

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.193 vom 22. Januar 2022**

BS Appellationsgericht, 2022-01-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2021.193](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2021.193)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.193 du 22 janvier 2022

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.193 del 22 gennaio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus § 33 Abs. 2 des Justizvollzugsgesetzes (JVG, SG 258.200). Gemäss § 88 Abs. 2 in Verbindung mit § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ist das Dreiergericht zum Entscheid berufen.

### **E. 1.2**

1.2.1 Der Rekurrent wehrt sich als Adressat des angefochtenen Entscheids mit seinem Rekurs nicht gegen die Verfügung der Vollzugsbehörde vom 26. August 2021 selber. Er begehrt allein die Feststellung, dass bei deren Erlass sein rechtliches Gehör verletzt worden sei, was deren Nichtigkeit zur Folge habe.

1.2.2 Für das Eintreten auf ein Feststellungsbegehren bedarf es gemäss § 13 Abs. 1 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG, SG 270.100) eines schutzwürdigen Interesses an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids. Um schutzwürdig zu sein, muss das Interesse des Rekurrenten aktuell sein (VGE VD.2021.135 vom 2. Dezember 2021 E. 1.2.2, VD.2021.64 vom 8. Juli 2021 E. 1.21, VD.2017.86 und VD.2017.175 vom 24. November 2017 E. 1.3.1, VD.2015.228 vom 15. Juni 2016 E. 1.2.1; Wullschleger/Schröder, *Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt*, in: BJM 2005, S. 277, 292; vgl. auch Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, *Öffentliches Prozessrecht*, 3. Auflage, Basel 2014, N 1931). Dies ist dann der Fall, wenn die Anfechtung für die rekurrierende Person sowohl beim Einreichen des Rekurses als auch im Zeitpunkt der Urteilsfällung eine praktische Bedeutung hat und die Gutheissung ihres Rechtsmittels ihr einen gegenwärtigen und praktischen Nutzen einträgt in dem Sinn, dass dadurch der Eintritt eines wirtschaftlichen, ideellen, materiellen oder anderweitigen Nachteils verhindert wird (vgl. VGE VD.2021.135 vom 2. Dezember 2021 E. 1.2.2, VD.2017.86 und VD.2017.175 vom 24. November 2017 E. 1.3.1; Wullschleger/Schröder, a.a.O., S. 292). Demgegenüber fehlt es an einem aktuellen praktischen Interesse, wenn der Nachteil auch bei Gutheissung des Rekurses nicht mehr behoben werden könnte. Diese Situation liegt beispielsweise dann vor, wenn der angefochtene Akt im Zeitpunkt des Urteils keine Rechtswirkung mehr entfalten kann, weil das Ereignis, auf welches er sich bezieht, bereits stattgefunden hat (vgl. BVGer B-1561/2016 und B-4177/2016 vom 21. März 2018 E. 1.3.2.3, m.H.). Mit dem Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses wird sichergestellt, dass dem Gericht nur konkrete und nicht bloss theoretische oder abstrakte Rechtsfragen unterbreitet werden (VGE VD.2014.248 vom 7. Juni 2016 E. 1.2.1, VD.2015.177 vom 1. April 2016 E. 1). Es darf

namentlich nicht Aufgabe staatlicher Behörden sein, Rechtsgutachten zu erstatten (BVGer B-3694/2010 vom 6. April 2011 E. 2.1.2). Auf das Erfordernis des aktuellen Interesses wird indessen ausnahmsweise verzichtet, wenn sich der gerügte Eingriff jederzeit wiederholen kann, seine rechtzeitige Überprüfung auf dem Rekursweg jedoch wegen der Dauer des Verfahrens kaum je möglich und deshalb kein endgültiger Entscheid in Grundsatzfragen herbeizuführen ist (Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S.477, 500; Wullschleger/Schröder, a.a.O., S. 292 f.; BGE 126 I 250 E. 1b S. 252; VGE VD.2021.135 vom 2. Dezember 2021 E. 1.2.2).

1.2.3 Mit seiner Rekursbegründung macht der Rekurrent geltend, die Vollzugsbehörde habe den angefochtenen Vollzugsbefehl ■ mit welchem die Verbüssung der Freiheitsstrafe vom 1. November 2021 auf den 9. August 2021 vorverlegt wurde ■ erst 17 Tage nach Antritt des Strafvollzugs erlassen. Er sei somit erst über den vorgezogenen Vollzug der Freiheitsstrafe informiert worden, nachdem er bereits ein Drittel derselben verbüsst habe. Überdies sei der angefochtene Vollzugsbefehl erst auf Anfrage der Rechtsvertreterin des Rekurrenten erlassen worden. Daraus folge, dass der Rekurrent in keiner Weise am Verfahren beteiligt worden sei, womit seine grundlegenden Parteirechte in schwerwiegender Weise verletzt worden seien. Es sei ihm insbesondere keine Möglichkeit gegeben worden, sich im Rahmen eines Rechtsmittels zum bevorstehenden Vollzug zu äussern oder sich mental auf den Vollzug der Freiheitsstrafe vorzubereiten. Erschwert werde diese Verletzung dadurch, dass der Rekurrent, der sich seit Juni 2021 in ausländerrechtlicher Haft befinde, aufgrund seiner Situation psychisch labil sei. Das Vorgehen der Behörden stelle eine unmenschliche Behandlung dar. Da das Nichterlassen des Vollzugsbefehls vor Antritt der Freiheitsstrafe einen schwerwiegenden Verfahrensfehler darstelle, sei der angefochtene Vollzugsbefehl vom 26. August 2021 nichtig (Rekurs Ziff. 11 f.).

1.2.4 Der Rekurrent verlangt mit seinem Rekurs, es sei festzustellen, dass der angefochtene Vollzugsbefehl infolge Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs nichtig sei. Mit dem Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit geht es damit grundsätzlich um eine allfällige Aufhebung einer Verfügung, allerdings macht der Rekurrent keine inhaltlichen bzw. materiellen Mängel geltend und stellt somit die Rechtmässigkeit des angefochtenen Vollzugsbefehls selber nicht in Frage. So ist etwa der Vollzug der Freiheitsstrafe von 45 Tagen unbestritten. Der erste Vollzugsbefehl vom 29. Juli 2021, welcher die Verbüssung derselben Freiheitsstrafe betraf und ihm auf Arabisch übersetzt worden war, blieb denn auch unangefochten. Zum Streitgegenstand möchte der Rekurrent mit seinem Rekurs allein eine Verletzung seiner Verfahrensrechte beim Erlass des Vollzugsbefehls machen. Wird eine Person durch einen Entscheid in der Sache aber gar nicht beschwert, so kann sie auch nicht eine Verletzung ihrer Verfahrensrechte bei Erlass dieses Entscheides geltend machen. Es ist diesbezüglich zu beachten, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör trotz seiner formellen Natur nicht Selbstzweck ist, sondern ■ wie das Verfahrensrecht überhaupt ■ der Verwirklichung des materiellen Rechts dient. Dessen Verletzung kann nur gerügt werden, solange daran ein rechtlich geschütztes Interesse besteht, indem die behauptete Gehörsverletzung einen Einfluss auf den Verfahrensausgang hat (BGer 4A\_40/2019 vom 2. Mai 2019 E. 4; 4A\_27/2018 vom 3. Januar 2019 E. 3.2.4; 4A\_141/2016 vom 26. Mai 2016 E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 123 II 285 E. 4a S. 287; vgl. VGE VD.2021.64 vom 8. Juli 2021 E. 1.2.3). Dies setzt weiter voraus, dass mit dem Rechtsmittel zumindest

die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Eingriffs selber beantragt wird. Den Rechtsbegehren des Rekurrenten ist ein solcher Antrag indes nicht zu entnehmen. Auch seiner Begründung kann keine Kritik am Sachentscheid entnommen werden, wonach der Vollzug der Freiheitsstrafe von 45 Tagen nicht gerechtfertigt gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund kann im Rechtsmittelverfahren aufgrund der dienenden Funktion des Verfahrensrechts nicht unabhängig von einem geltend gemachten Anspruch in der Sache geprüft werden, ob beim Erlass der materiell nicht angefochtenen Massnahme eine Verletzung des Verfahrensrechts beziehungsweise des rechtlichen Gehörs erfolgt ist.

1.2.5 Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass auf den Rekurs nicht einzutreten ist.

1.3 Der Vollständigkeit halber ist festzustellen, dass die Verweigerung des rechtlichen Gehörs ohnehin nicht ohne Weiteres, sondern nur in Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung nach sich zieht (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1039, 1111, 1116). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des Gehörsanspruchs kann geheilt werden, wenn das rechtliche Gehör vor einer Rechtsmittelinstanz nachgeholt wird, die sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht über dieselbe Überprüfungsbefugnis verfügt wie die Vorinstanz (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 und 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; vgl. Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz 314). Vorliegend stellt der verspätete Vollzugsbefehl offensichtlich keinen schwerwiegenden Verfahrensfehler im Sinne eines Nichtigkeitsgrundes dar und wäre mit dem vorliegenden Rekurs geheilt (vgl. zur Kognition des Verwaltungsgerichts: Ratschlag Nr. 18.1330.01 vom 26. September 2018 zu einem neuen Gesetz über den Justizvollzug S. 32). Der Rekurrent wusste bereits aufgrund des Vollzugsbefehls vom 29. Juli 2021 vom anstehenden Strafvollzug und hatte somit entgegen seinen Einwänden durchaus Gelegenheit, sich am gegen ihn laufenden Verfahren zu beteiligen und sich etwa im Rahmen eines Rechtsmittels dazu zu äussern. Zudem war ihm die Entlassung aus der Ausschaffungshaft zuhanden der Vollzugsbehörde zwecks Strafvollzugs nach einer Anhörung mit Verfügung vom 5. August 2021 mittels eines Dolmetschers eröffnet worden, was ihm auch die mentale Vorbereitung auf den anstehenden Strafvollzug ermöglichte. Überdies wäre selbst bei einer schwerwiegenden Verfahrensverletzung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Heilung möglich, wenn die Rückweisung an die Vorinstanz zu unnötigen Verzögerungen des Verfahrens führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2 S. 126 f., 132 V 387 E. 5.1 S. 390 und 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; VGE VD.2021.32 vom 15. Juli 2021 E. 2.2.2, VD.2019.197 vom 7. Mai 2020 E. 3.2.2 m.w.H.). Vorliegend hat der Rekurrent die unbestrittenermassen zu vollziehende Freiheitsstrafe per 22. September 2021 verbüsst und ist am 7. Oktober 2021 nach Italien ausgeschafft worden. Vor diesem Hintergrund wäre ihm eine allfällige Gutheissung seines Rekurses nicht mehr von praktischem Nutzen, würde doch dadurch der Eintritt eines wirtschaftlichen, ideellen, materiellen oder anderweitigen Nachteils nicht verhindert. Angesichts des offensichtlich fehlenden aktuellen Rechtsschutzinteresses würde dem Verwaltungsgericht damit lediglich eine theoretische Rechtsfrage unterbreitet.

## **E. 2**

2.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der unterliegende Rekurrent dessen Kosten (§ 30 Abs. 1 VRPG in Verbindung mit § 23 des Gerichtsgebührenreglements [GGR, SG 154.810]). Er beantragt die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat eine Person, die nicht über die erforderlichen Mittel zur

Führung eines Prozesses verfügt, nach Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV, SR 101) nur dann, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Nach der Rechtsprechung sind Prozessbegehren als aussichtslos anzusehen, 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 (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; VGE VD.2017.15 vom 3. Juni 2017 E. 6.1.1). Aus den Erwägungen zur Sache ergibt sich, dass der Rekurs aufgrund des gestellten Rechtsbegehrens und der Beschränkung des Streitgegenstands auf von der materiellen Streitfrage unabhängige Verfahrensfragen aussichtslos erscheint.

2.2 Daraus folgt, dass das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung abzuweisen ist. Aufgrund der Verhältnisse rechtfertigt es sich aber, auf die Erhebung einer Gebühr in Anwendung von § 40 GGR zu verzichten.

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