

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.148 vom 10. Dezember 2022

BS Appellationsgericht, 2022-12-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2022.148

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.148 du 10 décembre 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.148 del 10 dicembre 2022

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Regierungspräsidenten vom 7. Juli 2022 sowie aus § 42 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.

E. 1.2

1.2.1 Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von der damit erfolgten Abweisung seines Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Er ist somit gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert.

1.2.2 Fraglich erscheint aber die Postulationsfähigkeit des für den Rekurrenten handelnden Vertreters.

1.2.2.1 Es ist nicht bestritten, dass der Rekurrent die Schweiz bereits am Tag der Rekurerhebung im vorinstanzlichen Verfahren am 28. April 2022 verlassen hat. Seither hat sein Vertreter keinen Kontakt mehr mit ihm gehabt. Er gibt mit Eingabe vom 8. August 2022 vielmehr an, dass «ein Kontakt nach dessen überraschender Freilassung» und seiner «offenbar anschliessend erfolgten Ausreise [] nach Deutschland [] nicht mehr zustande» gekommen sei. «Mangels weiterer Instruktionen» habe er «das Verfahren im mutmasslichen Interesse» des Rekurrenten fortführen müssen. Die Durchsetzung der unentgeltlichen Prozessführung zur finanziellen Entlastung des Rekurrenten bezüglich der direkten Honorarforderung seines Vertreters liege objektiv betrachtet im Interesse des Rekurrenten. Das Konzept der unentgeltlichen Prozessführung sehe «nach beständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch explizit vor, dass bei Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung alleine der um unentgeltliche Prozessführung nachsuchende anwaltlich Vertretene zur Beschwerde gegen den abschlägigen Entscheid befugt» sei. Daraus ergebe sich, dass auch nach dem Verständnis des Gesetzgebers der um diese Rechtswohltat Nachsuchende bei deren Verweigerung als beschwerte Partei anzusehen sei. Gemäss BGer 2C_764/2019 vom

E. 4

Februar 2020 sei der instruktionslose Vertreter in solch einer Situation nicht nur ermächtigt, sondern aus anwaltlicher Sorgfaltspflicht sogar gehalten, innert Frist gegen einen für den Klienten nachteiligen Entscheid vorsorglich ein Rechtsmittel zu ergreifen. Der Vertreter

stellt sich daher auf den Standpunkt, «dass er auch ohne expliziten Folgeauftrag» des Rekurrenten zur Anfechtung der verweigerten unentgeltlichen Prozessführung ermächtigt und gehalten gewesen sei. Ansonsten wäre er ja auch nicht mehr ermächtigt gewesen, die streitgegenständliche Abschreibeverfügung entgegen zu nehmen. Die Ermächtigung zu ihrer Entgegennahme müsse aber logischerweise auch die Ermächtigung umfassen, anschliessend namens des Verfügungsadressaten Rechtsmittel gegen einen nachteiligen Entscheid ergreifen zu können. Soweit das Gericht anderer Meinung sein sollte, sei ihm eine grosszügige Fristerstreckung zur Beibringung einer Zustimmungserklärung des Rekurrenten zu gewähren.

1.2.2.2 Zu prüfen ist folglich, inwieweit die Postulationsfähigkeit einer Vertretung auch eine aktuelle Instruktion insbesondere bezüglich der Erhebung eines Rechtsmittels voraussetzt.

Mit Vollmacht vom 25. April 2022 hat der Rekurrent seinen Vertreter ermächtigt, «als Advokat oder Vertreter vor allen hiesigen und auswärtigen Gerichten sowie sonstigen Behörden oder gegenüber Privaten aufzutreten» und «alle Rechtshandlungen vorzunehmen, welche die Ausführung des Auftrages mit sich bringen kann». Aufgrund dieser Vollmacht kommt dem Vertreter im Verhältnis mit dem Rekurrenten als seinem Mandanten die Befugnis zu, diesen gegenüber den Behörden im Verfahren zu vertreten (vgl. Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, N 783). Dazu gehört im Grundsatz auch die Ergreifung von Rechtsmitteln. Dabei hat die Vertretung aber aufgrund ihrer Sorgfaltspflicht ihre Vertretungsmacht im Willen der vertretenen Person und in deren wohlverstandenen Interesse auszuüben (Art. 12 lit. a des Anwaltsgesetzes [BGFA, SR 935.61]; dazu Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 12 N 25 ff.).

Mit Bezug auf strafrechtliche Berufungsverfahren hat das Bundesgericht erwogen, der Wille der vertretenen Person, dass eine Überprüfung eines Strafurteils durch das Berufungsgericht erfolgen solle, müsse während des Rechtsmittelverfahrens fortlaufend gegeben sein. Es leitete dies insbesondere aus Art. 407 Abs. 1 lit. c der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) ab, wonach eine Strafberufung als zurückgezogen gelte, wenn die Berufung erhebende Partei nicht vorgeladen werden könne (vgl. BGer 6B_998/2021 vom 22. Juni 2022 E. 1.9.2 sowie 1.10.3).

Demgegenüber hält das Bundesgericht im Bereich der Verwaltungsrechtspflege dafür, dass eine Vertretung in Ausübung ihrer Sorgfaltspflicht auch ohne Instruktion ihrer Mandantschaft vorsorglich ein Rechtsmittel zu ergreifen habe (BGer 2C_764/2019 vom 4. Februar 2020 E. 3.4 f.). Es obliege der Rechtsvertretung, sich innerhalb der Beschwerdefrist zu vergewissern, ob die Klientschaft von einem Entscheid Kenntnis erhalten habe und diesen anfechten wolle (BGer 2C_764/2019 vom 4. Februar 2020 E. 3.5.1, mit Hinweis auf BGE 145 II 201 E. 5.1). Bestehe Gefahr in Verzug und könne die Rechtsvertretung einer Partei die Zustimmung ihrer Mandantschaft nicht rechtzeitig einholen, so habe sie die erforderlichen Anstalten zu treffen, um deren Interessen zu wahren. Dazu gehöre auch die vorsorgliche Einreichung eines Rechtsmittels zur Wahrung der Rechtsmittelfrist (BGer 2C_764/2019 vom 4. Februar 2020 E. 3.5.1, mit Hinweis auf BGE 145 II 201 E. 5.3), mit dem auch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung ersucht werden könne (BGer 2C_764/2019 vom 4. Februar 2020 E. 3.5.2). Tatsächlich besteht auch im Rekursverfahren keine Pflicht zur persönlichen Mitwirkung der betroffenen Person, wie sie Art. 407 Abs. 1 lit. c StPO entsprechen würde.

1.2.2.3 Die Ergreifung eines Rechtsmittels gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung liegt im Grundsatz im Interesse der vertretenen Person, auch wenn die Vertretung diesbezüglich auch ein eigenes Interesse vertritt. Denn bei einem Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung geltend machenden, notwendigerweise mittellosen Person erscheint eine Durchsetzung des Honoraranspruchs gegenüber dieser selber illusorisch. Gleichwohl ist die Ergreifung eines Rechtsmittels mit möglichen weiteren Kostenfolgen verbunden. Sie liegt somit nicht notwendigerweise im wohlverstandenen Interesse der vertretenen Person, weshalb deren Instruktion nicht entbehrlich erscheint. Wie es sich damit aber letztlich verhält, braucht hier nicht abschliessend geklärt zu werden und kann daher offen bleiben. In diesem Sinne ist auf den, entsprechend den Voraussetzungen von § 46 Abs. 1 OG und § 16 Abs. 2 VRPG rechtzeitig angemeldeten und begründeten, Rekurs einzutreten.

1.3 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat es 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 (VGE VD.2016.207 vom 21. Juni 2017 E. 1.2, VD.2015.135 vom 8. Juni 2016 E. 1.2, VD.2012.243 vom 21. Mai 2013 E. 1.2). 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 (vgl. BGE 127 II 60 E. 1b; BGer 2C_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; VGE VD.2017.183 vom 17. Oktober 2017 E. 1.2, VD.2015.240 vom 19. September 2016 E. 1.2). Noven sind deshalb in diesem Fall zulässig, obwohl das Verwaltungsgericht nach kantonalem Recht grundsätzlich bloss eine nachträgliche Verwaltungskontrolle ausübt (vgl. zum Ganzen VGE VD.2017.290 vom 15. Januar 2019 E. 1.3).

1.4 Im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren 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. Der Rekurrent hat seinen 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, 305; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 504; VGE VD.2018.140 vom 8. Mai 2019 E. 1.3, VD.2016.66 vom 20. Juni 2016 E. 1.3).

2.

2.1 Zur Begründung der Verweigerung der unentgeltlichen Verbeiständung im abgeschriebenen Rekursverfahren gegen die Wegweisung des Rekurrenten hat das JSD erwogen, dass dieser die Schweiz verlassen habe und damit der in der angefochtenen Verfügung angeordneten Wegweisung aus der Schweiz freiwillig nachgekommen sei. Er habe damit anerkannt, dass die vorliegend angefochtene Verfügung ihre Richtigkeit habe,

sodass er im vorliegenden Verfahren als Unterlieger angesehen werden müsse. Mit diesem Verhalten habe er sodann auch zum Ausdruck gebracht, dass sein gegen die Wegweisungsverfügung vom 22. April 2022 geführter Rekurs zum Vornherein als aussichtslos anzusehen gewesen sei, ansonsten er dies gewiss nicht getan hätte. Die unentgeltliche Rechtspflege könne ihm daher bereits aufgrund der Aussichtslosigkeit der Rechtssache nicht gewährt werden. Weiter machte das JSD geltend, dass der Rekurrent seine Bedürftigkeit im vorliegenden Verfahren lediglich behauptet, jedoch in keinerlei Art und Weise durch Belege und dergleichen untermauert habe.

2.2 Mit seinem Rekurs lässt der Rekurrent geltend machen, dass im Zeitpunkt der Wegweisungsverfügung vom 22. April 2022 nur noch seine zwangsweise Ausschaffung in sein mutmassliches Heimatland Guinea zu Diskussion gestanden sei, nachdem Deutschland seine Rücknahme wiederholt abgelehnt habe. Diese Aussicht habe ihn angesichts seines Gesundheitszustandes und der wohl fehlenden überlebensnotwendigen medizinischen Nachsorge in seinem Heimatland stark geängstigt. Er habe daher seinen Vertreter noch am 25. April 2022 beauftragt, Beschwerde gegen die Wegweisungsverfügung zu führen. Diesen Auftrag habe der Vertreter am 28. April 2022 unmissverständlich im Hinblick auf die drohende Ausschaffung nach Guinea ausgeführt. Der Antrag auf Bewilligung der aufschiebenden Wirkung sei mit Verfügung vom 5. Mai 2022 gutgeheissen worden.

Der Vertreter habe keine Kenntnis davon gehabt, dass sein Mandant am Tag der Rekurerhebung gegen Abend aus der Ausschaffungshaft entlassen worden sei und sich danach mutmasslich nach Deutschland abgesetzt habe. Der Rekurs sei einzig und allein wegen der drohenden zwangsweisen Ausschaffung nach Guinea ergriffen worden. Soweit das JSD zur Begründung der Aussichtslosigkeit des Rekurses geltend mache, der Rekurrent habe von Anfang an die Absicht geäussert, sich freiwillig nach Deutschland zu begeben, verfange dies nicht. Aufgrund seiner gesundheitlichen Situation habe er guten Grund gehabt, sich, um sein Leben zu retten, gegen eine zwangsweise Ausschaffung nach Guinea zur Wehr zu setzen. Die Bewilligung der aufschiebenden Wirkung zeige, dass auch das JSD den Rekurs als nicht aussichtslos erachtet habe. Mit der nicht vorhersehbaren und für den Vertreter völlig überraschenden Freilassung des Rekurrenten habe sich dann eine ganz andere Situation ergeben, die logischerweise nicht gegen die guten Prozessaussichten im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung ins Feld geführt werden könne.

2.3 Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung hat eine bedürftige Partei dann, wenn ihre Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Begehren 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 Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend für die Beurteilung der Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels sind dabei die Verhältnisse im Zeitpunkt seiner Einreichung (Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, Diss. Basel. 2008, S. 108 f.).

Prüfungsmassstab bildet dabei, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 139 II 396 E. 1.1, 138 III 217 E. 2.2.4 und 133 III 614 E. 5); 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 und 128 I 225 E. 2.5.3 f.; VGE VD.2014.216 vom 9. Februar 2015 E. 5). Die Prozesschancen sind in vorläufiger und summarischer Prüfung des

Prozessstoffes abzuschätzen, wobei es im Rechtsmittelverfahren um die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs geht. Die Frage lautet, ob das Rechtsmittel offenbar prozessual unzulässig oder aussichtslos ist (BGer 5A_184/2018 vom 4. Mai 2018, mit weiteren Hinweisen; VGE VD.2021.114 vom 26. März 2022 E. 6.2.1).

Daraus folgt, dass für die Beurteilung der Aussichtslosigkeit der Kenntnisstand der vertretenen Rekurspartei massgebend erscheint. Soweit der Rekurrent das Fehlen der Aussichtslosigkeit damit begründen lässt, dass sein Vertreter keine Kenntnis von der Entlassung und Ausreise seines Mandanten gehabt habe und seine Absetzung nach Deutschland auch dem JSD nicht (sicher) bekannt gewesen sei, kann es darauf für die Beurteilung der Aussichtslosigkeit eines Rechtsmittels nicht ankommen. Massgebend sind dafür vielmehr die Kenntnisse von Partei und Vertretung, welche gegenseitig anzurechnen sind.

2.4 Nachdem der Rekurrent zum Vollzug einer stationären Suchtbehandlung nach Art. 60 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0) von Deutschland in die Schweiz ausgeliefert worden ist, stellte das Bundesgericht fest, dass das Urteil, dem sich der Rekurrent durch Flucht entzogen hatte, nicht mehr als Haftgrund gelten könne (BGer 6B_424/2022 vom 11. April 2022). Mit Verfügung vom 21. April 2022 hat der Instruktionsrichter des Verwaltungsgerichts im Verfahren VD.2022.15 angeordnet, dass der Rekurrent umgehend aus der strafprozessualen Haft zu entlassen sei (Vorakten, act. 6/2, S. 398 f.). In der Folge wurde er mit Verfügung des Migrationsamts der Abteilung Bevölkerungsdienste und Migration vom 22. April 2022 in Ausschaffungshaft genommen (Vorakten, act. 6/2, S. 420 ff.). Bei seiner Befragung durch das Migrationsamt gab er an, dass er in Deutschland einen Aufenthaltstitel erhalten habe und daher freiwillig nach Deutschland gehen werde. Im Rahmen der Verhandlung der Einzelrichterin für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht vom 25. April 2022 gab der Rekurrent an, im Falle einer Entlassung aus der Haft direkt nach Deutschland ausreisen zu wollen. Sein Vertreter stellte sich in der Folge auf den Standpunkt, dass es entgegen der Stellungnahme der deutschen Behörde klar sei, dass Deutschland ihn aufgrund seiner familiären Beziehungen aufnehmen müsse (Vorakten, act. 6/2, S. 438 ff.). Demgegenüber ging die Einzelrichterin im Urteil AUS.2022.19 vom 25. April 2022 (Vorakten, act. 6/2, S. 443 ff.) davon aus, dass eine Rückführung nach Deutschland ausgeschlossen sei. Es sei aber nicht Sache der Schweizer Einzelrichterin in Haftverfahren zu prüfen, ob Deutschland ihn aus humanitären Gründen aufnehmen müsse. Es wurde Haft bis zum 18. Mai 2022 anstatt der beantragten Dauer von drei Monaten angeordnet. Am 28. April 2022 teilte das SEM dem Migrationsamt mit Mail von 14:09 Uhr mit, dass für den Rekurrenten für eine Rückkehr nach Guinea ein neuer Laissez-passer-Ausweis erstellt werden müsse. Man würde ihn hierfür der nächsten guineischen Delegation zuführen lassen, was wohl erst anfangs 2023 erfolgen könne (Vorakten, act. 6/2, S. 576). Das Migrationsamt teilte der Einzelrichterin darauf mit Mail vom gleichen Tag um 14:48 Uhr mit, dass es den Rekurrenten noch heute aus der Haft entlassen werde (Vorakten, act. 6/2 S. 580). Darüber hat das Migrationsamt mit Mail vom 28. April 2022 um 15:19 Uhr auch den Vertreter des Rekurrenten informiert (Vorakten, act. 6/2, S. 587).

Daraus folgt, dass der Vertreter am 28. April 2022 mithin einen Tag vor Ablauf der Frist von

Arbeitstagen ab Eröffnung der angefochtenen Wegweisungsverfügung vom 22. April 2022 (Art. 64 Abs. 3 AIG) Kenntnis von der Entlassung des Rekurrenten erhalten hat. Es musste ihm daher aufgrund der bisherigen Angaben des Rekurrenten bekannt sein, dass eine Ausreise nach Deutschland im Raum steht. Tatsächlich scheint der Rekurrent noch am Tag seiner Entlassung nach Deutschland ausgereist zu sein, wurde er doch am Badischen Bahnhof angetroffen, als er auf seine ihn abholende Frau wartete (Vorakten, act. 6/1, S. 27). Damit ist der Rekurrent im Zeitpunkt der Rekuserhebung bereits selber der Wegweisungsverfügung nachgekommen, womit sein Rechtsschutzinteresse weggefallen ist. Dieses eigene Verhalten muss ihm bei der Beurteilung der Rekursaussichten im Rahmen der Prüfung seines Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung angerechnet werden. Er wäre verpflichtet gewesen, seinen Vertreter entsprechend zu instruieren und dieser wäre aufgrund der ihm bekannten Absicht seines Mandanten, im Falle einer Entlassung «direkt» nach Deutschland auszureisen, nicht verpflichtet gewesen, ohne eine Instruktion aufgrund der veränderten Sachlage den Rekurs einzureichen.

2.5 Daraus folgt, dass das JSD dem Rekurrenten die unentgeltliche Prozessführung im vorinstanzlichen Verfahren zu Recht verweigert hat. Auf die Frage, ob der Rekurrent seine Bedürftigkeit im vorinstanzlichen Verfahren genügend glaubhaft gemacht hat, braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden.

3.

Der Rekurs ist daher abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahren trägt der Rekurrent grundsätzlich dessen Kosten (§ 30 Abs. 1 VRPG). Es kann aber das im vorliegenden Verfahren gestellte Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung bewilligt werden. Die Kosten des Verfahrens mit einer Gebühr von CHF 800.■ gehen daher zu Lasten des Staates. Dem unentgeltlichen Vertreter des Rekurrenten ist auf der Grundlage des mit seiner Honorarnote vom 28. August 2022 ausgewiesenen Aufwands von 3.67 Stunden ein Honorar von CHF 733.33 zuzusprechen. Hinzu kommen die von ihm geltend gemachten Auslagen von CHF 18.85 und die Mehrwertsteuer auf der Summe von Honorar und Auslagen.

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