

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.20 vom 19. März 2018**

BS Appellationsgericht, 2018-03-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2018.20](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2018.20)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.20 du 19 mars 2018

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.20 del 19 marzo 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 13. Februar 2018 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig zur Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 i.V.m. § 88 Abs. 2 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

### **E. 1.2**

1.2.1 Angefochten ist ein Zwischenentscheid des JSD. Zwischenverfügungen unterliegen gemäss § 10 Abs. 2 VRPG nur dann selbständig der Beurteilung durch das Verwaltungsgericht, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Einen solchen Nachteil bewirken nach der Praxis des Verwaltungsgerichts unter anderem der Entzug oder die Verweigerung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (vgl. VGE VD.2016.148 vom 24. Juli 2017 E. 1.2, VD.2016.162 vom 12. August 2016 E. 1.2, VD.2014.124 vom 7. Juli 2014 E. 1.1).

1.2.2 Im Dispositiv des Zwischenentscheids des JSD vom 26. Januar 2018 wird der Antrag des Rekurrenten vom 23. Januar 2018 auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Dieser Antrag betrifft einen Rekurs gegen die Verfügung des Migrationsamts vom 18. Januar 2018, mit welcher das Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung abgewiesen und festgehalten wurde, dass einem Rekurs gegen diese Verfügung keine aufschiebende Wirkung zukomme, weshalb der Rekurrent den Entscheid im Ausland abzuwarten habe. Die Verweigerung einer Bewilligung ist eine negative Verfügung, bei welcher die aufschiebende Wirkung nicht zum Tragen kommt (vgl. BGer 2C\_253/2017 vom 30. Mai 2017 E. 4.1, mit Hinweisen). Bei negativen Verfügungen ist ein Entscheid über die aufschiebende Wirkung als Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme zu interpretieren (vgl. Seiler, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 55 N 25; hierzu auch unten E. 4.1). Folglich ist davon auszugehen, dass das JSD mit dem angefochtenen Zwischenentscheid auch entschieden hat, keine vorsorgliche Massnahme anzuordnen, mit der dem Rekurrenten gestattet wird, den Ausgang des beim JSD hängigen Rekursverfahrens in der Schweiz abzuwarten. Diese Auslegung wird durch die Begründung des Zwischenentscheids bestätigt.

1.2.3 In Konstellationen, in denen (wie vorliegend) in der Hauptsache keine positive, sondern eine negative Verfügung angefochten ist, so dass sich nicht die Frage der aufschiebenden Wirkung, sondern diejenige nach dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme stellt, liegt ein nicht wieder gutzumachender Nachteil in der Abweisung des

Gesuchs, mit dem für die Dauer des verwaltungsinternen Rekursverfahrens um Bewilligung des Aufenthalts des Rekurrenten bzw. Aufschub des Vollzugs der in Wiedererwägung zu ziehenden Verfügung nachgesucht wird (vgl. VGE VD.2016.148 vom 24. Juli 2017 E. 1.2, VD.2016.239 vom 5. Januar 2017 E. 1.2, VD.2015.233 vom 29. Juni 2016 E. 1.2, VD.2015.2 vom 4. Februar 2015 E. 1.2). Dies bedeutet jedoch nicht, dass im Rahmen der materiellen Prüfung auch ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil als materielle Voraussetzung vorsorglicher Massnahmen bejaht werden müsste. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil als formell-prozessuale Rekursvoraussetzung und der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil als materielle Voraussetzung vorsorglicher Massnahmen sind auseinanderzuhalten. Dieser liegt in der Beeinträchtigung der materiellen Rechtsstellung des Rekurrenten (vgl. BGE 116 Ia 446 E. 2 S. 447; hierzu auch unten E. 4.1), jener in der Beeinträchtigung der formellen Rechtsstellung des Rekurrenten durch die Verweigerung der gerichtlichen Kontrolle (vgl. VGE VD.2017.229 vom 28. Dezember 2017 E. 1.3.2, VD.2017.186 vom 1. November 2017 E. 1.2.2).

1.3 Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem insofern auch unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung, weshalb er gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurslegitimiert ist. Auf den frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

1.4 Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich mangels ausdrücklicher spezialgesetzlicher Regelung nach § 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. VGE VD.2014.202 vom 20. November 2015 E. 1.2, 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. BGer 2C\_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; VGE VD.2017.60/VD.2017.71 vom 5. Dezember 2017 E. 1.3, VD.2017.184 vom 6. November 2017 E. 1.3, VD.2017.183 vom 17. Oktober 2017 E. 1.2; jeweils mit Hinweisen). Es ist somit grundsätzlich auf die aktuellen Umstände und die Beweislage im Zeitpunkt des Entscheids des Verwaltungsgerichts abzustellen (vgl. VGE VD.2016.148 vom 24. Juli 2017 E. 1.4, VD.2015.151 vom 24. Februar 2016 E. 1, VD.2013.214 vom 26. Mai 2016 E. 1.2, VD.2015.220 vom 2. Mai 2016 E. 1.2; vgl. auch BGer 2C\_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3).

## **E. 2**

2.1 Wie bereits der Sachverhaltsdarstellung entnommen werden kann, verlängerte das Migrationsamt mit Verfügung vom 17. Juli 2015 die Aufenthaltsbewilligung des Rekurrenten nicht und wies diesen unter Ansetzung einer Ausreisefrist bis 31. Oktober 2015 aus der Schweiz und dem Schengenraum weg. Auf den Rekurs gegen diese Verfügung trat das JSD mit Entscheid vom 3. August 2015 wegen Verspätung nicht ein. Ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wies das JSD mit Entscheid vom 23. Oktober 2015 ab. Gegen beide Entscheide erhob der Rekurrent Rekurs. Mit Urteil VD.2015.251/VD.2016.56 vom 26. Mai 2016 wies das Appellationsgericht als Verwaltungsgericht die Rekurse gegen die Entscheide des JSD vom 3. August und 23. Oktober 2015 ab. Mit Anmeldebescheinigungen/Bestätigungen vom 19. Januar, 29. Juli

und 2. Dezember 2016 bestätigte das Migrationsamt, dass das Verlängerungsverfahren betreffend die Bewilligung des Rekurrenten noch hängig gewesen sei und dieser während des laufenden Verlängerungsverfahrens den bisherigen Aufenthaltsstatus beibehalten habe. Die letzte dieser Anmeldebescheinigungen/Bestätigungen war längstens bis am 28. Februar 2017 gültig. Mit Schreiben vom 19. Januar 2017 stellte das Migrationsamt fest, dass seine Verfügung vom 17. Juli 2015 in Rechtskraft erwachsen sei, und setzte dem Rekurrenten eine Ausreisefrist bis am 28. Februar 2017 an. Damit war der Rekurrent seit dem 28. Februar 2017 verpflichtet, die Schweiz zu verlassen, und hielt er sich seither illegal in der Schweiz auf.

2.2 Mit Gesuch vom 13. Februar 2017 beantragte der Rekurrent, es sei ihm gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b des Ausländergesetzes (AuG, SR 142.20) eine Härtefallbewilligung zu erteilen und gemäss Art. 17 Abs. 2 und Art. 83 AuG zu gestatten, den Entscheid über das Gesuch in der Schweiz abzuwarten. Aus den folgenden Gründen änderte dieses Gesuch als solches nichts an der Ausreisepflicht des Rekurrenten. Dementsprechend wies das Migrationsamt den Rekurrenten mit Schreiben vom 14. und 28. Februar 2017 darauf hin, dass ihn sein Gesuch alleine nicht zu einem weiteren Aufenthalt berechtige.

Gemäss Art. 17 Abs. 1 AuG haben Ausländer, die für einen vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereist sind und nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen, den Entscheid im Ausland abzuwarten. Dies gilt auch für illegal Anwesende, die ihren Aufenthalt nachträglich durch ein entsprechendes Bewilligungsgesuch legalisieren wollen (BGE 139 I 37 E. 2.1 S. 40; VGE VD.2017.57 vom 2. Mai 2017 E. 3.1; Spescha, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 4. Aufl., Zürich 2015, Art. 17 AuGN 1). Gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG kann die zuständige kantonale Behörde den Aufenthalt während des Verfahrens (sog. prozeduraler Aufenthalt) aber gestatten, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt werden. Personen, die bereits mit einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz anwesenheitsberechtigt sind, sind während eines Verlängerungsverfahrens in der Regel aufenthaltsberechtigt, es sei denn der Entzug der aufschiebenden Wirkung erweise sich als verhältnismässig (Spescha, a.a.O., Art. 17 N 1). Da die Aufenthaltsbewilligung des Rekurrenten bereits mit rechtskräftiger Verfügung vom 17. Juli 2015 nicht verlängert worden ist, geht es im vorliegenden Fall nicht um die Verlängerung einer bestehenden, sondern um die Erteilung einer neuen Aufenthaltsbewilligung an einen Ausländer, der in der Schweiz nicht mehr anwesenheitsberechtigt ist. Die Frage, ob der Rekurrent während des Verfahrens betreffend sein Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung in der Schweiz aufenthaltsberechtigt ist, richtet sich deshalb nach Art. 17 AuG (vgl. BGer 2D\_74/2015 vom 28. April 2016 E. 1.3 und 2).

2.3 Mit Schreiben vom 7. März 2017 teilte das Migrationsamt dem Rekurrenten mit, dass sein Aufenthalt in der Schweiz vorerst weiterhin geduldet werde und die angesetzte Ausreisefrist als hinfällig zu betrachten sei, weil es noch medizinische Abklärungen über das SEM vornehme. Das Migrationsamt stellte dem Rekurrenten eine Anwesenheitsbestätigung zu und behielt sich den Erlass einer Verfügung vor. Mit Anwesenheitsbestätigungen vom 7. März, 14. Juni und 1. September 2017 bestätigte das Migrationsamt, dass das Bewilligungsverfahren hängig sei und der Rekurrent sich während des laufenden Bewilligungsverfahrens vorläufig in Basel aufhalten dürfe. Die letzte Anwesenheitsbestätigung war längstens bis am 31. Dezember 2017 gültig. Damit gestattete das Migrationsamt dem Rekurrenten nicht im Sinne von Art. 17 Abs. 2 AuG, den Entscheid

über sein Härtefallgesuch in der Schweiz abzuwarten, sondern erlaubte ihm den weiteren Aufenthalt in der Schweiz nur vorläufig bis am 31. Dezember 2017. Ab dem 1. Januar 2018 war der Rekurrent damit wieder verpflichtet, die Schweiz zu verlassen.

### **E. 3**

Bei der Verfügung vom 18. Januar 2018, mit der das Migrationsamt das Gesuch des Rekurrenten um Erteilung einer Härtefallbewilligung abwies, soweit es darauf eintrat, handelt es sich ■ wie bereits oben erwähnt (E. 1.2.2) ■ um eine negative Verfügung. Negative Verfügungen sind der aufschiebenden Wirkung nicht zugänglich, weil sie keine Änderung der Rechtslage zur Folge haben (Seiler, a.a.O., Art. 55 N 24; vgl. Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, a.a.O., S. 435 ff., 458). Folglich ist der Verfahrens Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Rekurses an das JSD gegen die Verfügung des Migrationsamts vom 18. Januar 2018 in der Rekursanmeldung vom 23. Januar 2018 abzuweisen und gehen sämtliche Ausführungen des Rekurrenten betreffend die aufschiebende Wirkung an der Sache vorbei, wie bereits das JSD in seinem Zwischenentscheid vom 26. Januar 2018 zu Recht festgestellt hat.

### **E. 4**

4.1 Ein Gesuch um aufschiebende Wirkung kann bei negativen Verfügungen als Gesuch um eine vorsorgliche Massnahme interpretiert werden (vgl. Seiler, a.a.O., Art. 55 N 25; hierzu auch oben E. 1.2.2). Das OG sieht zwar lediglich für das Verfahren vor dem Regierungsrat die Möglichkeit der Anordnung anderer vorsorglicher Massnahmen als der aufschiebenden Wirkung vor. Die Anordnung anderer vorsorglicher Massnahmen ist indessen auch ohne ausdrückliche Regelung im gesamten Verwaltungsverfahren zulässig, weil vorsorgliche Massnahmen ihre Grundlage im materiellen Recht haben, dessen Durchsetzung sie sichern sollen (VGE VD.2017.186 vom 1. November 2017 E. 2.1; Schwank, a.a.O., 458). Der Erlass einer vorsorglichen Verfügung setzt zunächst Dringlichkeit voraus. Dies bedeutet, dass es sich als notwendig erweisen muss, die fragliche Vorkehr sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf eine vorsorgliche Verfügung für den Betroffenen einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Vorsorgliche Verfügungen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist (VGE VD.2017.186 vom 1. November 2017 E. 2.2; vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2 S. 155; Schwank, a.a.O., 458 f.; Seiler, a.a.O., Art. 56 N 27 f.).

#### **E. 4.2**

4.2.1 Eine vorsorgliche Massnahme, mit welcher dem Rekurrenten gestattet wird, den Ausgang des beim JSD hängigen Rekursverfahrens betreffend sein Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung in der Schweiz abzuwarten, entspricht in der Sache weitgehend der Bewilligung des prozeduralen Aufenthalts. Folglich ist eine solche vorsorgliche Massnahme grundsätzlich nur unter den in Art. 17 Abs. 2 AuG statuierten Voraussetzungen anzuordnen. Gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG kann die zuständige kantonale Behörde den Aufenthalt während des Verfahrens (sog. prozeduraler Aufenthalt) gestatten, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt werden. Da die Verweigerung des prozeduralen Aufenthalts unverhältnismässig wäre, wenn die Zulassungsvoraussetzungen

offensichtlich erfüllt sind, und das Ermessen verfassungskonform und damit auch verhältnismässig (vgl. Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV, SR 101]) zu handhaben ist (vgl. Art. 96 AuG), muss der Aufenthalt in diesem Fall trotz der Kann-Formulierung des Gesetzes gestattet werden (VGE VD.2017.57 vom 2. Mai 2017 E. 3.1; vgl. BGE 139 I 37 E. 2.2 S. 40; Spescha, a.a.O., Art. 17 AuG N 2).

4.2.2 Gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG kann von den Zulassungsvoraussetzungen (Art. 18-29 AuG) abgewichen werden, um schwerwiegenden persönlichen Härtefällen oder wichtigen öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen. Liegt ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vor, kann eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden. Bei der Beurteilung sind gemäss Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) insbesondere zu berücksichtigen die Integration des Gesuchstellers (lit. a), die Respektierung der Rechtsordnung durch den Gesuchsteller (lit. b), die Familienverhältnisse (lit. c), die finanziellen Verhältnisse sowie der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung (lit. d), die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz (lit. e), der Gesundheitszustand (lit. f) und die Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat (lit. g). Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG kommt Ausnahmecharakter zu und die Voraussetzungen zur Anerkennung eines Härtefalls sind restriktiv zu handhaben. Die betroffene Person muss sich in einer persönlichen Notlage befinden. Das bedeutet, dass ihre Lebens- und Existenzbedingungen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von ausländischen Personen, in gesteigertem Masse in Frage gestellt sein müssen bzw. die Verweigerung einer Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen für sie mit schweren Nachteilen verbunden wäre. Bei der Beurteilung eines Härtefalles müssen sämtliche Umstände des jeweiligen Einzelfalles berücksichtigt werden. Eine lang dauernde Anwesenheit und eine gute soziale und berufliche Integration sowie klagloses Verhalten reichen für sich alleine nicht aus, um einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall zu begründen. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass die ausländische Person so enge Beziehungen zur Schweiz unterhält, dass von ihr nicht verlangt werden kann, in einem anderen Land, insbesondere in ihrem Heimatstaat, zu leben. Berufliche, freundschaftliche und nachbarschaftliche Beziehungen, welche die betroffene Person während ihres Aufenthalts in der Schweiz knüpfen konnte, genügen normalerweise nicht für eine Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen (BGE 130 II 39 E. 3 S. 41 f.; BVGer F-3332/2015 vom 13. Februar 2018 E. 4.3, C-188/2014 vom 15. März 2016 E. 5.2; VGE VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 5.1, VD.2016.152 vom 17. Januar 2017 E. 3.3.1). Im Zusammenhang mit dem schwerwiegenden persönlichen Härtefall sind ausschliesslich humanitäre Gesichtspunkte ausschlaggebend, wobei der Schwerpunkt auf der Verankerung in der Schweiz liegt. Im Rahmen einer Gesamtschau sind auch der Gesundheitszustand einer Person und die Möglichkeiten einer Wiedereingliederung im Herkunftsland mitzuberücksichtigen. Diese Prüfung kann nicht losgelöst von den persönlichen, familiären und ökonomischen Schwierigkeiten erfolgen, denen eine ausländische Person in ihrem Heimatstaat ausgesetzt wäre (BVGer C-188/2014 vom 15. März 2016 E. 5.4; VGE VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 5.1, VD.2016.152 vom 17. Januar 2017 E. 3.3.1). Gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG liegt die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Falle eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls im Ermessen der Behörde. Dieses ist allerdings rechtsgleich, willkürfrei und verhältnismässig auszuüben (VGE VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 5.1; Good/Bosshard, in: Caroni et al. [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar AuG, Bern 2010, Art. 30 N 2; Spescha, a.a.O., Art. 30 AuG N 1).

4.2.3 Der Rekurrent macht geltend, er lebe seit 2008 in der Schweiz und arbeite seit Ende 2013 bei der C\_\_\_\_\_ AG. Er sei sprachlich sehr gut integriert. Insbesondere aufgrund seiner Arbeit und seiner innigen Beziehung zu seiner Ex-Frau sei er fest in Basel verwurzelt (Rekurs vom 7. Februar 2018 Ziff. 24). Soweit der Rekurrent sein Gesuch mit der Dauer seines Aufenthalts in der Schweiz begründete, trat das Migrationsamt darauf nicht ein (Verfügung vom 18. Januar 2018). Selbst wenn die vom Rekurrenten genannten Umstände berücksichtigt würden, reichten diese für sich alleine nicht aus, um einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall zu begründen. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der Arbeitsvertrag des Rekurrenten ■ wie er selber anführt ■ mit der C\_\_\_\_\_ AG inzwischen gekündigt worden ist (Rekursanmeldung vom 23. Januar 2018 Ziff. 11).

Weiter beruft sich der Rekurrent auf seinen Gesundheitszustand (Rekurs vom 7. Februar 2018 Ziff. 7 und 24 f.). Gemäss dem ärztlichen Bericht des behandelnden Psychiaters des Rekurrenten, [...], FMH Psychiatrie, vom 19. Juni 2016 leidet der Rekurrent unter einer depressiven Störung mit mittelgradigen bis schweren Episoden. Er sei seit acht Jahren bei ihm in psychiatrischer Behandlung und nehme neben der psychiatrischen Betreuung regelmässig Antidepressiva. Die drohende Ausweisung bedeute eine grosse Belastung für den Rekurrenten. In diesem Zusammenhang habe sich sein Zustand deutlich verschlechtert. Dies habe sich auf seine psychische Verfassung (gereizt, impulsiv, Schlafstörung) und sein Sozialverhalten (Konzentrationsstörungen bei der Arbeit, Probleme in der Zusammenarbeit) ausgewirkt. Aus diesem Grund sei er am 23. April 2016 in die Universitären Psychiatrischen Kliniken Basel (UPK) eingetreten. Am 6. Juni 2016 sei er in deutlich stabilerem Zustand wieder entlassen worden. Gemäss den ärztlichen Zeugnissen der UPK war der Rekurrent vom 26. April bis 6. Juni 2016 in den UPK hospitalisiert und zu 100 % arbeitsunfähig (ärztliche Zeugnisse der UPK vom 2. und 10. Mai 2016). Der ärztliche Bericht von [...] vom 19. Juni 2016 schliesst mit den folgenden Angaben ■ A\_\_\_\_\_ unternimmt alles, um seine psychische und soziale Situation zu verbessern. Die Behandlung muss dringend weitergeführt werden. Die Ausweisung nach 23 Jahren in Europa und 17 Jahren in der Schweiz wäre für ihn verheerend, hat er doch nach der langen Absenz sämtliche Verbindungen zur Heimat verloren (mit Ausnahme einer Schwester) und ist hier verwurzelt. ■ Dass die Wegweisung für die psychische Gesundheit des Rekurrenten verheerende Folgen hätte, kann dem Zeugnis entgegen der Darstellung des Rekurrenten (Gesuch vom 13. Februar 2017 S. 1; Rekurs vom 7. Februar 2018 Ziff. 25) nicht entnommen werden. Zudem fehlen jegliche Angaben dazu, inwiefern der Vollzug der Wegweisung für den Rekurrenten verheerend sein sollte. Gemäss der ärztlichen Bescheinigung von [...] vom 3. Februar 2017 ist der Rekurrent seit dem Jahr 2002 bei ihm in psychiatrischer Behandlung mit regelmässigen Terminen und wird die Behandlung bis auf weiteres fortgeführt. Zwischen dem Bericht vom 19. Juni 2016 und der Bescheinigung vom 3. Februar 2017 besteht insoweit ein Widerspruch, als der Rekurrent gemäss jenem erst seit 2008 und gemäss diesem bereits seit 2002 bei [...] in Behandlung sein soll. Wie es sich damit verhält, kann mangels Rechtserheblichkeit offen bleiben. Gemäss Medizinischem Consulting des SEM vom 19. Juni 2017 ist eine psychiatrische Behandlung in Algerien an zwei öffentlichen und einem privaten Spital möglich. Auf der Website Psy Algerien seien zudem für die verschiedenen Regionen, darunter die Region Oran, Namen und Adressen von psychiatrischen Praxen aufgeschaltet. Rund die Hälfte der dreizehn Universitätsspitäler in Algerien verfüge über ein Departement für Psychiatrie. Die ambulante psychiatrische Versorgung werde in Algerien vor allem durch Polikliniken erbracht, wo ein Psychiater oder eine Psychiaterin zusammen mit Fachpersonen für

Psychiatriepflege Patienten und Patientinnen betreue. In Algerien seien diverse Medikamente zur Behandlung von Depressionen verfügbar (Medizinisches Consulting des SEM vom 19. Juni 2017). Damit besteht kein Grund zur Annahme, dass die psychiatrische und medikamentöse Behandlung des Rekurrenten in dessen Heimat nicht weitergeführt werden könnte. Dies wird vom Rekurrenten implizit bestätigt, indem er geltend macht, die Weiterführung der psychiatrischen Behandlung im Herkunftsland und der damit verbundene Arztwechsel seien für ihn nicht zumutbar (Gesuch vom 13. Februar 2017 S. 3). Weshalb ihm die Behandlung in seiner Heimat und ein Arztwechsel nicht zumutbar sein sollten, ist jedoch nicht ersichtlich. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der Rekurrent seit Dezember 2013 mit einem Pensum zwischen 60 % und 70 % gearbeitet hat (Zwischenzeugnis der C\_\_\_\_\_ AG vom 13. April 2016; Eingabe des Rekurrenten vom 30. November 2016; Gesuch vom 13. Februar 2017 S. 2) und gemäss eigenen Angaben eine Anstellung mit einem Pensum von 100 % gesucht hat (Eingabe des Rekurrenten vom 23. Oktober 2014 S. 3). Seine psychische Störung hindert ihn somit offensichtlich nicht daran, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Auch unter Mitberücksichtigung des vorstehend dargestellten Gesundheitszustands des Rekurrenten kann keine Rede davon sein, dass ein schwerwiegender persönlicher Härtefall offensichtlich gegeben sei. Im Übrigen behauptet auch der Rekurrent nicht, dass die Voraussetzungen einer Härtefallbewilligung offensichtlich erfüllt würden. Er macht bloss geltend, ■die Erteilung der Härtefallbewilligung [könne] nicht von vornherein klar ausgeschlossen werden■ (Rekurs vom 7. Februar 2018 Ziff. 24).

Betreffend die Respektierung der Rechtsordnung sowie die finanziellen Verhältnisse und den Willen zur Teilhabe am Wirtschaftsleben ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Rekurrent gemäss der rechtskräftigen Verfügung des Migrationsamts vom 17. Juli 2015 in den Jahren 2009 und 2010 wegen Konsums von Betäubungsmitteln sowie geringfügigen bzw. mehrfachen geringfügigen Diebstahls zu mehreren Bussen von CHF 50.■ bis CHF 350.■ verurteilt worden ist, seit Januar 2009 teilweise ergänzend zu seinem Lohn von der Sozialhilfe unterstützt wird und sich trotz relativ langer Aufenthaltsdauer nie dauerhaft von der Sozialhilfe ablösen können (Verfügung vom 17. Juli 2015 E. 2.2 f.).

Zusammenfassend werden die Voraussetzungen für die Erteilung einer Härtefallbewilligung gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG keinesfalls offensichtlich erfüllt. Damit sind die Voraussetzungen für die Bewilligung des prozeduralen Aufenthalts gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG nicht gegeben.

### **E. 4.3**

4.3.1 Der Rekurrent macht geltend, seine Wegweisung sei unmöglich und unzumutbar. Die algerische Botschaft weigere sich, ihm einen Reisepass auszustellen, und die Einreise mittels eines Passierscheins sei ihm angesichts seines Gesundheitszustands nicht zumutbar. Eine Ausschaffung sei aufgrund seiner algerischen Staatsangehörigkeit wahrscheinlich nicht möglich. Sein behandelnder Psychiater habe mit ärztlichem Bericht vom 19. Juni 2016 zudem darauf hingewiesen, dass eine Wegweisung nach Algerien nach der langen Abwesenheit verheerende Folgen für die psychische Gesundheit des Rekurrenten hätte (Rekurs vom 7. Februar 2018 Ziff. 19 und 24 f.). Die Weiterführung der psychiatrischen Behandlung im Herkunftsland und der damit verbundene Arztwechsel seien für ihn nicht zumutbar (Gesuch vom 13. Februar 2017 S. 3).

4.3.2 Ist der Vollzug der Wegweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar, so verfügt das SEM unter Vorbehalt der Ausschlussgründe nach Art. 83 Abs. 7 AuG die vorläufige Aufnahme (Art. 83 Abs. 1 AuG). Ein Tatbestand, der den Vollzug der Wegweisung als unzulässig, unzumutbar oder unmöglich erscheinen lässt (Art. 83 Abs. 2-4 AuG), wird als Wegweisungsvollzugshindernis bezeichnet (VGE VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 6.4.1; Bolzli, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 4. Aufl., Zürich 2015, Vorbem. Art. 83-88 AuG N 1). Der Vollzug ist nicht möglich, wenn der Ausländer weder in den Heimat- oder in den Herkunftsstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann (Art. 83 Abs. 2 AuG). Wenn es dem Ausländer offen steht, freiwillig in seinen Heimatstaat zurückzukehren, begründet der Umstand, dass eine zwangsweise Rückführung nicht möglich ist, keine Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs (BVGer D-6606/2015 vom 12. Februar 2018 E. 10.4.1). Der Vollzug der Wegweisung kann für Ausländer unzumutbar sein, wenn sie in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind (Art. 83 Abs. 4 AuG). Die Bedeutung der in Art. 83 Abs. 4 AuG verwendeten Kann-Formulierung beschränkt sich darauf, zu verdeutlichen, dass im Anwendungsbereich von Art. 83 Abs. 4 AuG nicht wegen völkerrechtlicher Verpflichtungen, sondern aus humanitären Gründen auf den Vollzug der Wegweisung verzichtet wird (BVGE 2014/26 E. 7.9.6 S. 401 f.; VGE VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 6.3). Wird eine konkrete Gefährdung festgestellt, so ist der Vollzug der Wegweisung unzumutbar (BVGE 2014/26 E. 7.10 S. 402 f.; VGE VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 6.3). Die Aufzählung von Gefährdungskonstellationen in Art. 83 Abs. 4 AuG ist nicht abschliessend, sondern beispielhaft (BVGE 2014/26 E. 7.5 S. 394 f.; VGE VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 6.3). Aus den im Gesetz genannten Gefährdungssituationen ergibt sich allerdings, dass ausschliesslich Gefahren für Leib oder Leben die Annahme einer konkreten Gefährdung im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG rechtfertigen (BVGE 2014/26 E. 7.6 S. 395; VGE VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 6.3). Wegen einer medizinischen Notlage kann nur dann auf Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs geschlossen werden, wenn das Fehlen einer notwendigen medizinischen Behandlung im Heimatland nach der Rückkehr zu einer raschen und lebensgefährdenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustands der betroffenen Person führen würde. Dabei wird als wesentlich die allgemeine und dringende medizinische Behandlung erachtet, die zur Gewährleistung einer menschenwürdigen Existenz absolut notwendig ist. Unzumutbarkeit liegt jedenfalls dann noch nicht vor, wenn im Heimat- oder Herkunftsstaat eine nicht dem schweizerischen Standard entsprechende medizinische Behandlung möglich ist (BVGer D-4612/2009 vom 19. Dezember 2013 E. 4.2.3; vgl. VGE VD.2016.149 vom 6. Februar 2017 E. 4.7.2). Wegweisungsvollzugshindernissen sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (BVGE 2011/24 E. 10.2 S. 502; BVGer E-3510/2015 vom 10. Mai 2017 E. 7.1, E-7685/2015 vom 25. April 2017 E. 8.1, E-6302/2015 vom 18. April 2017 E. 7.1; VGE VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 6.4.1). Für den Nachweis einer konkreten Gefährdung gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung. Die konkrete Gefährdung ist glaubhaft, wenn sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eintreten wird. Die Glaubhaftmachung setzt voraus, dass der Ausländer den der Gefährdung zugrundeliegenden Sachverhalt substantiiert, schlüssig und plausibel vorbringt und die Gründe, die für die Richtigkeit der Sachverhaltsdarstellung sprechen, überwiegen (VGE VD.2016.149 vom 6. Februar 2017 E. 4.6.2; vgl. BVGE 2014/26 E. 7.7.4 S. 397, 2013/11 E. 5.1 S. 141 ff.

undBolzli, a.a.O., Art. 83 AuG N 2).

4.3.3 Gemäss der Verfügung des Migrationsamts vom 18. Januar 2018 ist es dem Rekurrenten zumutbar, bei seinen heimatlichen Behörden ein Laissez-passer zu beantragen. Dass ihm dies nicht möglich wäre, macht der Rekurrent nicht geltend. Mit einem Laissez-passer könnte der Rekurrent rechtmässig nach Algerien reisen. Damit ist der Wegweisungsvollzug unabhängig von der Möglichkeit einer zwangsweisen Ausschaffung nicht unmöglich. Aus den im Rahmen der Prüfung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls erwähnten Gründen hat der Rekurrent insbesondere mit dem ärztlichen Bericht von [...] vom 19. Juni 2016 nicht glaubhaft gemacht, dass im Falle des Vollzugs seiner Wegweisung die konkrete Gefahr einer lebensgefährdenden Beeinträchtigung seines Gesundheitszustands bestünde. Weshalb die psychiatrische Behandlung im Herkunftsland und der damit verbundene Arztwechsel sowie die Einreise mit einem Passierschein für den Rekurrenten nicht zumutbar sein sollten, ist nicht ersichtlich. Jedenfalls hat er dies nicht ansatzweise glaubhaft gemacht. Damit ist der Wegweisungsvollzug auch nicht unzumutbar.

4.4 Der Rekurrent begründet sein Gesuch um Bewilligung seines Aufenthalts während des Rekursverfahrens vor dem JSD primär damit, dass das Migrationsamt im Verfahren auf Erlass der Verfügung vom 18. Januar 2018 seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe (vgl. Rekurs vom 7. Februar 2018 Ziff. 14, 21 f. und 27 f.). Bei provisorischer summarischer Prüfung ist die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zwar begründet. Wenn die Verfügung des Migrationsamts vom 18. Januar 2018 wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufgehoben würde, gälte die Rechtslage vor dem Erlass dieser Verfügung. Bereits nach dieser war der Rekurrent aber verpflichtet, die Schweiz zu verlassen. Die geltend gemachte Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör rechtfertigt es deshalb nicht, dem Rekurrenten zu gestatten, den Ausgang des Rekursverfahrens vor dem JSD in der Schweiz abzuwarten.

4.5 Aus den vorstehenden Erwägungen erhellt, dass der Verfahrensantrag des Rekurrenten vom 23. Januar 2018 um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung auch dann abzuweisen ist, wenn es als sinngemäßes Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme verstanden wird.

## **E. 5**

Mit dem Gesagten ist der Rekurs abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Rekurrent grundsätzlich dessen Kosten zu tragen. Der Rekurrent beantragt die unentgeltliche Rechtspflege mit [...] als Advokaten. 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 unentgeltliche Rechtspflegemassgebend sind (VGE VD.2017.86/VD.2017.175 vom 24. November 2017 E. 6.1.1; vgl. BGE 139 III 396 E. 1.2 S. 397, 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218, 133 III 614 E. 5 S. 616). Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung offensichtlich nicht in Betracht kommt und die Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme klarerweise nicht erfüllt sind. Der Rekurs ist deshalb als aussichtslos zu qualifizieren. Folglich ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen und trägt der Rekurrent die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahrens mit einer Gebühr von CHF 800.■.

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