

# **SO\_GERICHTE VWBES.2018.273 vom 30. November 2017**

SO Obergericht, 2017-11-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VWBES.2018.273](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2018.273)

FR: SO\_GERICHTE VWBES.2018.273 du 30 novembre 2017

IT: SO\_GERICHTE VWBES.2018.273 del 30 novembre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Mit Verfügung vom 30. November 2017 verweigerte die Bau- und Werkkommission der Einwohnergemeinde C.\_\_\_\_ die nachträgliche Baubewilligung für die Erweiterung der Nutzung des bestehenden Mehrzweckraumes zur Wohnnutzung auf dem Grundstück GB C.\_\_\_\_ Nr. [...] und verpflichtete die Bauherrschaft A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ zum Rückbau bis am 15. Januar 2018.

### **E. 2**

Diesen Entscheid fochten A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführer genannt) mit Beschwerde vom 8. Dezember 2017 beim Bau- und Justizdepartement an.

### **E. 3**

Mit Verfügung vom 3. Januar 2018 wurden die Beschwerdeführer zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 1'500.00 bis zum 19. Januar 2018 aufgefordert. Gleichzeitig wurde ihnen angedroht, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werde, wenn der Vorschuss nicht fristgemäss geleistet werde. Diese eingeschriebene Postsendung wurde an das Bau- und Justizdepartement retourniert mit dem Vermerk «Nicht abgeholt».

### **E. 4**

Das Bau- und Justizdepartement trat mit Verfügung vom 23. Januar 2018 auf die Beschwerde infolge Nichtbezahlens des Kostenvorschusses nicht ein und auferlegte den Beschwerdeführern die Verfahrenskosten von CHF 80.00.

### **E. 5**

Gegen diesen Entscheid wandten sich die Beschwerdeführer am 1. Februar 2018 an das Verwaltungsgericht, welches die Beschwerde mit Urteil vom 28. Mai 2018 als Wiedereinsetzungsgesuch an das Bau- und Justizdepartement überwies und auf die Erhebung von Verfahrenskosten verzichtete.

#### **E. 5.1**

Das VRG regelt die Form der Eröffnung in § 21: Verfügungen und Entscheide sind den Parteien schriftlich zu eröffnen, so weit nötig oder durch Gesetz vorgeschrieben zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Abs. 1). Bei Dringlichkeit kann die Eröffnung mündlich erfolgen; sie ist ohne Verzug schriftlich zu bestätigen (Abs. 2). Ist die Zustellung der Verfügung nicht möglich, so kann sie amtlich publiziert werden; Artikel 141 der Schweizerischen Zivilprozessordnung ist sinngemäss anwendbar (Abs. 3).

#### **E. 5.2**

Der Beweis der Tatsache und des Datums der Zustellung von Verfügungen und Entscheiden obliegt den Behörden (BGE 124 V 400 E. 2a). Bedienen sie sich dabei aber der Post und ist

- infolge Unmöglichkeit der direkten Übergabe - eine Abholungseinladung auszustellen, ist davon auszugehen, dass der oder die Postangestellte diese ordnungsgemäss in den Briefkasten oder in das Postfach des Empfängers gelegt und das Zustellungsdatum korrekt registriert hat (BGE 85 IV 115). Insoweit handelt es sich um eine natürliche Vermutung, die durch den Gegenbeweis entkräftet werden kann (Urteil des Bundesgerichts 2C\_128/2012 vom 29. Mai 2012 E. 2.2 mit Hinweisen). Für das Gelingen des Gegenbeweises ist bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird beziehungsweise Zweifel an dessen Richtigkeit begründet werden, nicht aber, dass das Gericht von der Schlüssigkeit der Gegendarstellung überzeugt wird. Insoweit unterscheidet sich der Gegenbeweis vom Beweis des Gegenteils, der sich gegen eine gesetzliche Vermutung richtet und seinerseits ein Hauptbeweis ist (BGE 130 III 321 E. 3.4, 120 II 393 E. 4b; Urteil des Bundesgerichts 5A\_98/2011 vom 3. März 2011 E. 2.3). Es erscheint auch sachlich gerechtfertigt, zur Widerlegung der fraglichen Vermutung keinen strikten Beweis zu verlangen, sondern den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung genügen zu lassen. Denn der Nichtzugang einer Abholungseinladung ist eine negative Tatsache, für die naturgemäss kaum je der volle Beweis erbracht werden kann (Urteil des Bundesgerichts 2C\_38/2009 vom 5. Juni 2009 E. 4.1). Hinsichtlich der Ausstellung der Abholungseinladung findet also insofern eine Umkehr der Beweislast in dem Sinn statt, als im Fall der Beweislosigkeit zuungunsten des Empfängers zu entscheiden ist, der den Erhalt der Abholungseinladung bestreitet (Urteile des Bundesgerichts 2C\_780/2010 vom 21. März 2011 E. 2.4, das Ganze zitiert aus: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7100/2013 vom 18. Februar 2014, E. 2.2 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 5.3**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten behördliche Sendungen in Prozessverfahren nicht erst dann als zugestellt, wenn der Adressat sie tatsächlich in Empfang nimmt. Es genügt, wenn die Sendung in den Machtbereich des Adressaten gelangt, sodass er sie zur Kenntnis nehmen kann. Wird der Empfänger einer eingeschriebenen Briefpostsendung oder Gerichtsurkunde nicht angetroffen und wird daher eine Abholeinladung in seinen Briefkasten oder in sein Postfach gelegt, so gilt die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in dem sie auf der Poststelle abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der Abholfrist, die sieben Tage beträgt, wird die Sendung am letzten Tag dieser Frist als eröffnet vermutet. Diese sogenannte «Zustellfiktion» rechtfertigt sich, weil für die an einem Verfahren Beteiligten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben die Pflicht besteht, dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte eröffnet werden können. Die Rechtsprechung gilt während eines hängigen Verfahrens, wenn die Verfahrensbeteiligten mit der Zustellung eines behördlichen oder gerichtlichen Entscheides oder einer Verfügung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit rechnen müssen (Erfordernis des hängigen Prozessrechtsverhältnisses). Sowohl die Zustellpflicht der Behörde als auch die Empfangspflicht der Verfahrensbeteiligten sind vernünftig, d.h. weder mit übertriebener Strenge noch mit ungerechtfertigtem Formalismus, zu handhaben (statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 2C\_35/2016 vom 18. Juli 2016, E. 3.1. mit Hinweisen).

### **E. 5.4**

Vorliegend wurden die Beschwerdeführer mit Verfügung vom 3. Januar 2018 des BJD zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgefordert. Gleichzeitig wurde angedroht, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werde, wenn der Kostenvorschuss nicht innert der angesetzten Frist bezahlt werde. Auf dem für diese eingeschriebene Sendung ausgedruckten

Beleg der Post («Track & Trace») geht hervor, dass den Beschwerdeführern am 5. Januar 2018 die Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt wurde («Zur Abholung gemeldet») und innerhalb der Abholungsfrist nicht abgeholt worden ist. Wenn die Post für die Zustellung von eingeschriebenen Sendungen schon über ein solches Nachweissystem verfügt und im konkreten Fall auch angewendet hat, darf grundsätzlich auf diese Vermerke abgestellt werden; dieses System dient ja gerade dem Nachweis des Ablaufs des Zustellungsvorgangs (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_780/2010 vom 21. März 2011, E. 2.7).

## **E. 6**

Das Bau- und Justizdepartement wies das Wiedereinsetzungsgesuch am 27. Juni 2018 ab und auferlegte den Beschwerdeführern Verfahrenskosten von CHF 300.00.

### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführer bringen im Wesentlichen vor, sie hätten das Schreiben vom 3. Januar 2018 des BJD bzw. die entsprechende Abholungseinladung der Post nie erhalten. Noch am 26. Januar 2018 (Empfang der Nichteintretensverfügung) habe der Beschwerdeführer beim BJD persönlich vorgesprochen, den Sachverhalt ausgeführt und angeboten, den Kostenvorschuss direkt vor Ort zu begleichen. Dies sei jedoch als unmöglich abgelehnt worden. Stattdessen seien ihm die sich nun bietenden rechtlichen Möglichkeiten dargelegt worden. Sie seien nicht verpflichtet gewesen, nach dem Einreichen ihrer Beschwerde beim BJD nachzufragen, ob sie allenfalls bereits eine Kostenvorschussverfügung hätten erhalten sollen. Bereits die lange Vorgeschichte dieser Beschwerde und die angeführten Beweismittel würden belegen, dass sie sämtliche Schreiben der Behörden und Gerichte immer fristgerecht, meist aber sogar umgehend bzw. am ersten Tag der Abholungsfrist abgeholt hätten. Es sei auch nicht so, dass sie sich etwa durch das Nichtabholen der Mitteilung des BJD einen Vorteil hätten erhoffen können. Alleine schon die Einlegung diverser Beschwerden seit der Nichteintretensverfügung vom 23. Januar 2018 belege, dass sie an einer Fortführung des Beschwerdeverfahrens vor dem BJD interessiert gewesen seien und sicher nicht die Abholungsfrist hätten verstreichen lassen, wenn sie die Abholungseinladung denn erhalten hätten. Weiter seien sie im Januar 2018 weder in den Ferien noch sonst länger ortsabwesend gewesen. Die Abholungseinladung könnte statt im Briefkasten unbemerkt auf dem Boden gelandet sein, der Postbote könnte sie unabsichtlich mit der übrigen Post wieder mitgenommen oder gar absichtlich nicht zugestellt haben.

### **E. 6.2**

Die Beschwerdeführer vermögen mit ihren Vorbringen die natürliche Vermutung, dass die Abholungseinladung ordnungsgemäss in ihren Briefkasten gelegt wurde, nicht zu widerlegen. Es werden nämlich nicht besondere Umstände dokumentiert, die für die Pflichtwidrigkeit eines Postangestellten bei der Verteilung der Abholungseinladung im vorliegenden Fall sprächen. Dass es im Bereich des Möglichen liegt, dass der Poststelle Fehler unterlaufen, liegt in der Natur der Sache, reicht jedoch nicht aus, um berechtigte Zweifel an der ordnungsgemässen Zustellung im hier fraglichen konkreten Einzelfall zu begründen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7100/2013 vom 18. Februar 2014, E. 3.2).

### **E. 6.3**

Die Beschwerdeführer monieren, die streitbetroffene Sendung hätte nach der Retournierung an das BJD als normale A- oder B-Post-Sendung zugestellt werden müssen. So hätten sie gar nie Gelegenheit gehabt, sich vor dem BJD zur Situation zu äussern, weshalb eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege. Die Beschwerdeführer verkennen, dass sie selbst bei nachträglicher Zustellung mit normaler Post (die im Übrigen rechtlich unbeachtlich wäre) die Zahlungsfrist nicht mehr hätten einhalten können, da die retournierte Sendung gemäss Eingangsstempel am 19. Januar 2018 ■ mithin am letzten Tag der Frist ■ beim BJD eingetroffen ist. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz ist auch hier nicht ersichtlich: Die Rechtsfolge bei Nichtbezahlen des Kostenvorschusses wurde bereits angedroht. Auch aus Gründen der Praktikabilität und Effizienz ist das Vorgehen der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Zusammenfassend steht fest, dass bezüglich der Nichtbezahlung des Kostenvorschusses kein unverschuldeter Hinderungsgrund bestand. Die Vorinstanz hat das Wiedereinsetzungsgesuch zu Recht abgewiesen.

7. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet, weshalb sie vollumfänglich abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die unterliegenden Beschwerdeführer die Kosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht von CHF 600.00, unter solidarischer Haftbarkeit, zu tragen (§ 77 VRG i.V.m. Art. 106 ff. der eidgenössischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]).

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. A. \_\_\_ und B. \_\_\_ haben die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 600.00, unter solidarischer Haftbarkeit, zu bezahlen.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Die Gerichtsschreiberin

Gottesman

## **E. 7**

Dagegen wandten sich die Beschwerdeführer mit Beschwerde vom 5. Juli 2018 an das Verwaltungsgericht und beantragten, die Verfügungen des Bau- und Justizdepartements vom 23. Januar 2018 und vom 27. Juni 2018 in der Beschwerdesache 2017/161 seien aufzuheben und die Angelegenheit sei zur Ansetzung einer Frist zur Bezahlung eines Kostenvorschusses und zur materiellen Beurteilung der Beschwerde der Beschwerdeführer vom 8. Dezember 2017 an das Bau- und Justizdepartement zurückzuweisen, unter Kostenfolge. In formeller Hinsicht beantragten sie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

## **E. 8**

Mit Präsidialverfügung vom 6. Juli 2018 wurde festgestellt, dass die Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands vorläufig nicht vollstreckbar ist.

#### **E. 9**

Die Bau- und Werkkommission der Einwohnergemeinde C.\_\_\_\_ liessen sich mit Eingabe vom 6. August 2018 vernehmen. Das Bau- und Justizdepartement (nachfolgend BJD genannt) beantragte mit Stellungnahme vom 17. August 2018 die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei; unter Kostenfolge.

#### **E. 10**

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit erheblich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **II.**

1. Soweit die Beschwerdeführer die Aufhebung der Verfügung vom 23. Januar 2018 verlangen, verkennen sie, dass die Rechtsmittelfrist von 10 Tagen nicht gewahrt ist, weshalb auf dieses Rechtsbegehren nicht eingetreten werden kann. Taugliches Anfechtungsobjekt im vorliegenden Verfahren ist einzig der Entscheid der Vorinstanz vom 27. Juni 2018. Diesbezüglich ist die Beschwerde frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. § 49 Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12). Die Beschwerdeführer sind durch diesen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerdelegitimiert. Soweit die Abweisung des Wiedereinsatzgesuchs angefochten wird, ist auf die Beschwerde demnach einzutreten.

2. Die Beschwerdeführer beantragen die Befragung zweier Zeuginnen. Gemäss § 52 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG, BGS 124.11) sind die Verwaltungsgerichtsbehörden nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden. Sie können von Amtes wegen Beweiserhebungen anordnen. Vorliegend geht der Sachverhalt genügend klar aus den Akten hervor. Die Beschwerdeführer legen in ihrer Beschwerde den Inhalt der Gespräche mit den Zeuginnen bereits umfassend dar. Es ist nicht ersichtlich, welche zusätzlichen Erkenntnisse, die nicht bereits Eingang in Rechtsschriften und Akten gefunden haben, aus den beiden Zeugenbefragungen hervorgehen könnten. Vom entsprechenden Beweisantrag kann somit in antizipierter Beweiswürdigung ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs abgesehen werden (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.3 mit Hinweisen). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das BJD liegt damit ebenso wenig vor.

3. Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführer die Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses für das von ihnen vor dem BJD angestrebte Beschwerdeverfahren nicht eingehalten haben. Gemäss § 10bisVRG kann eine nicht eingehaltene Frist auf Gesuch hin wiederhergestellt werden, wenn der Gesuchsteller oder sein Vertreter unverschuldet abgehalten worden ist, innert der Frist zu handeln (Abs. 1). Das Gesuch um Wiederherstellung ist schriftlich und begründet innert zehn Tagen seit Wegfall des Hindernisses einzureichen. Innert derselben Frist muss zudem die versäumte Rechtshandlung nachgeholt werden (Abs. 2).

4. Die Beschwerdeführer haben fristgerecht und sinngemäss um Wiederherstellung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses ersucht. Hingegen wurde die verpasste Rechtshandlung (Bezahlung des Kostenvorschusses) bis zum jetzigen Zeitpunkt nicht nachgeholt. Demnach ist fraglich, ob das BJD auf das Gesuch hätte eintreten dürfen. Das Gesuch erweist sich

allerdings ohnehin als unbegründet, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird.

5. Die Beschwerdeführer bringen sinngemäss vor, die Verfügung des BJD vom 3. Januar 2018 sei ihnen nicht eröffnet worden, weshalb sie die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses unverschuldet versäumt hätten.

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