

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.131 vom 26. Februar 2020

BS Appellationsgericht, 2020-02-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2020.131

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.131 du 26 février 2020

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.131 del 26 febbraio 2020

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Regierungsrats sowie § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Der Rekurrent ist vom angefochtenen Entscheid unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Er ist daher gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf den rechtzeitig angemeldeten und begründeten Rekurs ist deshalb 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 (statt vieler VGE VD.2010.199 vom 19. April 2011 E. 1.3).

E. 2

Mit Verfügung vom 26. Februar 2020 stellte das Migrationsamt das Erlöschen der Niederlassungsbewilligung des Rekurrenten fest (angefochtener Entscheid Tatsachen Ziff. 2). Die Verfügung wurde mit A-Post Plus versendet (angefochtener Entscheid E. 2). Entgegen der Auffassung des Rekurrenten (vgl. Rekursbegründung Ziff. 14) ist dies nicht zu beanstanden. Die Zustellung einer Verfügung mit A-Post Plus ist unabhängig von ihrer Eingriffsintensität zulässig (VGE VD.2014.74 vom 2. Oktober 2014 E. 3.4 [betreffend Widerruf der Niederlassungsbewilligung]). Die Verfügung vom 26. Februar 2020 wurde dem Rekurrenten am 27. Februar 2020 zugestellt (angefochtener Entscheid E. 3). Gemäss § 46 Abs. 1 OG ist der Rekurs innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügung anzumelden. Die Frist für die Rekursanmeldung endete damit unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der 8. März 2020 ein Sonntag war, am 9. März 2020. Die am 16. März 2020 der Schweizerischen Post übergebene Rekursanmeldung vom 13. März 2020 ist somit verspätet (angefochtener Entscheid Tatsachen Ziff. 3 und E. 3).

E. 3.1

3.1.1 Das auf das vorinstanzliche Verfahren anwendbare OG enthält keine ausdrückliche Vorschrift über die Wiedereinsetzung im Falle eines Fristversäumnisses im verwaltungsinternen Rekursverfahren. 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 Rekursverfahren. 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 (VGE VD.2019.186 vom 28. Januar 2020 E. 2.2, VD.2019.32 vom 6. Mai 2019 E. 3.1, VD.2018.14 vom 23. März 2018 E. 2.3). Für das verwaltungsinterne Verfahren wird praxisgemäss eine analoge Anwendung der Regelung von § 147 Abs. 5 des Gesetzes über die direkten Steuern (StG, SG 640.100) vorgenommen (VGE VD.2019.186 vom 28. Januar 2020 E. 2.2, VD.2019.32 vom 6. Mai 2019 E. 3.1, VD.2018.14 vom 23. März 2018 E. 2.3; Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 140).

Diese Bestimmung setzt für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand voraus, dass die säumige Person durch ein unverschuldetes Hindernis von der Einhaltung der verpassten Frist abgehalten worden ist. Damit wird ein allgemeines Prinzip des Verfahrensrechts zum Ausdruck gebracht, wonach die Wiederherstellung einer gesetzlichen Frist verlangt werden kann, wenn eine Partei oder ihr Vertreter unverschuldet davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln (BGer 1C_491/2008 vom 10. März 2009 E. 1.2; VGE VD.2019.186 vom 28. Januar 2020 E. 2.2, VD.2019.32 vom 6. Mai 2019 E. 3.1, VD.2018.14 vom 23. März 2018 E. 2.3; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2020, 8. Auflage, N 1158; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich 2013, N 115). Verschulden eines Vertreters einer Partei wird dieser wie eigenes Verschulden angerechnet (vgl. VGE VD.2020.64 vom 20. Mai 2020 E. 1.3.2, VD.2019.117 vom 6. Oktober 2019 E. 3.1, VD.2018.14 vom 23. März 2018 E. 2.3; Egli, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 24 N 16 f.; Schwank, a.a.O., S. 141; Vogel, in: Auer et al. [Hrsg.], VwVG Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2019, Art. 24 N 17). Massgeblich sind nur Gründe, die einer Person die Wahrung ihrer Interessen auch bei Einsatz der gehörigen Sorgfalt gänzlich verunmöglichen oder in unzumutbarer Weise erschweren (VGE VD.2019.186 vom 28. Januar 2020 E. 2.2, VD.2019.32 vom 6. Mai 2019 E. 3.1, VD.2018.14 vom 23. März 2018 E. 2.3). Arbeitsüberlastung, organisatorische Unzulänglichkeiten oder Ferien stellen keine tauglichen Entschuldigungsgründe dar (VGE VD.2019.117 vom 6. Oktober 2019 E. 3.1, VD.2019.32 vom 6. Mai 2019 E. 3.1, VD.2018.14 vom 23. März 2018 E. 2.3; Vogel, a.a.O., Art. 24 N 10). Die Beweislast für den Wiedereinsetzungsgrund trägt der Gesuchsteller (VGE VD.2019.186 vom 28. Januar 2020 E. 2.2, VD.2019.32 vom 6. Mai 2019 E. 3.1, vgl. Amstutz/Arnold, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2018, Art. 50 BGG N 14; Vogel, a.a.O., Art. 24 N 18). Ob der volle Beweis erbracht werden muss (so wohl Amstutz/Arnold, a.a.O., Art. 50 N 14 FN 59 für das BGG) oder ob Glaubhaftmachung genügt (so Art. 94 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO, SR 312.0] und Art. 148 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SG 272] für die StPO und die ZPO), kann im vorliegenden Fall offenbleiben.

3.1.2 Soweit während eines hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Akts gerechnet werden muss, sind die Parteien aufgrund des Verfahrensverhältnisses nach Treu und Glauben verpflichtet, dafür zu sorgen, dass ihnen das Verfahren betreffende behördliche Akte zugestellt werden können (vgl. BGE 138 III 225 E. 3.1 S. 227; BGer 6B_302/2020 vom 25. Juni 2020 E. 3). Bei Ortsabwesenheit hat die Partei für die Nachsendung ihrer an die bisherige Adresse gelangenden Korrespondenz

zu sorgen, einen Stellvertreter zu ernennen oder ihre Ortsabwesenheit der Behörde mitzuteilen (vgl. BGer 6B_302/2020 vom 25. Juni 2020 E. 3 und 5.2, BGer 6B_110/2016 vom 27. Juli 2016 E. 1.2). Ob die Partei nach Treu und Glauben mit einer Zustellung rechnen muss und sie deshalb verpflichtet ist, dafür zu sorgen, dass ihr das Verfahren betreffende behördliche Akte zugestellt werden können, beurteilt sich nach den konkreten Umständen (BGer 6B_674/2019 vom 19. September 2019 E. 1.4.3). Das Bundesgericht hat verschiedentlich einen Zeitraum bis zu einem Jahr seit der letzten Verfahrenshandlung der Behörde als vertretbar bezeichnet (BGer 6B_674/2019 vom 19. September 2019 E. 1.4.3, BGer 2C_298/2015 vom 26. April 2017 E. 3.4). Unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse hat es aber auch schon eine Aufmerksamkeitsdauer von bloss rund einem halben Jahr als angemessen erachtet (BGer 6B_674/2019 vom 19. September 2019 E. 1.4.3). Die Art der Zustellung des behördlichen Akts hat offensichtlich keinen Einfluss darauf, wie lange eine Partei mit der Zustellung eines solchen rechnen muss. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Zustellfiktion bei eingeschriebenen Postsendungen verlangt die Pflicht einer Partei, dafür zu sorgen, dass ihr behördliche Akte zugestellt werden können, dass sie ihre Post spätestens jeweils nach sieben Tagen kontrolliert (BGer 2P.120/2005 vom 23. März 2006 E. 4.2). Damit kann nach der Praxis des Bundesgerichts von einer Partei während der Aufmerksamkeitsdauer erwartet werden, dass sie ab einer Abwesenheit von mehr als sieben Tagen für die Nachsendung der Korrespondenz sorgt, einen Stellvertreter ernennt oder ihre Ortsabwesenheit der Behörde mitteilt. Wenn die Frist für die Anmeldung des Rekurses wie im vorliegenden Fall zehn Tage beträgt, genügt es zur Vermeidung von Rechtsnachteilen ■ auch bei mit A-Post Plus versendeten behördlichen Akten ■ dass die Partei bei Abwesenheiten von mehr als sieben Tagen geeignete Massnahmen ergreift. Bei kürzeren Abwesenheiten bleibt der Partei nach ihrer Rückkehr genug Zeit, um rechtzeitig Rekurs anzumelden. Somit besteht kein Anlass, bei Zustellung mit A-Post Plus eine kürzere Aufmerksamkeitsfrist als zumutbar zu erachten als bei Zustellung mit eingeschriebener Postsendung. Aus den vorstehenden Gründen ist die Rechtsprechung zur Zustellfiktion bei eingeschriebenen Postsendungen entgegen der Ansicht des Rekurrenten (Rekursbegründung Ziff. 12) auf die Zustellung mit A-Post Plus übertragbar.

E. 3.2

3.2.1 Das Migrationsamt gewährte dem Rekurrenten am 23. Juli 2019 das rechtliche Gehör. Dabei stellte es ihm den Erlass einer Verfügung in Aussicht. Am 1. August 2019 reichte der Rekurrent eine Stellungnahme ein (vgl. angefochtener Entscheid E. 6 und 9). Unter diesen Umständen musste der Rekurrent im Februar 2020 und damit nur rund sieben Monate nach der letzten Verfahrenshandlung der Behörde zweifellos noch mit der Zustellung einer Verfügung des Migrationsamts rechnen. Seine Behauptung, er habe davon ausgehen dürfen, dass die Prüfung abgeschlossen sei und ihm die Niederlassungsbewilligung belassen werde (Rekursbegründung Ziff. 10), ist unhaltbar und findet in den zitierten Urteilen keine Stütze. Aus den vorstehenden Gründen war der Rekurrent verpflichtet, dafür zu sorgen, dass ihm das Verfahren betreffende behördliche Akte zugestellt werden können, und ab einer Abwesenheit von mehr als sieben Tagen für die Nachsendung der Korrespondenz zu sorgen, einen Stellvertreter zu ernennen oder seine Ortsabwesenheit der Behörde mitzuteilen (vgl. oben E. 3.1.2). Diese Pflicht hat er aus den nachstehenden Gründen schuldhaft verletzt.

3.2.2 Der Rekurrent hielt sich seit Anfang Februar 2020 in Tunesien auf. Er erteilte seinem Bruder eine Generalvollmacht. Gemäss den Angaben des Rekurrenten kümmerte sich sein Bruder um seinen Posteingang (angefochtener Entscheid Tatsachen Ziff. 5 und E. 14). Gemäss den Angaben des Rekurrenten war sein Bruder jedoch vom 27. Februar 2020 bis am 12. März 2020 und damit während 15 Tagen landesabwesend (angefochtener Entscheid E. 15). Im Verfahren vor dem JSD behauptete der Rekurrent, die Schiffsverbindung, mit der sein Bruder in die Schweiz habe zurückkehren wollen, sei gestrichen worden. Deshalb sei er mit dem Flugzeug zurückgekehrt (angefochtener Entscheid E. 15). Das JSD stellte mit eingehender und überzeugender Begründung fest, es sei nicht glaubhaft, dass sich die Rückkehr des Bruders des Rekurrenten aufgrund der COVID-19-Pandemie verspätet habe (vgl. angefochtener Entscheid E. 20 f.). In der Begründung seines vorliegenden Rekurses macht der Rekurrent geltend, eine weitergehende Organisation des Postempfangs sei nicht notwendig gewesen, weil sein Bruder nur für zwei Wochen verreist sei (Rekursbegründung Ziff. 24). Damit gesteht er implizit zu, dass von Anfang an eine Abwesenheit von zwei Wochen geplant war. Da seine Abwesenheit mehr als sieben Tage dauerte, war der Bruder des Rekurrenten verpflichtet, für die Nachsendung der Korrespondenz des Rekurrenten zu sorgen, einen anderen Stellvertreter zu ernennen oder die Ortsabwesenheit der Behörde zu melden (vgl. oben E. 3.1.2). Dieser Pflicht kam der Bruder des Rekurrenten schuldhaft nicht nach. Das Verschulden des Bruders des Rekurrenten als dessen Vertreter wird dem Rekurrenten wie eigenes Verschulden angerechnet (vgl. oben E. 3.1.1). Wenn der Bruder des Rekurrenten für die Nachsendung der Korrespondenz des Rekurrenten gesorgt, einen anderen Stellvertreter ernannt oder die Ortsabwesenheit dem Migrationsamt gemeldet hätte, hätte der Rekurrent oder sein Bruder den Rekurs rechtzeitig anmelden können. Folglich ist der Rekurrent bzw. sein Bruder nicht unverschuldet davon abgehalten worden, den Rekurs innert Frist anzumelden. Unabhängig von den vorstehenden Erwägungen hat der Rekurrent ein unverschuldetes Hindernis auch aus den folgenden Gründen nicht glaubhaft gemacht.

3.2.3 Die Verfügung vom 26. Februar 2020 wurde am 27. Februar 2020 um 09:56 Uhr in den Briefkasten des Rekurrenten gelegt. Im Verfahren vor dem JSD behauptete der Rekurrent, sein Bruder sei am 27. Februar 2020 mit dem Auto nach Civitavecchia und von dort mit der Fähre nach Tunesien gefahren (angefochtener Entscheid E. 16). In der Begründung seines vorliegenden Rekurses behauptet der Rekurrent, sein Bruder habe am Morgen des 27. Februar 2020 seinen Briefkasten kontrolliert und dort noch keine Verfügung vorgefunden. Am Vormittag des 27. Februar 2020 sei er mit seiner Familie mit dem Auto nach Civitavecchia abgereist. Vom 27. auf den 28. Februar 2020 hätten sie in ihrem grossen Auto in Civitavecchia übernachtet. Den 28. Februar 2020 hätten sie bis zur Abfahrt der Fähre in Civitavecchia verbracht (Rekursbegründung Ziff. 20 f.). Aufgrund des vom Rekurrenten eingereichten Tickets der Fähre ist zwar davon auszugehen, dass der Bruder tatsächlich mit dem Auto nach Civitavecchia und von dort mit der Fähre nach Tunesien gefahren ist und dass die Fähre am 28. Februar 2020 um 19:00 Uhr abgefahren ist (vgl. angefochtener Entscheid E. 16). In der Begründung des vorliegenden Rekurses verweist der Rekurrent zum Beweis zusätzlich auf einen Stempel in einem Reisepass, der sich in den Verfahrensakten befinden soll (Rekursbegründung Ziff. 20). Damit meint er wohl die als Beilage 5 zur ergänzenden Begründung seines Wiedereinsetzungsgesuchs vom 14. April 2020 eingereichten Kopien des Reisepasses seines Bruders. Wie diese geeignet sein sollten, die Darstellung des Rekurrenten zu beweisen, ist aber nicht ersichtlich und wird vom anwaltlich vertretenen Rekurrenten nicht dargelegt. Damit ist davon auszugehen, dass der Rekurrent kein taugliches Beweismittel dafür eingereicht oder beantragt hat, dass

sein Bruder seinen Briefkasten am 27. Februar 2020 vor 09:56 Uhr kontrolliert und bereits am Vormittag des 27. Februar 2020 mit dem Auto losgefahren ist. Da die Autofahrt von Basel nach Civitavecchia gut neun Stunden dauert, hätte der Bruder des Rekurrenten die Fähre auch dann rechtzeitig erreicht, wenn er am späten Abend des 27. Februar 2020 oder am frühen Morgen des 28. Februar 2020 abgefahren wäre (angefochtener Entscheid E. 16). Unter diesen Umständen genügen die blossen Behauptungen des Rekurrenten nicht zur Glaubhaftmachung, dass sein Bruder seinen Briefkasten am 27. Februar 2020 vor 09:56 Uhr kontrolliert und bereits am Vormittag des 27. Februar 2020 mit dem Auto losgefahren ist. Wenn der Bruder des Rekurrenten erst am Nachmittag des 27. Februar 2020 oder später abgefahren ist, hätte er bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt den Briefkasten am 27. Februar 2020 nach Eingang der Post und vor seiner Abreise kontrollieren können und müssen. In diesem Fall hätte er die Verfügung zur Kenntnis genommen.

3.2.4 Ob der Rekurrent den Rekurs rechtzeitig hätte anmelden können, wenn ihm die Verfügung vom 26. Februar 2020 statt mit A-Post Plus mit eingeschriebener Post zugestellt worden wäre, ist irrelevant, weil das Migrationsamt nicht verpflichtet gewesen ist, diese Versandart zu wählen (vgl. oben E. 2), und der Rekurrent auch als juristischer Laie entgegen der in der Rekursbegründung vertretenen Auffassung (vgl. Rekursbegründung Ziff. 11 und 15) nicht hat darauf vertrauen dürfen, dass die Verfügung betreffend das Erlöschen seiner Niederlassungsbewilligung mit eingeschriebener Postsendung zugestellt wird. Selbst wenn er auf eine Zustellung mit eingeschriebener Postsendung hätte vertrauen dürfen, hätte er bzw. sein Bruder aber bereits bei einer Abwesenheit von mehr als sieben Tagen für die Nachsendung der Korrespondenz sorgen, einen anderen Stellvertreter ernennen oder die Ortsabwesenheit dem Migrationsamt mitteilen müssen und wäre die Untätigkeit trotz einer Abwesenheit von fünfzehn Tagen pflichtwidrig gewesen (vgl. oben E. 3.1.2). Im Übrigen ist entgegen der Ansicht des Rekurrenten (Rekursbegründung Ziff. 12 f.) davon auszugehen, dass er seinen Rekurs auch im Fall der Zustellung der Verfügung vom 26. Februar 2020 mit eingeschriebener Postsendung nicht innert Frist angemeldet hätte. Bei Zustellung mit eingeschriebener Postsendung wäre am 27. Februar 2020 ein erfolgloser Zustellungsversuch unternommen worden. Da die Postsendung aufgrund der Auslandsabwesenheit des Rekurrenten und seines Bruders innert der Abholfrist nicht abgeholt worden wäre, hätte die Verfügung als am 5. März 2020 zugestellt gegolten und wäre sie dem Migrationsamt retourniert worden. Aufgrund der Rücksendung der Verfügung ist davon auszugehen, dass der Rekurrent bzw. sein Bruder davon nicht rechtzeitig, vor Ablauf der Frist für die Rekursanmeldung, Kenntnis erhalten hätte.

3.2.5 Zusammenfassend hat der Rekurrent nicht glaubhaft gemacht, dass er durch ein unverschuldetes Hindernis von der Einhaltung der Frist für die Rekursanmeldung abgehalten worden ist. Folglich hat das JSD das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu Recht abgewiesen. Da der Rekurrent seinen Rekurs gegen die Verfügung vom 26. Februar 2020 zu spät angemeldet hat (vgl. oben E. 2), ist das JSD darauf zu Recht nicht eingetreten.

Aus den vorstehenden Gründen ist der vorliegende Rekurs unabhängig vom Zeitpunkt der Mandatierung des Rechtsvertreters des Rekurrenten abzuweisen. Die Frage, wann der Rekurrent seinen Rechtsvertreter mandatiert hat (vgl. dazu angefochtener Entscheid E. 10, 18 und 21; Rekursbegründung Ziff. 17 f. und 23), kann deshalb offenbleiben.

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass der Rekurs sich als unbegründet erweist und daher abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Rekurrent gemäss § 30 Abs. 1 VRPG die Kosten des Rekursverfahrens zu tragen. Angemessen erscheint die Erhebung einer Gebühr von CHF 600.■ (§ 23 Abs. 1 des Reglements über die Gerichtsgebühren, SG 154.810).

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