

BVGer B-6713/2007 vom 18. Juli 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-07-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6713_2007

FR: TAF B-6713/2007 du 18 juillet 2008

IT: TAF B-6713/2007 del 18 luglio 2008

Regeste

Finanzmarktaufsicht

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der EBK zuständig (Art. 31 i.V.m. Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

E. 2

Umstritten ist unter anderem, ob die Beschwerde rechtzeitig eingereicht wurde. Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, die Beschwerdefrist sei am 8. Oktober 2007 abgelaufen, da sein Vertreter erst am 6. September 2007 von der angefochtenen Verfügung Kenntnis erlangt habe und die Zustellung an den Vertreter hätte erfolgen müssen. Das Vertretungsverhältnis sei gegenüber der Untersuchungsbeauftragten mit Schreiben vom 24. Juli 2007 angezeigt worden. Diese hätte die Vorinstanz darüber informieren sollen. Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Zustellung an den Beschwerdeführer selbst sei rechtmässig gewesen, da das Vertretungsverhältnis gegenüber der Vorinstanz zu diesem Zeitpunkt nicht angezeigt war. Erst mit Eingabe vom 11. September 2007 habe der Rechtsvertreter die Vorinstanz auf das Vertretungsverhältnis aufmerksam gemacht. Die Beschwerdefrist sei am 3. Oktober 2007 abgelaufen.

E. 2.1

Als erstes ist zu prüfen, ob ein allfälliger Eröffnungsmangel vorliegt und falls dies zu bejahen ist, ob dem Beschwerdeführer daraus ein Nachteil erwachsen ist.

E. 2.1.1

Nach Art. 11 Abs. 1 VwVG kann sich die Partei auf jeder Stufe des Verfahrens vertreten lassen. Die Behörde kann den Vertreter auffordern, sich durch schriftliche Vollmacht auszuweisen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Hat jemand in einer Angelegenheit einen Vertreter bezeichnet, muss die Behörde ihre Verfügung durch Zustellung an diesen eröffnen (Art. 11 Abs. 3 VwVG; zum Ganzen BGE 122 III 316 E. 4, BGE 113 Ib 296 E. 2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 886; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 123).

E. 2.1.2

Der Beschwerdeführer macht geltend, das Vertretungsverhältnis sei gegenüber der Untersuchungsbeauftragten am 24. Juli 2007 durch Zustellung einer unterzeichneten

Vollmacht angezeigt worden. Gleichzeitig habe er mittels Begleitschreiben darum ersucht, das Vertretungsverhältnis auch anderen allenfalls involvierten Behörden zur Kenntnis zu bringen. Der Auftrag der Untersuchungsbeauftragten umfasse auch die Weitergabe der Kenntnis eines Vertretungsverhältnisses. Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass das Vertretungsverhältnis erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung ihr gegenüber angezeigt worden sei. Vorher sei der Beschwerdeführer immer selbst gegenüber der Vorinstanz aufgetreten. Im Übrigen sei die Vorinstanz die verfügende Behörde und die Untersuchungsbeauftragte lediglich im Sinne einer Sachverständigen mit der Sachverhaltsabklärung beauftragt worden. Insbesondere in Kenntnis der superprovisorischen Verfügungen könne von einem Anwalt erwartet werden, dass er wisse, welcher Behörde das Vertretungsverhältnis angezeigt werden müsse. Der Beschwerdeführer habe selber, ohne Hinweis auf das Vertretungsverhältnis, bei der Vorinstanz weitere Unterlagen angefordert und um Fristerstreckung für die Einreichung einer Stellungnahme zum Untersuchungsbericht vom 9. August 2007 ersucht.

E. 2.1.3

Die Vollmacht zur Vertretung des Beschwerdeführers betreffend "EBK und andere Behörden" datiert vom 20. Juli 2007. Mit E-Mail vom 9. August 2007 (act. A01 339) teilte der bei der Untersuchungsbeauftragten zuständige Mitarbeiter der Vorinstanz die bekannten Vertretungsverhältnisse in der "Administrativuntersuchung X. _____AG et al." zur Kenntnisnahme mit. Aus der E-Mail ist unter anderem das Vertretungsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Anwalt ersichtlich. Die Vorinstanz hatte somit seit dem 9. August 2007 Kenntnis davon, dass der Beschwerdeführer sich durch einen Anwalt vertreten lässt, folglich nach Erlass der beiden superprovisorischen Verfügungen, aber vor Erlass der angefochtenen Verfügung. Die Vorinstanz hätte jederzeit eine schriftliche Vollmacht nachverlangen können, wie in Art. 11 Abs. 2 VwVG vorgesehen. Diese Bestimmung stellt klar, dass ein Vertretungsverhältnis auch ohne Vorliegen einer schriftlichen Vollmacht als gegeben betrachtet werden kann (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts I 107/06 vom 1. Februar 2007 E. 5; Jürg Stadelwieser, Die Eröffnung von Verfügungen, Diss., St. Gallen 1994, S. 177).

E. 2.1.4

Gemäss Ziff. 1 der Aufträge vom 4./9. Juli 2007 (act. A01 278 und 327) von der Vorinstanz an die Untersuchungsbeauftragte ergibt sich der Auftragsinhalt aus den Verfügungen der Vorinstanz vom 2./5. Juli 2007 (act. A01 223 f. und 303 f.). In den beiden Verfügungen wird detailliert umschrieben, worin der Auftrag der Untersuchungsbeauftragten materiell besteht (Ziff. 3 der Verfügungen vom 4./9. Juli 2007). Die Untersuchungsbeauftragte wird ermächtigt, Handlungen für die genannten X. _____AG, Y. _____AG und Z. _____AG vorzunehmen (Ziff. 5 und 8). Sie wird ausserdem ermächtigt, einen Kostenvorschuss einzuverlangen (Ziff. 9). Des Weiteren ist sie verpflichtet, Mitteilung von Vorgängen zu machen, die geeignet sind, eine Gefahr für die Gläubiger- und Anlegerinteressen darzustellen, oder wenn sie Verletzungen des Verbots nach Ziff. 1 feststellt. Aus dieser Auftragsumschreibung ist nicht ersichtlich, ob allfällige Vertretungsverhältnisse der Vorinstanz mitgeteilt werden müssen. Eine entsprechende Mitteilung kann jedoch erwartet werden, zumal die Untersuchungsbeauftragte nach Ziff. 2 der Aufträge vom 4./9. Juli 2007 zu einer regelmässigen Berichterstattung über den Ablauf sowie die Erkenntnisse ihrer Untersuchung gegenüber der Vorinstanz verpflichtet ist.

E. 2.1.5

Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer stets selber gegenüber der Vorinstanz aufgetreten ist (Anforderung weiterer Unterlagen und Gesuch vom 18. August 2007 um Fristerstreckung für die Stellungnahme zum Untersuchungsbericht, act. A01 580; 2. Gesuch um Fristerstreckung vom 28. August 2007, act. A01 595), kann nicht abgeleitet werden, er sei nicht anwaltlich vertreten, da zu diesem Zeitpunkt der Vorinstanz das Vertretungsverhältnis durch die E-Mail vom 9. August 2007 schon bekannt war (vgl. dazu Stadelwieser, a.a.O., S. 37, FN 133 mit Hinweisen). So sind denn auch bei einem bestehenden Vertretungsverhältnis direkte Mitteilungen einer Partei an die Behörden nicht ausgeschlossen, hingegen darf die Behörde nicht direkt an eine Partei gelangen. Dass der Beschwerdeführer im Fristerstreckungsgesuch vom 28. August 2007 gegenüber der Vorinstanz erstmals seinen Vertreter erwähnt, dies im Zusammenhang mit der Freigabe eines Geldbetrages vom Bankkonto der Y. _____AG für seinen Vertreter, ändert nichts am Umstand, dass die Vorinstanz seit dem 9. August 2007 vom Vertretungsverhältnis wusste. Das Vertretungsverhältnis wurde folglich rechtsgenügend angezeigt. Demzufolge stellt der Versand einer beschwerdefähigen Verfügung an die Partei persönlich statt an ihren Vertreter eine mangelhafte Eröffnung dar (BGE 99 V 177 E. 3; Verwaltungspraxis des Bundes [VPB] 64.45 E. 2.d; Stadelwieser, a.a.O., S. 178).

E. 2.2

Gemäss Art. 38 VwVG darf den Parteien aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil erwachsen. Die Folgen dieses Eröffnungsmangels sind nicht automatisch Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit. Sie werden vielmehr aufgrund einer Interessenabwägung bestimmt (vgl. dazu Stadelwieser, a.a.O., S. 156; Kölz/Häner, a.a.O., S. 130). Es ist grundsätzlich abzuwägen zwischen den Interessen der Rechtssicherheit und dem Rechtsschutzinteresse des Verfügungsadressaten. Erlangt der Verfügungsadressat oder der Bevollmächtigte Kenntnis vom Eröffnungsmangel, hat er die für die Wahrung seiner Rechte notwendigen Massnahmen zu ergreifen, d.h. die formelle und korrekte Eröffnung der Verfügung zu verlangen oder aber Beschwerde zu führen (Stadelwieser, a.a.O., S. 159 mit Hinweisen). Diese Massnahmen hat er ohne Verzug zu unternehmen; die Verfügung ist innerhalb einer vernünftigen Frist in Frage zu stellen (BGE 112 Ib 417 E. 2d). Erst wenn die betroffene Partei im Besitze aller für die erfolgreiche Wahrung ihrer Rechte wesentlichen Elemente ist, läuft die Beschwerdefrist; um diese Elemente hat sie sich aber, wie bereits erwähnt, zu bemühen; der Beschwerdeführer resp. dessen Vertreter hat im Rahmen des Zumutbaren die sich aufdrängenden Schritte zu unternehmen (BGE 102 Ib 91 E. 3).

E. 2.2.1

Der Vertreter des Beschwerdeführers hat sich mit Schreiben vom 11. September 2007 bei der Vorinstanz gemeldet. Darin weist er auf das der Untersuchungsbeauftragten gegenüber angezeigte Vertretungsverhältnis hin. Des Weiteren drückt er sein Erstaunen darüber aus, dass sein Mandant ohne Rücksprache mit ihm als Vertreter vorgeladen wurde und bittet um eine Verschiebung des Termins. Es wird jedoch keine erneute Eröffnung der Verfügung an den Vertreter des Beschwerdeführers verlangt. Zwar hat der Beschwerdeführer mit Einlegung der Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht den Eröffnungsmangel gerügt, jedoch hätte der Vertreter des Beschwerdeführers im Schreiben an die Vorinstanz eine erneute Eröffnung der angefochtenen Verfügung an ihn selbst verlangen können; dies hätte seine Sorgfaltspflicht als Anwalt geboten und wäre zumutbar gewesen. Die Anwendung von Art. 38 VwVG findet ihre Grenze im Grundsatz von Treu und Glauben. Der Fristlauf

darf beispielsweise von den Parteien nicht beliebig lange hinausgezögert werden (BGE 112 Ib 417 E. 2d, VPB 64.45 E. 2d). Dem Schutzgedanken von Art. 38 VwVG ist bereits Genüge getan, wenn der Entscheid den Parteien zur Kenntnis gelangt, mag dies auch auf mangelhafte Art und Weise geschehen (Stadelwieser, a.a.O., S. 157).

E. 2.2.2

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat in Bezug auf die Interessenabwägung hervorgehoben, dass Art. 38 VwVG schon dann mit Blick auf den beabsichtigten Rechtsschutz Genüge getan ist, wenn eine objektiv mangelhafte Eröffnung trotz ihres Mangels ihren Zweck erreicht hat. Dies ist für die angefochtene Verfügung zu bejahen: Der Beschwerdeführer hatte Kenntnis von den gegen die X. _____AG, die Y. _____AG und die Z. _____AG und von den gegen ihn verfügten Massnahmen. Es ist weiter nach den Umständen des Einzelfalls zu prüfen, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist (BGE 102 Ib 91 E. 3, VPB 69.121 E. 2b). Als Nachteile im Sinne von Art. 38 VwVG gelten nur Rechtsnachteile (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1641). Durch die mangelhafte Eröffnung verkürzte sich die Beschwerdefrist um drei Tage auf 27 Tage. Es verblieb dem Vertreter des Beschwerdeführers somit genügend Zeit, die Beschwerdeschrift zu verfassen, zumal er mit dem Fall schon seit einiger Zeit befasst war. Die Beschwerdeschrift datiert denn auch vom 3. Oktober 2007.

E. 2.3

Daraus ergibt sich, dass trotz des Eröffnungsmangels kein Nachteil im Sinne von Art. 38 VwVG vorliegt. Dies hat zur Folge, dass die Beschwerdefrist - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - nicht am 8. Oktober endete.

E. 3

Weiter ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer die Beschwerdefrist eingehalten hat.

E. 3.1

Die Beschwerde ist gemäss Art. 50 Abs. 1 VwVG innert 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung dem Bundesverwaltungsgericht einzureichen. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Frist, welche nicht erstreckbar ist (Art. 22 Abs. 1 VwVG), sich nach Tagen berechnet und somit einen Tag nach Mitteilung an die Parteien zu laufen beginnt (Art. 20 Abs. 1 VwVG). Bei schriftlicher Eröffnung gilt die Frist erst als mitgeteilt, wenn die Verfügung der jeweiligen Partei zugestellt worden ist. Entscheidend ist das Datum, an welchem die Partei die Verfügung in Empfang nimmt oder diese in ihren Machtbereich gelangt.

E. 3.2

Die angefochtene Verfügung wurde am 29. August 2007 erlassen und per LSI mit Rückschein versandt. Der Beschwerdeführer hat diese unbestrittenermassen am 3. September 2007 abgeholt (act. A01 618). Die 30-tägige Frist begann somit am 4. September 2007 und endete am 3. Oktober 2007. Gemäss Art. 21 Abs. 1 VwVG ist die Frist gewahrt, wenn die schriftliche Eingabe am letzten Tag der Frist der Behörde eingereicht oder zu deren Händen der schweizerischen Post übergeben wurde. Als Beweis für die Einhaltung der Frist genügt der Poststempel (BGE 109 Ia 183 E. 3). Die Beschwerde (datiert vom 3. Oktober 2007) trägt den Poststempel vom 4. Oktober 2007, 20 Uhr. Der Beschwerdeführer trägt die Beweislast für die Wahrung der Frist (vgl. dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O.,

Rz. 1652; Kölz/Häner, a.a.O., S. 123). Es obliegt ihm, die durch den Poststempel geschaffene Vermutung umzustossen, wenn er wie vorliegendenfalls geltend macht, die Sendung sei am letzten Tag der Frist der Post übergeben, aber erst am folgenden Tag durch die Post abgestempelt worden (vgl. dazu André Moser/Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt a.M. 1998, S. 56, Rz. 2.51; BGE 124 V 372 E. 3b, VPB 67.65 E. 2b, VPB 61.14 E. 4a).

E. 3.3

Der Vertreter des Beschwerdeführers hat die Beschwerdeschrift gemäss eigenen Angaben als A-Post am 3. Oktober 2007 ca. um 23.30 Uhr bei der Sihlpost in Zürich in den Briefkasten eingeworfen. Dies in der Überzeugung, den Poststempel vom Einwurfstag zu erhalten. Gemäss einer seit Jahrzehnten bestehenden Praxis werde bei der Sihlpost in Zürich ein Brief mit dem Poststempel des Einwurfstags versehen, wenn er bis 24 Uhr eingeworfen werde. Die Sihlpost habe nun per 1. Oktober 2007 ihre Leistungen abgebaut. Neu würden die ab 20 Uhr eingeworfenen Briefe ins Briefzentrum nach Mülligen gebracht und bekämen dort den Poststempel vom folgenden Tag, 20 Uhr. Die Sihlpost habe darüber nicht informiert und deshalb habe der Vertreter des Beschwerdeführers dies nicht wissen können. Unabhängig davon, ob die Sihlpost über ihre geänderte Praxis hätte informieren sollen, ergibt sich Folgendes: Der Poststempel trägt neben dem Datum vom 4. Oktober 2007 sowie dem Vermerk "Briefzentrum" auch die Stempelzeit von 20 Uhr. Dies bewirkt eine Tatsachenvermutung, wonach der Brief erst an diesem Tag der Post übergeben worden ist. Es stellt sich die Frage, ob diese Vermutung nun durch die Vorbringen des Beschwerdeführers (Sihlpost - Mülligen) umgestossen wird. Da der Beschwerdeführer seine Vorbringen nicht belegt, beruhen sie auf blosser Behauptung. Wer zur Einhaltung gesetzlicher Fristen angehalten ist und um die beweisrechtliche Bedeutung des Poststempels weiss, hat sich zu vergewissern, ob seine Annahmen bezüglich der Stempelungspraxis der Post noch aktuell sind. Dies ist besonders dann angezeigt, wenn die zur Verfügung stehende Frist wie im vorliegenden Fall bis zur letzten Minute ausgeschöpft wird. In dieser Situation genügt es nicht, sich darauf zu verlassen, dass die durch den Poststempel vom 4. Oktober 2007 geschaffene Vermutung von einer nicht weiter belegten Behauptung umgestossen werden können. Da der Vertreter die Rechtschrift nach seinen Angaben wenige Minuten vor Mitternacht in den Briefkasten geworfen hat, hätte er dafür besorgt sein und mit der Möglichkeit rechnen müssen, dass er den rechtzeitigen Einwurf allenfalls auf andere Weise als mit dem Poststempel zu belegen hat (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 1P.380/2005 vom 8. September 2005 E. 2.4).

E. 3.4

Somit ist festzuhalten dass die Beschwerde einen Tag zu spät eingereicht wurde.

E. 4

Der Beschwerdeführer beantragt in der Replik vom 20. Februar 2008, die Beschwerdefrist im Sinne vom Art. 24 Abs. 1 VwVG wiederherzustellen und um einen Tag zu erstrecken. Er argumentiert, der Vertreter des Beschwerdeführers habe insofern unverschuldet die Frist nicht einhalten können, als er nicht wissen konnte, dass die Sihlpost die in E. 3.3 erwähnte Praxis geändert habe. Die Wiederherstellung einer behördlichen oder gesetzlichen Frist kann gemäss Art. 24 Abs. 1 VwVG gewährt werden, wenn die Partei unverschuldeterweise von der Einhaltung der Frist abgehalten wurde, wenn sie innert 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses unter Angabe des Verhinderungsgrundes um Wiederherstellung ersucht und

sie zudem innert dieser Frist die unterbliebene Rechtshandlung nachgeholt hat. Das Fristversäumnis gilt dann als unverschuldet, wenn es nicht auf der Nachlässigkeit einer Partei beruht, sondern dafür objektive Gründe vorliegen. Krankheit kann nach der Rechtsprechung ein unverschuldetes Hindernis sein, sofern sie derart ist, dass sie den Beschwerdeführer oder seinen Vertreter davon abhält, innert Frist zu handeln oder dafür einen Vertreter beizuziehen. Trägt die Parteivertretung das Verschulden an der Verspätung, muss sich die vertretene Partei dieses anrechnen lassen. Die Wiederherstellung beurteilt sich nach Massgabe der Gesuchsbegründung (zum Ganzen vgl. BGE 119 II 86 E. 2a, BGE 114 Ib 67 E. 2; Kölz/Häner, a.a.O., S. 124 f.). Vorliegend muss sich der Beschwerdeführer das Versäumnis seines Vertreters anrechnen lassen; der Vertreter des Beschwerdeführers hätte sich, wie in E. 3.3 dargelegt, den Einwurf der Beschwerdeschrift auf andere Weise als durch den Poststempel bestätigen lassen können. Der Beschwerdeführer wurde somit nicht unverschuldeterweise von der Einhaltung der Frist abgehalten. Das Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist wird abgewiesen.

E. 5

Der Hinweis auf die angeblich missachteten Vertretungsverhältnisse der im vorinstanzlichen Verfahren übrigen Beteiligten ist unbehelflich, da diese nicht Gegensand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sind.

E. 6

Gestützt auf die vorangegangenen Erwägungen wird auf die in der Replik vom 20. Februar 2008 gestellte Beweisofferte, das Einholen eines Kurzberichtes eines Postangestellten bezüglich der geänderten Praxis der Sihlpost in Zürich, verzichtet.

E. 7

Zusammengefasst ist festzustellen, dass zwar eine mangelhafte Eröffnung der angefochtenen Verfügung vorliegt, der daraus entstandene Nachteil vorliegend jedoch nicht einen Rechtsnachteil im Sinne von Art. 38 VwVG darstellt. Daher ist auf die Beschwerde mangels Einhaltung der Rechtsmittelfrist (Art. 50 Abs. 1 VwVG) nicht einzutreten.

E. 8

Die Verfahrenskosten werden gestützt auf Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) festgesetzt. Die Beschwerdeinstanz auferlegt in der Entscheidformel die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Ein Nichteintretensentscheid zeitigt in Bezug auf die Verlegung der Verfahrenskosten dieselben Folgen wie ein Abweisungsentscheid (Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, Art. 66, Rz. 20). Der Beschwerdeführer gilt damit als unterliegende Partei und hat die Verfahrenskosten zu tragen. Zu diesen gehören auch die Kosten der Zwischenverfügung vom 26. November 2007. Die Verfahrenskosten werden demnach auf insgesamt Fr. 1'000.- festgesetzt. Diese werden mit dem am 5. November 2007 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 12'000.- verrechnet. Eine Parteientschädigung wird nicht gesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

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