

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.54 vom 15. Januar 2021

BS Appellationsgericht, 2021-01-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2020.54

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.54 du 15 janvier 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.54 del 15 gennaio 2021

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Beurteilung des vorliegenden Rekurses folgt aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 4. März 2020 sowie § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zum Entscheid ist nach § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das Dreiergericht berufen. 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 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf den frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

1.2 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. Darüber hinaus ist das Verwaltungsgericht mangels einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift im Ausländerrecht nicht befugt, über die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung zu entscheiden und damit im Ergebnis sein eigenes Ermessen an Stelle desjenigen der zuständigen Verwaltungsbehörde zu setzen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines ausländerrechtlichen Entscheids durch das kantonale Gericht die tatsächlichen Verhältnisse massgebend, wie sie im Zeitpunkt des Gerichtsentscheids herrschen (BGer 2C_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; VGE VD.2013.85 vom 16. Oktober 2013 E. 1). Noven sind deshalb in diesem Fall zulässig, obwohl das Verwaltungsgericht nach kantonalem Recht grundsätzlich bloss eine nachträgliche Verwaltungskontrolle ausübt (vgl. zum Ganzen VGE VD.2018.140 vom 8. Mai 2019 E. 1.2 und VD.2017.168 vom 9. Februar 2018 E. 1.2 mit weiteren Hinweisen).

1.3 Im Rekursverfahren vor Verwaltungsgericht gilt das Rügeprinzip. Das Gericht prüft einen angefochtenen Entscheid gestützt auf die Begründungsobliegenheit gemäss § 16 Abs. 2 Satz 1 VRPG nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht nur die rechtzeitig vorgebrachten konkreten Beanstandungen. Die Rekurrenten haben ihren Standpunkt substantiiert vorzutragen und sich mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277 ff., 305; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477 ff., 504; VGE VD.2016.66

vom 20. Juni 2016 E. 1.3).

1.4 Das vorliegend anwendbare Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) wurde am 16. Dezember 2016 revidiert und in Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20) umbenannt. Nachdem einige geänderte Bestimmungen bereits am 1. Januar respektive am 1. Juli 2018 in Kraft getreten waren, traten die übrigen geänderten Bestimmungen einschliesslich des geänderten Titels am 1. Januar 2019 in Kraft. Nach der allgemeinen Übergangsbestimmung des AuG bzw. des AIG (Art. 126 Abs. 1) bleibt auf hängige Verfahren, die wie das vorliegende vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingeleitet worden sind, das bisherige Recht anwendbar (vgl. BGer 2C_144/2019 vom 25. Februar 2019 E. 2.1, mit Hinweis). Folglich sind die am 1. Juli 2018 und 1. Januar 2019 in Kraft getretenen Revisionen der materiellen Bestimmungen des AuG im vorliegenden Rekursverfahren nicht zu berücksichtigen. Aus diesem Grund wird im Folgenden auch weiterhin der bisherige Titel des Gesetzes (AuG) verwendet. Betreffend das Verfahrensrecht bestimmen die allgemeinen Übergangsbestimmungen des AuG, dass sich das Verfahren nach dem neuen Recht richtet (Art. 126 Abs. 2 AuG). Dies entspricht dem allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsatz, wonach neue Verfahrensbestimmungen ab ihrem Inkrafttreten grundsätzlich von allen Instanzen sofort anzuwenden sind (VGE VD.2019.18 vom 22. Juli 2019 E. 2.1, VD.2019.11 vom 17. April 2019 E. 1.5). Revidierte Verfahrensvorschriften stehen im vorliegenden Verfahren jedoch nicht zur Diskussion.

E. 2

Mit dem angefochtenen Entscheid hat das JSD darauf verwiesen, dass ein Rekurs gemäss § 46 Abs. 1 OG innert 10 Tagen seit der Eröffnung der Verfügung bei der Rekursinstanz anzumelden sei. Innert 30 Tagen, vom gleichen Zeitpunkt an gerechnet, sei die Rekursbegründung einzureichen oder der Schweizerischen Post zu übergeben. Vorliegend sei die angefochtene Verfügung dem Rechtsvertreter des Rekurrenten postalisch mit A-Post Plus (Sendungsnummer [...]) am 14. Dezember 2019 zugestellt und damit rechtsgenügend eröffnet worden. Die 30-tägige Frist zur Einreichung der Rekursbegründung habe somit am 13. Januar 2020 geendet. Innert dieser Frist seien keine Rekursbegründung und kein Fristerstreckungsgesuch eingegangen. Das am 15. Januar 2020 eingereichte Fristerstreckungsgesuch sei zu spät. Daraus folgte der Entscheid, auf den Rekurs nicht einzutreten.

E. 3

3.1 Der Rekurrent anerkennt mit seiner Rekursanmeldung explizit, dass das Fristerstreckungsgesuch vom 15. Januar 2020 zu spät erfolgt ist. Er macht aber geltend, dass bereits die fristgerecht eingereichte Rekursanmeldung vom 23. Dezember 2020 Anträge und auch eine Begründung enthalten habe. Er macht geltend, dass diese Eingabe mit der darin enthaltenden «Kurz begründung» den Formerfordernissen von § 46 Abs. 2 OG «vollends» genüge. Im Verwaltungsverfahren gelte der Untersuchungsgrundsatz. Da in der Kurz begründung darauf hingewiesen worden sei, dass eine drohende Verwahrlosung mit Berichten des Beistands und der B_____ nachgewiesen werden könne, habe das JSD den Untersuchungsgrundsatz verletzt, in dem es den Beweisanträgen keine Folge gegeben habe. Diese Ausführungen hätten sich nicht nur auf das Massnahmebegehren bezogen, sondern hätten «selbstverständlich für alle übrigen Anträge» gegolten, müsse der Antrag auf Bewilligung des prozessualen Aufenthaltsrechts sich doch auf die Hauptsachenprognose

und damit den Bewilligungsanspruch beziehen. Daher hätte das JSD auf den Rekurs vom 23. Dezember 2019 «anhand der darin abgegebenen Begründung eintreten müssen».

3.2 Dem hält die Vorinstanz entgegen, dass der anwaltschaftlich vertretene Rekurrent die Begründung in der Eingabe vom 23. Dezember 2020 explizit auf den Antrag 5 jener Eingabe bezogen habe. Wäre der Rekurs bereits begründet worden, so wäre nicht verständlich, wieso der Rekurrent verspätet um die Erstreckung der Begründungsfrist ersucht hätte.

3.3 Im Grundsatz ist dem Rekurrenten darin zu folgen, dass ein Rekurs auch bereits mit der Rekursanmeldung begründet werden kann (Wullschleger/Schröder, a.a.O, 305 m.H.) und die Begründungobliegenheit gemäss § 46 Abs. 2 OG daher auch mit Motivierungen des eigenen Standpunkts in der gestützt auf § 46 Abs. 1 OG erfolgten Rekursanmeldung erfüllt werden kann (vgl. VGE VD.2019.5 vom 29. April 2020 E. 3.2). Enthält eine Rekursanmeldung somit bereits eine summarische Begründung und wird in der Folge noch eine ausführliche Begründung des Rekurses in Aussicht gestellt, aber innert Frist nicht nachgereicht, so ist von der Rekursinstanz jeweils zu prüfen, ob bereits die Rekursanmeldung den Anforderungen für eine Rekursbegründung genügt (VGE VD.2018.79 vom 16. Oktober 2018 E. 1.4.2 zur parallelen Regelung in § 16 VRPG). Zutreffend ist zwar die Feststellung der Vorinstanz, dass der anwaltschaftlich vertretene Rekurrent mit seiner Rekursanmeldung subjektiv seinen Rekurs offensichtlich noch nicht hat begründen wollen und sich seine Begründung «selbstverständlich» bloss auf den Antrag bezogen hat, auf den er damit referenziert hat. So hat er explizit ausführen lassen, «zur Begründung von Antrag 5 weise ich darauf hin, ». Beim Antrag 5 handelt es sich nicht um die in den Ziffern 1■4 gestellten Anträge und Eventualanträge in der Sache, sondern allein um den Antrag, das Migrationsamt als ursprünglich verfügender Behörde «mit einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung mittelsvorsorglicher Massnahmeanzuweisen, von jeglichen Vollzugsmassnahmen abzusehen, bis über den vorliegenden Rekurs rechtskräftig entschieden ist». Die Behauptung, die Begründung habe sich daher nicht nur auf das Massnahmenbegehren, sondern «selbstverständlich» auf «alle übrigen Anträge» bezogen, ist daher klar aktenwidrig. Darauf kommt es aber nicht an, wenn die Begründung des Massnahmebegehrens eine genügende Begründung des eigenen Standpunkts in der Sache darstellt.

3.4 Gemäss der Rechtsprechung zu § 46 Abs. 2 OG hat eine rekurrierende Partei ihren Standpunkt substantiiert vorzutragen und sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinanderzusetzen. Die Rekursbegründung hat neben den Anträgen deren Begründung mit Angabe der Beweismittel zu enthalten. Aufgrund dieses Rügeprinzips ist die Rekursinstanz nicht gehalten, den angefochtenen Entscheid von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten zu prüfen, sondern nur die rechtzeitig vorgebrachten konkreten Beanstandungen zu untersuchen (VGE VD.2017.17 vom 18. Mai 2017 E. 3.1.1, VD.2015.260 vom 19. Oktober 2016 E. 1.4, VD.2016.60 vom 30. September 2016 E. 1.3.1, VD.2016.66 vom 20. Juni 2016 E. 1.3, VD.2015.91 vom 6. August 2015 E. 1.2.1). Bei juristischen Laien werden an die Substantiierung des Rechtsmittels dabei keine allzu hohen Anforderungen gestellt (VGE VD.2020.106 vom 19. Oktober 2020 E. 1.2.2, VD.2017.23 vom 2. Mai 2017 E. 1.2, VD.2016.158 vom 12. April 2017 E. 1.2.2). Es genügt, dass aus einer auch knapp ausgefallenen, summarischen Begründung zumindest ersehen werden kann, worum es dem Rekurrenten geht und welche Argumente er berücksichtigt wissen will (VGE VD.2017.294 vom 9. Juli 2018 E. 1.2.1, VD.2016.117 vom 15. August 2016 E.

1.3.2;Wullschleger/Schröder, a.a.O., 305, S. 277, 305).

3.5 Beim Vertreter des Rekurrenten handelt es sich offensichtlich nicht um einen Laien, sondern um einen erfahrenen und spezialisierten Advokaten, sodass an die Begründung des von ihm eingereichten Rekurses erhöhte Anforderungen zu stellen sind. Mit Bezug auf seinen Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Verfügung hat der Rekurrent ausführen lassen, das Migrationsamt habe sein Wiedererwägungsgesuch vom 4. April 2016 «faktisch gutgeheissen». Es sei ihm die mit Verfügung vom 11. Mai 2013 entzogene Niederlassungsbewilligung während dreieinhalb Jahren belassen worden. Das Migrationsamt habe damit anerkannt, «dass mit der neu diagnostizierten Erkrankung eine veränderte Sachlage erstellt» gewesen sei und er «in C_____ (wie auch in der Schweiz) nicht allein auf sich gestellt leben» könne. Es stehe «nicht im Belieben des Amtes, ein Wiedererwägungsverfahren während dreieinhalb Jahren offenzulassen, um dann irgendwann aus irgendwelchen Gründen das Verfahren mit einer Abweisung zu beenden». Vielmehr hätte das Migrationsamt das Wiedererwägungsgesuch nicht abweisen, sondern die Niederlassungsbewilligung widerrufen müssen. Es fehle aber an einem Widerrufsgrund gemäss Art. 63 AIG. Zudem sei ihm das rechtliche Gehör nicht gewährt worden. «Unter diesen Umständen» sei «aus Rechtssicherheitsgründen klarzustellen», dass er den Departementsentscheid in der Schweiz abwarten dürfe. Davon abgesehen seien die wesentlichen Gründe, die im Jahre 2016 zur faktischen Gutheissung des Wiedererwägungsgesuches geführt hätten, nach wie vor erstellt. Dass er allein auf sich gestellt nicht überleben könne, habe sich in den letzten drei Jahren deutlich gezeigt und könne mit Stellungnahmen des Beistandes und der Klinik nachgewiesen werden.

Folglich begründete der Rekurrent seinen Antrag auf Bewilligung eines verfahrensbedingten Aufenthalts mit zwei Argumenten. Einerseits behauptete er, es sei ihm die Niederlassungsbewilligung «belassen» worden und andererseits machte er geltend, auf sich allein gestellt nicht überleben zu können. Diese beiden Argumente sind grundsätzlich geeignet, den Rekurs zu begründen, zumal auch eine unvollständige oder falsche Begründung den formellen Begründungsanforderungen gemäss § 46 Abs. 2 OG genügt, solange sie sachbezogen ist (Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 451 f.; VGE VD.2015.58 vom 8. August 2015 E. 2.4, VD.2015.126 vom 28. August 2014 E. 2.2.1, VD.2012.245 vom 27. März 2013 E. 2.1).

3.6 Daraus folgt, dass die Vorinstanz auf den Rekurs hätte eintreten müssen und der Nichteintretensentscheid daher aufzuheben ist.

Ist ein angefochtener Entscheid von der Rekursinstanz aufzuheben, so entscheidet diese entweder selbst neu in der Sache oder weist sie an die Vorinstanz zu neuem Entscheid auf der Grundlage der Erwägungen des Verwaltungsgerichts zurück (§ 20 Abs. 1 und 2 VRPG; VGE VD.2018.50 vom 25. Oktober 2018 E. 2.5, VD.2017.270 vom 18. Juli 2018 E. 4.2). Eine Rückweisung erfolgt praxismässig regelmässig bei der Aufhebung eines Nichteintretensentscheids der Vorinstanz (vgl. VGE VD.2018.50 vom 25. Oktober 2018 E. 2.5, VD.2017.124 vom 17. Mai 2018 E. 3.3, VD.2016.140 vom 2. Mai 2017 E. 3.4;Wullschleger/Schröder, a.a.O., S. 277, 308 f.).

Die Vorinstanz wird daher allein zu prüfen haben, ob das Migrationsamt dem Rekurrenten nach dem rechtskräftigen Widerruf seiner Niederlassungsbewilligung gemäss der Verfügung des Migrationsamts vom 11. Juni 2013 und den diese bestätigenden Entscheiden

des JSD vom 29. November 2013, des Verwaltungsgerichts vom 28. Januar 2015 (VD.2013.228) und des Bundesgerichts vom 21. Dezember 2015 (2C_418/2015) wie von ihm behauptet eine neue Niederlassungsbewilligung erteilt hat, und ob sich die mit den genannten Entscheiden beurteilten Verhältnisse dermassen verändert haben, dass sich aufgrund von Stellungnahmen des Beistandes und der Klinik die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Wegweisung grundlegend verändert hat. Es werden dabei die Beschränkungen aufgrund des aus den Begründungsobliegenheiten folgenden Rügeprinzips (vgl. oben E. 3.4) zu beachten sein. Vorbehalten bleiben Rügen, die jederzeit zu prüfen sind, wie allenfalls diejenige der Verletzung von Art. 3 EMRK.

E. 4

4.1 Damit ist der vorliegende Rekurs gutzuheissen und die Sache an die Vorinstanz zum neuen Entscheid im Sinn der Erwägungen zurückzuweisen. Entsprechend dem Verfahrensausgang wird für vorliegendes Rekursverfahren keine Gebühr erhoben.

4.2 Die unterliegende Partei, Vorinstanz oder ursprünglich verfügende Behörde kann zu einer Parteientschädigung verurteilt werden (§ 30 Abs. 1 VRPG). Die obsiegende Partei erhält in der Regel zulasten der unterliegenden Partei Ersatz der ihr durch den Prozess entstandenen notwendigen Vertretungskosten. Unter Umständen kann sich im Einzelfall der Verzicht auf eine Parteientschädigung rechtfertigen (vgl. Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O. Rz 2068). Vorliegend ist dem Rekurrenten trotz seines formalen Obsiegens keine Parteientschädigung auszurichten. Der Rekurrent hat das Verfahren aufgrund des ihm anzurechnenden, zivil- und anwaltsrechtlich vorwerfbaren Verhaltens seines Vertreters durch das Versäumen der Begründungsfrist verursacht, gehört die Fristberechnung doch zu den Kernaufgaben eines Anwalts (VGE VD.2015.251 vom 26. Mai 2016 E. 3.4.2). Diese Kernaufgabe hat der Vertreter des Rekurrenten gemäss seinen eigenen Darlegungen im Restitutionsbegehren an die Vorinstanz vom 27. Januar 2020 durch die unkontrollierte Delegation an eine offensichtlich unzureichend eingearbeitete, neue Büromitarbeiterin grob verletzt. Sein Verhalten ist widersprüchlich, wenn er einerseits verspätet eine Erstreckung der Begründungsfrist verlangt, um sich dann erstmals im Rechtsmittelverfahren auf den Standpunkt zu stellen, seinen Standpunkt bereits mit der Rekursanmeldung «selbstverständlich» entgegen dem Wortlaut der eigenen Eingabe auch in der Sache ausreichend begründet zu haben. Nicht gefolgt werden kann dem Rekurrenten, wenn er behaupten lässt, aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben gemäss Art. 9 BV sei die Vorinstanz gehalten gewesen, «von sich aus tätig zu werden, wenn ohne Weiteres offenkundig» sei, «dass sich der Anwalt einer Partei über die Fristberechnung irrt». Anwälte und Anwältinnen sind hochqualifizierte Fachpersonen. Sie bedürfen nicht der behördlichen Handreichung und der amtlichen Beistandschaft bei der Ausübung ihres Berufs. Wie das Bundesgericht in dem vom Rekurrenten zitierten Entscheid BGer 5A_153/2009 vom 25. Mai 2009 in E. 5.2 ausführt, darf «von einem bei Gericht zugelassenen Anwalt () erwartet werden, dass er in voller Kenntnis der Rechts- und Sachlage handelt; auf Grund seiner besonderen Ausbildung und der Zulassung als Anwalt besteht gleichsam eine Vermutung, dass er seinen Mandanten hinreichend vertritt (BGE 113 Ia 84 E. 3d S. 90)». Zudem liegt kein strafrechtlicher Fall einer notwendigen Verteidigung vor. Es besteht daher keine «Fürsorge- und Aufklärungspflicht» der Behörde gegenüber dem fachkundig anwaltschaftlich vertretenen Rekurrenten und seinem Vertreter. Insbesondere ergibt sich keine Pflicht zur Bevormundung eines Anwalts bezüglich seiner Fristenkontrolle in Form ihrer behördlichen Nachkontrolle, wie sie der Rekurrent wortreich

behaupten lässt. Es ist nicht Sache der Behörde, ihren eigenen Zustellnachweis mit einem Eingangsvermerk eines Anwaltsbüros abzugleichen (VGE VD.2011.53 vom 15. August 2011 E. 4.2). Bedürfte ein Advokat diesbezüglich zur korrekten Ausführung seiner Tätigkeit dieser Hilfe, so müsste geprüft werden, ob dies nicht der Aufsichtsbehörde über die Advokatinnen und Advokaten gemeldet werden müsste.

Daraus folgt auch, dass das Gesuch des Rekurrenten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenstandslos geworden ist, könnte sein pflichtsäumig handelnder Vertreter doch auch von ihm selbst kein Honorar für seine Bemühungen in diesem Verfahren beanspruchen.

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