

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.91 vom 23. Juli 2021

BS Appellationsgericht, 2021-07-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2021.91

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.91 du 23 juillet 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.91 del 23 luglio 2021

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus § 41 Abs. 2 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Zum Entscheid ist nach § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das Dreiergericht berufen. Die Rekurrentin ist als Adressatin des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Sie ist somit gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Der vorliegende Rekurs wurde den Voraussetzungen von § 16 Abs. 1 und 2 VRPG entsprechend rechtzeitig angemeldet und begründet. Auf den Rekurs ist einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach § 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.

E. 2

2.1 Der Regierungsrat wies das Gesuch um Wiedereinsetzung in die Rekursfrist ab und trat auf den Rekurs gegen den Entscheid des JSD vom 3. Dezember 2020 nicht ein. Die Rekurrentin beantragt vor Verwaltungsgericht, es sei festzustellen, dass die Eingabe vom 4. Februar 2021 fristgerecht erfolgt sei.

E. 2.2

2.2.1 Gemäss § 46 Abs. 1 OG ist der Rekurs innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügung bei der Rekursinstanz anzumelden. Innert 30 Tagen, vom gleichen Zeitpunkt an gerechnet, ist gemäss § 46 Abs. 2 OG die Rekursbegründung einzureichen. Die Eröffnung einer Verfügung ist eine empfangsbedürftige, aber nicht annahmebedürftige einseitige Rechtshandlung (BVGer A-3474/2013 vom 7. Oktober 2013

E. 3.1; Uhlmann/Schilling-Schwank, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 34 N 5). Die Rechtsmittelfristen beginnen daher bereits im Zeitpunkt der ordnungsgemässen Zustellung zu laufen (BVGer A-4311/2016 vom 22. März 2017 E. 4.1, A-3474/2013 vom 7. Oktober 2013 E. 3.1; Uhlmann/Schilling-Schwank, a.a.O., Art. 34 N 5; vgl. E. 3.2). Die Zustellung einer uneingeschriebenen Sendung erfolgt bereits dadurch, dass sie in den Briefkasten oder ins Postfach des Adressaten gelegt wird und damit in den Macht- bzw. Verfügungsbereich des Empfängers gelangt (BGE 142 III 599 E. 2.4.1 S. 603; BGer 2C_1032/2019 vom 11. März 2020 E. 3.2). Die tatsächliche Empfangs- oder

Kenntnisnahme ist nicht erforderlich (BVGer A-3474/2013 vom 7. Oktober 2013 E. 3.1; Uhlmann/Schilling-Schwank, a.a.O., Art. 34 N 5). Es genügt, dass die Sendung in den Machtbereich des Adressaten gelangt und er demzufolge von ihr Kenntnis nehmen kann (BGE 122 I 139 E. 1 S. 143; BGer 2C_1032/2019 vom 11. März 2020 E. 3.2; vgl. BVGer A-3474/2013 vom 7. Oktober 2013 E. 3.1; Uhlmann/Schilling-Schwank, a.a.O., Art. 34 N 5).

2.2.2 Die Beweislast für die Zustellung und ihren Zeitpunkt trägt die Behörde, welche die Zustellung veranlasst hat (Uhlmann/Schilling-Schwank, a.a.O., Art. 34 N 10). Bei der Versandmethode A-Post Plus wird die Zustellung elektronisch erfasst, wenn die Sendung in den Briefkasten oder das Postfach des Empfängers gelegt wird (BGE 142 III 599 E. 2.2 S. 601). Mit einem Track & Trace-Auszug wird nicht direkt bewiesen, dass die Sendung tatsächlich in den Empfangsbereich des Empfängers gelangt ist, sondern bloss, dass durch die Post ein entsprechender Eintrag in ihrem Erfassungssystem gemacht worden ist. Im Sinn eines Indizes lässt dieser Eintrag aber darauf schliessen, dass die Sendung in den Briefkasten oder das Postfach des Adressaten gelegt worden ist (BGE 142 III 599 E. 2.2 S. 602; VGE VD.2017.69 und VD.2017.70 vom 23. September 2017 E. 3.1). Ein Fehler bei der Postzustellung liegt nicht ausserhalb jeder Wahrscheinlichkeit. Eine fehlerhafte Postzustellung ist allerdings nicht zu vermuten, sondern nur anzunehmen, wenn sie aufgrund der Umstände plausibel erscheint. Auf die Darstellung des Adressaten, dass eine fehlerhafte Postzustellung vorliegt, ist daher abzustellen, wenn seine Darlegung der Umstände nachvollziehbar ist und einer gewissen Wahrscheinlichkeit entspricht, wobei sein guter Glaube zu vermuten ist (BGE 142 III 599 E. 2.4.1 S. 604; VGE VD.2017.69 und VD.2017.70 vom 23. September 2017 E. 3.1). Rein hypothetische Überlegungen des Empfängers genügen dafür nicht (BGer 1C_330/2016 vom 27. September 2016 E. 2.5; VGE VD.2017.69 und VD.2017.70 vom 23. September 2017 E. 3.1). Es müssen vielmehr konkrete Anzeichen für einen Fehler vorhanden sein (BGer 1C_31/2018 vom 14. Januar 2019 E. 3.3).

E. 2.3

2.3.1 Die Rekurrentin hatte gemäss eigenen Angaben beim Schwarzen Peter, Verein für Gassenarbeit, eine Meldeadresse, an der ihr Post zugestellt werden konnte (Rekursbegründung Ziff. 18). Die Adresse des Schwarzen Peters befindet sich an der Elsässerstrasse 22 in 4056 Basel. Der Entscheid des JSD vom 3. Dezember 2020 wurde mit A-Post Plus an die Adresse «Frau A____, Schwarzer Peter, Elsässerstrasse 22, 4056 Basel» gesendet. Gemäss der Sendungsverfolgung der Schweizerischen Post wurde die Sendung am 4. Dezember 2020 zugestellt. Daraus ist im Sinn eines Indizes zu schliessen, dass die Sendung am 4. Dezember 2020 in den Briefkasten des Schwarzen Peters gelegt worden ist. Die Rekurrentin bestreitet dies (Rekursbegründung Ziff. 21). Sie nennt aber kein einziges konkretes Anzeichen für einen Fehler der Post. Beim Hinweis auf die Möglichkeit, dass die Sendung in einen falschen Briefkasten geworfen oder dem Postboten aus den Händen gerutscht sei (Rekursbegründung Ziff. 31), handelt es sich um unbeachtliche hypothetische Überlegungen. Das Gleiche gilt für den Hinweis im Schreiben des Schwarzen Peters vom 26. April 2021 (Rekursbeilage 6), Post könne «unter Umständen verloren gehen oder ausserhalb einer falschen Person ausgeteilt werden», wie es auch bei allen privaten oder sonstigen Anschriften passieren könne. Die Behauptung, dass im Jahr 2015 eine A-Post Plus Sendung, die an einen in derselben Kanzlei wie die Rechtsvertreterin der Rekurrentin tätigen Advokaten adressiert gewesen sei, in den Briefkasten neben demjenigen der Kanzlei

geworfen worden sei (vgl. Rekursbegründung Ziff. 27), spricht auch bei Wahrunterstellung in keiner Art und Weise dafür, dass es im vorliegenden Fall bei der Zustellung in den Briefkasten des Schwarzen Peters zu einem Fehler gekommen sein könnte.

Zusammenfassend fehlt es an einer nachvollziehbaren Darstellung eines Umstands, aufgrund dessen eine fehlerhafte Postzustellung einer gewissen Wahrscheinlichkeit entspricht. Folglich ist gestützt auf die Sendungsverfolgung erstellt, dass die Sendung mit dem Entscheid vom 3. Dezember 2020 am 4. Dezember 2020 in den Briefkasten des Schwarzen Peters gelegt worden ist.

2.3.2 Da es sich beim Schwarzen Peter um das Zustellungsdomizil der Rekurrentin gehandelt hat, ist für die Zustellung der Einwurf in dessen Briefkasten massgebend und ist die Sendung damit in den Machtbereich der Rekurrentin gelangt. Ob die Sendung vom Schwarzen Peter der Rekurrentin oder ihrem Ehemann ausgehändigt worden ist, ist für die Frage der Zustellung unerheblich, weil diese keine tatsächliche Empfangnahme erfordert. Somit wurde der Entscheid des JSD vom 3. Dezember 2020 der Rekurrentin am 4. Dezember 2020 zugestellt. Die Frist für die Rekursanmeldung begann folglich am 5. Dezember 2020 und endete am 14. Dezember 2020. Damit ist die sinngemässe Rekursanmeldung vom 4. Februar 2021 verspätet und hat der Regierungsrat zu Recht festgestellt, dass der Rekurs nicht innert der gesetzlichen Frist angemeldet worden ist.

E. 3

3.1 Für den Fall, dass ihr Rekurs nicht als fristgerecht qualifiziert wird, ersucht die Rekurrentin um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand des Verfahrens vor dem Regierungsrat.

E. 3.2

3.2.1 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.2020.131 vom 30. September 2020 E. 3.1.1, VD.2019.114 vom 3. Dezember 2019 E. 1.3.1, VD.2019.32 vom 6. Mai 2019 E. 3.1). Für das verwaltungsinterne Rekursverfahren wird praxismässig eine analoge Anwendung der Regelung von § 147 Abs. 5 des Gesetzes über die direkten Steuern (StG, SG 640.100) vorgenommen (VGE VD.2020.131 vom 30. September 2020 E. 3.1.1, VD.2019.114 vom 3. Dezember 2019 E. 1.3.1, VD.2019.32 vom 6. Mai 2019 E. 3.1; Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 140).

3.2.2 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.2020.131 vom 30. September 2020 E. 3.1.1, VD.2019.114 vom 3. Dezember 2019 E. 1.3.1, VD.2019.32 vom 6. Mai 2019 E. 3.1; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, N 115). Verschulden von Vertretern und Hilfspersonen ist der Partei wie eigenes Verschulden zuzurechnen (vgl. VGE VD.2020.64 vom 20. Mai 2020 E. 1.3.2; Egli, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 24 N 16 f.; Vogel, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 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.2020.131 vom 30. September 2020 E. 3.1.1, VD.2019.114 vom 3. Dezember 2019 E. 1.3.1, VD.2019.32 vom 6. Mai 2019 E. 3.1). Taugliche Entschuldigungsgründe bilden etwa Naturkatastrophen, Militärdienst oder eine schwerwiegende Erkrankung (VGE VD.2019.114 vom 3. Dezember 2019 E. 1.3.1, 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). Ein Krankheitszustand bildet dann einen Wiedereinsetzungsgrund, wenn und solange er jegliches auf die Fristwahrung gerichtete Handeln verunmöglicht (BGE 119 II 86 E. 2a S. 87; BGer 2C_31/2011 vom 20. Januar 2011 E. 3, 6S.54/2006 vom 2. November 2006 E. 2.2.1; VGE VD.2019.114 vom 3. Dezember 2019 E. 1.3.1, VD.2019.32 vom 6. Mai 2019 E. 3.1, VD.2016.242 vom 1. März 2017 E. 3.3; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, *Öffentliches Prozessrecht*, 3. Auflage, Basel 2014, N 1833). Dies setzt voraus, dass die Krankheit den Betroffenen daran hindert, fristgerecht zu handeln oder einen Dritten damit zu beauftragen (BGer 2C_925/2018 vom 15. November 2018 E. 2.2.2; VGE VD.2019.114 vom 3. Dezember 2019 E. 1.3.1; Egli, a.a.O., Art. 24 N 20).

3.2.3 Die Wiedereinsetzung ist innert 30 Tagen seit dem Wegfall des Hindernisses schriftlich und begründet unter Beifügung der nötigen Beweismittel zu beantragen (VGE VD.2019.114 vom 3. Dezember 2019 E. 1.3.1, VD.2019.32 vom 6. Mai 2019 E. 3.1; Schwank, a.a.O., S. 143; vgl. § 147 Abs. 5 StG; Amstutz/Arnold, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2018, Art. 50 BGG N 14; Egli, a.a.O., Art. 24 N 7 f.; Vogel, a.a.O., Art. 24 N 18). Die Beweislast für den Wiedereinsetzungsgrund trägt der Gesuchsteller (VGE VD.2019.114 vom 3. Dezember 2019 E. 1.3.1, VD.2019.32 vom 6. Mai 2019 E. 3.1; vgl. Amstutz/Arnold, a.a.O., 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 BGG N 14 FN 59 für das Bundesgerichtsgesetz [BGG, SR 173.110]), oder ob Glaubhaftmachung genügt (so Art. 94 Abs. 1 der Strafprozessordnung [StPO, SR 312.0] und Art. 148 Abs. 1 der Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272] für die StPO und die ZPO), kann im vorliegenden Fall offenbleiben.

3.3 Die Rekurrentin scheint ihr Wiedereinsetzungsgesuch zunächst damit begründen zu wollen, dass der Entscheid des JSD vom 3. Dezember 2020 weder ihr noch ihrem Ehemann ausgehändigt worden sei (vgl. Rekursbegründung Ziff. 35 in Verbindung mit Ziff. 31). Die Rekurrentin behauptet, weder sie noch ihr Ehemann hätten die Sendung mit dem Entscheid vom 3. Dezember 2020 vom Schwarzen Peter ausgehändigt erhalten (Rekursbegründung Ziff. 21). Diese Behauptung bleibt aber unbewiesen. Gemäss dem Schreiben des Schwarzen Peters vom 26. April 2021 (Rekursbeilage 6) holte der Ehemann der Rekurrentin zwar

regelmässig Post für sich und die Rekurrentin ab. Der Schwarze Peter hält aber ausdrücklich fest, dass er über den Empfang von Briefen nicht Buch führe und somit nicht zurückverfolgen könne, ob ein Brief richtig zugestellt worden sei oder nicht. Die blosser Parteibeauptung der Rekurrentin genügt nicht zur Glaubhaftmachung, dass die Sendung ihr oder ihrem Ehemann nicht ausgehändigt worden ist. Da davon auszugehen ist, dass die Sendung in den Briefkasten des Schwarzen Peters gelegt worden ist (vgl. oben E. 2.3.1), beruhte eine allfällige Nichtaushändigung auf einem Verschulden des Schwarzen Peters. Dieses wäre der Rekurrentin zuzurechnen. Weiter macht die Rekurrentin geltend, dass sie im November und Dezember 2020 schwere Schicksalsschläge habe hinnehmen müssen. Ende November 2020 habe sie einen Spontanabort ihres Kinds erlebt und kurze Zeit danach sei eine Tante von ihr in Südafrika gestorben, weshalb sie für einen Monat nach Südafrika gereist sei (Rekursbegründung Ziff. 36). Der Regierungsrat stellte im angefochtenen Entscheid mit überzeugender Begründung fest, dass die von der Rekurrentin geltend gemachten Umstände keine Wiedereinsetzung rechtfertigen (angefochtener Entscheid E. 7). Mit diesen Erwägungen setzt sich die anwaltlich vertretene Rekurrentin in ihrer Rekursbegründung nicht auseinander. Damit ist ein Wiedereinsetzungsgrund unter Verweis auf die vorinstanzlichen Erwägungen ohne Weiteres zu verneinen. Mangels Glaubhaftmachung eines Wiedereinsetzungsgrunds hat der Regierungsrat den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu Recht abgewiesen.

E. 4

4.1 Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Rechtsbegehren der Rekurrentin in der Sache unbegründet sind (Rechtsbegehren 1■5) und der Rekurs daher abzuweisen ist. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahrens der Rekurrentin aufzuerlegen (§ 30 Abs. 1 VRPG). Der Bedeutung des Falles, dem Zeitaufwand des Gerichts und der tatsächlichen und rechtlichen Komplexität des Falles angemessen erscheint eine Gebühr von CHF 500.■■ (§ 23 Abs. 1 und § 2 Gerichtsgebührenreglement [GGR, SG 154.810]).

4.2 Die Rekurrentin beantragt für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren jedoch die unentgeltliche Rechtspflege. Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 29 Abs. 3 BV). Als aussichtslos gelten Rechtsbegehren, 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 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 (BGE 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218; VGE VD.2019.187 vom 9. März 2020 E. 2.2.1). Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, bringt die Rekurrentin mit ihrer Rekursbegründung nichts vor, was geeignet wäre, die Richtigkeit des angefochtenen Entscheids ernsthaft in Frage zu stellen. Ihr Rekurs ist daher als aussichtslos zu qualifizieren. Folglich hat sie keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Die Rekurrentin trägt daher die Kosten des vorliegenden Verfahrens.