

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.137 vom 24. Mai 2016**

BS Appellationsgericht, 2016-05-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2016.137](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2016.137)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.137 du 24 mai 2016

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.137 del 24 maggio 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Das Verwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Rekurse gemäss § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) sowie gestützt auf die Rekursüberweisungen vom 27. Juni 2017 und vom 20. September 2017 durch den Regierungsrat nach § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) zuständig. Gemäss § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ist das Dreiergericht zum Entscheid berufen. Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, was ihn gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichten Rekurse ist einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach prüft das Gericht, ob die Vorinstanz den Sachverhalt richtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften eingehalten, das öffentliche Recht richtig angewandt sowie von dem ihr zustehenden Ermessen zulässigen Gebrauch gemacht hat.

### **E. 2**

2.1 Die Vorinstanz ist mit Entscheid vom 24. Mai 2016 auf das Rechtsmittel des Rekurrenten aufgrund verspäteter Rekursanmeldung nicht eingetreten. Sie hat erwogen, die Verfügung des Migrationsamts sei dem Rekurrenten am 7. Mai 2016 zugestellt worden, womit die zehntägige Frist zur Rekursanmeldung am 17. Mai 2016 geendet habe. Der Rekurrent habe die Rekursanmeldung erst am 19. Mai 2016 der Schweizerischen Post übergeben, womit die Eingabe nicht innert der gesetzlichen Frist erfolgt sei.

2.2 Der Rekurrent bringt dagegen vor, der Brief sei ihm an einem Samstag in den Briefkasten gelegt worden. Der Empfänger könne zwar mittels "Track & Trace"-Nummer bei der Post das Zustellungsdatum nachschauen, doch könne dies ihm als juristischen Laien nicht zugemutet werden. Hinzu komme, dass die Verfügung vom 3. Mai 2016 datiere, jedoch erst am Freitag, 6. Mai 2016, der Post übergeben worden sei, womit die Zustellung am Samstag erfolgte, wogegen mit eingeschriebener Sendung die Zustellung frühestens am Montag hätte erfolgen können. Dadurch sei die Rechtsmittelfrist um zwei Tage verkürzt worden. Zudem sei fraglich, ob bei einer zehntägigen Frist nicht auf den tatsächlichen Empfang abgestellt werden müsste. Der Rekurrent habe frühestens am Montag von der Verfügung Kenntnis erhalten; wie bei einer eingeschriebenen Sendung sei daher auf den tatsächlichen Empfang abzustellen. Die Rechtsmittelfrist hätte demnach am 19. Mai 2016 geendet, womit die Rekursanmeldung rechtzeitig sei.

2.3 Im Gegensatz zum Zivil- und zum Strafprozessrecht kennt das öffentliche Prozessrecht keine Regelung dazu, auf welche Weise Verfügungen zuzustellen sind. Insbesondere besteht keine Verpflichtung der Behörden zur Zustellung gegen einen von der empfangenden Person unterzeichneten Zustellnachweis; bei postalischer Übermittlung stehen der verfügenden Behörde damit sowohl die einfache als auch die eingeschriebene oder die Sendung als Gerichtsurkunde offen (vgl. Uhlmann/Schwank, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 34 N 10 ff.; VGE VD.2015.202 vom 19. Februar 2016 E. 2.3, VD.2014.74 vom 2. Oktober 2014 E. 3.2.1). Eine behördliche Sendung gilt prinzipiell in jenem Moment als zugestellt und damit eröffnet, in welchem sie dem Adressaten tatsächlich übergeben wird. Dabei genügt nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass sie in dessen Machtbereich gelangt, wodurch eine subjektive Kenntnisnahme möglich wird (Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, N 577; BGE 122 III 316 E. 4b S. 320); nicht erforderlich ist hingegen die tatsächliche Kenntnisnahme durch den Adressaten (statt vieler BGer 2C\_430/2009 vom 14. Januar 2010 E. 2.4; Rhinow et al. *Öffentliches Prozessrecht*, 3. Auflage, Basel 2014, Rz. 905).

Die verfügende Behörde trägt die Beweislast für eine Zustellung und deren Zeitpunkt (BGer 8C\_679/2012 vom 12. Dezember 2012 mit Hinweis auf BGE 136 V 295 E. 5.9; statt vieler VGE VD.2015.262 vom 8. April 2016 E. 2.2; Rhinow et al., a.a.O., Rz. 905; Uhlmann/Schwank, a.a.O., Art. 34 N 10). Versendet sie eine Verfügung mittels gewöhnlicher Post, setzt sie sich dem Risiko aus, diesen Nachweis nicht erbringen zu können, kann sie sich doch dazu nicht allein auf die üblichen administrativen Abläufe oder gar eine Vermutung der Zustellung berufen (Uhlmann/Schwank, a.a.O., Art. 34 N 13). Neben einer eingeschriebenen Sendung ermöglicht nun auch die Versandmethode A-Post Plus eine Beweissicherung für die Zustellung und deren Zeitpunkt. A-Post Plus Sendungen werden wie bei gewöhnlicher Sendung in den Briefkasten oder ins Postfach des Adressaten abgelegt, ohne dass dieser den Empfang unterschriftlich bestätigen müsste. Dem entspricht, dass der Adressat im Fall seiner Abwesenheit auch nicht durch Hinterlegung einer Abholungseinladung avisiert wird. Im Unterschied zur herkömmlichen Post werden diese Sendungen jedoch mit einer Nummer versehen, was die elektronische Sendungsverfolgung im Internet ("Track & Trace") von der Postaufgabe bis zur Zustellung ermöglicht (BGer 2C\_430/2009 vom 14. Januar 2010 E. 2.3; VGE VD 2016.157 vom 8. Dezember 2016 E. 2.3). Mit Einwurf in den Briefkasten oder das Postfach gelangt die Sendung in den Machtbereich der betreffenden Person und gilt damit als eröffnet (BGer 2C\_430/2009 vom 14. Januar 2010 E. 2.4 und 2C\_570/2011 vom 24. Januar 2012 E. 4.2; VGE VD.2014.74 vom 2. Oktober 2014 E. 3.2, VD 2014.2016 vom 9. Februar 2015 E. 3.2).

2.4 Nach den unbestrittenen Feststellungen im vorinstanzlichen Entscheid wurde die angefochtene Widerrufsverfügung des Migrationsamtes vom 3. Mai 2016 dem Rekurrenten mit A-Post Plus am Samstag, 7. Mai 2016, zugestellt. Gemäss § 18 VRPG dürfen die in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich festgestellten Tatsachen, die nicht bestritten wurden, als wahr angenommen werden, weshalb hier auf die vorinstanzlichen Erwägungen abgestellt wird. Mit der Zustellung am 7. Mai 2016 begann die zehntägige Frist zur Einreichung der Rekursbegründung am darauffolgenden Tag, dem Sonntag, 8. Mai 2016, zu laufen. Entgegen der Ansicht des Rekurrenten kann die Frist vorliegend nicht erst ab tatsächlicher Kenntnisnahme zu laufen beginnen, da bei einer Zustellung per A-Post Plus ■ im Gegensatz zu eingeschriebenen Sendungen ■ keine Möglichkeit besteht, die tatsächliche

Kenntnisnahme nachzuweisen. Zudem ist es unerheblich, dass die Verfügung gerade an einem Samstag zugestellt wurde. Der Fristenlauf nach schweizerischem Recht berechnet sich nach Kalender- und nicht nach Arbeitstagen. Demnach enthält eine Frist von mehr als vier Tagen Dauer immer zumindest einen Samstag oder Sonntag. Auf die Berechnung der Frist wirkt sich dies aber nur aus, soweit der Ablauf der Frist auf einen Samstag oder Sonntag fällt. Für die Bearbeitung einer Frist erweist es sich hingegen als unerheblich, ob diese arbeitsfreien Tage zu Beginn oder während des Fristenlaufs liegen (VGE VD.2016.157 vom 8. Dezember 2016 E. 2.4, VD.2014.74 vom 2. Oktober 2014 E. 6.2). Damit bleibt die Dauer einer Frist unabhängig von der Wahl der Zustellform immer gleich. Auch der Beginn der Frist erfolgt immer beim Eintritt der Verfügung in den Herrschaftsbereich der adressierten Person. Dieser erfolgte im vorliegenden Fall am 7. Mai 2016, weshalb die zehntägige Frist am 17. Mai 2016 endete. Die Postaufgabe am 19. Mai 2016 erweist sich demnach als verspätet, weshalb die Vorinstanz richtigerweise nicht auf den Rekurs eingetreten ist.

### **E. 3**

3.1 Zu prüfen bleibt, ob der Rekurrent durch ein unverschuldetes Hindernis an der Einhaltung der Frist abgehalten worden ist und somit eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hätte vorgenommen werden müssen. Das Justiz- und Sicherheitsdepartement hat das Gesuch des Rekurrenten um Fristwiederherstellung mit Entscheid vom 31. August 2016 abgewiesen. Der Rekurrent legt dar, die verspätete Eingabe könne ihm nicht zugerechnet werden. Er habe sich kurz nach Erhalt der migrationsrechtlichen Verfügung Rat bei Frau B\_\_\_\_ (Übersetzungen & Dolmetscherdienst) geholt und ihr vertraut, da sie ihm mitgeteilt habe, Erfahrungen mit solchen Rekursen zu haben. Als er am 17. Mai 2016 bei ihr nachfragte, ob sie bereits den Rekurs angemeldet habe, sei er für zwei Tage später zu ihr bestellt worden, um die Anmeldung zu unterschreiben. Indem sich der Rekurrent an eine Person wandte, von der er annehmen konnte, dass sie sich mit solchen Belangen auskenne, habe er alles ihm Zumutbare getan, um die Frist einzuhalten.

3.2 Das auf das vorinstanzliche Verfahren anwendbare Organisationsgesetz enthält keine ausdrückliche Vorschrift über die Wiedereinsetzung im Falle einer Fristsäumnis. Das Verwaltungsgericht anerkennt aber das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in ständiger Rechtsprechung aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze sowohl für das verwaltungsinterne als auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren (vgl. VGE VD.2014.216 vom 9. Februar 2015 E.4.1 mit Hinweisen). Für das verwaltungsinterne Verfahren wird praxisgemäss eine analoge Anwendung der Regelung von § 147 Abs. 5 des Steuergesetzes (StG, SG 640.100) als adäquat erachtet (vgl. VGE VD.2013.191 vom 14. April 2014 E. 2.3.1, VD.2011.75 vom 4. Juli 2011 E. 3.2, VD.2010.167 vom 20. September 2010 E. 2.3.1; Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 140). Diese Bestimmung setzt für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand voraus, dass die säumige Person von der Einhaltung der verpassten Frist durch ein unverschuldetes Hindernis abgehalten war. Damit wird ein allgemeines Prinzip des Verfahrensrechts zum Ausdruck gebracht, wonach die Wiederherstellung einer gesetzlichen Frist verlangt werden kann, wenn eine Partei oder ihr Vertreter unverschuldet davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln (BGer 1C\_491/2008 vom 10. März 2009 E. 1.2; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich 2013, N 115). Als unverschuldet gilt ein Versäumnis, wenn dafür objektive Gründe vorliegen und der säumigen Partei keine Nachlässigkeit

vorgeworfen werden kann. Massgeblich sind nur Gründe, die einer Person die Wahrung ihrer Interessen auch bei Einsatz der gehörigen Sorgfalt gänzlich verunmöglichen oder in unzumutbarer Weise erschweren. Taugliche Entschuldigungsgründe bilden etwa Naturkatastrophen, Militärdienst oder eine schwerwiegende Erkrankung.

Arbeitsüberlastung, organisatorische Unzulänglichkeiten oder Ferien fallen hingegen nicht darunter (Vogel, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, Art. 24 N 10 mit Hinweisen).

3.3 Vorab ist festzuhalten, dass mangelnde Sprachkenntnis das Versäumen einer Rechtsmittelfrist nicht zu entschuldigen vermag (BGer 1B\_250/2012 vom 31. Juli 2012 E. 2.3). Der Rekurrent hat sich denn auch rechtzeitig an Frau C\_\_\_\_\_ gewandt, die für Übersetzungen & Dolmetscherdienst spezialisiert ist (s. VD.2016.137/act. 6.1). Diese hat ihn indes zu spät zur Unterschrift der Rekursanmeldung aufgeboten, sodass diese nicht mehr fristwährend verschickt werden konnte. Eine Prozesspartei vermag sich allerdings der Verantwortung für die Wahrnehmung ihrer Prozesspflichten nicht dadurch rechtsgültig zu entledigen, dass sie Dritte mit der Wahrung ihrer Rechte und Pflichten beauftragt. Die vorgebrachten Einwände des Rekurrenten betreffen sodann das Innenverhältnis zwischen ihm und seiner Beraterin C\_\_\_\_\_. Sie sind für die Frage, ob er das Fristversäumnis schuldhaft herbeigeführt habe, nicht relevant, da der Auftraggeber sich das Verhalten seines Vertreters anrechnen lassen muss (BGer 2C\_699/2012 vom 22. Oktober 2012 E. 3.3, 2A.728/2006 vom 18. April 2007 E. 3.1; vg. VD.2015.23/24 vom 5. Oktober 2015 E. 3.3). Dabei ist es nicht ausschlaggebend, dass es sich vorliegend bei der Beratung nicht um eine qualifizierte juristische Unterstützung handelte. So hat das Bundesgericht entschieden, dass sich eine Beschwerdeführerin auch das Verhalten ihres Bruders als Vertreter anrechnen lassen muss (BGer 2C\_1031/2013 vom 26. Mai 2014 E. 5.3). Der Beraterin des Rekurrenten wäre es möglich und zumutbar gewesen, eine allfällige Unklarheit im Zusammenhang mit der Fristberechnung bei Zustellungen mittels A-Post Plus während der zehntägigen Frist durch entsprechende Abklärungen zu beseitigen. Zwar ist der Vorinstanz in der Erwägung zu folgen, dass das Verschulden bei der irrtümlichen Berechnung der Frist aufgrund der Zustellung der angefochtenen Verfügung mittels A-Post Plus eher leicht wiegt. Dies ändert aber nichts am Ergebnis, da für eine Fristwiederherstellung eine gänzlich unverschuldete Säumnis erforderlich ist (vgl. § 147 Abs. 5 StG). Da vorliegend das Verpassen der Frist nicht auf ein unverschuldetes Hindernis zurückzuführen ist, musste keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erfolgen.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Vorinstanz die Voraussetzungen der Fristwiederherstellung zu Recht verneint hat.

#### **E. 4**

4.1 Insgesamt erweisen sich die Rekurse als unbegründet, weshalb sie abzuweisen sind. Dem Verfahrensausgang entsprechend trägt der Rekurrent grundsätzlich die Verfahrenskosten (§ 30 Abs. 1 VRPG).

4.2 Der Rekurrent beantragt aber die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege haben bedürftige Rekurrenten dann, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung [BV, SR 101]). Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren 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 ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (vgl. BGE 139 III 396 E. 1.2 S. 397, 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218, 133 III 614 E. 5 S. 616); eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (vgl. BGE 129 I 129 E. 2.3.1 S. 135, 128 I 225 E. 2.5.3 S. 235 f.; VGE VD.2014.216 vom 9. Februar 2015 E. 5).

4.3 Auch falls das im März 2016 begonnene Arbeitsverhältnis des Rekurrenten noch andauert, erzielt er jedenfalls nur ein geringes Einkommen. Gemäss den eingereichten Unterlagen ist von seiner Mittellosigkeit auszugehen. Sodann kann sein Rekurs nicht als von vornherein aussichtslos erklärt werden. Zwar hat das Verwaltungsgericht bereits in einer Vielzahl von Entscheiden auf der Grundlage der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Fristenlauf bei Eröffnung von Verfügungen und Entscheiden mittels A-Post Plus geklärt, vorliegend besteht aber eine spezielle Konstellation, da sich der Rekurrent auf eine nicht anwaltliche Drittperson verlassen hat. Unter diesen Umständen ist ihm die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren. Die ordentlichen Kosten gehen damit zulasten der Gerichtskasse. Da der Rekurrent durch die Anlaufstelle für Sans-Papier vertreten ist, besteht kein Anspruch auf Entschädigung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands.

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