Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-65/2012

Urteil vom 11. April 2012

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richterin Maria Amgwerd, Richter Claude Morvant,
Gerichtsschreiberin Laura Melusine Baudenbacher.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Andrea Lenzin, avvocato,
Studio Legale e Notarile, Via Domenico Fontana 14,
Casella postale 845, 6902 Lugano 2 Paradiso Caselle,
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Monbijoustrasse 43, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verfügung der WEKO vom 31. Oktober 2011 im Untersuchungsverfahren 22-0377 betreffend ASCOPA wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 des Kartellgesetzes.

Sachverhalt:

A.

A.a Aufgrund einer Bonusmeldung eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) am 1. Oktober 2008 eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) gegen die *Association des fabricants, importateurs et fournisseurs de produits de cosmétique et de parfumerie* (im Folgenden: ASCOPA-Verband) sowie dessen Mitglieder – zu denen auch die A. _____ gehört – wegen möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (Untersuchungsverfahren 22-0377).

A.b Das Sekretariat überprüfte im Rahmen der Untersuchung insbesondere, ob der ASCOPA-Verband bzw. dessen Mitglieder den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt hatten durch Austausch über diverse Angaben, darunter auch Preisinformationen. Am 27. Mai 2010 stellte es den betroffenen Unternehmen einen Entwurf des Verfügungsantrags zur schriftlichen Stellungnahme zu. Mit diesem ersten Antrag wurde seitens des Sekretariats eine Sanktionierung der beteiligten Verbandsmitglieder im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ins Auge gefasst.

A.c Im Anschluss an die Auswertung der eingegangen Stellungnahmen nahm das Sekretariat abermals Untersuchungshandlungen vor, gestützt auf welche es am 20. Mai 2011 allen Parteien einen überarbeiteten Antrag zur erneuten Stellungnahme zustellte. In ihrer endgültigen Verfügung vom 31. Oktober 2011 hielt die Wettbewerbskommission (WEKO) fest, dass die Abreden bezüglich Austausch von Bruttopreislisten, Umsatzangaben, Bruttowerbeausgaben und die Abrede über die Angleichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen einem Grossteil der Verfügungsadressatinnen unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellten, die nicht mehr eingehalten werden dürften. Zudem hielt die Vorinstanz fest, dass Zuwiderhandlungen gegen die Verfügung mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt würden. Gegen den ASCOPA-Verband selbst sowie gegen vier seiner Mitglieder wurde das Verfahren eingestellt. Den übrigen Verfügungsadressatinnen wurden die verbleibenden Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 584'414.- zu gleichen Teilen, das heisst pro Unternehmung Fr. 21'645.-, unter solidarischer Haftung auferlegt.

B.

Gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Vorinstanz) vom 31. Oktober 2011 erhob die A. _____ (hiernach: Beschwerde-

führerin) mit Eingabe vom 30. Dezember 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte namentlich die Aufhebung der angefochtenen Verfügung hinsichtlich der Feststellung des Vorliegens einer unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 KG und der Androhung von Sanktionen bei Nichteinhalten der Verfügung. Darüber hinaus stellte die Beschwerdeführerin unter anderem subeventualiter den Antrag auf Aufhebung der Ziffer 5 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung, mit welcher den Verfügungsadressatinnen die Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 584'414.- zu gleichen Teilen, das heisst pro Unternehmung Fr. 21'645.-, unter solidarischer Haftung auferlegt wurden, sowie deren Änderung dahingehend, dass der Beschwerdeführerin Verfahrenskosten von nicht mehr als Fr. 707.- aufzuerlegen seien und sie von der solidarischen Haftung für die verbleibenden Verfahrenskosten zu befreien sei.

C.
Das Bundesverwaltungsgericht forderte die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 10. Januar 2012 auf, einen Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- bis zum 31. Januar 2012 zu leisten. In diesem Zusammenhang wies es darauf hin, dass bei Nichtbezahlung auf die Beschwerde unter Kostenfolge nicht eingetreten werde. Die Vorinstanz wurde ersucht, bis zum 10. Februar 2012 eine Vernehmlassung unter Beilage der gesamten Akten einzureichen.

D.
Mit Faxeingabe vom 11. Januar 2012 bat die Vorinstanz um Mitteilung der Information, ob gegen ihre Verfügung vom 31. Oktober 2011 in der Untersuchung 22-0377 noch weitere Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht eingegangen seien. Nach telefonischer Rücksprache mit der Beschwerdeführerin sowie mit der B. _____ GmbH, welche gegen die genannte Verfügung mit Eingabe vom 6. Januar 2012 ebenfalls Beschwerde erhoben hat, teilte der Instruktionsrichter am 12. Januar 2012 der Vorinstanz das Eingangsdatum der beiden Beschwerden sowie die Identität der Beschwerdeführerinnen und deren Rechtsvertreter mit.

E.
Am 20. Januar 2012 ersuchte die Vorinstanz um Erstreckung der Frist zur Einreichung einer Vernehmlassung bis zum 1. März 2012, da die Beschwerden dieselbe Verfügung betreffen würden und sie die Stellungnahmen deshalb gleichzeitig behandeln wolle. Diesem Antrag wurde entsprochen und die Frist bis zum 1. März 2012 erstreckt.

F.
Da bis zum Ablauf der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses am 31. Januar 2012 keine Zahlung beim Bundesverwaltungsgericht eintraf, nahm der Instruktionsrichter am 6. Februar 2012 telefonischen Kontakt mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin auf, welcher den Sachverhalt dahingehend bestätigte, dass prima facie nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Finanzdienst des Bundesverwaltungsgerichts fälschlicherweise keinen rechtzeitigen Eingang des Kostenvorschusses festgestellt habe. Daraufhin wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 6. Februar 2012 das rechtliche Gehör zur in der Verfügung vom 10. Januar 2012 angedrohten Nichteintretensfolge aufgrund verspäteter Leistung des Kostenvorschusses gewährt.

G.
Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin erklärte in seiner Stellungnahme vom 9. Februar 2012, die bei ihm am 11. Januar 2012 eingegangene Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Januar 2012 sei am Folgetag, also am 12. Januar 2012, an den mit der Bearbeitung des vorliegenden Falles beauftragten Treuhänder per Einschreiben versandt worden mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die möglichen Säumnisfolgen. Die Abholungseinladung für den am 12. Januar 2012 um 16:29 Uhr in Maroggia der Post übergebenen Brief sei der Adressatin indessen erst am 2. Februar 2012 zugestellt worden. Gleichentags sei denn auch die Einzahlung des Kostenvorschusses am Postschalter vorgenommen worden. Da die Beschwerdeführerin unverschuldeterweise an der rechtzeitigen Leistung des Kostenvorschusses abgehalten worden sei, stelle sie den Antrag auf Wiederherstellung der Frist.

H.
Mit Verfügung vom 10. Februar 2012 wurde der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt zum Track&Trace-Protokoll Nr. 98.40.187607.00025245, welches eine gültige Zustellung der Verfügung vom 10. Januar 2012 betreffend den Kostenvorschuss am 13. Januar 2012 nahelegte.

I.
Die Beschwerdeführerin erklärte in ihrer Eingabe vom 13. Februar 2012, dass das Einschreiben mit der Track&Trace-Protokoll Nr. 98.40.187607. 00025245 nicht die Verfügung vom 10. Januar 2012 betreffend den Kostenvorschuss enthalten habe, sondern eine Kopie des Einschreibens des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Januar 2012 an die Vorinstanz. Den in ihrer Stellungnahme vom 9. Februar 2012 dargestellten Sachverhalt

bestätigte sie vollumfänglich. Ergänzend reichte die Beschwerdeführerin eine schriftliche Erklärung ein, in welchem die Treuhandfirma C. _____ SA als Zustellungsadresse und seitens der Beschwerdeführerin beauftragte Hilfsperson für das vorliegende Verfahren bestätigt wird.

J.
Mit Verfügung vom 14. Februar 2012 stellte der Instruktionsrichter entsprechend den Ausführungen der Beschwerdeführerin fest, dass für das der Treuhandfirma seitens des Rechtsvertreters zugestellte Schreiben vom 12. Januar 2012 das Track&Trace-Protokoll Nr. 98.00.681700. 01900490 einschlägig sei. Daraus ist ersichtlich, dass dieses Einschreiben am 2. Februar 2012 avisiert und zugestellt worden ist. Zudem wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, sich bis zum 17. Februar 2012 zur Frage zu äussern, ob gestützt auf die anwaltliche Sorgfaltspflicht der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin die Pflicht gehabt hätte vor Ablauf der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses bei seiner Klientin nachzufragen, ob dieser geleistet worden sei bzw. diesen vor Ablauf der Frist selbst vorzuschiessen.

K.
Mit Eingabe vom 17. Februar 2012 hielt die Beschwerdeführerin am Antrag auf Wiederherstellung der Frist zur Leistung der Kostenvorschusses fest. Sie machte insbesondere geltend, dass die Verfügung vom 10. Januar 2012 mit dem "gesetzlich verankerten", "rechtsgültigen Zustellungsmedium" – der Schweizerischen Post – verschickt worden sei. Es sei erwiesen, dass ihr Rechtsvertreter die Verfügung betreffend Kostenvorschuss sofort eingeschrieben an die zuständige Treuhandfirma weitergeleitet habe. Die korrekte Inanspruchnahme der Zustellungsdienste der Post, so wie sie hier erwiesen sei, dürfe nicht als sorgfaltswidrig qualifiziert werden; der Fehler der Post dürfe nicht leichthin auf sie abgewälzt werden.

L.
Das Bundesverwaltungsgericht beschränkte das Beschwerdeverfahren mit Verfügung vom 20. Februar 2012 einstweilen auf die Frage der Wiederherstellung i.S.v. Art. 24 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) resp. auf die Prüfung der Eintretensvoraussetzung gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG. Angesichts dessen wurde der Vorinstanz die Frist zur Einreichung der Vernehmlassung mit Verfügung vom 28. Februar 2012 abgenommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (BVGE 2007/6 E. 1 mit weiteren Hinweisen).

1.2 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (vgl. BGE 135 II 38 E. 4.3 mit weiteren Hinweisen). Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 31. Oktober 2011 im Untersuchungsverfahren 22-0377 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Die Wettbewerbskommission ist eine Vorinstanz gemäss Art. 33 lit. f VGG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG. Eine Ausnahme i.S.v. Art. 32 VGG ist nicht gegeben. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz für die Behandlung der Beschwerde vom 30. Dezember 2011 zuständig.

1.3 Auf kartellgesetzliche Verfahren sind gemäss Art. 39 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht abweichende Regelungen enthält.

1.4 In casu ist das Verfahren angesichts des Wiederherstellungsgesuchs vom 9. Februar 2012 mit Verfügung vom 20. Februar 2012 auf die Frage der Wiederherstellung im Sinne von Art. 24 Abs. 1 VwVG resp. auf die Prüfung der Eintretensvoraussetzung gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG beschränkt worden. Zuständig für die Behandlung des Wiederherstellungsbegehrens ist jene Instanz, welche bei Gewährung der Wiederherstellung über die nachgeholte Parteihandlung bzw. Rechtsvorkehr entscheiden muss (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5142/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 1; STEFAN VOGEL, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverwahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008 [hiernach: Kommentar VwVG], Art. 24 N. 19). In casu ist dies das Bundesverwaltungsgericht.

2.

2.1 Nach Art. 24 Abs. 1 VwVG ist eine Frist wiederherzustellen, wenn der Gesuchsteller oder sein Vertreter unverschuldeterweise von der Einhaltung der Frist abgehalten worden ist (materielle Voraussetzung) und er binnen 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses unter Angabe des Grundes für das Versäumnis um Wiederherstellung ersucht sowie die versäumte Rechtshandlung nachholt (formelle Voraussetzungen; siehe VOGEL, Kommentar VwVG, Art. 24 N. 6 und 18).

2.2 In casu lief die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses am 31. Januar 2012 ab. Das Wiederherstellungsgesuch wurde von der Beschwerdeführerin am 9. Februar 2012, also innerhalb der von Art. 24 Abs. 1 VwVG geforderten 30-tägigen Frist, beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht. Es enthält eine Begründung sowie verschiedene Beilagen, welche die entschuldigenden Gründe nachweisen sollen. Zudem wurde die Einzahlung des Kostenvorschusses am 2. Februar 2012 – also ebenfalls innert Frist – nachgeholt. Die formellen Voraussetzungen für eine Wiederherstellung im Sinne von Art. 24 Abs. 1 VwVG sind gegeben; auf das Gesuch ist daher einzutreten.

3.

In materieller Hinsicht verlangt Art. 24 Abs. 1 VwVG, dass die fristgebundene Handlung unverschuldeterweise nicht rechtzeitig vorgenommen wurde. Bei der Beurteilung dieser Frage wird dem Gericht ein gewisser Ermessenspielraum eingeräumt. Grundsätzlich für eine strenge Praxis betreffend die Wiederherstellung von Fristen sprechen das Rechtssicherheitsinteresse, die Verfahrensdisziplin sowie das Interesse an einem geordneten Verfahrensgang (vgl. URSINA BEERLI-BONORAND, Die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone, Zürich 1985, S. 227; VOGEL, Kommentar VwVG, Art. 24 N. 9; siehe auch KATHRIN AMSTUTZ/PETER ARNOLD, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2011 [hiernach: Kommentar BGG], Art. 50 N. 7). Auf Wiederherstellung der Frist ist nur zu erkennen, wenn die Säumnis auf ein unverschuldetes Hindernis, also auf die objektive oder subjektive Unmöglichkeit, rechtzeitig zu handeln, zurückzuführen ist. Waren die gesuchstellende Person respektive ihre Vertretung wegen eines von ihrem Willen unabhängigen Umstands verhindert, zeitgerecht zu handeln, liegt objektive Unmöglichkeit vor. Subjektive Unmöglichkeit wird angenommen, wenn zwar die Vornahme einer Handlung objektiv betrachtet möglich gewesen wäre, die betroffene Person aber durch besondere Umstände, die sie nicht zu verantworten hat, am Handeln gehindert wor-

den ist. Vorausgesetz ist demnach fehlendes Verschulden (VOGEL, Kommentar VwVG, Art. 24 N. 6 und 18). Die Wiederherstellung gemäss Art. 50 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) ist nach der bundesgerichtlichen Praxis nur bei klarer Schuldlosigkeit zu gewähren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_294/2010 vom 28. Oktober 2010 E. 3 mit weiteren Hinweisen; vgl. zum Ganzen CHRISTINA KISS, in: René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 2. Auflage, Basel 2010, S. 482 Rz. 1833). Der Anspruch auf Wiederherstellung entspricht insoweit einem allgemeinen Rechtsgrundsatz (MARTIN RÖHL, in: Alfred Kölz/Jürg Bosshard/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999 [hiernach: Kommentar VRG], § 12 N. 10 mit Hinweisen) und ist Ausfluss des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; VOGEL, Kommentar VwVG, Art. 24 N. 2). Soweit demgegenüber nach einzelnen Prozessordnungen auch leichte Fahrlässigkeit der Wiederherstellung nicht entgegen steht, geht die Gewährung derselben insoweit über das verfassungsrechtliche Minimum hinaus (RÖHL, Kommentar VRG, § 12 N. 13 e contrario). Dies gilt auch für das Ansetzen einer Nachfrist im Sinne von Art. 63 Abs. 2 BGG (Urteil 2C_911/2010 vom 7. April 2011 E. 4). Eine solche sieht Art. 63 Abs. 4 VwVG nicht vor (BEUSCH, Kommentar VwVG, Art. 63 N. 26).

3.1 In casu hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin die Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Januar 2012 betreffend die Leistung des Kostenvorschusses unbestrittenermassen per Einschreiben am 12. Januar 2012 an den mit der Bearbeitung des vorliegenden Falles beauftragten Treuhänder versandt. Die Abholungseinladung wurde der Adressatin am 2. Februar 2012 – also 2 Tage nach Ablauf der Frist zur Leistung des Vorschusses – avisiert und zugestellt. Ob die Säumnis in einem solchen Fall auf objektive oder subjektive Unmöglichkeit zurückzuführen ist, kann dahingestellt bleiben. Im Folgenden zu prüfen ist jedenfalls, ob der Beschwerdeführerin bzw. ihrem Rechtsvertreter Nachlässigkeit vorgeworden werden kann (vgl. E. 3.1 hiervor).

4.

4.1 Mit Stellungnahme vom 9. Februar 2012 erklärte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, gemäss den offiziellen Angaben und Gewährleistungen der Schweizerischen Post habe davon ausgegangen werden dürfen, dass der Zustellungsadressat den eingeschriebenen Brief "am nächsten Werktag nach der Sendungsaufgabe", im vorliegenden Fall also

am 13. Januar 2012, erhalten hätte. Damit wären noch 18 Tage zur Leistung des Kostenvorschusses zur Verfügung gestanden. Die um 20 Tage verspätete Zustellung durch die Post sei weder zumutbar noch vorhersehbar gewesen. Auch könne der Beschwerdeführerin bzw. ihrem Rechtsvertreter nicht vorgeworfen werden, sich zur Zustellung des Briefes der Schweizerischen Post bedient zu haben. Der eingeplante Zustellungszeitraum von 18 Tagen sei aus objektiver Sicht mehr als ausreichend gewesen, um noch vernünftigen und verzeihbaren Zustellungsverspätungen gebührend Rechnung zu tragen. Die Leistung des Kostenvorschusses sei am Zustellungstag vorgenommen worden. Die Beschwerdeführerin habe somit alles unternommen, was von ihr unter den gegebenen, ausschliesslich dem Postdienst zuzuordnenden Umständen habe zugemutet werden dürfen.

4.2 Zur Frage der anwaltlichen Sorgfaltspflicht hinsichtlich der Leistung des Kostenvorschusses führte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in seinem Schreiben vom 17. Februar 2012 aus, die Sorgfaltspflicht habe sich danach zu richten, was unter den konkreten Umständen vom Anwalt habe erwartet werden dürfen und müssen. In casu sei die verspätete Einzahlung des Kostenvorschusses beispielweise weder auf die unterbliebene, vorzeitige Nachprüfung einer längeren Abwesenheit des Zustellungsadressaten noch auf Nachlässigkeit bei der Nachsendung der Verfügung an den Klienten zurückzuführen. Die Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Januar 2012 sei unverzüglich nach Erhalt und unter Beibehaltung derselben Sendungsart (Einschreiben) an den Klienten weitergeleitet worden. Dieser sei ausdrücklich auf die möglichen Säumnisfolgen aufmerksam gemacht worden und es sei ihm empfohlen worden, die Zahlung per Postschalter statt Banküberweisung vorzunehmen. Schliesslich seien 18 Tage auch genügend Zeit um sicherzustellen, dass der Brief nach allfälliger, unbenutzter Abholfrist noch rechtzeitig retourniert worden wäre, um notfalls eine Bevorschussung des Betrages durch den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zu ermöglichen. Diese Vorkehrungen seien durch eine gravierende, nachgewiesene Verletzung der vertraglichen Pflichten durch die Schweizerische Post vereitelt worden. Solange die Post als rechtsgültiges Zustellungsmedium gesetzlich verankert sei, könne und dürfe die korrekte Inanspruchnahme ihrer Zustellungsdienste durch Anwälte und Gerichte, so wie sie vorliegend erwiesen sei, nicht als sorgfaltswidrig qualifiziert werden. Dies müsse aber auch bedeuten, dass die Verantwortung für allfällige, nachgewiesene Fehler und Nachlässigkeiten der Schweizerischen Post nicht leichthin auf Gerichtsbehörden, Parteien und Rechtsvertreter abgewälzt werden dürfe.

4.3 Im vorliegenden Fall ist nach dem Gesagten zu prüfen, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin bzw. ihres Rechtsvertreters als nachlässig zu qualifizieren ist, wobei - wie oben festgehalten - bereits leichte Fahrlässigkeit der beschwerdeführerischen Seite eine Wiederherstellung der Frist ausschliesst (vgl. E. 3.1 hiervor; AMSTUTZ/ARNOLD, in: Kommentar BGG, Art. 50 N. 7; vgl. zum Ganzen auch ATTILIO GADOLA, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 101 mit Hinweisen).

4.3.1 Es ist dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zunächst insofern zuzustimmen, als er geltend macht, die Kostenvorschussverfügung rechtzeitig an den mit der Zahlung beauftragten Treuhänder weitergeleitet zu haben. Auch ist aus dem Track&Trace-Protokoll Nr. 98.00.681700. 01900490 ersichtlich, dass die in Frage stehende Verfügung per Einschreiben weitergeleitet worden und durch die Post erst nach 21 Tagen und damit nach Ablauf der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses zugestellt worden ist. Die unerwartet späte Zustellung des Einschreibens führt indessen entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin nicht zum zwingenden Schluss, dass deren Rechtsvertreter im Rahmen der anwaltlichen Sorgfaltspflicht alles unternommen hat, was unter den konkreten Umständen von ihm erwartet werden durfte. Darauf ist im Folgenden mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung näher einzugehen.

Für die Beschwerdeführerin spricht prima facie BGE 106 II 173, wonach ein Verschulden eines Anwalts im Sinne von Art. 35 Abs. 1 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 (OG, BS 3 521) vorliegt, wenn dieser ein Urteil zum Nachteil seines Klienten mit gewöhnlicher Post an diesen weiterleitet und sich vor Ablauf der Berufungsfrist nicht durch Rückfrage vergewissert, ob der Klient vom Urteil Kenntnis genommen hat und dieses anfechten will. Der Rechtsvertreter hatte behauptet, es sei nicht üblich, mit der Klientschaft per Einschreiben zu verkehren. Dazu wiederum hat das Bundesgericht festgehalten, ein Anwalt könne das Versäumen von Fristen dadurch verhindern, dass er entweder Mitteilungen über laufende Fristen eingeschrieben zustellen lasse oder sich rechtzeitig durch Rückfrage beim Klienten nach dem weiteren Vorgehen erkundige (BGE 106 II 173 S. 174 f.). Mit Urteil P 1457/80 vom 29. Januar 1981 ist BGE 106 II 173 bestätigt worden. Diese Rechtsprechung sei auch auf Rechtsvertreter anwendbar, welche eine Kostenvorschussverfügung erhalten. Das Bundesgericht hat allerdings den unbestrittenen Sachverhalt, wonach die Sekretärin des Rechtsvertreters den Brief in den Briefkasten des Adressaten gelegt hatte, nicht mit der Zustellung eines Einschreibens gleichgestellt, sondern vielmehr dem Rechtsvertreter auch

hier vorgeworfen, er habe es unterlassen zu prüfen, ob seine Mitteilung betreffend die gerichtliche Kostenvorschussverfügung den Empfänger erreicht habe (Urteil P 1457/80 vom 29. Januar 1981 E. 2). Auf den vorliegenden Fall angewendet könnte zumindest BGE 106 II 173 e contrario den Schluss nahe legen, dass den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin kein Verschulden trifft, weil er die Kostenvorschussverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Februar 2012 per Einschreiben an den zuständigen Treuhänder weitergeleitet hat. Wobei mit BGE 107 Ia 168 E. 2b präzisiert worden ist, dass das Begleitschreiben entsprechende Anweisungen enthalten muss, was vorliegend erfüllt ist. Der Rechtsvertreter hat ausdrücklich Leistung der Zahlung an das Gericht verlangt und auf die Säumnisfolgen hingewiesen.

4.3.2 Klarerweise zulasten der säumigen Partei gehen Fehler, welche sich in ihrer Sphäre ereignen. So hat etwa das Bundesgericht hinsichtlich eines Anwaltes entschieden, der die Kostenvorschussverfügung an seinen Klienten weitergeleitet hatte, welcher aufgrund Ferienabwesenheit die Zahlung nicht rechtzeitig leistete. Es sei auch hier Aufgabe des Rechtsvertreters gewesen, sich zu vergewissern, dass die Kostenvorschussverfügung bei seinem Klienten eingegangen sei und dieser die Zahlung geleistet habe (BGE 110 Ib 94 E. 2 in fine). Demgegenüber kann ein Fehler der Post ein unverschuldetes Hindernis sein. So ist eine Fehlleitung einer Zahlung, welche letzten Endes einem Fehler der Post zuzuschreiben ist, unabhängig vom Verhalten der ebenfalls involvierten Bank und der Frage, inwieweit diese der Sphäre des Säumigen zuzurechnen ist, ein unverschuldetes Hindernis (BGE 104 II 61 E. 2 in fine). Auch aus dieser Rechtsprechung könnte man – unter der Annahme, die verspätete Zustellung des Einschreibens sei ein Fehler – allenfalls zum Schluss gelangen, die Beschwerdeführerin treffe kein Verschulden.

4.3.3 In seiner neueren Rechtsprechung scheint das Bundesgericht aber die Anforderungen an das Fehlen jeglichen Verschuldens zunehmend zu verschärfen. Mit Urteil 5C.36/2005 vom 7. März 2005 hatte der später säumige Kläger auf Vorlage von zwei Abholeinladungen von der Post nur einen Brief erhalten. Das Einschreiben mit der Kostenvorschussverfügung wurde ihm versehentlich nicht ausgehändigt. Der Kläger hatte keinen Wohnsitz in der Schweiz, hielt sich aber laut eigenen Angaben jedes Wochenende im Land auf. An dem Wochenende, an dem die Frist zur Abholung des Einschreibens ablief, konnte er aufgrund einer Erkrankung nicht in die Schweiz reisen. Als er seinen Briefkasten in der Schweiz eine Woche später leerte, fand er die Abholeinladung für die Kostenvorschussverfügung des Bundesgerichts. Zu diesem Zeitpunkt war die Frist

zur Leistung des Vorschusses abgelaufen. Das Bundesgericht stellte zwar einen Fehler der Post fest, sah aber zugleich ein die Wiederherstellung ausschliessendes Verschulden des Klägers darin, dass dieser trotz Vorlage von zwei Abholeinladungen bei der Post nach Aushändigung nur eines Briefes nicht nachgefragt hatte (Urteil 5C.36/2005 vom 7. März 2005 E. 3). Als Rechtsanwalt habe der Kläger ausserdem mit der baldigen Zustellung der Kostenvorschussverfügung rechnen und entsprechende Vorkehren treffen müssen, z.B. eine Drittperson mit der Annahme seiner Sendungen beauftragen. Auch hätte ihn nichts davon abgehalten, selbst direkt telefonischen Kontakt mit der Kanzlei des Bundesgerichts aufzunehmen um nachzufragen, ob ihm ein Brief zugesandt worden sei. Hätte er dies getan, wäre es ihm möglich gewesen, rechtzeitig eine Fristverlängerung respektive die Einräumung einer neuen Zahlungsfrist zu verlangen. Die Wiederherstellung der Frist wurde in der Folge abgelehnt.

4.3.4 Ganz im Sinne des Urteils 5C.36/2005 vom 7. März 2005 ist auch der Entscheid 2C_911/2010 vom 7. April 2011 zu verstehen. Sachverhaltlich wird hier lediglich ausgeführt, der Mandant habe das Schreiben seines Anwalts betreffend die Kostenvorschussverfügung des Kantonsgerichts des Kantons Waadt nicht erhalten. Das Bundesgericht trifft keinerlei Feststellung zur Zustellart, sondern hält lediglich fest, dieser Umstand begründe keinen Anspruch auf Wiederherstellung der Frist. Entsprechend wird die Beurteilung des vorinstanzlichen Instruktionsrichters, wonach den Rechtsvertreter ein Verschulden treffe, nicht beanstandet. Dem Anwalt wird seitens des Kantonsgerichts vorgeworfen, er habe es unterlassen zu prüfen ("vérifier"), ob seine Klientschaft den Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet habe, um gegebenenfalls eine Fristerstreckung zu verlangen. Das Bundesgericht weist alle gegen diese Beurteilung gerichteten Rügen zurück und führt aus, es obliege dem Anwalt sich zu versichern, dass die an seinen Klienten gerichtete Mitteilung diesen auch erreicht habe. Dabei stehe es ihm frei, ob er das telefonisch oder in elektronischer Form tue oder seine Klientschaft auffordere, den Empfang zu bestätigen. Ausserdem stehe es ihm frei, den eigenen Kostenvorschuss so zu bemessen, dass er den gerichtlichen Kostenvorschuss vorschiessen könne. Ein Rechtsvertreter, der – angesichts der fundamentalen Bedeutung einer Frist zu Leistung des Kostenvorschusses – keine derartigen Vorsichtsmassnahmen treffe, handle fahrlässig (Urteil 2C_911/2010 vom 7. April 2011 E. 3 mit Hinweisen). Damit wird BGE 106 II 173 im Ergebnis dahingehend präzisiert, dass der Verkehr mit der Klientschaft per Einschreiben allein nicht genügt, damit die Sorgfaltspflicht des Anwalts gewahrt ist.

4.3.5 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass sich der Rechtsvertreter jedenfalls nach der neueren Rechtsprechung nicht mit dem Hinweis exkulpieren kann, er habe die gerichtliche Kostenvorschussverfügung seiner Klientschaft per Einschreiben zugestellt. Vielmehr wäre er gehalten gewesen, sich entweder den Erhalt seines Schreibens bestätigen zu lassen, eine Rückfrage zu tätigen, ob das Schreiben seinen Empfänger erreicht habe, vor Ablauf der Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses nachzufragen, ob dieser geleistet worden sei, oder vorsichtshalber ein Fristerstreckungsgesuch zu stellen oder den Kostenvorschuss selbst vorzuschiessen. Ein Rechtsvertreter, der zu keiner dieser Vorsichtsmassnahmen greift, kann nicht geltend machen, er oder seine Klientschaft sei im Sinne von Art. 24 Abs. 1 VwVG unverschuldeterweise vom fristgerechten Handeln abgehalten worden. Daran ändert auch die späte Zustellung des Einschreibens durch die Post nichts (vgl. E. 4.3.3 hiervor). Im Übrigen ersetzt die Post gemäss Ziffer 3.1.3.b. ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen "Postdienstleistungen" vom April 2011 bei Verspätung von Briefen mit Zustellnachweis ausschliesslich den Transportpreis (siehe http://www.post.ch/post-startseite/post-agb/post-agb-postdienstleistungen-2011.pdf; zuletzt besucht am 11. April 2012). Eine Zustellung innert einer bestimmten Frist wird nicht garantiert. Somit ist das Wiederherstellungsgesuch der Beschwerdeführerin vom 9. Februar 2012 abzuweisen und auf die Beschwerde, wie mit Verfügung vom 10. Januar 2012 angedroht, gestützt auf Art. 23 i.V.m. Art. 63 Abs. 4 VwVG nicht einzutreten.

5.

5.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten.

5.2 Vorliegend sind die Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 1'000.- der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und mit dem verspätet geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 5'000.- zu verrechnen.

5.3 Eine Parteientschädigung wird bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Wiederherstellungsgesuch der Beschwerdeführerin vom 9. Februar 2012 wird abgewiesen.

2.
Auf die Beschwerde vom 30. Dezember 2011 wird nicht eingetreten.

3.
Die Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 1'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.
Der verspätet geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- wird mit der Spruchgebühr verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 4'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

5.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

6.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, Beilage: Rückerstattungsformular)
– die Vorinstanz (Ref-Nr._____; Gerichtsurkunde)
– das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Marc Steiner	Laura Melusine Baudenbacher

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 11. April 2012