

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2014 164 vom 19. August 2014**

BE Verwaltungsgericht, 2014-08-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2014\\_164](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2014_164)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2014 164 du 19 août 2014

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2014 164 del 19 agosto 2014

## **Regeste**

Taxiführerbewilligung - Rechtzeitigkeit der Beschwerde (Entscheid des Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland vom 15. Mai 2014 - vbv 131/2013) | Andere

## **Erwägungen**

### **E. 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. Das RSA ist auf das Rechtsmittel der Beschwerdeführerin nicht eingetreten, weshalb sich deren Beschwerdebefugnis für das verwaltungsgerichtliche Verfahren unmittelbar aus dem negativen Prozessentscheid ergibt (vgl. BVR 2006 S. 481 E. 1.2; zuletzt VGE 2014/125 vom 30.6.2014, E. 1.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 79 N. 3, Art. 65 N. 6). Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.2**

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

### **E. 1.3**

Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide behandeln die Mitglieder des Verwaltungsgerichts grundsätzlich als Einzelrichterin oder Einzelrichter (Art. 57 Abs. 2 Bst. c des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Hier rechtfertigen die rechtlichen Verhältnisse indes eine Überweisung an die Kammer (Art. 57 Abs. 6 i.V.m. Art. 56 Abs. 1 GSOG).

### **E. 2**

Streitig und zu prüfen ist vor Verwaltungsgericht einzig, ob im vorinstanzlichen Verfahren rechtzeitig Beschwerde erhoben worden ist.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 44 VRPG werden Verfügungen und Entscheide grundsätzlich durch die Post zugestellt (Abs. 1), wobei der Versand in der Regel mit eingeschriebener Post oder mit gerichtlicher Urkunde erfolgt (Abs. 2). Zugestellt ist die Sendung, wenn sie von der Adressatin bzw. vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde (Art. 44 Abs. 4 VRPG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember

2008 [Zivilprozessordnung,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 19.08.2014, Nr. 100.2014.164U, Seite 4 ZPO; SR 272]). Zudem gilt die Zustellung einer Sendung, die nur gegen Unterschrift der Adressatin bzw. des Adressaten oder einer andern berechtigten Person überbracht wird, spätestens am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt (sog. Zustellfiktion; Art. 44 Abs. 3 VRPG; vgl. auch Art. 138 Abs. 3 Bst. a ZPO). Ist eine Partei unbekanntes Aufenthalts (oder hält sie sich im Ausland auf und hat in der Schweiz keine Zustelladresse bezeichnet), können Verfügungen und Entscheide zudem im Amtsblatt eröffnet werden (Art. 44 Abs. 5 Bst. a VRPG). Die gesetzliche Umschreibung der Zustellung in Art. 138 Abs. 2 ZPO knüpft an die bisherige Rechtsprechung an (BGE 138 III 225 E. 3.1; VGE 2012/2 vom 22.5.2012, E. 2.4; Botschaft des Bundesrats zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in BBl 2006 S. 7307). Nach Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses ist deshalb 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 122 I 139 E. 1, 122 III 316 E. 4b; BVR 1996 S. 189 E. 2b). Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Sendung selber oder eine Abholungseinladung der Post in den Briefkasten gelegt wird (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 44 N. 2).

### **E. 2.2**

Vorliegend ist der Beschwerdeentscheid der SUE am 4. September 2013 mit eingeschriebener Post an die von der Beschwerdeführerin angegebene Anschrift an der B.\_\_\_\_\_strasse 1\_\_\_ in C.\_\_\_\_\_ versandt worden. Weil die Beschwerdeführerin dort nicht bekannt war, konnte die Sendung indes nicht zugestellt werden; sie wurde deshalb retourniert und traf am 9. September 2013 wieder bei der SUE ein (vgl. Zustellnachweis, Beschwerdebeilage [BB] 4). Mitte November erkundigte sich die Beschwerdeführerin telefonisch nach dem Stand des Verfahrens, worauf ihr die SUE den Beschwerdeentscheid am 18. November 2013 als A-Post-Sendung zustellte und sie am 21. November 2013 Beschwerde erhob (vgl. act. 6A pag. 23 und 5). Vor Verwaltungsgericht hat sich ergeben, dass Anfang September 2013 folgende Umstände zur erfolglosen Zustellung geführt haben: Die Beschwerdeführerin hatte ihre Wohnung an der B.\_\_\_\_\_strasse 1\_\_\_ per Ende Juni 2013 gekündigt (vgl. BB 5), bezog aber die neue Wohnung an der D.\_\_\_\_\_strasse 2\_\_\_ erst am 1. November 2013. In der Zwischenzeit wohnte sie offenbar bei ihrer Schwester und bei Freunden, wobei sie für Postsendungen weiterhin ihre bisherige Anschrift verwendete, die Sendungen aber «postlagernd» auf der Poststelle ... zurückbehalten liess. Sie erteilte hierfür zwei Aufträge, einen ersten vom 1. Juli bis 31. August 2013 und einen zweiten vom 9. September bis 1. November 2013 (vgl. BB 6 und 7). Die erfolglose Zustellung

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 19.08.2014, Nr. 100.2014.164U, Seite 5 des Entscheids vom 4. September 2013 erfolgte also während einer (kurzen) Phase, in der die Beschwerdeführerin auf dem Postweg nicht erreichbar war.

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz ist an sich davon ausgegangen, der Beschwerdeentscheid vom

### **E. 2.4**

Entscheide sind zu eröffnen, ansonsten sie keine Rechtswirkungen entfalten; die Eröffnung, die in der Regel durch Zustellung des Entscheids an die Adressatin bzw. den Adressaten erfolgt, bildet deshalb auch Voraussetzung für den Lauf der Rechtsmittelfrist. Wurde – wie hier – ein Prozessrechtsverhältnis begründet, so ist eine fristauslösende Zustellung grundsätzlich schon dann vollzogen, wenn der Entscheid in den Machtbereich der Adressatin bzw. des Adressaten gelangt (vgl. vorne E. 2.1). Eine solche Zustellung ist vorliegend unbestrittenermassen erst durch die Sendung vom 18. November 2013 erfolgt. Mit Blick auf den erfolglosen Zustellungsversuch von Anfang September kann sich einzig fragen, ob aufgrund der konkreten Umstände gestützt auf Art. 44 Abs. 3 VRPG eine Zustellung zu fingieren ist.

#### **E. 2.4.1**

Bei der Zustellfiktion wird regelmässig nicht die Zustellung selber, sondern bloss das In-Empfang-Nehmen bzw. die Fristauslösung fingiert und insoweit auf die siebentägige Abholfrist der Post Bezug genommen (vgl. BVR 2009 S. 107 E. 7.3.2; BGE 130 III 396 E. 1.2.3). Wie sich etwa auch aus dem Wortlaut von Art. 138 Abs. 3 Bst. a ZPO klar ergibt, setzt die Fiktion deshalb grundsätzlich voraus, dass der

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 19.08.2014, Nr. 100.2014.164U, Seite 6 Adressatin bzw. dem Adressaten im Rahmen des erfolglosen Zustellungsversuchs zumindest eine Abholeinladung der Post zugegangen ist (vgl. Herzog/Daum, Die Umsetzung der Rechtsweggarantie im bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, in BVR 2009 S. 26 f.; Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 2011, S. 101; Amstutz/Arnold, in Niggli/Uebertax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum BGG, 2. Aufl. 2011, Art. 44 N. 21 f. und 31; Maitre/Thalmann, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, 2009, Art. 20 N. 42 f.; Geiser/Uhlmann, in Geiser/Münch/Uhlmann/Gelzer [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, 3. Aufl. 2011, S. 42; Gschwend/Bornatico, in Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 138 N. 17 f.; aus der Rechtsprechung des VGer etwa VGE 2012/2 vom 22.5.2012, E. 2.3, 23141 vom 15.2.2008, E. 2.2). Für eine Anwendung der Zustellfiktion ist mithin grundsätzlich erforderlich, dass die Postsendung in den Machtbereich der Adressatin bzw. des Adressaten gelangt und demzufolge hätte zur Kenntnis genommen werden können (BGer 4P.124/2006 vom 17.8.2006, E. 2.3; vgl. auch BGer 2P.120/2005 vom 23.3.2006, in BVR 2006 S. 378 E. 3). – Hier konnte der Beschwerdeführerin keine Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt werden, weil sie zwar ihre bisherige Anschrift weiterhin verwendete, aber in Wirklichkeit nicht mehr an der B. \_\_\_\_\_strasse 1\_\_ wohnhaft war und die an sie gerichteten Sendungen auf der zuständigen Poststelle zurückbehalten liess. Zwar kommt die Zustellfiktion gemäss Art. 44 Abs. 3 VRPG ohne weiteres auch bei einem Postrückhaltungsauftrag zur Anwendung (Herzog/Daum, a.a.O., S. 27; vgl. auch BGE 134 V 49 E. 4); angesichts der zeitlichen Lücke zwischen den beiden Rückhaltungsaufträgen (vgl. vorne E. 2.2) wurde der Entscheid vom 4. September 2013 jedoch nicht für die Beschwerdeführerin auf der Poststelle ... zurückbehalten, sondern postwendend an die EG Bern retourniert. Er ist deshalb nie in den Machtbereich der Beschwerdeführerin gelangt und diese hatte keine Gelegenheit, von ihm Kenntnis zu nehmen oder vom Zustellungsversuch zu erfahren. Bei diesen Gegebenheiten fehlt es nicht nur an einer Zustellung des Entscheids an die Beschwerdeführerin, sondern überhaupt an dessen Eröffnung; die gesetzliche Zustellfiktion kommt nicht zum Tragen.

### **E. 2.4.2**

Allerdings wird in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 44 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) teils nicht nur die Fristauslösung, sondern auch die Zustellung als solche fingiert, wenn die Adressatin bzw. der Adressat an der vorbehaltlos bekanntgegebenen Zustelladresse unbekannt ist (vgl. etwa BGer

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 19.08.2014, Nr. 100.2014.164U, Seite 7 2F\_11/2010 vom 23.2.2011, 2C\_67/2008 vom 29.4.2008, E.2.2). Der bernische Gesetzgeber hat diese Vorschrift des BGG mit Art. 44 Abs. 3 VRPG im Rahmen der VRPG-Revision 2008 zwar übernommen und sie im Sinn einer Vereinheitlichung gleich geregelt (vgl. Vortrag des Regierungsrats betreffend das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Änderung], in Tagblatt des Grossen Rates 2008, Beilage 11, S. 8 und 10). Das Verwaltungsgericht hat jedoch Art. 44 Abs. 3 VRPG bisher – vorbehaltlich des Postrückbehaltungsauftrags (E. 2.4.1 hiervor) – nur dann zur Anwendung gebracht, wenn die Adressatin bzw. der Adressat mittels Abholungseinladung der Post zumindest Gelegenheit erhalten hat, vom Inhalt der Sendung Kenntnis zu nehmen. Es mag zwar prozessuale Situationen geben, in denen es gerechtfertigt erscheint, auf die Zustellfiktion zurückzugreifen, obschon die Sendung gar nicht in den Machtbereich der Adressatin bzw. des Adressaten gelangt ist, etwa bei einer böswilligen Vereitelung oder Verzögerung des Zustellungsversuchs (vgl. BGer 4P.124/2006 vom 17.8.2006, E. 2.3) oder bei grober Missachtung von Obliegenheiten, die sich für die Parteien aus dem Prozessrechtsverhältnis ergeben. Wie die folgenden Erwägungen zeigen, erfüllt der vorliegende Sachverhalt indes keine dieser Voraussetzungen und fällt mithin so oder anders nicht in den Anwendungsbereich von Art. 44 Abs. 3 VRPG.

### **E. 2.4.3**

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin nicht für eine lückenlose Rückbehaltung der an sie adressierten Post gesorgt hat und damit ihrer Obliegenheit, für den korrekten Empfang von behördlichen Sendungen zu sorgen, nicht uneingeschränkt nachgekommen ist. Sie hat sich jedoch keine groben Pflichtverstösse zuschulden kommen lassen, betrug die Lücke doch bloss eine Woche. Bei diesen Gegebenheiten erscheint es primär als unglückliche Zufälligkeit, dass ihr der Entscheid vom 4. September 2013 nicht eröffnet werden konnte. Umgekehrt wäre es für die SUE trotz des erfolglosen Zustellungsversuchs ein Leichtes gewesen, die Beschwerdeführerin doch noch zu erreichen. Insbesondere wäre ein erneuter Versand des Entscheids, sei es mit eingeschriebener Post oder als A-Post-Sendung, vom zweiten Rückbehaltungsauftrag erfasst worden. Die SUE hat sich aber mit dem missglückten einmaligen Versuch begnügt, obschon sie nicht wissen konnte, weshalb dieser gescheitert war, und insbesondere auch ein Fehler der Post als Ursache nicht auszuschliessen war. Weder hat sie Nachforschungen über den Aufenthaltsort der Beschwerdeführerin angestellt, noch hat sie versucht, diese auf anderem Weg zu kontaktieren. Zu Recht verweist die Beschwerdeführerin diesbezüglich auf den Umstand, dass die Rufnummer ihres Mobiltelefons aus den Verfahrensakten ersichtlich war (sie wurde teils sogar ins Rubrum amtlicher Dokumente aufgenommen; vgl. insb.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 19.08.2014, Nr. 100.2014.164U, Seite 8 die Dokumentierung der Gewährung des rechtlichen Gehörs vom 8.2.2013, in act. 6B). Auch wenn sich die Behörden grundsätzlich auf eine (einmalige) postalische Zustellung an eine vorbehaltlos bekanntgegebene Zustelladresse beschränken und darauf

vertrauen dürfen, dass ihnen diese von der Partei korrekt übermittelt worden ist, wird das Verhalten der SUE den Umständen nicht gerecht. Es ist zu bedenken, dass sowohl die Zustellungspflicht der Behörden als auch die Empfangspflicht der Parteien vernünftig, also weder mit übertriebener Strenge noch mit ungerechtfertigtem Formalismus zu handhaben sind (BGer 2P.120/2005 vom 23.3.2006, in BVR 2006 S. 378 E. 4.1). Der SUE musste angesichts der Umstände klar sein, dass ihr Entscheid nicht in den Machtbereich der Beschwerdeführerin gelangt war und dass diese letztlich nicht einmal von der Tatsache hatte Kenntnis nehmen können, dass im sie betreffenden (immerhin seit März 2013 hängigen) Verfahren nunmehr ein Rechtsmittelentscheid gefällt worden war. Ging die SUE dennoch von einer gültigen Eröffnung ihres Entscheids aus, erscheint es stossend, dass sie die Beschwerdeführerin trotz der grossen Tragweite, welche die Streitigkeit über die Berufsausübungsbewilligung für die Betroffene offensichtlich hat, und trotz der vermeintlichen Auslösung der Frist für die Einlegung eines Rechtsmittels nicht darüber zu informieren suchte. Dies umso mehr, als offensichtlich ist, dass die Beschwerdeführerin in rechtlichen Angelegenheiten gänzlich unerfahren ist.

#### **E. 2.4.4**

Nach dem Gesagten ist der Entscheid vom 4. September 2013 der Beschwerdeführerin erst am 18. November 2013 eröffnet worden, so dass die Beschwerdeerhebung am 21. November 2013 rechtzeitig erfolgt ist. Die Annahme der Vorinstanz, es sei bereits Anfang September zu einer gültigen Zustellung gekommen, lässt sich nicht halten, auch nicht gestützt auf die Zustellungsfiktion von Art. 44 Abs. 3 VRPG, zumal die fragliche Sendung nie in den Machtbereich der Beschwerdeführerin gelangt ist und diese nie Gelegenheit hatte, von ihr Kenntnis zu nehmen. Zwar dürfte von dieser formellen Voraussetzung der Zustellungsfiktion dann abzuweichen sein, wenn ein grobes Fehlverhalten der Adressatin bzw. des Adressaten einer eingeschriebenen Postsendung vorliegt. Ein solches kann hier indes ausgeschlossen werden.

#### **E. 2.5**

Da die Beschwerde an das RSA rechtzeitig erhoben worden ist, ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 19.08.2014, Nr. 100.2014.164U, Seite 9 3. 3.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). 3.2 Hingegen hat die EG Bern, welche die Abweisung der Beschwerde beantragt, der obsiegenden Beschwerdeführerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote ihres Rechtsvertreters gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. 3.3 Das Gesuch um Erteilung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege ist angesichts des Obsiegens der Beschwerdeführerin als gegenstandslos geworden vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben (Art. 39 Abs. 1 VRPG). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

#### **E. 4**

September 2013 sei der Beschwerdeführerin nicht zugestellt worden. Sie schloss aber auf eine Verletzung der Empfangspflicht, weil die Beschwerdeführerin die Unzustellbarkeit selber zu verantworten habe. Die Beschwerdeführerin habe deshalb «das Risiko für die Nichtzustellung des Entscheids» zu tragen, weshalb «der Entscheid vom 4. September [...] mit Rücksicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben im Prozessverfahren aber dennoch

anfangs September 2013 als zugestellt zu betrachten» sei. Eine genaue Bestimmung des Zeitpunkts der Zustellung erachtete das RSA als entbehrlich, weil die Beschwerdefrist ohnehin nicht eingehalten worden sei. – Die Beschwerdeführerin wendet ein, die eingeschriebene Postsendung von Anfang September 2013 sei nicht in ihren Machtbereich gelangt, weshalb ihr der Entscheid erst im November 2013 eröffnet worden sei. Sie habe zwar die Nichtzustellung zu verantworten, habe aber ihre postalische Erreichbarkeit grundsätzlich sichergestellt gehabt; nur zwischen den beiden Aufträgen für die Zurückbehaltung von Postsendungen habe eine Lücke von einigen wenigen Tagen bestanden. Zudem habe sie die EG Bern in keiner Weise zu kontaktieren versucht, obschon ihr insbesondere die Rufnummer ihres Mobiltelefons bekannt gewesen sei.

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