

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.52 vom 5. Februar 2017**

BS Appellationsgericht, 2017-02-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2016.52](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2016.52)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.52 du 5 février 2017

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.52 del 5 febbraio 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 25. Februar 2016 sowie den §§ 10 und 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VPRG; SG 270.100) und § 42 des Organisationsgesetzes (OG; SG 153.100). Zuständig zur Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 in Verbindung mit den §§ 88 Abs. 2 und 99 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG; SG 154.100]). Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Er ist deshalb gemäss § 13 VRPG zum Rekurs legitimiert.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat (vgl. statt vieler VGE VD.2016.154 vom 5. Januar 2017 E. 1.2, VD.2010.39 vom 28. April 2011 E. 1.1; jeweils mit Hinweisen). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines ausländerrechtlichen Entscheids durch das kantonale Gericht die tatsächlichen Verhältnisse massgebend, wie sie im Zeitpunkt des Gerichtsentscheids herrschen (vgl. BGE 127 II 60 E. 1b S. 63; BGer 2C\_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; VGE VD.2016.99 vom 7. November 2016 E. 1.3). Noven sind deshalb in diesem Fall zulässig, obwohl das Verwaltungsgericht grundsätzlich bloss eine nachträgliche Verwaltungskontrolle ausübt (vgl. VGE VD.2015.241 vom 21. September 2016 E. 1; VD.2011.115 vom 24. Oktober 2011 E. 1.2, VD.2010.39 vom 28. April 2011 E. 1.2).

### **E. 2**

2.1 In formeller Hinsicht hält der Rekurrent an der Rüge einer Verletzung seines rechtlichen Gehörs im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren fest. Zur Begründung macht er geltend, dass ihm im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs durch das Migrationsamt bloss der Entzug seiner Niederlassungsbewilligung wegen Verurteilung zu längerfristigen Haftstrafen gemäss Art. 63 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 62 lit. b Ausländergesetz (AuG; SR 142.20) in Aussicht gestellt worden sei. Demgegenüber sei der Entzug der Niederlassungsbewilligung mit der Verfügung vom 24. Juli 2014 schliesslich auf Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG in Verbindung mit Art. 80 Abs. 1 lit. a der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) und mithin auf einen Rechtsgrund gestützt worden, zu dem ihm das rechtliche Gehör nicht gewährt worden sei.

2.2 Der Auffassung des Rekurrenten kann nicht gefolgt werden. Wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat, dient der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung (BV; SR 101) in seiner doppelten Funktion einerseits der Sachaufklärung und andererseits als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass einer Entscheidung, welcher in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift (VGE VD.2015.247 vom 20. Juli 2016 E. 2.2, VD.2013.207 vom 17. Juli 2014 E. 2.2; jeweils mit weiteren Hinweisen). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Teilgehalte unter anderem das Recht auf Orientierung über das Verfahren und auf Äusserung zu allen rechtserheblichen Punkten vor dem Entscheid (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen, N 1010 ff.; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich 2013, N 214; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser,

### **E. 3**

Auflage, Basel 2014, N 317 ff.). Diese Gelegenheit nahm der bereits damals anwaltlich vertretene Rekurrent mit Eingabe vom 24. Februar 2014 wahr. Mit dieser Eingabe liess er die Erfüllung von Art. 63 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 62 lit. b AuG bestreiten, da seine Verurteilungen die Voraussetzungen für eine längerfristige Freiheitsstrafe nicht erfüllen würden, weshalb kein Rechtsgrund für einen Widerruf der Niederlassungsbewilligung vorliegen würde. Demgegenüber erwächst den Parteien nach Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich weder aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021) noch aus den verfassungsrechtlichen Minimalgarantien ein allgemeiner Anspruch auf vorgängige Anhörung zu Fragen der Rechtsanwendung. Ein Anhörungsrecht zu Rechtsfragen besteht nur ausnahmsweise dann, wenn der Betroffene vor ■überraschender Rechtsanwendung■ zu schützen ist (vgl. zum Ganzen BGE 116 V 182 E. 1. a S. 185, 114 Ia 97 E. 2. a S. 99; BVerfGE D-5718/2007 vom 7. April 2010 E. 5.3.1; Waldmann/Bickel, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 30 N 21 f.; Sutter, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 30 N 1; jeweils mit Hinweisen). Dem anwaltlich vertretenen Rekurrenten musste aber klar sein, dass der ihm im Zusammenhang mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs vorgeworfene Sachverhalt gegebenenfalls auch unter andere Widerrufsgründe subsumiert werden könnte. Er hat aber darauf verzichtet, sich zumindest auch in einem Eventualstandpunkt dazu zu äussern. Von einer überraschenden Rechtsanwendung kann keine Rede sein. Wie eine Rechtsmittelinstanz ist insofern auch die ursprünglich verfügende Behörde gerade auf der Grundlage der Äusserung der betroffenen Person im Sinne des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen ("iuria novit curia") und ihrer Verpflichtung, das richtige Recht anzuwenden, in der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts frei. Sie kann den im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs in Aussicht gestellten Entscheid auf der Grundlage des Sachverhalts, zu dem sich die betroffene Person hat äussern können, auch mit einer neuen rechtskonformen Begründung bestätigen (zur sog. Begründungs- oder Motivsubstitution im Rechtsmittelverfahren vgl. statt vieler BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254; BVerfGE 2C\_131/2011 vom 25. Februar 2011 E. 3.1; VGE VD.2013.207 vom 17. Juli 2014 E. 2.2.4, VD.2013.25 vom 14. Oktober 2013 E. 3.3; Häberli, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 62 N 40; Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 31 und 199). Dies gilt ohne Einschränkung auch im Verhältnis der

Beendigungsgründe für das Aufenthaltsrecht des Ausländers in der Schweiz (BGer 2C\_831/2010 vom 27. Mai 2011 E. 4; AGE VD.2013.25 vom 14. Oktober 2013 E. 3.3). Voraussetzung ist allerdings, dass sich die Motivsubstitution im Rahmen des bisherigen Streitgegenstands, wie er bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs umschrieben worden ist, hält (Häberli, a.a.O., Art. 62 N 39; Meyer/Dormann, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011, Art. 106 N 12; VGE VD.2013.207 vom 17. Juli 2014 E. 2.2.4), was hier der Fall ist.

2.3 Selbst wenn man von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs im Verfügungsverfahren des Migrationsamts ausgehen sollte, so wäre diese im vorinstanzlichen Rekursverfahren geheilt worden. Bei leichteren Verletzungen des Grundsatzes lässt nämlich die Praxis eine Heilung des Verfahrensmangels im Rechtsmittelverfahren ausnahmsweise zu, wenn die Rechtsmittelinstanz mit der gleichen Überprüfungsbefugnis wie die vorhergehende Instanz ausgestattet ist (vgl. BGE 126 I 68 E. 2 S. 71 ff., 126 V 130 E. 2a S. 130 ff., jeweils mit weiteren Hinweisen; VGE VD.2015.247 vom 20. Juli 2016 E. 2.2, VD.2014.117 vom

#### **E. 4**

4.1 Ist ein Widerrufsgrund im Sinne von Art. 63 AuG gegeben, so müssen sich die Massnahme und damit der Widerruf der Niederlassungsbewilligung und die Wegweisung im Einzelfall als verhältnismässig erweisen (Zünd/Arquint Hill, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 8.28 ff.; BGE 139 I 16 E. 2.2.1 S. 19, 135 II 377 E. 4.3 ff. S. 381 ff.; jeweils mit Hinweisen). Die Prüfung der Verhältnismässigkeit der staatlichen Anordnung (Art. 5 Abs. 2 BV) entspricht inhaltlich jener, welche für eine Einschränkung von verfassungsmässigen Rechten (Art. 36 Abs. 3 BV) und der konventionsrechtlichen Garantie von Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) vorzunehmen ist (BGE 139 II 121 E. 6.5 S. 132 ff.; BGer 2C\_1186/2013 vom 9. Juli 2014 E. 4.1, 2C\_718/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.1; jeweils mit weiteren Hinweisen). Soweit daher sowohl nach Art. 96 AuG wie auch Art. 8 Ziff. 2 EMRK eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen ist, kann diese nach ständiger Rechtsprechung in einem gemeinsamen Schritt vorgenommen werden (vgl. BGer 2C\_141/2012 vom 30. Juli 2012 E. 3.2; VGE VD.2015.188 vom 17. Oktober 2016 E. 4.1.1, VD.2015.151 vom 24. Februar 2016 E. 3.1, VD.2012.38 vom 6. Februar 2013, VD.2012.152 vom 16. November 2012 E. 4.2.3; jeweils mit weiteren Hinweisen).

Gemäss Art. 96 Abs. 1 AuG berücksichtigen die zuständigen Behörden bei der Ermessensausübung generell die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländerinnen und Ausländer. Dabei sind namentlich die Schwere des Delikts und des Verschuldens des Betroffenen, der seit der Tat vergangene Zeitraum, das Verhalten des Ausländers während diesem, die Dauer der bisherigen Anwesenheit, das Alter bei der Einreise in die Schweiz, der Grad der Integration und die sozialen, familiären und beruflichen Beziehungen sowie die dem Betroffenen im Falle seiner Rückkehr drohenden Nachteile zu berücksichtigen (vgl. BGE 139 II 121 E. 6.5.1 S. 132, 135 II 377 E. 4.3 ff. S. 381 ff.; BGer 2C\_113/2011 vom 16. Juni 2011 E. 2.2, 2C\_74/2010 vom 10. Juni 2010 E. 4.1; Zünd/Hugi Yar, Aufenthaltsbeendende Massnahmen nach schweizerischem Ausländerrecht, insbesondere unter dem Aspekt des Privat- und Familienlebens, EuGRZ 2013, S. 1 ff., 12 ff.). Die Niederlassungsbewilligung eines Ausländers, der sich schon seit langer Zeit hier aufhält, soll zwar nur mit besonderer Zurückhaltung widerrufen werden, doch ist dies bei wiederholter bzw. schwerer

Straffälligkeit selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn er hier geboren ist und sein ganzes bisheriges Leben im Land verbracht hat (BGE 139 I 16 E. 2.2.1 S. 19 f.). Bei schweren Straftaten, Rückfall und wiederholter Delinquenz besteht, vorbehaltlich überwiegender privater Interessen auf Grund von familiären oder ausserfamiliären Bindungen, auch in diesen Fällen ein schutzwürdiges öffentliches Interesse daran, die Anwesenheit des Ausländers zur Aufrechterhaltung der Ordnung bzw. Verhütung von (weiteren) Straftaten zu beenden (vgl. BGer 2C\_903/2010 vom 6. Juni 2011 E. 3.1, nicht publiziert in BGE 137 II 233; BGE 130 II 176 E. 4.4.2 S. 190). Bei schweren Straftaten muss zum Schutz der Öffentlichkeit ausländerrechtlich selbst ein geringes Restrisiko weiterer Beeinträchtigungen wesentlicher Rechtsgüter nicht in Kauf genommen werden (BGE 139 I 16 E. 2.2.1 S. 19 f.; BGer 2C\_1186/2013 vom 9. Juli 2014 E. 4.1; VGE VD.2016.43 vom 16. September 2016 E. 5.1.1).

4.2 Zu Recht schliesst die Vorinstanz aus den zahlreichen Verurteilungen des Rekurrenten, dass dieser nicht gewillt ist, sich an die hier geltende Rechtsordnung zu halten. Wie bereits dargetan, besteht ein erhebliches Rückfallrisiko des Rekurrenten und geht dieser offenbar selber davon aus, dass er nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug wieder delinquirieren wird (vgl. oben E. 3.2). Die ungünstige Legalprognose ist evident. Dass der Rekurrent vor dem Jahre 2007 strafrechtlich nicht in Erscheinung getreten ist, wie er in seiner Rekursbegründung auch vor dem Verwaltungsgericht noch behauptet, ist unzutreffend. Wie dem bereits im angefochtenen Entscheid entgegengetreten wird und aktenkundig ist, wurde der Rekurrent am 1. Juli 1999 unter einem Aliasnamen wegen Diebstahls zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 20 Tagen verurteilt. Und am 9. Februar 2000 folgte eine Verurteilung wegen illegaler Einreise und illegalen Aufenthalts zu einer Busse von CHF 300.■. Im Übrigen wird mit der zutreffenden Feststellung der Vorinstanz von jedermann erwartet, dass er sich an die geltenden Regeln und Gesetze hält und entspricht der Umstand, dass jemand strafrechtlich nicht in Erscheinung tritt, dem Üblichen und stellt keine besondere Leistung dar (vgl. BGer 2C\_340/2015 vom 29. Februar 2016 E. 4.2, 2C\_516/2014 vom 24. März 2015 E. 4.3.3). Das Verschulden des Rekurrenten ist aufgrund des Gesagten in ausländerrechtlicher Hinsicht als erheblich zu qualifizieren und besteht aufgrund der fortgesetzten, ununterbrochenen Delinquenz und der ■ aufgrund der gesamten Umstände ■ feststehenden Fortsetzungsgefahr ein grosses öffentliches Interesse an seiner Wegweisung aus der Schweiz.

4.3 Zu prüfen bleibt, ob das private Interesse des Rekurrenten am Verbleib in der Schweiz das öffentliche Interesse an seiner Fernhaltung zu überwiegen vermag. Dies muss namentlich auch mit Verweis auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid klar verneint werden (vgl. E. 11 ff.).

4.3.1 Zwar hielt sich der Rekurrent schon im Zeitpunkt der Verfügung des Migrationsamts seit rund 15 Jahren und damit relativ lange in der Schweiz auf. Gleichwohl vermochte sich der Rekurrent, wie die wiederholte Straffälligkeit zeigt, nicht in die hiesige Rechtsordnung zu integrieren. Auch ist es ihm nicht gelungen, in der Schweiz beruflich und wirtschaftlich Fuss zu fassen. Der Rekurrent geht keiner Arbeit nach und es ist aufgrund seiner anhaltenden Suchterkrankung nicht mit einer raschen Integration in den schweizerischen Arbeitsmarkt und somit mit einer Stabilisierung der finanziellen Situation zu rechnen. Damit ist auch der Einschätzung der Vorinstanzen, wonach von einer dauerhaften Unterstützung des Rekurrenten durch die Sozialhilfebehörden ausgegangen werden muss, beizupflichten. Aufgrund des prozessualen Verhaltens des Rekurrenten erscheint zudem

unklar, welches Interesse er am Verbleib in der Schweiz überhaupt haben könnte und ist diesbezüglich auf die ambivalenten Äusserungen des Rekurrenten hinzuweisen. So hat er wiederholt zum Ausdruck gebracht, die Schweiz freiwillig verlassen zu wollen (Rekursbegründung Ziff. 27, act. 5; Eingabe vom

## **E. 8**

September 2016, act. 9). Auch in anderen Verfahren hat er bereits kundgetan, dass er sich in einem Teufelskreis befinde und er sich von seinem bisherigen Leben nur durch die Rückkehr nach Algerien distanzieren könne (vgl. Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts ZM.2015.208 / V15 0810 089 vom 27. August 2015, S. 2).

4.3.2 In Bezug auf seine Drogenabhängigkeit, seinen Diabetes und seine Depression ist er ferner darauf hinzuweisen, dass diese Krankheiten grundsätzlich auch in Algerien behandelt werden können (vgl. E. 13 des angefochtenen Entscheids). Der blosser Umstand, dass das Gesundheitswesen in einem anderen Staat mit demjenigen in der Schweiz nicht vergleichbar ist und die hiesige medizinische Betreuung einem höheren Standard entspricht, hat nicht die Unzumutbarkeit der Rückreise zur Folge (BGE 128 II 200 E. 5.3 S. 209 ff.). Letztlich stünde der Rekurrent in Algerien auch nicht anders da als die meisten seiner Landsleute, die an den gleichen Beschwerden leiden und dennoch kein Anwesenheitsrecht in der Schweiz verlangen können. Medizinische Gründe können eine Abschiebung oder Wegweisung als unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK erscheinen lassen, wenn die ungenügende Möglichkeit der Weiterbehandlung eine drastische und lebensbedrohende Verschlechterung des Gesundheitszustandes nach sich zieht, was hier nicht der Fall ist (vgl. BGer 2C\_396/2014 vom 27. März 2015 E. 4.5, mit weiteren Hinweisen).

4.3.3 Schliesslich beruft sich der Rekurrent auch vor Verwaltungsgericht auf die Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Abs. 2 EMRK, welches er aus der Beziehung zu seinem Sohn C\_\_\_\_\_ ableitet. Zu beachten ist aber, dass der Rekurrent durch seine fortgesetzte Delinquenz den direkten Kontakt zu seinem Sohn bewusst und wiederholt aufs Spiel gesetzt hat. Dies gilt umso mehr, als er gemäss seiner eigenen Aussage während seiner Inhaftierung Kontakt zu ihm ablehnte (vgl. Rekursbegründung Ziff. 25, act. 5). Es muss daher davon ausgegangen werden, dass der Rekurrent selbst bei einem Verzicht auf seine Wegweisung aufgrund seiner Delinquenz nur sporadischen Kontakt während Intervallen zwischen Inhaftierungen pflegen können. Aufgrund des Alters des Kindes ist die Pflege eines solchen Kontakts im Übrigen auch über die Grenzen hinweg problemlos möglich (vgl. BGer 2C\_159/2016 vom 26. September 2016 E. 4.2).

4.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass unter den genannten Umständen die Wegweisung des Rekurrenten im öffentlichen Interesse, verhältnismässig und zumutbar ist.

## **5.**

Aus dem Gesagten folgt, dass der Rekurs abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Rekurrent dessen Kosten in Höhe von CHF 1'200.-. Diese gehen jedoch zufolge der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu Lasten des Staates. Dem Vertreter des Rekurrenten, [...], Advokat, ist ein Honorar aus der Gerichtskasse auszurichten. Da dieser darauf verzichtet hat, dem Verwaltungsgericht einen Bemühungsausweis oder eine Honorarnote einzureichen, ist der entsprechende Aufwand zu schätzen. Für die Rekursanmeldung, die Rekursbegründung und die Replik erscheint ein Aufwand von rund 12 Stunden als

angemessen. Daraus ergibt sich eine Parteientschädigung von rund CHF 2'400.■, einschliesslich Auslagen, zuzüglich 8 % MWST in Höhe von CHF 192.■, total also CHF 2'592.■.

Demgegenüber ist der Kostenentscheid der Vorinstanz, mit der das Gesuch des Rekurrenten um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung abgewiesen worden ist, zu bestätigen. Die Vorinstanz hat diesen unter Hinweis auf die Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels abgewiesen. Diese Chancenbeurteilung entspricht im Ergebnis dem vorliegenden Entscheid. In Würdigung des entsprechenden Beurteilungsspielraums der Vorinstanz ist der entsprechende Entscheid daher nicht zu beanstanden. Dies gilt umso mehr, als letzterer trotz Geltung des Rügeprinzips nach § 16 Abs. 2 VRPG nicht substantiiert angefochten wurde.

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