

# **Jahresbericht 2011**

## **Anhang 2 – Spezialberichte**

### **Inhaltsverzeichnis**

- 1. Langsamverkehr**
- 2. Statistik Gerichte**
- 3. Rechtsprechung**
- 4. Strafgericht**



## Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt

Münsterplatz 11  
CH-4001 Basel

Telefon +41 (0)61 267 91 80  
Telefax +41 (0)61 267 91 50  
E-Mail [bvdgs@bs.ch](mailto:bvdgs@bs.ch)  
Internet [www.bvd.bs.ch](http://www.bvd.bs.ch)

Basel, 07. Februar 2012

### **Jahresbericht 2011, Rechenschaft über Velorahmenkredit, Rahmenkredit zur Förderung des Zu Fuss Gehens und Rahmenkredit zur Förderung des Langsamverkehrs**

Das Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt hat sich im 2011 im Besonderen grossen Veloprojekten von der Planung bis zur Umsetzung gewidmet sowie Kommunikation und Information für den Langsamverkehr ausgebaut.

#### **Rahmenkredit zur Förderung des Zu Fuss Gehens, Ausgaben 2011**

*Aus dem Rahmenkredit zur Förderung des zu Fuss Gehens wurden im 2011 Ausgaben für folgende im 2010 gestarteten Projekte getätigt:*

- Bäumlhofstrasse (Mittelinsel, Trottoirnase)
- BehiG-Anpassungen ÖV-Haltstellen, Studie
- Bettingerstrasse (diverse Massnahmen)
- Gellertstrasse, Gellertpark (Trottoir)
- Im tiefen Boden (Trottoir)
- Missionsstrasse, Hegenheimerstrasse (Trottoirfläche und -nase)
- Neubadstrasse (Trottoirnase und -überfahrt)
- Rütimeyerstrasse (Trottoirnase)
- Strassburgerallee, div. Massnahmen (Trottoirüberfahrt, Begegnungszone)

*Aus dem Rahmenkredit zur Förderung des zu Fuss Gehens wurden im 2011 Ausgaben für folgende neuen Projekte getätigt:*

- Begegnungszonen (weitere Umsetzung)
- Elsässer-/Mülhauserstrasse (Petition)
- Inzlingerstrasse (Trottoirüberfahrten)
- Kleinmassnahmen (Verkehrssicherheit, Anpassungen für Mobilitätsbehinderte)

Die Ausgaben 2011 betragen gesamthaft rund CHF 810'000.

**Fussverkehr, Arbeiten 2011 und 2012**

*2011 wurden folgende Projekte bearbeitet:*

- Allschwilerstrasse (Trottoirüberfahrten)
- Begegnungszonen (weitere Begehren)
- Claragraben, Haltingerstrasse
- Tödistrasse (Trottoir und Trottoirüberfahrt)

*Für folgende Massnahmen zulasten des Rahmenkredits zur Förderung des zu Fuss Gehens ist eine Umsetzung im 2012 geplant:*

- Allschwilerstrasse (Trottoirüberfahrten)
- Begegnungszonen (weitere Umsetzungen)
- Kleinmassnahmen (Verkehrssicherheit, Anpassungen für Mobilitätsbehinderte)
- Wanderrouten BS (Umsetzung Neusignalisation)

Mit diesen Massnahmen wird der Rahmenkredit unter Berücksichtigung der Teuerung voraussichtlich aufgebraucht sein.

Zahlreiche weitere Verbesserungen für den Fussverkehr werden im Rahmen von Grossprojekten geplant und umgesetzt (z.B. Rheinufersperrade St. Johann, Umgestaltung Schaffhauser Rheinweg) oder mit separaten Krediten finanziert (z.B. Birschkopfsteig).

**Velo-Rahmenkredit , Ausgaben 2011**

*Aus dem Velorahmenkredit wurden 2011 Ausgaben für folgende im 2010 gestarteten Projekte getätigt:*

- Erlenmatt Nord (prov. Veloführung)
- Gellertstrasse (Radstreifen, -weg)
- Markthallenbrücke (Radstreifen)
- St. Jakobs-Strasse, Anschluss Hexenweglein (Rampe)
- St. Jakobs-Strasse, Grosspeter-Zeughausstrasse (Abfahrt, Radstreifen)
- Velostadtplan (Neuaufgabe)
- Velowegweisung (Erhebung)

*Aus dem Velorahmenkredit wurden 2011 Ausgaben für folgende neuen Projekte getätigt:*

- Fabrikstrasse / Voltastrasse (Veloführung)
- Hammerstrasse (Zulassung Velogegeverkehr)
- Kleinmassnahmen (div. Verbesserungen)
- Veloabstellplätze (Erhebung)
- Veloabstellplätze (Verbesserungen an über 30 Standorten)
- Velogegeverkehr (div. Umsetzungen)
- Velorouten in Tempo 30-Zonen (Verbesserungen)

*Die Ausgaben zulasten Velorahmenkredit im 2011 setzen sich wie folgt zusammen:*

- |                     |                 |
|---------------------|-----------------|
| - Veloroutennetz    | ca. CHF 700'000 |
| - Velogegeverkehr   | ca. CHF 120'000 |
| - Veloabstellplätze | ca. CHF 130'000 |

- Datenmanagement ca. CHF 70'000
- Öffentlichkeitsarbeit ca. CHF 70'000

Die Ausgaben 2011 betragen gesamthaft etwa CHF 1'090'000.

### **Veloverkehr, Arbeiten 2011 und 2012**

*2011 wurden folgende Projekte bearbeitet:*

- Birsuferweg (Anzug, Variantenstudium)
- Belforterstrasse
- Burgfelderstrasse, Bungestrasse - Grenze (Verbesserung Veloroute)
- Dreirosenbrücke, Velogegenverkehr
- Einbahnstrassen (Prüfung Zulassung Velogegenverkehr)
- Friedrich Miescher-Strasse (Verbindung zu Burgfelderstrasse)
- Gellertstrasse (Radstreifen, -weg)
- Grenzacherstrasse, Allmendstrasse – Hörnli Grenze (Radstreifen)
- Jacob Burckhardt-Strasse
- LSA-Optimierungen
- Missionsstrasse (Verbesserung Veloroute)
- St. Jakobs – Strasse, Unterführung Zeughaus (Radweg)
- Teilrichtplan Velo
- Veloabstellplatzkonzept (Wirkungskontrolle, Aktualisierung und Bike&Ride)
- Velogegenverkehr (Überprüfung Vortrittsänderung)
- Veloparkierung Bahnhof SBB (Konzept Erweiterung)
- Veloparkierung Bad. Bahnhof (Erschliessungsstudie)
- Velowegweisung (Umsetzungsplanung)
- Wasgenring, Unterführung Hegenheimerstrasse

*Für folgende Massnahmen zulasten Velorahmenkredit ist eine Umsetzung im 2012 geplant:*

- Badweglein (Verbreiterung für Veloverkehr)
- Bike&Ride-Anlagen
- Chrischonaweglein (Anbindung an Grenzacherstrasse)
- Im langen Loh (Einführung Velogegenverkehr)
- Kleinmassnahmen (diverse Verbesserungen)
- LSA-Optimierungen
- Müllheimer-, Feldbergstrasse (Zulassung Velogegenverkehr, LSA-Anpassung)
- Riehenstrasse, Unterführung im Surinam
- St. Jakobs – Strasse, Güterbhf. Wolf (Radstreifen)
- Veloabstellplätze (Verbesserungen an div. Abstellplätzen)
- Velogegenverkehr (Div. Zulassungen)
- Velogegenverkehr (Einführung Rechtsvortritt)

Zahlreiche weitere Verbesserungen für den Veloverkehr werden im Rahmen von Grossprojekten (z.B. Luzernerring / Wasgenring, Rheinuferpromenade St. Johann, Elsässerstrasse / Hünigerstrasse) geplant und umgesetzt oder mit separaten Krediten finanziert (z.B. Birs-kopfsteig).

**Rahmenkredit zur Förderung des Langsamverkehrs, Ausgaben 2011**

Der Rahmenkredit zur Förderung des Langsamverkehrs ist im Zusammenhang mit dem Gegenvorschlag zur Städteinitiative angenommen worden. Er ist der Nachfolgekredit zu den beiden Rahmenkrediten für den Fuss- und Veloverkehr und deckt zudem zusätzliche Massnahmen ab. Erste Projekte, insbesondere in den Grundlagen, in der Planung und in der Öffentlichkeitsarbeit wurden bereits gestartet.

*Aus dem Rahmenkredit zur Förderung des Langsamverkehrs wurden 2011 Ausgaben für folgende neuen Projekte getätigt:*

- Internet: Velostadtplan
- Manuelle Velozählung an Grenzübergängen
- Mobilitätswoche Basel Dreiland 2011
- Projektstellen
- Velofit – sicher auf zwei Räder (Kinderverkehrsgarten)
- Velozählstellen (Einrichtung)

*Die Ausgaben zulasten Rahmenkredit zur Förderung des Langsamverkehrs im 2011 setzen sich wie folgt zusammen:*

- |                                 |                 |
|---------------------------------|-----------------|
| - Grundlagen                    | ca. CHF 110'000 |
| - Planung von Infrastruktur     | ca. CHF 200'000 |
| - Bau von Infrastruktur         | CHF 0           |
| - Verkehrsregime und Wegweisung | CHF 0           |
| - Öffentlichkeitsarbeit         | ca. CHF 80'000  |

Die Ausgaben 2011 betragen gesamthaft etwa CHF 390'000.

**Langsamverkehr, Arbeiten 2011 und 2012**

*2011 wurden folgende Projekte bearbeitet:*

- Aeschenplatz (Fussgängerquerung zu Bushalt 70/80)
- Baselstrasse (Verbesserung Fussgängersituation)
- Grosspeter-Anlage (Verbesserung Fussgängerquerung und Veloführung)
- Gundeldingerstrasse (Trottoirüberfahrten)
- Klingelbergstrasse (neue Fussgängerquerung)
- Kommunikationskonzept
- Neusignalisation Langsamverkehrs nach VSS-Norm
- Redingstrasse (Verbesserung Fussgängersituation)
- Rollstuhlwanderweg (Wieseweg)
- slow up (Ausweitung)
- Strassburgerallee, Burgfelderstrasse (FG-Inseln)
- Velo-City-Kongress 2015 (Machbarkeitsklärung für Bewerbung Basel)
- Velonutzung von Kindern und Jugendlichen (Erhebungskonzept)
- Zürcherstrasse (Trottoirüberfahrten)

*Für folgende Massnahmen zulasten Rahmenkredit ist eine Umsetzung im 2012 geplant:*

- Aeschenplatz (Verbesserung Fussgängerquerung zu Bushalt 70/80)
- Baselstrasse (Verbesserung Fussgängersituation, Aufwertung)
- E-Bike Probewochen
- Evaluation neue Massnahmen für die Umsetzung des Gegenvorschlags zur Städteinitiative
- Fussgängerstadtplan
- Fussgängerzählstellen (Konzept und erste Umsetzungen)
- Internet Plattform: Basel unterwegs
- Kampagne „fair unterwegs“
- Klingelbergstrasse (neue Fussgängerquerung)
- Marionettentheater (Prävention an Schulen)
- Mobilitätsausbildung an Schulen (Konzept)
- Mobilitätswoche Basel Dreiland 2012
- slow up 2012
- Velonutzung von Kindern und Jugendlichen (Studie)
- Velowegweisung (Neusignalisation)
- Velozählstellen (Weitere Einrichtung und Auswertung)
- Zürcherstrasse (Trottoirüberfahrten)

(Wird nur im Internet veröffentlicht)

## Ausführliche Statistik des Appellationsgerichts 2011

Die tabellarische Aufstellung über die zahlenmässige Entwicklung der beim Appellationsgericht eingegangenen Fälle in den letzten zehn Jahren präsentiert sich wie folgt:

	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2003	2002	2001
Zivilsachen (alt)	3	42	40	38	65	42	53	39	45	47	36
Zivilsachen (neu)	37	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Direktklagen	4										
Schutzschriften	18										
Strafsachen (alt)	77	144	105	109	102	94	98	83	80	77	88
Verzeigungssachen (alt)	5	14	16	23	12	18	18	12	20	10	17
Strafsachen (neu) inkl. Verzeigungen	84	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Verwaltungs-, Ver- fassungs- und Lohnrekurse	217	291	159	174	168	195	178	157	158	189	176
Beschwerden total *	205	124	113	122	123	152	150	124	136	132	149
Beschwerden Zivilrecht	92										
Beschwerden Strafrecht	113 **										
Haftbeschwerden	40	35	19	19	19	21	27	32	34	22	15
Diverse Eingaben und Geschäfte	1'160	781	923	736	665	727	672	670	610	873	454
Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht	77	81	94	192	248	138	149	131	127	169	243
<b>T o t a l</b>	<b>1927</b>	<b>1512</b>	<b>1469</b>	<b>1413</b>	<b>1402</b>	<b>1387</b>	<b>1345</b>	<b>1248</b>	<b>1210</b>	<b>1519</b>	<b>1178</b>

\* Bis 2010 wurde keine separate Statistik für Beschwerden in Zivilsachen und Beschwerden in Strafsachen geführt.

\*\* davon 91 Beschwerden gegen Entscheide der Staatsanwaltschaft

Im Bereich der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht wurden im Jahr 2011 (2010) insgesamt 77 (76) Entscheide getroffen. Davon ergingen 76 (75) in 48 (60) Sitzungen, während 1 (6) Fall ohne Verhandlung beurteilt wurde.

Insgesamt wurde 53 (55) mal vom Migrationsamt angeordnete Ausschaffungshaft richterlich überprüft. Davon erwiesen sich 50 (48) Fälle als zulässig; in 3 (7) Fällen wurde die Ausschaffungshaft als unzulässig beurteilt. Weiter standen 13 (12) Verlängerungen der Ausschaffungshaft zur Beurteilung, wovon 12 (11) bewilligt und 1 (1) nicht bewilligt wurden. In 4 (6) Fällen wurde Vorbereitungshaft genehmigt. 1 (0) Haftentlassungsgesuch wurde abgewiesen und 1 (1) gutgeheissen. Sodann wurde 1 (4) Rekurs gegen eine Ausgrenzungs- bzw. Eingrenzungsverfügung erhoben. 1 (2) wurde abgewiesen. In 2 (1) Fällen wurde Durchsetzungshaft angeordnet, in 1 (2) Fall wurde die Verlängerung der Durchsetzungshaft genehmigt und in 1 (0) Fall wurde Verlängerung der Vorbereitungshaft angeordnet. Von den 77 (81) beurteilten Fällen betrafen 68 (79) Männer und 9 (2) Frauen.

Das Bundesgericht hatte im Berichtsjahr 3 (3) öffentlich-rechtliche Beschwerden gegen Entscheide der Einzelrichterin und des Einzelrichters zu beurteilen. Auf alle drei Beschwerden wurde nicht eingetreten.

Viermal (6) tagte im Berichtsjahr die Präsidentenkonferenz, einmal (1) das Plenum zur Erledigung der in ihre Zuständigkeit fallenden Geschäfte.

Im Berichtsjahr fanden 156 (143) Sitzungen statt, wovon 47 (45) auf die drei Kammern, 52 (38) auf den Ausschuss und 52 (60) auf die Einzelrichterinnen und Einzelrichter entfielen. 1 (0) tagte die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte.

38 (28) Kandidatinnen und Kandidaten ist nach bestandener Prüfung das Anwaltspatent zur Ausübung der Advokatur im Kanton Basel-Stadt erteilt worden, 25 (28) Kandidatinnen und Kandidaten haben die Prüfung nicht bestanden.

In 72 (59) Fällen wurde die Substitution von Anwaltspraktikantinnen und -praktikanten registriert und 32 (27) Anwältinnen sowie Anwälte mit Geschäftsadresse in Basel-Stadt wurden in das hiesige Anwaltsregister aufgenommen. Es wurde 3 (0) Gesuchen von Anwältinnen und Anwälten aus dem EU-Raum um Eintragung unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung und Anerkennung der Berechtigung zur ständigen Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden in der Schweiz entsprochen. In 8 (14) Verfahren war über Fragen der Zulassung zur anwaltlichen Berufsausübung oder des Disziplinarrechts zu entscheiden.



	Fälle 2011	2010	Fälle 2011	2010	Fälle 2011	2010
Unerledigt wurden aus dem Vorjahr übernommen:						
Zivilsachen (altrechtlich)	33	(30)				
Zivilsachen (neurechtlich)	0	(0)				
Direktklagen und Schutzschriften	0	(0)				
Strafsachen (altrechtlich)	113	(74)				
Strafsachen (neurechtlich)	0	(0)				
Verzeigungssachen	13	(13)				
Verwaltungs- und Verfassungsrekurse	139	(72)				
Beschwerden	55	(63)				
Haftbeschwerden	3	(1)	356	(253)		
Im Berichtsjahr gingen ein:						
Zivilsachen (altrechtlich)	3	(42)				
Zivilsachen (neurechtlich)	37	(0)				
Direktklagen und Schutzschriften	22	(0)				
Strafsachen (altrechtlich)	77	(144)				
Strafsachen (neurechtlich)	84	(0)				
Verzeigungssachen	5	(14)				
Verwaltungs- und Verfassungsrekurse	217	(291)				
Beschwerden	205	(124)				
Haftbeschwerden	40	(35)				
Diverse Eingaben und Geschäfte	1160	(781)				
Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht	77	(81)	1927	(1512)	2283	(1765)
Ende 2011 waren hievon zurückgezogen, zurückgewiesen, verglichen, gegenstandslos geklärt, dahingefallen, nicht eingetreten oder sonstwie erledigt:						
Zivilsachen (altrechtlich)	7	(24)				
Zivilsachen (neurechtlich)	5	(0)				
Direktklagen und Schutzschriften	1	(0)				
Strafsachen (altrechtlich)	35	(51)				
Strafsachen (neurechtlich)	7	(0)				
Verzeigungssachen	4	(7)				
Verwaltungs- und Verfassungsrekurse	89	(123)				
Beschwerden	69	(58)				
Haftbeschwerden	9	(7)	226	(270)		
Unerledigt blieben am 31. Dezember 2011						
Zivilsachen (altrechtlich)	17	(34)				
Zivilsachen (neurechtlich)	22	(0)				
Direktklagen und Schutzschriften	1	(0)				
Strafsachen (altrechtlich)	76	(111)				
Strafsachen (neurechtlich)	73	(0)				
Verzeigungssachen	5	(12)				
Verwaltungs- und Verfassungsrekurse	146	(142)				
Beschwerden	77	(63)				
Haftbeschwerden	0	(3)	417	(365)	643	(635)

Die erledigten Fälle verteilen sich auf:

Zivilsachen (altrechtlich)	12	(14)		
Zivilsachen (neurechtlich)	10	(0)		
Direktklagen und Schutzschriften	20	(0)		
Strafsachen (altrechtlich)	79	(56)		
Strafsachen (neurechtlich)	4	(0)		
Verzeigungssachen	9	(8)		
Verwaltungs-, Verfassungs- und Disziplinarrekurse	121	(98)		
Beschwerden	114	(67)		
Haftbeschwerden	34	(25)		
Diverse Eingaben und Geschäfte	1160	(781)		
Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht	77	(81)	1640	(1130)

In den 12 (14) altrechtlichen Zivilsachen wurde das erstinstanzliche Urteil

bestätigt in	5	(6)	Fällen	
abgeändert in	7	(8)	Fällen	
zusammen	12	(14)	Fälle	

In den 10 (0) neurechtlichen Zivilsachen wurde das erstinstanzliche Urteil

bestätigt in	7	(0)	Fällen	
abgeändert in	3	(0)	Fällen	
zusammen	10	(0)	Fälle	

In den 79 (56) altrechtlichen Strafsachen erfolgte  
Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils

31 (24) Fällen

Abänderung der ausgesprochenen Strafe  
zugunsten des Beurteilten

31 (22) Fällen

resp. zuungunsten des Beurteilten

17 (14) Fällen

zusammen 79 (60) Fälle

\*

In den 4 (0) neurechtlichen Strafsachen erfolgte  
Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils

2 (0) Fällen

Abänderung der ausgesprochenen Strafe  
zugunsten des Beurteilten

2 (0) Fällen

resp. zuungunsten des Beurteilten

0 (0) Fällen

zusammen 4 (0) Fälle

\*

In den 9 (8) Verzeigungssachen erfolgte			
Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils	6	(5)	Fällen
Abänderung der ausgesprochenen Strafe			
zugunsten des Beurteilten	3	(3)	Fällen
resp. zuungunsten des Beurteilten	0	(0)	Fällen
zusammen	<u>9</u>	<u>(8)</u>	<u>Fälle</u>

Die erledigten Verwaltungs-, Verfassungs- und Disziplinarrekurse verteilten sich wie folgt:

	2011	2010
Regierungsrat	6	7
Steuerrekurskommission	11	3
Expropriationskommission	1	0
Baurekurskommission	3	5
Bau- und Verkehrsdepartement	5	4
Justiz- und Sicherheitsdepartement	44	31
Präsidialdepartement	1	2
Kommission für Ausbildungsbeiträge	1	0
Vormundschaftsbehörde	4	2
Vormundschaftsrat	5	4
Aufsichtskommission über die Advokaten	1	0
Gesundheitsdepartement	1	2
Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt	16	9
Amt für Sozialbeiträge	0	4
Personalrekurskommission	1	2
Rekurskommission Universität	1	2
Erziehungsdepartement	7	2
Erziehungsdepartement, AKJS	0	4
Bürgerrat der Stadt Basel	2	0
Gemeinde Riehen	0	1
Gemeinde Bettingen	0	1
Industrielle Werke Basel	1	0
Grosser Rat	2	1
Fürsorgerat	3	1
Strafgericht, Abt. Vollzug	5	10
Universitätsspital Basel	0	1
<b>Total</b>	<b>121</b>	<b>98</b>

\* Eine Statistik bezogen auf Anzahl Beurteilte pro Fall kann mit dem neuen EDV-Programm nicht mehr erstellt werden.

Von den 121 (98) behandelten Rekursen wurden 21 (22) gutgeheissen und 100 (76) abgewiesen.

Von den 114 (67) behandelten Beschwerden gegen Urteile und Verfügungen der ersten Instanz wurden 33 (15) gutgeheissen und 81 (52) abgewiesen.

Von den 34 (25) behandelten Haftbeschwerden wurden 5 (1) gutgeheissen und 29 (24) abgewiesen.

Von den 20 Schutzschriften und Direktklagen wurden beim Appellationsgericht 18 Schutzschriften entgegengenommen. Ferner erging ein Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Massnahme, und wurde ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme (UWG) gutgeheissen.

## Bundesgericht

	Beschwerden in Zivilsachen		Beschwerden in Strafsachen		Beschwerden in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten		Verfassungsbeschwerden	
	2011	2010	2011	2010	2011	2010	2011	2010
Am 1. Januar 2011 waren pendent	9	7	8	8	16	9	2	2
Im Berichtsjahr gingen ein	21	13	39	28	29	26	7	4
<b>zusammen</b>	<b>30</b>	<b>20</b>	<b>47</b>	<b>36</b>	<b>45</b>	<b>35</b>	<b>9</b>	<b>6</b>
Zurückgezogen, nicht eingetreten	9	4	12	2	15	8	5	4
gutgeheissen	2	2	7	3	2	3	0	0
abgewiesen	5	4	17	22	14	9	0	0
unerledigt blieben	14	10	11	9	14	15	4	2
<b>zusammen</b>	<b>30</b>	<b>20</b>	<b>47</b>	<b>36</b>	<b>45</b>	<b>35</b>	<b>9</b>	<b>6</b>

## Kassenbericht

Die Einnahmen betragen	2011 CHF	2010 CHF
Geldbussen –Strafen	38'110.00	50'690.00
Advokaten- und Kanzleigebühen	35'601.00	46'762.00
Gerichts- und Urteilsgebühren	562'265.00	384'759.00
	635'976.00	482'211.00
Ausgewiesene Advokatenhonorare (Zivil- und Verwaltungssachen)	107'577.85	76'128.80
Advokatenhonorare (Strafsachen)	755'823.30	304'515.20
	863'401.15	380'644.00

## **Aus der Rechtsprechung des Appellationsgerichts im Jahr 2011:**

### **1. Urteil des Appellationsgerichts als Verwaltungsgericht VD.2010.128 vom 3. Januar 2011 betr. Entzug des Führerausweises**

*Die Dauer eines administrativen Verfahrens betr. Entzug des Führerausweises von fast 5½ Jahren seit dem Verstoss gegen die Strassenverkehrsregeln bzw. knapp 5 Jahren seit dem strafrechtlichen Urteil ist übermässig. Ein solch krasser Verstoss gegen das verfassungsrechtlich geltende Beschleunigungsgebot ist bei der Beurteilung in der Sache zu berücksichtigen. Da die bei schwerer Verkehrsregelverletzung vorgesehene gesetzliche Mindstdauer des Führerausweisentzugs von 3 Monaten nicht unterschritten werden darf, hat hier das Verwaltungsgericht von einem Entzug gänzlich abgesehen. Angesichts der langen Verfahrensdauer konnte von einer solchen Administrativmassnahme keine erzieherische Wirkung auf den fehlbaren Fahrzeuglenker mehr erwartet werden.*

#### **Sachverhalt**

X. fuhr am Abend des 21. Oktober 2005 bei dichtem Verkehr auf dem zweiten Überholstreifen der Autobahn A2/A3 in Fahrtrichtung Zürich mehrfach bis auf einen Abstand von zwei bis drei Metern auf vor ihm mit Geschwindigkeiten zwischen 80 und 120 km/h fahrende Fahrzeuge auf, wobei er diese teilweise auch mit der Lichthupe zur Freigabe der Spur nötigte. Er wurde vom Bezirksstatthalteramt Arlesheim mit Strafbefehl vom 15. Mai 2006 wegen mehrfacher Nötigung im Strassenverkehr zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von zehn Tagen sowie zu einer bedingt löschbaren Busse in Höhe von CHF 500.– verurteilt. Dieser Strafbefehl erwuchs am 8. Juni 2006 in Rechtskraft und wurde dem Ressort Administrativmassnahmen des Sicherheitsdepartements des Kantons Basel-Stadt am 30. Juni 2006 zur Durchführung des Administrativverfahrens am damaligen Wohnort von X. überwiesen.

Nachdem X. anlässlich einer Einvernahme in anderer Sache bei der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt am 21. März 2007 zu Protokoll gegeben hatte, dass er gelegentlich Kokain konsumiere und die Staatsanwaltschaft das Ressort Administrativverfahren hierüber unterrichtete, ordnete dieses eine verkehrspsychiatrische Untersuchung bei den Universitären Psychiatrischen Kliniken (UPK) an. Das Administrativverfahren wurde bis zum Vorliegen dieses Gutachtens sistiert. Nachdem dieses mit Datum vom 31. März 2008 erstattet und eine Teilnahme von X. am motorisierten Strassenverkehr nur unter der Auflage einer kontrollierten Drogenabstinenz über einen Zeitraum von mindestens einem Jahr als vertretbar bezeichnet worden war, entzog das Ressort Administrativverfahren X. mit Verfügung vom 26. Mai 2008 den Führerausweis für fünf Monate und ordnete darüber hinaus eine kontrollierte Drogenabstinenz für den

Zeitraum von sechs Monaten an, für deren Nachweis er auf das Ende der Kontrollfrist zur Durchführung einer Haaranalyse verpflichtet worden ist.

Den gegen diese Verfügung erhobenen Rekurs hiess das Justiz- und Sicherheitsdepartement (JSD) mit Entscheid vom 15. April 2010 wegen Verletzung des Beschleunigungsgebots teilweise gut, reduzierte die Dauer des Führerausweisentzugs auf drei Monate und auferlegte dem Rekurrenten eine reduzierte Spruchgebühr, welche mit einer Parteientschädigung in gleicher Höhe verrechnet worden ist. Die Auflage einer kontrollierten Drogenabstinenz während sechs Monaten für die weitere Teilnahme am motorisierten Strassenverkehr wurde, zwar nicht ausdrücklich, aber implizit bestätigt. Gegen diesen Rekursentscheid richtet sich der vorliegend, mit Eingaben vom 28. April und 19. Mai 2010 rechtzeitig erhobene und begründete Rekurs an den Regierungsrat, welcher dem Verwaltungsgericht mit Schreiben vom 7. Juni 2010 zum Entscheid überwiesen worden ist. Mit seinem Rekurs beantragt der Rekurrent die kostenfällige Aufhebung des angefochtenen Entscheids und den Verzicht auf die Anordnung eines Führerausweisentzugs, eventualiter die Herabsetzung der angeordneten Dauer. Hierzu hat sich der Bereich Recht des JSD vernehmen lassen und der Rekurrent darauf repliziert. Die Einzelheiten der Standpunkte ergeben sich, soweit sie für den vorliegenden Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Justizdepartements sowie den §§ 10 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100) und § 42 des Organisationsgesetzes (OG; SG 153.100). Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG und umfasst namentlich die richtige Feststellung des Sachverhalts, die richtige Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen und den willkürfreien Gebrauch des Ermessens durch die Verwaltung. Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert, weshalb darauf einzutreten ist.

**1.2** Der Entzug des Führerausweises zu Warnzwecken stellt einen Entscheid über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar. Der Betroffene hat daher Anspruch auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung (BGE 121 II 22), worauf er aber auf entsprechende Verfügung hin mit Eingabe vom 10. September 2010 explizit verzichtet hat. Von einer öffentlichen und mündlichen Parteiverhandlung ist daher abgesehen worden und der Entscheid ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

## 2.

Der Rekurrent bestreitet nicht, dass er aufgrund des vom Bezirksstatthalteramt Arlesheim mit Strafbefehl vom 15. Mai 2006 beurteilten Sachverhalts durch eine grobe Verletzung von Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorgerufen oder in Kauf genommen hat und daher die Voraussetzungen für einen Warnungsentzug nach einer schweren Widerhandlung gemäss Art. 16c Abs. 1 lit. a des Strassenverkehrsgesetzes (SVG; SR 741.01) erfüllt sind. Soweit der Rekurrent Willkür geltend macht, weil aufgrund des ursprünglichen Entscheids der Kantonspolizei vom 26. Mai 2008 unklar sei, worauf diese ihren Entscheid gestützt habe, braucht darauf, dem Ausgang des Verfahrens entsprechend, nicht weiter eingetreten zu werden. Der Rekurrent rügt aber eine übermässig lange Verfahrensdauer und damit eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK. Aufgrund der sehr langen Verfahrensdauer sei auf den Führerausweisentzug zu verzichten, eventualiter sei die Dauer des Entzuges herabzusetzen.

## 3.

**3.1** Bei der Festsetzung der Dauer des Führerausweisentzugs sind gemäss Art. 16 Abs. 3 SVG die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Hierzu zählt namentlich auch die Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung innert angemessener Frist gemäss Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Die angemessene Dauer des Verfahrens ist dabei unter Beachtung der spezifischen Verhältnisse des Einzelfalles, nach der Art des Verfahrens, der betroffenen Rechtsgüter und deren persönlichen Bedeutung, dem Umfang und der Komplexität der Sachverhalts- und Rechtsfragen sowie dem Verhalten der Parteien und Behörden zu beurteilen (RHINOW/KOLLER/KISS/TURNHEER/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Auflage, Basel 2010, N 290).

**3.2** Nach der Verschärfung des Administrativmassnahmenrechts des Strassenverkehrsgesetzes per 1. Januar 2005 darf die Mindestentzugsdauer gemäss Art. 16 Abs. 3 Satz 2 SVG nicht mehr unterschritten werden. Diese beträgt im Fall einer schweren Widerhandlung drei Monate. Dies gilt auch im Falle der Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung innert angemessener Frist (BGE 135 II 334 E. 2.2. S. 336 f.). Nachdem hier die Dauer des Warnungsentzugs von der Vorinstanz unter Berücksichtigung der anerkannten Verletzung des Beschleunigungsgebots bereits auf diese Minimaldauer reduziert wurde, ist eine weitere Verkürzung der Entzugsdauer grundsätzlich nicht mehr zulässig.

**3.3** Möglich ist aber im Falle einer schweren Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung innert angemessener Frist, der nicht in anderer Weise Rechnung getragen werden kann, ausnahmsweise der gänzliche Verzicht auf eine Massnahme (BGE 135 II 334 E. 2.3 S. 337). Dies ist insbesondere dann zu prüfen, wenn die zur Diskussion stehende Massnahme durch den Zeitablauf ihrer erzieherischen Wirkung beraubt wäre (BGE 127 II 297 E. 3d. S. 300). Zu den entsprechenden Voraussetzungen hat

sich das Bundesgericht kürzlich neben dem genannten, amtlich publizierten, in zwei weiteren Entscheiden geäussert.

Im ebenfalls den Kanton Basel-Stadt betreffenden Entscheid BGer 1C\_383/2009 vom 30. März 2010 E. 3.4, wurde der Führerausweisentzug acht Monate nach dem Erlass des Strafbefehls verfügt. Über den dagegen erhobenen Rekurs ist vom Sicherheitsdepartement nach weiteren 13 respektive 11 Monaten nach Abschluss des Schriftenwechsels entschieden worden. Schliesslich dauerte das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht zehn Monate, wobei der Entscheid ca. 6 ½ Monate nach Abschluss des Schriftenwechsels erging. Da der Fall weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht komplex erschien, beurteilte das Bundesgericht insbesondere die elf Monate, die das Sicherheitsdepartement bis zu seinem Entscheid brauchte, als übermässig lange. Auch die gesamte Verfahrensdauer von nunmehr über vier Jahren sei zu lang, wobei dem Beschwerdeführer nicht zum Vorwurf gereichen könne, dass er alle Rechtsmittel ausgeschöpft habe. Eine Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung innert angemessener Frist nach Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK sei unter den gegebenen Umständen zu bejahen. Die Verletzung wiege allerdings nicht so schwer, dass ein Verzicht auf den Führerausweisentzug in Frage käme. Es sei nicht ersichtlich, dass der Entzug wegen des Zeitablaufs keine erzieherische Wirkung mehr haben könnte. Die Mindestentzugsdauer dürfe folglich nicht unterschritten werden. Die Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung innert angemessener Frist sei jedoch im Dispositiv des Entscheids ausdrücklich festzustellen, was für den Beschwerdeführer eine Form der Wiedergutmachung darstelle (BGE 135 II 334 E. 3 S. 337; 130 I 312 E. 5.3 S. 333; 129 V 411 E. 3.1 S. 417; je mit Hinweisen).

Zum gleichen Schluss kam das Bundesgericht auch im Entscheid BGer 1C\_445/2010 vom 30. November 2010 (E. 2.5) bei einer Verfahrensdauer von insgesamt fünf Jahren seit Erlass des Strafbefehls unter Einschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens. Zu beachten war aber, dass im damaligen Verfahren der im Kanton Basel-Stadt erlassene Strafbefehl zunächst mit Rechtsmitteln bis zum Bundesgericht angefochten worden war. Das Administrativverfahren selber, mit Rekursen an den Regierungsrat und ans Verwaltungsgericht sowie mit Beschwerde ans Bundesgericht, dauerte somit ab Abschluss des Strafverfahrens nur 16 Monate.

**3.4** Im vorliegenden Verfahren datiert die Verkehrsregelverletzung vom 21. Oktober 2005. Der Strafbefehl erging am 15. Mai 2006 und erwuchs anschliessend in Rechtskraft. In der Folge dauerte es gut zwei Jahre bis zu dem mit Verfügung vom 26. Mai 2008 erfolgten Führerausweisentzug. In der Folge dauerte das departementale Rekursverfahren ebenfalls gut 22 Monate, wobei der Entscheid erst 19 Monate nach dem Schluss des Schriftenwechsels erfolgte. Auch das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht wird aufgrund der derzeitigen Belastung wegen massiv gestiegener Fallzahlen unter Einschluss der Verfahrensleitung vor dem Regierungsrat und der Frist bis zum Versand des schriftlich motivierten Urteils gut zehn Monate dauern,



wobei hiervon ca. fünf Monate auf die Zeit bis zum Abschluss des Schriftenwechsels entfallen. Daraus resultiert eine Verfahrensdauer im Kanton von knapp fünf Jahren seit dem Erlass des Strafbefehls und von fast fünfeneinhalb Jahren seit der inkriminierten Handlung. Im Falle der Bestätigung des Entzuges und einem Weiterzug ans Bundesgericht würde das Verfahren wohl erst gut sechs Jahre nach dem Vorfall abgeschlossen werden können.

**3.5** Wie bereits die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, muss die Verfahrensdauer der Administrativbehörde im vorliegenden, weder in rechtlicher noch tatsächlicher Hinsicht komplexen Fall, als übermässig lange beurteilt werden. Das Gleiche gilt offensichtlich auch für das departementale Verfahren, bei dem die Angelegenheit zwischen dem Schluss des Schriftenwechsels und dem Entscheid rund 19 Monate ruhte. Diese Verfahrensdauer innerhalb des Departements von insgesamt knapp vier Jahren stellt eine schwere Verletzung des Beschleunigungsgebots dar. Sie muss bei einem aussenstehenden Dritten fast schon den Eindruck erwecken, dass es den Behörden bei dem mittels Warnungsentzug verfolgten Zweck, nämlich der erzieherischen Einwirkung auf Automobilisten, die in schwerer Weise gegen die Regeln des Strassenverkehrs verstossen und damit eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer begründet haben, nicht wirklich ernst gemeint sein kann. Die Erziehung und Besserung eines Täters setzt voraus, dass die Massnahme in einem angemessenen zeitlichen Zusammenhang mit der sanktionierten Regelverletzung steht. Ausserdem wird mit dem Zeitablauf die Erforderlichkeit einer erzieherischen Sanktion relativiert, wenn sich der Täter in dieser Zeit wohl verhalten hat (BGE 127 II 297 E. 3d S. 300). Davon ist im vorliegenden Fall auszugehen, liegen doch keine Hinweise dafür vor, dass der Rekurrent in den letzten fünf Jahren als Führer eines Motorfahrzeugs im Strassenverkehr negativ aufgefallen wäre. Weiter erscheint als glaubhaft, dass der Rekurrent, der gemäss seinen eigenen Ausführungen eine Autowaschanlage betrieben hat (...) und dabei Autos seiner Kunden abholen und nach der Reinigung wieder zurückbringen musste (vgl. dazu auch die detaillierten Angaben im verkehrspsychiatrischen/verkehrspsychologischen Gutachten der UPK vom 31. März 2008 S. 3), zumindest bis zu dem am 15. Juni 2010 über ihn eröffneten Konkurs (vgl. seine Eingabe vom 16. Juli 2010 sowie Rekursbeilage 1) beruflich auf die Benutzung seines Fahrzeuges angewiesen war. Dass er heute bei seinen temporären Einsätzen für die Firma Y. GmbH auf das Auto angewiesen sein soll, kann allerdings den eingereichten Unterlagen nicht entnommen werden (vgl. Replikbeilagen 2 ff.). Damit hat oder zumindest hatte das vorliegende Verfahren für den Rekurrenten eine erhebliche Bedeutung, so dass ihn dessen unverschuldete Verzögerung und die dadurch bewirkte Unsicherheit über dessen Ausgang stärker belastet hat. Schliesslich ist im Zusammenhang mit Rechtsverzögerungen bei der Ausfällung von Warnungsentzügen festzustellen, dass die schweren Verkehrsregelverletzungen, die Ausgang dieses Verfahrens bilden, bereits mit dem Strafbefehl des Bezirkstatthalteramts geahndet worden sind. Der Rekurrent geht daher auch beim Verzicht auf eine Massnahme gemäss Art. 16c SVG nicht straffrei aus. Die bedingt ausgesprochene Gefängnisstrafe und

die Verbindungsbusse sollen als strafrechtliche Sanktion aufgrund ihrer spezialpräventiven Wirkung erzieherisch wirken. Auch wenn ein erhebliches Interesse der Öffentlichkeit am Vollzug von Warnungsentzügen gerade auch in den Fällen von Art. 16c SVG und der dadurch verfolgten erzieherischen und bessernden Wirkung besteht, so muss aufgrund der Schwere der Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK im vorliegenden Fall ausnahmsweise ein Verzicht auf den Führerausweisentzug erfolgen.

#### 4.

**4.1** Wie sich aus der Begründung des angefochtenen Entscheides ergibt, hat das Justiz- und Sicherheitsdepartement die von der Vorinstanz verfügte Auflage bestätigt. Demnach wurde festgestellt, dass die weitere Teilnahme des Rekurrenten am motorisierten Strassenverkehr nur unter der Auflage einer kontrollierten Drogenabstinenz von sechs Monaten vertretbar sei, um die Fahreignung sicherzustellen. Die gerechnet ab dem 11. März 2008 angeordnete kontrollierte Drogenabstinenz von sechs Monaten müsse am Ende dieses Zeitraums mit einer negativ ausfallenden Haaranalyse beim Institut für Rechtsmedizin nachgewiesen werden.

Wie das Bundesgericht in BGE 131 II 248 E. 4.2 S. 250 festgestellt hat, darf aufgrund des Unterschieds zwischen einem Warnungs- und einem Sicherungsentzug die Wiedererteilung des Führerausweises nach Ablauf einer ausgesprochenen Entzugsdauer nicht von Bedingungen abhängig gemacht oder mit Auflagen verbunden werden. Daraus folgt, dass eine Auflage nur unabhängig vom Warnungsentzug Bestand haben kann. Tatsächlich können Führerausweise aus besonderen Gründen sowohl bei ihrer Erteilung wie auch in einem späteren Zeitpunkt befristet, beschränkt oder mit Auflagen verbunden werden, um Schwächen hinsichtlich der Fahrtauglichkeit zu kompensieren. Solche Auflagen zur Fahrberechtigung sind im Rahmen der Verhältnismässigkeit stets zulässig, wenn sie der Verkehrssicherheit dienen, mit dem Wesen der Fahrerlaubnis im Einklang stehen und sich die Fahreignung nur mit dieser Massnahme aufrecht erhalten lässt (BGE 131 II 248 E. 6.1 f. S. 251 f.; 130 II 25 E. 4; Urteil 6A.58/2004 vom 26. November 2004, E. 1; WEISSENBARGER, Administrativrechtliche Massnahmen gegen über Motorfahrzeuglenkern bei Alkohol- und Drogengefährdung, Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2004, S. 134). Einen besonderen Grund zur Aussprechung einer Auflage bildet wie die Neigung zum Missbrauch von Alkohol (BGE 131 II 248 E. 6.3 S. 252) auch jene zum Kokainmissbrauch.

**4.2** Der Rekurrent rügt zumindest sinngemäss, es sei willkürlich, bei ihm von einer Neigung zum Kokainkonsum auszugehen. Sämtliche Testergebnisse auf Drogen oder Alkohol seien negativ. Er bestreitet aber nicht, anlässlich einer Einvernahme auf der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 21. März 2007 eingeräumt zu haben, ab und zu Kokain auf Toiletten von Restaurants zu konsumieren und letztmals zwei Wochen vor der Einvernahme der Staatsanwaltschaft Kokain gekauft und konsumiert zu haben. Diese Aussagen hat er zudem gegenüber Frau Dr. K. Römer im Rahmen der

verkehrspsychiatrischen/verkehrspsychologischen Begutachtung bestätigt (verkehrspsychiatrisches/verkehrspsychologisches Gutachten der UPK vom 31. März 2008, S. 3). Damit fusst der von ihr diagnostizierte schädliche Gebrauch von Kokain (ICD-10 F. 14.1) auf seinen eigenen Aussagen und ist daher belegt, auch wenn eine immunochemische Untersuchung des Instituts für Rechtsmedizin vom 21. März 2007 negativ ausgefallen ist.

**4.3** Daraus folgt, dass die Auflage grundsätzlich zu bestätigen, aber dem weiteren, verzögerten Verfahrensgang anzupassen ist. Demgemäss soll der Rekurrent verpflichtet werden, der Kantonspolizei innert drei Monaten nach Rechtskraft dieses Urteils eine auf eigene Kosten einzuholende Haaranalyse des Instituts für Rechtsmedizin vorzuweisen, welche auf der Untersuchung von mindestens sechs Zentimeter langen Haaren beruht und mit der seine Drogenabstinenz während der letzten sechs Monate vor der Analyse belegt werden kann. Sollte diese Analyse nicht innert drei Monaten nach Rechtskraft dieses Urteils eingereicht werden, so kann dies als Missachtung der Auflage einen Entzug des Führerausweises gemäss Art. 16 Abs. 1 SVG zur Folge haben.

## 5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt der Rekurrent im Hauptpunkt. Da der angefochtene Warnungsentzug aber nur infolge der übermässigen Verfahrensdauer aufzuheben ist, dessen Anordnung grundsätzlich gerechtfertigt war, und eine Aufhebung bei einer kürzeren Bearbeitung des Rekurses durch die Vorinstanz nicht hätte erfolgen müssen, rechtfertigt es sich, den vorinstanzlichen Kostenentscheid zu bestätigen. Diese Kosten wären nämlich auch bei einer angemessenen Verfahrensdauer im vorinstanzlichen Verfahren angefallen. Demgegenüber sind für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren keine Kosten zu erheben, und es ist dem Rekurrenten eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 2'000.– zuzüglich MwSt zuzusprechen. Damit wird ein Aufwand von knapp 8 Stunden à CHF 250.– neben den notwendigen Auslagen honoriert. Dieser Betrag übersteigt den möglichen Betrag einer zum Ansatz von CHF 180.– zu berechnenden Entschädigung des Vertreters des Rekurrenten im Kostenerlass, sodass ihm kein ergänzendes Honorar aus der Gerichtskasse zuzusprechen ist.

### **Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

**://:** In teilweiser Abänderung des Entscheids vom 15. April 2010 des Justiz- und Sicherheitsdepartements, wird auf die Anordnung eines Warnungsentzuges infolge einer schweren Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung innert angemessener Frist verzichtet.

Die angeordnete Auflage wird insofern bestätigt, als der Rekurrent verpflichtet wird, der Kantonspolizei innert drei Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils

eine auf eigene Kosten einzuholende Haaranalyse des Instituts für Rechtsmedizin vorzuweisen, welche auf der Untersuchung von mindestens sechs Zentimeter langen Haaren beruht und mit der seine Drogenabstinenz während der letzten sechs Monate vor der Analyse belegt werden kann.

Der vorinstanzliche Kostenentscheid wird bestätigt.

Von der Auferlegung von Kosten für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren wird abgesehen. Das Justiz- und Sicherheitsdepartement hat dem Rekurrenten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 2'000.–, zuzüglich 7,6 % MwSt von CHF 152.–, zu leisten.

## **2. Urteil des Appellationsgerichts als Verwaltungsgericht VD.2011.82 vom 14. Juli 2011 betr. Bewilligung von sog. Homeschooling**

*Das Erziehungsdepartement hatte das Homeschooling eines Mädchens während der Dauer der Primarschule jedes Jahr bewilligt. Nach vier Jahren verweigerte es jedoch eine erneute Bewilligung zur Erteilung von Unterricht zu Hause für das Schuljahr 2011/2012, zu welchem Zeitpunkt das Kind das Alter für den Wechsel von der Primarschule in die Orientierungsschule erreichen werde. Den dagegen erhobenen Rekurs, den die Eltern im Namen ihrer Tochter führen, hat das Verwaltungsgericht abgewiesen.*

*In der Orientierungsschule wird der Unterricht durch Fachlehrpersonen erteilt, die in den jeweiligen Schulfächern eine akademische Ausbildung erfahren haben. Dies entspricht den gegenüber der Primarschule erhöhten fachlichen Anforderungen. Unbestrittenermassen verfügt die Mutter der Rekurrentin, welche den Heimunterricht gestützt auf ein französisches Fernunterrichtssystem während vier Jahren erteilt hatte, weder über eine pädagogische Ausbildung noch ein Stufendiplom. Damit war sie als Lehrkraft ungenügend ausgebildet. Da die Bewilligung des Heimunterrichts nach § 135 Abs. 2 des Schulgesetzes nur erteilt werden darf, wenn die Persönlichkeit des Lehrers oder der Lehrerin für einen guten Privatunterricht Gewähr leistet, war der Entscheid des Erziehungsdepartements nicht zu beanstanden.*

*Darüber hinaus hielt das Verwaltungsgericht fest, dass der Zweck des obligatorischen Schulunterrichts weit über die reine Vermittlung von Schulstoff hinausgehe, indem die Schule in zunehmendem Masse auch gesellschaftsintegrierende und persönlichkeitsbildende Aufgaben übernehme. Dies sei gerade für Kinder im Alter unmittelbar vor der Adoleszenz von grosser Bedeutung. Auch sei die Entwicklung sozialer Kompetenzen eng verbunden mit Partizipationsmöglichkeiten und Akzeptanzerfahrungen in der Gleichaltrigengruppe. Dass auch der Heimunterricht diese Funktionen der öffentlichen Schule in adäquater Weise erfüllen würde, konnte die Rekurrentin nach plausibel machen.*

*Schliesslich erwies sich die Verweigerung der Bewilligung für die Weiterführung des Homeschooling auch als verhältnismässig, bestanden doch keine besonderen Um-*

*stände, welche diese Unterrichtsform als notwendig erscheinen liessen. Zudem hatte das Erziehungsdepartement mit dem Übergang des Kindes von der Primarschule zur Orientierungsschule den für dieses günstigsten Zeitpunkt gewählt, denn dann werden neue Klassenverbände gebildet, so dass viele Schülerinnen und Schüler zusammentreffen, die einander noch nicht kennen.*

## **Sachverhalt**

Y. und Z. sind die Eltern der am 4. Dezember 2000 geborenen X. Diese wurde während der Dauer der Primarschule aufgrund jährlich erteilter Bewilligung durch das Erziehungsdepartement zu Hause im sogenannten „Homeschooling“ unterrichtet. Der Unterricht erfolgte nach dem System des Centre National d'Enseignement à Distance (CNED) mit Sitz in F-Toulouse, welches auf das fünf Primarschuljahre umfassende französische Schulsystem ausgerichtet ist. Mit Verfügung vom 1. März 2011 wies das Erziehungsdepartement das Gesuch der Eltern um Verlängerung der Bewilligung von Homeschooling für X. für das Schuljahr 2011/2012 ab.

Gegen diesen Entscheid hat die durch ihre Eltern vertretene X. rechtzeitig an den Regierungsrat rekurriert. Dieser Rekurs wurde vom Präsidentialdepartement am 24. Mai 2011 an das Verwaltungsgericht zum Entscheid überwiesen. Die Rekurrentin beantragt, es sei Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es sei ihr für das Schuljahr 2011/2012 die Bewilligung des Homeschooling zu verlängern, eventualiter sei die Angelegenheit zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Erziehungsdepartement schliesst auf Abweisung des Rekurses, wozu sich die Rekurrentin in ihrer Replik hat vernehmen lassen. Die Einzelheiten der Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für den vorliegenden Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Der vorliegende Entscheid ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidentialdepartements sowie § 42 des Organisationsgesetzes und §§ 10 ff. des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG). Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG und umfasst namentlich die richtige Feststellung des Sachverhalts, die richtige Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen und den willkürfreien Gebrauch des Ermessens durch die Verwaltung.

**1.2** Die sorge- und erziehungsberechtigten Eltern führen den Rekurs im Namen ihrer Tochter, um deren Schulung es geht. Diese ist wie sie selber vom angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, womit die Voraussetzungen von § 13 Abs. 1 VRPG erfüllt sind. Auf den Rekurs ist daher einzutreten.

## **2.**

**2.1** Zur Begründung seines Entscheids, den weiteren Heimunterricht der Rekurrentin nicht zu bewilligen, verweist das Erziehungsdepartement zunächst darauf, dass das Mädchen per Ende des laufenden Schuljahres die Primarschule beenden und per Beginn des neuen Schuljahres in die Orientierungsschule wechseln werde. In dieser Schulstufe gelte im Unterschied zur Primarschule das Fachlehrersystem, welches erhöhte Anforderungen an die fachlichen Kompetenzen der einzelnen Lehrpersonen stelle. Eine einzige Unterrichtsperson werde diesen erhöhten Fachanforderungen selbst dann kaum gerecht werden können, wenn sie wie im Fall des vorliegend zur Anwendung gebrachten CNED-Fernlehrganges durch weitere Lehrpersonen unterstützt werde. Die Rekurrentin sei bisher von ihrer Mutter, Y., als „accompagnatrice“ unterrichtet worden. Y. verfüge weder über eine pädagogische Ausbildung noch über ein Stufendiplom. Im weiteren weist die Vorinstanz darauf hin, dass der Schule nicht nur die Funktion zukomme, Schülerinnen und Schüler auf spätere Lebensanforderungen in Beruf, Privatleben und Gesellschaft vorzubereiten (Qualifikationsfunktion) und ihre Zuweisung zu sozialen Positionen und Berechtigungen vorzunehmen (Selektionsfunktion). Sie habe auch einen Konsens von Grundwerten und gemeinsamen sozialen Umgangsformen sicherzustellen (Legitimationsfunktion). Dies seien in einer pluralistischen Gesellschaft mit einer Vielzahl von unterschiedlichen sozialen und kulturellen Milieus und Lebenslagen zentrale Aufgaben, welche die Schule erbringen müsse und die nicht alleine von den Familien erfüllt werden könnten. Die zehnjährige Rekurrentin stehe am Anfang ihrer Adoleszenz, womit sie sich von den Eltern allmählich ablösen müssen. Gleichzeitig gewännen soziale Erfahrungen mit Gleichaltrigen für das zukünftige soziale Zurechtkommen im Erwachsenenalter grosse Bedeutung. Diese seien bedeutsam für den Erhalt einer eigenen Perspektive, die Entdeckung der eigenen Möglichkeiten der Selbstbehauptung, den Erwerb von Selbständigkeit und die Ablösung von erwachsenen Bezugspersonen. Die Entwicklung sozialer Kompetenzen sei eng mit Partizipationsmöglichkeiten und Akzeptanzerfahrungen in der Gleichaltrigengruppe verbunden. Zudem seien Jugendliche für die Entwicklung einer eigenen Persönlichkeit auch auf erwachsene Vorbilder ausserhalb des Bekannten- und Verwandtenkreises der Eltern, wie zum Beispiel Lehrpersonen, angewiesen. Mit dem Eintritt in den sich neu konstituierenden Klassenverband einer ersten Klasse der Orientierungsschule biete sich für die Rekurrentin eine gute Möglichkeit der schulischen Integration.

**2.2** Demgegenüber lässt die Rekurrentin ausführen, der Heimunterricht sei gemäss der gesetzlichen Konzeption dem Besuch einer öffentlichen Schulanstalt

gleichgesetzt. Der Gesetzgeber wolle nur sicherstellen, dass dem zu Hause unterrichteten Kind der obligatorische Schulstoff beigebracht werde. Die Erlaubnis dürfe nur verweigert werden, wenn die verantwortliche Lehrperson keine Gewähr hierfür biete. Die Überprüfung der zu Hause von ihrer Mutter unterrichteten Kinder durch den Sozial-Psychologischen Dienst (recte: Schulpsychologischen Dienst, SPD) habe keinerlei Beanstandungen an der Qualität der Vermittlung des obligatorischen Stoffes hervorgebracht. Weiter müsse eine Verfügung unter Berücksichtigung des Kindeswohls verhältnismässig sein. Der Heimunterricht sei für die Vermittlung des obligatorischen Schulstoffes nicht weniger geeignet als die öffentliche Schule. Der Besuch der öffentlichen Schule sei daher nicht erforderlich für den Erwerb dieses Stoffes. Die Teilnahme an einem Klassenverband könne zwar einen wichtigen Faktor für die Ablösung des Kindes von den elterlichen Bezugspersonen und die soziale Integration eines Kindes darstellen. Diese positiven Effekte würden aber durch negative Effekte dieses Verbandes wieder aufgehoben. Dieser habe auch Schattenseiten und führe etwa zur ersten einschneidenden Verrohung der Sprache auf dem Pausenhof, wo auch Gewalterfahrungen unter Gleichaltrigen an der Tagesordnung seien. Soziale Integration könne auch auf andere Umstände, wie zum Beispiel auf Vereinsmitgliedschaften (Musikverein oder Ähnliches) oder die Integration in die unmittelbare Nachbarschaft und ins Quartier zurückgehen. Der SPD habe jedenfalls keine Anzeichen für das Einsetzen einer negativen Persönlichkeitsentwicklung bei der Rekurrentin feststellen können. Schliesslich sei das von den Eltern für die Rekurrentin gewählte System für den Heimunterricht als Teil der öffentlichen französischen Schule auf eine fünfjährige Primarschulstufe ausgerichtet. Sie benötige somit noch ein Jahr, um den zweisprachig auf Deutsch und Französisch erfolgenden Unterrichtszyklus abzuschliessen. Der Abbruch des auf fünf Jahre angelegten Primarschulzyklus stehe nicht im Einklang mit dem Kindeswohl. Solche Schnittstellen sollen deshalb auch mit der aktuellen interkantonalen Schulharmonisierung eliminiert werden. Abschliessend lässt die Rekurrentin in ihrer Replik rügen, dass im Hinblick auf die verweigernde Verlängerung der Heimunterrichtsbewilligung im Unterschied zu den Vorjahren keine konkrete Abklärung der Situation mehr durch Dr. Peter Gutzwiller, dem Leiter des SPD, vorgenommen worden sei.

### 3.

Gemäss Art. 62 der Bundesverfassung (BV) sind die Kantone für das Schulwesen zuständig und sorgen für einen ausreichenden Grundschulunterricht, dessen Besuch obligatorisch ist und staatlicher Leitung oder Aufsicht untersteht. Mit letzterem will die Bundesverfassung sicherstellen, dass der Grundschulunterricht auch dann, wenn er von nicht öffentlichen Schulen wahrgenommen wird, ausreichend ist. Hingegen erklärt sie kein bestimmtes Modell privater Unterrichtsform als zulässig oder unzulässig. Aufgrund der den Kantonen zustehenden Schulhoheit können sich diese zu verschiedenen Modellen bekennen. Privater Einzelunterricht wird somit nicht durch die Bundesverfassung gewährleistet, sondern allenfalls durch kantonales Recht (vgl. hierzu BGer 2C\_738/2010 vom 24. Mai 2011). Für den Kanton Basel-Stadt geht § 19

der Kantonsverfassung (KV) vom Grundsatz des obligatorischen Schulbesuchs im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen aus. Diese finden sich im Schulgesetz vom 4. April 1929 (SchulG). Nach § 56 SchulG werden Kinder, die vor dem vorangegangenen 1. Mai des neuen Schuljahres das vierte Altersjahr zurückgelegt haben, schulpflichtig und haben in der Regel 11 Schuljahre zu absolvieren. Entgegen den Ausführungen in der Rekursbegründung sieht das Schulgesetz nicht die Gleichrangigkeit von öffentlicher Schule, privater Schule und Heimunterricht vor, sondern findet der entsprechende Unterricht grundsätzlich in den öffentlichen Schulen des Gemeinwesens statt. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Wortlaut von § 59 SchulG, der mit „Dispens vom Schulbesuch“ überschrieben ist, was so viel heisst wie „Ausnahme, Befreiung, Entbindung“. Auch der Wortlaut von § 135 SchulG, wonach der Heimunterricht „nur“ erteilt werden kann, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, geht von einer restriktiven Beurteilung von Gesuchen um Bewilligung von Heimunterricht als Ausnahme vom Besuch einer Schule aus. Materiell legt § 59 lit. b SchulG fest, dass Kinder, welche zu Hause oder in einer staatlich bewilligten Privatschule unterrichtet werden, von der Pflicht, die öffentlichen Schulen zu besuchen, zeitweilig oder dauernd entbunden werden. Gemäss § 135 Abs. 1 SchulG bedarf es für den Heimunterricht schulpflichtiger Kinder einer jährlich zu erneuernden Bewilligung. Diese wird gemäss § 135 Abs. 2 SchulG nur erteilt, wenn die Persönlichkeit des Lehrers oder der Lehrerin für einen guten Privatunterricht Gewähr leistet. Das Erziehungsdepartement ist ausserdem ermächtigt, zu Hause unterrichtete Kinder von Zeit zu Zeit prüfen zu lassen und die erteilte Erlaubnis zurückziehen, falls sich ergibt, dass der erteilte Unterricht ungenügend ist.

#### **4.**

**4.1** Der Gegenstand der schulischen Bildung und Erziehung wird, bezogen auf die verschiedenen Altersstufen, durch das Schulgesetz und die Schulbehörden festgelegt. Die Rekurrentin wurde am 4. Dezember 2000 geboren. Es ist unbestritten, dass sie nach den Bestimmungen des Schulgesetzes das Alter für einen Wechsel in die Orientierungsschule auf das neue Schuljahr 2011/2012 erreicht hat. Es ist deshalb nachfolgend zu prüfen, ob die Persönlichkeit des Lehrers oder der Lehrerin für einen guten Privatunterricht, bezogen auf diese Schulstufe, Gewähr leistet. Dass die Rekurrentin bis anhin nach einem System unterrichtet wurde, welches von einem fünfjährigen Primarschulzyklus ausgeht, kann daran nichts ändern. Auf diesen Gesichtspunkt ist weiter unten unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit der Verfügung einzugehen (vgl. Ziff. 5).

**4.2** Zum Lehrplan auf der Stufe der Orientierungsschule gehören in der ersten Klasse die Fächer Deutsch, Mathematik, Französisch, Geographie/Naturlehre, Zeichnen, Manuelles Gestalten, Musik und Sport (<http://www.ed-bs.ch/bildung/pzbs/unterricht/lehrplaene/lehrplan-orientierungsschule>). Hinzu kommt die Klassenstunde, welche als fachlich nicht festgelegtes Unterrichtsgefäss im Klassenverband ermöglicht, gemeinsame Erfahrungen, Erlebnisse und aktuelle Themen, welche die



tägliche Arbeit, das Zusammenleben, die gegenseitige Beziehung und allfällige Vorhaben betreffen, aufzuarbeiten. Der Unterricht in der Orientierungsschule erfolgt durch Fachlehrpersonen, welche in den einzelnen Schulfächern eine akademische Ausbildung erfahren haben. Die Rekurrentin setzt sich erst in ihrer Replik mit der Feststellung der Vorinstanz, dass ihre als „*accompagnatrice*“ den Unterricht erteilende Mutter aus fachlichen Gründen nicht in der Lage sei, den Unterricht auf dieser Schulstufe zu erteilen, auseinander. Der vorinstanzlichen Feststellung, dass die Mutter weder über eine pädagogische Ausbildung noch über ein Stufendiplom verfüge, lässt die Rekurrentin replicando entgegenhalten, dass ihre Mutter über ein Baccalauréat mit Schwerpunkt Naturwissenschaft sowie über ein „Diplom als Übersetzerin mit Muttersprache sowohl Französisch als auch Deutsch“ verfüge. Als selbständige Übersetzerin habe sie auch Schulungsunterlagen der Credit-Suisse-Lehrlinge übersetzt. Zudem habe der Vater der Rekurrentin nach seiner Ausbildung als Werbefachmann die Lehrmeisterprüfung absolviert und bilde seit 20 Jahren Lehrlinge aus. Abgesehen davon, dass diese nachträglichen tatsächlichen Feststellungen verspätet erscheinen (vgl. Wullschleger/Schröder, *Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt*, BJM 2005, 307), sind sie auch unbehelflich. Einerseits sind die geltend gemachten Ausbildungen offensichtlich der auf der Stufe der Orientierungsschule vorausgesetzten fachlichen und pädagogischen Ausbildung der Unterrichtspersonen nicht vergleichbar und andererseits ist nicht ersichtlich, welchen Anteil der in diesem Zusammenhang erstmals erwähnte Vater der Rekurrentin im Rahmen des strittigen Heimunterrichts hat. Das vorhandene Defizit kann entgegen den Ausführungen der Rekurrentin auch nicht durch die Mitwirkung der vom CNED gestellten Lehrpersonen beim Heimunterricht aufgewogen werden. Wie die Rekurrentin selber ausführen lässt, führen diese nur Lehrkontrollen durch und wirken bei der Stoffvermittlung selber nicht mit (Rekursbegründung S. 3 oben, Replik S. 2 unten). Ein aktueller Einbezug einer auswärtigen Lehrkraft in den Unterricht, wie dies zu Beginn der Primarschulbildung der Rekurrentin noch der Fall war (vgl. Verfügung des Erziehungsdepartements vom 23. August 2007, Beilage 9 zur Rekursantwort), wird von ihr für das Schuljahr 2011/2012 nicht behauptet. Im Übrigen wäre angesichts der Vielzahl der unterschiedlichen Fächer und den gegenüber der Primarschule gestiegenen Anforderungen fraglich, ob ein solcher Beizug einer einzigen zusätzlichen Person ausreichen würde. Wird aber der obligatorische Grundschulunterricht von einer nicht genügend ausgebildeten oder fähigen Lehrperson unterrichtet, so wird der Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht gemäss Art. 19 i.V.m. 62 Abs. 2 BV verletzt (BGer 2C\_738/2010 vom 24. Mai 2011 mit Hinweis auf Epiney/Waldmann, *Soziale Grundrechte und soziale Zielsetzungen*, in: Merten/Papier/Müller/Thürer, *Handbuch der Grundrechte*, Bd. VII/2 Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, 2007, S. 611 ff., N. 36 zu § 224; vgl. auch Ehrenzeller/Schott, in: *St. Galler Kommentar zu Art. 62, Rz. 23*). Bereits aus diesem Grund hat die Vorinstanz somit die Bewilligung der Weiterführung des Heimunterrichts unter Hinweis auf die Voraussetzungen gemäss § 135 Abs. 2 SchulG zu Recht verweigert.

**4.3** Weiter kann der Rekurrentin auch nicht gefolgt werden, wenn sie im Ergebnis ausführen lässt, dass nach § 135 SchulG nur sichergestellt werden soll, dass mit dem privaten Unterricht der obligatorische Unterrichtsstoff gebührend vermittelt wird. Damit verkennt sie die Funktionen der Schule und damit auch des obligatorischen schulischen Unterrichts. Wie bereits die Kantonsverfassung in § 17 KV über die Grundsätze für Bildung und Erziehung festhält, gehört es zu den staatlichen Aufgaben des Bildungswesens, nicht allein „die geistigen und körperlichen, schöpferischen, emotionalen und sozialen Fähigkeiten der einzelnen heranwachsenden Menschen zu fördern“, sondern auch „ihr Verantwortungsbewusstsein gegenüber den Mitmenschen und der Mitwelt zu stärken“ und sie beim „Hineinwachsen in die Gesellschaft vorzubereiten und zu begleiten“. Dementsprechend „fördern und fordern“ die Schulen „alle Kinder und Jugendlichen gemäss ihren Fähigkeiten und Neigungen“ und „fördern die Integration aller Kinder und Jugendlichen in die Gesellschaft und vermitteln zwischen den Kulturen“ (§ 18 Abs. 2 KV). Diese verfassungsrechtliche Aufgabe nimmt das Schulgesetz in den §§ 3a, 3b, 31 Abs. 2 und 32 Abs. 1 auf. Damit wird deutlich, dass die Aufgaben des obligatorischen Schulunterrichts weit über die reine Vermittlung von Schulstoff in den einzelnen Fächern hinausgehen. Diese sich auf kantonales Recht stützende Auffassung entspricht auch der Rechtsprechung zu Art. 19 in Verbindung mit Art. 62 Abs. 2 BV. Wie das Bundesgericht kürzlich in einem Entscheid vom 24. Mai 2011 ausgeführt hat, müsse die Ausbildung für den Einzelnen angemessen und geeignet sein sowie genügen, um die Schüler gebührend auf ein selbstverantwortliches Leben im modernen Alltag vorzubereiten. Der Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht werde verletzt, wenn die Ausbildung des Kindes - sei es durch den Staat, sei es durch die Eltern - in einem Masse eingeschränkt werde, dass die Chancengleichheit nicht mehr gewahrt sei bzw. wenn es Lehrinhalte nicht vermittelt erhalte, die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten, oder wenn es in der Gesellschaft oder im demokratischen Gemeinwesen nicht genügend partizipieren könne. Ausschlaggebend sei das Wohl des Kindes und nicht dasjenige der Eltern (vg. BGer 2C\_738/2010 vom 24. Mai 2011, E. 3.5.4 mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Auch die Vorinstanz hat auf die zunehmende Bedeutung dieser gesellschaftsintegrierenden und persönlichkeitsbildenden Aufgaben der Schule für Kinder im Alter der Rekurrentin, die vor ihrer Adoleszenz stehen, unter Verweis auf pädagogische Fachliteratur hingewiesen. So hat sie ausgeführt, die Schule spiele eine wichtige Rolle bei der Sozialisation der jungen Menschen, welche nicht (alleine) von Familien erfüllt werden könne (Helmut Fend, Theorie der Schule, 2. Aufl. 1981). Die Entwicklung sozialer Kompetenzen sei eng verbunden mit Partizipationsmöglichkeiten und Akzeptanz Erfahrungen in der Gleichaltrigengruppe. Auch bestehe ein enger Zusammenhang zwischen der Anerkennung, die Jugendliche von Gleichaltrigen erfahren, und der Entwicklung des eigenen Selbstwertgefühls. Um sich zu einer eigenen Persönlichkeit entwickeln zu können, seien Jugendliche zudem auf erwachsene Vorbilder auch ausserhalb des Bekannten- und Verwandtenkreises der Eltern, wie beispielsweise Lehrpersonen, angewiesen (Hans Petillon, Soziale Beziehungen, in: Detlef H. Rost, Handwörterbuch Pädagogisches

Psychologie, 2. Aufl. 2001; Rolf Oerter/Leo Montada, Entwicklungspsychologie, 5. Aufl. 2002). Mit diesen Hinweisen auf die Literatur setzt sich die Rekurrentin erst in ihrer Replik und damit verspätet auseinander, indem sie sie beiläufig als „teilweise veraltet oder sehr allgemein gehalten“ bezeichnet. Sie verweist überdies auf weitere Literatur, welche die Argumentation der Vorinstanz entkräften soll. Dies gelingt allerdings nicht, setzen sich doch die eingelegten Artikel mit einer anderen Problematik auseinander als der Frage der Notwendigkeit einer Schule zusätzlich zur Familie zur Sozialisation von in der Adoleszenz stehenden Jugendlichen. Die Rekurrentin macht zwar geltend, dass diese Aufgaben auch in anderem gesellschaftlichen Rahmen ausgeführt werden könnten. Sie unterlässt es aber vollständig darzulegen, wie sie selber in Vereinen, im Quartier oder in anderem gesellschaftlichen Rahmen in ähnlicher Weise sozialisiert wird wie in einem Klassenverband. Wiederum erst in ihrer Replik und damit verspätet nennt sie die Namen von fünf Lehrpersonen, mit denen sie vielfältige Kontakte pflege. Im Übrigen ist aber auch nicht ersichtlich, inwiefern der Kontakt zu drei Lehrern der Ning Mui Gong Fu Schule Basel, zu einer Klavierlehrerin und zu einer Historikerin, welche Privatführungen durch die Stadt Basel durchführt, die in einer öffentlichen Schule zu machenden Erfahrungen angemessen ersetzen könnte. Die Schule ermöglicht es, viele Menschen und Sichtweisen kennen- und akzeptieren zu lernen und neue Talente zu entdecken. Soweit die Rekurrentin daher eine Gleichrangigkeit der Erfüllung der Schulpflicht durch den Besuch öffentlicher Schulen oder durch Heimunterricht postuliert, so kann diese nur dann bestehen, wenn der Heimunterricht sämtliche Funktionen der öffentlichen Schule in adäquater Weise zu erfüllen vermag, was vorliegend wie ausgeführt nicht der Fall ist.

**4.4** Ist nach dem Gesagten sowohl die fachliche Eignung der Lehrperson wie auch die Erfüllung der persönlichkeitsbildenden und gesellschaftsintegrierenden Aufgaben in altersadäquater Weise durch die Weiterführung des Heimunterrichts nicht mehr gegeben, so hat das Erziehungsdepartement auch die konkrete Situation der Rekurrentin nicht weiter durch eine Prüfung oder die Einholung eines Berichts des SPD abklären müssen. Denn die Bewilligung für das Schuljahr 2011/2012 wird nicht deshalb verweigert, weil der bisherige Unterricht als qualitativ schlecht eingeschätzt wird. Vielmehr steigen die Anforderungen an den Unterricht durch den Übertritt der Rekurrentin in die Orientierungsschule. Eine Prüfung sieht das Gesetz in § 135 Abs. 2 SchulG ferner ohnehin nur nachträglich für bereits erworbenes Wissen mit der Konsequenz, die bereits erteilte Bewilligung allenfalls zu entziehen, vor. Hingegen kann eine solche nicht dazu dienen, eine Prognose für die Zukunft abzugeben.

## **5.**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen von § 135 Abs. 2 SchulG für die Erteilung einer Bewilligung zum Heimunterricht nicht gegeben sind. Dass die Rekurrentin in Zukunft eine öffentliche oder private Schule besuchen muss, erscheint auch unter Abwägung aller beteiligten Interessen als verhältnismässig. Oft machen die Erziehungsbehörden eine Bewilligung von einer besonderen Umgebung

oder einer speziellen Situation des Kindes abhängig. Hierbei können Krankheit, Behinderung, Fremdsprachigkeit oder ein ständiges Wechseln der Aufenthaltsorte Kriterien sein. Ein derartiger Grund, der allenfalls höher zu gewichten wäre als das öffentliche Interesse an einem ausreichenden Grundschulunterricht, wird vorliegend nicht geltend gemacht. Der Besuch einer Schule ist der Rekurrentin durchaus zumutbar. Auch wenn Kinder im Klassenverband mitunter auch mit den rauerer Seiten des menschlichen Umgangs in unserer Gesellschaft konfrontiert werden, so gehört das Erlernen eines adäquaten Umgangs mit solchen Situationen zum notwendigen Gegenstand der schulischen Persönlichkeitsbildung. Das Erziehungsdepartement hat mit dem Übergang der Rekurrentin von der Primarschule zur Orientierungsschule den für sie günstigsten Zeitpunkt gewählt. Der erstmalige Eintritt eines Kindes, das bisher noch nie in einem Klassenverband integriert worden ist, ist im Rahmen der Bildung eines neuen Klassenverbandes, welcher beim Übertritt in die Orientierungsschule erfolgt, am einfachsten zu bewerkstelligen und entspricht dem Wohl dieses Kindes. Da der Übertritt auf das hiesige Schulsystem auszurichten ist, kann auch keine Rolle spielen, dass der bisherige Heimunterricht in einen fünfjährigen Primarschulzyklus nach französischem Recht eingebettet war. Die Rekurrentin musste angesichts der jährlich zu erteilenden Bewilligung jederzeit damit rechnen, dass ihr der weitere Heimunterricht verweigert würde, wenn ihr Wissensstand nicht dem in Basel-Stadt für ihr Alter Üblichen entsprochen hätte. Denn ob der Unterricht „genügend“ ist, misst sich am Lehrplan der öffentlichen Grundschule des Kantons Basel-Stadt.

## 6.

Nach dem Gesagten erweist sich der Rekurs in allen Teilen als unbegründet und ist abzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind dessen Kosten der Rekurrentin aufzuerlegen, wobei diese im Rahmen ihrer Unterhaltspflicht von den das Kind gesetzlich vertretenden Eltern zu tragen sein werden.

### **Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

://: Der Rekurs wird abgewiesen.

Die Rekurrentin beziehungsweise ihre sie gesetzlich vertretenden Eltern tragen die Kosten des Verfahrens mit Einschluss einer Gebühr von CHF 1'500.–.

**Dieses Urteil wurde an das Schweizerische Bundesgericht weitergezogen. Am 25. Januar 2012 hat dieses die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten abgewiesen, soweit darauf einzutreten war (BGer 2C\_686/2011).**

**3. Urteil des Appellationsgerichts als Verwaltungsgericht VD.2010.86 vom 16. August 2011 betr. Bebauungsplan Areal Schoren, Frage der Beschattung einer Wohnliegenschaft durch zwei geplante benachbarte Hochhäuser**

Der Grosse Rat hat am 10. März 2010 den Bebauungsplan für das Areal Schoren im Bereich Fasanenstrasse, Schorenweg, Egliseeweglein und die Änderung der Lärmempfindlichkeitsstufen verbindlich erklärt sowie die erhobenen Einsprachen abgewiesen, soweit darauf einzutreten war. Dagegen hat ein Nachbar an das Verwaltungsgericht rekuriert mit dem Einwand, dass seine Liegenschaft durch die geplanten Hochhäuser in übermässiger Weise beschattet werde.

Das baselstädtische Recht kennt keine Bestimmungen zum Schutz vor Schattenwurf durch ein benachbartes Gebäude. Das Verwaltungsgericht ging daher entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichts davon aus, dass vergleichsweise die entsprechenden Regelungen in anderen Kantonen heranzuziehen seien, wobei diese Bestimmungen aber nicht bindend sein könnten. Zu berücksichtigen seien vielmehr die Verhältnisse des Einzelfalles. Das Verwaltungsgericht entschied, dass die Beschattung nicht mehr als zwei Stunden pro Tag dauern dürfe, wobei es als massgeblichen Zeitpunkt für eine solche Messung die Äquinoktien (Tag- und Nachtgleiche) und nicht die mittleren Wintertage (3. November und 8. Februar) bezeichnet hat. Hierfür war vor allem wesentlich, dass der Gesetzgeber eine mit zunehmender Wohndichte grössere Beschattung der Nachbarliegenschaften in Kauf nimmt, indem in den Zonen 5 und 6 ein höherer Lichteinfallswinkel von 60° anstatt 45° wie für die übrigen mit Ziffern bezeichneten Zonen gilt. Ein Abstellen auf die mittleren Wintertage hätte dazu geführt, dass für Hochhäuser strengere Regeln gelten würden als für die Nummernzonen mit dichterem Bebauung, was den gesetzgeberischen Wertungen offensichtlich widersprechen würde. Zudem sprach auch das verfassungsrechtliche Gebot der haushälterischen Bodennutzung für diese Lösung.

Im strittigen Fall zeigte sich, dass die beiden geplanten Hochbauten an den Äquinoktien keine zusätzliche Beschattung der Liegenschaft des Rekurrenten bewirken werden. Da somit zum massgeblichen Zeitpunkt infolge der neuen Gebäude überhaupt kein zusätzlicher Schattenwurf stattfinden wird, war die unbestrittenermassen bestehende Beschattung durch die bereits vorhandenen Gebäude nicht relevant. Demzufolge erwies sich der angefochtene Beschluss des Grossen Rates als rechtmässig.

Bei diesem Ergebnis konnte das Verwaltungsgericht offen lassen, ob die Frage nach der Dauer der Beschattung an den Äquinoktien allein aufgrund der strittigen Baute im Sinne eines Emissions- resp. Anlagegrenzwerts oder aber unter Einbezug des Schattenwurfs der bestehenden Bauten im Sinne eines Immissionsgrenzwerts beurteilt werden muss. Für die Praxis der Verwaltungsbehörden hat es dazu allerdings einige Hinweise gegeben. Nicht relevant war die vom Rekurrenten behauptete Verletzung von § 55 der Kantonsverfassung, denn diese Bestimmung gewährleistet keinen Anspruch auf Berücksichtigung der Interessen der Quartierbevölkerung, sondern bloss einen solchen auf deren Anhörung, wie sie hier unbestrittenermassen stattgefunden hatte. Zudem hielt das Gericht fest, dass es bei einem Rekurs gegen den Erlass eines Bebauungsplans nicht in das den zuständigen Behörden, d.h. der Fachbehörde und dem Grossen Rat mit der vorbereitenden Bau- und Raumplanungskommission, zustehende Sach- und politische Ermessen eingreifen dürfe.

Aus diesen Gründen hat das Verwaltungsgericht den Rekurs abgewiesen.

## Sachverhalt

Der Grosse Rat hat mit Beschluss vom 10. März 2010 dem Bericht seiner Bau- und Raumplanungskommission Nr. 09.0047.02 vom 18. Januar 2010 zugestimmt, den Bebauungsplan Nr. 13'329 des Hochbau- und Planungsamts vom 25. April 2008 verbindlich erklärt und zusätzliche Vorschriften erlassen. Gleichzeitig hat der Grosse Rat die Änderung der Lärmempfindlichkeitsstufen gemäss Plan Nr. 13'331 des Hochbau- und Planungsamtes vom 25. April 2008 verbindlich erklärt und die im Ratschlag Nr. 09.0047.01 des Regierungsrates aufgeführten Einsprachen abgewiesen, soweit er darauf eingetreten ist.

Gegen diesen Beschluss erhoben Y. mit Eingabe vom 13. Mai 2010, begründet am 10. Juni 2010, sowie X. mit Eingabe vom 7. Mai 2010, begründet am 19. Juli 2010, Rekurs an das Verwaltungsgericht. Der Rekurs von Y. wird im Parallelverfahren VD.2010.92 behandelt. X. (fortan: Rekurrent) begehrt, der angefochtene Grossratsbeschluss sei betreffend die Verbindlicherklärung für das Teilgebiet C des Bebauungsplans Nr. 13'329 unter o/e Kostenfolge aufzuheben. Auf Gesuch vom 28. Juli 2010 der Novartis Pharma AG als Eigentümerin der planbetroffenen Grundstücke hin wurde sie mit Verfügung vom 3. August 2010 in beiden Verfahren beigelegt. Mit Vernehmlassung vom 1. November 2010 stellt sie die Anträge, auf die Rekurse sei nicht einzutreten, eventualiter seien sie abzuweisen, unter o/e Kostenfolge. Das Bau- und Verkehrsdepartement stellt in Vertretung des Grossen Rates mit Vernehmlassung vom 1. November 2010 das Begehren auf kostenfällige Abweisung beider Rekurse. Der Rekurrent hat am 1. Dezember 2010 repliziert. Auf Ersuchen des Referenten hin hat das Bau- und Verkehrsdepartement am 15. April 2011 ergänzende Schattenwurfberechnungen nachgereicht. Weitere Schattenwurfberechnungen wurden vom Rekurrenten am 11. August 2011 per E-Mail eingereicht. Die Verhandlung vor Appellationsgericht hat am 16. August 2011 stattgefunden. Zunächst wurde ein Augenschein durchgeführt. Anschliessend sind die Rekurrenten, der Rekursgegner und die Beigeladene zu Wort gekommen. Für sämtliche Ausführungen wird auf das Augenschein- und das Verhandlungsprotokoll verwiesen. Die Tatsachen ergeben sich aus dem angefochtenen Grossratsbeschluss und den nachfolgenden Erwägungen.

## Erwägungen

### 1.

**1.1** Anfechtungsobjekt ist der Beschluss des Grossen Rates vom 10. März 2010 zum Bebauungsplan Nr. 13'329 beziehungsweise die Abweisung der Einsprachen gegen diesen Planfestsetzungsbeschluss. Gemäss § 113 Abs. 1 Bau- und Planungsgesetz (BPG) kann gegen Verfügungen und Entscheide im Planfestsetzungsverfahren nach den allgemeinen Bestimmungen Rekurs erhoben werden. Im Übrigen

findet § 8 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG) Anwendung. Danach ist das Verwaltungsgericht zum Entscheid darüber zuständig, ob der Regierungsrat den Sachverhalt mangelhaft festgestellt, die massgebenden Vorschriften unrichtig angewendet, sein Ermessen verletzt oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat.

**1.2** Die Rekurslegitimation richtet sich nach § 13 VRPG. Danach ist zum Rekurs legitimiert, wer vom angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung hat.

**1.2.1** Die Beigeladene stellt die Legitimation des Rekurrenten in Frage. Unter Verweis auf BGer 1A.266/2006 vom 25. April 2007 und BGE 121 II 171 macht sie geltend, die Legitimation eines Nachbarn zum Rekurs gegen einen Nutzungsplan hänge davon ab, "ob und inwiefern die [...] festgesetzte Nutzung sich nachteilig auf dessen Grundstück auswirken" könne, was vom Abstand zwischen den Grundstücken und der Art und Intensität der befürchteten Auswirkung abhängt. Der Rekurrent leite seine Betroffenheit aus dem Schattenwurf an mittleren Wintertagen ab, obwohl nach der Praxis im Kanton Basel-Stadt der zulässige Schattenwurf bei der Tag- und Nachtgleiche ermittelt werde.

**1.2.2** Zu prüfen ist somit, ob eine hinreichend enge nachbarliche Raumbeziehung des Rekurrenten zum Baugrundstück besteht, und ob er als Nachbar durch das Projekt in eigenen Interessen mehr als irgend jemand oder die Allgemeinheit berührt ist. Ein Nachbar kann sich auch auf rein tatsächliche Interessen berufen, sofern er in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht (BGE 137 II 30 E. 2.3; Waldmann/Hänni, Handkommentar, RPG 2006, Art. 30 N 35; VGE 607-610/2008 vom 23. Januar 2009).

**1.2.3** Der Rekurrent ist Eigentümer der Liegenschaft Schorenweg 47 schräg gegenüber der planungsbetroffenen Parzelle Sektion 7/1364. Seine Liegenschaft steht somit in direkter Sichtverbindung und einer Distanz von weniger als 100 m zu den Baubereichen der beiden geplanten Hochhäuser auf dem Teilgebiet C des Planungssperimeters. Unbestritten können diese die Liegenschaft des Rekurrenten im Winter beschatten, auch wenn dies nicht an den Tag- und Nachtgleichen der Fall sein mag. Diese räumliche Nähe in Verbindung mit der Dimension der geplanten Hochbauten begründet eine hinreichend enge nachbarliche Raumbeziehung zum planbetreffenden Grundstück. In diesem Zusammenhang ist irrelevant, ob der Rekurrent an dem für die Berechnung massgebenden Stichtag von einem sogenannten "Zweistunden-Schatten" betroffen ist oder nicht, denn für die Beschwerdelegitimation genügt es, wenn er in seinen tatsächlichen Interessen betroffen ist, und dies ist nach dem Gesagten der Fall. Zur Begründung seiner Legitimation bedarf es keiner Verletzung rechtlich geschützter Interessen (VGE 607-610/2008 vom 23. Januar 2009). Der Rekurrent ist somit zum Rekurs legitimiert, und auf sein mit der Rekursbegründung in-

nerter der Frist von § 16 Abs. 2 VRPG und somit rechtzeitig gestelltes Begehren, den angefochtenen Beschluss in Bezug auf das Teilgebiet C aufzuheben, ist einzutreten. Nicht einzutreten ist dagegen auf sein anlässlich der Verhandlung gestelltes Begehren, der angefochtene Grossratsbeschluss sei integral aufzuheben (vgl. Plädoyer): Die Ausdehnung des Streitgegenstandes auf die anderen Teilgebiete als das Teilgebiet C ist nach Ablauf der Frist gemäss genannter Bestimmung erfolgt und somit verspätet.

**1.3** Der Rekurrent hat einige Tage vor der Verhandlung dem Referenten per E-Mail neue Schattenwurfberechnungen der Firma Meteotest zugestellt und diese an der Verhandlung schriftlich eingereicht. Es stellt sich die Frage, ob diese Eingabe frist- und formgerecht erfolgt ist. § 21 VRPG in der bis Ende 2010 gültigen Fassung verweist diesbezüglich auf die ZPO. Gemäss – zwischenzeitlich ausser Kraft gesetzter – baselstädtischer ZPO sind Beweismittel spätestens drei Tage vor der Verhandlung schriftlich einzugeben (§ 237 Abs. 2 ZPO BS). Ob die Eingabe des Rekurrenten beachtlich ist, kann allerdings offen bleiben, da, wie nachfolgend gezeigt wird, bei der Bestimmung des zulässigen Zweistundenschattens auf die Äquinoktien abzustellen ist und sich die neu eingereichten Meteotest-Berechnungen daher zum vornherein als unerheblich erweisen.

## **2.**

Umstritten ist die vorgesehene Bebauung auf dem Teilgebiet C. Auf diesem heute als Parkplatz dienenden Grundstück soll gemäss Ratschlag das Ensemble der bestehenden Hochhäuser auf den im Norden und Süden an das Teilgebiet C angrenzenden Parzellen Sektion 7/1240 (Wohnhäuser Fasanenstrasse 140 und 150 sowie Schorenweg 40) und Sektion 7/2452 (Wohnhäuser Schorenweg 20/22 und 30/32) um zwei auf der Ost-West-Achse leicht versetzt liegende Hochhausneubauten ergänzt werden. Im Westen wird das Teilgebiet C durch den Schorenweg, im Osten durch das Gelände des Gartenbades Eglisee begrenzt. Die maximale Höhe geplanten Hochbauten mit einem vorgesehenen Mindestwohnanteil von 90 % soll in etwa jener der südlich daran angrenzenden, 17-geschossigen Hochhäuser entsprechen. Konkret sollen die geplanten Hochbauten eine Bruttogeschossfläche von 14'800 m<sup>2</sup> umfassen. Vorgesehen sind für das zum Schorenweg gewandte Hochhaus (C1) 19 Vollgeschosse bei einer Gebäudehöhe von 58 m und für das zum Gartenbad hin gewandte Hochhaus (C2) 17 Vollgeschosse bei einer Gebäudehöhe von 52 m. Gleichzeitig soll der "fliessende, offene Grünraum der Umgebung (Eglisee, Lange Erlen) in angemessener Form fortgesetzt" werden (Ratschlag Nr. 09.0047.01/07.5293.02 vom 5. August 2009, S. 9).

## **3.**

Der Rekurrent macht geltend, die durch den angefochtenen Beschluss vorgesehene Bebauung des Teilgebiets C bewirke einen Schattenwurf, der ihn in seinen Eigentumsrechten verletze.



### 3.1

**3.1.1** Wie das Bundesgericht in BGE 129 III 161 E. 2.6 und BGE 132 III 49 E. 2.2 festgestellt hat, bestimmt zunehmend das öffentliche Baurecht, was nach Lage und Ortsgebrauch an Einwirkungen auf das Nachbargrundstück zulässig ist. Gemäss dieser Rechtsprechung sind Einwirkungen sachlich gerechtfertigt und hinzunehmen, wenn sie sich aus detaillierten Zonenordnungen und Baureglementen ergeben, die den übergeordneten Zielsetzungen der Raumplanung und insbesondere dem Grundsatz der rationalen, das ganze Siedlungsgebiet umfassenden Planung genügen.

**3.1.2** Festzuhalten ist zunächst, dass der Schutz vor übermässiger Beschattung benachbarter Liegenschaften durch Bauten im baselstädtischen Bau- und Planungsrecht durch die Regelung des Lichteinfallswinkels in den §§ 23 und 63f. BPG geregelt ist. Die geplanten Baukörper halten den in den Zonen 5 und 6 geltenden Lichteinfallswinkel von 60° gegenüber der Liegenschaft des Rekurrenten ebenso ein wie gegenüber allen anderen benachbarten Liegenschaften. Einen gesetzlichen Lichteinfallswinkel für höhere Bauten oder andere Bestimmungen zum Schutz vor Schattenwurf von benachbarten Gebäuden kennt das baselstädtische Recht allerdings nicht. Das Verwaltungsgericht hat aber – wie im Ratschlag ausgeführt wird – in gewissen Entscheiden auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in BGE 100 Ia 334 (= Pra 63/1974 Nr. 282 S. 808ff.) abgestellt. In dieser Entscheidung hat das Bundesgericht festgehalten, dass zur Beurteilung einer Verletzung der Eigentumsgarantie durch übermässige Beschattung in Kantonen, welche keine Regelung zur Begrenzung des Dauerschattens von Hochhäusern kennen, auf die entsprechende Regelung in anderen Kantonen zurückgegriffen werden kann. Aus diesen kantonalen Gesetzen und systematischen Studien über den Entzug des Sonnenscheins kann geschlossen werden, dass die zulässige Dauer des Schattenwurfs auf die Gesamtheit eines jeweiligen Nachbargrundstücks oder Wohnhauses in der Regel höchstens 2 Stunden bei Tag- und Nachtgleiche oder an einem mittleren Wintertag beträgt. Kantone, die auf diesem Gebiete nicht legifert haben, sind aber nicht ohne weiteres verpflichtet, sich an die diesbezüglichen Vorschriften anderer Kantone genau zu halten. Wird eine Nachbarliegenschaft oder die darauf errichtete Wohnbaute nur partiell betroffen, ist dem bei der Würdigung ebenso Rechnung zu tragen. Schliesslich kommt dem Wert von 2 Stunden keine absolute Bedeutung zu. Zu berücksichtigen sind vielmehr die Verhältnisse des Einzelfalles und die öffentlichen Interessen an einer Heraufsetzung der zulässigen Dauer des Schattenwurfes.

**3.1.3** Gestützt auf diese Bundesgerichtsentscheidung hat das Verwaltungsgericht mit VGE vom 24. Juni 1977 i.S. R. J. festgestellt, dass der Schattenwurf eines Nachbarhauses in aller Regel als zulässig erachtet wird, wenn er bei Tag- und Nachtgleiche oder an einem mittleren Wintertag höchstens zwei Stunden dauert. Ist nicht das ganze Grundstück betroffen, so ist dem bei der Würdigung der geltend gemachten Beeinträchtigung Rechnung zu tragen. In VGE ZZ 4/98 vom 25. Juni 1998 hat das Ver-

waltungsgericht dann entschieden, dass der Schattenwurf zulässig ist, wenn er bei den Äquinoktien nicht mehr als zwei Stunden dauert. In VGE 697/2006 vom 11. Januar 2008 sodann hat das Verwaltungsgericht wiederum auf beide Referenzdaten verwiesen, gleichzeitig aber deutlich gemacht, dass eine allfällige zusätzliche Beschattung gestützt auf den Vergleich der Situation bei Realisierung eines Bauprojekts gemäss Bebauungsplan mit jener bei einer Bebauung nach der Regelbauweise zu ermitteln ist. Gemäss dieser Rechtsprechung besteht kein Anspruch darauf, dass eine bislang unüberbaute, jedoch der Bauzone zugewiesene Parzelle weiterhin unüberbaut bleibt.

**3.1.4** Das Verwaltungsgericht hat es in VGE 695/2006 vom 11. Januar 2008 betreffend Bebauungsplan Nr. 176 Lerchenstrasse zugelassen, dass der Regierungsrat das Interesse am haushälterischen Umgang mit dem Boden bei der Überbauung einer bereits der Bauzone zugehörigen Parzelle in die Interessenabwägung einbezogen hat. Dieses Interesse hat die je nach Jahreszeit verstärkte Verschattung der darunter liegenden Gebäude gerechtfertigt. Die Beschattung der Liegenschaften wurde aber nicht nur durch die neue Überbauung des Planungssperimeters bewirkt, sondern auch durch die Hanglage und den bestehenden Baumbestand.

**3.2** Der Rekurrent macht geltend, dass die beiden geplanten Hochhäuser seine Liegenschaft an den mittleren Wintertagen mehr als  $2\frac{3}{4}$  Stunden beschatten würden. Zudem macht er unter Hinweis auf BGE 99 Ia 143 geltend, es sei willkürlich, bei der Prüfung eines konkreten Hochhausprojekts nur auf dessen eigenen Schattenwurf ohne Rücksicht auf die Schattenwirkung bereits bestehender Bauten abzustellen. Zusammen mit den drei Gebäuden auf dem Teilgebiet D des Bebauungsplans und den beiden Hochbauten am Schorenweg 20/22 und 30/32 würden die beiden neuen Hochhäuser C1 und C2 eine Beschattung seines Grundstücks an den mittleren Wintertagen während über 5 Stunden bewirken, was 55 % entspreche. Mit 52 und 58 Metern wiesen die geplanten Hochhausneubauten die maximale Höhe auf, welche aufgrund des Lichteinfallswinkels von  $60^\circ$  und der Zweistundenregel überhaupt möglich sei. Grund für die keineswegs der Umgebung angepasste Maximalbauweise bilde der aus rein wirtschaftlichen Überlegungen erwünschte Erhalt der unterirdischen Einstellhalle.

**3.3** Es stellt sich die Frage, ob bei der Bestimmung der zulässigen Beschattung von Nachbarliegenschaften auf die Tag- und Nachtgleichen (Äquinoktien) oder auf die mittleren Wintertage abgestellt werden soll. Die Frage ist von grundsätzlicher Bedeutung, da die Beschattung aufgrund des tieferen Sonnenstandes an den mittleren Wintertagen grösser ist als an den Äquinoktien.

**3.3.1** Wie der Plan Nr. AS'005 (RAB 12) zeigt, wird die Liegenschaft des Rekurrenten durch die beiden geplanten Hochbauten C1 und C2 an den Äquinoktien überhaupt nicht beschattet – was übrigens soweit ersichtlich auch den Berechnungen der

Firma Meteotest entspricht (vgl. dazu jedoch Ziff. 1.3) – und ist folglich auch nicht von einem durch diese Bauten verursachten Zweistundenschatten betroffen. Demgegenüber bewirken die beiden geplanten Hochbauten C1 und C2 an den mittleren Wintertagen zwar eine überstündige Beschattung der Liegenschaft des Rekurrenten, nicht aber einen Zweistundenschatten (Plan Nr. AS'021 [Beilage zur Eingabe des Bau- und Verkehrsdepartementes vom 15. April 2011]). Gemäss Berechnung des Planungsamtes bewirken die beiden geplanten Hochbauten an den mittleren Wintertagen eine zusätzliche Beschattung der Liegenschaft des Rekurrenten während einer Stunde und 38 Minuten (Eingabe vom 15. April 2011). Selbst am 21. Dezember und somit am kürzesten Tag mit dem flachsten Sonnenstand des Jahres wird seine Liegenschaft zwar durch die geplanten Hochbauten beschattet und liegt im von diesen verursachten Einstundenschatten, nicht aber im relevanten Zweistundenschatten (Plan Nr. AS'007 [Vernehmlassungsbeilage 15]).

Diese Ergebnisse zeigen, dass der Stichtag für die Bestimmung des zulässigen Schattenwurfs eines Hochhauses dann offen gelassen werden könnte, wenn dieser lediglich als Emissionsgrenzwert der beiden geplanten Neubauten begriffen würde. Solchenfalls würde der Zweistundenschatten selbst dann eingehalten, wenn auf den mittleren Wintertag abgestellt würde.

**3.3.2** Aus dem bisher Gesagten folgt, dass in casu eine übermässige Beschattung nur dann denkbar wäre, wenn davon ausgegangen würde, dass einerseits sämtliche auf die Liegenschaft des Rekurrenten einwirkenden Schattenimmissionen zu berücksichtigen wären, und dies andererseits nicht an den Äquinoktien, sondern an kürzeren Tagen. Tatsächlich wird vorliegend die Parzelle des Rekurrenten nicht nur durch die geplanten, sondern auch durch die bestehenden Hochbauten D1/D2/D3 beschattet. Wie das Planungsamt errechnet hat, werfen die beiden Hochhausgruppen C und D zeitlich versetzt und mit einem kurzen zeitlichen Unterbruch dazwischen während je einer Stunde und 38 Minuten Schatten auf die Liegenschaft des Rekurrenten. Diese würde daher an den mittleren Wintertagen von den umliegenden Hochbauten während 3 Stunden und 16 Minuten beschattet. Diese Zahlen entsprechen soweit ersichtlich in etwa auch den Berechnungen des Rekurrenten selber (RB 14; 15). Wollte man zur Bestimmung der zulässigen Beschattung also den Immissionswert an den mittleren Wintertagen als Grenzwert verstanden wissen, so würde damit wohl eine unzulässige Beschattung der Liegenschaft des Rekurrenten resultieren.

**3.3.3** Somit stellt sich zum einen die Frage nach dem massgebenden Stichtag. Das Verwaltungsgericht hat bisher, wie vorstehend dargestellt, in den meisten Entscheiden offen gelassen, ob auf die Äquinoktien oder die mittleren Wintertage abzustellen sei.

**3.3.3.1** Ein Blick auf die Regelungen in anderen Kantonen zeigt, dass unterschiedliche Referenzdaten verwendet werden:

Im Kanton Zürich wird gemäss § 284 Abs. 4 PBG ZH und § 30 Abs. 1 ABauV ZH auf den Zweistundenschatten an den mittleren Wintertagen abgestellt, wobei nur der Zeitraum zwischen 8 und 16 Uhr massgebend ist. Dies wird damit begründet, dass an den beiden mittleren Wintertagen, dem 3. November und 8. Februar, die Sonnenstrahlen in den frühen Morgen- resp. späten Abendstunden keine starke Intensität hätten, weshalb die insofern vorgenommene Vereinfachung auch aus dieser Sicht als sachgerecht erscheine. Eine wesentliche Beeinträchtigung wird aber ausgeschlossen, wenn eine der Bau- und Zonenordnung entsprechende Überbauung keine geringere Beschattung des Nachbargrundstückes nach sich ziehen würde (vgl. BGer 1C-267/2007 vom 28. Februar 2008, VGE ZH B 2007 61 vom 4. Juli 2007 [beide i.S. Hardturm-Stadion]).

Demgegenüber wird in der Praxis des Kantons Luzern auf die Äquinoktien abgestellt (LGVE 2004 II Nr. 15).

Im Kanton St. Gallen wird auf den Zweistundenschatten an einem mittleren Wintertag abgestellt, und kumulativ auf einen Dreistundenschatten an einem mittleren Sommertag (Art. 69 Abs. 3 BauG SG).

Ähnlich wird im Kanton Bern auf beide Referenzdaten abgestellt: An den Äquinoktien darf die Beschattung maximal 2 Stunden dauern, wobei nur der Zeitraum zwischen 07.30 Uhr - 17.30 Uhr berücksichtigt wird; an den mittleren Wintertagen maximal zweieinhalb Stunden, wobei nur der Zeitraum zwischen 08.30 Uhr - 16.30 Uhr berücksichtigt wird (Art. 22 Abs. 3 lit. a BauV).

Der Rekurrent beruft sich auf die Praxis auf Gemeindeebene, wo jeweils auf die mittleren Wintertage abgestellt wird, so im Bebauungsplan Zentrumszone Bahnhof Horw LU – der auch den Schattenwurf des Pilatus in die Überlegungen einbezieht –, in einem Gestaltungsplan von Döttingen AG und im Leitbild Hochhäuser von Cham ZG (act. 15 Griffe 2 - 4). Dazu ist allerdings festzuhalten, dass diese Gemeinden einen weniger städtischen Charakter aufweisen als Basel.

**3.3.3.2** Für den Kanton Basel-Stadt ist die Frage mit Blick auf die gesetzgeberischen Wertungen im Bau- und Planungsgesetz zu beantworten. Dabei fällt auf, dass der Gesetzgeber mit der Regelung in den §§ 23 und 63f. BPG für die Zonen 5 und 6 – und damit solche mit höherer Wohndichte – mit maximal 60° einen höheren Lichteinfallswinkel vorsieht als für die anderen mit Ziffern bezeichneten Zonen – also solche mit geringerer Wohndichte –, für die ein solcher von maximal 45° gilt. Dieser gesetzgeberische Entscheid führt dazu, dass eine Baute der Zone 6 auf eine nördlich gegenüber liegende Baute an den Tag- und Nachtgleichen einen Zweistundenschatten bis zu einer Gebäudetiefe von gut 10 m und an den mittleren Wintertagen bis zu einer Gebäudetiefe von knapp 30 m wirft (Pläne Nr. AS'026 und AS'027 [Beilagen zu act. 11]). Der Gesetzgeber nimmt damit eine mit zunehmender Wohndichte grössere

Beschattung der Nachbarliegenschaften in Kauf. Einen weiteren Hinweis für eine solche gesetzgeberische Wertung ergibt die Gegenüberstellung der Einhaltung eines Zweistundenschattens am Beispiel der Beschattung der Liegenschaft des Rekurrenten durch eine zonenkonforme Blockrandbebauung auf den Arealen B und C, die seiner Parzelle auf der anderen Strassenseite gegenüber liegen. Wie die entsprechenden Schattenwurfdiagramme zeigen, wäre die Baute des Rekurrenten an den Äquinoktien nicht von einem Zweistundenschatten betroffen; hingegen befände sich an den mittleren Wintertagen die Hälfte davon darin (Pläne Nr. AS'024 und AS'025 [Beilagen zu act. 11]).

Gestützt auf diese gesetzgeberischen Wertungen ist im Sinne einer Präzisierung der Rechtsprechung festzuhalten, dass bei der Bestimmung der zulässigen Beschattung auf den Zweistundenschatten nicht an den mittleren Wintertagen, sondern an den Äquinoktien abzustellen ist. Wollte man auf die mittleren Wintertage abstellen, so würden für Hochhäuser strengere Regeln gelten als für die Nummernzonen mit dichterer Bebauung, was im Widerspruch zu den gesetzgeberischen Wertungen stünde. Schliesslich spricht auch das verfassungsrechtliche Gebot der haushälterischen Bodennutzung gemäss Art. 75 Abs. 1 BV und Art. 1 RPG für das Abstellen auf die Äquinoktien und die daraus resultierende Begrenzung des nachbarrechtlichen Immissionsschutzes sowie Ermöglichung einer dichteren Bebauung.

**3.3.3.3** Wie bereits erwähnt, wird die Liegenschaft des Rekurrenten an den Äquinoktien durch die geplanten Hochbauten C1 und C2 überhaupt nicht beschattet. Weil diese also keinerlei zusätzliche Beschattung bewirken, ist entgegen der Auffassung des Rekurrenten die Beschattung durch bestehende Bauten der Teilgebiete A, B und D unerheblich, da diese bereits bestehen. Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass der Bebauungsplan nur in Bezug auf das Teilgebiet C angefochten ist. Die Beschattung der Liegenschaft des Rekurrenten durch die geplanten Hochbauten C1 und C2 erweist sich somit als rechtmässig.

**3.3.4** Bei diesem Ergebnis kann die andere vorstehend aufgeworfene Frage, nämlich ob der Zweistundenschatten allein aufgrund einer strittigen Baute als Emissionsrespektive Anlagegrenzwert oder aber als Immissionsgrenzwert unter Einbezug des Schattenwurfs bestehender Bauten zu verstehen ist, offen bleiben. Gleichwohl erscheint es aufgrund des engen Sachzusammenhangs angebracht, der künftigen Praxis diesbezüglich Hinweise zu geben.

**3.3.4.1** Die Frage musste bisher, soweit ersichtlich, kaum erörtert werden. Einzig der Kanton Bern kennt eine explizite Regelung zur Frage, ob nur auf die Schattenemission eines Einzelprojekts oder aber auf die gesamten Schattenimmissionen abgestellt werden soll. Gemäss Art. 22 Abs. 3 lit. b BauV BE ist die durch eine Baute bewirkte Beschattungsdauer angemessen herabzusetzen, wenn die Besonnung durch die Topografie oder andere Bauten bereits erheblich beeinträchtigt ist. Daraus

folgt, dass im Kanton Bern die jeweiligen Beschattungshöchstdauern zwar als Emissions- resp. Anlagegrenzwerte zu verstehen sind, dass aber bei einer Beschattung durch mehrere Bauten oder auch durch die Topografie darüber hinaus auch ein Immissionsgrenzwert zu bestimmen ist, gestützt auf welchen ein Emissionswert zu bilden ist, der dann allenfalls tiefer liegt als die normierte zulässige Beschattungsdauer.

**3.3.4.2** Die Auffassung des Berner Gesetzgebers erscheint sinnvoll. Beschattungsschutz ist Gesundheitsschutz. Ausreichende Besonnung und Belichtung gerade auch im Winter dient dem körperlichen und psychischen Wohlbefinden der Bewohner. Daher soll eine Kumulation mehrerer Zweistundenschatten nicht eine Beschattung während einem Grossteil des Tages bewirken. Andererseits geht es nicht an, dass Grundeigentümer wegen von Drittparzellen ausgehender, bestehender Beschattung eines Nachbargrundstücks einen erheblichen Eingriff in die ansonsten auf ihrem Grundstück zulässige Bebauung erleiden müssen.

Diesen Überlegungen entsprechen auch die Erwägungen des Bundesgerichts zur Auslegung einer Bestimmung des schaffhausischen Baurechts. Danach dürfen Hochbauten nur bewilligt werden, wenn sie die Umgebung nicht wesentlich benachteiligen. Dazu hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Beurteilung der Tragbarkeit der Auswirkungen eines neuen Bauvorhabens nicht isoliert geprüft werden dürfen, "sondern nur unter Mitberücksichtigung von allenfalls bereits bestehenden Schattenwürfen anderer Bauten auf das gleiche Grundstück. Eine andere Auslegung würde den Schutzzweck von Art. 54 Ziff. 4 BauG (SH) offensichtlich verfehlen, die Norm somit klar verletzen und wäre damit willkürlich" (BGE 99 Ia 143 E. 5). Da sich dieser Entscheid auf die Auslegung einer spezifischen Bestimmung des Rechts eines anderen Kantons bezieht, kann er entgegen der Auffassung des Rekurrenten nicht unmittelbar auf das baselstädtische Recht übertragen werden. Immerhin setzt nach baselstädtischem Recht der Erlass eines Bebauungsplans aber ebenfalls eine "bessere Bebauung" in einem begrenzten Gebiet voraus. Eine bessere Bebauung setzt aber auch den Schutz der Umgebung vor negativen Immissionen voraus. Auch aus diesem Grund kann eine Gesamtbetrachtung der Beschattungswirkungen der gesamten nachbarlichen Bebauung nicht ausser Betracht bleiben.

Die Berner Lösung schafft hier einen angemessenen Ausgleich und darf daher diesbezüglich auch im Kanton Basel-Stadt herangezogen werden. Was das im Einzelnen bedeutet, muss vorliegend aber offen bleiben, da die Parzelle des Rekurrenten an den Äquinoktien durch die geplanten Hochbauten C1 und C2 überhaupt nicht beschattet wird und somit auch keine rechtlich relevante zusätzliche Beschattung vorliegt, die zu einer allenfalls unzulässigen Gesamtbeschattung führen könnte.

#### 4.

Der Rekurrent macht eine Verletzung von § 55 KV geltend; im Ratschlag seien die Anliegen der Quartierbevölkerung nicht berücksichtigt worden. Er übersieht, dass

diese Verfassungsbestimmung keinen Anspruch auf Berücksichtigung der Interessen der Quartierbevölkerung gewährleistet, sondern einen solchen auf deren Anhörung, wie sie unbestrittenermassen stattgefunden hat (vgl. RAB 4 S. 10f). Damit liegt keine Verletzung von Verfassungsrecht vor. Nicht zu hören ist der Rekurrent sodann mit der Argumentation, im Bebauungsplan würden Anmerkungen des Beurteilungsgremiums nicht aufgenommen, wonach die Höhenentwicklung zu prüfen sei. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass entgegen der Auffassung des Rekurrenten davon auszugehen ist, dass sich die Planungsbehörde mit diesen Fragen auseinandergesetzt hat und zur Lösung gemäss Bebauungsplan gelangt ist, um eine bessere Bebauung gemäss § 101 BPG zu gewährleisten. Als Fachbehörde steht dies in ihrem Sachverständigenermessen, zumal der Ausdruck "bessere Bebauung" ein unbestimmter Rechtsbegriff ist. Zudem liegt es im politischen Ermessen des Grossen Rates, den Bebauungsplan verbindlich zu erklären. In solchen Fällen ist das Verwaltungsgericht für eine umfassende Prüfung ungeeignet, weil es die notwendigen politischen Interessenbeurteilungen nicht vornehmen kann, respektive nicht über den erforderlichen Sachverstand verfügt (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, N 453; 474a). Dass sowohl die Fachbehörde als auch der Grosse Rat mit der vorberatenden Bau- und Raumplanungskommission das ihnen zustehende Ermessen ausgeübt haben, ergibt sich aus dem Bericht zur Planaufgabe und dem Ratschlag des Regierungsrates ebenso wie aus dem Bericht der Bau- und Raumplanungskommission des Grossen Rates und ihrem Zustimmungsbeschluss (RAB 3-5, act. 1). Darin wurde vertieft auf städtebauliche und architektonische Fragestellungen eingegangen, diese wurden analysiert und bewertet, und es wurden die Schlüsse daraus gezogen. Für das Verwaltungsgericht besteht kein Raum, um in dieses von den zuständigen Behörden ausgeübte Sach- und politische Ermessen einzugreifen. Irgendwelche Anzeichen von willkürlicher Handhabung des Ermessens sind jedenfalls nicht ersichtlich.

## 5.

Nach dem Gesagten ist der Rekurs abzuweisen. Bei diesem Ergebnis hat der Rekurrent die ordentlichen Kosten zu tragen. Die Zusprechung einer Parteientschädigung zu seinen Lasten und zugunsten der Beigeladenen im Sinne von § 30 Abs. 1 Satz 2 VRPG rechtfertigt sich dagegen nicht, zumal das Bau- und Verkehrsdepartement – in Vertretung des Grossen Rates – auch die Interessen der Beigeladenen vertreten hat, und deren anwaltliche Vertretung somit nicht notwendig war.

### **Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

://: Der Rekurs wird abgewiesen.

Der Rekurrent trägt die Kosten des Rekursverfahrens mit einer Gebühr CHF 2'500.–.

**Dieses Urteil wurde an das Schweizerische Bundesgericht weitergezogen. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten war zur Zeit der Verfassung dieses Berichts noch hängig.**

**4. Urteil des Appellationsgerichts als Verwaltungsgericht VD.2010.226 vom 30. Mai 2011 betr. Ordnungsbusse wegen Verletzung der Pflicht zur Entsendung der Töchter in den Schwimmunterricht der Primarschule**

*Abweisung eines Rekurses, den ein Elternpaar muslimischen Glaubens gegen die vom Erziehungsdepartement verhängten Bussen von jeweils CHF 350.- pro Elternteil und Kind erhoben hatte, weil es seine Töchter im Alter ab 7 und 9 Jahren den obligatorischen, gemischtgeschlechtlich durchgeführten Schwimmunterricht an der Primarschule nicht hatte besuchen lassen.*

*Unter den Gesichtspunkten des Rechts aller Kinder auf angemessene Schulbildung (einschliesslich sportlicher Ertüchtigung), der Förderung der Sozialisierung und Integration der Kinder durch den Sportunterricht sowie der Chancengleichheit von Kindern, deren Eltern aus dem Ausland stammen, wurde das öffentliche Interesse daran, dass **alle** Kinder, also auch kleine Mädchen muslimischen Glaubens, den schulischen Schwimmunterricht besuchen, als sehr gross bezeichnet.*

*Hier wurde offen gelassen, ob es überhaupt eine islamische Grundregel gebe, welche es Kindern vor der Pubertät untersage, einen gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht zu besuchen, da das diesbezügliche Obligatorium selbst bei Annahme eines Eingriffs in die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Abwägung der einander entgegenstehenden Interessen als zulässig und verhältnismässig erachtet wurde. Dies gelte umso mehr, als den Anliegen der Rekurrenten durch entsprechende Massnahmen, wie Ganzkörperbadekleidung sowie nach Geschlechtern getrennte Garderoben und Duschen, hinreichend Rechnung getragen werden könne. In Anbetracht dieser Massnahmen wie auch aus grundsätzlichen Erwägungen lehnte das Verwaltungsgericht eine in Bezug auf die Verpflichtung und Berechtigung zum Besuch des schulischen Schwimmunterrichts unterschiedliche Behandlung von Mädchen und Knaben dezidiert ab, da dies diametral der hierzulande mittlerweile gesetzlich und gesellschaftlich tief verankerten Vorstellung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung der Geschlechter widerspräche.*

**Sachverhalt**

Die Töchter von X. und Y., A. (geb. 1999) und B. (geb. 2001) besuchen die Primarschule in Basel. Mit dem am 11. August 2008 abgegebenen Merkblatt „Umgang mit religiösen Fragen an der Schule“ wurden die Erziehungsberechtigten von A. und B. darüber informiert, dass die Teilnahme am Schwimmunterricht obligatorisch sei und dass Dispensationen vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht nur bei Schülerinnen und Schülern gewährt werden könnten, welche die Geschlechtsreife erlangt haben. Trotz Erhalt dieser Informationen vom 11. August 2008 fehlte A, am 12. August 2008 unbewilligt im Schwimmunterricht. Mit Schreiben vom 13. August



2008 wurden die Erziehungsberechtigten von der Schulleitung darauf hingewiesen, dass bei der nächsten unbewilligten Abwesenheit von A. dem Erziehungsdepartement (ED) beantragt werden könne, die Erziehungsberechtigten wegen Verletzung der Schulpflicht gemäss art § 49 des kantonalen Übertretungsstrafgesetzes vom 15. Juni 1978 zu verzeigen. A. blieb jedoch auch am 19. August 2008 unbewilligt dem Schwimmunterricht fern. Auch in der folgenden Zeit besuchte sie den Schwimmunterricht nie. Ihre Schwester B. fehlte am 21. August 2008 und am 28. August 2008 unbewilligt im Schwimmunterricht. Mit Schreiben vom 1. September 2008 wurden die Erziehungsberechtigten von der Schulleitung darauf hingewiesen, dass auch bei der nächsten unbewilligten Abwesenheit von B. dem ED beantragt werden könne, sie wegen Verletzung der Schulpflicht gemäss art § 49 des kantonalen Übertretungsstrafgesetzes zu verzeigen. Trotzdem hat B. seit dem 21. August 2008 nicht am Schwimmunterricht teilgenommen. In der Folge führte die Rektorin mit den Erziehungsberechtigten ein Gespräch. Bei dieser Gelegenheit wurden diese auch über die Neuregelung des Verfahrens bei einem Verstoss gegen die Schulpflicht informiert. Mit Schreiben vom 30. März 2010 und vom 4. Mai 2010 forderte die Rektorin die Erziehungsberechtigten nochmals auf, die Töchter A. und B. „ab sofort“ bzw. ab „Mitte Mai“ 2010 am Schwimmunterricht teilnehmen zu lassen. Auch auf diese Aufforderungen hin besuchten A. und B. den Schwimmunterricht nicht.

Mit Schreiben vom 4. Mai 2010 bezüglich A, bzw. vom 14. Juni 2010 bezüglich B. stellte die Schulleitung beim Vorsteher des ED je einen Antrag auf Erlass einer Ordnungsbusse gestützt auf § 91 Abs. 9 des Schulgesetzes vom 4. April 1929 (SchulG, SG 410.100) wegen Verletzung der elterlichen Pflichten. Am 19. Juni 2010 wurde den Erziehungsberechtigten vom Leiter der Volksschulen Gelegenheit gegeben, sich zum angekündigten Erlass der entsprechenden Bussenverfügung zu äussern. Am 28. Juli 2010 hat das ED verfügt, dass Y. sowie X. als Erziehungsberechtigte von A. und B. infolge wiederholter Verletzung der elterlichen Pflichten mit je zwei Ordnungsbussen (bezüglich beider Töchter) in der jeweiligen Höhe von CHF 350.– belegt werden.

Gegen diese Verfügung haben die Erziehungsberechtigten X./Y. am 10. August 2010 rechtzeitig Rekurs an den Regierungsrat angemeldet und am 28. August 2010 begründet. Sie beantragen sinngemäss die Aufhebung der Bussenverfügung. Am 21. September 2010 überwies das Präsidialdepartement den Rekurs an das Verwaltungsgericht. Am 10. Oktober 2010 beantragten die Rekurrenten die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung. Mit Eingabe vom 29. Oktober 2010 reichte die Vertreterin ihre Vollmachten ein und erneuerte das Kostenerlassgesuch, das mit Verfügung der Instruktionsrichterin vom 2. November 2010 bewilligt wurde. Das ED beantragt mit Rekursantwort vom 8. Dezember 2010 die kostenfällige Abweisung des Rekurses. Die Rekurrenten liessen am 13. Januar 2011 replizieren und insbesondere rechtliche Erwägungen anfügen. Am 7. März 2011 reichte die Vertreterin der Rekurrenten ihre Honorarnote mit Deservitenkarte ein. Auf die Durch-

führung einer mündlichen Verhandlung haben die Rekurrenten mit Eingabe vom 15. Dezember 2010 verzichtet. Der Entscheid ist aufgrund der Akten auf dem Zirkulationsweg ergangen.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Behandlung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements sowie aus den §§ 10 ff. des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG; SG 270.100) und § 42 des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrats und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt (Organisationsgesetz, OG; SG 153.100). Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Die angefochtene Verfügung stellt eine Bussenverfügung gegen die Eltern von A. und B. dar. Die Eltern sind durch diese unmittelbar berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung. Sie sind deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf den frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

**1.2** Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich mangels ausdrücklicher spezialgesetzlicher Regelung nach § 8 VRPG. Demnach prüft das Gericht, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, das öffentliche Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat (statt vieler: VGE VD.2010.189 vom 9. Februar 2011 mit Hinweisen). Gemäss § 8 Abs. 5 VRPG hat das Verwaltungsgericht auch über die Angemessenheit einer Verfügung zu entscheiden, wenn diese eine Strafe verhängt.

**1.3** Die Verfügung betreffend vier Ordnungsbussen zu je CHF 350.– ist in Anwendung von § 91 Abs. 8 lit. b und Abs. 9 SchulG ergangen. Danach dürfen Erziehungsberechtigte ihre Kinder nicht wissentlich von der Schule fernbleiben lassen. Erziehungsberechtigte, welche ihre Pflichten gemäss § 91 Abs. 8 SchulG wiederholt verletzen, können auf Antrag der Schulleitung gemäss § 91 Abs. 9 SchulG mit einer Ordnungsbusse bis CHF 1'000.– belegt werden. In den vom Kanton geführten Schulen entscheidet die Departementsvorsteherin bzw. der Departementsvorsteher, in den von den Gemeinden geführten Schulen die zuständige Stelle der Gemeinden (§ 91 Abs. 9 SchulG). Diese Regelung im Schulgesetz ist auf Beginn des Schuljahres 2009/2010 am 10. August 2009 wirksam geworden. Auf den gleichen Zeitpunkt ist alt § 49 des kantonalen Übertretungsstrafgesetzes, welcher eine analoge Regelung enthielt und bis zu diesem Zeitpunkt galt, ausser Kraft gesetzt worden. Die angefochtene Verfügung ist am 28. Juli 2010 ergangen. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die Eltern gegen ihre Pflichten gemäss § 91 Abs. 8 lit. b SchulG verstossen haben.

## 2.

**2.1** Ausgangspunkt der Beurteilung bildet der Bildungsanspruch des einzelnen Kindes gemäss internationaler, nationaler und kantonaler Gesetzgebung. Das Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention, KRK, SR 0.107) garantiert das Recht des Kindes auf Bildung (Art. 28 Abs. 1 und Art. 29 Abs. 1 KRK). Der Bildungsanspruch dient der Verwirklichung der Chancengleichheit (Art. 28 Abs. 1 KRK). Auf nationaler Ebene gewährleistet Art. 19 der schweizerischen Bundesverfassung (BV) einen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Dieses soziale Grundrecht verleiht einen individuellen subjektiven Anspruch auf eine grundlegende Ausbildung. Es dient ebenfalls insbesondere der Verwirklichung der Chancengleichheit, indem in der Schweiz alle Menschen ein Mindestmass an Bildung erhalten, das nicht nur für ihre Entfaltung, sondern auch für die Wahrnehmung der Grundrechte unabdingbar ist (BGE 129 I 35 E. 7.2 S. 38 mit Hinweisen). Nach Art. 62 BV sorgen die für das Schulwesen zuständigen Kantone für einen ausreichenden, allen Kindern offen stehenden, an öffentlichen Schulen unentgeltlichen obligatorischen Grundschulunterricht (vgl. BGE 129 I 35 E. 7.2 S. 38). Die Verpflichtung der Kantone, einen genügenden Grundschulunterricht bereitzustellen, korrespondiert mit dem Obligatorium des Schulbesuchs für das Kind (Art. 62 Abs. 2 Satz 2 BV; vgl. zum Ganzen auch BGE 129 I 35 E. 7.4 S. 39). Unmittelbar verpflichtet mit den Kindern sind auch deren Eltern, insofern sie den Grundschulbesuch ihrem Kind nicht verbieten oder es dabei nicht behindern dürfen (vgl. Ehrenzeller/Schott, in: Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 62 BV N 25). Die Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 (KV; SG 111.100) statuiert in § 11 lit. n ebenfalls das Recht auf Bildung. In § 19 Abs. 1 KV wird der Schulbesuch im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen für obligatorisch erklärt.

**2.2** Die Unterrichtsfächer der Primarschule sind gemäss § 22 SchulG „Sprachen, Lesen, Rechnen, Heimatkunde, Schreiben, Zeichnen, Singen, Turnen, Handarbeit“. Fakultativ werden Musikkurse durchgeführt. Nach dem „Lehrplan Primarschule Kanton Basel-Stadt“ des Erziehungsrats (Antwortbeilage 14), der sich auf § 68 des SchulG stützt und vom Regierungsrat genehmigt worden ist, bildet Schwimmen einen Teil des obligatorischen Schul- bzw. Sportunterrichts (vgl. dazu Antwortbeilage 14, Ziff. 9.2.4, S. 6). Der Übung und Erziehung des Körpers sind im Rahmen des Unterrichtsplans wöchentlich mindestens drei Stunden zu widmen (§ 139 Abs. 1 SchulG). Nach § 17 SchulG werden Knaben und Mädchen in der Primarschule in der Regel gemeinsam unterrichtet.

**2.3** In Bund und Kantonen bestehen weitere Vorschriften, welche sich zu Sinn und Zweck der Erziehung der Kinder äussern. Art. 41 Abs. 1 lit. g BV im Kapitel „Sozialziele“ sieht vor, dass sich Bund und Kantone in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür einsetzen, dass Kinder und Jugendliche in ihrer

Entwicklung zu selbständigen und sozial verantwortlichen Personen gefördert und in ihrer sozialen, kulturellen und politischen Integration unterstützt werden. In Ausführung dieser Bestimmung sieht § 15 Abs. 3 KV vor, dass der Staat für Chancengleichheit zu sorgen hat und die kulturelle Vielfalt, die Integration und die Gleichberechtigung in der Bevölkerung sowie die wirtschaftliche Entfaltung fördert. Nach § 18 Abs. 3 KV haben die Kindergärten, Schulen, Tagesbetreuungseinrichtungen, Sonderschulen und Heime die Integration aller Kinder und Jugendlichen in die Gesellschaft zu fördern und zwischen den Kulturen zu vermitteln. Zur Ausführung dieser Vermittlung zwischen den Kulturen hat das ED eine „Handreichung“ über den „Umgang mit religiösen Fragen an der Schule“ verfasst. Es sollen das Wohl, das Integrationsinteresse und der Bildungsanspruch des Kindes und des Jugendlichen ins Zentrum gestellt werden (vgl. dazu Handreichung Ziff. 1 in act. 8, Antwortbeilage 15). Die Handreichung präzisiert bezüglich des obligatorischen Schwimm- und Sportunterrichts, dass Dispensationen nur bei Schülerinnen und Schülern gewährt werden, welche die Geschlechtsreife erlangt haben (ab ca. 12 Jahren), sofern der Schwimmunterricht geschlechtergemischt erteilt wird (vgl. Handreichung Ziff. 5 S. 8, Antwortbeilage 15).

**2.4** In Anwendung dieser gesetzlichen Grundlagen (insbesondere § 91 Abs. 8 und 9 SchulG; vgl. die angefochtene Verfügung S. 2) hat das ED darauf bestanden, dass die unter 12-jährigen Kinder A. und B. den gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht im betreffenden Schulhaus besuchen und die Eltern in der Folge bei deren Ausbleiben entsprechend gebüsst.

### **3.**

**3.1** Die Eltern beanstanden den Zwang, ihre „Kinder in einen gemischten Schwimmunterricht zu senden“. Dies zwingt sie, die „Kinder einer Situation auszusetzen“, die ihre religiös und kulturell bestimmten Grenzen „im Schambereich (...) überschreiten“ (Rekursbegründung S. 1), was nicht zumutbar sei. Damit werde die Glaubens- und Gewissensfreiheit von Art. 15 BV sowie das Recht auf religiöse Erziehung durch die Eltern (Art. 303 ZGB) verletzt (vgl. auch Replik S. 19 zu Art. 18 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte, UNO-Pakt II, SR 0.103.2). Im Übrigen verletze das Verhalten der Behörden auch das Willkürverbot: Bei 3'000 in Basel lebenden Muslimen würden nur gerade etwa 6 Personen (0,2 %) Ausnahmegewilligungen beantragen. So werde gezielt die Religionsausübung einer Minderheit betroffen. Es sei im Übrigen auch nicht einsichtig, dass es erlaubt sei, den Kindern einen privaten, vollständig nicht öffentlichen Bildungsweg mit Privatlehrern in allen Fächern anzubieten, während dies gerade bei Muslimen nur im Fach Schwimmen grundsätzlich nicht möglich sein soll (Rekursbegründung S. 1-3). Die Rekurrenten berufen sich damit bezüglich der religiösen Erziehung ihrer Kinder im Wesentlichen auf ihre Glaubens- und Gewissensfreiheit und stellen die Zulässigkeit einer entsprechenden Einschränkung in Abrede.

## 3.2

**3.2.1** Das Bundesgericht hat sich bisher zweimal ausführlich mit der Frage eines religiös motivierten Dispenses vom Schwimmunterricht befasst (vgl. zu weiteren religiös motivierten Dispensen etwa BGE 66 I 157, 114 Ia 129, 117 Ia 311 und 134 I 114; vgl. auch Kühler/Hafner, Schuld dispensation zwischen Religionsfreiheit und „bürgerlichen Pflichten“, AJP 2011, S. 913, 914 ff.). In BGE 119 Ia 178 wird bezüglich eines verweigerten Dispenses betreffend ein 9-jähriges Mädchen zusammengefasst Folgendes ausgeführt: „Nach [alt] Art. 49 Abs. 1 BV ist die Glaubens- und Gewissensfreiheit unverletzlich. Gemäss [alt] Art. 49 Abs. 5 BV entbinden Glaubensansichten aber nicht von der Erfüllung bürgerlicher Pflichten. Art. 9 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) gibt jedermann Anspruch auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, insbesondere die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder in Gemeinschaft mit andern öffentlich oder privat, durch Gottesdienst, Unterricht, Andachten und Beachtung religiöser Gebräuche auszuüben (Ziff. 1); die Religions- und Bekenntnisfreiheit darf nicht Gegenstand anderer als vom Gesetz vorgesehener Beschränkungen sein, die in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Massnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sind (Ziff. 2)“ (E. 3a S. 182). Der Kanton darf „die religiösen Freiheiten durch die Festlegung von Bürgerpflichten, einschliesslich der Pflicht zum Schulbesuch, nicht weiter einschränken (...), als dies auch vom öffentlichen Interesse geboten und verhältnismässig“ ist, bzw. „eine notwendige Massnahme im Sinne von Art. 9 Ziff. 2 EMRK“ darstellt (BGE 119 Ia 178 E. 3b S. 183). „[Alt] Art. 49 Abs. 1 BV und Art. 9 Ziff. 1 EMRK garantieren die religiöse Bezeugung des einzelnen Menschen als selbstverantwortlichen Bereich, der vom Staat nicht angetastet werden darf. Davon erfasst werden grundsätzlich alle Arten von Vorstellungen über die Beziehung des Menschen zum Göttlichen bzw. zum Transzendenten. Das Glaubensbekenntnis muss allerdings eine gewisse grundsätzliche, weltanschauliche Bedeutung erlangen, somit einer Gesamtsicht der Welt entsprechen“ (E. 4b S. 183); mit dem Glaubensbekenntnis „muss eine religiös fundierte, zusammenhängende Sicht der grundlegenden Probleme zum Ausdruck“ gelangen, „ansonsten die Religionsfreiheit sich zu einer schwer fassbaren Allgemein- und Handlungsfreiheit erweitern würde“ (a.a.O.). Die Glaubens- und Gewissensfreiheit schütze nicht nur „die Befolgung imperativer Glaubenssätze“. Sie erstrecke ihren Schutz auch auf „Überzeugungen, die für eine konkrete Lebenssituation eine religiös motivierte Verhaltensweise zwar nicht zwingend fordern, die in Frage stehende Reaktion aber für das angemessene Mittel halten, um die Lebenshaltung nach der Glaubenshaltung zu bewältigen. Andernfalls könnte sich die Religionsfreiheit nicht voll entfalten“. Es bleibe allerdings Voraussetzung, „dass solche Verhaltensweisen unmittelbar Ausdruck der religiösen Überzeugung sind“ (E. 4c S. 189 mit Verweis auf Karlen, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Zürich 1988, S. 214; Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Art. 9 EMRK N 12). „Eine besondere Problematik ergibt sich bei Religionsverständnissen, welche wie der Islam die auf den

Glauben gestützten Verhaltensweisen nicht nur auf das geistig-religiöse Leben beschränken, wie es der herrschenden Auffassung in einer säkularisierten, wertpluralistischen Gesellschaft entspricht, sondern mit dem Glauben auch die Pflicht verbinden, alle Bereiche des menschlichen Lebens vorrangig nach den religiösen Regeln zu gestalten“ (E. 4c S. 185). Es erweise sich als unumgänglich zu prüfen, welche Äusserungen der in Frage stehenden Religion des verfassungsrechtlichen Schutzes teilhaftig sein können, ansonsten die Religionsfreiheit konturlos werde. Das Bundesgericht habe sich insofern grosse Zurückhaltung aufzuerlegen, „als der Inhalt der Glaubenslehre in Frage steht. Eine Bewertung der Glaubenshaltung und -regeln oder gar eine Überprüfung ihrer theologischen Richtigkeit, insbesondere eine Interpretation der einschlägigen Stellen heiliger Schriften, bleibt dem Bundesgericht jedenfalls solange verwehrt, als nicht die Grenzen der Willkür überschritten sind. Hingegen kann es sich uneingeschränkt mit der Religion als sozialem Phänomen auseinandersetzen (...), es darf dabei insbesondere darüber befinden, ob sich eine bestimmte Verhaltensweise auf den Glauben zurückführen lässt oder in anderen Zusammenhängen begründet ist“ (E. 4c S. 185). Das Bundesgericht analysierte in der Folge zwei Suren aus dem Koran (vgl. dazu BGE 119 Ia 178 E. 4c/d S. 185 f.). Es kam zum Schluss, bei diesen Verhaltensregeln handle es sich, wenn auch nicht ausschliesslich, so doch um einen Ausdruck moralisch-ethischer, religiöser Wertvorstellungen des Islams. Eine Umfrage der Erziehungsdirektion Zürich habe ergeben, dass der Koran zwar vom Wortlaut her die Bedeckung des weiblichen Körpers erst von der Geschlechtsreife an verlange, dass es aus religiös-erzieherischen Gründen aber auch bereits jüngeren Mädchen und Knaben strengen islamischen Glaubens im Hinblick auf die späteren Vorschriften nicht gestattet sei, an einem gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht teilzunehmen. Die im Rahmen der Koedukation bestehende Pflicht zum gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht stelle daher einen Eingriff in die Religionsfreiheit der damaligen Beschwerdeführer dar (E. 4d S. 186). Zwar beruhe die Pflicht zur Teilnahme am Schwimmunterricht sowohl im kantonalen Volksschulgesetz als auch im Bundesrecht auf einer klaren gesetzlichen Grundlage. Dies entbinde aber die rechtsanwendenden Behörden nicht davon, im Einzelfall zu prüfen, ob das Beharren auf einer Bürgerpflicht im überwiegenden öffentlichen Interesse liege bzw. ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt sei. Insbesondere könne die Unverhältnismässigkeit unter Umständen gerade in der vorbehaltlosen Anwendung einer allzu strikten Regelung begründet sein. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung des Schulobligatoriums sei abzuwägen gegenüber den Interessen der Gesuchsteller als Familie, ihren Glaubensvorstellungen nachleben zu können. Vorliegend sei von einem gewichtigen privaten Interesse auszugehen, wenn es sich bei der Verhaltensnorm, die von streng gläubigen Anhängern einer Religion angerufen werde, um eine bedeutsame religiöse Vorschrift handle. Dies sei vorliegend der Fall. Ein Dispens vom Schwimmunterricht stelle die Schule nicht vor unauflösbare organisatorische Probleme und aus dem Integrationsprinzip lasse sich nicht eine Rechtsregel ableiten, wonach sich Angehörige anderer Kulturen in ihrem religiösen oder welt-

anschaulichen Überzeugungen Einschränkungen auferlegen müssten, die als unverhältnismässig zu gelten hätten (E. 6-8).

Dieser Entscheid ist nicht nur auf Zustimmung gestossen. So wurde insbesondere eine vertiefte Auseinandersetzung mit Fragen der Gleichstellung von Frau und Mann, dem Verhältnis von Religion und Politik sowie der Integration der ausländischen Wohnbevölkerung vermisst (Moser, Religionsfreiheit – Schulwesen – Verfahren, ZBl 95 (1994) S. 24, 38; Zweifel, Religiöse Symbole und Kleidervorschriften im Zwielficht: zu BGE 116 Ia 252 und 119 Ia 178, ZBJV 131 [1995] S. 591, 595 ff.; Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, N 442 mit Hinweis) und festgestellt, würde das Ergebnis, zu dem das Bundesgericht gelangt ist „unbesehen in anderen Fällen übernommen, so würde damit den ausländischen Kindern, die dereinst als Erwachsene hier heimisch werden wollen, ein schlechter Dienst erwiesen“ (Moser, a.a.O., S. 39).

**3.2.2** In BGE 135 I 79 ist nunmehr eine vielbeachtete (teilweise) Praxisänderung erfolgt. Zwar hat das Bundesgericht nach wie vor betont, dass die Verpflichtung zur Teilnahme am gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht (von zwei 9- und 11-jährigen Knaben) einen Eingriff in die Religionsfreiheit der Beschwerdeführer darstelle. Der religiös-neutrale Staat könne Glaubensregeln nicht auf ihre theologische Richtigkeit überprüfen. Es sei ihm verwehrt, die Bedeutung einer religiösen Vorschrift und damit ihr Gewicht bei der Interessenabwägung selber festzustellen. In diesem Punkt hätten die staatlichen Organe von der Bedeutung auszugehen, welche die religiöse Norm für die Beschwerdeführer hat. Das Bundesgericht habe in 134 I 56 E 4 und 5.2 erklärt, Glaubensinhalte, die ein religiös motiviertes Verhalten begründen oder bestimmte Bekleidungsweisen nahelegten, seien grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 135 I 79 E. 4.4 S. 83 f.). Hingegen berühre die in Frage stehende Verpflichtung (Besuch des gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterrichts) nicht den unantastbaren Kerngehalt der Religionsfreiheit. Betroffen sei ein Konflikt, der daraus entstehen könne, dass gewisse kulturell-religiös verankerte, inhaltlich das Alltagsleben betreffende Verhaltensnormen mit der in der Schweiz geltenden rechtsstaatlichen Rechtsordnung kollidieren (BGE 135 I 79 E. 5.2 S. 85 und 7.2 S. 89). Es sei somit zu prüfen, ob die Verpflichtung eine unter dem Blickwinkel von Art. 36 BV zulässige Einschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit der Betroffenen darstelle. Nachdem das Bundesgericht die gesetzliche Grundlage für das Schwimmbobligatorium nicht beanstandete (BGE 135 I 79 E. 6 S. 86), kam es zum Schluss, dass das Obligatorium des Schwimmunterrichts von einem erheblichen öffentlichen Interesse getragen werde. Seit dem zitierten Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 1993 hätten sich die Integrationsanliegen in der Öffentlichkeit verstärkt. Sie seien auch ausdrücklich ins Bundesgesetz vom 15. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer aufgenommen worden. Ferner habe sich die religiöse Zusammensetzung der Bevölkerung verändert. Die islamische Wohnbevölkerung liege von ihrer Grösse her an dritter Stelle nach der römisch-katholischen und der evangelisch-reformierten. Die

Schulrealität verlange heute vermehrt als früher Anstrengungen zur Angewöhnung und Einbindung der Kinder und Jugendlichen aus anderen Kulturen in die hier geltenden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen. Nur auf diese Weise könne ihre Teilnahme am wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben und damit der soziale Friede und die Chancengleichheit gewährleistet werden. Aufgabe des Verfassungsstaates sei namentlich, ein Mindestmass an innerem Zusammenhalt von Staat und Gesamtgesellschaft herzustellen, welches für ein harmonisches, von Achtung und Toleranz geprägtes Zusammenleben notwendig sei (dies mit Verweis auf Probleme der Integration von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Bundesamt für Migration, Juli 2006, S. 86; BGE 135 I 79 E. 7.2 S. 88). Von Ausländern dürfe und müsse erwartet werden, dass sie zum Zusammenleben mit der einheimischen Bevölkerung bereit seien und die schweizerische Rechtsordnung mit ihren demokratischen und rechtstaatlichen Grundsätzen – die der Staat auch gegenüber kulturell begründeten abweichenden Ansprüchen zu bewahren habe – sowie die hiesigen sozialen und gesellschaftlichen Gegebenheiten akzeptieren (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 8. März 2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bundesblatt 2002, S. 3709, 3797 ff.; BGE 135 I 79 E. 7.2 S. 89). Wer in ein anderes Land emigriere, müsse regelmässig gewisse Einschränkungen und Änderungen seiner Lebensgewohnheiten in Kauf nehmen. Dies bedeute vorliegend keineswegs eine Preisgabe der Religionsfreiheit. Es gehe dabei regelmässig nicht um den Kerngehalt dieses Grundrechts, sondern lediglich um Konflikte, die daraus entstehen könnten, dass gewisse kulturell-religiös verankerte, inhaltlich aber das Alltagsleben betreffende Verhaltensnormen mit den hier geltenden Regeln kollidieren. Glaubensansichten würden jedoch nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten entbinden. Dies sei in der alten Bundesverfassung (Art. 49 Abs. 5 BV) noch ausdrücklich verankert gewesen, müsse aber auch weiterhin als Grundsatz gelten. Im sozialen Einbindungsprozess komme der Schule eine besonders wichtige Aufgabe zu. Die Schule dürfe angesichts der grossen Bedeutung des Pflichtangebots darauf bestehen, dass ihre Lehrveranstaltungen für alle obligatorisch seien und dass sie nicht für alle persönlichen Wünsche eine abweichende Sonderregelung vorsehen oder zulassen müsse. Dies gelte auch für Ausnahmen zur Beachtung religiöser Gebote, die mit dem Schulprogramm kollidierten. Dem obligatorischen Schulunterricht komme grundsätzlich Vorrang zu, weshalb allfällige Ausnahmen nur mit Zurückhaltung zu gewähren seien. Der Sportunterricht diene in hohem Masse der Sozialisierung der Schüler. Diesen Zweck könne er nur erfüllen, wenn der Unterricht (wie auch Klassenlager und Skilager etc.), wie in der Schweiz allgemein üblich, gemeinsam stattfinde. Im konkreten Fall komme hinzu, dass es sich um Knaben handle, womit die infrage stehende Glaubensregel nicht mit den für die Mädchen islamischen Glaubens geltenden Kleidervorschriften gleichgestellt werden könnten (vgl. den vorangegangenen BGE 119 Ia 178 ff.). Die Anerkennung eines Rechts, muslimische Kinder generell vom kollektiven Schwimmunterricht zu befreien, würde den vielfältigen Bestrebungen zur Integration dieser Bevölkerungsgruppe zuwiderlaufen. Namentlich würde damit den betroffenen Kindern erheblich erschwert, sich an das in der hiesigen Gesellschaft



übliche natürliche Zusammensein mit dem andern Geschlecht zu gewöhnen. Die Kinder müssten zur Vermeidung des Anblicks von Personen des anderen Geschlechts in Badekostümen sogar die Benützung öffentlicher Badeanstalten oder Strandbäder verzichten. Es sei daher kein unzulässiger Eingriff in die Religionsfreiheit, wenn die Behörden (damals des Kantons Schaffhausen) den gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht – verbunden mit flankierenden Massnahmen (eigene körperbedeckende Badebekleidung, getrenntes Umziehen und Duschen) – auch für muslimische Kinder vorschreibe (BGE 135 I 79 E. 7 S. 86 ff.).

Diese Rechtsprechungsänderung wurde in der Literatur vielerorts positiv aufgenommen. So betonten Kälin/Lienhard/Tschannen/Tschentscher (Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2008 und 2009, ZBJV 145/2009, S. 719, 749), dass „[a]bgesehen von diesem erklärermassen integrationspolitischen Duktus (...) die Rechtsprechungsänderung im Ergebnis zu begrüessen“ sei: „Soweit Mädchen betroffen sind, leistet geeignete Ganzkörperbadekleidung ohne Weiteres Abhilfe; soweit Jungen betroffen sind, gilt die Überlegung, dass sie auch sonst in der Schweiz nicht vom Anblick weiblicher Körper verschont bleiben (E. 7.2). In jeder dieser Konstellationen ist die Beeinträchtigung der religionsgeprägten Lebensweise durch gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht so gering, dass das Schulobligatorium gerechtfertigt werden kann“ (a.a.O., S. 749; im Ergebnis zustimmend Keller/Bürli, Religionsfreiheit in der multikulturellen Schulrealität, recht 2009, S. 100, 108; Meier/Häberli, Übersicht zur Rechtsprechung [November 2008 bis Februar 2009], ZVW 2009 S. 122, 144; Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., N 442 zum vorinstanzlichen Entscheid; wohl auch Hangartner, Bemerkungen zu BGE 135 I 79, AJP 2009, S. 1050, 1053; zustimmend insbesondere betreffend flankierende Massnahmen Meyer/Siki, Bestand und Umsetzung der Sozialrechte in der Schweiz, SZS 2010, S. 407, 421).

**3.3** Die Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV schützt nebst der inneren Freiheit, ihre Religion und weltanschauliche Überzeugung frei zu wählen, grundsätzlich auch die äussere Freiheit, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen zu äussern und zu praktizieren (Kühler/Hafner, a.a.O., S. 913 mit zahlreichen Hinweisen). Dazu gehört insbesondere auch das Recht des Einzelnen, grundsätzlich sein Verhalten nach den Lehren seines Glaubens auszurichten und seinen inneren Glaubensüberzeugungen gemäss zu handeln (BGE 135 I 79 E. 5.1 S. 84 f.). Gemäss Art. 36 BV können Grundrechte eingeschränkt werden. Solche Einschränkungen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, zudem müssen sie durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

**3.4** Die Rekurrenten anerkennen, dass der Kerngehalt von Art. 15 BV vorliegend nicht tangiert ist (Replik S. 9 unten). Sie rügen jedoch zunächst das Fehlen einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage (Replik S. 10 ff.).

Personen wie (Primar-)Schülerinnen und Schüler, die zum Staat in einer besonders engen Rechtsbeziehung stehen (in einem sog. Sonderstatusverhältnis), können sich grundsätzlich auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit berufen. In solchen Fällen braucht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die formellgesetzliche Regelung allerdings nicht ins Detail zu gehen, sondern darf der Natur des Rechtsverhältnisses entsprechend weit gefasst sein und die Regelung der Einzelheiten an Exekutivorgane delegieren (BGE 135 I 79 E. 6.2 S. 85). Wie eingangs ausgeführt, liegt neben den Verfassungs- und gesetzlichen Regelungen zum obligatorischen Schulbesuch (Art. 68 Abs. 2 und 3 BV, Art. 19 Abs. 1 KV und insbesondere § 22 des baselstädtischen Schulgesetzes) auch der Lehrplan Primarschule des Kantons Basel-Stadt vor, der vom Erziehungsrat erarbeitet und vom Regierungsrat genehmigt worden ist (vgl. dazu § 68 Abs. 1 und 2 SchulG). Darin wird in Ziffer 9.2.4 (S. 6) das Unterrichtsfach Schwimmen festgehalten und werden einzelne Lernziele formuliert. Auch wenn dieser Lehrplan nicht in der Gesetzessammlung veröffentlicht wird, ist er doch öffentlich einsehbar und zusammen mit den genannten Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (analog zu den Gegebenheiten in BGE 135 I 79 E. 6.3-6.5 S. 86) als genügende gesetzliche Grundlage für den gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht zu qualifizieren (vgl. BGE 135 I 79 E. 6.5 S. 86). Dieser Einwand verfängt damit nicht.

### 3.5

**3.5.1** Ausgehend vom zuletzt ergangenen Entscheid des Bundesgerichts ist sodann auch für den vorliegenden Fall festzuhalten, dass ein hohes öffentliches Interesse daran besteht, dass die Schule ihrem Bildungsauftrag nachkommt, dass die „bürgerliche Pflicht“ des (obligatorischen) Schulbesuchs wahrgenommen wird (vgl. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 264 ff.), die Sozialisierung im Sportunterricht gefördert wird und dass der Chancengleichheit zwischen Knaben und Mädchen zum Durchbruch verholfen wird. Soweit allerdings das Bundesgericht in BGE 135 I 79 ff. anzutönen scheint (vgl. E. 7.2 S. 90), dass bei islamischen Mädchen möglicherweise andere Grundsätze als bei islamischen Knaben gelten könnten, so könnte dem so nicht gefolgt werden. Die Anerkennung des Rechts, muslimische Mädchen (im hier zu beurteilenden vorpubertären Alter von unter 12 Jahren) generell vom kollektiven Schwimmunterricht zu befreien, würde ebenso sehr wie bei den Knaben den vielfältigen und besonders hoch zu gewichtenden Bestrebungen zur Integration dieser Bevölkerungsgruppe zuwiderlaufen. Den betroffenen jungen Mädchen würde erst recht erheblich erschwert, sich an das in der hiesigen Gesellschaft übliche natürliche Zusammensein mit dem anderen Geschlecht zu gewöhnen. Sie insoweit von der schulischen und sportlichen Integration und dem sozialen Einbindungsprozess – anders als Knaben – auszunehmen, widerspräche zudem diametral der hierzulande mittlerweile gesetzlich und gesellschaftlich tief verankerten Vorstellung der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung der Geschlechter. Vorpubertäre muslimische Mädchen diesbezüglich im Grundsätzlichen anders zu

behandeln als gleichaltrige muslimische Knaben erscheint daher nicht gerechtfertigt (vgl. aber zu flankierenden Massnahmen sogleich unten).

**3.5.2** Ergänzend erwogen sei, dass das Bundesgericht auch im zweizitierten Entschcheid ausführt, dass es eine islamische Glaubensregel gäbe, die es Knaben und Mädchen untersagt, sich an gemischtgeschlechtlichem Schwimmunterricht zu beteiligen, und zwar bereits für die Zeit vor der Geschlechtsreife, dies unter Hinweis auf die Abklärungen in BGE 119 Ia 178 E. 4d S. 185 f. Allerdings lässt sich aus den in BGE 119 Ia 178 E. 4d S. 185 f. zitierten Koranstellen nicht ableiten, dass Mädchen **vor** der Pubertät – entsprechend gekleidet – sich nicht an einem gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht beteiligen dürften (so auch Zweifel, a.a.O., S. 595). Entsprechend weist die „Handreichung“ auf S. 8 (Antwortbeilage 15) denn auch darauf hin, dass keine Religion die zwingende Trennung von Mädchen und Knaben vor der Geschlechtsreife vorschreibt. Die Frage einer Freistellung vom Schwimmunterricht stelle sich erst **nach** Eintritt der Geschlechtsreife. Zu diesem Zeitpunkt aber findet in Basel der Schwimm- und Sportunterricht ohnehin geschlechtergetrennt statt. Das Bundesgericht führt sodann in BGE 135 I 79 aus, der Koran verlange **ab** dem Zeitpunkt der Pubertät sowohl für Männer als auch für Frauen eine Bekleidung, die den Körper weitgehend bedeckt. Den Schülerinnen und Schülern solle entsprechend die Möglichkeit eingeräumt werden, ihren Körper zu bedecken, sofern dies von ihnen oder von den Erziehungsberechtigten gewünscht werde. Ferner könnten auch die Rahmenbedingungen für den Schwimmunterricht entsprechend ausgestaltet werden, nämlich durch die Möglichkeit, sich getrennt von der Klasse umziehen zu können, separat zu duschen (mit Vorhang oder Tür), durch das Tragen besonderer Bekleidung (Ganzkörperanzug) oder mittels Unterricht bei einer möglichst gleichgeschlechtlichen Lehrperson (BGE 135 I 79 E. 7.3 S. 90 f.).

**3.6** Für die Rekurrenten ist der Schwimmunterricht auch insbesondere problematisch, weil es ihnen um die „islamisch orientierte Schamerziehung“ gehe. Sie möchten die Töchter anhand „der Keuschheitsgebote unserer Religion“ erziehen (Rekursbegründung S. 2), und dies sei nicht damit getan, sie „auf jenen Zeitpunkt vorzubereiten, wo ihnen nach unserem religiösen Gebot das Zusammensein mit kaum bekleideten Menschen in der Regel vollständig untersagt ist“ (Rekursbegründung S. 1). Vielmehr würde durch deren Teilnahme „mein[e] Gewissenssensibilität verletzt“ (Rekursbegründung S. 2). Damit relativieren die Rekurrenten einerseits selber ihre Berufung auf das Vorhandensein einer entsprechenden religiösen Grundregel (vgl. unten). Andererseits wird damit ein Grundthema eines Grossteils der mediterranen Gesellschaften, die sogenannte „honour and shame society“, angesprochen. Weibliche Ehre wird als „Scham“ betrachtet, sodass sexuelle Keuschheit und Reinheit die wichtigsten Qualitäten darstellen: „Weibliche Ehre muss (...) stets bewacht und kontrolliert werden“ (vgl. dazu Giordano, Mediterrane Ehrvorstellungen, *Annali di Sociologia/ Soziologisches Jahrbuch* 7, 1991 II, S. 9, 13 mit Hinweis). Diese für eine „honour and shame society“ charakteristischen Züge sind allerdings keineswegs auf Gesellschaf-

ten beschränkt, die dem islamischen Glauben angehören (wie etwa Nordafrika/ Türkei), sondern finden sich genauso in Süditalien, speziell Sizilien, Südspanien (beide Regionen katholischen Glaubens), Albanien (jahrzehntelang kommunistisch orientiert und damit eigentlich areligiös), Nordgriechenland und Kreta (griechisch-orthodox; vgl. dazu den soeben zitierten Aufsatz und insbesondere die dort zitierten Beispiele). Es fragt sich daher, ob die Berufung auf Regeln einer „honour and shame society“, welche mit den Regeln einer westeuropäischen Gesellschaft mit dem Ziel der Selbstbestimmung, Gleichheit der Geschlechter und Wertschätzung jedes einzelnen Individuums in Konflikt geraten können, unter dem Titel „Glaubens- und Gewissensfreiheit“ schützbar sind. Das gemeinsame Charakteristikum dieser verschiedenen mediterranen Kulturen ist ein patriarchalisches Grundmuster, welches bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts auch in westeuropäischen Gesellschaften vorherrschend war. Seither hat es sich allerdings – nicht nur dort – rapid und grundlegend gewandelt. Das öffentliche Interesse der hiesigen Gesellschaft, erkämpfte Errungenschaften wie das Selbstbestimmungsrecht des Individuums, die Betonung des Wertes des Individuums, die Gleichwertigkeit der Individuen sowie die Gleichbehandlung der Geschlechter gegenüber früheren Gesellschaftsmodellen durchsetzen zu können, und zwar sowohl gegenüber den eigenen Staatsangehörigen wie auch gegenüber Immigranten, ist ihrer zentralen Bedeutung wegen sehr hoch zu veranschlagen (vgl. auch Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 14 EMRK und Art. 26 UNO-Pakt II; vgl. Hangartner, Religionsfreiheit, AJP 2010, S. 441, 450; Waldmann, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003, S. 575). Gerade im Zusammenhang mit der vermehrten Konfrontation in allen möglichen Fragen mit anderen Gesellschaftsformen differenziert sich die eigene Haltung einer Gesellschaft in diesen Fragen zwangsläufig aus. Insofern folgt die Definition des öffentlichen Interesses dem gesellschaftlichen Wandel und ist keineswegs statisch (vgl. auch unten E. 4.2). Gerade dieser letzte Gesichtspunkt wird in BGE 135 I 79 E. 7.2 S. 87 ff. zu Recht betont. So würde es wohl heute in unserer Gesellschaft auch strenggläubigen Katholiken nicht zugebilligt, Mädchen im vorpubertären Alter vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht dispensieren zu lassen. Letztlich kann aber die Frage der Schützbarkeit solcher Ehrvorstellungen oder Weltanschauungen offen gelassen werden (vgl. Müller/Schefer, a.a.O., S. 258 mit Hinweisen), nachdem das Bundesgericht selbst bei Anerkennung eines islamischen (religiösen) Glaubensgrundsatzes des genannten Inhalts (vgl. auch Hangartner, a.a.O., S. 447 f.) davon ausgeht, dass in der konkreten Situation das öffentliche Interesse überwiegt und das Verhältnismässigkeitsgebot gewahrt ist, wenn – bei betroffenen Mädchen – die Rahmenbedingungen des Schwimmunterrichts den speziellen Bedürfnissen angepasst sind (vgl. BGE 135 I 79 E. 7.3 S. 90 f.).

**3.7** Entsprechend ist daher auch vorliegend zu entscheiden. Wie aus dem letztgenannten Entscheid des Bundesgerichts hervorgeht, sind im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung der monierten Einschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit die Gründe für den obligatorischen gleichgeschlechtlichen Schwimmunterricht

abzuwägen gegen die von den Rekurrenten vorgebrachten Interessen. Das Bundesgericht hat die Integrationsanliegen und die Schwierigkeiten von Sonderregelungen zufolge Berücksichtigung des starken Wachstums der islamischen Gemeinschaft in der Schweiz stärker gewichtet, wohl auch in der Befürchtung, ansonsten zur Bildung sog. Parallelgesellschaften beizutragen (vgl. Hangartner, a.a.O., S. 1053). Zudem sind bei der Interessenabwägung neben dem vorliegend vorpubertären Alter der Schülerinnen insbesondere die Chancengleichheit und die Gleichstellung der Geschlechter (Art. 8 Abs. 2 und 3 BV) als wesentliche Bestandteile der öffentlichen Ordnung in die Waagschale zu legen, welche, insgesamt betrachtet, die genannten Interessen der Eltern (so Rekursbegründung S. 2) an einem Dispens überwiegen. Eine Ablehnung der Dispense (und damit die Annahme von Pflichtverstössen) ist auch deshalb verhältnismässig, weil eine Anpassung an besondere Bedürfnisse ohne den beantragten Ausschluss der Mädchen möglich ist und gewesen wäre (vgl. zu besonderen Schwimmanzügen, getrenntem Umziehen u.a. bereits oben E. 3.5 a.E. sowie die Handreichung des ED, Antwortbeilage 15 S. 9). Dies bestreiten die Rekurrenten denn auch zu Recht nicht; sie verweigerten ihren Töchtern stattdessen vielmehr die Teilnahme am Schwimmunterricht überhaupt. Nach dem Ausgeführten sind die verfügbaren Ordnungsbussen daher insgesamt unter dem Aspekt der Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht zu beanstanden. Im Übrigen ist diesbezüglich auch keine (nicht näher begründete und in der Replik nicht mehr vorgebrachte) willkürliche Behandlung der Rekurrenten als Mitglieder einer (in der Schweiz) religiösen Minderheit ersichtlich.

**3.8** Rechtsvergleichend sei in aller Kürze angemerkt, dass sich auch etwa in Deutschland die Frage eines Dispenses vom Schwimmunterricht bereits verschiedentlich gestellt hat. In verschiedenen Entscheidungen unterschiedlicher Instanzen, aber auch des Bundesverfassungsgerichts, wurde in neuerer Zeit ebenfalls kein Anspruch auf Befreiung vom Schwimmunterricht aufgrund religiöser Belange gewährt. Sofern Dispensationen von Mädchen infrage standen, wurde insbesondere auf vielfältige Bekleidungsmöglichkeiten für Muslima hingewiesen (etwa das Tragen eines „Burkinis“; Verwaltungsgericht Aachen, Beschluss vom 12. Januar 2011, 9 L 518/10; <http://openjur.de/u/149597.html>; vgl. zum Ganzkörperanzug auch die Handreichung des ED, Antwortbeilage 15 S. 9), um den schützenswerten religiösen Ansichten der Eltern bzw. der Schülerin Rechnung zu tragen. Durch die Verringerung der Eingriffsintensität erhielt in der Abwägung der Interessen die Befolgung des staatlichen Bildungsauftrags Vorrang (vgl. Verwaltungsgericht Düsseldorf vom 7. Mai 2008, 18 K 301/08; Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 20. Mai 2009, 19 B 1362/08: keine Befreiung vom Schwimmunterricht für ein neunjähriges muslimisches Mädchen; für einen muslimischen Jungen vgl. Verwaltungsgericht Düsseldorf vom 30. Mai 2005, 18 K 74/05, wo bereits ein Gewissenskonflikt zufolge lediglich angeblich entgegenstehender religiöser Vorschriften als zweifelhaft angesehen wurde). In anderen Entscheidungen wurde etwa die Aufnahme einer muslimischen Schülerin an einer Schule von der Zustimmung zur Teilnahme am Schwimmunterricht abhängig

gemacht, was nicht beanstandet wurde (Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. Juni 2009, 19 B 801/09), oder die Verwarnung der Eltern wegen Verweigerung des Besuchs der Kinder der örtlichen Gesamtschule aufgrund beabsichtigter wortgetreuer Befolgung der Bibel als zulässig erachtet (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 23. Mai 2006, 2 BvR 1693/04, insbesondere E. 2). Das Bundesverfassungsgericht hat im Übrigen hierzu – auch für den vorliegenden Fall zutreffend – erwogen, dass die „mit dem Schulbesuch verbundenen Spannungen zwischen der religiösen Überzeugung einer Minderheit und einer damit in Widerspruch stehenden Tradition einer anders geprägten Mehrheit“ grundsätzlich zumutbar sind (BvR 1358/09 vom 21. Juli 2009 N 19; vgl. zum laizistisch ausgerichteten Frankreich vgl. z.B. Wyttenbach/Kälin, Schulischer Bildungsauftrag und Grund- und Menschenrechte von Angehörigen religiös-kultureller Minderheiten, AJP 2005, S. 315, 319 sowie die Expertise von Kelek, [http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Expertisen/kelek-expertise .pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Expertisen/kelek-expertise.pdf?__blob=publicationFile) S. 59 ff.).

#### **4.**

**4.1** Die Rekurrenten berufen sich sodann auf Art. 303 ZGB, wonach die religiöse Erziehung ihrer noch nicht 16-jährigen Kinder ihnen selber obliege. Nach Art. 3 KRK bestimme das Kindeswohl alle behördlichen Entscheidungen. Kinder hätten ein Recht darauf, nicht durch unverhältnismässige Massnahmen von den Eltern, ihrer Religion und ihrer Kultur entfremdet zu werden (Replik S. 3 ff.).

Die Eltern haben vorliegend entschieden, dass die Töchter die öffentliche Schule besuchen sollen, womit sie ihnen die Integration in die hiesigen Verhältnisse erleichtern wollen. Sie können auf das obligatorische Angebot der Schule dann jedoch grundsätzlich nicht in dem Sinn Einfluss nehmen, dass sie gewisse Veranstaltungen oder Fächer als für ihre Kinder nicht zumutbar erklären. Der Auftrag der staatlichen Schule besteht darin, die Kinder gleich zu behandeln, eine egalitäre Gesellschaft zu fördern und insbesondere auch Mädchen und Knaben vor der Geschlechtsreife nicht vorzeitig in ihre Geschlechtsrollen zu drängen bzw. darauf zu fixieren. Ein „Dispenssystem“ für Schwimmunterricht an den Primarschulen für vorpubertäre Mädchen würde diesem Auftrag und den Bestrebungen zur Integration dieser Bevölkerungsgruppe wie dargelegt augenfällig zuwiderlaufen. Eine Lockerung des Auftrags öffentlicher staatlicher Schulen zugunsten ihres Erziehungsrechts können die Eltern unter dem Titel „Glaubens- und Gewissensfreiheit“ insoweit jedenfalls nicht durchsetzen (vgl. dazu auch BGE 135 I 89 E. 7.2 S. 87 ff.). Im Übrigen wird ihre erzieherische Autonomie jedoch nicht eingeschränkt.

**4.2** Die Rekurrenten wenden weiter ein, Grundrechte seien beständig, dauerhaft und einklagbar (Replik S. 7). Sie müssten auch im Rahmen soziokultureller Veränderungen Bestand haben. Insofern sei die Praxisänderung, welche das Bundesgericht in 135 I 79 gegenüber BGE 119 Ia 178 vollzogen habe, nicht angängig, jedenfalls sei in jedem Einzelfall zu prüfen, ob ein Grundrechtseingriff zulässig ist (Replik S. 8, 14).

Zutreffend ist fraglos, dass jeder Einzelfall gemäss den Voraussetzungen von Art. 36 BV (vgl. oben) konkret geprüft werden muss. Angesichts der Aufgabe des Verfassungsstaates, ein Mindestmass an innerem Zusammenhalt zwischen der Gesamtgesellschaft und dem Staat herzustellen, muss dementsprechend aber auch geänderten Voraussetzungen Rechnung getragen werden können (vgl. etwa bezüglich politische Rechte BGE 116 Ia 359 E. 10 S. 179 ff.). Wenn die Kohärenz der Gesellschaft – wie in BGE 135 I 88 ausgeführt – erhöhten Belastungen und Beanspruchungen ausgesetzt ist, darf von Immigranten erwartet werden, dass sie gewisse Einschränkungen und Änderungen ihrer Lebensgewohnheiten in Kauf nehmen. Dies gilt insbesondere, wenn – wie hier – nicht in den Kerngehalt des Grundrechts auf Glaubens- und Gewissensfreiheit eingegriffen wird, sondern es um Konflikte geht, „die daraus entstehen können, dass gewisse kulturell-religiös verankerte, inhaltlich aber das Alltagsleben betreffende Verhaltensnormen mit den hier geltenden Regeln kollidieren“ (BGE 135 I E. 7.2 S. 89; Müller/Schefer, a.a.O., S. 255 mit Hinweisen). Die Rekurrenten können jedenfalls nicht für sich beanspruchen, dass ihre Kinder vollständig von fremden Glaubensbekundungen, kulturellen Ansichten oder aufgeklärten wesentlichen, gesellschaftlichen Lebensweisen – oder eben an sich weltanschaulich neutralen Unterrichtsfächern wie dem Schwimmunterricht – ferngehalten werden. In einer Gesellschaft, die unterschiedlichen Glaubensüberzeugungen Raum gibt, gewährt auch die Verfassung ein solches Recht nicht (vgl. auch rechtsvergleichend Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 23. Mai 2006, 2 BvR 1693/04).

**4.3** Die Rekurrenten bringen ausserdem vor, dass im Lehrplan der Stadt Basel der Schwimmunterricht analog zu „Eislaufen“ erwähnt sei, letzteres aber in der Praxis gar nicht unterrichtet werde, weshalb der Schwimmunterricht gar keinen Teil eines obligatorischen Unterrichts bilde (Replik S. 11 f.).

Das Schulgesetz sieht – wie erwähnt – das Schulfach „Turnen“ vor (§ 22 Schulgesetz). Nach § 68 SchulG hat der Erziehungsrat den massgebenden Lehrplan zu genehmigen. Dort bildet Schwimmen einen Teil des obligatorischen Turn- bzw. Sportunterrichts (vgl. dazu Lehrplan Primarschulen Ziff. 9.2.4., S. 6). Diese Bestimmungen genügen – wie dargelegt – den Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage (vgl. die analogen Ausgangslagen in BGE 135 I 79 E. 6.3, 6.5 S. 85 f. betreffend den Kanton Schaffhausen und in BGE 119 Ia 178 E. 6c/d S. 188 f. betreffend den Kanton Zürich, welche vom Bundesgericht als ausreichend angesehen wurden). Dass ein Teil des Lehrplanes möglicherweise nicht unterrichtet wird (etwa Eislaufen), macht jedoch diejenigen Teile, die unterrichtet werden, nicht etwa zu fakultativen bzw. nichtobligatorischen Teilen. Auch dieser Einwand der Rekurrenten verfängt daher nicht.

**4.4** Zudem bringen die Rekurrenten vor, beide Töchter besuchten einen privaten Schwimmunterricht auf eigene Kosten (Replik S. 13). Damit wird zweifellos gewährleistet, dass den Mädchen körperliche Ertüchtigung und die Ausbildung sportlicher

Fähigkeiten zuteil werden. Allerdings beinhaltet der Besuch einer öffentlichen Schule wie ausgeführt, dass die dort unterrichteten Fächer und die angebotenen Aktivitäten von allen Schülern und Schülerinnen gleichermassen besucht werden, damit das erstrebte Gemeinschaftserlebnis, die Integration und die Entwicklung eines natürlichen Umgangs zwischen Altersgenossen beiderlei Geschlechts stattfinden kann. Es geht – wie ausführlich dargelegt – dabei nicht nur und vorwiegend um den Erwerb schwimmerischer Fähigkeiten. Der nunmehr segregiert erfolgende private Schwimmunterricht (nur mit Angehörigen ihrer eigenen Glaubensgemeinschaft) ändert aber nichts daran, dass die Eltern ihre beiden Töchter mehrfach wissentlich und willentlich den obligatorischen Schwimmunterricht versäumen liessen, ohne dass ein entsprechender Dispens vorlag. Im Übrigen sei lediglich am Rande bemerkt, dass bei einer Finanzierung durch die Sozialhilfe nicht von einem Schwimmkursbesuch „auf eigene Kosten“ gesprochen werden kann (vgl. Rekursbegründung S. 2).

**4.5** Was schliesslich die in der Replik vorgebrachte Behauptung anbelangt, die Rekurrenten hätten die Umteilung in ein Schulhaus verlangt, in welchem aus organisatorischen Gründen gar kein Schwimmunterricht erteilt werden könne, bzw. nur ein getrenntgeschlechtlicher, was aber die Behörden abgelehnt hätten, so ist diese Behauptung neu und durch nichts belegt. Aus den beigelegten Akten des ED, insbesondere aus der Gesprächsnotiz vom 17. Juni 2010 zwischen dem Leiter Volksschulen und den Rekurrenten, erhellt vielmehr, dass nach Auffassung der Rekurrenten ein „Kompromiss“ darin gefunden werden müsse, dass ein nach Geschlechtern getrennter Schwimmunterricht bereits an der Primarschule beginne (vgl. dazu Rekursantwortbeilage 12). Auch dieses Vorbringen ist daher nicht stichhaltig.

## **5.**

Nach dem Gesagten ist die Bussenverfügung vom 28. Juli 2010 nicht zu beanstanden. Gegen die Höhe der Bussen wurden keine speziellen Einwände formuliert. Bei der Festlegung wurde richtigerweise berücksichtigt, dass nun beide Mädchen einen privaten Schwimmunterricht (finanziert von der Sozialhilfe) besuchen und damit immerhin vom sportlichen Aspekt her individuell gefördert werden (Verfügung S. 3).

## **6.**

Der Rekurs ist daher abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens tragen die Rekurrenten die Gebühr für das Rekursverfahren; sie geht zufolge Bewilligung des Kostenerlasses an die Rekurrenten zulasten des Staates.

Den Rekurrenten ist die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung am 2. November 2010 von der Instruktionsrichterin bewilligt worden. Ihrer Vertreterin, die erst vor der Replik in das Verfahren einbezogen worden ist, ist ein angemessenes Armenanwaltshonorar zuzusprechen. Sie hat neben der 1-seitigen Eingabe betreffend Vollmachten und Kostenerlassgesuch eine 19-seitige (grosszügig formatierte) Replik eingereicht und einen Aufwand für 2010 von 4  $\frac{3}{4}$  Stunden und für 2011 von



20 ¼ Stunden nebst Auslagen und Mehrwertsteuer geltend gemacht. Auf eine Hauptverhandlung wurde verzichtet. Dieser Aufwand erscheint für das vorliegende Rekursverfahren und angesichts der späten Beteiligung der Vertreterin allerdings sehr hoch und weder notwendig noch angemessen. Auszugehen ist vielmehr von einem Aufwand in vergleichbaren Fällen, die das Gericht berücksichtigen darf, von 12 Stunden zu einem Ansatz von CHF 180.–, was ein Honorar von CHF 2'160.– zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer ergibt. Dabei wird von einem Mehrwertsteuersatz von 7.6 % für 2.5 Stunden und CHF 35.80 Auslagen sowie von einem Satz von 8 % für 9.5 Stunden und CHF 26.20 Auslagen ausgegangen, entsprechend dem Verhältnis des geltend gemachten Stundenaufwands in der Honorarnote für die beiden Abrechnungsjahre.

**Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

://: Der Rekurs wird abgewiesen.

Die Rekurrenten tragen in solidarischer Verbindung die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahrens mit einer Gebühr CHF 1'500.–. Sie geht jedoch zufolge Bewilligung des Kostenerlasses an die Rekurrenten zulasten des Staates.

Der Vertreterin der Rekurrenten im Kostenerlass, lic. iur. Sandra Suter-Jeker, wird für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren ein Honorar von CHF 2'160.– und ein Auslagenersatz von CHF 62.–, zuzüglich 7.6 % MwSt auf CHF 485.80 von CHF 36.90 sowie 8 % MwSt auf CHF 1'736.20 von CHF 138.90 aus der Gerichtskasse zugesprochen.

**Dieses Urteil wurde an das Schweizerische Bundesgericht weitergezogen. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten war zur Zeit der Verfassung dieses Berichts noch hängig.**

**5. Urteil des Appellationsgerichts DG.2011.26 vom 17. November 2011 betr. Rückführung von Kindern nach den Bestimmungen über internationale Kindesentführung**

*Nach dem seit 1. Juli 2009 geltenden Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen sowie dem kantonalen Einführungsgesetz dazu ist das Appellationsgericht als einzige kantonale Instanz zuständig, darüber zu entscheiden, ob ein Kind, das vom Ausland in die Schweiz entführt worden ist und sich dann im Kanton Basel-Stadt aufhält, an seinen bisherigen Wohnort zurückgeführt werden muss. Im Jahr 2011 hat das Appellationsgericht erstmals einen solchen Entscheid treffen müssen.*

*Die massgeblichen Bestimmungen bezwecken, jene Situation wiederherzustellen, die vor einer Entführung, d.h. einer widerrechtlichen Verbringung eines Kindes in einen*

*anderen Staat geherrscht hat. Vorliegend lebten die aus der Schweiz stammenden Eltern längere Zeit in Südafrika, wo auch die beiden Kinder von heute 10 bzw. 8 Jahren aufgewachsen waren. Im August 2011 war die Mutter mit ihnen ohne vorherige Ankündigung und ohne Wissen des Vaters in die Schweiz gereist. Dieses Vorgehen war widerrechtlich, da nach dem massgeblichen südafrikanischen Recht die elterliche Sorge beiden Eltern gemeinsam zustand. Damit verletzte die Entführung der Kinder durch die Mutter in die Schweiz die Rechte des Vaters.*

*Unter den gegebenen Umständen hätte das vom Vater im September 2011 gestellte Gesuch um Rückführung der Kinder nach Südafrika nur dann abgelehnt werden können, wenn einer der gesetzlich vorgesehenen Ausschlussgründe vorgelegen hätte. Dies war hier nicht der Fall. Insbesondere verneinte das Appellationsgericht, dass für die Kinder eine Rückführung zum Vater nach Südafrika mit einer schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens verbunden wäre oder sie auf andere Weise in eine unzumutbare Lage gebracht würden. Die unter diesem Aspekt vorgebrachten Behauptungen der Mutter, wonach die soziale Sicherheit für die Kinder in Südafrika nach deren Abmeldung von der bisher besuchten Privatschule und der Vermietung der Familienliegenschaft durch den Vater sowie wegen des Fehlens von staatlichen Unterstützungsleistungen nicht mehr gegeben sei, waren nicht überzeugend. Soweit überhaupt relevant, waren sie nicht nachgewiesen oder betrafen sie Vorkehrungen, die der Vater erst als Reaktion auf die Entführung der Kinder getroffen hatte. In jedem Fall lag keine wirtschaftliche Notlage in dem Sinne vor, dass eine Rückführung der Kinder nach Südafrika eine Gefährdung für diese bedeutet oder für sie unzumutbar gewesen wäre. Hinzu kam, dass beide Kinder den Wunsch äusserten, nach Südafrika zurückzukehren, und auch die mit ihrer Interessenwahrung beauftragte Rechtsvertreterin die Gutheissung des Rückführungsgesuchs beantragte. Aus diesen Gründen hat das Appellationsgericht entsprechend dem Gesuch des Vaters die Rückführung der Kinder nach Südafrika angeordnet.*

## **Sachverhalt**

Die Schweizer Eltern der in Basel geborenen gemeinsamen Kinder A.\_\_\_\_\_ (geb. 2002) und B.\_\_\_\_\_ (geb. 2004) haben am 18. August 1994 in C.\_\_\_\_\_/BL geheiratet. Im Januar 2004 wanderten sie gemeinsam nach Südafrika aus. Sohn B.\_\_\_\_\_ kam bei einem erneuten Aufenthalt in der Schweiz zur Welt, wobei die Familie kurz nach der Geburt wieder nach Südafrika zurückflog. Nachdem sich die Beziehung der Eltern im Jahr 2010 zu verschlechtern begann, erhielt X.\_\_\_\_\_ von Y.\_\_\_\_\_ am 6. August 2011 eine SMS mit dem Inhalt, es sei wegen einer Geburtstagsparty nicht möglich, dass er die Kinder wie geplant zu sich zu Besuch nehmen könne. Am 10. August 2011 besuchten die Kinder zum letzten Mal ihre Schule. Am 12. August 2011 verbrachte die Mutter beide Kinder ohne ihr Wissen und ohne Wissen des Vaters in die Schweiz.

Mit Gesuch vom 22. September 2011 (Eingang: 26. September 2011) beantragte X.\_\_\_\_\_ die Rückführung der gemeinsamen Kinder nach Südafrika. Im Einzelnen beantragte er, es sei festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin die gemeinsamen

Kinder widerrechtlich aus Südafrika in die Schweiz gebracht habe; dass die Gesuchsbeklagte unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfall zu verpflichten sei, die Kinder unverzüglich innert anzusetzender Frist wieder nach Südafrika zurückzubringen oder dem Kindsvater zwecks Rückführung nach Südafrika zu übergeben; im Weigerungsfall solle der Bereich Bevölkerungsdienste und Migration des Justizdepartements Basel-Stadt als Vollzugsbehörde angewiesen werden, den Rückführungsentscheid umzusetzen; zudem sei der Gesuchsgegnerin in superprovisorischer Form unter Androhung von Art. 292 StGB zu verbieten, die Kinder ins Ausland zu verbringen oder verbringen zu lassen, mit Ausnahme eines Zurückbringens nach Südafrika, und sie sei unverzüglich anzuweisen, die Reisepässe und Identitätskarten der Kinder beim Gericht zu hinterlegen. Im Weiteren sei dem Gesuchsteller für die Dauer des Verfahrens ein im Einzelnen spezifiziertes Kontaktrecht einzuräumen. Die Gesuchsgegnerin sei zudem zu verpflichten, dem Gesuchsteller die durch das widerrechtliche Verbringen der Kinder in die Schweiz entstandenen Kosten zu ersetzen und es sei ihm „in gegebenem Zeitpunkt eine angemessene Frist zum Beziffern der besagten Kosten zu gewähren“, unter o/e Kostenfolge. Mit Verfügung vom 27. September 2011 verfügte der Appellationsgerichtspräsident insbesondere superprovisorisch und unter Androhung von Art. 292 StGB, dass der Gesuchsgegnerin verboten werde, die Kinder ins Ausland zu verbringen oder verbringen zu lassen, ausser nach Südafrika; zudem werde sie angewiesen, die Reisepässe und Identitätskarten unter Einschluss sämtlicher temporärer und definitiver Ausweispapiere von der Schweiz und Südafrika beim Appellationsgericht zu hinterlegen, und es wurde ihr zudem verboten, für die Kinder neue Ausweispapiere erstellen zu lassen. Dem Gesuchsteller räumte er superprovisorisch das Recht ein, alle zwei Tage mit den Kindern zu telefonieren oder per Skype oder E-mail zu kommunizieren. Gleichentags bestellte er Advokatin Esther Wyss Sisti als Vertreterin der beiden Kinder. Mit Eingabe vom 28. September 2011 stellte die Vertreterin der Gesuchsgegnerin die Anträge, es seien die Kindseltern zu verpflichten, ein Mediationsverfahren von mindestens drei Sitzungen und unter Beteiligung des Mediators Hans Ulrich Schudel oder Dieter Thommen sowie der Kindsvertreterin Esther Wyss Sisti anzustrengen, unter o/e Kostenfolge. Zudem beantragte sie die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Mit Eingabe vom 29. September 2011 liess der Gesuchsteller die Bescheinigung der südafrikanischen Zentralbehörde betreffend Widerrechtlichkeit einreichen. Am 29. September 2011 verfügte der Appellationsgerichtspräsident eine Anhörung beider Kinder und forderte den Gesuchsteller und die Kindsvertreterin auf, zum Gesuch um Durchführung einer Mediation und zu den vorgeschlagenen Mediatoren Stellung zu nehmen. Zudem forderte er die Gesuchsgegnerin auf, ihr Einverständnis mit der Bezahlung der Kosten der Reise nach Basel aus den Mitteln der Ehegatten bei den Konten der Bank D.\_\_\_\_\_ zu erklären. Weiter ersuchte er das Richteramt Thal-Gäu, einstweilen keinen Entscheid über die Obhut oder die elterliche Sorge zu treffen und das anhängig gemachte Verfahren zu sistieren, bis über die Rückführung der Kinder entschieden worden ist. Der zentralen Behörde des Bundes wurde Kenntnis über den bisherigen Ablauf des Verfahrens gege-

ben, inklusive Zustellung aller bisherigen Eingaben und Verfügungen. Mit Eingabe vom 30. September 2011 nahm die Gesuchsgegnerin zur Verfügung vom 29. September 2011 Stellung, übersandte die Pässe und Identitätskarten der Kinder zur Aufbewahrung und ersuchte um Akteneinsicht. Am 4. Oktober 2011 teilte der Gesuchsteller mit, dass er eine Mediation insbesondere aufgrund der „dermassen weit auseinander“ liegenden Parteistandpunkte nicht als sinnvoll erachte, jedoch bereit sei, an einer Vermittlungsverhandlung teilzunehmen. Gleichentags teilte die Kindsvertreterin mit, dass sie am 10. Oktober 2011 ein Gespräch mit den Kindern vorgelesen habe, aber vorerst davon ausgehe, dass eine Mediation sinnvoll sei. Die Gesuchsgegnerin teilte ebenfalls am 4. Oktober 2011 mit, sie sei damit einverstanden, dass die Reisekosten aus den Mitteln der gemeinsamen Konten bei der Bank D.\_\_\_\_\_ erfolgt. Am 6. Oktober 2011 verfügte die Appellationsgerichtspräsidentin stellvertretungsweise insbesondere, dass eine Vermittlungsverhandlung voraussichtlich in der Kalenderwoche 42 oder 43 durchgeführt würde und gab wiederum der zentralen Behörde Kenntnis über das weitere Verfahren. Mit Eingabe vom 13. Oktober 2011 reichte die Kindsvertreterin eine Zusammenfassung des Gesprächs mit beiden Kindern sowie eine kurze Stellungnahme ihrerseits ein. Am 14. Oktober teilte die Vertreterin des Gesuchstellers mit, dass das Mandat zufolge ihres Mutterschaftsurlaubs von Dr. Jonas Schweighauser weitergeführt werde. Zudem beantragte sie zufolge der Anreise des Gesuchstellers aus Südafrika die Durchführung einer Vermittlungs- und allenfalls Hauptverhandlung am selben Tag. Mit Stellungnahme vom 18. Oktober 2011 beantragte die Gesuchsgegnerin, das Gesuch um Rückführung abzuweisen. Eventualiter beantragte sie, verschiedene aufgeführte Auflagen in das Urteil aufzunehmen, insbesondere sei der Gesuchsteller zu verpflichten, die Schul- oder Krankenkassenkosten für die Kinder für die nächsten zwei Jahre sicherzustellen und ausserdem der Mutter einen Unterhaltsbeitrag von ZAR 45'000.– pro Monat zu bezahlen, unter o/e Kostenfolge. Zudem beantragte sie erneut die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Gleichentags teilte der Gesuchsteller mit, dass er damit einverstanden sei, die Verhandlungen am 3./4. November 2011 durchzuführen, „auch wenn damit die sechs Wochen-Frist nicht ganz eingehalten würde“ (act. 16). Am 19. Oktober 2010 fand die Anhörung der beiden Kinder durch den Appellationsgerichtspräsidenten und Dr. phil. Joachim Schreiner statt (act. 17). Mit Verfügung vom gleichen Tag wurde den Parteien insbesondere der Bericht zur Anhörung übermittelt und wurden sie in eine Vermittlungsverhandlung mit allfälliger anschliessender Verhandlung geladen. Am 1. November 2011 reichte die Gesuchsgegnerin verschiedene Unterlagen ein.

Das Vermittlungsverfahren fand am 3. November 2011 statt. Anwesend waren der Gesuchsteller mit Dr. Jonas Schweighauser, die Gesuchsgegnerin mit lic. iur. Claudia Rohrer sowie die Kindesvertreterin. Der anlässlich des Vermittlungsverfahrens geschlossene Vergleich wurde von der Gesuchsgegnerin innert Frist am 7. November 2011 widerrufen. Damit ist das Vermittlungsverfahren gescheitert. Der Gesuchsteller ist bereits anlässlich der Vermittlungsverhandlung im Hinblick auf ein all-

fälliges Gerichtsverfahren angehört worden. Die Hauptverhandlung hat am 17. November 2011 stattgefunden. Der zwischenzeitlich nach Südafrika zurückgereiste Gesuchsteller wurde von der Teilnahme daran dispensiert. Es wurde die Gesuchsgegnerin angehört und die Vertreter der Beteiligten sind zu Wort gelangt. Für sämtliche Ausführungen wird auf das Protokoll der Verhandlung verwiesen.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Zuständiges Gericht für die Beurteilung von Rückführungsgesuchen ist gemäss Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE; SR 211.222.32) als einzige Instanz das obere Gericht des Kantons, in dem sich das Kind im Zeitpunkt des Gesuchs aufhält. Gemäss § 1 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen vom 11. November 2009 (EG BG-KKE; SG 212.850) ist das Appellationsgericht als einzige Instanz zuständig.

**1.2** Fraglich erscheint zunächst die funktionelle Zuständigkeit innerhalb des Appellationsgerichts. Das Rückführungsverfahren ist gemäss Art. 302 Abs. 1 lit. a der anwendbaren schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) und Art. 8 Abs. 2 EG-KKE im summarischen Verfahren nach der ZPO zu entscheiden. Damit beurteilt sich die Frage der funktionellen Zuständigkeit nach dem Gesetz über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO; SG 221.100). § 11 EG ZPO ist allerdings nicht direkt anwendbar, da nach erfolgter Streichung des Rückführungsverfahrens aus Art. 5 ZPO nicht die ZPO, sondern das BG-KKE die Beurteilung durch eine einzige Instanz vorschreibt. Die Zuständigkeit beurteilt sich daher nach der Aufangnorm in § 2 Abs. 2 EG ZPO. Danach entscheidet ein Einzelrichter respektive eine Einzelrichterin, soweit das EG ZPO keine andere Vorschrift über die Zusammensetzung des Gerichts der betreffenden Instanz enthält. Dem entspräche auch die Regelung bei analoger Anwendung von § 11 Abs. 3 i.V.m. 9 Abs. 2 Ziff. 1 lit. c EG ZPO.

**1.3** Nachdem sich die Gesuchstellerin und die Kinder jedenfalls bei Gesuchseinreichung unbestritten in Basel aufgehalten haben, ist das Appellationsgericht auch örtlich zuständig. Ein späterer Wohnsitzwechsel ist für das Gerichtsverfahren grundsätzlich unbeachtlich, die örtliche Zuständigkeit bleibt nach Rechtshängigkeit erhalten (Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO). Auf das begründete Gesuch ist einzutreten.

**1.4** Das Rückführungsverfahren ist im summarischen Verfahren durchzuführen (Art. 248 lit. a i.V.m. Art. 302 Abs. 1 lit. a ZPO). Vorbehalten bleibt das BG-KKE (Art. 302 Abs. 2 ZPO; vgl. Art. 8 Abs. 2 BG-KKE). Gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO (Allge-

meine Bestimmungen im 7. Titel, worunter auch Art. 302 ZPO fällt) erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen. Das Beschleunigungsgebot erheischt, dass grundsätzlich innerhalb von sechs Wochen nach Eingang des Antrags eine Entscheidung getroffen werden soll (vgl. Art. 11 Abs. 1 des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, HKÜ; SR 0.211.230.02). Diese Frist stellt eine Richtlinie dar, welche vorliegend trotz der Organisation der Anreise und Anhörung des von Südafrika angereisten Gesuchstellers, der Gehörsgebarung aller Beteiligten, erfolgter Fristerstreckungen, der vereinbarten Widerrufsfrist sowie vor dem Hintergrund, dass die Kinder gemäss Ausführungen des Gesuchsgegners erst auf Ende Jahr per neues Schuljahr zurückgeführt werden sollten und der Gesuchsteller einer Verlängerung des Verfahrens explizit zugestimmt hat (vgl. Eingabe vom 18. Oktober 2011), lediglich leicht überschritten wurde (vgl. dazu auch den zur Publikation bestimmten Entscheid 5A\_674/2011 vom 31. Oktober 2011 E. 2.2).

## **2.**

**2.1** Rückführungsentscheide nach HKÜ betreffen die Regelung der Rechtshilfe zwischen den Vertragsstaaten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Respektierung der Durchsetzung ausländischen Zivilrechts steht (BGE 133 III 584 E. 1.2 S. 585). Das HKÜ bezweckt die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder (Art. 1 lit. a HKÜ). Die Voraussetzungen der Rückführung richten sich nach Art. 3 HKÜ. Im Einzelnen gilt ein Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes als widerrechtlich, wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 3 lit. a HKÜ) und dieses Recht im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens allein oder gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, falls das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte (Art. 3 lit. b; vgl. BGE 133 III 146 E. 2.4 S. 149; BGer 4A\_436/2010 vom 8. Juli 2010 E. 2.2). Das genannte Sorgerecht kann insbesondere kraft Gesetzes, aufgrund einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung oder aufgrund einer nach dem Recht des betreffenden Staates wirksamen Vereinbarung bestehen (Art. 3 Abs. 2 HKÜ). Gemäss Art. 5 HKÜ umfasst das Sorgerecht „die Sorge für die Person des Kindes und insbesondere das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen“. Massgeblich ist die Sorgerechtslage, wie sie beim Verbringen bestanden hat; dieser Status quo ante soll wiederhergestellt werden (BGer 5A\_713/2007 vom 28. Februar 2008 E. 3; BGer 5A\_257/2011 vom 25. Mai 2011 E. 4.2). Der Nachweis der Voraussetzungen, so insbesondere auch der Verletzung des Sorgerechts im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. a HKÜ, obliegt dem Gesuchsteller (BGer 5A\_293/2010 vom 22. Juni 2010 E. 3 mit Hinweis).

**2.2** Liegen diese Voraussetzungen vor, ist die Rückführung widerrechtlich verbrachter Kinder anzuordnen, ohne dass dem ersuchten Vertragsstaat dabei ein Er-

messen zukäme, soweit nicht einer der in Art. 12, Art. 13 oder Art. 20 HKÜ genannten Ausschlussgründe nachgewiesen ist (vgl. BGer 5A\_257/2011 vom 25. Mai 2011 E. 5.2; BGer 5A\_582/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 2).

### 3.

**3.1** Zwischen den Parteien ist zunächst umstritten, ob das Verbringen von A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ in die Schweiz widerrechtlich im Sinn von Art. 3 lit. a HKÜ war. Der Gesuchsteller bringt vor, die Gesuchsgegnerin habe Südafrika mit den gemeinsamen Kindern in einer „Nacht- und Nebelaktion“ verlassen, ohne ihn zuvor zu informieren. Beide Ehegatten hätten gemäss dem zur Anwendung gelangenden südafrikanischen Recht das gemeinsame Sorgerecht. Sie hätten zwar zeitweise und zuletzt getrennt gelebt; dieses Getrenntleben sei jedoch nie durch ein Gericht geregelt worden. Auch die Obhut sei keinem Ehegatten zugeteilt worden (Gesuch S. 5). Der Vater habe zudem sein Sorgerecht ausgeübt, so habe er seine Kinder regelmässig gesehen und habe auch regelmässig mit ihnen Kontakt gehabt. Bei gemeinsamem Sorgerecht sei es dem betreuenden Elternteil nach südafrikanischem Recht jedoch nicht erlaubt, ohne Zustimmung des anderen Elternteils bzw. ohne gerichtliche Erlaubnis Südafrika zu verlassen. Es handle sich deshalb um eine widerrechtliche Verbringung der Kinder gemäss Art. 3 HKÜ (Gesuch S. 6).

**3.2** Die Gesuchsgegnerin macht geltend, der Gesuchsteller habe keine Obhut inne gehabt, sondern nur ein Besuchsrecht (Stellungnahme vom 18. Oktober 2011 S. 8). Die Gesuchstellerin sei nach schweizerischem Recht als Inhaberin der Obhut berechtigt gewesen, in die Schweiz zurückzukehren. Der Gesuchsteller habe den Sachverhalt in seinem Affidavit falsch geschildert, so dass die südafrikanischen Behörden eine falsche Einschätzung des Sachverhalts getroffen hätten. Die Verbringung der Kinder in die Schweiz sei nicht widerrechtlich gewesen. Der Gesuchsteller habe seine Elternpflichten in Südafrika vernachlässigt, was nach südafrikanischem Recht (Children's act) bei jeder Regelung über die Kinder berücksichtigt werden müsse (Stellungnahme S. 10). Die Gesuchsgegnerin habe versucht, ihre Rechte in Südafrika durchzusetzen, sie habe jedoch keinen Zugang zum Gericht gefunden. Der Gesuchsteller habe aus dem gleichen Grund kein Verfahren um Regelung der Angelegenheit in Südafrika anhängig gemacht. Die Gesuchsgegnerin habe zudem in einem nachvollziehbaren Notstand gehandelt, da sie über keine Mittel mehr verfügte, die Schule, Wohnung und Krankenversicherung zu bezahlen, und der Gesuchsteller keine Unterhaltszahlungen geleistet habe (Stellungnahme S. 11, 14). Falls die Widerrechtlichkeit der Rückführung trotzdem angenommen würde, sei sie gemäss Art. 13 des Haager Übereinkommens unzulässig, da sie die Kinder in eine für sie unzumutbare Lage bringen würde (Stellungnahme S. 11). Die Eltern könnten den Kindern in Südafrika keine Kontinuität bieten, nachdem der Gesuchsteller die Schule gekündigt habe und die Liegenschaft per sofort vermietet habe. Schliesslich wären bei einer Rückführung verschiedene Auflagen vorzunehmen (Stellungnahme S. 12).

**3.3** Die Kindesvertreterin hat sich nach einer Anhörung beider Kinder einer konkreten Antragstellung mit Eingabe vom 13. Oktober 2011 enthalten. Es könne jedoch zusammenfassend für beide Kinder ausgeführt werden, dass sie über die Reise in die Schweiz vor ihrer Ankunft am Flughafen in Südafrika nicht informiert worden waren, seither ihre Freunde, den Vater und ihre Haustiere in Südafrika vermissten und sich insbesondere einen weiterhin guten Kontakt zu beiden Elternteilen wünschten (S. 2, 4). Anlässlich der Hauptverhandlung hat die Kindesvertreterin die Gutheissung des Gesuchs beantragt (Plädoyer S. 1).

#### **4.**

**4.1** Im vorliegenden Fall steht aufgrund der Vorbringen der Parteien fest, dass die 2002 und 2004 geborenen Kinder vor dem Verbringen in die Schweiz seit 2004 in Südafrika ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten und dass den verheirateten Eltern nach dem massgebenden Recht dieses Landes die elterliche Sorge gemeinsam zusteht (Bescheinigung der südafrikanischen Zentralbehörde, Beilage zur Eingabe des Gesuchstellers vom 29. September 2011, S. 1: „entitled to equal parental rights and responsibilities“). Das geteilte Sorgerecht beinhaltet insbesondere das in Art. 5 lit. a HKÜ aufgeführte Aufenthaltsbestimmungsrecht über das Kind (vgl. BGer 5A\_27/2011 vom 21. Februar 2011 E. 4). Das Verbringen eines Kindes ist gemäss Art. 3 lit. b HKÜ dann widerrechtlich, wenn das verletzte Sorgerecht vom andern Elternteil auch tatsächlich ausgeübt worden ist oder tatsächlich ausgeübt worden wäre, wenn das Verbringen nicht stattgefunden hätte. Dies ist vorliegend strittig.

**4.2** Der Bescheinigung der südafrikanischen Zentralbehörde (Beilage zur Eingabe des Gesuchstellers vom 29. September 2011 S. 1; vgl. Art. 15 HKÜ) ist zu entnehmen, dass gemäss massgeblichem südafrikanischem Recht (Children's Act 38 aus dem Jahr 2005 [CA], Section 18 und 20) „the mother was not entitled to remove the children from South Africa without the father's consent, by virtue of guardianship“ (S. 1), und „it is clear that the children's mother has acted in breach of the father's custody rights and has acted wrongfully as envisaged by articles 3 and 5 of the 1980 Hague Convention on Child Abduction“ (S. 2), es der Mutter also nicht erlaubt gewesen sei, die Kinder aufgrund der vorhandenen elterlichen Sorge ohne die Zustimmung des Vaters aus Südafrika zu schaffen. Dies ergibt sich auch aus im Recht liegenden Auszügen aus dem südafrikanischen Recht für den schweizerischen Richter in klarer Weise. Gemäss Sect. 20 lit. a CA kommen einem mit der Kindsmutter verheirateten Kindsvater „full parental responsibilities and rights in respect of the child“ zu. Dazu gehört gemäss Sect. 18 Abs. 2 lit. c CA auch das Recht, als „guardian of the child“ zu handeln. Als solcher hat er gemäss Sect. 18 Abs. 3 lit. c/iii CA auch seine Zustimmung für eine Ausreise aus der Republik zu erteilen. Kommen diese Kompetenzen wie vorliegend beiden Eltern zu (vgl. Sect. 19 und 20 CA), haben sie gemeinsam zu handeln (Sect. 18 Abs. 4 CA).



**4.3** Streitfrage ist, ob das verletzte Sorgerecht vom Gesuchsteller tatsächlich ausgeübt wurde. Die Eltern haben mit beiden Kindern von 2004 bis zum Auszug des Gesuchstellers in Südafrika zusammen gelebt: Nachdem sich die Eltern die ersten 18 Monate gemeinsam um beide Kinder gekümmert hatten, nahm der Gesuchsteller eine Stelle in F.\_\_\_\_\_ an und pendelte während vier Jahren zwischen E.\_\_\_\_\_, dem Wohnort der Familie, und F.\_\_\_\_\_ (Montag Abreise, Donnerstag Rückreise), um für die Familie aufzukommen. Nachdem der Gesuchsteller im Juli 2009 diese Stelle verloren hatte, nahm er aufgrund der wirtschaftlichen Verhältnisse in Südafrika eine Stelle bei einer Schweizer Firma in Deutschland an, um seine Familie unterstützen zu können. In dieser Zeit verbrachte er Ferien und kumulierte Überstunden in Südafrika bei der Familie und telefonierte mehrmals wöchentlich mit ihr. Im April 2011 zog der Gesuchsteller nach Südafrika zurück und liess sich aufgrund des Arbeitsmarktes und aufgrund von Spannungen zwischen den Eheleuten wieder in F.\_\_\_\_\_ nieder. Anlässlich der Anhörung des Gesuchstellers vom 3. November 2011 gab er an, bei seiner neuen Partnerin und deren Sohn zu wohnen, womit es spätestens zur Trennung der Eheleute gekommen war. Er besuchte die Kinder nach eigenen Angaben in der Regel alle zwei Wochen von Freitagabend bis Montagmorgen, telefonierte jeden zweiten Tag mit ihnen und verbrachte die Hälfte der Ferien mit ihnen (vgl. Gesuch S. 4). Nach Angaben der Gesuchsgegnerin sah er die Kinder in dieser Zeit wieder häufiger, „etwa einmal im Monat“, er habe die Kinder zu Hause besucht und teilweise im Haus oder in der Nähe übernachtet (vgl. auch die zahlreichen konkreten Besuchs- und Feriendaten von April bis Juli 2011, Gesuchsantwort S. 4). Auch wenn die Eltern getrennt gelebt haben, hat der Gesuchsteller damit stets Kontakt mit seinen Kindern gehalten, was auch durch A.\_\_\_\_\_, welche sich an der Kinderanhörung äusserte, bestätigt wurde (Kinderanhörung S. 1). Seine Besuche und das Verbringen der Ferien fallen unter die (weit gefasste) Ausübung des Sorgerechts (vgl. BGE 133 III 694 E. 2.2.1 S. 699). Entsprechend wurden bisher auch weder das Getrenntleben noch Kinderfragen wie eine Obhutszuteilung (vgl. dazu BGE 136 III 353 E. 3.2 f. S. 356 ff.; E. 3.5 S. 362) gerichtlich geregelt. Die von der Gesuchsgegnerin vorgebrachten finanziellen Probleme sind in dieser Hinsicht nicht relevant (vgl. Gesuchsantwort S. 5-7). Als die Gesuchsgegnerin die Kinder heimlich aus Südafrika verbracht hatte, unternahm der Gesuchsgegner sofort gerichtliche Schritte und hat auch damit zum Ausdruck gebracht, die ihm materiell zustehenden Rechte weiterhin aktiv wahrnehmen zu wollen. Der Gesuchsteller wollte und will somit das ihm zustehende und gelebte Sorgerecht auch weiterhin ausüben.

**4.4** Daraus ergibt sich zusammenfassend, dass das ausgeübte väterliche Sorgerecht durch die Entführung der Kinder in die Schweiz im Sinn von Art. 3 HKÜ widerrechtlich verletzt worden ist, was gemäss Art. 12 Abs. 1 HKÜ das Rückführungsgericht zur Anordnung der sofortigen Rückführung des Kindes verpflichtet, soweit nicht ein Ausschlussgrund nachgewiesen ist (vgl. BGer 5A\_27/2011 vom 21. Februar 2011 E. 5).

## 5.

**5.1** Die Gesuchsgegnerin beruft sich auf Ausschlussgründe. Der Vater habe entgegen dem Kindeswohl gehandelt, er habe seine Unterhaltsleistungen eingestellt, die Schule gekündigt und (nach Abreise der Familie) die Liegenschaft vermietet, was keinen Rechtsschutz verdiene (Gesuchsantwort S. 10). Die Gesuchsgegnerin habe ohne Sozialsystem für Schweizer in Südafrika einen Entscheid fällen müssen und habe sich für den Aufbau einer neuen Zukunft in der Schweiz entschieden, was dem Kindeswohl diene (Gesuchsantwort S. 11). Die Rückführung brächte die Kinder auch in eine unzumutbare Lage. Es bestehe keine Kontinuität mehr in Südafrika, weil sie nicht in die alte Schule und in die alte Liegenschaft zurückkehren könnten. Die soziale Sicherheit sei nicht mehr gegeben, eine Rückkehr sei damit „unzumutbar und gefährlich“ (Gesuchsantwort S. 12). Dazu reichte sie auch mit Eingabe vom 1. November 2011 unter anderem verschiedene Reisehinweise bezüglich Südafrika und Auskünfte betreffend Schule, Mietvertrag und Unterstützungsleistungen ein, ohne diese jedoch weiter zu kommentieren. An der Hauptverhandlung blieb die Gesuchsgegnerin bei ihrem Standpunkt (Plädoyer S. 6 ff.).

**5.2** Kann die Gesuchsgegnerin nachweisen, dass „die Person ..., der die Sorge für die Person des Kindes zuzustehen, ... dem Verbringen ... zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat“ (Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ), oder „dass die Rückgabe mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt“ (Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ), kann die Rückgabe abgelehnt werden; ebenso, „wenn festgestellt wird, dass sich das Kind der Rückgabe widersetzt und dass es ein Alter und eine Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen“ (Art. 13 Abs. 2 HKÜ). Ferner kann die Rückgabe abgelehnt werden, „wenn sie nach den im ersuchten Staat geltenden Grundwerten über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten unzulässig ist“ (Art. 20 HKÜ).

**5.3** Indizien für eine Zustimmung oder Genehmigung gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ werden nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Dem Zweck des HKÜ folgend sind zudem strenge Anforderungen zu stellen (vgl. BGer 5A\_520/2010 vom 31. August 2010 E. 3). Hier hat aber der Gesuchsteller von Anfang an (bereits in seinem Rückführungsgesuch und seither) deutlich gemacht, dass die Kinder nach Südafrika zurückzuführen seien.

## 5.4

**5.4.1** Nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ ist das Gericht des ersuchten Staates nicht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn nachgewiesen ist, dass sie mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine schwerwiegende Gefahr körperlicher oder seelischer Schädigung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ zum

Beispiel bei einer Rückführung in ein Kriegs- oder Seuchengebiet vor, aber auch, wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass das Kind nach der Rückgabe misshandelt oder missbraucht wird und nicht zu erwarten ist, dass die zuständigen Behörden des Herkunftsstaates gegen die Gefährdung erfolgreich einschreiten (BGer 5A\_913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.1; 5A\_105/2009 vom 16. April 2009 E. 3.3; 5A\_764/2009 vom 11. Januar 2010 E. 4.1; 5A\_436/2010 vom 8. Juli 2010 E. 4.2). Keine schwerwiegende Gefahr seelischer Schädigung begründen anfängliche Sprach- oder Reintegrationsschwierigkeiten, wie sie sich bei Kindern ab einem gewissen Alter mehr oder weniger zwangsläufig ergeben (BGE 130 III 530 E. 3 S. 535). Sodann geht es im Rückführungsverfahren nicht um materiellrechtliche Fragen, wie sie für die Zuteilung des Sorgerechts massgebend sind, namentlich bei welchem Elternteil oder in welchem Land das Kind besser aufgehoben oder welcher Elternteil zur Erziehung und Betreuung des Kindes besser geeignet wäre (BGE 131 III 334 E. 5.3 S. 341; 133 III 146 E. 2.4 S. 149); der Entscheid darüber ist nach dem System des HKÜ dem Sachgericht des Herkunftsstaates vorbehalten (vgl. Art. 16 und 19 HKÜ; BGer 5A\_913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.1). Gemäss Art. 5 BG-KKE bringt die Rückführung das Kind insbesondere dann in eine unzumutbare Lage nach Artikel 13 Abs. 1 lit. b HKÜ, wenn (kumulativ) die Unterbringung bei dem das Gesuch stellenden Elternteil offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht (lit. a), der entführende Elternteil unter Würdigung der gesamten Umstände nicht in der Lage ist oder es ihm offensichtlich nicht zugemutet werden kann, das Kind im Staat zu betreuen, in dem es unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (lit. b) und die Unterbringung bei Drittpersonen offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht (lit. c).

Was die Trennung von Mutter und Kind im Speziellen anbelangt, gilt es zunächst zu beachten, dass sich das Kriterium der Unzumutbarkeit der Rückkehr in den Herkunftsstaat in erster Linie auf das Kind selbst bezieht. Das heisst, dass es unter Umständen zu einer Trennung zwischen dem Kind und seiner Hauptbezugsperson kommen kann, was aber nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre für sich allein noch keinen Versagensgrund für die Rückführung bildet (BGE 130 III 530 E. 3 S. 535 mit Hinweisen; und zu einem ausschliesslich von der Mutter betreuten Zweijährigen, BGer 5A\_105/2009 vom 16. April 2009 E. 3.4 ff.).

**5.4.2** Nichts anderes ergibt sich aus dem auf einem nicht vergleichbaren Sachverhalt beruhenden Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) Nr. 41615/07 vom 6. Juli 2010 (Fall Neulinger). Dort ging es um einen Knaben, der im Zeitpunkt des Verbringens zwei Jahre alt war und fünf Jahre später, d.h. im Alter von sieben Jahren, als er in der Schweiz eingeschult und integriert war, zu seinem religiös extremistischen Vater in Israel hätte zurückgeführt werden sollen, der vor dem Verbringen des Kindes infolge aggressiven Verhaltens lediglich ein auf wenige Kontakte beschränktes und überwachtes Besuchsrecht hatte und zu welchem seither kein Kontakt mehr bestand. Dazu kam, dass der Mutter eine Begleitung des

Knaben angesichts der ihr in Israel drohenden, allenfalls unbedingten Gefängnisstrafe nicht zugemutet werden konnte. Der EGMR erwog, dass vor diesem Hintergrund und angesichts der weiteren Umstände (der Vater hatte in der Zwischenzeit eine zweite Ehefrau während der Schwangerschaft verlassen und ein drittes Mal geheiratet, aber für die Tochter aus zweiter Ehe nie Unterhalt bezahlt, und generell kein Interesse mehr am Sohn aus erster Ehe bzw. am damit zusammenhängenden Verfahren gezeigt) eine Rückführung des Knaben zu seinem Vater nicht mit Art. 8 EMRK vereinbar wäre.

**5.4.3** Damit kann der vorliegende Fall nicht im Ansatz verglichen werden: Es geht um eine vor kurzem und aus dem gelebten Familienverhältnis heraus erfolgte Entführung und um die Frage, ob mit einer Rückführung nach Südafrika in das so weit wie möglich der vorher gelebten Situation entsprechende Umfeld eine schwerwiegende Gefahr für die Kinder verbunden wäre. Diesbezüglich anerkennt der EGMR in konstanter Rechtsprechung, dass mit der Wiederherstellung des Status quo ante durch sofortige Rückführung (vgl. Art. 1 lit. a HKÜ) dem in der Präambel des HKÜ erwähnten Kindesinteresse in der Regel am besten gedient ist (Nr. 7548/04 vom 22. Juni 2006 [Bianchi], N 83; Nr. 39388/05 vom 6. Dezember 2007 [Maumousseau], N 68 f., 71 und 75; Nr. 49492/06 vom 6. November 2008 [Carlson], N 73 f.; vgl. sodann den Explanatory Report zum HKÜ von Pérez-Vera, N 16 ff., auffindbar unter [http://www.bundesjustizamt.de/cIn\\_108/nn\\_2036868/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Gesetze/hkue\\_\\_erl\\_\\_bericht\\_\\_perez\\_\\_vera,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/hkue\\_erl\\_bericht\\_perez\\_vera.pdf](http://www.bundesjustizamt.de/cIn_108/nn_2036868/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Gesetze/hkue__erl__bericht__perez__vera,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/hkue_erl_bericht_perez_vera.pdf) [besucht am 22. November 2011]). Was das Zusammenspiel zwischen Grundsatz (sofortige Rückführung) und Ausnahmen anbelangt, besteht in der Rechtsprechung ein allgemeiner Konsens mit Bezug auf das für die Schweiz etwa in BGer 5A\_913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.1 dargelegte Konventionsverständnis, wonach die Ausschlussgründe eng auszulegen und bei Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ nur wirkliche Gefahren zu berücksichtigen sind (vgl. z.B. für Deutschland: Bundesverfassungsgericht BvR 1206/98 vom 29. Oktober 1998, N 48; für Österreich: Oberster Gerichtshof Nr. 5Ob47/09m vom 12. Mai 2009; Nr. 2Ob103/09z vom 16. Juli 2009; für die Rechtsprechung in anderen HKÜ-Staaten vgl. BGer 5A\_913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.2). Insgesamt steht der Schutz des Kindes vor Entführung im Schnittpunkt verschiedener Grundrechtspositionen sowohl des Kindes als auch beider Elternteile, wobei nach Ansicht des deutschen Bundesverfassungsgerichts das HKÜ diesbezüglich in den Art. 3, 12 und 13 einen verfassungsrechtlich unbedenklichen Ausgleich gefunden hat (BGer 5A\_913/2010 vom 4. Februar 2011 E. 5.2 mit Hinweis auf BvR 1075/96 vom 15. August 1996, in: IPrax 1997, S. 125 f.); ähnliche Überlegungen finden sich auch in der Rechtsprechung des EGMR (vgl. Nr. 56673/00 vom 29. April 2003 [Iglesias Gil], N 57).

**5.4.4** Aus dem Gesagten ergibt sich, dass unter dem Aspekt von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ nur wirkliche und unabwendbare Gefahren für das Kind einer Rückführung entgegenstehen können, zumal wenn seit dem widerrechtlichen Verbringen wenig Zeit

verstrichen ist und sich der Status quo ante wieder herstellen lässt. Sollte sich dieser aufgrund der nach der Entführung notwendig gewordenen (finanziellen) Anpassungen nicht identisch erweisen, kann sich die diese Situation zumindest teilweise mitverursachende Gesuchsgegnerin nicht darauf berufen, wurden doch gewisse Anpassungen gerade erst durch die Entführung notwendig (vgl. auch unten). Vorliegend sind die Kinder bald 8- und 10-jährig, haben ihren eigenen Freundeskreis in Südafrika aufgebaut, sind dort zur Schule gegangen, verschiedentlich sportlich aktiv gewesen und haben dort auch ihre Haustiere gehalten. Beide Kinder haben angegeben, ihren Vater, ihre Freunde und ihre Tiere zu vermissen (Kinderanhörung S. 1 f.; Eingabe der Kindesvertreterin vom 13. Oktober 2011 S. 2). A.\_\_\_\_\_ hat angegeben, dass der überraschende Abschied von Südafrika sehr traurig gewesen sei, konnte sie sich doch weder von ihrer besten Freundin, noch dem Vater oder ihrem Hund verabschieden (Eingabe der Kindesvertreterin vom 13. Oktober 2011 S. 3). Beide Kinder sprechen Deutsch, Englisch und Afrikaans. Sie haben sowohl zum Vater als auch zur Mutter ein gutes Verhältnis. Gründe, weshalb sie lediglich auf die Mutter bezogen sein könnten, sind – wie etwa bei Säuglingen – nicht ersichtlich. Die Kinder haben sodann keinen anderen Bezug zur Schweiz, als dass sie hier einzelne Ferienaufenthalte verbracht haben.

**5.4.5** Wenn die Gesuchsgegnerin vorbringt, der Vater habe das bekannte Umfeld aufgelöst, ist ihr zum einen entgegenzuhalten, dass dies im Wesentlichen als Reaktion auf ihre klandestine Abreise geschehen war, soweit dies nicht bestritten wird. So hat etwa der Vater die Familienliegenschaft erst (für ein Jahr) vermietet, als er erkannte, dass seine Familie abgereist war. Die Schule wurde zwar bereits am Tag der Abreise der Mutter mit den Kindern (12. August 2011) provisorisch per 30. September 2011 gekündigt; dies war aber schon seit längerer Zeit vor allem vom Gesuchsteller aus finanziellen Gründen unbestritten ins Auge gefasst worden und der Gesuchsgegnerin bekannt (vgl. nur E-mails vom 14. und 19. Juli 2011 in act. 15). Zudem musste er sich nach Kenntnis der Entführung um die definitive Kündigung und Bezahlung der Schule kümmern, da die Kinder ohne Voranmeldung zufolge Entführung nicht mehr erschienen waren. Er hatte deshalb etwa nachgefragt, ob die Schulkosten nicht erlassen werden könnten, wobei ein Rest abgeschrieben wurde (vgl. act. 18 Beilage 1). Zum anderen bewirken solche veränderte Umstände im Licht der oben erwähnten Rechtsprechung ohnehin selbst im Falle des Zutreffens der Vorwürfe der Gesuchsgegnerin keine schwerwiegende Gefahr körperlicher oder seelischer Schädigung. Zur Schule ist diesbezüglich zu vermerken, dass keine Anhaltspunkte vorhanden sind, die von den Parteien bezeichneten öffentlichen, zu bezahlenden Schulen seien unzumutbar; dies gilt umso mehr, als offenbar Freunde der Kinder dort bereits problemlos eine solche öffentliche Schule besuchen.

**5.4.6** Das Vorliegen einer der strengen Kriterien von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ entsprechenden wirtschaftlichen Notlage, insbesondere bei der Rückkehr zum Vater an dessen heutigen Wohnort (ein zumindest für A.\_\_\_\_\_ bereits vertrautes Umfeld), ist

im Übrigen weder dargelegt noch erstellt. Dies ergibt sich auch aus den folgenden Überlegungen: Inzwischen haben sowohl der Gesuchsteller (vgl. Arbeitsbestätigung Black Cherry vom 18. Oktober 2011 per 10. Oktober 2011, in act. 18a) als auch die Gesuchsgegnerin (vgl. Arbeitsvertrag als IT-Projektleiterin ab 24. Oktober 2011, Beilage 15 zur Eingabe vom 1. November 2011) wieder eine Arbeitsstelle gefunden, womit auch beide Parteien für den Unterhalt der Kinder werden aufkommen können. Die Gesuchsgegnerin wirft allerdings dem Gesuchsteller vor, dass er sie anlässlich seiner Anhörung über seine Arbeitsstelle getäuscht habe; so sei der eingereichte Beleg seines Arbeitgebers falsch (vgl. Eingabe zum Widerruf des Vergleichs vom 7. November 2011 S. 1; Plädoyer S. 6). Dies will sie insbesondere mit Ausdrucken aus Google Earth, wonach am genannten Ort keine Firma stehen könne, und dem Vorwurf der – nicht weiter belegten – Flunkerei des Gesuchstellers (Protokoll Hauptverhandlung S. 4 f.) nachweisen. Die Gesuchsgegnerin gesteht allerdings selbst zumindest zu, dass die genannte Firma existiert (Protokoll S. 3). Diese reinen Mutmassungen der Gesuchsgegnerin, welche die Kinder nicht zurückführen will, vermögen jedoch die eingereichten Belege des Gesuchstellers (Arbeitsbestätigung in act. 18a, erste Lohnabrechnung für Oktober 2011, letztere eingereicht an der Hauptverhandlung) nicht zu entkräften. Im Übrigen sind ihre generellen ökonomischen Sorgen, insbesondere auch, den bisherigen, gehobenen Lebensstil nicht so weiterführen zu können, zwar in gewissem Rahmen verständlich, indes begründen allfällige wirtschaftliche Nachteile im Herkunftsland keine Unzumutbarkeit im Sinn von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ, wie das Bundesgericht wiederholt festgestellt hat (vgl. z.B. BGer 5A\_105/2009 vom 16. April 2009 E. 3.3, 3.7 mit Hinweisen; BGer 5P.354/2004 vom 15. Oktober 2004 E. 3; BGer 5P.71/2003 vom 27. März 2003 E. 2.2), und auch keine Grundlage für eine Entführung in einem „nachvollziehbaren Notstand“ (so die Vertreterin der Gesuchsgegnerin im Plädoyer S. 8). Dass in den vorliegend anvisierten Teilen Südafrikas ein Wohnen nur in „gated communities“ sicher sein soll, wie die Gesuchsgegnerin vorbringt, wurde im Übrigen mit nichts belegt und ist auch nicht ersichtlich. Keinen Platz haben ebenso Überlegungen, bei welchem Elternteil oder in welchem Land das Kind besser aufgehoben wäre oder welcher Elternteil zur Betreuung oder Erziehung besser geeignet ist; der Entscheid darüber ist wie dargelegt dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts der Kinder vorbehalten (BGer 5A\_105/2009 vom 16. April 2009 E. 3.3). Derzeit arbeiten zudem beide Eltern, weshalb die Kinder auch in der Schweiz (teilweise) fremdbetreut werden. Keine schwerwiegende seelische Schädigung begründen im Übrigen wie dargelegt allfällige Reintegrationsschwierigkeiten (BGer 5A\_105/2009 vom 16. April 2009 E. 3.3 mit Hinweis).

**5.4.7** Gesamthaft liegt damit auch nichts vor, was die Betreuungsfähigkeit des Gesuchstellers und damit das Wohl des Kindes infrage stellte (vgl. auch BGer 5A\_520/2010 vom 31. August 2010 E. 4.2.3). Zudem steht es der Mutter frei, selbst nach Südafrika zurückzukehren und den ursprünglich gemeinsamen, eingeschlagenen Lebensplan dort weiter zu verfolgen, womit auch keine Trennung von den Kindern erfolgen würde (vgl. auch Beilage 11 zur Eingabe vom 1. November 2011, Mail

vom 30. Oktober 2011 betreffend eine eventuelle Rückkehr im Januar 2012 nach E.\_\_\_\_\_). Sonstige Gefahren für die Kinder sind weder geltend gemacht noch ersichtlich.

**5.5** Die Kinder selbst haben sich gemäss ihren eigenen Ausführungen an den Kinderanhörungen durch das Gericht und die Kindesvertreterin positiv zu einer Rückkehr nach Südafrika geäußert. Entsprechend hat auch die Kindesvertreterin anlässlich der Hauptverhandlung den Antrag gestellt, das Gesuch sei gutzuheissen und die Kinder seien bis spätestens 28. Dezember 2011 nach Südafrika zurückzuführen oder dem Kindsvater zwecks Rückführung nach Südafrika zu übergeben (Plädoyer S. 1).

**5.6** Die Gesuchsgegnerin beruft sich anlässlich der Hauptverhandlung schliesslich auf Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB). So mache der Gesuchsteller rechtsmissbräuchlich die Rückführung der Kinder geltend, weil er „seine finanzielle Macht ausgeübt“ habe und er die Gesuchsgegnerin zerstören wolle (Plädoyer S. 5). Zwar ergeben sich aus den Aussagen der Parteien und den Akten Konfliktfelder, insbesondere solche finanzieller Natur. Dies kann jedoch nicht dazu führen, dass sich der von einer Entführung der Kinder betroffene Elternteil nicht mehr auf die konventionsrechtlich und gesetzlich vorgesehene Rückführungsmöglichkeit berufen darf, indem ihm sinn-gemäss ein venire contra factum proprium vorgeworfen würde, zumal sich allein die Entführerin widerrechtlich verhalten hat. Dies würde – jedenfalls im Regelfall – zu einer Aushöhlung des (unter gewissen Voraussetzungen zur Verfügung gestellten) Rückführungsmechanismus' führen. Nach dem Gesagten bestehen daher keine Verweigerungsgründe im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ für eine Rückführung der Kinder nach Südafrika.

## **6.**

Ist bei Eingang des Rückführungsgesuchs weniger als ein Jahr seit dem Verbringen der Kinder verstrichen, ordnet das Gericht die sofortige Rückgabe der Kinder an (Art. 12 Abs. 1 HKÜ). Dies ist hier der Fall. Die Kinder sind nach alledem nach Südafrika zurückzubringen. Der von den Parteien anlässlich der Vermittlungsverhandlung bestimmte Rückführungstermin nach den Feiertagen und vor Beginn des neuen Schuljahrs nach der ersten Januarwoche, d.h. spätestens der 28. Dezember 2011, erscheint nach wie vor als sinnvoll, weshalb dieser entsprechend festzusetzen ist.

## **7.**

**7.1** Abzuweisen sind schliesslich die (im widerrufenen Vergleich noch teilweise aufgrund von Zugeständnissen berücksichtigten) Anträge der Gesuchsgegnerin, soweit sie die Rückführung an bestimmte Bedingungen und Garantien geknüpft haben will. Soweit das Appellationsgericht im Rückführungsverfahren hierfür überhaupt zuständig ist, fehlte es insoweit an einer Rechtsgrundlage für die Sicherstellung der Schulkosten, der Krankenkassenkosten oder für die Zusprechung eines Unterhaltsbetrags, bilden sie doch keine Rückführungsvoraussetzungen. Soweit die Gesuchs-

gegnerin verlangt, sie sei zu berechtigen, Südafrika zu verlassen, wenn die soziale Sicherheit der Kinder in Südafrika nicht mehr sichergestellt sei und der Gesuchsteller keine Unterhaltsbeiträge zahle, ist anzumerken, dass die Gesuchsgegnerin derzeit in der Schweiz wohnt, weshalb auch dieses Begehren abzuweisen ist (vgl. Gesuchsantwort S. 1 f.). Kehrt sie zusammen mit den Kindern zurück, kann sie allfällige ehe- bzw. kindesrechtliche Anträge nach dem System des HKÜ dem im Herkunftsstaat zuständigen Sachgericht unterbreiten (vgl. BGer 5A\_80/2010 vom 22. März 2010 E. 3.3). Im angloamerikanischen Rechtskreis bekannte Institute wie undertakings, mirror orders oder safe harbour orders sind dem hiesigen Recht ausserdem so nicht bekannt (vgl. R. Zürcher, Kindesentführung und Kindesrechte, Zürich 2005, S. 154 ff.). Oft geht es dabei um geforderte, rein finanzielle Unterstützungsleistungen, wobei solche Instrumente auch im angelsächsischen Raum nicht regelmässig zur Anwendung gelangen (vgl. R. Zürcher, a.a.O., S. 168 mit Hinweis). Im HKÜ ist für das die Rückführung anordnende Gericht kein Kontrollmechanismus bezüglich der Einhaltung solcher möglicher Versprechen vorhanden. Sind die Kautelen im Herkunftsstaat unbekannte Rechtsinstrumente, liegt weder ein anerkennt- noch ein vollstreckbarer Titel vor (R. Zürcher, a.a.O., S. 159 f.). Wie dargelegt sind solche Anträge auch unter diesem Aspekt dem zuständigen Sachgericht im Herkunftsstaat zu überlassen (vgl. Art. 16 HKÜ), zumal keine Vorkehren betreffend das Eintreten des Ausschlussgrunds von Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ betroffen sind (vgl. diesbezüglich z.B. BGer 5A\_105/2009 vom 16. April 2009 E. 3.6; zum Ganzen R. Zürcher, a.a.O., S. 168). Im Übrigen treffen beide Parteien Mitwirkungspflichten an der Durchführung der Rückführung, haben sie doch wesentlichen Einfluss auf die Beseitigung allfälliger, vor allem wirtschaftlicher Bedenken der Mutter. Ausserdem kann sie sich nicht auf eine entsprechende (teilweise selbst verursachte) Gefahr der unsicheren Kostentragung berufen, ohne die ihr möglichen Vorkehren zu leisten, sie zu beseitigen, da sie ansonsten ihre eigenen Interessen über diejenigen der Kinder stellen würde (so BGer 5A\_105/2009 vom 16. April 2009 E. 3.8 mit Hinweisen).

**7.2** Was schliesslich den an der Hauptverhandlung gestellten Antrag betrifft, der Gesuchsteller sei aufzufordern, sich schriftlich bereit zu erklären, auf jegliche strafrechtliche Verfolgung der Kindsmutter im Zusammenhang mit der Entführung zu verzichten und allenfalls bereits eingeleitete Verfahren wieder zurückzuziehen, ist auszuführen, dass für sich genommen auch ein allfälliges Strafverfahren gegen die Entführerin im Ursprungsstaat (oder die mögliche Trennung eines Kindes von der Mutter) keinen Ausschlussgrund gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ darstellen würde (BGE 130 III 530 E. 3 S. 535 mit Hinweisen). Ein diesbezüglicher allfälliger Schaden, der für ein Kind aus dem Verbringen über die Landesgrenze erwachsen könnte, beruht auf der einseitigen Handlungsweise der Entführerin und diese ist grundsätzlich „für alle Unzulänglichkeiten“, „die aus der Korrektur ihres Fehlverhaltens entstehen“, allein verantwortlich (BGer 5P.71/2003 vom 27. März 2003, E. 2.4.2). Der Vater hat überdies anlässlich der Vermittlungsverhandlung erklärt, kein solches Verfahren eingeleitet zu haben. Entsprechend ist auch dieser Antrag abzuweisen.



**8.**

Der Gesuchsteller hat an der Hauptverhandlung beantragt, es sei ihm zugestatten, drei Mal pro Woche an Mittwoch, Samstag und Sonntag um 18 Uhr mit seinen Kindern über Skype Kontakt zu halten. Da sich die Gesuchsgegnerin hierzu nicht ablehnend geäußert hat und dafür kein anderes Gericht zuständig ist, ist dieser Antrag für die Zeit des hiesigen Aufenthalts der Kinder gutzuheissen und in das Dispositiv aufzunehmen. Sollten die Termine einmal nicht eingehalten werden können, hat die Gesuchsgegnerin den Gesuchsteller vorgängig darüber und betreffend einen Ersatztermin zu informieren.

**9.**

Das Appellationsgericht hat sodann den Vollzug selbst zu regeln, wie dies nach Art. 11 Abs. 1 BG-KKE vom Gericht, welches die Rückführung anordnet, verlangt wird. Solange die Gesuchsgegnerin mit den Kindern in Basel-Stadt wohnhaft war, war dafür gemäss § 5 Abs. 1 der Verordnung zum Einführungsgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (VO HAKES, SG 212.860) der Bereich Bevölkerungsdienste und Migration (Migrationsamt) zuständig. Die Gesuchsgegnerin und die Kinder sind nunmehr jedoch in den Kanton Aargau gezogen. Die dort zuständige Behörde ist das Departement Volkswirtschaft und Inneres (§ 55f Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch und Partnerschaftsgesetz, Gesetzessammlung Aargau Nr. 210.100). Gestützt auf Art. 11 Abs. 2 BG-KKE sind der Rückführungsentcheid und die Vollstreckungsmassnahmen für die ganze Schweiz gültig. Für die diesbezüglichen Anordnungen von Seiten des Gerichts an die zuständige Behörde ist auf das Urteilsdispositiv zu verweisen.

**10.**

Die beim Appellationsgericht hinterlegten Pässe werden der zuständigen Vollzugsbehörde (vorliegend: dem Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau) zugestellt mit der Massgabe, die Pässe an die rückführende Partei vor dem Abflug mit den Kindern zu übergeben. Nachdem keine Einigung mehr über die Rückführung hat erzielt werden können, erscheint auch ohne expliziten Antrag diese Sicherungsmassnahme über den Sachentscheid bis zu dessen Vollstreckung zum Schutz der Kinder vor einer Verbringung an einen Drittort im Interesse des Kindeswohls geboten.

**11.**

**11.1** Was die Kostenregelung anbelangt, ist Art. 26 HKÜ auf die Kosten des Vermittlungsverfahrens und der Mediation sowie der Gerichts- und Vollstreckungsverfahren in den Kantonen und auf Bundesebene anwendbar (Art. 14 BG-KKE). In Anwendung dieser Bestimmung sind an sich für das appellationsgerichtliche Verfahren keine Gerichtskosten zu erheben (vgl. BGer 5A\_520/2010 vom 31. August 2010 E. 6.1).

Südafrika hat indes einen Vorbehalt angebracht, wonach die Verfahrens- und Parteikosten nur im Rahmen des Systems der unentgeltlichen Rechtspflege übernommen werden (Art. 26 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 HKÜ; vgl. Anhang HKÜ). Die Schweiz wendet diesfalls das Prinzip der Gegenseitigkeit an (Art. 21 Abs. 1 lit. b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, SR 0.111). Die Gesuchsgegnerin hat ein Kostenerlassgesuch gestellt. Dieses ist abzuweisen, bezieht sie doch derzeit ein (Brutto-)Einkommen von CHF 8'000.– und verfügen die Parteien zusammen über grösseres Vermögen (vgl. nur die gemeinsame Liegenschaft in G.\_\_\_\_ mit einem geschätzten Wert von 850'000 EUR), womit die Gesuchsgegnerin offensichtlich nicht prozessarm ist. Die Kindesvertreterin hat angesichts der Einkommensverhältnisse beider Elternteile ihr Kostenerlassgesuch an der Hauptverhandlung zurückgezogen (Plädoyer S. 5). Damit wird die Gesuchsgegnerin für das vorliegende Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. BGer 5A\_713/2007 vom 28. Februar 2008 E. 5). Die ordentlichen Kosten sind auf CHF 2'000.– festzusetzen.

**11.2** Im vorliegenden Fall wird dem Rückführungsbegehren des Gesuchstellers entsprochen. Bei einer Anordnung der Rückführung können die Gerichte gestützt auf Art. 26 Abs. 4 HKÜ der Person, die das Kind verbracht oder zurückgehalten hat, die Erstattung der dem Antragsteller selbst oder für seine Rechnung entstandenen notwendigen Kosten auferlegen; dazu gehören insbesondere auch die Kosten der Rechtsvertretung (BGer 5A\_520/2010 vom 31. August 2010 E. 6.2; BGer 5A\_25/2010 vom 2. Februar 2010 E. 3.2). Wie ausgeführt wird das Kostenerlassgesuch der Gesuchsgegnerin abgewiesen. Somit ist die Gesuchsgegnerin in Anwendung dieser Bestimmung zu verpflichten, den Gesuchsteller für das appellationsgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen. Der Vertreter des Gesuchstellers hat eine Honorarnote eingereicht. Die Gesuchsgegnerin hat keine Einwände hiergegen erhoben; sie macht zudem geltend, ihre eigene, von der Klientin zu tragende Honorarnote sei ähnlich hoch. Der Aufwand sowie der Stundenansatz von CHF 250.– erscheinen vorliegend angemessen. Das Honorar ist dementsprechend, zuzüglich der Dauer der Hauptverhandlung von zwei Stunden, auf CHF 7'880.40 inklusive Auslagen, zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer von CHF 630.45, festzusetzen.

**11.3** Die Gesuchsgegnerin hat zudem die Rechtsbeiständin der Kinder für das appellationsgerichtliche Verfahren zu entschädigen (vgl. Art. 95 Abs. 2 lit. e, Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die vom Gericht beauftragte Kindesvertreterin hat ihre Honorarnote eingereicht. Ihr Aufwand ist nicht zu beanstanden. Demgemäss ist die zu Lasten der Gesuchsgegnerin festzusetzende Parteientschädigung zugunsten der Kindesvertreterin auf CHF 3'560.15 zuzüglich CHF 284.80 festzusetzen. Aufgrund ihres im Auftrag des Gerichts übernommenen öffentlichen Amtes als Kindesvertreterin ist ihr aber – in Anrechnung an diese Entschädigung – auch ein Honorar aus der Gerichtskasse auszurichten. Dabei ist der ausgewiesene Aufwand zum Stundenansatz von CHF 180.– zu vergüten, mit dem sie auch im Falle der Bewilligung des Kostenerlasses zu Gunsten der Kinder zu entschädigen gewesen wäre. Das entsprechende Ho-

norar beträgt zuzüglich zwei Stunden Hauptverhandlung und inklusive Auslagen CHF 2'568.50, zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer von CHF 205.50.

**11.4** Zudem ist vom Gesuchsteller anlässlich der Hauptverhandlung Schadenersatz für bezifferte und belegte Kosten für Flug, Hotel, Mietwagen und die südafrikanische Rechtsvertretung geltend gemacht worden. Flug, Hotel und Mietwagen sind unbestritten geblieben (Protokoll S. 3). Diese Kosten betragen umgerechnet CHF 816.90 (Flug, Rand-Kurs 0,1121 am 17. November 2011), CHF 75.50 (Hotel, EUR-Kurs 1,2384 am 17. November 2011) und für das Mietauto CHF 152.–. Die Kosten für die südafrikanische Rechtsvertretung des Gesuchstellers sind zwar bestritten (Protokoll S. 3). Allerdings liegt eine entsprechende Honorarnote vor. Der Gesuchsteller hat sich nach der Entführung der Kinder juristischen Rat holen müssen, um das Verfahren über die Zentralbehörden von Südafrika aus zu führen. Die Höhe der Kosten erweist sich als nachvollziehbar und angemessen, auch wenn sich die einzelnen Aufwendungen nicht im Detail eruieren lassen. Die Kosten betragen umgerechnet CHF 1'731.60 (Rand-Kurs 0,1121 am 17. November 2011; alle Kurse gemäss [www.oanda.com](http://www.oanda.com)). Auch diese Kosten sind ihm daher durch die Gesuchsgegnerin zu ersetzen. Dies ergibt insgesamt einen Betrag von CHF 2'776.–.

#### **Demgemäss erkennt der Appellationsgerichtspräsident:**

://: In Gutheissung des Rückführungsgesuchs wird die Gesuchsgegnerin unter Androhung der Ungehorsamsstrafe von Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) verpflichtet, die beiden Kinder A.\_\_\_\_, geb. 2002, und B.\_\_\_\_, geb. 2004, bis spätestens 28. Dezember 2011 auf ihre Kosten nach Südafrika zurückzuführen oder zurückführen zu lassen oder dem Gesuchsteller zwecks Rückführung nach Südafrika zu übergeben.

Im Weigerungsfall wird die jeweils kantonale zuständige Vollzugsbehörde angewiesen, den Rückführungsentscheid innert 60 Tagen seit Zustellung des Urteils als Vollzugsbehörde umzusetzen, d.h. die Kinder entweder nach Südafrika zurückzuführen oder sie vom Gesuchsteller in der Schweiz abholen zu lassen.

Die sich in den Akten befindlichen Reisedokumente werden der zuständigen Vollzugsbehörde zugestellt. Sie wird ersucht, die Gesuchsgegnerin oder den Gesuchsteller und die Kinder am Tag ihrer Abreise zur Grenze zu begleiten und ihnen unmittelbar vor dem Grenzübertritt die Reisedokumente zu übergeben. Die Gesuchsgegnerin oder – bei Rückführung durch ihn – der Gesuchsteller hat zu diesem Zweck die zuständige Vollzugsbehörde über den Zeitpunkt seiner Ausreise zu informieren.

Der Gesuchsteller hat das Recht, drei Mal pro Woche am Mittwoch, Samstag und Sonntag, jeweils um 18 Uhr, mit seinen Kindern über Skype Kontakt zu halten.

Nach Ausreise hat der Gesuchsteller den Vollzug der Rückführung der südafrikanischen Zentralbehörde zu melden.

Die Begehren der Gesuchsgegnerin sowie ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege werden abgewiesen.

Die Gesuchsgegnerin trägt die Kosten des appellationsgerichtlichen Verfahrens mit einer Gebühr von CHF 2'000.–, inklusive Auslagen.

Die Gesuchsgegnerin hat dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von CHF 7'880.40 inklusive Auslagen, zuzüglich 8 % MwSt von CHF 630.45, zu bezahlen.

Die Gesuchsgegnerin hat der Kindesvertreterin eine Parteientschädigung von CHF 3'560.15 inklusive Auslagen, zuzüglich 8 % MwSt von CHF 284.80, zu bezahlen.

Der Kindesvertreterin wird der Betrag von CHF 2'568.50, zuzüglich 8 % MwSt von CHF 205.50, gegen erfolgte Abtretung des Anspruchs auf eine Parteientschädigung aus der Gerichtskasse ausgewiesen.

Die Gesuchsgegnerin hat dem Gesuchsteller CHF 2'776.– für entstandenen Aufwand mit Zusammenhang mit der Kindesentführung zu bezahlen.

Das Urteil wird den Parteien, dem derzeit für den Vollzug zuständigen Amt sowie der schweizerischen Zentralbehörde schriftlich mitgeteilt.

**Dieser Entscheid wurde an das Schweizerische Bundesgericht weitergezogen. Am 13. Januar 2012 hat dieses die Beschwerde in Zivilsachen abgewiesen, soweit darauf einzutreten war (BGer 5A\_840/2011).**

## **6. Urteil des Appellationsgerichts AS.2009.321 vom 9. Februar 2011 betr. strafbare Vorbereitungshandlungen zu vorsätzlicher Tötung**

*Gemäss Art.260<sup>bis</sup> Abs. 1 des Strafgesetzbuches kann mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren bestraft werden, wer planmässig konkrete technische oder organisatorische Vorkehren trifft, deren Art und Umfang zeigen, dass er sich anschickt, ein schweres Gewaltverbrechen, wie z.B. eine vorsätzliche Tötung, zu begehen. Die Strafbarkeit setzt hier nicht erst beim Versuch einer Straftat ein, also wenn mit der*

*Ausführung derselben begonnen wurde, sondern bereits bei Vorbereitungshandlungen. Ein solcher Fall wurde hier angenommen, denn der Angeschuldigte hatte sich mehrere Waffen besorgt und im Freundeskreis mit zunehmender Häufigkeit in ernst zu nehmender Weise angekündigt, er werde ehemalige Vorgesetzte umbringen. Das eingeholte psychiatrische Gutachten diagnostizierte eine fortschreitende paranoide Entwicklung und stellte ein hohes und konkretes Risiko für die Begehung kombinierter Suizid- und Gewalthandlungen, z.B. in Form eines Mitnahmesuizides, fest. Dementsprechend wurde der Angeschuldigte wegen strafbarer Vorbereitungshandlungen zu vorsätzlicher Tötung schuldig erklärt.*

*Angesichts dessen, dass durch die seit Einleitung des Strafverfahrens zunächst stationär durchgeführte psychiatrische Behandlung bereits eine deutliche Besserung des Zustandes des Betroffenen erreicht worden war, konnte die ausgesprochene Freiheitsstrafe zu Gunsten einer ambulanten psychiatrischen Therapie aufgeschoben werden.*

## **Sachverhalt**

Mit Urteil vom 16. April 2009 erklärte die Kammer des Strafgerichts Basel-Stadt X.\_\_\_\_\_ der strafbaren Vorbereitungshandlung zu vorsätzlicher Tötung für schuldig und verurteilte ihn zu 18 Monaten Freiheitsstrafe, unter Einrechnung der Untersuchungshaft von 172 Tagen. Der Vollzug der unbedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe wurde zugunsten einer ambulanten psychiatrischen Behandlung aufgeschoben und eine Bewährungshilfe für die Dauer der ambulanten psychiatrischen Behandlung angeordnet. Des Weiteren wurden die im Rahmen der Strafuntersuchung beschlagnahmten Schusswaffen X.\_\_\_\_\_ eingezogen. Das Strafverfahren gegen X.\_\_\_\_\_ ausgelöst hatte die Kontaktierung der Polizei durch einen seiner Freunde am 24. September 2009. Dieser hatte der Polizei mitgeteilt, dass X.\_\_\_\_\_ schwere psychische Probleme habe und möglicherweise einen „Mitnahmesuizid“ (Tötung anderer Personen und anschliessende Selbsttötung, auch „erweiterter Suizid“ genannt) plane. X.\_\_\_\_\_ habe entsprechende Drohungen wiederholt geäussert sowie sich Schusswaffen gekauft und Schiessübungen absolviert. Daraufhin kam es noch am selben Tag zur Verhaftung und Einweisung X.\_\_\_\_\_ in die geschlossene Abteilung der Universitären Psychiatrischen Kliniken (UPK). Noch während der laufenden Strafuntersuchungen konnte X.\_\_\_\_\_ aus der geschlossenen Abteilung der UPK entlassen und im Rahmen einer engmaschigen, ambulanten Therapie behandelt werden.

Gegen das Urteil der Strafgerichtskammer appellierten sowohl X.\_\_\_\_\_ als auch die Staatsanwaltschaft rechtzeitig, wobei Letztere gleichzeitig um Sistierung des Appellationsverfahrens ersuchte, da aufgrund von nach der erstinstanzlichen Verhandlung bekannt gewordenen Umständen weitere Ermittlungshandlungen notwendig seien bzw. bereits ein neues Verfahren gegen X.\_\_\_\_\_ eröffnet worden sei. Dabei würden erst nach der erstinstanzlichen Verhandlung deponierte Angaben des Zeugen

A.\_\_\_\_\_ abgeklärt, wonach X.\_\_\_\_\_ bereits die Wohnorte seiner potentiellen Opfer ausgekundschaftet haben sollte. Je nach Ergebnis der neuerlichen Ermittlungen sei eine ergänzende Anklage nicht auszuschliessen. Diesfalls würde sie um Rückweisung des beim Appellationsgericht hängigen Strafverfahrens an das erstinstanzliche Gericht ersuchen, um eine Zusammenlegung mit dem neu eröffneten Verfahren zu erwirken und somit dem Gericht eine Beurteilung in Kenntnis aller wesentlichen Umstände zu ermöglichen. Mit Verfügungen der Appellationsgerichtspräsidentin vom 29. Juni 2009 bzw. 1. Oktober 2009 wurde das Appellationsverfahren einstweilen sistiert. Nach Durchführung weiterer Zeugenbefragungen, einer zusätzlichen Einvernahme X.\_\_\_\_\_ sowie der Einholung eines ergänzenden psychiatrischen Kurzgutachtens beim bereits früher in der Sache beauftragten Experten verzichtete die Staatsanwaltschaft mit Schreiben vom 23. November 2009 auf die Erhebung einer ergänzenden Anklage gegen X.\_\_\_\_\_ und ersuchte um Aufhebung der Sistierung im vorliegenden Verfahren. Mit Verfügung der Appellationsgerichtspräsidentin vom 26. November 2009 wurde die Sistierung aufgehoben.

Mit Appellationsbegründung vom 11. Februar 2010 ersucht der Rechtsvertreter von X.\_\_\_\_\_ um dessen vollumfängliche Freisprechung, wobei die Verwendung der eingezogenen Waffen dem Gericht überlassen sei, dies alles unter o/e- Kostenfolge. Bereits vorgehend hatte er um Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung ersucht. Mit Eingabe vom 12. Februar 2010 zieht die Staatsanwaltschaft ihre Appellation zurück und beschränkt sich in ihrer Appellationsantwort auf die Stellung ihres Antrags auf vollumfängliche und kostenpflichtige Abweisung der Appellation. Mit Verfügung der Appellationsgerichtspräsidentin vom 26. Juli 2010 wurde die X.\_\_\_\_\_ behandelnde Oberärztin der Forensischen Ambulanz der UPK um Berichterstattung betreffend den bisherigen Verlauf der ambulanten Massnahme gebeten, auf eine nochmalige Einvernahme der im Beisein der Verteidigung einvernommenen Zeugen verzichtet und X.\_\_\_\_\_ die unentgeltliche Verbeiständung unter Vorbehalt eines Selbstbehalts von CHF 2'000.- bewilligt. Mit Eingabe vom 12. November 2010 ersucht X.\_\_\_\_\_ um sofortige Aufhebung der von der Vorinstanz verfügten ambulanten Massnahme, eventualiter um Einholung einer gerichtlichen Expertise über seinen gesundheitlichen Zustand und um Einsetzung von Dr. med. Andreas Manz als behandelnden Therapeuten nach Ausscheiden der ihn aktuell in der UPK behandelnden Ärztin. Mit Verfügung der Appellationsgerichtspräsidentin vom 22. November 2010 wurde beschieden, diese Anträge anlässlich der Hauptverhandlung zu behandeln und eine amtliche Erkundigung betreffend die Behandlungsübernahme durch Dr. med. Andreas Manz bei der UPK einzuholen. Anlässlich der Verhandlung vor dem Appellationsgericht ist X.\_\_\_\_\_ befragt worden und sind die Staatsanwaltschaft sowie die Verteidigung zum Vortrag gelangt, wobei beide an den in den Rechtsschriften gestellten Begehren festhalten. Für sämtliche Ausführungen wird auf das Protokoll verwiesen. Die Tatsachen ergeben sich aus dem angefochtenen Urteil sowie aus den nachfolgenden Erwägungen.

## Erwägungen

### 1.

**1.1** Der Anklage und dem vorinstanzlichen Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der seit ca. drei Jahren arbeitslose und teilweise IV-berentete Appellant habe schon lange und immer wieder Tötungsfantasien im Sinne eines Mitnahmeselbstmordes gegenüber seinen Freunden geäussert, Wutanfälle erlitten, Drohungen ausgesprochen und Endzeitbekundungen von sich gegeben. Dabei habe sich seine Wut gegen ehemalige Vorgesetzte gerichtet. Er habe unter der Vorstellung gelitten, an früheren Arbeitsstellen Opfer diverser Kränkungen und Ausbeutungen im Sinne eines systematischen Mobbings geworden zu sein. Zusammen mit der Vorstellung auch von weiteren Personen und Institutionen hintergangen und betrogen worden zu sein, habe er diese Vorkommnisse als eigentliche „Verschwörung“ gegen seine Person erlebt. Er habe wiederholt geäussert, dass er sich rächen und danach sich selbst töten wolle. Der psychische Zustand des Appellanten habe sich in den letzten Monaten und Wochen vor seiner Festnahme zunehmend verschlechtert und die Drohungen seien häufiger, massiver und konkreter geworden. Seitens des Appellanten unbestritten und durch die Beschlagnahme nachgewiesen ist, dass der Appellant im Juli 2007 drei Waffen sowie 1'000 Schuss Munition erworben hatte und sich im April 2008 drei weitere Faustfeuerwaffen und drei Gewehre reservieren liess. Gemäss eigenen Angaben absolvierte der Appellant in seiner Wohnung Schiessübungen.

**1.2** Die Vorinstanz kam, gestützt auf Zeugenaussagen, psychiatrische Gutachten und den objektiv erstellten Schusswaffen- und Munitionsbesitz sowie die zugestandenen Schiessübungen zum Schluss, dass entgegen den Beteuerungen des Appellanten davon auszugehen sei, dass dieser zum Verhaftungszeitpunkt beabsichtigt habe, seine Drohungen in die Tat umzusetzen und er durch den Kauf der Waffen nach Aussen sichtbare planmässige technische Vorbereitungshandlungen zur Vornahme vorsätzlicher Tötung getätigt habe. Die Zeugen hatten unter anderem ausgesagt, der Appellant habe geäussert, dass er den anderen dann halt nur 50 % des Hirns wegschiessen würde (nach Zusprechung einer halben IV-Rente), dass er sich umbringen, vorher aber noch ein paar mitnehmen würde (act. 235). Es sei noch nie so konkret gewesen wie in jüngster Zeit, als der Appellant vom Töten geredet habe und sich Waffen besorgt habe. Früher habe der Appellant gesagt, er „wolle“, nun sage er, er „werde“ (act. 238). Der Gutachter war zum Schluss gelangt, dass zum Verhaftungszeitpunkt ein reales Risiko der tatsächlichen Umsetzung der Gewaltfantasien bestanden habe.

### 2.

Die Verteidigung des Appellanten bringt im Appellationsverfahren vor, der Appellant sei zum Zeitpunkt seiner Verhaftung am 24. September 2009 zwar unbestrittenermassen im Besitz diverser Schusswaffen gewesen, habe aber niemals beabsichtigt, diese auf sich selber und andere Menschen zu richten, um so einen erweiterten Sui-

zid zu begehen. Vielmehr habe der Appellant die von der Polizei beschlagnahmten Waffen gekauft, um sich eine Waffensammlung zuzulegen, da ihn die Technik der Schusswaffen fasziniere. Der legal erfolgte Kauf und das Besitzen von Schusswaffen sei aber kein Straftatbestand. Abgesehen von den beschlagnahmten Waffen seien bei den Hausdurchsuchungen keinerlei weitere konkrete Anhaltspunkte gefunden worden, welche Rückschlüsse auf die Planung eines Tötungsdelikts zulassen würden. Die Vorinstanz sei zu Unrecht allein gestützt auf unglaubwürdige Zeugenaussagen und nicht lege artis erstellte psychiatrische Gutachten vom Vorhandensein einer Tötungsabsicht und dem unmittelbaren Bestehen der konkreten Umsetzung derselben ausgegangen. Der Appellant selber sagte wiederholt aus, seine Freunde hätten entsprechende Äusserungen seinerseits – sofern überhaupt getätigt – fehl- oder überinterpretiert (act. 252, 260 – 261, Prot. HV, S. 3,16).

Da sich die Hauptkritik der Verteidigung gegen die vorinstanzliche Beweiswürdigung und die daraus abgeleitete Sachverhaltserstellung richtet, wird vorab weiterer rechtlicher Erwägungen auf die Frage nach der Glaubwürdigkeit der Zeugen und der Qualität der Gutachten eingegangen.

### **3.**

**3.1** Die Verteidigung argumentiert, die den Zeugen von der Vorinstanz zugestandene Glaubwürdigkeit sei insbesondere im Lichte der Vorfälle nach der erstinstanzlichen Verhandlung zu relativieren. Besonders im Hinblick auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen A.\_\_\_\_\_ sei zu beachten, dass dieser als eigentlicher spiritus rector von Anfang an nur im Sinne gehabt habe, dem Appellanten so viele Probleme wie möglich zu bereiten. Dieses Bild ergäbe sich aus anderen Zeugenaussagen und erkläre die Aktivitäten A.\_\_\_\_\_ nach der erstinstanzlichen Gerichtsverhandlung, nach welcher dieser den Strafgerichtspräsidenten auf weitere belastende angebliche Äusserungen des Appellanten aufmerksam gemacht habe, welche sich aber in den darauf folgenden Vernehmungen nicht bestätigt hätten. Der Hauptbelastungszeuge A.\_\_\_\_\_ sei somit kein objektiver und glaubwürdiger Zeuge.

### **3.2**

**3.2.1** Auf Zeugenaussagen ist nur abzustellen, wenn feststeht, dass der Zeuge zur wahrheitsgemässen Darstellung sowohl willens als auch fähig war, wobei gerade die Aussagen von Belastungszeugen mit Vorsicht zu würdigen sind (BGE 118 Ia 28 E. 1c S. 30 f.). Früher wurde bei der Würdigung von Zeugenaussagen vor allem die allgemeine Glaubwürdigkeit eines Zeugen gewichtet, heute wird überwiegend auf die Glaubhaftigkeit der konkreten Zeugenaussage abgestellt (Wiprächtiger, forumpoenale 2010, Aussagepsychologische Begutachtung im Strafrecht, S. 40 ff., S. 41). Im Laufe des Strafverfahrens bis zur erstinstanzlichen Hauptverhandlung und anlässlich dieser wurden vorliegend insgesamt drei Zeugen bzw. Auskunftspersonen angehört. Hinweise, welche Zweifel an der grundsätzlichen Zeugnisfähigkeit der Befragten aufkommen lassen könnten, finden sich keine. Auch wird der Wahrheitsgehalt der ein-



zelnen Zeugenaussagen von der Verteidigung nicht konkret beanstandet. Einzig die dem Zeugen A.\_\_\_\_\_ unterstellten Intentionen, sollten nach Meinung der Verteidigung die gesamte vorinstanzliche Beweiswürdigung in Bezug auf die Zeugenaussagen zu Fall bringen.

**3.2.2** Eine eigentliche Besonderheit im vorliegenden Fall ist, dass alle drei den Appellanten belastenden Zeugen bereits seit vielen Jahren in einem freundschaftlich verbundenen Verhältnis zu diesem standen (vgl. act. 230, 238, 279, Prot. HV, S. 5, 8, 10). Alle drei wurden - wohl gerade deswegen - vorab der erstinstanzlichen Hauptverhandlung als Auskunftspersonen einvernommen, anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung hingegen als Zeugen (act. 229, 237, 278 und Prot. HV). Somit unterlagen sie an der Hauptverhandlung der Pflicht zur wahrheitsgetreuen Aussage gemäss § 44 Abs. 1 StPO (AS 257.100), womit diesen Aussagen eine erhöhte Glaubhaftigkeit zuzugestehen ist. Anlässlich der Hauptverhandlung wiederholten die drei Zeugen aber im Wesentlichen, ihre als Auskunftspersonen getätigten Angaben, weshalb sich in Bezug auf die ohne Wahrheitspflicht getätigten Aussagen keine Vorbehalte aufdrängen. Die Aussagen der drei Zeugen stimmen - insbesondere in Bezug auf die vom Appellanten geäusserten Drohungen, dem von diesen Drohungen betroffenen Personenkreis sowie dem Eindruck betreffend den psychischen Zustand des Appellanten (vgl. act. 230, 235 bis 238, 240, 282 bis 284) – weitgehend überein. Auch gibt es keinerlei Anhaltspunkte, welche auf ein irgendwie geartetes Eigeninteresse eines oder aller Zeugen am Ausgang des Verfahrens hinweisen würden. Vielmehr entsteht der Eindruck, dass die Zeugen aufgrund ihrer Freundschaft mit dem Appellanten in einem Loyalitätskonflikt standen und nur ungern den Appellanten belastende Aussagen machten. In diesem Zusammenhang hervorzuheben ist, dass alle den Appellanten nicht mehr als notwendig belasteten und bemüht waren, auch über ihre positiven Erfahrungen mit ihm zu sprechen (bspw. act. 231, 238, 285). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist deshalb festzustellen, dass gerade der evidente Loyalitätskonflikt, in welchem sich alle Zeugen befanden, ihren Aussagen eine umso höhere Glaubhaftigkeit verleiht. Entgegen den Ausführungen der Verteidigung handelt es sich bei A.\_\_\_\_\_ auch nicht um den eigentlichen Hauptbelastungszeugen, sondern leiten sich die den Appellanten belastenden Schlussfolgerungen des Gerichts aus dem sich aus den Anhörungen aller drei befragten Personen ergebenden Gesamtbild ab.

Aber auch die erst nach der erstinstanzlichen Verhandlung getätigten Angaben des Zeugen A.\_\_\_\_\_, wonach der Appellant bereits die Wohnorte potentieller Opfer ausgekundschaftet haben soll, und die dadurch veranlassten weiteren Untersuchungshandlungen lassen dessen Person und Handeln nicht in ein unglaubwürdiges Licht rücken. Vielmehr zeigt sich gerade hier die grosse emotionale Belastung, unter welcher die Freunde des Appellanten standen. Somit erscheint die Erklärung des Zeugen B.\_\_\_\_\_, welcher davon ausgeht, dass der Zeuge A.\_\_\_\_\_ nicht alleine für die Konsequenzen der von ihm in die Wege geleiteten Informationen an die Polizei ver-

antwortlich zeichnen wollte (Einvernahmeprotokoll vom 26. Mai 2009, S. 6 und 7), äusserst plausibel. Entgegen den Behauptungen der Verteidigung wurde die nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung erfolgte Deposition des Zeugen A.\_\_\_\_\_ zudem nicht widerlegt, sondern im Gegenteil bestätigt. Einzig hatte – entgegen der Erinnerung des Zeugen A.\_\_\_\_\_ – nicht der nach der erstinstanzlichen Verhandlung zusätzlich aufgebotene Zeuge C.\_\_\_\_\_ die behaupteten Äusserungen gehört, sondern der Zeuge B.\_\_\_\_\_ (Einvernahmeprotokoll vom 26. Mai 2009, S. 4). Es gibt somit keine Anhaltspunkte, welche die Glaubwürdigkeit der Zeugen und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen erschüttern könnten und folglich für das Gericht keinen Grund, den Entscheid bzw. die Erstellung des tatsächlich Vorgefallenen nicht (auch) auf deren Aussagen abzustützen.

#### **4.**

**4.1** Weiter moniert die Verteidigung, zu Unrecht sei in der Feststellung des relevanten Sachverhalts auf unzulängliche Gutachten abgestellt worden. Gutachten unterliegen grundsätzlich der freien Beweiswürdigung. Das Gericht darf nur aus triftigen Gründen von den Schlussfolgerungen einer Expertise abweichen und muss diesfalls seine andere Auffassung begründen (BGE 128 I 81 E. 2 S. 86; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel 2005, § 64 N 17 ff.). Umgekehrt kann das Abstellen auf nicht schlüssige Gutachten gegen das mit Art. 9 BV (SR 101.0) garantierte Verbot der willkürlichen Beweiswürdigung verstossen. Ein Gutachten stellt namentlich dann keine rechtsgenügende Grundlage dar, wenn gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugung des Gerichts in die Aussagen des Gutachters ernstlich erschüttern (Wiprächtiger, Aussagepsychologische Begutachtung im Strafrecht, forum poenale 2010 S. 40 ff., S. 41; Mayer/Möller, Das gericht psychiatrische Gutachten gemäss Art. 13 StGB, Zürich 1999, S. 229 ff.; Schmid, Krank oder böse?, Dissertation Basel 2009, S. 534 ff., Zusammenfassung der angegebenen Literatur und Rechtsprechung auch in AGE AS.2009.329 vom 16. Juni 2010). Es besteht ein Anspruch auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Sachverständigen. Misstrauen betreffend die Unparteilichkeit eines Experten kann sich aus dem Umstand ergeben, dass die sachverständige Person bereits zu einem früheren Zeitpunkt in einer amtlichen Funktion mit der konkreten Sache zu tun hatte (BGer 6B\_590/2010 vom 18. Oktober 2010, E. 6.2 S. 5 mit Verweis auf BGE 128 V 82 und 126 III 249). Grundsätzlich hat ein psychiatrisches Gutachten aus einer Einleitung, einer Aktenauswertung, einer Anamnese der Vorgeschichte, Angaben des Exploranden zum Tatvorwurf, Verarbeitung von Fremdauskünften (insbesondere Krankengeschichte, Angaben von Drittpersonen), dem Befund sowie der Beurteilung zu bestehen (Nedopil/Dittmann/Kiesewetter, Qualitätsanforderungen an psychiatrische Gutachten, Zeitschrift für Strafrecht 2005, S. 127 ff.).

#### **4.2**

**4.2.1** Vorliegend existieren ein psychiatrisches Kurzgutachten von Dr. med. Michael Schlichting, Oberarzt der Forensischen Psychiatrie der UPK vom 7. Oktober 2008

(act. 27 ff., im Folgenden: Gutachten 1), ein psychiatrisches Gutachten desselben Arztes vom 30. Januar 2009 (act. 333, im Folgenden: Gutachten 2) sowie ein Austrittsbericht (act. 371 ff., im Folgenden: Austrittsbericht) der behandelnden Ärzte, Dr. med. Konstanze Römer und Dr. med. S. Schroller, der UPK. Die Gutachten 1 und 2 beantworten unter anderem die Frage nach dem psychischen Zustand des Appellanten zum Zeitpunkt seiner Verhaftung und dem daraus resultierenden Bestehen einer Selbst- und Fremdgefährdung.

**4.2.2** Die Verteidigung kritisiert in Bezug auf das Gutachten 1, der Gutachter käme zum nicht eindeutigen Schluss, dass beim Appellanten eine expansiv-paranoische Entwicklung oder aber paranoide Persönlichkeitsstörung oder eine rezidivierende depressive Störung vorliegen könnte, womit sich die Frage stellen würde, was denn nun überhaupt vorliegen solle. Gutachten 1 entstand aufgrund einer damals notwendigen umgehenden Gefährdungsanalyse in einem Zeitraum von zwei Wochen. Dem Gutachten sind die zur Verfügung stehenden Informationsquellen zu entnehmen und der Appellant wurde vom Gutachter persönlich zur Sache befragt. Es entspricht in Aufbau und Analyse trotz Zeitdruck den gutachterlichen Standards. Entgegen der pauschalen Kritik stellt der Gutachter auch nicht diverse Diagnosen zur Auswahl, sondern verfeinert seine Diagnose differentialdiagnostisch, wobei er eine präzisere Einordnung nach zukünftiger genauerer klinischer Verlaufsbeobachtung in Aussicht stellt (act. 46). Dies ist in einer innert zwei Wochen erstellten, vorläufigen Kurzstellungnahme nicht zu beanstanden. Ebenfalls entgegen der Kritik der Verteidigung äussert sich der Gutachter bereits in diesem Gutachten zur vorliegend entscheidenden Frage, ob der Appellant zum Zeitpunkt seiner Verhandlung kurz davor stand, seine Gewaltfantasien in die Realität zu überführen, wobei er dies bejaht (act. 47). Indessen wurde korrekterweise für die endgültige Beurteilung ein weiteres Gutachten erstellt, welches nicht unter dem Zeitdruck einer schnellstmöglichen ersten Einschätzung der Situation verfasst werden musste.

**4.2.3** Betreffend das ausführliche Gutachten 2 ist festzustellen, dass dieses in Inhalt und Aufbau den in der Literatur geforderten Standards entspricht und mittels einer ausführlichen Darstellung der Vorgeschichte, von Fremdaussagen, Aussagen des Appellanten und eigenständiger Exploration des Gutachters zu einem in sich schlüssigen und nachvollziehbaren Ergebnis gelangt. Wenn die Verteidigung rügt, im Gutachten 2 werde beim Appellanten eine Persönlichkeitsstörung diagnostiziert, ohne dass die diesbezüglich angeführten Kriterien erfüllt wären, so ist dies schlicht aktenwidrig. Denn entgegen dieser Behauptung finden sich im Gutachten selbst - nebst dem Kriterienkatalog zur Diagnostik der Persönlichkeitsstörung – Ausführungen zu den beim Appellanten festgestellten spezifischen Symptomen einer paranoiden Persönlichkeitsstörung (act. 333, S. 62). Weiter behauptet die Verteidigung, auch das Gutachten 2 äussere sich nicht zur zentralen Frage, ob der Appellant zum inkriminierten Zeitpunkt psychologisch an der Schwelle zur Tathandlung gestanden habe und sei deswegen für das Strafverfahren wertlos. Dem ist entgegenzuhalten, dass

sich im Gutachten 2 nach einer sorgfältigen Erstellung der Diagnose, namentlich einem Mischbild depressiver und paranoider Symptomatik, der Gutachter sehr wohl zur Frage äussert, was das festgestellte Krankheitsbild in Bezug auf den dem Appellanten zur Last gelegten Sachverhalt bedeute. Dazu hält er fest: „... Diese psychische Verfassung muss zusammen mit dem evidenten Mangel an Ausdrucks- und Verhaltensalternativen und dem dadurch weiter anwachsenden, zu einer handlungsmässigen Abfuhr drängenden affektiven Binnendruck bei X.\_\_\_\_\_ zumindest als konkrete Disposition zur tatsächlichen Umsetzung selbst- und fremdschädigender Impulse angesehen werden.“ (act. 333, S. 65). Auch basiert er seine Diagnose entgegen der Kritik der Verteidigung nicht auf den Zeugenaussagen, sondern stellt fest, dass deren Aussagen quasi idealtypisch das belegen würden, was er bei der Exploration als Befund festgestellt habe (act. 333, S. 64 ff.). Somit gehen auch die diesbezüglichen Beanstandungen der Verteidigung ins Leere.

**4.2.4** Die Verteidigung führt weiter aus, beim Austrittsbericht handle es sich endlich um eine Äusserung der behandelnden Ärzte und nicht eines Gutachters, welcher den Appellanten bloss sporadisch gesehen habe. Daraus will sie auf einen höheren Beweiswert dieser fachärztlichen Äusserungen schliessen. Mit Blick auf den Anspruch auf einen unparteilichen Gutachter ist diesem Argument entgegenzuhalten, dass bei einem alleinigen Abstellen auf die Feststellungen behandelnder Ärzte die Regeln eines fairen Prozesses missachtet würden (vgl. auch Art. 56 Abs. 4, Art. 62d Abs. 2 und Art 64c Abs. 5 StGB). Dementsprechend hat die Vorinstanz zu Recht in ihren Feststellungen eben gerade nicht auf den ärztlichen Austrittsbericht abgestellt. Vollständigkeitshalber sei indessen angefügt, dass sich entgegen den Ausführungen der Verteidigung im Austrittsbericht ohnehin keine bedeutsamen Angaben zum Zustand des Appellanten im relevanten Zeitraum finden. Zwar schildert die behandelnde Ärztin, dass sich das Zustandsbild des Appellanten nach längerem stationärem Aufenthalt gebessert habe (act. 373). Dies legt aber ausschliesslich Zeugnis dafür ab, dass eine wirksame Behandlung stattfinden konnte. Dementsprechend wurde der Austrittsbericht auch nicht erstellt, um die Frage nach dem Zustand des Appellanten zum inkriminierten Zeitpunkt zu klären, sondern entfaltete seine Relevanz im Zusammenhang mit der Entscheidung, den Appellanten aus der geschlossenen Psychiatrie in eine ambulante psychiatrische Therapie zu entlassen.

**4.3** Mit diesen Ausführungen ist erstellt, dass die Kritik an den Gutachten keine zuverlässig begründeten Tatsachen oder Indizien einzubringen vermag, welche die Überzeugung des Gerichts in die Aussagen des Gutachters ernstlich zu erschüttern vermöchten, weshalb die Vorinstanz in ihrer Beweiswürdigung zu Recht (auch) auf diese abgestellt hat und die Aussagen des Gutachters zur Erstellung der tatsächlichen Ereignisse verwendete. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich auch die von der Verteidigung geforderte Erstellung einer weiteren Expertise.

## 5.

Gemäss Art. 260<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB kann mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bestraft werden, wer planmässig konkrete technische oder organisatorische Vorkehrungen trifft, deren Art und Umfang zeigen, dass er sich anschickt, eine der im anschließenden Deliktskatalog aufgezählten Verbrechen zu begehen. Als planmässig sind dabei Vorkehrungen zu bezeichnen, wenn mehrere und unter sich zusammenhängende Handlungen auf ein gemeinsames Ziel, namentlich die Vorbereitung des deliktischen Vorhabens gerichtet sind (Trechsel/Vest, Hrsg. Trechsel et al, StGB Praxis-Kommentar, 1. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 260<sup>bis</sup> StGB N 3). Die Vorinstanz führt dazu aus, der Appellant habe keine nach aussen sichtbaren organisatorischen Vorkehrungen zu einem Mitnahmesuizid getroffen, zumindest seien ihm solche nicht nachzuweisen. Er habe sich aber drei Faustfeuerwaffen sowie grosse Mengen an Munition zugelegt, den Erwerb weiterer Waffen geplant und in seiner Wohnung die Funktionstüchtigkeit und die Handhabe der Waffen getestet. Dabei handle es sich um sichtbare, planmässig technische Vorkehrungen im Sinne von Art. 260<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB. Dem ist nichts hinzuzufügen, handelt es sich doch gerade beim Schusswaffenkauf um in der Literatur als Beispiel angeführte technische Vorkehrungen (vgl. statt vieler Baumgartner, Basler Kommentar StGB II, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 260<sup>bis</sup> StGB N 8). Auch der Hinweis der Verteidigung, der Waffenerwerb sei legal erfolgt und der Appellant habe sich vorwiegend funktionsuntüchtige Waffen gekauft, was im Zusammenhang mit der Absicht ein Tötungsdelikt zu begehen schlicht keinen Sinn mache, vermag an dieser Würdigung nichts zu ändern. Richtig ist zwar, dass der entsprechend den Vorschriften des Waffengesetzes (SR 514.54) erfolgte Kauf von Schusswaffen kein Delikt darstellt, dies trifft aber auf den Kauf einer Vielzahl von als Deliktwerkzeug verwendbaren Gegenständen zu. Auch vermag der Umstand, dass der Appellant über funktionsuntüchtige Waffen verfügte, nichts daran zu ändern, dass er eben auch funktionstüchtige Waffen besass (act. 121), was er auch nicht bestreitet.

## 6.

Die Vorkehrungen zur Deliktsbegehung müssen ausserdem konkret sein. Das sind sie, wenn sie einen direkten Bezug zu einer der Katalogtaten aufweisen. Dabei genügt es, dass die Vorbereitungshandlungen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet erscheinen, den betreffenden Straftatbestand zu verwirklichen (Vest, Vest/Schubarth, Stämpflis Handkommentar, Delikte gegen den öffentlichen Frieden, 1. Auflage, Bern 2007, Art. 260<sup>bis</sup> StGB N 13). Nicht vorausgesetzt wird, dass der Täter auch objektiv zur Tat ansetzt und dass die Vorkehrungen auf ein nach Ort, Zeit und Begehungsweise bereits hinreichend konkretisierbares Delikt Bezug haben (Weder, Hrsg. Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar StGB, 18. Auflage, Zürich 2010, Art. 260<sup>bis</sup> StGB N 6). Beim Kauf von Schusswaffen und der Übung in deren Handhabung handelt es sich zweifelsfrei um Aktivitäten, welche geeignet sind, ein Tötungsdelikt vorzubereiten. Wie sich den Zeugenaussagen entnehmen lässt, hatte der Appellant auch klare Vorstellungen, wen er

vor einer Selbsttötung „mitnehmen“ würde. Dabei handelte es sich gemäss den übereinstimmenden Zeugenaussagen um ehemalige Vorgesetzte des Appellanten (vgl. Prot. HV, S. 6, 8 und 11, act. 236, 238, 283). Somit hat der Appellant für Tötungshandlungen geeignete Vorbereitungshandlungen unternommen und seine geplante Tat in Bezug auf die betroffenen Personen und die Art der Tötung (Tötung mittels Schusswaffeneinsatz) im Sinne des Tatbestandes bereits genügend konkretisiert. Einer in Bezug auf Ort und Zeitpunkt bereits weiter fortgeschrittenen Planung bedarf es nicht. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz kann folglich festgestellt werden, dass der Appellant planmässig konkrete technische Vorkehrungen traf, welche sich zur Vorbereitung von Tötungshandlungen bzw. zur Verwirklichung derselben eignen.

## 7.

**7.1** Gleichwohl sind planmässige konkrete technische Vorkehrungen nur tatbestandsmässig, wenn sie nach Art und Umfang zeigen, dass der Täter sich überdies anschickt, eine der Katalogtaten auszuführen (Baumgartner, Basler Kommentar StGB II, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 260<sup>bis</sup> StGB N 10). Gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung zeigt sich dieses zeitliche Element indem die Vorbereitungen „soweit gediehen sein müssen, dass vernünftigerweise angenommen werden kann, der Täter werde seine damit manifestierte Deliktsabsicht ohne weiteres in Richtung auf eine Ausführung der Tat weiterverfolgen“. Massgebend ist somit die vorausschauende Prognose eines vernünftigen Beobachters (Vest, Hrsg. Vest/Schubarth, Stämpfli Handkommentar, Delikte gegen den öffentlichen Frieden, 1. Auflage, Bern 2007, Art. 260<sup>bis</sup> StGB N 19 mit Verweis auf BGE 111 IV 155, E. 2b S. 158).

**7.2** In diesem Zusammenhang ist von Belang, dass der Appellant konkrete Todesdrohungen und Todesszenarien nicht nur in seiner Fantasie entwickelt, sondern wiederholt auch gegenüber Freunden und Bekannten geäussert hat. Im Zeitpunkt vor seiner Festnahme deponierte er diese Äusserungen gehäuft und in drastischerer Weise. So schildert der Zeuge A.\_\_\_\_\_, dies sei für den Appellanten ein psychisches Ventil gewesen, mittels welchem er sich habe Luft verschaffen können. Es sei ein Auf und Ab gewesen, wobei die Lücken früher länger waren. Er (der Appellant) habe gesagt, er müsse töten, um zu seinem Recht zu kommen. Mit dem IV-Entscheid im Jahr 2008 habe diese Dynamik enorm zugenommen. Kurz vor seiner Verhaftung habe er gesagt, er würde nur noch auf die letzte Lieferung warten und dann ginge es los (Prot. HV, S. 6). Der Zeuge D.\_\_\_\_\_ bestätigt, dass ihm der Appellant im Sommer 2008 drei Waffen gezeigt habe. Bei einem späteren Telefongespräch sei er ihn katastrophaler Stimmung gewesen, es habe Weltuntergangsstimmung geherrscht. Der Appellant habe geäussert, er habe es nur mit Schweinen zu tun. Es gehe jetzt los. Er werde dem Leiden ein Ende bereiten. Auch wenn er (der Appellant) immer nur Andeutungen gemacht habe, habe man daraus schliessen müssen, dass er einen Rachfeldzug plane. Es sei beunruhigend gewesen und er (der Zeuge) habe Angst gehabt, um den Appellanten und die anderen (Prot. HV, S. 8). Ebenso bezeugte der Zeuge B.\_\_\_\_\_, dass sich der Zustand des Appellanten zum Zeitpunkt der Verhaf-

tung verändert habe. Dieser sei depressiv und schlecht gelaunt gewesen. Es habe sich viel Ärger aufgebaut, da die Taggeldversicherung nicht bezahlen wollte und er mit der IV und den Ärzten gekämpft habe. Er sei zermürbt gewesen. Er habe gesagt: „Ich werde sie mitnehmen, ich werde mich an ihnen rächen.“ (Prot. HV, S. 11).

**7.3** Der Gutachter stellte beim Appellanten im Gutachten 2 eine massive kognitive und affektive Einengung, eine ausgesprochene Opfermentalität, eine zugleich verzweifelt wirkende fanatisch-kämpferische Haltung sowie die wahnhaft anmutende Überzeugung, mit seinen Lebenskräften am Ende zu sein, sich in einem finalen Lebensstadium zu befinden, fest. Mit der fortschreitenden Erosion des Persönlichkeitsgefüges und der weiteren Schwächung der Ich-Funktion (u.a. der Realitätsprüfung, der Urteilsfähigkeit und der Verhaltenskontrolle), mit zunehmender sozialer Isolierung einhergehend mit der Ablehnung ärztlicher Behandlung sowie dem Erwerb mehrerer Schusswaffen und einer grossen Menge an Munition sei schliesslich die Gefahr des impulsiven Durchbruchs und damit der Realisierung der Gewalt- und Suizidfantasie in ein akutes Stadium gerückt. Dass die Fantasien tatsächlich noch nicht umgesetzt worden seien, habe damit zu tun, dass die bereits erheblich geschwächte Verhaltenskontrolle in einem gewissen Restumfang noch vorgelegen habe (act. 333, S. 64 f.). Die nach einlässlicher Exploration beschriebene Diagnose und Situationsanalyse entspricht im Wesentlichen dem Befund des Gutachtens 1. Zusammenfassend wurde dort festgehalten, dass in Folge einer progredienten paranoischen Entwicklung (mit zusätzlich agitiert-depressiver Symptomatik) aktuell ein hohes und auch konkretes Risiko für die Begehung kombinierter Suizid- und Gewalthandlungen (z.B. in Form eines Mitnahmesuizides) bestehe (act. 47 f.).

**7.4** Die Zeugenaussagen und die fachärztlichen Feststellungen beschreiben somit präzise, was mit der „Schwelle“ zur Tatausführung gemeint ist. Der vernünftige Beobachter musste aufgrund des Schusswaffenbesitzes, der zum Verhaftungszeitpunkt bestehenden massiven Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Appellanten nebst dem damit einhergehenden fortschreitenden Realitätsverlust und der zunehmenden sozialen Isolation davon ausgehen, dass dieser unmittelbar davor stand, die über einen längeren Zeitraum gehegten Gewaltfantasien nun in die Realität zu überführen und die von ihm für seine Probleme verantwortlich gemachten Personen aus Rache zu erschiessen. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist deshalb festzustellen, dass die Situation zum Verhaftungszeitpunkt kurz vor der Eskalation stand wobei es für die Erfüllung des Tatbestandes der Vorbereitungshandlungen keine Rolle spielt, dass der Appellant die Schwelle der Tatbegehung noch nicht überschritten hatte, ansonsten der Tatbestand der versuchten Tötung hätte geprüft werden müssen.

**7.5** An dieser Erkenntnis vermag auch der Einwand der Verteidigung, der Appellant habe sich bis anhin nie etwas zu schulden kommen lassen, nichts ändern. Es ist gerichtsnotorisch, dass Mitnahmesuizide in einer vom Täter als aussichtslos empfunden

denen Situation meist von Personen verübt werden, welche bis zur Tat angepasste, unauffällige Mitmenschen ohne kriminelle Vergangenheit waren. Weiter verweist die Verteidigung auf den Umstand, dass der Appellant in einem „stringenten Verhalten“ von Anfang an und in sämtlichen Befragungen sowie gegenüber den beigezogenen Fachpersonen negiert habe, Gewalt gegen Drittpersonen ausüben zu wollen. Auch dieser Aspekt wird in den Gutachten 1 und 2 thematisiert, indem der Experte feststellt, dass der Appellant versuche alle Äusserungen zu vermeiden, welche auf eine manifeste eigene Gewaltbereitschaft hindeuten (act. 333, S. 58). Die fremdaggressiven Ideen sind für den Gutachter aber unterschwellig „deutlich spürbar“ (act. 43). Letztendlich ist diese Negierung des Appellanten vor allem ein klarer Hinweis, dass dem Appellanten trotz seiner psychischen Erkrankung, Einsicht in das Unrecht seiner Handlungen verblieb und er diese von Beginn an gegenüber den Behörden kaschieren wollte.

**7.6** Auf der subjektiven Seite erfordert die Tatbestandserfüllung Vorsatz in Bezug auf die Vorbereitungshandlungen und – entsprechend dem Gesetzestext – Absicht in Bezug auf die Zieltat (Vest, a.a.O., Art. 260<sup>bis</sup> StGB N 20). Aufgrund der Todesdrohungen an die Adresse der früheren Vorgesetzten im Zusammenhang mit dem Waffen- und Munitionsbesitz ist von einem Vorsatz sowohl zur Vorbereitung der Tat (objektive und subjektive Kriterien sind hier kaum zu trennen, vgl. Trechsel/Vest, Hrsg. Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 1. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 260<sup>bis</sup> StGB N. 5) als auch von einer Absicht in Bezug auf die geplante Tat, namentlich dem Erschiessen früherer Vorgesetzter, auszugehen. Diese von der Vorinstanz aus den Äusserungen des Appellanten gezogene Schlussfolgerung, wird von diesem auch nicht bemängelt. In Bezug auf die Widerlegung der Behauptung des Appellanten, trotzdem niemals beabsichtigt zu haben, diesbezügliche Äusserungen in Tat umzusetzen, ist auf die vorgehende Besprechung der gegenteiligen Schlussfolgerungen des Gutachters zu verweisen.

## **8.**

Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Appellant Vorbereitungshandlungen zur Begehung vorsätzlicher Tötung getroffen habe. Von einer Qualifizierung der beabsichtigten Tat aufgrund von Mordmerkmalen sah sie aufgrund Fehlens entsprechender Hinweise ab. Dies wird vom Appellanten nicht beanstandet, weshalb vollumfänglich auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird. Somit kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Vorinstanz den Appellanten aufgrund seiner konkreten und planmässig ausgeführten technischen Vorbereitungen und der kurz bevorstehenden Deliktsausführung zu Recht der strafbaren Vorbereitungshandlungen gemäss Art. 260<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB für schuldig erklärt hat.

## **9.**

**9.1** Die Vorinstanz verurteilte den Appellanten nach eingehender Prüfung seiner Schuldfähigkeit, seinem Tatverschulden, seinem Vorleben und seinem Leumund so-



wie seiner Einsicht zur Tat im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verhandlung zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten unter Einberechnung der Untersuchungshaft von 172 Tagen. Sie ging dabei gestützt auf die Experteneinschätzung in Gutachten 2 von einer mittelgradig verminderten Schuldfähigkeit zur Tatzeit aus und reduzierte das Strafmass in Anwendung von Art. 19 Abs. 2 StGB. Die vorinstanzliche Würdigung der Strafzumessung wird weder von der Verteidigung noch von der Staatsanwältin kritisiert, weshalb dazu auf die ausführlichen und korrekten Ausführungen der Vorinstanz verwiesen wird.

**9.2** Weiter ordnete die Vorinstanz den Aufschub des Vollzuges der Freiheitsstrafe zugunsten einer ambulanten psychiatrischen Behandlung sowie eine Bewährungshilfe gemäss Art. 63 Abs. 1 und 2 StGB an. Der Appellant beantragt die sofortige Aufhebung der ärztlichen Massnahme. Anlässlich der Appellationsverhandlung wird der Appellant nochmals einlässlich zu den Tatvorwürfen befragt, wobei sich zeigt, dass dieser weiterhin nicht bereit ist, sein strafwürdiges Fehlverhalten einzusehen und er die Gefährlichkeit seines Zustandes und seiner Person zum inkriminierten Zeitpunkt negiert (zweitinstanzliches Prot.). Es ist somit keineswegs erstellt, dass sich der Appellant auch ohne gerichtliche Anordnung und drohendem Vollzug der Haftstrafe im Nichtbefolgungsfalle der notwendigen ärztlichen Behandlung unterziehen würde. Auch wenn sich die persönliche Situation des Appellanten durch die mittlerweile erfolgte Zusprechung einer vollen IV-Rente auch nach Ansicht der behandelnden Ärzte deutlich verbessert und dieser sich deshalb beruhigt hat (Bericht von Dr. med. Dagmar Jourdan, Oberärztin der Forensischen Ambulanz der UPK vom 3. August 2010 S. 2), kann bei dessen anhaltender Uneinsichtigkeit in Bezug auf die Tatvorwürfe eine Rückfallgefahr nicht ausgeschlossen werden. Deshalb wird die vorinstanzliche Anordnung einer ambulanten psychiatrischen Therapie bestätigt. Sofern der Appellant eine Weiterführung dieser Behandlung bei Dr. med. Andreas Manz wünscht, ist dagegen grundsätzlich nichts einzuwenden, nachdem eine diesbezügliche amtliche Erkundigung bei den behandelnden Ärzten der UPK nichts Nachteiliges ergeben hat (Bericht von Dr. med. Dagmar Jourdan vom 22. November 2010). Als nicht weiter notwendig erachtet das Appellationsgericht die Anordnung einer Bewährungshilfe, da sich die soziale Situation des Appellanten, wie erwähnt, stabilisiert hat und dieser über eine seinen täglichen Bedarf deckende Rente und eine Wohnung verfügt. Die Anordnung der Bewährungshilfe wird deshalb nicht bestätigt.

## **10.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Appellant dessen Kosten. Die Urteilsgebühr inkl. der Kanzleigeühren wird auf CHF 1'500.– festgelegt. Infolge Bewilligung der unentgeltlichen Verbeiständung, vorbehaltlich eines Selbstbehaltes von CHF 2'000.–, ist der Verteidigung des Appellanten ein Honorar aus der Gerichtskasse zu bezahlen. Die Verteidigung reicht dazu eine Honorarnote über total CHF 6'240.15 (inkl. Auslagen und MwSt von 7.6 % bzw. 8 %) ein. Dieser Betrag er-

scheint angemessen und wird zugesprochen, wobei der Appellant hiervon CHF 2'000.– selber zu begleichen hat.

**Demgemäss erkennt das Appellationsgericht**, in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils:

*://*: Das erstinstanzliche Urteil wird bestätigt mit Ausnahme der Anordnung der Bewährungshilfe gemäss Art. 63 Abs. 2 Satz 2 StGB.

Der Appellant trägt die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens mit Einschluss einer Urteilsgebühr von CHF 1'500.– (inkl. Kanzleiauslagen, zzgl. allfällige übrige Auslagen).

Dem Verteidiger, Dr. Carlo Bertossa, werden für die zweite Instanz ein Honorar von CHF 5'685.– und ein Auslagenersatz von CHF 107.50, zzgl. 7.6 % MwSt auf CHF 3'947.75 von CHF 300.05 sowie 8 % MwSt auf CHF 1'844.75 von CHF 147.60 aus der Gerichtskasse bezahlt.

Der Appellant trägt einen Selbstbehalt der Verteidigungskosten von CHF 2'000.–.

## **7. Entscheid des Bundesgerichts 2C\_522/2011 vom 27. Dezember 2011 betr. Verweigerung der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung**

### **Sachverhalt:**

A.

*Der türkische Staatsangehörige XY.\_\_\_\_\_ (geb. 1955) reiste im Dezember 1983 in die Schweiz zu seiner hier lebenden damaligen Ehefrau ein. 1986 wurde ein von ihm gestelltes Asylgesuch abgewiesen. 1990 erhielten er und seine Familie eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen. In der Folge wurde XY.\_\_\_\_\_ wiederholt sozialhilfeabhängig, machte Schulden und wurde verschiedentlich wegen Verkehrsdelikten sowie Ungehorsams des Schuldners im Betreibungs- und Konkursverfahren strafrechtlich verurteilt. 1994, 1995 und 2002 verwarnte ihn die jeweils zuständige Migrationsbehörde des Kantons Basel-Stadt. 2004 drohten ihm die Einwohnerdienste Basel-Stadt die Ausweisung an. Am 10. März 2006 wurde ihm die Aufenthaltsbewilligung, nach längeren Abklärungen, letztmals bis zum 20. November 2006 verlängert.*

*Mit Urteil des Strafgerichts Basel-Stadt vom 14. Juni 2006 wurde XY.\_\_\_\_\_ wegen verschiedener Straftaten, insbesondere mehrfachen Diebstahls, mehrfachen Betrugs, Nötigung sowie mehrfacher einfacher Körperverletzung und Tötlichkeiten zu 22 Monaten Gefängnis und zehn Jahren Landesverweisung verurteilt. Auf ein Gesuch*

um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung vom 20. April 2007 hin teilte die Migrationsbehörde Basel-Stadt (Bereich Bevölkerungsdienste und Migration; heute: Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt) XY.\_\_\_\_\_ mit, dass ein Ausweisungsverfahren eingeleitet werde. Mit Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 7. Juni 2007 wurde die Ehe von XY.\_\_\_\_\_ geschieden. Am 5. Dezember 2007 bestätigte das Appellationsgericht Basel-Stadt das Urteil des Strafgerichts vom 14. Juni 2006, setzte jedoch elf Monate der verhängten Gefängnisstrafe zur Bewährung aus bei einer Probezeit von vier Jahren. Mit Verfügung vom 28. November 2008 verweigerte die Migrationsbehörde die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung von XY.\_\_\_\_\_ und wies ihn aus der Schweiz weg.

#### B.

Am 20. November 2009 wies das Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt einen dagegen erhobenen Rekurs ab, soweit es darauf eintrat. Dagegen reichte XY.\_\_\_\_\_ Rekurs beim Appellationsgericht Basel-Stadt ein, wobei er auch je ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung sowie um Bewilligung der aufschiebenden Wirkung stellte. Am 19. Februar 2010 heiratete er die Schweizer Bürgerin XZ.\_\_\_\_\_ (geb. 1968). Mit Verfügung vom 8. März 2010 wies der Präsident des Appellationsgerichts Basel-Stadt sowohl das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung als auch dasjenige um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab. Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht mit Urteil 2C\_304/2010 vom 16. Juli 2010 gut und gestattete dem Beschwerdeführer im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, den Ausgang des vorinstanzlichen Verfahrens in der Schweiz abzuwarten. Zudem wurde die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen zur nochmaligen Prüfung der Frage, ob dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Appellationsgericht die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu bewilligen ist. Mit Urteil vom 28. April 2011 hiess das Appellationsgericht den Rekurs teilweise gut und hob den angefochtenen Entscheid im Kostenpunkt auf; im Übrigen wies es den Rekurs ab, soweit es darauf eintrat.

#### C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 20. Juni 2011 an das Bundesgericht beantragt XY.\_\_\_\_\_, den Entscheid des Appellationsgerichts vom 28. April 2011 aufzuheben und ihm für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu bewilligen. Gerügt wird im Wesentlichen die Verletzung von Art. 8 EMRK sowie die Unverhältnismässigkeit der Bewilligungsverweigerung.

#### D.

Das Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt sowie das Bundesamt für Migration schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Das Appellationsgericht Basel-Stadt schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

#### E.

*Mit verfahrensleitender Verfügung vom 27. Juni 2011 hat der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung für das bundesgerichtliche Verfahren zuerkannt.*

### **Erwägungen:**

1.

*1.1 Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG schliesst die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide über ausländerrechtliche Bewilligungen aus, auf deren Erteilung weder nach dem Bundes- noch dem Völkerrecht ein Rechtsanspruch besteht.*

*1.2 Das streitige Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung wurde vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20) am 1. Januar 2008 eingereicht. Es beurteilt sich gemäss Art. 126 Abs. 1 AuG unbestrittenermassen noch nach dem inzwischen aufgehobenen Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; BS 1 121) und die dazu gehörige Verordnung (ANAV; AS 1949 228).*

*1.3 Der Beschwerdeführer hat aufgrund seiner Ehe mit einer Schweizerin gestützt auf Art. 7 Abs. 1 ANAG grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Ein analoger Anspruch besteht zudem aufgrund des in Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV garantierten Rechts auf Achtung des Familienlebens, wenn nahe Angehörige - wie vorliegend die Ehefrau sowie seine Töchter aus erster Ehe - über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügen und die familiäre Beziehung tatsächlich gelebt wird und intakt ist (vgl. BGE 135 I 143 E. 1.3.1 S. 146 mit Hinweis).*

*Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist demzufolge einzutreten. Ob die Bewilligung verweigert werden durfte, betrifft nicht das Eintreten, sondern bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (vgl. BGE 128 II 145 E. 1.1.5 S. 150 mit Hinweisen).*

*1.4 Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist daher weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt u.a. hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten. Das Bundesgericht prüft solche Rügen nur, wenn sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden sind (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 mit Hinweisen).*

*1.5 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts*

kann nur gerügt bzw. vom Bundesgericht von Amtes wegen berichtigt oder ergänzt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 97 Abs. 1 bzw. Art. 105 Abs. 2 BGG). Eine entsprechende Rüge, welche rechtsgenüßlich substantiiert vorzubringen ist (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.), setzt zudem voraus, dass die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG).

## 2.

2.1 Der Anspruch des ausländischen Ehegatten eines Schweizer Bürgers auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erlischt, wenn ein Ausweisungsgrund vorliegt (Art. 7 Abs. 1 Satz 3 ANAG). Gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG kann ein Ausländer aus der Schweiz oder aus einem Kanton ausgewiesen werden, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft wurde. Ebenso kann er ausgewiesen werden, wenn sein Verhalten im Allgemeinen und seine Handlungen darauf schliessen lassen, dass er nicht gewillt oder nicht fähig ist, sich in die im Gaststaat geltende Ordnung einzufügen (Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG). Der Ausländer erfüllt auch dann einen Ausweisungsgrund, wenn er oder eine Person, für die er zu sorgen hat, der öffentlichen Wohltätigkeit fortgesetzt und in erheblichem Mass zur Last fällt (Art. 10 Abs. 1 lit. d ANAG). Fallen mehrere Ausweisungsgründe in Betracht, die je für sich allein genommen die Ausweisung noch nicht zu rechtfertigen vermögen, so ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen; es ist denkbar, dass das Gesamtverhalten des Ausländers zur genannten fremdenpolizeilichen Massnahme Anlass gibt (vgl. Urteile 2C\_43/2009 vom 4. Dezember 2009 E. 2.1; 2C\_329/2009 vom 14. September 2009, E. 4.2.1; je mit Hinweisen).

2.2 Die Ausweisung soll jedoch nur verfügt werden, wenn sie nach den gesamten Umständen angemessen erscheint (Art. 11 Abs. 3 ANAG). Für die Beurteilung der Angemessenheit, d.h. der Verhältnismässigkeit (vgl. BGE 125 II 521 E. 2a S. 523) der Ausweisung, erklärt Art. 16 Abs. 3 ANAV namentlich als wichtig die Schwere des Verschuldens des Ausländers, die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz und die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile. Da bei der vorzunehmenden Interessenabwägung die persönlichen und familiären Verhältnisse zu berücksichtigen sind, hält eine im Sinne von Art. 11 Abs. 3 ANAG verhältnismässige Ausweisung grundsätzlich auch vor Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) stand.

2.3 Je länger ein Ausländer in der Schweiz gelebt hat, desto strengere Anforderungen sind an seine Ausweisung zu stellen. Eine solche ist zwar selbst bei Ausländern der "zweiten Generation", die in der Schweiz geboren sind und hier ihr ganzes bisheriges Leben verbracht haben, nicht ausgeschlossen; es ist davon jedoch nur zurückhaltend Gebrauch zu machen. Die Ausweisung fällt bei ihnen namentlich in Betracht, wenn sie besonders schwere Gewalt-, Sexual- oder Betäubungsmitteldelikte begangen haben bzw. hier wiederholt straffällig geworden sind (vgl. BGE 130 II 176 E. 4.4.2 S. 190; 125 II 521 E. 2b S. 523 f.; 122 II 433 E. 2 u. 3 S. 435 ff.). Ähnliches gilt, falls es sich beim Betroffenen zwar nicht um einen Ausländer der "zweiten Generation" im eigentlichen Sinn handelt, aber doch um eine Person, die bereits ausgespro-

*chen lange hier lebt. Solche Ausländer dürfen in der Regel ebenfalls nicht schon wegen eines einzelnen Delikts ausgewiesen werden, sondern nur bei wiederholten Straftaten von einigem Gewicht, insbesondere falls eine sich zusehends verschlechternde Situation besteht, d.h. der Ausländer - statt sich zu bessern - mit der deliktischen Tätigkeit fortfährt und sich namentlich immer schwerere Straftaten zu Schulden kommen lässt (Urteil 2C\_745/2008 vom 24. Februar 2009 E. 4.2 mit Hinweisen).*

3.

*3.1 Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 5. Dezember 2007 wegen mehrfachen Diebstahls, mehrfachen Betrugs, mehrfachen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage, Nötigung, mehrfacher einfacher Körperverletzung (teilweise im Notwehrexzess), mehrfacher Sachbeschädigung, mehrfacher Drohung sowie Tötlichkeiten zu 22 Monaten Freiheitsstrafe, davon elf Monate mit bedingtem Strafvollzug, verurteilt (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.2). Damit ist der Ausweisungsgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ohne Weiteres erfüllt (vgl. etwa die Urteile 2C\_18/2009 vom 7. September 2009 E. 2.1; 2C\_745/2008 vom 24. Februar 2009 E. 5.1).*

*Der Betreibungsregisterauszug des Beschwerdeführers vom 25. November 2010 weist zwölf Beteiligungen in der Höhe von Fr. 11'681.15 sowie 39 offene Verlustscheine in der Höhe von Fr. 122'006.60 aus (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.3.2.2). Gestützt darauf und mit Blick auf die vom Beschwerdeführer zwischen 1995 und 2006 begangenen weniger schwerwiegenden Gesetzesverstösse, welche zu weiteren strafrechtlichen Verurteilungen führten, muss somit in Übereinstimmung mit der Vorinstanz auch der Ausweisungsgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG als erfüllt betrachtet werden.*

*Schliesslich hat die Vorinstanz festgestellt, dass der Beschwerdeführer zwischen 2002 und 2009 von der Sozialhilfe Basel-Stadt mit Fr. 161'399.30 und von der Sozialhilfe Riehen mit Fr. 30'619.60 unterstützt worden ist und damit auch den Ausweisungsgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. d ANAG erfüllt (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.4). Der Beschwerdeführer stellt nicht (mehr) in Abrede, dass der Tatbestand von Art. 10 Abs. 1 lit. d ANAG gegeben ist (vgl. Beschwerdeschrift Rz. 35), so dass vorliegend auch der Ausweisungsgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. d ANAG als erfüllt zu betrachten ist.*

*3.2 Entscheidend für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Ausweisung bleibt aber die Verhältnismässigkeitsprüfung, die gestützt auf die wesentlichen Umstände des Einzelfalls vorzunehmen ist (vgl. BGE 125 II 521 E. 2b S. 523 f. mit Hinweisen).*

*3.3 Das öffentliche Interesse an der Ausweisung des Beschwerdeführers lässt sich wie folgt umschreiben:*

*3.3.1 Der Beschwerdeführer ist in der Schweiz wiederholt straffällig geworden. Sein Verschulden kann nicht als gering bezeichnet werden, insbesondere in Anbetracht der Verurteilung durch das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt vom 5. Dezember 2007 zu 22 Monaten Freiheitsstrafe (vgl. E. 3.1 hiervoor). Der Beschwerdeführer scheint zu verkennen, dass Ausgangspunkt und Massstab für die Schwere des Verschuldens und die fremdenpolizeiliche Interessenabwägung die vom Strafrichter*

verhängte Strafe ist (BGE 129 II 215 E. 3.1 S. 216). Immerhin hat aber das Appellationsgericht dem Beschwerdeführer den teilbedingten Strafvollzug gewährt und festgestellt, es könne "gerade noch eine günstige Prognose" gestellt werden (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.2.2.3).

3.3.2 Zuungunsten des Beschwerdeführers spricht der Umstand, dass er sich durch frühere, bedingt ausgesprochene Strafen (Urteil des Strafgerichtspräsidenten Basel-Stadt vom 27. Oktober 1995 wegen einfacher Körperverletzung unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren zu einer bedingten Freiheitsstrafe von zwei Monaten) nicht hat beeindrucken lassen und weiter delinquent hat (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.2.2.5). Erschwerend fällt zudem ins Gewicht, dass der Beschwerdeführer sich auch durch diverse Verwarnungen der zuständigen Migrationsämter nicht hat von deliktischer Tätigkeit abhalten lassen.

Bei näherer Betrachtung seines deliktischen Verhaltens fällt zu Gunsten des Beschwerdeführers freilich auf, dass er seit Juni 2004 nicht mehr strafrechtlich in Erscheinung getreten ist (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.2.2.4). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz darf dieser Umstand durchaus auf die stabilisierende Wirkung der Beziehung zu seiner neuen Ehefrau und deren Töchter zurückgeführt werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass im Zeitpunkt der (letzten) Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers am 10. März 2006 durch den Bereich Dienste das deliktische Verhalten des Beschwerdeführers den Behörden bekannt war, da diese Kenntnis von der Anklageschrift hatten. Gleichwohl besteht nach wie vor eine gewisse Gefahr, dass der Beschwerdeführer innert mittlerer bis längerer Frist erneut straffällig werden könnte. Die Rückfallgefahr erscheint aber weniger gross als von der Vorinstanz angenommen; darauf weist auch der Umstand, dass der Beschwerdeführer den unbedingten Teil seiner Strafe in Form des "Electronic Monitoring" verbüsst hat. Nicht entscheidrelevant ist hier das von der Vorinstanz erwähnte hängige Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer wegen Sozialhilfebetrug, da das Verfahren noch hängig ist (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.2.2.4).

3.3.3 Die Vorinstanz stützt ihren Entscheid weiter auf die Tatsache ab, dass gegen den Beschwerdeführer namhafte Beteiligungen eingeleitet worden seien und diverse Verlustscheine vorlägen (vgl. auch E. 3.1 hiavor). Es handelt sich hier um eine beträchtliche und keineswegs zu verharmlosende Verschuldung und der Vorinstanz ist zuzustimmen, wenn sie ausführt, der Beschwerdeführer habe "schlicht seinen Lebensstandard und allenfalls denjenigen seiner damaligen Familie nicht seinen finanziellen Möglichkeiten angepasst". Allerdings räumt auch die Vorinstanz ein, dass sich zwischen 2004 und 2010 der Gesamtbetrag der offenen Verlustscheine bloss um gut Fr. 1'000.-- erhöht hat (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.3.2.3). Richtig ist, dass der Beschwerdeführer seine Schulden nicht abzubauen vermochte, doch sind diese immerhin auch nicht weiter angewachsen. Auch hier ist festzustellen, dass mit der Heirat des Beschwerdeführers im Frühling 2010 eine gewisse Stabilisierung seiner Lebensumstände eingetreten ist. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sind die künftigen Aussichten, den Schuldenberg allenfalls abtragen zu können, denn auch nicht zum vornherein schlecht: Der Beschwerdeführer hat sich nachweislich um Arbeit bemüht und seine Ehefrau ist erwerbstätig. Die Eheleute bemühen sich zudem mit dem Aufbau einer Brockenstube, eine dauerhafte wirtschaftliche Existenz aufzubauen. Der Vorwurf der Vorinstanz, es handle sich um ein "wenig chancenreiches Projekt" und die Eheleute seien ein "unnötiges Risiko" eingegangen (vgl. angefoch-

tener Entscheid E. 4.3.2.3), lässt sich aufgrund der vorliegenden Akten nicht ohne Weiteres erhärten. Zwar sind auch in den Jahren 2008 bis 2010 mehrere Beteiligungen gegen den Beschwerdeführer eingeleitet worden (total rund Fr. 8'600.--), doch ist unübersehbar, dass der grösste Teil der Verschuldung entstanden ist, als der Beschwerdeführer noch mit seiner ersten Familie zusammen lebte. Schliesslich ist auch hier zu berücksichtigen, dass im Zeitpunkt der (letzten) Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers am 10. März 2006 die Schuldsituation des Beschwerdeführers den Migrationsbehörden bekannt war (vgl. Urteile 2C\_329/2009 vom 14. September 2009 E. 4.2.2 und 4.2.3; 2A.620/2002 vom 7. August 2003 E. 3.5).

3.3.4 Keine entscheidende Bedeutung kann den von der Vorinstanz erwähnten zwischen 1998 und 2003 begangenen geringfügigeren Delikten (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.3.3) zukommen, da aus dem Strafregister entfernte Urteile dem Betroffenen in der Regel nicht mehr entgegengehalten werden dürfen (vgl. BGE 135 I 71 E. 2.10 S. 76 mit Hinweisen). Für die ausländerrechtliche Interessenabwägung ist das Verwertungsverbot zwar insofern zu relativieren, als es den Fremdenpolizeibehörden nicht verwehrt ist, strafrechtlich relevante Daten, die sich in ihren Akten befinden oder ihnen anderweitig bekannt sind bzw. werden, selbst nach deren Löschung im Strafregister in die Beurteilung des Verhaltens des Ausländers während seiner gesamten Anwesenheit in der Schweiz einzubeziehen; dabei kann aber selbstverständlich weit zurückliegenden Straftaten in der Regel keine grosse Bedeutung mehr zukommen (Urteil 2C\_43/2009 vom 4. Dezember 2009 E. 3.3.1 mit Hinweisen).

3.3.5 In Bezug auf die Sozialhilfeabhängigkeit hat die Vorinstanz festgestellt, dass der Beschwerdeführer seit dem 1. Juli 2009 zusammen mit seiner Ehefrau und deren beiden minderjährigen Töchtern in einem gemeinsamen Haushalt wohnt und seither keine Sozialhilfeleistungen mehr bezieht (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.4.3.3). Gemäss bundesgerichtlicher Praxis ist neben den bisherigen und den aktuellen Verhältnissen jedoch auch die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung auf längere Sicht abzuwägen. Ein Widerruf soll in Betracht kommen, wenn eine Person hohe finanzielle Unterstützungsleistungen erhalten hat und nicht damit gerechnet werden kann, dass sie in Zukunft für ihren Lebensunterhalt sorgen wird (BGE 119 Ib 1 E. 3b S. 6; 123 II 529 E. 4 S. 533; Urteil 2C\_74/2010 vom 10. Juni 2010 E. 3.4). Aufgrund der bestehenden knappen Einkommenssituation bestreitet der Beschwerdeführer nicht (mehr), dass die Befürchtung, er könnte wieder sozialhilfeabhängig werden, berechtigt ist. Er macht aber geltend, es treffe ihn kein Verschulden an der Sozialhilfeabhängigkeit (vgl. Beschwerdeschrift Ziff. 35).

Entscheidend ist hier, ob und inwieweit den Beschwerdeführer ein Verschulden an seiner Sozialhilfebedürftigkeit trifft; dies ist praxisgemäss im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu untersuchen (Urteil 2C\_74/2010 vom 10. Juni 2010 E. 3.4). Zwar sprechen gewisse Umstände für ein Selbstverschulden des Beschwerdeführers (z.B. Führerausweisentzug während Anstellung als Chauffeur), doch berücksichtigt die Vorinstanz die gesundheitlichen Probleme des Beschwerdeführers (Rückenbeschwerden, Operation in Riehen bzw. der Türkei, Diabetes) und dessen Chancen auf dem Arbeitsmarkt insgesamt zu wenig: So hat denn auch das Sicherheitsdepartement in einem Rapport vom 2. März 2006 erkannt, dass der Beschwerdeführer als ungelernter, älterer, ausländischer Hilfsarbeiter auf dem Arbeitsmarkt benachteiligt sei. Gestützt auf diesen Rapport hat das Sicherheitsdepartement am 10. März 2006



die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers verlängert, weil es eine Rückkehr des - damals im Übrigen noch nicht mit einer Schweizerin verheirateten - Beschwerdeführers für unverhältnismässig hielt.

3.3.6 Zusammenfassend besteht damit ein recht erhebliches öffentliches Interesse, den Beschwerdeführer von der Schweiz fernzuhalten. Allerdings haben sich die in Frage kommenden Widerrufsgünde (Art. 10 Abs. 1 lit. a, b und d ANAG) teilweise bereits vor mehreren Jahren verwirklicht und es ist eine gewisse, wenn auch nicht überaus deutliche Stabilisierung der Lebensumstände des Beschwerdeführers durch die Heirat und das Zusammenleben mit seiner Schweizer Ehefrau erkennbar.

3.4 Dem öffentlichen Interesse an einer Ausweisung sind die privaten Interessen des Beschwerdeführers, in der Schweiz zu verbleiben, gegenüberzustellen:

3.4.1 Der Beschwerdeführer ist Ende 1983 als 28-jähriger in die Schweiz gelangt. Er hat 28 Jahre und damit die Hälfte seines Lebens in der Schweiz verbracht. Nach eigenen Angaben hat er in der Türkei kein familiäres Netz mehr und ist - abgesehen von Aufenthalten zur gesundheitlichen Behandlung - nicht mehr dorthin zurückgekehrt. Sein Lebensmittelpunkt befindet sich eindeutig in der Schweiz.

3.4.2 Wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, würde den Beschwerdeführer eine Rückkehr in die Türkei hart treffen: Insbesondere leben seine - inzwischen volljährigen - vier Kinder aus erster Ehe, die er regelmässig besucht, alle in der Schweiz. Stark ins Gewicht fällt zudem die Tatsache, dass sich der Beschwerdeführer am 19. Februar 2010 mit der Schweizer Bürgerin XZ.\_\_\_\_\_ verheiratet hat. Diese hat zwei minderjährige Töchter, zu welchen der Beschwerdeführer eine enge Beziehung pflegt. Die Ehefrau hat keinen erkennbaren Bezug zur Türkei, weshalb es ihr und ihren Töchtern nicht zumutbar erscheint, ihrem Ehemann in dessen Heimatland zu folgen. Die Vorinstanz hat im Weiteren festgestellt, dass keine Umgehungssehe vorliegt und sich die Ehegatten im vorliegenden Verfahren auf Art. 8 EMRK berufen können (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.3.3).

3.5 Wird das öffentliche Interesse an der Ausweisung des Beschwerdeführers gegen dessen privates Interesse, in der Schweiz zu bleiben, abgewogen, so vermag der angefochtene Entscheid nicht zu überzeugen:

3.5.1 Die Ausweisung ist gemäss bundesgerichtlicher Praxis nach langjähriger Anwesenheit (vgl. E. 2.3 hiervor) vor allem angezeigt bei wiederholten Straftaten von einigem Gewicht und falls eine sich zusehends verschlechternde Situation besteht, d.h. der Ausländer mit der deliktischen Tätigkeit fortfährt und sich namentlich immer schwerere Straftaten zu Schulden kommen lässt (Urteil 2C\_745/2008 vom 24. Februar 2009 E. 5.4.1 mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt, da der Schwerpunkt der Delinquenz im Jahr 2004 lag und der Beschwerdeführer seither nicht mehr strafrechtlich in Erscheinung getreten ist (vgl. E. 3.3.2 hiervor). Das Bundesgericht verfolgt in Übereinstimmung mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) vorab im Zusammenhang mit dem Betäubungsmittelhandel sowie mit Gewaltdelikten und solchen gegen die sexuelle Integrität eine strenge Praxis (BGE 125 II 521 E. 4a S. 526 f.; 122 II 433 E. 2 und 3 S. 436 ff.). Der Beschwerdeführer erfüllte vorliegend keine Straftatbestände in den Deliktkategorien Betäubungsmittel und sexuelle Integrität. Bei den begangenen Gewaltdelikten handelt es sich zwar nicht um unbedeutende Straftaten, doch liegen

diese bereits einige Zeit zurück und erscheinen nicht als besonders gravierend. Aber auch beim Ausweisungsgrund der Fürsorgeabhängigkeit (vgl. BGE 119 Ib 1 E. 4 S. 7 f.) bzw. jenem der Verschuldung (so das Urteil 2A.131/1998 vom 9. Juli 1998 E. 3c) sind die Anforderungen, welche an die Zulässigkeit einer Ausweisung zu stellen sind, bei sehr langer Aufenthaltsdauer in der Schweiz streng (Urteil 2C\_329/2009 vom 14. September 2009 E. 4.2.5).

Insbesondere auch im Hinblick auf Art. 8 EMRK und die entsprechende Rechtsprechung des EGMR ist es unter dem Gesichtspunkt der Dauer der Anwesenheit bzw. der persönlichen und familiären Nachteile grundsätzlich angezeigt, bei Ausländern, die in der Schweiz aufgewachsen sind oder hier einen Grossteils ihres Lebens verbracht haben, von der Ausweisung nur zurückhaltend Gebrauch zu machen (vgl. etwa Urteile des EGMR vom 18. Oktober 2006 i.S. Üner gegen die Niederlande, Nr. 46410/99; vom 22. Mai 2008 i.S. Emre gegen die Schweiz, Nr. 42034/04 sowie vom 23. Juni 2008 i.S. Maslov gegen Österreich, Nr. 1638/03).

3.5.2 Es mutet deshalb etwas widersprüchlich an, die Ausweisung relativ spät und ausgerechnet in einem Zeitpunkt zu verfügen, in dem der Beschwerdeführer - unter dem Einfluss der Heirat und dem Zusammenleben mit seiner neuen Ehefrau - sowohl verhaltensmässig wie auch in finanzieller Hinsicht erste Anzeichen einer Besserung zeigt und mit seiner Familie als einigermaßen integriert gelten kann. Berücksichtigt man zudem die nachteiligen Folgen für die Ehefrau und deren Töchter, so erscheint die Ausweisung des Beschwerdeführers als unverhältnismässig. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz (vgl. angefochtener Entscheid E. 5.5.3) kann dem Beschwerdeführer bzw. seiner Ehefrau auch nicht entgegengehalten werden, sie seien die Beziehung zu einem Zeitpunkt eingegangen, als ein weiterer Aufenthalt des Beschwerdeführers bereits ungewiss war. Dies mag zwar in Bezug auf die Heirat im Jahr 2010 zutreffen, doch besteht die Beziehung seit spätestens Juli 2006, gemäss Angaben des Beschwerdeführers sogar seit Januar 2004. Die Vorinstanz hat denn auch festgestellt, dass der Beschwerdeführer und seine heutige Ehefrau ab Juli 2006 (mit Unterbrüchen) zusammen wohnten. Da dem Beschwerdeführer am 10. März 2006 die Aufenthaltsbewilligung letztmals verlängert worden war, musste seine heutige Ehefrau zu Beginn der Beziehung nicht unbedingt mit der baldigen Ausweisung rechnen.

3.5.3 Da sich die Widerrufsgründe teilweise vor längerer Zeit verwirklicht haben und inzwischen dank der Beziehung zu seiner Ehefrau eine gewisse Stabilisierung (bezüglich strafbarem Verhalten, Verschuldung bzw. Ablösung von Sozialhilfe) eingetreten ist, erweist sich die Ausweisung und damit die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung - namentlich aufgrund des langjährigen Aufenthalts des Beschwerdeführers in der Schweiz - insgesamt als unverhältnismässig. Der Beschwerdeführer muss sich aber sagen lassen, dass er bei weiterem Fehlverhalten die Schweiz wohl definitiv verlassen müsste. Sollte etwa die laufende Untersuchung betr. Sozialhilfebetrug (vgl. E. 3.3.2 hiervor) zu einer Verurteilung führen oder eine beträchtliche Neuverschuldung eintreten, so wären weitere ausländerrechtliche Sanktionen nicht auszuschliessen.

#### 4.

4.1 Mithin verstösst der angefochtene Entscheid gegen Bundesrecht und ist in Gutheissung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten aufzuheben. Das

*Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt ist anzuweisen, die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführers zu verlängern.*

*4.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Hingegen hat der Kanton Basel-Stadt den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 BGG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird damit gegenstandslos. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im vorinstanzlichen Verfahren hat das Appellationsgericht neu zu entscheiden.*

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

1.

*Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird gutgeheissen, und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht vom 28. April 2011 wird aufgehoben. Das Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt wird angewiesen, die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers zu verlängern.*

2.

*Es werden keine Kosten erhoben.*

3.

*Der Kanton Basel-Stadt hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.-- zu entschädigen.*

4.

*Die Sache geht an das Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht zu neuem Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im vorinstanzlichen Verfahren.*

5.

*Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird als gegenstandslos abgeschlossen.*

## **Gericht für Strafsachen**

Das Gericht für Strafsachen beurteilt erstinstanzlich von der Staatsanwaltschaft überwiesene Anklagen sowie Einsprachen gegen Strafbefehle der Staatsanwaltschaft. Die wichtigsten gesetzlichen Grundlagen sind das Schweizerische Strafgesetzbuch und die Schweizerische Strafprozessordnung sowie eidgenössische und kantonale Nebenstrafgesetze. Ausserdem entscheidet das Strafgericht als Zwangsmassnahmengericht über die Anordnung und Verlängerung von Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft sowie über Überwachungsmaßnahmen (z.B. Telefonüberwachung). Die Präsidentinnen und Präsidenten rotieren im jährlichen Turnus innerhalb der verschiedenen Abteilungen (ordentliches Verfahren, Einspracheverfahren, Zwangsmassnahmengericht).

## **Tätigkeiten und Projekte**

### **Eidgenössische Strafprozessordnung**

Am 1. Januar 2011 trat die eidgenössische Strafprozessordnung (StPO) in Kraft, die sich auf das Strafgericht sowohl in juristischer als auch in organisatorischer Hinsicht erheblich auswirkte.

So werden Strafbefehle nicht mehr wie bis anhin von den Strafbefehlsrichtern des Strafgerichts, sondern von der Staatsanwaltschaft ausgestellt, was zur Folge hatte, dass die Mitarbeitenden der Kanzlei Strafbefehle per anfangs Jahr vom Strafgericht zur Staatsanwaltschaft wechselten und die Kanzlei beim Strafgericht aufgehoben wurde. Neu können im Strafbefehlsverfahren Strafen von bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe bzw. bis zu 180 Tagessätzen Geldstrafe ausgesprochen werden, während die Kompetenz der Strafbefehlsrichter des Strafgerichts noch auf drei Monate Freiheits- bzw. 90 Tagessätze Geldstrafe beschränkt war. Nach wie vor zuständig ist das Strafgericht für die Beurteilung von Einsprachen gegen Strafbefehle.

Da im Strafbefehlsverfahren höhere Strafen als bisher verhängt werden können, fallen für das Strafgericht im ordentlichen Verfahren diejenigen Fälle mit Strafen von über drei bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe bzw. zwischen 91 und 180 Tagessätzen Geldstrafe weg. Wir haben deshalb von vornherein mit einem gewissen Rückgang der Fallzahlen im ordentlichen Verfahren gerechnet. Jedoch wurden uns im Berichtsjahr von der Staatsanwaltschaft noch viel weniger Fälle überwiesen als erwartet. So gingen 2011 nur gerade 221 Anklagefälle ein (sowie 358 Anklagen zufolge Einsprache gegen einen Strafbefehl), während es 2010 noch 741 und 2009 gar 905 Fälle waren.

Dieser massive Rückgang der überwiesenen Fälle ist allerdings nur etwa im Umfang von 20-25% in der höheren Strafbefehlskompetenz begründet. Ein weiterer Grund dürfte darin liegen, dass sich die Staatsanwaltschaft auf die neue Strafprozessordnung einstellen musste und die Durchführung der Vorverfahren nach den neuen gesetzlichen Bestimmungen aufwändiger geworden ist als unter Geltung der baselstädtischen Strafprozessordnung. Diese Situation ist im Kanton Basel-Stadt nicht einzigartig. Auch im Kanton Basel-Landschaft wurden dem Strafgericht von der Staatsanwaltschaft im Jahre 2011 viel weniger Fälle überwiesen als in den Jahren zuvor. Ein Trend zu generell tieferen Fallzahlen lässt sich allerdings daraus keineswegs ableiten. Ohne grundsätzliche Veränderungen im Anzeigeverhalten oder im Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden werden sich die Fall-

zahlen wieder im Bereich der früheren Werte – abzüglich der erwähnten 20-25% wegen der Erhöhung der Strafbefehlskompetenz – einpendeln.

Die im Berichtsjahr eingegangenen 358 Anklagen auf Einsprachen gegen (neurechtliche) Strafbefehle entsprechen nur gerade knapp der Hälfte des langjährigen Durchschnitts. Die Abnahme der Einsprachefälle ist vor allem darauf zurückzuführen, dass von der Staatsanwaltschaft im Jahre 2011 lediglich rund 11'500 Strafbefehle ausgestellt wurden, während das Strafgericht in den früheren Jahren jeweils zwischen 20'000 und 30'000 Verzeigungen pro Jahr zu beurteilen hatte.

Es ist auch hier noch zu früh, um daraus einen allgemeinen Trend abzuleiten, umso mehr als die Einsprachen in den letzten beiden Monaten des Berichtsjahres wieder deutlich zugenommen haben. Wir gehen davon aus, dass die Zahl der Strafbefehle wie früher wieder auf zwischen 20'000 und 30'000 ansteigen wird; dann wird auch die Anzahl der Einsprachen mindestens wieder den langjährigen Durchschnitt erreichen, wobei wir bei den von der Staatsanwaltschaft ausgestellten Strafbefehlen sogar mit einer etwas höheren Einsprachequote rechnen als in der Zeit, in der die Strafbefehle noch von den Strafbefehlsrichtern des Strafgerichts erlassen wurden.

Zu vermerken ist ausserdem, dass noch 176 altrechtliche Einsprachefälle beurteilt wurden.

Infolge der Abnahme der 2011 eingegangenen Fälle konnten Rückstände aus den früheren Jahren aufgearbeitet werden. Allerdings reduzierte sich die Summe der Verhandlungshalbtage, die ein viel zuverlässigerer Massstab für die Arbeitsbelastung des Strafgerichts darstellt als die blossen Fallzahlen, viel weniger stark, als dies aufgrund der rückläufigen Eingänge eigentlich zu erwarten gewesen wäre. So fanden im Jahre 2011 im ordentlichen Verfahren während 680 Halbtagen Gerichtsverhandlungen statt (langjähriger Durchschnitt rund 800 Halbtage), während es bei den Einsprachefällen 96 Halbtage waren (langjähriger Durchschnitt 125 Halbtage).

Dies ist darin begründet, dass es sich bei den uns überwiesenen Verfahren vielfach um sehr umfangreiche und komplexe Fälle mit entsprechend grossem Verhandlungs- und Beratungsaufwand handelte. Dies wird auch daraus ersichtlich, dass 2011 rund CHF 200'000.-- mehr an Honoraren für unentgeltliche Verteidigungen ausgerichtet werden mussten als 2010, obwohl die Zahl der unentgeltlichen Verteidigungen insgesamt wie auch die Fallzahlen abgenommen hat.

Ob und in welchem Umfang die neue Strafprozessordnung einen Einfluss auf die Verhandlungsdauer hat, lässt sich nach bloss einem Jahr jedenfalls noch nicht zuverlässig beurteilen.

Keine Auswirkung auf die Arbeitsbelastung des Strafgerichts hatte bisher die Möglichkeit der Fallerledigung im abgekürzten Verfahren, ist doch dieses Verfahren im Berichtsjahr nur gerade in zwei Fällen zur Anwendung gekommen.

Wegen des Rückgangs der an uns überwiesenen Fälle ergaben sich bisher keine Probleme, die neue Ordnungsvorschrift von Art. 84 Abs. 4 StPO, wonach das begründete Urteil den Parteien innerhalb von 60 Tagen, ausnahmsweise innerhalb von 90 Tagen, zugestellt werden muss, einzuhalten. Ob das auch noch möglich sein wird, wenn die Fallzahlen wieder ansteigen – und das werden sie zweifellos –, oder ob dies nur mit zusätzlichen Gerichtsschreiber/innen-Stellen erreicht werden kann, wird sich weisen.

Verschiedene Änderungen gab es auch im Hafttrichterverfahren, das neu Zwangsmassnahmengericht heisst. Es können zwar jetzt mehr Fälle als früher statt mit einer Verhandlung im schriftlichen Verfahren erledigt werden, doch ist das schriftliche Verfahren kaum weniger aufwändig als eine Verhandlung. Insgesamt ist die Zahl der beurteilten Fälle von 638 im Vorjahr auf 726 angestiegen.

Nicht mehr zuständig ist das Strafgericht für die Beurteilung von Rekursen gegen Einstellungsbeschlüsse und gegen Verfügungen der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren. Diese Fälle werden neu vom Beschwerdegericht, d.h. vom Appellationsgericht, behandelt. Im Berichtsjahr mussten allerdings von der Rekurskammer des Strafgerichts noch insgesamt 43 Fälle beurteilt werden, die bis Ende 2010 eingegangen sind.

Die neue Strafprozessordnung hatte schliesslich auch ganz erhebliche Auswirkungen auf die Einnahmen des Strafgerichts aus Bussen und Geldstrafen: Da wir keine Strafbefehle mehr ausstellen – wie erwähnt, waren dies in den vergangenen Jahren jeweils zwischen 20'000 und 30'000 jährlich – und da auch die Fälle mit Strafen zwischen über drei bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe bzw. zwischen 91 und 180 Tagessätzen neu durch die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren erledigt werden, wurden für 2011 im Vergleich zu 2010 bereits massiv weniger Einnahmen aus Geldstrafen und Bussen budgetiert. Wegen der unerwarteten Abnahme der eingegangenen Fälle fielen diese Einnahmen aber bei den Bussen noch weit tiefer als angenommen aus.

### **Geschäftskontrolle „Juris“, elektronische Akten**

Anfangs 2011 wurde auch beim Strafgericht, wie dies im Vorjahr schon bei den anderen Basler Gerichten geschehen ist, die neue Geschäftskontrolle „Juris“ eingeführt und die veraltete Geschäftskontrolle „Gevor“ abgelöst. Obwohl Juris schon bei zahlreichen Gerichten in anderen Kantonen in Betrieb ist, lief das System nicht von Anfang an perfekt. Vielmehr mussten wir, obwohl wir die Einführung sehr intensiv vorbereitet hatten, am Anfang mit recht erheblichen Schwierigkeiten kämpfen. Mittlerweile funktioniert zwar das System zufriedenstellend, aber es müssen immer wieder Anpassungs- und Verbesserungsarbeiten vorgenommen werden, die teilweise sehr zeitintensiv sind und bei uns nicht unbeachtliche Personalressourcen binden.

Zusammen mit Juris wurde auch ein elektronisches Dokumentenmanagement-System in Betrieb genommen: Seit anfangs 2011 werden die Akten nicht nur in Papierform, sondern vollständig auch in elektronischer Form geführt. Langfristiges Ziel wäre, irgendeinmal komplett auf Papierakten verzichten zu können und nur noch mit elektronischen Akten zu arbeiten.

Die Akten, die wir von der Staatsanwaltschaft erhalten – leider kann uns die Staatsanwaltschaft diese vorläufig nur physisch und nicht in elektronischer Form übermitteln – werden daher seit anfangs 2011 von den Weibern unmittelbar nach dem Eingang eingescannt und können dann im System elektronisch abgerufen werden. Sämtliche Schriftstücke, die im Laufe des Verfahrens dazu kommen, werden laufend in den Kanzleien eingescannt, so dass die Papierakten und die elektronischen Akten stets identisch sind.

Für das Aktenstudium durch die Richterinnen und Richter sowie durch die Advokatinnen und Advokaten brennen wir die elektronischen Akten auf CD's oder DVD's; in absehbarer Zeit sollen die CD's durch eine Webclient-Lösung ersetzt werden, mit der man auf die Akten nach Eingabe einer Benutzer-ID und eines Passwortes von überall her über einen Webbrowser zugreifen und sie studieren kann. Entgegen unseren ursprünglichen Befürchtungen stossen die elektronischen Akten sowohl bei den Richterinnen und Richtern als auch bei der Anwaltschaft auf sehr grosse Akzeptanz, und kaum jemand will die Akten mehr in Papierform lesen. Ein grosser Vorteil der elektronischen Akten ist die Möglichkeit, darin ganz einfach nach bestimmten Stichworten zu suchen; ausserdem können die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber bestimmte Passagen aus den elektronischen Akten direkt in die schriftliche Urteilsbegründung kopieren. Geplant ist ausserdem, dass die Präsidentinnen und Präsidenten mit einer speziellen Software eigene Aktenzusammenstellungen, z.B. für die Hauptverhandlung, anfertigen können.

Trotz aller Vorteile bleibt als Nachteil bestehen, dass mit elektronischen Akten sowohl die Juristinnen und Juristen und auch die Kanzleien einen grossen Teil ihrer Arbeitszeit am Bildschirm verbringen müssen, was nicht von allen Benutzerinnen und Benutzern gleichermaßen geschätzt wird.

## **Administratives**

Die laufenden Geschäfte wurden in einer Plenargerichtssitzung und sieben Präsidentenkonferenzen, durch Zirkulationsbeschlüsse sowie durch die vorsitzende Präsidentin und den Verwaltungschef erledigt.

Präsident lic. iur. Christian Hoenen und Präsidentin lic. iur. Eva Christ wurden im Laufe des Berichtsjahres ans Appellationsgericht gewählt und haben des Strafgericht per 30. September bzw. 31. Oktober 2011 verlassen. Präsident Hoenen wird nicht mehr ersetzt, so dass das Strafgericht seit 1. Oktober 2011 eine 100%-Präsidentenstelle weniger zur Verfügung hat; Grund für diese Reduktion ist der Wegfall der Rekurskammerfälle, für die neu die Beschwerdeinstanz des Appellationsgericht zuständig ist. Wie sich dies auf unseren Betrieb auswirken wird und ob wir auf die Dauer mit einer Präsidiumsstelle weniger alle Fälle zeitgerecht erledigen werden können, auch wenn die Fallzahlen wieder ansteigen, wird die Zukunft zeigen. Als Nachfolgerin für Präsidentin Christ, die ein 50%-Präsidium ausübte, wurde die langjährige Strafrichterinnen lic. iur. Susanne Nese gewählt. Sie wird ihr Amt am 1. Februar 2012 antreten.

# 1. Strafgericht

(ordentliches Verfahren)

<i>Fälle</i>	2011	2010
Unerledigte Fälle per Ende Vorjahr .....	280	427
Im Berichtsjahr neu eingegangene Fälle .....	221	741
<b>Total</b> .....	<b>501</b>	<b>1'168</b>

Erledigte Fälle im Berichtsjahr		
- davon 2 Fälle im abgekürzten Verfahren erledigt .....	389	871
Mit einem andern Fall zusammengelegte Fälle .....	15	17
Unerledigte Fälle per Ende Berichtsjahr .....	97	280
<b>Total</b> .....	<b>501</b>	<b>1'168</b>

<i>Personen</i>	2011	2010
Zur Beurteilung gekommene Personen .....	525	1'100

<i>Verhandlungen</i>	Anzahl Fälle		Sitzungs- Halbtage	
	2011	2010	2011	2010
Einzelrichter/in .....	237	690		
Dreiergericht .....	129	169		
Kammer .....	23	12		
<b>Total</b> .....	<b>389</b>	<b>871</b>	<b>680</b>	<b>884</b>

<i>Erledigungsarten</i>	2011	2010
Bedingte Freiheitsstrafen .....	109	187
Teilbedingte Freiheitsstrafen .....	22	27
Unbedingte Freiheitsstrafen .....	125	137
Bedingte Geldstrafen .....	162	494
Teilbedingte Geldstrafen .....	0	5
Unbedingte Geldstrafen .....	24	53
Nur Geldbussen .....	3	23
Bedingte gemeinnützige Arbeit .....	1	0
Unbedingte gemeinnützige Arbeit .....	2	10
Umgangnahme von Strafe .....	1	7
Verzicht auf Ausfällung einer Zusatzstrafe .....	1	0
Stationäre Massnahmen .....	15	17
Ambulante Massnahmen .....	6	3
Freisprüche .....	25	81
Einstellungen .....	15	32
Selbständige Konfiskations-, Vollzugs-, Widerrufs- und Bussenumwand- lungsverfahren etc. ....	14	24

<i>Unentgeltliche Verteidigungen in den im Berichtsjahr beurteilten Fällen</i>	247	316
--	-----	-----



## 2. Privatklagen

<i>Fälle</i>	<i>2011</i>	<i>2010</i>
Unerledigte Fälle per Ende Vorjahr .....	116	122
Im Berichtsjahr eingegangene Fälle .....	0	378
<b>Total .....</b>	<b>116</b>	<b>500</b>

Erledigte Fälle im Berichtsjahr .....	80	384
Unerledigte Fälle per Ende Berichtsjahr .....	36	116
<b>Total .....</b>	<b>116</b>	<b>500</b>

<i>Sitzungshalbtage</i>	<i>2011</i>	<i>2010</i>
<b>Gesamt .....</b>	<b>19</b>	<b>39</b>

<i>Erledigungsarten</i>	<i>2011</i>	<i>2010</i>
Bedingte Freiheitsstrafen .....	0	0
Teilbedingte Freiheitsstrafen .....	0	0
Unbedingte Freiheitsstrafen .....	0	1
Bedingte Geldstrafen .....	13	34
Teilbedingte Geldstrafen .....	0	0
Unbedingte Geldstrafen .....	3	7
Nur Geldbussen .....	3	14
Bedingte gemeinnützige Arbeit .....	0	0
Teilbedingte gemeinnützige Arbeit .....	0	0
Unbedingte gemeinnützige Arbeit .....	1	0
Umgangnahme von Strafe .....	0	0
Freisprüche (inkl. Klagabweisungen) .....	4	10
Vergleiche .....	8	14
Einstellungen .....	47	279
Abtretungen .....	1	25

### 3. Einsprachen

<i>Fälle</i>	<i>2011</i>
Unerledigte altrechtliche Fälle per Ende Vorjahr .....	187
Im Berichtsjahr eingegangene neurechtliche Fälle .....	358
<b>Total</b> .....	<b>545</b>

Erledigte altrechtliche Fälle per Ende Berichtsjahr .....	187
Erledigte neurechtliche Fälle per Ende Berichtsjahr .....	208
Unerledigte neurechtliche Fälle per Ende Berichtsjahr .....	150
<b>Total</b> .....	<b>545</b>

<i>Sitzungshalbtage (Vorjahr 90)</i>	<i>2011</i>
<b>Gesamt</b> .....	<b>96</b>

<i>Erledigungsarten (altrechtliche Einsprachen)</i>	<i>2011</i>
Unbedingte Freiheitsstrafen .....	5
Bedingte Geldstrafen .....	30
Teilbedingte Geldstrafen .....	0
Unbedingte Geldstrafen .....	7
Nur Geldbussen .....	94
Bedingte gemeinnützige Arbeit .....	2
Unbedingte gemeinnützige Arbeit .....	0
Umgangnahme von Strafe .....	1
Verzicht auf Ausfällung einer Zusatzstrafe .....	0
Freisprüche .....	37
Einstellung, Abtretung usw. ....	0
Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafen (Bussen) .....	0

<i>Erledigungsarten (neurechtliche Einsprachen)</i>	<i>2011</i>
Unbedingte Freiheitsstrafen .....	5
Bedingte Geldstrafen .....	21
Unbedingte Geldstrafen .....	2
Nur Geldbussen .....	11
Unbedingte gemeinnützige Arbeit .....	2
Freisprüche .....	12
Einstellung, Abtretung usw. ....	145
Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafen (Bussen) .....	1

## 4. Rekurskammer

<i>Fälle</i>	2011	2010
Unerledigte Fälle per Ende Vorjahr .....	43	50
Im Berichtsjahr eingegangene Fälle .....	3	81
<b>Total .....</b>	<b>46</b>	<b>131</b>

Erledigte Fälle im Berichtsjahr .....	42	88
Unerledigte Fälle per Ende Berichtsjahr .....	4	43
<b>Total .....</b>	<b>46</b>	<b>131</b>

*Hievon wurden behandelt:*

vom Präsidenten/von der Präsidentin der Rekurskammer .....	15	55
von der Rekurskammer (als Gesamtbehörde) .....	27	33
<b>Total .....</b>	<b>42</b>	<b>88</b>

*Die erledigten Geschäfte betrafen:*

21 (57)	Rekurse gegen die Einstellung des Verfahrens
0 (1)	Rekurs gegen die Motive im Einstellungsbeschluss
2 (2)	Rekurse gegen den Kostenentscheid im Einstellungsbeschluss
0 (1)	Rekurs gegen die Verwarnung und den Kostenentscheid
4 (6)	Entschädigungsforderungen für Strafverfolgungsmassnahmen
0 (1)	Rekurs gegen die teilweise Ablehnung der Parteientschädigung
7 (7)	Rekurse gegen Beschlagnahmeverfügung
0 (1)	Rekurse gegen die Verweigerung der Akteneinsicht
3 (6)	Rekurse gegen das Nichteintreten auf Anzeige
1 (3)	Verfahrensbeschwerden
1 (0)	Rekurs gegen die Verweigerung von Verteidigerrechte
0 (2)	Rekurs gegen die Verweigerung der Entfernung eines Einvernahmeprotokolls
1 (1)	Rekurs gegen das Notifikationsverbot
1 (0)	Rekurs gegen Ablehnung Ausstandsbegehren

## 5. Zwangsmassnahmengericht

<i>Mündliche Verhandlungen</i>	2011	2010
Anordnung von Untersuchungshaft .....	329	318
Anordnung von Sicherheitshaft .....	6	2
Anordnung von Untersuchungshaft Zoll .....	3	0
Verlängerung der Untersuchungshaft .....	3	184
Verlängerung der Sicherheitshaft .....	1	0
Entlassung aus dem Polizeigewahrsam .....	25	16
Entlassung aus der Untersuchungshaft .....	8	15
Entlassung aus der Sicherheitshaft .....	0	0
Gutheissung Entlassungsgesuch .....	5	0

Ablehnung Entlassungsgesuch .....	45	0
<b>Total .....</b>	<b>425</b>	<b>535</b>

<i>Schriftliche Verfahren</i>	2011	2010
Anordnung von Untersuchungshaft .....	0	0
Anordnung von Sicherheitshaft .....	125	0
Verlängerung der Untersuchungshaft .....	127	71
Verlängerung der Sicherheitshaft .....	43	0
Entlassung aus der Sicherheitshaft .....	1	0
Gutheissung Entlassungsgesuch .....	4	3
Ablehnung Entlassungsgesuch .....	0	27
Rückzüge Entlassungsgesuch .....	1	2
<b>Total .....</b>	<b>301</b>	<b>103</b>

<i>Zusammenfassung</i>	2011	2010
Anordnung von Untersuchungshaft .....	329	320
Anordnung von Sicherheitshaft .....	131	0
Anordnung von Untersuchungshaft Zoll .....	3	0
Verlängerung der Untersuchungshaft .....	130	255
Verlängerung der Sicherheitshaft .....	44	0
Entlassung aus dem Polizeigewahrsam .....	25	16
Entlassung aus der Untersuchungshaft .....	8	15
Entlassung aus der Sicherheitshaft .....	1	0
Gutheissung Entlassungsgesuch .....	9	3
Ablehnung Entlassungsgesuch .....	45	27
Rückzüge Entlassungsgesuch .....	1	2
<b>Total .....</b>	<b>726</b>	<b>638</b>

#### *Bewilligung von Überwachungen etc.*

33	(36)	Gesuche um Bewilligung der Post- und Telefonüberwachung usw.
1	(15)	Gesuch um Verlängerung der Telefonüberwachung
16	(11)	Gesuche um Bewilligung der Überwachung mittels GPS
1	(13)	Gesuch um Verlängerung der Überwachung mittels GPS
8	( 4)	Gesuch um Bewilligung des Einsatzes eines V-Mannes
111	(92)	Gesuche um Bewilligung von Randdatenerhebungen
4	( 0)	Gesuche um Bewilligung der Standortbestimmung
1	( 6)	Gesuche um Bewilligung der Videoüberwachung
0	( 4)	Gesuche um Verlängerung der Videoüberwachung
63	( 9)	Gesuche um Bewilligung der Verwendung nachträglicher Erkenntnisse/ Zufallsfunde
2	( 0)	Gesuche um Bewilligung der Notsuche (Standortbestimmung)
2	( 0)	Entsiegelungsgesuche

## 6. Weitere wichtige Zahlen

	<b>2011 CHF</b>	<b>2010 CHF</b>
Totalbeträge der ausgesprochen Geldbussen:		
a) durch das Strafgericht .....	115'620.00	227'900.00
b) durch den/die Einzelrichter/in in Privatklagesachen (alte StPO) .....	2'100.00	7'325.00
c) im Verzeigungsverfahren (alte StPO) .....	142'872.20	4'727'927.00
d) im Verfahren auf Einsprache gegen Straf- befehle der Staatsanwaltschaft (neue StPO) .....	4'160.00	0.00
<b>Total</b> .....	<b>264'752.00</b>	<b>4'963'152.00</b>

Totalbeträge der ausgesprochenen unbedingten Geldstrafen:		
a) durch das Strafgericht .....	314'760.00	268'426.00
b) durch den/die Einzelrichter/in in Privatklagesachen (alte StPO) .....	2'380.00	6'850.00
c) im Verzeigungsverfahren (alte StPO) .....	112'070.00	635'935.00
d) im Verfahren auf Einsprache gegen Straf- befehle der Staatsanwaltschaft (neue StPO) .....	6'600.00	0.00
<b>Total</b> .....	<b>435'810.00</b>	<b>911'211.00</b>

Ausgerichtet wurden:		
a) Unentgeltliche Verteidigungen / Opfervertretungen .....	2'028'717.26	1'792'768.63
b) Parteientschädigungen .....	166'566.71	462'747.75

Eingeleitet wurden:		
a) Betreibungen .....	1'326	1'565
b) Bussenumwandlungsverfahren nach altem StGB .....	0	139
c) Vollzugsverfügungen nach neuem StGB infolge nicht bezahlter Bussen / Geldstrafen .....	106	11'039