

Urteilkopf

147 IV 340

36. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau und B. (Beschwerde in Strafsachen) 6B_1178/2019 vom 10. März 2021

Regeste (de):

Art. 21 und 24 der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 (SIS-II-Verordnung) und der Verordnung (EU) 2018/1861; Voraussetzungen für die Ausschreibung von Einreiseverboten im Schengener Informationssystem (SIS).

Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung setzt weder eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr voraus, noch verlangt die Bestimmung einen Schuldspruch wegen einer Straftat, die mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr bedroht ist. Insoweit genügt, wenn der entsprechende Straftatbestand eine Freiheitsstrafe im Höchstmass von einem Jahr oder mehr vorsieht. Indes ist im Sinne einer kumulativen Voraussetzung stets zu prüfen, ob von der betroffenen Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung). An die Annahme einer solchen Gefahr sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Nicht verlangt wird, dass das "individuelle Verhalten der betroffenen Person eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt" (E. 4.4-4.8).

Begründungspflicht des Gerichts und Heilung des Begründungsmangels vor Bundesgericht (E. 4.11).

Regeste (fr):

Art. 21 et 24 du Règlement (CE) n° 1987/2006 (Règlement-SIS-II) et Règlement (UE) 2018/1861; conditions d'introduction d'un signalement aux fins de non-admission dans le Système d'information Schengen (SIS).

L'art. 24, par. 2, point a, du Règlement-SIS-II n'exige pas une condamnation à une peine privative de liberté d'au moins un an, pas plus que la disposition n'exige une condamnation pour une infraction passible d'une peine privative de liberté minimale d'un an. À cet égard, il suffit que l'infraction correspondante prévoie une peine privative de liberté "plafond" d'un an ou plus. Toutefois, à titre d'exigence cumulative, il faut toujours examiner si la personne concernée représente une menace pour la sécurité publique ou l'ordre public (art. 24, par. 2, Règlement-SIS-II). Les exigences pour l'acceptation d'une telle menace ne sont pas trop élevées. Il n'est pas nécessaire que le comportement de la personne concernée constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société (consid. 4.4-4.8).

Obligation de motivation du tribunal et remède au défaut de motivation devant le Tribunal fédéral (consid. 4.11).

Regesto (it):

Art. 21 e 24 del regolamento (CE) n. 1987/2006 (regolamento SIS II) e del regolamento (UE) 2018/1861; presupposti per la segnalazione di divieti di entrata nel sistema d'informazione Schengen (SIS).

L'art. 24 n. 2 lett. a regolamento SIS II non presuppone né una condanna a una pena detentiva di almeno un anno né una condanna per un reato punibile con una pena detentiva non inferiore a un anno. Al riguardo, è sufficiente che la pena massima comminata dalla norma penale corrispondente sia una pena detentiva di un anno o più. Occorre però sempre esaminare, quale ulteriore condizione, se l'interessato rappresenta una minaccia per la sicurezza pubblica o l'ordine pubblico (art. 24 n. 2 regolamento SIS II). Non devono essere poste esigenze troppo elevate per ammettere una simile minaccia. Non è necessario che il

comportamento individuale dell'interessato rappresenti "una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società" (consid. 4.4-4.8).

Obbligo di motivazione del tribunal e possibilità di sanare un difetto di motivazione dinanzi al Tribunale federale (consid. 4.11).

Sachverhalt ab Seite 341

BGE 147 IV 340 S. 341

A. Das Bezirksgericht Aarau sprach A. am 8. März 2018 der Schändung gemäss Art. 191 StGB und der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig. Es verurteilte ihn zu einer bedingten Geldstrafe von 270 Tagessätzen zu Fr. 30.- sowie einer Busse von Fr. 2'000.- und verwies ihn für fünf Jahre des Landes, wobei es die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) anordnete.

B. Das Obergericht des Kantons Aargau bestätigte am 11. September 2019 auf Berufung von A. den erstinstanzlichen Schuldspruch wegen Schändung. Der Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Das Obergericht verurteilte A. zu einer bedingten Geldstrafe von 270 Tagessätzen zu Fr. 30.- und reduzierte die Busse auf Fr. 1'700.-. Zudem ordnete es die Landesverweisung von A. für die Dauer von fünf Jahren sowie die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS an.

Dem Schuldspruch wegen Schändung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

BGE 147 IV 340 S. 342

A. und B. befanden sich am Morgen des 9. September 2017, ca. 07:00 bis 07:30 Uhr, alleine in der Wohnung von C. B. schlief im Bett von C., ihrem Ex-Freund, in dessen Schlafzimmer, wobei sie auf ihrer linken Körperseite mit dem Gesicht in Richtung Zimmerwand lag. A. begab sich ins Schlafzimmer von C., wo er B. zunächst streichelte. Danach zog er seine Hose und Unterhose aus, legte sich mit entblösstem Genitalbereich hinter die schlafende B. und versuchte mit seinem Penis in ihre Vagina einzudringen. B. erwachte, als sie einen Penis an ihrem vaginalbereich spürte. Da sie dachte, es handle sich um C., wollte sie der Person beim Eindringen helfen und fasste hierfür nach hinten. Da es nicht klappte, drehte sie sich um und bemerkte den ihr unbekanntes A. Sie erschrak, gab diesem eine Ohrfeige und forderte ihn auf, sofort zu verschwinden, woraufhin A. das Schlafzimmer verliess.

C. A. beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das Urteil vom 11. September 2019 sei aufzuheben und er sei vom Vorwurf der Schändung freizusprechen. Eventualiter sei er der sexuellen Belästigung nach Art. 198 StGB schuldig zu sprechen und angemessen zu bestrafen. Auf eine Landesverweisung und die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS sei zu verzichten.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Der Beschwerdeführer kritisiert schliesslich, die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS sei unverhältnismässig und zu unterlassen. Sie bewirke, dass er seine Zukunft nur in der Türkei, nicht jedoch in Europa ausserhalb der Schweiz aufbauen könne. Er rügt in diesem Zusammenhang zudem eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Vorinstanz werfe ihm vor, gegen die von der ersten Instanz angeordnete Ausschreibung im SIS nichts vorzubringen, obschon die erste Instanz die Ausschreibung in ihrem Urteil selber nicht begründe. Mit der Anfechtung der Landesverweisung werde selbstredend auch der Eintrag im SIS angefochten.

4.2 Das Bundesgericht hat sich im BGE 146 IV 172 mit den Voraussetzungen für die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS im Sinne von Art. 21 und 24 der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener

BGE 147 IV 340 S. 343

Informationssystems der zweiten Generation (ABl. L 381 vom 28. Dezember 2006 S. 4; nachfolgend: SIS-II-Verordnung) befasst (BGE 146 IV 172 E. 3.2.1 f.). BGE 146 IV 172 basiert auf der SIS-II-Verordnung vom 20. Dezember 2006. Die Schweiz hat als Weiterentwicklung des Schengen-

Besitzstands in einem Notenaustausch vom 20. Dezember 2018 auch die Verordnung (EU) 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der Grenzkontrollen (ABl. L 312 vom 7. Dezember 2018 S. 14; nachfolgend: Verordnung [EU] 2018/1861) akzeptiert, mit welcher die SIS-II-Verordnung vom 20. Dezember 2006 geändert und aufgehoben wird (vgl. SR 0.362.380.085; BGE 146 IV 172 E. 3.2.1 S. 176 f.). Das Parlament genehmigte den Notenaustausch am 18. Dezember 2020. Die Frist für das fakultative Referendum läuft bis am 10. April 2021 (vgl. BBl 2020 10033 ff.).

4.3

4.3.1 Ausschreibungen im SIS dürfen gemäss dem in Art. 21 SIS-II-Verordnung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip nur vorgenommen werden, wenn die Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Falles dies rechtfertigen. Voraussetzung für die Eingabe einer Ausschreibung zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im SIS ist eine nationale Ausschreibung, die auf einer Entscheidung der zuständigen nationalen Instanz (Verwaltungsbehörde oder Gericht) beruht; diese Entscheidung darf nur auf der Grundlage einer individuellen Bewertung ergehen (Art. 24 Abs. 1 SIS-II-Verordnung). Die Ausschreibung wird eingegeben, wenn die Entscheidung nach Art. 24 Abs. 1 SIS-II-Verordnung auf die Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder die nationale Sicherheit gestützt wird, die die Anwesenheit des betreffenden Drittstaatsangehörigen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats darstellt (Art. 24 Abs. 2 Satz 1 SIS-II-Verordnung). Dies ist insbesondere bei einem Drittstaatsangehörigen der Fall, der in einem Mitgliedstaat wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist (Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung).

4.3.2 Eine Ausschreibung im SIS setzt voraus, dass die Ausschreibungsvoraussetzungen von Art. 21 und 24 SIS-II-Verordnung erfüllt sind. Bei der Ausschreibung gestützt auf Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung ist insbesondere zu prüfen, ob von der betroffenen Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht (zum Ganzen: BGE 146 IV 172 E. 3.2.2 S. 178).

Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht (zum Ganzen: BGE 146 IV 172 E. 3.2.2 S. 178).

4.4 Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung und der Begriff der "Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung" im Sinne von Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung werden von den schweizerischen Gerichten nicht einheitlich ausgelegt und in der Lehre kontrovers diskutiert. Insoweit geht es um eine Rechtsfrage.

4.4.1 Das Bundesverwaltungsgericht stellt in ständiger Rechtsprechung auf den Wortlaut von Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung ab und bejaht die Anwendbarkeit dieser Bestimmung, wenn das Einreiseverbot wegen einer strafrechtlichen Verurteilung zu einer Tat ausgesprochen wurde, für welche das Gesetz als Höchststrafe eine Freiheitsstrafe von einem Jahr oder mehr vorsieht (explizit etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4372/2015 vom 25. Mai 2016 E. 6.2; vgl. auch Urteile C-7594/2014 vom 12. April 2016 E. 6.3; C-7086/2014 vom 14. Oktober 2015 E. 6.3; C-5578/2013 vom 8. Januar 2015 E. 6.4). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist eine Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS gestützt auf die geltende "Kann-Bestimmung" von Art. 24 Abs. 3 SIS-II-Verordnung darüber hinaus auch unabhängig von einer strafrechtlichen Verurteilung zulässig, wenn das Einreiseverbot wegen der Verletzung von migrationsrechtlichen Bestimmungen, etwa durch den Aufenthalt im Schengen-Raum über den bewilligungsfreien Zeitraum hinaus oder eine Einreise ohne gültiges Visum, ausgesprochen wurde (vgl. etwa Urteile F-6632/2019 und F-6639/2019 vom 8. Oktober 2020 E. 9; F-1503/2019 und F-1515/2019 vom 21. November 2019 E. 8; F-1395/2019 vom 24. Oktober 2019 E. 6; F-6129/2019 vom 19. August 2020 E. 7). Die Ausschreibung eines Einreiseverbots im SIS gestützt auf Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung setzt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts daher nicht zwingend eine strafrechtliche Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr voraus. Das Bundesverwaltungsgericht bejahte die Zulässigkeit der Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS etwa bei einer Verurteilung der betroffenen Person wegen Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 StGB zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen und einer Busse von Fr. 700.-, dies mit dem Hinweis, die Straftat erfülle den von Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung verlangten Schweregrad bei Weitem (Urteil C-7594/2014 vom 12. April 2016 BGE 147 IV 340 S. 345

Bst. B und E. 6.3). Weiter brachte es die Bestimmung von Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung bei einem Schuldspruch wegen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB durch Entwenden von

Waren im Wert von Fr. 1'667.60 in einem Supermarkt und einer Verurteilung zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zur Anwendung (Urteil C-4372/2015 vom 25. Mai 2016 Bst. B und E. 6.2). Das Bundesverwaltungsgericht berücksichtigt in diesem Zusammenhang, dass wegen des Wegfalls systematischer Personenkontrollen an den Schengen-Innengrenzen Einreiseverbote und ähnliche Massnahmen ihre volle Wirksamkeit nur entfalten können, wenn sich ihre Geltung und die Durchsetzbarkeit nicht auf einzelne Schengen-Staaten beschränkt (vgl. etwa Urteile F-1367/2020 vom 10. Juni 2020 E. 5.5.1; F-1395/2019 vom 24. Oktober 2019 E. 6.4; F-953/2017 vom 20. Dezember 2018 E. 7.3; C-7086/2014 vom 14. Oktober 2015 E. 6.4). Es betont bei der Frage der Ausschreibung eines Einreiseverbots im SIS zudem regelmässig, dass die Schweiz nicht nur eigene Interessen zu wahren hat, sondern als Folge des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit bei der Administration des gemeinsamen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, auf dem das Schengen-System beruht, zur Wahrung der Interessen der Gesamtheit aller Schengen-Staaten verpflichtet ist (vgl. BVGE 2011/48 E. 6.1 sowie die oben zitierten Entscheide).

4.4.2 Der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts schloss sich dem Grundsatz nach auch das Obergericht des Kantons Schaffhausen in einem Entscheid vom 9. April 2019 an (Verfahren Nr. 50/2018/33 E. 9.8). Zu prüfen ist gemäss diesem Entscheid jedoch stets, ob die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS angesichts der Umstände des Einzelfalls, insbesondere der von der Person ausgehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, verhältnismässig ist (zit. Urteil 50/2018/33 E. 9.8.2). Die im Entscheid angeordnete Ausschreibung der Landesverweisung im SIS blieb vor Bundesgericht unangefochten (vgl. Urteil 6B_771/2019 vom 7. November 2019).

4.4.3 Zu einem anderen Ergebnis gelangte das Obergericht des Kantons Zürich im Urteil SB170246-O vom 6. Dezember 2017 S. 22 ff., welchem wie vorliegend ein Schuldspruch wegen Schändung zugrunde lag, wobei der Täter zu einer bedingten Freiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt wurde. Gemäss dem erwähnten Entscheid
BGE 147 IV 340 S. 346

setzt Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung eine Verurteilung zu einer schweren Straftat voraus, was sich aus dem Vergleich mit Art. 24 Abs. 2 Bst. b SIS-II-Verordnung ergebe. Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung sei daher so zu verstehen, dass die Verurteilung wegen einer Straftat erfolgt sein müsse, deren abstrakter Strafrahmen eine Mindeststrafe (und nicht eine Höchststrafe) von einem Jahr Freiheitsstrafe aufweise (zit. Urteil SB170246-O S. 22 f.). Dennoch anerkennt das Obergericht des Kantons Zürich im erwähnten Entscheid, dass das Abstellen auf den abstrakten Strafrahmen ein wenig taugliches Abgrenzungskriterium ist. Entscheidend erscheine die Höhe der Strafe der konkreten Verurteilung. Da der Beschuldigte zu einer Freiheitsstrafe von weniger als einem Jahr verurteilt wurde, die Schändung gemäss Art. 191 StGB keine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe vorsieht und der Beschuldigte auch nicht im Verdacht stand, eine schwere Straftat in einem Land des Schengenraumes verübt zu haben oder zu planen (vgl. Art. 24 Abs. 2 Bst. b SIS-II-Verordnung), sprach sich das Obergericht des Kantons Zürich im konkreten Fall gegen eine Ausschreibung der Landesverweisung im SIS aus (zit. Urteil SB170246-O S. 23 f.). Der Auffassung, wonach eine Ausschreibung der Landesverweisung im SIS nur bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr erfolgen darf, schloss sich in der Folge auch die Lehre an (ZURBRÜGG/HRUSCHKA, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, N. 95 vor Art. 66a-66d StGB; SCHNEIDER/GFELLER, Landesverweisung und das Schengener Informationssystem, Sicherheit & Recht 1/2019 S. 8; in diesem Sinne auch Botschaft vom 6. März 2020 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] und zur Änderung des Bundesgesetzes über das Informationssystem für den Ausländer- und den Asylbereich [BBI 2020 3465 ff., 3499, allerdings ohne Begründung; nachfolgend: Botschaft Weiterentwicklung Schengen-Besitzstand]).

4.4.4 Das Kantonsgericht Basel-Landschaft sah von der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS in einem Entscheid vom 8. Januar 2019 (Verfahren 460 18 297) ab, der eine Verurteilung wegen mehrfachen Diebstahls, mehrfachen Hausfriedensbruchs, mehrfacher Beschimpfung, mehrfachen Tötlichkeiten, Widerhandlung gegen
BGE 147 IV 340 S. 347

das Ausländergesetz sowie mehrfachen unbefugten Konsums von Betäubungsmitteln zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 17 Monaten und 20 Tagen (als Gesamtstrafe, unter Einbezug einer zu vollziehenden Restfreiheitsstrafe von 61 Tagen aus einer früheren Verurteilung), einer unbedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen und einer Busse von Fr. 500.- betraf. Die Landesverweisung wurde für die Dauer von acht Jahren ausgesprochen. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft argumentierte, die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS solle nur bei schweren Straftaten erfolgen. Dies sei namentlich bei Straftaten der Fall, welche eine abstrakte Mindeststrafe von einem Jahr androhen

würden (zit. Urteil 460 18 297 E. 3.3). Die beurteilten Delikte würden für sich allein nicht eine derartige Schwere erreichen, dass die Eintragung im SIS als angemessen erscheine (zit. Urteil 460 18 297 E. 3.4).

4.4.5 Das Kantonsgericht Luzern verzichtete im Urteil 4M 20 5 vom 10. Juli 2020, in: Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide [LGVE] 2020 II Nr. 10, ausnahmsweise auf die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS, dies trotz der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von 17 Monaten wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Entscheidend war für das Kantonsgericht Luzern, dass beim Betroffenen von einer einmaligen Entgleisung und damit von einer guten Prognose auszugehen war und dass der Kontakt zu seiner in der Schweiz lebenden Tochter durch die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS erschwert würde.

4.5

4.5.1 Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) befasste sich im Urteil C-380/18 vom 12. Dezember 2019 mit der Bestimmung von Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung und dem Begriff der "Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung" (Urteil des EuGH vom 12. Dezember 2019 C-380/18 E.P.). Der Entscheid erging zu Art. 6 Abs. 1 Bst. e der Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (ABl. L 77 vom 23. März 2016 S. 1; nachfolgend: Schengener Grenzkodex), dies im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens, welches der Schweiz notifiziert wurde und an welchem sich diese beteiligen konnte (vgl. Art. 8 Abs. 2 des Schengen Assoziierungs-Abkommens vom 26. Oktober 2004 [SAA; SR 0.362.31]).
BGE 147 IV 340 S. 348

Nach dem erwähnten Entscheid kann für die Auslegung von Art. 6 Abs. 1 Bst. e Schengener Grenzkodex nicht auf die Rechtsprechung zum Begriff der "Gefahr für die öffentliche Ordnung" abgestellt werden, wie er in anderen EU-Erlassen für Unionsbürger, welche von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen, verwendet wird. Das Einreisehindernis für Drittstaatsangehörige von Art. 6 Abs. 1 Bst. e Schengener Grenzkodex erfordert gemäss dem EuGH - anders als die Verweigerung des Freizügigkeitsrechts gegenüber einem Unionsbürger - nicht den Nachweis, dass das persönliche bzw. individuelle Verhalten der betroffenen Person eine "tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt" (Urteil E.P. Randnrn. 29 ff., 46 und 51). Der EuGH berücksichtigt dabei, dass Grenzkontrollen entsprechend dem Ziel des Schengener Grenzkodexes zur Vorbeugung "jeglicher Bedrohung" der öffentlichen Ordnung beitragen sollen und der Unionsgesetzgeber die Absicht hatte, sämtliche Bedrohungen der öffentlichen Ordnung zu bekämpfen (Urteil E.P. Randnrn. 44 f.). Der Entscheid E.P. stellt zudem klar, dass Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung, von welchem die Anwendung des Einreisehindernisses von Art. 6 Abs. 1 Bst. d Schengener Grenzkodex abhängt, im gleichen Sinne auszulegen ist (Urteil E.P. Randnr. 43).

4.5.2 Dies entsprach auch der Argumentation der Schweiz in der schriftlichen Erklärung vom 3. Oktober 2018 im Verfahren C-380/18. Danach unterliegt die Bejahung einer Gefahr für die öffentliche Ordnung und die Nichtgewährung von Einreise und Aufenthalt gegenüber Drittstaatsangehörigen ohne gesichertes Aufenthaltsrecht einer "weniger strengen Verhältnismässigkeitsprüfung" als bei freizügigkeitsberechtigten Personen, welche ein subjektives Recht auf Einreise und Aufenthalt in einem Mitgliedstaat haben (schriftliche Erklärung, a.a.O., Ziff. 10-12). Im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 Bst. e Schengener Grenzkodex und Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung genüge eine "potenzielle" Gefahr, für deren Feststellung eine auf Tatsachen gestützte Beurteilung ausreiche (schriftliche Erklärung, a.a.O., Ziff. 12-15).

4.5.3 Der Begriff der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" war bereits in Art. 96 Abs. 2 des Schengener Durchführungsübereinkommens vom 14. Juni 1985 (SDÜ; ABl. L 239 vom 22. September 2000 S. 19), der Vorgängerbestimmung von Art. 24 BGE 147 IV 340 S. 349

SIS-II-Verordnung, enthalten. Zu einem ähnlichen Ergebnis wie im Urteil E.P. gelangte der EuGH im Urteil vom 31. Januar 2006 C-503/03 Kommission gegen Spanien, Slg. 2006 I-1097. Er entschied im erwähnten Verfahren, der Begriff der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 2 der [inzwischen aufgehobenen] Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 (ABl. 56 vom 4. April 1964 S. 850) entspreche nicht dem des Art. 96 SDÜ. Die in Art. 96 Abs. 2 Bst. a und Abs. 3 SDÜ erwähnten Umstände würden für sich allein eine Ausschreibung im SIS rechtfertigen, "unabhängig von jeder konkreten Beurteilung der Gefahr, die der Betroffene darstelle" (Urteil Kommission gegen Spanien, Randnr. 48).

4.5.4 Hinsichtlich der Anwendung von Art. 24 Abs. 2 Bst. b SIS-II-Verordnung bzw. wenn (noch) keine Verurteilung erging, verlangt der EuGH im Urteil E.P. einerseits, dass die Straftat, deren

Begehung der betreffende Drittstaatsangehörige verdächtigt ist, angesichts ihrer Art und der drohenden Strafe eine hinreichende Schwere aufweisen muss, um die sofortige Beendigung des Aufenthalts im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu rechtfertigen. Andererseits müssen übereinstimmende, objektive und eindeutige Indizien vorliegen, die den Verdacht stützen, dass der betreffende Drittstaatsangehörige eine solche Straftat begangen hat (Urteil E.P., Randnrn. 48 f. und 51).

4.5.5 Für die Schweiz besteht kein Anlass, von der zitierten Rechtsprechung des EuGH abzuweichen (vgl. Art. 8 Abs. 1 SAA; BGE 142 II 35 E. 3.1 S. 38; BGE 140 II 112 E. 3.2 S. 117; je mit Hinweisen).

4.6 Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung kann entgegen der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich und des Kantonsgerichts Basel-Landschaft (oben E. 4.4.3 und 4.4.4) nicht im Sinne einer effektiven Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder einer abstrakten Mindeststrafandrohung von einem Jahr Freiheitsstrafe verstanden werden. Ersteres widerspricht bereits dem klaren Wortlaut der Bestimmung, der auf die abstrakte Strafandrohung abstellt ("mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist"). Dass die erwähnte Bestimmung im Sinne einer Mindeststrafandrohung zu verstehen ist, kann ebenfalls ausgeschlossen werden. Eine solche Regelung macht wenig Sinn, da damit je nach Ausgestaltung der nationalen Straftatbestände willkürlich schwere Straftaten vom Anwendungsbereich der Bestimmung ausgeschlossen würden. Weiter ist davon auszugehen, dass der EG-Gesetzgeber für BGE 147 IV 340 S. 350

eine solche Regelung eine klare Formulierung gewählt hätte. Hätte er für die Ausschreibung im SIS eine Freiheitsstrafe von einem Jahr oder mehr voraussetzen wollen, hätte er naheliegenderweise auf die konkrete Strafe abgestellt. Entscheidend ist daher vielmehr, ob die Straftat im Höchstmass mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder mehr bedroht ist (gl.M. für die insoweit identische Bestimmung von Art. 96 Abs. 2 Bst. a SDÜ: EGLI/MEYER, in: Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], 2010, Fn. 76 zu Art. 5 AuG mit Hinweis auf die deutsche Lehre). Eine solche Auslegung von Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung steht nicht nur im Einklang mit dem Wortlaut der Bestimmung, sondern entspricht auch den Materialien (vgl. Änderungsvorschlag Manfred Weber zum Entwurf des Vorschlags des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments vom 31. März 2006, PE 372.149v02-00 S. 26, siehe dazu auch hinten E. 4.7.2), der Regelung im Auslieferungsrecht (vgl. insb. Art. 59 ff. SDÜ und Art. 2 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten [ABl. L 190 vom 18. Juli 2002 S. 1; nachfolgend: Rahmenbeschluss über den europäischen Haftbefehl]) und der langjährigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zu Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung.

4.7

4.7.1 Gemäss dem Urteil E.P. kann ein Drittstaatsangehöriger, der wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist [vgl. Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung], oder gegen den ein begründeter Verdacht besteht, dass er schwere Straftaten begangen hat [vgl. Art. 24 Abs. 2 Bst. b SIS-II-Verordnung], in Anwendung von Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben werden, "sofern er eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellt" (Urteil E.P., Randnr. 41). Unabhängig von der Voraussetzung von Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung in Bezug auf die abstrakte Strafandrohung ist daher stets zu prüfen, ob eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung im Sinne von Art 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung zu bejahen ist. Dies entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 146 IV 172 E. 3.2.2 S. 178). BGE 147 IV 340 S. 351

4.7.2 An die Annahme einer solchen Gefahr sind im Rahmen von Art. 24 Abs. 1 und 2 SIS-II-Verordnung indes keine allzu hohen Anforderungen zu stellen (EGLI/MEYER, a.a.O., N. 39 zu Art. 5 AuG). Nicht verlangt wird insbesondere, dass von der betroffenen Person eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung ausgeht, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (Urteil E.P., Randnrn. 29 ff., 46 und 51; oben E. 4.5.1). Gemäss der Rechtsprechung des EuGH sind an die Annahme einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Drittstaatsangehörigen ohne Freizügigkeitsrecht geringere Anforderungen zu stellen als bei freizügigkeitsberechtigten Personen (inklusive gewisse Familienangehörige), d.h. der Begriff der Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung im Sinne von Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung ist weiter als in anderen Unionserlassen, da die Grenzkontrollen zur Vorbeugung von "jeglicher

Bedrohung" der öffentlichen Ordnung beitragen sollen (vgl. oben E. 4.5; a.M. ZURBRÜGG/HRUSCHKA, a.a.O., N. 97 vor Art. 66a-66d StGB).

Im Unterschied zum Vorschlag der EU-Kommission vom 23. August 2005 und zum Entwurf des zuständigen Ausschusses des EU-Parlaments vom 31. März 2006 (je Art. 15 Abs. 1 Bst. a) sieht Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung zudem keine "schwerwiegende" Gefahr mehr vor, d.h. das Adjektiv "schwerwiegend" wurde bewusst gestrichen. Entsprechend wurde auch Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung angepasst ("Verurteilung zu einer Straftat, die mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist", was bezüglich der Strafandrohung Art. 2 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI über den Europäischen Haftbefehl entspricht). Der Vorschlag der Kommission vom 23. August 2005 und der Entwurf des Ausschusses vom 31. März 2006 (je Art. 15 Abs. 1 Bst. a Ziff. i) verlangten insoweit noch eine Straftat im Sinne von Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI über den Europäischen Haftbefehl und eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr, womit im Vergleich zum damals geltenden Art. 96 Abs. 2 Bst. a SDÜ eine Verschärfung der Ausschreibungsvoraussetzungen einhergegangen wäre (vgl. zum Ganzen: Gesetzgebungsverfahren 2005/0106[COD]: Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 23. August 2005, KOM(2005) 236 endgültig/2; Entwurf des Vorschlags des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments vom 31. März 2006, PE 365. 024v02-00; und Änderungsanträge vom 18. Mai 2006, PE 372. 149v02-00 S. 25 f.).

BGE 147 IV 340 S. 352

4.7.3 Die Annahme einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung setzt im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung daher nicht zwingend eine Straftat von einer besonderen Schwere voraus. Fehl geht insoweit auch der Vergleich mit Art. 24 Abs. 2 Bst. b SIS-II-Verordnung, wonach eine Ausschreibung im SIS zu erfolgen hat, wenn gegen einen Drittstaatsangehörigen ein begründeter Verdacht besteht, dass er schwere Straftaten begangen hat. Eine solche Ausschreibung beruht nicht auf einer strafrechtlichen Verurteilung, sondern auf einem blossen, ein Einreiseverbot rechtfertigenden Verdacht. An die schwere der Straftat und die damit einhergehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung sind daher höhere Anforderungen zu stellen, da im Rahmen der Interessenabwägung in Nachachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips auch der Unschuldsumutung Rechnung zu tragen ist. Dass die Voraussetzungen von Art. 24 Abs. 2 Bst. a und b SIS-II-Verordnung hinsichtlich der Schwere der Straftat nicht identisch sind, ergibt sich auch aus der unterschiedlichen Formulierung von Bst. a und b.

4.7.4 Bei einer rechtskräftigen Verurteilung sind die Anforderungen an die Schwere der Straftat tendenziell weniger hoch anzusetzen. Insoweit genügt, wenn die betroffene Person wegen einer oder mehrerer, die öffentliche Sicherheit oder Ordnung tangierender Straftaten verurteilt wurde, die einzeln betrachtet oder in ihrer Gesamtheit von einer gewissen Schwere sind (ähnlich EGLI/MEYER, a.a.O., N. 39 zu Art. 5 AuG). Diese Auslegung liegt auch der Botschaft vom 24. November 1999 zum Schweizerisch-deutschen Polizeivertrag vom 27. April 1999 (SR 0.360.136.1) zugrunde, welche auf die mit Art. 24 SIS-II-Verordnung in dieser Hinsicht identische Vorgängerbestimmung von Art. 96 SDÜ Bezug nimmt. Danach wird durch den Verweis auf Art. 96 SDÜ in Art. 7 Abs. 1 des Polizeivertrags für die Datenübermittlung Deutschlands an die Schweiz sichergestellt, dass die der Ausschreibung zugrunde liegenden Tatsachen ein "gewisses Gewicht" haben und Bagatelldelikte ausgeschlossen sind (Botschaft vom 24. November 1999 über verschiedene Vereinbarungen mit Deutschland sowie mit Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein über polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, BBI 2000 862 ff., 877).

4.7.5 Dass der Anwendungsbereich von Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung nicht auf schwere bzw. besonders schwere Straftaten beschränkt ist, zeigt auch der Vergleich mit Art. 24 Abs. 3 SIS-II-Verordnung betreffend die
BGE 147 IV 340 S. 353

Ausschreibung von Einreiseverboten, welche wegen einer Verletzung von migrationsrechtlichen Bestimmungen ausgesprochen wurden. Art. 24 Abs. 3 SIS-II-Verordnung, von welchem die Schweiz bereits heute Gebrauch macht (vgl. oben E. 4.1 mit Hinweisen), ist als "Kann-Bestimmung" formuliert. Die Verordnung (EU) 2018/1861 sieht in Art. 24 Abs. 2 Bst. c neu jedoch eine Pflicht zur Ausschreibung von Einreiseverboten vor, die gegen einen Drittstaatsangehörigen wegen der Umgehung oder der versuchten Umgehung von Rechtsvorschriften über die Einreise in das und den Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten verhängt werden. Die ehemals fakultative Ausschreibung wird damit zur Pflicht (vgl. Botschaft Weiterentwicklung Schengen-Besitzstand, BBI 2020 3499, 3481 f., 3514, 3522, 3525; SCHNEIDER/GFELLER, a.a.O., S. 10). Eine die Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS rechtfertigende Gefährdung für die öffentliche Sicherheit

oder Ordnung ist daher bereits bei der Umgehung oder der versuchten Umgehung von europäischen oder nationalen Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt zu bejahen (vgl. Botschaft Weiterentwicklung Schengen-Besitzstand, BBl 2020 3482 und 3525). Diese weitreichende Pflicht zur Ausschreibung von Einreiseverboten, welche wegen der Verletzung von Bestimmungen über die Einreise oder den Aufenthalt ausgesprochen wurden, wurde anlässlich der parlamentarischen Beratungen kritisiert (vgl. Voten Fivaz und Schlatter, AB 2020 N 1622, 1624, 2309 f. und 2311). Letztlich wurde die Vorlage vom Parlament jedoch angenommen.

4.7.6 Ebenfalls nicht sachgerecht wäre es, für die Frage, ob eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung im Sinne von Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung vorliegt, ausschliesslich auf das Strafmass abzustellen. Im Strafmass spiegelt sich das strafrechtliche Verschulden wider (vgl. Art. 47 StGB), die Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung angesichts möglicher Strafminderungs- oder Strafmilderungsgründe jedoch nicht zwingend im vollen Ausmass. Entscheidend für die Frage, ob eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung zu bejahen ist, sind daher in erster Linie Art und Häufigkeit der Straftaten, die konkreten Tatumstände sowie das übrige Verhalten der betroffenen Person.

4.7.7 Damit ist zugleich auch gesagt, dass nicht jede Rechtsverletzung, auch wenn damit eine strafrechtliche Verurteilung einhergeht, die in Anwendung von Art. 67 Abs. 2 lit. a AIG (SR 142.20) i.V.m. Art. 77a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über BGE 147 IV 340 S. 354

Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) zu einem Einreiseverbot führt, eine Ausschreibung im SIS zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung rechtfertigt. Art. 77a VZAE enthält eine weite Umschreibung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Danach ist eine Verletzung (Nichtbeachtung) der öffentlichen Sicherheit und Ordnung u.a. bereits gegeben, wenn gesetzliche Vorschriften und behördliche Verfügungen missachtet oder öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verpflichtungen mutwillig nicht erfüllt werden (Art. 77a Abs. 1 lit. a und b VZAE; vgl. zum Begriff der Gefährdung auch Art. 77a Abs. 2 VZAE). Die Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS ist nur bei Rechtsverletzungen in Form von Straftaten einer gewissen Schwere (Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung) oder einer Umgehung von migrationsrechtlichen Vorschriften (Art. 24 Abs. 3 SIS-II-Verordnung) vorgesehen. Einreiseverbote, die wegen der Verletzung anderer Rechtsvorschriften (Art. 67 Abs. 2 lit. a AIG i.V.m. Art. 77a VZAE) oder gestützt auf Art. 67 Abs. 2 lit. b AIG (Bezug von Sozialhilfe) ausgesprochen wurden, sind nicht im SIS auszuschreiben (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-1419/2020 vom 11. August 2020 E. 7).

4.8 Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung weder eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr voraussetzt, noch einen Schuldspruch wegen einer Straftat, die mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr bedroht ist. Die Voraussetzung von Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung ist vielmehr erfüllt, wenn der entsprechende Straftatbestand eine Freiheitsstrafe im Höchstmass von einem Jahr oder mehr vorsieht. Indes ist im Sinne einer kumulativen Voraussetzung stets zu prüfen, ob von der betroffenen Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht. Damit wird dem in Art. 21 SIS-II-Verordnung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen. An die Annahme einer solchen Gefahr sind jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Nicht verlangt wird, dass das "individuelle Verhalten der betroffenen Person eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt" (oben E. 4.5 und 4.7.2). Dass bei der Legalprognose eine konkrete Rückfallgefahr verneint und die Strafe bedingt ausgesprochen wurde, steht einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS daher nicht entgegen (vgl. Urteil 6B_739/2020 vom 14. Oktober 2020 E. 2.2). Ebenso BGE 147 IV 340 S. 355

wenig setzt Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung die Verurteilung zu einer "schweren" Straftat voraus, sondern es genügen eine oder mehrere Straftaten, die einzeln betrachtet oder in ihrer Gesamtheit von einer "gewissen" Schwere sind, unter Ausschluss von blossen Bagatelldelikten. Entscheidend ist zudem nicht das Strafmass, sondern in erster Linie die Art und Häufigkeit der Straftaten, die konkreten Tatumstände sowie das übrige Verhalten der betroffenen Person. Schliesslich dürfen nur Einreiseverbote im SIS ausgeschrieben werden, die in Beachtung der nationalen Verfahrensregeln und auf der Grundlage einer individuellen Bewertung ergingen (Art. 24 Abs. 1 SIS-II-Verordnung). Art. 24 Abs. 1 Bst. a der Verordnung (EU) 2018/1861 stellt klar, dass diese individuelle Bewertung eine Bewertung der persönlichen Umstände des betreffenden Drittstaatsangehörigen und der Auswirkungen der Einreise- und Aufenthaltsverweigerung für den betreffenden Drittstaatsangehörigen umfassen muss. Damit soll sichergestellt werden, dass nur grundrechtskonforme Einreiseverbote Eingang ins SIS finden.

4.9 Art. 24 SIS-II-Verordnung und Art. 24 der Verordnung (EU) 2018/1861 verpflichten die Schengen-Staaten nicht zum Erlass von Einreiseverboten. Kommt es gestützt auf das nationale Recht wegen eines strafbaren Verhaltens im Sinne von Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung indes zu einer Landesverweisung und sind die zuvor erwähnten Voraussetzungen erfüllt, d.h. ist eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung im Sinne von Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung zu bejahen, ist die Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS grundsätzlich verhältnismässig und folglich vorzunehmen (BGE 146 IV 172 E. 3.2.2 S. 178). Den übrigen Schengen-Staaten steht es frei, die Einreise in ihr Hoheitsgebiet im Einzelfall aus humanitären Gründen oder Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen dennoch zu bewilligen (Art. 6 Abs. 5 Bst. c Schengener Grenzkodex; vgl. auch Art. 25 Abs. 1 Bst. a der Verordnung [EG] Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft [ABl. L 243 vom 15. September 2009 S. 1; nachfolgend: Visakodex]. Die Souveränität der übrigen Schengen-Staaten wird insofern durch die in der Schweiz ausgesprochene Landesverweisung, welche ausschliesslich für das Hoheitsgebiet der Schweiz gilt, nicht berührt (BGE 146 IV 172 E. 3.2.3 S. 178 f.; Urteil 6B_509/2019 vom 29. August 2019 E. 3.3).

BGE 147 IV 340 S. 356

Umgekehrt garantiert die Nichtausschreibung der Landesverweisung im SIS keinen Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht in den übrigen Schengen-Staaten, da der Schengener Grenzkodex und der Visakodex ein Einreisehindernis bzw. ein Hindernis für die Vergabe eines Visums nicht nur bei einer Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im SIS vorsehen (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. d Schengener Grenzkodex und Art. 21 Abs. 3 Bst. c Visakodex), sondern etwa auch bei einer Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit oder wenn die betroffene Person in den nationalen Datenbanken der Mitgliedstaaten zur Einreiseverweigerung aus denselben Gründen ausgeschrieben worden ist (Art. 6 Abs. 1 Bst. e Schengener Grenzkodex und Art. 21 Abs. 1 und 3 Bst. d Visakodex).

4.10 Dem Beschwerdeführer (geb. 1987) wurde der Aufenthaltstitel in der Schweiz entzogen, weil er eine Schändung beging, für welche Art. 66a Abs. 1 lit. h StGB die obligatorische Landesverweisung vorsieht. Mit dieser Straftat hat er die sexuelle Integrität der Beschwerdegegnerin 2 massiv verletzt. Der Entzug eines langjährigen Aufenthaltsrechts setzt nach der Rechtsprechung eine Verletzung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung voraus (nicht publ. E. 3.2.5), wovon vorliegend auszugehen ist. Der Eingriff in das Privatleben des Beschwerdeführers, der seit seinem 14. Lebensjahr mit seiner Familie in der Schweiz wohnhaft ist, lässt sich nur mit der Schwere der Straftat sowie seinen Vorstrafen und der mit seinem deliktischen Verhalten einhergehenden Gefährdung der öffentlichen Ordnung rechtfertigen. Die beurteilte Aufenthaltsverweigerung in Form einer strafrechtlichen Landesverweisung stützt sich daher auf eine Gefahr für die öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung, wobei der Tatbestand der Schändung gemäss Art. 191 StGB in den Anwendungsbereich von Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung fällt. Sie beruht zudem auf einer individuellen Beurteilung. Dass die Strafe bedingt ausgesprochen wurde, steht einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS nicht entgegen (vgl. Urteil 6B_739/2020 vom 14. Oktober 2020 E. 2.2). Gleiches gilt für das relativ geringe Strafmass (Geldstrafe von 270 Tagessätzen), zumal bei der Strafzumessung strafmildernd zu berücksichtigen war, dass der Beschwerdeführer die Schändung unter Alkohol- und Kokainkonsum beging. Es lag folglich im vorinstanzlichen Ermessen, eine Ausschreibung im SIS anzuordnen. Eine damit einhergehende zusätzliche Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit im gesamten Schengenraum hat der Beschwerdeführer

BGE 147 IV 340 S. 357

in Kauf zu nehmen. Diese Einschränkung gilt zudem nicht absolut, da die übrigen Schengen-Staaten die Einreise in ihr Hoheitsgebiet im Einzelfall bei Vorliegen besonderer Gründe dennoch bewilligen können (BGE 146 IV 172 E. 3.2.3 S. 178 f.; Urteil 6B_509/2019 vom 29. August 2019 E. 3.3). Die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS ist bundesrechtskonform.

4.11

4.11.1 Spricht das Berufungsgericht gegenüber einem Drittstaatsangehörigen eine Landesverweisung aus, muss es auch über die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS entscheiden (BGE 146 IV 172 E. 3.3.5 S. 183). Vorliegend hat der Beschwerdeführer die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS im vorinstanzlichen Verfahren zudem insofern angefochten, als er die vollumfängliche Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 7 des erstinstanzlichen Urteils verlangte, welche nebst der Landesverweisung auch die Ausschreibung im SIS anordnete. Die Vorinstanz befand im angefochtenen Entscheid daher zu Recht auch über die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS.

4.11.2 Die Vorinstanz begründet die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS jedoch zu Unrecht lediglich mit einem impliziten Verweis auf ihre Erwägungen zur Landesverweisung. Eine solche Begründung vermag den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht zu genügen. Damit hat die Vorinstanz die in Art. 81 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 lit. a StPO verankerte Begründungspflicht verletzt, welche Ausfluss des Anspruchs der beschuldigten Person auf rechtliches Gehör ist (vgl. NILS STÖHNER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 9 zu Art. 81 StPO). Die Vorinstanz hätte zumindest die Bestimmungen von Art. 21 und 24 Abs. 1 und 2 Bst. a SIS-II-Verordnung erwähnen sowie kurz darlegen müssen, dass die Ausschreibung im SIS angesichts der Schwere des beurteilten Sexualdelikts und der im Zusammenhang mit der Landesverweisung bejahten Gefahr für die öffentliche Ordnung verhältnismässig ist. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS im Verfahren vor der Vorinstanz nur als Folge des beantragten Verzichts auf die Landesverweisung angefochten hat und er weder explizit beantragte noch begründete, dass und weshalb auf die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS auch im Falle einer Bestätigung der Landesverweisung zu verzichten ist.

4.11.3 Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs kann im Verfahren vor Bundesgericht geheilt werden, wenn ausschliesslich
BGE 147 IV 340 S. 358

Rechtsfragen streitig sind, die das Bundesgericht mit freier Kognition beurteilen kann, und dem Beschwerdeführer durch die Heilung kein Nachteil erwächst (BGE 133 I 100 E. 4.9 S. 105; BGE 129 I 129 E. 2.2.3 S. 135; BGE 126 I 68 E. 2 S. 72; Urteile 6B_1366/2016 vom 6. Juni 2017 E. 1.2; 6B_772/2016 vom 14. Februar 2017 E. 10). Eine Heilung ist nach der Rechtsprechung selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör möglich, wenn die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 142 II 218 E. 2.8.1 S. 226; BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f.; je mit Hinweisen).

4.11.4 Vorliegend kann nicht von einer besonders schweren Verletzung des rechtlichen Gehörs ausgegangen werden, zumal sich der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren zu den Voraussetzungen für die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS hätte äussern können, was er unterliess. Dieser war trotz der ungenügenden Begründung in der Lage, die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS vor Bundesgericht sachgerecht anzufechten. Die Vorinstanz hat den rechtserheblichen Sachverhalt zudem umfassend festgestellt. Aus ihren Erwägungen im Zusammenhang mit der Landesverweisung ergibt sich insbesondere, dass angesichts des vom Beschwerdeführer begangenen Sexualdelikts ein relevantes öffentliches Interesse an dessen Fernhaltung besteht. Ob die Landesverweisung im SIS auszuschreiben ist, reduziert sich in der vorliegenden Konstellation somit auf eine reine Rechtsfrage, welche das Bundesgericht mit freier Kognition prüft. Eine ausnahmsweise Verweigerung der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS trotz gegebener Ausschreibungsvoraussetzungen lag vorliegend angesichts der Schwere der beurteilten Straftat nicht im Ermessen der Vorinstanz, da Art. 21 und 24 SIS-II-Verordnung von den schweizerischen Gerichten einheitlich auszulegen sind. Die Vorinstanz hat sich im angefochtenen Entscheid im Übrigen bereits explizit für die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS ausgesprochen. Aus der Heilung des Begründungsmangels im bundesgerichtlichen Verfahren erwächst dem Beschwerdeführer sodann kein Nachteil. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorinstanzlichen Verfahren hat mit dem vorliegenden Entscheid daher als geheilt zu gelten. Von einer Rückweisung an die Vorinstanz zur besseren
BGE 147 IV 340 S. 359

Begründung kann angesichts der sich stellenden kontroversen Rechtsfrage und zwecks Vermeidung einer unnötigen Verfahrensverzögerung ausnahmsweise abgesehen werden. Der Verletzung der Begründungspflicht im vorinstanzlichen Verfahren ist bei der Kostenaufgabe Rechnung zu tragen (vgl. Urteile 6B_772/2016 vom 14. Februar 2017 E. 10 und 11; 1P.140/2000 vom 22. Mai 2000 E. 5, nicht publ. in: BGE 126 I 68).