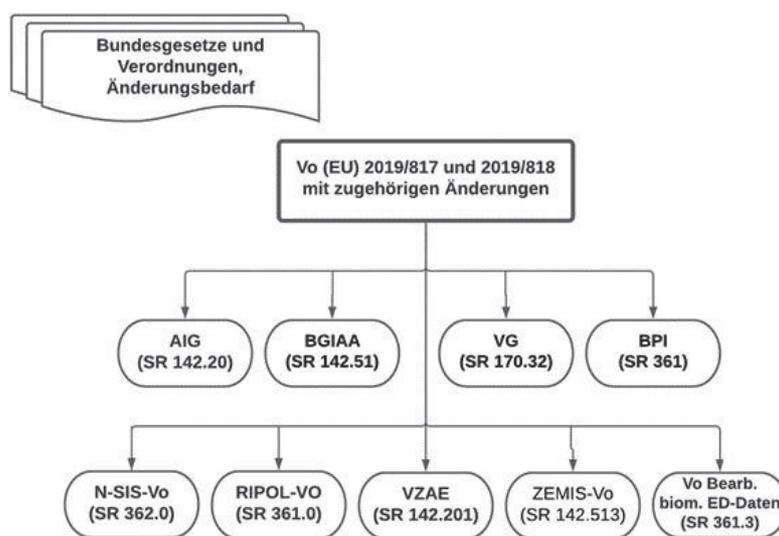
<sup>129</sup> Verordnung (EU) 2021/1148 des EP und des Rates v. 7.7.2021 zur Schaffung eines Instruments für finanzielle Hilfe im Bereich Grenzverwaltung und Visumpolitik im Rahmen des Fonds für integrierte Grenzverwaltung (ABl. L 251 v. 15.7.2021, 48).

<sup>130</sup> Bundesbeschluss v. 19.3.2021, BBl 2021 674.

Diese beiden sog. IOP-EU-Verordnungen enthalten Bestimmungen, welche direkt anwendbar sind, aber auch solche, welche der landesrechtlichen Konkretisierung bedürfen.<sup>131</sup>

Für die Schweiz ergibt sich daher bereits für den oben beschriebenen ersten Schritt die Notwendigkeit der Änderungen von Bundesgesetzen und Verordnungen, um die Vorteile der Interoperabilität der Schengener Informationssysteme und das schweizerische Recht miteinander in Übereinstimmung zu bringen und nutzen zu können. Da die Verordnung (EU) 2019/816<sup>132</sup> keine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes darstellt, ist zu prüfen, ob auch eine Interoperabilität für die Schweiz mit dem System für die Ermittlung von Informationen zu Verurteilungen von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen (ECRIS-TCN), die in Mitgliedstaaten vorliegen, hergestellt werden kann.<sup>133</sup> Und weil die Schweiz derzeit über keinen direkten Zugriff auf Europol-Daten verfügt,<sup>134</sup> wird derzeit geprüft, ob die Schweiz vertraglich einen solchen direkten Zugriff erhalten kann oder ob die EU den assoziierten Schengen-Staaten einen direkten Zugriff über das Europäische Suchportal (ESP) gewährt.<sup>135</sup>

Die notwendigen Änderungen von Erlassen gemäss der Verordnung (EU) 2019/818 lassen sich grafisch wie folgt zusammenfassen:



<sup>131</sup> Botschaft Interoperabilität, a.a.O. (Fn. 112), 8020.

<sup>132</sup> Verordnung (EU) 2019/816 v. 17.4.2019 zur Einrichtung eines zentralisierten Systems für die Ermittlung der Mitgliedstaaten, in denen Informationen zu Verurteilungen von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen (ECRIS-TCN) vorliegen, zur Ergänzung des Europäischen Strafregisterinformationssystems und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1726 (ABl. L 135 v. 22.5.2019,1).

<sup>133</sup> Botschaft Interoperabilität, a.a.O. (Fn. 112), 8001.

<sup>134</sup> Art. 8 f. des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Europäischen Polizeiamt, abgeschlossen am 24.9.2004 (SR 0.362.2). Erl. Ber. Zur Übernahme der Verordnung (EU) 2021/1150 und 1152 v. 11.8.2021 (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/1888/de>; im Folgenden; Erl. Ber. 1150/2), 11/83.

<sup>135</sup> Botschaft Interoperabilität, a.a.O. (Fn. 112), 8001.

## ii. Änderungen im zweiten Schritt

Wie bereits angeführt (vgl. oben IV.5.b.bb.i.), wird das System zur Erteilung von Visen erneuert und durch neue Kriterien ergänzt; es wird dadurch mit den Interoperabilitätsverknüpfungen verdichtet. Wenn im Erläuternden Bericht ausgeführt wird, diese Verordnungen (EU) 2021/1133 und 1134 seien direkt anwendbar,<sup>136</sup> so ist dies insofern zu relativieren, als rund dreissig Änderungen im Ausländergesetz,<sup>137</sup> im Bundesgesetz über das Informationssystem im Ausländer- und Asylbereich<sup>138</sup> und im Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes<sup>139</sup> als notwendig erscheinen.<sup>140</sup>

Durch die Verordnungen (EU) 2021/1150<sup>141</sup> und 1152<sup>142</sup> wird das eben geschaffene ETIAS-System bereits wieder geändert.<sup>143</sup> Dies hat in der Schweiz zur Folge, dass landesrechtliche Bestimmungen an die EU-Vorgaben angepasst werden müssen, wodurch für die zuständigen Behörden auch ETIAS-bezogene Zugriffe auf spezifische schweizerische Datenbanken (z.B. Orbis, Vostra) ermöglicht werden.<sup>144</sup> Materiell-rechtlicher Hauptpunkt ist indessen, dass alle *Drittausländer*, d.h. Personen, die nicht Angehörige von Schengen-Mitgliedstaaten sind, sowie Angehörige von Andorra, Monaco, San Marino und Vatikanstadt,<sup>145</sup> vor Antritt der Reise eine Einreisegenehmigung in den Schengenraum benötigen.<sup>146</sup> Dies gilt auch für *Staatsangehörige aus visumsbefreiten Ländern*,<sup>147</sup> so etwa aus dem Vereinigten Königreich.<sup>148</sup> Zudem bedeutet die erweiterte Interoperabilität, dass sowohl kürzer- als auch längerfristige Visen nur nach Prüfung der Bedingungen für eine Einreise nach ETIAS ausgestellt werden können.<sup>149</sup> In diesem Zusammenhang ergeben sich auch Änderungen für Beförderungsunternehmer wie Flugge-

---

<sup>136</sup> Erl. Ber. 1133/4, a.a.O. (Fn. 125), 28. Botschaft v. 18.5.2022 (BBl 2022).

<sup>137</sup> Bundesgesetz v. 16.12.2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20).

<sup>138</sup> Bundesgesetz v. 20.6.2003 (BGIAA, SR 142.51).

<sup>139</sup> Bundesgesetz v. 13.6.2008 (BPI, SR 361).

<sup>140</sup> Vgl. Erl. Ber. 1133/4, a.a.O. (Fn. 125), 33 ff.

<sup>141</sup> Verordnung (EU) 2021/1150 des EP und des Rates v. 7.7.2021 zur Änderung der Verordnungen (EU) 2018/1862 und (EU) 2019/818 hinsichtlich der Festlegung der Bedingungen für den Zugang zu anderen EU-Informationssystemen für die Zwecke des Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ABl. L 249 v. 14.7.2021, 1).

<sup>142</sup> Verordnung (EU) 2021/1152 des EP und des Rates v. 7.7.2021 zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1860, (EU) 2018/1861 und (EU) 2019/817 hinsichtlich der Festlegung der Bedingungen für den Zugang zu anderen EU-Informationssystemen für die Zwecke des Europäischen Reiseinformations- und -genehmigungssystems (ABl. L 249 v. 7.7.2021, 15).

<sup>143</sup> Erl. Ber. 1150/2, a.a.O. (Fn. 134), 12/83. Vgl. Botschaft v. 18.5.2022 (BBl 2022 1449), 2 ff.

<sup>144</sup> Erl. Ber. 1150/2, a.a.O. (Fn. 134), 3/83, 45/83, 51/83.

<sup>145</sup> Erl. Ber. 1150/2, a.a.O. (Fn. 134), 42/83.

<sup>146</sup> Erl. Ber. 1150/2, a.a.O. (Fn. 134), 12/83.

<sup>147</sup> Vgl. Liste im Erl. Ber. 1150/2, a.a.O. (Fn. 134), 42/83.

<sup>148</sup> Erl. Ber. 1150/2, a.a.O. (Fn. 134), 42/83.

<sup>149</sup> Erl. Ber. 1133/4, a.a.O. (Fn. 125), 9.

sellschaften in Bezug auf deren Pflicht zu «überprüfen, ob Drittstaatsangehörige, die der Reisegenehmigungspflicht unterliegen, im Besitz einer gültigen Reisegenehmigung sind oder nicht».<sup>150</sup> Fällt der dafür eingerichtete Web-Dienst<sup>151</sup> technisch aus, haben diese eine Mitteilungspflicht an die ETIAS-Stelle des betroffenen Schengen-Einreise-Staates.<sup>152</sup>

In Bezug auf den *Rechtsschutz* bei Ablehnung einer Einreisegenehmigung gestützt auf eine Verfügung gemäss ETIAS ist eine neue technische und verwaltungsgerichtliche Verfahrensart vorgesehen. Zuständig hierfür ist das Bundesverwaltungsgericht.<sup>153</sup> Um einerseits im Ausland hoheitsrechtliche Schranken zu beachten und andererseits u.U. postalische Schwierigkeiten zu vermeiden, wird eine *Plattform für ein ETIAS-Beschwerdeverfahren* eingerichtet.<sup>154</sup> Der gesamte Schriftverkehr, von der Einreichung der Beschwerde über den Schriftenwechsel im Vernehmlassungsverfahren bis zur Zustellung des Gerichtsurteils, erfolgen mit gesicherten Formularen über diese Plattform.

Problematisch erscheint jedoch der Einbezug von Daten gemäss dem Bundesgesetz vom 25. September 2020 über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT)<sup>155</sup> mit seinen den Bestimmtheitsanforderungen nicht genügenden Umschreibungen von «terroristischer Aktivität» und «terroristischer Gefährder».<sup>156</sup> Unklar bleibt dabei, was es bedeutet, dass die von fedpol bearbeiteten Informationen im Bereich der Terrorismusbekämpfung «in einem verhältnismässigen Umfang zur Verfügung stehen» sollen.<sup>157</sup>

## V. Anmerkungen

### 1. Komplexität

Wie bereits einleitend (II.1-3) festgehalten, wird die Komplexität übergross. Das aufgebaute Rechtssystem ist ob der Vielfalt der unterschiedlichen Rechtsebenen und der vielen in Beziehung zueinanderstehenden Rechtsquellen kaum mehr überblickbar. Dies dürfte dazu führen, dass es in der *Rechtsanwendung* zu einer Teilung und Spaltung zwischen Justiz/Wissenschaft und Praxis einerseits sowie zwi-

<sup>150</sup> Art. 45 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2018/1240, a.a.O. (Fn. 118).

<sup>151</sup> Art. 6 Abs. 2 lit. k der Verordnung (EU) 2018/1240.

<sup>152</sup> Erl. Ber. 1133/4, a.a.O. (Fn. 125), 21, Erl. Ber. 1150/2, a.a.O. (Fn. 134), 66/83.

<sup>153</sup> Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 31 des Bundesgesetzes v. 17.6.2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32), Art. 5 und 47 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes v. 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), Art. 67 AIG, a.a.O. (Fn. 137).

<sup>154</sup> Erl. Ber. 1150/2, a.a.O. (Fn. 134), 48 f.

<sup>155</sup> BBl 2020 7741.

<sup>156</sup> Vgl. MARKUS MOHLER, PMT-Gesetz: Wichtige Bestimmungen sind weder verfassungs- noch EMRK-konform, *sui generis* 2021, 135 ff., N 14 ff., 22 ff.

<sup>157</sup> Er. Ber. 1150/2, a.a.O. (Fn. 134), 69/83.

schen der EU und der Schweiz bzw. den mit Schengen/Dublin assoziierten Staaten andererseits kommen dürfte. Diese zweite Differenz liegt daran, dass der EuGH in seinem Gutachten 2/13<sup>158</sup> den Beitritt zur EMRK abgelehnt und die EU in der Folge die Europaratskonvention über den Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten<sup>159</sup> nicht unterzeichnet hat, obwohl die Konvention Nicht-Mitglied-Staaten des Europarates zum Beitritt offensteht. Eine tabellarische Darstellung soll diese Diskrepanz deutlicher machen:

Rechtsebene	Rechtsquellen	Justiz/ Wissensch. EU	Justiz/ Wissensch. CH	Praxis CH
Global	UNO Pakt II	X	X	X
Europa	EMRK		X	X
	ER-DS-Konvention autom. Datenverarb.		X	X
EU Schengen/ Dublin	Grundrechts-Charta	X	(x)	
	VO/RL SIS-Handbücher	X X	X X	X X
Bund	BV Bundesgesetze		X X	X X
Kanton	Kant. Gesetze Weisungen		X X	X X

## 2. Der Schaden am SIS-System durch Brexit

Durch den Brexit wurde das Vereinigte Königreich aus dem SIS ausgeschlossen und hat auch keinen direkten Zugang mehr zu den Europol-Datenbanken (EIS).<sup>160</sup>

<sup>158</sup> Gutachten 2/13 des Gerichtshofs v. 18.12.2014 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=DE>): «Die Übereinkunft über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist nicht mit Art. 6 Abs. 2 EUV und dem Protokoll (Nr. 8) zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vereinbar».

<sup>159</sup> Die *Neufassung* der ursprünglichen Konvention ETS 108 (SR 01.103.1) samt Zusatzprotokoll ETS 181 (SR 0.103.11), d.h. das Zusatzprotokoll v. 10.10.2018, ETS 223, ist bisher nicht in Kraft getreten. Bei Weitem haben auch nicht alle Vertragsparteien der Konvention 108 das Protokoll ETS 223 unterzeichnet, geschweige denn ratifiziert (auch die Schweiz nicht), wie dies Art. 37 Abs. 1 für das Inkrafttreten voraussetzt.

<sup>160</sup> Art. 8 des Abkommens über den Austritt des Vereinigten Königreichs Grossbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft v. 31.1.2020 (ABl. L 29 v. 31.1.2020, 7). Vor dem Ablauf des Übergangszeitraumes am 31.12.2020 galten gewisse Ausnahmebestimmungen der Zusammenarbeit in den Bereichen der Strafverfolgung in laufenden Verfahren sowie der polizeilichen Zusammenarbeit und

Dies ist auch für die Schweiz von erheblicher Bedeutung, sind doch bspw. Jihad-bezogene Fahndungstreffer in der Schweiz auf britische Eingaben in das SIS zurückzuführen.<sup>161</sup> Die Schweiz hat am 15. Dezember 2020 mit dem Vereinigten Königreich deshalb ein Polizeikooperationsabkommen<sup>162</sup> abgeschlossen, das am 14. Oktober 2021 in Kraft getreten ist.<sup>163</sup>

### 3. Zur nationalen Schnittstelle gemäss Interoperabilität

Wie aus der vorstehenden Grafik des Interoperabilitäts-Mechanismus ersichtlich ist, wird das bisherige N-CIS nicht dargestellt. Stattdessen findet sich ein «NUI» (*National Uniform Interface*). Durch Art. 60 der Verordnung 2019/818 wurde Art. 4 der Verordnung 2018/1862 bereits geändert. Danach besteht das N-SIS weiter. Dazu wird ein NI-SIS als Kommunikationsinfrastruktur eingeführt. Hingegen kommt der in der Grafik verwendete Begriff der NUI in der geänderten Verordnung nicht vor. Ob NI-SIS dem NUI entspricht oder ob das bisherige N-SIS dem NUI technisch einfach vorgelagert wird, ist nicht klar.<sup>164</sup> Sodann wird in Art. 4 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EU) 2018/1862 durch die Interoperabilitäts-Verordnung eine neue alinea 8 eingefügt, wonach «SIS-Daten zu Personen und Ausweispapieren auch über das ESP (*European Search Portal*) abgefragt werden» können. Über dieses Portal werden die anderen Datenbanken für die Abfrage miterfasst. Damit scheint sich die bisherige SIS-Abfrage über das N-CIS zu erübrigen. Die Funktionalität dieser Schnittstellen erscheint jedoch vorderhand unklar. Für die erforderliche Ausbildung als Voraussetzung für die Befugnis der Endbenutzer zur Benützung des Systems (vgl. oben IV.1.) besteht jedenfalls Klärungsbedarf.

---

dem Austausch von Informationen gemäss Art. 63 Abs. 1. Art. 63 Abs. 2 gewährte dem Vereinigten Königreich das Recht, nach dem Ablauf des Übergangszeitraums noch höchstens ein Jahr lang die Netzanwendung für sicheren Datenaustausch (SIENA) in dem Umfang zu benutzen, wie es u.a. zur Anwendung des Rahmenbeschlusses 2006/960/JI (Vereinfachung des Datenaustausches) notwendig war.

<sup>161</sup> Vgl. JULIAN KAMASA, Brexit und innere Sicherheit, NZZ v. 27.1.2021, 18.

<sup>162</sup> Agreement between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Swiss Confederation on Police Cooperation (<https://www.gov.uk/government/publications/ukswitzerland-agreement-on-police-cooperation-cs-switzerland-no12021>).

<sup>163</sup> AS 2021 639.

<sup>164</sup> Eine Nachfrage beim Bundesamt für Justiz ergab m.E. keine hinreichend klare Antwort und ein Vernehmlassungsverfahren wurde nicht durchgeführt.

#### 4. Aufhebung der Trennung von Schengen und Dublin bei der Datenbearbeitung

Bereits durch die Verordnungen (EU) 603/2013 und 604/2013 (Eurodac) wurden die Fingerabdruckdaten, die ursprünglich ausschliesslich asyl- und migrationspolitischen Zwecken dienten, auch für die Gefahrenabwehr und die Strafverfolgung zugänglich gemacht. Die strikte Trennung der beiden Verwendungszwecke wurde damit aufgehoben. Mit der Interoperabilität erfolgt nun der letzte Schritt zum *datenbearbeitungsmässig vollständigen Zusammenschluss von Schengen und Dublin*. Dass dieser vollständige Zusammenschluss mit unbeschränktem Zugriff der Grenz- und Migrationsbehörden aus asylrechtlicher Perspektive aber nicht zu vor-schnellen Abweisungen (sog. *push backs*) führt, sollte vermieden werden.<sup>165</sup>

#### 5. Zum Begriff «schwere Straftaten»

In der Botschaft des Bundesrates zur Übernahme der Verordnungen zur Weiterentwicklung des SIS (Verordnungen [EU] 2018/1860-1862) findet sich zur Verordnung «Polizei» als Antwort auf das Begehren im Vernehmlassungsverfahren, dieser Begriff sei klarer zu definieren, die Feststellung, der Begriff werde im Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT)<sup>166</sup> genauer definiert.<sup>167</sup> Dies trifft so nicht zu. Schon der in der Botschaft nachfolgende Hinweis, darunter fielen *insbesondere* die Straftaten nach Art. 286 Abs. 2 StPO,<sup>168</sup> weist darauf hin, dass diese Formulierung die Grenze nach unten offen lässt.

#### 6. Die bloss teilweise Weiterentwicklung der Verordnung (EU) 2019/818 durch die Schweiz

Gemäss Erw. 77 zur Verordnung (EU) 2019/818 stellt diese für die Schweiz bloss eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes dar, «soweit sich ihre Bestimmungen auf das SIS nach Massgabe der Verordnung (EU) 2018/1862 beziehen». Die durchgehende Nutzung des SIS ist in den Verordnungen «SIS Grenze» und «SIS Polizei» in gleicher Weise beschreiben. Dies gilt sowohl für den Datenschutz und die Datensicherheit als auch für den Betrieb und die Kosten.<sup>169</sup> Auch die Regelungen in der Verordnung «SIS Rückkehr» entsprechen weitest-

---

<sup>165</sup> Vgl. auch IV.2. (S. 16), Eurodac-Verordnung, a.a.O. (Fn. 85).

<sup>166</sup> Nun BBl 2020 7741.

<sup>167</sup> Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 7479.

<sup>168</sup> Schweizerische Strafprozessordnung v. 5.10.2007, SR 312.0.

<sup>169</sup> Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3487.

gehend denjenigen der Verordnung «Grenze».<sup>170</sup> Die Einschränkung erscheint daher unklar.

## 7. Die EZV als Strafverfolgungsbehörde

Durch eine Änderung des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG) soll zugleich die *Eidgenössische Zollverwaltung neu zu einer Strafverfolgungsbehörde* über ihre Befugnisse nach Art. 117 des Zollgesetzes<sup>171</sup> hinaus gemacht werden. Dieser Vorschlag des Bundesrates steht aber in keinem Zusammenhang mit der Weiterentwicklung des Schengener Besitzstandes. Dieser Vorschlag betreffe vielmehr «eine von den beiden Schengen-Weiterentwicklungen unabhängige Änderung des AIG».<sup>172</sup> Die Zuständigkeitsausweitung steht jedoch in einem Widerspruch zur verfassungsmässigen Kompetenzregelung nach Art. 133 BV.<sup>173</sup> Die zur Begründung angeführte Bestimmung von Art. 4 StBOG<sup>174</sup> verleiht keine über das Zollgesetz hinausgehenden Befugnisse. Auch der zur Begründung angeführte Art. 95 Abs. 1<sup>bis</sup> ZG liefert keine Rechtfertigung für eine Kompetenzausweitung – im Gegenteil: die EZV «unterstützt» im Rahmen ihrer Aufgaben die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung. Dies bedeutet nichts Anderes, als dass sie ihr zukommende diesbezügliche Informationen oder Verdachtsmomente an die zuständige Strafverfolgungsbehörde weiterleitet.

Ebenso wenig vermögen die genannten Spezialgesetze die EZV zu einer über die *engen Begrenzungen* in diesen Normen hinaus aufgeführten Zuständigkeiten<sup>175</sup> in eine allgemeine Strafverfolgungsbehörde zu verwandeln.

Der Vorschlag steht damit in einem direkten Zusammenhang mit der leicht erkennbaren Absicht, die EZV zu einer Sicherheits- und Kriminalpolizei des Bundes werden zu lassen. Der Vorentwurf zu einem BAZG-Vollzugsaufgabengesetz<sup>176</sup> ist

<sup>170</sup> Botschaft neues SIS, a.a.O. (Fn. 42), 3505 f.

<sup>171</sup> Zollgesetz (ZG) v. 18.3.2005, SR 631.0.

<sup>172</sup> Erl. Ber. 1133/4, a.a.O. (Fn. 125), 6.

<sup>173</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft v. 18.4.1999, SR 101. Vgl. dazu auch RAINER J. SCHWEIZER/MARKUS H.F. MOHLER, Die polizeilichen Ausgleichsmassnahmen des Bundes und der Kantone nach dem Wegfall der Personenkontrollen an den Landesgrenzen in verfassungsrechtlicher Sicht, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny, a.a.O. (Fn. 6), 111 ff., 117 ff.

<sup>174</sup> Bundesgesetz v. 19.3.2010 über die Organisation der Strafbehörden des Bundes, SR 173.71.

<sup>175</sup> Art. 103 Abs. 3 des Bundesgesetzes v. 12.6.2009 über die Mehrwertsteuer (MWStG, SR 641.20); Art. 90 Abs. 1 des Bundesgesetzes v. 15.12.2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (HMG, SR 812.21) und 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes v. 16.3.2012 über den Verkehr mit Tieren und Pflanzen geschützter Arten (BGCITES, SR 453).

<sup>176</sup> Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil der Abgabenerhebung und die Kontrolle des grenzüberschreitenden Waren- und Personenverkehrs durch das Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit. Der Vorentwurf ist – wie der Erläuternde Bericht dazu – im Verzeichnis der abgelaufenen Vernehmlassungsverfahren nicht mehr aufgeführt. Diese Verfahren dauerte bis zum 31.12.2020; eine Zusammenfassung der Stellungnahmen ist bisher nicht erschienen.

deshalb in mehrfacher Hinsicht – und dies nicht nur mit Bezug auf diese Kompetenzausweitung – verfassungswidrig, wie bereits die mehreren Stellungnahmen des Bundesamtes für Justiz im Ämterkonsultationsverfahren belegt haben.

## 8. Zur Problematik der Rechtsetzung

Nicht zum ersten Mal, aber nun mit besonderer Deutlichkeit, zeigen sich anhand der Verfahren der Übernahme der gesamten Interoperabilitätsbestimmungen in zwei Schritten die *Grenzen der demokratischen Rechtsetzung*. Dabei seien zwar weder die Zielsetzung des EU-Rechts noch das intensive Bemühen des Schaffens rechtsstaatlich korrekter, d.h. genügend genau bestimmter Rechtsgrundlagen, ebenso wenig wie die grossen Anstrengungen der Übernahme ins schweizerische Recht in Zweifel gezogen. Aber die Materie hat einen Kompliziertheitsgrad erreicht, der – mit Verlaub – das Fassungsvermögen von nicht höchst spezialisierten Fachkräften schlicht übersteigt. Dies liegt insbesondere am System der thematisch eng begrenzten EU-Verordnungen, die zu diesen verschachtelten, im Einzelnen kaum mehr begreifbaren Rechtsänderungen führen. Es fragt sich daher, ob die Neugestaltung des SIS und die neue Interoperabilitäts-Regelung nicht Anlass für ein Überdenken dieses Rechtsetzungssystem sein sollten. Die Praxis wäre dankbar hierfür, gerade auch weil es bei diesen Vorschriften im Einzelfall letztlich um die Normen zu *Grundrechtseinschränkungen* geht.

Die Kompliziertheit und Komplexität zeigen sich aber auch an der *übermässig raschen Abfolge der Schengen-Rechtsänderungen*. Innert kürzester Frist werden eben erlassene oder geänderte Verordnungen wieder novelliert, teilweise sogar mehrfach. Anhand nur der jüngster EU-Erlasse sei dies dargestellt:

Erlass-Datum	EU VO-Nr	Änderungen (mit Relevanz für CH)
12.9.2018	2018/1240	
28.11.2018	2018/1860-1862	
20.5.2019	2019/817	2018/1240, 2018/1861
20.5.2019	2019/818	2018/1862
7.7.2021	2021/1133	2018/1862, 2019/818
7.7.2021	2021/1134	2018/ 1240, 2018/1861, 2019/1896

Thematisch hängen die Verordnung (EU) 2018/1240 (ETIAS) und die Verordnungen (EU) 2018/1860-1861 (SIS-«Grenze», -«Rückkehr», -«Polizei») bereits eng miteinander zusammen, ebenso wie die Verordnungen (EU) 2019/817 («IOP-Grenze») und 2019/818 («IOP-Polizei»). Andere Lösungen erscheinen deshalb zumindest denkbar.

Für die Übernahme dieser Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes in das schweizerische Recht ergibt sich daraus eine Art Stafette, die von der jeweiligen Frist für die Übernahme einer Rechtsänderung diktiert wird.<sup>177</sup>

EU VO	Botsch./ Erl.Ber.- Datum	Betr. Änd. der EU VO	BB	Ablauf Ref.-Frist
VO (EU ) 2018/1240	06.03.2020 (B)		25.09.2020	14.01.2021
VO (EU) 2018/1860-1862	06.03.2020 (B)		18.12.2020	12.04.2021
VO (EU) 2019/817	02.09.2020 (B)	2018/1240, 2018/1861	19.03.2021	08.07.2021
VO (EU) 2019/818	02.09.2020 (B)	2018/1862	19.03.2021	08.07.2021
VO (EU) 2021/1133	11.08.2021 (E) (BB1 2021 1890)	2018/1862, 2019/818		
VO (EU) 2021/1134	11.08.2021 (E) (BB1 2021 1890)	2018/1240 2018/1860 2018/1862 2019/1896		

So musste die Botschaft des Bundesrates zur Übernahme der Verordnungen (EU) 2019/817 und 818, die Änderungen der Verordnungen (EU) 2018/1861 und 1861 enthielt, verfasst werden, bevor die Übernahme der beiden letztgenannten Verordnungen durch einen Bundesbeschluss genehmigt worden ist und die betreffende Referendumsfrist abgelaufen war.

Auch wenn in den Schengen-Mitgliedstaaten eine Übernahme-Rechtsetzung bei Verordnungen entfällt, wäre eine besser geplante Novellierung des Schengen-Besitzstandes durch die EU mehr als wünschenswert.

## VI. Fazit

Die Rechtsordnung als Ganzes mit Bezug sowohl auf die Verarbeitung personenbezogener Daten und als auch auf den internationalen, teilweise automatisierten Datenaustausch im Schengen/Dublin- und Europol-Rechtsrahmen ist nicht (mehr) konsistent und homogen. Dies wird in der primären Rechtsanwendung durch die operationell tätigen Behörden wie auch in Rechtsschutzverfahren zu Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheit führen. Die Hoffnung, die neu gefasste Europarats-

<sup>177</sup> Art. 7 des 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-Besitzstandes v. 26.10.2004 (SAA, SR 0.362.31).

Konvention von 2018<sup>178</sup> werde zu einem universellen Mindeststandard werden,<sup>179</sup> dürfte damit vorderhand nicht erfüllt werden.

Die von den Verordnungen (EU) 2018/1860-1862 ausgehenden Änderungen der Erlasse sowohl im EU-Recht als auch im schweizerischen Recht, kombiniert mit den Interoperations-Verordnungen (EU) 2019/817 und 818 stellen damit gegenüber dem bisherigen Schengen-Informationssystem (SIS) mit den getrennten Datenbanken System einen *Paradigmenwechsel* dar: Das SIS war als reine Fahndungsdatenbank konzipiert. Dazu kamen als separate Datenbanken das Visa-Informationssystem und in jüngster Zeit das ETIAS und das EES (vgl. IV./5.a, S. 22). Bisher strikte getrennt davon wurde die zum Dublin-Besitzstand gehörende Eurodac-Datenbank geführt (SR 0.142.392.680.01). Nun werden diese Datenbanken durch die technologische Interoperabilität zusammengeführt.<sup>180</sup> Dies erheischt erhebliche technologischen Änderungen sowie einen grossen *Ausbildungs-, Führungs- und Kontrollbedarf*. Die Interoperabilitäts-Verordnungen stellen hohe Anforderungen an die Endbenutzer in Bezug auf die Verwendung der zur Verfügung gestellten Informationen.<sup>181</sup>

Zu bedenken bleibt, dass über die hier beschriebenen Problematiken des Schengen-/Dublin-Besitzstandes hinaus, die nach einer Reform rufen,<sup>182</sup> tiefer liegende Ursachen für die nach europäischen Rechtsstandards nicht zu bewältigenden Migrationsströme bestehen, die mit rein juristischen Bemühungen nicht zu eliminieren sind.

---

<sup>178</sup> Protokoll zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten v. 10.11.2018, CETS 223. Die Schweiz hat das Protokoll am 21.11.2019 unterzeichnet.

<sup>179</sup> Vgl. BEAT RUDIN, «Schengen» und «Dublin» und der Datenschutz in der Schweiz, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis, aktuelle Fragen, Zürich/St. Gallen 2015, 47 ff., 69; RAINER J. SCHWEIZER, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde in Schengen- und Dublin-Verfahren aus schweizerischer Sicht, in: Breitenmoser/Lagodny/Uebersax, Schengen und Dublin in der Praxis, aktuelle Herausforderungen, Zürich/St. Gallen 2018, 33 ff., 80 f.

<sup>180</sup> Vgl. das Vernehmlassungsverfahren 2021/83 (BB1 2021 1890; [https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2021/83/cons\\_1](https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2021/83/cons_1)); letzte Änderung: 17.2.2022.

<sup>181</sup> Vgl. die entsprechenden Bestimmungen in den in Fn. 68 angeführten Verordnungen.

<sup>182</sup> Vgl. STEPHAN BREITENMOSER/MICHEL JUTZELER, Schengen und Dublin im Mehrebenen-system: in Breitenmoser/Lagodny/Uebersax, Zürich/St. Gallen 2018, 3 ff., 31.