

BL_GERICHTE 2005/32 vom 9. März 2005

BL Gerichte, 2005-03-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_2005_32

FR: BL_GERICHTE 2005/32 du 9 mars 2005

IT: BL_GERICHTE 2005/32 del 9 marzo 2005

Regeste

Bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug und gleichzeitige Ausweisung aus der Schweiz

Erwägungen

E. 1

(...) 3.a) Gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG kann ein Ausländer aus der Schweiz ausgewiesen werden, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft wurde und das Urteil in Rechtskraft erwachsen ist. Bei einem in der Schweiz niedergelassenen Ausländer hat die Ausweisung gemäss Art. 9 Abs. 3 lit. b ANAG zur Folge, dass dessen Niederlassungsbewilligung erlischt. Weitere in der Schweiz niedergelassene Familienmitglieder des von der Ausweisungsverfügung betroffenen Ausländers können aber nur dann ebenfalls ausgewiesen werden, wenn sie ihrerseits einen Ausweisungsgrund erfüllen (vgl. Andreas Zünd, Beendigung der ausländerrechtlichen Anwesenheitsberechtigung [Anwesenheitsberechtigung], in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts, St. Gallen 2001, S. 146 f.). b) Das Vorliegen eines Ausweisungsgrundes reicht aber an sich noch nicht aus, damit eine Ausweisung rechtmässig angeordnet werden kann. Vielmehr darf sie gemäss Art. 11 Abs. 3 ANAG nur dann verfügt werden, wenn sie nach den gesamten Umständen angemessen erscheint. Ob eine Ausweisung angemessen ist, bemisst sich gemäss Art. 16 Abs. 3 ANAV namentlich nach der Schwere des Verschuldens des Ausländers, der Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz sowie der ihm und seiner Familie drohenden Nachteile. Gerade bei niedergelassenen Ausländern stellt die Ausweisung, sofern sie in der Schweiz über nahe Angehörige verfügen, regelmässig einen Eingriff in den Anspruch auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK dar. Diese Tatsache verlangt nach einer weiteren Interessenabwägung im Lichte der Eingriffsgründe von Art. 8 Ziff. 2 EMRK (Zünd, Anwesenheitsberechtigung, S. 152). c) Verübt ein Ausländer ein Verbrechen oder ein Vergehen, hat - gestützt auf Art. 55 StGB - bereits der Strafrichter die Möglichkeit, die strafrechtliche Landesverweisung anzuordnen. Sieht er hievon ab oder gewährt er für die Landesverweisung den bedingten Strafvollzug, bleibt es den Fremdenpolizeibehörden trotzdem unbenommen, den Ausländer auszuweisen (BGE 129 II 216 E. 3.2 mit Hinweisen). Sie dürfen gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch strenger urteilen als der Strafrichter und ihre Interessenabwägung unabhängig von dessen Interessenabwägung vornehmen. Während für den Strafrichter in dieser Hinsicht nämlich der individuelle Resozialisierungsgedanke im Vordergrund steht, haben die Fremdenpolizeibehörden vorab das allgemeinere Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu berücksichtigen. Der konkreten Prognose über das Wohlverhalten sowie dem Resozialisierungsgedanken des Strafrechts ist zwar im Rahmen der umfassenden fremdenpolizeilichen Interessenabwägung ebenfalls Rechnung zu tragen, die beiden

Umstände geben aber nicht den Ausschlag (BGE 125 II 110 E. 2d mit weiteren Hinweisen). Eine Ausweisung ist aber um so weniger zulässig, je geringfügiger der Ausweisungsgrund, insbesondere die Straffälligkeit des Ausländers, ist. Bei schweren Straftaten, insbesondere bei Gewalt-, Sexual- und schweren Betäubungsmitteldelikten, besteht indessen ein wesentliches öffentliches Interesse an einer Ausweisung und dies um so mehr, wenn nachweislich die Gefahr erneuter Delinquenz besteht (BGE 122 II 436 E. 2c). d) Gemäss Art. 59 AsylG gelten Personen, denen die Schweiz Asyl gewährt hat oder die als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen worden sind, gegenüber allen eidgenössischen und kantonalen Behörden als Flüchtlinge im Sinne dieses Gesetzes. Gemäss Art. 32 Ziff. 1 Flüchtlingskonvention dürfen anerkannte Flüchtlinge nur aus Gründen der Staatssicherheit oder der öffentlichen Ordnung ausgewiesen werden. In Konkretisierung dieser Bestimmung sieht Art. 65 AsylG vor, dass Flüchtlinge nur ausgewiesen werden dürfen, wenn sie die innere und äussere Sicherheit der Schweiz gefährden oder die öffentliche Ordnung in schwerwiegender Weise verletzt haben. Diese Vorschriften des Asylrechts regeln nicht die Voraussetzungen, unter denen ein Flüchtling aus dem Gebiete der Schweiz zu verweisen ist, sondern besagen lediglich, dass er nur ausgewiesen werden darf, wenn die erwähnten besonderen Voraussetzungen erfüllt sind. Soweit es also um die Ausweisung eines Flüchtlings geht, ist Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG im Lichte von Art. 32 Ziff. 1 Flüchtlingskonvention und Art. 65 AsylG, d. h. gegebenenfalls restriktiver als gegenüber anderen Ausländern, auszulegen und anzuwenden (vgl. auch BGE 116 IV 110 E. 3a). e) Die erwähnten Bestimmungen des Asylgesetzes sowie der Flüchtlingskonvention sind somit nicht selbst Grundlage der Ausweisung, sondern beschränken lediglich die Anwendung von Art. 10 ANAG (Andreas Zünd, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung [Beendigung], in: Uebersax/Münch/Geiser/Arnold (Hrsg.), Ausländerrecht, Basel 2002, § 6, Rz. 6.43). Die Frage, was unter einer Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz bzw. einer schwerwiegenden Verletzung der öffentlichen Ordnung zu verstehen ist, hat das Bundesgericht erst vereinzelt entscheiden müssen. Es hat jedenfalls die Zulässigkeit der Ausweisung bejaht bei einer Vergewaltigung (BGE vom 1. Juli 1994 i.S. K [2A.139/1994] E. 4) und bei schweren Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (BGE vom 25. August 1995 [2A.88/1995]). In der Lehre wird postuliert, dass Grundlagen des staatlichen Zusammenlebens gefährdet sein müssen (vgl. Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich 1997, Art. 55 StGB, Rz. 2a). Fehlt es an dieser Voraussetzung, so darf die Ausweisung gar nicht erst ausgesprochen werden. Eine Verhältnismässigkeitsprüfung fällt demnach dahin. Massgebend ist somit das durch die strafrechtliche Verurteilung zum Ausdruck gebrachte Verschulden. f) Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil des Strafgerichts vom 20. Juli 2001 bzw. mit Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Zivil- und Strafrecht, vom 20. August 2002 der mehrfachen versuchten vorsätzlichen Tötung, der mehrfachen Gefährdung des Lebens sowie der einfachen Körperverletzung mit einer Waffe zu einer Zuchthausstrafe von 5 1/2 Jahren schuldig gesprochen. Die Höhe der verhängten Freiheitsstrafe, die Art der Straftaten sowie die Gewalttätigkeit und Rücksichtslosigkeit seiner Familie gegenüber lassen auf ein schweres Verschulden schliessen, auch wenn nur eine einmalige deliktische Handlung zu beurteilen war. Die öffentliche Ordnung wurde durch das Verbrechen des Beschwerdeführers massiv tangiert. Es besteht somit ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers von der Schweiz. Damit hat er, was weitgehend unbestritten geblieben ist, den Tatbestand von Art. 10 lit. a ANAG i.V.m. Art. 32 Ziff. 1 Flüchtlingskonvention und Art. 65 AsylG erfüllt. 4.a) Die Ausweisung soll jedoch nur

verfügt werden, wenn sie nach den gesamten Umständen angemessen erscheint (Art. 11 Abs. 3 ANAG). Hierbei sind vor allem die Schwere des Verschuldens des Ausländers, die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz und die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 3 ANAV). Ob die Ausweisung im Sinne der Art. 11 Abs. 3 ANAG und Art. 16 Abs. 3 ANAV "angemessen", d.h. verhältnismässig ist, ist eine Rechtsfrage, die vom Kantonsgericht im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde frei überprüft werden kann (Art. 45 lit. a VPO). Dem Kantonsgericht ist es jedoch verwehrt, sein eigenes Ermessen - im Sinne einer Überprüfung der Zweckmässigkeit (Opportunität; vgl. BGE 116 Ib 356 f. E. 2b) der Ausweisung - an die Stelle desjenigen der zuständigen kantonalen Behörde zu setzen (BGE 125 II 107 E. 2a, 114 Ib 2 E. 1b; zum Ganzen auch BGE 125 II 523 f. E. 2b). b) Je länger ein Ausländer in der Schweiz anwesend war, desto strengere Anforderungen sind grundsätzlich an die Anordnung einer Ausweisung zu stellen. Zu berücksichtigen ist auch, in welchem Alter der Ausländer in die Schweiz eingereist ist. Selbst bei einem Ausländer, der bereits hier geboren ist und sein ganzes bisheriges Leben in der Schweiz verbracht hat (Ausländer der "zweiten Generation"), ist jedoch eine Ausweisung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht ausgeschlossen (BGE 122 II 435 ff. E. 2, BGE 125 II 524 ff. E. 3). c) Umstritten ist, ob der Ausweisung aus der Schweiz zusätzliche, über die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips hinausgehende, Schranken entgegenstehen. Gemäss Art. 5 Abs. 1 AsylG darf keine Person in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem ihr Leib, ihr Leben oder ihre Freiheit gefährdet ist oder in dem sie Gefahr läuft, zur Ausreise in ein solches Land gezwungen zu werden (sog. Grundsatz des Non-Refoulement; vgl. auch Art. 25 Abs. 2 BV, Art. 33 Ziff. 1 Flüchtlingskonvention). Darauf kann sich allerdings gemäss Art. 5 Abs. 2 AsylG bzw. Art. 33 Ziff. 2 Flüchtlingskonvention nicht berufen, wer die Sicherheit der Schweiz gefährdet oder infolge einer rechtskräftigen Verurteilung wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens als gemeingefährlich einzustufen ist. Gemäss Rechtsprechung gelten als besonders schwere Verbrechen etwa Mord, Vergewaltigung, bewaffneter Raubüberfall, schwere Körperverletzung und schwerer Drogenhandel (vgl. Zünd, Ausweisung, Rz. 6.44). d) Während das Rückschiebeverbot somit nicht in absoluter Weise Gültigkeit hat und bei besonders schwerwiegenden Verfehlungen des Ausländers ausser Kraft gesetzt wird, bildet Art. 3 EMRK (Folterverbot) eine absolute Schranke der Ausweisung aus der Schweiz. Das Folterverbot gewährt keine Ausnahmen, unterliegt keinerlei Schranken und ist einer Verhältnismässigkeitsprüfung nicht zugänglich, gleichgültig, welcher schrecklichen Verbrechen die auszuweisende Person beschuldigt wird (vgl. Stephan Breitenmoser, Art. 25 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, Rz. 20). Das Folterverbot gehört zum Kerngehalt der persönlichen Freiheit und ist deshalb im Sinne von Art. 36 Abs. 4 BV unantastbar. Art. 10 Abs. 3 BV formuliert dies dergestalt, dass Folter und jede Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung verboten sind. Dementsprechend darf gemäss Art. 25 Abs. 3 BV niemand in einen Staat ausgeschafft werden, in dem ihm Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht. e) Das Bundesgericht hat in BGE 116 V 105 ff. im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Landesverweisung gemäss Art. 55 StGB dargelegt, der Grundsatz der Nichtrückweisung gemäss Art. 5 Abs. 1 AsylG, Art. 33 Ziff. 1 Flüchtlingskonvention und Art. 25 Abs. 2 BV sowie das Folterverbot nach Art. 3 EMRK und Art. 25 Abs. 3 BV stünden der Aussprechung einer Landesverweisung nicht entgegen; diese Gesichtspunkte

seien erst beim Vollzug der Landesverweisung, mit anderen Worten von den Vollzugsbehörden, zu berücksichtigen (vgl. auch BGE 118 IV 223 ff. E. 1). Dabei sei das Entscheidungsverfahren streng vom Vollstreckungsverfahren zu trennen. In der Regel habe die Vollzugsbehörde eine separate Vollstreckungsverfügung zu erlassen, in der erst über die asyl- und menschenrechtliche Zulässigkeit der Landesverweisung zu befinden sei (BGE 116 V 115 f. E. 4h). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Zusammenhang mit Art. 55 StGB hat der Richter bei der Aussprechung einer Landesverweisung somit nicht zu prüfen, ob eine Ausweisung des Betroffenen gegen das Non-Refoulement-Prinzip bzw. gegen Art. 3 EMRK verstösst. Bei diesen asyl- und menschenrechtlichen Gründen gegen eine Verweisung eines Ausländers aus dem Gebiete der Schweiz geht es demnach nicht um eigentliche Vorfragen, deren Entscheidung für die Anwendung von Art. 55 StGB notwendig wäre, sondern um Hindernisse, welche gemäss Asylrecht oder der Europäischen Menschenrechtskonvention dem Vollzug einer Landesverweisung im konkreten Fall entgegenstehen können, ähnlich wie das Fehlen der Hafterstehungsfähigkeit dem Vollzug einer rechtskräftigen Freiheitsstrafe (BGE 116 V 113 E. 4c). f) Diese Grundsätze, welche das Bundesgericht im Rahmen von Art. 55 StGB entwickelt hat, lassen sich nicht unbeschadet auf das fremdenpolizeiliche Ausweisungsverfahren übertragen, wie das Bundesgericht im wegleitenden Urteil *Kastrati* vom 1. Juli 1994 (2A.139/1994) festgehalten hat. Danach werden in der Praxis des Ausländerrechts selbständige Vollstreckungsverfügungen kaum je getroffen (BGE vom 1. Juli 1994 [2A.139/1994] E. 4b). Im häufig vorkommenden Fall der Wegweisung infolge Ablehnung des Asylgesuches ergibt sich dies aus der gesetzlichen Regelung selbst. Die Anordnung der Vollstreckung ist bereits im Sachentscheid zu regeln. Gemäss Art. 45 Abs. 1 ANAG enthält die Wegweisungsverfügung unter anderem Anordnungen über die Verpflichtung der asylsuchenden Person, die Schweiz zu verlassen (lit. a), die Androhung von Zwangsmitteln im Unterlassungsfall (lit. c) oder die Bezeichnung der Staaten, in welche die asylsuchende Person nicht zurückgeführt werden darf (lit. d). Auch in der Lehre wird die Meinung vertreten, dass zumindest bei anerkannten Flüchtlingen die Ausländerbehörde, welche eine Ausweisung in Betracht zieht, die Flüchtlingseigenschaft ihrem Entscheid zugrunde zu legen hat. Dies gelte sowohl bezüglich der Zulässigkeit der Ausweisung als solcher wie auch der Schranken ihres Vollzuges (Zünd, *Ausweisung*, Rz. 6.45), was im Übrigen auch eine verfassungs- und EMRK-konforme Auslegung der Bundesgesetze gebieten würde (Béatrice Keller, Art. 55 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), *Strafgesetzbuch I*, Art. 1 - 110 StGB, Basler Kommentar, Basel 2003, Rz. 20). g) Das Bundesgericht lässt es im besagten Urteil *Kastrati* vom 1. Juli 1994 im Ergebnis offen, ob diejenige Behörde, welche eine Ausweisung verfügt, zugleich die Schranken ihres Vollzuges zu überprüfen hat. Nicht zu beanstanden ist demnach, wenn bereits im Sachentscheid über die an sich erst im Stadium des Vollzuges sich stellende Frage der Zulässigkeit der Ausweisung unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Nichtrückweisung bzw. der Europäischen Menschenrechtskonvention (vgl. auch Art. 25 Abs. 2 und Abs. 3 BV) befunden wird (BGE 2A.139/1994 E. 4b). Allerdings steht es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Kantonen auch offen, das Refoulement-Verbot bzw. das Folterverbot erst bei der Vollstreckung der Ausweisung durch die entsprechende Behörde zu berücksichtigen und zu prüfen. h) Nach der Ansicht des Kantonsgerichts bilden die Grundsätze des Non-Refoulement und des Folterverbots keine Voraussetzungen für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft oder der Asylgewährung. Entsprechend bilden diese Schranken keine Gründe, um das Asyl zu widerrufen (Art. 63 AsylG) bzw. erlöschen zu lassen (Art. 64

AsylG). Würde mit der Ausweisung zugleich der Grundsatz des Non-Refoulement bzw. Art. 3 EMRK geprüft, könnte, weil der Entscheid des Richters und auch ein solcher einer Strafvollzugsbehörde nach ihrer Ausfällung nicht mehr abänderbar sind, einer späteren Veränderung der Verhältnisse im Ausreiseland, die keine schweren Menschenrechtsverletzungen mehr befürchten liesse, nicht mehr Rechnung getragen werden. Dies ist nicht der Sinn des Rückschiebeverbots. Das Gericht ist deshalb der Meinung, dass die Schranken des Non-Refoulement bzw. des Folterverbots erst bei der Vollstreckung der Ausweisung im Rahmen der Vollstreckungsverfügung zu berücksichtigen sind. i) Dies ergibt sich auch daraus, dass sich dem Verwaltungsverfahren ein Vollstreckungsverfahren anschliesst, welches eine eigenständige Anordnung über die zwangsweise Durchsetzung einer vollstreckbaren Verfügung zum Inhalt hat. Diese ergeht in einem vom Entscheidungs- oder Erkenntnisverfahren - welches abgeschlossen sein muss - getrennten Vollstreckungsverfahren, welches dazu dient, den der richterlichen Entscheidung zugrunde liegenden Zustand zu verwirklichen. Während das gerichtliche Verfahren, wie oben erwähnt, lediglich die Schranken der Ausweisung gemäss Art. 10 ANAG i.V.m. Art. 65 AsylG bzw. Art. 32 Ziff. 1 Flüchtlingskonvention zum Inhalt hat, haben die Vollstreckungsbehörden, im Kanton Basel-Landschaft das Amt für Migration (AfM), die restlichen Schranken zu prüfen. Das Kantonsgericht hat folglich nur zu prüfen, ob die Ausweisung zulässig ist, weil der Flüchtling die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet oder die öffentliche Ordnung in schwerwiegender Weise verletzt hat. Folglich hat das AfM zu prüfen, - ob dem Vollzug Gründe gemäss Art. 5 Abs. 1 AsylG bzw. Art. 33 Ziff. 1 der Flüchtlingskonvention entgegenstehen (Rückschiebeverbot; vgl. auch Art. 14a Abs. 3 ANAG); - falls ja, ob der Vollzug in einen Drittstaat möglich ist, in dem keine asylrechtlich relevante Verfolgungssituation vorliegt; - wenn nein, ob vom Rückschiebeverbot abgesehen werden kann, weil der Flüchtling die Sicherheit der Schweiz gefährdet oder infolge einer rechtskräftigen Verurteilung wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens als gemeingefährlich einzustufen ist (Art. 5 Abs. 2 AsylG bzw. Art. 33 Ziff. 2 Flüchtlingskonvention); - schliesslich ob, wenn das Rückschiebeverbot nicht gelten sollte, allenfalls das Folterverbot gemäss Art. 25 Abs. 3 BV der Ausschaffung entgegensteht. j) Der Entscheid des Kantonsgerichts bezüglich der Ausweisung aus der Schweiz wie auch die Vollstreckungsverfügung unterliegen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 97 Abs. 1 OG; Ausschlussgründe gemäss Art. 99 - Art. 102 OG liegen keine vor; insbesondere fällt die Vollstreckungsverfügung nicht unter die in Art. 100 Abs. 1 lit. b OG genannten, von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgenommenen Verfügungen. 5.a) Im Rahmen der nun vorzunehmenden Verhältnismässigkeitsprüfung (Art. 16 Abs. 3 ANAV) ist zunächst das Verschulden des Beschwerdeführers zu gewichten. Dies wiegt ausserordentlich schwer. Der Beschwerdeführer hat bei voller Zurechnungsfähigkeit mehrfach elementare Rechtsgüter bzw. das Leib und Leben seiner Ehefrau und seiner beiden Kinder geradezu aufs Spiel gesetzt. Er verhielt sich gegenüber seinen Familienangehörigen völlig rücksichtslos und schreckte schliesslich nicht vor dem Versuch zurück, sie zu töten. Wie die kantonalen Behörden zutreffend festgehalten haben, ist Gewalt in der Familie ebenso wenig zu dulden wie Gewalttätigkeiten gegenüber unbeteiligten Dritten. Es besteht somit weiterhin ein erhebliches öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers von der Schweiz. b) Es ist weiter zu prüfen, ob allenfalls die Dauer der Anwesenheit des Beschwerdeführers in der Schweiz und die ihm und seiner Familie aufgrund der Ausweisung drohenden Nachteile das öffentliche Interesse an seiner Ausweisung und

Fernhaltung zu überwiegen vermögen. Der Beschwerdeführer war im Alter von 36 Jahren 1989 in die Schweiz eingereist. Er kann heute also eine nicht unerhebliche Aufenthaltsdauer von 16 Jahren nachweisen, wobei zu bemerken ist, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner strafrechtlichen Verurteilung bis heute rund 5 Jahre inhaftiert war. Der Beschwerdeführer ist in seiner Heimat aufgewachsen und zur Schule gegangen, hat dort also seine Jugend und einen grossen Teil seines Erwachsenenlebens verbracht. Schliesslich scheinen die Beziehungen des Beschwerdeführers zu seinem Heimatland auch heute noch intakt zu sein. Auch hat er sich in der Schweiz in sprachlicher und sozialer Hinsicht schlecht integriert. Im Weiteren verfügen seine Ehefrau wie auch seine Kinder über eigenständige Niederlassungsbewilligungen, so dass sie in ihrem Entscheid frei sind, ob sie mit dem Beschwerdeführer in die Türkei zurückkehren wollen oder nicht. Zudem ist anzumerken, dass sich die Familie um den Beschwerdeführer während seiner Inhaftierung nur sporadisch gekümmert und kaum für seinen Verbleib in der Schweiz eingesetzt hat. c) Bezüglich der Resozialisierungschancen des Beschwerdeführers schliesslich hatte das Strafgericht in seinem Urteil vom 20. Juli 2001 ausgeführt, dass diese „...hier besser sein dürften, als in der Heimat“. Entsprechend war die Landesverweisung bedingt ausgesprochen worden. Angesichts der vorstehend erläuterten sozialen Beziehungen des Beschwerdeführers zur Türkei sowie der Annahme, dass er dort über ausreichende Beziehungen zum Aufbau einer neuen Existenz verfügen wird, können die Resozialisierungschancen in seiner Heimat nicht als wesentlich schlechter beurteilt werden. Um im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit einer Ausweisung gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG zugunsten des Beschwerdeführers ins Gewicht zu fallen, müssten - in Anknüpfung an die hievor gemachten Darlegungen - die Resozialisierungsmöglichkeiten des Beschwerdeführers in der Türkei aber als erheblich schlechter eingestuft werden. Dementsprechend kann die Ausweisung des Beschwerdeführers auch in dieser Hinsicht nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden. d) Zusammenfassend ergibt sich, dass das öffentliche Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers dessen privates Interesse an einem weiteren Verbleib in der Schweiz überwiegt. Besondere Nachteile für den Beschwerdeführer oder seine Familie, die das öffentliche Interesse an der Ausweisung zu überwiegen vermögen würden, sind nicht feststellbar. Der angefochtene Entscheid des Regierungsrates verletzt somit Bundesrecht nicht und ist verhältnismässig.

E. 6

(...)

E. 7

Im Weiteren ist zu beurteilen, ob der Regierungsrat in seinem Entscheid vom 10. August 2004 dem Beschwerdeführer die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug zu Recht verweigert hat.

E. 8

Gemäss Art. 374 Abs. 1 StGB sind die Kantone zum Vollzug von Strafurteilen verpflichtet. Sie haben dazu gemäss Art. 382 StGB entsprechende Anstalten zur Verfügung zu stellen. Der Kanton Basel-Landschaft hat sich in einem Konkordat (Konkordat über den Vollzug von Strafen und Massnahmen nach dem StGB und dem Recht der Kantone der Nordwest- und Innerschweiz [Konkordat] vom 4. März 1959) mit anderen Kantonen zum gemeinsamen Vollzug von Strafen an erwachsenen Personen zusammengeschlossen. Nach Art. 8 i.V.m. Art. 7 des Konkordats werden sämtliche Vollzugskompetenzen von

demjenigen Kanton wahrgenommen, der die Strafe oder Massnahme zu vollziehen hat, auch wenn der Strafvollzug in einer Konkordatsanstalt eines anderen Kantons durchgeführt wird. Zum Zeitpunkt der vorliegend strittigen Verfügung lag die Vollzugszuständigkeit gemäss Art. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VStGB 1 beim Kanton Basel-Landschaft. Zuständige Behörde innerhalb des Kantons ist gemäss § 33 Abs. 1 und 2 EG StGB i.V.m. § 2 Abs. 1 der Verordnung über den Straf- und Massnahmenvollzug vom 11. Juni 1991 die JPMD. Entsprechend steht einer materiellen Prüfung der beim somit örtlich und sachlich zuständigen Kantonsgericht form- und fristgerecht eingereichten Beschwerde nichts entgegen, weshalb darauf einzutreten ist. 9.a) Hat der zu einer Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe Verurteilte zwei Drittel der Strafe verbüsst und ist anzunehmen, dass er sich in der Freiheit bewährt, so kann er gemäss Art. 38 Ziffer 1 StGB durch die zuständige Behörde bedingt entlassen werden, sofern sein Verhalten während des Strafvollzuges nicht dagegen spricht. Dem bedingt Entlassenen ist eine Probezeit zu bestimmen und es können ihm Weisungen über sein Verhalten während dieser Zeit erteilt werden. So beispielsweise über die Berufsausübung, seinen Aufenthalt oder die Inanspruchnahme ärztlicher Betreuung (Art. 38 Ziffern 2 und 3 StGB). Die bedingte Entlassung stellt als letzte und vierte Stufe im System des progressiven Strafvollzuges ein Instrument der Spezialprävention dar. Der unter Vorbehalt ausgesprochene Verzicht auf den Vollzug der Reststrafe rechtfertigt sich dadurch, dass für bedingt Entlassene mit Blick auf die Vermeidung des Rückfalls erhöhte Anreize und gegebenenfalls verbesserte Rahmenbedingungen vorliegen, womit sowohl die Wiedereingliederung Verurteilter als auch der Schutz der Öffentlichkeit verbessert werden soll. Nach der neueren Rechtsprechung ist die bedingte Entlassung denn auch die Regel, von der nur aus guten Gründen abgewichen werden darf (Andrea Baechtold, Art. 38, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Strafgesetzbuch I, Art. 1 - 110 StGB, Basler Kommentar, Basel 2003, Rz. 2). b) Bei der Beurteilung, ob sich der Verurteilte in der Freiheit bewähren wird oder nicht, ist zunächst dessen Vorleben, vorab unter dem Gesichtspunkt früherer Straffälligkeiten, zu prüfen. Entscheidend ist dabei namentlich, wie häufig und in welchen Abständen bereits Straftaten begangen wurden und welcher Lebenszeitraum des Verurteilten durch Kriminalität geprägt war. Die Art der Delikte dagegen ist nur dann beachtlich, wenn diese Rückschlüsse auf die Täterpersönlichkeit zulassen (vgl. BGE 125 IV 115 E. 2a in: Die Praxis, Band 89 [2000], S. 535 mit weiteren Hinweisen). Bei den prognostisch relevanten Persönlichkeitsmerkmalen des Täters handelt es sich vor allen Dingen um solche, welche auf strafrechtlich relevante Verhaltensdispositionen hinweisen, wie beispielsweise eine geringe Frustrationstoleranz oder Impulsivität. In der Praxis wird bei der Beurteilung der Täterpersönlichkeit häufig danach gefragt, ob der Verurteilte Einsicht in die Folgen seiner Taten gewonnen hat, diese bereut oder ob eine Reifung und Festigung der Persönlichkeit festzustellen ist. Im Weiteren ist, wie auch Art. 38 Ziffer 1 StGB statuiert, das Verhalten des Verurteilten im Strafvollzug zu berücksichtigen, wobei das blosse Wohlverhalten nicht ohne Weiteres als prognostisch positiv gewertet werden kann. Dagegen dürfen schwere Disziplinarverstösse wie beispielsweise ein Entweichen ebenfalls nicht ohne Weiteres als prognostisch negativ beurteilt werden. Massgeblich ist letztendlich das Verhalten im Vollzug als Gesamtheit unter Berücksichtigung der Entwicklung im Zeitverlauf. Schliesslich sind die voraussichtlichen Lebensverhältnisse des Verurteilten nach der Entlassung zu prüfen, insbesondere - im Hinblick auf die konkrete Gefahr, dass er weiter bestimmte Straftaten begeht - die künftige gesellschaftliche Integration des Täters in eine Familie oder familienähnliche Beziehungsnetze und in die Arbeitswelt. Zu berücksichtigen ist auch, ob der mutmassliche "soziale Empfangsraum" des

Täters kriminogene Gefährdungen aufweist (vgl. zum Ganzen Baechtold, Art. 38, Rz. 13 ff.). c) In einem auch seitens des Beschwerdeführers zitierten Entscheid vom 29. September 1998 hat das Bundesgericht ausgeführt, dass die vom Gesetzgeber für die Anordnung einer bedingten Entlassung vorausgesetzte günstige Prognose im Spannungsfeld zwischen dem spezialpräventiven Imperativ, wonach die Freiheit nur in der Freiheit erlernt werden könne, und dem Anspruch der Allgemeinheit auf Rechtsgüterschutz stehe. Bei realistischer Betrachtung müsse man in den meisten Fällen annehmen, dass sich am Zustand, in dem sich der Täter nach Verbüßung von zwei Dritteln der Freiheitsstrafe befinde, während des restlichen Drittels im Vollzug nicht mehr viel ändern werde. Der "...vagen Hoffnung eines Fortfalls der Gefährlichkeit in dieser Zeit aus Gründen, die nicht sichtbar sind, steht mindestens gleichrangig die Verschärfung der Gefahr durch die Situation des Vollzugs und die Fernhaltung des Täters vom Leben in Freiheit gegenüber". Die weitere Verbüßung der Strafe taue damit nicht zur Vermeidung etwaiger Straftaten, sondern allenfalls zur Vermeidung derselben während der restlichen Zeit der Verbüßung, verschiebe im Übrigen das Problem möglicher Straftatenbegehung aber bloss auf einen späteren Zeitpunkt. Letztendlich sei bei der Beurteilung einer bedingten Entlassung die Gefährlichkeit zu prüfen, die von einem Verurteilten ausgehe und ob diese Gefährlichkeit bei einer allfälligen Vollverbüßung der Strafe abnehmen, gleich bleiben oder zunehmen werde. Zudem müssten Überlegungen darüber angestellt werden, ob es zweckmässig sei, eine allfällige bedingte Entlassung mit Weisungen und ergänzend mit einer Schutzaufsicht zu verbinden, und ob eine so auf den Betroffenen zugeschnittene bedingte Entlassung im Vergleich zur Vollverbüßung der Strafe spezialpräventiv vorzugswürdiger sei oder nicht (BGE 124 IV 198 f. E. 4d aa/bb sowie 202 E. 5b). d) Der Feststellung des Bundesgerichts, dass die bedingte Entlassung immer dann vorzugswürdig sei, wenn sie "...in spezialpräventiver Hinsicht Vorteile in Gestalt einer möglichen dauerhaften Problemlösung oder -entschärfung..." biete und gleichzeitig feststehe, dass die Gefährlichkeit des Täters bei Vollverbüßung der Strafe zunehmen werde, kann an sich vorbehaltlos gefolgt werden. Je hypothetischer die Bewährungsprognose aber ausfällt bzw. je geringer die Eintretenswahrscheinlichkeit einer günstigen Entwicklung im Hinblick auf eine vollständige Resozialisierung des Verurteilten ist, desto grösser wird die Bedeutung des Strafvollzuges als Instrument zum Schutz der öffentlichen Sicherheit. Dieses öffentliche Sicherheitsinteresse bemisst sich wiederum an der Gefahr, welche zum Beurteilungszeitpunkt vom Täter ausgeht. Auch wenn es eine unbestreitbare Tatsache ist, dass mit der Verweigerung einer bedingten Entlassung die Gefahr für die Öffentlichkeit zeitlich nur verschoben wird, muss der Schutz der Allgemeinheit vor neuen Delikten und damit das öffentliche Interesse an der Weiterführung des Strafvollzuges umso höher gewichtet werden, je wertvoller die vom Verurteilten bedrohten Rechtsgüter und je geringer die Resozialisierungschancen sind. So hat denn auch das Bundesgericht wiederholt ausgeführt, dass zur Bestimmung, ob die mit jeder bedingten oder endgültigen Entlassung verbundene Rückfallgefahr eingegangen werden könne, nicht nur der Wahrscheinlichkeitsgrad der Begehung einer neuen Straftat, sondern auch die Bedeutung des dann bedrohten Rechtsgutes berücksichtigt werden müsse: "Wenn der Täter sich gegen das Leben oder die körperliche Unversehrtheit seiner Opfer [Leib, Leben] vergangen hat, ist somit ein geringeres Rückfallrisiko zuzulassen, als wenn er z.B. Vermögensdelikte begangen hat" (BGE 125 IV 115 f. E. 2a in: Die Praxis, a.a.O., S. 535; vgl. auch unveröffentlichter BGE vom 17. Februar 2004 [6A.88/2003] E. 3.1).

(...)

E. 11

Bevor die Beschwerde bezüglich der Nichtgenehmigung der bedingten Entlassung inhaltlich geprüft werden kann, ist zu untersuchen, ob das bisherige Verfahren den rechtsstaatlichen Grundsätzen genügt hat, insbesondere, ob das Recht angehört zu werden, gewahrt wurde. Der Beschwerdeführer rügt in formeller Hinsicht, dass er vor der Fachkommission nicht angehört wurde und diese allein aufgrund der Akten entschieden habe. Dies stelle eine formelle Rechtsverweigerung dar, welche unabhängig von materiellen Gesichtspunkten zur Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids führen müsse. Der Regierungsrat macht geltend, dass die JPMD den Beschwerdeführer in der Strafanstalt vor Erlass der ihn belastenden Verfügung angehört habe. Überdies bestehe vor der Fachkommission kein Anspruch auf persönliches Erscheinen; es handle sich weder um eine Parteiverhandlung noch um ein kontradiktorisches Verfahren. Im Weiteren spreche die Fachkommission lediglich Empfehlungen aus, woran die verfügende Behörde nicht gebunden sei. a) Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne einer mündlichen oder schriftlichen Anhörung des Betroffenen ist zwar im Rahmen des Verfahrens vor der Fachkommission nicht explizit gewährleistet. Zwar könnte man diesen Ausschluss durch die Tatsache rechtfertigen, dass das Verfahren vor der Fachkommission nicht zu einem Entscheid, sondern lediglich zu einer Empfehlung für die verfügende Behörde führt. Dem steht allerdings entgegen, dass die Garantie des rechtlichen Gehörs ein fundamentales Recht des Einzelnen darstellt, welches immer dann beachtet werden muss, wenn eine Person vom Ausgang eines Verfahrens betroffen ist (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 509). Dies gilt im Grundsatz unabhängig davon, wie das betreffende Verfahren ausgestaltet ist und ob Sachverständige bzw. Fachkommissionen hinzugezogen werden oder nicht. b) Den Verfahrensgrundsätzen liegt der Gedanke der Fairness zugrunde (siehe z.B. BGE 124 IV 40 f. E. 3c; 123 I 91 E. 4a; 122 V 163 f. E. 2; 119 Ia 83 f. E. 3). Dementsprechend garantieren Art. 29 ff. BV Aspekte „fairer gerichtlicher und administrativer Verfahren“ (Müller J.P., a.a.O., S. 493). Zum Erfordernis eines fairen Verfahrens gehört vor allem, dass der Einzelne die Möglichkeit hat, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen (BGE 113 Ia 315 E. 3d). Mit anderen Worten soll die Verwaltung im Verfahren im Vergleich zum Betroffenen kein Übergewicht bekommen. Dieses Gebot der Fairness des Verfahrens beinhaltet insbesondere den Anspruch auf persönliche Teilnahme am Verfahren, das Recht auf Waffengleichheit und den Anspruch auf rechtliches Gehör (BGE 122 V 163 f. E. 2b). c) Die Fachkommission wurde geschaffen, um die Praxis bei der Erkennung, Beurteilung, Behandlung und Unterbringung von gemeingefährlichen Straftäterinnen und Straftätern zu vereinheitlichen (vgl. Ziff. 1.1 der Richtlinien des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweiz [fortan: Richtlinien]). Sie setzt sich gemäss Ziff. 2.2 der Richtlinien aus Experten und Expertinnen aus den Bereichen Strafverfolgung/Justiz, Vollzug, Psychiatrie und Opferhilfe zusammen. Sie wird tätig, wenn die Frage der Gemeingefährlichkeit von Straftäterinnen und Straftätern im Rahmen konkreter Vollzugsentscheidungen zu klären ist (Ziff. 3.1 und Ziff. 3.5 Abs. 1 der Richtlinien). Gemäss Ziff. 3.2 Abs. 3 hat die Fachkommission gegenüber den sie anrufenden Einweisungs- oder Vollzugsbehörden beratende Funktion betreffend die Beurteilung der Gemeingefährlichkeit und die allenfalls angezeigten Massnahmen. Sie trifft mit anderen Worten lediglich Empfehlungen (vgl. Ziff. 3.2 Abs. 4). d) Fachkommissionen entscheiden nicht im rechtsfreien Raum, sondern übernehmen eine staatliche Funktion, selbst wenn ihre Verlautbarungen rechtlich nicht

verbindlich sind und eigentliches "soft law" darstellen. Faktisch jedenfalls wird sich die Vollzugsbehörde wohl nur in den seltensten Fällen einer Empfehlung widersetzen. Ihnen kommt zumindest Entscheidungscharakter zu bzw. sie stellen Entscheidungsgrundlagen dar, dessen Erkenntnisse unmittelbar in die Entscheidung der JPMD einfließen. So hat denn auch im vorliegenden Fall die JPMD in ihrer Verfügung vom 10. März 2004 massgeblich auf die Empfehlung der Fachkommission abgestellt. Damit bekommen sie normative Wirkung. Wenn allerdings diesen Empfehlungen Entscheidungscharakter zukommt, ist auch von der Fachkommission ein Minimalstandard rechtsstaatlicher Grundsätze zu beachten, wie sie von allen Handlungsträgern, welche eine staatliche Funktion oder Aufgabe übernehmen, berücksichtigt werden müssen. e) Die Fachkommission hat bei ihrer Entscheidungsfindung gewisse rechtsstaatliche Grundsätze zu beachten. Gemäss Ziff. 3.6 der Richtlinien haben Mitglieder der Fachkommission, welche mit einem zu beurteilenden Täter in anderer Funktion bereits zu tun hatten oder bei denen sonst wie ein Ausstandsgrund gemäss der Rechtsordnung ihres Kantons vorliegt, bei der Beratung und Beschlussfassung in den Ausstand zu treten. Auch kann nach Ziff. 3.8 der Richtlinien der Betroffene in das Verfahren vor der Fachkommission einbezogen werden. Selbst Anwälte sind als Begleitpersonen zugelassen, wobei ihnen keine Parteirechte zukommen. Dagegen können gemäss Ziff. 3.7 der Richtlinien die betroffenen Vollzugsbehörden und Vollzugsinstitutionen verlangen, von der Fachkommission angehört zu werden. Die Fachkommission kann sodann bei diesen Stellen weitere Informationen einholen oder auch weitere Sachverständige beiziehen. f) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die rechtsanwendenden Behörden im Rechtsstaat nicht Handlungskompetenz an andere Organe delegieren dürfen, ohne dass sichergestellt ist, dass diese Organe - sei es in Form von Sachverständigen, sei es in Form von Kommissionen oder dergleichen - zumindest gewisse zentrale rechtsstaatliche Grundsätze, wie sie für alle Behörden und für alle Träger staatlicher Aufgaben und Funktionen gelten, einhalten. Ein Minimalstandard an rechtsstaatlichen Grundsätzen gilt somit auch für Kommissionen, wenn ihnen faktisch Entscheidungskompetenz zukommt und sie im Gefüge staatlicher Funktionen eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen. Zu diesem Minimalstandard zählt unbestritten die Garantie des rechtlichen Gehörs. 12.a) Der Anspruch auf rechtliches Gehör garantiert dem Einzelnen, in allen Verfahren staatlicher Einzelfallentscheidungen mitzuwirken, soweit der in Frage stehende Hoheitsakt ihn belasten könnte (BGE 127 I 56 E. 2b; 127 I 215 f. E. 3a; Müller J.P., a.a.O. S. 509 f.). Die Garantie des rechtlichen Gehörs hat für das rechtsstaatliche Verfahren eine zentrale Bedeutung. Dieser Bedeutung gemäss gewährleisten viele kantonale Verfassungen wie auch die neue Bundesverfassung den Anspruch auf rechtliches Gehör. § 9 Abs. 3 KV garantiert den Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör, auf eine faire Behandlung und auf einen begründeten, mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Entscheid innert angemessener Frist. § 13 VwVG hält ebenfalls fest, dass die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör haben, was ebenso Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistet (siehe dazu René Rhinow, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000, S. 216 f.; Michel Hottelier, Les garanties de procédure, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 51, Rz. 10 ff.). b) Zum gefestigten Bestand des rechtlichen Gehörs zählen in Rechtsprechung und Lehre die Ansprüche auf vorgängige Stellungnahme, Anhörung und Berücksichtigung der Vorbringen, der Anspruch auf Teilnahme am Beweisverfahren unter Einschluss des Rechts, Beweisanträge zu stellen, das Recht auf Akteneinsicht, der Anspruch auf Ausschöpfung der Kognition sowie auf einen begründeten Entscheid und schliesslich das Recht, sich verbeiständen und vertreten zu

lassen (Überblick bei J.P. Müller, a.a.O., S. 509 ff.; Georg Müller, Art. 4 aBV, in: Kommentar zur Bundesverfassung, Basel/Bern/Zürich 1987, Rz. 98 ff.; Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 202 ff.). c) Zum rechtlichen Gehör gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 127 I 56 E. 2b; 126 I 21 E. 2a; 124 I 241 E. 2; 123 I 66 E. 2a; 123 II 183 f. E. 6c; 122 I 55 E. 4a; 112 E. 2a; 122 II 469 E. 4a; 122 V 158 E. 1a; 121 V 152 E. 4a; 120 Ib 383 E. 3b; 120 V 360 E. 1a). d) Das Recht auf vorgängige Äusserung und Anhörung („Anspruch auf rechtliches Gehör i.e.S.“; siehe Müller J.P., a.a.O., S. 520) weist einen engen Bezug zur Menschenwürde auf (Lorenz Kneubühler, Gehörsverletzung und Heilung, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 1998, S. 99). Der Mensch ist nicht nur als Objekt, sondern auch als Subjekt staatlicher Verfahren ernst zu nehmen; es soll nicht über ihn "verfügt" werden, sondern er ist in den ihn betreffenden Entscheidprozess einzubeziehen mit der Möglichkeit, seine Sicht, Argumente und Widersprüche frühzeitig äussern zu können (Müller J.P., a.a.O., S. 510; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rz. 288). Der Anspruch auf vorgängige Äusserung und Anhörung verkörpert somit in seinen Ausprägungen die Vorstellung des mündigen Menschen, der den Behörden als ein ebenbürtiger und geachteter Gesprächspartner gegenübertritt (Thomas Cottier, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, recht 1984, S. 2). Die beteiligte Privatperson soll im Hinblick auf ihre persönliche Eigenwürde nicht ohne vorherige Anhörung rechtlich belastet werden (statt vieler BGE 117 Ia 262 E. 4b). Es geht mithin um ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht des Verfahrensbeteiligten. Das Recht auf vorgängige Äusserung dient im Weiteren als Mittel zur Sachverhaltsaufklärung. Der Bürger soll vor Erlass einer Verfügung oder eines Urteils angehört werden, damit die Sachlage möglichst optimal aufgeklärt, das heisst die Entscheidungsgrundlage möglichst umfassend bereit gestellt werden kann (Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 325). Indem das rechtliche Gehör sowohl ein Mittel zur Sachverhaltsaufklärung als auch ein Instrument zur Mitwirkung am Prozess der Entscheidungsfindung darstellt, verwirklicht es zwei verschiedene, aber miteinander verbundene Funktionen (vgl. Albertini, a.a.O., S. 123 ff. und S. 261 f.). e) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur (BGE 127 I 132 f. E. 4c). Dies bedeutet, dass seine Missachtung die Aufhebung des angefochtenen Entscheides zur Folge hat, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst (BGE 126 V 132 f. E. 2b; 122 II 469 E. 4a; 121 I 232 E. 2a; 121 III 334 E. 3c; 121 V 155 f. E. 6; 120 Ib 383 E. 3b; 120 V 362 E. 2a; 115 Ia 10 E. 2a). Es kommt nicht darauf an, ob irgendwelche Aussichten bestehen, dass die Behörde nach richtiger Anhörung des Beschwerdeführers zu einer Änderung ihres Entscheides gelangen könnte (BGE 126 V 132 E. 2b.; 125 I 118 E. 3, 124 V 389 E. 1, 183 E. 4a mit Hinweisen; Rhinow/Koller/Kiss, a.a.O., Rz. 325). f) Wird der Anspruch auf vorgängige Anhörung und Äusserung verletzt, anerkennen sowohl die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 122 II 286 E. 6b; 112 Ia 5 E. 2c; 104 Ia 69) als auch ein Teil der Lehre (Müller G., a.a.O., Rz. 107; Cottier, a.a.O., S. 11 f.), dass die Anhörung unter gewissen Voraussetzungen nachgeholt werden darf (sog. Heilung). Dieser Ansicht steht allerdings entgegen, dass die Behörde den Betroffenen durch die Gehörsverweigerung zum Verfahrensobjekt gemacht

und nicht als Partner behandelt hat, was im Grundsatz nicht "geheilt" werden kann, sondern sanktioniert werden muss (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 1711). Davon unberührt bleibt die Möglichkeit des Betroffenen, auf die Anhörung aus verfahrensökonomischen Gründen zu verzichten und sie erst in einen Einspracheverfahren (als Rechtsmittelverfahren) geltend zu machen, falls das im Interesse eines rationellen Verwaltungsganges wie etwa bei Massenverfügungen (Renten- oder Stipendienentscheide) angezeigt ist bzw. auch dem Interesse des Betroffenen entspricht (Müller G., a.a.O., Rz. 107, Cottier, a.a.O., S. 12). Das Verwaltungsverfahren des Bundes lässt zum Beispiel eine nachträgliche Anhörung zu, wenn eine Verfügung durch Einsprache anfechtbar ist (Art. 30 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren [VwVG] vom 20. Dezember 1968). g) Nach der Praxis des Bundesgerichts kann die Verletzung der vorgängigen Anhörung unter der Voraussetzung geheilt werden, wenn der in erster Instanz nicht angehörte Beschwerdeführer Gelegenheit hat, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die zur freien Prüfung aller Fragen befugt ist, welche der unteren Instanz hätten unterbreitet werden können (BGE 114 Ia 312). Ausserdem darf dem Beschwerdeführer durch die Heilung kein Nachteil erwachsen (BGE 126 I 72 E. 2; 125 I 219 f. E. 9; 107 Ia 2 E. 1). Die Heilung kommt somit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung „nur“ unter den folgenden Voraussetzungen in Frage: Die Beschwerdeinstanz muss mit umfassender und freier Überprüfungsbefugnis ausgestattet sein; die Kognition muss tatsächlich ausgeschöpft und die Anhörung tatsächlich nachgeholt werden; im Weiteren darf dem Beschwerdeführer aus der Heilung kein Nachteil erwachsen (zusammenfassend zur Praxis Rhinow/Koller/Kiss, a.a.O., Rz. 330). h) Die praktisch automatische Heilung des rechtlichen Gehörs unter den soeben genannten Voraussetzungen wird in der Lehre stark kritisiert (Albertini, a.a.O., S. 463 ff.; Müller J.P., a.a.O., S. 517 ff.; Kneubühler, a.a.O., S. 107 ff.; Müller G., a.a.O., Rz. 103; Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 131; Rhinow/Koller/Kiss, a.a.O., Rz. 332). Selbst das Bundesgericht hat in einem älteren Entscheid festgestellt, der Umstand allein, dass die Möglichkeit bestehe, den Hoheitsakt mit einem die volle Überprüfung gestattenden Rechtsmittel anzufechten, rechtfertige es nicht schlechthin, auf die Anhörung des Betroffenen vor Erlass einer Verfügung zu verzichten (BGE 105 Ia 197 E. 2 b/cc). Auch das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) lässt eine Heilung nur unter der Voraussetzung zu, dass eine nicht besonders schwerwiegende (BGE 126 V 132 E. 2b mit Hinweisen) oder nicht regelmässige (BGE 124 V 183 E. 4a; 116 Ia 187 E. 3c) Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt. Danach kann einerseits die Häufung von Verletzungen des rechtlichen Gehörs oder andererseits deren Schwere einen Verfahrensmangel darstellen, der nicht geheilt werden kann (BGE 124 V 183 E. 4a mit weiteren Hinweisen; begründet in BGE 107 V 249 E. 3). Beispielsweise qualifizierte das EVG das Vorgehen der Verwaltung, welche ein nach Ergehen des Vorbescheides innert Vernehmlassungsfrist eingegangenes Schreiben des Beschwerdeführers unbeachtet liess, als nicht heilbare, somit schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs (BGE 116 V 186 f. E. 3). Dies gilt ebenso, wenn mit dem Gutachter in Abwesenheit des Betroffenen Rücksprache genommen wird (BGE 119 V 218 E. 6). Schliesslich beurteilte das EVG den Erlass einer Einstellungsverfügung im Arbeitslosenversicherungsrecht ohne vorherige Anhörung als schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs, welche im nachfolgenden Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden könne, zumal die verwaltungsrechtliche Sanktion der Einstellung einen erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Person darstelle (BGE 126 V 133 E. 3). i) Die Lehre schliesst sich diesen Voraussetzungen

einer Heilung des rechtlichen Gehörs, wie sie das EVG umschrieben hat, weitgehend an. Zunächst kritisiert sie die Rechtsprechung des Bundesgerichts in grundsätzlicher Hinsicht, denn die weitgehend automatisch genehmigte nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs durch die Rechtsmittelinstanz verkürze den Instanzenzug und versetze den Betroffenen bei einem negativen Entscheid in die Lage, sich gegen diesen bereits ergangenen Entscheid vor der Rechtsmittelinstanz behaupten zu müssen (Müller G., a.a.O., Rz. 103; Rhinow/Koller/Kiss, a.a.O., Rz. 332). Die nachträgliche Anhörung bilde somit nur einen unvollkommenen Ersatz für das vorgängige Anhörungsrecht (Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 131). Nur in nicht besonders schwerwiegenden Fällen, in denen zudem das Interesse des Betroffenen eher auf einen raschen Abschluss als auf eine formell korrekte Durchführung des Verfahrens gerichtet sei, sei eine Heilung zulässig (Müller J.P., a.a.O., S. 518; Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 131). Im Weiteren verbiete sich eine Heilung, wenn eine Behörde generell oder in gewissen Fällen systematisch das rechtliche Gehör verletze (Kneubühler, a.a.O., S. 113). Dies gelte selbst dann, wenn der Eingriff in die Garantie des rechtlichen Gehörs als leicht zu beurteilen sei und somit kein besonders schwerwiegender Fall vorliege. Somit könne keine Heilung angenommen werden, wenn leichte Eingriffe regelmässig oder gar systematisch erfolgen würden (Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 131). j) Aus der Sicht der Lehre und der Rechtsprechung des EVG ist somit zusammenfassend eine Heilung des rechtlichen Gehörs zumindest in folgenden Fällen nicht gerechtfertigt (siehe auch Kneubühler, a.a.O., S. 112 ff.): - Wenn die Vorinstanzen in schwerwiegender Art und Weise gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör verstossen haben; - falls Gehörsverletzungen in Verfahren erfolgen, die schwere Eingriffe in die Rechtspositionen des Betroffenen zur Folge haben; - sofern die Verletzung des rechtlichen Gehörs regelmässig oder bezüglich gewisser Aspekte systematisch erfolgt ist. Es ist allerdings nochmals darauf hinzuweisen, dass das aus der Menschenwürde fliessende rechtliche Gehör nicht geheilt werden kann, sondern sanktioniert werden muss. Die "Heilung" des Mangels soll daher die Ausnahme bleiben. Dem Betroffenen ist es aber unbenommen, auf die Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs zu verzichten und sich mit der Nachholung im Rechtsmittelverfahren zu begnügen, wenn ihm mehr an einer raschen Erledigung als an der Ausschöpfung seiner Verfahrensrechte liegt (zum Ganzen Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 1711).

E. 13

Im vorliegenden Fall kann offengelassen werden, ob diese vom EVG und der Lehre formulierten Voraussetzungen, die eine Heilung des rechtlichen Gehörs nicht zulassen, im Einzelnen übernommen werden sollen, denn in casu scheitert eine Heilung, weil gleich mehrere Verletzungen des rechtlichen Gehörs vorliegen, die gemäss den aufgestellten Kriterien bereits für sich allein beurteilt zu einer Aufhebung der Entscheidung der Vorinstanz führen müssten. a) Die Fachkommission unterliess unbestritten die vorgängige Anhörung des Beschwerdeführers, obwohl die verfügende Behörde massgebend auf ihre Einschätzung abstellte. Nach der Rechtsprechung des EVG beurteilt sich eine derartige Unterlassung einer vorgängigen Anhörung als schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs. Deren Beachtung bzw. Nichtbeachtung darf nicht dem Belieben der Fachkommission belassen bleiben. Selbst wenn die Fachkommission gemäss den Richtlinien nicht verpflichtet ist, den Betroffenen in ihre Beurteilung einzubeziehen, darf sie dabei nicht zentrale Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens verletzen, ansonsten ihre Empfehlung weder für die Vollzugsbehörden noch für die diesen übergeordneten Behörden rechtlich verbindlich sein kann. In Zukunft wird die Fachkommission somit nicht

umhin kommen, in jedem Fall eine Anhörung des Betroffenen durchzuführen. b) Dies geht auch aus dem Umstand hervor, dass die Frage der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug wie auch die Beurteilung der Gemeingefährlichkeit einer Straftäterin oder eines Straftäters erhebliche Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Betroffenen haben. Dies schliesst im Grundsatz eine Heilung durch die der verfügenden Behörde übergeordneten Instanzen aus. c) Die Nichtbeachtlichkeit derart zustande gekommener Empfehlungen ergibt sich im Weiteren aus der von der Fachkommission verfassten Empfehlung selbst. Diese schliesst aus der fehlenden Motivation des Beschwerdeführers, sich therapieren zu lassen, auf eine fehlende Einsicht und Reue und schliesslich auf eine erhebliche Rückfallgefahr bzw. Gemeingefährlichkeit. Dass allenfalls eine schlechte Prognose zu stellen ist, weil der Beschwerdeführer nicht fähig ist, wie die Fachkommission zu Recht feststellt, von seinen patriarchalen Denkstrukturen abzuweichen und sein Weltbild zu verändern, ist durchaus zuzustimmen. Nur darf aus einem solchen Verhalten des Beschwerdeführers im Rahmen des Strafvollzuges zumindest ohne Anhörung des Betroffenen nicht auf seine Gemeingefährlichkeit geschlossen werden. Hinzu treten, wie selbst die Fachkommission richtigerweise aufführt, sprachliche Schwierigkeiten. Auch hier hätte eine Anhörung zu wesentlich mehr Erkenntnissen geführt, als sie im Bericht der Fachkommission aufgrund der einschlägigen Akten zum Ausdruck kommen. Ob die aus den Akten gewonnenen Erkenntnisse ausreichen, um den Betroffenen als gemeingefährlich beurteilen zu können, muss ernstlich bezweifelt werden. In diesem Punkt erweist sich die Beschwerde insofern als begründet, als die JPMD auf die Empfehlungen der Fachkommission nicht hätte abstellen bzw. die Gemeingefährlichkeit ohne eigene Erkenntnisse zur Sache nicht hätte bejahen dürfen. 14.a) Bei der Beurteilung, ob der Beschwerdeführer i.S.v. Art. 38 Ziff. 1 StGB bedingt entlassen werden kann, ist zunächst dessen Vorleben zu beleuchten. Dabei fällt auf, dass er erst mit 36 Jahren in die Schweiz einreiste und 1991 als Flüchtling anerkannt wurde. Er ist vor seiner Tat nie straffällig geworden, hat sich allerdings in der Schweiz nur sehr schlecht integriert und weitgehend an den herkömmlichen patriarchalischen Strukturen seiner Heimat festgehalten, was zu entsprechenden Spannungen innerhalb der Familie und anscheinend auch zur Tat selbst geführt hat. Diesbezüglich wiegt schwer, dass sich der Beschwerdeführer nicht aktiv an der Therapie in der Strafanstalt Lenzburg beteiligt hat und sich kaum bemühte, die gesamten Begleitumstände für sich und sein soziales Umfeld aufzuarbeiten. Der Beschwerdeführer ist - zumindest den Berichten und Gutachten zufolge - noch weit von einer Tatverarbeitung entfernt und hat seine Einstellung und seine Denkstrukturen nicht verändert. b) Überdies ist zu prüfen, ob - ausgehend vom Verhalten und der beobachteten Persönlichkeitsentwicklung im bisherigen Strafvollzug - Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die vom Beschwerdeführer heute ausgehende Gefahr im Vergleich zu früher verringert hat, er sich in der Freiheit aller Voraussicht nach bewähren würde und von den Vorinstanzen somit hätte entlassen werden müssen. Diesbezüglich ist den vorliegenden Berichten zu entnehmen, dass sich der Beschwerdeführer in der Strafanstalt Lenzburg grundsätzlich unauffällig und angepasst verhalten hat. Er ist zwar keiner Arbeit nachgegangen, hat sich hingegen nie Verfehlungen zu Schulde kommen lassen. Der Beschwerdeführer hat sich nicht speziell auffällig verhalten. Zu den Betreuern verhält er sich überdies anständig. Wie hievor dargelegt wurde, kann dieser Umstand aber nicht ohne weiteres als prognostisch positiv gewertet werden. c) In einem weiteren Schritt ist nachfolgend die im Strafvollzug beobachtete Verhaltensentwicklung des Beschwerdeführers zu beurteilen und zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die soziale Reintegration des Beschwerdeführers im

Rahmen einer bedingten Entlassung - möglicherweise verbunden mit entsprechenden behördlichen Weisungen - besser gewährleistet und die vorstehend festgestellte Rückfallgefahr ausreichend gebannt werden kann. Wie hievordurchgeführt wurde, sind dabei neben der Persönlichkeit des Beschwerdeführers im Allgemeinen seine im Strafvollzug gezeigten Bemühungen um Resozialisierung sowie das soziale Umfeld, welches den Beschwerdeführer nach einer bedingten Entlassung erwartet, von Relevanz. d) Wie den Berichten zu entnehmen ist, mangelt es dem Beschwerdeführer an engen Freunden oder vertrauensvollen Beziehungen. Er hat sich, obwohl verhaltensmässig unauffällig, während dem Strafvollzug meistens in seiner Zelle aufgehalten und am Gefängnisleben, soweit davon überhaupt gesprochen werden kann, nicht aktiv beteiligt. Der Beschwerdeführer ist sozial nicht hinreichend integriert und die psychische, berufliche und soziale Leistungsfähigkeit eingeschränkt. Er hat sich im Strafvollzug weitgehend als Einzelgänger durchgeschlagen. Weder sozial- noch psychotherapeutisch lässt er eine Annäherung zu. Insbesondere hat er, wie mehrfach ausgeführt, Therapieangebote verweigert. Dies kann zwar nicht dazu führen, den Beschwerdeführer als gemeingefährlich zu beurteilen, jedoch hat das wiederholt beschriebene Unvermögen des Beschwerdeführers, sich einerseits sozial zu integrieren, andererseits die Resozialisierungsbemühungen der zuständigen Stellen zu akzeptieren bzw. deren Hilfe in Anspruch zu nehmen und im Hinblick auf eine bedingte Entlassung mit diesen zusammenzuarbeiten, zur Folge, dass heute einerseits nicht klar ist, in welches soziale und berufliche Umfeld der Beschwerdeführer entlassen werden könnte. Ein sozialer Empfangsraum ist in der Schweiz nicht wirklich erkennbar. Andererseits ist es wegen seiner fehlenden Einsicht in seine Störung und dem als negativ zu beurteilenden Therapieverlauf, soweit eine solche überhaupt stattgefunden hat, nicht auszuschliessen, dass er unter Berücksichtigung des hievordurchgeführten gegenüber seiner Familie erneut rückfällig werden könnte. Jedenfalls führt dies zum Schluss, dass eine schlechte Prognose über das Verhalten nach Entlassung in der Schweiz gestellt werden muss, was zur Folge hat, dass der Beschwerdeführer mit dem Zeitpunkt des Vollzugs der Ausweisung bedingt aus dem Strafvollzug zu entlassen ist. KGVVE vom 9. März 2005 (810/2004/333)/WIR Das Bundesgericht hat die gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit Urteil vom 25. August 2005 (2A.313/2005) abgewiesen. [Back to Top](#)

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