Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-6713/2007
flr/hia
{T 0/2}

Urteil vom 18. Juli 2008

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz), Richter Frank Seethaler,
Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

A._____,
vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Hans Ludwig Müller,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Bankenkommission (EBK),
Vorinstanz.

Gegenstand

unerlaubter
Effektenhandel/Konkurseröffnung/Werbeverbot.

Sachverhalt:

A.
Die eidgenössische Bankenkommission (Vorinstanz) wurde darauf aufmerksam, dass die X._____AG mit Sitz in K._____ mit eigenen Aktien sowie mit Aktien der R._____ mit Sitz in S._____ handelt. Es bestand der Verdacht, dass die X._____AG bewilligungspflichtigen Effektenhandel betreibt, indem sie eigene Aktien verkauft, mit den Käufern gleichzeitig vereinbart, die verkauften Aktien in Aktien der R._____ umzutauschen und die Aktien sodann zumindest vorübergehend bei sich aufbewahrt.

B.
Mit superprovisorischer Verfügung vom 2. Juli 2007 setzte die Vorinstanz die T._____AG als Untersuchungsbeauftragte ein und beauftragte diese, einen umfassenden Bericht zu verfassen über die Geschäftsaktivitäten der X._____AG. Die Untersuchungsbeauftragte wurde ermächtigt, für die X._____AG zu handeln und über deren Vermögenswerte zu verfügen. Den Organen der X._____AG wurde gleichzeitig untersagt, ohne Zustimmung der Untersuchungsbeauftragten weitere Rechtshandlungen für die Gesellschaft zu tätigen. Sämtliche Kontoverbindungen und Depots lautend auf die X._____AG wurden gesperrt. Die X._____AG wurde eingeladen, bis zum 12. Juli 2007 dazu Stellung zu nehmen.

C.
Im Rahmen der laufenden Untersuchung wurde die Vorinstanz auf die Y._____AG mit Sitz in L._____ und die Z._____AG mit Sitz in M._____ aufmerksam. Es bestand der Verdacht, dass X._____AG, Y._____AG und Z._____AG eine Gruppe bilden.

D.
Mit superprovisorischer Verfügung vom 5. Juli 2007 setzte die Vorinstanz ebenfalls die R._____AG als Untersuchungsbeauftragte ein. Verlangt wurde eine umfassende Bestandesaufnahme der ausgeübten Geschäftsaktivitäten. Die Untersuchungsbeauftragte wurde ermächtigt, für die Y._____AG und die Z._____AG zu handeln und über deren Vermögenswerte zu verfügen. Den Organen der Y._____AG und der Z._____AG wurde gleichzeitig untersagt, ohne Zustimmung der Untersuchungsbeauftragten weitere Rechtshandlungen für die Gesellschaft zu tätigen. Sämtliche Kontoverbindungen und Depots lautend

auf Y._____AG und Z._____AG wurden gesperrt. Die Y._____AG und die Z._____AG wurden eingeladen, bis zum 23. Juli 2007 dazu Stellung zu nehmen.

E.

In ihrem Bericht vom 9. August 2007 hielt die Untersuchungsbeauftragte zusammengefasst fest, dass zwischen den zu untersuchenden Gesellschaften ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang bestehe, namentlich bezüglich des Handels bzw. der Vermittlung, Anpreisung und Verwahrung von Aktien der X._____AG. Des Weiteren seien die Gesellschaften auch personell und organisatorisch eng miteinander verbunden. Es gelte als gesichert, dass X._____AG, Y._____AG und Z._____AG Aktien verkauft und dabei auch Kundengelder entgegengenommen hätten. Es bestehe ein Asset Purchase Agreement (APA) zwischen der X._____AG und der R._____, einer amerikanischen Mantelgesellschaft ohne nennenswerte Aktiva und ohne aktuelle operative Tätigkeit, demzufolge die R._____ die massgeblichen Vermögenswerte der X._____AG übernehme und dafür im Gegenzug den Aktionären der X._____AG einen Aktientausch im Verhältnis 1 X._____-Aktie zu 3.45 R._____-Aktien anbieten würde. Es stehe mit grosser Wahrscheinlichkeit fest, dass bereits von Anfang an, d.h. schon vor Gründung der X._____AG, die Absicht bestanden habe, in einem späteren Zeitpunkt die X._____-Aktien in Aktien einer anderen Gesellschaft umzutauschen. Seit Mai 2007 hätte die Y._____AG die R._____ und deren Aktien beworben. Es sei aktenkundig, dass den Mitarbeitern der Y._____AG für die Vermittlungstätigkeit Provisionen bis zu 10% des Kaufpreises in Aussicht gestellt worden seien. Die X._____AG mandatierte mehrere natürliche und juristische Personen für die Vermittlung und den allfälligen Verkauf von X._____-Aktien. Für die Untersuchungsbeauftragte stehe fest, dass die Exponenten der X._____AG, der Y._____AG und der Z._____AG bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt die Absicht hatten, X._____-Aktien zu verkaufen, um diese direkt im Anschluss oder später mit Aktien einer amerikanischen Gesellschaft zu tauschen. Es sei aktenkundig, dass insbesondere die Y._____AG Aktien der X._____AG vermarktete bzw. verkaufte, nachdem festgestanden habe, dass diese Aktien in Aktien der R._____ umgetauscht werden würden.

F.

Mit Schreiben vom 10. August 2007 stellte die Vorinstanz den Untersuchungsbericht der X._____AG, der Y._____AG und der

Z._____AG sowie B._____, A._____ und C._____ zu und lud sie zur Stellungnahme bis zum 20. August 2007 ein.

Mit Schreiben vom 22. August 2007 verzichtete der Rechtsvertreter von B._____ ausdrücklich auf eine Stellungnahme. C._____ hat mit Schreiben vom 17. August 2007 den Bericht gesamthaft bestritten. A._____ hat innert (verlängerter) Frist keine Stellung genommen.

G.
Mit Verfügung vom 29. August 2007 stellte die Vorinstanz fest, dass die X._____AG, die Y._____AG und die Z._____AG ohne Bewilligung gewerbsmässig eine Effektenhändlertätigkeit ausübten und damit gegen das Börsengesetz vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) verstiessen. Die Vorinstanz stellte weiter fest, dass die X._____AG überschuldet sei; die Y._____AG und die Z._____AG seien überschuldet und illiquid. Es könne kein Sanierungsverfahren eingeleitet werden, da das Ziel des Sanierungsverfahrens die Weiterführung der bewilligungspflichtigen Tätigkeit sei und der X._____AG, der Y._____AG und der Z._____AG aufgrund deren Überschuldung und Illiquidität keine nachträgliche Effektenhändlerbewilligung erteilt werden könne. Die Vorinstanz eröffnete über die X._____AG, die Y._____AG und die Z._____AG am Freitag, 31. August 2007, 8 Uhr, den Konkurs. Die Vorinstanz verfügte die sofortige Vollstreckbarkeit von Ziff. 1 – 8 des Dispositivs; bis zur Rechtskraft der Verfügung seien jedoch Verwertungshandlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen zu beschränken. Des Weiteren untersagte die Vorinstanz, unter Strafandrohung, A._____, B._____ und C._____ generell, selbst oder über Dritte eine bewilligungspflichtige Effektenhändlertätigkeit auszuüben oder für eine Effektenhändlertätigkeit zu werben.

H.
Gegen diese Verfügung erhob A._____ (Beschwerdeführer) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (datiert vom 3. Oktober 2007, Poststempel vom 4. Oktober 2007) und ergänzte sie mit Eingabe vom 8. Oktober 2007. Er beantragte, die angefochtene Verfügung sei ersatzlos aufzuheben. Insbesondere sei der Widerruf der Konkurseröffnung über X._____AG, Y._____AG und Z._____AG zu publizieren. Des Weiteren sei das Handelsregisteramt N._____ anzuweisen, den jeweiligen Zusatz "in Liquidation" zu löschen und die bis zum 31. August 2007 eingetragenen Vertretungsverhältnisse wiederherzustellen. Die von der Vorinstanz beschlagnahmten oder ge-

sperrten Gelder seien den berechtigten Gesellschaften herauszugeben bzw. freizugeben. Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem beantragte der Beschwerdeführer die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, insbesondere betreffend Ziff. 1 – 8 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Er habe keine Verfahrenskosten zu zahlen und verlange eine Prozessentschädigung. Des Weiteren bestreite er die Kosten der Untersuchungsbeauftragten, er wünsche eine detaillierte und nachvollziehbare Abrechnung.

Mit Ergänzung zur Beschwerdeschrift vom 8. Oktober 2007 verlangte der Beschwerdeführer eine öffentliche Parteiverhandlung gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) in Verbindung mit Art. 40 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32). Zur Beschwerdelegitimation sei anzufügen, dass der Beschwerdeführer am Verfahren vor Vorinstanz teilgenommen habe und da bei X._____AG, Y._____AG und Z._____AG gemäss Ausführungen der Vorinstanz eine wirtschaftliche Einheit vorliege, sei der Beschwerdeführer in allen verfügten Punkten legitimiert.

I.

Mit Vernehmlassung vom 25. Oktober 2007 beantragte die Vorinstanz, es sei der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu erteilen. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Eventualiter sei auf die Beschwerde bezüglich Ziff. 1 - 9 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung nicht einzutreten. Im Übrigen sei die Beschwerde abzuweisen, unter Kostenfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers. Die Vorinstanz begründet ihre Anträge damit, dass die Beschwerdefrist nicht eingehalten worden sei. Der Beschwerdeführer sei zur Beschwerde, soweit es die Gesellschaften betrifft, nicht legitimiert, da er über keine Organstellung verfüge. Mangels Legitimation könne auch nicht Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung verlangt werden. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz gemäss Art. 39 Bst. c i.V.m. Art. 55 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) die sofortige Vollstreckung einer Verfügung anordnen könne. Die Konkurseröffnung und die damit verbundenen Wirkungen bezwecken den Schutz der Gläubiger und deren Gleichbehandlung. Das rechtliche Gehör sei genügend gewahrt worden: Der Beschwerdeführer hätte sich sowohl zu den superprovi-

sorischen Verfügungen als auch zum Bericht der Untersuchungsbeauftragten äussern können.

J.
Mit Zwischenverfügung vom 26. November 2007 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab, soweit darauf eingetreten wurde.

K.
Mit Replik vom 20. Februar 2008 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest. Zur allfälligen Verspätung der Beschwerde führte er aus, dass das Vertretungsverhältnis gegenüber der Untersuchungsbeauftragten angezeigt worden sei. Diese hätte das Vertretungsverhältnis der Vorinstanz mitteilen müssen. Die Beschwerdefrist sei erst am 6. September 2007 ausgelöst worden, am Tag als der Vertreter des Beschwerdeführers die angefochtene Verfügung vom Beschwerdeführer erhalten habe. Somit sei die Beschwerdefrist gewahrt. Die Untersuchungsbeauftragte habe den Auftrag gehabt, die Geschäftsbeziehungen, die Auftrags- und Anstellungsverhältnisse der beteiligten Personen festzustellen. Dazu gehöre auch die Feststellung eines Auftragsverhältnisses zwischen einer beteiligten Person und deren Anwalt. Die Untersuchungsbeauftragte sei gemäss Art. 23^{quater} des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) verpflichtet gewesen, das Vertretungsverhältnis der Vorinstanz mitzuteilen. Ausserdem sei am 9. August 2007 durch die Weiterleitung einer E-Mail von der Untersuchungsbeauftragten an die Vorinstanz das Vertretungsverhältnis mitgeteilt worden. Darin, dass sich der Beschwerdeführer einmal direkt an die Vorinstanz gewendet habe (Fristerstreckungsgesuch vom 28. August 2007, act. A01 595), könne kein Widerruf des Vertretungsverhältnisses erblickt werden. Des Weiteren sei die Missachtung des Vertretungsverhältnisses durch die Vorinstanz kein Einzelfall. Beim Beteiligten B._____ sei ähnlich verfahren worden. Jedenfalls sei die Beschwerdefrist frühestens am 8. Oktober 2007 abgelaufen. Für den Fall, dass die Beschwerdefrist bereits am 3. Oktober 2007 abgelaufen sei, ersuchte der Beschwerdeführer, unter Hinweis auf die per Anfang Oktober 2007 geänderte Geschäftspraxis der Sihlpost in Zürich, um Wiederherstellung der Frist im Sinne von Art. 24 Abs. 1 VwVG und um Erstreckung um einen Tag.

L.
Mit Duplik vom 22. April 2008 hielt die Vorinstanz an ihren Anträgen fest. Der Vertreter des Beschwerdeführers habe das Vertretungsver-

hältnis erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz gegenüber zur Kenntnis gebracht. Vorher sei er stets selber gegenüber der Vorinstanz aufgetreten. Die Untersuchungsbeauftragte sei keine verfügende Behörde, sie sei lediglich mit der Abklärung des Sachverhalts beauftragt worden. In Kenntnis der superprovisorischen Verfügung hätte dem Beschwerdeführer und seinem Vertreter bekannt sein müssen, dass die Vorinstanz zuständige Behörde sei. Einer Behörde könne nicht auferlegt werden, möglicherweise gegenüber Dritten kommunizierte Vertretungsverhältnisse abzuklären. Der Beschwerdeführer habe sich zu den superprovisorischen Verfügungen innert Frist nicht geäussert. Die Zustellung des Untersuchungsberichts an den Beschwerdeführer selber sei korrekt gewesen. In der Folge hätte der Vertreter des Beschwerdeführers immer noch die Möglichkeit gehabt, das Vertretungsverhältnis anzuzeigen. Die Zustellung der angefochtenen Verfügung an den Beschwerdeführer sei ebenfalls rechtens gewesen. Erst mit Eingabe vom 11. September 2007 sei das Vertretungsverhältnis der Vorinstanz angezeigt worden. Da der Beschwerdeführer die angefochtene Verfügung am 3. September 2007 in Empfang genommen habe, ende die Beschwerdefrist am 3. Oktober 2007. Die Stempelung auf dem Couvert der Beschwerdeschrift sei eindeutig und beweise die verspätete Eingabe. Ein Grund für eine Wiederherstellung der Frist sei nicht gegeben. Auf die Beschwerde sei daher nicht einzutreten.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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]).

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.

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.

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).

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.

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).

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.

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 rechtsgenüglich 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).

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 Be-

schwerdeführer resp. dessen Vertreter hat im Rahmen des Zumutbaren die sich aufdrängenden Schritte zu unternehmen (BGE 102 Ib 91 E. 3).

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).

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.

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.

3.
Weiter ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer die Beschwerdefrist eingehalten hat.

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.

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 Handen 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).

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 Rechtsschrift 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).

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

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.

5.
Der Hinweis auf die angeblich missachteten Vertretungsverhältnisse der im vorinstanzlichen Verfahren übrigen Beteiligen ist unbehelflich, da diese nicht Gegensand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sind.

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.

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.

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).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 1'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 12'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 11'000.- wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

3.
Eine Parteientschädigung wird nicht gesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 31036; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Ronald Flury	Astrid Hirzel

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 ist in einer Amtssprache abzufassen und 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 23. Juli 2008