Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.524/2002 /leb

Urteil vom 4. November 2002
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Merkli,
Gerichtsschreiber Feller.

B._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Marc Wollmann, Spitalstrasse 12, Postfach, 2501 Biel/Bienne,

gegen

Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern,
Kramgasse 20, 3011 Bern,
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12,
3011 Bern.

Ausweisung; Wiedererwägung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, vom 16. September 2002.

Sachverhalt:
A.
Der italienische Staatsangehörige B._____ reiste Ende 1980 als fast Neunjähriger im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz ein; in der Folge wurde ihm eine Niederlassungsbewilligung erteilt.

Im Laufe der 90er Jahre wurde B._____ wegen verschiedener Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz strafrechtlich verurteilt. Am 14. April 2000 wurde er unter anderem wegen (gewerbsmässigen) Diebstahls und Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer weiteren Freiheitsstrafe von 20 Monaten verurteilt, wobei das Strafgericht den Vollzug der Strafe im Hinblick auf eine Drogentherapie im Foyer X._____ in Y._____ aufschob. Mit Verfügung der Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug (Amt für Freiheitsentzug und Betreuung) der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 12. April 2002 ist B._____ mit sofortiger Wirkung bedingt aus dem Massnahmenvollzug entlassen worden, bei einer Probezeit von zwei Jahren.

Die Fremdenpolizei (heute: Migrationsdienst) des Kantons Bern verfügte am 23. August 2000 gestützt auf Art. 10 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) die Ausweisung von B._____ aus der Schweiz für eine unbestimmte Dauer, unter Ansetzung einer Ausreisefrist auf den 31. Oktober 2000. Gegen die Ausweisung als solche wurde kein Rechtsmittel ergriffen; B._____ beschwerte sich indessen gegen die Festsetzung der Ausreisefrist, und mit Verfügung vom 31. August 2000 änderte die Fremdenpolizei die Ausweisungsverfügung insofern ab, als sie den Beginn der Ausreisefrist auf den Tag der Entlassung aus der Massnahme festsetzte.

Am 20. April 2001 ersuchte B._____ den Migrationsdienst des Kantons Bern darum, ihre Ausweisungsverfügung vom 23./31. August 2000 in Wiedererwägung zu ziehen. Der Migrationsdienst lehnte das Gesuch am 30. Mai 2001 ab, und eine gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde an die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern blieb erfolglos. Mit Urteil vom 16. September 2002 wies das Verwaltungsgericht des Kantons

Bern die gegen den Beschwerdeentscheid der Polizei- und Militärdirektion erhobene Beschwerde ab.
B.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 25. Oktober 2002 stellt B._____ das Rechtsbegehren, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16. September 2002 und die Ausweisungsverfügung der kantonalen Fremdenpolizei vom 23. bzw. 31. August 2002 seien aufzuheben, eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an die kantonale Instanz zurückzuweisen.

Es ist weder ein Schriftenwechsel angeordnet, noch sind die kantonalen Akten eingeholt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der Beschwerdeführer erhebt ausdrücklich Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition Art und Zulässigkeit eines Rechtsmittels (BGE 127 II 198 E. 2 S. 201; 127 III 41 E. 2a S. 42; 126 I 257 E. 1a S. 258).

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gemäss Art. 97 Abs. 1 OG nur zulässig gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, also gegen behördliche Anordnungen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen. Ausgangspunkt der vorliegenden Streitigkeit ist eine ausländerrechtliche Ausweisung, die gestützt auf Bundesrecht (Art. 10 ANAG) verfügt wurde. Da keiner der Ausschluss-Tatbestände von Art. 100 Abs. 1 lit. b OG gegeben ist, kann gegen einen letztinstanzlichen kantonalen Ausweisungsentscheid grundsätzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden.

Gegenstand des angefochtenen Urteils bildet jedoch nicht der - in Rechtskraft erwachsene - Ausweisungsentscheid, sondern allein der Entscheid über die Frage, ob die Fremdenpolizei auf ihre ursprüngliche Verfügung hätte zurückkommen und diese hätte in Wiedererwägung ziehen müssen. Massgeblich dafür ist ausschliesslich kantonales (Prozess-)Recht. Das Urteil stützt sich nicht auf öffentliches Recht des Bundes. Das Verwaltungsgericht wie der Beschwerdeführer gehen aber davon aus, dass durch die Weigerung, eine in bundesrechtlicher Materie erlassene Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen, die richtige Anwendung des Bundesrechts vereitelt werden könnte, weshalb die Rüge, das kantonale Verfahrensrecht sei in bundesverfassungswidriger oder bundesrechtswidriger Weise angewendet worden, mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorgebracht werden könne, unabhängig davon, ob eine Verletzung von materiellem Bundesverwaltungsrecht behauptet werde. Dies entspricht der Rechtsprechung zur Anfechtung von kantonalen Nichteintretensentscheiden (BGE 127 II 264 E. 1a 267 mit Hinweisen). Es rechtfertigt sich, diese Rechtsprechung analog anzuwenden, wenn ein Entscheid angefochten wird, mit welchem die Wiedererwägung einer auf Bundesrecht gestützten Verfügung
abgelehnt worden ist (s. Urteil 2A.383/2001 vom 23. November 2001, E. 1 b/bb). Auch im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist jedoch, gleich wie im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, bloss zu prüfen, ob die kantonalrechtlichen Verfahrensbestimmungen in einer gegen Bundes(verfassungs)recht verstossenden Weise gehandhabt worden sind.

Die mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhobene Rüge, die Ausweisungsverfügung hätte in Wiedererwägung gezogen werden müssen, ist nachfolgend zu prüfen.
2.
Eine kantonale Behörde muss sich mit einem Wiedererwägungsgesuch dann förmlich befassen und allenfalls auf eine rechtskräftige Verfügung zurückkommen, wenn das kantonale Recht dies vorsieht und die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind; darüber hinaus sind die unmittelbar aus der Bundesverfassung abgeleiteten Grundsätze massgebend. Hiefür ist die zu Art. 4 aBV entwickelte Rechtsprechung massgeblich, die unter Art. 29 Abs. 1 und 2 BV ihre Gültigkeit behält (vgl. BGE 127 I 133 E. 6 S. 137).
2.1 Gemäss Art. 56 Abs. 1 des bernischen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) ist ein rechtskräftig erledigtes Verfahren auf Gesuch hin oder von Amtes wegen durch die Verwaltungsbehörde wiederaufzunehmen, wenn durch ein Verbrechen oder Vergehen zum Nachteil einer Partei auf die Verfügung eingewirkt wurde (lit. a), wenn die Partei nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel auffindet, die sie im früheren Verfahren nicht anrufen konnte, unter Ausschluss derjenigen, die nach der fraglichen Verfügung entstanden sind (lit. b), oder wenn zwingende öffentliche Interessen es rechtfer-

tigen (lit. c). Zugunsten des Verfügungsadressaten kann die Behörde das Verfahren jederzeit wiederaufnehmen.

Das Verwaltungsgericht hat festgehalten, dass keiner dieser gesetzlichen Wiedererwägungstatbestände, welche im Wesentlichen (insbesondere Art. 56 Abs. 1 lit. a und VRPG) - im Sinne klassischer Revisionsgründe - auf die nachträgliche Abänderung ursprünglich fehlerhafter Verfügungen zugeschnitten sind, erfüllt sei; der Beschwerdeführer macht vor Bundesgericht denn auch nicht (mehr) geltend, dass einer der vom Gesetz ausdrücklich genannten Wiedererwägungsgründe vorliege.
2.2 Unabhängig vom Bestehen einer entsprechenden kantonalrechtlichen Vorschrift besteht nun aber unmittelbar von Bundesverfassungs wegen (Art. 29 Abs. 1 BV) ein Anspruch darauf, dass die erstinstanzliche Behörde neu entscheidet, wenn sich die tatsächlichen Umstände seit dem - ursprünglich fehlerfreien - früheren Entscheid wesentlich geändert haben (BGE 124 II 1 E. 3a S. 6; 120 Ib 42 E. 2b S. 46; 113 Ia 146 E. 3a S. 151 f.; 109 Ib 246 E. 4a S. 251).

Der Beschwerdeführer macht geltend, in seinem Fall lägen neue wesentlich veränderte Umstände vor; eine Gegenüberstellung der öffentlichen Interessen an der Ausweisung und der privaten Interessen des Beschwerdeführers am Verbleiben in der Schweiz würde heute zu einem anderen Ergebnis führen als im Zeitpunkt der Ausweisungsverfügung im August 2000. Er erwähnt, dass er die Drogentherapie erfolgreich abgeschlossen und sich in den normalen Alltag integriert habe, seit April 2002 ununterbrochen arbeite, eine stabile partnerschaftliche Beziehung führe und zudem eine Psychotherapie absolviere.

Das Verwaltungsgericht hat dazu festgehalten, dass bereits zum Zeitpunkt des Erlasses der Ausweisungsverfügung die Tatsache bekannt gewesen sei, dass der Beschwerdeführer eine - längerfristige - Drogentherapie absolviere; diese im Massnahmenvollzug erfolgte Therapie habe, ebenso wie die angetretene Psychotherapie und das Antreten von Arbeitsstellen, gerade zum Ziel, den Beschwerdeführer auf längere Frist in die Gesellschaft zu integrieren; aufgrund der der Fremdenpolizei zum Verfügungszeitpunkt bekannten Therapiebemühungen habe erkennbar die Aussicht bestanden, dass die persönliche Situation des Beschwerdeführers sich mit Hilfe einer guten Betreuung stabilisieren könnte; eine wesentliche Veränderung seit der ersten Verfügung liege nicht vor. Diese Einschätzung der Lage ist unter bundesverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse bestand keine Verpflichtung der Fremdenpolizeibehörde, auf ihre Ausweisungsverfügung zurückzukommen.
2.3 Der Beschwerdeführer geht davon aus, dass sich ein Anspruch auf Wiedererwägung auch aufgrund der Änderung der Rechtslage ergeben könnte. Das Verwaltungsgericht pflichtet dem Beschwerdeführer darin bei, hat aber zutreffend erkannt, dass die entsprechenden Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht erfüllt sind.

Wohl gibt das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681, AS 2002 1529) den Angehörigen von Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und mithin dem Beschwerdeführer als italienischem Staatsangehörigen einen Anspruch darauf, sich im Hoheitsgebiet der Schweiz aufzuhalten und eine Erwerbstätigkeit auszuüben bzw. Arbeit zu suchen (Art. 2 Abs. 1 und 2 des Anhangs I zum FZA); unter bestimmten Bedingungen hat er auch Anspruch auf erwerbsfreien Aufenthalt (Art. 2 Abs. 3 des Anhangs I zum FZA). Der Beschwerdeführer hatte, bevor er ausgewiesen wurde, eine Niederlassungsbewilligung, und die vom Freizügigkeitsabkommen eingeräumten Rechte bezüglich Aufenthalt und Erwerbstätigkeit standen ihm schon auf Grund des inländischen Rechts zu. Mit der Ausweisung wurde diese Rechtsstellung widerrufen. Art. 5 Abs. 1 des Anhangs I zum FZA ermächtigt die Vertragsparteien, auch die auf Grund des Abkommens eingeräumten Rechte (nur) durch Massnahmen einzuschränken, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind. Das Abkommen erlaubt
es somit der Schweiz, einen Ausländer zumindest gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. a und b ANAG, nach Vornahme einer genügend umfassenden Güterabwägung (wozu Art. 11 Abs. 3 ANAG die zuständige Behörde verpflichtet), auszuweisen (Walter Kälin, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Ausgewählte Fragen zur Rezeption und Umsetzung der Verträge vom 21.Juni 1999 im schweizerischen Recht, Berner Tage für die juristische Praxis, Bern 2002, S. 19 ff.). Das Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens auf den 1. Juni 2002 hat somit zu keiner derart umfassenden

Änderung der Rechtslage geführt, dass eine Pflicht zur Wiedererwägung des Ausweisungsentscheids bestehen würde.
2.4 Indem das Verwaltungsgericht bestätigt hat, dass der Migrationsdienst nicht verpflichtet war, auf die Ausweisungsverfügung vom 23./31. August 2000 zurückzukommen, hat es Bundes(verfassungs)recht nicht verletzt. Die Beschwerde ist offensichtlich unbegründet und - im vereinfachten Verfahren (Art. 36a OG) - abzuweisen.
3.
Mit dem vorliegenden Urteil wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.
4.
Entsprechend dem Verfahrensausgang sind die bundesgerichtlichen Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht im Verfahren nach Art. 36a OG:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Polizei- und Militärdirektion und dem Verwaltungsgericht, Verwaltungsrechtliche Abteilung, des Kantons Bern sowie dem Bundesamt für Ausländerfragen schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 4. November 2002
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: