

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.15 vom 23. April 2018**

BS Appellationsgericht, 2018-04-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2018.15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2018.15)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.15 du 23 avril 2018

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.15 del 23 aprile 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Das Präsidialdepartement hat den vorliegenden Rekurs mit Schreiben vom 29. Januar 2018 an das Verwaltungsgericht überwiesen, womit gemäss § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) dessen Zuständigkeit gegeben ist. Die Rekurrentin ist vom angefochtenen Entscheid unmittelbar berührt und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Sie ist deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf den frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich mangels ausdrücklicher spezialgesetzlicher Regelung nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach prüft das Gericht, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, das öffentliche Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat.

### **E. 2**

2.1 Zu prüfen ist die Frage, ob der am 21. November 2017 erhobene und am 12. Dezember 2017 (Postaufgabe) begründete Rekurs rechtzeitig erfolgt ist. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid erwogen, die Verfügung des Migrationsamts vom 9. November 2017 sei der Rekurrentin am 11. November 2017 mit A-Post Plus ins Postfach ihres Vertreters zugestellt und damit rechtsgenügend eröffnet worden. Die 30-tägige Frist zur Begründung des Rekurses habe somit am 12. November 2017 zu laufen begonnen und am 11. Dezember 2017 geendet. Die Übergabe der Rekursbegründung am 12. Dezember 2017 an die Schweizerische Post erweise sich daher als verspätet.

2.2 Die Rekurrentin bestreitet nicht, dass die Verfügung vom 9. November 2017 ihrem Vertreter am 11. November 2017 ins Postfach zugestellt worden ist. Sie macht aber geltend, es habe sich beim 11. November 2017 um einen Samstag gehandelt, und an Samstagen hole kein Advokaturbüro Post aus dem Postfach ab, weshalb die Frist zur Rekursbegründung eingehalten sei.

2.3 Im Gegensatz zum Zivil- und zum Strafprozessrecht kennt das öffentliche Prozessrecht keine gesetzliche Regelung betreffend die Art und Weise der Zustellung von Verfügungen. Insbesondere besteht keine Verpflichtung der Behörden zur Zustellung gegen einen von der empfangenden Person unterzeichneten Zustellnachweis; bei postalischer Übermittlung stehen der verfügenden Behörde damit die einfache, die eingeschriebene oder die Sendung als Gerichtsurkunde offen (vgl. Uhlmann/Schwank, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.],

Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, 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 der Adressatin tatsächlich übergeben wird. Dabei genügt nach allgemeinem Rechtsgrundsatz, dass die Sendung in den Machtbereich der Adressatin gelangt (Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, N 577 mit Hinweis auf BGE 122 II 316 E. 4b S. 320); nicht erforderlich ist die tatsächliche Kenntnisnahme durch Letztere (statt vieler BGer 2C\_430/2009 vom 14. Januar 2010 E. 2.4; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, *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/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser., 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). Vor Einführung der Zustellform A-Post Plus musste eine verfügende Behörde deshalb aus Beweisgründen regelmässig die eingeschriebene Sendung wählen. Die vergleichsweise neue Versandmethode A-Post Plus ermöglicht nun ebenfalls eine Beweissicherung für die Zustellung und deren Zeitpunkt. Entsprechende Sendungen werden wie bei der gewöhnlichen Sendung in den Briefkasten oder in das Postfach der Adressatin gelegt, ohne dass die Adressatin den Empfang unterschriftlich bestätigen muss oder sie im Falle ihrer Abwesenheit 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). Mit Einwurf in den Briefkasten oder das Postfach gelangt die Sendung in den Machtbereich der betreffenden Person und gilt damit als eröffnet (BGer 2C\_191/2017 vom 20. Februar 2017 E. 2.2, 2C\_1126/2014 vom 20. Februar 2015 E. 2, 2C\_570/2011 vom 24. Januar 2012 E. 4.2 und 2C\_430/2009 vom 14. Januar 2010 E. 2.4; VGE VD.2016.199 vom 16. November 2017 E. 2.3, VD.2016.157 vom 8. Dezember 2016 E. 2.3, VD.2016.155 vom 23. August 2016 E. 2.2.2, VD.2016.42 vom 13. Juli 2016 E. 2.3, VD.2015.251 vom 26. Mai 2016 E. 2.2, VD.2014.236 vom 21. Mai 2015 E. 3.2, 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. 3.2).

2.4 Vorliegend wurde die per A-Post Plus versandte Verfügung dem Vertreter der Rekurrentin unbestrittenermassen am 11. November 2017 via Postfach zugestellt (Sendungsverfolgung Post, Vorakten; Rekursbegründung vom 16. Januar 2018 Rz. 9). Der Vertreter der Rekurrentin weist jedoch darauf hin, dass Anwaltskanzleien an Samstagen ihre Postfächer nicht leeren. Anwälte und Anwältinnen müssten mit fristauslösenden Zustellungen an Samstagen nicht rechnen und das Postfach einer Kanzlei am Samstag entspräche ■ anders als ein privater Briefkasten ■ nicht dem massgeblichen Verfügungsbereich des Adressaten oder der Adressatin, weshalb eine solche Sendung erst am darauffolgenden Montag eine fristauslösende Wirkung haben könne (Rekursbegründung vom 16. Januar 2018 Rz. 13). Vorliegend komme (der Zustellung) der angefochtenen Verfügung deshalb frühestens ab Montag, 13. November 2017, fristauslösende Wirkung zu.

Die davon abweichende Interpretation der Vorinstanz sei mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbar und hätte eine unzulässige Verkürzung des Rechtswegs sowie eine Ungleichbehandlung der Rekurrentin gegenüber anderen Empfängern, die ihre Post an einem Wochentag erhielten, zur Folge (Rekursbegründung vom 16. Januar 2018 Rz. 23 f.).

Diese Vorbringen vernachlässigen den Umstand, dass der Inhaber eines Postfachs grundsätzlich stets faktischen Zugang darauf hat; der Vertreter der Rekurrentin behauptet denn auch nicht, dass dies vorliegend anders gewesen sei. Wie diese Zugriffsmöglichkeit ausgeübt wird, liegt in der Verantwortung des Empfängers (BGer 2C\_1126/2014 vom 20. Februar 2015 E. 2.4). Die Ansicht des Vertreters der Rekurrentin findet deshalb auch keine Stütze in der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur A-Post Plus-Zustellung, welche nicht danach unterscheidet, ob die Ablage ins Postfach an einem Samstag oder einem Werktag erfolgt. Der Vertreter der Rekurrentin beruft sich in diesem Zusammenhang zu Recht auch nicht auf das Bundesgesetz betreffend Fristenlauf an Samstagen (SR 173.110.3). Zwar wollte der Bundesgesetzgeber dem vom Vertreter der Rekurrentin angeführten Umstand der am Samstag geschlossenen Büros Rechnung tragen, indem er den Samstag hinsichtlich der gesetzlichen Fristen des eidgenössischen Rechts und der kraft eidgenössischen Rechts von Behörden angesetzten Fristen einem anerkannten Feiertag gleichstellt (vgl. Art. 1 des Bundesgesetzes betreffend Fristenlauf an Samstagen). Die Botschaft hält dazu aber explizit fest, ■ dass die Gleichstellung des Samstags mit einem anerkannten Feiertag nur für den auf einen Samstag fallenden Ablauf einer Frist Bedeutung hat ■ (BBl 1962 II 983). Tatsächlich berechnet sich der Fristenlauf nach schweizerischem Recht nach Kalender- und nicht nach Arbeitstagen, weshalb eine mehr als fünftägige Frist immer mindestens einen Samstag oder Sonntag enthält. Auf die Berechnung der Frist wirkt sich dies aber nur aus, soweit der Ablauf der Frist auf einen Samstag oder Sonntag fällt. Kommen diese arbeitsfreien Tage zu Beginn oder innerhalb des Fristenlaufs zu liegen, sind sie nicht weiter zu berücksichtigen (VGE VD.2016.137/VD.2016.199 vom 16. November 2017 E. 2.4, VD.2016.156 / VD.2016.157 vom 8. Dezember 2016 E. 2.4, VD.2016.155 vom 23. August 2016 E. 2.2.2, VD.2014.74/VD.2014.129 vom 2. Oktober 2014 E. 6.2). Aus dem Gesagten folgt, dass vorliegend weder die Zustellung an einem Tag, an dem die Büroräumlichkeiten des Vertreters der Rekurrentin geschlossen waren, noch der Umstand, dass in den Fristenlauf arbeitsfreie Tage fallen, zu einer Verlängerung der Rechtsmittelfrist führt. Die Verfügung des Migrationsamts befand sich ab dem 11. November 2017 im Machtbereich des Vertreters der Rekurrentin. Die 30-tägige Frist zur Rekursbegründung begann somit am 12. November 2017 zu laufen und endigte, wie von der Vorinstanz korrekt ausgeführt wurde (angefochtener Entscheid vom 15. Dezember 2017 S. 2), am 11. Dezember 2017. Die Postaufgabe am 12. Dezember 2017 erweist sich unter diesen Umständen als verspätet, weshalb die Vorinstanz richtigerweise nicht auf den Rekurs eingetreten ist. Bleibt zu erwähnen, dass entgegen der Ansicht des Vertreters auch keine Ungleichbehandlung der Rekurrentin gegenüber anderen Empfängern vorliegt, da die Regelung betreffend Fristenlauf bei A-Post Plus Zustellungen für alle gleichermassen gilt.

2.5 Die Rekurrentin macht vor Verwaltungsgericht geltend, dass sie am Fristversäumnis kein Verschulden treffe. Vielmehr hätte ihr die Vorinstanz mitteilen müssen, dass die Frist entgegen ihrer Annahme (welche aus der Rekursanmeldung hervorgehe) nicht erst am 13. November 2017, sondern bereits am 11. November 2017 zu laufen begonnen habe. Mit anderen Worten leitet sie eine allgemeine Rechtsbelehrungspflicht der Behörden aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ab. Dem kann vorliegend nicht gefolgt werden. Ist sich

die empfangende Person über das genaue Zustelldatum und damit auch über Fristbeginn und ■ende im Unklaren, kann sie dieses über die Webseite der Post mithilfe der auf dem Adressticket abgedruckten Suchnummer ermitteln oder dieses bei der Post oder der eröffnenden Behörde in Erfahrung bringen. Ein solches Nachforschen ist dem Adressaten einer Verfügung nach Treu und Glauben zumutbar (BGer 2C\_570/2011 vom 24. Januar 2012 E. 4.3). Schliesslich ist die verfügende Behörde nicht verpflichtet, diesen auf die zitierte höchstrichterliche Rechtsprechung zur Zustellung mit A-Post Plus (E. 2.3 hievore) hinzuweisen. Vom Vertreter der Rekurrentin kann vielmehr erwartet werden, dass er sich über den Fristenlauf selbst vergewissert und die erforderlichen Handlungen für seine Mandantschaft fristgerecht wahrnimmt. Aus diesem Grund geht auch seine Rüge fehl, wonach die Rechtsmittelbelehrung in der angefochtenen Verfügung vom 9. November 2017 mangelhaft sei, weil diese ■ im Gegensatz zur Rechtsmittelbelehrung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Kantons Basel-Stadt ■ keinen besonderen Hinweis zu A-Post Plus Sendungen enthalte (Rekursbegründung vom 16. Januar 2018 Rz. 31).

2.6Schliesslich bezeichnet die Rekurrentin es als überspitzten Formalismus, dass die Vorinstanz infolge des verspäteten Eingangs der Rekursbegründung auf den Rekurs nicht eingetreten ist mit der Begründung, gemäss § 46 Abs. 3 OG könne die Frist zur Einreichung der Rekursbegründung ■ im Gegensatz zu jener der Rekursanmeldung ■ auf entsprechendes Gesuch hin ohne weiteres verlängert werden.

Wie die Rekurrentin selbst ausführt, kommt eine Fristverlängerung zur Begründung des Rekurses nur auf entsprechendes Gesuch der Rekurrentin oder ihres Vertreters noch vor Ablauf der Frist in Frage. Überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung liegt vor, wenn für ein Verfahren strenge Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften übersetzte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg unzulässig versperrt (statt vieler: BGer 6B\_507/2011 vom 7. Februar 2012 E. 2.3, BGE 135 I 6 E. 2.1 S. 9). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern das Beharren an der rechtzeitigen Begründung eines Rekurses gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstösst. Die Verbindlichkeit gesetzlicher Fristen, insbesondere der Rechtsmittelfristen, bildet einen allgemein gültigen Rechtssatz (BGer 6B\_507/2011 vom 7. Februar 2012 E. 2.2.). Rechtsmittelfristen sind einzuhalten und jede Säumnis bewirkt den Verlust des Anfechtungsanspruchs.

2.7Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird vom Vertreter der Rekurrentin nicht geltend gemacht. Dafür ist im Übrigen das Fehlen jeglichen Verschuldens am Fristversäumnis Voraussetzung (vgl. zu dieser Frage eingehend VGE VD.2014.2016 vom 9. Februar 2015 E. 4), was vorliegend ohnehin zu verneinen wäre.

### **E. 3**

Nach dem Gesagten erweist sich der Rekurs als unbegründet und ist abzuweisen. Das Gesuch der Rekurrentin um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung wurde mit verfahrensleitender Verfügung vom 30. Januar 2018 wegen Aussichtslosigkeit des Rekurses abgewiesen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat sie dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 800.■ zu tragen (Art. 30 Abs. 1 VRPG).