

# **BVGer A-3535/2010 vom 14. Juli 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-07-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-3535\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3535_2010)

FR: TAF A-3535/2010 du 14 juillet 2010

IT: TAF A-3535/2010 del 14 luglio 2010

## **Regeste**

Staatshaftung (Bund)", "Unentgeltliche Rechtspflege

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Anfechtungsobjekt ist vorliegend die Verfügung der Vorinstanz vom 3. Mai 2010, mit welcher dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren die Verfahrenskosten erlassen worden sind, nicht aber ein amtlicher Anwalt beigeordnet worden ist. Da Entscheide des EFD über streitige Ansprüche des Bundes oder gegen den Bund der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegen und dieses folglich in der Hauptsache zuständig ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 und Abs. 3 der Verordnung vom 30. Dezember 1958 zum Verantwortlichkeitsgesetz [SR 170.321] i.V.m. Art. 10 Abs. 1 VG sowie Art. 31 f. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] sowie Art. 33 Bst. d VGG), ist es auch zur Überprüfung dieser Zwischenverfügung befugt. Dies gilt umso mehr, als die zur selbständigen Anfechtung einer Zwischenverfügung erforderliche Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG vorliegend erfüllt ist, besteht doch die Gefahr, dass der Beschwerdeführer mit der Verweigerung der unentgeltlichen Verbeiständung vor der Vorinstanz seine Rechte nicht zureichend wahrnehmen kann (vgl. BGE 126 I 207 E. 2a; BGE 129 I 129 E. 1.1; BGE 133 V 645 E. 2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-1411/2007 vom 18. Juni 2007 E. 1.3; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 41 Rz. 2.48).

### **E. 1.2**

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Der Beschwerdeführer ist Adressat der angefochtenen Verfügung und durch diese auch materiell beschwert. Er ist daher ohne weiteres beschwerdebefugt.

### **E. 1.3**

Auf die ansonsten frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Zwischenverfügung auf Verletzungen von Bundesrecht - einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhaltes und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

### **E. 3**

Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG hat die zuständige Behörde einer Verfahrenspartei auf deren Gesuch hin unentgeltliche Prozessführung zu gewähren, falls diese mittellos ist und die gestellten Begehren nicht aussichtslos erscheinen; ist zur Wahrung ihrer Rechte eine Vertretung notwendig, bestellt sie ihr zusätzlich einen amtlichen Anwalt (Art. 65 Abs. 2 VwVG). Entgegen ihrer Einordnung im Abschnitt über das Beschwerdeverfahren gelten diese Bestimmungen nicht nur für streitige, sondern auch für nichtstreitige Verwaltungsverfahren (MARTIN KAYSER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Rz. 2 zu Art. 65; MARCEL MAILLARD, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Zürich 2009, Art. 65 N 4). Vorliegend hat die Vorinstanz die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers bejaht und ihn von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit. Umstritten ist somit einzig noch, ob sie ihm - trotz festgestellter Bedürftigkeit - die Beiordnung eines amtlichen Anwaltes wegen Aussichtslosigkeit seiner Rechtsbegehren bzw. wegen fehlender Notwendigkeit einer Verbeiständung verweigern durfte.

### **E. 4.1**

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Prozessbegehren dann als aussichtslos anzusehen, wenn die Erfolgsaussichten (ex ante betrachtet) beträchtlich geringer sind als die Gefahr des Unterliegens und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich die Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich in der gleichen Lage bei vernünftiger Überlegung mit Bezug auf das Kostenrisiko zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 129 I 129 mit weiteren Hinweisen; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 229 Rz. 4.111; MAILLARD, a.a.O., Art. 65 N 24). Der Entscheid erfolgt gestützt auf eine prima facie-Beurteilung der Prozessaussichten aufgrund der Gesuchs- bzw. Beschwerdeeingabe und der Vorakten. Diese Dokumente brauchen nicht eingehend geprüft zu werden; entschieden wird aufgrund eines ersten Überblickes über die Akten, weshalb an den Nachweis der Nichtaussichtslosigkeit keine allzu strengen Anforderungen geknüpft werden dürfen. Je komplexer sich der Sachverhalt präsentiert und je schwieriger die zu entscheidenden Rechtsfragen sind, desto eher ist von genügenden Gewinnchancen auszugehen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 230 Rz. 4.116 f.; vgl. zum Ganzen auch: Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-1411/2007 vom 18. Juni 2007 E. 2.1.2).

### **E. 4.2**

Die Vorinstanz geht in der angefochtenen Zwischenverfügung davon aus, dass die Ansprüche des Beschwerdeführers verwirkt sind und sein Schadenersatzbegehren folglich aussichtslos ist. Nachfolgend ist - zumindest im Rahmen eines ersten Überblickes (prima

facie-Beurteilung; vgl. E. 4.1) - zu prüfen, ob dieser Auffassung gefolgt werden kann.

#### **E. 4.2.1**

Nach Art. 20 Abs. 1 VG erlischt die Haftung des Bundes, wenn der Geschädigte sein Begehren auf Schadenersatz oder Genugtuung nicht innert eines Jahres seit Kenntnis des Schadens einreicht, auf alle Fälle nach zehn Jahren seit dem Tage der schädigenden Handlung des Beamten; diese Verwirkung der öffentlich-rechtlichen Forderung darf aber nicht zum Nachteil des gegen das Gemeinwesen klagenden Bürgers von Amtes wegen geprüft werden, d.h. sie ist dann nicht zu berücksichtigen, wenn sich das Gemeinwesen ohne Vorbehalt auf die materiellrechtlichen Fragen einlässt (vgl. JOST GROSS, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Bern 2001, S. 373). Art. 20 Abs. 1 VG ist entsprechend der ähnlich lautenden Bestimmung von Art. 60 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) auszulegen. Praxisgemäss beginnt die relative Verjährungs- bzw. Verwirkungsfrist mit der tatsächlichen Kenntnis des Verletzten vom Schaden und von der Person des Haftpflichtigen zu laufen; blosses "Kennen-müssen" reicht nicht. Dem Geschädigten müssen alle tatsächlichen Umstände bekannt sein, die geeignet sind, eine Klage zu veranlassen und zu begründen. Kenntnis vom Schaden hat er, sobald er die schädlichen Auswirkungen der unerlaubten Handlung so weit kennt, dass er in der Lage ist, für alle Schadensposten auf dem Prozessweg Ersatz zu verlangen, ohne aber bereits wissen zu müssen, wie hoch dieser ziffernmässig ist (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für die Staatshaftung vom 15. Februar 2002, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.52 E. 4a mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-1791/2006 vom 29. März 2007 E. 2.1; BGE 114 II 253 E. 2a; Robert K. Däppen, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, N 6 zu Art. 60 OR mit Hinweisen); bei einem Konkurs kennt der Gläubiger in der Regel seinen Schaden in genügender Weise nach dessen Eröffnung mit der Auflegung des Kollokationsplanes (BGE 108 Ib 97 E. 1c; BGE 97 II 403 E. 3). Eine Kenntnis von der Person des Haftpflichtigen wiederum kann nicht schon dann bejaht werden, wenn der Geschädigte vermutet, die betreffende Person könnte Ersatz schulden, sondern erst, wenn er die Tatsachen kennt, die ihre Ersatzpflicht begründen (BGE 82 II 43 E. 1a; Däppen, a.a.O., N. 8 zu Art. 60 OR).

#### **E. 4.2.2**

Dem SHAB (vgl. [www.shab.ch](http://www.shab.ch)) lässt sich entnehmen, dass am 12. September 2007 die Konkursöffnung über die X. \_\_\_\_\_ AG, die Y. \_\_\_\_\_ AG und die Z. \_\_\_\_\_ AG per 31. August 2007 sowie der damit verbundene Schuldenruf bekanntgemacht und am 12. Oktober 2007 die Konkurseinstellung per 8. Oktober 2007 unter gleichzeitiger Fristansetzung bis am 15. November 2007 für einen allfälligen - allerdings mit der Leistung eines Kostenvorschusses verbundenen - Widerspruch angezeigt wurde. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich weiter, dass sich der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 16. Oktober 2007 an die damalige EBK wandte und sie mit Hinweis auf die publizierten Konkursöffnungen um Akteneinsicht ersuchte, was ihm aber von der EBK mit Schreiben vom 18. Oktober 2007 ohne Angabe von Gründen und mit Verweis auf die in der Zwischenzeit erfolgte Einstellung der Konkurse mangels Aktiven verweigert wurde. Am 12. Dezember 2008 wurden die drei Firmen schliesslich im Handelsregister gelöscht.

#### **E. 4.2.3**

Selbst wenn mit der Vorinstanz und der FINMA davon auszugehen wäre, dass der Beschwerdeführer mit Zustellung des Schreibens vom 18. Oktober 2007 und der darin erfolgten Anzeige der Einstellung der Konkursverfahren mangels Aktiven Kenntnis vom voraussichtlichen Totalverlust seiner Forderungen gegenüber den drei konkursiten Firmen und somit von dem ihm entstandenen Schaden erhalten hatte, so ist dieses Wissen noch nicht ohne weiteres gleichzusetzen mit der Kenntnis des Haftpflichtigen und dessen angeblich schädigenden Verhaltens. Im Gegenteil: Da die EBK dem Beschwerdeführer insbesondere die Einsicht in den Untersuchungsbericht vom 9. August 2007 sowie in ihre Schlussverfügung vom 29. August 2007 verweigerte, durfte ihm - zumindest im damaligen Zeitpunkt - noch nicht bekannt sein, dass die ehemaligen Firmeninhaber offenbar wiederholt und in grossem Umfang unrechtmässig Kundengelder von den Firmenkonti abgeführt hatten. Hatte er aber noch keine Kenntnis von diesen Vorgängen und dem der EBK nun vorgeworfenen angeblichen Fehlverhalten (u.a. fehlende Zusammenarbeit mit den kantonalen Strafverfolgungsbehörden, Nichterstatte von Strafanzeigen gegen die verantwortlichen Personen, nicht erfolgte Einziehung von Vermögenswerten bei den ehemaligen Firmeninhabern), bestand für ihn damals weder Veranlassung noch wäre er auch nur in der Lage gewesen, eine Staatshaftungsklage gegen die damalige EBK bzw. den Bund einzureichen. Daraus lässt sich zwar noch nicht zwingend der Schluss ziehen, dass dem Beschwerdeführer erst im April 2009 sämtliche Tatsachen bekannt waren, die ihn letztlich zur Einreichung eines Schadenersatzbegehrens veranlassten. Es zeigt aber auf, dass seine Ansprüche gegenüber der damaligen EBK bzw. dem Bund - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - nicht ohne weiteres als verwirkt anzusehen sind. Unter diesen Umständen hat jedoch sein Gesuch nicht als offensichtlich unbegründet und folglich auch nicht als aussichtslos zu gelten.

#### **E. 4.2.4**

Gemäss Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 der Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommision zum Konkurs von Banken und Effektenhändlern vom 30. Juni 2005 (Bankenkonzursverordnung [BKV], seit 1. Januar 2009: Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von Banken und Effektenhändlern vom 30. Juni 2005 [Bankenkonzursverordnung-FINMA (BKV-FINMA)], SR 952.812.32) kann die Konkursakten grundsätzlich einsehen, wer glaubhaft macht, dass er durch den Bankenkonzurs unmittelbar in seinen Vermögensinteressen betroffen ist, wobei die Akteneinsicht allenfalls auf bestimmte Verfahrensstadien beschränkt oder aufgrund entgegenstehender überwiegender Interessen eingeschränkt oder verweigert werden kann. In Beachtung dieser Bestimmungen (zu deren Vorrang gegenüber dem allgemeinen Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 26 ff. VwVG vgl. Bernhard Waldmann/Magnus Oeschger, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 26 N 29; zu deren Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall vgl. Art. 2 Bst. c BKV bzw. BKV-FINMA sowie aArt. 36a des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel [Börsengesetz (BEHG), AS 2004 2767 2775] i.V.m. aArt. 33-37g des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen [Bankengesetz (BankG), AS 2004 2767 2771 ff.]) erscheint zumindest fraglich, ob die damalige EBK dem Beschwerdeführer die Einsicht in die Untersuchungsakten tatsächlich vollumfänglich verweigern, mithin die Interessen an der Wahrung von Berufsgeheimnissen höher gewichtet durfte als die Gläubigerinteressen (vgl. hierzu auch BGE 106 Ib 357 E. 3d). Dessen ungeachtet sei die Frage aufgeworfen, ob die FINMA als Rechtsnachfolgerin der EBK die Verwirkungseinrede nicht in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise erhoben hat, hat doch die EBK - geht man mit der

FINMA und der Vorinstanz von einem Beginn des Fristenlaufes mit Zustellung des Schreibens vom 18. Oktober 2007 aus - den Beschwerdeführer durch die Verweigerung der Akteneinsicht gerade dazu veranlasst, die Verwirkungsfrist unbenutzt verstreichen zu lassen (vgl. hinsichtlich Verjährungsfristen: BGE 126 II 145 E. 3b). Auch angesichts dieser von der Vorinstanz näher zu prüfenden rechtlichen Unklarheiten kann das Schadenersatzbegehren des Beschwerdeführers nicht als zum Vornherein aussichtslos angesehen werden.

#### **E. 4.3**

Anzufügen bleibt noch Folgendes: Die Vorinstanz hat zwar gestützt auf Art. 13 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (VKEV, SR 172.041.0) i.V.m. Art. 19 VKEV sowie Art. 13 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV, SR 172.041.1) auf eine Gebührenerhebung wegen Bedürftigkeit verzichtet. Dennoch leidet ihre Zwischenverfügung vom 3. Mai 2010 an einem inneren Widerspruch, wenn sie darin dem Beschwerdeführer zuerst die Verfahrenskosten erlässt und damit - zumindest implizit - die Aussichtslosigkeit seiner Begehren (als zusätzliche Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege) verneint, um diese anschliessend im Rahmen der Prüfung einer unentgeltlichen Verbeiständung neu zu bejahen.

#### **E. 5.1**

Die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung setzt zusätzlich voraus, dass diese zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig ist. Eine solche sachliche Notwendigkeit ist dann zu bejahen, wenn die Interessen der bedürftigen Partei in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen. Droht das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition der betroffenen Person einzugreifen, ist die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung grundsätzlich geboten, sonst nur dann, wenn zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre (BGE 130 I 180 E. 2.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 231 Rz. 4.120; MAILLARD, a.a.O., Art. 65 N 38). Die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes, der Officialmaxime oder des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen lässt eine anwaltliche Vertretung nicht ohne weiteres als unnötig erscheinen, erlaubt aber nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einen strengeren Massstab. Daneben fallen in der Person des Betroffenen liegende Gründe in Betracht, wie etwa seine Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden, wobei in diesem Zusammenhang namentlich wesentlich ist, ob er rechtskundig ist (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 231 Rz. 4.120; MAILLARD, a.a.O., Art. 65 N 39; KAYSER, a.a.O., Rz. 33 zu Art. 65; vgl. zum Ganzen auch: Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-1411/2007 vom 18. Juni 2007 E. 2.1.3).

#### **E. 5.2**

Vorliegend ist der Vorinstanz insofern beizupflichten, als dass die (vom Beschwerdeführer behauptete) Beeinträchtigung seiner Vermögensinteressen nicht als besonders, sondern nur als relativ schwerer Eingriff in seine Rechtsposition zu qualifizieren ist (vgl. auch KAYSER, a.a.O., Rz. 30 zu Art. 65 mit Hinweisen). Entgegen ihrer Auffassung bietet der Fall jedoch sowohl hinsichtlich der Frage der Verwirkung (vgl. E. 4.2 ff. hiervor) als auch

hinsichtlich der übrigen Voraussetzungen einer allfälligen Staatshaftung rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten, welche - auch aus Gründen der Waffengleichheit und ungeachtet des Untersuchungsgrundsatzes sowie der Rechtsanwendung von Amtes wegen - den Beizug eines Anwaltes erforderlich machen. Soweit die Vorinstanz geltend macht, die bisherigen Eingaben des Beschwerdeführers liessen darauf schliessen, dass er über die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfüge, seine Interessen selber zu wahren, ist ihr entgegenzuhalten, dass allein aus der Tatsache der selbständigen Prozessführung noch nicht zwingend auf die Qualität der jeweiligen Laieneingaben geschlossen werden kann. Kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer nach der Abweisung seines Gesuches um unentgeltliche Verbeiständung gezwungen war, innert ihm angesetzter Frist seine abschliessende Stellungnahme vom 17. Mai 2010 trotz fehlender Rechtskunde einzureichen, um seiner Rechte (vorderhand) nicht verlustig zu gehen.

#### **E. 6**

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde folglich gutzuheissen, Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und dem Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizuordnen. Da die Verbeiständung bloss mit Wirkung ab dem Zeitpunkt bewilligt werden kann, in dem das Gesuch gestellt worden ist (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 226 Rz. 4.100; KAYSER, a.a.O., Rz. 34 zu Art. 65), hat die Vorinstanz ihm mit Wirkung ab dem 4. Dezember 2009 als amtlichen Anwalt den von ihm vorgeschlagenen Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ bzw. gegebenenfalls eine andere von ihr bezeichnete Person (vgl. KAYSER, a.a.O., Rz. 35 zu Art. 65) zur Seite zu stellen und diesem bzw. dieser anschliessend eine angemessene Frist zur Einreichung einer (erneuten) Stellungnahme zur Duplik der FINMA vom 28. Januar 2010 anzusetzen.

#### **E. 7**

Bei diesem Verfahrensausgang sind weder dem obsiegenden Beschwerdeführer noch der Vorinstanz Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG). Der nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf Ausrichtung einer Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

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