

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-5774/2009
{T 0/2}

Urteil vom 6. Juli 2010

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richter Bernard Maitre, Richterin Vera Marantelli,
Gerichtsschreiber Philipp J. Dannacher.

Parteien

X. _____,
vertreten durch T & R AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Direktion für Wirtschaftspolitik, Effingerstrasse 31,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Arbeitsbeschaffungsmassnahmen,
Nichteintretensverfügung vom 23. Juli 2008.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin hat in den Jahren 2004 bis 2008 steuerbegünstigte Arbeitsbeschaffungsreserven von Fr. 420'000.– auf einem Sperrkonto angesammelt. Mit Schreiben vom 9. September 2008 ersuchte sie die Vorinstanz, diese Reserven freizugeben, da sie ihr Ladenlokal, um ihre "wirtschaftliche Prosperität zu halten", für Fr. 1,85 Mio. umbauen und damit über die vorhandenen Reserven hinaus Arbeit schaffen werde. Das Instrument steuerbegünstigter Arbeitsbeschaffungsreserven sei auf den 1. Juli 2008 [recte: 1. Januar 2009] aufgehoben worden, so dass eine Freigabe keinen wirtschaftlichen Abschwung mehr erfordere.

B.

Mit Schreiben vom 11. September 2008 antwortete die Vorinstanz, ein Einzelfreigabegesuch sei bei der dafür zuständigen kantonalen Behörde "beco Berner Wirtschaft" einzureichen, die es mit einer Stellungnahme an die Vorinstanz weiterleite.

C.

Die Beschwerdeführerin richtete am 12. September 2008 an die beco Berner Wirtschaft ein Einzelfreigabegesuch. Diese bat mit Faxschreiben vom 18. September 2008 um nähere Angaben zur Bilanz und Auftragslage der Beschwerdeführerin. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2008 lieferte diese Unterlagen, die sie nach eigener Darstellung als florierendes Unternehmen mit steigenden Gewinnen ausweisen. Am 9. Oktober 2008 leitete die beco Berner Wirtschaft das Gesuch mit befürwortender Stellungnahme an die Vorinstanz weiter.

D.

Die Vorinstanz informierte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 15. Dezember 2009, der Bundesrat habe am 12. Dezember 2008 alle Arbeitsbeschaffungsreserven freigegeben (vgl. Art. 16a der Verordnung über die Bildung steuerbegünstigter Arbeitsbeschaffungsreserven, ABRV, AS 2008, 6479). Vom 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2010 eingeleitete und durchgeführte Investitionen würden als Massnahmen anerkannt; nichtverwendete Beträge nach diesem Zeitraum nachversteuert. Sie empfahl der Beschwerdeführerin daher, auf das Einzelfreigabegesuch zu verzichten.

E.

Die Beschwerdeführerin erklärte am 6. Januar 2009, sie wäre mit dem Rückzug ihres Gesuchs einverstanden, falls die allgemeine Freigabe ihre im Jahr 2008 getätigten Investitionen ebenfalls umfasse.

F.

Mit Schreiben vom 15. Januar 2009 widersprach die Vorinstanz, Investitionen vor dem 1. Januar 2009 könnten nicht als Massnahmen im Rahmen der allgemeinen Freigabe anerkannt werden. Die laufende allgemeine Freigabe lasse die Einzelfreigabe aber hinfällig werden.

G.

Die Beschwerdeführerin erkundigte sich mit Schreiben vom 7. April 2009 nochmals nach einer Möglichkeit, sich Investitionen aus dem Jahre 2008 anrechnen zu lassen. Sie machte geltend, dass sie die Umbauten auch erst für Januar 2009 hätte planen können, wenn sie 2008 um den negativen Entscheid gewusst hätte.

H.

Mit Schreiben vom 30. April 2009 hielt die Vorinstanz an ihren Ausführungen fest. Vor einer Freigabeentscheid eingeleitete Massnahmen würden nicht angerechnet. Infolge der allgemeinen Freigabe sei das Einzelfreigabegesuch also gegenstandslos.

I.

Auf Wunsch der Beschwerdeführerin erliess die Vorinstanz am 23. Juli 2009 zu dieser Frage eine Nichteintretensverfügung. Zur Begründung führte sie aus, dass kein Einzelfreigabeentscheid der Beschwerdeführerin erlaube, ihre Investitionen der Jahre 2007 und 2008 auf eine Einzelfreistellung anrechnen zu lassen.

J.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 11. September 2009 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, die Verfügung der Vorinstanz vom 23. Juli 2009 aufzuheben und die Sache zur materiellen Entscheidung zurückzuweisen. Zur Begründung führte sie an, dass die Vorinstanz nur deshalb einen Nichteintretensentscheid gefällt habe, weil sie im Jahre 2008 versäumt hatte, das Gesuch der Beschwerdeführerin mit der nötigen Sorgfalt und Beförderlichkeit zu behandeln. Der Nichteintretensgrund sei erst durch das Verhalten der Vorinstanz geschaffen worden und dürfe nicht dazu

führen, dass die Beschwerdeführerin ihren Anspruch verliere, in der Sache selbst gehört zu werden.

K.

Mit ergänzender Stellungnahme vom 16. September 2009 veranschlagte die Beschwerdeführerin den Streitwert der Beschwerde auf Fr. 92'400.—. Sie bestreite nicht, dass Investitionen in der Regel nur anrechenbar seien, wenn sie zeitlich nach dem Einzelfreigabeentscheid getätigt worden seien. Dieser korrekte Ablauf sei jedoch vorliegend durch das Fehlverhalten der Vorinstanz verunmöglicht worden, weshalb rückwirkend über das Gesuch zu entscheiden sei.

L.

Mit Vernehmlassung vom 5. November 2009 beantragte die Vorinstanz sinngemäss, die Beschwerde abzuweisen. Sie bezweifelte das Bestehen wirtschaftlicher Schwierigkeiten bei der Beschwerdeführerin. Dass die Investitionen vor der Gesuchseingabe eingeleitet wurden, spreche gegen die Freigabe. Ein nachträgliches Eintreten sei nicht möglich, da eine Einzelfreigabe inzwischen unnötig geworden sei und die Beschwerdeführerin jetzt voraussetzungslos auf ihr Reservevermögen zugreifen könne. Auch ein finanzieller Schaden bei nachträglicher Besteuerung sei nicht ersichtlich, da dadurch nur eine frühere Steuerbegünstigung an die öffentliche Hand zurückfallen würde.

M.

Eine Parteiverhandlung wurde nicht durchgeführt.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Der Entscheid der Vorinstanz vom 23. Juli 2009 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 132.32) zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen und nach Art. 33 Bst. d VGG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1985 über die Bildung steuerbegünstigter Arbeitsbeschaffungsreserven (ABRG, SR 823.33) damit auch für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig.

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt. Sie hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung und Änderung und ist darum zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), die Vertreterin hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Mit einer gegen einen Nichteintretensentscheid gerichteten Beschwerde kann grundsätzlich nur vorgebracht werden, die Vorinstanz habe das Bestehen der Eintretensvoraussetzungen zu Unrecht verneint, wie die Beschwerdeführerin dies vorliegend auch beantragt. Insoweit wird der Streitgegenstand vom Nichteintretensentscheid als Anfechtungsobjekt beschränkt (BGE 4A_330/2008 vom 27. Januar 2010 E. 2.1; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.164). Dass sich der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz vorliegend auch mit materiellen Fragen auseinandersetzt, ändert daran nichts (BGE 4A_330/2008 vom 27. Januar 2010 E. 2.1; ANDRÉ MOSER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 3 zu Art. 52). Nur in besonderen Fällen prozessökonomischer Gebote kann eine ausserhalb des Anfechtungsgegenstands liegende Frage, zu der die Vorinstanz sich schon geäußert hat, ausnahmsweise zum Streitgegenstand zählen (BGE 122 V 36 E. 2a mit Hinweisen).

2.2 Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz zu Recht nicht auf das Gesuch eingetreten ist. Art. 9 Abs. 1 ABRG verlangt für eine Einzelfreigabe ein Reservevermögen des Gesuchstellers im Freigabezeitpunkt, weshalb nur zur Reservenbildung berechnete Unternehmen gemäss Art. 2 ABRG, die vor dem Zeitpunkt der Freigabe entsprechende Reserven errichtet haben, für die Stellung eines entsprechenden Gesuchs in Frage kommen. Die Vorinstanz weist an sich zutreffend darauf hin, dass ein Einzelfreistellungsgesuch zudem gegenstandslos wird, wenn eine Freistellung für denselben Zeitraum und dieselbe Branche bereits allgemein verfügt, dem Antrag also bereits entsprochen worden ist.

Die Vorinstanz qualifizierte in diesem Sinne das Einzelfreistellungsgesuch der Beschwerdeführerin als gegenstandslos im Verhältnis zur allgemeinen Freistellung von Art. 16a ABRV (vgl. AS 2008, 6479). Dafür ging sie von der Rechtsauffassung aus, eine Einzelfreistellung sei nur für die Zukunft möglich. Denn nur wenn der Zeitpunkt eines Freistellungsentscheids stets zwingend vor demjenigen der anrechenbaren Investitionen zu liegen hat, wird das Einzelfreistellungsgesuch vom 9. September 2008, falls es nach dem 1. Januar 2009 beurteilt wird, von der ab diesem Datum geltenden, allgemeinen Freistellung von Art. 16a ABRV gänzlich konsumiert. Auch dass die Beschwerdeführerin ausdrücklich mit Bezug auf zurückliegende, bereits im Jahr 2008 getätigte Investitionen eine Freigabe verlangt hatte, vermochte einzig auf Grund der für die Vorinstanz zwingenden gesetzlichen Reihenfolge nichts an diesem Ergebnis zu ändern. Hätte sie eine rückwirkende Freigabe, wie die Beschwerdeführerin sie verlangte, nicht als a priori gesetzeswidrig beurteilt, hätte sie auf das Gesuch stattdessen eintreten und die Voraussetzungen der Freigabe prüfen müssen.

2.3 Als Begründung ihrer Ablehnung jeder rückwirkenden Freistellung verweist die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid auf Art. 9 Abs. 1 ABRG. Im Schreiben vom 15. Januar 2009 an die Beschwerdeführerin hatte sie zudem auf Art. 11 ABRG verwiesen. Nach diesen Bestimmungen kann die Vorinstanz zur Finanzierung von Arbeitsbeschaffungsmassnahmen das im Zeitpunkt der Freigabe vorhandene Reservevermögen auf Gesuch des betroffenen Unternehmens freigeben, wenn diesem Schwierigkeiten drohen oder eingetreten sind, und hat die Vorinstanz für die Durchführung von Arbeitsbeschaffungsmassnahmen gleichzeitig mit der Freigabe eine Frist anzusetzen. Rückwirkende Freistellungsgesuche kommen in diesen und anderen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen nicht ausdrücklich zur Sprache. Die Normen sind darum mit Bezug auf diese Frage erst auszulegen (vgl. zu den Methoden der Gesetzesauslegung das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3984/2009 vom 4. März 2010 E. 3.4).

Art. 8 und 9 ABRG unterscheiden zwei Arten der Freigabe steuerbegünstigter Arbeitsbeschaffungsreserven: Die Allgemeine Freigabe im Sinne von Art. 8 ABRG dient dem ursprünglichen, volkswirtschaftlichen Zweck der Reserven, vorübergehende Beschäftigungsschwierigkeiten in einem Kanton oder Wirtschaftszweig zu überbrücken und durch eine konzertierte Nachfragewirkung einen Investitionsschub auszulösen (MARKUS REICH, Steuervergünstigungen durch Arbeitsbeschaffungs-

reserven, Steuer Revue 1988, 248; Ivo P. BAUMGARTNER, Arbeitsbeschaffungsreserven, Zürich 1992, S. 171; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3984/2009 vom 4. März 2010 E. 3.4.4). Die Einzelfreigabe nach Art. 9 ABRG bezweckt hingegen keine allgemeine Konjunkturförderung, sondern soll in Härtefällen, wenn ein Unternehmen in Schwierigkeiten steckt, die Wirkung der Reservenbindung mildern (BAUMGARTNER, a.a.O., S. 177; REICH, a.a.O., S. 248; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1962/2007 vom 21. Januar 2008, E. 2 und 4). Ein Interesse an einer pünktlich, in einem eng definierten Zeitraum und unter Kontrolle der Konjunkturbehörde umgesetzten Freigabe besteht auf Grund dieser Zwecküberlegungen nur bei einer allgemeinen Freigabe. Für die Durchführung der Einzelfreigabe sind dagegen vor allem die unternehmerischen Schwierigkeiten massgeblich, die zu ihrer Genehmigung geführt haben. Hier ist kein Grund ersichtlich – und die Vorinstanz macht auch keinen geltend – warum der Zweck der Freigabe nur durch nachträgliche Investitionen erreicht werden könnte, beziehungsweise als Schwierigkeiten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 ABRG nur Schwierigkeiten gelten könnten, die *kein* sofortiges Eingreifen erfordern (vgl. BAUMGARTNER, a.a.O., S. 170). Haben kurzlebige Märkte, verderbliche Waren oder eine schwankende Nachfrage vielmehr rascher Investitionen bedurft, kann es durchaus dem Sinn von Art. 9 ABRG entsprechen und ist durch das System der Arbeitsbeschaffungsreserven nicht ausgeschlossen, dass einem dadurch in Not geratenen Unternehmen eine Auflösung von Reserven im Umfang der entgangenen Liquidität bewilligt wird. Umgekehrt wäre es ihm in manchen Fällen nicht zumutbar, mit der Bekämpfung plötzlicher wirtschaftlicher Bedrohungen oder anderen Schwierigkeiten zuzuwarten, bis die Vorinstanz das ihr von der zuständigen Behörde überwiesene Freigabegesuch geprüft und die Einzelfreigabe bewilligt hat. Art. 11 ABRG, wonach im Freigabeentscheid eine Frist für die Durchführung anzusetzen ist, ist darum zwar als Ausführungsbestimmung für Freigaben, aber nicht als Kriterium zulässiger "Schwierigkeiten" nach Art. 9 Abs. 1 ABRG zu verstehen, welches den Zugang zur Einzelfreigabe kategorisch einschränken soll. Folgerichtig wiederholt und konkretisiert Art. 8 ABRV die Bestimmung von Art. 11 ABRG darum nur für allgemeine Freigaben und bleiben Einzelfreigaben unerwähnt. Welche Schwierigkeiten im Sinne von Art. 9 ABRG die Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch konkret geltend gemacht hat, betrifft die Frage der materiellen Prüfung und ist für die Eintretensfrage der Vorinstanz darum unerheblich. Die Vorinstanz hat im Sinne dieser Erwägungen in genereller Weise zu prüfen, welche Voraussetzungen an im Zeitpunkt der Beurteilung

getätigte Investitionen zu stellen sind, damit eine Freigabe gewährt werden kann (vgl. hierzu die Ausführungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1962/2007 vom 21. Januar 2008 E. 4), aber auch ihre bisherige Einzelfreigabep Praxis und die Argumente der Beschwerdeführerin und des Verbandes beco Berner Wirtschaft im vorliegenden Fall zu berücksichtigen. Ein Einzelfreistellungsgesuch ist somit auch für bereits getätigte Investitionen grundsätzlich zulässig.

2.4 Das Gesuch der Beschwerdeführerin wurde entgegen der Annahme der Vorinstanz auch nicht von der allgemeinen Freigabe nach Art. 16a ARBV konsumiert und dadurch gegenstandslos. Zwar hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin wiederholt auf die kommende, später auf die begonnene, allgemeine Freigabe hingewiesen. Die Beschwerdeführerin scheint indessen die sich für sie daraus ergebende Möglichkeit, ihre Reserven ohne Einzelfreigabe und Nachsteuer für Investitionen in den Jahren 2009 und 2010 verwenden zu dürfen, gar nie missverstanden zu haben. Ihr Gesuch war von Beginn weg auf eine Einzelfreigabe für vor der allgemeinen Freigabe getätigte Investitionen gerichtet, und die letztmalige allgemeine Freistellung, die sie bereits in ihrem ersten Schreiben erwähnte, war ihr, wenn auch ohne den genauen Zeitrahmen, grundsätzlich bekannt. Da der Bundesrat diese erst im Dezember 2008 kurzfristig in Kraft setzte, so dass die Beschwerdeführerin ihren Umbau nicht entsprechend planen konnte, nach welchem sie keine grösseren Investitionen mehr vor hatte, überkreuzte sich ihr Gesuch um Einzelfreigabe mit der allgemeinen Freistellung nicht. Darum wäre darauf einzutreten gewesen.

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, dass die Vorinstanz ihr Gesuch verzögert und seine rechtzeitige Genehmigung verunmöglicht habe. Der Vorinstanz ist aber ebensowenig wie der Beschwerdeführerin zur Last zu legen, dass der Zeitrahmen der letzten allgemeinen Freigabe vom 12. Dezember 2008 auf den 1. Januar 2009 derart spät und kurzfristig publik wurde. Das Freigabegesuch enthält weder eine Aufforderung zur beschleunigten Erledigung, noch Angaben über einen geplanten Umbaubeginn, so dass der Vorinstanz die zwar nach einer Literaturmeinung von BAUMGARTNER eher lange, nicht aber übermässige Erledigungsdauer von rund zwei Monaten nicht vorgeworfen, jedenfalls kein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Vertrauensschutz daraus abgeleitet werden kann (BAUMGARTNER, a.a.O., S. 188: 1 Monat). Wenn die Vorinstanz die Voraussetzungen der Beschwerdeführerin für eine Einzelfreigabe mit Bezug auf bereits ver-

gangene Investitionen materiell prüft (vgl. E. 2.3), wird sie berücksichtigen und ihr zugute halten, dass das Gesuch bereits vor dem Umbau eingereicht wurde. Dies entbindet die Beschwerdeführerin aber nicht von der Prüfung der üblichen Voraussetzungen entsprechender Gesuche.

Die Vorinstanz ist somit zu Unrecht nicht auf das Gesuch der Beschwerdeführerin eingetreten. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.

Bei diesem Prozessausgang ist der obsiegenden Beschwerdeführerin der bezahlte Kostenvorschuss zurück zu erstatten (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Es ist ihr aus der Bundeskasse eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten des Beschwerdeverfahrens zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Angesichts des einfachen Schriftenwechsels erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– (inkl. MWST) angemessen. Der Vorinstanz sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Verfügung der Vorinstanz vom 23. Juli 2009 aufgehoben und die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Bundeskasse eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– (inkl. MWST) ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref.: ABR-Nr.: BE-0198; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement EVD (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David Aschmann

Philipp J. Dannacher

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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 8. Juli 2010