

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00050 vom 22. Juni 2005

ZH Verwaltungsgericht, 2005-06-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2005.00050](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2005.00050)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00050 du 22 juin 2005

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00050 del 22 giugno 2005

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung / Wegweisung (Feststellung der formellen Rechtskraft) | Eröffnung von Verfügungen Solange eine Verfügung nach einem ersten gescheiterten Zustellungsversuch nicht ein zweites Mal zugestellt wurde, bleibt sie ohne rechtliche Wirkungen (E. 2). Eine mündliche Eröffnung ist nur in Ausnahmefällen zulässig (E. 3.1). Vorliegend konnte von der beschwerdeführenden Ausländerin nicht erwartet werden, während einer polizeilichen Befragung die Tragweite eines kurzen Hinweises auf ihr abgelehntes Gesuch um Bewilligungsverlängerung zu erkennen (E. 3.2). Die Eröffnung einer Verfügung ist mit einem schwer wiegenden Mangel behaftet, wenn sie dadurch erfolgt, dass die Behörde dem Betroffenen nach Abschluss des Verfahrens Akteneinsicht gewährt und sich die Verfügung unter den Akten befindet (E. 4.2). Wurde eine Verfügung mangelhaft eröffnet, ist anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls zu prüfen, wann dem Betroffenen zuzumuten ist, dagegen vorzugehen (E. 5.1). Der von der Beschwerdeführerin mandatierte Anwalt musste mangels eines entsprechenden Hinweises durch die Behörde und wegen der übrigen Umstände nicht davon ausgehen, dass sich unter den zur Einsicht übermittelten Akten auch eine noch nicht eröffnete Verfügung befand (E. 5.2). Nachdem der Anwalt vom Bundesamt für Migration auf die (angebliche) Rechtskraft der kantonalen Wegweisungsverfügung hingewiesen wurde, ging er rechtzeitig gegen die Verfügung vor (E. 5.3). Sie ist deshalb noch nicht in Rechtskraft erwachsen (E. 6). Gutheissung und Überweisung an den Regierungsrat zur Behandlung als Rekurs

## Erwägungen

### E. 4

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Auffassung der Vorinstanz, die Beschwerdegegnerin habe die Wegweisungsverfügung rechtsgültig zugestellt. Nach Ansicht des Regierungsrats erfolgte die Zustellung dadurch, dass dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin Akteneinsicht gewährt wurde und sich die Verfügung in den Akten befand.

### E. 4.1

Die Eröffnung von Verfügungen und die Gewährung von Akteneinsicht sind voneinander zu unterscheiden. Die Akteneinsicht wird grundsätzlich nur auf Antrag des Betroffenen gewährt; die Behörde wird somit in der Regel nicht von sich aus tätig (Kölz/Bosshart/Röhl, § 8 N. 71; vgl. BGE 108 Ia 5 E. 2b, 101 Ia 309 E. 2b sowie § 8 Abs. 1 VRG). Ob eine Akteneinsicht überhaupt stattfindet, hängt somit in den meisten Fällen davon ab, ob der Betroffene vor oder nach Abschluss des Verfahrens die Initiative ergreift (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 8 N. 61). Ginge man davon aus, dass mit der Gewährung von Einsicht in die

Akten alle darin enthaltenen Verfügungen eröffnet werden, würde die entsprechenden Rechtsmittelfristen unter Umständen überhaupt nie oder beispielsweise in einem Zeitpunkt zu laufen beginnen, in dem das Verfahren schon längst abgeschlossen ist. § 10 Abs. 1 VRG sieht demgegenüber vor, dass die Behörde ihren Entscheid nach Erledigung des Verfahrens von sich aus schriftlich mitteilt. Ein Antrag des Betroffenen ist dazu nicht erforderlich. Auf diese Weise wird verhindert, dass ein Entscheid mangels entsprechenden (Akteneinsichts-)Gesuchs gar nicht oder erst Jahre später eröffnet wird.

#### **E. 4.2**

Den Vorschriften über Form und Eröffnung von Verwaltungsentscheiden und jenen über die Modalitäten der Akteneinsicht liegen denn auch unterschiedliche Zwecke zugrunde. Da eine Verfügung erst mit ihrer Eröffnung wirksam wird, dienen die gesetzlichen Anforderungen an die Mitteilung von Verwaltungsakten vorab der Rechtssicherheit (vgl. Tschannen/Zimmerli, § 31 N. 4). Die Formerfordernisse wollen gleichzeitig den Verfügungsadressaten schützen. Die förmliche Mitteilung soll bei ihm einen Warneffekt auslösen: Ab sofort kann er nicht mehr darüber im Zweifel sein, welches seine Rechte und Pflichten sind (Tschannen/Zimmerli, § 29 N. 2). Durch die Eröffnung des Entscheids weiss er, dass er nun seinerseits in gesetzlich vorgesehenen Formen handeln (also ein Rechtsmittel ergreifen) muss, wenn er mit dem Verfügteten nicht einverstanden ist (vgl. BGE 113 Ib 296 E. 2a S. 297). Die Gewährung von Akteneinsicht hat demgegenüber nicht die Funktion, den Betroffenen zu warnen. Sie ist auch nicht Ausdruck einer Verpflichtung, sondern einer Berechtigung (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV). Der ihr zugrunde liegende Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV) konkretisiert das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV); er trägt dazu bei, den zu treffenden Sachentscheid zu legitimieren (Benjamin Schindler, Die "formelle Natur" von Verfahrensgrundrechten, ZBl 106/2005, S. 169, 181). Indem das Akteneinsichtsrecht Verfahrensbeteiligung ermöglicht, bringt es zum Ausdruck, dass die Verfahrensparteien Subjekt (Art. 7 BV) und nicht Objekt staatlicher Entscheidungsfindung sind (BGr, 11. September 1963, ZBl 65/1964, S. 216; Tschannen/Zimmerli, § 30 N. 36; Georg Müller in: Kommentar aBV, 1995, Art. 4 N. 85; Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 71). Das Akteneinsichtsrecht will in erster Linie nicht Verpflichtungen und Obliegenheiten auf Seiten der Verfahrenspartei auslösen, sondern seitens der Behörde (sprich alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört; BGE 115 Ia 97 E. 4c). Akteneinsichtsrecht und Formvorschriften lassen sich nach dem Gesagten nur insoweit miteinander vergleichen, als sie die Behörde zur Umsicht im Verkehr mit den Parteien und zur Sorgfalt beim Entscheid in der Sache anhalten (vgl. Tschannen/Zimmerli, § 29 N. 2). Ein weiterer Berührungspunkt besteht im Übrigen darin, dass man die Pflicht zur Mitteilung von Verwaltungsakten ebenfalls aus dem Gehörsanspruch ableiten kann (BGE 113 V 1 E. 2; RB 1983 Nr. 62). Aus den unterschiedlichen Zielrichtungen der beiden Institute folgt, dass die Akteneinsicht nicht dazu verwendet darf, sich der Verpflichtung zur Mitteilung von Entscheiden zu entledigen. Könnte eine Behörde ihre Entscheidungen dadurch eröffnen, dass sie nach Abschluss des Verfahrens auf ein Akteneinsichtsgesuch des Betroffenen wartet, würde sie von ihrer Verpflichtung zur korrekten Zustellung von Verwaltungsakten entbunden. Es wäre vielmehr ausreichend, dass sie irgendwann im Verlaufe des späteren Verfahrens auf Ersuchen des Betroffenen Akteneinsicht gewährt und sich die nicht eröffnete Verfügung irgendwo in den Akten befindet. Nach dem Gesagten war die Übermittlung des Entscheids auf dem Weg der Gewährung von Akteneinsicht mit einem schwerwiegenden Mangel

behaftet. Im Folgenden ist zu prüfen, wie sich dieser Mangel auf die Rechtswirksamkeit des Entscheids auswirkt.

### **E. 5.1**

Wenn eine Verfügung mangelhaft eröffnet wurde, bewirkt dies nicht automatisch ihre Nichtigkeit, sondern in der Regel bloss ihre Anfechtbarkeit. Bezüglich des Zeitpunkts der Anfechtung muss die Beschwerdeinstanz zwischen der Rechtssicherheit und dem Rechtsschutzinteresse des Betroffenen abwägen (dazu und zum Folgenden BGE 102 Ib 91 E. 3; BGr, 14. März 1984, ZBl 85/1984, S. 425 f. E. 3; Kölz/Bosshart/Röhl, § 10 N. 62 ff., Jürg Stadelwieser, Die Eröffnung von Verfügungen, St. Gallen 1994, S. 153 ff., 157 ff.; vgl. auch BGE 119 Ib 64 E. 3b S. 71 f., 111 V 149 E. 4c, 98 V 277 E. 1; BGr, 4. Juli 1979, ZBl 81/1980, S. 24, 29 E. 5a). Die Rechtssicherheit verlangt auf der einen Seite, dass der ungewissen Situation über die Rechtskraft einer Verfügung einmal ein Ende gesetzt wird. Ein Verwaltungsakt soll nicht auf unbestimmte Zeit beliebig in Frage gestellt werden können. So fällt aus Gründen der Rechtssicherheit ein Formfehler nicht ins Gewicht, wenn eine objektiv mangelhafte Eröffnung trotz ihrer Mangelhaftigkeit den Zweck erfüllt hat. Auf der anderen Seite folgt aus dem Anspruch auf faire Behandlung (Art. 29 Abs. 1 BV), dass dem Adressaten einer Verfügung aus deren mangelhafter Eröffnung keine Nachteile erwachsen dürfen (Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 44 N. 25; explizit Art. 38 VwVG und Art. 107 Abs. 3 OG). Bei der Abwägung ist anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist. Dabei kommt der Verpflichtung der Verfahrensparteien zum Handeln nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) besonderes Gewicht zu. In Rechtsmittelverfahren ist jeweils anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls die Frage zu beantworten, wann einer Person zugemutet werden konnte, gegen einen Verwaltungsakt vorzugehen (BGE 111 Ia 280 E. 2b S. 283; BGr, 14. März 1984, ZBl 85/1984, S. 425 f. E. 3; Thomas Gächter, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich etc. 2005, S. 545). Erfährt sie auf Umwegen oder durch Zufall von einem sie betreffenden Verwaltungsakt, ist zu prüfen, wann von ihr erwartet werden kann, den vollständigen Inhalt der Verfügung in Erfahrung zu bringen (BGE 107 Ia 72 E. 4a S. 76, 102 Ib 91 E. 3; vgl. BGE 117 Ib 270 E. 1d). Schnelles Handeln ist von ihr dann zu verlangen, wenn der Entscheid in der Sache dringlichen Charakter hat oder wenn er bereits von einem anderen Verfahrensbeteiligten angefochten wurde (BGr, 31. Dezember 1993, ZBl 95/1994, S. 529 f. E. 2a). Die Beschwerdeführerin mandatierte im April 2004 einen Rechtsanwalt, um ihre Scheidung vorzubereiten. Dieser stellte daraufhin bei der Beschwerdegegnerin ein Akteneinsichtsgesuch, da er in deren Akten für die Scheidung relevante Tatsachen vermutete. Am 21. April 2004 stellte ihm die Beschwerdegegnerin ihre Akten zu. Darin befand sich unter anderem auch die Wegweisungsverfügung vom 14. Oktober 2003. – Aufgrund der Verpflichtung zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung (Art. 12 lit. a des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, BGFA, SR 935.61) hat ein Anwalt die ihm zugestellten Akten sorgfältig zu behandeln und diese wieder an die Behörde zurückzusenden (Walter Feldmann in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2005, Art. 12 N. 46 f.; vgl. auch Art. 2 Abs. 1 BGFA sowie §§ 11 und 14 je Abs. 1 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003, LS 215.1). Dieser Pflicht kam der Anwalt der Beschwerdeführerin nach, indem er von den Akten Kopien erstellen liess und deren Rücksendung veranlasste.

## **E. 5.2**

Aus der Pflicht zur getreuen und sorgfältigen Mandatsführung (Art. 398 Abs. 2 des Obligationenrechts) resultieren weiter gehende Verpflichtungen (vgl. Feldmann in: BGFA-Kommentar, Art. 12 N. 15 und 26). Danach ist der Rechtsanwalt verpflichtet, Kopien der erhaltenen Behördenakten sorgfältig zu studieren. Fallen ihm dabei unauflösbare Widersprüche auf, muss er durch geeignete Abklärungen (etwa durch eine Rückfrage beim Klienten oder bei der Behörde) den Ungereimtheiten nachgehen (Giovanni Andrea Testa, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwalts gegenüber dem Klienten, Zürich 2001, S. 60 f.). Der Zeitpunkt, in dem der Anwalt verpflichtet ist, die Aktenkopien zu studieren, lässt sich nicht allgemein, sondern nur aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls festlegen. So versteht es sich von selbst, dass ein Anwalt die Rechtsmittelfrist einzuhalten hat, wenn ihm der Klient bei der Instruktion einen anfechtbaren Entscheid vorlegt. Hier war dies indessen gerade nicht der Fall. Die Beschwerdeführerin mandatierte den Anwalt in einer scheidungsrechtlichen Angelegenheit. Von einer anfechtbaren fremdenpolizeilichen Verfügung hatte sie keine Kenntnis. Vielmehr hatte sie ein zweites Gesuch um eine Aufenthaltsbewilligung gestellt, nachdem sie nicht wusste, wie über ihr Gesuch vom Vorjahr entschieden worden war. Die Beschwerdegegnerin unterliess es, die Beschwerdeführerin nach Eingang des zweiten Gesuches in zureichender Weise über die Ablehnung des ersten Gesuches zu informieren (vorn 3.2). Auch wenn man von einer umfassenden Instruktion durch die Klientin ausginge, musste der Anwalt davon ausgehen, dass die Gesuche bezüglich der Aufenthaltsbewilligung noch hängig waren. Nach dem Gesagten musste der Anwalt bei der Übermittlung der Akten nicht vermuten, dass sich darin eine Verfügung befindet, die möglicherweise noch gar nicht zugestellt wurde. Ausschlaggebend sind hierbei nicht nur die Umstände der Mandatierung, sondern vor allem die Tatsache, dass ihn die Beschwerdegegnerin nicht auf die Wegweisungsverfügung hingewiesen hatte. Dem Rechtsvertreter war es folglich nicht zuzumuten, die Akten unmittelbar nach deren Erhalt daraufhin zu überprüfen, ob sich unter ihnen eine mitteilungsbedürftige und noch nicht eröffnete Anordnung befindet. Zu welchem Zeitpunkt der Anwalt die Akten erstmals eingehend hätte studieren sollen, bestimmt sich im Wesentlichen aufgrund seines scheidungsrechtlichen Mandats. Die Frage kann hier indessen offen gelassen werden, da der Anwalt bereits eineinhalb Monate nach der Akteneinsicht darauf hingewiesen wurde, dass die kantonale Wegweisungsverfügung nach Ansicht des IMES in Rechtskraft erwachsen sei. Mit der Zustellung dieser Mitteilung vom 3. Juni 2004 musste der Anwalt die notwendigen Schritte ergreifen, um gegen die Wegweisungsverfügung vorzugehen. Dies hat er getan, indem er beim Bundesamt am 28. Juni 2004 die Feststellung beantragte, dass die Verfügung der Beschwerdegegnerin nicht in Rechtskraft erwachsen sei. Damit wurde der ungewissen Situation über die Rechtskraft der Verfügung schon relativ bald ein Ende gesetzt. Das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin überwiegt demgemäss die Forderung nach Rechtssicherheit.

## **E. 5.3**

Die Beschwerdeführerin rügte in ihren Eingaben an das IMES und die Beschwerdegegnerin, die Wegweisungsverfügung sei nicht korrekt zugestellt worden. Eröffnungsmängel sind mit einem Rechtsmittel, hier also mit Rekurs geltend zu machen (vgl. § 20 Abs. 1 VRG; Kölz/Bosshart/Röhl, § 20 N. 15). Schwer wiegende Verfahrensfehler (also etwa die fehlende Zustellung eines Entscheids) können die Nichtigkeit des Entscheids nach sich ziehen (vgl. vorn 2). Auch ein nichtiger

Verwaltungsakt kann jedoch trotz seiner rechtlichen Unwirksamkeit Anfechtungsobjekt eines Rekurses sein (RB 1977 Nr. 8; Yvo Hangartner, Die Anfechtung nichtiger Verfügungen und von Scheinverfügungen, AJP 2003, S. 1053 f.). Dies muss hier umso mehr gelten, als die Beschwerdeführerin sowohl die fehlende als auch die mangelhafte Eröffnung der Wegweisungsverfügung beanstandete (vgl. RB 1986 Nr. 11 am Ende). Das IMES und die Beschwerdegegnerin hätten die entsprechenden Eingaben somit an den Regierungsrat überweisen müssen (§ 5 Abs. 2 Satz 1 VRG; Art. 8 Abs. 1 VwVG, BGE 97 I 852 E. 3a). Damit ging die Beschwerdeführerin rechtzeitig gegen die Wegweisungsverfügung vor (§ 5 Abs. 2 Satz 2 VRG).

#### **E. 6**

Nach dem Gesagten ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und festzustellen, dass die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 14. Oktober 2003 noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Die Sache ist in analoger Anwendung von § 5 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 70 VRG zur Behandlung als Rekurs an den Regierungsrat zu überweisen. Die Kosten von Rekurs- und Beschwerdeverfahren sind ausgangsgemäss der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Diese ist zudem zur Leistung einer Parteientschädigung zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer:

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