

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.216 vom 9. Februar 2015

BS Appellationsgericht, 2015-02-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2014.216

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.216 du 9 février 2015

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.216 del 9 febbraio 2015

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 16. Oktober 2014 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG; SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Der Rekurrent ist von dem angefochtenen Entscheid unmittelbar berührt und daher zur Rekurerhebung legitimiert (§ 13 Abs.1 VRPG).

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Danach prüft das Gericht, ob die Verwaltung öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- bzw. Verfahrensvorschriften verletzt oder ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat.

E. 2

Zur Begründung ihres Nichteintretensentscheids hat die Vorinstanz erwogen, dem Rekurrenten sei die Verfügung vom 31. Juli 2014 mit A-Post Plus zugestellt worden. Gemäss dem elektronischen Suchsystem ■Track & Trace■ der Schweizerischen Post sei die angefochtene Verfügung dem Vertreter des Rekurrenten am 2. August 2014 zugestellt und damit rechtsgenügend eröffnet worden. Die Frist sei daher am 12. August 2014 zu Ende gegangen, weshalb der Rekurs am 14. August 2014 verspätet angemeldet worden sei.

2.1 Der Rekurrent macht mit seinem Rekurs zunächst geltend, dass das Schreiben des Migrationsamts vom 31. Juli 2014, mit dem ihm eine Ausreisefrist per 30. November 2014 angesetzt worden sei, keine Rechtsmittelbelehrung enthalten habe und nicht als Verfügung gekennzeichnet worden sei.

2.2 Verfügungen sind gemäss § 39 OG in der Regel schriftlich zu erlassen, ausdrücklich als solche zu bezeichnen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen, die das zulässige ordentliche Rechtsmittel, die Rechtsmittelinstanz und die Rechtsmittelfrist nennt. Die Vorinstanz ist im angefochtenen Entscheid zu Recht davon ausgegangen, dass das Schreiben vom 31. Juli 2014 eine Verfügung darstellt. Mit der Wegweisungsverfügung vom 10. Januar 2012 wurde der Rekurrent allein verpflichtet, die Schweiz nach Verbüsung seiner Freiheitsstrafe umgehend zu verlassen. Eine konkrete Ausreisefrist im Sinne von Art. 64d Abs. 1 AuG wurde ihm dagegen nicht angesetzt. Mit dem Schreiben vom 31. Juli 2014 wurden somit die Modalitäten des Vollzugs der Wegweisung konkretisiert, sodass es sich als Vollstreckungsverfügung qualifiziert. Auch wenn in einem Rechtsmittelverfahren gegen diese Vollstreckungsverfügung die mit dem Urteil des Bundesgerichts rechtskräftige Wegweisung des Rekurrenten nicht mehr in Frage gestellt werden kann, so können

gleichwohl die darin geregelten Vollzugsmodalitäten und mithin die angesetzte Frist selber Gegenstand eines Rekursverfahrens bilden.

2.3 Eine fehlende Rechtsmittelbelehrung stellt eine mangelhafte Eröffnung einer Verfügung dar. Aus ihr darf den Parteien unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) kein Rechtsnachteil erwachsen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, Rz 1645). Notwendig für einen vertrauensrechtlichen Schutz einer Partei aufgrund des Fehlens einer Rechtsmittelbelehrung ist aber, dass ein entstandener Rechtsnachteil kausal auf diesen Eröffnungsfehler zurückgeht (vgl. BGE 134 I 199 E. 1.3.1 S. 203). Daran fehlt es hier. Die von der Vorinstanz geltend gemachte verspätete Rekursanmeldung steht in keinem ursächlichen Zusammenhang mit dem Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Schreiben. Wie dem vorinstanzlichen Rekurs vom 14. August 2014 entnommen werden kann, hat der Vertreter des Rekurrenten dieses Schreiben als ■Wegweisungsverfügung■ qualifiziert und diese gemäss seiner eigenen Fristberechnung auch rechtzeitig angefochten. Der Rekurrent ist daher durch den geltend gemachten Eröffnungsfehler in seinem rechtlich geschützten Vertrauen gemäss Art. 5 Abs. 3 BV nicht verletzt worden.

2.4 Entgegen der Auffassung des Rekurrenten führen die genannten Eröffnungsfehler auch nicht zur Nichtigkeit der Wegweisungsverfügung, welche jederzeit zu beachten wäre.

In der Regel ist eine fehlerhafte Verfügung bloss anfechtbar. Nichtig und damit von Anfang an unwirksam ist eine Verfügung nur in Ausnahmefällen, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer wiegt. Zur Abgrenzung zwischen blosser Anfechtbarkeit und Nichtigkeit folgt die Rechtsprechung der sog. Evidenztheorie. Demnach gilt ein Mangel als besonders schwer, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Die Nichtigkeit einer Verfügung setzt somit kumulativ voraus, dass diese einen besonders schweren Mangel aufweist, der offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet. Als Nichtigkeitsgründe kommen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Unter Umständen können auch schwerwiegende Form- oder Eröffnungsfehler die Nichtigkeit einer Verfügung nach sich ziehen. Inhaltliche Mängel kommen nur ausserordentlich schwer wiegen (zum Ganzen: Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz 947 ff., Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, § 31 N 13 ff.; BGE 133 II 366 E. 3.2 S. 367; BGer 1B_344/2010 vom 21. Dezember 2010 E. 3.2 und 1C_198/2010 vom 11. November 2010 E. 2.1; VGE VD.2011.77 vom 10. August 2011 E. 3.3.1 und VD.2014.83 vom 2. September 2014 E. 5.2).

Das Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung und die fehlende Bezeichnung einer Verfügung führen nicht zu ihrer Nichtigkeit. Vielmehr darf der Partei aus den genannten Eröffnungsfehlern und ihrem dadurch bewirkten Verfahrensvertrauen kein Nachteil erwachsen. Dies ist hier aber wie ausgeführt nicht der Fall.

E. 3

3.1 Zu prüfen ist weiter die Frage, ob der am 14. August 2014 erhobene Rekurs verspätet erfolgt ist, wie das JSD geltend macht. Das JSD hat erwogen, dass die angefochtene Verfügung dem Rekurrenten am 2. August 2014 zugestellt worden sei, womit die 10-tägige Frist am 12. August 2014 geendet habe. Demgegenüber führt der Rekurrent aus, dass er das

Schreiben erst am 4. August 2014 in Empfang genommen hat und somit seine Anfechtung am 14. August 2014 rechtzeitig erfolgt sei. Der Rekurrent beanstandet das ■trickreiche■ Vorgehen des Migrationsamts, indem ein Schreiben mit A-Post Plus anstatt eingeschrieben versendet wird im Wissen darum, dass das Postfach eines Advokaturbüros normalerweise am Samstag nicht geleert wird.

3.2 Das öffentliche Prozessrecht kennt keine Verpflichtung der Behörden zur Zustellung von Verfügungen gegen einen von der empfangenden Person unterzeichneten Zustellungsnachweis. Dies gilt sowohl für das kantonale Recht (vgl. OG und VRPG) wie auch für das Bundesrecht. Allerdings trägt die eröffnende Behörde die Beweislast für eine Zustellung und deren Zeitpunkt (vgl. BGer 8C_679/2012 vom 12. Dezember 2012 mit Hinweis auf BGE 136 V 295 E. 5.9). Versendet sie anfechtbare Verfügungen mittels gewöhnlicher Post, so setzt sie sich der Gefahr aus, diesen Beweis nicht erbringen zu können. Bei der Zustellung mittels A-Post Plus werden Sendungen zwar auch in nicht eingeschriebener Form befördert. Die Zustellung erfolgt direkt in den Briefkasten oder ins Postfach des Adressaten, ohne dass dieser den Empfang unterschriftlich bestätigen müsste. Dem entspricht, dass der Adressat im Falle seiner Abwesenheit auch nicht durch Hinterlegung einer Abholungseinladung anvisiert wird. Dies hat nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Folge, dass die Rekursfristen bereits am Tag nach der ordnungsgemässen Zustellung und nicht erst am Tag nach der tatsächlichen Kenntnisnahme durch den Adressaten zu laufen beginnen. Im Unterschied zur herkömmlichen Post werden A-Post Plus-Sendungen jedoch mit einer Nummer versehen, was die elektronische Sendungsverfolgung im Internet (■Track & Trace■) von der Postaufgabe bis zur Zustellung ermöglicht. Wie das Bundesgericht festgestellt hat, kann eine empfangende Person, die sich über das genaue Zustellungsdatum im Unklaren ist, dieses anhand der unterhalb des Strichcodes aufgedruckten Suchnummer per Internet auf der Webseite der Post mit Hilfe des elektronischen Suchsystems ermitteln oder ■ mangels eines Internetanschlusses ■ das Zustellungsdatum auch bei der Post oder der eröffnenden Behörde in Erfahrung bringen (BGer 2C_570/2011 vom 24. Januar 2012 E. 4.3; VGE VD.2013.76 vom 4. Dezember 2013). Solches Nachforschen ist dem Adressaten einer Verfügung aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit zuzumuten (BGer 2C_570/2011 vom 24. Januar 2012 E. 4.3). Auch das Verwaltungsgericht hat sich bereits ausführlich mit der Zulässigkeit und den Wirkungen einer Zustellung per A-Post Plus auseinandergesetzt und die oben dargelegten Grundsätze bestätigt (vgl. VGE VD.2014.64 vom 9. Januar 2015 und VD.2014.74 vom 2. Oktober 2014). Dass der Vertreter des Rekurrenten die Sendung erst am 4. August 2014 seinem Postfach entnommen hat, kann ihm nach dem Gesagten in Bezug auf den Fristenlauf nicht helfen. Aus dem in den Akten befindlichen ■Track & Trace■ der Post ergibt sich eine Zustellung der Verfügung am 2. August 2014. Bei Postaufgabe der Rekursanmeldung am 14. August 2014 war die 10-tägige Frist somit schon abgelaufen, weshalb die Vorinstanz zu Recht nicht auf den Rekurs eingetreten ist.

E. 4

4.1 Weiter zu prüfen ist, ob der Rekurrent durch ein unverschuldetes Hindernis an der Einhaltung der Frist abgehalten worden ist und somit eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Anwendung käme.

Das auf das vorinstanzliche Verfahren anwendbare OG enthält keine ausdrückliche Vorschrift über die Wiedereinsetzung im Falle einer Fristsäumnis. Das Verwaltungsgericht

anerkennt aber das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in ständiger Rechtsprechung aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze sowohl für das verwaltungsinterne als auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren. Gemäss dieser Praxis liegt dort, wo die Voraussetzungen für den Wiedereinsetzungsanspruch im Gesetz nicht umschrieben sind, eine echte Gesetzeslücke vor, die nach objektiven Kriterien zu füllen ist, indem das Gericht anstelle des Gesetzgebers eine abstrakte Regel aufstellt. Dabei hat es sich an das geltende objektive Recht und die darin enthaltenen Wertungen anzulehnen und nach Möglichkeit bestehende Verfahrensvorschriften analog zur Anwendung zu bringen (vgl. VGE VD.2013.191 vom 14. April 2014 E. 2.3.1, VD.2011.135 vom 22. März 2012 E. 2.2.1, mit Hinweisen). Für das verwaltungsinterne Verfahren wird praxisgemäss eine analoge Anwendung der Regelung von § 147 Abs.

E. 5

Der Rechtsvertreter des Rekurrenten beantragt mit Schreiben vom 1. Dezember 2014 die unentgeltliche Prozessführung. Aufgrund des vom Rechtsvertreter eingereichten Kostenerlassgesuchs (act. 6) kann auf eine Bedürftigkeit des Rekurrenten geschlossen werden. Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung hat ein bedürftiger Rekurrent nur dann, wenn sein Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren 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 die 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; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 129 I 129 E. 2.3.1 S. 135, 128 I 225 E. 2.5.3 S. 235 f.; VGE VD.2012.162 vom 1. Juli 2013 E. 4). Das Rekursbegehren ist angesichts des festgestellten Eröffnungsfehlers und des Umstands, dass es im Zeitpunkt der Rekurerhebung noch an migrationsrechtlichen Entscheiden bezüglich der Frage der Eröffnung mit A-Post Plus fehlte, nicht als aussichtslos zu beurteilen. Es ist dem Rekurrenten daher die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

E. 6

Nach dem Gesagten erweist sich der Rekurs als unbegründet und ist abzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend trägt der Rekurrent dessen Kosten von CHF 800.■. Diese gehen jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zu Lasten des Staates.

Dem Vertreter des Rekurrenten ist ein Honorar aus der Gerichtskasse auszurichten. Aufgrund Fehlens einer Honorarnote ist der Aufwand praxisgemäss zu schätzen. Ein Aufwand von rund fünf Stunden erscheint angemessen. Daraus folgt auf der Grundlage des massgebenden Ansatzes im Rahmen einer unentgeltlichen Verbeiständung von CHF 200.■ und unter Hinzurechnung notwendiger Auslagen ein Honorar von CHF 1`100.■, zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer.

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