

# **BVGer C-4810/2011 vom 15. August 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-08-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-4810\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-4810_2011)

FR: TAF C-4810/2011 du 15 août 2012

IT: TAF C-4810/2011 del 15 agosto 2012

## **Regeste**

Marktüberwachung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist die an den Beschwerdeführer gerichtete, per Adresse der B.\_\_\_\_\_ Ltd., W.\_\_\_\_\_, Isle of Man, versandte Verfügung vom 22. August 2005 (oben Bst. B.c), welche im Bundesblatt vom 30. August 2005 publiziert wurde.

#### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 84 des Heilmittelgesetzes vom 15. Dezember 2000 (HMG, SR 812.21) in Verbindung mit Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) sofern - wie hier - keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt.

#### **E. 1.2**

Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden, wozu das Institut gemäss Art. 33 Bst. e VGG in Verbindung mit Art. 68 Abs. 1 - 3 HMG gehört.

#### **E. 1.3**

Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer ist als Adressat der Verfügung betroffen und hat ein besonderes Interesse an deren Aufhebung. Er ist deshalb zur Beschwerde legitimiert. Mit Vollmacht vom 21. Juni 2011 hat er die Streichenberg Rechtsanwälte mit der Wahrung seiner Interessen betraut (act. 1.1). Die von Rechtsanwalt Remo Busslinger der Streichenberg Rechtsanwälte unterzeichnete Beschwerde ist demnach rechtsgültig.

### **E. 3**

Die Beschwerde erweist sich als formgerecht (vgl. Art. 52 VwVG).

### **E. 4**

Somit verbleibt die Prüfung, ob die Beschwerde fristgerecht eingereicht wurde.

#### **E. 4.1**

In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich, die bei Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (vgl. z.B. BGE 130

V 329, BGE 112 V 168 E. 3c mit Hinweis auf Max Imboden/René Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel 1976, Bd. I, S. 95, mit Verweis auf BGE 89 I 468 E. 3c). Demnach ist grundsätzlich bei der Beurteilung des vorliegenden Falls auf den Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Verwaltungsaktes, hier der Verfügung vom 22. August 2005, abzustellen. Deshalb werden im Folgenden für die Beurteilung der Frage, ob und wenn ja, wann die angefochtene Verfügung in Rechtskraft erwachsen ist, die im August 2005 anwendbaren Bestimmungen des VwVG zitiert. Die seit 1. Januar 2007 geltenden Bestimmungen des VwVG (vgl. AS 2006 2197 ff.) finden somit grundsätzlich keine Anwendung. Betreffend das vorliegende Beschwerdeverfahren ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht auf das Recht im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung, d.h. das am 1. September 2011 gültige Recht abzustellen.

#### **E. 4.2**

Gemäss Art. 50 Abs. 1 VwVG (in der seit 1. Januar 2007 geltenden Fassung) ist die Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung einzureichen. Auch altrechtlich bestand für Verfügungen eine Beschwerdefrist von 30 Tagen seit Eröffnung (vgl. Art. 50 1. Teilsatz VwVG in der bis 31. Dezember 2006 geltenden Fassung).

#### **E. 4.3**

Die Verfügung vom 22. August 2005 wurde am 30. August 2005 im Bundesblatt veröffentlicht. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Notifikation der Verfügung im Bundesblatt habe keine bindende Wirkung erlangt, was nachfolgend zu prüfen ist.

##### **E. 4.3.1**

Gemäss Art. 36 VwVG (in der bis 31. Dezember 2006 geltenden Fassung) konnte die Behörde ihre Verfügungen durch Veröffentlichung in einem amtlichen Blatt eröffnen: (a) gegenüber einer Partei, die unbekanntes Aufenthaltsort hat und keinen erreichbaren Vertreter hat; (b) gegenüber einer Partei, die sich im Ausland aufhält und keinen erreichbaren Vertreter hat, wenn die Zustellung an ihren Aufenthaltsort unmöglich ist; (c) in einer Sache mit zahlreichen Parteien; (d) in einer Sache, in der sich die Parteien ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht vollzählig bestimmen lassen.

##### **E. 4.3.2**

Es ist festzustellen, dass vorliegend die Eröffnung gegenüber einer Person erfolgen sollte, zu welcher einerseits als Anknüpfungspunkt die Adresse der B.\_\_\_\_\_ Ltd. W.\_\_\_\_\_, Isle of Man, eruierbar war und andererseits Bezüge in die Vereinigten Staaten von Amerika bestanden (Umleitung der Kontakttelefonnummer auf der Website direkt in die USA; vgl. act. SM/9.2, Antrag des Domain-Namens B.\_\_\_\_\_.ch über die IP-Adresse [...] am 22. Juli 2003, act. 8.4, 14.1), der eigentliche Aufenthaltsort des Adressaten - welcher im Ausland vermutet wurde - war der Vorinstanz indes unbekannt. Zudem erschien die Notwendigkeit der Durchsetzung der Verfügung aus polizeilichen Gründen als dringlich (Widerruf der Website resp. Verbot der Bewerbung und des Vertriebs von zum Teil verbotenen, zum Teil rezeptpflichtigen Arzneimitteln; vgl. Verfügung vom 22. August 2005 S. 2 [act. SM/11] sowie Felix Uhlmann/ Alexandra Schwank in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 36 Rz. 12 f. 16, 19). Zum damaligen Zeitpunkt war der Vorinstanz - gestützt auf die Akten - auch kein erreichbarer Vertreter in der Schweiz bekannt (zur Beziehung des Beschwerdeführers zur B.\_\_\_\_\_ Ltd. bzw. der Website www.B.\_\_\_\_\_.ch siehe E. 5). Unter diesen Umständen kann der Vorinstanz nicht

vorgeworfen werden, sie hätte bei der Eruiierung einer rechtsgültigen Adresse des Beschwerdeführers zu wenig Aufwand betrieben. Demnach erfolgte die Publikation im Bundesblatt gestützt auf die damalige Rechtslage (Art. 36 VwVG Bst. a und b) rechtsgültig (vgl. dazu Entscheid der Eidgenössischen Zollrekurskommission vom 23. Mai 2005, veröffentlicht in VPB 69.121). Bei der Notifikation ist die Kenntnisnahme der Verfügung nicht notwendig (vgl. F. Uhlmann/A. Schwank, a.a.O. Rz. 6 f.) Die Eröffnung erfolgte im Bundesblatt vom 30. August 2005. Somit lief die 30-tägige Beschwerdefrist am 29. September 2005 ab. Die Beschwerde vom 1. September 2011 (Poststempel) wurde demnach zu spät eingereicht, weshalb darauf grundsätzlich nicht einzutreten ist.

## **E. 5**

Der Beschwerdeführer macht sinngemäss die Nichtigkeit der Verfügung geltend in dem Sinne, als dass die Verfügung gar nicht an ihn als Adressaten hätte gerichtet werden dürfen.

### **E. 5.1**

Nichtigkeit bedeutet die absolute Unwirksamkeit einer Verfügung. Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkungen, ist von Erlass an unverbindlich, von Amtes wegen zu beachten und kann von jedermann jederzeit - auch noch im Vollstreckungsverfahren - geltend gemacht werden. Gemäss der so genannten Evidenztheorie ist eine Verfügung nichtig, "wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet wird" (BGE 98 Ia 568; 571; vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 955 f. m.w.H.). Schwer wiegende Form- und Eröffnungsfehler können unter Umständen zur Nichtigkeit führen. Jedoch führt die unrichtige oder unvollständige Bezeichnung des Verfügungsadressaten nicht zur Nichtigkeit einer Verfügung, solange sich der ins Recht gefasste Adressat aus dem Sachzusammenhang eindeutig ergibt (U. Häfelin/G. Müller/F. Uhlmann, a.a.O. Rz. 972 ff., 979 mit Verweis auf VPB 67 [2003] Nr. 94). Die Nichtigkeit einer Verfügung ist nur dann anzunehmen, wenn diese unter einem besonders schweren und offensichtlichen oder zumindest leicht erkennbaren Mangel leidet. Zudem darf durch die Feststellung der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet werden (vgl. etwa BGE 122 I 99, BGE 117 Ia 220 f., BGE 116 Ia 219 f.). Schwerwiegende Form- und Eröffnungsfehler können grundsätzlich die Nichtigkeit begründen. So wurde in der Praxis etwa entschieden, dass eine Verfügung, die den Adressaten nicht nennt, oder die einer Person oder Organisation eröffnet wurde, die nicht befugt ist, diese in Empfang zu nehmen, nichtig ist (VPB 67 [2003] Nr. 94, E. 3.3, mit Hinweisen).

### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, zum Verfügungszeitpunkt sei er "normaler Angestellter" der B. \_\_\_\_\_ Ltd. gewesen und habe weder eine Organfunktion noch eine leitende Tätigkeit für die B. \_\_\_\_\_ Ltd. ausgeübt (act. 1 Rz. 21). Mit der Replik legt er eine notariell beglaubigte Urkunde vor, wonach er erst per 15. Januar 2010 "Director" der B. \_\_\_\_\_ Ltd. geworden sei (act. 5.1). Die Vorinstanz habe weder begründet noch nachgewiesen, inwiefern er persönlich für die Handlungen der B. \_\_\_\_\_ Ltd. haften solle. In der Replik liess der Beschwerdeführer ausführen, er sei zum Verfügungszeitpunkt bzw. zum Zeitpunkt der Postübergabe der Verfügung an die B. \_\_\_\_\_ Ltd. vom 22. August 2005 "in keiner Weise" für die B. \_\_\_\_\_ Ltd. tätig gewesen (act. 5 Rz. 6). In der Triplik führt der Beschwerdeführer schliesslich aus, er habe

(im Verfügungszeitpunkt) als Angestellter der B. \_\_\_\_\_ Ltd. in einer Beziehung zur Firma B. \_\_\_\_\_ Ltd. gestanden, zudem weder rechtlich noch faktisch eine leitende Funktion in der Firma innegehabt, weshalb ihm die Handlungen, insbesondere das Bewerben und Vertreiben der in der Verfügung genannten Arzneimittel, nicht zugerechnet werden könnten (act. 11 Rz. 13).

#### **E. 5.3.1**

In Würdigung dieser Vorbringen ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer zu seiner Rolle bei der B. \_\_\_\_\_ Ltd. zum Verfügungszeitpunkt (22. August 2005) widersprüchliche Angaben macht. Den Akten ist zudem zu entnehmen, dass im Verfügungszeitpunkt eine nicht unwesentliche Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und der B. \_\_\_\_\_ Ltd. bestand - soweit der hier in Frage stehende Betrieb der Website www.B. \_\_\_\_\_ .ch zu beurteilen ist. Gestützt auf die nachgereichten Angaben der SWITCH vom 27. September 2011 war der Beschwerdeführer seit dem 22. Juli 2003 für die Website www.B. \_\_\_\_\_ .ch der Firma B. \_\_\_\_\_ Ltd. als Ansprechperson eingetragen (act. 8.4). Ebenfalls auf eine enge Beziehung des Beschwerdeführers mit der B. \_\_\_\_\_ Ltd., konnte aus dem Inserat der Zeitschrift "ELLE" (act. SM/1.8) geschlossen werden, wo er prominent mit vollem Namen und Foto als "Schweizer Anti-Aging-Spezialist" für eine "Schweizer Anti-Aging-Formel" warb und als Bestell- bzw. Kontaktadresse die Website "www.B. \_\_\_\_\_ .com" nannte. Zum damaligen Zeitpunkt wurden beide Websites (www.B. \_\_\_\_\_ .ch und www.B. \_\_\_\_\_ .com) zudem via denselben Schweizer Provider betrieben und waren auf demselben Schweizer Server aufgeschaltet (vgl. act. SM/6.4). An dieser Beurteilung ändert die replikweise eingereichte Urkunde (vgl. Bst. G) nichts, da sie nicht den beurteilungsrelevanten Zeitraum beschlägt.

#### **E. 5.3.2**

Im Übrigen ist die angefochtene Verfügung an den Beschwerdeführer persönlich - p.A. B. \_\_\_\_\_ Ltd. - und nicht an die Firma B. \_\_\_\_\_ Ltd., gerichtet. Auch deshalb geht die Argumentation des Beschwerdeführers ins Leere, wonach er im damaligen Zeitpunkt keine Vertretungsbefugnis für die Firma gehabt habe. Eine solche war - da die Verfügung den Beschwerdeführer persönlich betrifft - nicht notwendig.

#### **E. 5.4**

Demnach ergibt sich, dass die Verfügung einerseits an den Beschwerdeführer als natürliche Person gerichtet war, welche - da sie der Adressat war - auch befugt war, diese entgegenzunehmen. Diese Person stand im Verfügungszeitpunkt in einem genügenden sachlichen Zusammenhang mit der in Frage stehenden Website und auch der Firma, an deren Adresse die Verfügung adressiert war. Ein anderer besonders schwerer und offensichtlicher oder zumindest leicht erkennbarer Mangel der Verfügung ist nicht ersichtlich. Unter diesen Umständen erweist sich die Verfügung nicht als nichtig. Da die Beschwerdefrist von 30 Tagen bei Beschwerdeerhebung bereits abgelaufen war, ist die angefochtene Verfügung in Rechtskraft erwachsen und nicht mehr anfechtbar, weshalb auf die Beschwerde vom 1. September 2011 nicht einzutreten ist.

#### **E. 5.5**

Unter diesen Umständen braucht auf die Ausführungen des Beschwerdeführers bezüglich einer angeblich an eine falsche Postadresse zugestellte Verfügung bzw. einer mangelnden Zustellbarkeit der Verfügung - welche gemäss der Vorinstanz ohnehin nur formlos zur Orientierung versandt wurde (vgl. act. 3 S. 4 mit Verweis auf F. Uhlmann/ A. Schwank,

a.a.O., Rz. 9) -, die materielle Frage der Rechtmässigkeit der Verfügung und die Frage, ob der Beschwerdeführer das - ebenfalls persönlich an ihn gerichtete - E-Mail der SWITCH vom 14. September 2005 über die Abschaltung der Website www.B.\_\_\_\_\_.ch inkl. Verweis auf die Publikation vom 30. August 2005 tatsächlich erhalten hat (act. 3.2), nicht weiter eingegangen zu werden.

#### **E. 5.6**

Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, er habe erst am 1. Juli 2011 Kenntnis von der Verfügung erhalten, ist er im Übrigen darauf zu verweisen, dass er bereits am 21. Juni 2011 bei der Vorinstanz Akteneinsicht bezüglich der im Bundesblatt eröffneten Verfügung vom 22. August 2005 beantragt hatte (act. 1.3). Demnach hatte er spätestens am 21. Juni 2011 Kenntnis von der in Frage stehenden publizierten Verfügung. Die Tatsache, dass ihm erst ab dem 1. Juli 2011 die Begründung der Verfügung bekannt war, hat keinen Einfluss auf den Fristenlauf (vgl. F. Uhlmann/A. Schwank, a.a.O., Rz. 8). Somit erweist sich die Beschwerdeerhebung am 1. September 2011 - unter Berücksichtigung von 30 Tagen Beschwerdefrist zuzüglich der Gerichtsferien seit Kenntnisnahme (Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Art. 22a Abs. 1 Bst. b VwVG) - auch aus dieser Optik als verspätet.

#### **E. 6**

Der Beschwerdeführer stellt den Eventualantrag, die Beschwerdefrist sei wiederherzustellen (act. 1 S. 10 f.) und macht sinngemäss geltend, er sei unverschuldet an der rechtzeitigen Beschwerdeführung gehindert worden, da er keinen Anlass gehabt habe, von der am 30. August 2005 publizierten Verfügung Kenntnis zu nehmen.

##### **E. 6.1**

Ist der 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 Abs. 1 VwVG).

##### **E. 6.2**

Wie bereits oben dargelegt wurde (E. 5.6), hatte der Beschwerdeführer spätestens am 21. Juni 2011 Kenntnis von der im Bundesblatt publizierten Verfügung und ist das Hindernis im Sinne von Art. 24 Abs. 1 VwVG weggefallen. Da er sein Wiederherstellungsgesuch erst am 1. September 2011 gestellt hat, hat er die 30-Tagesfrist gemäss Art. 24 Abs. 1 VwVG - unter Berücksichtigung der Gerichtsferien - verpasst. Andere Hinderungsgründe, wonach der Beschwerdeführer oder sein Vertreter nach dem 21. Juni 2011 unverschuldeterweise davon abgehalten worden wären, binnen Frist zu handeln, werden nicht geltend gemacht und sind aus den Akten nicht ersichtlich. Daher ist der Eventualantrag des Beschwerdeführers, die Beschwerdefrist sei wiederherzustellen, abzuweisen.

#### **E. 7**

Da sich die Beschwerde, da verspätet eingereicht, als offensichtlich unzulässig erweist, und auch keine Gründe für eine Wiederherstellung der Beschwerdefrist vorliegen, ist auf die Beschwerde im einzelrichterlichen Verfahren gemäss Art. 23 VGG Abs. 1 Bst. b VGG nicht einzutreten.

#### **E. 8**

Es bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung zu befinden.

### **E. 8.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem unterliegenden Beschwerdeführer die Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG), welche vorliegend nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache auf Fr. 2'000.- festzusetzen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- zu verrechnen sind.

### **E. 8.2**

Der obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Als Bundesbehörde hat das Institut keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE], SR 173.320.2), weshalb keine Parteientschädigung auszurichten ist. Der unterliegende Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

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