Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 583/2020

Urteil vom 1. Februar 2021

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd, Donzallaz,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwältin Christine Krebs-Eberhart,

gegen

Sicherheitsdirektion des Kantons Bern (SID),
Kramgasse 20, 3011 Bern,
Einwohnergemeinde Bern,
Einwohnerdienste, Migration und Fremdenpolizei,
Predigergasse 5, 3000 Bern 7.

Gegenstand
Widerruf der Niederlassungsbewilligung und Wegweisung,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29. Mai 2020 (100.2019.233U).

Sachverhalt:

A.
A._____ reiste am 8. Dezember 1995 von Bosnien und Herzegowina in die Schweiz ein. Er wurde in der Folge als Flüchtling anerkannt und ihm wurde Asyl gewährt. Nach fünfjährigem Aufenthalt erhielt er die Niederlassungsbewilligung. Mit Verfügung vom 14. Juni 2017 widerrief die Einwohnergemeinde (EG) Bern, Einwohnerdienste, Migration und Fremdenpolizei (EMF), die Niederlassungsbewilligung von A._____ und wies diesen aus der Schweiz weg. Die Beschwerde dagegen hat die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (POM; heute Sicherheitsdirektion [SID]) am 4. Juni 2019 in der Hauptsache abgewiesen. Am 11. Juli 2019 hat A._____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben.
Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat das Verfahren auf die Frage der Rechtzeitigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beschränkt, weil auf der eingereichten Sendungsverfolgung der Schweizerischen Post AG je eine Zustellung des angefochtenen Entscheids am 6. Juni und am 12. Juni 2019 vermerkt ist. Es ist mit Urteil vom 29. Mai 2020 auf die Beschwerde nicht eingetreten und hat das Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist abgewiesen. Es vertritt die Auffassung, dass das Urteil der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers am 6. und nicht am 12. Juni 2019 zugestellt worden sei. Die empfangsberechtigte Mitarbeiterin habe mit ihrer Unterschrift den Empfang des Urteils bestätigt. Mit dem Moment der Quittierung sei die Sendung als zugestellt zu betrachten. Ob die Sendung tatsächlich übergeben wurde und das Kuvert die ganze Zeit hinter dem Postschalter verblieb, sei unbeachtlich. Unbehelflich sei auch der E inwand, die Mitarbeiterin habe am Schalter gar keine Abholungseinladung vorgelegt. Zudem müsse sich auch die Rechtsvertreterin selber eine erhebliche Sorgfaltswidrigkeit vorhalten lassen, wenn auf dem Ausdruck der Sendungsverfolgung zwei Zustellereignisse aufgeführt seien.

B.
Vor Bundesgericht beantragt A._____, das Urteil Nr. 100.2019.233U der verwaltungsgerichtlichen

Abteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29. Mai 2020 aufzuheben und die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sowie ihm für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Auch für das Verfahren vor Bundesgericht beantragte A._____ unentgeltliche Rechtspflege. Gerügt werden eine willkürliche Rechtsanwendung, überspitzter Formalismus, Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege.

C.
Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern beantragt vernehmlassungsweise die Abweisung der Beschwerde. Die Einwohnergemeinde Bern verzichtet auf eine Vernehmlassung und die Sicherheitsdirektion beantragt ohne Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde.
Antragsgemäss hat der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung der Beschwerde am 10. Juli 2020 aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Erwägungen:

1.

1.1. Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens bildet die Frage, ob das Verwaltungsgericht des Kantons Bern im Zusammenhang mit dem Widerruf der Niederlassungsbewilligung zu Recht nicht auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingetreten ist. Da gegen den Widerruf der Niederlassungsbewilligung die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offensteht (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG [e contrario]; BGE 135 II 1 E. 1.2.1 S. 4), gilt dies entsprechend dem Prinzip der Einheit des Verfahrens nach Art. 111 BGG auch für den hier angefochtenen Nichteintretensentscheid. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2. Im vorliegenden Fall soll die korrekte Anwendung kantonalen Rechts überprüft werden. Diese wird vom Bundesgericht - abgesehen von den Fällen von Art. 95 lit. c und d BGG - als solche nicht überprüft. Möglich ist nur die Rüge, die Anwendung kantonalen Rechts widerspreche u.a. dem Bundesrecht. Dies trifft zu, wenn das angewendete kantonale Recht als solches dem übergeordneten Recht widerspricht (z.B. Verfassungsrecht), aber auch dann, wenn das an sich rechtskonforme kantonale Recht auf eine willkürliche Weise angewendet worden ist und dadurch Art. 9 BV verletzt ist (BGE 142 II 369 E. 2.1 S. 372). Der Beschwerdeführer hat - in der gebotenen Rüge- und Substantiierungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG) - neben der willkürlichen Rechtsanwendung, überspitzten Formalismus und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs moniert. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG).

2.

2.1. Strittig ist, wann der Entscheid der Sicherheitsdirektion der Vertreterin des Beschwerdeführers zugestellt wurde. Ist der Entscheid am 6. Juni 2019 zugestellt worden, so hat der Beschwerdeführer die Beschwerde ans Verwaltungsgericht zu spät eingereicht. Ist er dagegen erst am 12. Juni 2019 zugestellt worden, so ist die Beschwerde rechtzeitig erhoben worden.

2.2. Sachverhaltlich steht aufgrund des vorinstanzlichen Urteils Folgendes fest (Art. 105 Abs. 1 BGG) :

2.2.1. Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers (nachfolgend Rechtsvertreterin) ist in einer Anwaltskanzlei mit mehreren Anwältinnen und Anwälten tätig. Sie praktiziert als Einzelunternehmen mit eigener Unternehmens-Identifikationsnummer. Zum Empfang von Postsendungen nutzt sie gemeinsam mit den anderen Anwältinnen und Anwälten ein Postfach, das auf die Anwaltskanzlei lautet. Trifft eine eingeschriebene Sendung ein, wird der Adressatin bzw. dem Adressaten eine Abholeinladung ins Postfach gelegt. Die Sendung selber wird nach Avisierungsdatum geordnet auf einem Stapel im geschlossenen Bereich der Poststelle hinter dem Schalter aufbewahrt. Die Entgegennahme von Postsendungen hat die Anwaltskanzlei der Rechtsvertreterin wie folgt organisiert: Am Morgen geht jeweils eine Person zur Poststelle und nimmt die nicht eingeschriebene Post und die Abholeinladungen für eingeschriebene Sendungen aus dem Postfach. Mit den Abholeinladungen geht sie zum Postfachschalter, wo sie die korrespondierenden eingeschriebenen Sendungen entgegennimmt. Diese Sendungen werden vor der Übergabe gescannt und ihr Empfang wird durch eine einzige Unterschrift auf einem kleinen Display eines Intermec Mobile Computers quittiert. Gemäss der Rechtsvertreterin werden

die Abholeinladungen für abwesende Anwältinnen und Anwälte jeweils bis zu deren Rückkehr bzw. längstens bis zum Ablauf der siebentägigen Abholfrist im Postfach liegengelassen. Es kommt aber zuweilen vor, dass die Postangestellten eine Sendung scannen, die noch nicht abgeholt werden soll. Eine solche Zustellung wird aber auf entsprechenden Hinweis hin wieder storniert, was nicht als Zustellereignis in den Sendungsinformationen der Post gilt. Laut dem Kundendienst der Schweizerischen Post "kommt täglich vor, dass nur Sendungen für einzelne Mitbenutzer mitgenommen werden".

2.2.2. Zur Zustellung des angefochtenen Entscheids (Sendungsnummer xxx) ergibt sich Folgendes (die Vorinstanz geht zugunsten des Beschwerdeführers davon aus, dass sich der Sachverhalt so zugetragen hat) : Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers war ab 6. Juni 2019 einige Tage über Pfingsten ferienhalber abwesend gewesen und kehrte am 12. Juni 2019 in die Kanzlei zurück, weshalb eine Mitarbeiterin der Anwaltskanzlei (nachfolgend: Mitarbeiterin) am 6. Juni 2019 den Auftrag gehabt hat, nur die Post für die anderen Benutzerinnen und Benutzer des Postfachs mitzunehmen. Sie hat daher nur deren Abholeinladungen behändigt und die Abholeinladung (en) für die Rechtsvertreterin im Postfach liegen lassen. Am Postfachschalter hat die Postangestellte fälschlicherweise eine an die Rechtsvertreterin adressierte Sendung "mitgescannt", obwohl die Mitarbeiterin für diese keine Abholeinladung vorgelegt hat. Diese hat daraufhin interveniert und die Postangestellte hat die Zustellung auf dem Scanner wieder storniert, allerdings ist die Stornierung nicht ins System übermittelt worden, was die Schweizerische Post bestätigte. Die Mitarbeiterin hat anschliessend mit ihrer Unterschrift auf dem kleinen Bildschirm die Zustellung von drei Sendungen, welche
als 18-stellige Nummer aufscheinen, quittiert. Die einzelnen Sendungen sind kaum lesbar, linksbündig laufend von unten nach oben aufgelistet. Unter den drei Sendungen war auch der Entscheid der Sicherheitsdirektion. Am 12. Juni 2019 holte eine Anwältin der Kanzlei die Post ab. Sie nahm an diesem Tag auch den angefochtenen Entscheid entgegen und brachte diesen in die Kanzlei. Die Schweizerische Post hat gegenüber der Rechtsvertreterin bestätigt, dass die Sendung "effektiv am 12. Juni 2019 [...] zugestellt" worden sei.

3.

3.1. Nach Art. 44 Abs. 1 des kantonal-bernischen Gesetzes vom 23. Mai 1989 uber die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; SR BE 155.21) werden Verfügungen und Entscheide grundsätzlich durch die Post zugestellt. Ausser bei Massenverfügungen und vorbehältlich anders lautender Gesetzgebung werden Verfügungen und Entscheide entweder mit eingeschriebener Post oder mit gerichtlicher Urkunde eröffnet; die Zustellung kann auch mit gewöhnlicher Post erfolgen, soweit kein Zustellungsnachweis erforderlich ist (Art. 44 Abs. 2 VRPG). Eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift der Adressatin oder des Adressaten oder einer anderen berechtigten Person überbracht wird, gilt spätestens am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt (Art 44 Abs. 3 VRPG). Nach Art. 44 Abs. 4 VRPG gelten für die Zustellung und die Vorladung die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung im Übrigen sinngemäss. Aus mangelhafter Eröffnung darf niemandem ein Rechtsnachteil erwachsen (Art. 44 Abs. 6 VRPG).

3.2. Unbestritten ist und nach kantonal-bernischem Recht entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch so vorgesehen, dass eine eingeschriebene Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt gilt, in welchem die Adressatin oder der Adressat oder eine andere zur Entgegennahme befugte Person sie tatsächlich gegen Unterschrift in Empfang nimmt. Demnach gilt eine an ein Postfach adressierte eingeschriebene Sendung somit im Zeitpunkt als zugestellt, in dem sie auf der Poststelle gegen Unterschrift abgeholt wird (vgl. BGE 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399; Urteil 2C 82/2011 vom 28. April 2011 E. 2.3 i.i.; siehe auch BGE 122 III 316 E. 4b S. 320).

3.3. Wie sich aus dem für das Bundesgericht verbindlich festgestellten Sachverhalt ergibt, hat die Mitarbeiterin keine Abholungseinladung der Vertreterin vorgelegt - auch nicht diejenige für den Entscheid der Sicherheitsdirektion. Sie hat also nicht kundgetan, eine Sendung der Vertreterin des Beschwerdeführers abholen zu wollen. Dies war auch das Verständnis der Postangestellten, hat sie doch ohne Umstände die fälschlicherweise gescannte Sendung rückgängig gemacht (siehe E. 3.4.1). Wie das Verwaltungsgericht ferner festhält (E. 3.5 des Urteils des Verwaltungsgerichts), wurde die umstrittene Sendung "offenbar tatsächlich erst am 12. Juni 2019 physisch übergeben ". Da die Mitarbeiterin - wie sachverhaltlich feststeht - die Annahme nicht verweigert hat, kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die Sendung der Vertreterin des Beschwerdeführers am 6. Juni 2019 gar nie ausgehändigt wurde. Dies impliziert auch die vom Verwaltungsgericht verwendete Passage "physisch übergeben". Die Mitarbeiterin hat deshalb das eingeschriebene Schreiben der

Sicherheitsdirektion am 6. Juni 2019 gar nie tatsächlich in Empfang genommen und dieses kam dementsprechend auch nicht in ihren Machtbereich (BGE 122 I 139 E. 1 S. 143).

3.4.

3.4.1. Daran ändert nichts, dass die Mitarbeiterin die Sendung mit der Sendungsnummer xxx auf dem Bildschirm unterzeichnet hat. Die Unterzeichnung ist nämlich irrtümlich erfolgt: Wie sich aus dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ergibt, hat die Postangestellte trotz fehlender Abholungseinladung fälschlicherweise eine für die Vertreterin bestimmte eingeschriebene Sendung gescannt. Die Mitarbeiterin bemerkte dieses Versehen indes sofort und verlangte, dass der Vorgang rückgängig zu machen sei, was die Postangestellte - wie sich aus dem für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt ebenfalls ergibt - auch befolgt hatte. Insofern konnte die Mitarbeiterin in guten Treuen davon ausgehen, dass die zur Unterschrift vorgesehen Sendungen, welche nur mit einer 18-stelligen Sendungsnummer aufscheinen, auf dem Display des Intermec Mobile Computers keine solche für die Vertreterin des Beschwerdeführers umfasste. Davon ging im Übrigen auch die Postangestellte aus.
Dass die Löschung der zuvor irrtümlich gescannten Sendung nicht erfolgte und die Mitarbeiterin deshalb unwissend den Erhalt der strittigen Sendung quittierte, ist - entsprechend der Mitteilung der Post - einem technischen Versagen auf Seiten der Post zuzuschreiben. Es handelt sich somit um eine organisatorische Unzulänglichkeit bei der Post. Abgesehen davon erscheint es - wie das Bundesgericht bereits früher festgehalten hat (Urteil 5A 721/2017 vom 29. Januar 2018 E. 3.2) - äusserst merkwürdig und verwirrend, dass eine Zweifachzustellung im Postzustellsystem überhaupt möglich ist.

3.4.2. Die Mitarbeiterin hat auch die Entgegennahme der eingeschriebenen Sendung nicht verweigert: Sie hat weder einen Abholschein vorgelegt noch den Empfang einer eingeschriebenen Sendung verweigert (vgl. JEAN-FRANÇOIS POUDRET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, Vol. I, Art. 32 Rz. 1.3.5). Aus diesem Grund kann nicht davon gesprochen werden, dass die Sendung am Tag der Verweigerung zugestellt gewesen wäre.

3.4.3. Der vorliegende Sachverhalt lässt sich sodann auch nicht mit demjenigen in Urteil 5A 721/2017 (E. 3) vergleichen: In diesem Fall nahm eine mit der Postbesorgung beauftragte Angestellte einer Anwaltskanzlei eine eingeschriebene Gerichtsurkunde abends am Postschalter gegen Unterschrift entgegen und legte diese unmittelbar danach in das an jener Poststelle befindliche Postfach des Advokaturbüros. Am Folgetag wurde es von einer andern Kanzleimitarbeiterin abgeholt und wurde die Zustellung am Postschalter von der Post erneut gegen Unterschrift erfasst. Im Gegensatz zum vorliegenden Streitfall hat die Angestellte eine Abholeinladung vorgewiesen, die eingeschriebene Sendung entgegengenommen und diese ist deshalb auch in den Machtbereich der Anwaltskanzlei übergegangen (Behändigung des Urteils und Ablage im Postfach), weshalb das Datum des ersten Empfangs als fristauslösend galt.

3.5. Zusammenfassendergibt sich: Die Mitarbeiterin der Vertreterin des Beschwerdeführers hat keine Abholeinladung vorgewiesen und damit nicht kundgetan, die fragliche Sendung abholen zu wollen. Ihr wurde die strittige Sendung physisch gar nicht übergeben. Insofern gelangte diese auch nicht in den Machtbereich der Vertreterin des Beschwerdeführers und konnte von ihr auch nicht zur Kenntnis genommen werden. Bei der Unterzeichnung auf dem Display des Intermec Mobile Computers handelt es sich schlicht um ein Quittierungsversehen, das der Post anzulasten ist. Ist am 6. Juni 2019 noch keine, sondern erst am 12. Juni 2019 eine ordnungsgemäss Zustellung erfolgt, so kann der Vertreterin des Beschwerdeführers - wie diese zu Recht ausführt - auch keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden. Der Sachverhalt, wonach die Sendung erst am 12. Juni 2019 zugestellt worden ist, wird dadurch nicht verändert. Mit ihrer Argumentation würde die Vorinstanz unzulässigerweise die gesetzlich vorgesehene Rechtsmittelfrist des Beschwerdeführers beschneiden. Insgesamt hat die Vorinstanz kantonales Recht willkürlich und formalistisch angewendet.

4.

4.1. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde begründet und gutzuheissen. Die Zustellung des Entscheids der Sicherheitsdirektion erfolgte erst am 12. Juni 2019, weshalb die Rechtsmittelfrist damit vor Vorinstanz eingehalten wurde. Das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29. Mai 2020 ist dementsprechend aufzuheben und die Sache ist zur materiellen Beurteilung der Beschwerde an die Vorinstanz zurückzuweisen. Neu beurteilen wird das Verwaltungsgericht auch das

Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, die nicht wegen Aussichtslosigkeit infolge Verspätung der Beschwerde verweigert werden kann.

4.2. Bei diesem Ergebnis sind für das bundesgerichtliche Verfahren keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Der Kanton Bern hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung im bundesgerichtlichen Verfahren ist damit gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29. Mai 2020 aufgehoben und die Angelegenheit zum materiellen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Kosten erhoben.

3.
Der Kanton Bern hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

4.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das bundesgerichtliche Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.

5.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern und dem Staatssekretariat für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 1. Februar 2021

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Errass