

# **BGE 151 I 248**

Bundesgericht (BGE), 2024-10-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_151 I 248](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_151_I_248)

FR: ATF 151 I 248

IT: DTF 151 I 248

## **Regeste**

Regeste Art. 8 EMRK; Art. 13 BV; Art. 66a Abs. 2 StGB; Art. 5 Abs. 1 lit. d und Art. 67 Abs. 5 AIG; Landesverweisung; schwerer persönlicher Härtefall; Zulässigkeit einer vorübergehenden Suspendierung der Landesverweisung aus humanitären Gründen. Bei der Frage, ob der in Art. 8 EMRK und Art. 13 BV verankerte Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens durch eine Landesverweisung tangiert ist, ist zu beachten, dass die Landesverweisung - anders als die blosser Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung - zwingend mit einem Einreiseverbot einhergeht (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. d AIG). Die Landesverweisung hat im Vergleich zur blossen Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung daher weitreichendere Auswirkungen auf das durch Art. 8 EMRK und Art. 13 BV geschützte Privat- und Familienleben, da sie auch die Ausübung des Besuchsrechts in der Schweiz verunmöglicht (E. 5.6.2). Die Kontaktpflege des Beschwerdeführers zu seinem in einer Pflegeeinrichtung lebenden schwerstbehinderten erwachsenen Sohn fällt in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK und Art. 13 BV, weshalb eine Interessenabwägung erforderlicher schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB zu bejahen ist (E. 5.7.1). Die im StGB und im AIG nicht explizit geregelte Frage nach der Zulässigkeit einer vorübergehenden Suspendierung der Landesverweisung aus humanitären Gründen kann auch für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Anordnung einer Landesverweisung von Bedeutung sein. Ob Art. 67 Abs. 5 AIG auf die Landesverweisung sinngemäss anwendbar ist, betrifft jedoch eine Frage des Vollzugs der Landesverweisung, für deren Beurteilung die I. strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts nicht zuständig ist (E. 5.7.2).

## **Erwägungen**

### **E. 5**

(...)

#### **E. 5.6.1**

Das durch Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen ( BGE 144 I 266 E. 3.3; BGE 144 II 1 E. 6.1; je mit Hinweisen). Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern ( BGE 149 I 207 E. 3 und 5.3; BGE 147 I 268 E. 1.2.3; BGE 145 I 227 E. 3.1 und 5.3; BGE 144 I 266 E. 3.3; BGE 144 II 1 E. 6.1; je mit Hinweisen). Nach der ausländerrechtlichen Rechtsprechung ist es unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf Familienleben ( Art. 8 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 13 Abs. 1 BV ) grundsätzlich ausreichend, wenn der nicht

obhutsberechtigter Elternteil das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten, Ferienbesuchen oder über die modernen Kommunikationsmittel vom Ausland her wahrnehmen kann, wobei allenfalls die Modalitäten des Besuchsrechts entsprechend auszugestaltet sind. Die ausländerrechtliche Rechtsprechung verneint einen Eingriff in das durch Art. 8 EMRK und Art. 13 BV geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens, wenn der nicht obhutsberechtigter ausländischer Elternteil die familiäre Beziehung mit seinem Kind von BGE 151 I 248 S. 252 vornherein nur in beschränktem Rahmen pflegen kann, nämlich im Rahmen des ihm eingeräumten Besuchsrechts. Um dieses wahrnehmen zu können, ist es nach der Rechtsprechung in der Regel nicht erforderlich, dass der ausländische Elternteil dauerhaft im selben Land wie das Kind lebt und dort über ein dauerndes Anwesenheitsrecht verfügt ( BGE 147 I 149 E. 4; BGE 144 I 91 E. 5.1; BGE 143 I 21 E. 5.3; je mit Hinweisen). Ein weitergehender Anspruch fällt nur dann in Betracht, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind besteht, diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte und dessen bisheriges Verhalten in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat ( BGE 147 I 149 E. 4; BGE 144 I 91 E. 5.2; BGE 143 I 21 E. 5.2; BGE 142 II 35 E. 6.2; je mit Hinweisen). Art. 8 EMRK gelangt bei der Beurteilung des Anspruchs auf umgekehrten Familiennachzug beispielsweise daher dann nicht zur Anwendung, wenn das Besuchsrecht im Kanton Waadt von Frankreich her wahrgenommen werden kann, wo der betreffende Elternteil über ein Aufenthaltsrecht verfügt ( BGE 144 I 91 E. 5.1 mit Hinweis). Das Verhältnis zu volljährigen Kindern fällt nach der ausländerrechtlichen Rechtsprechung nur dann unter das geschützte Familienleben, wenn ein über die üblichen familiären Beziehungen bzw. emotionalen Bindungen hinausgehendes, besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht, namentlich infolge von Betreuungs- oder Pflegebedürfnissen bei körperlichen oder geistigen Behinderungen und schwerwiegenden Krankheiten ( BGE 147 I 268 E. 1.2.3; BGE 145 I 227 E. 3.1; BGE 144 II 1 E. 6.1; je mit Hinweisen). Unabhängig vom Vorliegen einer familiären Beziehung kann die Verweigerung oder Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung Art. 8 EMRK (Recht auf Privatleben) verletzen, namentlich bei Ausländern der zweiten Generation, im Übrigen aber nur unter besonderen Umständen: Eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration genügen hierzu nicht; erforderlich sind besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur ( BGE 149 I 207 E. 5.3.1; BGE 144 I 266 E. 3.4; BGE 144 II 1 E. 6.1; BGE 130 II 281 E. 3.2.1; je mit Hinweisen).

### **E. 5.6.2**

Diese Rechtsprechung betrifft die Frage nach dem Anspruch auf ein dauerhaftes Anwesenheitsrecht in der Schweiz, insbesondere auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des umgekehrten Familiennachzugs (vgl. insb. BGE 147 I 268 ; BGE 145 I 227 ; BGE 143 I 21 ; BGE 144 I 91 ) oder gestützt auf das Recht auf BGE 151 I 248 S. 253 Achtung des Privatlebens (vgl. insb. BGE 149 I 207 und BGE 144 I 266 ). In letzterem Fall ist wie dargelegt zu prüfen, ob eine ein dauerndes Anwesenheitsrecht begründende, über eine normale Integration hinausgehende "besondere Verwurzelung" in den hiesigen Verhältnissen besteht ( BGE 149 I 207 E. 5.3.1; BGE 144 I 266 E. 3.4; oben E. 5.6.1). Die Rechtsprechung gilt auch für die Landesverweisung, die den Entzug der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung zur Folge hat (vgl. etwa Urteile 6B\_108/2024 vom 1. Mai 2024 E. 5; 6B\_1248/2023 vom 9. April 2024 E. 3.3; 6B\_577/2022 vom 18. März 2024 E. 1.2.2). Bei der Frage, ob der Anspruch auf Achtung

des Privat- oder Familienlebens durch eine Landesverweisung tangiert ist, ist jedoch zusätzlich zu beachten, dass die Landesverweisung - anders als die blosser Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung - zwingend mit einem Einreiseverbot einhergeht (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. d AIG [SR 142.20]). Bei der Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung wird demgegenüber lediglich der dauernde Aufenthalt und das Zusammenleben in der Schweiz mit anderen Personen verunmöglicht. Die ausländerrechtliche Rechtsprechung stellt für den Eingriff in Art. 8 EMRK daher wesentlich darauf ab, ob der um eine Aufenthaltsbewilligung ersuchende Elternteil mit seinen Kindern zusammenlebt. Regelmässige Besuche in der Schweiz im Rahmen von Kurzaufenthalten zur Pflege der familiären Beziehungen sind nicht von vornherein ausgeschlossen. Der nicht obhutsberechtigte Elternteil kann seine Kinder folglich weiterhin in der Schweiz besuchen, auch wenn er hier über kein dauerndes Aufenthaltsrecht mehr verfügt. Anders verhält es sich bei einer strafrechtlichen Landesverweisung, die solche Kurzaufenthalte in der Schweiz nicht zulässt. Letztere hat im Vergleich zur blossen Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung daher weitreichendere Auswirkungen auf das durch Art. 8 EMRK und Art. 13 BV geschützte Privat- und Familienleben, da sie auch die Ausübung des Besuchsrechts in der Schweiz verunmöglicht. Der unterschiedlichen Tragweite der Landesverweisung ist insbesondere dann Rechnung zu tragen, wenn familiäre Kontakte aufgrund besonderer Umstände nur in der Schweiz gepflegt werden können. Weiter geht eine obligatorische Landesverweisung bei Drittstaatsangehörigen mit langjährigem Aufenthalt in der Schweiz in der Regel mit einer Ausschreibung im SIS einher, da die Landesverweisung in solchen Fällen regelmässig mit der von der betreffenden Person ausgehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung im BGE 151 I 248 S. 254 Sinne von Art. 24 Abs. 1 Bst. a der Verordnung (EU) 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der Grenzkontrollen (...) (ABl. L 312 vom 7. Dezember 2018 S. 14) begründet wird ( BGE 147 IV 340 E. 4.9; BGE 146 IV 172 E. 3.2.2).

### **E. 5.7.1**

Der Beschwerdeführer lebt seit mehr als 24 Jahren in der Schweiz. Er hat hier seine Kinder grossgezogen, die in der Schweiz über eine Niederlassungsbewilligung verfügen und teilweise noch mit ihrem Vater im gemeinsamen Haushalt leben, und er pflegt hier freundschaftliche Beziehungen zu Arbeitskollegen. Er ist in der Schweiz abgesehen von einem SVG-Delikt aus dem Jahr 2021 (bedingte Geldstrafe von fünf Tagessätzen) nicht vorbestraft, war hier stets erwerbstätig und hat eine Ausbildung zum Kranführer abgeschlossen. Die Integration des Beschwerdeführers muss daher als gut bezeichnet werden, auch wenn dieser trotz seines langjährigen Aufenthalts in der Schweiz offenbar lediglich gebrochen Deutsch spricht. Insbesondere hat der Beschwerdeführer in der Schweiz jedoch einen schwerstbehinderten erwachsenen Sohn, der auf eine spezielle Betreuung und intensive Pflege angewiesen ist. Gemäss den von der Vorinstanz zitierten Arztberichten leidet der älteste Sohn des Beschwerdeführers an einer schwersten Enzephalopathie mit spastischer Tetraparese. Aufgrund der schweren Behinderung ist davon auszugehen, dass er seinen Vater im Falle einer Landesverweisung nicht oder höchstens unter extrem erschwerten Bedingungen im Kosovo besuchen könnte. Der Beschwerdeführer ist persönlich zwar nicht in der Lage, für die spezielle Betreuung und erforderliche intensive Pflege seines ältesten Sohns aufzukommen. Die Vorinstanz anerkennt jedoch, dass er diesen vor der Covid-19-Pandemie an den Wochenenden jeweils

zu sich nach Hause nahm, was derzeit aufgrund der Wohnsituation des Beschwerdeführers nicht mehr möglich ist. Bis heute besucht er seinen ältesten Sohn regelmässig und er verbringt Zeit mit ihm. Die Kontaktpflege des Beschwerdeführers zu seinem schwerstbehinderten erwachsenen Sohn fällt in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK und Art. 13 BV (vgl. BGE 115 Ib 1 E. 2d). Der Sohn des Beschwerdeführers kann soziale Kontakte angesichts seiner Erkrankung nicht eigenständig pflegen. Er ist daher auf Besuche durch seine Angehörigen angewiesen, ansonsten sich seine soziale Interaktion auf das Pflegepersonal beschränken würde. Es ist naheliegend und BGE 151 I 248 S. 255 natürlich, dass der Beschwerdeführer das Bedürfnis verspürt, seinen schwerst pflegebedürftigen Sohn in seiner schwierigen Situation in Form von regelmässigen Besuchen zu unterstützen, zumal dessen Mutter bereits vor Jahren verstarb. Vor diesem Hintergrund ist ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB entgegen der Vorinstanz zu bejahen.

### **E. 5.7.2**

Der mit einer Landesverweisung einhergehende Eingriff in die gelebte familiäre Beziehung des Beschwerdeführers zu seinem ältesten Sohn ist bei der Härtefallbeurteilung nach Art. 66a Abs. 2 StGB und nicht erst nachträglich im Rahmen einer allfälligen sinnngemässen Anwendung von Art. 67 Abs. 5 AIG zu berücksichtigen (vgl. Urteil 6B\_1161/2019 vom 13. Oktober 2020 E. 2.2). Gemäss letzterer Bestimmung kann die verfügende Behörde ein Einreiseverbot im Sinne von Art. 67 AIG ausnahmsweise aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen vorübergehend aufheben. Die Möglichkeit, eine Landesverweisung im Rahmen des Vollzugs mittels einer Kurzaufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen vorübergehend zu suspendieren, ist weder im StGB noch im AIG explizit geregelt. Die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Ausnahmbewilligung kann auch für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Anordnung einer Landesverweisung von Bedeutung sein. Ob Art. 67 Abs. 5 AIG auf die Landesverweisung sinngemäss anwendbar ist (bejahend etwa: BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 2016 5 S. 105; MARC SPESCHA, in: Kommentierte Mustereingaben im Verwaltungsrecht, Band I, Informationszugang, Migration, 2020, S. 244 f. Rz. 15; vgl. dazu auch LUZIA VETTERLI, in: StGB, Annotierter Kommentar, Damian K. Graf [Hrsg.], 2020, N. 6 zu Art. 66a StGB ), betrifft jedoch eine Frage des Vollzugs der Landesverweisung, für deren Beurteilung die I. strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts nicht zuständig ist. Darauf ist daher nicht weiter einzugehen.

### **E. 5.7.3**

Gemäss Art. 84 Abs. 6 StGB ist dem Gefangenen zur Pflege der Beziehungen zur Aussenwelt, zur Vorbereitung seiner Entlassung oder aus besonderen Gründen in angemessenem Umfang Urlaub zu gewähren, soweit sein Verhalten im Strafvollzug dem nicht entgegensteht und keine Gefahr besteht, dass er flieht oder weitere Straftaten begeht. Art. 84 Abs. 6 StGB statuiert einen Anspruch auf Urlaub in "angemessenem Umfang". Die Nichtbewilligung von Urlaub oder Ausgang muss sich auf ernsthafte und objektive Gründe stützen (Urteile 1B\_142/2023 vom 19. April 2023 E. 3.6; 1B\_248/2021 vom BGE 151 I 248 S. 256 1. Juli 2021 E. 4.2; je mit Hinweisen). Nicht ausgeschlossen ist daher, dass der Beschwerdeführer seinen ältesten Sohn im Rahmen von Hafturlauben auch während des Strafvollzugs besuchen kann. Der Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB kann folglich nicht mit der Begründung verneint werden, der Kontakt des Beschwerdeführers zu

seinem Sohn werde ohnehin durch die Verbüßung der Freiheitsstrafe für lange Zeit unterbrochen. Unabhängig davon hat der Beschwerdeführer ein Interesse daran, seinen Sohn nach der Verbüßung der Freiheitsstrafe wieder besuchen zu können. Die Situation ist insofern auch nicht vergleichbar mit einem längeren Unterbruch des Kontakts zu einem Kleinkind, der die Beziehung dauerhaft beeinträchtigen kann.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.