

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 28. November 2019

Verwaltungsrichter Häberli, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Daum, Verwaltungsrichterin Herzog,
Verwaltungsrichter Rolli, Verwaltungsrichter Stohner
Gerichtsschreiberin Bernasconi Zenger

A. _____
vertreten durch Rechtsanwältin ...

Beschwerdeführer

gegen

Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern
Kramgasse 20, 3011 Bern

sowie

Einwohnergemeinde Bern
Einwohnerdienste, Migration und Fremdenpolizei, Predigergasse 5,
Postfach, 3001 Bern

betreffend Widerruf der Niederlassungsbewilligung und Wegweisung infolge
Sozialhilfeabhängigkeit (Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des
Kantons Bern vom 30. April 2019; 2018.POMGS.34)



Sachverhalt:

A.

A._____ (geb. ... 1958), Staatsangehöriger von Algerien, reiste am 6. April 2006 in die Schweiz ein; bereits zuvor hatte er sich hier aufgehalten und erfolglos um Asyl ersucht. Gestützt auf die Ehe mit einer Schweizer Bürgerin erhielt er eine Aufenthaltsbewilligung und am 29. März 2011 die Niederlassungsbewilligung. Die Ehe wurde am 14. Januar 2014 geschieden. Nach mehreren fremdenpolizeilichen Verwarnungen widerrief die Einwohnergemeinde (EG) Bern, Einwohnerdienste, Migration und Fremdenpolizei (EMF), am 16. November 2018 wegen wiederholter Straffälligkeit und Sozialhilfeabhängigkeit die Niederlassungsbewilligung von A._____ und wies ihn unter Ansetzung einer Ausreisefrist aus der Schweiz weg.

B.

Gegen die Verfügung der EG Bern führte A._____, vertreten durch seinen damaligen Anwalt, am 19. Dezember 2018 Beschwerde bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (POM). Mit Entscheid vom 30. April 2019 wies die POM die Beschwerde ab und setzte ihm eine neue Ausreisefrist auf den 21. Juni 2019.

C.

Dagegen hat A._____, nunmehr vertreten durch eine andere Anwältin, am 5. September 2019 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben und in der Sache folgende Rechtsbegehren gestellt:

- «1. Die Beschwerdefrist gegen den Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 30. April 2019 sei wiederherzustellen.
2. Der Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 30. April 2019 sei vollumfänglich aufzuheben.

3. Auf den Widerruf der Niederlassungsbewilligung von A._____ sei zu verzichten.
4. Eventualiter sei auf den Widerruf der Niederlassungsbewilligung von A._____ zu verzichten und er sei ausländerrechtlich zu verwarren.
5. Subeventualiter sei A._____ die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.
6. Subsuseventualiter sei beim Staatssekretariat für Migration die vorläufige Aufnahme zu beantragen resp. der Migrationsdienst sei anzuweisen, eine solche zu beantragen.»

Mit Verfügung vom 9. September 2019 hat der Abteilungspräsident den prozessualen Anträgen von A._____ um einstweiligen Rechtsschutz dahin entsprochen, dass er die Migrationsbehörde superprovisorisch angewiesen hat, vorläufig auf Vollzugshandlungen zur Ausschaffung aus der Schweiz zu verzichten. Zudem hat er das Verfahren vorerst auf die Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerde beschränkt.

Die POM beantragt mit Vernehmlassung vom 20. September 2019, das Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, und auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Die EG Bern beantragt mit Stellungnahme vom gleichen Tag die Abweisung der Beschwerde (wobei sie offenbar die angeordnete Verfahrensbeschränkung übersehen hat). A._____ hat sich am 8. November 2019 zur Vernehmlassung der POM geäußert und an seinen Anträgen festgehalten.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig.

1.2 Das Verfahren ist auf die Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerde beschränkt (vorne Bst. C). Das vorliegende Urteil hat sich nur zu dieser Prozessvoraussetzung zu äussern (vgl. BVR 2008 S. 5 E. 2.3 mit Hinweis), d.h. zur Einhaltung der Rechtsmittelfrist bzw. zum Antrag auf Wiederherstellung der Frist (Rechtsbegehren 1). Auf die anderen (materiellen) Aspekte der Beschwerdesache ist hingegen nicht einzugehen (Verzicht auf Widerruf der Niederlassungsbewilligung, Erteilung einer Aufenthaltbewilligung, vorläufige Aufnahme; Rechtsbegehren 2-6).

1.3 Mit seinem Wiederherstellungsbegehren wirft der Beschwerdeführer eine für die bernische Verwaltungsrechtspflege grundsätzliche Frage auf, zu der sich das Verwaltungsgericht bisher nicht geäußert hat. Es urteilt deshalb in Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

2.

2.1 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist innert 30 Tagen seit Eröffnung des Entscheids oder der Verfügung schriftlich und unter Beachtung der Formvorschriften nach Art. 32 VRPG zu erheben (Art. 81 Abs. 1 VRPG).

2.2 Die POM eröffnete den angefochtenen Entscheid dem damaligen Anwalt des Beschwerdeführers. Es ist unbestritten, dass ein gültiges Vertretungsverhältnis bestand (vgl. Beschwerde S. 3 Ziff. 2 mit Hinweis auf die Vollmacht vom 18.9.2018) und die Vorinstanz deshalb verpflichtet war, ihren Entscheid dem Anwalt (und nicht direkt der Partei) zu eröffnen. Die Zustellung erfolgte gemäss dem Sendungsnachweis der Post am 6. Mai 2019 (vgl. Beilagen 3 und 4 zur Beschwerde [BB]), was ebenfalls von keiner Seite in Frage gestellt wird. Der Folgetag ist für den Beginn des Fristenlaufs massgebend (Art. 41 Abs. 1 VRPG; BVR 2016 S. 529 E. 1.3). Das gilt auch, falls der damalige Anwalt den Beschwerdeführer nicht oder jedenfalls nicht hinreichend darüber informiert hat, dass der Entscheid ergangen ist (so die Behauptung in der Beschwerdeschrift). Die Rechts-

mittelfrist von 30 Tagen endete damit am Mittwoch, 5. Juni 2019. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde erst am 5. September 2019 der Post übergeben (act. 1A). Die Frist ist daher nicht gewahrt (Art. 42 Abs. 1 und 2 VRPG) und die Beschwerde verspätet.

3.

3.1 Ist eine Partei oder ihre Vertreterin bzw. ihr Vertreter durch einen anderen Grund als die mangelhafte Eröffnung unverschuldeterweise abgehalten worden, fristgerecht zu handeln, so wird die Frist gemäss Art. 43 Abs. 2 VRPG wiederhergestellt, sofern die Partei unter Angabe des Grundes innert 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses darum ersucht und die versäumte Rechtshandlung nachholt. Wiederhergestellt werden können sowohl behördliche als auch gesetzliche Fristen (z.B. Rechtsmittelfrist; vgl. BVR 1976 S. 198 E. 2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 43 N. 8).

3.2 Die Wiederherstellung beurteilt sich grundsätzlich nach Massgabe der Gesuchsbegründung (BGE 119 II 86 E. 2b). Danach ist der Beschwerdeführer von seinem früheren Anwalt zunächst nicht darüber informiert worden, dass die POM am 30. April 2019 über seine Beschwerde entschieden hat. Im Verlauf des Monats Juni 2019 erhielt er von der Verwaltung eine Rechnung über Fr. 1'600.--, datiert auf den 19. Juni 2019. Dort wird unter Angabe der Aktennummer des vorinstanzlichen Verfahrens Bezug genommen auf die «Verfahrenskosten Entscheid/Verfügung vom: 30.04.2019». Zusätzlich findet sich der Vermerk: «Der Entscheid / die Verfügung / der Brief wird / wurde Ihnen mit separater Post zugestellt» (BB 5 bzw. act. 4A). Der Beschwerdeführer habe in der Folge mit der Verwaltung Kontakt aufgenommen und sich erkundigt, um welchen Entscheid es sich handle; er habe allerdings keine näheren Auskünfte erhalten, sondern sei an seinen Rechtsvertreter verwiesen worden. Der wiederholte Versuch, seinen damaligen Anwalt zu erreichen, sei zunächst erfolglos geblieben, was er der Fremdenpolizei mitgeteilt habe. Dennoch sei ihm der angefochtene Entscheid nicht zugestellt worden. Erst als er seinen Rechtsvertreter telefonisch erreichen konnte, habe dieser ihn über den negativen

Entscheid der POM in Kenntnis gesetzt (Beschwerde S. 3 f. Ziff. 5 und 7 f.; Stellungnahme vom 8.11.2019, act. 12). Am Anfang der Kalenderwoche 32 (5.-11.8.2019) suchte der Beschwerdeführer seine heutige Anwältin auf, um sich hinsichtlich des weiteren Vorgehens beraten zu lassen (vgl. Schreiben der Anwältin vom 12.8.2019 an den früheren Anwalt des Beschwerdeführers, BB 6).

3.3 Die POM ist vorab der Auffassung, der Beschwerdeführer habe das Gesuch um Wiederherstellung der versäumten Rechtsmittelfrist nicht rechtzeitig gestellt.

3.3.1 Das Gesuch um Fristwiederherstellung muss innert 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses gestellt werden (Art. 43 Abs. 2 VRPG). Ein Hindernis gilt als weggefallen, sobald es für die verhinderte Person objektiv und subjektiv zumutbar wird, entweder selbst tätig zu werden oder die Interessenwahrung an eine Drittperson zu übertragen (BVR 2005 S. 281 E. 2.1 mit Hinweisen). Um den Beginn des Fristenlaufs zu bestimmen, muss damit geklärt werden, welcher Grund die betreffende Person gehindert hat und wann das Hindernis aufhört, unverschuldet zu sein (vgl. BGer 2C_1139/2013 vom 18.9.2014 E. 2.2 und 2.4 mit Hinweis).

3.3.2 Als Hinderungsgrund macht der Beschwerdeführer geltend, vom angefochtenen Entscheid keine Kenntnis gehabt zu haben. Es fragt sich daher, wann er vom Entscheid der POM erfahren und die ihm zumutbaren Schritte zur Fristwahrung unternommen hat. – Der Beschwerdeführer hat aufgrund der Rechnungsstellung vom 19. Juni 2019 offenbar versucht, den angefochtenen Entscheid bei den Behörden erhältlich zu machen. Allerdings ist er an seinen damaligen Rechtsvertreter verwiesen worden, was nach eigener Darstellung «dem normalen Vorgehen» entspricht, wenn Personen anwaltlich vertreten sind (Stellungnahme vom 8.11.2019 S. 1 Ziff. 1, act. 12). Seine heutige Anwältin hat der Beschwerdeführer erst in der Kalenderwoche 32 (August 2019) aufgesucht. Weshalb er damit so lange zugewartet hat, obwohl laut der Rechnung erkennbar am 30. April 2019 ein Verwaltungsakt ergangen war und der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang Handlungsbedarf erkannt hat, erklärt er nicht. Auch von einem juristischen Laien darf erwartet werden, dass er sich unverzüglich beraten lässt, um seine Rechte zu wahren, wenn er nicht selber handeln

kann. Das Hindernis ist jedenfalls – müsste nicht von deutlich zu spätem Handeln des Beschwerdeführers ausgegangen werden – nicht erst mit Zustellung des angefochtenen Entscheids (und der Akten) an die heutige Anwältin des Beschwerdeführers weggefallen (so Stellungnahme vom 8.11.2019 S. 2 Ziff. 2, act. 12). Vielmehr war das spätestens anfangs der Kalenderwoche 32 der Fall, als der Beschwerdeführer seine neue Rechtsvertreterin erstmals aufsuchte. Die Frist wäre dabei entweder knapp nicht eingehalten (Beginn am Dienstag 6.8.2019, Ende am Mittwoch 4.9.2019) oder gerade noch gewahrt (Beginn am Mittwoch 7.8.2019, Ende am Donnerstag 5.9.2019); sie beginnt erst am folgenden Tag nach dem «Eintritt eines Ereignisses» (hier: Wegfall des Hindernisses) im Sinn von Art. 41 Abs. 1 VRPG zu laufen (vgl. zur massgeblichen Parallelbestimmung im bundesgerichtlichen Verfahren Amstutz/Arnold, in Basler Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 44 BGG N. 16). Wie es sich mit der Rechtzeitigkeit des Wiederherstellungsgesuchs verhält, ist nach dem Gesagten fraglich, kann angesichts der nachfolgenden Erwägungen aber offenbleiben.

3.4 Die Verfahrensbeteiligten sind sich ebenfalls uneinig, ob der Beschwerdeführer unverschuldeterweise davon abgehalten wurde, fristgerecht zu handeln (Art. 43 Abs. 2 VRPG). Nach ständiger Rechtsprechung muss sich eine Partei, die eine Vertreterin oder einen Vertreter beauftragt hat, deren bzw. dessen Vorkehren und Versäumnisse grundsätzlich anrechnen lassen (BVR 2018 S. 79 E. 4.5, 2003 S. 553 E. 2.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 43 N. 10). Das anerkennt auch der Beschwerdeführer. Seiner Ansicht nach kann dies jedoch nicht gelten, wenn der Vertreter – wie angeblich im vorliegenden Fall – massive Fehler begeht und damit der in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) gewährleistete «Anspruch auf eine Verteidigung» verletzt wird. Zur Begründung verweist der Beschwerdeführer auf die höchstrichterliche Rechtsprechung und insbesondere auf BGE 143 I 284 (Beschwerde S. 4 f. Ziff. 10-13).

3.5 Es trifft zu, dass das Bundesgericht Ausnahmen kennt vom Grundsatz, wonach ein Fehler der Vertreterin bzw. des Vertreters der vertretenen Person zuzurechnen ist. Eine Ausnahme hat es im Rahmen der notwendigen Verteidigung im Strafverfahren anerkannt. Notwendige bzw.

obligatorische Verteidigung bedeutet, dass die beschuldigte Person in den verschiedenen Stadien des Strafverfahrens zwingend und ohne entsprechendes Ersuchen vertreten sein muss; sie kann darauf auch bei einer persönlichen (Selbst-)Verteidigung nicht verzichten (vgl. Art. 130 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0]; BGE 143 I 164 E. 2.2, 131 I 350 E. 2.1). Eine Ausnahme von der Zurechenbarkeit von Fehlern im erwähnten Sinn ist an folgende Voraussetzungen geknüpft: Es muss ein grob fahrlässiges, qualifiziert unrichtiges oder mit den Regeln des Anwaltsberufs gänzlich unvereinbares Fehlverhalten der Anwältin oder des Anwalts vorliegen. Zudem darf die Vertretene oder den Vertretenen selbst kein Verschulden treffen und muss eine Schadenersatzleistung ungeeignet sein, für Wiedergutmachung zu sorgen (BGE 143 I 284 E. 2.2.2 f. mit Hinweisen [Pra 107/2018 Nr. 34]). Diese Rechtsprechung stützt das Bundesgericht auf das Recht der oder des Betroffenen auf eine wirksame Verteidigung (Art. 32 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; Art. 6 Ziff. 3 Bst. c EMRK; BGE 143 I 284 E. 2.2.1). Sie lässt sich unter anderem dadurch rechtfertigen, dass die beschuldigte Person bei der notwendigen Verteidigung verpflichtet ist, sich vertreten zu lassen, so dass ihr auch nicht zugemutet werden kann, sich sämtliche Fehler ihrer Vertreterin bzw. ihres Vertreters zurechnen zu lassen (vgl. BGer 2C_177/2019 vom 22.7.2019 E. 4.2.2 mit Hinweis).

3.6 Der Beschwerdeführer befindet sich nicht in einer solchen Lage. Zum einen hat er seinen früheren Anwalt freiwillig beauftragt. Er hat also selber entschieden, ob er sich vertreten lassen will oder nicht. Bei der sog. gewillkürten Vertretung besteht – selbst im Strafverfahren – kein Anlass für die vorstehend umschriebene Ausnahme (vgl. BGer 6B_1111/2017 vom 7.8.2018 E. 2). Zum anderen geht es beim Widerruf bzw. bei der Verweigerung von ausländerrechtlichen Bewilligungen und bei der Wegweisung nicht um strafrechtliche Massnahmen. Art. 6 EMRK ist in solchen Verfahren nach ständiger Praxis nicht anwendbar (BGE 137 II 393 nicht publ. E. 2.1 [Pra 101/2012 Nr. 26], 137 I 128 E. 4.4.2 [Pra 100/2011 Nr. 72]). Das Bundesgericht hat es ausdrücklich abgelehnt, die in BGE 143 I 284 entwickelte Rechtsprechung zum Strafprozess in weiteren Fällen anzuwenden, namentlich bei verwaltungsrechtlichen Sanktionen (ohne Straf-

charakter; vgl. BGer 2C_177/2019 vom 22.7.2019 E. 5.2). So hat es in einer Konstellation, die mit dem vorliegenden Fall vergleichbar ist (Widerruf der Niederlassungsbewilligung), keinen Anlass gesehen, von der strengen Praxis zur Zurechenbarkeit von Versäumnissen der Vertreterin oder des Vertreters abzusehen (vgl. BGer 2C_345/2018 vom 11.10.2018 E. 3.4). Anders als der Beschwerdeführer anzunehmen scheint, verstösst es nicht gegen die verfassungsrechtlichen Grundgarantien von Art. 29 Abs. 1 und 2 BV (Fairnessprinzip bzw. rechtliches Gehör), in einer Situation wie der vorliegenden von den Rechtsuchenden zu verlangen, die Beschwerdefrist einzuhalten (vgl. BGer 2C_177/2019 vom 22.7.2019 E. 5.2, 2C_345/2018 vom 11.10.2018 E. 3.4). Ebenso wenig kann von einer ungerechtfertigten Sachurteils- bzw. Prozessvoraussetzung gesprochen werden, die den effektiven Zugang zum Gericht versperrt; nur in einem solchen Fall stünde eine Verletzung von Art. 29a BV (Rechtsweggarantie) oder Art. 13 EMRK (Recht auf wirksame Beschwerde) im Verbund mit den materiellen Grundrechtsgarantien von Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) überhaupt zur Diskussion (vgl. allgemein dazu BVR 2018 S. 310 E. 7.4 mit zahlreichen Hinweisen). Aus den angeführten Garantien lässt sich kein Anspruch auf Rechtsschutz unabhängig von den anerkannten prozessualen Eintretensvoraussetzungen ableiten.

3.7 All diese Überlegungen gelten auch im Anwendungsbereich von Art. 43 Abs. 2 VRPG. Wie dargelegt wird das (Fehl-)Verhalten der Vertreterin oder des Vertreters der vertretenen Person zugerechnet. Dass sein früherer Anwalt die Frist infolge eines Hinderungsgrunds unverschuldeterweise versäumt hat, macht der Beschwerdeführer nicht geltend; im Gegenteil geht er von einem schweren Fehler aus (vorne E. 3.4). Die Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist fällt damit ausser Betracht, ohne dass die Vorakten eingeholt oder weitere Beweismassnahmen getroffen werden müssten. Die gestellten Editionsbegehren (schriftliche Auskunft beim früheren Rechtsvertreter, Gesprächsnotizen; Beschwerde S. 5 Ziff. 14) werden abgewiesen (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung statt vieler BVR 2018 S. 206 E. 4.5 mit Hinweisen). Nicht anders zu beurteilen wäre die Rechtslage im Übrigen, wenn der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren amtlich verbeiständet gewesen wäre (Art. 111 Abs. 2 VRPG). Die Ausnahmevoraussetzungen, in denen die Rechtsprechung ge-

mäss BGE 143 I 284 zum Tragen kommt (vorne E. 3.5), sind auch in einem solchen Fall nicht erfüllt.

3.8 Im Ergebnis ist das Fristwiederherstellungsgesuch abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (vgl. vorne E. 3.3). Da die Frist von 30 Tagen gemäss Art. 81 Abs. 1 VRPG demzufolge nicht eingehalten ist (vorne E. 2), ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Der angefochtene Entscheid und mit ihm die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz bleibt bestehen. Es ist der Migrationsbehörde überlassen zu prüfen, ob die geltend gemachten Vollzugshindernisse gegeben sind (vgl. Rechtsbegehren 6 betreffend vorläufige Aufnahme), und dem Beschwerdeführer allenfalls eine neue Ausreisefrist zu setzen. Mit dem verwaltungsgerichtlichen Prozessentscheid erübrigt es sich, das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zu beurteilen bzw. das Superprovisorium durch eine ordentliche vorsorgliche Massnahme abzulösen (vgl. BVR 2012 S. 314 E. 5.4).

4.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Das Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

5. Zu eröffnen:

- dem Beschwerdeführer
- der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern
- der Einwohnergemeinde Bern
- dem Staatssekretariat für Migration
- dem Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.