

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.155 vom 23. August 2016

BS Appellationsgericht, 2016-08-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2016.155

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.155 du 23 août 2016

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.155 del 23 agosto 2016

Erwägungen

E. 1

Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 20. Juli 2016 sowie den §§ 10 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100) und § 42 des Organisationsgesetzes (OG; SG 153.100). Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG; SG 154.100]). Der Rekurrent ist vom angefochtenen Entscheid unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Er ist daher gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf den frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist deshalb einzutreten.

E. 2

2.1 Mit dem angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz festgestellt, dass die angefochtene Verfügung des Migrationsamts vom 18. März 2016 dem Rekurrenten mit A-Post Plus ins Postfach seines Vertreters zugestellt und damit rechtsgenügend eröffnet worden sei. Die 10-tägige Frist zur Anmeldung des Rekurses habe daher am 29. März 2016 geendet. Die Rekursanmeldung vom 31. März 2016 sei deshalb verspätet.

E. 2.2

2.2.1 Mit seinem Rekurs hält der Rekurrent dem zunächst entgegen, dass die behaupteten Daten der Zustellung weder belegt noch bewiesen seien. Dies ist unzutreffend. Der Zeitpunkt der Zustellung kann mittels des Sendungsbarcodes A-Post Plus nachverfolgt werden. Wie das Bundesgericht festgestellt hat, kann eine empfangende Person, die sich über das genaue Zustelldatum im Unklaren ist, ■ [] das genaue Zustelldatum anhand der unterhalb des Strichcodes aufgedruckten Suchnummer per Internet auf der Webseite der Post mit Hilfe des elektronischen Suchsystems ("Track & Trace") ermitteln oder ■ mangels eines Internetanschlusses ■ das Zustelldatum auch bei der Post oder der Steuerbehörde in Erfahrung bringen [] ■ (BGer 2C_570/2011 vom 24. Januar 2012 E. 4.3; VGE VD.2013.76 vom 4. Dezember 2013 E. 3.4 mit Hinweis auf Amstutz/Arnold, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2011, Art. 44 BGG N 14a). Was dabei für Laien gilt, muss auf geschäfts- und rechtskundige Anwältinnen und Anwälte in besonderem Masse gelten (VGE VD.2014.74 vom 2. Oktober 2014 E. 4.2). Dem Track & Trace-Ausweis zur A-Post-Plus-Sendung 98.01.023360.00021113 kann entnommen werden, dass diese am Freitag dem 18. März 2016 aufgegeben und am Samstag dem 19. März 2016 dem Vertreter des Rekurrenten via Postfach zugestellt worden ist.

2.2.2 Weiter macht der Rekurrent geltend, dass ein Fristbeginn an einem Samstag auch bei A-Post-Plus-Sendungen nicht möglich sei. Zur Begründung macht er geltend, dass gemäss dem Bundesgesetz über den Fristenlauf an Samstagen (SR 173.110.3) der Samstag einem

anerkannten Feiertag gleichgestellt werde. Auch darin kann dem Rekurrenten nicht gefolgt werden. Das Verwaltungsgericht hat sich bereits in einer Vielzahl von Urteilen, welche im Internet auf <https://www.rechtsprechung.gerichte-bs.ch> eingesehen werden können, mit der Zustellung von Verfügungen und Entscheiden per A-Post Plus auseinandergesetzt (vgl. statt vieler VGE VD.2016.42 vom 13. Juli 2016 E. 2.3, VD.2014.74 vom 2. Oktober 2014 E. 3.2.2; jeweils mit Hinweisen). Es hat dabei gemäss Lehre und ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung erwogen, dass eine behördliche Sendung grundsätzlich in jenem Moment als zugestellt und damit als eröffnet gilt, in welchem diese der Adressatin oder dem Adressaten tatsächlich übergeben wird. Nicht erforderlich ist für die Zustellung, dass der Adressat oder die Adressatin sie tatsächlich in Empfang und subjektiv von ihr Kenntnis nimmt. Es genügt gemäss allgemein anerkanntem Rechtsgrundsatz, dass sie in den Machtbereich der adressierten Person gelangt und diese demzufolge von ihr Kenntnis nehmen kann (vgl. BGE 122 III 316 E. 4b S. 320, 122 I 139 E. 1 S. 143, 115 Ia 12 E. 3b S. 17, 113 Ib 296 E. 2a S. 297 f.; BGer 2C_855/2015 vom 1. Oktober 2015 E. 2.1; 2C_430/2009 vom 14. Januar 2010 E. 2.4; publ. in; StR 65 [2010] 396, RDAF 2010 II 458; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, N 577; Rhinow/Krähenmann, *Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband*, Nr. 84 I a; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, *Öffentliches Prozessrecht*, 3. Auflage, Basel 2014, N 905). Die Zustellung mittels A-Post Plus erfolgt direkt in den Briefkasten oder ins Postfach des Adressaten, ohne dass dieser den Empfang unterschriftlich bestätigen müsste. Dem entspricht, dass der Adressat im Falle seiner Abwesenheit auch nicht durch Hinterlegung einer Abholungseinladung avisiert wird. Dies hat nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Folge, dass die Rekursfristen bereits am Tag nach der ordnungsgemässen Zustellung und nicht erst am Tag nach der tatsächlichen Kenntnisnahme durch den Adressaten zu laufen beginnen (vgl. BGer 2C_1126/2014 vom 20. Februar 2015 E. 2.2; VGE VD.2016.56 vom 26. Mai 2016 E. 2.3, VD.2014.216 vom 9. Februar 2015 E. 3.2, VD.2014.64 vom 9. Januar 2015 E. 2, VD.2014.74 vom 2. Oktober 2014 E. 2).

Zutreffend ist zwar, dass hinsichtlich der gesetzlichen Fristen des eidgenössischen Rechts und der kraft eidgenössischen Rechts von Behörden angesetzten Fristen gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes über den Fristenlauf an Samstagen der Samstag einem anerkannten Feiertag gleichgestellt wird. Damit hat der Bundesgesetzgeber der Schliessung der Poststellen und Büros an Samstagen Rechnung tragen wollen. Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zu diesem Gesetz aber explizit festgehalten, ■[] dass die Gleichstellung des Samstags mit einem anerkannten Feiertag nur für den auf einen Samstag fallenden Ablauf einer Frist Bedeutung hat■. Im Übrigen werde ■[] der Fristenlauf durch die vorgeschlagene Ordnung nicht berührt■ (Botschaft Bundesgesetz über den Fristenlauf an Samstagen, BBl 1962 II, S. 981, 983). Tatsächlich berechnet sich der Fristenlauf nach schweizerischem Recht nach Kalendertagen und nicht nach Arbeitstagen. Daraus folgt, dass in eine Frist von einer Dauer von mehr als vier Tagen immer zumindest ein Samstag oder Sonntag liegt. Für die Berechnung der Frist hat dies aber nur dann einen Einfluss, soweit die Frist an einem Samstag oder Sonntag ablaufen würde. Dabei erscheint es für die Bearbeitung einer Frist unerheblich, ob diese arbeitsfreien Tage zu Beginn oder während des Fristenlaufs liegen. Daraus ergibt sich, dass die Zustellung einer Verfügung an einem Tag, an dem die Rechtsvertretung des Verfügungsadressaten oder der Verfügungsadressatin nicht arbeitet, genau so wenig zu einer Verlängerung der Frist führen kann, wie der

Umstand, dass in die Dauer der Frist arbeitsfreie Tage fallen (vgl. VGE VD.2014.74 vom 2. Oktober 2014 E. 6.2).

2.2.3 Schliesslich stellt der Rekurrent in Frage, ob auf den Zustellnachweis der Post mangels einer Annahmequittung abgestellt werden kann. Das Amt könne damit keinen Beweis für die Zustellung am Samstag liefern, könne doch auch ein Fehler bei der Post vorliegen und die Verfügung auch erst am Montag ins Postfach gelegt worden sein. Wie das Bundesgericht und ihm folgend auch das Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit Zustellungen mittels **A-Post Plus** festgestellt hat, liegen Fehler bei der Postzustellung nicht ausserhalb jeder Wahrscheinlichkeit, so dass damit nicht gerechnet werden müsste (vgl. BGer 2C_570/2011 vom 24. Januar 2012 E. 4.3; VGE VD.2014.74 vom 2. Oktober 2014 E. 5.2). Eine fehlerhafte Postzustellung ist allerdings nicht zu vermuten, sondern nur anzunehmen, wenn sie aufgrund der Umstände plausibel erscheint. Auf eine fehlerhafte Postzustellung ist daher nur zu schliessen, wenn der Empfänger oder die Empfängerin in nachvollziehbarer Weise Umstände geltend macht, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine fehlerhafte Zustellung hinweisen. Will der Empfänger den mittels des Auszugs **Track & Trace** belegten Zeitpunkt der Zustellung in Frage stellen, so hat er oder sie alles Zumutbare zu unternehmen, um den genauen Zeitpunkt und den Lauf der Rechtsmittelfrist in Erfahrung zu bringen (vgl. auch BGE 119 Ib 64 E. 3b S. 71 f., 112 Ib 417 E. 2d S. 422). Vorliegend nennt der Rekurrent aber keine Umstände, wieso die Postsendung seinem Vertreter nicht bereits am Samstag, dem 19. März 2016 um 07.16 Uhr, in sein Postfach gelegt worden sein soll. Die Verfügung trägt das Datum vom 18. März 2016. Sie wurde gemäss dem Auszug **Track & Trace** am Abend des gleichen Tags um 19.43 Uhr bei der Post aufgegeben und in der Nacht auf den Samstag im Briefzentrum Härkingen verarbeitet, was dem gewöhnlichen Lauf der Eröffnung von Verfügungen entspricht und vor dem Hintergrund der unbestrittenen Kenntnisnahme am darauf folgenden Montag, dem 21. März 2016, auch unumgänglich erscheint. So kann nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht davon ausgegangen werden, dass die Behörde Verfügungen am Wochenende der Post übergibt. Da die Zustellung am Folgetag dem gewöhnlichen Lauf einer Zustellung mittels A-Post entspricht und A-Post auch an Samstagen vertragen wird (vgl.

<https://www.post.ch/de/privat/versenden/briefe-inland-privat/a-post-privat>, besucht am 16. August 2016), erscheint die Zustellung am Samstag, dem 19. März 2016, wie im Auszug **Track & Trace** belegt, plausibel. Gründe die gegen eine solche Zustellung sprechen, sind nicht ersichtlich (vgl. VGE VD.2014.74 vom 2. Oktober 2014 E. 5.2).

E. 3

Weiter hält der Rekurrent in seinem Hauptstandpunkt an seiner Auffassung fest, dass die angefochtene Verfügung des Migrationsamts vom 18. März 2016 nichtig sei.

3.1 Der Rekurrent leitet die behauptete Nichtigkeit aus dem Umstand ab, dass sie **[]** offensichtlich zwei verschiedene Adressaten **[]** betreffe, aber **[]** nur an den Rekurrenten gegangen **[]** sei. Die Behörden seien offenbar davon ausgegangen, dass er Adressat der Abweisung des Familiennachzugs sei, werde doch nur er als Gesuchsteller bezeichnet. Der Teil bezüglich der Wegweisung betreffe jedoch zweifelsohne nur seine Mutter und hätte ihr als Adressatin eröffnet werden müssen. Daran ändere auch nichts, dass beide Parteien vom gleichen Advokaten vertreten würden, da beide ein Anrecht auf eine eigene, nur sie betreffende Verfügung hätten. Die **Kombiverfügungen** seien deshalb nicht zulässig, weil weder die rubrizierten, noch die faktisch Beschweren genau wissen könnten, welcher

Teil sie betreffe und gegen welchen sie vorgehen müssten. Sei die angefochtene Verfügung aber nichtig, so sei die Feststellung der Nichtigkeit an keine Frist gebunden.

E. 3.2

3.2.1 In der Regel ist eine fehlerhafte Verfügung bloss anfechtbar. Nichtig und damit von Anfang an unwirksam ist eine Verfügung nur in Ausnahmefällen, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer wiegt. Zur Abgrenzung zwischen blosser Anfechtbarkeit und Nichtigkeit folgt die Rechtsprechung der sog. Evidenztheorie. Demnach gilt ein Mangel als besonders schwer, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Die Nichtigkeit einer Verfügung setzt somit kumulativ voraus, dass diese einen besonders schweren Mangel aufweist, der offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet. Als Nichtigkeitsgründe kommen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Unter Umständen können auch schwerwiegende Form- oder Eröffnungsfehler die Nichtigkeit einer Verfügung nach sich ziehen. Inhaltliche Mängel kommen nur ausnahmsweise und nur dann als Nichtigkeitsgründe in Betracht, wenn sie ausserordentlich schwer wiegen (vgl. zum Ganzen: Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 1096 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, § 31 N 13 ff.; BGE 133 II 366 E. 3.2 S. 367; BGer 1B_344/2010 vom 21. Dezember 2010 E. 3.2, 1C_198/2010 vom 11. November 2010 E. 2.1; VGE VD.2014.216 vom 9. Februar 2015 E. 2.4, VD.2014.83 vom 2. September 2014 E. 5.2, VD.2011.77 vom 10. August 2011 E. 3.3.1).

3.2.2 Das Migrationsamt hat seine Verfügung vom 18. März 2016 als ■ Verfügung betreffend Gesuch vom 23. Juni 2015 um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im umgekehrten Familiennachzug / Wegweisung ■ ■ i.S. [] A____, [], vertreten durch [] Herrn lic.iur. [...], [], betreffend: Gesuch vom 23. Juni 2015 um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im umgekehrten Familiennachzug an B____, [] ■ bezeichnet. Mit der Verfügung wurden das Nachzugsgesuch abgewiesen, die Mutter des Rekurrenten aus der Schweiz und dem Schengenraum weggewiesen und ihr die Kosten der Verfügung auferlegt. Gemäss Verteiler wurde diese Verfügung dem Vertreter ■ im Doppel für sich und seine Mandantin ■ eröffnet. Aus dieser Bezeichnung und Eröffnung der angefochtenen Verfügung gehen klar deren Gegenstand und Adressaten hervor. Es kann offen bleiben, ob neben dem Rekurrenten als nachzugsberechtigtem Schweizer Bürger auch dessen Mutter als nachziehendes Familienmitglied bei der Bezeichnung der Sache (■ i.S. ■) hätte aufgenommen werden sollen. Klar ist jedenfalls, dass sie sowohl im Betreff (■ betreffend ■) wie auch im Dispositiv der Verfügung ausdrücklich genannt und die Verfügung ihr bzw. ihrem Vertreter ■ als Gesuchsbetreffene und gesetzliche Vertreterin des Rekurrenten ■ eröffnet worden ist. Daraus folgt, dass von einem krassem Verfahrensfehler keine Rede sein kann. Der Nichtigkeitsrüge fehlt daher die Grundlage.

E. 4

4.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Rekurrent grundsätzlich dessen Kosten.

4.2 Der Rekurrent beantragt aber die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung. Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung haben bedürftige Rekurrenten dann, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. 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 Vorliegend erscheint der Rekurs als aussichtslos. Das Verwaltungsgericht hatte, wie ausgeführt, in einer Vielzahl von Entscheiden bereits Gelegenheit, auf der Grundlage der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Fristenlauf bei Eröffnung von Verfügungen und Entscheiden mittels A-Post Plus zu klären. Diese Praxis war für den Vertreter des Rekurrenten ohne weiteres zugänglich. Auch die Rüge der Nichtigkeit erweist sich als offensichtlich grundlos. Daraus folgt, dass das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen werden muss. Aufgrund der Minderjährigkeit des Rekurrenten und der Umstände des gesamten, dem Entscheid zu Grunde liegenden Sachverhalts rechtfertigt es sich aber, auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten.

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