



Abteilung IV
D-5498/2012

Urteil vom 12. Dezember 2012

Besetzung

Richter Robert Galliker (Vorsitz),
Richter Hans Schürch, Richter Gérald Bovier,
Gerichtsschreiber Matthias Jaggi.

Parteien

A. _____, geboren (...),
Türkei,
vertreten durch Michael Steiner, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rechtsverweigerung; Asyl und Wegweisung;
Verfügung des BFM vom 25. Juli 2012 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer reichte am 17. Februar 1991 in der Schweiz ein erstes Asylgesuch ein. Mit Verfügung vom 16. April 1991 stellte das vormals zuständige Bundesamt für Flüchtlinge (BFF; heute BFM) fest, dass der Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft nicht erfülle. Es lehnte sein Asylgesuch ab und ordnete seine Wegweisung aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug an. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Seit dem 10. Juni 1991 galt der Beschwerdeführer als verschwunden.

B.

Am 6. Mai 1999 stellte der Beschwerdeführer in der Schweiz ein zweites Asylgesuch. Seit dem 18. Juni 1999 galt er als verschwunden, weshalb dieses Asylgesuch als gegenstandslos geworden abgeschrieben wurde.

C.

Am 6. Oktober 2008 reichte der Beschwerdeführer im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) B._____ erneut ein Asylgesuch ein, wozu er am 17. Oktober 2008 im EVZ B._____ befragt wurde. Mit Zwischenverfügung vom 22. Oktober 2008 wurde das zweite Asylverfahren des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 35a Abs. 1 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) wieder aufgenommen. Am 10. November 2008 wurde er im EVZ B._____ angehört und am 16. Dezember 2008 führte das BFM mit dem Beschwerdeführer am selben Ort eine Ergänzungsanhörung durch.

D.

Mit Verfügung vom 14. Januar 2010 trat das BFM in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. f AsylG auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug an.

E.

Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer – handelnd durch seinen ehemaligen Rechtsvertreter C._____ – mit Eingabe vom 22. Januar 2010 beim Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde ein. Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens hob das BFM mit Verfügung vom 10. Februar 2010 den am 14. Januar 2010 ergangenen Entscheid auf und nahm das Asylverfahren wieder auf. Daraufhin schrieb das

Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren mit Abschreibungsentscheid vom 15. Februar 2010 (D-423/2010) als gegenstandslos ab.

F.

Mit – lediglich an den Beschwerdeführer adressierter – Verfügung vom 25. Juli 2012 stellte das BFM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, und lehnte das Asylgesuch ab. Gleichzeitig verfügte es die Wegweisung aus der Schweiz und den Vollzug. Diese Verfügung nahm der Beschwerdeführer am 27. Juli 2012 gegen Unterschrift in Empfang.

G.

Mit Eingabe vom 27. Juli 2012 teilte C._____ der Vorinstanz Folgendes mit: "(...).Heute hat sich nun mein Klient telefonisch bei mir gemeldet, wonach er Post vom BFM erhalten habe. Ohne Kenntnis vom Inhalt Ihres Schreibens zu haben, teile ich Ihnen mit, dass Ihre Schreiben bezüglich Herrn A._____ rechtsgenügend nur an mich eröffnet werden können. Ich bitte Sie, dies nachzuholen (...)."

H.

Mit Schreiben vom 6. August 2012 informierte C._____ das BFM darüber, dass sein Mandat bezüglich des Beschwerdeführers beendet sei.

I.

Mit Eingabe vom 6. August 2012 teilte der rubrizierte Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (nachfolgend: Rechtsvertreter) dem BFM die Mandatsübernahme mit und reichte gleichzeitig die entsprechende Anwaltsvollmacht ein. Zudem gab er zwei Arztberichte sowie eine Therapiebestätigung zu den Akten. Diesbezüglich führte er aus, dass aus diesen Berichten hervorgehe, dass der Beschwerdeführer an einer Anpassungsstörung mit Angst und Depression, sozialem Rückzug sowie unter einer posttraumatischen Belastungsstörung leide.

J.

Mit Schreiben vom 12. September 2012 unterrichtete der Rechtsvertreter die Vorinstanz unter anderem darüber, dass der Beschwerdeführer vor mehreren Wochen von seiner Schwester erfahren habe, dass die Gendarmerie nach ihm gesucht habe.

K.

Mit Schreiben vom 17. September 2012 teilte das BFM dem Rechtsvertreter mit, dass das Asylverfahren des Beschwerdeführers rechtskräftig

abgeschlossen sei. Die Eingabe vom 12. September 2012 könne deshalb keine Beachtung mehr finden.

L.

Mit Eingabe vom 19. September 2012 unterrichtete der Rechtsvertreter das BFM darüber, dass ein Arztbericht erst später ausgestellt werden könne, weshalb um Ansetzung einer angemessenen Frist zur Einreichung eines aktuellen Arztberichts ersucht werde.

M.

In seinem Schreiben vom 20. September 2012 an die Vorinstanz nahm der Rechtsvertreter Bezug auf die Mitteilung des BFM vom 17. September 2012 und machte geltend, es müsse ein Versehen vorliegen, da gemäss den ihm vorliegenden Informationen das Verfahren keineswegs rechtskräftig abgeschlossen sei. Für den Fall, dass die Vorinstanz wider Erwarten anderer Auffassung sei, werde um Zustellung der entsprechenden Beweise bezüglich des rechtskräftigen Abschlusses des Verfahrens sowie Einsicht in sämtliche weitere Akten ersucht. Ausserdem seien für den Fall, dass das Verfahren tatsächlich rechtskräftig abgeschlossen sein sollte, die bisherigen Eingaben als neues Asylgesuch zu erfassen und zu behandeln.

N.

Mit Schreiben vom 26. September 2012 teilte das BFM dem Rechtsvertreter mit, dass der Asylentscheid vom 25. Juli 2012 am 29. August 2012 in Rechtskraft erwachsen sei. Im Weiteren führte die Vorinstanz aus, dass die in den bisherigen Eingaben vorgebrachten Elemente ohne Weiteres während des Asylverfahrens beziehungsweise im Rahmen einer Beschwerde hätten vorgebracht werden können, was offenbar durch prozessuale Versäumnisse unterblieben sei. Die Vorbringen könnten deshalb nicht als neues Asylgesuch behandelt werden. Bezüglich des Antrages, es sei eine Frist zur Einreichung eines Arztzeugnisses anzusetzen, sei festzustellen, dass nach Eintritt der Rechtskraft eines Asylverfahrens keine weiteren Instruktionsmassnahmen mehr durchgeführt würden.

O.

Mit Verfügung vom 28. September 2012 gewährte die Vorinstanz dem Rechtsvertreter Akteneinsicht.

P.

Mit Eingabe vom 1. Oktober 2012 an die Vorinstanz machte der Rechts-

vertreter geltend, das BFM habe es trotz der ausdrücklichen Aufforderung des früheren Rechtsvertreters bis heute unterlassen, die Verfügung vom 25. Juli 2012 an den Beschwerdeführer rechtsgenügend zuzustellen. Es sei festzustellen, dass sich das Bundesamt in willkürlicher und offensichtlich rechtswidriger Weise auf den Standpunkt stelle, dass das Asylgesuch des Beschwerdeführers rechtskräftig abgeschlossen sei. Offenbar anerkenne die Vorinstanz inzwischen die Rechtslage und habe eingesehen, dass bis heute keine rechtsgenügende Eröffnung in dieser Sache stattgefunden habe, da sie in der Verfügung vom 28. September 2012 festhalte, dass es sich um einen Zwischenentscheid handle, der nur mit dem Endentscheid anfechtbar sei. Es seien deshalb umgehend in den entsprechenden Datenbanken die erforderlichen Einträge zu ändern und es sei zu erfassen, dass das Asylgesuch des Beschwerdeführers weiterhin erstinstanzlich hängig sei. Vom BFM werde erwartet, dass die vorliegende Angelegenheit umgehend rechtlich korrekt gelöst und die erwähnte Verfügung somit rechtsgenügend zugestellt werde.

Q.

Mit Eingabe vom 10. Oktober 2012 an die Vorinstanz brachte der Rechtsvertreter vor, sein Schreiben vom 1. Oktober 2012 sei bis heute unbeantwortet geblieben. Offenbar könne er nicht länger von einem Versehen des BFM, sondern von einem gezielt rechtswidrigen Vorgehen ausgehen, welches zudem gegen Treu und Glauben und gegen den Grundsatz eines fairen Verfahrens verstosse. Er verlange weiterhin ausdrücklich eine schriftliche Bestätigung darüber, dass die Einträge in den entsprechenden Datenbanken geändert worden seien und das Asylgesuch des Beschwerdeführers weiterhin erstinstanzlich hängig sei. Für den Fall, dass die Bestätigung betreffend die Hängigkeit des Asylgesuchs nicht umgehend bei ihm eintreffe, behalte er sich ausdrücklich weitere rechtliche Schritte vor (z.B. Rechtsverweigerungsbeschwerde, Aufsichtsbeschwerde etc.).

R.

In ihrem Schreiben vom 17. Oktober 2012 an den Rechtsvertreter brachte die Vorinstanz im Wesentlichen vor, dass sich C._____ im Anschluss an den Entscheid vom 25. Juli 2012 an das BFM gewandt und um Zustellung an seine Adresse ersucht habe, weil er den Beschwerdeführer vertrete. Bevor man habe tätig werden können, habe C._____ das BFM mit Mitteilung vom 6. August 2012 darüber informiert, dass sein Mandat erloschen sei. Es habe somit kein Anlass mehr bestanden, ihm zu antworten. Die Verpflichtungen diesem Rechtsvertreter gegenüber seien erfüllt gewesen. Am 7. August 2012 sei dann die Vertretungsanzeige des

(aktuellen) Rechtsvertreter eingegangen. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter würden grundsätzlich vom Privatrecht bestimmt. Es wäre deshalb alleine Sache des Beschwerdeführers gewesen, den (aktuellen) Rechtsvertreter über den Erhalt des Asylentscheides zu informieren. Habe er dies nicht getan und sei es in der Folge verpasst worden, eine Beschwerde einzureichen, so habe er sich dieses prozessuale Versäumnis selber anzulasten. Beim Hinweis in der Akteneinsicht, es handle sich um eine mit dem Endentscheid anfechtbare Zwischenverfügung, sei ein Kanzleifehler unterlaufen. Der Satz wäre zu unterlassen gewesen.

S.

Mit Eingabe vom 21. Oktober 2012 erhob der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter beim Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde wegen Rechtsverweigerung durch das BFM, wobei er die nachstehend aufgeführten Anträge stellte:

1. Es sei die Rechtsverweigerung des BFM betreffend die rechtsgenügli- che Zustellung der Verfügung vom 25. Juli 2012 sowie betreffend die Er- fassung der erstinstanzlichen Hängigkeit des Asylverfahrens (ZEMIS) festzustellen.
2. In der Folge sei das BFM umgehend anzuweisen, bis zur rechtsge- nüglichen Eröffnung der Verfügung vom 25. Juli 2012 oder einer allenfalls neu zu erlassenden Verfügung betreffend Asyl und Wegweisung die erst- instanzliche Hängigkeit des Asylverfahrens betreffend das Gesuch vom 6. Oktober 2008 zu erfassen.
3. Bis zum Entscheid über die Anträge eins und zwei seien die kantona- len Behörden sowie das BFM umgehend anzuweisen, umgehend sämtli- che Vollzugsmassnahmen zu stoppen (Vollzugsstopp).
4. Eventualiter sei diese Eingabe als Beschwerde gegen die Verfügung vom 25. Juli 2012 entgegenezunehmen und zu behandeln.
5. Eventualiter sei dem Beschwerdeführer Einsicht in die Akten seines ersten und zweiten Asylgesuchs sowie in die Akten B 4/2 und B 5/1 zu gewähren.
6. Eventualiter sei das rechtliche Gehör betreffend die Akten des ersten und zweiten Asylgesuchs sowie in die Akten B 4/2 und B 5/1 des Be- schwerdeführers zu gewähren.
7. Nach Gewährung der beantragten Einsicht in die Akten des ersten und zweiten Asylgesuchs sowie in die Akten B 4/2 und B 5/1 beziehungsweise nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs sei dem Beschwerdeführer

eine angemessene Frist zur Einreichung einer Beschwerdeergänzung zu gewähren.

8. Die Verfügung vom 25. Juli 2012 sei aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung an das BFM zurückzuweisen.

9. Eventualiter sei die Verfügung vom 25. Juli 2012 aufzuheben und dem Beschwerdeführer sei in der Schweiz Asyl zu gewähren.

10. Eventualiter sei die Verfügung vom 25. Juli 2012 aufzuheben und der Beschwerdeführer sei wegen Unzulässigkeit, eventualiter Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig aufzunehmen.

11. Dem unterzeichnenden Rechtsanwalt sei vor der Gutheissung der vorliegenden Verwaltungsbeschwerde eine angemessene Frist zur Einreichung einer detaillierten Kostennote zur Bestimmung der Parteientschädigung einzuräumen.

Auf die Begründung der Beschwerdebegehren wird, soweit wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Mit der Rechtsmittelschrift wurden die Eingaben des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers vom 1. und 10. Oktober 2012 an das BFM in Kopie zu den Akten gereicht.

T.

Mit Verfügung vom 22. Oktober 2012 setzte das Bundesverwaltungsgericht den Vollzug der Wegweisung per sofort aus.

U.

Mit Eingabe vom 29. Oktober 2012 an das Bundesverwaltungsgericht machte der Rechtsvertreter unter anderem geltend, er habe das Schreiben des BFM vom 17. Oktober 2012 erst am 24. Oktober 2012 erhalten. Auf den weiteren Inhalt der Eingabe wird – soweit wesentlich – in den Erwägungen eingegangen.

Der Eingabe lag das Schreiben des BFM vom 17. Oktober 2012 in Kopie bei.

V.

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2012 liess der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter einen Arztbericht vom 20. November 2012 zu den Akten reichen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde vom 21. Oktober 2012 in erster Linie geltend, das BFM habe seine Verfügung vom 25. Juli 2012 nicht rechtsgenügend eröffnet. Trotz entsprechender Aufforderung habe sich die Vorinstanz bisher geweigert, dieses Versäumnis nachzuholen, weshalb eine Rechtsverweigerung vorliege.

1.2 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Nach Art. 46a VwVG kann auch gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung Beschwerde erhoben werden. Mit dem Ausdruck "anfechtbare Verfügung" wird klargestellt, dass eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde entfällt, wenn die verweigernde oder verzögerte Verfügung selbst nicht anfechtbar wäre (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4408).

1.3 Die Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde im Sinne von Art. 46a VwVG richtet sich an diejenige Beschwerdeinstanz, welche für die Behandlung einer Beschwerde gegen eine ordnungsgemäss ergangene Verfügung zuständig wäre. Das BFM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet in diesem Bereich endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.4 Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerden sind akzessorisch zum Hauptverfahren, weshalb sich die Beschwerdebefugnis nach der diesbezüglichen Legitimation richtet. Demnach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen (respektive teilzunehmen versucht) hat, durch eine ordnungsgemäss ergangene Verfügung besonders berührt wäre und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hätte, mithin im Hauptverfahren Parteistellung beanspruchen könnte (Art. 6 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und

Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 78 und S. 255). Sodann muss der oder die Rechtssuchende ein Begehren auf Erlass einer Verfügung gestellt haben, und es muss ein Anspruch auf Erlass einer solchen bestehen, folglich die Behörde nach den massgebenden Bestimmungen verpflichtet sein, in Verfügungsform zu handeln (vgl. BVGE 2008/15 E. 3.2, mit weiteren Hinweisen). Das Recht verweigert eine Behörde, die es ausdrücklich ablehnt oder stillschweigend unterlässt, eine Verfügung zu treffen, obwohl sie dazu verpflichtet ist (BGE 124 V 130 E. 4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1247/2010 vom 19. April 2010 E. 3.2.2).

Der Beschwerdeführer hat mit seiner Eingabe vom 6. Oktober 2008 unbestrittenermassen ein Asylgesuch gemäss Art. 18 AsylG gestellt. Die Pflicht des BFM zur Behandlung des Asylgesuchs und dessen Beantwortung mittels einer beschwerdefähigen Verfügung ergibt sich namentlich aus den Bestimmungen von Art. 37 und Art. 105 AsylG. Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde gegen eine sein Asylgesuch ablehnende Verfügung legitimiert und somit auch zur Rechtsverweigerungsbeschwerde.

1.5 Die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist – obwohl eine ordentliche Beschwerde – nicht fristgebunden. Sie kann gemäss Art. 50 Abs. 2 VwVG jederzeit eingereicht werden. Die Grenze bildet freilich der Grundsatz von Treu und Glauben. Die beschwerdeführende Person muss auch darlegen, dass sie zur Zeit der Beschwerdeeinreichung immer noch ein schutzwürdiges Interesse an der Vornahme der verweigerten Amtshandlung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG; URSINA BEERLI-BONORAND, Die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone, Zürich 1985, S. 221 f.). Ein solches fehlt beispielsweise, wenn die Verwaltung bereits einen Entscheid erlassen hat, der beim Bundesverwaltungsgericht oder mittels Einsprache beziehungsweise Beschwerde im Sinn von Art. 32 Abs. 2 Bst. a VGG angefochten werden kann, weswegen in einem solchen Fall grundsätzlich keine formelle Rechtsverweigerung mehr vorliegt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-420/2007 vom 3. September 2007 E. 2.3). Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung immer noch über ein schutzwürdiges Interesse an der rechtsgenügenden Zustellung der Verfügung des BFM vom 25. Juli 2012 verfügte. Ist dies zu verneinen, ist auf die vorliegende Rechtsverweigerungsbeschwerde nicht einzutreten (MARKUS MÜLLER, Kommentar VwVG, Art. 46a N. 11; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, Praxiskommentar, Art. 46a N. 6).

2.

2.1 Aufgrund der Akten ergibt sich folgender Sachverhalt: Der Beschwerdeführer wurde im vorliegenden Asylverfahren ab dem 20. Januar 2010 von seinem früheren Rechtsvertreter C._____ vertreten. Obwohl dieses Vertretungsverhältnis vor Erlass der Verfügung vom 25. Juli 2012 nicht widerrufen worden war, adressierte das BFM die Verfügung lediglich an den Beschwerdeführer, der sie am 27. Juli 2012 persönlich gegen Unterschrift in Empfang nahm (vgl. Rückschein [BFM-Akten B 39/1]). Noch am gleichen Tag informierte der Beschwerdeführer C._____ telefonisch über den Eingang der Verfügung vom 25. Juli 2012, worauf C._____ mit Schreiben vom 27. Juli 2012 an das BFM um rechtsgenügeliche Eröffnung dieses Entscheides an seine Person ersuchte (vgl. B 28/1). Bevor die Vorinstanz bezüglich dieser Eingabe tätig wurde, zeigte C._____ dem BFM mit Schreiben vom 6. August 2012 die Beendigung des Mandats an (vgl. B 29/1), weshalb das Bundesamt in der Folge auf die Zustellung der Verfügung vom 25. Juli 2012 an C._____ verzichtete (vgl. B 43/3 S. 1). Mit Eingabe vom 6. August 2012 teilte der (aktuelle) Rechtsvertreter der Vorinstanz die Mandatsübernahme mit, ohne die mangelhafte Eröffnung der Verfügung vom 25. Juli 2012 zu rügen oder um rechtsgenügeliche Eröffnung derselben an seine Person zu ersuchen (vgl. B 31/2). Auch in den Schreiben vom 12. und 19. September 2012 wurde nichts dergleichen geltend gemacht (vgl. B 33/4, B 35/2). Erst mit Eingabe vom 1. Oktober 2012 ersuchte der Rechtsvertreter erstmals um rechtsgenügeliche Eröffnung der Verfügung an seine Person (vgl. B 41/3).

2.2 Art. 11 Abs. 3 VwVG bestimmt, dass die Behörde ihre Mitteilungen an den Vertreter macht, solange die Partei die Vollmacht nicht widerruft. Wird eine Verfügung oder ein Entscheid entgegen dieser Bestimmung direkt der Partei und nicht ihrem Vertreter mitgeteilt, stellt dies ein Eröffnungsmangel dar, woraus der Partei kein Nachteil erwachsen darf (vgl. Art. 38 VwVG). Bei dieser Regel handelt es sich um eine Konkretisierung des Prinzips von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Die Mitteilung einer Verfügung oder eines Entscheids an die Partei anstatt an den Vertreter ist mangelhaft, aber nicht ungültig oder nichtig. Folge davon ist, dass die Rechtsmittelschrift entgegen der Vorschrift von 20 VwVG nicht zu laufen beginnt, bis die Verfügung oder der Entscheid (auch) dem Vertreter mitgeteilt worden ist. Diese Regel gilt nicht uneingeschränkt: Sobald die Partei Kenntnis von der mangelhaft eröffneten Verfügung erhält, ist sie gehalten, sich innert nützlicher Frist bei ihrem Vertreter und der Behörde zu erkundigen und die ordentliche Eröff-

nung zu verlangen oder das Rechtsmittel gegen die mangelhaft eröffnete Verfügung einzulegen. Es gilt, dass wer mit zumutbarem Aufwand die Folgen einer mangelhaften Eröffnung abwenden könnte, sich nicht auf den Eröffnungsfehler berufen kann. Die Rechtsmittelfrist beginnt somit auch in Fällen mangelhafter Eröffnung zu laufen, sobald die Partei alle zur Wahrung ihrer Rechte erforderlichen Elemente kennt oder, bei einem Verhalten nach Treu und Glauben, kennen müsste (vgl. BGE 102 Ib 91 E. 3; RES NYFFENEGGER in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Rz. 25 zu Art. 11 Abs. 3).

Aus dem Grundsatz, dass den Parteien aus mangelhafter Eröffnung keine Nachteile erwachsen dürfen (vgl. Art. 38 VwVG), folgt, dass dem beabsichtigten Rechtsschutz schon dann Genüge getan wird, wenn eine objektiv mangelhafte Eröffnung trotz ihres Mangels ihren Zweck erreicht. Das bedeutet nichts anderes, als dass nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu prüfen ist, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist. Richtschnur für die Beurteilung dieser Frage ist der auch in diesem prozessualen Bereich geltende Grundsatz von Treu und Glauben, an welchem die Berufung auf Formmängel in jedem Fall ihre Grenze findet (BGE 122 V 194). Der Grundsatz von Treu und Glauben zählt nach schweizerischem Rechtsverständnis zu den grundlegenden Rechtsprinzipien. Er gilt seit jeher als Richtschnur für das Handeln der Privaten untereinander (vgl. Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]) und bestimmt auch die Beziehungen zwischen Staat und Privaten (PASCAL MAHON, in: Aubert/Mahon [Hrsg.], *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 5 N. 15). Gemäss Art. 5 Abs. 3 BV haben staatliche Organe und Private nach Treu und Glauben zu handeln. Inhaltlich umfasst der Grundsatz von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht unterschiedliche Tatbestände wie den Vertrauensschutz, das Verbot widersprüchlichen Verhaltens und das Rechtsmissbrauchsverbot (Urteil des Bundesgerichts 1P.701/2004 vom 7. April 2005 E. 4.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6642/2008 vom 8. November 2010 E. 4.1 und 4.2). Als Verbot widersprüchlichen Verhaltens verbietet der Grundsatz von Treu und Glauben sowohl den staatlichen Behörden wie auch den Privaten, sich in ihren öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen widersprüchlich zu verhalten (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 623). Widersprüchliches oder

rechtsmissbräuchliches Verhalten der Privaten findet keinen Rechtsschutz (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 712).

2.3 Im vorliegenden Fall wurde die Verfügung des BFM vom 25. Juli 2012 entgegen den Anforderungen von Art. 11 Abs. 3 VwVG nicht seinem damaligen Rechtsvertreter C._____ eröffnet, sondern ihm direkt zugestellt. Diese "Eröffnung" der Verfügung an den Beschwerdeführer ist somit mangelhaft, jedoch nicht ungültig oder nichtig. Nach der vorstehend erwähnten Rechtsprechung entfaltet sie – die Mitteilung der Verfügung – Rechtswirkungen, wenn sich der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben nicht auf den Eröffnungsmangel berufen kann. Diesen kann der Beschwerdeführer nicht geltend machen, wenn es ihm mit zumutbarem Aufwand möglich gewesen wäre, die Folgen der mangelhaften Eröffnung abzuwenden. Ob dies vorliegend der Fall gewesen wäre, ist im Folgenden zu prüfen:

Der Beschwerdeführer nahm die Verfügung vom 25. Juli 2012 am 27. Juli 2012 persönlich gegen Unterschrift in Empfang, wodurch er vom negativen Entscheid des BFM Kenntnis erhielt. Noch am gleichen Tag informierte er C._____ über den Eingang der Verfügung, woraufhin Letzterer mit Schreiben an das BFM um rechtsgenügende Eröffnung dieses Entscheides an seine Person ersuchte. Da das Mandatsverhältnis zwischen C._____ und dem Beschwerdeführer jedoch bereits per 6. August 2012 beendet wurde, sah die Vorinstanz in der Folge zu Recht davon ab, die Verfügung vom 25. Juli 2012 C._____ zuzustellen. Am 6. August 2012 mandatierte der Beschwerdeführer seinen (aktuellen) Rechtsvertreter. Anlässlich dieser Mandatierung wäre Ersterer nach Treu und Glauben gehalten gewesen, Letzterem die negative Verfügung vom 25. Juli 2012 zu übergeben oder ihn wenigstens über den Erhalt dieser Verfügung zu informieren, damit der Rechtsvertreter die notwendigen Schritte hätte einleiten können, zumal sich der Beschwerdeführer bewusst gewesen sein dürfte, dass es sich bei diesem Schreiben des BFM um etwas Wichtiges handelt. Dies folgt insbesondere daraus, dass der Beschwerdeführer nach Entgegennahme der Verfügung des BFM am 27. Juli 2012 umgehend C._____ darüber informierte. Aus der Eingabe des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers vom 20. September 2012 geht jedoch hervor, dass es der Beschwerdeführer anlässlich der Mandatierung am 6. August 2012 sowie in den folgenden Wochen – trotz Zumutbarkeit – unterlassen hat, dem Rechtsvertreter die negative Verfügung vom 25. Juli 2012 zu übergeben oder ihn über den Erhalt dieser Verfö-

gung zu orientieren (vgl. B 36/2). Dieses Versäumnis ist dem Beschwerdeführer anzulasten.

Da der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers in der Folge in seiner Eingabe vom 6. August 2012 weder die mangelhafte Eröffnung der Verfügung vom 25. Juli 2012 erwähnte noch um rechtsgenügeliche Eröffnung dieses Entscheides an seine Person ersuchte, sah die Vorinstanz zu Recht davon ab, ihm die Verfügung vom 25. Juli 2012 zuzustellen, durfte sie doch aufgrund des Inhalts des Schreibens vom 6. August 2012 nach Treu und Glauben davon ausgehen, der Beschwerdeführer verzichte auf eine rechtsgenügeliche Eröffnung an seinen neuen Rechtsvertreter. Die Behauptung in der Rechtsmittelschrift, wonach der durch C._____ im Schreiben vom 27. Juli 2012 an das BFM gestellte Antrag auf rechtsgenügeliche Zustellung der Verfügung vom 25. Juli 2012 trotz Mandatswechsel weiterbestanden habe, weshalb die Vorinstanz schon deshalb verpflichtet gewesen wäre, die Verfügung vom 25. Juli 2012 dem neuen Rechtsvertreter zuzustellen, ist unzutreffend, zumal C._____ in seinem Schreiben ausdrücklich nur um Zustellung an seine Person ersucht hatte.

Im Weiteren ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer durch den gerügten Eröffnungsmangel weder tatsächlich irregeführt noch wesentlich benachteiligt wurde, nahm er die Verfügung vom 25. Juli 2012 doch am 27. Juli 2012 persönlich in Empfang. Aus dem Umstand, dass er noch am selben Tag seinen früheren Rechtsvertreter C._____ über den Erhalt der Verfügung orientierte, wird deutlich, dass er sich der Wichtigkeit dieses Dokuments bewusst war. Somit wäre er nach Treu und Glauben auch gehalten gewesen, seinem Rechtsvertreter anlässlich der Mandatierung vom 6. August 2012 die negative Verfügung vom 25. Juli 2012 zu übergeben oder ihn wenigstens über den Erhalt dieser Verfügung zu informieren. Da er dies unterlassen hat, hat er nicht alles unternommen, was ihm mit zumutbarem Aufwand möglich gewesen wäre, um die Folgen der mangelhaften Eröffnung abzuwenden. Der Beschwerdeführer kann sich daher nachträglich – über zwei Monate nach der persönlichen Entgegennahme der Verfügung – nicht mehr auf den Eröffnungsmangel berufen, da ein solches Verhalten dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspricht. Deshalb ist die Verfügung vom 25. Juli 2012 als bereits rechtsgenügelich eröffnet zu betrachten. Somit verfügte der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung am 21. Oktober 2012 über kein schutzwürdiges Interesse mehr gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG an der rechtsgenügelichen Zustellung der Verfügung des BFM vom 25. Juli 2012, weshalb auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde nicht einzutreten ist. Folglich ist

auch auf die im Zusammenhang mit der geltend gemachten Rechtsverweigerung gestellten Anträge in der Rechtsmittelschrift (Ziffern 1 und 2) nicht einzutreten.

3.

3.1 In der Rechtsmittelschrift stellt der Beschwerdeführer zudem das Eventualbegehren, die Eingabe sei als Beschwerde gegen die Verfügung des BFM vom 25. Juli 2012 entgegenzunehmen, für den Fall, dass die Beschwerde betreffend Rechtsverweigerung abgewiesen werde. Somit ist im Folgenden zunächst zu prüfen, ob diesbezüglich auf die Beschwerde vom 21. Oktober 2012 einzutreten ist. Insbesondere ist zu beurteilen, ob sie fristgerecht erhoben wurde.

3.2 Wie vorstehend in E. 2.3 dargelegt, ist die Verfügung vom 25. Juli 2012 trotz mangelhafter Eröffnung als rechtsgenügend eröffnet zu betrachten, weshalb sich der Beschwerdeführer nachträglich nicht mehr auf den Eröffnungsmangel berufen kann. Ebenso ist bereits aufgezeigt worden, dass die Mitteilung einer Verfügung oder eines Entscheids an die Partei anstatt an den Vertreter mangelhaft, aber nicht ungültig oder nichtig ist. Folge davon ist, dass die Rechtsmittelschrift entgegen der Vorschrift von Art. 20 VwVG nicht zu laufen beginnt, bis die Verfügung oder der Entscheid (auch) dem Vertreter mitgeteilt worden ist. Diese Regel gilt nicht uneingeschränkt: Sobald die Partei Kenntnis von der mangelhaft eröffneten Verfügung erhält, ist sie gehalten, sich innert nützlicher Frist bei ihrem Vertreter und der Behörde zu erkundigen und die ordentliche Eröffnung zu verlangen oder das Rechtsmittel gegen die mangelhaft eröffnete Verfügung einzulegen. Es gilt, dass wer mit zumutbarem Aufwand die Folgen einer mangelhaften Eröffnung abwenden könnte, sich nicht auf den Eröffnungsfehler berufen kann. Die Rechtsmittelfrist beginnt somit auch in Fällen mangelhafter Eröffnung zu laufen, sobald die Partei alle zur Wahrung ihrer Rechte erforderlichen Elemente kennt oder, bei einem Verhalten nach Treu und Glauben, kennen müsste (vgl. vorstehend E. 2.2). Anhand dieser Grundsätze ist zu prüfen, ob vorliegend die Beschwerde gegen die Verfügung des BFM vom 25. Juli 2012 fristgerecht erhoben wurde.

3.3 Der Beschwerdeführer nahm die Verfügung vom 25. Juli 2012 am 27. Juli 2012 persönlich gegen Unterschrift in Empfang, wodurch er vom negativen Entscheid des BFM Kenntnis erhielt. Entgegen der Vorschrift von Art. 20 VwVG wurde dadurch die Rechtsmittelfrist jedoch nicht in Gang gesetzt, weil die Verfügung nicht gleichzeitig auch C._____, dem

damaligen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, mitgeteilt wurde, wie es Art. 11 Abs. 3 VwVG vorschreibt. Da C. _____ trotz schriftlichen Gesuchs die Verfügung vom 25. Juli 2012 bis zur Beendigung seines Mandats am 6. August 2012 nicht eröffnet wurde, begann die Rechtsmittelfrist bis mindestens zu diesem Datum auch nicht zu laufen. Aus den Akten ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführer am 6. August 2012 seinen Rechtsvertreter mit der Wahrung seiner Interessen beauftragte (vgl. B 30/6 S. 1). Wie vorstehend bereits aufgezeigt, wäre der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben gehalten gewesen, seinem Rechtsvertreter bei dieser Gelegenheit die negative Verfügung vom 25. Juli 2012 zu übergeben oder ihn wenigstens über den Erhalt dieser Verfügung zu informieren, damit dieser die notwendigen Schritte hätte einleiten können. Der Beschwerdeführer hat dies jedoch unterlassen (vgl. E. 2.3 vorstehend), weshalb sein Rechtsvertreter erst am 1. Oktober 2012 die ordentliche Eröffnung an seine Person verlangte respektive am 21. Oktober 2012 Beschwerde gegen die Verfügung vom 25. Juli 2012 einlegte, nachdem er vom BFM über den Erlass der Verfügung informiert worden war. Der Beschwerdeführer hat die prozessualen Folgen dieses Versäumnisses zu tragen.

Wie bereits dargelegt, beginnt die Rechtsmittelfrist auch in Fällen mangelhafter Eröffnung zu laufen, sobald die Partei alle zur Wahrung ihrer Rechte erforderlichen Elemente kennt, oder bei einem Verhalten nach Treu und Glauben kennen müsste. Da es der Beschwerdeführer pflichtwidrig versäumt hat, seinem Rechtsvertreter anlässlich der Mandatierung am 6. August 2012 die negative Verfügung vom 25. Juli 2012 zu übergeben respektive ihn über den Erhalt dieser Verfügung zu orientieren, weshalb der Rechtsvertreter weder innert 30 Tagen eine Beschwerde gegen die Verfügung einreichte noch unverzüglich bei der Vorinstanz um rechtsgenügende Eröffnung an seine Person ersuchte, begann die Beschwerdefrist im vorliegenden Fall trotz mangelhafter Eröffnung spätestens in dem Moment zu laufen, in dem die Verfügung dem Rechtsvertreter durch die Vorinstanz mitgeteilt worden wäre, hätte dieser fristgerecht die ordentliche Eröffnung an seine Person verlangt. Dies, da der Beschwerdeführer respektive sein Rechtsvertreter spätestens zu diesem Zeitpunkt alle zur Wahrung seiner Rechte erforderlichen Elemente gekannt hätte, hätte der Beschwerdeführer sich nach Treu und Glauben verhalten. Wenn der Zeitraum von einer Woche für die Reaktion des Rechtsvertreters gegenüber dem BFM als angemessen erachtet wird, ist die Beschwerde vom 21. Oktober 2012 auf jeden Fall verspätet erfolgt; dies auch unter Berücksichtigung der Zeit für eine neuerliche Zustellung der Verfügung vom

25. Juli 2012 durch die Vorinstanz an den Rechtsvertreter sowie der 30-tägigen Beschwerdefrist. Der Beschwerdeführer kann somit aus der an ihn irrtümlich direkt vorgenommenen Eröffnung der Verfügung vom 25. Juli 2012 nichts zu seinen Gunsten ableiten. Er beziehungsweise sein Rechtsvertreter hätte nach der Mandatierung am 6. August 2012 innert 30 Tagen Beschwerde gegen die Verfügung vom 25. Juli 2012 einlegen oder unverzüglich bei der Vorinstanz um rechtsgenügende Eröffnung ersuchen müssen. Der Beschwerdeführer, der durch eine an ihn irrtümlich vorgenommene Zustellung vom betreffenden Entscheid Kenntnis erhalten hat, kann nicht durch "Nichtinformation" seines Rechtsvertreters den Beginn des Fristenlaufs (Beschwerdefrist) beliebig hinauszögern. Ein solches gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten verdient keinen Rechtsschutz (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Steuerrekurskommission [SRK] vom 4. Mai 1999, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64.45 E. 3b).

3.4 Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Beschwerdeführer die Verfügung des BFM vom 25. Juli 2012 nicht innert Frist durch Beschwerde angefochten hat. Die Verfügung ist somit in Rechtskraft erwachsen. Auf den Eventualantrag, die Eingabe vom 21. Oktober 2012 sei als Beschwerde gegen die Verfügung vom 25. Juli 2012 entgegenzunehmen und zu behandeln, ist nicht einzutreten.

4.

Der am 22. Oktober 2012 verfügte Vollzugsstopp wird mit vorliegendem Entscheid hinfällig.

5.

5.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 5 VwVG) und auf insgesamt Fr. 600.-- festzusetzen (Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

5.2 Bei diesem Verfahrensausgang ist keine Parteienschädigung auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Auf den Eventualantrag, die Eingabe vom 21. Oktober 2012 sei als Beschwerde gegen die Verfügung vom 25. Juli 2012 entgegenzunehmen und zu behandeln, wird nicht eingetreten.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 600.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Versand des Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

4.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

5.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das BFM und die zuständige kantonale Behörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Robert Galliker

Matthias Jaggi

Versand: