

Die Härtefallklausel in der Praxis des Bundesgerichts

Vortrag am 14.9.2022 Weiterbildungstage des SAV

Rechtsanwalt Dr. iur. Stephan Schlegel

Übersicht über den Vortrag

- Grundlagen
- Völkerrechtlicher Rahmen
- Härtefallfaktoren
- Das öffentliche Interesse
- Folgen für die Verfahrensbeteiligten
- Fragen / Diskussion

Ausgangslage

Art. 66a

[...]

² Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, 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. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind.

Ausgangslage:

- klare Kriterien (bis auf Secondo-Klausel) fehlen
- Völkerrechtliche Bindungen der Schweiz (Art. 27 VRK) insb. an die FK und die EMRK
- Prinzip der Verhältnismässigkeit gilt weiterhin (Art. 5 Abs. 2, Art. 36 Abs. 3 BV)

Lösung:

- Rückgriff auf bekannte und bewährte Kriterien (Völkerecht, Ausländerrecht, insb. Art. 31 VZAE)
- aber im Licht der Art. 121 Abs. 3–6 BV mit anderer Schwerpunktsetzung

Völkerrechtlicher Rahmen

UN-Folterkonvention (FK, SR 0.142.30)

- Ausweisungsverbot in Art. 33 FK der UN-Flüchtlingskonvention («Non-Refoulement-Prinzip») als *ius cogens*
- Grundsatz: Vollstreckungsaufschub in Art. 66d Abs. 1 lit. a StGB
- Ausnahme: wenn massgeblichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Vollzugs (vgl. Art. 66c StGB) stabil, dann Absehen von Anordnung der Landesverweisung ohne Härtefallprüfung (BGer 6B_747/2019 v. 24.6.2020, E. 2.1.2)!
- Sonst Art. 32 FK zu beachten (Ausweisung nur aus Gründen der Staatssicherheit oder der öffentlichen Ordnung) Konsequenz: Härtefall ist vorausgesetzt, nur Prüfung des öffentlichen Ausweisungsinteresses (vgl. BGer 6B_747/2019 v. 24.6.2020, E. 2.2.3):

UN-Folterkonvention (FK, SR 0.142.30)

- Analog der asylrechtlichen Praxis (Art. 65 AsylG in Verbindung mit Art. 64, Art. 63 Abs. 1 lit. b und Art. 68 AIG) = schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Vergewaltigung, Verursachen einer Feuersbrunst, Mordversuch oder wiederholte, sich bis zu Gewaltdelikten steigernder Kriminalität)
- Fazit: in Flüchtlingsfällen beschränkt sich die Härtefallprüfung auf die eingehende Prüfung des öffentlichen Wegweisungsinteresses sowie der Vollzugsfolgen

UN-Kinderrechtskonvention (KRK, SR 0.107)

- Art. 3 Abs. 1 UNO-Kinderrechtskonvention (KRK, SR 0.107) = «basic principle»: «das Wohl des Kindes [ist] vorrangig zu berücksichtigen»; Art. 16 Abs. 1 KRK: Verbot willkürlicher oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben und seine Familie; Art. 12 KRK: Pflicht zur Anhörung des Standpunkts des betroffenen Kindes unmittelbar oder durch Vertreter.
- Bundesgericht (vgl. z.B. BGer 6B_300/2020 v. 21.8.2020 E. 3.3.1–3):
 - kein höherrangiges Recht gegenüber universellen Menschenrechtsverträgen
 - beschuldigte Person kann nicht die Rechte ihres Kindes geltend machen
 - mangels Parteistellung kein Anhörungsrecht/Rechtsmittellegitimation des Kindes
 - Kindesinteresse ist danach nur aber immerhin ein Element der allgemeinen Härtefallprüfung
 (BGE 145 IV 161, 166; dazu später)
- Fazit: KRK hat als solche keine praktische Bedeutung, Kindeswohl aber durchaus

Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101)

- Art. 8 EMRK schützt das Familien- und Privatleben. Kein Recht auf Einreise aber Schutz vor Ausweisung, wenn familiäre bzw. soziale Bezüge zum Aufenthaltsland
- Schutzbereich:
 - «Familienleben»: Zusammenleben zweier Erwachsener, gleich welchen Geschlechts, und regelmässig von Eltern und ihren (primär minderjährigen) Kindern; es entscheidet die tatsächliche Beziehung (Ehe oder biologische Elternschaft ist nicht vorausgesetzt).
 - «Privatleben» Beziehungen des Einzelnen zu seinen Mitmenschen und zur Aussenwelt =
 Gesamtheit der sozialen Bindungen des Einzelnen zur Gemeinschaft, in der er lebt.
- Eingriff zulässig unter den Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK, d.h. insb. zum Schutz der öffentlichen Sicherheit
- Vorgaben zu berücksichtigen: BGE 145 IV 364, 367; 145 IV 455, 459 ff.; 146 IV 105, 112 ff.

Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101)

• *«Boultif/Üner-*Kriterien» (EGMR [GC] Nr. 46410/99 – *Üner / NL* v. 18.10.2006, §§ 54, 57; EGMR Nr. 54273/00 – *Boultif / CH* v. 2.8.2001, §§ 46, 48).

• Materiell:

- Die Natur und Schwere der Straftat;
- die Dauer des Aufenthalts im ausweisenden Staat;
- die seit der Straftat abgelaufene Zeit und das Verhalten während dieser Zeit;
- die Nationalität der betroffenen Personen;
- ihre familiäre Situation, die Dauer einer Ehe, und andere Umstände, die ein tatsächliches Familienleben bezeugen;
- ob der Ehepartner bei der Familiengründung von der Straftat Kenntnis hatte;
- ob in der Ehe Kinder geboren wurden und deren Alter;

Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101)

- die Schwere der vom Ehepartner im Zielland anzutreffenden Schwierigkeiten;
- das Interesse und das Wohl der Kinder, insbesondere die Schwere der von den Kindern im Zielland anzutreffenden Schwierigkeiten;
- die Solidität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen mit dem Gastland und mit dem Zielland;
- besondere Umstände des Einzelfalls, beispielsweise medizinischer Art oder die Dauer des Landesverbots.
- Bei Personen der 2. Generation besonders solide Argumente notwendig, Wegweisung grundsätzlich nur bei schweren, die öffentliche Sicherheit oder Ordnung tangierenden Straftaten zulässig.
- Formell: Prüfungs- und Begründungspflicht

Freizügigkeitsabkommen CH-EU (FZA, SR 0.142.112.681)

- Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA: «Die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte dürfen nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden.» Rechtsprechung II. Abteilung BGer in Anlehnung an EuGH: tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorausgesetzt, welche ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt; konkrete Prognose über die zukünftigen Gefahren im Falle des Verbleibs in der Schweiz (vgl. z.B. BGE 136 II 5 ff.); Vorrang des FZA (BGE 142 II 35, 38 ff.).
- IV. Abteilung starke Relativierung: «nicht einschlägig» (BGE 145 IV 55, 62) «wirtschaftsrechtliches Abkommen» (BGE 145 IV 364, 37); aber: kann «Hinderungsgrund» für Landesverweisung sein (vgl. BGer 6B 907/2018 v. 23.11.2018 E. 2.4.2)

Freizügigkeitsabkommen CH-EU (FZA, SR 0.142.112.681)

- Prüfungsschema IV. Abteilung:
 - Anwendbarkeit des FZA im konkreten Fall (Arbeitnehmereigenschaft, selbständig erwerbend etc.)
 - Prognose für die zukünftige Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit
 - Art und Ausmass der möglichen zukünftigen Rechtsgüterverletzung: Je schwerer die Gefährdung, desto niedriger die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr; Geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko kann genügen, sofern Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter betrifft (körperliche Unversehrtheit; Betäubungsmittelhandel); Je gewichtiger die begangene Straftat ist, umso niedriger liegt die Grenze für das zu akzeptierende Rückfallrisiko (vgl. BGer 6B_929/2018 v. 27.9.2019, E. 1.4.2).
- Bedeutung FZA im Rahmen der Art. 66a ff. StGB vollkommen diffus; «Hinderungsgrund» ja, aber wann greift dieser?

Härtefall-Kriterien

Faktor Familienleben und engeres Sozialleben

- Blosse Anwesenheit von Ehepartner und Kindern in der Schweiz genügt nicht, erforderlich ist eine (normale) intensive Beziehung (vgl. BGer 6B_186/2020 v. 6.5.2020, E. 2.4.3)
- Beziehung zu Konkubinatspartner nur relevant, wenn «echte eheähnliche bzw. familiäre Gemeinschaft» z.B. bei Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt (BGer 6B_143/2019 v. 6.3.2019, E. 3.3.2.)
- «relativierender Gegenkontrolle» = Auswirkung der Landesverweisung auf die sozialen Beziehungen:
 - Alter der betroffenen Kinder und die Kontaktmöglichkeiten: je älter desto weniger schwer wiegt der Kontakt (vgl. z.B. BGer 6B_186/2020 v. 6.5.2020 E. 2.4.3)
 - Dauer der Massnahme (BGer 6B_453/2021 v. 28.4.2022, E. 4.2).
 - Zumutbarkeit der gemeinsamen Ausreise für die Familie

Faktor Familienleben und engeres Sozialleben

- Ausnahmsweise **Reflexwirkung** des Härtefalls bei einer engen Bezugsperson möglich; Beispiele
 - besonders intensive Pflege eines behinderten Kindes und Verlust der Pflegeperson für dieses (vgl. BGer 6B_396/2020 v. 11.8.2020 E. 2.5 [verneint])
 - Behandlung eines (schwer) krankes Kind bei notwendiger Ausreise nicht gewährleistet (BGer 6B_1033/2019 v. 4.12.2019 E. 6.6.5 [verneint])
 - Pflegebedürftige Mutter (BGer 6B_1161/2019 v. 13.11.2020 E. 2.2 [bejaht]).

Faktor Soziale- und wirtschaftliche Integration

• Gesamtbetrachtung aller Faktoren erforderlich (vgl. BGE 146 IV 105, 111):

• Positive Faktoren:

- Kenntnis einer Landessprache
- Schul- und Berufsabschluss,
- dauerhafte Arbeitstätigkeit,
- Kontakte zu schweizerischen Kollegen oder Bekannten,
- allenfalls auch soziale resp. gesellschaftliche Tätigkeiten,

• Negative Faktoren:

- nur partielle Arbeitstätigkeit
- kein ausreichendes Erwerbseinkommen, welches den Konsum nicht decken kann (Schulden, Betreibungen)
- Sozialhilfebezug
- primär Kontakt mit Angehörigen des eigenen Landes

Faktor Aufenthaltsdauer

• Grundsätzlich «besondere Gründe» für die Wegweisung nach rund **zehnjähriger** *rechtmässiger* **Aufenthaltsdauer** (vgl. BGer 6B_48/2019 v. 9.8.2019 E. 2.6; aber Gesamtumstände beachten: Gefängnis, illegaler Aufenthalt, vorläufigen Aufnahme keine oder nur geringe Relevanz, BGer 6B_143/2019 v. 6.3.2019 E. 3.3.2).

• Alter bei der Ankunft in der Schweiz:

- wenn hier geboren und aufgewachsen (vgl. Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB) d.h. «lebensprägend» grosses Gewicht
- wenn im Erwachsenenalter in die Schweiz gekommen, weniger schwerwiegend (vgl. z.B. BGer 6B_396/2020 v. 11.8.2020, E. 2.5: 30 Jahre Aufenthalt)
- **Gesamtbetrachtung erforderlich** (relevant vor allem Schul- und Ausbildungszeit und ganzes Sozialleben; vgl. BGE 146 IV 105, 110 E. 3.4.4)

Faktor Gesundheit

- Gesundheitliche Probleme können ein relevanter Faktor sein, der gegen eine Landesverweisung spricht; Entscheidend ist Schwere:
 - Nicht ausreichend:
 - wenn Behandlung auch im Ausland sichergestellt, selbst wenn schlechter als in der Schweiz (vgl. BGer 6B_1372/2021 v. 3.3.2022 E. 2.3.6)
 - blossen administrative Schwierigkeiten (z.B. bei der Übermittlung der Krankenakte, BGer 6B_708/2020 v. 11.3.2021 E. 5)
 - Hohes Gewicht analog EGMR zu Art. 3 EMRK (vgl. BGer 6B_1111/2019 v. 25.11.2019 E. 4.3):
 «konkrete Gefahr einer ernsthaften, rapiden und irreversiblen Verschlechterung des
 Gesundheitszustands, die intensives Leiden oder eine wesentliche Verringerung der Lebenserwartung nach sich zieht» (EGMR Nr. 26565/05 N. / UK v. 27.3.2008, § 29 f., § 42; EGMR Nr. 41738/10 Paposhvili / BEL, v. 13.12.2016, § 183).

Faktor Verbindung zum Land der Staatsangehörigkeit

- «Gegenkontrolle»: Welche Folgen hat die Ausreise in das Land der Staatsangehörigkeit?
- Abwägungsfaktoren (illustrativ z.B.: BGE 144 IV 332, 342 f. einerseits und andererseits BGer 6B_759/2021 v. 16.12.2021 E. 4.3.3):
 - bestehende verwandtschaftliche Beziehungen,
 - regelmässige (Ferien-)Aufenthalte,
 - Kenntnisse der Sprache und der Kultur,
 - Möglichkeiten zur Integration in den Arbeitsmarkt,
 - Alter und die Gesundheit,
 - Aussichten auf soziale Wiedereingliederung nach dem Strafvollzug,
 - Irrelevant: schlechtere Wirtschaftslage als in der Schweiz

Zwischenfazit

Leitlinien:

- Entscheidend ist nicht das Vorhandensein oder die Anzahl von Kriterien, sondern deren Qualität
- Gesamtwürdigung aller massgeblichen Tatsachen erforderlich

Das öffentliche Interesse

Übersicht

- Konkrete Masstäbe zur Beurteilung des öffentlichen Interesses fehlen im Gesetz
- Relevante Faktoren:
 - Höhe der Strafe und das darin ausgedrückte Verschulden
 - Art der Tat
 - Prognose
- **Irrelevant:** migrationsrechtliche Belange (BGer 6B_48/2019 v. 9.8.2019, E. 2.5: *«Massnahme ohne jede migrationsrechtliche Komponente»*)

Verschulden und Art der Tat

- Tatverschuldensformulierung ist *nicht* kongruent zum Verschulden im Rahmen der Landesverweisung (BGer 6B_1044/2019 v. 17.2.2020, E. 2.6)
- Freiheitsstrafen über einem bzw. (ausnahmsweise) zwei Jahren) wiegen im Regelfall «schwer»; bei über zwei Jahren Freiheitsstrafe analog «Reneja-Praxis» (vgl. BGE 139 I 145, 148 E. 2.3) «aussergewöhnliche Gründe» erforderlich (BGer 6B_131/2019 v. 27.9.2019, E. 2.5.5)
- Art der Tat: «rigorose» Linie bei Betäubungsmitteldelikten (vgl. BGer 6B 48/2019 v. 9.8.2019 E. 2.4.1), teilw. apokryph bei Sexualdelikten gegen Kinder, vgl. z.B. BGer 6B 304/2021 v. 02.06.2022: 5 Jahre bei 180 Tagessätzen GS in einem Fall von Art. 197 Abs. 4 StGB!

Kriminalprognose

- Irrelevant, ob die Strafe bedingt ausgesprochen wurde (vgl. BGer 6B_191/2020 v. 17.6.2020, E. 1.8: Art. 42 Abs. 1 StGB und Art. 66a Abs. 2 StGB haben einen *unterschiedlichen* Prognosemassstab)
- Art und Ausführung der Anlasstat und das Nachtatverhalten (BGE 144 IV 332, 343 f.).
- Wiederholte Straffälligkeit oder gar eine langjährige kriminellen Karriere, allenfalls sogar als «Teil der organisierten Kriminalität» weisen auf einen uneinsichtigen Straftäter hin und steigern das öffentliche Wegweisungsinteresse (vgl. BGer 6B_191/2020 v. 17.6.2020 E. 1.8).

Fazit

Dem Wegweisungsinteresse kommt regelmässig erhebliches Gewicht zu – oder bildlich gesprochen:

«Das Bundesgericht hält den Finger auf der Waagschale des öffentlichen Wegweisungsinteresses»



Anforderungen an Gerichte und Parteien

Gerichte und Staatsanwaltschaften

- Zur **Prüfung und Abklärung verpflichtet** (vgl. BGer, Urteil v. 17.10.2018, 6B_651/2018, E. 8.3.3):
 - Amtsaufklärungspflicht (Art. 6 Abs. 1, 2 StPO) wo Härtefall naheliegt
 - Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der betroffenen Person (Art. 29 Abs. 2 BV)
- Orientierung an den bundesgerichtlichen Prüfkriterien (vgl. z.B. BGer, Urteil v. 9.8.2019, 6B 48/2019, E. 2.6) und Beachtung von Besonderheiten (FZA, vgl. BGer, Urteil v. 2.6.2021, 6B_780/2020, E. 1.6.2 und FK, vgl. BGer, Urteil v. 14.3.2022, 6B_45/2020, E. 3.4.1):
 - bei Beweiserhebung
 - bei Begründung

Mitwirkung der Verteidigung

- Achtung: Darlegungspflicht, wo bessere Tatsachenkenntnis (vgl. BGer 6B_743/2019 v. 23.9.2019 E. 1.5.3: aktuelle Lebenssituation; BGer 6B_34/2019 v. 5.9.2019 E. 2.4.5: Verfolgungssituation)
- Verbesserung der Faktenlage im Verfahren durch:
 - vertiefende Ergänzungsfragen bei der Befragung zur Person (Beziehungen, Arbeit, Konsequenzen der Landesverweisung)
 - Beweisanträge auf Befragung von nahen Angehörigen (Problem: einfach abzulehnen); Alternative:
 Eingabe schriftlicher Stellungnahmen der Personen
 - Stellungnahmen von Personen aus dem sozialen Umfeld
 - Stellungnahmen von Arbeitgebern
 - Ausbildungs-, Sprach- und Arbeitszeugnisse einreichen

Mitwirkung der Verteidigung

(Fortsetzung)

- in FZA-Fällen:
 - Warum überhaupt anwendbar
 - Warum keine schlechte Prognose
- in Flüchtlingsfällen:
 - Verfolgung im Heimatland
 - keine Änderung zum Vollzugszeitpunkt zu erwarten

Fragen / Diskussion