Urteilskopf

137 II 233

18. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Sicherheitsdirektion und Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_903/2010 vom 6. Juni 2011

Regeste (de):
Art. 10 und 11 ANAG, Art. 70 VZAE, Art. 5 Anhang I FZA, aArt. 43 StGB sowie Art. 56 ff. StGB; Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen; Ausweisung eines Unionsbürgers.

Es verstösst nicht gegen Landes- sowie gegen Staatsvertragsrecht, möglichst früh bzw. vor dem Ende des Straf- oder Massnahmenvollzugs über eine Ausweisung zu entscheiden (E. 5).

Regeste (fr):
Art. 10 et 11 LSEE, art. 70 OASA, art. 5 annexe I ALCP, ancien art. 43 CP et art. 56 ss CP; Protocole additionnel à la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées; expulsion d'un citoyen de l'Union européenne.

Il n'est pas contraire au droit interne ni au droit conventionnel de statuer sur l'expulsion le plus tôt possible respectivement avant que la peine ou la mesure ait fini d'être exécutée (consid. 5).

Regesto (it):
Art. 10 e 11 LDDS, art. 70 OASA, art. 5 Allegato I ALC, vecchio art. 43 CP e art. 56 segg. CP; Protocollo addizionale alla Convenzione sul trasferimento dei condannati; espulsione di un cittadino dell'Unione europea.

Decidere in merito all'espulsione il prima possibile, segnatamente prima che l'esecuzione della pena o della misura sia terminata, non è contrario né al diritto interno né al diritto convenzionale (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 233

BGE 137 II 233 S. 233

A. Der deutsche Staatsangehörige X., geboren 7. Oktober 1962, reiste 1986 in die Schweiz ein, wo er eine Niederlassungsbewilligung erhielt. Mit Urteil vom 14. August 1996 sprach ihn das Strafgericht Basel-Stadt der mehrfachen sexuellen Handlung mit Kindern

BGE 137 II 233 S. 234

schuldig, verurteilte ihn zu 14 Monaten Gefängnis bedingt und wies ihn an, sich auf eigene Kosten einer ambulanten psychiatrischen Behandlung zu unterziehen. Am 27. Januar 2006 wurde er vom Strafgericht Basel-Landschaft der mehrfachen sexuellen Handlung mit Kindern, der mehrfachen sexuellen Nötigung sowie der

einfachen Körperverletzung für schuldig gesprochen und zu drei Jahren und neun Monaten Zuchthaus verurteilt unter Anrechnung einer Untersuchungshaft von 980 Tagen. Der Strafvollzug wurde aufgeschoben und X. gemäss aArt. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in eine Heil- oder Pflegeanstalt eingewiesen. Seit 10. Februar 2004 befindet er sich im vorzeitig angetretenen Massnahmenvollzug.

B. Mit Verfügung vom 13. Dezember 2006 wies die Justiz-, Polizei- und Militärdirektion des Kantons Basel-Landschaft (JPMD; heute: Sicherheitsdirektion; nachfolgend: Direktion) X. gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG für 5 Jahre aus der Schweiz aus. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft am 27. Oktober 2009 ab. Dagegen erhob X. Beschwerde an das Kantonsgericht, welches diese mit Urteil vom 25. August 2010 ebenfalls abwies.

C. X. erhebt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht mit dem Antrag, das Urteil des Kantonsgerichts (...) aufzuheben. (...)

D. Die Sicherheitsdirektion (sinngemäss) und das Bundesamt für Migration schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Das Kantonsgericht hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

E. Mit Verfügung vom 26. November 2010 erteilte der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab. (Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 Der Beschwerdeführer bestreitet im Grundsatz nicht ernsthaft, dass er aktuell eine Gefährdung darstellt und dass die Voraussetzungen für eine Ausweisung gemäss Art. 10 und 11 ANAG [BS 1 121]bzw. Art. 5 Anhang I FZA [SR 0.142.112.681]zur Zeit erfüllt sind. Er macht aber geltend, die Voraussetzungen einer gegenwärtigen Gefährdung müssten in dem Zeitpunkt erfüllt sein, in dem die Ausweisung vollzogen werde. Die stationäre Massnahme, in der er sich

befinde, könne noch Jahre dauern, so dass die im Zeitpunkt des Vollzugs der Ausweisung entscheidrelevanten Umstände heute noch gar nicht bekannt seien. Die Ausweisung sei daher erst nach Beendigung der gerichtlich angeordneten Sanktionen und gestützt auf die in jenem Zeitpunkt vorliegenden tatsächlichen Verhältnisse zu prüfen. Im Verlauf der Therapie könne sich die Legalprognose ändern. Gemäss Art. 62 StGB dürfe die Entlassung aus dem Strafvollzug erst angeordnet werden, wenn dem Betroffenen eine günstige Prognose gestellt werden könne. Solange dies nicht zutreffe, dürfe er nicht entlassen werden, so dass eine ausländerrechtliche Ausweisung obsolet sei. Werde er aber dereinst entlassen, so nur deshalb, weil ihm eine günstige Prognose gestellt werden könne, was eine Ausweisung ausschliesse. Die heute bereits ausgesprochene Ausweisung sei daher überflüssig und damit rechtswidrig. Dieses Vorbringen ist im Folgenden zu prüfen, und zwar zunächst

unter dem Gesichtspunkt des Landesrechts (E. 5.2), dann unter demjenigen des Staatsvertragsrechts (E. 5.3).

5.2

5.2.1 Auf Vollzug und Beendigung der nach aArt. 43 StGB angeordneten Massnahmen sind heute die Art. 56-65 StGB anwendbar (Ziff. 2 Abs. 1 der Schlussbestimmungen der Änderung des StGB vom 13. Dezember 2002). Gemäss Art. 59 Abs. 4 StGB beträgt der mit der stationären Behandlung verbundene Freiheitsentzug in der Regel höchstens fünf Jahre. Sind die Voraussetzungen für die bedingte Entlassung nach fünf Jahren noch nicht gegeben und ist zu erwarten, durch die Fortführung der Massnahme lasse sich der Gefahr weiterer mit der psychischen Störung des Täters in Zusammenhang stehender Verbrechen und Vergehen begegnen, so kann das Gericht auf Antrag der Vollzugsbehörde die Verlängerung der Massnahme um jeweils höchstens fünf Jahre anordnen. Die Verlängerung über die fünf Jahre hinaus setzt somit einerseits voraus, dass eine Gefährdung weiterhin besteht, mithin die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung nach Art. 62 StGB noch nicht erfüllt sind (BGE 135 IV 139 E. 2.2.1). Andererseits wird vorausgesetzt, dass dieser Gefahr durch die Massnahme begegnet werden kann, mithin dass der Täter überhaupt behandlungsfähig ist (BGE 134 IV 315 E. 3.4.1; BGE 109 IV 73 E. 3; MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Bd. I, 2. Aufl. 2007, N. 63 zu Art. 59 StGB); gemeint ist damit eine therapeutische dynamische Einflussnahme, die zu einer Verbesserung der Legalprognose führt

(BGE 134 IV 315 E. 3.6). Eine Verlängerung über die fünf Jahre hinaus kann deshalb nur in Betracht gezogen werden, wenn sich davon eine therapeutische Wirkung in diesem Sinne erwarten lässt (BBl 1999 2078 f.; BGE 135 IV 139 E. 2.3.2). Zudem hat die Verlängerung der Massnahme im Grunde Ausnahmecharakter und rechtfertigt sich deshalb nur bei Gefahr relativ schwerwiegender Delikte (BGE 135 IV 139 E. 2.1 S. 141 und E. 2.4 S. 144). Sodann wird die stationäre Massnahme nach Art. 62c Abs. 1 lit. a StGB aufgehoben, wenn ihre Durch- oder Fortführung als aussichtslos erscheint, also namentlich wenn eine therapeutische Behandlung erfolglos ist (ANDREA BAECHTOLD, Strafvollzug, 2. Aufl. 2009, S. 281; HEER, a.a.O., N. 17 ff. zu Art. 62c StGB). Es ist also nicht so, dass die stationäre Massnahme in jedem Fall erst beendet wird, wenn dem Täter eine günstige Prognose gestellt werden kann. Sie kann gerade auch dann und deshalb beendet werden, weil eine therapeutische Besserung nicht mehr zu erwarten ist. Zwar könnte in diesem Fall gemäss Art. 62c Abs. 3 StGB eine andere Massnahme angeordnet werden, wenn zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit dem Zustand des Täters in Zusammenhang stehender Verbrechen und Vergehen begegnen. Da in solchen Fällen auch eine ambulante therapeutische Behandlung nicht zielführend wäre, käme nur die Verwahrung in Frage (Art. 64 Abs. 1 StGB; vgl. BBl 1999 2079; BGE 134 IV 121 E. 3.4.2 S. 130, BGE 134 IV 315 E. 3.2 S. 320 und E. 3.7 S. 324), die indessen strengeren Voraussetzungen unterliegt und als ultima ratio nur bei qualifizierter Wahrscheinlichkeit einer erneuten schweren Delinquenz in Frage kommt (BGE 137 IV 59 E. 6.3 S. 70; BGE 134 IV 121 E. 3.4.4 S. 132). Dabei ist zu beachten, dass eine Verwahrung ein bedeutend schwererer Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen ist als eine ausländerrechtliche Ausweisung und deshalb im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips zurückhaltender angeordnet werden darf. Eine Gefährdung, die ausreicht, um eine Ausweisung zu rechtfertigen, genügt deshalb nicht unbedingt für eine Verwahrung. Es ist also denkbar, dass zwar eine stationäre therapeutische Massnahme mangels Therapierbarkeit des Beschwerdeführers nicht mehr weitergeführt und eine Verwahrung mangels qualifizierter Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung nicht angeordnet wird, aber weiterhin eine Gefährdung besteht.

5.2.2 Aber selbst wenn der Beschwerdeführer dereinst wegen verbesserter Legalprognose aus dem Massnahmenvollzug entlassen werden sollte, schliesst dies eine Ausweisung nicht aus. Strafrecht und

Ausländerrecht verfolgen unterschiedliche Ziele und sind unabhängig voneinander anzuwenden. Der Straf- und Massnahmenvollzug hat nebst der Sicherheitsfunktion eine resozialisierende bzw. therapeutische Zielsetzung; für die Fremdenpolizeibehörden steht demgegenüber das Interesse der öffentliche Ordnung und Sicherheit im Vordergrund, woraus sich ein im Vergleich mit den Straf- und Strafvollzugsbehörden strengerer Beurteilungsmassstab ergibt (BGE 120 Ib 129 E. 5b S. 132; Urteil 2A.103/2005 vom 4. August 2005 E. 4.2.2; NÄGELI/SCHOCH, Ausländische Personen als Straftäterinnen und Straftäter, in: Ausländerrecht, Uebersax und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2009, S. 1163). So kann aus dem Umstand, dass ein Straftäter bedingt aus dem Strafvollzug entlassen wurde, nicht bereits geschlossen werden, es gehe keine Gefahr (im fremdenpolizeilichen Sinne) mehr von ihm aus (BGE 130 II 176 E. 4.3.3 S. 188). Auch eine aus der Sicht des Massnahmenvollzugs positive Entwicklung oder ein klagloses Verhalten im Strafvollzug schliessen eine Rückfallgefahr und eine fremdenpolizeiliche Ausweisung nicht aus (BGE 125 II 521 E. 4a/bb S. 528; Urteile 2A.688/2005 vom 4. April 2006 E. 3.1.3 und 2C_832/2009 vom 29. Juni 2010 E. 4.3). Die Argumentation des Beschwerdeführers, wonach er nach seiner allfälligen Entlassung aus dem Massnahmenvollzug keine Gefahr im ausländerrechtlichen Sinne mehr darstellen werde, geht deshalb fehl.

5.2.3 Die Frage kann höchstens sein, ob eine Koordination zwischen den Strafvollzugsbehörden und den Fremdenpolizeibehörden stattzufinden habe in dem Sinne, dass diese eine Ausweisung bzw. einen Bewilligungswiderruf erst dann anordnen, wenn sich jene zur Fortführung einer stationären Massnahme bzw. zur Anordnung einer Verwahrung geäussert haben. Gemäss Art. 70 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) bleibt im Falle eines Straf- oder Massnahmenvollzugs die bisherige ausländerrechtliche Bewilligung bis zur Entlassung aus dem Straf- oder Massnahmenvollzug gültig. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung ist das Anwesenheitsverhältnis spätestens auf den Zeitpunkt der bedingten oder unbedingten Entlassung neu zu regeln. Besteht die Möglichkeit, die betroffene Person zum Vollzug eines Strafurteils in den Heimatstaat zu überstellen, ist sofort über das Anwesenheitsverhältnis zu entscheiden. Diese Bestimmung entspricht ungefähr der früheren Regelung von Art. 14 Abs. 8 ANAV (AS 1949 228).

Dazu hatte das Bundesgericht erkannt, dass Art. 14 Abs. 8 ANAV den Zeitpunkt der Verfügung nicht näher regle, dass aber jedenfalls vor der Entlassung verfügt werden soll, damit der Ausländer sein Leben in Freiheit vorbereiten könne. Es sollte auf eine vernünftige zeitliche Distanz zwischen der Verfügung und der Entlassung geachtet werden, wobei die Zeitspanne zwischen der Regelung des künftigen Aufenthalts und der Entlassung aus dem Vollzug die voraussichtliche Dauer eines Rechtsmittelverfahrens nicht übertreffen sollte (BGE 131 II 329 E. 2.3 und 2.4). Als zulässig erachtet wurde auch eine Ausweisung, die rund sechs Jahre vor der frühestmöglichen bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug angeordnet worden war, da keine erkennbaren Anzeichen dafür vorhanden waren, dass sich die für die Anordnung der Ausweisung massgebenden Verhältnisse bis zu deren Vollzug entscheidend verändern würden (Urteil 2C_201/2007 vom 3. September 2007 E. 5). Auch brauchte eine während des Strafvollzugs durchgeführte psychotherapeutische Behandlung nicht abgewartet zu werden, um die Ausweisung zu verfügen. Einerseits erschienen nämlich die Erfolgsaussichten der Behandlung als ungewiss und könne ein Rückfallrisiko selbst nach einer psychiatrischen Behandlung nicht ausgeschlossen werden und andererseits habe der frühzeitige, noch vor der Haftentlassung getroffene Entscheid über die Ausweisung auch Vorteile, indem Klarheit darüber geschaffen werde, wo der Straftäter nach der Entlassung aus dem Vollzug leben würde. Das ermögliche den Strafvollzugsbehörden und auch dem Betroffenen selber, sich im Hinblick auf die Wiedereingliederung in die Gesellschaft rechtzeitig darauf einzurichten. Im Geltungsbe-

reich des Übereinkommens vom 21. März 1983 über die Überstellung verurteilter Personen (SR 0.343) kommt hinzu, dass der Verurteilte bei geklärter fremdenpolizeilicher Ausgangslage daran interessiert sein könnte, für den weiteren Vollzug der Sanktion in seinen Heimatstaat überstellt zu werden (Urteil 2A.153/1999 vom 3. September 1999 E. 4b).

5.2.4 Diese Rechtsprechung ist auch unter der Geltung von Art. 70 VZAE massgebend, denn nach dieser Rechtslage kann eine Ausweisung selbst dann erfolgen, wenn sich der Verurteilte gegebenenfalls im Straf- oder Massnahmenvollzug gebessert hat, so dass ein Zuwarten mit der Verfügung bis zum Ende des Vollzugs keinen Sinn macht. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass Pädosexualität kaum heilbar, sondern lediglich kontrollierbar ist. Es erscheint in solchen

Fällen daher fraglich, ob eine Therapierung so weit zu gedeihen vermag, dass eine ausländerrechtlich relevante Gefahr entfällt. Jedenfalls gibt es hier keine Anhaltspunkte dafür, dass sich vorliegend eine andere Schlussfolgerung aufdrängen würde.

5.3

5.3.1 Der Beschwerdeführer beruft sich darauf, dass nach dem Freizügigkeitsabkommen die Ausweisung erst nach Beendigung der strafrechtlichen Sanktion und gestützt auf die dannzumal vorliegenden tatsächlichen Verhältnisse zu prüfen sei. Er stützt sich dabei auf das Urteil des EuGH vom 29. April 2004 C-482/01 und C-493/01 Orfanopoulos und Oliveri, Slg. 2004 I-5257 Randnrn. 77-79. In diesem Urteil hat der EuGH erkannt, dass Artikel 3 der Richtlinie 64/221/EWG (ABl. L 56 vom 4. April 1964 S. 850) einer innerstaatlichen Praxis entgegensteht, wonach die nationalen Gerichte nicht verpflichtet sind, bei der Prüfung der Rechtmässigkeit einer Ausweisung einen Sachvortrag zu berücksichtigen, der nach der letzten Behördenentscheidung erfolgt ist und der den Wegfall oder eine nicht unerhebliche Verminderung der gegenwärtigen Gefährdung mit sich bringen kann, die das Verhalten des Betroffenen für die öffentliche Ordnung darstellen würde. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn ein längerer Zeitraum zwischen der Entscheidung über die Ausweisung und der Beurteilung dieser Entscheidung durch das zuständige Gericht liegt.

5.3.2 Dieses Urteil bejaht somit nur die novenrechtliche Frage, ob ein Verwaltungsgericht verpflichtet ist, neue Sachverhalte zu berücksichtigen, die seit dem Verwaltungsentscheid ergangen sind. Das hat aber die Vorinstanz bereits so getan. Zwar stammt die ursprüngliche Verfügung der Direktion vom 13. Dezember 2006. Indessen hat der Regierungsrat in seinem Beschwerdeentscheid vom 27. Oktober 2009 die Entwicklung des Beschwerdeführers während des Massnahmenvollzugs (Bericht der Sicherheitsdirektion vom 28. Juli 2009) berücksichtigt. Das Kantonsgericht seinerseits stützte sich zusätzlich auf die seither erfolgte Entwicklung, nämlich den Verlaufsbericht vom 12. Juli 2010 und die Parteiverhandlung vom 25. August 2010, an welcher der Beschwerdeführer und der für ihn zuständige Oberarzt der Massnahmenvollzugsanstalt befragt wurden. Das Kantonsgericht hat also die aktuelle Entwicklung bis zum Urteilstag berücksichtigt.

5.3.3 Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass die Gefährdung der öffentlichen Ordnung "gegenwärtig" sein muss (Urteil des EuGH vom

19. Januar 1999 C-348/96 Calfa, Randnr. 24; BGE 131 II 329 E. 3.2). Weder das Freizügigkeitsabkommen noch die Rechtsprechung äussern sich dazu, in welchem Zeitpunkt die Gefahr gegenwärtig sein muss. Die Interpretation des Beschwerdeführers, wonach die Gefährdung im Zeitpunkt der Entlassung aus dem Straf- oder Massnahmenvollzug vorliegen müsse, ist zwar vertretbar, aber andere Interpretationen sind ebenfalls denkbar. Ein Zuwarten bis zum Ende des Vollzugs würde nur Sinn machen, wenn die seitherige Entwicklung für den Entscheid massgeblich sein kann. Dem kann das Interesse an einem sofortigen oder frühzeitigen Entscheid über die Entfernungsmassnahme entgegenstehen (E. 5.2).

5.3.4 In diesem Sinne steht die Interpretation des Beschwerdeführers in einem gewissen Widerspruch zum Zusatzprotokoll vom 18. Dezember 1997 zum Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen (SR 0.343.1), das für die Schweiz am 1. Oktober 2004 und für Deutschland am 1. August 2007 in Kraft getreten ist und damit im Verhältnis zwischen diesen beiden Staaten als jüngerer Vertrag dem Freizügigkeitsabkommen vorgeht, welches nicht nur mit der EG, sondern auch mit den einzelnen Mitgliedstaaten abgeschlossen wurde (Art. 30 Abs. 3 und Abs. 4 lit. a des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge [VRK; SR 0.111]). Gemäss Art. 3 Abs. 1 dieses Zusatzprotokolls kann eine verurteilte Person auch ohne ihre Zustimmung zum Vollzug in ihren Heimatstaat überstellt werden. Darin liegt der Unterschied zum ursprünglichen Übereinkommen vom 21. März 1983 über die Überstellung verurteilter Personen (SR 0.343; vgl. Art. 101 Abs. 2 IRSG [SR 351.1]in der Fassung vom 19. Dezember 2003; Botschaft vom 1. Mai 2002 zu diesem Zusatzübereinkommen, BBl 2002 4341, 4348 f. zu Art. 3; BAECHTOLD, a.a.O., S. 96 f.). Voraussetzung für die Überstellung ist, dass die verhängte Sanktion oder eine infolge dieser Sanktion getroffene Verwaltungsentscheidung eine Ausweisungsanordnung enthält, auf Grund deren es der betroffenen Person nicht gestattet sein wird, nach der Entlassung aus der Haft im Hoheitsgebiet des Urteilsstaats zu bleiben. Diese völkerrechtliche Regelung lässt somit ausdrücklich zu bzw. setzt sogar voraus, dass eine allfällige Ausweisungsverfügung möglichst frühzeitig ergeht (BAECHTOLD, a.a.O., S. 97; vgl. auch NAEGELI/SCHOCH, a.a.O., S. 1155 f.), wenn möglich gleich zu Beginn des Vollzugs. Dies wird denn auch in Art. 70 Abs. 2 Satz 2 VZAE umgesetzt, wonach sofort über das Anwesenheitsverhältnis zu entscheiden ist, wenn die Möglichkeit

besteht, die verurteilte Person zum Vollzug in den Heimatstaat zu überstellen.

5.4 Insgesamt entspricht es jedenfalls vorliegend sowohl dem Landesrecht als auch dem Staatsvertragsrecht, dass möglichst früh und jedenfalls vor dem Ende des Straf- oder Massnahmenvollzugs über die Ausweisung entschieden wird. Der angefochtene Entscheid ist auch in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden.