

# **BVGer B-4015/2023 vom 20. Februar 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-02-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4015\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4015_2023)

FR: TAF B-4015/2023 du 20 février 2024

IT: TAF B-4015/2023 del 20 febbraio 2024

## **Regeste**

Anerkennung Abschluss/Ausbildung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d VGG). Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG), hat den Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Voraussetzungen der Beschwerde sind insoweit erfüllt.

### **E. 1.2**

Die Beschwerde richtet sich gegen den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz, der das Anfechtungsobjekt ist. Die Anträge der Beschwerde, die sich ihrerseits im Rahmen des Anfechtungsobjekts - des Dispositivs des angefochtenen Entscheids - bewegen müssen, bestimmen den Streitgegenstand. Dieser kann im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nur eingengt, nicht aber erweitert oder verändert werden (BGE 144 II 359 E. 4.3; 142 II 243 E. 2.1; 136 II 457 E. 4.2; 136 II 145 E. 5). Der erstinstanzliche Entscheid kann weder Anfechtungsobjekt noch Streitgegenstand im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht sein. Soweit der Beschwerdeführer dessen Aufhebung beantragt, geht er über den Streitgegenstand hinaus, was unzulässig ist. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 20 Abs. 2bis VwVG gilt eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift des Adressaten oder einer anderen berechtigten Person überbracht wird, spätestens am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt (sog. Zustellfiktion). Parteien, die in einem Verfahren Begehren stellen, haben nach Art. 11b VwVG der Behörde ihren Wohnsitz oder Sitz anzugeben. Wenn sie im Ausland wohnen, haben sie in der Schweiz ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen, es sei denn, das Völkerrecht oder die zuständige ausländische Stelle gestattet der Behörde, Schriftstücke im betreffenden Staat direkt zuzustellen (Abs. 1). Die Parteien können überdies eine elektronische Zustelladresse angeben und ihr Einverständnis erklären, dass Zustellungen auf dem elektronischen Weg erfolgen. Der Bundesrat kann vorsehen, dass für elektronische Zustellungen weitere Angaben der Parteien notwendig sind (Abs. 2). Bei der Aufforderung zur Bezeichnung eines Zustellungsdomizils handelt es sich um einen Hoheitsakt, der nach dem völkerrechtlichen Prinzip der Souveränität nicht auf dem Gebiet eines anderen Staates vorgenommen werden darf; die Zustellung solcher Verfügungen hat daher grundsätzlich auf

dem Weg der Rechtshilfe bzw. Amtshilfe zu erfolgen, soweit es nicht um lediglich informative Mitteilungen geht (BGE 143 III 28 E. 2.2.1 m.H.). Vorbehalten bleiben völkerrechtliche Verträge.

## **E. 2.2**

Das Europäische Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland ist für die Schweiz am 1. Oktober 2019 in Kraft getreten (nachfolgend: Übereinkommen; SR 0.172.030.5). Das Übereinkommen ist auf alle Verwaltungssachen anwendbar, mit Ausnahme der Steuer- und Strafsachen (Art. 1 Abs. 2). Es sieht vor, dass die Staaten eine zentrale Behörde bezeichnen, welche das Erforderliche zu veranlassen hat (Art. 2 Abs. 1). Neben der Zustellung über die zentrale Behörde lässt das Übereinkommen auch andere Zustellungswege zu, wenn die Staaten keine einschränkende Erklärung abgeben. Ein Schriftstück kann von einem Konsularbeamten oder Diplomaten des ersuchenden Staates dem Empfänger zugestellt werden (Art. 10 Abs. 1: sog. direkter konsularischer Weg), was jedem Vertragsstaat freisteht (Art. 12 Abs. 1). Auch die Möglichkeit, die Zustellung unmittelbar durch die Post vorzunehmen (Art. 11 Abs. 1) ist vorgesehen (vgl. Botschaft vom 30. August 2017 zur Genehmigung und zur Umsetzung der Übereinkommen Nr. 94 und Nr. 100 des Europarates über die grenzüberschreitende Verwaltungszusammenarbeit [nachfolgend: Botschaft], BBl 2017 5947, 5961).

## **E. 2.3**

Die Zustellung durch die Post regelt das Übereinkommen in Art. 11. Danach kann jeder Vertragsstaat Personen, die sich im Hoheitsgebiet anderer Vertragsstaaten befinden, Schriftstücke unmittelbar durch die Post zustellen lassen (Abs. 1). Mittels Erklärung kann ein Vertragsstaat der Zustellung durch die Post in seinem Hoheitsgebiet wegen der Staatsangehörigkeit des Empfängers oder für bestimmte Arten von Schriftstücken ganz oder teilweise widersprechen (vgl. Abs. 2). Deutschland ist Vertragsstaat und hat eine widersprechende Erklärung abgegeben: «The Federal Republic of Germany objects to the service of documents through the post within its territory» (< <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=094&codeNature=0> >, abgerufen am 14.2.2024).

## **E. 2.4**

Die Vorinstanz räumt in ihrer Vernehmlassung ein, dass gemäss dem Übereinkommen keine direkten Postzustellungen von Schriftstücken in Verwaltungssachen erfolgen sollten. Es würden dennoch jährlich bis zu 10'000 Verfügungen zur Anerkennung ausländischer Berufsqualifikationen direkt ins Ausland versandt - «aus Gründen der Machbarkeit». Eine Übermittlung via zentrale Zustellbehörde in Deutschland würde die Bearbeitung der Gesuche verlängern. Das widerspräche den Prinzipien und Zielen der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (nachfolgend: Richtlinie 2005/36/EG), und es wäre mit dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweiz und der EG über die Freizügigkeit (nachfolgend: Freizügigkeitsabkommen; SR 142.112.681) nicht kompatibel, wenn von EU-Bürgern verlangt würde, ein Zustellungsdomizil - eine Zustellungsadresse oder eine Zustellungsvertretung - anzugeben. Die Erstinstanz nimmt in ihrer Vernehmlassung im gleichen Sinn Stellung. Sie vertritt die Auffassung, die Angabe eines Zustellungsdomizils verstosse gegen die Richtlinie 2005/36/EG - worauf der Bundesrat in der Botschaft hingewiesen habe. Die direkte postalische Zustellung ins Ausland habe bisher zu keinerlei Problemen geführt. Eine

«streng völkerrechtskonforme Handhabung» wäre ein unverhältnismässiges Hindernis bei der Verwirklichung der Personenfreizügigkeit oder Dienstleistungserbringung. Mit der Zustellung einer Verfügung im Rahmen der Anerkennung von ausländischen Abschlüssen würde keine Verfügung versandt, die auf dem Territorium des Zustellstaates Rechtswirkung entfalte. Die Souveränität sei somit nicht tangiert. Soweit von einer Souveränitätsbeschränkung die Rede sein könne, seien dieser die Interessen der Einzelnen an der Nichtdiskriminierung im Sinne des Freizügigkeitsabkommens und an der Beschleunigung der Verfahren gegenüberzustellen. Die Zustellung sei rechtmässig erfolgt.

## **E. 2.5**

Die Botschaft des Bundesrates nimmt im Zusammenhang mit dem Entsendegesetz vom 8. Oktober 1999 (EntsG; SR 823.20) auf das Freizügigkeitsabkommen Bezug. Der Bundesrat hält fest, die Bezeichnung eines Zustelldomizils im Rahmen des Vollzugs des Entsendegesetzes sei zwar mit der Personenfreizügigkeit nicht vereinbar, weist jedoch darauf hin, dass gerade der Beitritt zum Übereinkommen Nr. 94 des Europarates punktuell Abhilfe schaffen könne (BBl 2017 5947, 5959). Mit der Unterbreitung des Übereinkommens erachtete er den parlamentarischen Vorstoss als erfüllt, weshalb er dessen Abschreibung beantragte (BBl 2017 5947, 5959). Die Vernehmlassungen von Vor- und Erstinstanz machen keine Gründe namhaft, weshalb die Angabe eines Zustellungsdomizils völkerrechtliche Vorgaben verletzen sollte. Weder das Freizügigkeitsabkommen noch die Richtlinie 2005/36/EG regeln die Amtshilfe, Zusammenarbeit oder Zustellung in Verwaltungssachen. Genau dies regelt das Übereinkommen. Eine Zustellung ist selbstredend ein Hoheitsakt, der nach dem völkerrechtlichen Prinzip der Souveränität nicht auf dem Gebiet eines anderen Staats vorgenommen werden darf, soweit ein Staatsvertrag nicht etwas anderes vorsieht. Die rechtsanwendenden Behörden können sich nicht auf Individualinteressen, Machbarkeit, Prinzipien oder Ziele berufen, um einer staatsvertraglichen Regelung die Anwendung zu versagen, wenn sie klar ist. Da das Übereinkommen eine klare Regelung enthält, erweist sich die Praxis der direkten postalischen Zustellung nach Deutschland als rechtswidrig.

## **E. 3.1**

Lehre und Rechtsprechung gehen vom Grundsatz aus, dass ein mangelhafter Entscheid auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts anfechtbar ist. Nur ausnahmsweise ist ein Entscheid nichtig. Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit. Die Annahme der Nichtigkeit setzt voraus, dass der Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet wird (BGE 148 II 564 E. 7.2; 147 III 226 E. 3.1.2; 145 III 436 E. 4, je m.w.H.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 2020 Zürich/St. Gallen, Rz. 1098). Ein nichtiger Entscheid ist ex tunc unwirksam, entfaltet keinerlei Rechtswirkung, kann nie in Rechtskraft treten und darf nicht vollstreckt werden. Die Nichtigkeit kann nur festgestellt werden; sie wird nicht aufgehoben. Sie kann von jedermann und jederzeit - auch noch im Vollstreckungsverfahren - geltend gemacht werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1096, 1099-1101). Anfechtbarkeit bedeutet, dass der Mangel im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens geltend zu machen ist. Die Unterscheidung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit gilt für formell-rechtlich und materiell-rechtlich begründete Mängel gleichermaßen.

## **E. 3.2**

Das Bundesgericht nimmt in der jüngeren publizierten Rechtsprechung an, eine unzulässige direkte postalische Zustellung begründe im Lichte des Völkerrechts einen Eröffnungsmangel (BGE 147 IV 518 E. 3.3; vgl. zum Begriff des Eröffnungsmangels auch BGE 133 II 353 E. 4.1 und 122 V 189 E. 2) mit der Folge, dass die Rechtsmittelfristen erst mit der tatsächlichen Kenntnis zu laufen beginnen (BGE 142 II 411 E. 4.2.1 m.H.). In der nicht publizierten Rechtsprechung nimmt das Bundesgericht gelegentlich an, eine unzulässige direkte postalische Zustellung führe dazu, dass der Entscheid nichtig sei (vgl. Urteil des BGer 2C\_827/2015 vom 3. Juni 2016 E. 3.4 und die dort referierten Urteile). Der Entscheid sei ein Nichturteil, das als «formlose Mitteilung ohne Rechtswirkung» zu betrachten sei (vgl. Urteil des BGer 2C\_478/2017 vom 9. April 2018 E. 5.5). Allerdings wird im Urteilsdispositiv nicht festgestellt, dass der Akt nichtig ist, was gegen die Annahme der Nichtigkeit spricht. Die Rechtsprechung schliesst demnach bei direkter postalischer Zustellung, die völkerrechtswidrig ist, nicht generell auf einen nichtigen Akt, sondern jedenfalls auf eine mangelhafte Eröffnung. Die Mangelhaftigkeit wird offenbar aufgrund der gesetzlichen Konkretisierungen und den konkreten Umständen des Einzelfalles beurteilt, wobei als Richtschnur der Beurteilung der Grundsatz von Treu und Glauben gilt, an dem die Berufung auf Formmängel in jedem Fall ihre Grenze findet (BGE 122 V 189 E. 2).

### **E. 3.3**

Das Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland regelt die zwischenstaatliche Zusammenarbeit. Die Vertragsstaaten verpflichten sich, einander bei der Zustellung Amtshilfe zu leisten (Art. 1 Abs. 1). Die Vorschriften können verletzt sein. Die Rechtsfolge einer Verletzung ist durch das Übereinkommen insoweit geregelt, als Art. 14 die Gründe anführt, aus denen das Ersuchen um Erledigung der Zustellung abgelehnt werden kann (Art. 14 Abs. 1 Bst. a-c). Insoweit ist die Rechtsfolge völkerrechtlich geregelt. Angesichts dessen, dass es sich um ein Amtshilfe-Übereinkommen handelt, scheint es fraglich, ob ein privater Beschwerdeführer sich auf die Völkerrechtswidrigkeit der Eröffnung berufen kann, weil diese Art der Rechtswidrigkeit nur die zwischenstaatliche Ebene und nicht die einzelnen Privaten betrifft (BGE 119 Ib 429 E. 2a). Anders verhält es sich indes, wenn die Eröffnung - wie hier - eine fristauslösende Mitteilung betrifft. Eröffnung ist ein verfahrensrechtlicher Vorgang, der es dem Adressaten ermöglicht, vom Inhalt des Entscheides Kenntnis zu nehmen, während die Zustellung den &lt;technischen&gt; Vorgang der Übermittlung darstellt. Sie ist eine Teilhandlung im Rahmen des Eröffnungsvorganges (vgl. Uhlmann/Schilling-Schwank, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., 2023, Art. 34 N 2 und 9). Wenn es um eine fristauslösende Mitteilung geht, müssen die völkerrechtlichen Vorschriften eingehalten sein, damit die Eröffnung als ordnungsgemäss und nicht als mangelhaft gilt. Die Rechtsfolge der mangelhaften Eröffnung richtet sich alsdann nach dem innerstaatlichen Grundsatz, dass den Parteien aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil erwachsen darf (Art. 38 VwVG). Da die postalische Zustellung nach Deutschland rechtswidrig erfolgte (oben E. 2.5), leidet die Eröffnung an einem Mangel. Das schliesst aus, dass die Mitteilung spätestens am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt gilt (Art. 20 Abs. 2bis VwVG; Zustellfiktion, oben E. 2.1), weshalb die Frist zur Beschwerdeerhebung erst mit der tatsächlichen Kenntnisnahme zu laufen beginnen konnte (BGE 142 II 411 E. 4.2.1). Dadurch, dass die Vorinstanz trotz mangelhafter Zustellung eine Zustellfiktion annimmt, verletzt sie Bundesrecht.

### **E. 3.4**

Die Voraussetzungen für die Nichtigkeit des direkten Zustellungsakts sind gleichwohl nicht erfüllt. Die Rechtsfolge ist nur anzunehmen, wenn die Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet (oben E. 3.1). Eine generelle Nichtigkeit scheidet schon deshalb aus, weil eine Vielzahl geregelter Rechtsbeziehung ex tunc unwirksam wären (vgl. E. 2.4), was sich mit der Rechtssicherheit nicht vereinbaren liesse. Das Interesse an der Rechtssicherheit überwiegt daher das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung, zumal die Wiederholung der Zustellungsakte zur richtigen Rechtsanwendung auf einen Leerlauf hinausliefe. Wenn alle in der Vergangenheit geregelten Rechtsbeziehungen über die Anerkennung von ausländischen Ausbildungen keinen Bestand mehr hätte, wäre die Rechtssicherheit nicht nur ernsthaft, sondern in erheblichem Masse gefährdet. Auch das Verhalten im Verfahren kann die Berufung auf einen Formfehler mit der Folge der Nichtigkeit ausschliessen. Wer sich darauf berufen will, muss die Rüge nach Treu und Glauben so rechtzeitig vorbringen, wie es von einer sorgfältig prozessierenden Partei unter den gegebenen Umständen erwartet werden darf und muss; ansonsten ist die Rüge verwirkt (vgl. BGE 122 V 189 E. 2).

### **E. 3.5**

Der Beschwerdeführer im hier zu beurteilenden Fall hat sich nie darauf berufen, dass die direkte postalische Zustellung nach Deutschland nichtig sei. Nach dem ersten Zustellversuch hat er - im Gegenteil - der Erstinstanz seine Wohnsitzadresse in Deutschland bestätigt und sie ersucht, ihm die Verfügung nochmals postalisch zustellen. Er habe einen Nachbar zur Entgegennahme der Post bevollmächtigt. Auch im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht beruft er sich nicht auf Nichtigkeit der Zustellung. Er beantragt namentlich nicht, die nichtige Zustellung sei festzustellen. Er ficht den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vielmehr an, damit sie auf die Beschwerde eintritt und seiner Ausbildung die Anerkennung für die Schweiz ausspricht. Aufgrund der Umstände des Einzelfalls kann daher nicht auf die Nichtigkeit der Verfügung der Erstinstanz geschlossen werden. Aus diesen Gründen führt der völkerrechtswidrige Zustellungsakt vorliegend nicht zur Nichtigkeit, sondern zu einer mangelhaften Eröffnung, welche die Anfechtbarkeit der erstinstanzlichen Verfügung nach sich zog.

### **E. 4**

Aufgrund der Akten steht im vorliegenden Fall fest, dass der Beschwerdeführer die zweite postalische Zustellung am 4. Februar 2023 entgegennahm. Den Empfang hat er unterschriftlich bestätigt. Ab diesem Zeitpunkt hatte er tatsächlich Kenntnis von der eröffneten Verfügung, womit die Frist zur Beschwerdeerhebung einsetzte. Am 18. Februar 2023 erhob er vor Vorinstanz Beschwerde. Da er die Beschwerdeschrift innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung einreichte (Art. 50 Abs. 1 VwVG), erfolgte die Beschwerdeerhebung rechtzeitig. Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz auf verspätet erhobene Beschwerde verletzt daher Bundesrecht und ist aufzuheben.

### **E. 5**

Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerde gutzuheissen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Der angefochtene Entscheid vom 13. Juni 2023 ist aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Anweisung, auf die Beschwerde des Beschwerdeführers einzutreten.

### **E. 6.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Dem Beschwerdeführer ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 500.- nach Eintritt der Rechtskraft zurückzuerstatten.

#### **E. 6.2**

Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für notwendige Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da der Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht hat, setzt das Gericht die Parteientschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Berechnungsfaktoren (Art. 8, 9 und 11 VGKE) ist sie auf Fr. 1'000.- festzusetzen. Die Vorinstanz ist anzuweisen, dem Beschwerdeführer diesen Betrag als Parteientschädigung zu entrichten.

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