

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 200 2016 287 vom 4. Februar 2016**

BE Verwaltungsgericht, 2016-02-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_200\\_2016\\_287](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_200_2016_287)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 200 2016 287 du 4 février 2016

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 200 2016 287 del 4 febbraio 2016

## **Regeste**

Verfügung vom 4. Februar 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die angefochtene Verfügung ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom

### **E. 1.2.1**

Die Beschwerde ist innerhalb von 30 Tagen nach der Eröffnung des Einspracheentscheides oder der Verfügung, gegen welche eine Einsprache ausgeschlossen ist, einzureichen (Art. 60 Abs. 1 ATSG). Dabei sind Art. 38-41 ATSG sinngemäss anwendbar (Art. 60 Abs. 2 ATSG). Berechnet sich eine Frist nach Tagen oder Monaten und bedarf sie der Mitteilung an die Parteien, so beginnt sie am Tag nach ihrer Mitteilung zu laufen (Art. 38 Abs. 1 ATSG). Schriftliche Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist dem Versicherungsträger eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 39 Abs. 1 ATSG). Ist der letzte Tag der Frist ein Samstag, ein Sonntag oder ein vom Bundesrecht oder vom kantonalen Recht anerkannter Feiertag, so endet sie am nächstfolgenden Werktag. Massgebend ist das Recht des Kantons, in dem die Partei oder ihr Vertreter beziehungsweise ihre Vertreterin Wohnsitz oder Sitz hat (Art. 38 Abs. 3 ATSG). Der allgemeine Grundsatz von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210), wonach derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache beweisen muss, der aus ihr Rechte ableitet, ist auch im Prozessrecht massgeblich. So trägt der Rechtsuchende die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Beschwerdeerhebung, die – namentlich auch im sozialversicherungsrechtlichen Beschwerdeverfahren – mit Gewissheit feststehen und nicht bloss überwiegend wahrscheinlich sein muss. Dem Absender obliegt somit der Nachweis, dass er seine Eingabe bis um 24 Uhr des letzten Tages der laufenden Frist der Post übergeben hat (BGE 142 V 389 E. 2.2 S. 391; vgl. auch BGE 121 V 204 E. 6b S. 209, 120 V 33 E. 3c S. 37, 119 V 7 E. 3c bb S. 10; SVR 2013 IV Nr. 4 S. 8 E. 2; Entscheide des Bundesgerichts [BGer] vom 19. April 2016, 9C\_118/2016, E. 2.1, und vom 27. Oktober 2009, 9C\_348/2009, E. 2.1; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 42 N. 3; a.M. UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 39 N. 10). Eine Tatsache, für die der volle Beweis zu erbringen ist, gilt dann als bewiesen, wenn das Gericht gestützt auf die freie Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, sie habe sich verwirklicht. Absolute

Gewissheit ist indes

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27. März 2017, IV/16/287, Seite 5 nicht erforderlich. Es genügt, wenn das Gericht an der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324). Das Beweismass des vollen Beweises ist das strengste Beweismass. Voll überzeugt sein darf ein Gericht dann, wenn es die Behauptung eines Sachverhalts mit grösster Gewissheit als wahr annimmt und keine Zweifel hegt, dass der Sachverhalt in Wirklichkeit anders sein könnte (MARTIN KAUFMANN, Beweisführung und Beweiswürdigung, Tatsachenfeststellung im schweizerischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess, 2009, S. 191). Der (volle) Beweis von Tatsachen, welche für die Rechtzeitigkeit im gerichtlichen Verfahren ausschlaggebend sind, kann praktisch nur mit einem förmlichen Zustellnachweis erbracht werden (BGer 9C\_348/2009, E. 2.1 mit Hinweis u.a. auf BGE 121 V 5 E. 3b S. 6, wonach bereits für die überwiegende Wahrscheinlichkeit in der Regel ein Versandnachweis resp. Versand per eingeschriebenem Brief notwendig ist). Die Aufgabe am Postschalter und der Einwurf in den Postbriefkasten sind einander gleichgestellt. Hier wie dort wird vermutet, dass das Datum des Poststempels mit demjenigen der Übergabe an die Post übereinstimmt. Wer behauptet, er habe einen Brief schon am Vortag seiner Abstempelung in einen Postbriefkasten eingeworfen, hat das Recht, die sich aus dem Poststempel ergebende Vermutung verspäteter Postaufgabe mit allen tauglichen Beweismitteln zu widerlegen. Der Absender kann den entsprechenden Nachweis insbesondere mit dem Vermerk auf dem Briefumschlag erbringen, wonach die Postsendung vor Fristablauf in Anwesenheit von Zeugen in einen Briefkasten gelegt worden ist (BGE 142 V 389 E. 2.2 S. 391).

#### **E. 1.2.2**

Die Verfügung vom 4. Februar 2016 (act. II 152) wurde gemäss Darstellung in der Beschwerde (S. 2 Ziff. II Ziff. 1; vgl. auch Akten des Beschwerdeführers [act. I] 2) am Freitag, 5. Februar 2016 der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers eingeschrieben eröffnet. Die 30-tägige Beschwerdefrist begann damit am Samstag, 6. Februar 2016 zu laufen und endete am Montag, 7. März 2016 (vgl. E. 1.2.1 hiervor). Um auf die Beschwerde eintreten zu können, muss der (volle) Beweis erbracht sein, dass die Beschwerdeeingabe per dato vor 24 Uhr der Post übergeben wurde (vgl. E. 1.2.1 hiervor).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27. März 2017, IV/16/287, Seite 6

#### **E. 1.2.3**

Die auf den 7. März 2016 datierte Beschwerde wurde nicht per Einschreiben verschickt. Ein förmlicher Versandnachweis liegt somit nicht vor. Der Briefumschlag (in den Gerichtsakten), mit welchem die Beschwerdeschrift beim Gericht eingelangte, trägt einen Stempel der Poststelle ... vom 8. März 2016, 18.00 Uhr. Aufgrund der (widerlegbaren) Vermutung, dass das Datum des Poststempels mit demjenigen der Übergabe der Sendung an die Post übereinstimmt (BGE 142 V 389 E. 2.2 S. 391), ist zufolge der postalischen Verurkundung auf einen Versand am Dienstag, 8. März 2016, 18.00 Uhr, und damit auf eine verspätete Beschwerde zu schliessen.

#### **E. 1.2.4**

Der Beschwerdeführer bzw. seine Rechtsvertreterin macht eine Postübergabe am 7. März 2016 geltend. Die Anwältin hat eine von ihr handschriftlich auf dem Briefpapier ihrer

(damaligen) Arbeitgeberin erstellte «Bestätigung betr. Postübergabe» von zwei Zeugen unterzeichnen lassen. Diese der Beschwerde beigelegte separate Bestätigung (in den Gerichtsak- ten) hat folgenden Wortlaut: «Bestätigung betr. Postübergabe Hiermit bestätigen wir[,] D.\_\_\_\_\_, ... und E.\_\_\_\_\_, ... den Einwurf einer Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern durch C.\_\_\_\_\_ in den Postkasten der Poststelle ... am 7.3.2014 um 23.45 Uhr sig. D.\_\_\_\_\_ sig. E.\_\_\_\_\_» In ihrer Stellungnahme vom 21. März 2016 erklärte die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers unter anderem, sie habe diese handschriftliche Bestätigung am 7. März 2016 im Zug von ... nach ... verfasst, wobei sie Lücken zum Eintragen des Datums, der Uhrzeit sowie der Unterschriften der Zeugen offen gelassen habe. Die beiden Zeugen, bei welchen es sich um ihre Schwester sowie deren Lebenspartner handle, habe sie zuvor un- ter Hinweis auf ihre Ankunft um 23.41 Uhr am Bahnhof ... telefonisch ange- fragt, ob sie zuhause und bereit seien, den Einwurf der Beschwerde in den Briefkasten der Poststelle ... zu bezeugen (Stellungnahme S. 1 f. Ziff. 4 lit. a und d). Weiter führte die Rechtsvertreterin aus, bei ihrer Ankunft um 23.41 Uhr hätten die beiden avisierten Personen bereits auf dem Bahnhof- Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27. März 2017, IV/16/287, Seite 7 parkplatz im Auto gewartet (Stellungnahme S. 2 Ziff. 4 lit. b). Nach dem Abgleichen der Zeit (23.45 Uhr) hätten die beiden Zeugen die vorbereitete Bestätigung unterschrieben. Sie selbst habe das Formular zusammen mit der Beschwerdeschrift in den Briefumschlag gesteckt und sei zu Fuss zum Briefkasten der Poststelle gegangen, der sich «einige Sekunden entfernt» vom Bahnhofparkplatz befinde, um den Brief einzuwerfen; zwischen dem Bahnhofparkplatz und dem Briefkasten bestehe Sichtkontakt (Stellung- nahme S. 2 Ziff. 4 lit. c).

### **E. 1.2.5**

Die «Bestätigung betr. Postübergabe» (im Gerichtsossier) sowie die offerierten Zeugenbeweise vermögen die aus dem Poststempel flies- sende Vermutung der verspäteten Postübergabe am 8. März 2016 nicht umzustossen. Vorab wurde schriftlich ein Einwurf am 7. März 2014 bestätigt, obwohl die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers die Zeugen dahingehend belehrt haben will, «dass es absolut unerlässlich [sei], dass sie pünktlich erschei- nen und wahr bestätigen, weil gerade die Rechtzeitigkeit des Einwurfs vermittels Zeugenaussagen unter Strafandrohung bewiesen werden» müs- se (Schlussbemerkungen S. 2 ad lit. B Ziff. 2). Sollte es sich dabei um ei- nen Verschieb handeln, würde eine derartige Unsorgfalt auch Zweifel an den übrigen Angaben begründen. Hinzu kommt, dass eine in den Brief selbst eingeschlossene Bestätigung, die zwingend vor dem möglichen Einwurf unterzeichnet werden muss, den Einwurf selbst nicht zu bestätigen vermag. Fehlt – wie hier – ein Vermerk auf dem Briefumschlag, ist weder ein Wiederöffnen des Umschlags verhin- dert noch die Wiedererkennbarkeit der Briefpostsendung im Falle einer gerichtlichen Vorlage an die Zeugen ermöglicht. Wenn die Zeugen den Einwurf nicht auf dem der Post übergebenen Briefumschlag selbst (hierzu vgl. bspw. Entscheide des BGer vom 7. März 2016, 8C\_904/2015, E. 4, und vom 16. November 2015, 1C\_458/2015, E. 2.1), sondern auf einem separaten Papier bestätigen, so handelt es sich dabei um ein frei trennba- res Dokument. Dieses trägt selbst nicht den Poststempel, womit ihm der enge Konnex zur Beschwerde im Umschlag fehlt. Eine solche Bestätigung hat damit grundsätzlich geringere Beweiskraft als eine Zeugenbestätigung auf dem Kuvert selbst, welches (in der Regel am Folgetag) von der Post

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27. März 2017, IV/16/287, Seite 8 abgestempelt wird. Denn wird der Vermerk nicht auf dem Briefumschlag selber angebracht, so kann im Falle einer Einvernahme der Zeugen nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, ob tatsächlich die dem Gericht zugegangene Eingabe unter den Augen der Zeugen in den Briefkasten eingeworfen wurde (vgl. Entscheid des BGer vom 13. November 2015, 9C\_681/2015, E. 3). Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass auch eine separate Bestätigung den Beweis zu erbringen vermag, wenn Zeugen dem Gericht mit hinreichender Glaubwürdigkeit bestätigen können, dass unter ihren Augen und dauernder Kontrolle die Bestätigung in den Briefumschlag gesteckt, jener unmittelbar danach verschlossen und sofort der Post übergeben wurde. Gerade dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall: Aus der Stellungnahme vom 21. März 2016 ist zu schliessen, dass die einzelnen Abläufe nach der Ankunft der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers am Bahnhof ... im Wesentlichen identisch waren mit dem Sachverhalt, der dem rechtskräftigen Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 1. Februar 2017, IV/2016/260, zu Grunde lag. Wie bereits am 26. Februar 2016 (vgl. VGE IV/2016/260 E. 1.2.5) warteten dieselben Drittpersonen auf dem Bahnhofparkplatz im Auto (Stellungnahme S. 2 Ziff. 4 lit. b) und begleiteten die Anwältin nicht bis zum Briefkasten (Stellungnahme S. 2 Ziff. 4 lit. c). Selbst wenn wenigstens eine der beiden als Zeugen angebenen Personen aus dem Fahrzeug ausgestiegen wäre und ihren Blick unentwegt vom Bahnhofparkplatz in Richtung Poststelle gerichtet hätte, blieben erhebliche Zweifel, dass sie unter den gegebenen Umständen (Dunkelheit bzw. Nacht sowie eine zu überwachende Distanz von mindestens 45 Metern [vgl. VGE IV/2016/260 E. 1.2.5]) den gesamten Weg des Briefumschlages sowie dessen eigentlicher Einwurf in den Briefkasten lückenlos und unmittelbar visuell hätten wahrnehmen können. Vor diesem Hintergrund sind von einer Abnahme der offerierten Zeugenbeweise keine für die vorliegende Frage massgebenden zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten, zumal der Vorgang auch längere Zeit zurückliegt, unter den involvierten Personen offensichtlich mehrfach ähnlich wiederholt wurde und auch die im Verfahren VGE IV/2016/260 erfolgten Einvernahmen diesbezüglich nicht ergiebig waren.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27. März 2017, IV/16/287, Seite 9 Zusammenfassend ist damit der Beweis, dass die vorliegende Beschwerde «in Anwesenheit von Zeugen» (BGer 8C\_904/2015, E. 4) rechtzeitig in einen Briefkasten gelegt wurde, nicht erbracht. Die Rechtzeitigkeit eines Rechtsmittels darf im gerichtlichen Verfahren nicht nur möglich oder (überwiegend) wahrscheinlich sein, sondern die ihr zugrunde liegenden Tatsachen müssen mit Gewissheit feststehen (BGE 119 V 7 E. 3c bb S. 10). Eine solche besteht vorliegend nicht.

### **E. 1.2.6**

Der volle Beweis der rechtzeitigen Beschwerdeerhebung ist nicht erbracht. Es bestehen keine weiteren Abklärungsmassnahmen, welche diesen Beweis noch erbringen liessen. Die Beweislosigkeit basiert nicht auf Gründen, welche die Beschwerdegegnerin zu vertreten hätte, so dass keine von der allgemeinen Regel abweichende Beweislastverteilung besteht (vgl. BGE 119 V 7 E. 3c cc S. 10). Die Folgen der Beweislosigkeit hat der Beschwerdeführer als Partei zu tragen, die aus der unbewiesenen gebliebenen Tatsache Rechte ableitet. Da Fristwiederherstellungsgründe weder aktenkundig sind noch geltend gemacht werden, ist die Beschwerdeerhebung somit verspätet erfolgt. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten.

### **E. 1.3**

Dieser Entscheid fällt in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 1 GSOG).

#### **E. 1.4**

Wenngleich im vorliegenden Verfahren keine entsprechende Notifikation erfolgte, ist gerichtsnotorisch, dass Rechtsanwältin C. \_\_\_\_\_ nicht mehr für B. \_\_\_\_\_ arbeitet. Die primär auf den Rechtsdienst dieses ... (vor dessen Umfirmierung) lautende Vollmacht (act. I 3) gilt bis zum Widerruf, womit das vorliegende Urteil dem B. \_\_\_\_\_ zu eröffnen ist. 2. 2.1 Gemäss Art. 69 Abs. 1bis IVG ist das Beschwerdeverfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht in Streitigkeiten um die Bewilligung oder Verweigerung von IV-Leistungen kostenpflichtig. Die Kosten sind nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.-- bis Fr. 1'000.-- festzulegen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27. März 2017, IV/16/287, Seite 10 Die Verfahrenskosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 500.--, werden entsprechend dem Ausgang des Verfahrens – unter Vorbehalt der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. E. 2.3 hiernach) – dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. 2.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG). 2.3 Auf Gesuch hin befreit die Verwaltungsjustizbehörde eine Partei von den Kosten- und allfälligen Vorschuss- sowie Sicherstellungspflichten, wenn die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Unter den gleichen Voraussetzungen kann überdies einer Partei eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 61 lit. f ATSG sowie Art. 111 Abs. 1 und 2 VRPG; SVR 2011 IV Nr. 22 S. 61 E. 2, 2011 UV Nr. 6 S. 22 E. 6.1). Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Praxis Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen hat ein Begehren nicht als aussichtslos zu gelten, wenn Gewinnaussichten und Verlustgefahren sich ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist dabei, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen oder aber davon absehen würde (BGE 129 I 129 E. 2.3.1 S. 135; SVR 2011 UV Nr. 6 S. 23 E. 6.1). Vorliegend hat die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers die Beschwerde gegen die Verfügung vom 4. Februar 2016 (act. II 152) ausserhalb der Öffnungszeiten der Poststelle und damit unter bewusstem Verzicht auf einen förmlichen Zustellnachweis in einen Briefkasten der Schweizerischen Post eingeworfen, ohne durch taugliche Vorkehren sicherzustellen, dass der Zeitpunkt der Postübergabe nach dem massgebenden Beweisgrad auf andere Weise erstellt werden kann. Dieses Verhalten der Rechtsvertreterin ist dem Beschwerdeführer zuzurechnen und birgt auch bei bloss summarischer Prüfung ein derart beträchtliches Risiko eines Forumsver-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27. März 2017, IV/16/287, Seite 11 schlusses, dass die getroffene Rechtsvorkehr als von vornherein aussichtslos zu qualifizieren ist. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist folglich abzuweisen. Demnach entscheidet der Einzelrichter:

#### **E. 6**

Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom

## **E. 11**

Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Verfügungen. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung, weshalb er zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 69 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG; SR 831.20]) und die Bestimmungen über die Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 32 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) sind eingehalten. Näher zu prüfen ist die Rechtzeitigkeit der Beschwerde.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27. März 2017, IV/16/287, Seite 4

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.