



Urteil vom 7. Januar 2013

Besetzung

Richterin Marianne Ryter (Vorsitz),
Richter André Moser, Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiberin Nina Dajcar.

Parteien

L._____,
vertreten durch Dr. iur. M._____, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD,
Generalsekretariat Rechtsdienst, Bundesgasse 3,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Staatshaftung.

Sachverhalt:**A.**

L._____ war Inhaber der in der Vermögensverwaltung tätigen Einzel-firma G._____ und einziges Mitglied des Verwaltungsrats der H._____ AG.

B.

Das Sekretariat der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) setzte mit superprovisorischer Verfügung vom 16. November 2007 als vorsorgliche Massnahme zwei Untersuchungsbeauftragte ein, welche die Tätigkeit von L._____, der G._____ und der H._____ AG untersuchen sollten. Vorgängig hatte das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) im Jahr 2006 eine verwaltungsstrafrechtliche Untersuchung angehoben und die EBK darüber informiert. Während der Untersuchung der EBK wurde das verwaltungsstrafrechtliche Verfahren sistiert.

Die EBK führte ihr Aufsichtsverfahren gestützt auf die damals geltenden Regelungen des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) durch. Sie prüfte, ob L._____, die G._____ und/oder die H._____ AG gegen das BankG oder das Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (KAG, SR 951.31) verstossen hatten, weil Anhaltspunkte bestehen würden, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ohne entsprechende Bewilligung ausgeübt worden sei. Hierbei sei nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststehe; es genüge, dass objektive Anhaltspunkte hierfür bestünden und sich der Sachverhalt nur durch eine Kontrolle vor Ort abschliessend klären lasse.

Mit der superprovisorischen Verfügung vom 16. November 2007 wurden die Verfügungsbefugnisse von L._____, der G._____ und der H._____ AG eingeschränkt; die entsprechenden Dispositivziffern wurden sofort vollstreckt. Es wurde in der Verfügung Frist bis am 15. Dezember 2007 angesetzt, um zu den angeordneten vorsorglichen Massnahmen Stellung zu nehmen. Sie enthielt zudem anstelle einer Rechtsmittelbelehrung den Hinweis "gegen diese superprovisorische Verfügung ist kein Rechtsmittel möglich" und wurde u.a. dem Handelsregisteramt des Kantons Zug und ausgewählten Banken eröffnet. Zudem ging sie zur Kenntnis an das EFD sowie die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei.

Im Nachgang zu dieser superprovisorischen Verfügung verlangte L._____ keine anfechtbare Verfügung, reichte aber am 21. Dezember 2007 eine Stellungnahme ein, in der er sich zum Bericht der Untersuchungsbeauftragten vom 11. Dezember 2007 äusserte.

C.

Mit Verfügung vom 24. Januar 2008 schloss die EBK ihr Untersuchungsverfahren ab. Sie kam zum Ergebnis, L._____ habe via die G._____ und die H._____ AG gegen das BankG und das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) verstossen. Zudem liege eine Überschuldung vor. Sie eröffnete daher den Konkurs über L._____, die G._____ sowie die H._____ AG. Darüber hinaus sprach sie L._____ ein Verbot aus, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen, Effektenhändlerstätigkeiten auszuüben und dafür Werbung zu betreiben. Zudem drohte sie neben strafrechtlichen Konsequenzen an, die entsprechende Dispositivziffer der Verfügung bei einer Nichtbeachtung dieses Verbots zu publizieren. Sie verfügte, die Konkurseröffnungen seien mit sofortiger Wirkung auf den 25. Januar 2008 zu vollstrecken.

Diese Verfügung enthielt eine Rechtsmittelbelehrung, L._____ focht sie aber nicht an.

D.

Das Verwaltungsstrafverfahren wurde vom EFD gestützt auf das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR, SR 313.0) durchgeführt. Untersucht wurde hierbei, ob sich L._____ strafbar gemacht hatte, indem er gegen die Strafnormen Art. 46 BankG (in der Fassung bis zum 31. Dezember 2008), Art. 69 Anlagefondsgesetz vom 18. März 1994 (AFG, SR 951.31, in Kraft bis 31. Dezember 2006) sowie Art. 40 BEHG (in der Fassung bis zum 31. Dezember 2008) verstossen hatte. Im Strafbescheid und der Einstellungsverfügung vom 21. September 2009 wurde er wegen der fahrlässigen Widerhandlung gegen das Bankengesetz zu einer Busse von Fr. 8'500.– und zur Tragung von Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000.– verurteilt. Hinsichtlich der anderen Straftatbestände wurde das Verfahren eingestellt.

L._____ focht diese Verfügung an, soweit er schuldig gesprochen worden war. Anschliessend stellte das EFD die verwaltungsstrafrechtliche Untersuchung mit Verfügung vom 27. April 2010 ein, da es den einschlägigen objektiven Tatbestand des Bankengesetzes unter Beachtung des

strafrechtlichen Grundsatzes "in dubio pro reo" als nicht erfüllt erachtete und ihm im kein strafrechtlich relevantes Verhalten vorgeworfen werden konnte.

E.

L._____ reichte dem EFD mit Eingabe vom 31. März 2011 ein Schadenersatzbegehren sowie Antrag auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand ein. In seiner Argumentation stützte er sich im Wesentlichen darauf, die verwaltungsstrafrechtliche Einstellungsverfügung vom 27. April 2010 habe aufgezeigt, dass die Verfügung der EBK vom 24. Januar 2008 zu Unrecht ergangen sei. Eine Einsprache zum damaligen Zeitpunkt sei aber aus verschiedenen Gründen nicht möglich gewesen; hauptsächlich hätten die Verfügungen seine Glaubwürdigkeit sowieso schon beeinträchtigt. Selbst bei einer Gutheissung wäre sein Ruf bereits geschädigt gewesen.

F.

Das EFD wies die Anträge von L._____ mit Verfügung vom 29. August 2011 ab und auferlegte diesem eine Entscheidegebühr von Fr. 1'000.-. Es begründete die Abweisung des Schadenersatzbegehrens zum einen damit, die Überprüfung der Rechtmässigkeit formell rechtskräftiger Verfügungen in einem Verantwortlichkeitsverfahren sei gesetzlich ausgeschlossen und eine Ausnahme hiervor liege nicht vor. Zum andern sei aber der Anspruch auf Schadenersatz bereits verwirkt, da das Schadenersatzbegehren nicht binnen eines Jahres nach Kenntnis des Schadens eingereicht worden sei. Diese Frist habe spätestens mit Erlass der Verfügung vom 24. Januar 2008 zu laufen begonnen, weil L._____ dann alle tatsächlichen Umstände, um ein Schadenersatzbegehren einzureichen und zu begründen, gekannt habe. Die Einstellung des Strafverfahrens am 27. April 2010 ändere daran nichts, denn das aufsichtsrechtliche Verfahren der EBK unterscheide sich sowohl in Bezug auf den Verfahrensgegenstand als auch auf das angewandte Beweismass vom Verwaltungsstrafverfahren. Letzteres sei eingestellt worden, weil ihm keine Straftat nachzuweisen gewesen war. Hingegen könne die Behörde im Verwaltungsverfahren nach ihrer freien Überzeugung entscheiden, ob ein Beweis erbracht worden sei oder nicht. Auch habe die Aufsichtsbehörde einzuschreiten, sobald sie eine Verletzung der finanzmarktrechtlichen Bestimmungen feststelle.

G.

Mit Eingabe vom 26. September 2011 erhebt L._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) Beschwerde gegen die Verfügung des EFD (nachfol-

gend: Vorinstanz) vom 29. August 2011. Er beantragt Schadenersatz und Genugtuung. Zudem sei ihm ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zur Verfügung zu stellen, damit er vor der Vorinstanz Schadenersatzklage führen könne. Auf Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts präzisiert er seine Beschwerde mit Eingabe vom 5. Oktober 2011.

Zur Begründung bringt er hauptsächlich vor, die für die Schadenersatzklage nötigen Informationen habe er erst beisammen gehabt, als er die Einstellungsverfügung vom 27. April 2010 erhalten habe. Dann habe er die Schadenersatzklage innerhalb Jahresfrist eingereicht. Mit der Einreichung der Strafanzeige gegen ihn sei der Fall nicht abgeschlossen gewesen, sondern weitergeführt worden. Es bestehe deshalb ein kausaler Zusammenhang zwischen der Aufsichtstätigkeit durch die EBK und dem Strafverfahren.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 14. November 2011 heisst das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gut, weist aber das Gesuch um Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands ab.

I.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 10. Dezember 2011, die Beschwerde sei abzuweisen. Sie verweist auf ihre Begründung in der angefochtenen Verfügung und nimmt Stellung zu den Argumenten des Beschwerdeführers. Sie hebt hervor, die Verfügung vom 27. April 2010 beziehe sich allein auf die strafrechtlichen Aspekte, äussere sich aber nicht zur Rechtmässigkeit der EBK-Verfügungen. Somit sei sie für das Schadenersatzbegehren nicht erheblich und löse keine neue einjährige Verwirkungsfrist aus.

J.

Der Beschwerdeführer nimmt mit Eingabe vom 15. Januar 2012 erneut Stellung und erneuert sein Gesuch um Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands. Mit Zwischenverfügung vom 24. Januar 2012 weist das Bundesverwaltungsgericht dieses Gesuch wiederum ab. Das Bundesgericht heisst die dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil 2C_179/2012 vom 17. April 2012 gut und stellt fest, der Beschwerdeführer habe Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung.

K.

In seiner Stellungnahme vom 31. Juli 2012 konkretisiert der nun vertretene Beschwerdeführer seine Anträge dahingehend, der Bund sei zu verpflichten, ihm Schadenersatz von Fr. 6'287'390.– zuzüglich Zinsen von 5 % von Fr. 4'854'000.– seit dem 16. November 2007 oder einen höheren, nach gerichtlichem Ermessen festzusetzenden Betrag zu zahlen. Die vorinstanzliche Verfügung sei aufzuheben. Soweit das Gericht nicht in der Sache selbst entscheide und diese an die Vorinstanz zurückweise, werde der Ausstand zweier dort tätiger Personen beantragt.

Zur Begründung führt er insbesondere aus, der Beginn der einjährigen Verwirkungsfrist setze die Kenntnis des Schadens durch den Beschwerdeführer voraus. Damit sei nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gemeint, dass der Kläger über die erforderlichen Informationen verfügen müsse, um zweckmässig handeln zu können. Dies setze somit nicht nur Kenntnis über den Schaden, sondern auch der weiteren entscheidenden Bedingungen voraus. Er hätte erst mit Verfügung vom 27. April 2010 gewusst, dass ihm strafrechtlich nichts vorgeworfen werden könne. Somit habe er erst dann wissen können, dass das Vorgehen der EBK möglicherweise nicht rechtens gewesen war, zumal die in deren Verfügung gemachten Vorwürfe durch die verwaltungsstrafrechtlichen Freisprüche als unzutreffend entlarvt worden seien. Anders als durch die Vorinstanz vorgebracht, habe er nicht ab dem 24. Januar 2008 alle tatsächlichen Umstände gekannt. Es sei vielmehr die Besonderheit, dass das Aufsichtsverfahren ein Strafverfahren nach sich ziehe, zu beachten. Das Wissen um die strafrechtliche Unschuld bezüglich eines Strafverfahrens, das auf den gleichen tatsächlichen Verhältnissen wie die eingeleiteten Verwaltungsverfahren gründe, könne als eine Bedingung angesehen werden, die es dem Beschwerdeführer erst erlaube, die Verantwortlichkeit des Bundes geltend zu machen. Wäre er nämlich schuldig gesprochen worden, so hätte er kein Schadenersatzbegehren stellen können. Zudem habe er Bedenken gehabt, beim früheren Ergreifen eines Rechtsmittels dem Vorwurf der Konkursverschleppung ausgesetzt zu sein. Somit habe die Verwirkungsfrist erst am 27. April 2010 zu laufen begonnen, weshalb diese mit Einreichung des Schadenersatzbegehrens am 31. März 2011 eingehalten worden sei. Sodann legt er dar, weshalb die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt seien.

L.

Die Vorinstanz reicht am 28. August 2012 auf Ersuchen des Bundesverwaltungsgerichts die verwaltungsstrafrechtlichen Akten nach. Hierbei

handelt es sich um zwei Ordner, wobei einer die eigentlichen Verwaltungsstrafverfahrensakten und einer die sogenannten Beilagen Schlussbericht 1–47 enthält.

M.

Der Beschwerdeführer nimmt hierzu mit Eingabe vom 24. September 2012 Stellung. Er geht davon aus, die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens seien vollständig, ersucht aber darum, auch die ergänzenden Unterlagen einsehen zu können. Hierbei verweist er auf ein E-Mail der Vorinstanz vom 27. Februar 2009, worin die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (als Nachfolgerin der EBK) angefragt werde, ob es weitere Beilagen (namentlich Kontoauszüge) als die vorhandenen Beilagen 1–47 gäbe. Die FINMA bitte in ihrer Antwort vom 2. März 2009 die Vorinstanz darum, dies mündlich zu besprechen. Schliesslich ergäbe sich aus einem Schreiben der FINMA vom 12. März 2009, dass weitere Akten eingereicht worden seien. Diese Akten seien aber nicht im Ordner des Verwaltungsstrafverfahrens aufzufinden und die Vorinstanz sei aufzufordern, auch diese Beilagen einzureichen, damit er dazu Stellung nehmen könne.

N.

Die Vorinstanz äussert sich mit Schreiben vom 22. Oktober 2012 dahingehend, die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens und des EBK-Verfahrens seien nicht Teil der Vorakten. Es sei richtig, dass die FINMA, wie vom Beschwerdeführer dargelegt, Akten eingereicht habe. Die insgesamt acht Ordner EBK-Akten seien dem damaligen Vertreter des Beschwerdeführers am 30. November 2009 zur Einsicht zugestellt worden. Diese Akten seien der FINMA nach Abschluss des Verfahrens am 29. Juli 2010 zurückgesandt worden. Da keine Kopien dieser Akten vorhanden seien, könnten sie nicht durch die Vorinstanz eingereicht werden, sondern müssten bei der FINMA ediert werden. Diese Akten seien aber für die Beurteilung der sich stellenden Rechtsfragen (Einmaligkeit des Rechtsschutzes und Verwirkung) nicht von Bedeutung.

O.

Mit Eingabe vom 9. November 2012 beantragt der Beschwerdeführer eine öffentliche Parteiverhandlung. Er legt zudem dar, nicht nur die Verwaltungsstrafverfahrensakten, sondern auch die Akten des EBK-Verfahrens seien Teil der Vorakten. Deshalb seien sie von der FINMA einzufordern, zumal sich nicht ausschliessen lasse, dass sich daraus Argumente für die im vorliegenden Verfahren zu untersuchenden Rechtsfragen finden liessen. Andernfalls würde das Akteneinsichtsrecht verletzt.

P.

Mit Verfügung vom 14. November 2012 setzt das Bundesverwaltungsgericht die öffentliche Parteiverhandlung auf den 18. Dezember 2012 an. Es weist den Beschwerdeführer darauf hin, die Edition der zusätzlich einverlangten Akten erscheine zurzeit in antizipierter Beweiswürdigung als nicht angezeigt.

Q.

Anlässlich der Verhandlung am 18. Dezember 2012 bringen die Parteien keine Ergänzungen zum vorab zugestellten Sachverhalt an. Der Beschwerdeführer akzeptiert die antizipierte Beweiswürdigung des Bundesverwaltungsgerichts und verzichtet darauf, am Antrag auf Edition zusätzlicher Akten festzuhalten.

R.

Auf weitergehende Vorbringen und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit entscheidungswesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gemäss Art. 10 Abs. 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958 (VG, SR 170.32) richtet sich das Beschwerdeverfahren nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege. Nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Im Bereich der Staatshaftung liegt keine solche Ausnahme vor, und das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 2 Abs. 3 der Verordnung zum Verantwortlichkeitsgesetz vom 30. Dezember 1958 [SR 170.321]).

1.2. Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder

Änderung hat. Der Beschwerdeführer ist als Adressat der Verfügung, mit der sein Schadenersatzbegehren abgewiesen worden ist, zur Beschwerde legitimiert.

1.3. Streitgegenstand in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Er darf im Laufe des Beschwerdeverfahrens weder erweitert noch qualitativ verändert werden und kann sich höchstens verengen und um nicht mehr streitige Punkte reduzieren, nicht aber ausweiten. Fragen, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen, da andernfalls in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingegriffen würde (BGE 136 II 457 E. 4.2, 133 II 35 E. 2 und 131 V 164 E. 2.1; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.7 ff.; statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8457/2010 vom 14. Juni 2011 E. 1.2.1). Hinsichtlich des Streitgegenstands ist klarzustellen, dass es im vorliegenden Verfahren einzig um die Frage geht, ob die Vorinstanz das Staatshafungsbegehren zu Recht abgewiesen hat. Anders als die Argumente in den Rechtsschriften des Beschwerdeführers teilweise implizieren, ist hingegen eine inhaltliche Überprüfung des EBK- oder des Verwaltungsstrafverfahrens nicht Gegenstand des Verfahrens.

1.4. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht, einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.

3.1. Grundsätzlich haftet der Bund für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt (Art. 3 Abs. 1 VG). Eine Schadenersatzpflicht wird bejaht, wenn – kumulativ – folgende Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. statt vieler BVGE 2010/4 E. 3, als neueres Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3207/2011 vom 10. Oktober 2012 E. 3.1 je mit zahlreichen Hinweisen):

- (quantifizierter) Schaden;
- Verhalten (Tun oder Unterlassen) eines Bundesbeamten in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit;
- adäquater Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Schaden sowie
- Widerrechtlichkeit des Verhaltens.

Nicht vorausgesetzt ist ein Verschulden (Art. 3 Abs. 1 VG; vgl. statt vieler BVGE 2010/4 E. 3). Die Haftungsvoraussetzungen Schaden, Widerrechtlichkeit und adäquater Kausalzusammenhang stimmen in ihrer Bedeutung mit den entsprechenden Begriffen im privaten Haftpflichtrecht überein (vgl. BGE 123 II 577 E. 4d/bb; BVGE 2010/4 E. 3, je mit Nachweisen).

3.2. Die Haftung des Bundes erlischt, wenn der Geschädigte sein Begehren auf Schadenersatz oder Genugtuung nicht innert eines Jahres seit Kenntnis des Schadens einreicht, auf alle Fälle nach zehn Jahren seit dem Tag der schädigenden Handlung des Beamten (Art. 20 Abs. 1 VG). Während also die relative Frist von einem Jahr an die Kenntnis des Schadens anknüpft, läuft die absolute Frist von zehn Jahren ab dem Tag der schädigenden Handlung und somit unabhängig vom Zeitpunkt des Schadenseintritts (BGE 136 II 187 E. 7). Wenn der Schaden bekannt ist, kommt die relative Frist zur Anwendung; die absolute Frist ist dann nicht relevant. Gewahrt wird die Frist durch die rechtzeitige Eingabe des Staatshaftungsbegehrens beim EFD (BGE 133 V 14 E. 6; vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5588/2007 vom 10. August 2012 E. 2, A-2526/2011 vom 7. August 2012 E. 5.1 und A-5798/2009 vom 16. Juni 2011 E. 4).

Art. 20 Abs. 1 VG ist entsprechend der ähnlich lautenden Bestimmung von Art. 60 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) auszulegen. Praxisgemäss beginnt dort die relative Frist mit der tatsächlichen Kenntnis des Verletzten vom Schaden und von der Person des Haftpflichtigen zu laufen; blosses "Kennen-müssen" reicht nicht (BGE 133 V 14 E. 6; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5588/2007 vom 10. August 2012 E. 2 und A-5798/2009 vom 16. Juni 2011 E. 4.1). Dem Geschädigten müssen alle tatsächlichen Umstände bekannt sein, die geeignet sind, eine Klage zu veranlassen und zu begründen (BGE 133 V 14 E. 6; Urteil des Bundesgerichts 2C.1/1999 vom 12. September 2000 E. 3a; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5798/2009 vom 16. Juni

2011 E. 4.1, A-2526/2011 vom 7. August 2012 E. 5.1 und A-5588/2007 vom 10. August 2012 E. 2.5). Kenntnis vom Schaden hat demnach, wer die schädlichen Auswirkungen der unerlaubten Handlung bzw. der Unterlassung so weit kennt, dass er in der Lage ist, für alle Schadensposten auf dem Prozessweg Ersatz zu verlangen (BGE 133 V 14 E. 6; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5798/2009 vom 16. Juni 2011 E. 4.1, A-2526/2011 vom 7. August 2012 E. 5.1 und A-5588/2007 vom 10. August 2012 E. 2.6).

Mit Bezug auf die Kenntnis über die Höhe des Schadens gilt, dass die Frist zu laufen beginnt, wenn der Geschädigte die wichtigen Elemente seines Schadens kennt, die ihm erlauben, dessen Grössenordnung zu bestimmen und sein Staatshaftungsbegehren in den wesentlichen Zügen zu begründen, ohne aber bereits wissen zu müssen, wie hoch dieser ziffernmässig ist (Urteil des Bundesgerichts 2C_640/2011 vom 1. Februar 2012 E. 2.3 [Bestätigung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-5798/2009 vom 16. Juni 2011] und 2C_956/2011 vom 2. April 2012 E. 3.4; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2526/2011 vom 7. August 2012 E. 5.1, A-5798/2009 vom 16. Juni 2011 E. 4.1, A-3535/2010 vom 14. Juli 2010 E. 4.2.1, A-5748/2008 vom 9. November 2009 E. 2.2; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, § 16, Rz. 351; ROBERT K. DÄPPEN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, Rz. 6 zu Art. 60 OR mit Hinweisen).

Generell ohne Bedeutung ist die Kenntnis der einschlägigen Rechtsnormen, also des Rechtsgrundes der Haftpflicht, weshalb auch ein Rechtsirrtum ohne Bedeutung für den Beginn des Fristenlaufs ist (DÄPPEN, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 60 OR; BGE 82 II 43 E. 1 für eine Haftung nach Art. 41 ff. OR; s.a. Urteil des Bundesgerichts 5A_240/2011 vom 6. Juli 2011 E. 6.5 zur Verwirkung bei Rechtsunkenntnis im Allgemeinen mit ausdrücklichem Hinweis auf BGE 82 II 43). Weil es sich bei der Frage, ob eine Schädigung widerrechtlich erfolgt ist, um eine Rechtsfrage handelt, kann der Beginn des Fristenlaufs nicht davon abhängen, ob Gewissheit über die Widerrechtlichkeit besteht. Vielmehr muss es genügen, wenn alle der für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit erforderlichen Sachverhaltselemente bekannt sind (vgl. im Ergebnis BGE 82 II 43 E. 1b).

4.

Auf die absolute Verwirkungsfrist ist vorliegend nicht näher einzugehen. Fraglich ist allein, ob die relative Frist von einem Jahr abgelaufen ist. Wie

im Sachverhalt dargelegt, reichte der Beschwerdeführer das Schadenersatzbegehren am 31. März 2011 ein. Zu prüfen ist somit, zu welchem Zeitpunkt der Beschwerdeführer hinreichende Kenntnisse hatte, um eine Schadenersatzklage anheben zu können (vgl. hierzu E. 3.2). Die Verwirkungsfrist wäre noch nicht abgelaufen, wenn hierfür ein Datum ab dem 30. März 2010 anzunehmen wäre.

4.1. Nicht umstritten ist, dass der Beschwerdeführer die ungefähre Gröszenordnung des Schadens spätestens ab Abschluss des EBK-Verfahrens am 24. Januar 2008 und der damit zusammenhängenden Konkureröffnung erkannte. Er legt selber dar, er sei nach der superprovisorischen Verfügung vom 16. November 2006 nicht mehr in der Lage gewesen, Geld zu verdienen. Dies galt erst recht ab dem 24. Januar 2008, als der Konkurs eröffnet wurde.

4.2. Der Beschwerdeführer hatte spätestens anlässlich der zweiten EBK-Verfügung vom 24. Januar 2008 auch Kenntnis der Ursache und des Kausalzusammenhangs, zumal der von ihm behauptete Schaden auf die Wirkungen der beiden EBK-Verfügungen zurückzuführen ist. Die schädigende Behörde war ihm somit bereits damals bekannt.

4.3. Die Vorbringen des Beschwerdeführers zielen indes sinngemäss darauf ab, er habe erst mit Einstellung der Strafuntersuchung am 27. April 2010 um die Widerrechtlichkeit gewusst. Wie in Erwägung 3.2 aufgezeigt, ist jedoch die Kenntnis des Rechtsgrundes der Haftung nicht erforderlich für den Beginn des Fristenlaufs. Zu prüfen bleibt, ob es sich bei der Einstellung der Strafuntersuchung am 27. April 2010 um einen tatsächlichen Umstand handelt, der für die Erhebung eines Staatshaftungsbegehrens erforderlich war.

4.3.1. Der Beschwerdeführer bringt zu Recht nicht vor, im Verwaltungsstrafverfahren seien neue wesentliche Sachverhaltselemente zutage getreten, die es ihm erst ermöglicht hätten, sein Begehren anhängig zu machen. Er war bereits vor Abschluss der EBK-Untersuchung der Auffassung, die Einschätzung der Untersuchungsbeauftragten sei unzutreffend (vgl. die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 21. Dezember 2007 [Beilage 3 zur Eingabe vom 31. Juli 2012]). Das Ergebnis des Verwaltungsstrafverfahrens gab zwar für den Beschwerdeführer gemäss seinen Angaben den Ausschlag für die Einreichung des Schadenersatzbegehrens. Hierbei handelt es sich aber nicht um ein Sachverhaltselement, das für dessen Einreichung unabdingbar war. Vielmehr waren ihm die wesent-

lichen Elemente bereits Ende Januar 2008 bekannt (vgl. vorne E. 4.1 und 4.2). Das Ergebnis des Verwaltungsstrafverfahrens ist somit für den Beginn des Fristenlaufs irrelevant.

4.3.2. Soweit der Beschwerdeführer im Übrigen vorbringt, das EBK-Verfahren und das Verwaltungsstrafverfahren würden so eng zusammenhängen, dass sie eine Einheit bilden und das Ende des Verfahrens abgewartet werden musste, ist ihm nicht zu folgen:

Das Bundesgericht hat eine differenzierte Praxis dazu entwickelt, wann eine Verwaltungsbehörde ihren Entscheid bis zum Entscheid einer Strafverfolgungsbehörde auszusetzen hat und unter welchen Voraussetzungen abweichende Beurteilungen zulässig sind (eingehend BGE 119 Ib 158 E. 2c und 3c; vgl. auch PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, § 18 Rz. 13 ff. und ANDREAS EICKER/FRIEDRICH FRANK/JONAS ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012, S. 10 ff.). Es entschied im Zusammenhang mit einem Staatshaftungsverfahren, in dem ebenfalls die Verwirkung zu prüfen war, ein laufendes Verwaltungsstrafverfahren verhindere die Verwirkung nicht, da die zuständige Behörde, soweit der Abschluss des anderen Verfahrens vorausgesetzt wäre, ihr Verfahren bis zu dessen Abschluss sistieren könnte (Urteil des Bundesgerichts 2C_956/2011 vom 2. April 2012 E. 3.4 [in Bestätigung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-1010/2011 vom 17. Oktober 2011]). Dies lässt sich aufgrund des vergleichbaren Sachverhalts auf den vorliegenden Fall übertragen. Somit verhindert allein die Tatsache, dass ein Strafverwaltungsverfahren im Gange ist, die Verwirkung jedenfalls nicht zwingend.

Im vorliegenden Fall sind das aufsichtsrechtliche EBK-Verfahren und das verwaltungsstrafrechtliche Verfahren unabhängig voneinander geführt worden, wie die folgenden Ausführungen zeigen: Auf formeller Ebene waren zum einen mit der EBK und dem EFD zwei verschiedene Behörden involviert. Zum andern zeigt die Rechtsmittelbelehrung auf der EBK-Abschlussverfügung vom 24. Januar 2008, dass diese Verfügung, ohne weitere Verfahrensschritte abzuwarten, anzufechten gewesen wäre. Nicht überzeugend ist das Vorbringen, der Beschwerdeführer habe befürchtet, ihm würde die Verschleppung des Konkurses vorgeworfen, wenn er ein Rechtsmittel ergreife. Hierbei hätte es sich um das rechtmässige Mittel gehandelt, die Rechtmässigkeit des Konkurses überprüfen zu lassen. Inhaltlich sind die beiden Verfahren ebenfalls als eigenständige Verfahren

anzusehen. Die EBK-Verfügung vom 24. Januar 2008 bezieht sich im Dispositiv in keiner Weise auf das Verwaltungsstrafverfahren. Dieses wurde denn auch nicht durch diese EBK-Verfügung ausgelöst, sondern vor diesem angehoben und während der EBK-Untersuchung sistiert (siehe Sachverhalt Bst. B). Materiell befasst sich die EBK-Verfügung insbesondere damit, ob die Vorschriften zur Bewilligungspflicht eingehalten waren, ob aufgrund einer Überschuldung oder ernsthafter Liquiditätsprobleme der Konkurs eröffnet werden müsste und ob ein Werbeverbot auszusprechen wäre (vgl. Sachverhalt Bst. B und C). Ebenso wenig nehmen die verwaltungsstrafrechtlichen Verfügungen vom 21. September 2009 oder vom 27. April 2010 Bezug auf die EBK-Verfügung. In diesen Verfügungen wird einzig untersucht, ob dem Beschwerdeführer ein verwaltungsstrafrechtlich relevantes Verhalten vorzuwerfen ist (vgl. auch Sachverhalt Bst. D).

4.4. Die Vorbringen des Beschwerdeführers zum Beginn der Verwirkungsfrist überzeugen aus den dargelegten Gründen nicht; er verfügte bereits vor dem 30. März 2010 über alle für ein Staatshaftungsbegehren erforderlichen Informationen. Das Datum des Abschlusses des Verwaltungsstrafverfahrens ist deshalb nicht massgebend für den Beginn des Fristenlaufs. Vielmehr ist hierfür der 24. Januar 2008 ausschlaggebend. Da das Staatshaftungsbegehren erst am 31. März 2011 eingereicht wurde, mithin nach Ablauf der einjährigen Verwirkungsfrist, ist es verwirkt.

4.5. Unter gewissen Voraussetzungen lässt sich eine abgelaufene Verwirkungsfrist wiederherstellen, so etwa wenn die berechtigte Person aus unverschuldeten, unüberwindbaren Gründen verhindert war, den Anspruch rechtzeitig geltend zu machen. Die Wiederherstellung oder Restitution von Verwirkungsfristen gilt als allgemeiner Rechtsgrundsatz und berücksichtigt Hinderungsgründe wie Krankheit, Unfall oder Naturkatastrophen (BGE 136 II 187 E. 6; BGE 114 V 123 E. 3b; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5798/2009 vom 16. Juni 2011 E. 6). Ein solcher Grund liegt indessen vorliegend nicht vor und wird vom Beschwerdeführer zu Recht nicht vorgebracht.

4.6. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem Beschwerdeführer die Informationen, die er für die Erhebung des Staatshaftungsbegehrens benötigte, schon mehr als ein Jahr vor dessen Einreichung bekannt waren und die einjährige relative Verwirkungsfrist somit abgelaufen ist. Das Staatshaftungsbegehren ist infolgedessen verwirkt, und es erübrigt sich deshalb, auf die weiteren Voraussetzungen einer Staatshaf-

tung, namentlich auch auf Art. 12 VG, einzugehen. Die Beschwerde ist bezüglich des Staatshaftungsbegehrens abzuweisen.

5.

Zu prüfen bleibt die Kostenauflegung im vorinstanzlichen Verfahren, in welchem dem Beschwerdeführer in Ziff. 3 eine Entscheidgebühr von Fr. 1'000.– auferlegt wurde. Er hatte im vorinstanzlichen Verfahren um die Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands ersucht, was von der Vorinstanz aufgrund der Aussichtslosigkeit des Verfahrens abgelehnt wurde.

Aus den Rechtsschriften des Beschwerdeführers im vorinstanzlichen Verfahren geht sinngemäss hervor, dass er mit seinem Gesuch um Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands auch die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege mitgemeint haben muss, zumal er auf seine Mittellosigkeit hinwies. Da er nicht anwaltlich vertreten war, ist bezüglich der Ausformulierung dieses Gesuchs kein strenger Massstab anzusetzen. Weil sein Staatshaftungsbegehren nicht als einfach eingestuft werden kann und sich neben dem unübersichtlichen Sachverhalt komplexe Rechtsfragen stellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_179/2012 vom 17. April 2012 E. 3), war das Begehren nicht von vornherein aussichtslos (vgl. zu den Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege Art. 65 Abs. 1 VwVG). Es hätte sich deshalb gerechtfertigt, ihm auch im vorliegenden Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Die Auferlegung einer Entscheidgebühr in Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung ist deshalb aufzuheben und die Beschwerde ist diesbezüglich gutzuheissen.

6.

Abschliessend sind die Kosten und die Entschädigung im vorliegenden Verfahren zu beurteilen.

6.1. Bei diesem Verfahrensausgang unterliegt der Beschwerdeführer weitgehend, weshalb ihm grundsätzlich Verfahrenskosten für das vorliegende Verfahren aufzuerlegen wären (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da ihm die unentgeltliche Prozessführung gewährt wurde, sind jedoch keine Verfahrenskosten zu erheben. Der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

6.2. Dem Beschwerdeführer wurde ein unentgeltlicher Rechtsbeistand gewährt, der zu entschädigen ist (Art. 65 VwVG). Der Rechtsvertreter des

Beschwerdeführers hat folgende Kostennoten eingereicht: am 31. Juli 2012 für Fr. 7'241.70, am 24. September 2012 für Fr. 2'753.20, am 9. November 2012 für Fr. 1'034.55 und an der öffentlichen Parteiverhandlung vom 18. Dezember 2012 für Fr. 3'640.85. Die letzte Kostennote kann um Fr. 300.– gekürzt werden, da die Verhandlung eine Stunde früher als vom Rechtsvertreter im Voraus geschätzt zu Ende war und er einen Stundenansatz von Fr. 300.– verrechnet; diese Kostennote ist somit mit Fr. 3'340.85 zu berücksichtigen.

Insgesamt betragen die Kosten deshalb Fr. 14'370.30 (inkl. Auslagen und MwSt.). Diese Aufwendungen erscheinen angemessen. Sie sind ihm in analoger Anwendung von Art. 64 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) aus der Gerichtskasse zu leisten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2996/2006 vom 12. Februar 2008 E. 5.3; vgl. auch MARCEL MAILLARD, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 47 f. zu Art. 65). Es wird indessen ausdrücklich auf Art. 65 Abs. 4 VwVG hingewiesen, wonach die bedürftige Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten hat, wenn sie später zu hinreichenden Mitteln gelangt.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen und Ziff. 3 des vorinstanzlichen Entscheids aufgehoben.

2.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Rechtsanwalt M._____ wird für das vorliegende Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zum amtlichen Beistand ernannt und infolge Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung wird ihm eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 14'370.30 (inkl. Mwst.) aus der Gerichtskasse ausgerichtet.

5.

Dieses Urteil geht an:

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Marianne Ryter Sauvant

Nina Dajcar

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der Staatshaftung können beim Bundesgericht angefochten werden, wenn der Streitwert mindestens Fr. 30'000.– beträgt oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 85 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheides beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: