



Fall-Nr.: B 2011/188
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 17.01.2012
Entscheiddatum: 17.01.2012

Urteil Verwaltungsgericht, 17.01.2012

Verfahrensrecht, Zustellfiktion und Wiederherstellung der Frist, Art. 30 Abs. 1 VRP (sGS 951.1) und Art. 148 ZPO (SR 270). Eine per Einschreiben versandte Verfügung gilt mit Ablauf der siebentägigen Abholfrist als zugestellt, wenn die Voraussetzungen der Zustellfiktion erfüllt sind. Auf ein Wiederherstellungsgesuch wird nicht eingetreten, wenn es nicht fristgerecht gestellt worden ist (Verwaltungsgericht, B 2011/188).

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder,
Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber Dr. M.
Looser

In Sachen

S. L.,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. A. B.,

gegen

Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen, Moosbruggstrasse 11,
9001 St. Gallen,



betreffend

Widerruf der Aufenthaltsbewilligung

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Der aus Bosnien-Herzegowina stammende S. L. verheiratete sich am 27. Mai 2005 in St. Gallen mit der in der Schweiz niedergelassenen Serbin T. V. Im Rahmen des Familiennachzugs zu seiner Ehefrau erhielt er eine Aufenthaltsbewilligung.

Am 1. Mai 2006 teilte die Ehefrau dem Ausländeramt (heute: Migrationsamt) mit, sie lebe seit Ende Februar 2006 nicht mehr mit ihrem Ehemann zusammen. Die Ehe wurde am 19. März 2007 durch das Amtsgericht Sokobanja/Serbien geschieden. In Anbetracht der Trennung war die Aufenthaltsbewilligung von S. L. mit Verfügung des Ausländeramtes vom 28. August 2006 bereits nicht mehr verlängert und eine Ausreisefrist angesetzt worden. Die dagegen geführten Rekurs- und Beschwerdeverfahren blieben erfolglos (Urteil B 2007/41 des Verwaltungsgerichts vom 9. Mai 2007). Das Ausländeramt gewährte S. L. eine neue Frist zur Ausreise bis zum 3. September 2007.

B./ Am 17. August 2007, während der laufenden Ausreisefrist, heiratete S. L. in St. Gallen die Schweizerin B. D. Am 30. August 2007 wurde sein Aufenthalt daher erneut bewilligt.

Nachdem das Einwohneramt der Stadt S. das Ausländeramt am 12. August 2010 darüber informiert hatte, die Ehefrau von S. L. habe sich alleine nach W. abgemeldet, wurde dessen Aufenthaltsbewilligung - nachdem ihm am 22. November 2010 das rechtliche Gehör gewährt worden war - am 5. Januar 2011 widerrufen. Von diesem Zeitpunkt an befand sich S. L. allerdings auf Geschäftsreise im Balkan. Weil er erst um den 21. Februar 2011 wieder zurückkehrte, konnte die Verfügung nicht zugestellt



St.Galler Gerichte

werden. Sie wurde am 20. Januar 2011 an das Ausländeramt retourniert und per A-Post erneut zugestellt.

C./ Gegen die Verfügung des Ausländeramtes vom 5. Januar 2011 liess S. L. durch seinen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 4. März 2011 Rekurs beim Sicherheits- und Justizdepartement erheben. Er beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei ihm die Niederlassungsbewilligung, eventuell die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

Mit Entscheid vom 2. September 2011 trat das Sicherheits- und Justizdepartement auf den Rekurs nicht ein. Zur Begründung wurde im Wesentlichen angeführt, die Rechtsmittelfrist sei offensichtlich nicht gewahrt worden. Die gleichentags versandte Verfügung vom 5. Januar 2011 habe nach Ablauf der siebentägigen Abholfrist als zugestellt gelten müssen. Der Verweis des Rekurrenten auf seine Auslandabwesenheit könne ihn nicht von seiner Pflicht entbinden, in einem laufenden Verfahren die Post entgegenzunehmen. Nachdem ihm das Migrationsamt am 22. November 2010 den Widerruf in Aussicht gestellt und das rechtliche Gehör gewährt habe, hätte er vom laufenden Verfahren gewusst. Er hätte daher seine Landesabwesenheit dem Ausländeramt melden oder einen Stellvertreter ernennen müssen. Ein Gesuch um Wiederherstellung der Frist sei formell nicht gestellt worden. Soweit in der Rekurseingabe ein sinngemässes Gesuch um Wiederherstellung der Frist zu erblicken sei, sei auch dieses verspätet. Der Säumnisgrund sei nämlich bereits am 21. Februar 2011 weggefallen und die zehntägige Frist somit am 3. März 2011 abgelaufen.

D./ Mit Eingabe vom 15. September 2011 liess S. L. durch seinen Rechtsvertreter Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben. Er beantragt, der Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartements vom 2. September 2011 sei aufzuheben und die Sache sei zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dem Beschwerdeführer sei eventualiter die Niederlassung, subeventualiter der Aufenthalt zu bewilligen. Für die Dauer des Verfahrens sei ihm der Aufenthalt in der Schweiz weiterhin zu bewilligen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Sicherheits- und Justizdepartement schliesst in der Stellungnahme vom 6. Oktober 2011 auf die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verweist es auf den angefochtenen Entscheid und die Akten.



Nach erstreckter Frist liess sich S. L. am 7. November 2011 erneut vernehmen. Im Umstand, dass die Vorinstanz das Dossier über T. B., seine erste Ehefrau, zu den Akten gelegt habe, erblickt er eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Er beantragt daher, die Sache sei zur erneuten Verfügung an das Migrationsamt zurückzuweisen.

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ist - soweit nötig - in den Erwägungen näher einzugehen.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. (...).

2. Gegenstand des Verfahrens ist der vorinstanzliche Entscheid, auf den Rekurs des Beschwerdeführers nicht einzutreten. Nicht gegenständlich ist hingegen die Verfügung des Ausländeramtes vom 5. Januar 2011. Auf die diesbezüglichen Rügen des Beschwerdeführers, insbesondere auf den Antrag zur Rückweisung an die verfügende Behörde, ist nicht einzutreten.

3. Streitig ist, ob der Rekurs vom 4. März 2011 unter Wahrung der Frist erhoben worden ist.

3.1. Die Eröffnung einer Verfügung ist eine empfangsbedürftige, nicht aber eine annahmebedürftige einseitige Rechtshandlung. Ihre Rechtswirkungen entfaltet die Verfügung vom Zeitpunkt der ordnungsgemässen Zustellung an. Unerheblich ist, ob der Betroffene vom Verfügungsinhalt tatsächlich Kenntnis nimmt oder nicht (Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 84 B Ia, S. 280, mit Hinweisen).

3.1.1. Als zugestellt gilt eine mittels Einschreiben versandte Verfügung grundsätzlich vom Zeitpunkt an, in dem sie durch den Adressaten tatsächlich in Empfang genommen wird.



Wird der Adressat nicht angetroffen, wird eine Abholeinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt. Die Sendung gilt als zugestellt, sobald sie vom Adressaten auf der Post abgeholt wird.

3.1.2. Wird die Sendung nicht abgeholt, so gilt sie gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach Verstreichen der siebentägigen Abholfrist als zugestellt (BGE 130 III 399, E. 1.2.3; BGE 119 V 94, E. 4.b.aa; BGE 117 III 4, E. 2; BGE 117 V 132, E. 4a; VerwGE vom 22. Dezember 1971 i.S. A. H., E. 2.a). Die siebentägige Frist war früher in Art. 169 Abs. 1 lit. d und e der Verordnung 1 vom 1. September 1967 zum Postverkehrsgesetz (AS 1967, S. 1462) vorgesehen. Diese Verordnung ist mit Art. 13 lit. a der Postverordnung vom 29. Oktober 1997 (AS 1997, S. 2461) aufgehoben worden. Die siebentägige Frist ist jetzt als Grundsatz in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post vorgesehen und damit allgemein bekannt. Sie bleibt nach der Rechtsprechung auf die Frage, wann eine Sendung als zugestellt gilt, anwendbar (zum Ganzen vgl. BGE 127 I 34, E. 2a.aa).

3.1.3. Die Annahme der sog. "Zustellfiktion" rechtfertigt sich erst, wenn jemand an einem Verfahren beteiligt und dadurch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet ist, dafür zu sorgen, dass ihm die behördlichen Akte zugestellt werden können. Sie gilt auch während eines laufenden Verfahrens nur, wenn die Verfahrensbeteiligten mit der Zustellung eines behördlichen Entscheides oder einer Verfügung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit rechnen mussten (BGE 130 III 399, E. 1.2.3 mit Hinweisen; BGE 2P.120/2005 vom 23. März 2006, E. 3). Unter dieser Voraussetzung wird vom Betroffenen verlangt, dass er seine Abwesenheit der Behörde zumindest bekannt gibt oder aber einen Stellvertreter damit betraut, die allenfalls nötigen Handlungen vorzunehmen (BGE 119 V 89, E. 4.b.bb).

Diese Obliegenheit kann dem Betroffenen jedoch zeitlich nicht unbeschränkt zugemutet werden. Bei der Anwendung der Zustellfiktion ist daher die Verfahrensdauer zu berücksichtigen. Der Zeitraum, während dem die Zustellfiktion unbeschränkt aufrecht erhalten werden kann, ohne dass verfahrensbezogene Handlungen erfolgten, darf in der Regel ein Jahr nicht überschreiten (BGE 2P.120/2005 vom 23. März 2006, E. 4.2; Merkli/Aeschlimann/ Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, N 11 zu Art. 44 VPRG).



3.2. Die Widerrufsverfügung des Migrationsamtes vom 5. Januar 2011 wurde dem Beschwerdeführer gleichentags mit eingeschriebener Post zugestellt. Da der Adressat beim Zustellversuch nicht zugegen war, wurde er eingeladen, die Sendung innert Frist bis zum 13. Januar 2011 auf der Poststelle S.- B. abzuholen. Dies hat der Beschwerdeführer unterlassen. Versehen mit dem Vermerk "nicht abgeholt", ging die Sendung am 20. Januar 2011 schliesslich wieder beim Ausländeramt ein. Noch am gleichen Tag wurde die Verfügung per A-Post erneut an den Beschwerdeführer gesandt. Zusätzlich wies das Amt den Beschwerdeführer ausdrücklich darauf hin, dass die Rekursfrist damit nicht neu zu laufen beginne.

3.2.1. Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe keine Abholeinladung erhalten. Weder aus dem Rekursentscheid noch aus den Akten ergebe sich, wie der Zustellvorgang vonstatten gegangen sei.

Nach dem Gesagten lässt sich der Zustellvorgang mit hinreichender Klarheit abbilden. Aus dem Vermerk auf dem Umschlag, wonach die Sendung bis zum 13. Januar 2011 bei der zuständigen Poststelle abzuholen sei, ergibt sich, dass sich der Zustellbeamte mit dem Fristenlauf befasst hat. Dass er dabei keine Abholeinladung ausfertigte, ist unwahrscheinlich. Das Vorbringen des Beschwerdeführers erweist sich als reine Schutzbehauptung.

3.2.2. Sind die weiteren Voraussetzungen erfüllt, so galt die Verfügung nach den Regeln der Zustellfiktion am 13. Januar 2011 als zugestellt. Zu prüfen bleibt, ob der Beschwerdeführer um seine Beteiligung an einem ausländerrechtlichen Verfahren wusste und ob er mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung rechnen musste.

Am 13. August 2010 befragte das Ausländeramt den Beschwerdeführer schriftlich über die Umstände der Trennung von seiner Ehefrau. Aus dem Betreff "Überprüfung Ihres Aufenthalts infolge Trennung" war erkennbar, dass es dabei - angesichts der veränderten Verhältnisse - um die neue Beurteilung seiner Aufenthaltsbewilligung ging. Am 29. August 2010 beantwortete er die Fragen.



Am 22. November 2010 stellte das Ausländeramt dem Beschwerdeführer den Widerruf seiner Aufenthaltsbewilligung in Aussicht und gewährte ihm das rechtliche Gehör. Der Beschwerdeführer liess sich am 8. Dezember 2010 dazu vernehmen.

Spätestens seitdem der Widerruf dem Beschwerdeführer am 22. November 2010 angedroht und er zur Stellungnahme aufgefordert worden war, wusste er, dass gegen ihn ein ausländerrechtliches Verfahren eröffnet worden war. Damit oblag es ihm, die Zustellung der behördlichen Akte auch während seiner Landesabwesenheit zu gewährleisten. Nachdem der letzte behördliche Akt am 22. November 2010 ergangen war und der Beschwerdeführer bereits ca. eineinhalb Monate später zu einem längeren Auslandsaufenthalt aufbrach, musste er damit rechnen, dass ihm während dieser Zeit eine Verfügung zugestellt werden könnte. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers lässt sich nicht damit argumentieren, er habe noch nicht mit einer Verfügung rechnen müssen. Die Obliegenheit, für den gehörigen Empfang verfahrensbezogener Mitteilungen zu sorgen, gilt umso mehr, je weniger Zeit seit der letzten behördlichen Interaktion verstrichen ist, und nicht umgekehrt.

3.2.3. Nachdem der Beschwerdeführer bereits in den Jahren 2006 und 2007 ein Rekurs- und Beschwerdeverfahren geführt hatte, muss er als einigermaßen verfahrenkundig gelten. Dass er um die entsprechenden Obliegenheiten wusste, geht sogar aus den Akten des Ausländeramtes hervor. Am 4. Dezember 2006 - also während des damals hängigen Rekursverfahrens - wurde er am Schalter des Amtes vorstellig, um anzuzeigen, dass er vom 8. Dezember 2006 bis zum 15. Januar 2007 ausser Landes sein werde (act. 103). Nachdem er der Abholeinladung nicht Folge geleistet hatte, galt die Verfügung vom 5. Januar 2011 nach Verstreichen der Abholfrist am 13. Januar 2011 als zugestellt. Das Ausländeramt setzte dem Beschwerdeführer in Übereinstimmung mit Art. 47 Abs. 1 VRP eine vierzehntätige Rechtsmittelfrist an. Der Rekurs vom 4. März 2011 wurde offensichtlich verspätet eingereicht.

4. Zu entscheiden ist, ob die verpasste Frist durch die Vorinstanz wiederherzustellen war. Art. 30 Abs. 1 VRP verweist hinsichtlich der Fristen und deren Wiederherstellung subsidiär und zur sachgemässen Anwendung auf die Schweizerische Zivilprozessordnung (SR 272, abgekürzt ZPO). Art. 148 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass eine versäumte Frist auf Gesuch der säumigen Partei hin wiederhergestellt werden



kann, wenn diese glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Das entsprechende Gesuch muss innert zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes eingereicht werden (Art. 148 Abs. 2 ZPO).

4.1. Der Rechtsbehelf der Wiederherstellung ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz. Er bezweckt, die Gefahren des prozessualen Formalismus abzuschwächen und ein Missverhältnis zwischen dem Verschulden und den an ein prozessuales Versäumnis geknüpften Rechtsnachteilen zu vermeiden (Gozzi, in: Spühler/Tenzio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 2 zu Art. 148 ZPO). Die Wiederherstellung wird auf ein entsprechendes Gesuch hin erteilt, wobei genügt, wenn der Wille erklärt wird, die betreffende Prozesshandlung möge aufgrund der vorgebrachten Tatsachen als rechtzeitig angesehen werden (Gozzi, a.a.O., N 35 zu Art. 148 ZPO).

Die Frist zur Einreichung des Gesuchs beträgt zehn Tage, wobei vom Wegfall des Säumnisgrundes an gerechnet wird. Art. 142 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass Fristen, die durch eine Mitteilung oder den Eintritt eines Ereignisses ausgelöst werden, am folgenden Tag zu laufen beginnen.

4.2. Wie bereits dargelegt, behauptet der Beschwerdeführer zu Unrecht, die Zustellungsfiktion finde in seinem Fall keine Anwendung. Indem er seine gegenteilige Auffassung belegt, legt er dar, inwiefern der Rekurs rechtzeitig erhoben worden sei. Damit wird sein Wille erklärt, die Rechtshandlung möge aufgrund der vorgebrachten Tatsachen als rechtzeitig angesehen werden. Den Voraussetzungen an ein Wiederherstellungsgesuch ist nach dem Gesagten Genüge getan. Zu prüfen ist aber, ob das Gesuch rechtzeitig, d.h. innert zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes eingereicht worden ist.

4.2.1. In der Rekurschrift vom 4. März 2011 legte der Beschwerdeführer dar, er sei am Montag, 21. Februar 2011, von seiner Geschäftsreise zurückgekehrt und habe zu dem Zeitpunkt von der zusätzlich per A-Post zugestellten Verfügung Kenntnis erhalten. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, begann die zehntägige Frist zur Einreichung eines Wiederherstellungsgesuches am 22. Februar 2011 zu laufen und endete am 3. März 2011. Das Gesuch wäre folglich verspätet eingereicht worden.



St.Galler Gerichte

4.2.2. In der Beschwerdeschrift vom 15. September 2011 behauptet der Beschwerdeführer, entgegen seiner Darstellung im Rekursverfahren sei er nicht bereits am 21., sondern erst am 22. Februar 2011 in die Schweiz zurückgekehrt, womit die Wiederherstellung fristwährend angebetrt worden sei. Zum Beweis reichte er Passkopien sowie einen detaillierten Kreditkartenauszug ein. Daraus soll hervorgehen, dass er am Abend des 21. Februars 2011 aus Kroatien ausgereist und nach zehnstündiger Fahrt am frühen Morgen des folgenden Tages in die Schweiz eingereist sei.

4.2.3. Im möglichen Zeitraum seiner Reise hat der Beschwerdeführer drei Kreditkartenbezüge

getätigt. Deren zwei datieren vom 20. Februar, einer vom 21. Februar 2011. Am ersten Tag bezahlte er in Kuzmin, Serbien, sowie in Adasevci, Serbien, eine Gebühr des staatlichen Autobahnbetreibers "Putevi-Srbije" von 50 resp. 310 serbischen Dinar. Am darauffolgenden Tag (21. Februar 2011) bezahlte er in Ivanja Reka, Kroatien, zugunsten des kroatischen Autobahnbetreibers "HAC" eine Mautgebühr von 92 Kuna.

Daraus geht hervor, dass der Beschwerdeführer in der Nacht vom 20. auf den 21. Februar 2011 die Autobahn A3/E70 benützte und die serbisch-kroatische Grenze überquerte. Die Strecke von Kuzmin über Adasevci zum kroatischen Grenzort Zupanja beträgt lediglich 67 km. Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers wurde dort am 21. Februar 2011 nicht die Ausreise, sondern die Einreise nach Kroatien im Pass vermerkt. Danach fuhr er auf der gleichen Autobahn weiter, und zwar mindestens bis ins ca. 240 km entfernte Ivanja Reka, ein Vorort von Zagreb, wo erneut eine Maut fällig wurde. Von dort beträgt die Reisezeit nach St. Gallen noch ca. 7.5 Stunden. Aufgrund der Akten muss davon ausgegangen werden, dass er diese Strecke ohne längere Pausen bewältigt hat.

4.2.4. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Angaben im Beschwerdeverfahren über die Rückreise unwahr sind. Nachdem erstellt ist, dass der Beschwerdeführer nicht in der Nacht vom 21. auf den 22., sondern vom 20. auf den 21. Februar 2011 von Serbien nach Kroatien eingereist ist, ist der Beschwerdeführer auf seine Angabe im Rekursverfahren zu behaften, wonach er bereits am 21. Februar 2011 in St. Gallen



St.Galler Gerichte

angekommen sei und von der Verfügung Kenntnis erhalten habe. Das Wiederherstellungsbegehren vom 4. März 2011 wurde demnach verspätet gestellt.

5. Zusammenfassend erweist sich, dass die Vorinstanz zu Recht nicht auf den Rekurs eingetreten ist. Die Verfügung vom 5. Januar 2011 musste ab dem 13. Januar 2011 als zugestellt gelten. Der Rekurs vom 4. März 2011 erfolgte offensichtlich verspätet. Soweit er als Wiederherstellungsgesuch zu behandeln ist, wurde auch dieses verspätet eingereicht. Die Beschwerde ist abzuweisen.

Abgesehen davon hätte das Wiederherstellungsgesuch auch nach einer materiellen Beurteilung abgewiesen werden müssen. Die Wiederherstellung ist nur zu gewähren, wenn der Säumige glaubhaft macht, dass ihn kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 148 Abs. 1 ZPO). Ist er in Kenntnis eines laufenden Verfahrens abwesend, ohne die nötigen Vorkehren zu treffen, wiegt das Verschulden nicht mehr leicht (Gozzi, a.a.O., N 23 zu Art. 148 ZPO, mit Hinweisen).

6.(...)

.

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

- 1./ Die Beschwerde wird abgewiesen.
- 2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.-- bezahlt der Beschwerdeführer durch Verrechnung mit dem einbezahlten Kostenvorschuss.
- 3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W.



Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- den Beschwerdeführer (durch Rechtsanwalt Dr. A. B.)
- die Vorinstanz

am:

Rechtsmittelbelehrung:

Sofern eine Rechtsverletzung nach Art. 95 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (SR 173.110, abgekürzt BGG) geltend gemacht wird, kann gegen diesen Entscheid gestützt auf Art. 82 lit. a BGG innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde erhoben werden.