



Urteil vom 31. Januar 2022

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richterin Claudia Cotting-Schalch,
Richter Gregor Chatton,
Gerichtsschreiber Daniel Brand.

Parteien

A. _____,
vertreten durch MLaw Elia Menghini,
HEKS Rechtsberatungsstelle für Asylrecht Ostschweiz,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nationales Visum (aus humanitären Gründen)
Fristwiederherstellungsgesuch.

Sachverhalt:**A.**

A.a A. _____, ein 2002 geborener und in der Schweiz lebender afghanischer Staatsangehöriger (nachfolgend: Beschwerdeführer bzw. Gesuchsteller), erhob am 7. Januar 2021 beim Staatssekretariat für Migration SEM Einsprache gegen die ablehnenden Visaentscheide betreffend seine Eltern und Geschwister. Diese hatten zuvor auf der Schweizer Auslandsvertretung in Islamabad Visagesuche aus humanitären Gründen eingereicht, welche die genannte Vertretung mit Verfügung vom 17. Dezember 2020 abgewiesen hatte.

A.b Mit Verfügung vom 18. Januar 2021 wurde der Beschwerdeführer von der Vorinstanz aufgefordert, bis zum 17. Februar 2020 einen Kostenvorschuss von Fr. 200.- zu bezahlen, ansonsten auf seine Einsprache nicht eingetreten werde.

A.c Mit Verfügung vom 12. März 2021 trat das SEM auf die Einsprache nicht ein mit der Begründung, das Schreiben sei als "nicht abgeholt" retourniert worden, weshalb auch keine (fristgerechte) Zahlung des Kostenvorschusses erfolgt sei.

A.d Diese Verfügung wurde in der Folge vom Beschwerdeführer mit Rechtsmitteleingabe vom 30. März 2021 beim Bundesverwaltungsgericht angefochten (vgl. Beschwerdeverfahren F-1548/2021). Zur Begründung machte er geltend, er habe weder die Kostenvorschussverfügung noch den Abholschein erhalten.

A.e Mit Verfügung vom 16. April 2021 hob das SEM seinen Nichteintretensentscheid vom 12. März 2021 gestützt auf Art. 58 VwVG wiedererwägungsweise auf und zeigte dem Beschwerdeführer gleichzeitig die erneute Verfahrenseröffnung an.

Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht wurde daher mit Abschreibungsentscheid vom 7. Mai 2021 als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

B.

Nachdem der Beschwerdeführer den erneut von ihm eingeforderten Kostenvorschuss innerhalb der gesetzten Frist geleistet hatte, wies die Vorinstanz die Einsprache vom 7. Januar 2021 mit Verfügung vom 26. Mai 2021 ab mit der Begründung, die in Afghanistan lebenden Gesuchsteller

vermöchten die Voraussetzungen zur Erteilung der beantragten Visa nicht zu erfüllen (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 5/S. 19-23).

C.

Mit Schreiben vom 24. August 2021 erkundigte sich die vom Beschwerdeführer neu mandatierte Rechtsvertretung bei der Vorinstanz nach dem Verfahrensstand bezüglich der humanitären Visa für dessen Familienmitglieder und ersuchte gleichzeitig um Akteneinsicht, welche ihr – bezüglich der Asylakten des Beschwerdeführers – am 26. August 2021 gewährt wurde.

Einem entsprechenden Gesuch um Akteneinsicht gab das Bundesverwaltungsgericht seinerseits am 16. September 2021 statt.

D.

Auf erneute Verfahrensstandsanfragen vom 7., 14. und 17. September 2021 hin hielt die Vorinstanz in ihrem Schreiben vom 21. September 2021 fest, die Rechtsvertretung sei bereits mit Schreiben vom 9. September 2021 über das entsprechende Vorgehen und die Bedingungen für die Ausstellung von humanitären Visa informiert worden sowie auch darüber, dass eine persönliche Vorsprache auf einer Schweizer Auslandsvertretung erforderlich sei.

Im Weiteren wurde die Rechtsvertretung vom SEM mit Schreiben vom 27. September 2021 darüber informiert, dass die Visumsanträge erneut geprüft und mit Verfügung vom 26. Mai 2021 abgewiesen worden seien. Dieser Entscheid sei dem Beschwerdeführer noch gleichentags mittels "Einschreiben mit Rückschein" postalisch zugestellt worden. Dieser habe es jedoch versäumt, das Schreiben (auf der Post) abzuholen. Dem Schreiben war eine Kopie der fraglichen Verfügung vom 26. Mai 2021 beigelegt.

E.

Mit Eingabe vom 1. Oktober 2021 ersuchte der Beschwerdeführer die Vorinstanz um Wiedererwägung des Einspracheentscheids vom 26. Mai 2021 und machte geltend, dass ihm die in B. _____ ausgestellte Abholungseinladung nie zugestellt worden sei. Dabei handle es sich offensichtlich um ein Versehen bzw. einen Fehler der Post, für welchen ihn kein Verschulden treffe.

F.

Mit Schreiben vom 18. Oktober 2021 hielt die Vorinstanz erneut an ihrem Standpunkt fest, wonach die eingeschriebene Postsendung als zugestellt

gelte und demnach der Einspracheentscheid vom 26. Mai 2021 in Rechtskraft erwachsen sei. Wiedererwägungsgründe lägen keine vor. Den Betroffenen stehe es jedoch frei, erneut auf einer Schweizer Auslandsvertretung ein entsprechendes Einreisebegehren einzureichen.

G.

Mit als "Beschwerde" bezeichneter Eingabe vom 29. Oktober 2021 gelangte der Beschwerdeführer an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte, es sei die Rechtsmittelfrist der angefochtenen Verfügung vom 26. Mai 2021 gemäss Art. 24 VwVG wiederherzustellen; eventualiter sei festzustellen, dass die Verfügung der Vorinstanz vom 26. Mai 2021 mangelhaft eröffnet sei und die Rechtsmittelfrist erst mit Zustellung an den Rechtsvertreter am 1. Oktober 2021 zu laufen begonnen habe.

In materieller Hinsicht wurde beantragt, die Verfügung der Vorinstanz sei vollumfänglich aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Betroffenen in Afghanistan unmittelbar, ernsthaft und konkret an Leib und Leben gefährdet seien und dass sie einen engen und aktuellen Bezug zur Schweiz hätten. Entsprechend sei ihr Gesuch um Erteilung humanitärer Visa gutzuheissen und die Vorinstanz sei anzuweisen, die erforderlichen Schritte und Instruktionshandlungen zu veranlassen; subeventualiter sei festzustellen, dass der Entscheid vom 26. Mai 2021 nichtig sei und die Vorinstanz sei anzuweisen, unverzüglich eine anfechtbare Verfügung zu erlassen; sub-sub-eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen Vorfälle an die Vorinstanz zurückzuweisen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG sowie um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

H.

Die obgenannte Eingabe wurde vom Bundesverwaltungsgericht als Gesuch um Wiederherstellung der Frist entgegengenommen.

I.

Der weitere Akteninhalt wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen Berücksichtigung finden.

J.

Es wurde kein Schriftenwechsel durchgeführt.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Vom SEM erlassene Verfügungen, welche die Verweigerung von Visa aus humanitären Gründen zum Gegenstand haben, unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG). Diese Zuständigkeit umfasst auch die Beurteilung von Gesuchen um Wiederherstellung von Fristen im Sinne von Art. 24 Abs. 1 VwVG (statt vieler: Urteil des BVGer F-3864/2020 vom 5. November 2020 E. 1 m.H.).

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

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

2.

Es ist von Amtes wegen zu prüfen, ob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 29. Oktober 2021 gegen den Einspracheentscheid des SEM vom 26. Mai 2021 rechtzeitig Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben hat.

2.1 Eine Beschwerde ist innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung einzureichen (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Die Frist beginnt an dem auf ihre Mitteilung folgenden Tage zu laufen (Art. 20 Abs. 1 VwVG). Eine Verfügung gilt als mitgeteilt und zugestellt, 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). Schriftliche Eingaben müssen spätestens am letzten Tage der Frist der Behörde eingereicht oder zu deren Händen der schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 21 Abs. 1 VwVG).

2.2 Wie den vorinstanzlichen Akten entnommen werden kann, wurde die Verfügung des SEM vom 26. Mai 2021 gleichentags eingeschrieben mit Rückschein der Schweizerischen Post übergeben (Zustelladresse: C._____). Die fragliche Briefsendung wurde am 27. Mai 2021 in B._____ zur Abholung gemeldet (Abholungseinladung) und anderntags an die Poststelle in C._____ weitergeleitet, welche die Sendung am 4. Juni 2021 an das SEM retournierte mit dem postalischen Vermerk "Nicht abgeholt" (SEM-act. 6/S. 24-26).

2.3 Eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, gilt spätestens am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt. Diese Zustellfiktion gemäss Art. 20 Abs. 2^{bis} VwVG setzt somit einen erfolglosen Zustellversuch voraus und es muss eine Abholeinladung in den Briefkasten oder das Postfach gelegt worden sein. Zudem musste der Empfänger mit der Mitteilung der Behörde nach Treu und Glauben rechnen. Dies ist der Fall, wenn der betroffenen Person – wie in casu geschehen – die Einleitung eines Verfahrens rechtsgenügend mitgeteilt wurde (BGE 141 II 429 E. 3.1; 134 V 49 E. 4; 127 I 31 E. 2a; URS PETER CAVELTI, in Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019 [nachfolgend: VwVG-Kommentar], Art. 20 N. 33 ff.).

Mit Verfügung vom 16. April 2021 hatte die Vorinstanz nämlich nicht nur ihren Nichteintretensentscheid vom 12. März 2021 aufgehoben, sondern dem Beschwerdeführer gleichzeitig die erneute Verfahrenseröffnung angezeigt sowie einen Kostenvorschuss erhoben, der denn auch rechtzeitig geleistet wurde.

3.

3.1 Mit seinem Fristwiederherstellungsgesuch vom 29. Oktober 2021 macht der Beschwerdeführer (erneut) geltend, er habe weder die fragliche Verfügung des SEM vom 26. Mai 2021 noch einen Abholschein erhalten. In diesem Zusammenhang verweist er auf die angeblichen Zustellungsprobleme bezüglich der (ersten) Kostenvorschussverfügung des SEM vom 18. Januar 2021, die schliesslich zur wiedererwägungsweisen Aufhebung des Nichteintretensentscheids vom 12. März 2021 geführt hätten (vgl. Bst. A.b – A.e des Sachverhalts).

Der Beschwerdeführer scheint in diesem Zusammenhang zu verkennen, dass es sich dabei um zwei verschiedene Konstellationen handelt, die nicht miteinander verglichen werden können. Während im ersteren Fall davon auszugehen ist, dass ihm die fragliche Postsendung tatsächlich nicht zugestellt werden konnte (postalischer Vermerk: "Nicht erfolgreiche Zustellung", vgl. "Track & Trace"- Auszug der Post: [...]), stellt sich die Sachlage bezüglich der Verfügung des SEM vom 26. Mai 2021 anders dar. Wie bereits unter Ziff. 2.2 erwähnt, soll die eingeschriebene mit Rückschein versandte Briefsendung gemäss Track & Trace-Auszug der Post vom Empfänger nämlich nicht abgeholt worden sein.

3.2 Die Zustellfiktion setzt voraus, dass eine Abholungseinladung in den Briefkasten oder das Postfach gelegt wurde. Dass dies der Fall ist, wenn die eingeschriebene Sendung nicht gegen Unterschrift überbracht werden kann, wird vermutet (vgl. Urteil des BGer 2C_284/2014 vom 2. Dezember 2014, E. 4.3). Der Empfänger kann die Vermutung jedoch umstossen, wenn er Fehler bei der Zustellung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachweist, was dem Beschwerdeführer allerdings mit seiner blossen Behauptung, keinen Abholschein bekommen zu haben, nicht gelingt (vgl. zum Ganzen URS PETER CAVELTI, a.a.O., Art. 20 N. 16 und 36). Von einem Eröffnungsmangel ist deshalb in casu nicht auszugehen, zumal der Beschwerdeführer auf demselben Weg zugestellte Postsendungen – beispielsweise der Nichteintretensentscheid des SEM vom 12. März 2021, dessen Verfügung vom 16. April 2021 sowie der Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Mai 2021 – problemlos in Empfang nehmen konnte.

3.3 Kommt hinzu, dass sich der Beschwerdeführer aus Gründen der Rechtssicherheit und nach dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben innert nützlicher Frist bei der Vorinstanz nach dem Vorliegen eines allfälligen Entscheides hätte erkundigen müssen und nicht erst Monate später seine Rechtsvertretung damit zu beauftragen. Für seine rund dreimonatige Untätigkeit bis zum 24. August 2021 vermag der Beschwerdeführer keine stichhaltigen Gründe vorzubringen.

3.4 Nach dem Gesagten besteht somit kein Grund für eine Wiederherstellung der Frist im Sinne von Art. 24 Abs. 1 VwVG, ist doch der Beschwerdeführer nicht unverschuldeterweise abgehalten worden, den fraglichen Entscheid des SEM innert 30-tägiger Rechtsmittelfrist anzufechten. Ebenfalls nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermag der Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass seiner Rechtsvertretung am 27. September 2021 eine Kopie der vorinstanzlichen Verfügung vom 26. Mai 2021 zugestellt wurde, da bei einer erneuten vorbehaltlosen Eröffnung einer zuvor korrekt eröffneten Verfügung die (Rechtsmittel-)Frist nur dann mit der erneuten Eröffnung neu zu laufen beginnt, wenn die mit der ersten Eröffnung ausgelöste Frist noch nicht abgelaufen ist, was in casu nicht zutrifft (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 643).

3.5 Auf die verspätet eingereichte Beschwerde vom 29. Oktober 2021 ist somit nicht einzutreten.

3.6 Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist abzuweisen, da die gestellten Rechtsbegehren als aussichtslos (zur Aussichtslosigkeit vgl. BGE 142 III 138 E. 5.1; 138 III 217 E. 2.2.4) zu betrachten waren und die Voraussetzungen von Art. 65 Abs. 1 VwVG daher nicht erfüllt sind.

3.7 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten von Fr. 700.– (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Fristwiederherstellungsgesuch wird abgewiesen.

2.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

3.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 29. Oktober 2021 wird abgewiesen.

4.

Die Verfahrenskosten von Fr. 700.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Versand des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

5.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, die Vorinstanz sowie die kantonale Migrationsbehörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Fulvio Haefeli

Daniel Brand

Versand:

Zustellung erfolgt an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilage: Einzahlungsschein)
- die Vorinstanz (ad Ref-Nr. [...] / N [...])
- das Migrationsamt des Kantons St. Gallen (in Kopie)