

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 834/2021

Urteil vom 5. Mai 2022

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Präsidentin,
Bundesrichter Muschietti,
Bundesrichterin van de Graaf,
Bundesrichterin Koch,
Bundesrichter Hurni,
Gerichtsschreiberin Unsel.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Magali Giglio,
Beschwerdeführer,

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Nordring 8, Postfach, 3001 Bern,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 1. Strafkammer, vom 26. April 2021 (SK 20 156).

Sachverhalt:

A.

Das Regionalgericht Bern-Mittelland (Einzelgericht) verurteilte A. _____ am 20. Januar 2020 wegen mengenmässig qualifizierter begangener Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (im Wesentlichen Besitz und Veräusserung von Kokaingemisch an verschiedene Abnehmer) zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten. Zudem sprach es eine achtjährige Landesverweisung aus, wobei es die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) anordnete.

A. _____ erhob gegen dieses Urteil Berufung, welche sich gegen die Landesverweisung und eventualiter gegen die Ausschreibung derselben im SIS richtete.

B.

Das Obergericht des Kantons Bern stellte am 26. April 2021 die Rechtskraft der erstinstanzlichen Schuldsprüche sowie der bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten fest. Hinsichtlich der achtjährigen Landesverweisung mit Ausschreibung im SIS bestätigte es das erstinstanzliche Urteil.

C.

A. _____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das Urteil vom 26. April 2021 sei insofern aufzuheben, als die Landesverweisung nicht im SIS auszuschreiben sei. A. _____ ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und der unentgeltlichen Rechtspflege.

D.

Das präsidierende Mitglied der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts erteilte der Beschwerde mit Verfügung vom 21. Juli 2021 die aufschiebende Wirkung.

Erwägungen:

1.

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS. Dagegen ist die Beschwerde in Strafsachen grundsätzlich zulässig (BGE 146 IV 172 E. 1.3).

2.

2.1. Der Beschwerdeführer rügt, seine zukünftige Ehefrau und seine Tochter seien niederländische Staatsangehörige und in den Niederlanden wohnhaft. Die Vorbereitungen für die Hochzeit in den Niederlanden seien im Gang und seine zukünftige Ehefrau habe für den 21. Juli 2021 einen Termin bei den zuständigen Behörden für die Vorbereitung der Hochzeit. Die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS riskiere, die Hochzeit und den durch Art. 8 und 12 EMRK sowie Art. 13 und 14 BV geschützten Familiennachzug in den Niederlanden zu verhindern, weshalb darauf zu verzichten sei. Die Vorinstanz werfe ihm zu Unrecht vor, er habe keine Beweise für die geplante Hochzeit eingereicht. Sie wäre in Anwendung von Art. 6 StPO verpflichtet gewesen, aktiv Beweise zu der von ihm geltend gemachten Hochzeit einzuholen, und sie habe sich diesbezüglich nicht passiv verhalten dürfen, um daraus danach die für ihn negativen Konsequenzen zu ziehen. Bei einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS sei es ihm zudem nicht ohne Weiteres möglich, den physischen Kontakt mit seiner in den Niederlanden wohnhaften Tochter aufrechtzuerhalten. Im Falle eines Besuches seiner Tochter in Guinea bestehe ein ernsthaftes Risiko einer Genitalverstümmelung, welche die Gesundheit seiner Tochter oder gar deren Leben in Gefahr bringen könnte.

2.2.

2.2.1. Die Vorinstanz stellt für die Beurteilung der vorliegenden Ausschreibung des Beschwerdeführers zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im SIS zu Recht auf die für die Schweiz damals geltenden Bestimmungen von Art. 20 ff. 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 Informationssystems der zweiten Generation (nachfolgend: SIS-II-Verordnung, ABl. L 381 vom 28. Dezember 2006 S. 4) ab (vgl. angefochtenes Urteil E. 11 S. 19). Die Schweiz hat als Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands 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, zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen und zur Änderung und Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 (nachfolgend: Verordnung [EU] 2018/1861; ABl. L 312 vom 7. Dezember 2018 S. 14) übernommen, welche im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids jedoch noch nicht in Kraft war (vgl. BGE 147 II 408 E. 2.2; 147 IV 340 E. 4.2).

2.2.2. 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).

Eine Ausschreibung im SIS setzt voraus, dass die Ausschreibungsvoraussetzungen von Art. 21 und 24 SIS-II-Verordnung erfüllt sind (BGE 147 IV 340 E. 4.3.2; 146 IV 172 E. 3.2.2). Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung erfordert weder eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr noch 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". Dass bei der Legalprognose eine konkrete Rückfallgefahr verneint und die Strafe bedingt ausgesprochen wurde, steht einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS nicht entgegen (zum Ganzen: BGE 147 IV 340 E. 4.8; Urteil 6B 19/2021 vom 27. September 2021 E. 5.1).

2.2.3. Art. 24 SIS-II-Verordnung verpflichtet 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 147 IV 340 E. 4.9; 146 IV 172 E. 3.2.2). 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 (vgl. Art. 6 Abs. 5 Bst. c der Verordnung [EU] 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über den Schengener Grenzkodex [ABl. L 77 vom 23. März 2016 S. 1]) bzw. ein Schengen-Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit auszustellen (vgl. 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]). 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 147 IV 340 E. 4.9; 146 IV 172 E. 3.2.3). Umgekehrt garantiert die Nichtausschreibung der Landesverweisung im SIS keinen Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht in den übrigen Schengen-Staaten (BGE 147 IV 340 E. 4.9).

2.2.4. Drittstaatsangehörige sind gemäss Art. 3 Bst. d SIS-II-Verordnung Personen, die weder EU-Bürger noch Angehörige eines Drittstaats sind, der aufgrund von Übereinkommen zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und den betreffenden Drittstaaten andererseits eine der Freizügigkeit der Bürger der Europäischen Union gleichwertige Freizügigkeit geniesst. Als Drittstaatsangehörige im Sinne von Art. 24 SIS-II-Verordnung gelten daher auch drittstaatsangehörige Familienangehörige eines Unionsbürgers (vgl. Urteil 6B 924/2021 vom 15. November 2021 E. 5.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-6623/2016 vom 22. März 2018 E. 10.1).

2.2.5. Ein Einreiseverbot kann gestützt auf Art. 24 SIS-II-Verordnung im SIS auch eingetragen werden, wenn ein Drittstaatsangehöriger als Angehöriger eines Unionsbürgers über ein abgeleitetes Recht auf Freizügigkeit verfügt. Allerdings ist die Wirkung der Ausschreibung im SIS in diesem Fall begrenzt, da die anderen Schengen-Mitgliedstaaten dem Drittstaatsangehörigen nicht allein wegen der Ausschreibung im SIS die Einreise und den Aufenthalt verweigern dürfen. Vielmehr müssen sie in eigener Zuständigkeit und Verantwortung prüfen, ob Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit bestehen, die einen Eingriff in das abgeleitete Freizügigkeitsrecht rechtfertigen. Die Ausschreibung im SIS hat somit lediglich die Wirkung einer Warnung an die Adresse der anderen Schengen-Mitgliedstaaten und eines ersten Indizes für das Vorliegen von Gründen, die eine freizügigkeitsrechtsbeschränkende Massnahme rechtfertigen können (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-6623/2016 vom 22. März 2018 E. 10.2; SCHNEIDER/ GFELLER, Landesverweisung und das Schengener Informationssystem, Sicherheit & Recht 1/2019, S. 8).

Stellt sich heraus, dass der zum Zwecke der Einreiseverweigerung ausgeschriebene Drittstaatler über einen von einem anderen Schengen-Staat erteilten gültigen Aufenthaltstitel verfügt, ist das in Art. 25 Abs. 2 des Schengener Durchführungsübereinkommens vom 14. Juni 1985 (SDÜ; ABl. L 239 vom 22. September 2000 S. 19) vorgesehene Konsultationsverfahren durchzuführen. Dieses Konsultationsverfahren ist nach der zu Art. 25 Abs. 2 SDÜ ergangenen Rechtsprechung einzuleiten, sobald eine Rückkehrentscheidung erlassen und die Einreiseverweigerung im SIS ausgeschrieben wurde, wobei es den Vertragsstaaten freisteht, das Konsultationsverfahren bereits vor dem Erlass der Rückkehrentscheidung einzuleiten (Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union [EuGH] vom 16. Januar 2018 C-240/17, ECLI:EU:C:2018:8, Rz. 36-39; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-7209/2016 vom 13. August 2019 E. 9.4). Im Rahmen des Konsultationsverfahrens nach Art. 25 Abs. 2 SDÜ ist zu prüfen, ob ausreichende Gründe für die Einziehung des Aufenthaltstitels vorliegen (vgl. Art. 25 Abs. 2 Satz 1 SDÜ). Wird der Aufenthaltstitel vom erteilenden Mitgliedstaat nicht eingezogen, so zieht die ausschreibende Vertragspartei die Ausschreibung zurück, wobei es ihr unbenommen bleibt, den betroffenen Drittstaatler in die nationale Ausschreibungsliste aufzunehmen (Art. 25 Abs. 2 Satz 2 SDÜ; vgl. dazu auch Art. 28 und 29 der Verordnung [EU] 2018/1861).

Will ein Schengen-Staat einer im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschriebenen Person einen

Aufenthaltstitel erteilen, gelangt Art. 25 Abs. 1 SDÜ in der Fassung der Verordnung (EU) Nr. 265/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. März 2010 (ABl. L 85 vom 31. März 2010 S. 1) zur Anwendung (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-4634/2020 vom 10. Mai 2021 E. 9.2). Nach dieser Bestimmung kann ein anderer Schengen-Staat einem zur Einreiseverweigerung ausgeschriebenen Drittausländer, nach einer vorgängigen Konsultation des ausschreibenden Schengen-Staates und in Berücksichtigung von dessen Interessen, bei Vorliegen gewichtiger Gründe, insbesondere aus humanitären Gründen oder aufgrund internationaler Verpflichtungen, einen Aufenthaltstitel erteilen. Zu den internationalen Verpflichtungen im Sinne Art. 25 Abs. 1 SDÜ gehört insbesondere die in Art. 8 EMRK verankerte Pflicht der Signatarstaaten der EMRK, das Recht einer jeden Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens zu wahren (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-4634/2020 vom 10. Mai 2021 E. 9.3). Wird der Aufenthaltstitel erteilt, so zieht der ausschreibende Schengen-Staat die Ausschreibung zurück, wobei es ihm unbenommen bleibt, den betroffenen Drittausländer in die nationale Ausschreibungsliste aufzunehmen (vgl. Art. 25 Abs. 1 SDÜ; siehe dazu auch Art. 27 der Verordnung [EU] 2018/1861).

2.3. Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger von Guinea, wo er bis im Alter von ca. 31 Jahren lebte (angefochtenes Urteil S. 14). Seit 2005 ist er in der Schweiz wohnhaft, wobei er im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids über eine schweizerische Niederlassungsbewilligung verfügte (vgl. angefochtenes Urteil S. 19). Er machte im Berufungsverfahren geltend, er beabsichtige die Mutter seiner in den Niederlanden wohnhaften, bald achtjährigen Tochter zu heiraten. Der Beschwerdeführer hat gemäss dem angefochtenen Entscheid neben seiner niederländischen Tochter auch einen im Jahr 2019 geborenen und in Guinea wohnhaften Sohn. Mit seiner in den Niederlanden wohnhaften Tochter hatte der Beschwerdeführer bis zum angefochtenen Entscheid bloss losen Kontakt (vgl. angefochtenes Urteil S. 15 und 21, wonach lediglich sporadische Besuche stattfanden) und er war nicht in der Lage, für deren Unterhalt aufzukommen. Die Vorinstanz stellt diesbezüglich fest, der Beschwerdeführer habe seine Tochter gemäss eigenen Angaben seit Februar 2019 nicht mehr finanziell unterstützt und auch zuvor seien nachweislich nur drei Unterstützungszahlungen erfolgt (angefochtenes Urteil S. 17).

2.4.

2.4.1. Der Beschwerdeführer gilt als Drittstaatsangehöriger im Sinne von Art. 3 Bst. d und Art. 24 SIS-II-Verordnung. Er betätigte sich gemäss dem angefochtenen Entscheid über zwei Jahren im Drogenhandel, indem er verschiedene Drogenkonsumenten wiederholt mit Kokain versorgte, weshalb die Vorinstanz gestützt auf Art. 66a StGB trotz seines langjährigen Aufenthalts in der Schweiz und seiner schweizerischen Niederlassungsbewilligung eine achtjährige Landesverweisung aussprach. Der qualifizierte Drogenhandel aus rein pekuniären Motiven gilt nach der Rechtsprechung als schwere Straftat, von welcher eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung ausgeht (vgl. BGE 139 I 145 E. 2.5; Urteil 6B 1306/2019 vom 15. Oktober 2020 E. 3.2.4; je mit Hinweisen). Die Voraussetzungen von Art. 21 und 24 SIS-II-Verordnung für die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS sind daher erfüllt. Damit ist es an den niederländischen Behörden, darüber zu befinden, ob dem Beschwerdeführer trotz der Ausschreibung der schweizerischen Landesverweisung im SIS ein Schengen-Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit für den Besuch seiner Tochter zu erteilen ist oder ob er wegen seiner Tochter gar ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht hat. Letzteres steht einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS gemäss den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen nicht per se entgegen (vgl. angefochtenes Urteil S. 22 f.). Die künftige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer zwecks Achtung seines Privat- oder Familienlebens durch die Niederlande bleibt wie dargelegt trotz der Ausschreibung der schweizerischen Landesverweisung im SIS möglich (vgl. oben E. 2.2.5). Sollten die niederländischen Behörden dem Beschwerdeführer nach einem Konsultationsverfahren eine entsprechende Aufenthaltsbewilligung erteilen, hätte dies die Löschung des Einreiseverbots im SIS zur Folge (vgl. Art. 25 Abs. 1 SDÜ; Art. 27 lit. f der Verordnung [EU] 2018/1861; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts F-4634/2020 vom 10. Mai 2021 E. 6.3 und 9.2; F-7209/2016 vom 13. August 2019 E. 9.5). Dass er im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids über einen von den niederländischen Behörden ausgestellten gültigen niederländischen Aufenthaltstitel verfügte, macht der Beschwerdeführer nicht geltend.

2.4.2. Die Vorinstanz weist zudem zu Recht darauf hin, dass die weibliche Genitalverstümmelung in Guinea strafbar und es dem Beschwerdeführer zumutbar ist, sich dem von ihm geltend gemachten sozialen Druck zu widersetzen, sollte seine Tochter ihn in Guinea besuchen (angefochtenes Urteil S. 22). Nicht zu beanstanden ist weiter, wenn die Vorinstanz Zweifel an der Ernsthaftigkeit des Heiratsvorhabens hegte (vgl. angefochtenes Urteil S. 15), da der Beschwerdeführer eine mögliche

Heirat zwar an der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 25. März 2019 (Hafteröffnung) ansprach, er diese im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren jedoch nicht thematisierte und vor Gericht demnach erstmals im Berufungsverfahren vortrug, er wolle die in den Niederlanden wohnhafte Mutter seiner Tochter heiraten. Fest steht auf jeden Fall, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids nicht verheiratet war und dass letztlich noch offen war, ob es tatsächlich zur Eheschliessung kommen wird. Die Vorinstanz war auch nicht verpflichtet, nähere Abklärungen zum Heiratswillen des Beschwerdeführers und seiner niederländischen Partnerin zu tätigen, oder gar mit ihrem Entscheid bis zur Eheschliessung zuzuwarten, zumal eine Ausschreibung im SIS wie dargelegt auch vorgenommen werden kann, wenn der Drittstaatsangehörige wegen seiner Familienzugehörigkeit über ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht verfügt (oben E. 2.2.5 und 2.4.1). Tatsachen, die sich erst nach dem angefochtenen Entscheid ereignet haben, haben im Verfahren vor Bundesgericht unberücksichtigt zu bleiben (vgl. Art. 99 Abs. 1 BGG; BGE 143 V 19 E. 1.2). Selbst wenn die Eheschliessung in der Zwischenzeit vollzogen worden wäre, würde dies am angefochtenen Entscheid daher nichts ändern.

2.5. Die Vorinstanz ordnete damit zu Recht die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS an. Die Rügen des Beschwerdeführers sind unbegründet.

3.

Die Beschwerde ist abzuweisen. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege ist gutzuheissen, da dessen Bedürftigkeit erstellt scheint und die Beschwerde nicht von vornherein aussichtslos war (Art. 64 Abs. 1 BGG). Es sind keine Gerichtskosten zu erheben und die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers ist aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen (Art. 64 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.

3.

Es werden keine Kosten erhoben.

4.

Rechtsanwältin Magali Giglio wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 3'000.-- entschädigt.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, 1. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 5. Mai 2022

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jacquemoud-Rossari

Die Gerichtsschreiberin: Unseld