

Untersuchung eines Wiedererwägungsentscheides des Sicherheits- und Justizdepartementes

Bericht der Rechtspflegekommission vom 22. April 2015

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	1
2	Vorgehen	2
3	Wiedererwägung und Ermessen	3
3.1	Wiedererwägung	3
3.2	Ermessen	3
4	Zusammenfassung von Sachverhalt und Verfahren	5
4.1	Verfahren A	5
4.2	Verfahren B	6
4.3	Weiterzug an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte	7
4.4	Wiedererwägungsgesuche und Petition	7
4.5	Erwägungen des Departementes	8
5	Anhörung	11
6	Ergebnis und Würdigung	13
6.1	Zuständigkeit	13
6.2	Ermessensausübung	14
7	Schlussfolgerung	14
8	Antrag	15

1 Ausgangslage

Der Kantonsrat beriet am 26. November 2014 die dringliche Interpellation 51.14.45 «Steht das Sicherheits- und Justizdepartement über dem Bundesgericht?» (Titel der Antwort: Zuständigkeit für Wiedererwägungsgesuche). Auf Antrag aus der Mitte des Rates beschloss der Kantonsrat Diskussion. Im Rahmen derselben beauftragte der Kantonsrat auf Antrag der SVP-Fraktion mit 73:15 Stimmen bei 5 Enthaltungen die Rechtspflegekommission, «diesen Fall weiter abzuklären» (ABI 2014, 3490). Die SVP-Fraktion hatte in ihrer Interpellation verschiedene Fragen zu einem

am 3. November 2014 ergangenen Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartementes gestellt, mit dem das Wiedererwägungsgesuch vom 17. Mai 2013 eines straffälligen italienischen Paares gutgeheissen wurde. In der Sache wurden die früheren Entscheide aufgehoben, mit denen die Niederlassungsbewilligung entzogen und die Wegweisung des Paares angeordnet worden war.

Der Beschluss des Kantonsrates ist als Einzel- oder Sonderauftrag an die Rechtspflegekommission zu verstehen. Denn es handelt sich nicht um einen Auftrag nach Art. 95 des Geschäftsreglementes des Kantonsrates (sGS 131.11; abgekürzt GeschKR), wonach bei der Beratung einer Vorlage der vorberatenden Kommission, der Regierung oder dem Präsidium Aufträge erteilt werden können. Die Abklärung oder Untersuchung betrifft auch keinen Gegenstand, der von der allgemeinen Zuständigkeit der Rechtspflegekommission nach Art. 14 GeschKR abgedeckt wäre. Sie bewegt sich aber im Rahmen der Aufsicht des Kantonsrates über Regierung und Verwaltung nach Art. 65 Bst. j der Verfassung des Kantons St.Gallen (sGS 111.1).

Soweit aus der kurzen Diskussion – vier Wortmeldungen von Ratsmitgliedern und eine Wortmeldung seitens der Regierung – im Kantonsrat zu erkennen ist, soll die Abklärung oder Untersuchung die zentrale Frage beantworten, ob der Wiedererwägungsentscheid in rechtlicher Hinsicht zu beanstanden ist. Die Untersuchung soll alle rechtlichen Aspekte des Falles umfassen. Daher kommt die Rechtspflegekommission nicht umhin, auch inhaltlich zum bewussten Entscheid Stellung zu nehmen. Sie kann den Entscheid über das Wiedererwägungsgesuch des Sicherheits- und Justizdepartementes aber nicht abändern. Dieser erwuchs mit unbenütztem Ablauf der vierzehntägigen Frist für die Beschwerde an das Verwaltungsgericht in Rechtskraft. Eine politische Bewertung des Entscheids liegt nicht in der Zuständigkeit der Rechtspflegekommission.

2 Vorgehen

Nach Art. 23 GeschKR kann die Rechtspflegekommission im Rahmen ihres Auftrages die das Geschäft betreffenden Unterlagen einsehen, Mitarbeitende des Kantons und seiner Anstalten über Sachverhalte befragen, Besichtigungen durchführen, sachverständige Dritte befragen und Gutachten einholen sowie Interessenvertreter anhören. Die Einvernahme von Auskunftspersonen ist ausdrücklich nur für Strafverfahren, Disziplinarverfahren oder Verantwortlichkeitsklagen vorgesehen und entfällt damit in diesem Fall. Auch die Rechtspflegekommission hat die allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätze zu berücksichtigen, insbesondere den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

Da die im Rahmen der Untersuchung einzusehenden Verfahrensakten auch besonders schützenswerte Personendaten enthalten und unter das Amtsgeheimnis fallen, galt auch für die Mitglieder der Rechtspflegekommission strengste Vertraulichkeit (Art. 320 des Schweizerischen Strafbuch, SR 311.0). Nach Art. 23 Abs. 1 Bst. a GeschKR nimmt die Kommission durch eine Abordnung Einblick in Akten, die unter das Amtsgeheimnis fallen. Als Abordnung bestimmte der Kommissionspräsident die fünfköpfige Subkommission Richterwahlen (im Folgenden: Abordnung). Diese setzt sich aus je einem Mitglied der Fraktionen des Kantonsrates zusammen. Den Vorsitz hat der Kommissionspräsident.

Die Abordnung wollte sich vorgängig ein Bild machen, wie oft im Verwaltungsverfahren und in der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege Wiedererwägungsgesuche gestellt werden. Ohnehin seltener und für den vorliegenden Fall nur am Rand von Interesse ist bzw. war die Wiederherstellung einer verpassten Frist. Eine Kurzumfrage ergab, dass in den letzten Jahren bei den Departementen – mit Ausnahme weniger Organisationseinheiten – jährlich zwischen null und fünf Wiedererwägungsgesuche eingegangen waren. Deutlich mehr Gesuche (Zahlen für das Jahr 2014) wurden eingereicht beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (20), bei der Abteilung Stipendien

und Studiendarlehen sowie der Abteilung Berufsfachschulen im Amt für Berufsbildung (rund 40), beim Migrationsamt (10-15), bei der Kantonspolizei (11) sowie beim Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt (29).

Nachdem alle Mitglieder der Abordnung je einzeln Einsicht in sämtliche Verfahrensakten genommen hatten, befragten sie im Sinn der Gewährung des rechtlichen Gehörs am 15. Januar 2015 Heidi Hanselmann, Regierungspräsidentin und Vorsteherin des Gesundheitsdepartementes, sowie Hans-Rudolf Arta, Generalsekretär des Sicherheits- und Justizdepartementes. In zwei weiteren Sitzungen besprach die Abordnung den vom Kommissionspräsidenten und vom Geschäftsführer verfassten Entwurf dieses Berichts. Die Rechtspflegekommission verabschiedete den Bericht an ihrer Sitzung vom 22. April 2015. Um den Mitgliedern des Kantonsrates das Verständnis der entsprechenden Abklärungen zu erleichtern, stellt die Rechtspflegekommission ihrem Bericht allgemeine Ausführungen zu Wiedererwägung und Ermessen voran.

3 Wiedererwägung und Ermessen

3.1 Wiedererwägung

Das Wiedererwägungsgesuch ist der formlose Rechtsbehelf, durch den die Betroffenen die verfügende Verwaltungsbehörde ersuchen, auf ihre Verfügung zurückzukommen und sie abzuändern oder aufzuheben. Eigentlich handelt es sich um die Bitte um Überprüfung der Verfügung und eine andere Würdigung der Sach- oder Rechtslage. Als sogenannter formloser Rechtsbehelf ist das Wiedererwägungsgesuch weder an eine Form noch an die Einhaltung einer Frist gebunden, vermittelt jedoch grundsätzlich auch keinen Anspruch auf Prüfung und Beurteilung des Gesuchs. Das Wiedererwägungsgesuch kann sich nur auf erstinstanzliche Verfügungen beziehen. Rechtsmittelentscheide können durch die Verwaltungsbehörden nicht in Wiedererwägung gezogen werden, da ihnen materielle Rechtskraft zukommt. Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass die erstinstanzliche Behörde auf ein Wiedererwägungsgesuch hin neu entscheidet, obwohl in der gleichen Sache ein rechtskräftiger Beschwerdeentscheid vorliegt.¹

Nach Art. 27 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP) sind Wiedererwägungsgesuche zulässig, begründen aber keinen Anspruch auf eine Stellungnahme bzw. einen Entscheid der Behörde. Ein Anspruch auf Wiedererwägung besteht jedoch ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen, die Lehre und Rechtsprechung aus dem Verbot der formellen Rechtsverweigerung und dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleitet haben. Danach ist eine Behörde gehalten, sich mit einem Wiedererwägungsgesuch zu befassen, wenn die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel geltend macht, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn unmöglich war oder dazu keine Veranlassung bestand.²

Nach Art. 28 VRP können Verfügungen durch die erlassende Behörde oder durch die Aufsichtsbehörde geändert oder aufgehoben werden, wenn der Widerruf die Betroffenen nicht belastet oder wenn er aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist.

3.2 Ermessen

Ermessen ist die Entscheidungsbefugnis oder der Entscheidungsspielraum der rechtsanwendenden Behörde, die bzw. der ihr der Gesetzgeber durch die offene Normierung überträgt. Denn das Gesetz kann nicht alle konkreten Fragen, die sich in Zukunft einmal stellen werden, voraussehen.

¹ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St.Gallen 2010, Rz 1828-1831.

² Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St.Gallen 2010, Rz 1832 f.

Die Normen lassen sich nicht so formulieren, dass sie die Verwaltungstätigkeit vollständig und präzise vorausbestimmen. Offene Normen ermöglichen den Verwaltungsbehörden nicht nur, die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, sondern auch, flexibel auf veränderte Verhältnisse zu reagieren. Sie dienen entweder der Einzelfallgerechtigkeit oder der sachlichen Richtigkeit der Entscheidungen und ergänzen insoweit das Gesetzmässigkeitsprinzip.³

In der Lehre werden verschiedene Arten des Ermessens unterschieden:⁴

- Unter dem Oberbegriff des Rechtsfolgeermessens lassen sich Entschliessungs- und Auswahlermessen zusammenfassen:
 - Räumt ein Rechtssatz den Verwaltungsbehörden einen Spielraum ein beim Entscheid, ob eine Massnahme zu treffen sei oder nicht, liegt Entschliessungsermessen vor. Die Verwaltungsbehörden können hier von der Anordnung einer Massnahme absehen, da das Gesetz den Eintritt der Rechtsfolge beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen nicht zwingend vorschreibt.
 - Räumt ein Rechtssatz den Verwaltungsbehörden einen Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Wahl zwischen verschiedenen Massnahmen oder hinsichtlich der näheren Ausgestaltung einer Massnahme ein, liegt Auswahlermessen vor.
- Im Gegensatz dazu steht das Tatbestandsermessen. Hier bezieht sich der Entscheidungsspielraum der Verwaltungsbehörde nicht auf die Rechtsfolgen, sondern auf die Beurteilung der Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtsfolgen. Beim Tatbestandsermessen räumt ein Rechtssatz der Verwaltungsbehörde einen Entscheidungsspielraum in der Frage ein, ob sie die Voraussetzungen für die Anordnung von Massnahmen als erfüllt betrachtet oder nicht.

Ein Teil der Lehre lehnt den Begriff des Tatbestandsermessens ab; offen formulierte Tatbestände seien zu den unbestimmten Rechtsbegriffen zu zählen. Ein unbestimmter Rechtsbegriff liegt vor, wenn der Rechtssatz die Voraussetzungen der Rechtsfolge oder die Rechtsfolge selber in offener, unbestimmter Weise umschreibt, z.B. «Gefährdung der Sittlichkeit», «Eignung des Bewerbers». Nach einem Teil der Lehre räumen alle offenen Normen Ermessen ein und kann auf die Figur des unbestimmten Rechtsbegriffs verzichtet werden.⁵

In der Lehre werden verschiedene Ermessensfehler unterschieden:⁶

- Ein Entscheid ist unangemessen, wenn er zwar innerhalb des Ermessensspielraumes liegt, das Ermessen aber unzweckmässig gehandhabt wird. Die Feststellung der Unangemessenheit ist eine Bewertungsfrage; eine Rechtsverletzung liegt nicht vor.
- Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn die im Rechtssatz umschriebenen Voraussetzungen und Grenzen des Ermessens zwar beachtet worden sind, aber das Ermessen nach unsachlichen, dem Zweck des Rechtssatzes fremden Gesichtspunkten betätigt wird oder allgemeine Rechtsprinzipien verletzt werden. Der Entscheid ist nicht nur unangemessen, sondern unhaltbar.
- Eine Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn das Ermessen in einem Bereich ausgeübt wird, in dem der Rechtssatz kein Ermessen eingeräumt hat.
- Eine Ermessensunterschreitung liegt vor, wenn die entscheidende Behörde sich als gebunden betrachtet, obschon ihr vom Rechtssatz Ermessen eingeräumt wird oder wenn sie auf die Ermessensausübung zum vornherein verzichtet.

In den Fällen von Ermessensmissbrauch sowie Ermessensüber- und Unterschreitung liegt eine Rechtsverletzung vor.

³ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St.Gallen 2010, Rz 428 ff.

⁴ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St.Gallen 2010, Rz 431 ff.

⁵ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St.Gallen 2010, Rz 436 f., 445 bis 446.

⁶ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St.Gallen 2010, Rz 460 ff.

4 Zusammenfassung von Sachverhalt und Verfahren

4.1 Verfahren A

Die italienische Staatsangehörige A. wurde 1962 in der Schweiz geboren, wo sie die Schulen und eine Lehre absolvierte. Sie verfügt über eine Niederlassungsbewilligung EU/EFTA. Seit rund 30 Jahren konsumiert sie regelmässig Drogen. 1992 gebar sie eine Tochter. Da sie – wie auch der ebenfalls drogensüchtige Kindsvater – nicht in der Lage war, das Kind zu betreuen, wurde dieses von 2004 bis 2010 fremdplatziert. 1982 wurde A. erstmals wegen Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (SR 812.121; abgekürzt BetmG) strafrechtlich belangt. 1983 wurde sie fremdenpolizeilich verwarnt. Trotzdem delinquierte sie weiter. Insgesamt ergingen 24 strafrechtliche Verurteilungen zu Freiheitsstrafen und Bussen, namentlich in den Jahren 2008 zu 15 Monaten und 2009 zu 10 Monaten Freiheitsstrafe sowie letztmals mit Urteil des Kreisgerichtes St.Gallen vom 11. März 2011 zu einer Freiheitsstrafe von 32 Monaten. Dieses Urteil beruhte darauf, dass A. wenigstens 7 kg Heroin gekauft und davon 5,5 kg verkauft hatte, wobei sie einen Erlös von knapp Fr. 250'000.– erzielte. Am 13. August 2012 wurde sie vorzeitig bedingt aus dem Strafvollzug entlassen. Zwischen 1989 und 1999 bezog A. Sozialhilfeleistungen von rund 300'000 Franken, wovon noch rund 97'000 Franken offen sind. Dazu kommen 93 offene Verlustscheine von rund 84'400 Franken. Sie arbeitet seit Mai 2013 im Rahmen eines Beschäftigungsprogramms in einem Teilzeitpensum und bezieht eine IV-Rente und Ergänzungsleistungen.

Mit Verfügung vom 10. Oktober 2011 widerrief das Migrationsamt des Kantons St.Gallen die Niederlassungsbewilligung von A. und forderte sie auf, die Schweiz am Tag ihrer Entlassung aus dem Strafvollzug zu verlassen. Die dagegen erhobenen kantonalen Rechtsmittel blieben erfolglos: Rekursentscheid des Sicherheits- und Justizdepartementes vom 29. Mai 2012, unterzeichnet durch die damalige Vorsteherin, Regierungspräsidentin Karin Keller-Sutter, bzw. Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 12. März 2013, das die Beschwerde abwies und das Migrationsamt anwies, eine neue angemessene Ausreisefrist anzusetzen. Für sämtliche Verfahren vor den kantonalen Behörden war A. rechtlich vertreten und wurde ihr die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.

Am 15. November 2013 wies auch das Bundesgericht die Beschwerde von A. vollumfänglich ab. Es betrachtete die vorinstanzliche Folgerung, A. stelle eine schwere und gegenwärtige Gefährdung dar, als richtig: Mit 12 g reinem Heroin könnten bereits 20 Personen in psychische Abhängigkeit gebracht werden (BGE 109 IV 143 E. 3b S. 144 f.; 119 IV 180 E. 2d S. 1 ff.). Mit der von der Beschwerdeführerin verkauften Menge von 5,5 kg Heroin (Reinheitsgrad gemäss Urteil des Kreisgerichtes zwischen 11 und 20 Prozent) könne somit die Gesundheit von Hunderten von Menschen gefährdet werden. Da die verkauften Drogen nach allgemeiner Lebenserfahrung in der Regel auch konsumiert würden, stelle dieser Drogenverkauf nicht nur ein abstraktes Gefährdungspotenzial dar, sondern eine schwere, konkrete und unmittelbare Gefährdung. Daran ändere auch nichts, dass die Beschwerdeführerin mit dem Drogenhandel ihren eigenen Drogenkonsum finanzierte; auch dabei liege ein Drogenhandel aus finanziellen Motiven vor. Schliesslich könne der Beschwerdeführerin auch keine günstige Prognose für die Zukunft gestellt werden. Nachdem sie sich seit Jahrzehnten trotz Teilnahme an Methadonprogrammen von ihrer Drogensucht nicht habe lösen können, bestehe eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass ihr das auch diesmal nicht gelinge und sie – wie bisher – zur Finanzierung ihres Konsums wiederum mit Drogen handeln werde.

Die Vorinstanz habe zu Gunsten der Beschwerdeführerin gewürdigt, dass diese ihr ganzes Leben in der Schweiz verbracht habe und durch den Widerruf der Niederlassungsbewilligung hart getroffen werde. Sie habe aber auch erwogen, dass sie seit mehr als 20 Jahren nicht mehr erwerbstätig und auch sonst kaum integriert sei. Die Tochter sei inzwischen volljährig und selbständig. Den unbestrittenen guten Kontakt mit der Tochter könne sie ohne weiteres auch vom benachbarten Italien aus besuchsweise aufrechterhalten. Sie sei mit ihrem Heimatland auf Grund verschiedener Besuche und Urlaube vertraut und auch ihre Eltern lebten dort. Die soziokulturellen

und ökonomischen Rahmenbedingungen in Italien seien mit den hiesigen vergleichbar; auch Methadon- und Buprenorphinbehandlungen seien dort möglich. Nach der Rechtsprechung umfasse der Schutzbereich von Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101; abgekürzt EMRK) in erster Linie die Kernfamilie (Ehepaare und ihre minderjährigen Kinder) sowie andere faktische Familienverhältnisse, in denen die Parteien zusammenleben (BGE 137 I 113 E. 6.1 S. 118). Die Beziehung zwischen Eltern und erwachsenen Kindern werde aber bloss erfasst, wenn ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis bestehe (BGE 137 I 154 E. 3.4.2 S. 159; 129 II 11 F. 2 S. 13 f.). Was die Beziehung zu ihrem Lebenspartner betreffe, sei zu bemerken, dass dieser ebenfalls italienischer Staatsangehöriger sei, zusammen mit ihr delinquent habe und ihm mit Urteil vom gleichen Datum (Verfahren 2C_408/2013) ebenfalls die Niederlassungsbewilligung widerrufen werde. Das Paar könne zusammen in Italien leben, so dass insoweit die faktischen Familienbande nicht getrennt würden und das Familienleben nicht beeinträchtigt werde. Ebenso wenig sei dargetan, inwiefern die erforderlichen medizinischen Behandlungen in Italien nicht möglich sein sollen.

Insgesamt erachtete das Bundesgericht die vorinstanzliche Beurteilung als rechtmässig und die Beschwerde als unbegründet, weshalb es diese abwies. Es wies auch das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab, indem es die Beschwerde «angesichts der bekannten Rechtsprechung, an welche sich die Vorinstanz gehalten hat» als aussichtslos beurteilte. Die Gerichtskosten von Fr. 1000.– wurden daher A. auferlegt.

4.2 Verfahren B

Der italienische Staatsangehörige B. wurde 1967 in der Schweiz geboren, wo er aufwuchs. Er verfügt über eine Niederlassungsbewilligung EU/EFTA. Bereits 1985 wurde er in einem Drogenrehabilitationszentrum platziert. Im Jahre 1992 kam seine Tochter zur Welt. Da er – wie auch die ebenfalls drogensüchtige Mutter – nicht in der Lage war, das Kind zu betreuen, wurde dieses fremdplatziert. Er wurde 1986 erstmals strafrechtlich zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt u.a. wegen Unzucht mit Kindern, wiederholten und fortgesetzten Diebstahls und Widerhandlung gegen das BetmG. Insgesamt ergingen 28 strafrechtliche Verurteilungen zu Freiheitsstrafen von total über sieben Jahren, vor allem wegen Widerhandlungen gegen das BetmG, daneben u.a. wegen Diebstahls, Hehlerei, Hausfriedensbruchs, Körperverletzung und Vergehen gegen das Waffengesetz. Die längste ausgesprochene Freiheitsstrafe betrug 18 Monate im Jahr 2008 wegen Verbrechens gegen das BetmG, mehrfacher Hehlerei und einfacher Körperverletzung. Die letzte Verurteilung (zu sechs Monaten) datiert vom 11. März 2011: Gemäss der dem nicht begründeten Urteil zugrunde liegenden Anklageschrift handelte er als Mittäter seiner Lebensgefährtin A. bei deren Drogenhandel. Aufgrund seiner Drogenabhängigkeit war B. häufig arbeitslos und fürsorgeabhängig. Er wurde vom Sozialamt mit insgesamt rund 172'000 Franken unterstützt, wovon noch rund 85'000 Franken offen sind, zusätzlich rund 30'000 Franken übernommene Kindesunterhaltsbeiträge. Dazu kommen offene Verlustscheine von rund 77'000 Franken.

Am 15. Dezember 2011 widerrief das Migrationsamt des Kantons St.Gallen die Niederlassungsbewilligung von B. und forderte ihn auf, die Schweiz bis am 12. Februar 2012 zu verlassen. Die dagegen erhobenen kantonalen Rechtsmittel blieben erfolglos: Rekursentscheid des Sicherheits- und Justizdepartementes vom 2. November 2012, unterzeichnet von der Vorsteherin des Gesundheitsdepartementes, Heidi Hanselmann, bzw. Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 12. März 2013, das die Beschwerde abwies und das Migrationsamt anwies, eine neue angemessene Ausreisefrist anzusetzen.

Am 15. November 2013 wies das Bundesgericht auch die Beschwerde von B. vollumfänglich ab. Insgesamt erachtete es Bundesgericht die vorinstanzliche Beurteilung als rechtmässig und die Beschwerde als unbegründet. Bezüglich den Erwägungen kann auf das inhaltlich weitgehend

identische Urteil gegen A. verwiesen werden. Das Bundesgericht wies auch in diesem Fall das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab, indem es die Beschwerde «angesichts der bekannten Rechtsprechung, an welche sich die Vorinstanz gehalten hat» als aussichtslos bezeichnete. Die Gerichtskosten von Fr. 1000.– wurden daher B. auferlegt.

4.3 Weiterzug an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Am 23. Dezember 2013 reichten sowohl A. als auch B. am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Beschwerde gegen die Bundesgerichtsentscheide wegen Verletzung der EMRK ein. Insbesondere wurde geltend gemacht die Urteile widersprächen dem in Art. 8 der EMRK gewährleisteten Recht auf ein Privat- und Familienleben. Am 6. März 2014 entschied der europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Einzelrichterbesetzung, die Beschwerden für unzulässig zu erklären. Soweit die Beschwerdepunkte in seine Zuständigkeit fielen, sei der Gerichtshof aufgrund aller zur Verfügung stehenden Unterlagen zur Auffassung gelangt, dass die in Art. 34 und 35 EMRK niedergelegten Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Dieser Entscheid sei endgültig und unterliege keiner Berufung an den Gerichtshof oder an eine andere Stelle.

4.4 Wiedererwägungsgesuche und Petition

Am 16. Oktober 2012 reichte A. – während des hängigen Beschwerdeverfahrens vor Verwaltungsgericht – beim Migrationsamt ein Wiedererwägungsgesuch ein. Gegen die Nichteintretensverfügung vom 22. Oktober 2012 des Migrationsamtes erhob sie am 6. November 2012 beim Sicherheits- und Justizdepartement Rekurs. Sie zog diesen aufgrund des Hinweises der Sachbearbeiterin, dass kein Anspruch auf Wiedererwägung bestehe, solange die Verfügung formell noch nicht rechtskräftig sei, am 22. November 2012 zurück.

Am 17. Mai 2013 ersuchten A. und B. beim Sicherheits- und Justizdepartement – während des hängigen Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht – um Wiedererwägung der Verfügung des Migrationsamtes vom 10. Oktober bzw. 30. November 2011, mit denen ihre Niederlassungsbewilligungen widerrufen worden waren, bzw. der departementalen Entscheide vom 29. Mai und 2. November 2012, mit denen diese Verfügungen bestätigt worden waren. Diesem Gesuch legten sie je einen Bericht der Bewährungshilfe, des Berufsbeistands, der Sozialarbeiterin und des Chefarztes der Infektiologie am Kantonsspital St.Gallen, bei, in denen auf die positive Entwicklung des Paares hingewiesen wurde. Dieses Verfahren wurde mit Rücksicht auf das hängige Bundesgerichtsverfahren am 23. Mai 2013 sistiert.

Am 23. Dezember 2013 wurde das Wiedererwägungsgesuch – mit Hinweis auf die zwischenzeitlich am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erhobene Beschwerde – bekräftigt. Dieser Eingabe lagen ein Schreiben des Chefarztes des Infektiologie am Kantonsspital St.Gallen, in dem dieser auf die möglichen negativen Folgen der Ausweisung hinwies, ein Zwischenzeugnis des Arbeitgebers, sowie ein Brief der Tochter des Paares bei.

Das Migrationsamt beantragte am 24. Januar 2014 die Abweisung des Wiedererwägungsgesuches, weil sowohl die gesundheitliche Situation als auch das Eltern-Tochter-Verhältnis bereits in den Urteilen des Verwaltungsgerichtes berücksichtigt worden seien und sich diesbezüglich nichts geändert habe. Die geltend gemachte Tagesstruktur sei Voraussetzung für die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug gewesen und habe ebenfalls bereits im Zeitpunkt des Verwaltungsurteils bestanden. Andererseits sei zu beachten, dass A. seither bereits wieder zweimal wegen Übertretungen des BetmG zu Bussen verurteilt worden sei und insofern nicht von einer positiven Entwicklung ausgegangen werden könne. Die Teilnahme an einem Methadonprogramm sei schliesslich auch in Italien möglich bzw. die medizinische Betreuung auch dort gewährleistet.

Am 4. April 2014 reichte ein «BürgerInnenkomitee» dem Sicherheits- und Justizdepartement die Petition «Keine Ausschaffung nach 50 Jahren in der Schweiz» mit rund 2280 Unterschriften und folgendem Wortlaut ein:

«Alfredo Rossi und Mariella Vicino (Namen geändert) sind italienische Staatsangehörige und leben in St.Gallen. Beide sind in der Ostschweiz geboren und aufgewachsen, heute sind sie um die 50 Jahre alt und seit 27 Jahren ein Paar. Wegen ihrer Drogenabhängigkeit sind sie mehrmals straffällig geworden. Inzwischen arbeitet Mariella Vicino in [...], Bewährungshelfer und Beistände stellen dem Paar ein gutes Zeugnis aus. Trotzdem sollen die beiden nun nach Italien weggewiesen werden – in ein Land, in dem sie nie gelebt haben und kein soziales Netz haben. Das Paar hat eine 22-jährige Tochter, die eng mit ihren Eltern verbunden ist. Rossi und Vicino sind HIV-positiv und haben Hepatitis C; sie sind auf eine gute medizinische Versorgung angewiesen. Es kann nicht sein, dass Menschen, die ihr ganzes Leben in der Schweiz verbracht haben, abgeschoben werden. Wir fordern das St.Galler Sicherheits- und Justizdepartement dazu auf, dass es auf seinen Entscheid zurückkommt und von einer Wegweisung absieht. Alfredo Rossi und Mariella Vicino sollen in der Schweiz bleiben dürfen.»

Zu den Erstunterzeichnenden der Petition gehörte neben einigen St.Galler Persönlichkeiten auch der Chefarzt der Infektiologie am Kantonsspital St.Gallen.

Während des laufenden Wiedererwägungsverfahrens erging am 25. April 2014 bzw. 3. Juli 2014 gegen B. bzw. gegen A. je ein weiterer Strafbefehl wegen mehrfacher Übertretung des BetmG und Verurteilungen zu Bussen.

Begründet wurde das Wiedererwägungsgesuch im Wesentlichen mit den sich aus dem Zeitablauf ergebenden Änderungen des Sachverhalts. Diese seien durch die am 17. Mai und 23. Dezember 2013 eingereichten Unterlagen dokumentiert, hätten jedoch vom Bundesgericht im hängigen Beschwerdeverfahren aus formellen Gründen (Novenverbot) nicht mehr berücksichtigt werden können. Sämtliche Berichte bestätigten einerseits die positive Entwicklung und soziale Stabilisierung des Paares seit der letzten Verurteilung im Jahr 2011 bzw. der Entlassung aus dem Strafvollzug im August 2012. Aus den Berichten gehe andererseits nicht nur die enge Beziehung zur gemeinsamen Tochter hervor, sondern auch die Notwendigkeit der Weiterführung der medizinischen Behandlung am Kantonsspital St.Gallen. Der soziale bzw. familiäre Rückhalt sei die Grundlage einer erfolgreichen Therapie und die Gesundheit des Paares im Fall einer Wegweisung gefährdet. Der Gesuchstellerin und dem Gesuchsteller könne ausser dem Drogenkonsum seit längerer Zeit nichts mehr vorgeworfen werden.

4.5 Erwägungen des Departementes

In seinem Entscheid vom 3. November 2014 verwies das Sicherheits- und Justizdepartement auf einen Entscheid des Bundesgerichtes, in dem dieses mit Blick auf die Rechtsprechung zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681; abgekürzt FZA) anerkannte, dass freizügigkeitsberechtigte, von einer Entfernungsgesuchs- oder Fernhaltemassnahme Betroffene Anspruch auf periodische Prüfung der Einschränkungen der Freizügigkeitsrecht haben. Nach Ablauf einer angemessenen Frist bestehe ein Anspruch auf Prüfung, ob weiterhin eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung nach Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA vorliege. Ausserhalb des periodischen Prüfungsanspruchs hätten die Behörden namentlich dann auf ein entsprechendes Gesuch um neue Regelung des Aufenthalts (bzw. um Wiedererwägung) einzutreten, wenn eine Änderung der Sachlage vorgebracht werden, die derart ins Gewicht falle, dass ein anderes Ergebnis ernstlich in Betracht komme (BGE 2C_487/2012 vom 2. April 2013 E. 4.6).

Die Berichte über die gesundheitliche Situation bzw. die Notwendigkeit einer engmaschigen medizinischen Betreuung und über die Intensität der Beziehung zur Tochter datierten vom April 2013

und seien vom Bundesgericht, dass sein Urteil am 15. November 2013 fällte, aufgrund des Novenverbots nicht überprüft worden. Das Zwischenzeugnis des Arbeitgebers, der Brief der Tochter und der weitere medizinische Bericht datiere vom Dezember 2013. Diese Informationen könnten daher grundsätzlich im Rahmen eines Wiedererwägungsgesuchs vorgebracht werden. Damit seien die Eintretensvoraussetzungen auf das Wiedererwägungsgesuch erfüllt.

Zwar hätten die Gesuchstellerin und der Gesuchsteller schon früher Kurzberichte des Sozialdienstes der Infektiologie am Kantonsspital St.Gallen eingereicht, in denen die langjährige Betreuung, die gesundheitliche Situation und die enge Beziehung zur Tochter beschrieben waren. Im Verlaufsbericht vom 22. April 2013 werde jedoch aufgezeigt, dass sich beide Elternteile trotz ihrer Drogenabhängigkeit auch während der Fremdplatzierung der Tochter regelmässig im Rahmen ihrer Möglichkeiten um sie gekümmert und gut mit der Beistandin zusammengearbeitet hätten. Es sei ihnen immer ein grosses Anliegen gewesen, dass die Tochter eine gute Ausbildung machen könne und nicht drogensüchtig werde. Leider habe die Tochter während der Abwesenheit der Mutter im Strafvollzug ihre KV-Lehre trotz der Betreuung durch den Vater vorzeitig abgebrochen, weil ihr der zusätzliche Beistand der Mutter gefehlt habe. Nach deren Entlassung aus dem Strafvollzug und der Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts habe sich die Situation der Tochter verbessert und sie habe eine neue Lehre als Verkäuferin begonnen. Insofern zeige sich, dass die Tochter weiterhin auf die Eltern angewiesen sei.

Im gleichen Bericht werde darauf hingewiesen, dass bei B. insbesondere seit dem Jahr 2011 eine nachhaltige positive Entwicklung zu beobachten sei und er sich von der Gasse fernhalte. Aus dem Bericht seines Beistands vom 19. April 2013 sei ersichtlich, dass er im Jahr 2011 von sich aus eine Vertretungsbeistandschaft beantragt habe und von Anfang an motiviert gewesen sei, seine Lebenssituation zu verbessern. Er habe die Einkommensverwaltung abgegeben, halte sich an ein striktes Budget, teile sein Unterhaltsgeld selbstständig ein und habe keine neuen Schulden gemacht. Im Juli 2011 habe er eine neue Wohnung beziehen können, ohne dass es bisher zu Klagen gekommen sei. Seine gesundheitliche Situation habe sich ebenfalls stabilisiert. Er nehme die Termine bei der infektiologischen Sprechstunde zuverlässig wahr und sei bemüht, die Dosierung des Methadons und der begleitenden Psychopharmaka kontinuierlich abzubauen.

Die Tochter beschreibe im Brief vom 23. Dezember 2013, dass die Zeit ihrer Mutter im Strafvollzug ein schwerer Einschnitt sowohl in ihrem als auch im Leben ihres Vaters gewesen sei. Der Vater sei in dieser Zeit zur wichtigsten Ansprechperson geworden und habe sich deutlich verbessert. Durch die Abwesenheit der Mutter und die Wiedervereinigung nach dem Strafvollzug hätten sich das enge Eltern-Tochter-Verhältnis und die gegenseitige Unterstützung noch verstärkt. Sie sei nach wie vor auf ihre Eltern angewiesen; sonst habe sie in der Schweiz keine Familie.

Am 15. März 2014 sei die Probezeit der bedingten Entlassung von A. aus dem Strafvollzug abgelaufen. Im Schlussbericht der Bewährungshilfe vom 30. April 2014 werde ihr attestiert, dass sie sämtliche Termine zuverlässig eingehalten habe. Die gesundheitliche Situation habe sich aufgrund der HIV-Erkrankung verändert, weshalb eine Neuberechnung der IV-Leistung beantragt worden sei. Das Methadon und die Betreuung in der infektiologischen Sprechstunde gäben ihr Stabilität im Alltag. Auch die Teilzeitanstellung gebe ihr Halt und sei ihr entsprechend wichtig. Laut Schlussbericht nehme A. auf freiwilliger Basis weiterhin die Unterstützung der Bewährungshilfe in Anspruch. Im Zwischenzeugnis des Arbeitgebers vom 19. Dezember 2013 werde ihr bei der Arbeit Selbständigkeit, Zuverlässigkeit und Pflichtbewusstsein attestiert.

Laut dem Bericht des Chefarztes der Infektiologie am Kantonsspital St.Gallen vom 24. April 2013 erweise sich die Wegweisung aus medizinischer Sicht als höchst problematisch. Die Gesuchstellerin und der Gesuchsteller ständen wegen schwerer psychiatrischer Leiden, die auch zu ihrer Heroinabhängigkeit und konsekutiven Suchtproblematik geführt hätten, in langjähriger Behand-

lung sowie aufgrund ihrer chronischen HIV- und Hepatitis-C-Infektion im Opiat-Substituierungsprogramm. Nur durch die tägliche Betreuung sei es möglich, die HIV-Infektion korrekt zu überwachen und effiziente Therapien sicherzustellen. Der bisherige Erfolg der Therapie sei nicht selbstverständlich, sondern beruhe auf der ganzheitlichen Betreuung des Paares. Erst unter Einbezug aller psychosozialen Faktoren sei es gelungen, eine stabile HIV-Therapie und -kontrolle zu erreichen. Eine Separierung hätte nicht nur desolate Konsequenzen für die Tochter, sondern auch für das Elternpaar, da eine medizinische Langzeitbehandlung in fremder Umgebung ohne das gewohnte psychosoziale Beziehungsnetz unwirksam sei. Im Fall einer Wegweisung seien die grossen Errungenschaften bei der Stabilisierung des Paares und deren Infektionskrankheiten gefährdet.

Am 13. Dezember 2013 ergänzte der Chefarzt der Infektiologie am Kantonsspital St.Gallen seinen früheren Bericht, in dem er nochmals auf die schwerwiegenden Konsequenzen einer Wegweisung hinwies. Die gesundheitlichen Risiken des Paares hätten in langjähriger Betreuung und mit grossem Aufwand minimiert werden können. Bei chronischen Infektionsproblemen sei der soziale Rückhalt anerkanntermassen der wichtigste Faktor einer erfolgreichen Therapie. Wie Studien zeigten, führe der fehlende soziale Support dazu, dass die Patienten ihre Behandlungstermine nicht mehr wahrnahmen und auch der infektionspräventive Effekt der Behandlung ausbleibe. Mit der Wegweisung sei daher nicht nur eine individuelle, sondern insbesondere auch eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit verbunden. In der Schweiz gelinge es bei Personen mit Drogenhintergrund aufgrund der regelmässigen Betreuung gut, die weitere Übertragung von chronischen Infektionen zu stoppen. Mit der Wegweisung nach Italien werde dieser zentrale Effekt der langjährigen präventionsmedizinischen Arbeit aufs Spiel gesetzt.

Die letzten gravierenden Verurteilungen wegen Heroinhandels lägen im Zeitpunkt des Entscheids über das Wiedererwägungsgesuch über drei Jahre, die zu Grunde liegenden Straftaten fünf Jahre zurück. B. habe sich seither – abgesehen von einer Verurteilung wegen Erwerb und Besitz zum Eigenkonsum – strafrechtlich nichts mehr zuschulden kommen lassen. Gegen A. lägen seit der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug Mitte August 2012 zwar drei Strafbefehle wegen Erwerb und Besitz zum Eigenkonsum vor. Vor dem Hintergrund der langjährigen schweren Drogensucht sei das entsprechende Verschulden insofern zu relativieren, als keine Anzeichen für erneuten Drogenhandel vorlägen.

Sämtliche dem Departement vorliegenden Berichte attestierten A. und B. seit rund drei Jahren eine positive Entwicklung und Stabilisierung im persönlichen Verhalten, im sozialen und familiären Umfeld sowie in Bezug auf ihre gesundheitliche Situation. Insbesondere aus den Berichten des Sozialdienstes und des Chefarztes der Infektiologie am Kantonsspital St.Gallen gingen insofern neue Aspekte hervor, als bis anhin einerseits noch nie derart detailliert die gesundheitliche und soziale Situation des Paares dargelegt sowie die Wichtigkeit der langjährigen und engmaschigen Betreuung in der HIV-Sprechstunde für die Stabilisierung der chronischen Infektionserkrankungen betont worden seien. Von fachärztlicher Seite werde diesbezüglich verneint, dass in Italien eine vergleichbare Betreuung gewährleistet sei. Andererseits sei mit Blick auf die langjährige Gesundheitsprävention auch der bisher nicht berücksichtigte Aspekt der öffentlichen Gesundheit hervorgehoben worden.

Zusammengefasst präsentiere sich der Sachverhalt aufgrund des Zeitablaufs und der nachträglich eingereichten Unterlagen in einem geänderten Licht und – sei trotz der anhaltenden Sucht – nicht mehr von einer aktuellen schweren Gefährdung der öffentlichen Ordnung auszugehen. Insbesondere die geltend gemachten gesundheitlichen Implikationen sowie die familiären Umstände liessen die ursprünglichen Verfügungen des Migrationsamtes als unverhältnismässig erscheinen. Am 3. November 2014 hiess das Sicherheits- und Justizdepartement das Wiedererwägungsgesuch von A. und B. gut und hob die Verfügungen des Migrationsamt vom 10. Oktober und 30. November 2011 sowie die Rekursentscheide vom 29. Mai und 2. November 2012 auf.

Die Gesuchstellerin und der Gesuchsteller müssten sich angesichts ihrer Vorgeschichte allerdings bewusst sein, dass ihnen nur noch eine letzte Chance gewährt werden könne. Insbesondere könnten Sie nicht mehr mit einer wohlwollenden Beurteilung ihrer Situation rechnen, falls sie sich erneut des Drogenhandels schuldig machten. Es werde ihnen daher dringend empfohlen, weiterhin die verschiedenen Betreuungsangebote zuverlässig wahrzunehmen.

5 Anhörung

Aufgrund der besonderen Umstände des Falls und der zahlreichen einander überschneidenden Verfahren entschied die Abordnung, die beiden direkt involvierten Personen anzuhören: Heidi Hanselmann, Regierungspräsidentin und Vorsteherin des Gesundheitsdepartementes, sowie Hans-Rudolf Arta, Generalsekretär des Sicherheits- und Justizdepartementes. Die Ergebnisse der Anhörungen vom 15. Januar 2015 lassen sich wie folgt zusammenfassen.

Im Sicherheits- und Justizdepartement erfolgten Sachbearbeitung und Instruktion des Rechtsmittel- bzw. Wiedererwägungsverfahrens zuhanden der Vorsteherin des Gesundheitsdepartementes. Da der Vorsteher des Sicherheits- und Justizdepartementes von Anfang an seinen Ausstand in dieser Sache erklärt hatte, oblag departementsintern die Verantwortung dem Generalsekretär. Bearbeitet wurde das Geschäft durch den Rechtsdienst des Sicherheits- und Justizdepartementes. Instruktionen der Vorsteherin des Gesundheitsdepartementes zum Verfahren oder zur materiellen Beurteilung des Wiedererwägungsgesuchs sind nach Auskunft des Generalsekretärs weder eingeholt noch erteilt worden. Mit ihr habe er sich lediglich über die Beantwortung allfälliger Medienanfragen abgesprochen; diese wurden bei ihm konzentriert. In der Sache hätten sie sich erst im Zeitpunkt der Ausfertigung des Entscheids miteinander unterhalten.

Nachdem die Medien den Aspekt herausgestrichen hätten, dass ein italienisches Paar nach 50 Jahren Aufenthalt in der Schweiz ohne Bezug zu Italien ausgeschafft werden sollte sowie aufgrund der angekündigten Petition und der eingereichten Berichte habe sich der Generalsekretär veranlasst gesehen, die Verfahrensakten vertieft zu studieren. Insbesondere habe er sich die Frage gestellt, ob die in den eingereichten Berichten beschriebene persönliche Entwicklung und medizinische Situation von A. und B. allenfalls relevante neue Aspekte seien, die zu einer Wiedererwägung führen könnten. Mit dem Leiter des Rechtsdienstes habe er abgesprochen, das Verfahren bis zum Entscheid des europäischen Gerichtshofs sistiert zu lassen. Danach habe die juristische Sachbearbeiterin um Instruktionen für das weitere Vorgehen und die «Stossrichtung» des Entscheids ersucht.

Weil der Generalsekretär das Gesuch nicht auf Anhieb eindeutig beurteilen können und im Hinblick auf eine vertiefte und zuverlässige Prüfung der vorliegenden Akten, habe er der juristischen Sachbearbeiterin die Anweisung erteilt, ausnahmsweise und ohne Vorwegnahme des definitiven Entscheids zwei gegensätzliche Entwürfe auszuarbeiten: Eine Variante «Nichteintreten» mangels rechtsgenüglcher Nova, eine Variante «Gutheissung» aufgrund rechtsgenüglcher Nova. Ihm sei bewusst gewesen, dass dieses Vorgehen absolut unüblich war. Er habe dieses in seiner langjährigen Tätigkeit in der Verwaltungsjustiz des Kantons bis zu diesem Zeitpunkt noch nie gewählt. Presseberichterstattung und Petition hätten nur insofern zu einem gewissen Druck geführt, als der Fall noch vertiefter geprüft worden sei, und dass er im Departement nicht auf der Stufe des Rechtsdienstes blieb, sondern sich der Generalsekretär selber um den Fall gekümmert habe.

Die beiden Entscheidvarianten seien in der Sachverhaltsbeschreibung und den allgemeinen Ausführungen zum Recht auf Wiedererwägung identisch gewesen. Sie hätten sich nur in der Gewichtung der vorgebrachten Nova, also in der Würdigung der Veränderungen in den persönlichen Verhältnissen unterschieden. In seiner juristischen Beurteilung sei der Generalsekretär zum

Schluss gekommen, dass beide Varianten juristisch korrekt, vertretbar und begründbar seien. Er habe daraufhin die beiden Entscheidvarianten der Vorsteherin des Gesundheitsdepartementes unterbreitet, ihr den Sachverhalt und die Vorgeschichte erläutert sowie ihr auf mehrmalige Nachfrage hin versichert, dass beide Varianten möglich seien. Die Vorsteherin des Gesundheitsdepartementes habe die beiden Entscheidvarianten auch von ihrem Generalsekretär – ebenfalls erfahrener Jurist – prüfen lassen. Dieser sei zur gleichen Beurteilung gekommen, beide seien juristisch vertretbar und es bestehe ein Ermessensspielraum.

Die Vorsteherin des Gesundheitsdepartementes führte aus, sie habe sich eine Bedenkzeit von einige Tagen herausbedungen. Sie habe sich in der Beurteilung der vorgebrachten Nova, in der Würdigung der Veränderungen in den persönlichen Verhältnissen ganz sicher sein wollen. Für sie sei wichtig gewesen, dass sie den Entscheid vor ihrem Gewissen habe verantworten können. Dies umso mehr als sie sich im einen der beiden Fälle früher – gestützt auf die damals klare Faktenlage – für die Ausweisung entschieden hätte. Für sie sei nun aber ebenso klar gewesen, dass sich in den drei Jahren Einiges verändert hatte. Die in den verschiedenen Berichten von Drittpersonen aufgezeigten Veränderungen in den persönlichen Verhältnissen hätten schliesslich den Ausschlag gegeben, sich gegen die Ausweisung zu entscheiden. Sie überwogen ihrer Meinung nach auch die Tatsache, dass A. und B. wieder straffällig geworden waren, weil dies klar im Zusammenhang mit deren Krankheit und Abhängigkeit zu werten sei. Wäre dieser Zusammenhang nicht gegeben gewesen, hätte sie anders entschieden.

Für die Vorsteherin des Gesundheitsdepartementes war nach ihren Ausführungen ein wichtiger Aspekt auch das Fehlen jeglichen persönlichen Bezugs zu Italien. Aufgrund der Tatsache, dass A. und B. in der Schweiz geboren worden, hier aufgewachsen und dabei auf die schiefe Bahn geraten seien, habe die Schweiz genauso eine Verantwortung, mit diesen Menschen umzugehen, wie Schweizern gegenüber, die im Ausland delinquierte. Hintergrund für diese Überlegungen und in der Entscheidfindung von zentraler Bedeutung sei für sie aber das Wissen gewesen, dass beide Entscheidvarianten juristisch korrekt seien.

In der Beurteilung des Generalsekretärs des Sicherheits- und Justizdepartementes führt der Entscheid nicht zu einer Praxisänderung, und zwar weder bezüglich der Beurteilung von Wiedererwägungsgesuchen noch bezüglich des Widerrufs von Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligungen. Die Regeln zur Beurteilung von Wiedererwägungsgesuchen blieben unverändert; in jedem einzelnen Fall werde neu geprüft, ob neue Sachverhalte vorgebracht würden. Der Generalsekretär vertrat die Ansicht, dass sich der zur Diskussion stehende Entscheid im Ermessensbereich bewege. Er habe mit der juristischen Sachbearbeiterin und mit der Vorsteherin des Sicherheits- und Justizdepartementes nicht über die wissenschaftliche Abgrenzung der verschiedenen Ermessensarten diskutiert. Die Frage des Tatbestandsermessens sei jedoch in beiden Versionen insofern thematisiert oder beurteilt worden, als die Eintretensvoraussetzungen geprüft worden seien. Aufgrund des Zwischenergebnisses, dass der Sachverhalt sowohl als Novum als auch als Nicht-Novum habe bewertet werden können, sei er zum Ergebnis gekommen, dass auch eine Neubeurteilung des Falles möglich sei.

Ein Auswahlermessen, etwa im Sinn einer mildereren Massnahme, gab es nach Beurteilung des Generalsekretärs in diesem Fall aufgrund der Ausländergesetzgebung des Bundes nicht. Insbesondere sei es nicht möglich, die Niederlassungsbewilligung zu entziehen und eine Jahresaufenthaltsbewilligung mit entsprechenden Auflagen zu erteilen. Die Ausländergesetzgebung des Bundes kenne hier nur schwarz oder weiss, entziehen oder nicht. Diese Gesetzeslücke bei der Niederlassungsbewilligung bestehe auf Bundesebene schon lange. Es habe auch schon einen politischen Vorstoss mit dem Ziel gegeben, im Bereich der Niederlassungsbewilligung ebenfalls mit Auflagen und Befristungen arbeiten zu können. Der Bundesgesetzgeber sehe das weiterhin nicht vor.

6 Ergebnis und Würdigung

6.1 Zuständigkeit

Das Wiedererwägungsverfahren wurde korrekt abgewickelt, die geltenden Zuständigkeits- und Verfahrensregeln wurden eingehalten. Es mag für nicht mit den entsprechenden Rechtsgrundlagen vertrauten Dritte nicht leicht nachvollziehbar sein, dass eine Verwaltungsbehörde auf einen Entscheid zurückkommt, gegen den der Rechtsmittelweg beschritten worden ist, allenfalls sogar ein rechtskräftiger Beschwerdeentscheid vorliegt oder – wie im konkreten Fall – ein Verfahren vor einem Gericht hängig ist. Unter bestimmten Voraussetzungen sieht die Rechtsordnung dies aber vor und stellt dafür das Instrument des Wiedererwägungsgesuchs zur Verfügung. Es ergibt sich letztlich aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf ein gerechtes Verfahren und bedeutet insofern auch keine Verletzung des Prinzips der Gewaltenteilung.⁷

Wiedererwägungsgesuche können bei derjenigen Verwaltungsbehörde eingereicht werden, die in der Sache entschieden hat. Das VRP schreibt nicht vor, dass ein solches Gesuch zwingend bei der erstinstanzlich verfügenden Behörde einzureichen ist. Im konkreten Fall konnte daher das Wiedererwägungsgesuch sowohl beim Migrationsamt als auch beim Sicherheits- und Justizdepartement eingereicht werden. Da es beim Sicherheits- und Justizdepartement eingereicht wurde, hatte dieses – konkret sein Rechtsdienst – den Fall zu bearbeiten. Der Vorsteher des Sicherheits- und Justizdepartementes hatte vor seiner Wahl in die Regierung die beiden Gesuchsteller in früheren Verfahren als Anwalt vertreten, weshalb er in den Ausstand treten musste. Das Gesundheitsdepartement ist Stellvertreterdepartement des Sicherheits- und Justizdepartementes. Daher war die Vorsteherin des Gesundheitsdepartementes als stellvertretende Vorsteherin des Sicherheits- und Justizdepartementes für den vorliegenden Entscheid zuständig.

Das Gesundheitsdepartement ist seit dem Jahr 2000 ordentliches Stellvertreterdepartement des früheren Justiz- und Polizeidepartementes bzw. des Sicherheits- und Justizdepartementes. Dies wurde bei der Konstituierung der Regierung für die Amtsdauern 2004/2008 (RRB 2004/285), 2008/2012 (RRB 2008/338) und 2012/2016 (RRB 2012/348) bestätigt. An einer einmal eingerichteten Stellvertretung unter den Departementen muss nur schon darum einige Jahre festgehalten werden, weil sich die Mitarbeitenden der Rechtsdienste bzw. Rechtsabteilungen das für die stellvertretungsweise Fallbearbeitung in der verwaltungsinternen Rechtspflege nötige – departementsfremde – Wissen aneignen und darin eine gewisse Erfahrung erwerben müssen.

Aufgrund der parteipolitischen Zusammensetzung der Regierung und der Departementsverteilung in der Amtsdauer 2012/2016 gehören der vertretene Departementsvorsteher und die stellvertretende Departementsvorsteherin der gleichen Partei an. Die gleiche Konstellation ergibt sich bei der Stellvertretung des Baudepartementes durch das Departement des Innern. Dies kann politisch unerwünscht sein, ist rechtlich aber belanglos. Im untersuchten Verfahren kommt hinzu, dass die Rechtsvertreterin und der Rechtsvertreter der betroffenen Personen sowie die Mehrheit der eingereichte Petition Erstunterzeichnenden ebenfalls der gleichen Partei angehören. Damit könnte der Vorwurf einer Beeinflussung und ein Anschein der Befangenheit entstehen. Sowohl die Vorsteherin des Gesundheitsdepartementes als auch der Generalsekretär des Sicherheits- und Justizdepartementes – selber Mitglied einer anderen Partei – versicherten der Abordnung aber glaubhaft, dass weder von Seiten des Rechtsvertreters noch von Seiten des Vorstehers des Sicherheits- und Justizdepartementes der Versuch unternommen worden war, Einfluss zu nehmen.

⁷ Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St.Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2014, Art. 29 (Rz 38) und Vorbemerkungen zu Art. 143 bis 191c (Rz 3 ff.).

6.2 Ermessensausübung

Die Gutheissung des Wiedererwägungsgesuchs war ein Ermessensentscheid. In der Sache konzentrierte sich die rechtliche Beurteilung des Wiedererwägungsgesuchs auf die Frage, ob die positive Entwicklung und Stabilisierung im persönlichen Verhalten, im sozialen Umfeld und in Bezug auf die gesundheitliche Situation als Nova, als neue Tatsachen gelten konnten. Im Verfahren stützte sich das Sicherheits- und Justizdepartement auf die vorhandenen Akten und bereitete zwei gegensätzliche, aber als rechtlich zulässig erachtete Entscheidvarianten vor (Nichteintreten bzw. Gutheissung). Auch wenn der Bewertungsspielraum in der Tat sehr klein war, ist dieses Vorgehen bzw. diese Einschätzung nicht für alle Mitglieder der Rechtspflegekommission nachvollziehbar.

Sie stellte sich die insbesondere Frage, ob das Sicherheits- und Justizdepartement im Sinn der unabhängigen Ermittlung des Sachverhalts (Art. 12 VRP) als Ergänzung zu den Parteieingaben nicht eigene Abklärungen hätte tätigen sollen, so etwa zur Frage der Gewichtung des öffentlichen Interessens. Allenfalls hätten in dieser aussergewöhnlichen Situation die Ergebnisse weiterer Abklärungen doch den Ausschlag für die eine der vorbereiteten Entscheidvarianten geben können. Auch in der Anwendung der «Untersuchungsmaxime» hat die entscheidende Behörde jedoch ein gewisses Ermessen. Gestützt auf die durch ihre Abordnung getätigten Abklärungen und durchgeführten Anhörungen erkennt die Rechtspflegekommission keine Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Betätigung dieses Ermessens.

Der Ermessensentscheid wurde schliesslich der Vorsteherin des Gesundheitsdepartementes überlassen. Nachdem die beiden Generalsekretäre ihr bestätigt hatten, dass beide Entscheidvarianten rechtlich korrekt seien, konnte sie sich als frei betrachten, sich für oder gegen die Gutheissung des Wiedererwägungsgesuchs zu entscheiden. Sie bewertete im Rahmen des Tatbestandsermessens die positive Entwicklung und Stabilisierung im persönlichen Verhalten, im sozialen Umfeld und in Bezug auf die gesundheitliche Situation der Gesuchstellerin und des Gesuchstellers als Nova, als neue Tatsachen, und entschied sich für die Gutheissung. Dass sie bei dieser Bewertung nach ihrer eigenen Aussage auch Gewissensgründen berücksichtigte, kann ihr rechtlich nicht zum Vorwurf gemacht werden. Nach dem geltenden Recht trägt sie die Verantwortung für den Entscheid.

Immerhin enthält der Entscheid den klaren Hinweis, dass sich die Gesuchstellerin und der Gesuchsteller angesichts ihrer Vorgeschichte bewusst sein müssen, «dass ihnen nur noch eine letzte Chance gewährt werden kann. Insbesondere könnten Sie nicht mehr mit einer wohlwollenden Beurteilung ihrer Situation rechnen, falls sie sich erneut des Drogenhandels schuldig machten.»

7 Schlussfolgerung

Gestützt auf die durch ihre Abordnung getätigten Abklärungen und durchgeführten Anhörungen kommt die Rechtspflegekommission zum Schluss, dass das Wiedererwägungsverfahren korrekt abgewickelt wurde und die geltenden Zuständigkeits- und Verfahrensregeln eingehalten wurden. Die Gutheissung des Wiedererwägungsgesuchs war ein Ermessensentscheid, der gestützt auf die Bewertung bestimmter Entwicklungen im persönlichen Verhalten, im sozialen Umfeld und in der gesundheitlichen Situation der Gesuchstellerin und des Gesuchstellers als neue Tatsachen gefällt wurde. Nur eine gerichtliche Instanz hätte den Entscheid aufheben und die Ermessensbetätigung formell überprüfen können. Diese Überprüfung ist nicht mehr möglich; der Wiedererwägungsentscheid ist rechtskräftig. Ob überhaupt und inwiefern diesem einzelnen Entscheid präjudizieller Charakter zukommt, wird die künftige Praxis und Rechtsprechung zeigen.

Die Rechtspflegekommission erachtet diesen Fall als beispielhaft für ein allgemeines Problem der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege: Die Departementsvorsteherin oder der Departementsvorsteher – in wenigen Einzelfällen noch die Regierung – verantworten die Rechtsmittelentscheide. Sie können theoretisch Einfluss auf den Entscheid nehmen, machen faktisch aber selten Gebrauch von dieser Möglichkeit. Ob überhaupt und wenn ja, in welchem Verfahrensschritt die oder der Mitarbeitende des Rechtsdienstes die Vorsteherin oder den Vorsteher bereits in die Fallbearbeitung einbezieht, z.B. wenn ein Rechtsmittelentscheid politisch brisant erscheint oder einen besonderen Ermessensspielraum beinhaltet, ist abhängig vom Einzelfall. Zudem ist die diesbezügliche Praxis je Departement verschieden.

Verkürzt formuliert wird der Entscheid von Personen vorbereitet und entschieden, die nicht dafür verantwortlich sind, und von einer Person unterzeichnet und verantwortet, die den Entscheid nicht bearbeitet hat. Diese rechtliche und politische Verantwortung der demokratisch legitimierten Departementsleitung – in wenigen Einzelfällen der Regierung – war vom Gesetzgeber gewollt. Die von Staatswirtschaftlicher Kommission und Rechtspflegekommission nach ihrer Prüfungstätigkeit im Jahr 2014 der Regierung gegenüber ausgesprochene Empfehlung, die politische Verantwortung in der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege aktiv wahrzunehmen und die Kriterien dafür departementsübergreifend einheitlich zu regeln, ist begründet.⁸

8 Antrag

Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, wir beantragen Ihnen, auf den Bericht der Rechtspflegekommission über Untersuchung eines Wiedererwägungsentscheides des Sicherheits- und Justizdepartementes einzutreten.

Für die Rechtspflegekommission

Walter Locher
Präsident

⁸ Vgl. 82.15.09 Bericht der Staatswirtschaftlichen Kommission und der Rechtspflegekommission zur Prüfung der «verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege» im Jahr 2014 vom 1. April 2015.