

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2012.149 vom 26. September 2012

BS Appellationsgericht, 2012-09-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2012.149

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2012.149 du 26 septembre 2012

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2012.149 del 26 settembre 2012

Erwägungen

E. 1

Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 21. August 2012 sowie aus § 42 des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (Organisationsgesetz OG; SG 153.100) und §§ 10 und 12 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG, SG 270.100). Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Er ist deshalb gemäss § 13 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf den rechtzeitig erhobenen und innert erstreckter Frist begründeten Rekurs ist einzutreten. Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat (statt vieler VGE VD.2011.115 vom 24. Oktober 2011, VD.2010.39 vom 28. April 2011 je E. 1.1).

E. 2

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz auf den gegen die Verfügung der Bevölkerungsdienste und Migration vom 17. Juni 2009 erhobenen Rekurs zu Recht nicht eingetreten ist mit der Begründung, dieser sei zu spät erfolgt.

2.1 Gemäss § 46 Abs. 1 und 2 OG ist ein verwaltungsinterner Rekurs innert 10 Tagen ab der Eröffnung der angefochtenen Verfügung bei der Rekursinstanz anzumelden und innert 30 Tagen ab dem gleichen Zeitpunkt schriftlich zu begründen.

Es ist unbestritten und aufgrund der Akten erstellt, dass die hier streitige Verfügung am 18. Juni 2009 mit eingeschriebener Post an den damaligen amtlichen Wohnsitz des Rekurrenten versandt, von diesem aber ■ aufgrund einer mehrwöchigen Landesabwesenheit ■ erst am 27. Juli 2009 in Empfang genommen wurde. Die Vorinstanz hat nun erwogen, durch den eingeschriebenen Versand gelte die Verfügung gemäss der sogenannten Zustellfiktion ungeachtet der tatsächlich erst später erfolgten Kenntnisnahme spätestens am letzten Tag einer siebentägigen Abholfrist als zugestellt, sofern ■ wie hier ■ der Adressat die Zustellung eines behördlichen Aktes mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit habe erwarten müssen. Diese Zustellfiktion gelte auch im Falle eines Zurückbehaltungsauftrages oder einer Verlängerung der Abholfrist durch die örtlich zuständige Poststelle selber. Im vorliegenden Fall sei dem Rekurrenten mit Schreiben vom 12. Dezember 2007 das rechtliche Gehör gewährt und ihm der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung und die Wegweisung in Aussicht gestellt worden. Damit habe die

Vorinstanz das Verwaltungsverfahren formlos eingeleitet, womit zwischen den Beteiligten ein Rechtsverhältnis begründet worden sei, welches sie zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet habe. Der Rekurrent habe daher mit der Zustellung einer Verfügung rechnen und deshalb Sorge tragen müssen, dass ihm behördliche Entscheide in diesem Verfahren ohne Weiteres hätten zugestellt werden können. Indem die angefochtene Verfügung vom ihm tatsächlich erst am 27. Juli 2009 in Empfang genommen worden sei, habe er klarerweise gegen die vorgenannte verfahrensrechtliche Pflicht verstossen. Es sei deshalb von der Zustellfiktion auszugehen. Daraus folge, dass die angefochtene Verfügung nach Ablauf der siebentägigen Zustellfrist am 25. Juni 2009 als zugestellt gelte und die Frist zur Rekursanmeldung am 26. Juni 2009 zu laufen begonnen und am 6. Juli 2009 geendet habe. Die erst am 5. August 2009 postalisch aufgebene Rekursanmeldung sei somit klar verspätet erfolgt.

2.2 Der Rekurrent hält dem entgegen, aus der Gewährung des rechtlichen Gehörs am 12. Dezember 2007 könne ihm nicht vorgehalten werden, er habe gegen seine verfahrensrechtlichen Pflichten verstossen, wenn die entsprechende Verfügung erst am 17. Juni 2009, also über 18 Monate später zugestellt worden sei. Vielmehr habe er gutgläubig und völlig zu Recht davon ausgehen dürfen, dass die Angelegenheit erledigt sei und das Migrationsamt aufgrund seiner Stellungnahme wohl auf den Erlass einer Verfügung verzichten würde. Die Pflicht der Verfahrensparteien sei in zeitlicher Hinsicht beschränkt. Nach Ablauf von rund eineinhalb Jahren müsse nicht mehr mit einem Entscheid gerechnet werden. Dies gelte erst recht, wenn einem Betroffenen lediglich das rechtliche Gehör gewährt worden sei und er sich noch nicht einmal in einem Rekursverfahren befinde.

E. 3

3.1 Wie die Vorinstanz in rechtlicher Hinsicht zutreffend ausgeführt hat, gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in denjenigen Fällen, in welchen der Adressat anlässlich einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher eine Abholeinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt wird, die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird; geschieht dies nicht innert der Abholfrist, die gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schweizerischen Post sieben Tage beträgt, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung hatte rechnen müssen (BGE 130 III 396E. 1.2.3 S. 399; BGer 5A_710/2010 vom 28. Januar 2011, E. 3.1; VGE VD.2011.166 vom 5. Dezember 2011 E. 2.2, AGE 668 und 682/2008 vom 8. August 2008 E. 2.2). Dies gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch im Falle eines Postrückbehaltungsauftrages (BGE 134 V 49 E. 4 S. 52 mit Hinweisen; VGE VD.2011.166 vom 5. Dezember 2011 E. 2.2). Diese Rechtsprechung ist nur dann massgebend, wenn die Zustellung eines behördlichen Aktes mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwartet werden muss. Indessen entsteht erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, welches die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht entsteht mithin als prozessuale Pflicht mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (BGE 130 III 396E. 1.2.3 S. 399 mit Hinweisen; 127 I 31 E. 2a/aa S. 34). Besteht ein solches Prozessrechtsverhältnis, so obliegt es einer Partei, der Behörde allfällige Änderungen der von ihr angegebenen Adresse oder eine längere Abwesenheit bekannt zu

geben respektive eine Stellvertretung für die Kontrolle der eingehenden Post zu bestellen (BGer 2C_233/2012 vom 18. Mai 2012; BGE 130 III 396E. 1.2.3 S. 399; 115 Ia 12E. 3a S. 15; 113 Ib 296E. 2a S. 298; 107 V 187E. 2 S. 189 f.; Amstutz/Arnold, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz BGG, Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], 2. Aufl. Basel 2011, Art. 44 N 25). Mit einer Zustellung muss eine Person dabei in der Regel bei einem hängigen Verfahren resp. einem bestehenden Prozessrechtsverhältnis rechnen, soweit der letzte Kontakt mit der Behörde nicht längere Zeit zurückliegt. In der Literatur und Rechtsprechung wird diesbezüglich von einer Zeitspanne von bis zu einem Jahr seit der letzten verfahrensbezogenen Handlung gesprochen (Amstutz/Arnold, a.a.O., Art. 44 N. 26; A. Staehelin, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 138 N 9; BGer 6B_511/2010 vom 13. August 2010 E. 3; VGE VD.2011.166 vom 5. Dezember 2011 E. 2.2, APE BE.2011.133 vom 25. November 2011 E. 2.4.3). Bei einem über Jahre hängigen Verfahren kann von den Parteien dagegen nach Treu und Glauben nicht verlangt werden, dass sie in jedem Zeitpunkt erreichbar sind und auch kürzere Ortsabwesenheiten der Behörde melden, um einen Rechtsnachteil zu vermeiden. Liegt der letzte Kontakt mit der Behörde mehr als ein Jahr zurück, so kann von einer Zustellfiktion nicht mehr ausgegangen werden. In diesen Fällen gilt nur noch eine Empfangspflicht der am Verfahren beteiligten Partei, indem sie für die Behörde erreichbar sein und länger dauernde Abwesenheiten melden muss (Amstutz/Arnold, a.a.O., Art. 44 N 26 mit Hinweisen auf BGer 6B_511/2010 vom 13. August 2010 E. 3, 6B_553/2008 vom 27. Oktober 2008 E. 3 und 2P.120/2005 vom 23. März 2006 E. 4.2; VGE VD.2011.166 vom 5. Dezember 2011 E. 2.2, APE BE.2011.133 vom 25. November 2011 E. 2.4.3).

3.2 Aufgrund des in Erwägung 3.1 hievorigen Gesagten erhellt, dass der Einwand des Rekurrenten zu Recht erfolgt. Aus den Akten muss geschlossen werden und ist im Übrigen auch nicht streitig, dass die Vorinstanz im Anschluss an das Schreiben vom 12. Dezember 2007, womit sie dem Rekurrenten das rechtliche Gehör zu der in Aussicht gestellten Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung gewährt und worauf dieser am 9. Januar 2008 Stellung genommen hatte, erst am 17. Juni 2009 entsprechend der Orientierung vom 12. Dezember 2007 verfügt hat. Damit wurde der nächste Verfahrensschritt erst über 18 Monate nach dem Schreiben, woraus die Vorinstanz die Zustellfiktion ableitet, resp. über 17 Monate nach dessen Beantwortung durch den Rekurrenten eingeleitet. Zu diesem Zeitpunkt war der Rekurrent aber aufgrund der übermässig langen Bearbeitungsdauer der Sache durch die Behörden von deutlich über einem Jahr und der fehlenden Benachrichtigung über den Fortgang des Verfahrens nach Treu und Glauben nicht mehr verpflichtet, dafür besorgt zu sein, dass ihm jederzeit das Verfahren betreffende Entscheide und Verfügungen eröffnet werden können (so auch VGE vom 14. Februar 1997 i.S. J.Z, in: BJM 1999 172 ff., 174). Vielmehr musste es unter diesen Umständen genügen, dass der Rekurrent bei seiner Abwesenheit der Post einen Rückbehaltungsauftrag erteilt hat, um die Zustellung behördlicher Sendungen sicher zu stellen. Dies hat er denn auch getan. Ein solcher Auftrag kann für höchstens zwei Monate gestellt werden (Bornatico, Basler Kommentar zur ZPO, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], 2010, Art. 138 N 22 mit Hinweis auf BGE 127 III 173 E. 1). Auch kann bei der rund anderthalb monatigen Abwesenheit des Rekurrenten in Relation zur 18-monatigen Bearbeitungsdauer der Sache durch den Bereich Bevölkerungsdienste und Migration und die gesamte Verfahrensdauer von sage und schreibe drei Jahren für den vorliegend zu beurteilenden rein formellen Nichteintretensentscheid des Departements nicht von einer

länger dauernden Abwesenheit gesprochen werden, über die die Behörden hätten informiert werden müssen. Vielmehr erscheint es angesichts einer derartigen Verfahrensverzögerung seitens der Behörden im Lichte des Art. 5 Abs. 3 BV, welcher staatliche Organe und Private gegenseitig zu einem Handeln nach Treu und Glauben verpflichtet, ■ gelinde gesagt ■ unstatthaft, dem Rekurrenten ein treuwidriges Verhalten durch die unterbliebene Meldung seiner zeitweiligen Abwesenheit und die erst am 27. Juli 2009 erfolgte Abholung der am 18. Juni 2009 versandten Verfügung vorwerfen zu wollen.

3.3 Nach dem Gesagten kann sich die Vorinstanz für die Berechnung der Frist zur Anmeldung und Begründung eines Rekurses gemäss § 46 OG nicht auf die Zustellfiktion berufen. Dabei kann letztlich offen bleiben, ob mit dem Schreiben vom 12. Dezember 2007 überhaupt ein die Zustellfiktion auslösendes Verfahrensverhältnis begründet worden ist.

Für den Beginn des Fristenlaufs ist somit der tatsächliche Empfang der Sendung am 27. Juli 2009 massgebend. Mit der Eingabe vom 5. August 2009 ist der Rekurs an die Vorinstanz somit rechtzeitig erhoben worden. Da ihm die Begründungsfrist mit Schreiben vom 26. August, 28. September und 2. November 2009 bis zum 2. Dezember 2009 erstreckt worden ist, ist mit der Eingabe von jenem Tag auch die Begründungsfrist eingehalten worden. Auf den Rekurs ist daher mit Bezug auf die Fristerfordernisse gemäss § 46 OG einzutreten. In Gutheissung des Rekurses ist der angefochtene Entscheid deshalb aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da diese ihre Prüfung der Eintretensvoraussetzungen auf die gesetzlichen Fristerfordernisse beschränkt hat, und die übrigen Eintretensvoraussetzungen noch zu prüfen sein werden, kann das Departement nicht angewiesen werden, auf den Rekurs einzutreten. Es wird vielmehr die übrigen Eintretensvoraussetzungen zu prüfen und gegebenenfalls materiell über den Rekurs zu entscheiden haben.

E. 4

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben, und hat das Departement dem Rekurrenten eine Parteientschädigung auszurichten (§ 30 Abs. 1 VRPG). In Ermangelung einer Honorarnote ist der erforderliche Aufwand zu schätzen, wobei für die Rekursanmeldung und die auf vier Seiten konzentrierte Rekursbegründung ein Aufwand von knapp fünf Stunden als angemessen erscheint. Dies entspricht einem Honorar von CHF 1'250.■ einschliesslich der notwendigen Auslagen und zuzüglich Mehrwertsteuer zu 8%, total somit einer Parteientschädigung von CHF 1'350.■. Das Gesuch um Kostenerlass ist bei diesem Ergebnis als gegenstandslos abzuschreiben.

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