

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2018 264 vom 16. Mai 2017**

BE Verwaltungsgericht, 2017-05-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2018\\_264](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2018_264)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2018 264 du 16 mai 2017

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2018 264 del 16 maggio 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der nigerianische Staatsangehörige A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) heiratete am 18. Dezember 2008 eine Schweizerin und erhielt daraufhin eine Aufenthaltsbewilligung, die letztmals bis zum 17. Dezember 2013 verlängert wurde. Das Amt für Migration und Personensachen des Kantons Bern (MIP), Migrationsdienst (MIDI), verweigerte ihm mit Verfügung vom 16. Mai 2017 die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und wies ihn unter Ansetzung einer Ausreisefrist aus der Schweiz weg (vgl. Akten POM pag. 10-1).

### **E. 1.2**

Die hiergegen erhobene Beschwerde wies die POM mit Entscheid vom 9. Juli 2018 ab und setzte dem Beschwerdeführer eine neue Ausreisefrist auf den 20. August 2018. Am 15. August 2018 (Postaufgabe am 15.8.2018) hat der Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher ... (nachfolgend: Rechtsvertreter), Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er beantragt die Aufhebung des Entscheids der POM und die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Gleichzeitig ersucht er um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung seines Rechtsvertreters als amtlicher Anwalt. Die POM beantragt mit Vernehmlassung vom 12. September 2018, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten; eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. Sie ist der Ansicht, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei verspätet erfolgt. Zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege enthält sie sich eines Antrags (act. 5). Mit Eingabe vom 26. Oktober 2018 hat sich der Rechtsvertreter zur Rechtzeitigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vernehmen lassen und Beilagen eingereicht (act. 8). Die POM hält mit Stellungnahme vom 13. November 2018 an ihren Anträgen fest (act. 10). Auf Anfrage des Abteilungspräsidenten hin hat die Post CH AG (nachfolgend: Post) mit schriftlicher Auskunft vom 30. November 2018 Stellung genommen (vgl. act. 12 und 14). Von der Gelegenheit, sich zur schriftlichen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18.02.2019, Nr. 100.2018.264U, Seite 3 Auskunft der Post zu äussern, haben die Verfahrensbeteiligten keinen Gebrauch gemacht (vgl. Eingabe der POM vom 21.12.2018).

### **E. 2**

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. Es kann auf die Beschwerde indes nur eintreten, wenn die Beschwerdefrist gewahrt ist (vgl. Art. 20a Abs. 2 VRPG; VGE 2012/2 vom 22.5.2012 E. 1). – Gemäss Art. 81 Abs. 1 VRPG ist die Verwaltungsge-

rechtsbeschwerde innert 30 Tagen seit Eröffnung der Verfügung oder des Entscheids zu erheben. Fristauslösend ist die Eröffnung der Verfügung oder des Entscheids. Die Frist beginnt am folgenden Tag zu laufen (Art. 41 Abs. 1 VRPG). Zur Wahrung einer Frist muss die betreffende Handlung vor Ablauf der Frist vorgenommen werden. Eingaben müssen vor Ablauf der Frist der Behörde, der schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 42 Abs. 1 und 2 VRPG). – Strittig ist, wann dem Rechtsvertreter der Entscheid der POM zugestellt wurde und damit der Fristenlauf begann. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

### **E. 3**

Den Akten lässt sich zu dieser Frage Folgendes entnehmen:

#### **E. 3.1**

Die POM eröffnete den Entscheid dem Rechtsvertreter (vgl. Ziff. 6 des Dispositivs). Dieser ist in einer Anwaltskanzlei mit mehreren Anwältinnen und Anwälten tätig. Auf der vom Beschwerdeführer unterzeichneten Anwaltsvollmacht sind alle Anwältinnen bzw. Anwälte aufgeführt (Beschwerdebeilage 1). Die Anwaltskanzlei tritt jedenfalls insoweit gegen aussen hin als Einheit auf.

#### **E. 3.2**

Die Anwaltskanzlei nutzte die Dienstleistung «Zustelllisten per Post (ZLP)». Laut der Post sind auf der ZLP jeweils alle Sendungen mit Zustell-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18.02.2019, Nr. 100.2018.264U, Seite 4 nachweis für das ganze Advokaturbüro erfasst worden, sodass für die Entgegennahme der Sendungen nur einmal habe signiert werden müssen (vgl. E-Mail der Post an Rechtsvertreter vom 25.9.2018 [act. 8A]). – Die Post schreibt gegenüber dem Verwaltungsgericht, das Angebot ZLP basiere auf einer Vereinbarung mit den jeweiligen Kundinnen oder Kunden. Es regle die vereinfachte Entgegennahme grösserer Mengen von empfangsbedürftigen Sendungen. Die Kundinnen und Kunden können damit den Erhalt einer Sendung in Form einer Zustellquittung auf der Sammelliste der Post bestätigen und müssen nicht jede einzelne Sendung quittieren. Eine selektive Sendungsannahme (z.B. das Zurückstellen einzelner Sendungen) entspreche keinem regulären Leistungsangebot (vgl. Auskunft vom 30.11.2018 [act. 14]). Die Post verweist sodann auf die «Produktbroschüre Einschreiben (R)» (act. 14), in welcher dieses Angebot als «Zustellung mit Verzeichnis» bezeichnet und näher beschrieben wird (vgl. auch den Produktebeschrieb im Internet <[www.post.ch](http://www.post.ch)>, Rubriken «Geschäftlich/Prozesse optimieren/Zwischen Ihnen und der Post/Onlinedienste und Lösungen/Zustellung mit Verzeichnis»). Darin steht (letzte Seite): «Auf Wunsch stellt Ihnen die Post über alle an Sie ausgelieferten Sendungen mit Zustellnachweis täglich ein Verzeichnis physisch oder als Datenfile (CSV) zu. Für die Entgegennahme sämtlicher Sendungen eines Verzeichnisses genügt eine einzige elektronische Unterschrift auf dem Scanner. Anhand des Verzeichnisses können Sie die erhaltenen Sendungen kontrollieren und die Informationen für interne Prozesse weiterverwenden. [...] Eine bloss selektive Entgegennahme ausgewählter Sendungen (Teillieferungen) ist ausgeschlossen.» Die Post erläutert weiter, eine selektive Sendungsannahme werde aus Gründen der Kundenzufriedenheit ausnahmsweise durchaus toleriert bzw. von der Post geleistet. Allerdings könne es dabei «Versäumnisse und Pannen» geben. Beispielsweise können Fehler bei der Abbildung der ganzen Vorgänge im Sendungsverfolgungssystem der Post passieren (vgl. Auskunft vom 30.11.2018 [act. 14]).

### **E. 3.3**

Zur Zustellung des angefochtenen Entscheids ergibt sich Folgen- des:

#### **E. 3.3.1**

Auf der elektronischen Sendungsverfolgung («Track and Trace») sind am 10. Juli 2018 folgende Ereignisse festgehalten: «Ankunft an der

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18.02.2019, Nr. 100.2018.264U, Seite 5 Abhol-/Zustellstelle» (4.49 Uhr) und «Zugestellt via Postfach. Widerruf» (7.20 Uhr). Weiter ist am 16. Juli 2018 das Ereignis «Zugestellt via Post- fach» (7.51 Uhr) aufgeführt (act. 5A). Laut schriftlicher Auskunft der Post ist anhand des Sendungsverfolgungssystems «nicht mit letzter Gewissheit feststellbar», wann die Sendung erstmals in den Empfangsbereich der An- waltskanzlei gelangte und wie der effektive Zustellvorgang erfolgte (vgl. Eingabe vom 30.11.2018 [act. 14]; vgl. auch E. 3.2 hiavor).

#### **E. 3.3.2**

Gemäss Angaben des Rechtsvertreters ging am 10. Juli 2018 eine Angestellte der Anwaltskanzlei zum Postschalter. Der Schaltermitarbeiter habe den R-Brief «hinten» geholt und diesen zusammen mit anderen empfangsbedürftigen Schreiben als «zugestellt» gescannt. Als der Post- mitarbeiter seiner Angestellten alle Sendungen habe übergeben wollen, habe jene die Annahme des an ihn adressierten Briefes wegen seiner Ab- wesenheit abgelehnt. Der Brief sei schliesslich am 16. Juli 2018 abgeholt worden (vgl. Eingabe vom 26.10.2018 S. 2 [act. 8]; E-Mail des Rechtsver- treters an Post vom 21.9.2018 [act. 8A]). Die Darstellung der Post stimmt damit überein (vgl. E-Mail der Post an Rechtsvertreter vom 25.9.2018 [act. 8A]; E-Mail der Post an POM vom 17.8.2018 [act. 5A]).

#### **E. 3.3.3**

Der Rechtsvertreter fragte während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens bei der Post nach, ob die Annahme der Sendung von der An- gestellten quittiert worden sei. Die Post bejahte dies (implizit) und schrieb, damit eine Sendung von einer ZLP gelöscht werden könne, müsse diese immer zuerst ein Zustellereignis haben. Deshalb sei die Liste als «zuge- stellt via Postfach» gescannt und unterschrieben worden. «Zugestellt via Postfach» bedeute, dass die Sendung über den Postfachschalter heraus- gegeben werde (vgl. E-Mailverkehr zwischen dem Rechtsvertreter und der Post [act. 8A]).

#### **E. 3.3.4**

Obwohl die Anwaltskanzlei des Rechtsvertreters die Dienstleistung ZLP beanspruchte, kam es aber offenbar mehrmals vor, dass einzelne Sendungen bei der Post zurückgelassen wurden («dieser Vorgang [ist] bei uns schon tausendfach erfolgt»). Solche Sendungen mussten herausgele- sen und separat avisiert werden (vgl. E-Mailverkehr zwischen dem Rechts- vertreter und der Post [act. 8A]). Bei der Zustellung des angefochtenen Entscheids lag das Problem darin, dass der Schaltermitarbeiter den Brief

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18.02.2019, Nr. 100.2018.264U, Seite 6 zwar auf der ZLP widerrief, jedoch vergass, den Brief nach dessen Rück- nahme als «avisiert» zu scannen (vgl. E-Mail der Post an Rechtsvertreter vom 25.9.2018 [act. 8A]; E-Mail der Post an POM vom 17.8.2018 [act. 5A]). Hätte er dies nicht unterlassen, wäre das erste Zustellereignis in der Sen- dungsverfolgung «Track and Trace» vermutlich nicht mehr erkennbar. – Die Post hat unterdessen entschieden, für die betroffene Anwaltskanzlei keine Zustelllisten mehr zu erstellen, um solche Fehler zu vermeiden; künf- tig müsse daher

wieder für jede eingeschriebene Sendung einzeln auf dem Scanner unterzeichnet werden (E-Mail der Post an Rechtsvertreter vom 25.9.2018 [act. 8A]; vgl. auch Eingabe vom 26.10.2018 [act. 8]).

### **E. 3.3.5**

Zusammenfassend ist erstellt, dass die Anwaltskanzlei des Rechtsvertreterers die Postdienstleistung ZLP nutzte, weshalb die Sendung der POM am 10. Juli 2018 bei der Poststelle zusammen mit anderen empfangsbedürftigen Sendungen gescannt wurde. Der Postangestellte wollte der Mitarbeiterin der Anwaltskanzlei sämtliche gescannten Sendungen überreichen. Die Angestellte lehnte die Annahme des Briefs für den Rechtsvertreter ab, weil dieser abwesend war. Der Brief werde später abgeholt. Sie quittierte mit ihrer Unterschrift den Empfang sämtlicher Sendungen, weil dies systembedingt notwendig war. Der Mitarbeiter der Post hielt den an den Rechtsvertreter adressierten Brief zurück und widerrief das Zustellereignis, er vergass aber diesen nochmals (dieses Mal als «avisiert») zu scannen. Die Sendung wurde am 16. Juli 2018 abgeholt.

### **E. 3.4**

Sofern die Sendung bereits am 10. Juli 2018 zugestellt wurde, endete die Frist am 9. August 2018 (zutreffend Vernehmlassung S. 1). Diesfalls wäre die Verwaltungsgerichtsbeschwerde verspätet erhoben worden. Falls der Brief erst am 16. Juli 2018 zugestellt wurde, dann wäre die Beschwerde mit Postaufgabe am 15. August 2018 rechtzeitig erfolgt.

### **E. 4**

Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid bereits am 10. Juli 2018 zugestellt wurde.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18.02.2019, Nr. 100.2018.264U, Seite 7

### **E. 4.1**

Die POM ist der Ansicht, eine Zustellung erfolge auch dann rechtsgültig, wenn die angeschriebene Person die Sendung zurückweise, wegen der Zustellung am 10. Juli 2018 erfolgt sei (Vernehmlassung S. 1). – Der Beschwerdeführer erachtet dagegen erst die Entgegennahme am 16. Juli 2018 als fristauslösend. Sein Rechtsvertreter bringt vor, die Sendung sei nicht «zurückgewiesen», sondern (noch) nicht mitgenommen worden, was dem Recht der Adressatinnen und Adressaten auf die sieben-tägige Lagerfrist entspreche. Der fragliche Zustellverlauf sei falsch gewesen und der Brief hätte infolge vorläufiger Nicht-Annahme korrekterweise mit «avisiert» erfasst werden müssen, wodurch die sieben-tägige Lagerfrist ausgelöst worden wäre. Eine aus nachträglicher Sicht fehlerhafte Zustellorganisation der Post dürfe sich fristenmässig nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers auswirken (vgl. Eingabe vom 26.10.2018 S. 2 [act. 8]; vgl. auch Beschwerde II/2).

### **E. 4.2**

Verwaltungsakte werden grundsätzlich durch postalische Zustellung eröffnet (Art. 44 Abs. 1 VRPG). Ausser bei Massenverfügungen und vorüberhältlich anders lautender Gesetzgebung werden Verfügungen und Entscheide entweder mit eingeschriebener Post oder mit gerichtlicher Urkunde eröffnet (Abs. 2). Nach Art. 44 Abs. 4 VRPG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272) ist die Zustellung einer Verfügung oder eines Entscheids

erfolgt, wenn die Sendung von der Adressatin oder vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde. Eingeschriebene Postsendungen und Gerichtsurkunden werden den Adressatinnen und Adressaten bzw. den zum Empfang berechtigten Personen nur gegen Unterschrift ausgehändigt; so kann der Zustellzeitpunkt klar nachgewiesen werden (etwa Lukas Huber, in Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO: Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 138 N. 16; Julia Gschwend, in Basler Kommentar, 3. Aufl. 2017, Art. 138 ZPO N. 6). – Nach Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses ist für den Beginn des Fristenlaufs nicht der Zeitpunkt entscheidend, in dem die Sendung tatsächlich in Empfang genommen wird, sondern jener, in dem sie in den Machtbereich der Adressatin bzw. des Adressaten gelangt und zur Kenntnis genommen werden kann (vgl. BGE 142 III 599 E. 2.4.1

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18.02.2019, Nr. 100.2018.264U, Seite 8 S. 603, 122 I 139 E. 1, 122 III 316 E. 4b; BVR 2019 S. 82 E. 1.3.1, 1996 S. 189 E. 2b; VGE 2016/137/138 vom 10.10.2017 E. 3.1, 2014/164 vom 19.8.2014 E. 2.1, 2012/2 vom 22.5.2012 E. 2.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 44 N. 2). Eine an ein Postfach adressierte Sendung gilt in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in dem sie auf der Poststelle abgeholt wird (vgl. BGE 130 III 396 E. 1.2.3, 100 III 3 E. 3 S. 7 f.; BGer 5A\_721/2017 vom 29.1.2018 E. 3.2, 2C\_35/2016 vom 18.7.2016 E. 3.1).

#### **E. 4.3**

Ist eine Partei vertreten, so erfolgt die Zustellung an die Vertretung (Art. 44 Abs. 4 VRPG i.V.m. Art. 137 ZPO). Nimmt eine Anwaltsangestellte oder ein -angestellter eine Gerichtsurkunde oder ein Einschreiben entgegen, bewirkt dies grundsätzlich die Zustellung (so auch der Wortlaut von Art. 138 Abs. 2 ZPO [«angestellte Person»]). Einer Anwältin oder einem Anwalt und der vertretenen Partei ist somit das Verhalten der Hilfsperson zuzurechnen (vgl. BGer 4A\_297/2011 vom 13.2.2013 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 114 Ib 67 E. 2c; vgl. auch BGer 8C\_915/2014 vom 26.2.2015 E. 4.2; VGE 2013/145 vom 3.6.2013 E. 3.2; Lukas Huber, a.a.O., Art. 138 N. 45; Amstutz/Arnold, in Basler Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 44 BGG N. 30). Dies gilt selbst dann, wenn die Hilfsperson eine interne Weisung nicht beachtet hat (vgl. BGer 2C\_82/2011 vom 28.4.2011, in StR 66/2011 S. 698 E. 2.3).

#### **E. 4.4**

Die Mitarbeiterin der Anwaltskanzlei quittierte am 10. Juli 2018 am Postschalter den Empfang des angefochtenen Entscheids zusammen mit anderen Sendungen, die an die Anwaltskanzlei adressiert waren. Sie hätte das Schreiben sodann mitnehmen können (vgl. vorne E. 3.3.5). Damit gelangte die Sendung in den Machtbereich des Rechtsvertreters und damit des Beschwerdeführers. Mit Blick auf das Erwogene wurde damit der Entscheid der POM am 10. Juli 2018 zugestellt (vgl. 4.2 f. hiervor). Das Wissen um die Eröffnung des anzufechtenden Entscheids der POM ist somit dem Rechtsvertreter ab dem 10. Juli 2018 zuzurechnen (vgl. für einen ähnlich gelagerten Fall BGer 2C\_82/2011 vom 28.4.2011, in StR 66/2011 S. 698 E. 2.3; vgl. auch BGer 5A\_721/2017 vom 29.1.2018 E. 3.2).

#### **E. 4.5**

Da die Anwaltskanzlei die Dienstleistung ZLP der Post in Anspruch nahm, ist unerheblich, dass die Angestellte gar nicht für den Rechtsvertre-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18.02.2019, Nr. 100.2018.264U, Seite 9 ter des Beschwerdeführers die Post abholen wollte und die Quittierung «nur» systembedingt erfolgte (vorne E. 3.3.5): Die Inanspruchnahme der Dienstleistung ZLP bewirkte, dass stets sämtliche an die Anwaltskanzlei adressierten eingeschriebenen Sendungen gescannt und zum Empfang unterbreitet wurden (vgl. vorne E. 3.2). Daran ändert nichts, dass der Anwaltskanzlei keine (ausgedruckte) Liste mit den Sendungen aushändigt wurde (vgl. E-Mail des Rechtsvertreters an Post vom 21.9.2018 [act. 8A]). Dieses System musste dem Rechtsvertreter bekannt sein. – Eine «Zustellung mit Verzeichnis» führt dazu, dass alle Sendungen zugleich zugestellt werden können und in Empfang genommen werden müssen (vgl. dazu hinten E. 4.7). Die Weisung, nur einzelne Sendungen in Empfang zu nehmen, lässt sich damit mit der ZLP gar nicht mehr umsetzen. Die Situation verhält sich mithin anders, als wenn eine Angestellte oder ein Angestellter einer Anwaltskanzlei nur im Auftrag einzelner Anwältinnen oder Anwälte zum Postschalter geht, um deren Post entgegenzunehmen. Kommt hinzu, dass die Anwaltskanzlei des Rechtsvertreters gegen aussen hin als Einheit auftritt (vgl. vorne E. 3.1). Der Rechtsvertreter kann sich somit nicht darauf berufen, er habe die Angestellte angewiesen, seine Post nicht entgegenzunehmen.

#### **E. 4.6**

Ebenfalls ändert nichts an der Zustellung, dass die Post den Brief wieder zurückgenommen hat: Da die Möglichkeit der tatsächlichen Kenntnisnahme ausreichend ist (vorne E. 4.2), ist eine Sendung auch gültig zugestellt, wenn sie zurückgewiesen, nicht mitgenommen, auf den Schalter zurückgeworfen oder ungeöffnet beiseite geschoben wird (vgl. bereits BGE 98 III 27 E. 1; vgl. für das Verwaltungsverfahren VGE 2010/353 vom 2.11.2010 E. 2.2, 22399 vom 27.10.2005 E. 3.3.1; zutreffend damit der Hinweis in der Vernehmlassung auf Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 44 N. 2). Inwiefern neue digitalisierte Abläufe an diesen Überlegungen etwas ändern sollten, ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht substantiiert dargetan (vgl. Eingabe vom 26.10.2018 S. 2 [act. 8]).

#### **E. 4.7**

Der Beschwerdeführer beruft sich weiter auf das «Recht des Adressaten auf die sieben-tägige Lagerfrist». – Wird eine Mitteilung nicht abgeholt, die nur gegen Unterschrift der Adressatin oder des Adressaten oder

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18.02.2019, Nr. 100.2018.264U, Seite 10 einer anderen berechtigten Person überbracht werden kann, gilt die Zustellung nach Art. 44 Abs. 3 VRPG spätestens am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt (sog. Zustellfiktion; vgl. dazu etwa BVR 2009 S. 107 E. 7.3.2; VGE 2017/105/106 vom 20.9.2017 E. 4.4 mit zahlreichen Hinweisen; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 44 N. 10). Der Beschwerdeführer kann allerdings aus dieser Regelung nichts zu seinen Gunsten ableiten. Art. 44 Abs. 3 VRPG gelangt nur zur Anwendung, wenn eine Sendung gar nicht zugestellt werden kann (VGE 2012/2 vom 22.5.2012 E. 2.3). Im vorliegenden Fall konnte die Sendung am Postschalter zugestellt werden (vorne E. 4.4), weshalb die sieben-tägige Abholfrist keine Rolle spielt. – Die Abholfrist würde auch dann nicht zur Anwendung kommen, wenn keine Zustellung erfolgt

wäre: Während Rechtshängigkeit eines Verfahrens gilt für die Verfahrensbeteiligten die Pflicht, dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können, mit deren Zustellung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gerechnet werden muss (sog. Empfangspflicht; vgl. BGE 141 II 429 E. 3.1 [Pra 105/2016 Nr. 53], 138 III 225 E. 3.1; BGer 2C\_35/2016 vom 18.7.2016 E. 3.1, 2P.120/2005 vom 23.3.2006, in BVR 2006 S. 378 E. 4.1; BVR 1995 S. 142 E. 2b; VGE 2016/137/138 vom 10.10.2017 E. 3.3, 2010/298 vom 20.8.2010 E. 2.2.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 44 N. 11). Wenn eine Anwältin oder ein Anwalt sich auf eine Poststelle begibt, dann hat sie bzw. er nach dem Gesagten eine Sendung sofort entgegenzunehmen, auch wenn die Abholfrist noch nicht abgelaufen ist. Andernfalls muss sie bzw. er sich eine pflichtwidrige Annahmeverweigerung vorbehalten lassen, die ihrerseits fristauslösend wirkt (vgl. Art. 138 Abs. 3 Bst. b ZPO; Uhlmann/Schilling-Schwank, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 34 N. 19). Dies gilt auch dann, wenn eine berechnete Hilfsperson die Annahme verweigert (vgl. dazu Lukas Huber, a.a.O., Art. 138 N. 65 mit Hinweis auf BGer 5P.364/2001 vom 15.1.2002 E. 2b; Amstutz/Arnold, a.a.O., Art. 44 BGG N. 15; Nina Frei, Berner Kommentar, 2012; Art. 138 ZPO N. 31; a.A. bezüglich Art. 138 Abs. 3 Bst. a ZPO Julia Gschwend, a.a.O., Art. 138 N. 23). Nach dem Gesagten zielt auch das Argument des Beschwerdeführers ins Leere, die Angestellte habe nur die sofortige Mitnahme des Schreibens abgelehnt.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18.02.2019, Nr. 100.2018.264U, Seite 11

#### **E. 4.8**

Weiter vermag der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten aus der Tatsache abzuleiten, dass die Anwaltskanzlei bereits in der Vergangenheit trotz Nutzung der ZLP Sendungen zurückgegeben hat und dabei von der Poststelle unterstützt wurde (vgl. vorne E. 3.3.4). – Für die Eröffnung von Verfügungen müssen klare und einheitliche Regeln zur Anwendung kommen, was ausschliesst, dass der Zeitpunkt, in dem prozessuale Folgen der Zustellung entstehen, durch besondere Anweisungen an die Post festgelegt werden (BGE 141 II 429 E. 3.3.2 [Pra 105/2016 Nr. 53]; vgl. auch BGE 127 I 31 E. 2b S. 35). Gesonderte Abmachungen über die Zustellung, wie nach ständiger Praxis insbesondere der Postrückbehaltungsauftrag, vermögen den Zeitpunkt der rechtlich relevanten Zustellung nicht zugunsten der Empfängerin bzw. des Empfängers auf später zu verlegen und die Sendung erst bei der effektiven Empfangnahme als erfolgt zu betrachten (BGer 8C\_586/2018 vom 6.12.2018 E. 6 mit weiteren Hinweisen; BGE 141 II 429 E. 3.1 [Pra 105/2016 Nr. 53]; BVR 2019 S. 82 E. 1.6.1). Gleich verhält es sich hier: Die Zustellung kann sich nicht an einer kundenfreundlichen Einzelfallregelung zwischen der Post und der Anwaltskanzlei orientieren, zumal selektive Entgegennahmen gemäss dem Produktebeschrieb der Post keinem regulären Leistungsangebot entsprechen (vgl. vorne E. 3.2).

#### **E. 4.9**

Unbehelflich ist schliesslich der Einwand, dem Beschwerdeführer dürfe der Fehler der Post nicht zum Nachteil gereichen: Zwar trifft zu, dass dem Postangestellten ein Fehler unterlaufen ist, weil er die Sendung nicht als «avisiert» gescannt hat. Wohl erst dadurch wurde der tatsächliche Vorgang auf «Track und Trace» korrekt dargestellt und damit die bisher geübte Praxis offenbart (vgl. vorne E. 3.3.4 f.). Allerdings diene die Abmachung mit der Post der unzulässigen Verlängerung der gesetzlichen Beschwerdefrist. Bereits

deswegen vermag der Rechtsvertreter nichts aus dem Verhalten der Post zu seinen Gunsten abzuleiten. Sodann ist der Fehler auf die von der Anwaltskanzlei gewählte (fehleranfällige und nicht reguläre) Zustellungsorganisation zurückzuführen, was ebenfalls keinen Schutz verdient (vgl. für eine vergleichbare Überlegung BGer 5A\_721/2017 vom 29.1.2018 E. 3.2). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat auch schon in anderem Zusammenhang eine gewisse Strenge in Bezug auf die anwaltlichen Pflichten bei der Entgegennahme eingeschriebener Sendungen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18.02.2019, Nr. 100.2018.264U, Seite 12 walden lassen, ohne dass mitwirkende Fehler der Postangestellten hätten entlastend wirken können. So ist es nicht überspitzt formalistisch, die Zustellungsfiktion unabhängig von der postalischen Abholfrist eintreten zu lassen, auch wenn diese ohne Veranlassung durch die Empfängerin oder den Empfänger von der Post spontan oder irrtümlich verlängert wird (BGer 4A\_297/2011 vom 13.2.2013 E. 3.6 mit Hinweis auf BGE 127 I 31 E. 2b S. 34 f.). Unter diesen Umständen kann sich der Rechtsvertreter auch nicht auf Vertrauensschutz zu berufen, was er denn auch zu Recht nicht tut.

### **E. 5.1**

Nach dem Gesagten ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde verspätet erhoben worden. Auf diese kann somit offensichtlich nicht eingetreten werden. Damit bleibt der angefochtene Entscheid und mit ihm die Wegweisung bestehen (vgl. vorne E. 1.2). Bei Nichteintretensentscheiden setzt das Verwaltungsgericht praxismässig keine neue Ausreisefrist fest (VGE 2009/239 vom 8.9.2009 E. 2.3). Da nicht der Beschwerdeführer, sondern sein Rechtsanwalt das Verpassen der Frist zu verantworten hat, rechnet es sich hier ausnahmsweise eine neue Ausreisefrist anzusetzen.

### **E. 5.2**

Die Beurteilung solcher Beschwerden fällt in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

### **E. 6**

Zu eröffnen: - dem Beschwerdeführer (mit Beilage) - der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (POM) - dem Staatssekretariat für Migration (SEM) Der Einzelrichter: Der Gerichtsschreiber: 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.

### **E. 6.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer an sich kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Er hat aber ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (vorne E. 1.2). Die Verwaltungsjustizbehörde befreit eine Partei auf Gesuch hin von den Kostenpflichten, wenn die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 111 Abs. 1 VRPG; vgl. auch Art. 117

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18.02.2019, Nr. 100.2018.264U, Seite 13 ZPO). Ein Prozess ist nicht aussichtslos, wenn berechtigte Hoffnung besteht, ihn zu gewinnen (BVR 2016 S. 369 E. 3.1, 2015 S. 487 E. 7.1; BGE 142 III 138 E. 5.1).

## **E. 6.2**

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist verspätet erhoben worden. Dem Rechtsvertreter ist das Wissen zuzurechnen, dass die Entgegennahme der eingeschriebenen Sendung bereits am 10. Juli 2018 an der Poststelle quittiert wurde (vgl. vorne E. 4.4). Ebenso mussten ihm die (mit der Post abgemachten) Zustellabläufe bekannt sein. Instruktionsbedarf bestand nur, weil für das Verwaltungsgericht nicht von Beginn an klar war, wie die Zustellung des angefochtenen Entscheids ablief und welche Abmachungen zwischen der Post und der Anwaltskanzlei bestanden. Die (strenge) Gerichtspraxis zur Zustellung empfangsbedürftiger Sendungen ist bekannt und publiziert. Damit hätte der Rechtsvertreter wissen müssen, dass die Postaufgabe am 15. August 2018 verspätet erfolgte und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde keine Aussicht auf Erfolg mehr beschieden war. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist daher wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen, ohne dass die Prozessarmut noch zu prüfen wäre.

## **E. 6.3**

Da über das Gesuch erst im Endentscheid befunden wird und der Beschwerdeführer deshalb keine Gelegenheit hatte, die Beschwerde nach Abweisung des Begehrens um unentgeltliche Rechtspflege zurückzuziehen und damit Kosten zu sparen, sind diese praxisgemäss bloss im Rahmen der üblichen Abschreibungsgebühren zu erheben. Parteikosten sind keine zu sprechen (vgl. Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 und 3 VRPG).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18.02.2019, Nr. 100.2018.264U, Seite 14 Demnach entscheidet der Einzelrichter: 1. Ein Doppel der Eingabe der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 21. Dezember 2018 wird dem Beschwerdeführer zugestellt. 2. Auf die Beschwerde vom 15. August 2018 wird nicht eingetreten. Dem Beschwerdeführer wird eine neue Ausreisefrist gesetzt auf den 2. April 2019. 3. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen. 4. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 500.--, werden dem Beschwerdeführer auferlegt. 5. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

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