

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.234 vom 25. Januar 2022**

BS Appellationsgericht, 2022-01-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2021.234](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2021.234)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.234 du 25 janvier 2022

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.234 del 25 gennaio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Entscheide des Regierungsrats unterstehen gemäss § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) dem Rekurs an das Verwaltungsgericht. Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [SG 154.100]).

1.2 Als Adressat des angefochtenen Beschlusses ist der Rekurrent von diesem unmittelbar berührt und hat er ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Er ist deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf den form- und fristgerecht eingereichten Rekurs ist einzutreten.

1.3 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Danach prüft das Gericht, ob der Regierungsrat öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- bzw. Verfahrensvorschriften verletzt oder von dem ihm zustehenden Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht hat.

### **E. 2**

2.1 Zu prüfen ist vorliegend, ob der Rekurrent mit Eingabe vom 1. September 2021 seinen Rekurs an den Regierungsrat rechtzeitig angemeldet hat. Der Regierungsrat hat im angefochtenen Beschluss (E. 4 ff.) insbesondere erwogen, dass der Entscheid des JSD vom 20. August 2021 mit A-Post Plus versendet worden sei. Aus dem entsprechenden Track & Trace Beleg der Post ergebe sich, dass der Entscheid dem Rechtsvertreter des Rekurrenten am Samstag, 21. August 2021 zugestellt worden sei. Daraus folge, dass die zehntägige Frist zur Rekursanmeldung mit der Zustellung vom 21. August 2021 ausgelöst worden und am 31. August 2021 abgelaufen sei. Die am 1. September 2021 der Post aufgebene Rekursanmeldung sei demnach verspätet erfolgt, weshalb nicht auf den Rekurs eingetreten werden könne.

2.2 Der Rekurrent bezweifelt insbesondere die generelle Zulässigkeit der Zustellung von Entscheiden mittels A-Post Plus. So könnten A-Post Plus Sendungen an Samstagen fristauslösend zugestellt werden, obwohl der Samstag für Anwälte gemeinhin als arbeitsfreier Tag gelte. Da die Sendung erst am darauffolgenden Montag zur Kenntnis genommen würde, komme es zu einer Verkürzung der Rechtsmittelfrist. Im Vergleich zu eingeschriebenen Sendungen führe dies zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung. Dem stehe auch der in BGE 144 IV 57 festgehaltene Grundsatz entgegen, dass Betroffenen die Ergreifung eines Rechtsmittels nicht unnötig erschwert oder verunmöglicht werden dürfe (Rekursbegründung Ziff. 6 f.).

### **E. 2.3**

2.3.1 Wie der Regierungsrat im angefochtenen Beschluss (E. 5) zutreffend erwogen hat, kennt das öffentliche Prozessrecht im Gegensatz zum Zivil- und zum Strafprozessrecht keine gesetzliche Regelung betreffend die Art und Weise der Zustellung von Verfügungen und Entscheiden. 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.2018.15 vom 23. April 2018 E. 2.3, 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 allgemeinem Rechtsgrundsatz, dass die Sendung in den Machtbereich des Adressaten gelangt (Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich 2013, N 577 mit Hinweis auf BGE 122 II 316 E. 4b); nicht erforderlich ist die tatsächliche Kenntnisaufnahme durch den Adressaten (BGer 2C\_430/2009 vom 14. Januar 2010 E. 2.4; VGE VD.2018.15 vom 23. April 2018 E. 2.3; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 4. Auflage, Basel 2021, Rz. 905).

2.3.2 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.2018.15 vom 23. April 2018 E. 2.3; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 905; Uhlmann/Schwank, a.a.O., Art. 34 N 10). Versendet sie eine Verfügung oder einen Entscheid 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 des Adressaten gelegt, ohne dass dieser den Empfang unterschriftlich bestätigen muss oder er im Falle seiner 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. Mit Einwurf in den Briefkasten oder das Postfach gelangt die Sendung in den Machtbereich der betreffenden Person und gilt damit als eröffnet (BGer 2C\_1032/2019 vom 11. März 2020 E. 3.2 f.; VGE VD.2018.15 vom 23. April 2018 E. 2.3, je mit Hinweisen).

### **E. 2.4**

2.4.1 Gerade auch in ausländerrechtlichen Verfahren ist die Zustellung von Verfügungen und Entscheiden mit A-Post Plus nach ständiger Praxis des Verwaltungsgerichts (vgl. VGE VD.2020.131 vom 30. September 2020 E. 2, VD.2018.15 vom 23. April 2018 E. 2.3 f., VD.2016.137 und VD.2016.199 vom 16. November 2017 E. 2.3 f., VD.2016.157 vom 8.

Dezember 2016 E. 2.3 f., VD.2016.156 vom 8. Dezember 2016 E. 2.3 f., VD.2016.155 vom 23. August 2016 E. 2.2, VD.2016.42 vom 13. Juli 2016 E. 2.3, VD.2015.251 und VD.2016.56 vom 26. Mai 2016 E. 2, VD.2014.216 vom 9. Februar 2015 E. 3.2, VD.2014.64 vom 9. Januar 2015 E. 2, VD.2014.74 und VD.2014.129 vom 2. Oktober 2014 E. 3.2 f.) sowie des Bundesgerichts (vgl. BGer 2C\_784/2015 vom 24. September 2015 E. 2.1, 2C\_1126/2014 vom 20. Februar 2015 E. 2.2, je mit weiteren Hinweisen) zulässig. Entgegen der Ansicht des Rekurrenten, wonach ein Versand mit A-Post Plus den potentiell weitreichenden Folgen eines ausländerrechtlichen Entscheids unzureichend Rechnung trage (vgl. Rekursbegründung Ziff. 7), hat die Eingriffsintensität der zuzustellenden Verfügung bzw. des zuzustellenden Entscheids keinen Einfluss auf die Zulässigkeit der Versandart A-Post Plus (VGE VD.2020.131 vom 30. September 2020 E. 2, VD.2014.74 und VD.2014.129 vom 2. Oktober 2014 E. 3.4).

2.4.2 Auch dass der betroffene Adressat die an einem Samstag fristauslösend zugestellte A-Post Plus Sendung allenfalls erst am darauffolgenden Montag aus dem Postfach holt, ändert, anders als vom Rekurrenten vertreten (Rekursbegründung Ziff. 6), nichts an der Zulässigkeit dieser Versandart (BGer 2C\_1032/2019 vom 11. März 2020 E. 3.3, 2C\_1126/2014 vom 20. Februar 2015 E. 2.2, 8C\_573/2014 vom 26. November 2014 E. 3.1; VGE VD.2018.15 vom 23. April 2018 E. 2.4, VD.2016.156 vom 8. Dezember 2016 E. 2.4). Die diesbezüglichen Vorbringen des Rekurrenten vernachlässigen den Umstand, dass der Inhaber eines Postfachs grundsätzlich stets faktischen Zugang zu diesem hat ■ der Rekurrent behauptet denn auch nicht, dass dies vorliegend anders gewesen wäre. Wie diese Zugriffsmöglichkeit ausgeübt wird, liegt in der Verantwortung des Empfängers (BGer 2C\_1126/2014 vom 20. Februar 2015 E. 2.4; VGE VD.2018.15 vom 23. April 2018 E. 2.4). Gerade in Bezug auf Anwältinnen und Anwälte wird denn auch in der Literatur darauf aufmerksam gemacht, dass deren Sorgfaltspflicht gebiete, bei A-Post Plus Sendungen das genaue Zustelldatum der Sendung zu bestimmen, um eventuelle Fristen korrekt berechnen zu können (Barth, A-Post Plus, in: Anwaltsrevue 2019, S. 131, 133; vgl. auch VGE VD.2018.15 vom 23. April 2018 E. 2.5). Eine Verkürzung der Rechtsmittelfrist, wie sie der Rekurrent behauptet (Rekursbegründung Ziff. 6), liegt deshalb aber nicht vor (vgl. auch BGer 5A\_872/2020 vom 28. Oktober 2020 E. 2, wo der Adressat ebenfalls vergeblich geltend machte, den Parteien werde mit einer A-Post Plus Sendung «heimlich wertvolle Zeit zur Einlegung einer Beschwerde» entzogen). Der Rekurrent kann demnach aus dem Umstand, dass der Entscheid des JSD gemäss Track & Trace Beleg an einem Samstag seinem Rechtsvertreter zugestellt worden ist, nichts zu seinen Gunsten ableiten.

2.4.3 Schliesslich ist auch der Verweis des Rekurrenten auf BGE 144 IV 57 E. 2.3.2 unbehelflich. Dort hat das Bundesgericht in Bezug auf die besonderen Zustellvorschriften von Art. 85 Abs. 2 der Strafprozessordnung (SR 312.0) festgehalten, dass bei Verletzung dieser Vorschriften (d.h. bei fehlender Zustellung gegen Empfangsbestätigung) der blosser Zugang der Sendung in den Machtbereich des Empfängers nicht fristauslösend sei. Massgebend sei in diesen Fällen vielmehr die tatsächliche Kenntnismahme durch den Adressaten, da der betroffenen Person ansonsten aus der gesetzeswidrigen Zustellung ein Nachteil erwachsen könnte. Vorliegend existieren indes gerade keine derartigen besonderen Zustellregeln (oben E. 2.3.1) und liegt keine gesetzeswidrige Zustellung vor. Anders als vom Rekurrenten behauptet (Rekursbegründung Ziff. 7), wird durch die Zustellung mit A-Post Plus das Ergreifen eines Rechtsmittels im Verwaltungsverfahren somit nicht unnötig

erschwert. Insgesamt kann folglich die generelle Zulässigkeit der Zustellung mit A-Post Plus im Anwendungsbereich des öffentlichen Prozessrechts, insbesondere in migrationsrechtlichen Verfahren wie dem vorliegenden, ohne Weiteres bejaht werden.

### **E. 3**

3.1 Der Rekurrent stellt sodann die Beweiskraft des vorliegend relevanten Track & Trace Belegs in Frage. Er macht geltend, dass gemäss BGE 142 III 599 mit dem Sendungsnachweis für A-Post Plus Sendungen die Zustellung nicht direkt bewiesen werden könne. Auch im vorliegenden Fall sei nicht bewiesen, dass die Sendung am Samstag, 21. August 2021 tatsächlich in das Postfach des Rechtsvertreters des Rekurrenten gelegt worden sei. Es sei notorisch und der persönlichen Erfahrung des Rechtsvertreters des Rekurrenten entsprechend, dass es bei A-Post Plus Sendungen zu Fehlzustellungen kommen könne. Auch das Bundesgericht habe in BGE 142 III 599 festgehalten, dass ein Zustellungsfehler bei A-Post Plus Sendungen nicht ausserhalb jeder Wahrscheinlichkeit liege. Da überdies zweifelhaft sei, ob die Post die Sendungsnachverfolgung nach Fehlzustellungen korrigiere, sei es möglich, dass vorliegend der Entscheid des JSD entgegen dem Track & Trace Beleg erst am 23. August 2021 zugestellt worden sei (Rekursbegründung Ziff. 5).

3.2 Dem Rekurrenten kann zwar insofern gefolgt werden, als er die bundesgerichtliche Rechtsprechung zutreffend wiedergibt, wonach mit einem Track & Trace Beleg nicht direkt bewiesen werde, dass die A-Post Plus Sendung tatsächlich in den Machtbereich des Empfängers gelangt sei. Mangels Empfangsbestätigung bei A-Post Plus Sendungen beweist der Beleg gemäss dem Bundesgericht bloss, dass durch die Post ein entsprechender Eintrag in ihrem Erfassungssystem gemacht wurde (BGE 142 III 599 E. 2.2). Allerdings wird im selben Entscheid ebenfalls festgehalten, dass vom Track & Trace Beleg, aus dem die Zustellung an den Adressaten ersichtlich ist, im Sinne eines Indizes auf die ordnungsgemässe Zustellung geschlossen werden könne (BGE 142 III 599 E. 2.2 und 2.5). Eines weitergehenden Nachweises der Zustellung bedarf es grundsätzlich nicht (vgl. BGE 142 III 599 E. 2.5). Ein Fehler bei der Postzustellung mit A-Post Plus mag zwar, wie der Rekurrent richtigerweise vorbringt, nicht ausserhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegen (BGE 142 III 599 E. 4.2.1). Macht der Adressat einer A-Post Plus Sendung eine solche Fehlzustellung geltend, ist indes zu beachten, dass eine fehlerhafte Postzustellung nicht zu vermuten ist. Sie ist nur anzunehmen, wenn sie aufgrund der Umstände plausibel erscheint. Auf die Darstellung des Adressaten, dass eine fehlerhafte Postzustellung vorliegt, ist daher dann abzustellen, wenn seine Darlegung der Umstände nachvollziehbar ist und einer gewissen Wahrscheinlichkeit entspricht, wobei sein guter Glaube zu vermuten ist (BGE 142 III 599 E. 2.4.1, mit Hinweisen). Hypothetische Überlegungen des Adressaten über den Verbleib der Sendung sind dabei unbeachtlich (BGer 8C\_330/2020 vom 2. Juli 2020 E. 3, mit Hinweisen).

3.3 Im hier zu beurteilenden Fall kann dem Track & Trace Beleg unbestrittenermassen ein Eintrag für die Zustellung in das Postfach des Rechtsvertreters des Rekurrenten am 21. August 2021 entnommen werden (vgl. Rekursbegründung Ziff. 5; angefochtener Beschluss E. 7). Nach der soeben dargelegten Rechtsprechung kann aufgrund dieses Eintrags die Zustellung des Entscheids am 21. August 2021 vermutet werden. Der Rekurrent vermag keine Umstände zu substantiieren, welche diese Vermutung umstossen könnten. Er macht zwar geltend, dass sein Rechtsvertreter «zuweilen mitunter A-Post-Sendungen in seinem Postfach» habe, «die an andere Advokaten gerichtet» seien

und «durch die Post fälschlicherweise in sein Postfach gelegt» worden seien. Solche Sendungen seien der Post am gleichen Tag zurückgegeben worden, «wobei zweifelhaft» sei, «ob die Post die Sendungsverfolgung danach» korrigiere (Rekursbegründung Ziff. 5). Ein solcher Fall kann hier mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden. Der Rekurrent lässt ausführen, dass sein Rechtsvertreter den Entscheid des JSD am Montag, 23. August 2021 aus dem Postfach abgeholt habe (Rekursbegründung Ziff. 5 f.). Der am Freitag, 20. August 2021 versendete Entscheid müsste daher nach einer vorgängigen, nicht vermerkten Zustellung in ein falsches Postfach am Samstag, 21. August 2021 oder Sonntag, 22. August 2021 von einem anderen Advokaten, einer anderen Advokatin oder einer sonstigen Empfängerin resp. eines sonstigen Empfängers über das Wochenende behändigt worden sein. Diese Person hätte die Sendung dann sogleich der Post, bei der nur noch zeitlich eingeschränkt an Wochenenden gearbeitet wird, wieder abgeben müssen, damit der erneute Versand am Sonntag, 22. August 2021 und die Abholung durch den Rechtsvertreter des Rekurrenten am Montag, 23. August 2021 möglich gewesen wären. Diese geltend gemachten Umstände, welche lediglich auf den nicht weiter belegten Hypothesen und den angeblichen, nur vage dargelegten Erfahrungen des Rechtsvertreters des Rekurrenten beruhen, sind zu unwahrscheinlich, um die Vermutung der Zustellung am Samstag, 21. August 2021 umzustossen. Eine Fehlzustellung kann demnach vorliegend nicht angenommen werden.

3.4 Nach dem Dargelegten ist davon auszugehen, dass sich der Entscheid des JSD ab dem 21. August 2021 im Machtbereich des Rechtsvertreters des Rekurrenten befand. Die zehntägige Frist zur Anmeldung des Rekurses beim Regierungsrat (vgl. § 46 Abs. 1 des Organisationsgesetzes [SG 153.100]) begann somit am 22. August 2021 zu laufen und endete am 31. August 2021. Die Aufgabe der Rekursanmeldung bei der Post am 1. September 2021 erweist sich unter diesen Umständen als verspätet, weshalb der Regierungsrat zu Recht nicht auf den Rekurs eingetreten ist.

#### **E. 4**

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass der Rekurs abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Rekurrent dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 1'000.00 (§ 30 Abs. 1 VRPG in Verbindung mit § 23 Abs. 1 des Gerichtsgebührenreglements [SG 154.810]).

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