

BVGer A-5250/2018 vom 12. November 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-11-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5250_2018

FR: TAF A-5250/2018 du 12 novembre 2019

IT: TAF A-5250/2018 del 12 novembre 2019

Regeste

Personensicherheitsprüfungen

Erwägungen

E. 1.1

Bei der angefochtenen Risikoerklärung handelt es sich um eine Verfügung gemäss Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), die von einer Dienststelle des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport und damit einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) erlassen wurde. Da keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 VGG; statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-567/2018 vom 24. Juli 2018 E. 1.1). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.2

Der Beschwerdeführer beteiligte sich am vorinstanzlichen Verfahren und ist als Adressat der angefochtenen Risikoerklärung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb er zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 2

In formeller Hinsicht ist umstritten, ob der Beschwerdeführer seine Beschwerde vom 14. September 2018 fristgerecht innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Risikoerklärung eingereicht hat (vgl. Art. 50 Abs. 1 VwVG) und entsprechend auf die Beschwerde eingetreten werden kann.

E. 3

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, an welchem Tag die Risikoerklärung der Vorinstanz vom 5. Juli 2018 dem Beschwerdeführer zugestellt wurde bzw. als zugestellt gilt.

E. 3.1

Die Vorinstanz bringt in ihrer Vernehmlassung vom 7. November 2018 vor, dass die am 5. Juli 2018 ergangene Risikoerklärung gleichentags der Post per Einschreiben mit Rückschein zur Beförderung aufgegeben worden sei. Am 6. Juli 2018 sei gemäss Sendungsverlauf der Post ein erster, erfolgloser Zustellungsversuch beim Beschwerdeführer erfolgt, bei welchem eine Abholungseinladung mit Frist bis zum 13. Juli 2018 hinterlegt worden sei. Nachdem der Beschwerdeführer die Abholfrist verlängert habe, habe er die Risikoerklärung schliesslich am 16. Juli 2018 abgeholt. In Anwendung von Art. 20 Abs.

2bis VwVG gelte die Risikoerklärung jedoch nicht erst per 16. Juli 2018, sondern bereits per 13. Juli 2018 als zugestellt.

E. 3.2

Der Beschwerdeführer entgegnet in seinen Schlussbemerkungen vom 11. Januar 2019, dass die fingierte Zustellung am 13. Juli 2017 (recte: 2018) als unrichtige Zustellung qualifiziert werden müsse. Die Verfügung der Vorinstanz sei an die folgende Adresse adressiert gewesen: "Herr A._____, (Adresse), 4056 Basel", also an seinen Wohnsitz. Die diesbezügliche Sendungsverfolgung der Schweizerischen Post zeige jedoch, dass der erste Zustellungsversuch vom 6. Juli 2018 in 4123 Allschwil anstatt in Basel erfolgt sei. Dieser Zustellungsort weiche vom Wohnort und der angegebenen Adresse auf der Verfügung der Vorinstanz ab, weshalb der Zustellungsversuch beim falschen Postamt erfolgt sei. Die Zustellung in 4123 Allschwil vom 6. Juli 2018 sei somit falsch und könne nicht als "erster erfolgloser Zustellungsversuch" gelten. Insofern habe die siebentägige Frist für die Zustellfiktion noch nicht zu laufen begonnen. Gemäss Sendungsverfolgung sei die Verfügung erst am 7. Juli 2018 in Basel, beim zuständigen Postamt 4013 Basel 13 Voltacenter an der Hünigerstrasse 1 angekommen. Erst dieses Ereignis stelle, wenn überhaupt, einen ersten Zustellungsversuch dar. Demnach gelte die Verfügung der Vorinstanz aufgrund der Zustellfiktion, wenn überhaupt, frühestens am 14. Juli 2018 als zugestellt.

E. 3.3

Gemäss Art. 20 Abs. 2bis VwVG gilt eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift des Adressaten oder einer anderen berechtigten Person - was bei der Zustellung einer Mitteilung mittels eingeschriebener Briefpostsendung zutrifft (Urs Peter Cavelti, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 20 Rz. 34 m.w.H. [nachfolgend: Kommentar VwVG] - überbracht wird, spätestens am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt (sog. Zustell- oder Zustellungsfiktion). Der Tag der erfolglosen Zustellung ist dabei nicht mitzuzählen (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.115 m.w.H.). Voraussetzung ist allerdings, dass der Adressat mit der fraglichen Zustellung nach Treu und Glauben rechnen musste (statt vieler BGE 138 III 225 E. 3.1 mit Hinweisen; Patricia Egli in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 20 Rz. 46 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung [nachfolgend: Praxiskommentar]). Der Empfänger muss die behördliche Mitteilung also mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwarten. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein Verfahrens- oder Prozessrechtsverhältnis begründet wurde, indem die betroffene Person selbst ein Verfahren eingeleitet hat oder ihr die Einleitung eines Verfahrens rechtsgenügend mitgeteilt wurde. Diesfalls hat sie aufgrund der prozessualen Empfangspflicht nach Treu und Glauben dafür besorgt zu sein, dass ihr behördliche Akten zugestellt werden können, die das eingeleitete Verfahren betreffen. Allerdings gilt die Empfangspflicht auch dann nur solange, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. Das Bundesgericht erachtet in konstanter Praxis einen Zeitraum von bis zu einem Jahr seit der letzten verfahrensrechtlichen Handlung der Behörde für die Geltung der Zustellfiktion als vertretbar (statt vieler Urteil des BGer 2C_565/2012 vom 11. April 2013 E. 3.2 mit Hinweisen; Egli in: Praxiskommentar, Art. 20 Rz. 54 f. mit weiteren Hinweisen).

E. 3.4

Anlässlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs vom 27. Oktober 2017 zur Personensicherheitsprüfung teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, dass sie in seinem Fall erwäge, eine Risikoerklärung zu erlassen (vgl. Akten Vorinstanz, act. A 11/1). Spätestens zu diesem Zeitpunkt musste der Beschwerdeführer mit der Zustellung einer Risikoerklärung rechnen, weshalb für ihn eine entsprechende prozessuale Empfangspflicht bestand. Im Weiteren geht aus der Sendungsverfolgung der Schweizerischen Post AG hervor, dass am 6. Juli 2018 dem Beschwerdeführer die eingeschriebene Sendung der Vorinstanz betreffend Risikoerklärung durch das Postamt 3123 Allschwil nicht zugestellt werden konnte und stattdessen eine Abholungseinladung mit Frist bis zum 13. Juli 2018 hinterlegt wurde (vgl. Akten Vorinstanz, act. A 1/2). Anschliessend wurde die Sendung am 7. Juli 2018 dem Postamt 4013 Basel 13 Voltacenter als zuständige Abhol-/Zustellstelle übergeben. Im Weiteren ist aus der Sendungsverfolgung ersichtlich, dass der Beschwerdeführer am 9. Juli 2018 die Aufbewahrungsfrist bis zum 3. August 2018 verlängert hat. Schliesslich wurde dem Beschwerdeführer die Sendung am 16. Juli 2018 am Schalter zugestellt (vgl. auch Akten Vorinstanz, act. A 4/1).

E. 3.5

Vorliegend verkennt der Beschwerdeführer, dass der Zustellungsversuch vom 6. Juli 2018 an die richtige Adresse des Beschwerdeführers in Basel und nicht - wie von ihm vorgebracht - in Allschwil erfolgte, hingegen das Postamt Allschwil für die Zustellung der Sendung zuständig war. Der Zustellungsversuch vom 6. Juli 2018 war somit korrekt und stellt folglich den "ersten erfolglosen Zustellungsversuch" dar. Weil der Beschwerdeführer die mit eingeschriebener Post versandte Risikoerklärung nicht innerhalb der siebentägigen Abholfrist abgeholt hat, gelangen die Regeln der gesetzlichen Zustellfiktion zur Anwendung (Egli in: Praxiskommentar, Art. 20 Rz. 32). Folglich gilt die Risikoerklärung am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch vom 6. Juli 2018 und somit am 13. Juli 2018 als zugestellt. Bei der siebentägigen Frist handelt es sich um eine gesetzlich bestimmte Frist, welche nicht verlängerbar ist. So vermag auch die vom Beschwerdeführer vorgenommene Verlängerung der Aufbewahrungsfrist diese gesetzlich verankerte Frist nicht zu beeinflussen (BGE 127 I 31 E. 2b; Egli in: Praxiskommentar, Art. 20 Rz. 47, m.w.H.; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.115), was im Übrigen vom Beschwerdeführer auch nicht vorgebracht wird.

E. 4

Im Weiteren ist zu beurteilen, ob sich der Beschwerdeführer betreffend das für die Fristberechnung massgebliche Zustelldatum vorliegend auf eine Auskunft der Vorinstanz berufen kann.

E. 4.1

Der Beschwerdeführer hält in seiner Beschwerde fest, dass ein Mitarbeiter der KESB Basel-Stadt am 30. August 2018 eine E-Mail mit dem Betreff "Beschwerde Risikoerklärung Reg-Nr. (...)" an die Vorinstanz mit folgendem Inhalt gesandt habe: "Wie soeben telefonisch besprochen, hier die Ernennungsurkunde von Herrn A. [...]. Für das Zusenden des Rücklaufscheines bzw. des genauen Datums des Eintreffens der Verfügung bei Herrn A. möchte ich Ihnen bereits im Voraus danken. [...]" Zweck dieser Anfrage sei gewesen, das für die Fristberechnung massgebliche Datum der Zustellung in Erfahrung zu bringen. Daraufhin habe die Vorinstanz der KESB Basel-Stadt mit E-Mail vom 30. August 2018

Folgendes mitgeteilt: "Das Zustelldatum der Verfügung ist der 16.07.2018." Das Datum sei von der Vorinstanz sogar fett markiert worden. Dies könne nur darin gründen, dass sie sich der Wichtigkeit dieses Datums für die Berechnung der Beschwerdefrist bewusst gewesen sei. Damit liege eine Vertrauensgrundlage vor. Zudem habe angenommen werden dürfen, dass die Vertrauensgrundlage einwandfrei sei. Es habe keinen Hinweis gegeben, dass dem nicht so sein sollte. Gestützt auf diese schriftliche Auskunft habe die Fristberechnung ergeben, dass die Frist zur Einreichung der Beschwerde am 14. September 2018 ablaufe, weshalb die Beschwerde auch zu diesem Zeitpunkt eingereicht worden sei. Mithin liege eine Vertrauensbetätigung des Beschwerdeführers vor. Dem berechtigten Vertrauen würden dabei keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes seien somit erfüllt, weshalb auf die Aussage der Vorinstanz habe vertraut werden dürfen und die Beschwerde vom 14. September 2018 deshalb als rechtzeitig erfolgt gelten müsse.

E. 4.2

Der in Art. 5 Abs. 3 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben zählt zu den fundamentalen Rechtsprinzipien und gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. Im Verwaltungsrecht wirkt sich dieser Grundsatz unter anderem in Form des sogenannten Vertrauensschutzes aus, das heisst, er verleiht den Privaten einen Anspruch darauf, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (vgl. Art. 9 BV; statt vieler: Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 620 ff. m.H.). Den wichtigsten Anwendungsfall des Vertrauensschutzes bilden unrichtige Auskünfte und Zusicherungen einer Behörde. Eine Berufung auf Auskünfte, die sich hinterher als unzutreffend erweisen, bedingt, dass kumulativ gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. So muss die Auskunft vorbehaltlos mit Bezug auf eine konkrete Angelegenheit einer bestimmten Person erteilt worden sein. Weiter wird verlangt, dass die Behörde zur Auskunftserteilung zuständig war oder der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte. Ausserdem durfte die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennbar sein. Ferner mussten gestützt auf die Auskunft Dispositionen getroffen werden, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können. Schliesslich durfte die relevante Rechts- und Sachlage seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren (Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 Rz. 4 und 15 ff., Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 667 ff.). Sind die erwähnten Voraussetzungen erfüllt, bleibt die Behörde an die Vertrauensgrundlage gebunden oder der Vertrauende ist für die erlittenen Nachteile zu entschädigen (Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 22 Rz. 13 f.).

E. 4.3

Wie der Beschwerdeführer richtig vorbringt, hat die Vorinstanz dem Mitarbeitenden der KESB Basel-Stadt auf die konkrete Frage nach dem Datum des genauen Eintreffens der Verfügung beim Beschwerdeführer hin schriftlich mitgeteilt, dass das Zustelldatum der 16. Juli 2018 sei. Vorliegend ging es also nicht um die Frage, wann die Beschwerdefrist zu laufen begann bzw. um die Frage des fristauslösenden Moments, sondern lediglich darum, wann die Risikoerklärung effektiv dem Beschwerdeführer zugestellt wurde. Insofern ist die Auskunft der Vorinstanz als richtig und den Tatsachen entsprechend zu beurteilen (vgl. E. 3.4). Die Behörde hat somit in Bezug auf die konkrete Anfrage gar keine falsche Auskunft erteilt, weshalb es bereits an einer Vertrauensgrundlage fehlt. Daran vermögen weder der

mit "Beschwerde Risikoerklärung Reg-Nr. (...)" bezeichnete Betreff der Anfrage noch - mangels Beweiseignung - der Hinweis des Beschwerdeführers, dass der Mitarbeiter der KESB Basel-Stadt anlässlich eines dem E-Mailverkehr vorausgegangenen Telefonats angeblich mitgeteilt habe, dass er das Datum für die Berechnung der Beschwerdefrist benötige, etwas zu ändern. Entsprechend kann sich der Beschwerdeführer in Bezug auf das für die Fristberechnung massgebliche Zustelldatum nicht auf die Auskunft der Vorinstanz berufen. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass bei bestehender Ungewissheit über den genauen Zeitpunkt der Zustellung einer Verfügung der Adressat aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit selbst alles Zumutbare zu unternehmen hat, um den genauen Zeitpunkt und den Lauf der Rechtsmittelfrist in Erfahrung zu bringen (Urteil des BGer 2C_570/2011 vom 24. Januar 2012, E. 4.3; Cavelti, in: Kommentar VwVG, Art. 20 Rz. 10). Vorliegend war dem Beschwerdeführer bekannt, dass ein erfolgloser Zustellungsversuch erfolgte und er für die Abholung der Sendung die Aufbewahrungsfrist bei der Post verlängerte. In Kenntnis dieser Tatsachen hätte der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer zumindest selber in Erfahrung bringen müssen, ob vorliegend die Zustellfiktion nach Art. 20 Abs. 2bis VwVG zur Anwendung gelangt oder die effektive Zustellung der Verfügung an den Beschwerdeführer für die Berechnung der Rechtsmittelfrist relevant ist, zumal die Auskunft der Vorinstanz von einer Person ohne juristische Ausbildung erfolgte (vgl. Akten Vorinstanz, act. A 2/1). Mithin hätte er auch deshalb nicht allein auf die Auskunft der Vorinstanz abstellen dürfen.

E. 5

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung gemäss Art. 20 Abs. 2bis VwVG am 13. Juli 2018 als zugestellt gilt (vgl. E. 3) und sich der Beschwerdeführer vorliegend nicht auf den Vertrauensschutz berufen kann (vgl. E. 4). Demnach begann die 30-tägige Beschwerdefrist am 14. Juli 2018 zu laufen (vgl. Art. 20 Abs. 1 VwVG) und ist unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes vom 15. Juli 2018 bis zum 15. August 2018 (Art. 22 Abs. 1 Bst. b VwVG) am 13. September 2018 abgelaufen. Die am 14. September 2018 vom Beschwerdeführer erhobene Beschwerde wurde somit nicht fristgerecht eingereicht, weshalb auf die vorliegende Beschwerde nicht einzutreten ist.

E. 6

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu befinden.

E. 6.1

Die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Dem unterliegenden Beschwerdeführer wurde indes vom zuständigen Instruktionsrichter mit Zwischenverfügung vom 11. Oktober 2018 die unentgeltliche Prozessführung gewährt, weshalb er keine Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 65 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz trägt als Bundesbehörde keine Verfahrenskosten (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 6.2

Der unterliegende Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] e contrario). Als Bundesbehörde hat auch die Vorinstanz keinen solchen Anspruch (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

E. 6.3

Mit Zwischenverfügung vom 11. Oktober 2018 wurde dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsverteiständung gewährt. Seinem Rechtsvertreter ist daher aus der Gerichtskasse eine Entschädigung aus unentgeltlicher Rechtspflege auszurichten (vgl. Urteile des BVGer A-3121/2017 vom 1. September 2017 E. 5.3, A-7675/2015 vom 21. Juni 2016 E. 4.3, A-6903/2015 vom 25. April 2016 E. 10). Da der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers keine Kostennote eingereicht hat, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (vgl. - allerdings in Bezug auf die Parteientschädigung - Art. 14 Abs. 2 VGKE). Wie aus Art. 12 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 1 VGKE hervorgeht, hat die Entschädigung für die unentgeltliche Verbeiständung (ebenso wie eine Parteientschädigung) nicht jeden erdenklichen, sondern nur den notwendigen Aufwand zu ersetzen (vgl. Urteil des BVGer A-6903/2015 vom 25. April 2016 E. 10). Es rechtfertigt sich, die dem unentgeltlichen Rechtsbeistand auszurichtende Entschädigung vorliegend ermessensweise sowie in Anlehnung an die Praxis zur Parteientschädigung auf Fr. 2'000.- festzusetzen. Der Beschwerdeführer wird im Übrigen darauf hingewiesen, dass er nach Art. 65 Abs. 4 VwVG, sollte er als bedürftige Partei später zu hinreichenden Mitteln gelangen, der Gerichtskasse für die erwähnte Entschädigung Ersatz zu leisten hat.

E. 7

Das vorliegende Urteil ist endgültig. Es kann nicht mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. i des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]); Urteil des Bundesgerichts 1C_590/2018 vom 26. November 2018 E.3). (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

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