

„Schengen“: Ein neuer Prüfstein für die Schweiz

■ ASTRID EPINEY, Professorin,
ANNEKATHRIN MEIER,
SARAH THEUERKAUF,
Assistentinnen, Freiburg

Mit der Ratifikation der «Bilateralen II» macht die Schweiz einen weiteren Schritt in Richtung Europa. Sie soll insbesondere den so genannten Schengen-Acquis übernehmen. Dieser sieht den Wegfall von Personenkontrollen an der Grenze vor sowie diverse «Ausgleichsmassnahmen», darunter den Zugang zur Schengener Fahndungs-Datenbank mit heute 11 Millionen Datensätzen. Ob die Persönlichkeitsrechte Einzelner in diesem System genügend gewahrt bleiben, ist umstritten.

Bald nach Abschluss der «Bilateralen I» zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten sowie der Schweiz wurden die Verhandlungen zu den «Bilateralen II» aufgenommen. Diese befassen sich mit «Restthemen» der «Bilateralen I» und mit neuen Anliegen beider Seiten (für die Schweiz «Schengen» und «Dublin», für die EU das Dossier «Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung»).

Die «Bilateralen II» umfassen – nach Zurückstellung des Dienstleistungsdossiers – folgende Bereiche:

- «Schengen»
- «Dublin»
- Ruhegehälter von in der Schweiz ansässigen EU-Beamten
- verarbeitete Landwirtschaftsprodukte
- europäische Umweltagentur
- Statistik
- Programme in den Bereichen Bildung, Berufsbildung und Jugend
- Zinsbesteuerung
- Betrugsbekämpfung.

Neben «Schengen» stiessen auch die zwei zuletzt genannten Dossiers auf beträchtliche Schwierigkeiten in den Verhandlungen, besonders wegen der (potenziellen) Betroffenheit des schweizerischen Bankgeheimnisses.¹ Die Verhandlungen wurden im Frühling 2004 abgeschlossen und am 26. Oktober 2004 unterzeichnet. Ende 2004 wurden alle Abkommen vom Parlament genehmigt;² die Ratifikation der Schweiz ist – im Falle eines Referendums³ – frühestens 2006 zu erwarten.

I Assozierung mit Besonderheiten

Das Schengener Assoziierungsabkommen (SAA) zwischen der EG/EU und der Schweiz lehnt sehr eng an das Assoziierungsabkommen der EG/EU mit Norwegen und Island an,⁴ wenn auch bei für die Schweiz relevanten Aspekten – in

erster Linie dem «Übernahmemechanismus» sowie der «Wahrung des Bankgeheimnisses» – Besonderheiten bestehen.

In materieller Hinsicht sollen die Abkommen sicherstellen, dass die Rechtsräume «Schengen» und «Dublin» auch auf die Schweiz ausgeweitet werden (siehe Art. 1 Abs. 1 SAA). So ist nach Art. 2 Abs. 1 und 2 SAA der im Einzelnen in den Anhängen A und B aufgeführte Schengen-acquis zu übernehmen; Gleiches gilt für dessen Weiterentwicklung (Art. 2 Abs. 3 SAA). Das Verfahren der Übernahme neuer Rechtsakte ist in Art. 7 Abs. 2 SAA geregelt.

Zunächst notifiziert der Rat der Schweiz unverzüglich die Annahme neuer, den Schengen-acquis betreffender Rechtsakte. Innert 30 Tagen legt sie sich fest, ob und wie sie den jeweiligen Rechtsakt in ihre interne Rechtsordnung übernehmen will. Falls die Umsetzung in nationales Recht besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen muss (womit Bezug auf allfällige Referenden genommen wird), hat die Schweiz Rat und Kommission entsprechend zu informieren. Wird kein Referendum verlangt, haben sie Rat und Kommission unmittelbar nach Ablauf der Referendumsfrist die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen zu notifizieren. Wird das Referendum ergriffen, hat die Schweiz hierfür zwei Jahre Zeit. Jedenfalls muss die Schweiz so weit möglich den jeweiligen Rechtsakt zwischen dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens und der Notifizierung der Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen provisorisch anwenden.

Die Verwirklichung eines einheitlichen Rechtsraums bedingt neben der Geltung inhaltlich paralleler Rechtsnormen auch deren einheitliche Auslegung und Anwendung. Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 SAA sehen hier verschiedene Mechanismen vor, besonders

eine Art Überwachung durch den Gemischten Ausschuss und eine Berichtspflicht der Schweiz. Kommt es zu einer Abweichung der Praxis von Behörden und Gerichten in der EU einerseits und der Schweiz andererseits, wird unter bestimmten Voraussetzungen der Beendigungsmechanismus eingeleitet.

Insgesamt folgt das Assoziierungsabkommen dem Prinzip «Alles oder nichts»: Jede Abweichung vom Schengen-acquis, wie er in seiner weiterentwickelten Form in der Union zur Anwendung kommt, kann die Beendigung des Abkommens nach sich ziehen.

Im Einzelnen können folgende Tatbestände den Beendigungsmechanismus beziehungsweise das entsprechende Verfahren im Gemischten Ausschuss auslösen (Art. 7 Abs. 4, Art. 9 Abs. 2, Art. 10 SAA):

- ausdrückliche Ablehnung des Nachvollzugs eines neuen, dem Schengen-acquis zuzurechnenden Rechtsakts oder Unterlassen der Notifizierung, den Nachvollzug vornehmen zu wollen, durch die Schweiz

- Unterlassen der Notifizierung (durch die Schweiz) der Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen nach Ablauf der Referendumsfrist oder nach Ablauf von zwei Jahren

- Unterlassen der provisorischen Anwendung (wohl nur, sofern diese möglich gewesen wäre)

- unharmonische Anwendung des Rechts zwischen den Verwaltungen oder Gerichten in den EU-Mitgliedstaaten sowie der Verwaltung und den Gerichten in der Schweiz

- bedeutende Unterschiede in der Rechtsprechung zwischen dem EuGH und schweizerischen Gerichten

- ungelöste Streitigkeiten über Anwendung oder Auslegung des Abkommens.

Liegt einer dieser Beendigungsgründe vor, wird ein Fristlauf initi-

iert (90 Tage, gegebenenfalls verlängerbar um 30 Tage). Während dieser Frist können die Parteien im Gemischten Ausschuss durch einen ausdrücklichen Beschluss die weitere Anwendung beziehungsweise Geltung des Abkommens beschliessen. Lässt dieser die vorgesehenen Fristen verstreichen, gilt das Abkommen nach Ablauf einer weiteren Frist als beendet (Art. 8 Abs. 4, Art. 10 Abs. 2 und 3 SAA).

Lediglich falls eine neue Bestimmung oder Massnahme dazu führt, dass bei einem Rechtshilfersuchen oder der Anerkennung einer Zwangsmassnahme die Bedingungen des Art. 51 Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) keine Anwendung (mehr) finden, kann die Schweiz Rat und Kommission notifizieren, dass sie einen solchen Beschluss nicht in innerstaatliches Recht umsetzen werde und ihn auch nicht anwenden werde (Art. 7 Abs. 5 SAA); dies jedenfalls so weit die Gesuche Vergehen bezüglich direkter Steuern betreffen, die in der Schweiz nicht mit Freiheitsentzug bestraft werden. Damit wird der Schweiz in dem in der Vorschrift vorgesehenen engen Rahmen die allgemeine Möglichkeit eines «nationalen Alleinganges» und damit eines Ausscherens aus dem Schengen-acquis eingeräumt, so dass sie bei die direkte Fiskalität betreffenden Steuerhinterziehungen keine Rechtshilfe leisten muss, womit auch das Bankgeheimnis aufrechterhalten werden kann.

Festzuhalten bleibt aber, dass die SAA sich nicht über die umstrittene Auslegung des Art. 51 SDÜ selbst⁵ ausspricht und daher den Streit darüber, ob nicht schon der bestehende Art. 51 SDÜ auch bei Steuerhinterziehung zur Rechtshilfe verpflichtet (und das «Bankgeheimnis gelüftet» werden müsste), gerade nicht beantwortet.⁶

1 Epiney, EuZW 2003, 421 (426 f.).

2 Siehe auch die Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II») vom 1. Oktober 2004, BBl 44 5965 ff.; im Internet abrufbar unter www.admin.ch/ch/d/ff/2004/5965.pdf im Folgenden zitiert als «Botschaft Bilaterale II».

3 Die Abkommen wurden einzeln genehmigt, so dass auch das (fakultative) Referendum jeweils in Bezug auf die verschiedenen Abkommen ergriffen werden kann, dies im Gegensatz zu dem bei den «Bilateralen I» herangezogenen Verfahren.

4 ABl. 1999 L 167, 36.

5 Ausführlich Epiney, EuZW 2003, 421 (424 f.)

6 Art. 7 Abs. 5 SAA betrifft nur den Erlass neuer Bestimmungen.

7 Bemerkenswert ist dabei, dass die eigentlich deklarierte Zielsetzung des Abkommens im Wesentlichen in einem Artikel geregelt wird, während die restlichen rund 140 Artikel den so genannt Ausgleichsmassnahmen gewidmet sind. Diese umfassen eine Vielzahl von Bereichen, deren Regelung weit gehend wohl auch unabhängig vom Abbau der Grenzkontrollen sinnvoll war.

8 SR 0.351.1.

9 Zum Folgenden Epiney, EuZW 2003, 421 (422 ff.).

10 ABl. 2000 C 197, 3.

11 ABl. 2001 C 326, 1.

Die Ansichten hierüber divergieren, und jedenfalls ist darauf hinzuweisen, dass die Schweiz dem Abkommen eine Erklärung beigefügt hat, wonach Steuerdelikte im Bereich der direkten Steuern zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Abkommens nicht vor ein auch für Strafsachen zuständiges Gericht gezogen werden können.

II Materielle Aspekte des Besitzstandes

Der Schengen-acquis umfasst zahlreiche Materien, so insbesondere folgende Aspekte:⁷

- Abschaffung Binnengrenzenkontrollen
- Durchführung Aussengrenzenkontrollen
- Harmonisierung Sichtvermerke
- Reiseverkehr von Drittausländern
- polizeiliche Zusammenarbeit
- Rechtshilfe in Strafsachen
- Waffenerwerb und -besitz
- Datensammlung und Abruf (Stichwort: «Schengener Informationssystem»).

Im folgenden, lediglich sehr groben Überblick wird der für die Schweiz besonders bedeutsame Aspekt der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen herausgegriffen.

1. Justizielle Zusammenarbeit

Ausgehend vom Europäischen Rechtshilfeübereinkommen vom 20. April 1959 (EUEr)⁸ regeln die Art. 48 bis 53 Schengener Durchführungübereinkommen (SDÜ) die so genannte kleine Rechtshilfe in Strafsachen.⁹ Mit dem Inkrafttreten des Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der EU (EURhÜ)¹⁰ und dessen Protokoll¹¹ wird der Schengen-acquis einige gut absehbare Weiterentwicklungen erfahren.

Im Vergleich zu Art. 1 Abs. 1 EUEr erweitert Art. 49 SDÜ die

Verpflichtung zur Leistung von Rechtshilfe. So ist diese nicht nur in Strafverfahren, sondern auch in mit Strafverfahren im Zusammenhang stehenden Prozessen, etwa in verbundenen Zivilprozessen vorgesehen. Ausserdem ist sie nicht mehr auf strafbare Handlungen beschränkt, sondern auch im Zusammenhang mit Ordnungswidrigkeiten zu leisten, die durch Behörden geahndet werden, gegen deren Entscheid ein auch in Strafsachen zuständiges Gericht angerufen werden kann.

Damit erfolgt die Kooperation nicht nur mehr gegenüber Justiz-, sondern auch gegenüber Verwaltungsbehörden.¹² Nach Inkrafttreten des EURhÜ wird auch bei Verfahren gegen juristische Personen Rechtshilfe zu leisten sein.¹³

Art. 50 SDÜ sieht eine Rechtshilfeverpflichtung im Bereich der indirekten Fiskalität vor, wird aber durch Art. 8 des Protokolls zum EURhÜ ersetzt werden, der die Rechtshilfeverpflichtung auf den gesamten Fiskalbereich, also auch auf die direkte Fiskalität, ausdehnt. Damit wird der Rechtshilfeverweigerungsgrund der fiskalisch strafbaren Handlung (Art. 2 lit. a EUEr) entfallen.¹⁴

Art. 52 und 53 SDÜ befassen sich mit den praktisch wichtigen Aspekten des Rechtshilfeverkehrs, wie der Übermittlung von Rechtshilfeersuchen, der Zustellung von Verfahrens- und Gerichtsurkunden sowie dem Erscheinen von Zeugen und Sachverständigen im ersuchenden Staat. Das EURhÜ sieht hier weitere Erleichterungen sowie einen Informationsaustausch ohne Ersuchen vor.

Die Übernahme des SDÜ und einzelner Bestimmungen des EURhÜ durch die Schweiz führt zu keinem grösseren Anpassungsbedarf der schweizerischen Rechtshilfepraxis, da die Vorgaben des Schengener Rechts dem Schwei-

zer Rechtshilferecht grösstenteils schon bekannt sind.¹⁵ Die Assoziierung führt aber zu einer Erweiterung der Rechtshilfe im Verhältnis zu den einzelnen Schengen-Staaten.

Die wichtigste Neuerung ergibt sich durch Art. 50 SDÜ, wonach die Schweiz verpflichtet wird, bei Vergehen im Bereich des Zolls, der Mehrwertsteuer und der Verbrauchssteuern Rechtshilfe zu leisten. Heute leistet die Schweiz bereits Rechtshilfe bei Abgabebetrag.¹⁶ Ein neues rechtshilfefähiges Fiskaldelikt wird der gewerbsmässige Schmuggel darstellen, der im Rahmen des Betrugsabkommens¹⁷ eingeführt werden soll.

2. Polizeiliche Zusammenarbeit

Die im SDÜ vorgesehene polizeiliche Zusammenarbeit (Art. 39 ff. SDÜ) umfasst (neben dem noch eigens zu erörternden SIS) zunächst eine Verpflichtung der Polizeidienste der Vertragsparteien zur gegenseitigen Unterstützung auf Ersuchen.¹⁸ Und dies zwar sowohl zum Zwecke der Prävention als auch im Rahmen konkreter Ermittlungen, wobei Ersuchen auf Vornahme von Zwangsmassnahmen auf dem Rechtshilfeweg erfolgen müssen.

Weiter sind operative Formen der Polizeizusammenarbeit vorgesehen, nämlich die grenzüberschreitende Observation und Nacheile. Diese gestatten es den Polizeibehörden, unter bestimmten Voraussetzungen in angrenzenden Vertragsstaaten polizeilich und somit hoheitlich tätig zu werden.¹⁹

Bei der grenzüberschreitenden Observation können die Polizeibehörden eines Vertragsstaates im Zuge der Überwachung einer verdächtigen Person²⁰ ihre Observation auf fremdem Staatsgebiet fortsetzen, wenn die Person eine Schengen-Binnengrenze überquert. Grundsätzlich zulässig ist

eine Observation im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens im Zusammenhang mit einem auslieferungsfähigen Delikt.

Bei der grenzüberschreitenden Nachteile kann die polizeiliche Verfolgung einer Person, die bei der Begehung oder der Teilnahme an einer Tat gestellt wurde oder aus der Haft entflohen ist, über die Schengen-Grenze hinaus fortgesetzt werden. Eine Nachteile ist nur im Zusammenhang mit bestimmten Delikten zulässig, die ein Schengen-Staat gegenüber den an ihn angrenzenden Vertragsstaaten mittels Erklärung gemäss Art. 41 Abs. 9 SDÜ festlegt.

Ausgeschlossen ist sowohl bei der Observation als auch bei der Nachteile die Durchführung von Zwangsmassnahmen auf fremdem Staatsgebiet, sieht man von der ausnahmsweise zulässigen vorübergehenden Festnahme und Untersuchung bei der Nachteile ab. Weiter sind die Beamten auf fremdem Staatsgebiet jeweils gewissen Verhaltensregeln unterworfen.

Die Schengen-Staaten können – als «Ausgleich» für den Wegfall der stationären, verdachtsunabhängigen Personengrenzkontrollen – Ersatzmassnahmen ergreifen. Diese sind nicht Teil des Schengen-acquis, sondern werden in den nationalen Rechtsordnungen geregelt und müssen damit mit dem Schengen-acquis vereinbar sein. Das schliesst besonders die Wiedereinführung verdachtsunabhängiger stationärer Personenkontrollen aus.

Bewährte Ersatzmassnahmen sind die Schleierfahndung (zeitlich begrenzte Personenkontrollen im Grenzraum oder im Landesinnern) und die Zielfahndung (gezielte Personenfahndung durch spezialisierte Polizeieinheiten). Diese Massnahmen erlauben es den Polizei- und Zolleinheiten, gezielt und unvorhergesehen zu reagieren, wenn sie die Meldung erhalten haben, dass

sich verdächtige Personen im Hoheitsgebiet aufhalten.

Die Übernahme der Bestimmungen über die polizeiliche Zusammenarbeit durch die Schweiz bringt keinen grossen Anpassungsbedarf für das schweizerische Recht.²¹ Die skizzierten Bestimmungen sind nämlich grösstenteils unmittelbar anwendbar, so dass die Zusammenarbeit der schweizerischen Polizeibehörden mit den Polizeidiensten der anderen Schengen-Staaten direkt gestützt auf das SDÜ und gegebenenfalls zusätzliche innerstaatliche Regelungen erfolgen kann.

Einige Anpassungen sind aber gleichwohl erforderlich: Im StGB ist auch die Speicherung von Informationen der Schengen-Zusammenarbeit im schweizerischen informatisierten Personennachweis-, Aktennachweis- und Verwaltungssystem (IPAS) vorzusehen. Die Schweiz wird die Nachteile für auslieferungsfähige Straftaten zulassen. Die Erklärung nach Art. 41 Abs. 9 SDÜ steht noch aus. Als Zentralstelle nach Art. 39 und 46 SDÜ wird voraussichtlich das Bundesamt für Polizei bezeichnet werden.

Die von der Schweiz mit ihren Nachbarstaaten und Ungarn abgeschlossenen bilateralen Polizeiverträge lehnen sich in konzeptioneller Hinsicht eng an den Schengener Vertrag an,²² überschneiden sich damit teilweise mit den Schengen-Bestimmungen, gehen aber auch teilweise durch die Regelung weitergehender Formen der Kooperation darüber hinaus.²³ Da das SDÜ bilaterale Verträge zwischen den Vertragsparteien, welche der Durchführung und der Erweiterung der Kooperation dienen, zulässt, können die Polizeiverträge in Kraft bleiben.

Die Durchführung nationaler Ersatzmassnahmen wird bei den Kantonspolizeien und beim Grenzwachkorps (GWK) liegen. Dieses führt

12 Art. 49 lit. a wird durch Art. 3 Abs. 1 EURhÜ ersetzt werden, was aber keine sachlichen Änderungen mit sich bringen wird. Von praktischer Relevanz ist hier besonders die Rechtshilfe gegenüber Zollbehörden, die im Rahmen ihrer Ermittlungen zum Teil auch Zwangsmassnahmen einsetzen können.

13 Art. 3 Abs. 2 EURhÜ.

14 Zu Art. 51 SDÜ oben II.

15 Botschaft Bilaterale II, S. 6155 ff.

16 Art. 3 Abs. 3 IRSG, Art. 14 Abs. 2 VStrR.

17 Beziehungsweise im Zuge der Totalrevision des Zollgesetzes; siehe Art. 118 i. V. m. Art. 124 lit. b des Entwurfs für ein neues Zollgesetz (BBl 2004 681 ff., 718 und 720).

18 Darüber hinaus ist auf den in Art. 46 SDÜ vorgesehenen spontanen Informationsaustausch hinzuweisen, für dessen Zulässigkeit das nationale Recht massgeblich ist.

19 Zu Art. 40 und 41 SDÜ Würz, Das Schengener Durchführungsübereinkommen, 1997, 68 ff., 84 ff.; siehe auch Wehner, in: Achermann/Bieber/Epiney/Wehner, Schengen und die Folgen, 1995, 129 (158 ff.).

20 Oder eine Person, die zu deren Identifizierung oder Auffindung führen kann.

21 Botschaft Bilaterale II, 6140 ff.

22 Sutter, AJP 2003, 866 (871).

23 Siehe etwa den Schweizerisch-Deutschen Polizeivertrag, SR 0.360.136.1.

24 Zum Schengener Informationssystem und zum Folgenden etwa Wehner, Die polizeiliche Zusammenarbeit zwischen den Schengen-Staaten, 1995, 129 ff.; Famira, Der freie Personenverkehr in Europa, 2004, 66 ff.; Tuffner, Kriminalistik 2000, 39 ff.; Scheller, JZ 1992, 904 ff.; Lavranos, DuD 1996, 400 ff.

bereits heute gestützt auf Bundesrecht und die Delegation polizeilicher Aufgaben durch die Kantone mobile Kontrollen im grenznahen Raum durch.

Neben einem Einschreiten gestützt auf SIS-Informationen wird der Polizei und dem GWK auch ein Aktivwerden aufgrund der Warenkontrollen an der Grenze möglich sein. In diesem Zusammenhang sind mit dem Schengener Recht im Einklang stehende verdachtsabhängige Personenkontrollen möglich.

3. Das Schengener Informationssystem (SIS)

Das Schengener Informationssystem (Art. 92 ff. SDÜ) für den Austausch von personenbezogenen Daten sowie über gesuchte Gegenstände ist eine umfassende Datenbank zum Zweck der Personen- und Sachfahndung, die von den Schengen-Staaten gemeinsam unterhalten wird.²⁴ Zielsetzung des SIS – nach dem Wegfall der Grenzkontrollen als notwendige Ersatzmassnahme konzipiert – ist die Verbesserung der Verbrechensbekämpfung in den Schengen-Staaten; dies mittels eines bis dahin nicht existierenden grenzüberschreitenden Sicherheitssystems.

a) Das System des SIS

Das SIS besteht aus einem nationalen Teil, den jede Vertragspartei in eigener Verantwortung und auf eigene Kosten errichtet und unterhält (Art. 119 Abs. 2 SDÜ), und einer in Strassburg errichteten «technischen Unterstützungseinheit» (Zentralrechner zur Online-Übermittlung von Informationen an die nationalen Bestände zur Sicherstellung der inhaltlichen Identität der nationalen Teile). Die Datenkategorien, die im SIS figurieren dürfen, sind abschliessend festgelegt (Art. 95 bis 100 SDÜ):

■ **Ausschreibung einer Person zur Festnahme mit dem Ziel ihrer Auslieferung**

■ **Ausschreibung zur Einreiseverweigerung von Drittausländern**

■ **Ausschreibung von vermissten und vorläufig in Gewahrsam genommenen Personen**

■ **Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung von Zeugen oder Verdächtigen, denen eine Ladung zugestellt werden soll, oder von Verurteilten, die eine Haftstrafe antreten sollen**

■ **Ausschreibung zur verdeckten Registrierung mit dem Ziel der Verhinderung schwerer Straftaten oder gezielter Kontrolle von Personen und Fahrzeugen**

■ **Ausschreibung von Sachen zur Sicherstellung oder zur Beweissicherung.**

Über Personen dürfen nur die in Art. 94 SDÜ figurierenden Daten gespeichert werden (neben Standardangaben wie Namen, Geburtstag und -ort oder Staatsangehörigkeit auch unveränderliche physische Merkmale).²⁵

Art. 101 SDÜ legt die Dienststellen fest, die Zugang zum SIS haben, in erster Linie Grenzkontrollbeamte an den Aussengrenzen. Aber auch sonstige, für polizeiliche und zollrechtliche Überprüfungen im Inland sowie deren Koordinierung zuständige Stellen haben Zugriff auf die im SIS gespeicherten Daten, so auch alle Polizeistationen in den Schengen-Staaten.²⁶ Zu gewissen Daten haben auch die mit der Ausstellung von Visa und Aufenthaltstiteln beschäftigten Stellen Zugang.²⁷

Um über die im SIS abrufbaren Daten hinausgehende Informationen weiterzugeben, ist neben dem SIS, das nur Basisinformationen liefert und nach einem Hit-No-Hit-System funktioniert, ein weiteres Verfahren vorgesehen, nämlich SIRENE (Supplementary information request at the national entry).

Die Aufgaben der nicht im SDÜ erwähnten SIRENE-Büros bestehen im Wesentlichen in Konsultationen im Vorfeld der Erstellung

von Ausschreibungen, dem Austausch von Informationen und der Überwachung von Mehrfachauschreibungen sowie der Erstellung von Rangfolgen. Die SIRENE-Büros unterstehen den einschlägigen rechtlichen Vorgaben des nationalen Rechts.

Das SIS führt zu einer Zusammenführung aller Daten der beteiligten Staaten (derzeit rund 11 Millionen Datensätze). Die Datensätze können in allen Schengen-Staaten aktiviert werden.²⁸ Vor diesem Hintergrund erlangen die bei der Eingabe, der Nutzung und der einfachen Aufrechterhaltung der Daten anwendbaren Rechtsvorschriften und die Kontrolle der korrekten Handhabung des SIS besondere Bedeutung, geht es hier doch um weit gehende Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Einzelnen. Als Mindeststandard sind die – allerdings nicht sehr weit gehenden – Vorgaben der Datenschutzkonvention des Europarates von 1981²⁹ zu beachten. Daneben enthält das Abkommen noch spezifische datenschutzrechtliche (Mindest-)Grundsätze (Art. 102 bis 118 SDÜ).³⁰

■ Die Nutzung der Daten unterliegt einer Zweckbindung, das heisst den Vertragsparteien ist es nur gestattet, die Daten für die der jeweiligen Ausschreibung entsprechenden Zwecke zu nutzen.

■ Zur Kontrolle wird durchschnittlich jede zehnte Übermittlung durch die dateiführende Stelle protokolliert.

■ Für die Richtigkeit und Aktualität der Daten sowie die Rechtmässigkeit der Speicherung ist der ausschreibende Mitgliedstaat verantwortlich. Weiter dürfen – ebenso wie die Ausschreibung selbst – Änderungen, Ergänzungen, Berichtigungen oder Löschungen nur durch die ausschreibende Vertragspartei vorgenommen werden.

■ Die Daten dürfen nicht länger als für den verfolgten Zweck erforder-

lich gespeichert werden, und spätestens drei Jahre nach ihrer Einspeicherung ist dies zu überprüfen.

■ Der nationale Datenbestand unterliegt einer nationalen Kontrollinstanz; eine aus Vertretern der nationalen Kontrollinstanzen gebildete gemeinsame Kontrollinstanz überwacht die zentrale technische Unterstützungseinheit. Jeder hat das Recht, die Kontrollinstanzen zu ersuchen, die zu seiner Person im SIS gespeicherten Daten sowie deren Nutzung überprüfen zu lassen.

Daneben hat der Einzelne einen Auskunftsanspruch über die zu seiner Person gespeicherten Daten. Dem Anspruch ist nicht stattzugeben, wenn dies den Zweck der Ausschreibung vereiteln würde. Der Einzelne hat Anspruch auf Berichtigung unrichtiger oder die Löschung unrechtmässig gespeicherter Daten. Um diese Rechte durchsetzen zu können, kann er im Hoheitsgebiet jeder Vertragspartei Klage erheben. Schliesslich ist ein Anspruch auf Schadenersatz vorgesehen.

Derzeit wird das SIS von 15 Mitgliedstaaten eingesetzt. Mit der – teilweise – Einbindung Grossbritanniens und Irlands (2004) sowie der vollständigen Einbindung der neuen EU-Mitgliedstaaten (bis 2007) wird das SIS die Grundlage für einen Fahndungsraum mit 27 Mitgliedstaaten und rund 450 Millionen Einwohnern bilden. Um der Einbeziehung der neuen EU-Mitgliedstaaten in das System gerecht zu werden, soll das SIS bis 2006 durch eine zweite Generation, SIS II, ersetzt werden.

b) Umsetzung in der Schweiz³¹

Die im SAA vorgesehene Übernahme des Schengen-Besitzstandes impliziert die Errichtung eines schweizerischen nationalen Teils des SIS, der die im SDÜ vorgesehenen Aufgaben wahrnimmt, sowie die Einrichtung eines SIRENE-Büros. Beide sollen beim Bundesamt für Po-

lizei eingerichtet werden. Da die entsprechenden Regelungen des Schengen-Besitzstandes für eine direkte Anwendbarkeit nicht geeignet sind, ist eine Anpassung der Bestimmungen des StGB über die Amtshilfe im Bereich der Polizei (Art. 351^{ter} ff. StGB) erforderlich.

Bei dieser Umsetzung sollen Lösungen gefunden werden, die es den Polizeidienststellen erlauben, einfach und schnell das SIS zu konsultieren. Auch mobilen Einheiten soll es möglich gemacht werden, auf die Fahndungsdateien des SIS zuzugreifen. Zudem soll das System mit der nationalen Fahndungsdatenbank RIPOD gekoppelt werden, was es erlauben wird, gleichzeitig beide Systeme zu konsultieren.

Weiter muss eine unabhängige nationale Kontrollstelle eingerichtet werden, die beim Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten angesiedelt werden soll. Die Bestimmungen zum Datenschutz im SIS sind grösstenteils direkt anwendbar, so dass sie bei der Ausschreibung durch schweizerische Behörden sowie in Bezug auf Richtigkeit und Aktualität der Daten und die Rechtmässigkeit der Speicherung als Mindeststandard – neben allfälligen darüber hinausgehenden Vorgaben des nationalen Rechts – zu beachten sind.

So weit eine Umsetzung gleichwohl erforderlich ist, wird dies auf Ebene von Verordnungen geschehen; hierzu wird eine neue Rechtsgrundlage in Art. 351^{ter} Abs. 7 StGB (neu) geschaffen.

Sodann muss die Schweiz dafür sorgen, dass die erwähnten Ansprüche tatsächlich geltend gemacht werden können; insbesondere der Anspruch auf Schadenersatz muss noch gesetzlich ausgestaltet werden.³²

Was den Datenschutz im Polizeibereich ausserhalb des SIS angeht, so genügt die schweizerische Gesetzgebung bereits heute den Anforderun-

²⁵ Zu diesen Lavranos, DuD 1996, FN 404.

²⁶ Zu spezifischen Situationen Lavranos, DuD 1996, 403 f.

²⁷ Siehe Art. 101 Abs. 2 i. V. m. Art. 96 SDÜ.

²⁸ Eine Einschränkung gilt für die gekennzeichneten Daten, worauf hier nicht eingegangen werden kann.

²⁹ Übereinkommen Nr. 108 des Europarates vom 28. Januar 1981; siehe die Botschaft betreffend den Beitritt zum Abkommen, BBl 1997 I 717 ff.

³⁰ Art. 126–130 SDÜ enthalten weitere Datenschutzregeln, die beim sonstigen, nicht im Rahmen des SIS erfolgenden Datenaustausch zu beachten sind und damit allgemein von den Polizeibehörden bei der Bearbeitung personenbezogener Daten zu beachten sind.

³¹ Botschaft Bilaterale II, 6149 ff.

³² Wird ein Individuum durch die SIS-Fahndungszusammenarbeit geschädigt, haftet jeder Staat nach Massgabe seines nationalen Rechts (Art. 111 SDÜ). Wird die Schweiz, das heisst der Bund, für einen Schaden in Anspruch genommen, der nicht durch Behörden des Bundes oder der Kantone verursacht wurde, kann der geleistete Ersatz vom schadenverursachenden Schengen-Staat zurückgefordert werden (Art. 116 Abs. 2 SDÜ). So weit ein Schaden von einer schweizerischen Behörde verursacht wurde, ist fraglich, an welches Gemeinwesen sich der Betroffene zu wenden hat. Es ist für den Geschädigten unzumutbar, selbst in Erfahrung zu bringen, ob der Schaden von einem Angestellten eines Kantons oder des Bundes verursacht wurde und dementsprechend Klage bei dem örtlich zuständigen Gericht zu erheben. Daher ist derzeit vorgesehen, das Verantwortlichkeitsgesetz (VG) des Bundes in dem Sinne zu ergänzen, dass sich ein Geschädigter immer gegen den Bund wenden kann. Der Bund könnte dann für den bezahlten Schadenersatz Rückgriff auf den Kanton nehmen, in dessen Dienst die Person steht, die den Schaden verursacht hat.

³³ Siehe etwa Art. 99 Abs. 2 SDÜ.

gen der Art. 126 bis 130 SDÜ. Für den Datenschutz in den Bereichen von «Schengen», die im EG-Vertrag angesiedelt sind, müssen zudem die Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie erfüllt werden. Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) befindet sich derzeit in Revision. Die Datenschutzrichtlinie wird zusätzlich zu Anpassungen in den Spezialgesetzen zu den betroffenen Sektoren (AsylG, ANAG, WG, BetmG) führen.

III Würdigung

Es ist im Rahmen dieses Beitrags nicht möglich, die Schengen-Zusammenarbeit und das Assoziierungsabkommen umfassend zu würdigen, so dass hier nur stichwortartig auf drei Aspekte hingewiesen sei: Das Assoziierungsabkommen stellt zweifellos einen ausserordentlichen Verhandlungserfolg der Schweiz dar; besonders die dauerhafte Möglichkeit des «nationalen Alleingangs» ist im Zusammenhang mit gewissen Aspekten der Rechtshilfe in Bezug auf direkte Steuern betreffende Delikte zu nennen.

Für die Einzelpersonen wird der Schengen-Besitzstand insofern von Bedeutung sein, als sie «Gegenstand» polizeilicher Ermittlungen oder sie betreffender Rechtshilfeersuchen werden können. Dabei verläuft die allgemeine polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit letztlich in relativ bekannten Bahnen. Im Ergebnis werden hier bereits bestehende Ansätze – sei es nun in bilateralen Polizeiabkommen oder in Rechtshilfeübereinkommen – aufgegriffen und etwas erweitert. Dies ist im Rahmen des SIS anders, geht es hier doch um eine Datenbank von bislang unbekanntem Ausmass.

Das wirft die Frage auf, ob die im SDÜ enthaltenen Regeln zum Schutz der Einzelnen ausreichend

sind. Sicher von Bedeutung ist, dass die den Einzelnen betreffenden Schutzbestimmungen direkt anwendbar sein dürften, was ihre Effektivität erhöht. Allerdings wirft das Konzept doch Fragen auf: Es geht von einer grundsätzlichen Massgeblichkeit des nationalen Rechts aus, wobei dem Abkommen Mindeststandards zu entnehmen sind. Diese sind aber teilweise wenig griffig formuliert, besonders, was die Voraussetzungen für eine Ausschreibung betrifft.³³ Der Grundsatz der Formulierung von Mindeststandards dürfte daher teilweise leer laufen. Weiter ist zu bemerken, dass sich die Geltendmachung der Rechte der Einzelnen nach den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen richtet, womit grosse Unterschiede einhergehen dürften. Schliesslich wird es nicht immer einfach sein, den Auskunftsanspruch effektiv geltend zu machen, kann er doch unterbleiben, «wenn dies zur Durchführung einer rechtmässigen Aufgabe im Zusammenhang mit der Ausschreibung» notwendig ist (Art. 109 Abs. 2 SDÜ).

So weit ersichtlich, liegen derzeit keine verlässlichen Daten über die Geltendmachung von Rechten durch Betroffene in den Schengen-Staaten vor, so dass es sehr schwierig ist, die Effektivität des Schutzes Einzelner zu bewerten.

Insgesamt kann man sich daher fragen, ob mit der Internationalisierung der Fahndungsdatei nicht auch eine verstärkte Reglementierung und damit Internationalisierung der einschlägigen Rechte der Betroffenen hätte einhergehen sollen. Damit soll nicht etwa das System als solches in Frage gestellt werden, sondern vielmehr auf möglicherweise sachdienliche Perspektiven zur Weiterentwicklung der einschlägigen Regeln hingewiesen werden.

Zu bemerken bleibt schliesslich, dass sich die Schweiz verpflichtet, die gesamte Weiterentwicklung

des Schengen-Besitzstandes zu übernehmen sowie wohl letztlich die Entwicklung von Rechtsprechung und Praxis in der EU nachzuvollziehen, will sie nicht den Bestand des Abkommens als solchem gefährden. Sicher wird dieser Befund durch den Einbezug von schweizerischen Experten im Vorfeld der Ausarbeitung des Unionsrechts etwas abgemildert, können diese doch bereits in einem frühen Stadium des Gesetzgebungsverfahrens die schweizerischen Interessen einbringen.

Das institutionelle Ungleichgewicht bleibt aber nach wie vor bestehen und stellt letztlich den Preis der Teilnahme des Drittstaates Schweiz an einem materiell ins Gewicht fallenden Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes dar. Aufgeworfen wird damit – einmal mehr – die Frage, ob die Schweiz ihre Interessen besser innerhalb oder ausserhalb der EU vertreten kann, eine Frage, die auch vor dem Hintergrund an Brisanz gewinnt, dass die «Bilateralen I» und die «Bilateralen II» einen Einbezug der Schweiz in sehr wesentliche Bereiche des gemeinschaftlichen Besitzstandes implizieren.