



## **Urteil vom 10. Januar 2020**

---

Besetzung

Richter Jürg Marcel Tiefenthal (Vorsitz),  
Richter David R. Wenger,  
Richterin Jeannine Scherrer-Bänziger,  
Gerichtsschreiber Daniel Widmer.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Eritrea,  
vertreten durch lic. iur. Martin Jäggi, Rechtsanwalt,  
(...)  
Gesuchsteller,

gegen

**Staatssekretariat für Migration (SEM),**  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Fristwiederherstellungsgesuch;  
Verfügung des SEM vom 17. September 2019.

**Sachverhalt:****A.**

Mit Verfügung vom 17. September 2019 hob das SEM die mit Verfügung vom 5. Dezember 2016 angeordnete vorläufige Aufnahme des Gesuchstellers auf, setzte ihm eine Ausreisefrist bis zum (...) an und beauftragte den Kanton B.\_\_\_\_\_ mit dem Vollzug der Wegweisung.

**B.**

Die Verfügung vom 17. September 2019 wurde vom SEM am selben Tag mittels eingeschriebener Sendung mit Rückschein versandt. Am 26. September 2019 wurde diese mit dem Vermerk „Nicht abgeholt“ wieder an das SEM retourniert.

**C.**

Mit Rechtskraftmitteilung vom 31. Oktober 2019 stellte das SEM fest, dass sein Entscheid vom 17. September 2019 betreffend Aufhebung der vorläufigen Aufnahme am 26. Oktober 2019 rechtskräftig geworden ist.

**D.**

Mit Schreiben vom 13. November 2019 ersuchte der rubrizierte Rechtsvertreter das SEM unter Beilage einer Vollmacht vom 12. November 2019 dringend um Einsicht in die Akten. Dazu führte er aus, gemäss den Angaben des Gesuchstellers habe dieser erst vor Kurzem Kenntnis von der Verfügung des SEM vom 17. September 2019 erhalten. Er habe letzte Woche bei der (...) (AOZ) angerufen, weil er vom kantonalen Sozialamt (Asylkoordination) und vom Migrationsamt B.\_\_\_\_\_ je ein Schreiben erhalten habe. Umgehend habe er einen Termin mit der AOZ vereinbart, um sich die beiden Schreiben erklären zu lassen. Bei dieser Gelegenheit sei ihm eine Kopie der Verfügung des SEM vom 17. September 2019 übergeben worden. Vorher habe er davon keine Kenntnis gehabt. Daraufhin habe er sofort den ihm bereits bekannten Rechtsvertreter kontaktiert.

**E.**

Mit Schreiben vom 14. November 2019 gewährte das SEM dem Rechtsvertreter Akteneinsicht.

**F.**

Mit vom Gesuchsteller mitunterzeichnetem Schreiben, ebenfalls vom 14. November 2019, ersuchte die (...) das SEM um Neueröffnung des Aufhebungsverfahrens. Dazu führte die (...) aus, sie sei gleichentags vom Ge-

suchsteller aufgesucht worden. Dieser habe mitgeteilt, dass ihm der Aufhebungsentscheid erst kürzlich vom Sozialamt überreicht worden sei. Den Entscheid sowie die Verfügungen betreffend Gewährung des rechtlichen Gehörs, die gemäss dem Entscheid ergangen seien, habe er nie per Post erhalten. Er wohne in einer (...) -Zimmerwohnung an der (...) strasse (...) in B. \_\_\_\_\_, für die es nur einen Briefkasten gebe. Derzeit wohnten dort (...) Personen. Der Briefkasten sei mit den Namen aller Bewohner beschriftet, welche jeweils in der Wohnung lebten. Möglicherweise sei die Abholungseinladung von einer anderen Person entwendet worden. Der Gesuchsteller möchte das Aufhebungsverfahren noch einmal beginnen und ersuche zur Sicherheit um Zusendung von Kopien der Verfügungen auch an die (...). Dem Schreiben waren drei Kopien von Fotografien von Briefkästen beigelegt, wovon einer auch mit dem Namen des Gesuchstellers beschriftet ist.

#### **G.**

Mit Schreiben vom 18. November 2019 teilte das SEM dem Gesuchsteller unter Bezugnahme auf das Schreiben der (...) vom 14. November 2019 mit, er habe dieser offenbar kein Vertretungsmandat erteilt. Das SEM wies vorab auf Art. 20 Abs. 2<sup>bis</sup> VwVG hin und führte aus, sein Schreiben vom 22. August 2019 betreffend rechtliches Gehör sei dem Gesuchsteller per Einschreiben, die Aufhebungsverfügung vom 17. September 2019 per Einschreiben mit Rückschein an seine gültige Wohnadresse zugestellt worden. Beide Sendungen seien dem SEM von der Post mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" retourniert worden. Mit Hinweis auf die erwähnte Gesetzesbestimmung sei die Zustellung wie auch die Eröffnung der Aufhebungsverfügung demzufolge rechtmässig. Bei dieser Sachlage bestehe für das SEM kein Grund, darauf zurückzukommen und das Aufhebungsverfahren nochmals zu beginnen. Der Gesuchsteller habe bereits am 12. November 2019 in derselben Angelegenheit den rubrizierten Rechtsvertreter beauftragt. Diesem habe das SEM auf entsprechendes Gesuch hin Akteneinsicht gewährt. Schliesslich wurde der Gesuchsteller angehalten, sich für weitere Informationen direkt an seinen Rechtsvertreter zu wenden.

#### **H.**

Am 2. Dezember 2019 gelangte der Gesuchsteller – handelnd durch den rubrizierten Rechtsvertreter – an das SEM. Die Eingabe war als „Neueröffnung des Aufhebungsverfahrens / Unentgeltliche Rechtsverteidigung“ bezeichnet. Vorweg hielt der Rechtsvertreter fest, dass die Aufhebungsverfügung nicht in Rechtskraft erwachsen sei und nicht in Rechtskraft habe erwachsen können. Sie sei dem Gesuchsteller nicht zugestellt worden und habe ihn nicht erreicht. Deshalb ersuchte der Rechtsvertreter, ihm "diese

Verfügung in aller Form und gesetzlich korrekt zuzustellen unter gleichzeitiger Eröffnung der Rechtsmittelfrist von 30 Tagen" (1) und ihn als unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen (2). Zur Begründung wurde im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: Der Gesuchsteller sei nicht damit einverstanden, dass ihm die (vorläufige) Aufnahme entzogen werde und er nach Afrika deportiert werden solle. Dies verstosse gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK. Mit dem Entscheid würde seine Existenz vernichtet und er riskiere, in Eritrea umgehend verhaftet und inhaftiert, allenfalls misshandelt zu werden. Daher sei existenzentscheidend, dass ihm die Aufhebungsverfügung des SEM korrekt zugestellt werde, damit er sich dagegen wehren könne (vgl. Ziffn. 1–3 der Eingabe). Für die korrekte Zustellung der Verfügung sei das SEM nachweis- und beweispflichtig. Diesen Nachweis habe es nicht erbracht, und es gelinge ihm auch nicht, ihn zu erbringen. Die Verfügung sei dem Gesuchsteller nicht zugestellt worden. Um ganz sicher zu gehen, werde bei wichtigen Sachen eine zweite Zustellung ausgelöst. Dies sei vorliegend unterlassen worden. Sodann wurden die Verhältnisse in dem vom Gesuchsteller bewohnten Mehrfamilienhaus beschrieben. Pro Wohnung habe es einen Briefkasten. Die Wohnungen würden von mehreren Personen bewohnt, die den gleichen Briefkasten benützten. Dieser sei nicht abzuschliessen, der oder die Schlüssel seien verschollen. Jeder nehme heraus, was er wolle. Auch Reklame, Zeitungen usw. würden in diese – zumeist offenen – Briefkästen gestopft. Zudem seien diese schlecht angeschrieben, mit allerlei Zettelchen, Klebern und dergleichen. Es sei somit auch denkbar, dass die Abholungseinladung in einen falschen Briefkasten gelegt worden sei. Bei den prekären und unsicheren Wohn- und Briefkastenverhältnissen könne vorliegend nicht davon ausgegangen werden, dass die Aufhebungsverfügung den Gesuchsteller erreicht habe. Dass ihn oder sonst einen Bewohner eingeschriebene Sendungen, Gerichtsurkunden und dergleichen, die vom Empfänger quittiert werden müssen, direkt erreichten, sei eher unwahrscheinlich. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach am siebenten Tag eine nicht abgeholte Sendung als zugestellt gelte, greife nach dem Gesagten nicht. Somit dürfe auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Verfügung nach Fristablauf in Rechtskraft erwachse. Tatsache sei, dass der Gesuchsteller vom Aufhebungsentscheid keine Kenntnis gehabt habe. Erst Monate später sei ihm eine Kopie davon vom Sozialamt ausgehändigt worden. Deshalb ersuche der Rechtsvertreter das SEM, das Aufhebungsverfahren neu zu eröffnen und ihm die Verfügung betreffend rechtliches Gehör, eventualiter wenigstens die Verfügung vom 17. September 2019, fristauslösend zuzustellen. Schliesslich wurde noch auf das Schreiben der (...) vom 14. November 2019 verwiesen (vgl. Ziffn. 4–20 der Eingabe).

**I.**

Das SEM leitete die Eingabe am 5. Dezember 2019 (Eingang BVGer: 9. Dezember 2019) zur Prüfung als Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist bezüglich seiner Verfügung vom 17. September 2019 betreffend Aufhebung der vorläufigen Aufnahme an das Bundesverwaltungsgericht weiter.

**J.**

Mit Verfügung vom 7. Januar 2020 setzte der Instruktionsrichter gestützt auf Art. 126 BGG den Vollzug der Wegweisung per sofort einstweilen aus.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel endgültig über Beschwerden gegen Verfügungen (Art. 5 VwVG) des SEM (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 31–33 VGG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

**1.2** Das Bundesverwaltungsgericht ist auch zuständig für die Behandlung von Fristwiederherstellungsgesuchen nach Art. 24 Abs. 1 VwVG betreffend Fristen, bei denen es im Falle der Wiederherstellung über die nachgeholte Parteihandlung beziehungsweise Rechtsvorkehr zu befinden hat (vgl. PATRICIA EGLI, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N 6 zu Art. 24 VwVG).

**1.3** Da keine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt, ist es somit auch zuständig für die Behandlung des vorliegenden Gesuchs.

**1.4** Das Gericht nimmt die Eingabe des Gesuchstellers vom 2. Dezember 2019 als sinngemässes Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist gemäss Art. 24 Abs. 1 VwVG entgegen.

**2.**

**2.1** Beim Gesuch um Fristwiederherstellung nach Art. 24 Abs. 1 VwVG wird in formeller Hinsicht vorausgesetzt, dass die Partei bei der zuständigen Behörde ein begründetes Gesuch innert 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses stellt und die versäumte Rechtshandlung in der gleichen Frist

nachholt (vgl. PATRICIA EGLI, a.a.O., N 5 zu Art. 24 VwVG). Eine Fristwiederherstellung gemäss Art. 24 Abs. 1 VwVG kann auch verlangt werden, wenn das Verfahren, bei dem die Frist verpasst worden ist, bereits abgeschlossen wurde (vgl. PATRICIA EGLI, a.a.O., N 6 zu Art. 24 VwVG).

**2.2** Der Gesuchsteller hat innerhalb von 30 Tagen nach Wegfall des geltend gemachten Hindernisses (Kenntnisnahme der Aufhebungsverfügung vom 17. September 2019 zwischen dem 4. November 2019 und dem 9. November 2019) das vorliegende Fristwiederherstellungsgesuch vom 2. Dezember 2019 eingereicht. Zudem hat er die versäumte Rechtshandlung nachgeholt hat, indem er gleichzeitig zumindest sinngemäss Beschwerde erhob. Daher ist auf das frist- und formgerecht eingereichte Fristwiederherstellungsgesuch einzutreten.

### **3.**

Die Wiederherstellung von Fristen dient dazu, die Rechtsnachteile zu beseitigen, die Verfahrensbeteiligte wegen unverschuldeter Fristversäumnis erleiden (vgl. STEFAN VOGEL in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, N 1 zu Art. 24 VwVG).

### **4.**

Eine Prüfung der Akten ergibt, dass der Gesuchsteller unverschuldet an der Wahrung der Rechtsmittelfrist gehindert wurde; dies aus den nachfolgenden Gründen:

**4.1** Die Möglichkeit der Wiederherstellung einer Frist im Sinne von Art. 24 Abs. 1 VwVG besteht sowohl für gesetzliche wie behördlich angesetzte Fristen, die unverschuldet versäumt worden sind. Für das Versäumnis müssen objektive Gründe vorliegen und der Partei beziehungsweise deren Vertretung darf keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden können. Als erheblich sind damit nur solche Gründe zu betrachten, die der ersuchenden Partei auch bei Aufwendung der üblichen Sorgfalt die Wahrung ihrer Interessen verunmöglicht oder unzumutbar erschwert hätten. Das Recht auf Wiederherstellung der Frist ist auch einer Partei zuzuerkennen, die aufgrund des Verhaltens der Behörde eine Frist hat verstreichen lassen (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.142). Nicht als unverschuldete Hindernisse gelten namentlich Unkenntnis der gesetzlichen Vorschriften, Arbeitsüberlastung, Ferienabwesenheit oder organisatorische Unzulänglichkeiten (vgl. statt vieler: Urteile des BVGer A-3454/2010 vom 19. August 2011 E. 2.3.3,

A-5069/2010 vom 28. April 2011 E. 2.5, A-5798/2007 vom 6. Juli 2009 E. 2.7; vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.143).

**4.2** 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; Urteil des BGer 9C\_753/2007 vom 29. August 2008 E. 3, in: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht [SZZP] 2009, S. 24 f., 5A\_98/2011 vom 3. März 2011 E. 2.3). Insoweit handelt es sich um eine natürliche Vermutung, die durch den Gegenbeweis entkräftet werden kann (Urteil des BGer 2C\_128/2012 vom 29. Mai 2012 E. 2.2 m. H.). 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 BGer 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 BGer 2C\_38/2009 vom 5. Juni 2009 E. 4.1). Hinsichtlich der Ausstellung der Abholungseinladung findet also insofern eine Umkehr der Beweislast in dem Sinne 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, 2C\_28/2009 vom 5. Juni 2009 E. 3.2).

**4.3** Wird ein Adressat anlässlich einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher eine Abholungseinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt, gilt die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird; sofern dies nicht innert der siebentägigen Abholungsfrist geschieht, gilt die Sendung am letzten Tag dieser Frist als zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung hatte rechnen müssen (Art. 20 Abs. 2<sup>bis</sup> VwVG, sog. Zustellfiktion; BGE 134 V 49 E. 4, 101 III

3 E. 3; dazu MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.116). Eines allfälligen zweiten Zustellungsversuchs bedarf es angesichts dieser gesetzlichen Regelung nicht. Ein solcher vermag an der erfolgten Zustellung nichts zu ändern und ist rechtlich unbeachtlich (BGE 117 V 131 E. 4a, 115 Ia 12 E. 3a, 111 V 99 E. 2b; Urteil des BVGer A-2801/2011 vom 21. Juni 2011).

## **5.**

**5.1** Im vorliegenden Fall wird nicht bestritten, dass eine Abholungseinladung ergangen ist. Dies wird durch die vom Bundesverwaltungsgericht ausgedruckte Sendungsverfolgung der die Aufhebungsverfügung vom 17. September 2019 enthaltenden Postsendung (...) bestätigt. Daraus geht hervor, dass die Post dem Gesuchsteller die Abholungseinladung am 18. September 2019 in den Briefkasten legte ("Zur Abholung gemeldet") und die Sendung am 26. September 2019 an das SEM retourniert wurde. Die Sendung war an die den Behörden bekannte Postadresse des Gesuchstellers adressiert. Die Rücksendung war mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" versehen. Es besteht damit eine natürliche Vermutung, dass die Abholungseinladung ordnungsgemäss zugestellt worden ist, es sei denn, der Gesuchsteller kann diese durch die Erbringung des Gegenbeweises umstossen (vgl. E. 4.2).

**5.2** Vorliegend steht zwar nicht fest, dass die Abholungseinladung dem Gesuchsteller nicht zur Kenntnis gelangte, es kann aber auch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, die Abholungseinladung sei in seine Hände gelangt. Der Gesuchsteller teilt sich die Wohnung und den Briefkasten mit andern Personen, wobei er diese Gemeinschaft nicht frei so wählte, sondern die Unterkunft ihm so zugewiesen wurde, weshalb nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, er hätte sich Auswirkungen einer von seinen Mitbewohnern und Mitbewohnerinnen missachteten Sorgfaltspflicht anrechnen zu lassen. Seine Erklärung, weshalb er von der betreffenden Abholungseinladung nicht Kenntnis genommen habe, erscheint jedenfalls vor dem umschriebenen Hintergrund plausibel. Bei dieser Sachlage ist – wie bereits zuvor in ähnlich gelagerten Fällen (vgl. Urteile des BVGer E-353/2019 vom 22. März 2019, D-836/2017 vom 20. Februar 2017, E-8229/2015 vom 8. März 2016 und E-8300/2015 vom 30. Dezember 2015) – davon auszugehen, dass der Gesuchsteller die übliche und ihm zumutbare Sorgfalt angewendet hat und somit ohne sein Verschulden vor dem 26. September 2019 keine Kenntnis von der Verfügung des SEM vom 17. September 2019 erhalten konnte.

**5.3** Das Fristwiederherstellungsgesuch vom 2. Dezember 2019 ist demzufolge gutzuheissen und das Instruktionsverfahren bezüglich der weiteren mit dieser Eingabe gestellten Begehren unter der Verfahrensnummer (...) aufzunehmen.

**6.**

**6.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

**6.2** Dem vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts seines Obsiegens in Anwendung von Art. 64 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) eine Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Es wurde keine Kostennote eingereicht, weshalb die notwendigen Parteikosten aufgrund der Akten zu bestimmen sind (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9–13 VGKE) ist dem Beschwerdeführer zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 1'300.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

**6.3** Der Beschwerdeführer ersuchte um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung. Die öffentlichrechtliche Entschädigung des Rechtsbeistandes kommt jedoch bei einer zugesprochenen Prozessentschädigung lediglich subsidiär zum Tragen. Es ist deshalb kein amtliches Honorar zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Fristwiederherstellungsgesuch vom 2. Dezember 2019 wird gutgeheissen.

**2.**

Das Instruktionsverfahren bezüglich der weiteren mit dieser Eingabe gestellten Begehren wird unter der Verfahrensnummer (...) aufgenommen.

**3.**

Für das vorliegende Fristwiederherstellungsverfahren werden keine Kosten auferlegt.

**4.**

Das SEM wird angewiesen, dem Gesuchsteller für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1'300.– auszurichten.

**5.**

Dieses Urteil geht an den Gesuchsteller, das SEM und die kantonale Migrationsbehörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Jürg Marcel Tiefenthal

Daniel Widmer

Versand: