



Dr. iur. Stephan Schlegel, Fachanwalt SAV Strafrecht

Der Härtefall bei der Landesverweisung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Inhaltsübersicht:

- I. Entstehung der Härtefallklausel und Grundsätze ihrer bundesgerichtlichen Anwendung
- II. Völkerrechtlicher Rahmen
 1. Allgemeines
 2. Flüchtlingskonvention
 3. Kinderrechtskonvention
 4. EMRK
 5. Freizügigkeitsabkommen
- III. Kriteriengeleitete Prüfung des Härtefalls
 1. Familie und Sozialleben
 2. Soziale und wirtschaftliche Integration
 3. Aufenthaltsdauer
 4. Gesundheitliche Faktoren
 5. Verbindung zum Herkunftsland bzw. dem Land der Staatsangehörigkeit
 6. Zusammenfassung
- IV. Öffentliches Wegweisungsinteresse
- V. Konsequenzen für die Verfahrensbeteiligten
 1. Staatsanwaltschaften und Gerichte
 2. Verteidigung
- VI. Fazit

I. Entstehung der Härtefallklausel und Grundsätze ihrer bundesgerichtlichen Anwendung

Die Umsetzung der Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländer in den Art. 121 Abs. 3–6 BV stellte den Gesetzgeber vor ein heikles Problem: Der darin niedergelegte Automatismus kollidiert mit dem bundesverfassungsrechtlich (Art. 5 Abs. 2, Art. 36 Abs. 3 BV) wie auch völkerrechtlich (vgl. z. B. Art. 8 Abs. 2 EMRK) anerkannten Verhältnismässigkeitsprinzip.¹ Um

dieses gleichwohl zu wahren, musste bei der Umsetzung zum einen berücksichtigt werden, dass die Mehrheit der Stimmenden sich für einen «strengen» Umgang mit straffälligen Ausländern entschieden hatte. Zum anderen war die Parlamentsmehrheit zwar der Auffassung, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht vollkommen ausser Kraft gesetzt worden war, der direkte Gegenvorschlag, der das Prinzip durchsetzen sollte, war jedoch von Volk und Ständen abgelehnt worden. Als Kompromiss schlug der Ständerat daher die geltende Gesetzesfassung in Art. 66a Abs. 2 StGB vor.² Diese sogenannte «Härtefallklausel» ist damit eine Kodifikation der aus Art. 5 Abs. 2, Art. 36 Abs. 3 BV folgenden Verpflichtung.³

Die Gesetzesgenese prägt von Anfang an die bundesgerichtliche Umsetzung der Art. 66a ff. StGB. Nach ständiger Rechtsprechung kann von der Anordnung der Landesverweisung nur «ausnahmsweise» unter den kumulativen Voraussetzungen abgesehen werden, wenn sie (1.) einen «schweren persönlichen Härtefall» bewirken würde und (2.) die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen am Verbleib nicht überwiegen. Die Härtefallregelung sei «restriktiv» anzuwenden.⁴

Anhand welcher Kriterien der «schwere persönliche Härtefall» zu bestimmen ist, schweigt sich das Gesetz allerdings weitgehend (vgl. aber Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB) aus. In der Literatur wurde daher empfohlen, sich an den Integrationskriterien von Art. 31 VZAE (SR 142.201) zu orientieren.⁵ Dem hat sich das Bundesgericht (wohl aus

¹ DE WECK, in: SPESCHA/ZÜND/BOLZLI/HRUSCHKA/DE WECK (Hrsg.), Migrationsrecht, 5. Aufl., Zürich 2019, Art. 66a N 19.

² Vgl. AB 2014 S. 1236 ff.

³ BGE 144 IV 332, 338; 145 IV 364, 366; je m. Hinw.; OBERHOLZER, ZBVJ 156 (2020), 227, 234.

⁴ BGE 144 IV 332, 340; 146 IV 105, 108.

⁵ BRUN/FABBRI, recht 2017, 245; BRÄGGER, SZK 2017, 88; BUSSLINGER/UEBERSAX, plädoyer 5/2016, 97 und 100 f.; BERGER, Jusletter v. 7.8.2017, N 71 ff.; CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE, ZStR 135 (2017), 403 f.; FIOŁKA/VETTERLI, plädoyer 2/2016, 86 f.; POPESCU/WEISSENBERGER, AJP/PJA 2018, 362; RUCKSTUHL, plädoyer 5/2016, 116 ff.

praktischen Gründen) angeschlossen,⁶ auch wenn diese Verordnung nur im Migrationsrecht gilt.

II. Völkerrechtlicher Rahmen

1. Allgemeines

Dass sich die Schweiz den von ihr abgeschlossenen völkerrechtlichen Vereinbarungen, insbesondere zum Schutz von Menschenrechten, nicht durch Verweis auf innerstaatliches Recht entziehen kann (vgl. auch Art. 27 VRK, SR 0.111),⁷ stellt das Bundesgericht auch bei der Anwendung der Art. 66a ff. StGB nicht infrage und berücksichtigt daher auch diese Vorgaben. Die genaue Methodik ist aktuell jedoch nicht für alle relevanten Abkommen abschliessend geklärt.⁸ In der Literatur wurde verschiedentlich eine Vorabprüfung der völkerrechtlichen Bestimmungen *prima facie* vorgeschlagen,⁹ während die bundesgerichtliche Rechtsprechung je nach Abkommen differenziert.

2. Flüchtlingskonvention

Nach Art. 33 der UN-Flüchtlingskonvention (FK, SR 0.142.30) darf ein Flüchtling nicht in ein Land oder Landesteil ausgewiesen werden, wenn dort sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre (sog. «Non-Refoulement-Prinzip», vgl. auch Art. 25 BV; Art. 3 UN-Antifolterkonvention, SR 0.105 sowie Art. 5 AsylG).

Zwar sieht Art. 66d Abs. 1 lit. a StGB ausdrücklich ein Vollstreckungsaufschub vor, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts ist aber bereits im Anordnungsverfahren zu prüfen, ob eine Landesverweisung das Non-Refoulement-Prinzip verletzen würde. Entscheidend ist dabei, ob die massgeblichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Vollzugs (vgl. Art. 66c StGB) stabil sind.¹⁰ Ist dies der Fall, hat bereits die Anordnung der Landesverweisung zu unterbleiben, ohne dass es einer weiter gehenden Härtefallprüfung bedarf.

Ist hingegen Art. 33 FK nicht tangiert, wird die Härtefallprüfung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sodann durch Art. 32 FK modifiziert, nach dem ein Flüchtling nur aus Gründen der Staatssicherheit oder der öffentlichen Ordnung ausgewiesen werden darf. Da bei anerkannten Flüchtlingen der Härtefall gleichsam vorausgesetzt werde, beschränkt sich die Abwägung hier auf die Prüfung des öf-

fentlichen Ausweisungsinteresses. Analog der asylrechtlichen Praxis (Art. 65 AsylG in Verbindung mit Art. 64, Art. 63 Abs. 1 lit. b und Art. 68 AIG)¹¹ überwiegt dieses, wenn eine schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung besteht (vgl. auch Art. 5 Abs. 2 AsylG).¹² Eine solche liegt z.B. bei Vergewaltigung, beim Verursachen einer Feuersbrunst durch einen Molotowcocktail, bei Mordversuch sowie bei banden- und gewerbsmässiger Begehung von Diebstählen vor.¹³ Sie soll aber auch bei wiederholter, sich bis zu Gewaltdelikten steigender Kriminalität gegeben sein.¹⁴

Diese Methodik führt faktisch dazu, dass sich in Flüchtlingsfällen die Härtefallprüfung auf die eingehende Prüfung des öffentlichen Wegweisungsinteresses (dazu nachfolgend IV.) sowie der Vollzugsfolgen beschränkt.¹⁵

3. Kinderrechtskonvention

Gemäss ihrem «basic principle» verlangt Art. 3 Abs. 1 UNO-Kinderrechtskonvention (KRK, SR 0.107) «das Wohl des Kindes [...] vorrangig zu berücksichtigen», ohne aber zu definieren, was dieses ist.¹⁶ Art. 16 Abs. 1 KRK verbietet es sodann u. a., ein Kind willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben und seine Familie auszusetzen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht fordert Art. 12 KRK den Standpunkt des betroffenen Kindes unmittelbar oder durch einen Vertreter zu hören.

Nach Auffassung des Bundesgerichts stellt die KRK gegenüber den universellen Menschenrechtsverträgen kein höherrangiges Recht dar.¹⁷ Eine beschuldigte Person könne nicht die Rechte ihres Kindes geltend machen.¹⁸ Mangels Parteistellung hat dieses auch selbst kein Anhörungsrecht bzw. eine Rechtsmittellegitimation im Verfahren gegen die beschuldigte Person.¹⁹ Allerdings akzeptiert das Bundesgericht eine Reflexwirkung der Kind-Eltern-Beziehung. Das Kindesinteresse ist danach nur – aber immerhin – ein Element der allgemeinen Härtefallprüfung (dazu nachfolgend III.1.).²⁰

4. EMRK

Art. 8 EMRK schützt das Familien- und Privatleben. Er verleiht nach der Rechtsprechung des EGMR einem Ausländer jedoch kein Recht auf Einreise und Aufenthalt in einem anderen Land. Die Ausweisung einer Person aus einem Land, in dem ihre nächsten Verwandten leben, kann jedoch einen

Eingriff in das durch Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familien- bzw. Privatlebens darstellen.²¹

Familienleben in diesem Sinne wird durch das Zusammenleben zweier Erwachsener, gleich welchen Geschlechts, und regelmässig von Eltern und ihren (primär minderjährigen²²) Kindern konstituiert. Es kommt dabei allein auf das Bestehen einer tatsächlichen *engen* Beziehung an. Weder wird eine Ehe vorausgesetzt noch eine biologische Elternschaft.²³ In Form des «Privatlebens» schützt Art. 8 Abs. 1 EMRK darüber hinaus auch die Beziehungen des Einzelnen zu seinen Mitmenschen und zur Aussenwelt und umfasst dabei die Gesamtheit der sozialen Bindungen des Einzelnen zur Gemeinschaft, in der er lebt.²⁴

Für Fälle der Ausweisung hat die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK bestimmte Kriterien zur Prüfung von deren Rechtfertigung entwickelt («*Boultiff/Üner-Kriterien*»²⁵). Diese sind:

1. die Natur und Schwere der Straftat;
2. die Dauer des Aufenthalts im ausweisenden Staat;
3. die seit der Straftat abgelaufene Zeit und das Verhalten während dieser Zeit;
4. die Nationalität der betroffenen Personen;
5. ihre familiäre Situation, die Dauer einer Ehe und andere Umstände, die ein tatsächliches Familienleben bezeugen;
6. ob der Ehepartner bei der Familiengründung von der Straftat Kenntnis hatte;
7. ob in der Ehe Kinder geboren wurden und deren Alter;
8. die Schwere der vom Ehepartner im Zielland anzutreffenden Schwierigkeiten;
9. das Interesse und das Wohl der Kinder, insbesondere die Schwere der von den Kindern im Zielland anzutreffenden Schwierigkeiten;
10. die Solidität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen mit dem Gastland und mit dem Zielland;
11. besondere Umstände des Einzelfalls, beispielsweise medizinischer Art oder die Dauer des Landesverbots.

In formeller Hinsicht verlangt der EGMR, dass diese Kriterien geprüft und das Ergebnis der Prüfung in nachvollziehbarer Weise dargelegt wird.²⁶ Ist eine Person mit ausländischer Staatsangehörigkeit im Aufnahmestaat geboren, bedarf

es sodann besonders solider Argumente für die Begründung der Landesverweisung.²⁷ Eine Wegweisung solcher Personen ist grundsätzlich nur bei schweren, die öffentliche Sicherheit oder Ordnung tangierenden Straftaten zulässig.²⁸

Dass diese Vorgaben der EMRK bzw. des EGMR bei einer Landesverweisung zu berücksichtigen sind, ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unbestritten.²⁹ Sie bilden häufig sodann auch das primäre Prüfprogramm.³⁰

5. Freizügigkeitsabkommen

Nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I Freizügigkeitsabkommen (FZA, SR 0.142.112.681), dürfen «die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte [...] nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden». Nach der ausländerrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche sich an der des EuGH anlehnt, setze das FZA für eine Beschränkung des Aufenthaltsrechts eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung voraus, welche ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre.³¹ Verlangt werde hierzu eine konkrete Prognose über die *zukünftigen* Gefahren im Falle des Verbleibs in der Schweiz.³²

Diese Rechtsprechung der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung, welche sogar von einem Vorrang des FZA ausgeht,³³ hat die IV. Strafrechtliche Abteilung als «nicht einschlägig» bezeichnet³⁴ und sodann versucht, die Bedeutung des FZA im strafrechtlichen Bereich deutlich zu relativieren.³⁵ Die dazu herangezogenen Argumente sind teilweise irritierend, auch wenn das Ergebnis, dass ein FZA-berechtigter verurteilter Straftäter im Einklang mit Art. 5 Anhang I FZA des Landes verwiesen werden kann, überzeugt.³⁶

Soweit das FZA überhaupt anwendbar ist,³⁷ verlangt (auch) die Strafrechtliche Abteilung eine Prognose für die zukünftige Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Zu differenzieren ist dabei nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung: Je schwerer die Gefährdung, desto niedriger die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr. Ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko kann dabei genügen, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter, wie

¹¹ Vgl. z. B. BGer, Urteil v. 28.9.2018, 2C_108/2018, E. 3.2 mit Hinw.

¹² BGer, Urteil v. 24.6.2020, 6B_747/2019, E. 2.2.3.

¹³ Vgl. BGE 139 II 65, 73 mit Hinw.

¹⁴ BGer, Urteil v. 24.6.2020, 6B_747/2019, E. 2.2.4.

¹⁵ ARNAIZ (Fn. 10), 262 f.

¹⁶ Botschaft BBl 1994 V 20, 26; BGE 146 IV 267, 275 mit Hinw.

¹⁷ BGE 146 IV 267, 275.

¹⁸ BGer, Urteil v. 21.8.2020, 6B_300/2020, E. 3.3.3 mit Verw. auf BGE 146 IV 267, 276.

¹⁹ BGer, Urteil v. 21.8.2020, 6B_300/2020, E. 3.3.3 mit Verw. auf BGE 145 IV 161, 166.

²⁰ BGE 145 IV 161, 166 f.

²¹ EGMR (GC) v. 18.10.2006, *Üner/NL*, §§ 54, 57; EGMR v. 2.8.2001, *Boultiff/CH*, §§ 46, 48.

²² Vgl. aber EGMR v. 9.4.2019, *I.M./CH*, § 62.

²³ MEYER-LADEWIG/NETTERSHEIM, in: MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/VON RAUMER (Hrsg.), EMRK Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden/Basel/Wien 2017, Art. 8 N 54, 56 mit Hinw. u. a. auf EGMR (GC) v. 12.7.2001, *K.u.T./FIN*, §§ 150 f.; EGMR (GC) v. 7.11.2013, *Vallianatos u. a./GR*, §§ 80 ff.

²⁴ EGMR, *Üner/NL* (Fn. 21), § 59; EGMR v. 8.12.2020, *M.M./CH*, §§ 42 f., 45.

²⁵ EGMR, *Üner/NL* (Fn. 21), § 57; EGMR, *Boultiff/CH* (Fn. 21), § 48.

²⁶ EGMR, *I.M./CH* (Fn. 22), § 69.

²⁷ EGMR, *M.M./CH* (Fn. 24), §§ 52, 57 und 69.

²⁸ EGMR, *M.M./CH* (Fn. 24), §§ 29, 58 mit Hinw. Empf. 1504 [2001] der Parl. Vers. des Europarates.

²⁹ Vgl. BGE 145 IV 364, 367; 145 IV 455, 459 ff.; 146 IV 105, 112 ff.

³⁰ BGer, Urteil v. 9.8.2019, 6B_48/2019, E. 2.5.

³¹ BGE 139 II 121, 126.

³² Vgl. nur BGE 136 II 5, 20 sowie BGE 130 II 176, 180 mit Hinw. u. a. auf EuGH v. 27.10.1977, *Bouchereau/Verenigtes Königreich*, §§ 33 ff.; EuGH v. 19.1.1999, *Calfa/Griechenland*, § 25.

³³ BGE 142 II 35, 38 ff.

³⁴ BGE 145 IV 55, 62.

³⁵ BGE 145 IV 364, 370: «im Wesentlichen wirtschaftsrechtliches Abkommen».

³⁶ BURRI, *sui generis* 2019 N 30 ff. (abrufbar unter: <https://doi.org/10.21257/sg.93>; zuletzt besucht am 1.8.2022).

³⁷ Vgl. dazu BGer, Urteil v. 28.11.2018, 6B_1152/2017, E. 2.5.3.

beispielsweise die körperliche Unversehrtheit, betrifft.³⁸ Ähnliches soll für den Betäubungsmittelhandel gelten.³⁹ Je gewichtiger somit die begangene Straftat ist, umso niedriger liegt die Grenze für das zu akzeptierende Rückfallrisiko.

Welche Bedeutung diese Prognose im Rahmen der Art. 66a ff. StGB haben soll, bleibt gleichwohl diffus. Das Bundesgericht sieht sie offenbar als ein die Härtefallprüfung ergänzendes Kriterium, das einen Hinderungsgrund für eine Landesverweisung darstellen könnte.⁴⁰ Allerdings sind aktuell keine Fallkonstellationen erkennbar, in denen dieses Kriterium tatsächlich einmal ausschlaggebend sein könnte.

III. Kriteriengeleitete Prüfung des Härtefalls

Aus den völkerrechtlichen Vorgaben (insb. FK, EMRK, FZA) und dem *mutatis mutandis* herangezogenen Art. 31 VZAE ergibt sich damit das bundesgerichtliche Prüfprogramm zur Feststellung eines Härtefalls,⁴¹ das als Mindeststandard auch für die nicht obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a^{bis} StGB gilt.⁴² Dabei ist die Methodik noch nicht klar gefestigt. So trennt das Bundesgericht die beiden Prüfungsstufen Härtefall und öffentliches Interesse teilweise nicht eindeutig und relativiert Härtefallkriterien teilweise direkt mit dem öffentlichen Interesse.

1. Familie und Sozialleben

Familiäre Faktoren bzw. das engere Sozialleben der beschuldigten Person sind klar der erste und wichtigste Prüfungspunkt. Diesbezüglich kommt es nicht allein darauf an, ob jemand in der Schweiz einen Ehepartner und Kinder hat und hier (zahlreiche) Verwandte leben. Entscheidend ist die Intensität der Beziehung, wobei eine «normal» gelebte Eltern-Kind- bzw. Partnerbeziehung genügt, auch wenn diese als solche nicht automatisch einen Härtefall begründet.⁴³ Fehlt es hingegen an einer solchen Beziehung, führt z. B. die bloss Anwesenheit von leiblichen Kindern in der Schweiz zu keinem Härtefall.⁴⁴ Die zugrunde liegenden Ursachen für die fehlende Beziehung (z. B. Strafhaft) sind dabei irrelevant.⁴⁵ Gleiches gilt für den Kontakt zum Ehe-/Lebenspartner. So können sich auch Konkubinatspaare jedenfalls dann auf den Schutz der Familie berufen, wenn eine echte ehe-

ähnliche bzw. familiäre Gemeinschaft besteht, z. B. bei einem Zusammenleben mit Kindern in einem gemeinsamen Haushalt.⁴⁶

Eine intensive Beziehung ist zwar erforderlich, aber nicht ausreichend. In einer Art «relativierender Gegenkontrolle» prüft das Bundesgericht vielfach, wie sich die Landesverweisung auf diese Beziehung auswirken würde. Relevante Faktoren sind hier z. B. das Alter der betroffenen Kinder und die Kontaktmöglichkeiten sowie die Dauer der Massnahme.⁴⁷ Je älter die Kinder sind, umso weniger schwer wiegt die Beziehung zu ihnen.⁴⁸ Ist die gemeinsame Ausreise für die Familie zumutbar, relativiert dies die (reflexiv wirkende) Härte für den Betroffenen.⁴⁹ Bewirkt eine Landesverweisung hingegen tatsächlich einen Härtefall bei einer engen Bezugsperson, so entsteht eine Reflexwirkung, die ausnahmsweise dieser Massnahme entgegenstehen kann,⁵⁰ z. B. bei einer besonders intensiven Pflege eines behinderten Kindes.⁵¹ Ähnliches gilt, wenn ein krankes Kind aufgrund der Landesverweisung des betreuenden Elternteils diesem in ein Land folgen müsste, in dem keine adäquate Versorgung gewährleistet ist. Entscheidend sind einmal mehr die konkreten Umstände.⁵²

2. Soziale und wirtschaftliche Integration

Für die Begründung eines Härtefalls relevant ist sodann die soziale und wirtschaftliche Integration: Das Vorliegen einzelner Faktoren, wie z. B. die Kenntnis einer Landessprache, ein Schulbesuch in der Schweiz oder einzelne Arbeitseinsätze, begründen diesen nicht automatisch.⁵³ Gleiches gilt für das Fehlen von Vorstrafen.⁵⁴ Es bedarf vielmehr einer Mehrzahl an Faktoren, die für eine enge Verbindung zur Schweiz sprechen, z. B. gute Sprachkenntnisse, ein Schul- und Berufsabschluss, die (dauerhafte) Arbeitstätigkeit, Kontakte zu schweizerischen Kollegen oder Bekannten, allenfalls auch soziale resp. gesellschaftliche Tätigkeiten, die auf eine Verwurzelung schliessen lassen.⁵⁵ An einer solchen Integration fehlt es, wenn sich das gesellschaftliche Leben primär mit Angehörigen des eigenen Landes abspielt, kein Erwerbseinkommen erwirtschaftet wird, welches den Konsum zu decken vermag, substanzielle Schulden bestehen, die nicht verringert werden, oder gar ein Sozialhilfebezug vorliegt.⁵⁶

3. Aufenthaltsdauer

Die Zeitdauer des Aufenthaltes in der Schweiz ist ein weiterer relevanter Faktor. Dabei anerkennt das Bundesgericht zwar, dass grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass nach rund zehnjähriger rechtmässiger Aufenthaltsdauer die sozialen Beziehungen «in diesem Land so eng geworden sind, dass es für eine Aufenthaltsbeendigung besonderer Gründe bedarf».⁵⁷ Es verlangt aber auch hier eine Betrachtung der Gesamtumstände.⁵⁸ So haben Zeiten im Gefängnis⁵⁹ bzw. des illegalen Aufenthalts oder der vorläufigen Aufnahme keine oder nur geringe Relevanz.⁶⁰

Wesentlich beim Zeitfaktor ist vor allem das Alter, in dem eine Person in die Schweiz gekommen ist. Ist sie hier geboren und aufgewachsen («lebensprägend»), hat dies bereits von Gesetzes wegen (Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB) ein grösseres Gewicht, als wenn eine Person erst im Erwachsenenalter in die Schweiz gekommen ist, selbst wenn sie sich sodann 30 Jahre hier aufgehalten hat.⁶¹

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass eine Person in der Schweiz «aufgewachsen» ist, wenn sie die prägende Jugendzeit und Adoleszenzphase hier verbracht hat, was bei einer Einreise vor dem 12. Lebensjahr⁶² bzw. bei 5-jährigem Aufenthalt vor dem 18. Geburtstag der Fall⁶³ sei. Auch hier wendet sich das Bundesgericht gegen eine Pauschalisierung und verlangt eine Gesamtbetrachtung: Es stellt die Aufenthaltsdauer in den Kontext der sonstigen Integration und gibt ihr ein umso höheres Gewicht, je länger die Schulzeit in der Schweiz gedauert hat.⁶⁴

4. Gesundheitliche Faktoren

Gesundheitliche Probleme können ein relevanter Faktor sein, welcher einen Härtefall (mit-)begründen kann. Entscheidend ist deren Schwere. Ist eine Behandlung auch im Ausland sichergestellt, hindern gesundheitliche Probleme (z. B. Bluthochdruck, Augenprobleme, latente Tuberkulose)⁶⁵ eine Landesverweisung selbst dann nicht, wenn die Behandlung schlechter ist als in der Schweiz. Gleiches gilt für bloss administrative Schwierigkeiten, wie z. B. bei der Übermittlung der Krankenakte.⁶⁶ Erforderlich ist es vielmehr, analog der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK,⁶⁷

dass im Fall der Rückschiebung die konkrete Gefahr einer ernsthaften, rapiden und irreversiblen Verschlechterung des Gesundheitszustands besteht, die intensives Leiden oder eine wesentliche Verringerung der Lebenserwartung nach sich zieht.⁶⁸

5. Verbindung zum Herkunftsland bzw. dem Land der Staatsangehörigkeit

Im Einklang mit der EGMR-Rechtsprechung prüft das Bundesgericht sodann als eine Art «Gegenkontrolle», welche Folgen die Ausreise in das Land der Staatsangehörigkeit hat. Je nach Konstellation relativierende bzw. härtefallstützende Faktoren sind insbesondere bestehende verwandtschaftliche Beziehungen, regelmässige (Ferien-)Aufenthalte, Kenntnisse der Sprache und der Kultur, die Möglichkeiten zur Integration in den Arbeitsmarkt sowie das Alter und die Gesundheit.⁶⁹ Irrelevant ist hingegen eine schlechtere Wirtschaftslage als in der Schweiz.⁷⁰ Da die Landesverweisung strafrechtlicher Natur ist, sind aber auch strafrechtliche Elemente wie die Aussichten auf soziale Wiedereingliederung in die Interessenabwägung mit einzubeziehen.⁷¹

6. Zusammenfassung

Die vorgehende Übersicht kann nur die grobe Richtung der bundesgerichtlichen Argumentation aufzeigen. Teilweise bleibt bei einem Quervergleich von Entscheiden auch unklar, inwieweit bestimmten Kriterien Gewicht zukommt oder nicht. Zwei wichtige Leitlinien lassen sich aber feststellen: Entscheidend für die Annahme eines Härtefalls ist zum einen nicht die Anzahl von Kriterien, sondern deren Qualität und zum anderen bedarf es einer Gesamtwürdigung aller massgeblichen Tatsachen.

IV. Öffentliches Wegweisungsinteresse

Welche Kriterien das öffentliche Wegweisungsinteresse bestimmen, ist im Gesetz ebenso nicht definiert wie die Kriterien zur Bestimmung eines Härtefalls. Klar ist jedenfalls, dass migrationsrechtliche Belange irrelevant sind.⁷²

Die Zahl der massgebenden Faktoren ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sodann auch begrenzt:

Das gewichtigste Kriterium ist die Höhe der Strafe und das darin ausgedrückte Verschulden. Dabei ist zu beachten, dass (Tat-)Verschuldensformulierung bei der Strafzumessung nicht kongruent zum Verschulden im Rahmen der Lan-

³⁸ BGE 145 IV 364, 372.

³⁹ BGer, Urteil v. 27.9.2019, 6B_929/2018, E. 1.4.2. mit Verw. auf EuGH v. 23.11.2010, *Baden-Württemberg/Panagiotis Tsakouridis*.

⁴⁰ BGer, Urteil v. 23.11.2018, 6B_907/2018, E. 2.4.2.

⁴¹ Vgl. beispielhaft und sehr umfassend BGer, Urteil v. 9.8.2019, 6B_48/2019, E. 2.5.

⁴² Vgl. BGer, Urteil v. 2.3.2021, 6B_1123/2020, E. 3.3.

⁴³ BGer, Urteil v. 6.5.2020, 6B_186/2020, E. 2.4.3.

⁴⁴ Vgl. BGer, Urteil v. 27.9.2019, 6B_131/2019, E. 2.5.5; BGer, Urteil v. 9.3.2020, 6B_1314/2019, E. 2.3.9.

⁴⁵ BGer, Urteil v. 4.3.2021, 6B_1275/2020, E. 1.2, 1.5; BGer, Urteil v. 3.3.2022, 6B_1037/2021, E. 6.1, 6.4.

⁴⁶ Vgl. BGer, Urteil v. 6.3.2019, 6B_143/2019, E. 3.3.2.

⁴⁷ BGer, Urteil v. 28.4.2022, 6B_453/2021, E. 4.2.

⁴⁸ BGer, Urteil v. 6.5.2020, 6B_186/2020, E. 2.4.3.

⁴⁹ Vgl. BGer, Urteil v. 17.6.2020, 6B_191/2020, E. 1.8.

⁵⁰ BGE 145 IV 161, 164 f., 166 f.

⁵¹ Vgl. BGer, Urteil v. 11.8.2020, 6B_396/2020, E. 2.5, wo dies verneint wurde.

⁵² Vgl. BGer, Urteil v. 4.12.2019, 6B_1033/2019, E. 6.6.5.

⁵³ Vgl. BGer, Urteil v. 17.8.2020, 6B_560/2020, E. 1.2.1.

⁵⁴ BGer, Urteil v. 12.9.2019, 6B_793/2019, E. 2.3.2.

⁵⁵ Vgl. BGE 146 IV 105, 111.

⁵⁶ BGer, Urteil v. 4.12.2019, 6B_1033/2019, E. 6.5.1.

⁵⁷ BGer, Urteil v. 9.8.2019, 6B_48/2019, E. 2.6.

⁵⁸ Vgl. BGE 144 I 266, 278.

⁵⁹ BGer, Urteil v. 27.9.2019, 6B_131/2019, E. 2.5.5.

⁶⁰ BGer, Urteil v. 6.3.2019, 6B_143/2019, E. 3.3.2.

⁶¹ BGer, Urteil v. 11.8.2020, 6B_396/2020, E. 2.5.

⁶² BUSSLINGER/UEBERSAX (Fn. 5), 101.

⁶³ ZURBRÜGG/HRUSCHKA, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StGB I, 4. Aufl., Basel 2019, N 124.

⁶⁴ BGE 146 IV 105, 110.

⁶⁵ BGer, Urteil v. 3.3.2022, 6B_1372/2021, E. 2.3.6: Ausweisung nach Nigeria.

⁶⁶ BGer, Urteil v. 11.3.2021, 6B_708/2020, E. 5.

⁶⁷ Vgl. dazu z. B. EGMR v. 27.3.2008, *N./UK*, §§ 29 f., 42; EGMR v. 13.12.2016, *Paposhvili/BEL*, § 183.

⁶⁸ BGer, Urteil v. 25.11.2019, 6B_1111/2019, E. 4.3.

⁶⁹ Illustrativ z. B.: BGE 144 IV 332, 342 f. einerseits und andererseits BGer, Urteil v. 16.12.2021, 6B_759/2021, E. 4.3.3.

⁷⁰ BGer, Urteil v. 16.12.2021, 6B_759/2021, E. 4.3.3.

⁷¹ BGE 144 IV 332, 341.

⁷² Vgl. BGer, Urteil v. 9.8.2019, 6B_48/2019, E. 2.5: «Massnahme ohne jede migrationsrechtliche Komponente».

desverweisung ist.⁷³ Freiheitsstrafen über einem bzw. (ausnahmsweise) zwei Jahren wiegen im Einklang mit der früheren ausländerrechtlichen Rechtsprechung (vgl. insb. die «Reneja-Praxis»⁷⁴) schwer und es bedarf aussergewöhnlicher Gründe, um von einer Landesverweisung abzusehen. Hier hindert grundsätzlich selbst eine Unzumutbarkeit der Ausreise für die Familie eine Landesverweisung nicht.⁷⁵

Ohne dass dies in jedem Fall vom Bundesgericht immer explizit ausgesprochen wird, ist sodann als weiterer Faktor die Art der Tat entscheidend. So fährt das Bundesgericht ausdrücklich bei Betäubungsmitteldelikten eine «rigorose» Linie.⁷⁶ Warum solche Delikte – auch im Licht der ausdrücklichen Erwähnung in Art. 121 Abs. 3 lit. a BV – einer besonderen Strenge bedürfen, ist nicht erkennbar. Sie sind rein abstrakte Gefährungsdelikte⁷⁷ und ihre besondere Hervorhebung wirkt im Hinblick auf die weltweit zu beobachtenden Legalisierungstendenzen betreffend den Umgang mit Betäubungsmitteln anachronistisch. Teilweise bleibt die Art der Straftat als Abwägungskriterium aber auch apokryph, wie z. B. bei Sexualdelikten gegen Kinder. Hier lässt sich selbst in Fällen mit Strafen an der Grenze zur Bagatellkriminalität ein sehr harter bundesgerichtlicher Kurs feststellen.⁷⁸

Bedeutsam ist zudem die Kriminalprognose: Dabei ist es zunächst irrelevant, ob die Strafe bedingt ausgesprochen wurde, haben doch Art. 42 Abs. 1 StGB und Art. 66a Abs. 2 StGB einen unterschiedlichen Prognosemasstab.⁷⁹ Entscheidend ist zum einen die Art und Ausführung der Anlasstat und das Nachtatverhalten.⁸⁰ Zum anderen deuten eine wiederholte Straffälligkeit⁸¹ oder gar eine langjährige kriminelle Karriere, allenfalls sogar als «Teil der organisierten Kriminalität» auf einen uneinsichtigen Straftäter hin⁸² und steigern das öffentliche Wegweisungsinteresse.

V. Konsequenzen für die Verfahrensbeteiligten

1. Staatsanwaltschaften und Gerichte

Ob die Härtefallklausel einer Landesverweisung entgegensteht, ist durch das für deren Anordnung zuständige Gericht von Amtes wegen zu prüfen.⁸³ Dies setzt entsprechend Art. 2

Abs. 1 StPO eine Abklärung der hierfür notwendigen Tatsachengrundlagen und entsprechend dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV auch eine Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der betroffenen Person voraus.⁸⁴ Insbesondere die Verpflichtung, auch die entlastenden Umstände mit gleicher Sorgfalt zu untersuchen wie die belastenden (Art. 6 Abs. 2 StPO), bedeutet, dass im Vorverfahren die Staatsanwaltschaft und sodann auch das zu einer aktiven Wahrheitsforschung⁸⁵ verpflichtete Gericht sämtliche Umstände zu ermitteln haben, welche für die Feststellung eines Härtefalls relevant sind. Dies setzt insbesondere dort vertiefte Nachforschungen voraus, wo ein solcher naheliegt, wie z. B. bei Personen mit langer Anwesenheit in der Schweiz. Die regelmässig durchgeführten Befragungen zur Person (vgl. insb. Art. 341 Abs. 3 StPO) haben sich dabei an den Prüfkriterien (vorgehend III.) zu orientieren. So reicht es z. B. nicht aus, zu erfragen, ob jemand Kinder hat, welche hier leben, sondern es ist auch die Art der Beziehung zu diesen Kindern zu erfragen. Mit den gemachten Feststellungen hat sich das Gericht kriteriengeleitet in seiner Entscheidungsbegründung eingehend auseinanderzusetzen.⁸⁶ Vergleichbare Abklärungs- und Prüfungspflichten gelten auch im Anwendungsbereich des FZA⁸⁷ sowie der FK⁸⁸.

2. Verteidigung

Obwohl die Strafbehörden zu einer vertieften Härtefall-Abklärung verpflichtet sind, ist insbesondere die Staatsanwaltschaft als Strafverfolgungsbehörde hierzu erfahrungsgemäss nur eingeschränkt in der Lage. Es ist daher Aufgabe der Verteidigung, dies zu kompensieren.⁸⁹ Droht eine Landesverweisung, darf die Verteidigung daher nicht einfach darauf setzen, dass die Behörden die relevanten Tatsachen erheben. Vielmehr hat sie relevante Fakten aktiv in das Verfahren einzubringen. Dies gilt insbesondere dort, wo die beschuldigte Person diese besser kennt als die Behörde und diese Fakten von der Behörde wiederum nicht, oder nicht mit vertretbarem Aufwand, erhoben werden können (z. B. die tatsächliche Lebenssituation⁹⁰ oder eine Gefährdungssituation im Heimatland⁹¹). Diese Darlegungen sind vor allem deshalb notwendig, weil der Zweifelsgrundsatz bei der Tatsachenerhebung keine Geltung hat.⁹² Inhaltlich ist dabei zu berücksichtigen, dass entscheidend nicht allein das Vorhandensein bestimmter Fakten ist, sondern deren «Qualität».

Dementsprechend sind diese inhaltlich näher zu konkretisieren. Dies kann z. B. durch vertiefende Ergänzungsfragen bei der Befragung zur Person erfolgen oder indem z. B. schriftliche Stellungnahmen von Familienmitgliedern und Personen aus dem sozialen Umfeld eingereicht oder Sprachschul-, Aus- und Fortbildungs- sowie Arbeitszeugnisse ins Recht gelegt werden. In FZA-Fällen bedarf es zum einen Darlegungen, warum dieses anwendbar ist,⁹³ z. B. wegen der Arbeitnehmereigenschaft, und zum anderen, warum keine negative Prognose gestellt werden kann,⁹⁴ während in Flüchtlingsfällen die Voraussetzungen von Art. 33 bzw. Art. 32 FK zu spezifizieren sind.

VI. Fazit

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Härtefallklausel hat sich in den letzten Jahren immer deutlicher konkretisiert. Dabei wird immer klarer, dass sich auch das Bundesgericht völkerrechtlichen Vorgaben, insbesondere der EMRK, nicht entziehen kann. Schlussendlich ist man bei der Frage, ob eine straffällig gewordene Person nicht schweizerischer Nationalität die Schweiz verlassen muss, damit wieder an der Stelle angelangt, an der man vor der Einführung der Landesverweisung war, nämlich bei der *Boultiff/Üner*-Rechtsprechung des EGMR und (partiell) den Integrationskriterien nach Art. 31 Abs. 1 VZAE. Der Unterschied zu früherem Recht liegt darin, welches Gewicht diesen Umständen zugemessen wird bzw. wie weit man bei deren Relativierung geht. Bild-

lich gesprochen legt das Bundesgericht mit seiner strengen Praxis eindeutig den Finger auf die Waagschale des öffentlichen Wegweisungsinteresses.

Stichwörter: Landesverweisung, Härtefall, EMRK, Kinderrechtskonvention, Flüchtlingskonvention

Mots-clés: expulsion, cas de rigueur, Convention européenne des droits de l'homme, Convention relative aux droits de l'enfant, Convention relative au statut des réfugiés

■ **Zusammenfassung:** Entscheidend für die Frage, ob ein Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt, ist nicht die blosser Feststellung von Umständen, welche sich als Beurteilungskriterien aus der Rechtsprechung des EGMR und sodann auch des Bundesgerichts entnehmen lassen. Relevant ist vor allem, welche Qualität diese Umstände haben. An deren Feststellung haben alle Verfahrensbeteiligten mitzuwirken.

Résumé: Pour décider de l'existence d'un cas de rigueur au sens de l'art. 66a al. 2 CP, la simple constatation de circonstances que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, à sa suite, celle du Tribunal fédéral font figurer parmi les critères d'évaluation ne suffit pas. Est déterminante au premier chef la qualité de ces circonstances. Toutes les parties à la procédure sont tenues de collaborer à la constatation de celle-ci.

⁷³ BGer, Urteil v. 17.2.2020, 6B_1044/2019, E. 2.6.

⁷⁴ BGE 139 I 145, 148.

⁷⁵ BGer, Urteil v. 27.9.2019, 6B_131/2019, E. 2.5.5.

⁷⁶ Vgl. BGer, Urteil v. 9.8.2019, 6B_48/2019, E. 2.4.1 mit Hinw.

⁷⁷ Vgl. SCHLEGEL/JUCKER, OFK BetmG, 4. Aufl., Zürich 2022, Art. 19 N 4.

⁷⁸ Vgl. BGer, Urteil v. 2.6.2022, 6B_304/2021, E.?: 5 Jahre bei 180 Tagessätzen Geldstrafe im Fall von Art. 197 Abs. 4 StGB.

⁷⁹ Vgl. BGer, Urteil v. 17.6.2020, 6B_191/2020, E. 1.8.

⁸⁰ BGE 144 IV 332, 343 f.

⁸¹ BGer, Urteil v. 11.3.2021, 6B_708/2020, E. 5.

⁸² BGer, Urteil v. 27.9.2019, 6B_131/2019, E. 2.5.5.

⁸³ OBERHOLZER (Fn. 3), 235.

⁸⁴ BGer, Urteil v. 17.10.2018, 6B_651/2018, E. 8.3.3.

⁸⁵ Vgl. dazu BGE 144 I 234, 239.

⁸⁶ Vgl. BGer, Urteil v. 9.8.2019, 6B_48/2019, E. 2.6.

⁸⁷ Vgl. BGer, Urteil v. 2.6.2021, 6B_780/2020, E. 1.6.2.

⁸⁸ Vgl. BGer, Urteil v. 14.3.2022, 6B_45/2020, E. 3.4.1.

⁸⁹ Vgl. WOHLERS, in: DONATSCH/LIEBER/SUMMERS/WOHLERS (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020, Art. 6 N 7.

⁹⁰ Vgl. BGer, Urteil v. 23.9.2019, 6B_743/2019, E. 1.5.3.

⁹¹ Vgl. BGer, Urteil v. 5.9.2019, 6B_34/2019, E. 2.4.5.

⁹² A.A. VETTERLI (Fn. 8), Art. 66a N 38.

⁹³ Vgl. BGer, Urteil v. 28.11.2018, 6B_1152/2017, E. 2.5.

⁹⁴ So schon ETTER, AJP 2019, 244, 250.