



## Urteil vom 10. März 2020

---

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),  
Richterin Regula Schenker Senn,  
Richter Daniele Cattaneo,  
Gerichtsschreiber Mathias Lanz.

---

Parteien

**A.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Humanitäres Visum für **B.**\_\_\_\_\_,  
Nichteintreten auf eine Einsprache.

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

Der 1967 geborene eritreische Staatsangehörige B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Gesuchsteller) stellte am 25. Februar 2018 bei der Schweizerischen Botschaft in Tel Aviv (nachfolgend: Botschaft) den Antrag auf Ausstellung eines nationalen Visums für einen langfristigen Aufenthalt (Visum Kategorie D). Unter der Rubrik «Aufenthaltszweck» markierte er das Feld „Familiennachzug“ und unter einer weiteren Rubrik («Verwandtschaftsverhältnis zum Familienmitglied in der Schweiz») vermerkte er die Personalien und die Adresse seiner hier lebenden Ehefrau (nachfolgend: Beschwerdeführerin) (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 2 S. 8 ff.).

**B.**

Die Beschwerdeführerin war durch ihre damalige Vertreterin einer regionalen Asylberatungsstelle (nachfolgend: Beraterin) bereits am 19. Februar 2018 mit einer E-Mail an die Botschaft gelangt und hatte Belege zu ihrer Person, dem gemeinsamen, 2009 geborenen Kind, zu ihrem aktuellen Aufenthaltsstatus (vorläufige Aufnahme) und zur bestehenden Ehe eingereicht (SEM-act. 2 S. 2 ff.).

**C.**

Die Botschaft prüfte in der Folge das Gesuch unter dem Gesichtspunkt eines humanitären Visums und verweigerte die Ausstellung eines solchen in einer Formularverfügung vom 10. April 2018. Die Verfügung wurde dem Gesuchsteller noch gleichentags ausgehändigt, wobei er offenbar die Unterschrift verweigerte. Am 26. April 2018 sprach der Gesuchsteller – begleitet von einem Übersetzer – erneut bei der Botschaft vor und bestätigte den Empfang des Dokumentes nachträglich (SEM-act. 7 S. 19 f.).

**D.**

Die Beschwerdeführerin gelangte daraufhin mit einer vom 28. Mai 2018 datierten, als „Antrag auf ein humanitäres Visum für die Schweiz“ betitelten Eingabe und diversen Beilagen an die Botschaft (Postaufgabe in der Schweiz: 1. Juni 2018; Eingang bei der Botschaft: 7. Juni 2018) (SEM-act. 9 S. 22 ff.).

**E.**

Von der Botschaft an die Vorinstanz übermittelt, nahm diese die Eingabe vom 28. Mai 2018 als Einsprache gegen die Visumsverweigerung vom 10. April 2018 entgegen (SEM-act. 8 S. 21 und 10 S. 30). Mit Entscheid

vom 16. Juli 2018 trat die Vorinstanz darauf jedoch nicht ein, weil die Einsprache verspätet erfolgt sei (SEM-act. 17 S. 57 ff.).

#### **F.**

Gegen den Einspracheentscheid gelangte die Beschwerdeführerin am 27. Juli 2018 an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte (sinngemäss) die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und die Ausstellung des nachgesuchten Visums zugunsten des Gesuchstellers (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act. 1]).

#### **G.**

Weil die Beschwerdeführerin in ihrer Rechtsmitteleingabe ausschliesslich materiellrechtlich (behauptete Bedrohungslage in Israel) argumentiert hatte, forderte das Bundesverwaltungsgericht sie mit einer Zwischenverfügung vom 14. August 2018 auf, die Beschwerde unter Bezugnahme auf den vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid, respektive auf den Ablauf der Einsprachefrist zu begründen und entsprechende Rechtsbegehren zu stellen (BVGer-act. 2).

In der Folge machte die Beschwerdeführerin in einer ergänzenden Eingabe vom 27. August 2018 geltend, sie trage für das Versäumnis der Rechtsmittelfrist keine Verantwortung. Der Gesuchsteller habe die verweigernde Verfügung vom 10. April 2018 am 12. April 2018 der Beraterin per E-Mail zugesandt mit der Bitte, diese auszudrucken und per Post an sie (die Beschwerdeführerin) weiterzuleiten. Die Beraterin sei aber nicht so vorgegangen. Sie (die Beschwerdeführerin) habe bei der Beraterin nachgefragt und von dieser die Antwort erhalten, dass sie die Verfügung an einen Rechtsanwalt weiterleiten und – «falls die gegebene Frist nicht eingehalten werden könne» – beim SEM «eine Fristverlängerung verlangen» wolle. Erst am 24. Juni 2018 habe sie von der Beraterin eine Kopie der Verfügung erhalten. Es sei eindeutig, dass die Beraterin einen Verfahrensfehler begangen habe. Sie beantrage deshalb, dass das Bundesverwaltungsgericht auf ihre Beschwerde vom 27. Juli 2018 materiell eintrete (BVGer-act. 3).

#### **H.**

Die Beschwerdeführerin reichte am 11. Dezember 2018 sowie am 21. Mai 2019 diverse Unterlagen zu ihrem Gesundheitszustand und demjenigen ihrer Tochter ein (BVGer-act. 4 f.).

#### **I.**

Mit Vernehmlassung vom 21. Juni 2019 verzichtete die Vorinstanz auf eine

inhaltliche Auseinandersetzung mit der Beschwerde und beantragte deren Abweisung (BVGer-act. 7). Die Stellungnahme wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Einspracheentscheide der Vorinstanz bezüglich Schengen- und nationale Visa sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 112 Abs. 1 AIG [SR 142.20] i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

**1.2** Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.3** Die Beschwerdeführerin hat am vorangegangenen Einspracheverfahren mit eigenen Anträgen teilgenommen und ist als Familienangehörige des Gesuchstellers zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

#### **2.**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

#### **3.**

Strittig ist vorliegend, ob die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung vom 16. Juli 2018 zu Recht infolge Fristablaufs auf die Einsprache der Beschwerdeführerin vom 28. Mai 2018 nicht eingetreten ist. Nicht Gegenstand des Verfahrens sind demgegenüber die materiellen Voraussetzungen für die Ausstellung eines humanitären Visums zugunsten des Gesuchstellers (vgl. BGE 144 V 388 E. 1.2.1; BVGE 2018 V/3 E. 3.1). Vorab ist vorliegend jedoch zu prüfen, ob der angefochtenen Verfügung aus verfahrensrechtlichen Gründen eine Nichtigkeit anhaftet.

**3.1** Die Nichtigkeit einer Verfügung können nur besonders schwerwiegende und offensichtliche oder zumindest leicht erkennbare Eröffnungsfehler bewirken, und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (BGE 144 IV 362 E. 1.4.3; 137 I 273 E. 3.1). Eine Verfügung, die gegenüber den Parteien nicht eröffnet wurde, entfaltet keinerlei Rechtswirkung und vermag den Beginn der Rechtsmittelfrist nicht auszulösen (BGE 142 II 411 E. 4.2; Urteil des BVGer A-5540/2013 vom 6. Januar 2014 E. 2.2.3; LORENZ KNEUBÜHLER/RAMONA PEDRETTI, in Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019 [nachfolgend: VwVG-Kommentar], Art. 38 N. 16). Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und kann auch auf dem Rechtswittelweg festgestellt werden (BGE 132 II 342 E. 2.1).

### **3.2**

**3.2.1** Mit Gesuchsformular vom 25. Februar 2018 ersuchte der Gesuchsteller um Ausstellung eines nationalen Visums für einen langfristigen Aufenthalt (Visum D) zum Zwecke des Familiennachzugs (SEM-act. 2). Einen ausdrücklichen Antrag auf Ausstellung eines humanitären Visums – im Gesuchszeitpunkt handelte es sich dabei noch um ein Visum (C) für einen kurzfristigen Aufenthalt von höchstens 90 Tagen (vgl. Art. 2 Abs. 4 der Verordnung vom 22. Oktober 2008 über die Einreise und die Visumerteilung [aVEV], in Kraft bis 14. September 2018; Art. 69 Abs. 1 und Art. 71 der Verordnung vom 15. August 2018 über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204]; BVGE 2018 VII/5 E. 3.6.1) – stellte er nicht. Damit ist die Frage nach einer allfälligen Verletzung der Dispositionsmaxime, wonach der Verfahrensgegenstand durch die Parteien bestimmt wird, aufgeworfen (vgl. dazu BVGE 2010/19 E. 13.5; Urteil des BVGer C-6103/2014 vom 30. Mai 2016 E. 3.5; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 139 ff.; CHRISTOPH AUER/ANJA MARTINA BINDER, VwVG-Kommentar, Art. 12 N. 9).

**3.2.2** Noch vor dem Visumsantrag des Gesuchstellers war die bereits erwähnte Beraterin (vgl. oben Bst. B) im Auftrage der Beschwerdeführerin mit einer E-Mail vom 19. Februar 2018 an die Botschaft gelangt und hatte dieser im Hinblick auf das Visumsverfahren des Gesuchstellers diverse Unterlagen (F-Ausweis und Asylentscheid der Beschwerdeführerin, Heiratsurkunde, Fotos des Gesuchstellers) zugestellt. Aus dem entsprechenden Wortlaut der E-Mail kann zum einen durchaus ein Antrag auf ein humanitäres Visum zugunsten des Gesuchstellers erkannt werden (SEM-act. 2

S. 7). Zum andern hätte die Vorinstanz die Ausstellung eines Visums aus humanitären Gründen aber selbst dann prüfen dürfen, wenn mit dem Gesuchsformular grundsätzlich lediglich um die Ausstellung eines Visums D ersucht worden wäre (Art. 11b Abs. 2 aVEV und Art. 14 Bst. b aVEV i.V.m. Art. 19 Abs. 4 der Verordnung [EG] Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft [Visakodex, VK, ABl. L 243 vom 15.09.2009]).

**3.2.3** Es kann daher in der Behandlungsweise des Antrags weder eine Verletzung der Dispositionsmaxime, noch ein anderer, schwerwiegender Verfahrensfehler ausgemacht werden, der zur Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung geführt hätte. Dass die vorliegend involvierten Visumsbehörden bei Hängigkeit eines Gesuches um Ausstellung eines Visums D vorab über die Möglichkeit der Gewährung eines humanitären Visums befunden haben, wäre allenfalls unter dem Aspekt der Rechtsverweigerung von Relevanz, wird von der Beschwerdeführerin aber nicht gerügt.

#### **4.**

Kommen der angefochtenen Verfügung vom 16. Juli 2018 grundsätzlich Rechtswirkungen zu, ist weiter zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht infolge Fristablaufs auf die Einsprache nicht eingetreten ist oder ob der Grundsatz, wonach den Parteien aus einer fehlerhaften Eröffnung kein Nachteil erwachsen darf (Art. 38 VwVG; Art. 5 Abs. 3 BV; Art. 9 BV), die materielle Anhandnahme der Einsprache geboten hätte.

**4.1** Gemäss Art. 6 Abs. 2<sup>bis</sup> AIG (das Ausländergesetz wurde per 1. Januar 2019 in Ausländer- und Integrationsgesetz umbenannt, ohne dass Art. 6 Abs. 2<sup>bis</sup> AIG eine inhaltliche Änderung erfahren hat) kann gegen die Verweigerung eines Visums für einen bewilligungsfreien Aufenthalt (Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit bis zu drei Monaten [Art. 10 AIG]) durch die Schweizerische Vertretung im Ausland innerhalb von 30 Tagen schriftlich Einsprache bei der Vorinstanz erhoben werden (vgl. auch Art. 6 Abs. 2 AIG; Art. 2 Abs. 4 aVEV; Art. 12 Abs. 3 aVEV; Art. 54 Abs. 1 aVEV). Die Einsprachemöglichkeit innert 30 Tagen gilt praxisgemäss nach wie vor auch im Falle der Verweigerung eines humanitären Visums durch eine Schweizerische Auslandsvertretung. Die ab dem 15. September 2018 geltende Ausgestaltung des Visums aus humanitären Gründen als Visum D für einen längerfristigen Aufenthalt hat daran nichts geändert (vgl. BVGE 2018 VII/5).

**4.2** Die Einsprachefrist beginnt an dem auf ihre Mitteilung an die Parteien folgenden Tag zu laufen (Art. 20 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 112 Abs. 1 AIG).

Gemäss Art. 34 Abs. 1 VwVG werden Verfügungen von den Behörden schriftlich eröffnet und regelmässig individuell, entweder per Post oder durch persönliche Übergabe, zugestellt (Urteil des BVGer A-3474/2013 vom 7. Oktober 2013 E. 3.1 m.w.H.). Eine Verfügung gilt als mitgeteilt und eröffnet, wenn sie in den Machtbereich der betreffenden Person gelangt, so dass diese sie zur Kenntnis nehmen kann. Nicht erforderlich ist die tatsächliche Empfangs- oder Kenntnisnahme (BGE 142 III 599 E. 2.4.1; 122 I 139 E. 1; Urteil des BGer 2C\_16/2019 vom 10. Januar 2019 E. 3.2.2; vgl. URS PETER CAVELTI, VwVG-Kommentar, Art. 20 N. 1 ff; FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHILLING-SCHWANK, in Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016 [nachfolgend: Praxiskommentar], Art. 34 N. 5; PATRICIA EGLI, Praxiskommentar, Art. 20 N. 10 f.).

### **4.3**

**4.3.1** Mit dem angefochtenen Einsprache-Entscheid vom 16. Juli 2018 machte die Vorinstanz geltend, die verfügte Visumsverweigerung sei dem Gesuchsteller am 10. April 2018 eröffnet worden. Nachträglich habe er den Empfang am 26. April 2018 unterschriftlich bestätigt. Die Beschwerdeführerin habe die Einsprache am 1. Juni 2018 und damit nach Ablauf der 30-tägigen Einsprachefrist und verspätet der schweizerischen Post übergeben. Auf die Einsprache sei deshalb nicht einzutreten.

**4.3.2** Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, sie habe erst am 24. Juni 2018 vollumfänglich Kenntnis vom Verfügungsinhalt nehmen können. Der Gesuchsteller habe ihr unmittelbar nach Eröffnung der Visumsverweigerung mitgeteilt, dass er den Entscheid an die Beraterin senden werde. Am 12. April 2018 habe er der Beraterin den Entscheid per E-Mail zugesandt. Diese habe ihr (der Beschwerdeführerin) zugesichert, dass sie eine Fristverlängerung beantragen werde, falls die Einsprachefrist nicht eingehalten werden könne. Sie habe sich mehrmals persönlich bei der Beraterin über die Situation erkundigt, verstehe aber selbst kein Deutsch, weshalb sie auf eine Unterstützung durch Dritte angewiesen sei. Sie habe auch keine E-Mail-Adresse. Es sei eindeutig, dass die Beraterin einen Verfahrensfehler begangen habe. Auf ihre Beschwerde vom 27. Juli 2018 sei deshalb materiell einzutreten.

**4.4** Unbestritten ist vorliegend, dass die Botschaft dem Gesuchsteller die Verfügung vom 10. April 2018 ordentlich eröffnete, sodass dieser sie am 12. April 2018 auf elektronischem Wege der gemeinsamen Beraterin zu-

stellen konnte. Daraus, dass der Gesuchsteller den Erhalt der Visumsverweigerung erst am 26. April 2018 unter Beiziehung eines Dolmetschers unterschriftlich bestätigte, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Einsprachefrist lief am 10. Mai 2018 ab und die am 1. Juni 2018 der Schweizerischen Post übergebene Eingabe der Beschwerdeführerin (vgl. SEM-act. 9/22) erfolgte grundsätzlich verspätet – dies selbst dann, wenn die zweite Aushändigung der Verfügung am 26. April 2018 als fristauslösend betrachtet würde (Fristablauf: 28. Mai 2018).

**4.5** Die Beschwerdeführerin bringt nun aber vor, sie habe erst am 24. Juni 2018 über ihre Beraterin eine Kopie der Verweigerungsverfügung erhalten. Sie rügt damit implizit eine fehlerhafte Eröffnung der Verfügung vom 10. April 2018 ihr gegenüber. Aus der Eingabe vom 28. Mai 2018 geht zwar nicht klar hervor, ob die Beschwerdeführerin im Namen des Gesuchstellers oder in eigenem Namen einspracheweise an die Vorinstanz gelangt ist. Für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens spielt dies indes auch keine Rolle. So oder anders stellt sich die Frage, ob die Verfügung vom 10. April 2018 der Beschwerdeführerin mangelhaft eröffnet wurde und die Einsprachefrist erst mit korrekter Mitteilung ihr gegenüber zu laufen begann. Ausgeschlossen werden kann indes bereits an dieser Stelle eine Nichtigkeit aufgrund einer partiellen Nichteröffnung gegenüber der Beschwerdeführerin (BGE 129 I 361 E. 2.1; 129 II 193 E. 1; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, VwVG-Kommentar, Art. 38 N. 18; PHILIPPE WEISSENBERGER/ASTRID HIRZEL, Praxiskommentar, Art. 61 N. 77).

## **5.**

**5.1** Visumsentscheide sind grundsätzlich all jenen Personen zu eröffnen, die am Visumsverfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten haben und gemäss Art. 48 VwVG zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht befugt sind (Art. 34 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 6 VwVG; BGE 139 II 328 E. 4.1; 139 II 279 E. 2.2; ISABELLE HÄNER, VwVG-Kommentar, Art. 6 N. 1 und N. 6 f.; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, VwVG-Kommentar, Art. 34 N. 5 f.; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, Praxiskommentar, Art. 34 N. 25; VERA MARANTELLI/SAID HUBER, Praxiskommentar, Art. 6 N. 16 f.). Praxisgemäss ist die Beschwerdeführerin als Ehegattin des Gesuchstellers zur vorliegenden Beschwerde legitimiert (siehe oben E. 1.3; BVGE 2014/1 E. 1.3.3). Ausserdem liess die Beschwerdeführerin der Botschaft im Hinblick auf das bevorstehende Visumverfahren des Gesuchstellers mit E-Mail vom 19. Februar 2018 diverse Unterlagen einreichen (siehe oben E. 3.2.2), sodass sie in für die Vorinstanz erkennbarer Weise in das Visumsverfahren involviert war. Bei dieser Ausgangslage stellt sich die

Frage, ob die Vorinstanz nicht gehalten gewesen wäre, der Beschwerdeführerin die Möglichkeit zu geben, ihre Parteistellung im Visumsverfahren des Gesuchstellers geltend zu machen und einen Entscheid über die Visumsverweigerung zu erhalten, zumal dem Einspracheverfahren grundsätzlich Einschlusswirkung zukommt, soweit das Verfahren der Beschwerdeführerin bekannt war oder hätte bekannt sein müssen (BGE 134 V 306 E. 3.3.1; 129 II 286 E. 4.3.3; BVGE 2014/1 E. 1.3.2; HÄNER, VwVG-Kommentar, Art. 6 N. 6; MARANTELLI/HUBER, Praxiskommentar, Art. 6 N. 33; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 446; JÜRIG STADELWIESER, Die Eröffnung von Verfügungen, 1994, S. 40 f.).

**5.2** Die Eröffnung der Visumsverweigerung gegenüber dem Gesuchsteller am 10. April 2018 galt nicht als ordentliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 20 Abs. 1 VwVG (vgl. dazu aber nachfolgend E. 6). Bei getrennten Wohnsitzen von Ehegatten in rechtlich ungetrennter Ehe hat die Zustellung in der Regel gesondert und individuell an beide Ehegatten zu erfolgen, damit diese ihre Verfahrensrechte selbständig ausüben können (BGE 133 I 201 E. 2.1; 127 V 119 E. 1c; 122 I 139 E. 2; YVES DONZALLAZ, La notification en droit interne suisse, 2002, Rz. 163 ff.; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, Art. 34 N. 25). Weder aus den Akten noch aus den Parteiausführungen geht hervor, dass die Verfügung vom 10. April 2018 der Beschwerdeführerin schriftlich mit separater Post oder durch eine ersatzbezugsberechtigte Person (vgl. dazu Urteil des BGer 8C\_804/2013 vom 19. September 2014 E. 2.4; DONZALLAZ, Rz. 860; CAVELTI, VwVG-Kommentar, Art. 20 N. 20) eröffnet wurde. Dementsprechend kann vorliegend nicht ausgeschlossen werden, dass die Verfügung vom 10. April 2018 der Beschwerdeführerin irregulär eröffnet wurde. Ob die Botschaft vorliegend gehalten gewesen wäre, der Beschwerdeführerin die Verfügung individuell zuzustellen, kann offenbleiben, da die Beschwerdeführerin – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – ihren prozessualen Sorgfaltspflichten ohnehin nicht hinreichend nachgekommen ist, um sich auf den Grundsatz von Art. 38 VwVG berufen zu können.

## **6.**

Aus mangelhafter Eröffnung darf den Parteien kein Nachteil erwachsen (Art. 38 VwVG). Dabei ist abzuwägen zwischen den Interessen der Rechtssicherheit und dem Rechtsschutzinteresse der betroffenen Person. Es ist nach den Umständen des Einzelfalles zu prüfen, ob die betroffene Person durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist (BGE 102 Ib 91 E. 3; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, Praxiskommentar, Art. 38 N. 7; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI,

Rz. 641). Wurde eine Verfügung nicht allen Parteien oder beschwerdeberechtigten Personen eröffnet, kann diesen der Fristablauf grundsätzlich nicht entgegengehalten werden (BGE 116 Ib 321 E. 3a; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, VwVG-Kommentar, Art. 34 N. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 642). Die Rechtsmittelfrist beginnt grundsätzlich erst zu laufen, wenn die betroffene Person auf andere Weise sichere Kenntnis vom Entscheid erhalten hat und im Besitze aller für die erfolgreiche Wahrung ihrer Rechte wesentlichen Elemente ist, namentlich die Entscheidungsgründe kennt (BGE 134 V 306 E. 4.2; 129 II 193 E. 1; 102 Ib 91 E. 3; BVGE 2008/37 E. 8.3; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, VwVG-Kommentar, Art. 38 N. 18).

**6.1** Aus Gründen der Rechtssicherheit und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben darf die zu Unrecht nicht ins Verfahren einbezogene Person den Beginn des Fristenlaufs aber nicht beliebig hinauszögern. Vielmehr muss sie sich nach dem Dispositiv und der Begründung erkundigen, wenn Anzeichen für einen Entscheid vorliegen, und rechtzeitig reagieren (BGE 134 V 306 E. 4.2; 129 II 193 E. 1). Unterlässt sie dies, beginnt für sie die Rechtsmittelfrist zur Anfechtung des Entscheids ab dem Tag zu laufen, an dem sie bei der Vornahme der zumutbaren Schritte vom Entscheid und seiner Begründung hätte Kenntnis nehmen können (BGE 139 IV 228 E. 1.3; Urteil des BGer 1C\_256/2017 vom 11. Januar 2018 E. 2.1).

**6.2** Ihren eigenen Angaben zufolge erhielt die Beschwerdeführerin unmittelbar nach der Verfügungseröffnung am 10. April 2018 gegenüber dem Gesuchsteller Kenntnis vom negativen Visumsentscheid der Vorinstanz. Sie führt aus, dass ihr der Gesuchsteller damals, das heisst noch am 10. April 2018, telefonisch mitgeteilt habe, dass er die Verfügung an die gemeinsame Beraterin schicken werde. Der Gesuchsteller habe die Visumsverweigerung am 12. April 2018 in elektronischer Form an die Beraterin weitergeleitet (vgl. BVGer-act. 3). Spätestens zu diesem Zeitpunkt waren sowohl die Beraterin, als auch der Gesuchsteller in vollumfänglicher Kenntnis von Verfügungsinhalt, Begründung und Rechtsmittelbelehrung. Damit waren sie im Besitze aller für die erfolgreiche Wahrung ihrer Rechte wesentlichen Elemente der Verfügung.

Vor diesem Hintergrund muss sich die Beschwerdeführerin sowohl das Wissen ihrer Beraterin, als auch die ordnungsgemässe Eröffnung der Verfügung an ihren Ehegatten anrechnen lassen. Die Beschwerdeführerin macht selber geltend, sich mehrere Male bei ihrer Beraterin über die Situation erkundigt und von ihr jeweils schriftliche Auskunft über das weitere Vorgehen verlangt zu haben. Die Beschwerdeführerin war denn auch in

der Lage, am 28. Mai 2018, und damit weit vor der von ihr behaupteten Kenntnisnahme vom Entscheid am 24. Juni 2018, mit einer Eingabe an die Vorinstanz zu gelangen. Aufgrund der Beziehungsnähe zu ihrem Ehemann und dem Auftragsverhältnis zu ihrer Beraterin hätte die Beschwerdeführerin mit der Eröffnung gegenüber dem Gesuchsteller am 10. April 2018, spätestens aber mit der Kenntnisnahme ihrer Beraterin von der Verfügung am 12. April 2018, nach Treu und Glauben innert der Rechtsmittelfrist von 30 Tagen die Visumsverweigerung anfechten oder auf andere Weise ausdrücken müssen, dass sie mit dem Entscheid nicht einverstanden ist (BGE 134 V 306 E. 4.2; 129 II 193 E. 1; 102 Ib 91 E. 3; BVGE 2008/37 E. 8.3; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, VwVG-Kommentar, Art. 38 N. 18; ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 2000, Rz. 334 ff.).

**6.3** Die Eingabe vom 28. Mai 2018 übergab die Beschwerdeführerin am 1. Juni 2018 der Schweizerischen Post. In der vorliegenden Konstellation kann nicht gesagt werden, die Beschwerdeführerin habe im Rahmen des ihr Zumutbaren alle sich aufdrängenden Schritte unternommen. Vielmehr ist sie nach Bekanntwerden der Verweigerung untätig geblieben. Im Visumverfahren muss nach erfolgter Eröffnung an die gesuchstellende Person dem Interesse an Rechtssicherheit hohes Gewicht beigemessen werden. Werden bei Verweigerung eines Visums keine allzu hohen Anforderungen an den Rechtsmittelzugang von Gastgebern und Familienangehörigen in der Schweiz gestellt (vgl. BVGE 2014/1 E. 1.3), muss von ihnen zumindest erwartet werden können, dass sie sich mit den Gesuchstellern beziehungsweise deren Vertretern über die prozessualen Pflichten austauschen und die notwendigen Vorkehrungen zur Einlegung eines allfälligen Rechtsmittels treffen.

**6.4** Weiter ist im vorliegenden Fall zu beachten, dass die Beschwerdeführerin angibt, ihre (fachkundige) Beraterin habe einen Fehler gemacht und ihr die Verfügung nicht ausgehändigt, weil sie diese einem Rechtsanwalt habe zusenden wollen. Es kann deshalb nicht gesagt werden, die Beschwerdeführerin sei gerade durch einen Eröffnungsmangel irregeführt worden (vgl. UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, Praxiskommentar, Art. 38 N. 12). Vielmehr war die Beschwerdeführerin über die Fristensituation grundsätzlich im Bilde und es war in erster Linie das Verhalten und die Kommunikation der beteiligten Personen, welches zur zeitlichen Verzögerung der Einsprache geführt hat. Für diesen Fall soll die Schutzfunktion von Art. 38 VwVG nicht greifen.

**6.5** Mit der Vorinstanz ist der Beschwerdeführerin daher die Berufung auf Art. 38 VwVG zu versagen und ihre Eingabe vom 28. Mai 2018 als verspätet zu betrachten. Nicht anders würde es sich übrigens im Ergebnis verhalten, wenn aufgrund der Kontaktnahme der Beraterin am 19. Februar 2018 mit der Botschaft im Vorfeld des Verfahrens davon ausgegangen würde, die Visumsverweigerung vom 10. April 2018 wäre infolge Mitteilung eines Vertretungsverhältnisses an diese Beraterin zu eröffnen gewesen.

**6.6** Gründe, wonach die Beschwerdeführerin in unverschuldeter Weise davon abgehalten worden wäre, binnen Frist zu handeln, sind nicht ersichtlich (Art. 24 Abs. 1 VwVG). Zwar ergibt sich aus dem Arztbericht vom 24. Mai 2019, dass die Beschwerdeführerin seit Längerem an einer rezidivierenden depressiven Störung und an einer generalisierten Angststörung leidet (BVGer-act. 5). Sie behauptet indessen zu keinem Zeitpunkt, dass ihr Gesundheitszustand Ursache des Fristversäumnisses gewesen sei.

**7.**

Aus vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Vorinstanz Bundesrecht nicht verletzt hat (Art. 49 VwVG) und nicht zu beanstanden ist, dass sie mit Verfügung vom 16. Juli 2018 auf die Eingabe der Beschwerdeführerin nicht eingetreten ist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

**8.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären dessen Kosten grundsätzlich der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen. In Beachtung der besonderen Umstände kann jedoch in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf die Erhebung von Verfahrenskosten verzichtet werden.

**9.**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Streitsache endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG).

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] retour)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Andreas Trommer

Mathias Lanz

Versand: