Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.120/2005 /leb

Urteil vom 23. März 2006
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Müller, Hungerbühler,
Bundesrichterin Yersin,
Gerichtsschreiber Wyssmann.

Parteien
Erbengemeinschaft des X._____,
bestehend aus:
A._____,
B._____,
C._____,
D._____,
Beschwerdeführer, alle vertreten durch
Rechtsanwalt Stefan Weber,

gegen

Steuerverwaltung des Kantons Bern,
Münstergasse 3, 3011 Bern,
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung,
Speichergasse 12, 3011 Bern.

Gegenstand
Art. 9 BV (Staats- und Gemeindesteuern pro 1993/94; Nachsteuern),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen das Urteil
des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, verwaltungsrechtliche Abteilung, vom 29. März 2005.

Sachverhalt:
A.
Die Steuerverwaltung des Kantons Bern leitete am 22. November 1999 gegen X._____ ein Nachsteuerverfahren für die Staats- und Gemeindesteuern 1993/94 ein. Mit Verfügung vom 2. Juli 2001 auferlegte sie ihm Nachsteuern. Eine Einsprache wies sie am 6. August 2001 ab.

Am 17. August 2001 erhob X._____ Rekurs bei der Steuerrekurskommission des Kantons Bern. Diese wies das Rechtsmittel mit Entscheid vom 19. Oktober 2004 ab. Der Entscheid wurde am 27. Oktober 2004 schriftlich eröffnet. Da X._____ vom 27. Oktober 2004 bis 2. Dezember 2004 im Ausland in den Ferien weilte, konnte er die eingeschriebene Sendung mit dem Urteil erst am 7. Dezember 2004 entgegennehmen.
B.
Mit Eingabe vom 22. Dezember 2004 führte X._____ Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Er wies einleitend darauf hin, er habe wegen Landesabwesenheit den eingeschriebenen Brief mit dem Urteil der Steuerrekurskommission erst am 7. Dezember 2004 entgegennehmen können. Die Beschwerde sei rechtzeitig.

Mit Verfügung vom 29. Dezember 2004 machte der Abteilungspräsident i.V. den Steuerpflichtigen darauf aufmerksam, dass der Entscheid der Steuerrekurskommission am letzten Tag der Abholfrist, welche sieben Tage betrage, als zugestellt zu gelten habe. Ein Auftrag an die Post für die Rückbehaltung von Postsendungen schiebe diesen Termin nicht hinaus. Die Beschwerde vom 22. Dezember 2004 sei somit verspätet. Er habe jedoch Gelegenheit, innert 30 Tagen seit Wegfall des Hinderungsgrundes ein Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist zu stellen.

Diese Verfügung wurde von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert. Am 25. Februar 2005 teilte X._____ dem Verwaltungsgericht mit, er sei auf ärztliche Anordnung vom 25. Dezember 2004 bis 7. Januar 2005 und vom 29. Januar bis 9. Februar 2005 im Spital gewesen. Er habe aus diesem Grund die Verfügung vom 29. Dezember 2004 nicht entgegennehmen können. Er sei zur Zeit nicht in der Lage, seinen Haushalt zu führen und wohne pflegehalber bei seiner Tochter.
Mit Urteil vom 29. März 2005 trat das Verwaltungsgericht auf die Beschwerde nicht ein. Dem Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist gab es nicht statt.
C.
Mit rechtzeitiger staatsrechtlicher Beschwerde beantragt X._____, der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29. März 2005 sei aufzuheben.

Am 12. Mai 2005 starb X._____. Sein Sohn C._____ erklärte namens der Erbengemeinschaft, das Verfahren fortführen zu wollen.
Steuerverwaltung und Verwaltungsgericht des Kantons Bern beantragen Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Gemäss Art. 6 Abs. 2 und 3 BZP, der aufgrund von Art. 40 OG vorliegend anwendbar ist, ruht das Verfahren von Gesetzes wegen bei Tod einer Partei. Es nimmt seinen Fortgang, sobald die Erbschaft nicht mehr ausgeschlagen werden kann. Wie sich aus der eingereichten Erbgangsbescheinigung vom 13. Juni 2005 ergibt, haben die gesetzlichen Erben als alleinige Erben die Erbschaft angenommen. Sie haben zudem erklärt, das Verfahren fortführen zu wollen. Sie sind somit als neue Beschwerdeführer in das Verfahren eingetreten. Der Zustimmung der Gegenpartei (kantonale Steuerverwaltung) bedarf es bei der Gesamtrechtsnachfolge nicht (Art. 17 Abs. 3 BZP in Verbindung mit Art. 40 OG, vgl. BGE 106 II 346 E. 1).
2.
Die Beschwerdeführer berufen sich auf den Anspruch auf willkürfreies staatliches Handeln (Art. 9 BV). Sie sehen das Willkürverbot dadurch verletzt, dass das Verwaltungsgericht angenommen habe, der Entscheid der Rekurskommission habe mit Ablauf der siebentägigen Abholfrist als zugestellt zu gelten (sog. Zustellfiktion). Zudem rügen sie als willkürlich, dass das Verwaltungsgericht mit der Begründung, Landesabwesenheit sei kein erheblicher Grund für die Hinderung an der Einhaltung der Beschwerdefrist, einen Fristwiederherstellungsgrund verneint habe.
Die Handhabung der Zustellfiktion durch das Verwaltungsgericht ist vorab zu prüfen. Erweist sich die Anwendung der Zustellfiktion im vorliegenden Fall als willkürlich, wäre die weitere Verfassungsrüge, die sich auf die Behandlung des Fristwiederherstellungsgesuchs bezieht, gegenstandslos.
3.
Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten behördliche Sendungen in Prozessverfahren nicht erst dann als zugestellt, wenn der Adressat sie tatsächlich in Empfang nimmt. Es genügt, wenn die Sendung in den Machtbereich des Adressaten gelangt, so dass er sie zur Kenntnis nehmen kann. Wird der Empfänger einer eingeschriebenen Briefpostsendung oder Gerichtsurkunde nicht angetroffen und wird daher eine Abholeinladung in seinen Briefkasten oder in sein Postfach gelegt, so wird die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt betrachtet, in welchem sie auf der Poststelle abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der Abholfrist, die sieben Tage beträgt, wird angenommen, dass die Sendung am letzten Tag dieser Frist zugestellt wurde. Die Zustellfiktion rechtfertigt sich, weil für die an einem Verfahren Beteiligten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben die Pflicht besteht, dafür zu sorgen, dass behördliche Akte ihnen zugestellt werden können. Diese Rechtsprechung gilt mithin während eines hängigen Verfahrens und wenn die Verfahrensbeteiligten mit der Zustellung

eines behördlichen oder gerichtlichen Entscheides oder einer Verfügung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit rechnen müssen (BGE 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399; 119 V 89 E. 4b/aa
S. 94; 116 Ia 90 E. 2a S. 92; 115 Ia 12 E. 3a S. 15).
Die Frist von sieben Tagen ist allgemein bekannt. Sie war früher in Art. 169 Abs. 1 lit. d und e der Verordnung I zum Postverkehrsgesetz (AS 1967 S. 1462) vorgesehen und ist heute als Grundsatz, von dem abweichende Abmachungen zulässig sind, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post enthalten. Sie bleibt nach der Rechtsprechung für die Frage, wann eine Sendung als zugestellt gilt, weiterhin anwendbar (BGE 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399; 127 I 31 E. 2a/aa S. 34). Auch ein Zurückbehaltungsauftrag gegenüber der Post kann den Zeitpunkt, ab welchem die Zustellfiktion greift, nicht hinausschieben (BGE 127 I 31 E. 2b S. 34 f.; 123 III 492 E. 1 S. 494).
Diese Grundsätze gelten unter dem Vorbehalt, dass die Kantone für ihr Verfahren keine abweichenden Vorschriften aufgestellt haben. Übernehmen die kantonalen Behörden die dargelegten Grundsätze, weil eine kantonale Regelung fehlt, so hat das Bundesgericht deren Anwendung nur daraufhin zu prüfen, ob sie verfassungsmässige Rechte verletzt (BGE 116 Ia 90 E. 2b S. 92; 115 Ia 12 E. 3a S. 15).
4.
4.1 Die Zustellfiktion regelt in allgemeiner und verbindlicher Weise die Frage, in welchem Zeitpunkt Verfügungen und Entscheide, die mit eingeschriebener Post oder als Gerichtsurkunden spediert werden, als zugestellt zu gelten haben (so bereits unveröffentlichtes Urteil 4P.188/2002 vom 5. Nov. 2002, E. 2.1). Sie ergänzt die Pflicht der Behörde, ihre Verfügungen und Entscheide zu eröffnen, indem sie der Behörde erlaubt, auch bei Unzustellbarkeit der Verfügung oder des Entscheides ab einem bestimmten Zeitpunkt ein fingiertes Zustelldatum anzunehmen. Die Zustell- und Eröffnungspflicht der Behörde findet ihr Korrelat in der Empfangspflicht des Adressaten. Dieser kann sich nicht darauf berufen, er habe die Sendung nicht entgegengenommen.
Sowohl die Zustellpflicht der Behörde wie auch die Empfangspflicht des Verfahrensbeteiligten sind Pflichten prozessualer Natur. Diese sind vernünftig, d.h. weder mit übertriebener Strenge noch mit ungerechtfertigtem Formalismus, zu handhaben. Für die Anwendung der Zustellfiktion verlangt die Rechtsprechung, dass der Adressat mit einer "gewissen Wahrscheinlichkeit" annehmen kann bzw. damit "rechnen muss", dass ihm ein behördlicher Akt zugestellt wird (BGE 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399; 119 V 89 E. 4b/aa S. 94; 115 Ia 12 E. 3a S. 15). Unter dieser Voraussetzung rechtfertigt es sich, vom Betroffenen zu verlangen, dass er seine Post regelmässig kontrolliert und allenfalls längere Ortsabwesenheiten der Behörde mitteilt oder einen Stellvertreter ernennt (BGE 119 V 89 E. 4b/aa S. 94).
4.2 Diese Obliegenheit der Partei kann aber nicht unbeschränkt lange aufrecht erhalten werden. Die lückenlose Überwachung des Posteingangs verlangt vom potentiellen Adressaten einer behördlichen Sendung, dass er seine Post regelmässig, spätestens jeweils nach sieben Tagen, kontrolliert. Eine Zurückbehaltung durch die Post über sieben Tage hinaus ist zwar möglich, geht aber auf Kosten der Rechtsmittelfrist. Diese kann als gesetzliche Frist durch den Richter nicht verlängert, sondern nur bei entschuldbarer Verhinderung an der Einhaltung der Frist gegebenenfalls wieder hergestellt werden. Vom Betroffenen kann aber nicht erwartet werden, dass er bei einem hängigen Verfahren über Jahre hinweg in jedem Zeitpunkt erreichbar sein und auch kürzere Ortsabwesenheiten der Behörde melden muss, um keinen Rechtsnachteil zu erleiden. Bei der Anwendung der Regeln über die Zustellfiktion ist daher auch der Verfahrensdauer Rechnung zu tragen.
Als Zeitraum, während welcher die Zustellfiktion aufrecht erhalten werden darf, ohne dass verfahrensbezogene Handlungen erfolgen, werden in der Literatur mehrere Monate bis etwa ein Jahr genannt; dauert die Untätigkeit der Behörde länger an, kann nach dieser Meinung die Zustellfiktion nicht mehr greifen (Yves Donzallaz, La notification en droit interne suisse, Berne 2002, S. 501; s. auch Kölz/Bosshart/Röhl, Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl. Zürich 1999, N 28 zu Art. 10). Ein Zeitraum bis zu einem Jahr seit der letzten verfahrensbezogenen Handlung scheint in der Tat noch als vertretbar. Liegt der letzte Kontakt mit der Behörde indessen längere Zeit zurück, so kann von einer Zustellfiktion nicht mehr ausgegangen werden, sondern nur noch von einer Empfangspflicht des am Verfahren Beteiligten in dem Sinne, dass dieser für die Behörde erreichbar sein muss (s. auch Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, N 11 zu Art. 44 VRPG, die von einer Empfangspflicht in "gelockerter Form" sprechen). Was vom Verfahrensbeteiligten in diesem Fall verlangt werden kann, ist, dass er Adressänderungen und länger dauernde Abwesenheiten der Behörde meldet. Hingegen kann ihm
eine Abwesenheit von wenigen Wochen nicht mehr entgegengehalten werden. Die Regeln über die Zustellfiktion sind in diesem Sinne vernünftig zu handhaben.

5.
5.1 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die letzte verfahrensbezogene Handlung durch die kantonale Rekursinstanz am 12. November 2001 erfolgte (Zustellung der Vernehmlassung der kantonalen Steuerverwaltung an den Steuerpflichtigen zur Stellungnahme). Der Präsident der Steuerrekurskommission ordnete zwar noch im Jahre 2004 eine Aktenedition beim Konkursamt Aussersihl an und holte einen Bericht des Bücherexperten ein. Beides erfolgte nach den vorliegenden Akten indes rein intern, ohne Mitteilung an den Steuerpflichtigen. Bis zur Eröffnung des Entscheids der Steuerrekurskommission am 27. Oktober 2004 vergingen somit über 35 Monate seit der letzten verfahrensbezogenen Handlung und über 38 Monate seit Rekurserhebung. Im Zeitpunkt der Eröffnung des Entscheids der Steuerrekurskommission hat das gesamte Nachsteuerverfahren rund fünf Jahre gedauert (Einleitung des Nachsteuerverfahrens durch die Steuerverwaltung am 22. November 1999). Wenn daher der Steuerpflichtige sich für fünf Wochen ins Ausland begab, nachdem er von der Steuerrekurskommission während 35 Monaten nichts gehört hatte, kann ihm die fingierte Zustellung mit sachlichen Gründen nicht entgegengehalten werden.
5.2 Die gegenteiligen Argumente des Verwaltungsgerichts im angefochtenen Entscheid überzeugen nicht. Es ist richtig und bedarf keiner weiterer Erklärungen, dass auch nach drei Jahren das Prozessrechtsverhältnis andauerte und eine Empfangspflicht bestand. Der Steuerpflichtige hatte folglich nach wie vor dafür zu sorgen, dass behördliche Sendungen, Mitteilungen und Gerichtsurkunden ihn erreichen konnten. Deshalb musste er längere Ortsabwesenheiten oder eine Verlegung des Wohnsitzes der Behörde mitteilen.

Hier geht es indessen um die Zustellfiktion und nicht um Fragen der Empfangspflicht. Entscheidend ist, bis zu welchem Zeitpunkt dem Steuerpflichtigen die Zustellfiktion entgegengehalten werden konnte. Es geht darum, ob dem Betroffenen im Hinblick auf die Zustellfiktion zugemutet werden konnte, jede etwas längere Ortsabwesenheit der Behörde zu melden, nachdem er während fast drei Jahren von der Behörde nichts vernommen hatte. Diese Unterscheidung hat das Verwaltungsgericht nicht gemacht, sondern aus der Empfangspflicht, die weiter bestand, geschlossen, dass auch die Zustellfiktion weiterhin Geltung habe. Es hat damit zwei Gesichtspunkte, die unterschiedlich zu würdigen sind, nicht auseinander gehalten. Das führte im vorliegenden Fall zur Annahme, dass der Steuerpflichtige nach 35 Monaten mit der gleich grossen Wahrscheinlichkeit mit einer Zustellung rechnen muss wie kurz nach der Eröffnung des Verfahrens. Das ist mit sachlichen Gründen nicht haltbar und willkürlich. Art. 9 BV ist durch den angefochtenen Entscheid verletzt.
5.3 Es verletzt zudem den Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 29 Abs. 1 BV, wenn einem Rechtsunterworfenen die Zustellfiktion entgegengehalten wird, nachdem er während beinahe drei Jahren keine verfahrensbezogene Mitteilung erhalten hat. Art. 29 Abs. 1 BV gewährt jeder Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen eine gerechte Behandlung ihrer Rechtsstreitigkeit innert angemessener Frist. Diesem Gesichtspunkt ist bei der Handhabung der Zustellfiktion ebenfalls Rechnung zu tragen. Die Geschäftslast der Steuerrekurskommission und die dadurch bedingte lange Verfahrensdauer, auf die sich das Verwaltungsgericht beruft, sind kein Grund, die Zustellfiktion mit übertriebener Formstrenge zu handhaben. Hier greift vielmehr die Empfangspflicht ein, die vom Verfahrensbeteiligten verlangt, dass er für die Behörde erreichbar sein und längere Ortsabwesenheiten wie auch Adressänderungen mitteilen muss.
5.4 Die Beschwerde ist daher begründet und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Die weitere Rüge, die sich auf die Behandlung des Fristwiederherstellungsgesuchs bezieht, ist bei diesem Verfahrensergebnis gegenstandslos (vorstehende E. 2).
6.
Die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens sind vom Kanton Bern zu tragen (Art. 156 Abs. 1 OG). Dieser hat die Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahrens zudem zu entschädigen (Art. 159 Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Entscheid des Verwaltungsgerichts der Kantons Bern vom 29. März 2005 aufgehoben.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'500.– wird dem Kanton Bern auferlegt.
3.
Der Kanton Bern hat die Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 1'500.– zu entschädi-

gen.
4.
Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern, der Steuerverwaltung des Kantons Bern sowie dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 23. März 2006
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: