

Landesverweisung (Art. 66a StGB) – eine Checkliste härtefallbegründender Aspekte für die Praxis

Florentina Rossi

Staatsanwaltsassistentin bei der Regionalen
Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland

I. Einleitung

Im Rahmen der 3-jährigen berufsbegleitenden Weiterbildung zur eidg. dipl. Rechtsfachfrau HF habe ich mich anlässlich der Diplomarbeit mit der Thematik der Landesverweisung, insbesondere mit der Härtefallklausel, auseinandergesetzt.

Nachfolgender Artikel legt kurzgefasst auszugsweise den Inhalt der erstellten Diplomarbeit dar. Die Problematik und sogleich auch der Schwerpunkt des vorliegenden Artikels bildet die sog. Härtefallklausel. Die Beurteilung eines schweren persönlichen Härtefalls nach Abs. 2 von Art. 66a StGB soll anhand eines Prüfschemas inkl. Praxisbeispielen vorgenommen werden können. Das auf den nachfolgenden Seiten abgebildete Flussdiagramm soll der besseren Verständlichkeit des Prüfschemas dienen. Ebenfalls ist das Flussdiagramm als schematische Hilfestellung im Alltag bei der Prüfung von Art. 66a StGB zu gebrauchen.

II. Einführung ins Thema

Seit dem 01.10.2016 sind Art. 66a ff. StGB in Kraft. Mit diesen Artikeln wurde die gesetzliche Grundlage geschaffen, einen Ausländer, welcher aufgrund eines Vergehens oder Verbrechens zu einer Strafe verurteilt wurde, des Landes zu verweisen. Art. 66a Abs. 2 StGB bietet dem Strafgericht die gesetzliche Grundlage, ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen zu können, wenn «diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen».

Die Härtefallprüfung erfolgt durch kritische Auseinandersetzung mit einzelnen Prüfpunkten durch das Strafgericht, wobei diesem ein Ermessen zukommt. Bei Verneinung eines Härtefalls ist zwingend eine Landesverweisung auszusprechen. Wird ein Härtefall angenommen, folgt sodann noch die vom Gesetz verlangte Interessensabwägung, so dass das Gericht unter Umständen trotz Annahme eines Härtefalls die Landesverweisung anordnen kann.

III. Härtefall nach Art. 66a Abs. 2 StGB

Im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB kann das Gericht von einer obligatorischen Landesverweisung absehen, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen vorhanden sind: Es liegt für den Ausländer ein schwerer persönlicher Härtefall vor und das öffentliche Interesse an einer Ausschaffung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz überwiegt nicht.

Besteht ein Aufenthalts- oder Bleiberecht aus der EMRK, kann eine Landesverweisung nur unter gewissen Bedingungen ausgesprochen werden. Nach dem Wortlaut des Gesetzgebers kann «ausnahmsweise» ein Härtefall angenommen werden.¹

¹ RASELLI, S&R 2017, 148

Sofern die beiden Voraussetzungen zu bejahen sind, ist in Anwendung von Art. 66a Abs. 2 StGB zwingend auf eine Landesverweisung zu verzichten, ansonsten das Verhältnismässigkeitsprinzip i.S.v. Art. 5 BV verletzt wäre. Die Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz und die öffentlichen Interessen an einer Verweisung sind gegeneinander abzuwägen. Im Einzelfall ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung – in Gesamtwürdigung aller Umstände – vorzunehmen.²

- 2 ZURBRÜGG/HRUSCHKA, BSK StGB I, N 128 zu Art. 66a StGB.

Besonders: Ausländer, welche in der Schweiz geboren sind: «Ausländern, welche in der Schweiz geboren sind, ist besonders Rechnung zu tragen (Art. 66a Abs. 2 StGB)». Das Urteil des Bundesgerichts BGE 144 IV 332 legt ebenfalls dar, dass die Strafgerichte der «besonderen Situation» von Ausländern, welche in der Schweiz geboren und aufgewachsen ist, Rechnung zu tragen haben. Dies gilt insbesondere für sog. «Secondos», welche häufig nur noch formell gesehen Ausländer sind. Dies ändert am Aufenthaltsstatus nichts, gewichtet aber bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit.³

- 3 BGer 2C_826/2018 vom 30.01.2019, E. 8.2.3

IV. Schwerer persönlicher Härtefall

Die Härtefallklausel setzt voraus, dass eine Landesverweisung für den Ausländer einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall bewirken würde. Sämtliche Aspekte werden einerseits auf die Situation im Heimatland, aber auch auf die Situation in der Schweiz geprüft. Es ist der Frage nachzugehen, ob der Betroffene in der Schweiz derart verwurzelt ist, dass ein Herausreisen eine nicht hinzunehmende Härte darstellt oder ihm eine Rückkehr in sein Heimatland nicht zugemutet werden kann.⁴

- 4 ZURBRÜGG/HRUSCHKA, BSK StGB I, N 39 zu Art. 66a StGB.

Ein schwerer persönlicher Härtefall ist folglich anzunehmen, wenn dem Betroffenen das Verlassen der Schweiz zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingung führt. Auch ist gemäss Bundesgericht eine «besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehung beruflicher oder gesellschaftlicher Natur» nötig.⁵ Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ist zu eruieren, ob ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt. Sämtliche härtefallbegründenden Aspekte sind zu berücksichtigen und zu bewerten.

- 5 BGer 6B_1245/2020 vom 01.04.2021, E. 2.2.1.

V. Ausgangslage des Prüfschemas

Ausgangspunkt bildet die rechtskräftige Verurteilung eines Ausländers aufgrund einer begangener Katalogstraftat (vgl. die Aufzählung in Art. 66a Abs. 1 lit. a-o StGB) unabhängig der Höhe dieser Strafe. Grundsätzlich folgt hernach die obligatorische Landesverweisung im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB.

Im Nachgang ist das Verhältnis zum Völkerrecht zu überprüfen. Steht internationales Recht einer Ausweisung entgegen, so stellt sich vorab die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem hiesigen Landesrecht und dem Völkerrecht. Geht das Landesrecht vor, so erübrigt sich die Prüfung des Völkerrechts. Im Weiteren ist vorgängig zu prüfen, ob beispielsweise ein Freizügigkeitsabkommen ein Einreise- oder Aufenthaltsrecht darlegt und ob dieses Recht eingeschränkt werden kann. Ein Sonderfall stellen hier EU-Bürger dar, welche sich unter Umständen auf das FZA berufen können.

In einem dritten Schritt stellt sich die Frage, ob ein Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt.

Ist dies zu bejahen muss eine Härtefallprüfung mit nachfolgender Interessenabwägung vorgenommen werden. Überwiegt das private Interesse am Verbleib in der Schweiz, erfolgt keine obligatorische Landesverweisung. Überwiegt das öffentliche Interesse, so ist eine obligatorische Landesverweisung durch das Gericht auszusprechen.

Ist eine Landesverweisung ausgesprochen worden, so ist zuletzt zu prüfen, ob die Voraussetzungen eines Aufschubes der Landesverweisung im Sinne von Art. 66d StGB vorliegen. Die Landesverweisung kann aufgeschoben werden, wenn der Ausländer als Flüchtling anerkannt ist und durch den Vollzug der Landesverweisung eine Gefährdungssituation entstehen würde (z.B. eine Verfolgungsgefahr). Eine Ausnahme gilt, wenn sich der Flüchtling nicht auf das Rückschiebeverbot i.S.v. Art. 5 Abs. 3 AsylG berufen kann und somit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Schweiz darstellt. Zudem kann die Landesverweisung aufgeschoben werden, wenn andere Normen des zwingenden Völkerrechts entgegenstehen (d.h. wenn ein Rückschiebeverbot besteht).⁶

6 ZURBRÜGG/HRUSCHKA, BSK StGB I, N 2 zu Art. 66d StGB.

VI. Flussdiagramm

Das nachfolgende Flussdiagramm soll der besseren Verständlichkeit des beschriebenen Prüfschemas dienen. Ebenfalls ist es als schematische Hilfestellung im Alltag bei der Prüfung von Art. 66a StGB zu gebrauchen.

VII. Prüfkriterien der Härtefallbewilligung

Nach dem Bundesgericht ist nachfolgende zweistufige Prüfung unter Art. 66a Abs. 2 StGB vorzunehmen, nämlich:

- ob ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt
- ob die öffentlichen Interessen an der Ausweisung den privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen.

Sofern die beiden Prüfkriterien zu bejahen sind, ist in Anwendung von Art. 66a Abs. 2 StGB zwingend auf eine Landesverweisung zu verzichten, ansonsten das Verhältnismässigkeitsprinzip i.S.v. Art. 5 BV verletzt wäre.

Von massgeblicher Bedeutung ist das bisherige Verhalten des Ausländers in der Schweiz.

In der Regel wird vorausgesetzt, dass der Ausländer in sozialer und beruflicher Hinsicht gut integriert ist und eine bestimmte Zeit in der Schweiz gelebt hat. Hinzu kommt, dass «aufgrund der konkreten Situation des Ausländers von ihm die Ausreise aus der Schweiz sowie die soziale Wiedereingliederung in einem anderen Land nicht mehr verlangt werden kann.»⁷ «Ob ein Härtefall vorliegt, entscheidet sich weder anhand von starren Altersvorgaben, noch führt eine bestimmte Anwesenheitsdauer automatisch zur Annahme eines Härtefalls.»⁸

Die Prüfung, ob ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt, ist anhand der nicht abschliessende aufgezählten Kriterien nach Art. 31 Abs. 1 VZAE vorzunehmen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfte darüber aufgrund der Zulassung, Aufenthalts und Erwerbstätigkeit abgewogen werden. Art. 31 VZAE bedingt die Gesamtwürdigung der Situation unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls.

Zu berücksichtigen ist der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, einschliesslich die familiären Verhältnisse, den Gesundheits-

7 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Staatssekretariat für Migration SEM, Weisungen und Erläuterungen Ausländerrecht, Oktober 2013, aktualisiert am 15.12.2021, S. 94, Ziff. 5.6.10.

8 BGer 6B_69/2021 vom 30.06.2021, E 3.3.

zustand, die Arbeits- und Ausbildungssituation, die Anwesenheitsdauer, die Persönlichkeitsentwicklung sowie die Wiedereingliederungschancen im Herkunftsstaat. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung sind die persönlichen Umstände sowie Integrationskriterien gemäss Art. 58a Abs. 1 AIG zu betrachten:

Von entscheidender Bedeutung ist das bisherige Verhalten des Ausländers in der Schweiz. Die öffentliche Sicherheit und Ordnung sind zu achten bzw. eine Verletzung einer solchen ist gegeben, wenn erhebliche oder wiederholte Verstösse gegen behördliche Verfügungen oder gesetzlichen Vorschriften sowie eine Nichterfüllung bei privaten und öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen vorliegen (Art. 58a Abs. 1 lit. a AIG).⁹

Die Grundsätze der Bundesverfassung gilt es zu respektieren (Art. 58a Abs. 1 lit. b AIG).

Um eine fortgeschrittene Integration annehmen zu können, genügen Sprachkenntnisse des Niveau A1 gemäss dem europäischen Referenzrahmen. Die Sprachkenntnisse des Ausländers sollten genügen, um eine Verständigung im Alltag zu ermöglichen. Der Ausländer sollte alltägliche Ausdrücke und einfache Sätze verstehen und auch verwenden können (Art. 58a Abs. 1 lit. c AIG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 Bst. a VZAE).¹⁰

Aktive Bemühungen sowie Bildungs- und Arbeitsverhältnisse bilden den Nachweis für die Teilnahme am Wirtschaftsleben (Art. 58a Abs. 1 lit. d AIG). Übt der Ausländer keine Erwerbstätigkeit aus, so sind die Bemühungen um eine Arbeitsstelle und die Anmeldung der Arbeitslosigkeit massgebend.¹¹ War die Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung aufgrund des Alters, des Gesundheitszustandes oder des asylrechtlichen Arbeitsverbots nach Art. 43 AsylG nicht möglich, so ist dies bei der Prüfung des persönlichen Härtefalls zu berücksichtigen (Art. 31 Abs. 5 VZAE).

Beispielsweise hielt das Bundesgericht im Urteil 6B_69/2021 vom 30.06.2021 fest, dass die Integration des Beschwerdeführers nicht als «besonders gelungen» galt, da dieser die schulische Grundbildung lediglich bis und mit dem 10. Schuljahr abgeschlossen hat, über längere Zeit arbeitslos war und ansonsten nur temporär gearbeitet hat. Über mehrere Jahre bezog der Beschwerdeführer Sozialhilfe. Insgesamt hat das Bundesgericht seine berufliche Situation als instabil bezeichnet, da der Beschwerdeführer bisher nicht anhaltend im beruflichen Alltag gefestigt geworden sei. Trotz mehreren Tausend Franken Schulden und keiner entsprechenden Ausbildung in dieser Branche, machte sich der Beschwerdeführer selbständig und eröffnete einen Tattoo- und Barber-Shop. Bereits die Vorinstanz wie auch das Bundesgericht stuften seine finanzielle und berufliche Zukunft als unsicher ein.¹²

Familiäre Verhältnisse

Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK schützen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Dieses Recht wird berührt, wenn aufgrund einer staatlichen Entfernung- oder Fernhalte-massnahme, die familiäre Beziehung der Person beeinträchtigt wird. Der Ehegatte und minderjährige Kinder gehören zum geschützten Familienkreis. Besteht eine über die üblich familiäre Beziehung bzw. emotionalen Bindungen hinausgehendes Verhältnis zwischen Eltern und Kindern und deshalb ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis, so kann dieser geschützte Familienkreis auch über die Volljährigkeit hinausgehen.¹³

Wird Art. 8 Ziff. 1 EMRK durch die Landesverweisung berührt und sind zudem die Voraussetzung von Art. 8 Ziff. 2 EMRK erfüllt, so ist die Verhältnis-

9 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Staatssekretariat für Migration SEM, Weisungen und Erläuterungen Ausländerrecht, Oktober 2013, aktualisiert am 15.12.2021, S. 94, Ziff. 5.6.10.1.

10 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Staatssekretariat für Migration SEM, Weisungen und Erläuterungen Ausländerrecht, Oktober 2013, aktualisiert am 15.12.2021, S. 94, Ziff. 5.6.10.1.

11 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Staatssekretariat für Migration SEM, Weisungen und Erläuterungen Ausländerrecht, Oktober 2013, aktualisiert am 15.12.2021, S. 95, Ziff. 5.6.10.1.

12 BGer 6B_69/2021 vom 30.06.2021, E. 4.2.3.

13 BGE 145 I 227, E. 5.3.

14 BGE 146 IV 105, E. 4.2.

15 BGE 145 IV 161, E. 3.4.

16 BGE 144 II 1, E. 6.1.

17 EGMR vom 07.08.1996, Johansen gegen Norwegen, Nr. 17383/90, N 52; VETTERLI, StGB Annotierter Kommentar, N 25 zu Art. 66a StGB; ZURBRÜGG/HRUSCHKA, BSK StGB, N 98 zu Art. 66a StGB.

18 Urteil EGMR in Sachen Emre c. Suisse vom 22.05.2008, Verfahren 42034/04, Ziff. 68–71.

19 BGer 6B_1024/2019 vom 29.01.2020, E. 1.3.5.

20 BGer 6B_2/2019 vom 27.09.2019, E.6.1. / BGer 6B_1117/2018 vom 11.01.2019, E. 2.3.3.

21 BGer 6B_1015/2019 vom 04.12.2019, E. 5.5.3.

22 BGer 2C_724/2018 vom 24.06.2019, E. 5.2.2.

mässigkeit der Massnahme zu prüfen.¹⁴ Folglich ist Art. 66a StGB EMRK-konform auszulegen. Im Rahmen der Härtefallklausel nach Art. 66a Abs. 2 StGB wird die Interessensabwägung vorgenommen. Diese Interessensabwägung hat sich nach Art. 8 Abs. 2 EMRK der Prüfung der Verhältnismässigkeit zu richten.¹⁵

Keinen Eingriff in die familiären Verhältnisse liegt vor, wenn es den Familienangehörigen zumutbar und möglich ist, das Familienleben auch im Ausland zu pflegen.¹⁶

Ob diesbezüglich ein Härtefall angenommen wird, hat das Gericht zu entscheiden. Gilt das Familienleben durch die Auslegung der Härtefallklausel nach der Rechtsprechung als berührt, dann ist in jedem Fall von einem Härtefall auszugehen. Das Bundesgericht berücksichtigt dieselben Kriterien wie der EGMR bei der Interessensabwägung im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK. Keines der Kriterien ist alleine ausschlaggebend. Im Einzelfall wird eine Würdigung aller Umstände vorgenommen. Um eine Landesverweisung auszusprechen, muss der Eingriff gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK gerechtfertigt sein.¹⁷

Die Ausweisung eines sog. «Secondos» wird durch Art. 8 EMRK nicht ipso facto ausgeschlossen. Die Prüfung der Verhältnismässigkeit hat nach der Praxis des EGMR nach denselben Kriterien zu erfolgen wie nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Ausländerrecht, nämlich aufgrund der Schwere und Natur des Verschuldens.¹⁸

Gesundheitszustand

Der Gesundheitszustand des von der Landesverweisung betroffenen Ausländers ist zu beachten. Ist die Krankheit als heilbar oder medizinisch behandelbar zu erachten, so ist eine Landesverweisung dennoch anzuordnen¹⁹. Gemäss der strengen bundesgerichtlicher Rechtsprechung braucht es für den Verzicht auf eine Landesverweisung mitunter eine lebensbedrohliche Krankheit, deren Behandlung nicht im Ausland möglich ist oder eine dramatische Verschlechterung des Gesundheitszustands infolge Rückkehr ins Herkunftsland zu erwarten ist.²⁰

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der Gesundheitszustand eine untergeordnete Rolle spielt, insbesondere, wenn eine genügende medizinische Versorgung im Herkunftsland gewährleistet ist und die Behandlung nicht nur in der Schweiz durchgeführt werden kann.

Das Bundesgericht stellt ebenfalls auf die medizinische Behandlungs- und Versorgungsmöglichkeit im Herkunftsland ab. Beispielsweise könne eine ADHS-Erkrankung auch im Herkunftsland Tunesien behandelt werden, da dort die medizinische Grundversorgung gewährleistet ist und nicht nur in der Schweiz eine erfolgreiche Behandlung vollzogen werden kann.²¹ Eine Rückreise in das Herkunftsland sei ebenso zumutbar, auch wenn die medizinische Versorgung im dortigen Land weniger gut sei als in der Schweiz.²²

Arbeits- und Ausbildungssituation

Hierbei stellt sich nicht die Frage, in welchem Land der Betroffene die besseren wirtschaftlichen Verhältnisse vorfindet. Entscheidend ist, ob der Betroffene aus einem stabilen Umfeld herausgerissen wird, welches im Heimatland nicht wiederaufgebaut werden könnte. Berufliche Veränderungen sind jedoch ohne weiteres zumutbar und hinzunehmen.

Ein Härtefall ist anzunehmen, wenn der Aufbau der beruflichen Existenz im Heimatland praktisch unmöglich erscheint oder der Betroffene derart spezialisiert ist, dass ein solches Arbeitsumfeld in seinem Heimatland nicht existiert. Die Aufgabe seiner Tätigkeit hätte einen grossen Eingriff zur Folge. Ist einer der vorgenannten Aspekte erfüllt oder muss davon ausgegangen werden, so ist ein Härtefall in diesem Prüfpunkt anzunehmen.

Sind die Eingliederungschancen im Heimatland – unter Berücksichtigung der im Vergleich zur Schweiz beispielsweise schlechteren Wirtschaftslage und allfälligen Startschwierigkeiten – aufgrund der Ausbildung und Berufserfahrung des Ausländers gegeben, so ist ihm ein Interesse am Verbleib in der Schweiz einzuräumen.²³

23 AGVE 2013 28 vom 20.09.2013, S. 139.

Anwesenheitsdauer

Es lässt sich keine schematische Ableitung ab einer gewissen Aufenthaltsdauer machen, aufgrund dessen dann eine Verwurzelung in der Schweiz angenommen wird.²⁴

24 BGE 146 IV 105, E. 3.4.4.

Beispielsweise wurde einem marokkanischen Staatsangehörigen, welcher im Alter von neun Jahren in die Schweiz kam und dreizehn Jahre in der Schweiz verbracht hat, durch das Bundesgericht eine ungenügende Integration vorgeworfen. Er spreche zwar Schweizerdeutsch und habe einen Freundeskreis, jedoch können keine weiteren Elemente festgestellt werden, welche auch eine hinreichende Integration hindeuten würden.²⁵

25 BGer 6B_1260/2019 vom 12.11.2020, E. 4.2.

Zu Art. 66a Abs. 2 StGB: Hierfür muss geklärt werden, wann ein Betroffener als «in der Schweiz aufgewachsen» gilt. Analog zu Art. 15 Abs. 2 BÜG ist davon auszugehen, wenn die prägende Jugendzeit in der Schweiz verbracht wurde. In Anlehnung an Art. 47 Abs. 1 AIG ist ein «Aufwachsen in der Schweiz» erfüllt, wenn die Einreise vor dem 12. Altersjahr erfolgt ist.

Etwa wurde im Urteil BGE 146 IV 105 vom Bundesgericht erkannt, dass ein chilenischer Staatsangehöriger, welcher im Alter von 13 Jahren in die Schweiz gekommen ist, einen wesentlichen Teil seiner Kindheit und Adoleszenz in der Schweiz verbracht hatte. Gleiches gelte jedoch auch für die vorherige Zeit in Chile.²⁶ Wiederum im Urteil 6B_1077/2020 vom 02.06.2021 erfasste das Bundesgericht, dass der russische Staatsangehörige, welcher im Kindesalter von acht Jahren von Tschetschenien in die Schweiz kam und vierzehn Jahre (bis zum vorinstanzlichen Entscheid) in der Schweiz verbracht hatte, die obligatorische Schule absolvierte und die hiesige Sprache gelernte hatte, als in der Schweiz aufgewachsen galt.²⁷

26 BGE 146 IV 105, E. 3.5.

27 BGer 6B_1077/2020 vom 02.06.2021, E. 1.4.

Persönlichkeitsentwicklung

Das Bundesgericht beachtet einerseits den seit der Tat vergangenen Zeitraum und das Verhalten des Ausländers nach der Tat. Entwickelt sich der Betroffene nach begangener Anlasstat zum Positiven und würde diese positive Persönlichkeitsentwicklung durch eine Landesverweisung zunichtegemacht werden, dann kann dies auf das Vorliegen eines Härtefalls in diesem Prüfpunkt hinweisen.²⁸

28 VE 2013 28 vom 20.09.2013, S. 128

29 BGer 6B_311/2020 vom 12.10.2020, E. 6.2.

30 BGer 6B_690/2019 vom 04.12.2019, E. 4.3.

Das Bundesgericht bejahte beispielsweise – bei einem wegen Widerhandlung gegen das Waffengesetz verurteilten Ausländer – das Vorliegen eines Härtefalls. Es berücksichtigte jedoch die Persönlichkeitsentwicklung bei der anschliessenden Interessensabwägung. Dort überwiegte das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung, obwohl sich der Ausländer seit der Entlassung aus der Untersuchungshaft wohl verhielt und einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist.²⁹ Auch makelloser Verhalten während rund zwei Jahren nach der Tat reichte für das Bundesgericht nicht aus, um von einer Landesverweisung abzusehen.³⁰

Wiedereingliederungschancen im Herkunftsstaat

Im Weiteren wird die soziale, kulturelle und familiäre Bindung zum Herkunftsstaat des Ausländers geprüft. Bei dieser Beurteilung sind folgende Punkte zu untersuchen:

- Alter bei Einreise in die Schweiz
- Sprach- und Kulturkenntnisse
- Gesundheitsprobleme
- Familie, Bekannte und Verwandte im dortigen Land
- Schul- und Ausbildungen sowie Berufsmöglichkeiten
- Wohnsituation³¹

31 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Staatssekretariat für Migration SEM, Weisungen und Erläuterungen Ausländerrecht, Oktober 2013, aktualisiert am 15.12.2021, S. 96, Ziff. 5.6.10.6.

Massgebend ist die Gesamtsituation, welche der Ausländer bei Rückkehr ins Herkunftsland antreffen würde. Zudem ist unter Einbezug derselben Punkte wie beim Grad der Integration zu klären, ob dem Betroffenen nach dem Verlassen der Schweiz unüberwindbare Hindernisse der Reintegration in seinem Heimatland bevorstünden.

Sobald der Ausländer noch bestehende Verbindungen zum Herkunftsstaat hat, die Sprache spricht und mit den Gepflogenheiten des Landes vertraut ist, wird gemäss Bundesgericht eine Ausreise und Reintegration im Herkunftsland als zumutbar und möglich betrachtet.

32 BGer 6B_1077/2020 vom 02.06.2021, E. 1.4.

Das Bundesgericht ist im Urteil 6B_1077/2020 vom 02.06.2021 von einer eher für den Härtefall sprechenden Tatsache ausgegangen, da die Wiedereingliederungschancen in das Heimatland erschwert seien. Mit der Anmerkung, dass der Beschwerdeführer die tschetschenische Sprache nur schriftlich und die russische Sprache weder noch beherrscht. Zudem habe der Beschwerdeführer keinen Bezug zu seinem Heimatland und keine Kontakte, an welche er anknüpfen könnte.³² Die Eingliederung im Heimatland wurde durch das Bundesgericht im Urteil als «grosse Herausforderung» dargestellt. Dennoch wurde aufgrund des jungen Alters des Beschwerdeführers, der mündlichen Kenntnisse der tschetschenischen Sprache sowie der nicht mehr aktiven, aber doch noch vorhandenen Verbindung zur Verwandtschaft aus dem Heimatland, eine Integration im Heimatland als noch nicht unzumutbar erachtet.³³

33 BGer 6B_1077/2020 vom 02.06.2021, E. 1.5.5.

Art. 25 Abs. 3 BV besagt, dass niemand in das Hoheitsgebiet eines Staates zurückgewiesen werden darf, indem ihm Folter oder andere unmenschliche Behandlung droht. Das Gericht hat die Durchführbarkeit der Landesverweisung auf die Vereinbarkeit der völkerrechtlichen Garantien zu prüfen und dem «Non-Refoulement-Gebot» gemäss Art. 25 Abs. 2 BV und Art. 5 Abs. 1 AsylG Rechnung zu tragen.

Nach Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte müssen bei der Beurteilung, ob ein tatsächliches Risiko einer Misshandlung im Sinne von Art. 3 EMRK besteht, strenge Kriterien angewandt werden. Es muss untersucht werden, ob es in Anbetracht der gesamten Umstände ernsthafte und nachweisbare Gründe für die Annahme gibt, dass der Ausländer, welcher ausgewiesen würde, in diesem Land einem realen Risiko ausgesetzt wäre. Damit auf Art. 3 EMRK abgestellt werden kann, muss eine befürchtete Misshandlung ein Mindestmass an Schwere

34 Urteil des EGMR in Sachen Saadi gegen Italien vom 28.02.2008, Nr. 37201/06, § 125 und 128.

erreichen.³⁴ Wird ein solches Risiko festgestellt, so würde eine Landesverweisung eine Verletzung von Art. 3 EMRK bedeuten.

Zusammenfassend ist die Härtefallklausel restriktiv anzuwenden. Sie dient der Gewährleistung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV). Bei der Prüfung eines schweren persönlichen Härtefalls wird eine Abwägung aller vorgenannten Punkte und nicht lediglich nur von einem Punkt, vorgenommen.

VIII. Interessenabwägung

Das gesamte öffentliche Interesse ist bei Annahme eines schweren persönlichen Härtefalls dem privaten Interesse des Ausländers am Verbleib in der Schweiz gegenüberzustellen.

Ergibt sich daraus ein überwiegendes öffentliches Interesse, spricht das Gericht die Landesverweisung trotz Vorliegen eines Härtefalls aus und darf nicht davon absehen.

Überwiegen die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib bzw. überwiegt das öffentliche Interesse nicht, so ist durch das Gericht von einer Landesverweisung abzugehen.

Im Sinne der gesetzlichen Systematik ist die obligatorische Landesverweisung anzuordnen, wenn die begangene Katalogstraftat eine Schwere aufweist, so dass die Landesverweisung zwecks Wahrung der inneren Sicherheit als erforderlich erscheint.

Aus strafrechtlicher Sicht lässt sich dies unter Berücksichtigung der verschuldensmässigen Natur und Tatschwere, der Gefährlichkeit des Täters für die öffentliche Sicherheit und der Legalprognose vornehmen.³⁵

35 BGer 6B_81/2021 vom 10.05.2021, E. 8.3.2.

Öffentliches Interesse

Um das öffentliche Interesse definieren zu können, bilden Anknüpfungspunkte einerseits die Tatschwere und andererseits die vom Täter ausgehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.

Das Gericht hat in einem ersten Schritt die Aspekte des öffentlichen Interesses im Vergleich zu den privaten Interessen des Betroffenen festzulegen und hernach die Höhe der Gewichtung dieser Aspekte. Die Verhinderung weiterer Straftaten in der Schweiz stellt hierbei das Ziel der Landesverweisung dar (Generalprävention). Die ausgefallte Strafe bildet die Ausgangslage für die gesamte Bemessung des öffentlichen Interesses. Je höher die Strafe, desto höher ist das öffentliche Interesse zu gewichten.

Die Art der begangenen Delikte kann zu einer Erhöhung des öffentlichen Interesses führen.

Als schwerwiegend nennt das Bundesgericht Beeinträchtigungen der physischen, psychischen und sexuellen Integrität von Dritten, den qualifizierten Drogenhandel (...), die organisierte Kriminalität sowie Terrorismus oder Menschenhandel.³⁶

36 BGE 139 II 121, E. 6.3.

Weist der Ausländer eine hohe Rückfallgefahr auf, so gewichtet dies ebenfalls zu Gunsten des öffentlichen Interesses. Eine Bejahung der Rückfallgefahr setzt aber nicht voraus, dass der Ausländer mit Sicherheit weitere Delikte begehen wird. In umgekehrter Weise kann bei einer Verneinung der Rückfallgefahr nicht ausgeschlossen werden, dass kein Restrisiko für die Begehung einer weiteren Straftat besteht.

37 Zitiert aus BGE 139 II 121, E. 5.3.

«Je schwerer die befürchtete Rechtsgutsverletzung wiegt, umso niedriger sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit einer Rückfallgefahr anzusetzen.»³⁷

38 BGer 6B_1077/2020 vom 02.06.2021, E. 1.5.1.

Aus dem Urteil BGer 6B_1070/2020 vom 02.06.2021 ergab sich beispielweise, dass die Tatschwere sowie die anhaltende Delinquenz des Ausländers bei der Interessenabwägung ins Gewicht fallen. Der im vorerwähnten Urteil betroffene Ausländer verübte insgesamt neun gewerbs- und bandenmässige vollendete oder versuchte Einbruchdiebstähle. Die Deliktssummen waren hoch sowie auch der erlittene Eigentumseingriff. Bereits mit 16 Jahren hatte der Ausländer Diebstähle verübt. Vier Monate nach seiner ersten Verurteilung machte dieser weiter und dies noch während laufender Probezeit. Auch die im zweiten Strafverfahren angefallenen 83 Tage Untersuchungshaft schreckten ihn nicht ab und er machte sich nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung der Irreführung der Rechtspflege und Drohung strafbar. Der Gutachter stellte zusätzlich zur hohen Rückfallgefahr auch noch ein mittleres bis hohes Risiko für künftige Gewaltdelikte fest, welche bei der Gesamtwürdigung nicht ausser Acht gelassen werden konnten. Das öffentliche Interesse wurde aufgrund der Schwere der wiederholt verübten Straftaten, der hohen Rückfallgefahr sowie des Gewaltpotentials als hoch gewichtet.³⁸

Abwägung und Verhältnismässigkeit

Das gesamte öffentliche Interesse ist nun dem gesamten privaten Interesse des Betroffenen gegenüberzustellen. Resultiert dabei ein überwiegendes öffentliches Interesse, hat das Gericht die Landesverweisung auszusprechen.

Überwiegt das öffentliche Interesse jedoch nicht, sondern die privaten Interessen des Betroffenen am Verbleib in der Schweiz, so spricht das Gericht die Landesverweisung nicht aus.

Die Verhältnismässigkeit ist insbesondere bei Grundrechtseinschränkungen von Bedeutung, wird aber durch Art. 5 Abs. 2 BV auf sämtliches staatliches Handeln ausgedehnt. Das Verhältnismässigkeitsprinzip besteht aus drei Teilgehalten: Zweckgeeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit.³⁹

39 BGE 140 I 353, E. 8.3; EPINEY, BSK BV, N 70 zu Art. 5 BV.

40 BGE 145 IV 161, E. 3.4.

Die Auslegung von Art. 66a StGB hat EMRK-konform zu erfolgen. Die Interessenabwägung hat sich an Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu orientieren.⁴⁰

IX. Schlussbemerkung

Bei der Prüfung eines Härtefalls und der daraus folgenden Interessensabwägung und deren Gewichtung (der privaten oder öffentlichen Interessen) zeigen sich Unterschiede in der Rechtsprechung, welche die Individualität des Einzelfalls weiter verdeutlichen.

Es fällt auf, dass bei einer schweren Tat die öffentlichen Interessen höher gewichtet werden, selbst wenn eine familiäre Beziehung besteht, die unter den Bereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK fällt und das Gericht dennoch einen schweren persönlichen Härtefall bejaht.⁴¹

41 BGer 6B_300/2020 vom 21.08.2020

Somit kann gesagt werden, dass das Bundesgericht betreffend Landesverweisung eine strenge Praxis verfolgt.

Zu relativieren ist dies damit, dass in Art. 66a Abs. 1 lit. a-o StGB als Katalogstraftaten vorwiegend schwere Straftaten, welche in der Gesellschaft als besonders schlimm angesehen werden, festgesetzt sind.

Mit der konsequenten Durchsetzung der Landesverweisung trägt das Bundesgericht dem Willen des Volkes Rechnung, welches die Ausschaffungsinitiative angenommen hat und wollte, dass straffällige Ausländer aus der Schweiz verwiesen werden.

Die zu beurteilende Ausgangslage kann ähnlich erscheinen, doch ist sie nie gleich (beispielsweise bei einem Ausländer, welcher in der Schweiz geboren oder aufgewachsen ist). Deshalb ist die Gesamtwürdigung aller Umstände im Einzelfall zu prüfen.

Die Landesverweisung ergibt sich nicht aus einem Schematismus, sondern einer Prüfung des Einzelfalls mittels den Härtefallkriterien.

Abb.: Landesverweisung
 (Art. 66a StGB)

