

# **BVGer B-7948/2007 vom 7. Januar 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-01-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-7948\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7948_2007)

FR: TAF B-7948/2007 du 7 janvier 2008

IT: TAF B-7948/2007 del 7 gennaio 2008

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens entscheidet das Bundesverwaltungsgericht abschliessend über Beschwerden gegen Verfügungen einer Vergabestelle, sofern keine Ausnahme gemäss Art. 83 Bst. f des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) vorliegt. Gemäss Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) richtet sich das dabei anzuwendende Verfahren nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Im Revisionsverfahren gelangen die entsprechenden Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) sinngemäss zur Anwendung (Art. 45 VGG). Ein Revisionsbegehren bezweckt, die für einen Entscheid verantwortliche Instanz dazu zu bewegen, diesen trotz bereits eingetretener formeller Rechtskraft erneut zu überprüfen (vgl. Ursina Beerli-Bonorand, Die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone, Zürich 1985, S. 35). Damit ist das Bundesverwaltungsgericht auch für die Beurteilung des vorliegenden Revisionsgesuchs zuständig (vgl. dazu BVGE 2007/21 E. 2.1. und E. 5.1. S. 239 ff.).

### **E. 2.1**

Auf Inhalt, Form und Ergänzung des Revisionsgesuches findet Art. 67 Abs. 3 VwVG Anwendung (Art. 47 VGG). Über Revisionsgesuche, die nicht in die Zuständigkeit des Einzelrichters gemäss Art. 23 Abs. 1 VGG fallen, wird in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen entschieden (Art. 21 Abs. 1 VGG).

### **E. 2.2**

An die Begründung ausserordentlicher Rechtsmittel werden erhöhte Anforderungen gestellt (Art. 67 Abs. 3 VwVG i.V.m. Art. 47 VGG). In der Rechtschrift ist die Rechtzeitigkeit des Revisionsbegehrens darzutun; zudem ist anzugeben, welcher gesetzliche Revisionsstatbestand angerufen wird und inwiefern Anlass besteht, gerade diesen Grund geltend zu machen. Sind dem Gesuch nicht genügend substantiierte, wirkliche Rechtsmittelgründe zu entnehmen, so ist darauf überhaupt nicht einzutreten (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 198 f.). Demgegenüber ist nicht erforderlich, dass die angerufenen Revisionsgründe wirklich bestehen, sondern es genügt, wenn der Gesuchsteller deren Vorliegen behauptet (BGE 96 I 279; Beerli-Bonorand, a.a.O., S. 148 f.).

### **E. 2.3**

Die Gesuchstellerin ruft explizit die Revisionsgründe der neuen erheblichen Tatsachen oder Beweismittel gemäss Art. 123 Abs. 2 Bst. a BGG und die versehentliche Nichtberücksichtigung von in den Akten liegenden erheblichen Tatsachen gemäss Art. 121 Bst. d BGG an. Die Rechtsschrift enthält ausserdem - wie bei einem Revisionsgesuch erforderlich (vgl. Art. 47 VGG i.V.m. Art. 67 Abs. 3 in fine VwVG) - bereits die Begehren für den Fall eines neuen Beschwerdeentscheides, so dass sie den formellen Anforderungen an ein Revisionsgesuch genügt.

### **E. 2.4**

Gemäss Art. 124 Abs. 1 Bst. d BGG ist das Revisionsgesuch innert 90 Tagen nach der Entdeckung neuer Tatsachen beziehungsweise neuer Beweismittel bzw. gemäss Art. 124 Abs. 1 Bst. b BGG bei Geltendmachung einer Verletzung von anderen Verfahrensvorschriften innert 30 Tagen nach der Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids einzureichen. Das angefochtene Urteil wurde dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 21. November 2007 eröffnet. Damit erfolgte die Revisionseingabe vom 23. November 2007 rechtzeitig.

### **E. 2.5**

Die Gesuchstellerin ist durch das angefochtene Urteil berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung beziehungsweise Änderung, weshalb sie legitimiert ist. Folglich ist auf das frist- und formgerecht eingereichte Gesuch einzutreten (Art. 48 Abs. 1 und Art. 52 f. VwVG i.V.m. Art. 67 Abs. 3 VwVG und Art. 124 Abs. 1 Bst. d BGG).

### **E. 3.1**

Mit dem ausserordentlichen Rechtsmittel der Revision wird die Unabänderlichkeit und Massgeblichkeit eines rechtskräftigen Beschwerdeentscheides angefochten, damit in der Sache neu entschieden werden kann (vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 269). Die Revision eines Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts kann gemäss Art. 45 VGG sinngemäss aus den in Art. 121-128 BGG genannten Gründen verlangt werden.

### **E. 3.2**

Die Revision kann in der Regel nicht aus einem Grund verlangt werden, der schon im ordentlichen Beschwerdeverfahren hätte geltend gemacht werden können (Art. 46 VGG).

### **E. 4**

Die Gesuchstellerin stützt ihr Revisionsbegehren einerseits auf den Revisionsgrund der Aktenwidrigkeit gemäss Art. 121 Bst. d BGG.

### **E. 4.1**

Danach kann die Revision eines Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts verlangt werden, wenn dieses in den Akten liegende erhebliche Tatsachen aus Versehen nicht berücksichtigt hat. Diese Bestimmung stimmt mit dem ehemaligen Art. 136 Bst. d des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 (OG, AS 1992 288) überein, weshalb hinsichtlich der Tragweite der neuen Bestimmung, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur OG-Bestimmung herangezogen werden kann (Urteil des Bundesgerichts 6F\_16/2007 vom 21. November 2007 E. 1.2). Eine in den Akten liegende erhebliche Tatsache ist dann aus Versehen nicht berücksichtigt worden, wenn die zuständige Behörde es unterlassen hat,

ein zum Dossier eingereichtes Aktenstück in Betracht zu ziehen, oder wenn sie ein solches Aktenstück unrichtig gelesen hat und so aus Versehen von seinem wirklichen Inhalt, insbesondere von seinem wirklichen Wortsinn, abgewichen ist (Urteil des Bundesgerichts 6F\_16/2007 vom 21. November 2007 E. 1.2, BGE 122 II 17 E. 3; Beerli-Bonorand, a.a.O., S. 133). Die Nichtberücksichtigung erheblicher Tatsachen berechtigt nur dann zur Revision, wenn diese Tatsachen den Behörden aus den Akten bekannt waren. Entsprechend muss die Tatsache in den Akten enthalten sein, sei es, dass entsprechende Dokumente von den Parteien vorgelegt wurden, oder dass sich diese aus Berichten von Sachverständigen oder aus den Vorakten ergeben (Beerli-Bonorand, a.a.O., S. 132).

#### **E. 4.2**

Ein Aktenstück, welches die Tatsachenbehauptung der Gesuchstellerin, sie habe am 1. November 2007 den Kostenvorschuss von Fr. 7'000.- an die Schweizerische Post überwiesen, stützt, befand sich im Zeitpunkt der Urteilsfällung im Verfahren B-7196/2007, am 16. November 2007, nicht im Dossier. Entsprechend kann die Gesuchstellerin auch nicht aufzeigen, welche Aktenstelle das Bundesverwaltungsgericht übersehen oder unrichtig (d.h. nicht in ihrer wahren Gestalt, insbesondere nicht mit ihrem wirklichen Wortlaut) wahrgenommen hätte. Somit ist das Revisionsbegehren, soweit es sich auf Art. 121 Bst. d BGG bezieht, abzuweisen.

#### **E. 5**

Die Gesuchstellerin ruft ebenfalls den Revisionsgrund von Art. 123 Abs. 2 Bst. a BGG an.

#### **E. 5.1**

Danach kann die Revision verlangt werden, wenn die ersuchende Partei nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel auffindet, die sie im früheren Verfahren nicht beibringen konnte, unter Ausschluss der Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Entscheid (im ordentlichen Verfahren) entstanden sind. Es handelt sich also um unechte Noven (vgl. Nicolas von Werdt, in: Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, S. 526, RN 7). Erheblich im Sinne von 123 Abs. 2 Bst. a BGG sind neue Tatsachen und Beweismittel dann, wenn sie geeignet sind, die tatbestandliche Grundlage des angefochtenen Urteils zu verändern und bei zutreffender rechtlicher Würdigung zu einer anderen Entscheidung führen (vgl. von Werdt, a.a.O, S. 526 f., RN 10 ff.; Karl Spühler/Annette Dolge/Dominik Vock, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Zürich/St. Gallen 2006, S. 229, RN 5). Nachträglich erfahrene oder aufgefundene erhebliche Tatsachen und Beweismittel bilden im Übrigen nur dann einen Revisionsgrund, wenn sie der gesuchstellenden Person damals trotz hinreichender Sorgfalt nicht bekannt sein konnten oder ihr die Geltendmachung oder Beibringung aus entschuldbaren Gründen nicht möglich war (Spühler/Dolge/Vock, a.a.O., S. 229, RN 4, m.w.H).

#### **E. 5.2**

Die Gesuchstellerin bringt als Begründung ihres Revisionsbegehrens vor, sie habe der Y.\_\_\_\_\_ -Bank am 1. November 2007 einen Zahlungsauftrag zur Überweisung des Betrags von Fr. 7'000.- an die Schweizerische Post erteilt. Dies sei unter exakter Verwendung der Angaben für den Zahlungsverkehr entsprechend der Rechnung des Bundesverwaltungsgerichts erfolgt.

#### **E. 5.2.1**

Gestützt auf Art. 21 Abs. 3 VwVG ist die Frist für die Bezahlung eines Kostenvorschusses gewährt, wenn der Betrag rechtzeitig zu Gunsten der Behörde der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist. Gemäss Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 (BB1 2001 4202, 4298) sind für die Fristeinholung zur Bezahlung von Vorschüssen alternativ zwei Kriterien massgebend: Entweder der Zeitpunkt, in welchem der Betrag der Schweizerischen Post zu Gunsten des Bundesverwaltungsgerichts übergeben wurde (sei dies am Postschalter oder anlässlich einer Überweisung im Ausland), oder der Zeitpunkt, in welchem der Zahlungsauftrag zu Gunsten des Bundesverwaltungsgerichts dem Post- oder Bankkonto des Beschwerdeführers oder seines Vertreters (in der Schweiz) belastet worden ist. Wird der Betrag dem Konto des Bundesverwaltungsgerichts nicht rechtzeitig gutgeschrieben, so hat der Beschwerdeführer den Nachweis zu erbringen, an welchem Tag der Betrag zu Gunsten des Bundesverwaltungsgerichts seinem Konto bzw. demjenigen seines Vertreters belastet worden ist. In der Botschaft wird weiter ausgeführt, dass weiterhin ein Restrisiko für denjenigen Beschwerdeführer bestehen bleibt, der die Zahlung von seinem Konto kurz vor Ablauf der Frist veranlasst hat (z.B. im Fall einer Informatikpanne). Dieses Risiko habe der Beschwerdeführer alleine zu tragen, denn sowohl die Post als auch die Banken würden normalerweise in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen jegliche Verantwortung für leichtes Verschulden ablehnen.

#### **E. 5.2.2**

Im Verfahren B-7196/2007 wurde die Gesuchstellerin mittels Verfügung vom 23. Oktober 2007, unter Androhung des Nichteintretens bei nicht rechtzeitiger Bezahlung, aufgefordert, bis 7. November 2007 einen Kostenvorschuss von Fr. 7'000.- zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Dabei gelte die Frist als gewährt, wenn der Betrag rechtzeitig zu Gunsten der Behörde der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet werde. In der ebenfalls zugestellten Rechnung waren die für die Einzahlung notwendigen Angaben aufgeführt. Die Rechnung enthielt nebst der Kontonummer, der IBAN- und der Clearing-Nummer auch den Namen der Empfängerbank (Swiss Post, PostFinance) und den Namen des Empfängers (Endbegünstigten), nämlich das Bundesverwaltungsgericht. Im Zahlungsauftrag an die Y. \_\_\_\_\_-Bank vom 1. November 2007 gab die Gesuchstellerin nebst dem Betrag, der Clearing-Nummer und dem BIC-code (swift adress) der "beneficiary bank" auch die IBAN-Nummer an. Unter Namen und Adresse des Begünstigten (beneficiary) wurde anstelle des Bundesverwaltungsgerichts die Schweizerische Post (PostFinance) in Bern aufgeführt. Diese Angaben wurden von der Y. \_\_\_\_\_-Bank übernommen und die Überweisung entsprechend ausgeführt. Gemäss Schreiben der Y. \_\_\_\_\_-Bank vom 23. November 2007 retournierte die Z. \_\_\_\_\_ (Bank) am 7. November 2007 den Betrag von Fr. 6'980.- (Valutadatum 6. November 2007), da die Begünstigtenangaben ungenau seien. Diese Rücküberweisung erfolgte, weil die Gesuchstellerin in ihrem Zahlungsauftrag an die Y. \_\_\_\_\_-Bank die Schweizer Post anstatt das Bundesverwaltungsgericht als Zahlungsempfängerin und somit Endbegünstigte angab. Diese Angaben stimmten nicht überein mit der ebenfalls aufgeführten IBAN-Nummer. Aus dieser Nummer lassen sich gemäss Schreiben der PostFinance vom 7. Dezember 2007 unter anderem Rückschlüsse auf die Postkontonummer des Gutschriftskontos und somit auf das Bundesverwaltungsgericht ziehen. In den Technischen Weisungen (Applikation: Zahlungssysteme) der Swiss Interbank Clearing AG Die Swiss Interbank Clearing AG ist ein Dienstleistungsunternehmen der Schweizer Banken und betreibt im Auftrag der Schweizerischen Nationalbank die Zahlungssysteme SIC und

euroSIC. Diese Systeme ermöglichen den Finanzinstituten, weltweit ihren elektronischen Zahlungsverkehr in Franken und Euro abzuwickeln. wird unter Ziffer 1.5.7 festgehalten, dass es bei Zahlungen von Beträgen unter Fr. 50'000.-, welche (beim Finanzinstitut B; in casu: PostFinance) mangels genügender Angaben nicht gutgeschrieben werden können, dem Finanzinstitut B (in casu: PostFinance) freigestellt sei, unverzüglich eine Rückfrage beim Finanzinstitut A (in casu: Y. \_\_\_\_\_-Bank) vorzunehmen oder spätestens am folgenden Bankwerktag eine Rückleitung zu veranlassen. Da die Gesuchstellerin in ihrem Zahlungsauftrag zweimal die PostFinance aufgeführt hat, sowohl als Empfängerbank als auch als Endbegünstigte, und gleichzeitig die IBAN-Nummer mit dem Postkonto des Bundesverwaltungsgerichts angab, war eine eindeutige Identifizierung des Zahlungsbegünstigten nicht ohne weiteres möglich. Die daraufhin von der PostFinance eingeleitete "automatisierte" Rücküberweisung bzw. Rückleitung an den Auftraggeber, erweist sich als reglementskonform. 1.1.1.1.1. Die Swiss Interbank Clearing AG ist ein Dienstleistungsunternehmen der Schweizer Banken und betreibt im Auftrag der Schweizerischen Nationalbank die Zahlungssysteme SIC und euroSIC. Diese Systeme ermöglichen den Finanzinstituten, weltweit ihren elektronischen Zahlungsverkehr in Franken und Euro abzuwickeln. 1.1.1.1.2. Die Swiss Interbank Clearing AG ist ein Dienstleistungsunternehmen der Schweizer Banken und betreibt im Auftrag der Schweizerischen Nationalbank die Zahlungssysteme SIC und euroSIC. Diese Systeme ermöglichen den Finanzinstituten, weltweit ihren elektronischen Zahlungsverkehr in Franken und Euro abzuwickeln.

### **E. 5.2.3**

Indem die Gesuchstellerin im Zahlungsauftrag vom 1. November 2007 unter dem Namen und der Adresse des Begünstigten ("beneficiary") die Schweizerische Post, PostFinance, angab, hat sie gerade nicht, wie von ihr behauptet, eine Zahlung zugunsten des Bundesverwaltungsgerichts geleistet. Die Rücküberweisung von der PostFinance an die Y. \_\_\_\_\_-Bank hat die Gesuchstellerin somit, wie die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 2007 richtig ausführt, ihrer eigenen Unsorgfältigkeit bei der Erteilung des Zahlungsauftrags an ihre Bank zuzuschreiben. Von einem Bankkunden ist zu verlangen, dass er für eine klare und eindeutige Formulierung seiner Zahlungsaufträge an das Kreditinstitut besorgt sein muss. Dies kommt auch in den allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Inanspruchnahme von internationalen Zahlungsverkehrsdienstleistungen der PostFinance zum Ausdruck. Darin wird unter Ziff. 5 Bst. c unter anderem ausgeführt, dass der Kunde für die Folgen verantwortlich ist, die sich aus der Verwendung ungenau, unvollständig oder unrichtig ausgefüllter Aufträge ergeben.

### **E. 5.2.4**

Neue und erhebliche Tatsachen und Beweismittel bilden nur dann einen Revisionsgrund, wenn die Gesuchstellerin sie auch bei zumutbarer Sorgfalt im ordentlichen Rechtsmittelverfahren nicht kennen oder beibringen konnte oder aus entschuldbaren Gründen nicht vorgebracht hat. Hätte die Gesuchstellerin die ihr zumutbare Sorgfalt walten lassen, hätte sie einerseits den Zahlungsauftrag richtig ausgefüllt oder sich im Rahmen der Fristenkontrolle zumindest vor Ablauf der Frist beim Bundesverwaltungsgericht rückversichert, ob der Kostenvorschuss eingegangen sei, um nötigenfalls noch eine Fristerstreckung erwirken zu können. Auch wären ihr anstelle der Banküberweisung aus dem Ausland die mit weniger Risiken verbundenen und in Art. 21 Abs. 3 VwVG ausdrücklich vorgesehenen Zahlungsmöglichkeiten über ihren Rechtsvertreter

beziehungsweise seine Kontoverbindung in der Schweiz offen gestanden. Schliesslich bleibt festzustellen, dass die Y.\_\_\_\_\_ -Bank gemäss eigenen Aussagen am 7. November 2007 erfahren hat, dass die Z.\_\_\_\_\_ (Bank) auf Anweisung der PostFinance den Betrag von Fr. 6'980.- zurücküberwiesen hat. Bei sofortiger Benachrichtigung der Gesuchstellerin beziehungsweise ihres Rechtsvertreters wäre es grundsätzlich noch möglich gewesen, zumindest telefonisch oder per Telefax beim Bundesverwaltungsgericht eine Erstreckung der Frist für die Bezahlung des Kostenvorschusses zu beantragen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.36/2005 E.3 vom 7. März 2005). Da eine Bank gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Hilfsperson des Auftraggebers gilt, muss sich dieser Versäumnisse der Bank (wie z.B. eine verspätete Zahlungsanweisung oder wie in casu die verspätete Benachrichtigung der Rücküberweisung) anrechnen lassen (vgl. BGE 114 Ib 67 E. 2 und 3, bestätigt im Entscheid vom 16. August 2002 i.S. X. AG [2A.279/2002/dxc]. Trotz des im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsprinzips (Art. 12 VwVG) ist jede Nachlässigkeit in der Nachforschung um der Rechtssicherheit willen und in Rücksicht auf den ungestörten Gang der Justiz zum Nachteil der Gesuchstellerin auszulegen. Das Revisionsgesuch dient nämlich nicht dazu, im früheren Verfahren begangene vermeidbare Unterlassungen der Gesuchstellerin nachzuholen (Beerli-Bonorand, a.a.O., S. 109).

#### **E. 6**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass kein revisionsrechtlich relevanter Sachverhalt dargetan ist. Das Gesuch um Revision des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. November 2007 ist demzufolge abzuweisen; der Beschwerdeentscheid ist zu bestätigen.

#### **E. 7**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Revisionsverfahrens der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG i.V.m. Art. 2 und 3 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese sind mit dem im Verfahren B-7196/2007 nachträglich einbezahlten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 7'000.- zu verrechnen. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, zumal die Vergabestelle als Bundesbehörde keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat (Art. 7 Abs. 3 i.V.m. Art. 8 VGKE; vgl. auch Art. 68 Abs. 3 BGG).

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