

# **BVGer A-5707/2011 vom 5. Januar 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-01-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5707\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5707_2011)

FR: TAF A-5707/2011 du 5 janvier 2012

IT: TAF A-5707/2011 del 5 gennaio 2012

## **Regeste**

Mehrwertsteuer

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung von Gesuchen um Wiederherstellung einer gesetzlichen sowie behördlichen Frist, welche im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht selber versäumt worden ist (Art. 24 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] i.V.m. 37 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [VGG]), sowie für die Revision seiner Entscheide zuständig (Art. 45 VGG i.V.m. Art. 121-128 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [BGG]).

### **E. 1.2**

Der Gesuchsteller beantragt die "Revision" bzw. "Wiederherstellung".

#### **E. 1.2.1**

Ist ein Gesuchsteller oder sein Vertreter unverschuldeterweise abgehalten worden, binnen Frist zu handeln, so wird diese wieder hergestellt, sofern er unter Angabe des Grundes innert 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses darum ersucht und die versäumte Rechtshandlung nachholt (Art. 24 VwVG). Der Gesuchsteller hat vorliegend innert 30 Tagen, seit er vom Nichteintretensentscheid A-3634/2011 des Bundesverwaltungsgerichts Kenntnis erhalten hat, um Wiederherstellung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses ersucht und gleichzeitig beantragt, ihm sei Gelegenheit zur Leistung des Kostenvorschusses zu geben. Damit ist das Gesuch um Fristwiederherstellung der Kostenvorschusspflicht form- und fristgerecht eingereicht worden. Auf das Gesuch um Fristwiederherstellung ist somit einzutreten.

#### **E. 1.2.2**

Mit dem ausserordentlichen Rechtsmittel der Revision wird die Unabänderlichkeit und Massgeblichkeit eines rechtskräftigen Beschwerdeentscheides angefochten, im Hinblick darauf, dass die Rechtskraft beseitigt wird und über die Sache neu entschieden werden kann (vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, S. 289). Die Wiederherstellung der Frist kann vorliegend mittels Fristwiederherstellungsgesuch beantragt werden; auf das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision ist nicht einzutreten. Überdies wurde die Rechtsschrift des Gesuchstellers vom 14. Oktober 2011 vom Bundesgericht ohnehin zwecks Behandlung als Fristwiederherstellungsgesuch an das Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, weitergeleitet. Ob das Gesuch vorliegend als Revision oder Wiederherstellung behandelt

wird, ist überdies lediglich in verfahrensrechtlicher Hinsicht von Bedeutung; in materieller Hinsicht stimmen die im Zusammenhang mit dem Gesuch um "Revision" vorgebrachten Rügen des Gesuchstellers nämlich mit denjenigen betreffend Fristwiederherstellung überein. Ausserdem können mit dem Rechtsbehelf des Fristwiederherstellungsgesuchs die Sach- und Rechtsfragen in Bezug auf die verfahrensrechtlichen Pflichten vorliegend vollständig und frei geprüft werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_345/2010 vom 10. Mai 2010 E. 2.2). Selbst wenn auf das Revisionsgesuch eingetreten werden könnte, wäre es in der Sache abzuweisen, was im Folgenden bei der Prüfung des Wiederherstellungsgesuchs zu zeigen sein wird (siehe E. 3).

### **E. 2.1**

Die Möglichkeit der Wiederherstellung einer Frist im Sinne von Art. 24 Abs. 1 VwVG besteht sowohl für gesetzliche wie behördlich angesetzte Fristen, die unverschuldet versäumt worden sind. Für das Versäumnis müssen objektive Gründe vorliegen und der Partei beziehungsweise deren Vertretung darf keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden können. Als erheblich sind damit nur solche Gründe zu betrachten, die der ersuchenden Partei auch bei Aufwendung der üblichen Sorgfalt die Wahrung ihrer Interessen verunmöglicht oder unzumutbar erschwert hätten. Das Recht auf Wiederherstellung der Frist ist auch einer Partei zuzuerkennen, die aufgrund des Verhaltens der Behörde eine Frist hat verstreichen lassen (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.140 ff.). Nicht als unverschuldete Hindernisse gelten namentlich Unkenntnis der gesetzlichen Vorschriften, Arbeitsüberlastung, Ferienabwesenheit oder organisatorische Unzulänglichkeiten (vgl. statt vieler: Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A 3454/2010 vom 19. August 2011 E. 2.3.3, A-5069/2010 vom 28. April 2011 E. 2.5, A 5798/2007 vom 6. Juli 2009 E. 2.7 vgl. auch Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.139 f.).

### **E. 2.2**

Der Beweis der Tatsache und des Datums der Zustellung von Verfügungen und Entscheiden obliegt den Behörden (BGE 124 V 400 E. 2a). Bedienen sie sich dabei aber der Post und ist - infolge Unmöglichkeit der direkten Übergabe - eine Abholungseinladung auszustellen, ist davon auszugehen, dass der oder die Postangestellte diese ordnungsgemäss in den Briefkasten oder in das Postfach des Empfängers gelegt und das Zustellungsdatum korrekt registriert hat (BGE 85 IV 115; Urteile des Bundesgerichts 9C\_753/2007 vom 29. August 2008 E. 3, in: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht [SZPP] 2009, S. 24 f., 5A\_98/2011 vom 3. März 2011 E. 2.3). Insoweit handelt es sich um eine natürliche Vermutung, die durch den Gegenbeweis entkräftet werden kann (Urteile des Bundesgerichts 2C\_780/2010 vom 21. März 2011 E. 2.4, 5A\_98/2011 vom 3. März 2011 E. 2.3, 2C\_908/2008 vom 23. August 2010 E. 2.3, 2C\_38/2009 vom 5. Juni 2009 E. 4.1). Für das Gelingen des Gegenbeweises ist bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird beziehungsweise Zweifel an dessen Richtigkeit begründet werden, nicht aber, dass das Gericht von der Schlüssigkeit der Gegendarstellung überzeugt wird. Insoweit unterscheidet sich der Gegenbeweis vom Beweis des Gegenteils, der sich gegen eine gesetzliche Vermutung richtet und seinerseits ein Hauptbeweis ist (BGE 130 III 321 E. 3.4, 120 II 393 E. 4b; Urteil des Bundesgerichts 5A\_98/2011 vom 3. März 2011 E. 2.3). Es erscheint auch sachlich gerechtfertigt, zur Widerlegung der fraglichen Vermutung keinen strikten Beweis zu verlangen, sondern den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung genügen zu lassen. Denn der Nichtzugang einer Abholungseinladung ist

eine negative Tatsache, für die naturgemäss kaum je der volle Beweis erbracht werden kann (Urteil des Bundesgerichts 2C\_38/2009 vom 5. Juni 2009 E. 4.1). Hinsichtlich der Ausstellung der Abholungseinladung findet also insofern eine Umkehr der Beweislast in dem Sinn statt, als im Fall der Beweislosigkeit zuungunsten des Empfängers zu entscheiden ist, der den Erhalt der Abholungseinladung bestreitet (Urteile des Bundesgerichts 2C\_780/2010 vom 21. März 2011 E. 2.4, 2C\_28/2009 vom 5. Juni 2009 E. 3.2).

### **E. 2.3**

Wird ein Adressat anlässlich einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher eine Abholungseinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt, gilt die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird; sofern dies nicht innert der siebentägigen Abholungsfrist geschieht, gilt die Sendung am letzten Tag dieser Frist als zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung hatte rechnen müssen (Art. 20 Abs. 2bis VwVG, sog. Zustellfiktion; BGE 134 V 49 E. 4, 101 III 3 E. 3; dazu Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.115). Eines allfälligen zweiten Zustellungsversuchs bedarf es angesichts dieser gesetzlichen Regelung nicht. Ein solcher vermag an der erfolgten Zustellung nichts zu ändern und ist rechtlich unbeachtlich (BGE 117 V 131 E. 4a, 115 Ia 12 E. 3a, 111 V 99 E. 2b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2801/2011 vom 21. Juni 2011).

### **E. 3.1**

Im vorliegenden Fall wurde der Gesuchsteller mit Zwischenverfügung vom 29. Juni 2011 zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgefordert. Gleichzeitig wurde angedroht, es werde auf die Beschwerde nicht eingetreten, wenn der Kostenvorschuss nicht innert der angesetzten Frist bezahlt werde. Aus dem "Track & Trace"-Auszug geht hervor, dass die Post dem Vertreter des Gesuchstellers die Abholungseinladung am 1. Juli 2011 ins Postfach legte ("Avisiert ins Postfach") und die Sendung nicht innerhalb der Abholungsfrist abgeholt worden ist. Es besteht damit eine natürliche Vermutung, dass die Abholungseinladung ordnungsgemäss zugestellt worden ist, es sei denn der Gesuchsteller kann diese durch die Erbringung des Gegenbeweises umstossen (E. 2.2).

### **E. 3.2**

Zum Nachweis reicht der Gesuchsteller verschiedene Aktenstücke ein. Er vermag damit den erforderlichen Gegenbeweis jedoch nicht zu erbringen. Zur Stützung seiner Behauptung, es komme ab und zu vor, dass er einen Brief oder eine Abholungseinladung, die nicht an ihn adressiert sei, in seinem Postfach vorfinde, legt er eine Abholungseinladung an den Empfänger "Y.\_\_\_\_\_" ins Recht, die ihm angeblich am 16. September 2011 zugestellt worden sei. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu beachten, dass gemäss elektronischem Handelsregisterauszug ([www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), letztmals besucht am 21. Dezember 2011) die Y.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation, deren Gesellschafter der Vertreter des Gesuchstellers ist, ihr Domizil [Adresse] in A.\_\_\_\_\_ hatte, bevor es dieses eingebüsst hat (Tagesregister-Nr. \_\_\_\_\_ vom [Datum]). Damit stimmte die Zustelladresse mit der ursprünglichen Domiziladresse des Unternehmens überein. Es ist demnach nicht auszuschliessen, dass die behauptete Falschzustellung mit dem Verlust des Domizils des Unternehmens zusammenhing bzw. damit, dass der Vertreter des Gesuchstellers immer noch als Gesellschafter der Y.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation im Handelsregister eingetragen ist. Jedenfalls gelingt es damit allein dem Gesuchsteller nicht nachzuweisen, dass in der Poststelle A.\_\_\_\_\_ vor dem 1. Juli 2011 verschiedentlich Irrtümer bei der

Verteilung von Abholungseinladungen in die Postfächer vorgekommen wären, was hier aber erforderlich wäre, um den Gegenbeweis mit diesem Argument der Falschzustellung durch die Post erfolgreich zu führen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_38/2009 vom 5. Juni 2009 E. 5.3). Weiter reicht der Gesuchsteller dem Bundesverwaltungsgericht eine Notiz vom 5. Oktober 2011 ein über ein angebliches Gespräch einer Angestellten der Poststelle A.\_\_\_\_\_ mit Z.\_\_\_\_\_, Angestellte des Vertreters des Gesuchstellers. Aus dieser "Gesprächsnotiz" geht hervor, dass eine Angestellte der Poststelle A.\_\_\_\_\_ bestätigt hat, die Poststelle könne nicht beweisen, dass der Abholungsavis wirklich ins Postfach gelegt worden sei und es könnte sich "also durchwegs auch um einen Fehler der Poststelle handeln". Abgesehen davon, dass diese Notiz vom Vertreter des Gesuchstellers vorformuliert worden sein dürfte, kann der Gegenbeweis damit ohnehin nicht erbracht werden. Es werden nämlich nicht etwa besondere Umstände dokumentiert, die für die Pflichtwidrigkeit eines Postangestellten bei der Verteilung der Abholungseinladung im vorliegenden Fall sprächen. Dass es im Bereich des Möglichen liegt, dass der Poststelle Fehler unterlaufen, liegt in der Natur der Sache, reicht jedoch nicht aus, um beim Bundesverwaltungsgericht berechnete Zweifel an der ordnungsgemässen Zustellung im hier fraglichen konkreten Einzelfall zu begründen. Der Gesuchsteller vermag mit den eingereichten Aktenstücken die Vermutung, dass ihm eine Abholungseinladung ordnungsgemäss ins Postfach gelegt wurde, nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu widerlegen (E. 2.2). Auf den Einwand des Gesuchstellers, es sei "im Zweifel für den Angeklagten" davon auszugehen, dass er keine Abholungseinladung erhalten habe, ist deshalb nicht weiter einzugehen. Auch mit dem Vorbringen, als Präsident der Steuerrekurskommission des Kantons A.\_\_\_\_\_ kenne der Vertreter des Gesuchstellers die Folgen einer Nichtabholung bestens und er habe in 25 Jahren noch nie einen eingeschriebenen Brief nicht rechtzeitig abgeholt, vermag der Gesuchsteller unter den gegebenen Umständen und angesichts der Rechtslage nichts zu seinen Gunsten abzuleiten.

### **E. 3.3**

Es ist damit davon auszugehen, dass die postalische Abholungseinladung ordnungsgemäss ins Postfach des Vertreters des Gesuchstellers gelegt wurde und in seinen Machtbereich gelangt ist. Die Rüge des Gesuchstellers, es sei nicht wie üblicherweise ein zweiter "Avis" ins Postfach gelegt worden, hilft ihm nicht weiter, da ein zweiter Zustellversuch rechtlich unbeachtlich gewesen wäre (E. 2.3). Somit bestand kein unverschuldeter Hinderungsgrund, welcher kausal für die prozessuale Säumnis zur Bezahlung des Kostenvorschusses gewesen wäre.

### **E. 4**

Nach dem Gesagten ist auf das Gesuch um Revision nicht einzutreten; das Gesuch um Wiederherstellung der Kostenvorschussfrist ist abzuweisen. Die Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 1'600.-- sind dem Gesuchsteller aufzuerlegen und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Eine Parteientschädigung an den Gesuchsteller ist nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario). (Dispositiv nächste Seite)