Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.737/2004 /dxc

Urteil vom 30. März 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler,
Wurzburger, Müller,
Gerichtsschreiber Uebersax.

Parteien
Bundesamt für Migration, 3003 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

AX._____,
Beschwerdegegner, vertreten durch Advokat Dr. Dieter Thommen,
Sicherheitsdepartement (SiD) des Kantons Basel-Stadt, Bereich Dienste, Spiegelgasse 6-12, 4001 Basel,
Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht, Bäumleingasse 1, 4051 Basel.

Gegenstand
Ausweisung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht vom 25. August 2004.

Sachverhalt:
A.
Der kapverdische Staatsangehörige AX._____, geboren 1960, reiste am 3. März 1980 erstmals in die Schweiz ein. In der Folge erhielt er eine Arbeit als Matrose bei einer Reederei in Basel und im Hinblick darauf die Aufenthaltsbewilligung im Kanton Basel-Stadt. 1984 heiratete er seine Landsfrau BX._____, worauf auch dieser eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde. Am 7. Dezember 1985 wurden die Tochter CX._____ und am 13. August 1991 der Sohn DX._____ geboren. Seit dem 2. Mai 1990 verfügt die Familie X._____ über die Niederlassungsbewilligung.

Am 9. Juli 2001 erstattete AX._____ bei der Polizei Selbstanzeige wegen sexuellen Missbrauchs seiner minderjährigen Tochter CX._____. Mit Urteil des Strafgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 4. Juni 2002 wurde er der mehrfachen vollendeten und versuchten sexuellen Nötigung sowie der mehrfachen vollendeten und versuchten Vergewaltigung schuldig gesprochen und zu vier Jahren Zuchthaus verurteilt. Gleichzeitig ordnete das Strafgericht eine ambulante psychiatrische Behandlung während des Strafvollzugs an.
B.
Mit Schreiben vom 17. Juni 2002 verwarnten die Einwohnerdienste Basel-Stadt AX._____ unter Hinweis auf das ergangene Strafurteil. Am 3. Februar 2003 teilten sie ihm mit, dass aufgrund der strafrechtlichen Verurteilung erwogen werde, ihn aus der Schweiz auszuweisen, und gaben ihm Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Mit Verfügung vom 29. September 2003 ordneten die Einwohnerdienste die Ausweisung von AX._____ aus der Schweiz an. Einen dagegen erhobenen Rekurs wies das Polizei- und Militärdepartement (heute: Sicherheitsdepartement) des Kantons Basel-Stadt am 18. Februar 2004 ab.

Mit Beschluss vom 9. März 2004 überwies das Justizdepartement des Kantons Basel-Stadt einen dagegen beim Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt erhobenen Rekurs dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht. Dieses hiess den Rekurs am 25. August 2004 gut und hob den Entscheid des Polizei- und Militärdepartements vom 18. Februar 2004 sowie die Verfügung der Einwohnerdienste vom 29. September 2003 auf.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 15. Dezember 2004 an das Bundesgericht beantragt das Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES; heute: Bundesamt für Migration), das Urteil des Appellationsgerichts vom 25. August 2004 sei aufzuheben und AX._____ sei in Bestätigung des Entscheides des Polizei- und Militärdepartements auf unbefristete Dauer auszuweisen; eventuell sei die Ausweisung auf zehn Jahre zu befristen.

AX._____ und das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Das Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt stellt Antrag auf Gutheissung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OG steht gegen Ausweisungsverfügungen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen; ein Ausschlussgrund nach Art. 99-Art. 102 OG liegt nicht vor (BGE 114 Ib 1 E. 1a S. 2). Insbesondere fällt die Ausweisung nicht unter die in Art. 100 Abs. 1 lit. b OG genannten, von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgenommenen Verfügungen, sofern sie - wie im vorliegenden Fall - gestützt auf Art. 10 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) angeordnet worden ist (Art. 100 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 OG e contrario).

1.2 Nach Art. 103 lit. b OG in Verbindung mit Art. 14 Abs. 2 der Organisationsverordnung vom 17. November 1999 für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (OV-EJPD; SR 172.213.1) ist das Bundesamt für Migration (früher: Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung [IMES]) ermächtigt, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zu führen. Das Beschwerderecht der Bundesbehörden soll den richtigen und rechtsgleichen Vollzug des Bundesverwaltungsrechts sicherstellen. Dabei muss grundsätzlich kein spezifisches öffentliches Interesse an der Anfechtung der Verfügung nachgewiesen werden. Erforderlich ist nur, dass es der beschwerdeführenden Verwaltungseinheit nicht um die Behandlung abstrakter Fragen des objektiven Rechts, sondern um konkrete Rechtsfragen eines tatsächlich bestehenden Einzelfalles geht (BGE 129 II 1 E. 1.1 S. 3 f., 11 E. 1.1 S. 13, je mit Hinweisen). Dies trifft vorliegend zu.

1.3 Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 104 lit. a und b OG) gerügt werden. Hat jedoch - wie hier - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden und den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt, ist das Bundesgericht an die Sachverhaltsfeststellung im angefochtenen Entscheid gebunden (Art. 105 Abs. 2 OG). Damit wird auch die Möglichkeit, vor Bundesgericht neue Tatsachen vorzubringen und neue Beweismittel einzureichen, weitgehend eingeschränkt. Zulässig sind nur solche neuen Tatsachen und Beweismittel, welche die Vorinstanz von Amtes wegen hätte berücksichtigen müssen und deren Nichtbeachtung eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt (BGE 128 II 145 E. 1.2.1 S. 150, mit Hinweisen).

1.4 Das Bundesgericht wendet im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde das Bundesrecht von Amtes wegen an; es ist gemäss Art. 114 Abs. 1 OG an die von den Parteien vorgebrachten Begründungen nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen (BGE 128 II 145 E. 1.2.2 S. 150 f.; 127 II 264 E. 1b S. 268, mit Hinweisen).

2.

Die Niederlassungsbewilligung erlischt mit der Ausweisung oder Heimschaffung (Art. 9 Abs. 3 lit. b ANAG). Gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG kann der Ausländer insbesondere aus der Schweiz oder aus einem Kanton ausgewiesen werden, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft wurde. Die Ausweisung soll jedoch nur verfügt werden, wenn sie nach den gesamten Umständen "angemessen", d.h. verhältnismässig (BGE 125 II 521 E. 2a S. 523) erscheint (Art. 11 Abs. 3 ANAG). Dabei ist namentlich auf die

Schwere des Verschuldens des Ausländers, auf die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz und auf die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile abzustellen (Art. 16 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, ANAV; SR 142.201). Bei schweren Straftaten, insbesondere bei Gewalt-, Sexual- und schweren Betäubungsmitteldelikten, besteht grundsätzlich ein wesentliches öffentliches Interesse an der Ausweisung. Auch in solchen Fällen sind jedoch die gesamten Umstände des Einzelfalles abzuwägen (BGE 122 II 433 E. 2c S. 436, mit Hinweisen).

Erscheint eine Ausweisung zwar als - insbesondere nach Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG - rechtlich begründet, aber nach den Umständen unangemessen, dann soll sie angedroht werden, wobei die Ausweisungsandrohung als schriftliche, begründete Verfügung zu erlassen und klar darzulegen ist, was vom Ausländer erwartet wird (vgl. Art. 16 Abs. 3 ANAV). Gegen die Androhung der Ausweisung können grundsätzlich die gleichen Rechtsmittel, namentlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, ergriffen werden wie gegen die Ausweisung selber (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.436/2002 vom 26. Februar 2003, E. 1).
3.
3.1 Die Vorinstanz ging im angefochtenen Entscheid sinngemäss davon aus, bei der gegen den Beschwerdegegner ausgesprochenen Verwarnung handle es sich um eine Ausweisungsandrohung. Der nachträglich getroffene Ausweisungsentscheid komme daher einer Rücknahme unter gleichzeitiger Anordnung einer verschärften neuen Massnahme gleich. Dies sei nur unter den erschwerten Voraussetzungen des Widerrufs einer rechtskräftigen Verfügung zulässig. Dafür sei ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse erforderlich.

Das beschwerdeführende Bundesamt wendet dagegen ein, bei der als Verwarnung bezeichneten Verfügung der Einwohnerdienste handle es sich nicht um eine Ausweisungsandrohung im Sinne von Art. 16 Abs. 3 ANAV, sondern lediglich um eine Anzeige und Orientierung, mit der die Behörde die mögliche Anordnung weiterer Massnahmen in Aussicht stelle. Es brauche daher keine besonders gewichtigen öffentlichen Interessen für die Ausweisung des Beschwerdegegners. Im Übrigen rechtfertige sich eine Ausweisung selbst dann, wenn solche Interessen erforderlich seien.
3.2 Das beschwerdeführende Bundesamt bezeichnet in seiner Beschwerdeschrift die Verwarnung vom 17. Juni 2002 selbst als Verfügung, was in einem gewissen Widerspruch zur Behauptung steht, es handle sich dabei lediglich um eine Anzeige und Orientierung. Die kantonalen Instanzen scheinen die Verwarnung denn auch als eigentliche Massnahme verstanden zu haben. Inhaltlich wurde der Beschwerdegegner darin auf die gesetzlichen Bestimmungen und die Möglichkeit einer Ausweisung aufmerksam gemacht. Mit keinem Wort wurde hingegen erwähnt, eine solche Massnahme werde in seinem Fall konkret erwogen. Sodann wurde das ausdrücklich als Verwarnung bezeichnete Schreiben dem Rechtsvertreter des Beschwerdegegners mit eingeschriebener Post zugestellt, und es wurde dafür eine selbständige Bearbeitungsgebühr erhoben, was in der Regel erst nach Abschluss eines Verfahrens geschieht. Dass dem Beschwerdegegner gleichzeitig die Gelegenheit zur Stellungnahme angeboten wurde, steht dem Verständnis der Verwarnung als eigentlicher Sanktion nicht entgegen, kann es doch gerade auch Gründe geben, gegen die Verwarnung Einwände zu erheben. Es besteht insofern denn auch ein deutlicher Unterschied zum Schreiben vom 3. Februar 2003, mit welchem dem Beschwerdegegner ausdrücklich mitgeteilt wurde, die Anordnung einer Ausweisung werde erwogen und er könne sich dazu vorweg äussern. Im Übrigen hätte es dieses Schreibens gar nicht mehr bedurft, wäre das Ausweisungsverfahren bereits mit der Verwarnung vom 17. Juni 2002 eingeleitet worden.

Allerdings erscheint fraglich, ob die Verwarnung, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint, eine Ausweisungsandrohung darstellt. Sie erfüllt jedenfalls die formellen Anforderungen von Art. 16 Abs. 3 ANAV nicht. Das darf jedoch dem Beschwerdegegner nicht zum Nachteil gereichen und schliesst auch nicht aus, die Verwarnung als eigenständige Massnahme zu verstehen. Im Ausländerrecht sind solche Verwarnungen bei Fehlverhalten verbreitet. Sie sind die Folge von rechtlich relevanten Verfehlungen des Ausländers und sollen diesen zu künftigem Wohlverhalten anhalten bzw. ihn auf die möglichen rechtlichen Folgen erneuter Verfehlungen aufmerksam machen (vgl. etwa die Urteile des Bundesgerichts 2A.41/2003 vom 2. Juni 2003, E. 3.3, sowie 2A.274/2003 vom 25. September 2003, E. 2). Auch wenn das Bundesrecht solche Verwarnungen nicht ausdrücklich regelt, widersprechen sie diesem aufgrund der offenen Ausgestaltung desselben und angesichts der den Behörden gesetzlich eingeräumten Ermessensspielräume nicht. Die rechtliche Ausgestaltung und Wirkung von Verwarnungen ist freilich unklar. Namentlich ist nirgends vorgeschrieben, ob die förmlichen Voraussetzungen einer Verfügung

einzuhalten sind, über welche Verfahrensrechte der Ausländer verfügt und welche
Rechtsmittel allenfalls offen stehen. Das erklärt immerhin, weshalb es sinnvoll sein kann, dem betroffenen Ausländer die Gelegenheit zur Erhebung von Einwänden zu geben. Im Übrigen unterscheidet die im vorliegenden Fall von den Einwohnerdiensten für die Kostenregelung angewandte Verordnung des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 15. Juni 1993 über die vom Kontrollbüro zu erhebenden Gebühren (GVO) ebenfalls klar zwischen Verwarnungen (vgl. § 3 Ziff. 2 lit. d GVO) und der Ausweisung und deren Androhung (vgl. § 3 Ziff. 2 lit. b GVO).

Ob es sich bei der im vorliegenden Fall ausgesprochenen Verwarnung um eine Ausweisungsandrohung gemäss Art. 16 Abs. 3 ANAV oder um eine eigenständige Massnahme besonderer Art handelte, kann letztlich aber offen bleiben.

3.3 In rechtlicher Hinsicht ist so oder so entscheidend, dass die Behörde nicht beliebig eine Massnahme abändern kann, wenn sie sich im Rahmen ihres Ermessens für eine von verschiedenen möglichen Vorkehren entschieden hat. Spricht sie namentlich eine ausländerrechtliche Verwarnung statt einer stärkeren Massnahme aus, dann hat sie sich darauf festgelegt. Der Ausländer darf dann grundsätzlich darauf vertrauen, dass es dabei sein Bewenden hat und dass nicht ohne neuen Anlass eine strengere Massnahme ergriffen wird. Will die Behörde dies trotzdem tun, kommt das einer Rücknahme bzw. einem Widerruf des Entscheides unter gleichzeitiger Anordnung einer neuen schärferen Massnahme gleich. Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens steht unter den entsprechenden rechtlichen Voraussetzungen. Insoweit ist dem angefochtenen Entscheid auch dann beizupflichten, wenn entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht davon ausgegangen wird, die Verwarnung stelle bereits eine Ausweisungsandrohung dar.

3.4 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine materiell unrichtige Verfügung nach Ablauf der Rechtsmittelfrist unter bestimmten Voraussetzungen zurückgenommen werden. Danach sind das Interesse an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts und dasjenige an der Wahrung der Rechtssicherheit gegeneinander abzuwägen. In der Regel geht das Postulat der Rechtssicherheit dem Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts vor und ist ein Widerruf nicht zulässig, wenn durch die Verwaltungsverfügung ein subjektives Recht begründet worden oder die Verfügung in einem Verfahren ergangen ist, in dem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren, oder wenn der Private von einer ihm durch die Verfügung eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht hat. Diese Regel gilt allerdings nicht absolut; auch in diesen drei Fällen kann ein Widerruf in Frage kommen, wenn er durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse geboten ist (BGE 121 II 273 E. 1a/aa S. 276). Nachfolgend ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall ein solches besonderes Interesse an der Ausweisung des Beschwerdegegners besteht.

4.

4.1 Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung ist uneingeschränkt auf die für das Bundesgericht verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abzustellen. Was das beschwerdeführende Bundesamt zum Verhalten des Beschwerdegegners an Relativierungen vorträgt, beruht nicht auf qualifizierten Mängeln der Sachverhaltsabklärung, die einzig eine Überprüfung des Sachverhalts erlauben würden. Gleichzeitig erweisen sich aus demselben Grund auch die vom Beschwerdegegner angerufenen neuen Beweismittel als unbeachtlich (vgl. dazu E. 1.3).

4.2 Unbestritten ist, dass beim Beschwerdegegner angesichts seiner Verurteilung zu vier Jahren Zuchthaus wegen Sexualdelikten zum Nachteil seiner Tochter der Ausweisungsgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG erfüllt ist. Sein Verschulden ist mit der Vorinstanz als sehr schwer zu beurteilen, und es spricht ein erhebliches öffentliches Interesse für die Ausweisung. Immerhin ist zu Gunsten des Beschwerdegegners zu gewichten, dass er sich selber angezeigt hat, aktiv an der therapeutischen Aufarbeitung seiner Straftaten mitwirkt und sich auch konstruktiv darum bemüht, den Kontakt zu seiner Tochter in der von ihr gewünschten Intensität wieder aufzubauen. Die Vorinstanz hat sich überdies ausführlich mit der Frage der Rückfallgefahr befasst und ist gestützt auf eine nicht zu beanstandende Wertung verschiedener Gutachtermeinungen zum für das Bundesgericht verbindlichen Schluss gekommen, dass eine Rückfallgefahr weitgehend gebannt erscheint. Auch wenn es für die Zulässigkeit einer Ausweisung bei einem Ausländer, auf den wie beim Beschwerdegegner die ordentliche Ausländergesetzgebung anwendbar ist, vorrangig auf die Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ankommt, kann die Prognose über das Wohlverhalten doch mit berücksichtigt werden
(vgl. BGE 130 II 176 E. 4.2 S. 185; 125 II 105 E. 2c S. 110, mit Hinweisen).

4.3 Der Beschwerdegegner lebt seit 24 Jahren in der Schweiz und verfügt seit 1990 über die Niederlassungsbe-

willigung. Abgesehen von unfallbedingten Ausfällen hat er stets gearbeitet. Zu seiner Heimat, die er im Alter von 15 Jahren verliess, hat er kaum noch Kontakt. Eine Ausweisung in sein Heimatland würde ihn demnach hart treffen. Seit seiner Entlassung aus dem Strafvollzug lebt der Beschwerdegegner mit der Ehefrau und dem gemeinsamen, noch minderjährigen Sohn zusammen und steht auch wieder in Kontakt zu seiner inzwischen volljährigen Tochter. Da seine Angehörigen ein gefestigtes Anwesenheitsrecht haben und die familiären Beziehungen des Beschwerdegegners intakt sind und gelebt werden, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass er sich im Hinblick auf sein Familienleben auf Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 8 EMRK berufen kann. Seine Ehegattin ist zwar eine Landsfrau, sie lebt aber auch bereits seit rund 20 Jahren in der Schweiz. Die Kinder sind hier geboren und aufgewachsen. Wie die Vorinstanz ausführlich und in nachvollziehbarer Weise begründet hat, ist eine Ausreise in den Heimatstaat für die Ehefrau kaum und für die Kinder nicht zumutbar; dies gilt namentlich für den Sohn, der offenbar die - in der Heimat des Beschwerdegegners
gesprochene - portugiesische Sprache nicht beherrscht.
4.4 Insgesamt ergibt sich, dass angesichts der schweren Verfehlungen des Beschwerdegegners zwar ein erhebliches öffentliches Interesse an seiner Ausweisung besteht, einer solchen aber auch gewichtige private Interessen entgegen stehen. Mit der Vorinstanz ist daraus zu schliessen, dass die blosse Verwarnung des Beschwerdegegners nicht absolut unangebracht und unvertretbar erscheint, auch wenn sie eher grosszügig ist. Aus den Akten geht im Übrigen hervor, dass sich selbst die Einwohnerdienste noch im April 2003 - also rund zehn Monate nach der Verwarnung vom 17. Juni 2002 - intern gegen eine Ausweisung ausgesprochen bzw. die Voraussetzungen einer Ausweisung als nicht erfüllt erachtet haben. Seit der Verwarnung hat sich der Beschwerdegegner unbestrittenermassen keine neuen Verfehlungen zuschulden kommen lassen. Weshalb die Einwohnerdienste in der Folge ihre Meinung änderten und am 29. September 2003 die Ausweisung des Beschwerdegegners anordneten, ist nicht bekannt. Ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse ist dafür jedenfalls nicht ersichtlich. Damit erweist sich eine Rücknahme der milderen Massnahme der Verwarnung und ihre Ersetzung durch die einschneidendere Sanktion der Ausweisung als nicht zulässig. Davon ging auch die
Vorinstanz aus, weshalb ihr hier angefochtener Entscheid Bundesrecht nicht verletzt.
5.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 156 Abs. 1 und 2 OG). Hingegen hat das Bundesamt für Migration dem Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Das beschwerdeführende Bundesamt für Migration hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien sowie dem Sicherheitsdepartement (SiD) und dem Appellationsgericht (als Verwaltungsgericht) des Kantons Basel-Stadt schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 30. März 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: