

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.86 vom 2. September 2016

BS Appellationsgericht, 2016-09-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2017.86

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.86 du 2 septembre 2016

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.86 del 2 settembre 2016

Erwägungen

E. 1

1.1 Das Verwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Rekurse gemäss § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) sowie gestützt auf die Rekursüberweisungen vom 31. März 2017 und vom 18. Juli 2017 durch den Regierungsrat nach § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) zuständig. Gemäss § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ist das Dreiergericht zum Entscheid berufen.

E. 1.1

S. 208; 2C_1052/2016 und 2C_1053/2016 vom 26. April 2017 E. 1.3).

Für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ist die Aktualität des Rechtsschutzinteresses kein relevantes Kriterium (BGE 137 I 296 E. 4.3.2 S. 301, 136 I 274 E. 1.3 S. 277; Marantelli/Huber, in: Waldmann et al. [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 48 N 15). Im Hinblick auf den Grundsatz der Einheit des Verfahrens ist deshalb trotz Wegfalls des aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresses auf den Rekurs auch dann einzutreten, wenn der Rekurrent hinreichend substantiiert und in vertretbarer Weise eine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.10) rügt (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.3.1 S. 143 und E. 1.3.2 S. 144, 139 I 206 E. 1.2.1 S. 209, 137 I 296 E. 4.3.4 S. 302; BGer 2C_548/2011 vom 26. Juli 2011 E. 1.3; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., N 1932). Die entsprechenden Rügen sind zu prüfen und führen gegebenenfalls zu einem gerichtlichen Feststellungsentscheid (BGer 2C_548/2011 vom 26. Juli 2011 E. 1.3).

1.3.3 Aufgrund seiner bedingten Entlassung aus dem Vollzug der dem mit Urteil des Appellationsgerichts vom 16. Oktober 2013 ausgesprochenen Freiheitsstrafe während des Rekursverfahrens fiel das aktuelle schutzwürdige Interesse des Rekurrenten an der Beurteilung der Frage, ob ihm die Abteilung Strafvollzug die Bewilligung für den Vollzug dieser Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring mit Verfügung vom 8. Februar 2017 zu Recht entzog und ob der Entzug der aufschiebenden Wirkung durch das Amt für Justizvollzug sowie deren Nichtwiederherstellung durch das JSD zu Recht erfolgten, weg.

1.3.4 Mit den Rekursen wird die Frage aufgeworfen, ob die in § 63 lit. i der Verordnung über den Justizvollzug (Justizvollzugsverordnung, JVV, SG 258.210) statuierte Voraussetzung der Gewährung der Vollzugsform des Electronic Monitoring, dass keine zu vollziehende ausländerrechtliche Entfernungsmassnahme über die verurteilte Person ausgesprochen worden ist, in jedem Fall Geltung beanspruchen kann. Diese Frage kann sich grundsätzlich unter ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen. Allerdings ist zu

berücksichtigen, dass die Voraussetzungen des Electronic Monitoring ab dem 1. Januar 2018 in Art. 79b StGB bundesrechtlich geregelt werden und die in § 63 lit. i JVV statuierte Voraussetzung deshalb ab diesem Zeitpunkt ohnehin nicht mehr gelten dürfte. Dass in der verbleibenden Zeit von weniger als zwei Monate im Kanton Basel-Stadt eine andere ausländische Person sämtliche Voraussetzungen für die Gewährung der Vollzugsform des Electronic Monitoring mit Ausnahme derjenigen gemäss § 63 lit. i JVV erfüllen wird, erscheint höchst unwahrscheinlich. Es erscheint deshalb zweifelhaft, dass diese theoretische Möglichkeit einen Verzicht auf das Erfordernis der Aktualität des Rechtsschutzinteresses rechtfertigt. Hingegen wird sich die Frage voraussichtlich beim Rekurrenten unter ähnlichen Umständen erneut stellen. Ab dem 20. Juni 2017 befand sich der Rekurrent im vorzeitigen Vollzug der mit dem Urteil des Appellationsgerichts vom 5. Mai 2017 ausgesprochenen Freiheitsstrafe von acht Monaten. Er verlangt in diesem Verfahren, ihm sei die Verbüssung der mit Urteil des Appellationsgerichts vom 5. Mai 2017 ausgesprochenen Strafe in der Form des Electronic Monitoring zu gestatten. Da auf diesen Antrag nicht einzutreten ist, ist folglich davon auszugehen, dass der Rekurrent bei der zuständigen Behörde ein neues Gesuch um Bewilligung des Strafvollzugs in der Form des Electronic Monitoring stellen wird oder bereits gestellt hat. Bei der Beurteilung dieses Gesuchs stellt sich die Frage, ob Electronic Monitoring bereits aufgrund der in § 63 lit. i JVV statuierten Voraussetzung ausgeschlossen ist (vgl. Vernehmlassung vom 4. September 2017 Ziff. 3 und 5; Replik Ziff. 11).

Electronic Monitoring kommt nur in Betracht, wenn die Freiheitsstrafe oder deren noch zu vollziehender Teil maximal zwölf Monate beträgt (§ 62 Abs. 1 JVV). Es erscheint unwahrscheinlich, dass das verwaltungsinterne Rekursverfahren und das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren innert weniger als einem Jahr zum Abschluss gebracht werden können. Folglich dürfte eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung wegen der Dauer des Verfahrens kaum je möglich sein. Ob die Beantwortung der Frage, ob die in § 63 lit. i JVV statuierte Voraussetzung der Gewährung der Vollzugsform des Electronic Monitoring, dass keine zu vollziehende ausländerrechtliche Entfernungsmassnahme über die verurteilte Person ausgesprochen worden ist, in jedem Fall Geltung beanspruchen kann, wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt, erscheint fraglich, weil diese Voraussetzung ab dem 1. Januar 2018 ohnehin nicht mehr gelten dürfte. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben, weil im vorliegenden Fall bereits aus anderen Gründen auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses zu verzichten ist.

1.3.5 Der Rekurrent rügt substantiiert und in vertretbarer Weise eine Verletzung von Art. 8 Ziff. 1 EMRK (vgl. Rekursanmeldung vom 20. Februar 2017 Ziff. 4 und 6, Stellungnahme vom 31. Januar 2017 S. 2 sowie Rekursbegründung vom 27. April 2017 Ziff. 2). Zudem kann die Rechtmässigkeit des Entzugs der Bewilligung für den Vollzug der Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring und der Abweisung des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des verwaltungsinternen Rekurses gegen den Bewilligungsentzug in keinem anderen Verfahren als dem vorliegenden mit mindestens gleichwertigem Rechtsschutzstandard beurteilt werden. Folglich ist das Verwaltungsgericht verpflichtet, trotz Wegfalls des aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresses auf den Rekurs einzutreten und gegebenenfalls eine Verletzung der EMRK festzustellen.

1.3.6 Wenn das Verwaltungsgericht auf einen Rekurs trotz Wegfalls des aktuellen Rechtsschutzinteresses während des Rekursverfahrens ausnahmsweise einzutreten hat und ein Gestaltungsentscheid aufgrund des Wegfalls des aktuellen Rechtsschutzinteresses

zwecklos ist, bleibt ihm nichts anderes übrig, als einen Feststellungsentscheid zu treffen. In diesem Fall muss es auch dem Rekurrenten erlaubt sein, im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren erstmals einen Antrag auf Erlass eines Feststellungsentscheids zu stellen. Vor dem Wegfall des aktuellen Rechtsschutzinteresses ist eine Feststellungsverfügung aufgrund der Subsidiarität von Feststellungsverfügungen gegenüber Gestaltungsverfügungen ausgeschlossen (vgl. VGE 622/2009 vom 25. August 2009 E. 2.2, 674/2004 vom 27. Dezember 2004 E. 4c; Kiener/Rütsche/Kuhn, a.a.O., N 395; Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 87 [nachfolgend Diss.]). Vom Rekurrenten kann deshalb nicht erwartet werden, dass er bereits vor der Vorinstanz einen Feststellungsentscheid beantragt, obwohl sein Rechtsschutzinteresse im vorinstanzlichen Verfahren noch mit einem Gestaltungsentscheid gewahrt werden kann.

1.3.7 Mit Entscheid vom 13. Juni 2017 entschied die Vorinstanz über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das verwaltungsinterne Rekursverfahren. Damit fiel das aktuelle schutzwürdige Interesse des Rekurrenten an der Beantwortung der Fragen, wann die Vorinstanz über sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu entscheiden hat und ob das Rekursverfahren bis zu diesem Entscheid zu sistieren ist, weg. Aus den nachstehenden Gründen ist im vorliegenden Fall jedoch auf das Erfordernis der Aktualität des Interesses zu verzichten. Gemäss dem angefochtenen Entscheid entspricht es der Praxis des JSD, erst in der Hauptsache über die unentgeltliche Rechtspflege zu entscheiden. Folglich können sich die Fragen, wann die Vorinstanz über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu entscheiden hat und ob es das Rekursverfahren bis zu diesem Entscheid zu sistieren ist, unter ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen. Da die Frist für die Rekursbegründung selbst bei mehrmaliger Erstreckung in der Regel höchstens einige wenige Monate dauert, wäre eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung wegen der Dauer des Verfahrens kaum je möglich. Die Beantwortung dieser Fragen liegt wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse. Auch insoweit ist auf den Rekurs deshalb trotz Wegfalls des aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresses einzutreten.

1.4 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Danach prüft das Verwaltungsgericht, ob die Verwaltung öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat (statt vieler: VGE VD.2017.91 vom 15. September 2017 E. 1.2 mit weiteren Hinweisen).

E. 1.2

S. 397, 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218, 133 III 614 E. 5 S. 616). Die Prüfung der Erfolgsaussichten erfolgt aufgrund des jeweiligen Aktenstands (BGE 131 I 113 E. 3.7.3 S. 122 f.; Waldmann, in: Basler Kommentar, 2015, Art. 29 BV N 78). Der Sachverhalt, der die Nichtaussichtslosigkeit begründet, ist vom Gesuchsteller glaubhaft zu machen (Huber, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 119 N 6 und 21). Jedenfalls wenn das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit der Eingabe in der Hauptsache verbunden wird und keine weiteren Vorkehren des Rechtsvertreters erforderlich sind, ist es zulässig, das Gesuch erst mit dem Endentscheid in der Hauptsache bzw. im Rahmen der Kostenregelung zu beurteilen. Für den Fall, dass der Rechtsvertreter nach der Einreichung des Gesuchs gehalten ist, weitere Verfahrensschritte zu unternehmen, folgt jedoch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Hinblick auf das aus Art. 29 Abs. 1

BV abgeleitete Fairnessgebot aus dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 29 Abs. 3 BV, dass die zuständige Behörde über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung umgehend in einer separaten Verfügung entscheiden muss. Dies gilt zumindest dann, wenn die zu unternehmenden prozessualen Schritte in erheblichem Umfang Kosten verursachen (BGer 4A_20/2011 vom 11. April 2011 E. 7.2.2, 1P.345/2004 vom 1. Oktober 2004 E. 4.3).

6.1.2 Im vorliegenden Fall hätte der Rechtsbeistand des Rekurrenten nach seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 20. Februar 2017 noch die Begründung des Rekurses an das JSD gegen die Verfügung vom 8. Februar 2017 verfassen müssen. Dies hätte in erheblichem Umfang Kosten verursacht. Folglich war die Vorinstanz verpflichtet, das Gesuch in einer separaten Verfügung zu beurteilen, sobald eine summarische Beurteilung der Erfolgsaussichten möglich war. Die Vorinstanz macht geltend, das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege könne ohnehin frühestens nach Eingang der Rekursbegründung entschieden werden, weil vorher mangels Vorliegens sämtlicher Rechtsbegehren und auch der diesbezüglichen Begründung die Frage der Aussichtslosigkeit des Rekurses nicht abschliessend beurteilt werden könne (Zwischenentscheid des JSD vom 24. Februar 2017 S. 3). Dieser Begründung ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Aussichtslosigkeit beim Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege keineswegs abschliessend, sondern vielmehr bloss vorläufig und summarisch zu beurteilen ist. Eine solche Beurteilung der Erfolgsaussichten war im Zeitpunkt des Gesuchs vom 20. Februar 2017 entgegen der Auffassung der Vorinstanz ohne Weiteres möglich. Mit der angefochtenen Verfügung vom 8. Februar 2017 entzog der Strafvollzug dem Rekurrenten die Bewilligung für den Vollzug der Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring, ordnete an, dass dieser den Strafvollzug in einer Strafanstalt fortzusetzen hat, und entzog einem allfälligen Rekurs die aufschiebende Wirkung. In seiner Rekursanmeldung vom 20. Februar 2017 beantragte der Rekurrent unter anderem die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Rekurses und die Versetzung in die Vollzugsform des Electronic Monitoring. Zur Begründung dieser Anträge machte er unter anderem geltend, es gebe keinen Grund, der gegen die weitere Verbüssung der Strafe in der Form des Electronic Monitoring sprechen würde (Rekursanmeldung vom 20. Februar 2017 Ziff. 8). Unter diesen Umständen war es offensichtlich, dass der Rekurrent die vollumfängliche kostenfällige Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 8. Februar 2017 und die Rückversetzung in die Vollzugsform des Electronic Monitoring beantragen wird. Die Erfolgsaussichten dieser voraussichtlichen Rekursanträge konnten allerspätestens aufgrund des Aktenstands nach Eingang des Führungs- und Verlaufsbericht des Vollzugszentrums C___ vom 28. Februar 2017 beurteilt werden. Dies wird sowohl durch die vorstehenden Erwägungen als auch die Begründung des angefochtenen Zwischenentscheids vom 24. Februar 2017 bestätigt. Darin findet sich die folgende Erwägung: ■ Nach summarischer Prüfung der bisher ins Recht gelegten Akten ist zusammenfassend festzuhalten, dass eine gesetzliche Voraussetzung für die Gewährung des Electronic Monitoring gestützt auf § 63 Abs. 1 lit. i JVV eindeutig nicht mehr gegeben scheint, der Rekurrent um das Risiko der Rückversetzung in den regulären Strafvollzug beim Vorliegen einer zu vollziehenden ausländerrechtlichen Entfernungsmassnahme hätte wissen können bzw. müssen und dementsprechend das öffentliche Interesse an einem gesetzeskonformen Strafvollzug die privaten Interessen des Rekurrenten hinsichtlich des Verbleibs im Electronic Monitoring Programm deutlich überwiegen ■ (Zwischenentscheid des JSD vom 24. Februar 2017 S. 3). Auch wenn diese Feststellungen unrichtig sind, hat die Vorinstanz damit selber festgestellt, dass der Rekurs

bei vorläufiger und summarischer Beurteilung aufgrund des damaligen Aktenstands aussichtslos sei. Somit hat die Vorinstanz den Anspruch des Rekurrenten auf unentgeltliche Rechtspflege verletzt, indem sie nicht vor Eingang der Rekursbegründung über dessen Gesuch entschieden hat.

6.2 Die Verfügung des Strafvollzugs vom 8. Februar 2017 ist dem Rekurrenten am 9. Februar 2017 zugestellt worden, womit die Frist zur Einreichung der Rekursbegründung am 13. März 2017 ablief. Dass die Vorinstanz das Verfahren mit Zwischenentscheid vom 24. Februar 2017 nicht bis zum Vorliegen des Entscheids über die Gewährung des unentgeltlichen Rechtsbeistands formell sistierte, kann entgegen der Auffassung des Rekurrenten nicht beanstandet werden, da es auch möglich gewesen wäre, die Frist für die Rekursbegründung zu erstrecken (vgl. § 46 Abs. 3 OG) und in der Zwischenzeit über die Frage des unentgeltlichen Rechtsbeistands zu entscheiden. Auch damit wäre dem Rekurrenten ermöglicht worden, weitere, in erheblichem Masse Kosten verursachende prozessuale Schritte erst vorzunehmen, wenn er über eine allfällige Kostenübernahme Gewissheit gehabt hätte. Eine Verfahrenssistierung war demnach nicht notwendig.

E. 1.3

1.3.1 Im Folgenden ist zu prüfen, ob auf die Anträge auf Feststellung, die Bewilligung des Electronic Monitoring sei zu Unrecht entzogen worden und die aufschiebende Wirkung des Rekurses sei zu Unrecht entzogen bzw. nicht wiederhergestellt worden, einzutreten ist. Für das Eintreten auf diese Feststellungsbegehren bedarf es eines schutzwürdigen Interesses (vgl. VGE VD.2016.228 vom 19. Juli 2017 E. 1.2.4 mit Hinweisen). Um schutzwürdig zu sein, muss das Interesse grundsätzlich aktuell sein (VGE VD.2015.228 vom 15. Juni 2016 E. 1.2.1, VD.2014.248 vom 7. Juni 2016 E. 1.2.1, VD.2015.177 vom 1. April 2016 E. 1, VD.2010.12 vom 16. November 2010 E. 1.2, 634/2008 vom 11. März 2009 E. 1.2, 757/1998 vom 15. Juli 1999 E. 2; Wullschleger/Schröder, a.a.O., S. 292; vgl. Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., N 1931). Dies ist nach der Praxis dann der Fall, wenn die Anfechtung für den Rekurrenten sowohl beim Einreichen des Rekurses als auch im Zeitpunkt der Urteilsfällung eine praktische Bedeutung hat und die Gutheissung seines Rechtsmittels ihm einen gegenwärtigen und praktischen Nutzen einträgt in dem Sinn, dass dadurch der Eintritt eines wirtschaftlichen, ideellen, materiellen oder anderweitigen Nachteils verhindert wird. Mit dem Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses wird sichergestellt, dass dem Gericht nur konkrete und nicht bloss theoretische oder abstrakte Rechtsfragen unterbreitet werden (VGE VD.2015.228 vom 15. Juni 2016 E. 1.2.1, VD.2014.248 vom 7. Juni 2016 E. 1.2.1, VD.2015.177 vom 1. April 2016 E. 1, VD.2011.201 vom 11. September 2012 E. 1.2; Wullschleger/Schröder, a.a.O., S. 292; Schwank, Neues Handbuch, S. 447).

1.3.2 Wenn sich die gerügte Rechtsverletzung jederzeit wiederholen kann und eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung wegen der Dauer des Verfahrens kaum je möglich wäre, verzichtet das Verwaltungsgericht ausnahmsweise auf das Erfordernis der Aktualität des Rechtsschutzinteresses (VGE VD.2016.213 vom 10. Januar 2017 E. 1.3; VD.2015.228 vom 15. Juni 2016 E. 1.2.1, Stamm, a.a.O., S. 500; vgl. BGE 140 III 92 E. 1.1 S. 94). Das Bundesgericht verzichtet zumindest dann auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresses, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (BGE 142 I 135 E. 1.3.1 S. 143,

139 I 206 E.

E. 2

2.1 Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz den Rekurs gegen den Entzug der Bewilligung für den Vollzug der Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring zu Recht infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben hat, nachdem dem Rekurrenten die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug gewährt worden war.

2.2 Wie dargelegt setzt die Rekursberechtigung das Berührtsein durch die angefochtene Verfügung und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung voraus (§ 44 Abs. 1 OG). Um schutzwürdig zu sein, muss das Interesse des Rekurrenten aktuell sein (VGE VD.2015.228 vom 15. Juni 2016 E. 1.2.1, VD.2014.248 vom 7. Juni 2016 E. 1.2.1, VD.2015.177 vom 1. April 2016 E. 1, VD.2010.12 vom 16. November 2010 E. 1.2, 634/2008 vom 11. März 2009 E. 1.2, 757/1998 vom 15. Juli 1999 E.

2; Wullschleger/Schröder, a.a.O., S. 292; Schwank, Neues Handbuch, S. 447; vgl. Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., N 1931). In den vorstehend erwähnten Fällen (vgl. oben E. 1.3.2) ist jedoch auf das Erfordernis der Aktualität des Rechtsschutzinteresses zu verzichten.

2.3 Da der Rekurrent während des verwaltungsinternen Rekursverfahrens bedingt entlassen wurde, fiel sein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der Frage, ob ihm die Abteilung Strafvollzug die Bewilligung für den Vollzug dieser Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring mit Verfügung vom 8. Februar 2017 zu Recht entzog, weg. Der Rekurrent rügte allerdings bereits im verwaltungsinternen Rekursverfahren substantiiert und in vertretbarer Weise eine Verletzung von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, auch wenn er diese Bestimmung soweit ersichtlich nicht ausdrücklich genannt hat (vgl. Rekursanmeldung vom 20. Februar 2017 Ziff. 4 und 6 sowie Stellungnahme vom 31. Januar 2017 S. 2). Zudem kann die Rechtmässigkeit des Entzugs der Bewilligung für den Vollzug der mit Urteil des Appellationsgerichts vom 16. Oktober 2013 ausgesprochenen Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring in keinem anderen Verfahren als dem verwaltungsinternen Rekursverfahren vor dem JSD und dem verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren gegen den Entscheid des JSD mit mindestens gleichwertigem Rechtsschutzstandard beurteilt werden. Folglich hätte das JSD trotz Wegfalls des aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresses auf den Rekurs gegen die Verfügung der Abteilung Strafvollzug vom 8. Februar 2017 eintreten und gegebenenfalls eine Verletzung der EMRK feststellen müssen.

Demnach hat die Vorinstanz den verwaltungsinternen Rekurs zu Unrecht infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.

2.4 Nach § 20 Abs. 1 VRPG kann das Verwaltungsgericht bei begründeten Rekursen einen Sachentscheid treffen oder eine Rückweisung anordnen. Verfahrensökonomische Gründe sprechen im vorliegenden Fall für einen gerichtlichen Sachentscheid, zumal es angesichts des Verfahrensausgangs nicht massgebend ist, dass dem Rekurrenten eine Stufe des Instanzenzugs entgeht. Hinzu kommt, dass das Verwaltungsgericht im Rahmen der Kontrolle der Nichtwiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ohnehin zumindest summarisch die materielle Frage der Rechtmässigkeit des Entzugs der Bewilligung des Electronics Monitoring überprüfen muss. Daher ist von einer Rückweisung an das JSD zur Neubeurteilung des Rekurses abzusehen.

E. 3

Gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV, SR 101) hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Familienlebens. Staatliche Massnahmen, die das Zusammenleben von Familienmitgliedern beeinträchtigen, stellen einen Eingriff in den Anspruch auf Achtung des Familienlebens dar (vgl. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 236; Rhinow/Schefer/Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, N 1361). Der Rekurrent befand sich seit dem 21. Juli 2014 im Strafvollzug (Vollzugauftrag vom 8. Februar 2017). Ab dem 8. September 2016 verbüsste er die Strafe in der Vollzugsform des Electronic Monitoring. Er lebte mit seiner Ehefrau und dem gemeinsamen vierjährigen Sohn an der [...] und verbrachte seine meiste Freizeit mit seiner Ehefrau, deren Herkunftsfamilie und dem gemeinsamen Sohn. Seine Tagesstruktur bestand zu 50 % aus der Tätigkeit als Hausmann (Führungs- und Verlaufsbericht des Vollzugszentrums C_____ vom 28. Februar 2017 S. 2). Der Entzug der Bewilligung für den Vollzug der Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring hatte zur Folge, dass der Rekurrent in den regulären Strafvollzug zurückversetzt wurde und die Freiheitsstrafe seit dem 14. Februar 2017 in der Justizvollzugsanstalt B_____ im offenen Regime zu verbüssen hatte (Vollzugauftrag vom 8. Februar 2017). Seither konnten der Rekurrent, seine Ehefrau und ihr gemeinsamer Sohn den persönlichen Verkehr nur noch im Rahmen von Telefonaten, Besuchen der Ehefrau und des Sohns in der Vollzugsanstalt und Beziehungsurlauben pflegen. Damit stellten der Entzug der Bewilligung und der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung des Strafvollzugs vom 8. Februar 2017 und die Abweisung des Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit Zwischenentscheid des Justiz- und Sicherheitsdepartements vom 24. Februar 2017 Eingriffe in das Recht des Rekurrenten sowie seiner Ehefrau und des gemeinsamen Sohns auf Achtung des Familienlebens dar (vgl. Müller/Schefer, a.a.O., S. 236; Rhinow/Schefer/Uebersax, a.a.O., N 1362). Sie waren deshalb nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhten, in einem der in Art. 8 Ziff. 2 EMRK abschliessend genannten öffentlichen Interessen lagen und verhältnismässig waren (vgl. Art. 8 Ziff. 2 EMRK, Art. 36 Abs. 1 bis 3 BV; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München 2016, § 18 N 7 ff. und § 22 N 36 ff.; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016, N 306a ff.; Rhinow/Schefer/Uebersax, a.a.O., N 1198 ff.). Im Übrigen ergibt sich das Erfordernis der Verhältnismässigkeit unabhängig vom Vorliegen eines Grundrechtseingriffs aus Art. 5 Abs. 2 BV.

E. 4.1

4.1.1 Gemäss Art. 387 Abs. 4 lit. a StGB kann der Bundesrat versuchsweise und für beschränkte Zeit neue Vollzugsformen gestatten. Die kantonalen Ausführungsbestimmungen für die Erprobung neuer Vollzugsformen bedürfen gemäss Art. 387 Abs. 5 StGB zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundes. Mit Bundesratsbeschluss vom 2. September 2015 wurde unter anderem dem Kanton Basel-Stadt gestützt auf Art. 387 Abs. 4 StGB bewilligt, Freiheitsstrafen unter bestimmten Voraussetzungen in der Form des Electronic Monitoring zu vollziehen. Der Rekurrent macht geltend, § 63 lit. i JVV sei wegen Verletzung der Grundsätze über die Zulässigkeit der Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen nicht anwendbar, weil der Bundesratsbeschluss vom 2. September 2015 keine entsprechende Bestimmung enthalte. Diese Rüge ist unbegründet. Mit dem Bundesratsbeschluss wird bloss der Rahmen

abgesteckt, in welchem dem Kanton der Vollzug von Freiheitsstrafen in der Form des Electronic Monitoring gestattet ist. Weder Art. 387 Abs. 4 lit. a StGB noch dem Bundesratsbeschluss kann hingegen entnommen werden, dass es dem Kanton Basel-Stadt verboten wäre, Freiheitsstrafen nur unter weiteren einschränkenden Voraussetzungen in der Form des Electronic Monitoring zu vollziehen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bleibt der Kanton im Rahmen der Bewilligung vielmehr frei, die Anwendung des Electronic Monitoring unter Vorbehalt der Willkür bei der Wahl der Kriterien restriktiven Bedingungen zu unterwerfen (BGer 6B_1253/2015 vom 17. März 2016 E. 2.2).

Der Rekurrent macht geltend, der Inhalt von § 63 Abs. 1 lit. i JVV müsste in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein, weil damit die Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs in der Form der Beschränkung der persönlichen Freiheit, insbesondere der Bewegungsfreiheit, geregelt würden. § 63 Abs. 1 lit. i JVV sei deshalb wegen Verstosses gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung und die Grundsätze über die Zulässigkeit der Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen unanwendbar. Diese Rüge ist unbegründet. In der Form eines Gesetzes im formellen Sinn sind nur die wichtigen bzw. grundlegenden rechtsetzenden Bestimmungen zu erlassen. Dazu gehören nicht alle Bestimmungen über die Einschränkung von Grundrechten, sondern nur die grundlegenden bzw. wichtigen (vgl. § 83 Verfassung des Kantons Basel-Stadt [SG 111.100]; Art. 164 Abs. 1 BV; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht,

E. 4.2

4.2.1 Selbst wenn man davon ausgehen würde, eine zu vollziehende ausländerrechtliche Entfernungsmassnahme im Sinn von § 63 lit. i JVV habe vorgelegen, hätte die Bewilligung für den Vollzug der Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring nicht ohne weitere Prüfung aufgehoben werden dürfen. Falls eine Voraussetzung für die Gewährung der Vollzugsform des Electronic Monitoring nachträglich wegfällt, kann die Bewilligung für den Vollzug der Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring nach den allgemeinen Regeln für den Widerruf von Verfügungen nur entzogen werden, wenn das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts das Interesse an der Rechtssicherheit bzw. am Vertrauensschutz überwiegt (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1227). In der Bewilligung des Vollzugs der Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring vom 2. September 2016 wurde ausdrücklich festgehalten, dass diese entzogen wird, wenn die Voraussetzungen dafür gemäss § 63 JVV nicht mehr erfüllt sind. Damit stehen dem Entzug der Bewilligung wegen Wegfalls einer solchen Voraussetzung weder das Interesse an der Rechtssicherheit noch dasjenige am Vertrauensschutz entgegen. Dies ändert aber nichts daran, dass die Verweigerung der Fortsetzung des Electronic Monitoring verhältnismässig sein musste und damit nur zulässig war, wenn die gegen diese Vollzugsform sprechenden öffentlichen Interessen die privaten Interessen am Electronic Monitoring überwogen.

4.2.2 Ein Ausschluss des Electronic Monitoring für den Fall einer ausländerrechtlichen Entfernungsmassnahme findet sich weder im Bundesratsbeschluss vom 2. September 2015, mit welchem dem Kanton Basel-Stadt das Electronic Monitoring bewilligt worden ist, noch im am 1. Januar 2018 in Kraft tretenden Art. 79b StGB, in dem das Electronic Monitoring bundesrechtlich geregelt wird. Dies zeigt, dass dem Electronic Monitoring auch in einem solchen Fall zumindest kein zwingendes öffentliches Interesse entgegensteht. In der Richtlinie der Konkordatskonferenz des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweizer Kantone betreffend die besonderen Vollzugsformen (gemeinnützige Arbeit,

elektronische Überwachung [electronic Monitoring], Halbgefangenschaft) vom 24. März 2017 wird zwar als eine Voraussetzung für Electronic Monitoring ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz genannt. Ob dafür die nach Art. 70 VZAE weiter gültig bleibende Bewilligung genügt, kann vorliegend offenbleiben, da sich die Richtlinie auf eine Rechtslage bezieht, die noch nicht in Kraft ist.

4.2.3 Wenn eine zu vollziehende ausländerrechtliche Entfernungsmassnahme ausgesprochen worden ist, dürfte in vielen Fällen eine gewisse Gefahr bestehen, dass sich der Betroffene dem Vollzug der Entfernungsmassnahme entzieht (sog. Untertauchensgefahr). In einem solchen Fall besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, durch den Vollzug der Freiheitsstrafe in einer Strafanstalt sicherzustellen, dass die Entfernungsmassnahme im Zeitpunkt der (bedingten) Entlassung vollzogen werden kann. Im vorliegenden Fall fehlte es jedoch zumindest im Zeitpunkt der Verfügung des Strafvollzugs und des Zwischenentscheids des JSD an einer Untertauchensgefahr und damit auch am entsprechenden öffentlichen Interesse. Gemäss den Feststellungen des Strafvollzugs verlief der Strafvollzug in der Form des Electronic Monitoring positiv und hatte der weitere Vollzug der Freiheitsstrafe in Anwendung von Art. 76 StGB in einer offenen Strafanstalt zu erfolgen, weil trotz Vorliegens einer rechtskräftigen Wegweisung weder von Flucht- noch von Wiederholungsgefahr auszugehen war (Verfügung des Strafvollzugs vom 8. Februar 2017 S. 2). Der Umstand, dass keine Fluchtgefahr im Sinn von Art. 76 Abs. 2 StGB besteht, schliesst eine Untertauchensgefahr nicht aus. Beim Rekurrenten kann eine solche jedoch zumindest für den Zeitpunkt der Entscheide der Vorinstanzen aus den nachfolgenden Gründen nicht angenommen werden. Bis zum Entzug der Bewilligung für den Vollzug der Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring lebte der Rekurrent mit seiner Ehefrau und dem gemeinsamen Sohn in einem gemeinsamen Haushalt (Führungs- und Verlaufsbericht des Vollzugszentrums C_____ vom 28. Februar 2017 S. 2 f.). Seine Ehefrau arbeitet bei der Gemeinde [] als Kindergärtnerin (Lohnabrechnung September 2016). Der Rekurrent machte glaubhaft geltend, er wolle mit seiner Ehefrau und seinem Sohn zusammenleben (Rekursanmeldung vom 20. Februar 2017 Ziff. 5). Der Rekurrent erhielt das Urteil des Bundesgerichts vom 21. Dezember 2016 während des Electronic Monitoring. Trotzdem tauchte er nicht unter und hielt an seiner Alkohol- und Drogenabstinenz fest (vgl. Führungs- und Verlaufsbericht vom 28. Februar 2017 S. 2). Schliesslich wird eine Untertauchensgefahr von den Vorinstanzen auch nicht behauptet.

4.2.4 Mit Urteil des Strafgerichts vom 1. Juli 2015 wurde der Rekurrent des Raufhandels und der einfachen Körperverletzung mit einem gefährlichen Gegenstand schuldig erklärt und zu zwölf Monaten Freiheitsstrafe verurteilt. Gemäss dem Urteil des Strafgerichts zeugt die beurteilte Tat von ausserordentlicher Unbelehrbarkeit des Rekurrenten und liegen keine besonders günstigen Umstände im Sinn von Art. 42 Abs. 2 StGB vor, die den Schluss zuliessen, dass trotz der Vortat eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht (Urteil des Strafgerichts vom 1. Juli 2015 E. II.2.2). Auf Berufung des Rekurrenten wurde dieses Urteil durch das Urteil des Appellationsgerichts SB.2015.90 vom 5. Mai 2017 ersetzt. Eine allfällige Rückfallgefahr kann jedoch kein öffentliches Interesse am Entzug der Bewilligung für den Vollzug der mit Urteil des Appellationsgerichts vom 16. Oktober 2013 ausgesprochenen Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring begründen, weil sie der Bewilligung dieser Vollzugsform in keiner Art und Weise entgegengestanden hat und weder behauptet wird noch ersichtlich ist, dass sie sich seither vergrössert haben könnte.

4.2.5 Ein gewisses öffentliches Interesse am Ausschluss des Electronic Monitoring für von einer zu vollziehenden ausländerrechtlichen Entfernungsmassnahme betroffene Beurteilte mag deshalb bestehen, weil eine Resozialisierung in der Schweiz und damit einer der Zwecke dieser Vollzugsform in einem solchen Fall nicht angezeigt ist. Dieses öffentliche Interesse wiegt jedoch deutlich weniger schwer als das erhebliche schutzwürdige Interesse des Rekurrenten und seiner Familie, dass ihnen mit der Vollzugsform des Electronic Monitoring ermöglicht wird, ihr Familienleben ungestört zu leben. Die Reduktion der negativen Konsequenzen des Vollzugs einer Freiheitsstrafe für die Familie des Beurteilten ist eine anerkannte Funktion der besonderen Vollzugsform des Electronic Monitoring (vgl. Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes [Änderung des Sanktionenrechts] vom 4. April 2012, BBl 2012 S. 4721 ff. [nachfolgend Botschaft], S. 4736). Folglich war der Entzug der Bewilligung für den Vollzug der mit Urteil des Appellationsgerichts vom 16. Oktober 2013 ausgesprochenen Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring auch unverhältnismässig.

4.3 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass der Entzug der Bewilligung des Rekurrenten für den Vollzug der mit Urteil des Appellationsgerichts vom 16. Oktober 2013 ausgesprochenen Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring per 13. Februar 2017 das Recht des Rekurrenten sowie seiner Ehefrau und des gemeinsamen Sohns auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV verletzt hat, weil der Grundrechtseingriff nicht auf einer gesetzlichen Grundlage beruht hat und unverhältnismässig gewesen ist.

5.

5.1 Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanzen die aufschiebende Wirkung des Rekurses zu Recht entzogen bzw. nicht wiederhergestellt haben. Der Rekurs an verwaltungsinterne Rekursinstanzen hat aufschiebende Wirkung, wenn ihm diese nicht im Voraus in der angefochtenen Verfügung oder, nach Rekursanmeldung, durch die Rekursinstanz ausdrücklich entzogen wird (§ 47 Abs. 1 OG). Die Rekursinstanz kann die von der Vorinstanz entzogene aufschiebende Wirkung wieder herstellen (§ 47 Abs. 2 OG). Das Gesetz bestimmt nicht, unter welchen Voraussetzungen der Entzug der aufschiebenden Wirkung zulässig ist. Da die rechtsstaatliche Funktion eines ordentlichen Rechtsmittels darin besteht, eine Überprüfung der angefochtenen Verwaltungsverfügung zu ermöglichen, bevor sie Wirkungen entfalten kann, müssen die aufschiebende Wirkung die Regel und deren Entzug die Ausnahme bilden. Der Grundsatz der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde bedeutet jedoch nicht, dass nur aussergewöhnliche Umstände ihren Entzug rechtfertigen könnten. Für die Rechtfertigung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung genügen vielmehr überzeugende Gründe. Zudem muss der Entzug der aufschiebenden Wirkung verhältnismässig sein (VGE VD.2016.213 vom 10. Januar 2017 E. 2.1; vgl. BGE 129 II 286 E. 3.1 ff. S. 289 f.; VGE 684/2007 vom 13. November 2007 E. 2.1, 664/2005 vom 19. Mai 2005 E. 2.1; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, N 1076; Schwank, *Neues Handbuch*, S. 457 f.). Ob im Einzelfall die aufschiebende Wirkung zu belassen oder zu entziehen ist, beurteilt sich aufgrund einer Interessenabwägung. Die Interessen an der sofortigen Vollstreckbarkeit der angefochtenen Verfügung müssen die Interessen am Aufschub der Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit der Verfügung überwiegen (VGE VD.2016.213 vom 10. Januar 2017 E. 2.1; vgl. BGE 129 II 286 E. 3 S. 289; BGer 2C_11/2007 vom 21. Juni 2007 E. 2.3.2; VGE VD.2013.75 vom 14. Oktober 2013 E. 1.3;

684/2007 vom 13. November 2007 E. 2.1, 664/2005 vom 19. Mai 2005 E. 2.1; Schwank, Neues Handbuch, S. 458). Der vermutliche Ausgang des Verfahrens darf bloss, aber immerhin dann mit in Betracht gezogen werden, wenn die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels (positiv oder negativ) eindeutig sind. Soweit möglich sind irreparable Nachteile und präjudizierende Wirkungen zu vermeiden (Merkli, Vorsorgliche Massnahmen und die aufschiebende Wirkung bei Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiären Verfassungsbeschwerden, in: ZBl 2008, S. 416 ff., 423; Seiler, in: Waldmann et al. [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 55 N 97; vgl. Stamm, a.a.O., S. 507). Beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung steht der zuständigen Behörde ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (BGer 2C_11/2007 vom 21. Juni 2007 E. 2.3.2; VGE VD.2014.124 vom 7. Juli 2014 E. 1.3, VD.2013.75 vom 14. Oktober 2013 E. 1.3). Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist eine besondere Form einer vorsorglichen Massnahme (VGE VD.2016.213 vom 10. Januar 2017 E. 1.4; Merkli, a.a.O., S. 417). Vorsorgliche Massnahmen ergehen aufgrund einer bloss provisorischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die zuständige Behörde ist nicht gehalten, für ihren rein vorsorglichen Entscheid zeitraubende Abklärungen zu treffen, sondern sie kann sich mit einer summarischen Beurteilung der Situation aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Akten begnügen (BGer 2C_11/2007 vom 21. Juni 2007 E. 2.3.2; VGE VD.2016.213 vom 10. Januar 2017 E. 1.4, VD.2014.124 vom 7. Juli 2014 E. 1.3, VD.2013.75 vom 14. Oktober 2013 E. 1.1.3, VD.2010.38 vom 19. April 2010 E. 2).

5.2

5.2.1 Der Strafvollzug und das JSD begründen den Entzug der aufschiebenden Wirkung ausschliesslich mit dem öffentlichen Interesse an der Fortsetzung des Strafvollzugs (Verfügung des Strafvollzugs vom 8. Februar 2017 S. 2) bzw. mit dem öffentlichen Interesse an einem gesetzeskonformen Strafvollzug (Zwischenentscheid des JSD vom 24. Februar 2017 S. 3).

5.2.2 Das Interesse an der Fortsetzung des Strafvollzugs wird durch das Electronic Monitoring in keiner Art und Weise in Frage gestellt, weil es sich dabei um eine Form des Vollzugs der Freiheitsstrafe handelt (§ 62 Abs. 1, § 63 und § 64 Abs. 1 JVV). Es kann deshalb den Entzug der aufschiebenden Wirkung von vornherein nicht rechtfertigen. Zudem hat das Electronic Monitoring als Vollzugsform durchaus Strafcharakter, indem die betroffene Person durch die Fussfessel rund um die Uhr an ihre Strafsituation erinnert wird und durch die Einhaltung des Wochen- und Tagesplans ständig unter Druck steht (vgl. Botschaft, S. 4739).

5.2.3 Hingegen spricht das öffentliche Interesse am gesetzeskonformen Strafvollzug dafür, dass das Electronic Monitoring möglichst bald beendet wird, wenn dessen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind. Das öffentliche Interesse am gesetzeskonformen Strafvollzug ist aber bloss von beschränktem Gewicht, solange durch die Nichterfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen keine weiteren konkreten Interessen beeinträchtigt werden. Dass dies bei einer Fortsetzung des Vollzugs der mit Urteil des Appellationsgerichts vom 16. Oktober 2013 ausgesprochenen Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring der Fall gewesen wäre, wird nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich. Während des Electronic Monitoring lebte der Rekurrent mit seiner Ehefrau und dem gemeinsamen vierjährigen Sohn zusammen, betreute diesen zumindest teilweise persönlich und verbrachte seine Freizeit grösstenteils zusammen mit seiner Familie (vgl. Führungs- und Verlaufsbericht des Vollzugszentrums C_____ vom 28. Februar 2017 S. 2). Der Entzug der Bewilligung für den

Vollzug der Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring hatte zur Folge, dass die Strafe wieder in einer Strafanstalt vollzogen wurde und der Rekurrent, seine Ehefrau und ihr gemeinsamer Sohn den persönlichen Verkehr nur noch im Rahmen von Telefonaten, Besuchen der Ehefrau und des Sohns in der Vollzugsanstalt und Beziehungsurlauben pflegen konnten. Damit hatten diese ein erhebliches schutzwürdiges Interesse daran, dass die Strafe des Rekurrenten weiterhin in der Form des Electronic Monitoring vollzogen wurde. Unter diesen Umständen überwogen die Interessen des Rekurrenten und seiner Familie am Aufschub der Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit des Entzugs der Bewilligung für den Vollzug der mit Urteil des Appellationsgerichts vom 16. Oktober 2013 ausgesprochenen Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring entgegen der Auffassung des Strafvollzugs und des JSD das Interesse an dessen sofortigen Vollstreckbarkeit. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung und die Abweisung des Gesuchs um deren Wiederherstellung waren deshalb unverhältnismässig.

5.2.4 Aus den vorstehenden Erwägungen (vgl. oben E. 4) waren die Erfolgsaussichten des Rekurses gegen den Entzug der Bewilligung für den Vollzug der Freiheitsstrafe in der Form des Electronic Monitoring eindeutig positiv. Auch dies spricht gegen den Entzug der aufschiebenden Wirkung.

5.3 Aus den vorstehenden Gründen haben die Vorinstanzen ihren Beurteilungsspielraum überschritten, indem sie dem Rekurs gegen die Verfügung vom 8. Februar 2017 die aufschiebende Wirkung entzogen bzw. den Antrag auf deren Wiederherstellung abgewiesen haben. Da der Entzug der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung des Strafvollzugs vom 8. Februar 2017 und die Abweisung des Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit Zwischenentscheid des Justiz- und Sicherheitsdepartements vom 24. Februar 2017 in das Recht des Rekurrenten sowie seiner Ehefrau und des gemeinsamen Sohns auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV eingegriffen haben und sich diese Eingriffe als unverhältnismässig erweisen, sind der Entzug und die Nichtwiederherstellung der aufschiebenden Wirkung als Verletzungen dieses Grundrechts zu qualifizieren.

6.

6.1

6.1.1 Nach Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es sich zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erweist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Voraussetzung für die unentgeltliche Rechtspflege ist somit die Bedürftigkeit der Betroffenen und die Nichtaussichtslosigkeit der Rechtssache. Als aussichtslos anzusehen sind Prozessbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege massgebend sind (vgl. BGE 139 III 396 E).

E. 7

7.1 Insgesamt obsiegt der Rekurrent in den wesentlichen Fragen der Rechtmässigkeit des Entzugs der Bewilligung des Electronic Monitoring, der aufschiebenden Wirkung des verwaltungsinternen Rekurses und des Rechts auf Vorausbeurteilung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege für das verwaltungsinterne Rekursverfahren. Er unterliegt in der Frage der Verfahrenssistierung. Zudem ist auf seinen Antrag, die Abteilung Strafvollzug anzuweisen, ihm die Verbüssung der Reststrafe in der Form des Electronic Monitoring zu gestatten, nicht einzutreten. Diese beiden Punkte sind gegenüber den anderen drei Punkten nur von sehr untergeordneter Bedeutung. Die Verfahrenskosten sind deshalb wie im Fall des vollständigen Obsiegens zu verteilen. Folglich sind für die verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren keine Gerichtskosten zu erheben und hat das JSD als Vorinstanz dem Rekurrenten für das verwaltungsinterne Rekursverfahren und die verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen.

7.2 Mit Honorarnote seines Rechtsbeistands vom 20. September 2017 macht der Rekurrent für die Rekursverfahren vor dem Verwaltungsgericht bzw. vor der Überweisung vor dem Regierungsrat ein Honorar von CHF 4'298.75 und Auslagen von CHF 423.72 zuzüglich MWST geltend. In der Honorarnote wird für den Versand von Orientierungskopien an den Rekurrenten jeweils ein Zeitaufwand seines Rechtsbeistands von 4.8 Minuten in Rechnung gestellt. Für Orientierungskopien von Verfügungen und Entscheiden ist dieser Aufwand gerechtfertigt, weil die betreffenden Dokumente vom Rechtsbeistand zuerst gesichtet werden müssen. Für Orientierungskopien eigener Eingaben des Rechtsvertreters (2. März, 30. März, 25. April, 27. Juni, 18. Juli und 15. August 2017 Honorar je CHF 20.00) ist dieser Aufwand hingegen nicht zu ersetzen, weil erwartet werden darf, dass der Versand dieser Kopien vom Sekretariat des Rechtsvertreters vorgenommen wird, und dessen Bemühungen im Honorar des Rechtsvertreters für die betreffende Eingabe enthalten ist. Ein Fristerstreckungsgesuch vom 12. April 2017 im Rekursverfahren vor dem Regierungsrat bzw. dem Verwaltungsgericht ist nicht ersichtlich. Der dafür geltend gemachte Aufwand ist deshalb nicht zu entschädigen (12. April 2017 Kopien CHF 5.24 und Porto CHF 3.03; 13. April 2017 Honorar CHF 20.00 und Porto CHF 3.03). Im Übrigen ist die Honorarnote nicht zu beanstanden. Insgesamt beträgt die Parteientschädigung für die verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren damit CHF 4'571.15 (Honorar CHF 4'158.75 und Auslagen CHF 412.42) zuzüglich MWST. Über die Höhe der Parteientschädigung für das verwaltungsinterne Rekursverfahren hat die Vorinstanz aufgrund der anwendbaren Rechtsgrundlagen zu entscheiden.

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