

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00718 vom 18. Dezember 2013

ZH Verwaltungsgericht, 2013-12-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2013.00718](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2013.00718)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00718 du 18 décembre 2013

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00718 del 18 dicembre 2013

## Regeste

Widerruf Aufenthaltsbewilligung bzw. Niederlassungsbewilligung | [Der Beschwerdegegner sandte die Ausgangsverfügung zunächst an den Vertreter und - nachdem diese Zustellung gescheitert war - vorbehaltlos auch noch an die Beschwerdeführerin. Die Vorinstanz trat auf den innert 30 Tagen nach Zustellung an die Beschwerdeführerin erhobenen Rekurs nicht ein.] Die Zustellung einer Verfügung gilt bei einem nicht abgeholtenschreiben als am siebten Tag nach dem missglückten Zustellungsversuch erfolgt, sofern der Betroffene mit einer Zustellung rechnen musste (E. 3.2). Einer Partei darf aus einer falschen Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil erwachsen, wenn sie deren Unrichtigkeit auch bei gebührender Sorgfalt nicht erkennen konnte (E. 4.2). Der Beschwerdegegner schuf vorliegend mit seiner vorbehaltlosen zweiten Zustellung einen Vertrauenstatbestand und stellte den dadurch entstandenen Irrtum auch auf Nachfrage des (rechtsunkundigen) Vertreters nicht richtig. Die Beschwerdeführenden durften deshalb darauf vertrauen, dass die Rekursfrist erst mit der zweiten Zustellung zu laufen begonnen habe (E. 4.3). Gutheissung und Rückweisung an die Vorinstanz.

## Erwägungen

### E. 4

Abteilung VB.2013.00718 Urteil der 4. Kammer vom 18. Dezember 2013 Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichter André Moser, Gerichtsschreiber Reto Häggi Furrer. In Sachen 1. A, 2. B, Beschwerdeführer 2 vertreten durch die Beschwerdeführerin 1 (Mutter) diese vertreten durch C, Beschwerdeführende, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Widerruf der Aufenthalts- bzw. Niederlassungsbewilligung, hat sich ergeben: I. Mit Verfügung vom 5. März 2013 widerrief das Migrationsamt des Kantons Zürich die Aufenthaltsbewilligung von A, einer am 1981 geborenen Ausländerin, und die Niederlassungsbewilligung ihres am 2011 geborenen Sohns B und setzte ihnen zum Verlassen der Schweiz eine Frist bis 4. Juni 2013. Diese Verfügung wurde C, dem Vertreter von A und B, am 6. März 2013 zugestellt und am 7. März 2013 zur Abholung gemeldet, jedoch nicht abgeholt. Am 22. März 2013 erfolgte ein zweiter Zustellversuch an die Adresse von A; diese holte die Verfügung am 26. März 2013 ab. Am 30. März 2013 wandte C sich an das Migrationsamt, machte geltend, die Verfügung vom 5. März 2013 nie erhalten zu haben, und ersuchte um eine Zustellung. Zudem bat er um eine Bestätigung, dass die Rekursfrist erst mit der Zustellung der Verfügung zu laufen beginne. Das Migrationsamt sandte C daraufhin eine Kopie der Verfügung vom 5. März 2013 und wies ihn darauf hin, dass am 6. März 2013 bereits ein Zustellversuch stattgefunden habe; auf die Frage, wann die Rekursfrist zu laufen beginne, ging das Migrationsamt nicht ein. II. C rekurrierte am

26./25. April 2013 im Namen von A und B und beantragte im Wesentlichen, die Verfügung vom 5. März 2013 sei aufzuheben und vom Widerruf der Aufenthalts - und der Niederlassungsbewilligung sowie von einer Wegweisung sei abzusehen. Die Sicherheitsdirektion trat auf den Rekurs mit Entscheid vom 16. September 2013 nicht ein und setzte A sowie B zum Verlassen der Schweiz eine neue Frist bis 16. Dezember 2013.

III. A und B liessen am 23. Oktober 2013 Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen und im Wesentlichen beantragen, unter Entschädigungsfolge sei der Rekursentscheid aufzuheben und die Sicherheitsdirektion zu verpflichten, auf den Rekurs vom 25. April 2013 einzutreten. Sodann sei die Verfügung vom 5. März 2013 aufzuheben und A sowie B der weitere Aufenthalt in der Schweiz zu gestatten. Weiter sei das Migrationsamt anzuweisen, die Staatsbürgerschaft von B dahingehend zu ändern, dass dieser Staatsbürger des Landes X sei. Schliesslich ersuchten sie sinngemäss um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das weitere Verfahren, unentgeltliche Rechtspflege sowie Gewährung aufschiebender Wirkung. Die Sicherheitsdirektion verzichtete am 5. November 2013 auf Vernehmlassung. Das Migrationsamt reichte keine Beschwerdeantwort, jedoch am 5./6. November 2013 weitere Dokumente ein. Hierzu nahmen A und B mit Schreiben vom 16. Oktober (recte: November) 2013 Stellung. Die Kammer erwägt:

1. 1.1 Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen erstinstanzliche Rekursentscheide einer Direktion über Anordnungen eines Amtes etwa auf dem Gebiet des Ausländerrechts nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 19 Abs. 1 lit. a und Abs. 3, 19a Abs. 1, 19b Abs. 2 lit. b Ziff. 1 sowie §§ 42–44 e contrario des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) zuständig. 1.2 Soweit die Beschwerdeführenden beantragen, der Beschwerdegegner sei anzuweisen, die Staatsbürgerschaft des Beschwerdeführers zu "ändern", lässt sich darauf nicht eintreten, weil diese Frage nicht Gegenstand des Verfahrens vor Beschwerdegegner und Vorinstanz bildete. 2. Nach § 55 in Verbindung mit § 25 VRG hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung, soweit diese durch die Vorinstanz nicht entzogen wurde und keiner der hier nicht einschlägigen Ausnahmegründe vorliegt. Da die Vorinstanz der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen hat, erweist sich das Gesuch der Beschwerdeführenden um aufschiebende Wirkung als von Anfang an gegenstandslos. 3. 3.1 Die Vorinstanz trat auf den Rekurs der Beschwerdeführenden nicht ein, weil der Rekurs zu spät erhoben worden sei und keine Gründe vorlägen, die eine Fristwiederherstellung rechtfertigten. 3.2 Der Rekurs ist innert 30 Tagen bei der Rekursinstanz schriftlich einzureichen (§ 22 Abs. 1 Satz 1 VRG). Der Fristenlauf beginnt am Tag nach der Mitteilung des angefochtenen Aktes, ohne solche am Tag nach seiner amtlichen Veröffentlichung und ohne solche am Tag nach seiner Kenntnisnahme (§ 22 Abs. 2 VRG). Bestimmungen zur Zustellung von Entscheidungen enthält das Verwaltungsrechtspflegegesetz indessen nur insofern, als schriftliche Anordnungen den Verfahrensbeteiligten mitzuteilen sind (§§ 10 ff. VRG). In analoger Anwendung von § 71 VRG findet auf Zustellungen nicht nur verwaltungsgerichtlicher Sendungen, sondern auch solcher von Verwaltungsbehörden die Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) Anwendung (VGr, 10. Februar 2012, VB.2011.00803, E. 2.2.2 f., ebenso zum Folgenden). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheidungen geschieht laut Art. 138 ZPO durch eingeschriebene Postsendung oder anderswie gegen Empfangsbestätigung (Abs. 1), jene anderer Sendungen auch durch gewöhnliche Post (Abs. 4); sie ist im Fall des Abs. 1 erfolgt, wenn die Sendung vom Adressaten bzw. einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde, wobei Anweisungen vorbehalten bleiben, eine Urkunde dem

Adressaten persönlich auszuhändigen (Abs. 2); zudem gilt sie bei einem nicht abgeholten Einschreiben als am siebten Tag nach dem missglückten Zustellversuch erfolgt – das heisst, wenn der Postbote den Adressaten nicht angetroffen und ihm eine Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt hat –, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Abs. 3 lit. a). Letzteres ist der Fall bei einem hängigen Verfahren, welches die Beteiligten verpflichtet, für die Zustellbarkeit etwa von Verwaltungsakten selbst dann noch zu sorgen, wenn die es leitende Behörde zuvor während mehrerer Monate nicht mehr gehandelt hat; eine Partei hat deshalb regelmässig ihre Post zu kontrollieren und allfällige längere Abwesenheiten oder Adressänderungen von sich aus zu melden (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 10 N. 29; Julia Gschwend/Remo Bornatico, Basler Kommentar, 2013, Art. 138 ZPO N. 18; Reto Jenny in: Myriam Gehri/Michael Kramer, ZPO – Kommentar, Zürich 2010, Art. 138 N. 9; Lukas Huber in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/St. Gallen 2011, Art. 138 N. 52 f.; Adrian Staehelin in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A., Zürich etc. 2013, Art. 138 N. 9). Greift die Zustellfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, braucht es keinen zweiten Zustellversuch.

3.3 Der Vertreter der Beschwerdeführenden legitimierte sich am 20. Juli 2012 mit einer vom 15. Juni 2012 datierenden "Universal-Vollmacht". Am 27. Juli 2012 wurde ihm Einsicht in die Akten gewährt. Weil im März 2013 demnach noch kein Jahr vergangen war, musste der Vertreter mit einer Zustellung rechnen und entsprechende Vorkehren treffen. Die Verfügung vom 5. März 2013 wurde dem Vertreter am 6. März 2013 zugestellt und bei der zuständigen Poststelle am 7. März 2013 zur Abholung gemeldet. Diese Sendung gilt damit grundsätzlich als am 14. März 2013 zugestellt, weshalb die Rekursfrist bis am Montag, 15. April 2013 gelaufen wäre (§ 11 Abs. 1 VRG). Der erst am 25. März 2013 eingereichte Rekurs erwies sich demnach als verspätet. Die Beschwerdeführenden machen indes geltend, der Vertreter habe nie eine Abholungseinladung erhalten. Sie verweisen in diesem Zusammenhang auf mehrere Bestätigungen von Personen aus seiner Nachbarschaft, wonach die Postzustellung nur unzureichend funktioniere. Wie es sich damit verhält, kann vorliegend offenbleiben, weil die Rekuserhebung aus anderen Gründen rechtzeitig erfolgte.

#### **E. 4.1**

Der Beschwerdegegner sandte die Verfügung vom 5. März 2013 am 22. März 2013 mittels eingeschriebener Sendung auch noch der Beschwerdeführerin; diese holte die Sendung am 26. März 2013 bei der Post ab. Der Beschwerdegegner behauptet nicht, bei dieser Sendung unter Hinweis auf die erste Zustellung einen Vorbehalt angebracht zu haben, dass es sich um keine fristauslösende Zustellung handle. Am 30. März 2013 wandte der Vertreter der Beschwerdeführenden sich an den Beschwerdegegner, verwies auf die Zustellung an die Beschwerdeführerin, machte geltend, die Verfügung selber nicht erhalten zu haben, und ersuchte um Zustellung einer Kopie derselben. Ebenso bat er um eine Bestätigung, dass die Rekursfrist erst mit der Zustellung der Verfügung zu laufen beginne. Der Beschwerdegegner sandte die Verfügung am 2. April 2013 auch noch an den Vertreter und wies diesen darauf hin, am 6. März 2013 habe bereits ein Zustellversuch stattgefunden; zur Frage der Fristwahrung nahm der Beschwerdegegner keine Stellung.

#### **E. 4.2**

Unrichtige Auskünfte einer Verwaltungsstelle sind nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 und 5 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999) bindend, wenn (1.) die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat, (2.) sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder der Bürger die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte, (3.) der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte, (4.) er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und (5.) die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 115 Ia 12 E. 4a mit Hinweisen). Daraus ergibt sich, dass einer Partei aus einer falschen Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich kein Rechtsnachteil erwachsen darf. Dies gilt allerdings nur insoweit, als bloss derjenige sich auf eine falsche Rechtsmittelbelehrung verlassen darf, der deren Unrichtigkeit nicht kannte und auch bei gebührender Sorgfalt nicht kennen konnte. Ob eine Person hätte erkennen können, dass eine Rechtsmittelbelehrung unzutreffend war, beurteilt sich nach den konkreten Umständen und den Rechtskenntnissen, wobei von rechtskundigen Personen erwartet werden darf, dass sie die einschlägigen Verfahrensbestimmungen konsultieren (vgl. zum Ganzen BGr, 12. Dezember 2011, 5A\_536/2011, E. 4.1 mit Hinweisen).

#### **E. 4.3**

Vorliegend enthielt die am 22. März 2013 erneut versandte Verfügung insofern eine falsche bzw. nicht relativierte Rechtsmittelbelehrung, als sie darauf hinwies, ein Rechtsmittel könne innert 30 Tagen, von der Mitteilung an gerechnet, erhoben werden. Die rechtsunkundigen Beschwerdeführenden und deren ebenfalls rechtsunkundiger Vertreter durften bei diesem Wortlaut davon ausgehen, für die Fristberechnung sei diese (die zweite) Zustellung massgebend. Diese Rechtsauffassung tat der Vertreter am 30. März 2013 denn auch dem Beschwerdegegner kund. Dieser wies den Vertreter zwar mit Schreiben vom 2. April 2013 auf den Zustellversuch vom 6. März 2013 hin, klärte ihn aber bezüglich seines Irrtums zum Lauf der Rekursfrist bewusst nicht auf. Der Beschwerdegegner wäre indes gehalten gewesen, den Irrtum, den er durch die vorbehaltlose zweite Zustellung an die Beschwerdeführerin verursacht hatte, richtigzustellen. Indem er dies nicht tat, schaffte der Beschwerdegegner einen Vertrauenstatbestand, auf den die Beschwerdeführenden sich berufen konnten. Weil die Beschwerdeführenden demnach darauf vertrauen durften, dass die Rekursfrist erst mit der Zustellung am 26. März 2013 zu laufen beginne, erweist sich der am 25. April 2013 der Schweizerischen Post übergebene Rekurs als fristgerecht (vgl. § 11 Abs. 2 Satz 1 VRG). Der Rekursentscheid ist deshalb aufzuheben und die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen, soweit darauf eingetreten wird. Der Rekursentscheid ist aufzuheben und die Angelegenheit zur materiellen Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 6.1**

Ausgangsgemäss – weil das Nichteintreten nicht ins Gewicht fällt – sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Der Beschwerdegegner ist zu verpflichten, den Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung von Fr. 200.- zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 6.2**

Die Beschwerdeführenden ersuchen um Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, soweit ein solcher zur Wahrung ihrer Interessen erforderlich wäre. Weil den Beschwerdeführenden keine Gerichtskosten aufzuerlegen sind und der zusätzliche Beizug eines unentgeltlichen Rechtsbeistands nicht erforderlich war, ist ihr Gesuch als gegenstandslos abzuschreiben.

#### **E. 7**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch geltend gemacht wird, ist Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zu erheben (vgl. BGr, 18. Juni 2007, 2D\_3/2007 bzw. 2C\_126/2007, E. 2.2). Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offen. Werden beide Rechtsmittel ergriffen, hat dies in der gleichen Rechtsschrift zu geschehen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Letztinstanzliche kantonale Rückweisungsentscheide sind als Zwischenentscheide im Sinn von Art. 93 BGG zu qualifizieren (BGE 138 I 143 E. 1.2, 133 V 477 E. 4.2; Felix Uhlmann, Basler Kommentar, 2011, Art. 90 BGG N. 9 Abs. 2; Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, Art. 90 N. 9, Art. 93 N. 2). Sie sind daher vor Bundesgericht nur direkt anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

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