

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.43 vom 12. Dezember 2016

BS Appellationsgericht, 2016-12-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2017.43

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.43 du 12 décembre 2016

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.43 del 12 dicembre 2016

Erwägungen

E. 1

1.1 Das Präsidialdepartement hat den vorliegenden Rekurs mit Schreiben vom 8. Februar 2017 an das Verwaltungsgericht überwiesen, womit gemäss § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) dessen Zuständigkeit gegeben ist. Der Rekurrent ist vom angefochtenen Entscheiden unmittelbar berührt und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Er ist deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf den frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich mangels ausdrücklicher spezialgesetzlicher Regelung nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach prüft das Gericht, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, das öffentliche Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat.

E. 2

2.1 Die Vorinstanz hat ihren Nichteintretensentscheid damit begründet, dass die angefochtene Verfügung dem Rekurrenten am 13. Dezember 2016 durch die Polizei Basel-Landschaft, Hauptposten Therwil, zugestellt und damit rechtsgenügend eröffnet worden sei. Die 10-tägige Frist zur Anmeldung des Rekurses habe am 23. Dezember 2016 geendet, womit die Rekursanmeldung vom 3. Januar 2017 nicht mehr in der gesetzlichen Frist erfolgt sei (angefochtener Entscheid, S. 2). Der Rekurrent bestreitet, dass ihm auf dem Polizeiposten in Therwil die fragliche Verfügung vom 12. Dezember 2016 ausgehändigt worden sei (Replik, Ziff. 2). Im Bericht des Hauptpostens Therwil der Polizei Basel-Landschaft vom 13. Dezember 2016 sei die Rede von einer "Zustellung der Landesverweisung". Ihm gegenüber sei bislang jedoch keine Landesverweisung ausgesprochen worden. Diesem Bericht könne nicht präzise entnommen werden, welche Dokumente ihm genau "zugestellt" worden seien. Zudem sei auch keine Empfangsbestätigung aktenkundig (Rekurs, Ziff. 6). Aus diesen Gründen sei allein auf die aktenkundige und von ihm unterschrieben bestätigte Aushändigung der Verfügung am 24. Dezember 2016 im Untersuchungsgefängnis Waaghof abzustellen (Rekurs, Ziff. 8).

2.2 Mit E-Mail vom 12. Dezember 2016 übermittelte die zuständige Sachbearbeiterin des Bereichs BdM die vorliegend zur Diskussion stehende Verfügung betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung zusammen mit der Ausreisemeldung und einer Empfangsbestätigung an den Leiter des Polizeipostens Therwil

mit der Bitte, diese Unterlagen dem Rekurrenten gegen Unterschrift auszuhändigen, nachdem dieser an einer Adresse in Therwil hatte ermittelt werden können (dazu auch Rekursantwort, Rz 3). Es bestehen letztlich keine Zweifel daran, dass dem Rekurrenten tags darauf, als er unbestrittenermassen zur Vorsprache auf dem Polizeiposten erschien, die Verfügung wie auch die Ausreisemeldung übergeben wurden. Es trifft zwar zu, dass keine Empfangsbestätigung aktenkundig ist, doch liegt ein Bericht von Kpl B____ vom 13. Dezember 2016 vor, wonach diese Dokumente dem Rekurrenten übergeben wurden. Dieser Bericht mag insofern unpräzise sein, als er im Betreff von einer "Zustellung der Landesverweisung" spricht. Er erwähnt aber unmissverständlich die Dokumente des Amtes für Migration Basel-Stadt, die dem Rekurrenten zugestellt worden seien. Aufgrund des Umstands, dass nur ein Tag zuvor die streitgegenständliche Verfügung der Polizei in Therwil zugestellt worden war, steht ausser Zweifel, dass dem Rekurrenten am 13. Dezember 2016 genau diese Verfügung betreffend Nichtverlängerung und Wegweisung vom 12. Dezember 2016 ausgehändigt wurde. Dass dem Rekurrenten eine von einem Strafgericht ausgefallte Landesverweisung ausgehändigt worden wäre, kann nicht angenommen werden, führt er doch selber an, dass ihm gegenüber bislang keine Landesverweisung ausgesprochen worden sei (Rekurs, Ziff. 6). Indiz für die Aushändigung der Nichtverlängerungs- und Wegweisungsverfügung des Migrationsamts ist ferner die Angabe von Kpl B____, dass der Rekurrent ihm bei der mündlichen Erläuterung der Dokumente geantwortet habe, dass "er bis zum Termin im März seine Freundin heiraten werde". Diese Erklärung des Rekurrenten bezog sich offensichtlich auf die mit der Wegweisungsverfügung gesetzte Ausreisefrist bis zum 11. März 2017. Damit brachte er unverhohlen seine Absicht zum Ausdruck, sich mittels Heirat ein neues Aufenthaltsrecht zu verschaffen. Eine derartige Äusserung würde keinen Sinn machen, wenn dem Rekurrenten nicht zuvor mittels der Verfügung eröffnet worden wäre, dass die Nichtverlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung und seine Wegweisung angeordnet worden war. Dieses Geschehen ist durch den diensthabenden Kpl. B____ in einem ergänzenden Bericht vom 26. Januar 2017 zu Handen der Vorinstanz vollumfänglich bestätigt worden. Das Verwaltungsgericht sieht keinen Anlass, an diesen Aussagen zu zweifeln, womit ohne Weiteres darauf abgestellt werden kann. Unter diesen Umständen erübrigt sich auch die vom Rekurrenten geforderte amtliche Erkundigung bei der Kriminalpolizei Basel-Stadt betreffend Zustellung der Verfügung vom 12. Dezember 2016 durch die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt (Replik, Ziff. 3), zumal diese Verfügung dem Rekurrenten, als er am 24. Dezember 2016 in Untersuchungshaft sass, nicht durch einen Mitarbeiter der Staatsanwaltschaft, sondern des Migrationsamts ein zweites Mal übergeben wurde.

2.3 Zu prüfen bleibt, ob es sich bei der Aushändigung einer Verfügung, welche vom Migrationsamt per E-Mail an die Kantonspolizei Basel-Landschaft zur persönlichen Übergabe übermittelt worden und somit nicht im Original unterzeichnet war, um eine gehörige Eröffnung handelt.

2.3.1 Bezüglich der Form und des Inhalts von Verfügungen schreibt § 39 OG vor, dass Verfügungen in der Regel schriftlich zu erlassen, ausdrücklich als solche zu bezeichnen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen sind, die das zulässige ordentliche Rechtsmittel, die Rechtsmittelinstantz und die Rechtsmittelfrist nennt. In gleicher Weise statuiert das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) als Voraussetzung für eine ordnungsgemässe Eröffnung von Verfügungen deren Schriftform (Art. 34 Abs. 1 VwVG) sowie das Erfordernis, schriftliche Verfügungen als solche zu

bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 35 Abs. 1 und 2 VwVG). Bezüglich der Beförderung und Zustellung von Verfügungen stellen hingegen weder das OG noch das VwVG Vorschriften auf. Verfügungen können daher grundsätzlich auf postalischem Weg (sei es per Einschreiben, A-Post plus, A- oder B-Post) oder durch persönliche Übergabe (durch Bote, Gehilfe, Polizei oder andere Behörden) eröffnet werden (Uhlmann/Schilling-Schwank, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 34 N 10; Kneubühler, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 34 N 4). Die Eröffnung auf elektronischem Weg ist ■ zumindest im Anwendungsbereich des VwVG ■ nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig (vgl. Art. 34 Abs. 1bis VwVG). Vorliegend wurde die streitgegenständliche Verfügung vom 12. Dezember 2016 dem Rekurrenten am 13. Dezember 2016 persönlich durch einen Angehörigen der Kantonspolizei Basel-Landschaft übergeben (oben E. 2.2) und damit ordnungsgemäss eröffnet. Dass hierfür keine Empfangsbestätigung vorliegt, sondern die Übergabe nur durch die Aussagen des Polizisten belegt ist, ist ohne Belang. Denn der Beweis der Zustellung einer Verfügung kann sich auch aus anderen Indizien oder der Gesamtheit der Umstände ergeben (BGE 136 V 295 E. 5.9 S. 309 f. [= Praxis 2011 Nr. 12]).

2.3.2 Bei dem dem Rekurrenten ausgehändigten Verfügungsexemplar handelte es sich nicht um eine Originalausfertigung, sondern um einen Ausdruck der eingescannten und per E-Mail an den Hauptposten Therwil übermittelten Verfügung. Im Bereich des Privatrechts umfasst das Schriftefordernis auch die eigenhändige Unterzeichnung des Schriftstücks (Art. 13 f. des Obligationenrechts [OR, SR 220]). Fraglich ist, ob das Schriftefordernis nur bei Vorliegen der Originalurkunde erfüllt ist oder auch die blosser Kopie oder der Ausdruck einer eingescannten Bilddatei genügen. Diese Frage wird für das Privatrecht unterschiedlich danach beantwortet, ob sie sich in verfahrensrechtlichem oder materiellem Kontext erhebt (für eine Übersicht siehe etwa Schwenzer, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 13 N 14 ff. und Wiegand/Hurni, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 13 N 14). Im Bereich des Verwaltungsrechts besteht die Regel, dass eine Verfügung, die keine oder eine falsche Unterschrift trägt, grundsätzlich mangelhaft ist (BGE 501 II 501 E. 3.2.2 S. 504). Nach neuerer Rechtsprechung und Lehre ist die Unterschrift jedoch nicht Gültigkeitserfordernis, wenn das anwendbare Recht nicht ausdrücklich eine Unterschrift verlangt. Da die Berufung auf Formmängel aber durch den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) begrenzt wird, ist letztlich entscheidend, ob einer Partei aus der fehlerhaften Eröffnung ein Nachteil erwachsen und sie dadurch benachteiligt ist (BVGer C-1410/2013 vom 23. Februar 2015 E. 1.2.3; Uhlmann/Schilling-Schwank, a.a.O., Art. 38 N 25).

2.3.3 Vorliegend findet sich im AuG keine Vorschrift, wonach Verfügungen über die Erteilung, die Nichtverlängerung oder den Widerruf von Aufenthalts- und anderen Bewilligungen und über die Wegweisung zu unterzeichnen wären. Ebenso wenig ergibt sich aus dem OG als dem hier anzuwendenden Verfahrenserlass die Notwendigkeit der Unterschrift als Gültigkeitserfordernis. Dessen ungeachtet ist die Verfügung des Migrationsamts vom 12. Dezember 2016 unterzeichnet worden und zwar gleich doppelt, einerseits von der Leiterin Aufenthalte, andererseits von der zuständigen Sachbearbeiterin. Mit der namentlichen Nennung der beiden Entscheidträgerinnen und ihrer Funktion unter

Beifügung ihrer eigenhändigen Unterschrift ist dem Erfordernis der Authentizität der Verfügung und der Identifizierbarkeit der verfügenden Personen mit Blick auf die allfällige Geltendmachung von Ausstandsgründen (vgl. Kneubühler, a.a.O., Art. 34 N 5) vollumfänglich Genüge getan. Die Verfügung erfüllt damit auch unter diesem Aspekt unbestreitbar die formellen Gültigkeitsvoraussetzungen. Wie es mangels gegenteiliger Vorschriften auch möglich ist, Verfügungen mit faksimilierten und photokopierten Unterschriften zu eröffnen (Uhlmann/Schilling-Schwank, a.a.O., Art. 34 N 8), war es vorliegend auch zulässig, dem Rekurrenten am 13. Dezember 2016 lediglich den Ausdruck einer auf elektronischem Weg verschickten Bilddatei auszuhändigen (vgl. hierzu auch Schwenzer, a.a.O., Art. 13 N 14c und Wiegand/Hurni, a.a.O., Art. 13 N 10). Es ist nicht zu erkennen, in welcher Hinsicht ihm daraus ein Nachteil erwachsen sein könnte, welcher ihn daran gehindert haben könnte, fristgerecht auf dem Rechtsmittelweg gegen die Verfügung anzugehen. Der Rekurrent macht denn auch gar keinen entsprechenden Nachteil geltend. Auch unter diesem Aspekt ist die Zustellung der Verfügung vom 12. Dezember 2016 an den Rekurrenten deshalb nicht zu beanstanden.

2.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Verfügung des Migrationsamts vom 12. Dezember 2016 dem Rekurrenten am 13. Dezember 2016 auf dem Hauptposten Therwil der Polizei Basel-Landschaft ordnungsgemäss zugestellt worden ist. Die 10-tägige Frist für die Anmeldung des Rekurses gegen die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und die Wegweisung hat demzufolge am 23. Dezember 2016 geendet (§ 46 OG). Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht nicht auf den erst am 3. Januar 2017 angemeldeten Rekurs eingetreten. Auch wenn die Verfügung vom 12. Dezember 2016 dem Rekurrenten am 24. Dezember 2016 nochmals ausgehändigt worden ist, hat dies keine neue Rekursfrist ausgelöst. Denn die Verfügung ist mit dem ungenutzten Ablauf der Rekursfrist am 23. Dezember 2016 rechtskräftig geworden (VGE 695/2000 vom 9. Januar 2001 E. 2c; Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 137 f.).

E. 3

Ist der Rekurs gegen den vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid abzuweisen, gehen die Kosten des Verfahrens zu Lasten des Rekurrenten. Der Rekurrent hat für diesen Fall um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ersucht. Seine Mittellosigkeit ist erstellt. Auch erscheint sein Rekurs unter den gegebenen Umständen nicht als aussichtslos, so dass ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist. Die ordentlichen Kosten gehen damit zu Lasten des Staates. Bezüglich der Entschädigung der rekurrentischen Rechtsvertreterin ist darauf hinzuweisen, dass sie keine Honorarnote eingereicht hat, womit ihr Aufwand praxismässig zu schätzen ist (vgl. VGE VD.2015.179 vom 16. September 2016 E. 10.2.3 mit Hinweisen). Der Rekurrent hat zwar mit dem Rekurs um Fristsetzung an seine Rechtsvertreterin für die Einreichung ihrer Honorarnote ersucht. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren können die Parteien eine Kostennote einreichen (vgl. auch Art. 105 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Wenn sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollen, haben sie die Kostennote von sich aus einzureichen. Die Parteien werden dazu nicht aufgefordert. Zumindest wenn der Verfahrensausgang nicht unvorhersehbar ist, stellt es keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, die Parteienschädigung ohne Einforderung einer Kostennote festzusetzen (vgl. BGer 5P.206/2005 vom 8. Juli 2005 E. 2.1.3; Fischer, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar ZPO, Bern 2010, Art. 105 N 6 zum Zivilprozessrecht

(VGE VD.2015.179 vom 16. September 2016 E. 10.2.3 und VD.2016.251 vom 3. April 2017 E. 4). Mit Verfügung vom 16. März 2017 hat der Rekurrent die Gelegenheit zur fakultativen Replik erhalten. Der Replik vom 18. April 2017 war keine Honorarnote beigelegt. Der Rekurrent bzw. seine Rechtsvertreterin haben damit trotz vorhandener Möglichkeit den Verbeiständungsantrag nicht mittels einer Kostennote dokumentiert. Der Aufwand der Rechtsvertreterin ist somit wie erwähnt zu schätzen (VGE VD.2016.251 vom 3. April 2017 E. 4). Die Bemühungen der Rechtsvertreterin haben sich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf das Verfassen von zwei ■ vergleichsweise kurzen ■ Rechtsschriften (Rekurs und Replik) beschränkt, so dass ein Aufwand von rund sechs Stunden als gerechtfertigt erscheint, was ein Honorar von CHF 1'250.■ einschliesslich Auslagen (zuzüglich Mehrwertsteuer) ergibt.

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