

BVGer B-199/2009 vom 20. Oktober 2009

Bundesverwaltungsgericht, 2009-10-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-199_2009

FR: TAF B-199/2009 du 20 octobre 2009

IT: TAF B-199/2009 del 20 ottobre 2009

Regeste

Geldwäscherei

Erwägungen

E. 1

Am 1. Januar 2009 ist das FINMAG vollständig in Kraft getreten. Die EBK, das BPV und die Kontrollstelle wurden damit in der "Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA)" zusammengeführt, welche als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit den Finanzmarkt beaufsichtigt (Art. 4 FINMAG). Die FINMA übernimmt alle Verfahren der EBK, des BPV und der Kontrollstelle, die bei Inkrafttreten des FINMAG hängig sind (Art. 58 Abs. 3 FINMAG). Die Verfügung der Kontrollstelle vom 25. November 2008 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG. Diese Verfügung kann nach Art. 54 FINMAG im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege (Art. 44 ff. VwVG i.V.m. Art. 31 ff. und Art. 37 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]) mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Der Beschwerdeführer als Adressat der angefochtenen Verfügung ist durch diese berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (vgl. Art. 46 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2

Der Beschwerdeführer macht einerseits einen Mangel formaler Art geltend, indem er die Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt. Zum anderen beanstandet er materiellrechtlich relevante Punkte, insbesondere die Zurechnung von Vorbereitungskosten für die FINMA der Kontrollstelle und die Überwälzung auf die Beaufsichtigten. Zunächst werden die Fragen formaler Art geprüft.

E. 3

Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung von wesentlichen Verfahrensbestimmungen geltend, namentlich eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. eine Verletzung der Begründungspflicht.

E. 3.1

Die entsprechenden Verfahrensgarantien sind formeller Natur, mit der Folge, dass deren Verletzung - ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selber - grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (vgl. statt vieler: BGE 126 I 19 E. 2d/bb S. 24, mit Hinweis). Die Verfahrensrügen sind deshalb vorweg zu prüfen.

E. 3.2

Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101) kommt gemäss Art. 29 VwVG den Parteien zu und dient einerseits der Sachverhaltsabklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Er beinhaltet eine ganze Reihe von Verfahrensgarantien, die in Art. 26 ff. VwVG konkretisiert worden sind. So umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör die Rechte der Parteien auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung. Bevor die Behörde einen Entscheid trifft, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift, hat sie ihn davon in Kenntnis zu setzen und ihm Gelegenheit zu geben, sich vorgängig zu äussern (Art. 30 VwVG; BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 120 IB 379 E. 3b mit Hinweisen). Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs leitet das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung auch die Pflicht der Behörden ab, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen. Die Begründung eines Entscheids muss deshalb so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (BGE 129 I 232 E. 3.2 mit Hinweisen).

E. 3.3

Nach der Rechtsprechung kann eine Verletzung des Gehörsanspruchs aber als geheilt gelten, wenn die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs (also etwa die unterlassene Anhörung, Akteneinsicht oder Begründung) in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Die Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt, zudem darf dem Beschwerdeführer kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (BGE 129 I 129 E. 2.2.3; 126 V 130 E. 2b; 126 I 68 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 1A.234/2006 vom 8. Mai 2007 E. 2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-1737/2006 vom 22. August 2007 E. 2.2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 986 f.). Bei Verstössen gegen die Begründungspflicht wird der Mangel als behoben erachtet, wenn die Rechtsmittelbehörde eine hinreichende Begründung liefert oder wenn die unterinstanzliche Behörde anlässlich der Anfechtung ihres Entscheides eine genügende Begründung nachschiebt, etwa in der Vernehmlassung (Urteil des BVGer A-1737/2006 vom 22. August 2007 E. 2.2).

E. 3.4

Das Bundesverwaltungsgericht verfügt im vorliegenden Beschwerdeverfahren über die volle Kognition in Sach- und Rechtsfragen, und dem Beschwerdeführer stehen dieselben Mitwirkungsrechte wie im Verfahren vor der Vorinstanz zu (vgl. Art. 49 VwVG). Die Vorinstanz hat im Rahmen der Vernehmlassung die Zusatzdokumentation der Staatsrechnung 2007 eingereicht, so dass die Zurechnung der Kosten auf die Kontrollstelle und Überwälzung auf die Beaufichtigten auch für das Jahr 2007 nachvollziehbar wurden, und der Beschwerdeführer konnte in seiner Replik dazu Stellung nehmen. Hinzu kommt, dass sie unmissverständlich zu erkennen gab, dass sie in der Sache nach wie vor gleich entscheiden würde, so dass die Rückweisung wenig Sinn hätte, weil sich das Bundesverwaltungsgericht dann ein zweites Mal mit der Sache befassen müsste, diesmal mit den materiellen Anliegen. Im Übrigen beruht die Gehörsverletzung der Vorinstanz auf einem blossen Versehen, bestehen doch keine Hinweise, dass sie die Gehörsverletzung bewusst in Kauf genommen hat oder gar regelmässig den gleichen Verfahrensfehler begeht, was eine Heilung nicht mehr rechtfertigen liesse (Bernhard Waldmann/Jörg Bickel, in: Waldmann/ Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 29 N 126 mit Hinweisen, Art. 29 N 140 mit Hinweis auf Urteil des BVerG D-5684/2007 vom 26.10.2007 E. 4.4.). Ausgehend davon ist es insgesamt gerechtfertigt, die Gehörsverletzung im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht als geheilt zu betrachten. Damit kann ein formalistischer Leerlauf, welcher mit einer Rückweisung an die Vorinstanz verbunden wäre, vermieden werden.

E. 4

In der Sache selbst ist umstritten, ob die Projektkosten FINMA, die in den Jahren 2006 und 2007 angefallen sind, der Kontrollstelle zugerechnet und auf die Beaufichtigten überwält werden durften.

E. 4.1

Gemäss der Kostenstellenrechnung für 2006 betragen die Projektkosten FINMA der Kontrollstelle Fr. 354'000.-- (BB 5). Diese wurden, wie erwähnt, der Aufsichtsabgabe 2007 nicht belastet (Beschwerde S. 3 sowie BB 5). Entgegen der Befürchtung des Beschwerdeführers wurden diese - wie in der Vernehmlassung vom 26. März 2009 der Vorinstanz dargelegt - auch nicht der Aufsichtsabgabe 2008 belastet. Dies anerkennt denn auch der Beschwerdeführer in seiner Replik vom 25. Mai 2009 (Seite 3) ausdrücklich, so dass sich weitere Ausführungen dazu erübrigen. Die Projektkosten FINMA der Kontrollstelle im Jahr 2006 im Umfang von Fr. 354'000.-- sind demnach weder in der Aufsichtsabgabe 2007 noch 2008 enthalten. Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang beantragt, die Vorinstanz sei gerichtlich aufzufordern, das Schreiben des Rechtsdienstes EFD vom 15. Mai 2007 sowie alle Korrespondenzen, Weisungen etc., die sich mit der Frage der Verbuchung der Vorbereitungsarbeiten FINMA der Kontrollstelle in der Staatsrechnung 2006 befassen, zu edieren, ist diesem Antrag nicht stattzugeben, weil der Sachverhalt erstellt ist.

E. 4.2

Anders als für das Jahr 2007 (vgl. E. 4.1) wurden indessen für das Jahr 2008 die internen sowie ein Anteil der externen Kosten für die Vorbereitung der FINMA den Beaufichtigten der Kontrollstelle mittels Aufsichtsabgabe überwält. Streitig und zu prüfen bleibt daher, ob dies zulässig war. Dabei gelten als interne Projektkosten die innerbetrieblichen Kosten bzw.

die eigenen Aufwendungen der Kontrollstelle und als extern diejenigen Kosten, welche für die Projektorganisation FINMA angefallen sind (einschliesslich der Kosten für externe Beratung [VB 5]).

E. 4.2.1

Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, erfolgte die Rechnungsstellung für die Aufsichtsabgabe 2008 gestützt auf die zu diesem Zeitpunkt in Kraft stehende gesetzliche Abgaberegelung (Art. 22 GwG). Gemäss Art. 22 Abs. 2 Satz 1 GwG deckt die Aufsichtsabgabe die Aufsichtskosten der Kontrollstelle, soweit sie nicht aus dem Ertrag der Gebühren gedeckt sind. Wie im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2008/56 in Erwägung 4.2 - 4.5 einlässlich dargelegt (vgl. hierzu vorne Bst. A), ergibt sich aus den Materialien zu Art. 22 GwG und den Regelungen in anderen Bereichen der Finanzmarktaufsicht, dass der Begriff der durch die Aufsichtsabgabe zu deckenden Kosten weit zu verstehen ist. Über Art. 22 Abs. 3 GwG sollen sämtliche Kosten der Kontrollstelle überwält werden, die nicht durch Gebühren gedeckt werden können. Hiervon ging auch das Parlament aus, denn in seinen Beratungen wurde davon gesprochen, dass darunter die Kosten für die Bearbeitung von Auslegungsfragen, Fragen zur Unterstellung von Tätigkeiten unter das Geldwäschereigesetz, Recherchen im Rahmen der Marktaufsicht, Kosten für Personal, Büro, Konferenzbesuche im Ausland und allgemeine staatliche Tätigkeiten fielen. Der Gesetzgeber hat den Beaufichtigten somit sämtliche Kosten und nicht nur die Aufsichtskosten im engeren Sinne auferlegen wollen. Bei den Kosten im Umfang von Fr. 517'000.-- (inklusive eines Anteils von Fr. 76'000.-- am Gesamtprojekt) handelt es sich nicht um Vorbereitungskosten für "irgend eine Behörde" wie der Beschwerdeführer anzunehmen scheint, sondern um Vorbereitungskosten für die "Finanzmarktaufsicht" FINMA, welche am 1. Januar 2009 die Funktionen des BPV, der EBK sowie der Kontrollstelle übernahm. Sowohl die internen als auch die externen Vorbereitungskosten für die FINMA fallen damit nach dem Gesagten ohne weiteres unter den Begriff derjenigen Kosten, welche durch die Aufsichtsabgabe zu decken sind. Zum gleichen Ergebnis führt die Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, in welcher wörtlich ausgeführt wird "Die Vorlage hat insofern keine Auswirkungen auf den Bundeshaushalt, als die drei Behörden vollständig durch Gebühren und Aufsichtsabgaben finanziert sind" und "Die Kosten der Projektorganisation (z.B. zusätzliche Ressourcen, externe Beratung) werden von den betroffenen Behörden jeweils selber getragen" (BBl 2006 S. 2913). Das bedeutet, dass diese Staatsaufgabe weiterhin für den Bund kostenneutral wahrgenommen wird, und dass die Kosten der jeweiligen Teilaufgaben rechnerisch den entsprechenden Organisationseinheiten zugeordnet werden, aus welchen Betreffnissen sich hernach die zu überwältenden Beträge ergeben. Dass es die FINMA im Zeitpunkt des Anfallens ihrer Projektkosten nicht in der heutigen Form gegeben hat, ändert nichts am Umstand, dass auch diese Kosten gestützt auf Art. 22 GwG auf die Beaufichtigten zu überwält waren. Bei diesen Projektkosten handelt es sich um die Abgeltung des Aufwands für eine gesetzliche, von der Kontrollstelle wahrzunehmende Aufgabe, die später von der FINMA wahrzunehmen ist. Der Aufwand steht somit in direktem Zusammenhang zur Tätigkeit der Kontrollstelle. Wie bereits im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2008/56 in Erwägung 4.4 dargelegt, hat das Parlament seinen dahingehenden Willen beim Erlass des FINMAG erneut bekräftigt. Art. 15 Abs. 1 FINMAG sieht nämlich vor, dass von den Beaufichtigten jährlich eine Aufsichtsabgabe erhoben wird für die Kosten der FINMA, die nicht durch Gebühren gedeckt sind. Der Nationalrat lehnte einen Minderheitsantrag, der die überwältbaren Kosten auf die "reinen

Aufsichtskosten ohne allgemeine staatliche Tätigkeiten der FINMA" reduzieren wollte, mit deutlichem Mehr ab (AB 2007 N 81 ff.) und der Ständerat stimmte dem Beschluss des Nationalrates diskussionslos zu (AB 2007 S. 411 f.). Damit kann kein Zweifel daran bestehen, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, die gesamten (nicht durch Gebühren gedeckten) Kosten der Aufsichtsbehörde auf die Beaufsichtigten zu überwälzen. Weil die fraglichen Projektkosten vor dem vollständigen Inkrafttreten des FINMAG angefallen sind, mussten sie - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers - noch gestützt auf das GwG auf die Beaufsichtigten überwält werden.

E. 4.2.2

Was die externen Projektkosten der FINMA in der Höhe von Fr. 76'195.-- anbelangt, so hat die Vorinstanz dargelegt, dass es sich dabei um einen Anteil von 6.9 % der gesamten externen Projektkosten in der Höhe von Fr. 1'099'644.-- handelt, und dass der EBK und dem BPV der restliche Anteil von 93.1 % belastet worden ist. Die Kostenzuweisung erfolgte aufgrund der budgetierten Ausgaben der drei Aufsichtsbehörden, was sachgerecht ist. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Kontrollstelle habe zum Gesamtaufwand von Fr. 1'099'644.-- im Jahr 2007 einen überproportionalen Aufwand von 47 % (Fr. 517'000.--) beigesteuert, kann dem damit nicht gefolgt werden.

E. 4.2.3

Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, die EBK weise für das Jahr 2007 bei einem betrieblichen Gesamtaufwand von Fr. 32'636'409.-- Aufwendungen für Vorbereitungen der FINMA von Fr. 668'453.-- aus, was 2.05 % des Gesamtaufwands der EBK entspreche; demgegenüber betrage der entsprechende Koeffizient bei der Kontrollstelle 13.65 % für die gesamten Vorbereitungskosten FINMA (intern und extern). Auch das BPV habe mit Fr. 354'696.-- lediglich 1.8 % des Gesamtaufwands von Fr. 19'747'267.-- eingesetzt. Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich bei Fr. 668'453.-- (EBK) und Fr. 354'696.-- (BPV) lediglich um die externen Vorbereitungskosten für die FINMA handelt. Die Vorinstanz hat in ihrer Vernehmlassung dargelegt, dass die internen Vorbereitungskosten für die FINMA, welche bei diesen beiden Organisationseinheiten angefallen sind, mangels Erstellung von Kostenstellenrechnungen gar nicht erfasst wurden. Ergänzend führte sie in der Vernehmlassung aus, dass sich die externen Projektkosten auf Fr. 1'099'644.-- (Fr. 668'453.-- [EBK] + 354'696.-- [BPV] + 76'195.-- [Kontrollstelle]) belaufen. Die vom Beschwerdeführer errechneten Verhältniszahlen von 2.05 % (EBK) und 1.8 % (BPV) sind demnach nicht aussagekräftig, da sie bei diesen beiden Organisationseinheiten nur die externen Projektkosten, nicht jedoch die - um einiges höheren - internen Projektkosten für die FINMA beinhalten. Wurden die innerbetrieblichen Kosten der EBK und des BPV für das Projekt FINMA nicht gesondert ermittelt, heisst das, entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers, nicht, dass ihre Überwälzung auf die Beaufsichtigten unterblieben wäre. Sie erfolgte - da nach dem Gesagten der Grundsatz der Kostenneutralität gilt - zusammen mit den erfassten Betriebskosten.

E. 4.2.4

Der Beschwerdeführer ist ferner der Auffassung, dass die Aufgaben der zu bildenden FINMA mit den Aufgaben der EBK, des BPV und der Kontrollstelle nicht deckungsgleich seien. Neu hinzu käme die Aufsicht nach dem Kollektivanlagengesetz (KAG, SR 951.31) und über die Prüfgesellschaften. Soweit der Beschwerdeführer damit sagen will, zumindest die Vorbereitungskosten für diesen Teilbereich der Aufsicht über die Finanzinstitute hätten

nicht überwältigt werden dürfen, vermag er ebensowenig durchzudringen. Der Bundesrat hat am 22. November 2006 die Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen (KVV) genehmigt und diese zusammen mit dem KAG auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt. Mit dem neuen KAG wurde der Geltungsbereich des Gesetzes gegenüber dem AFG erheblich ausgeweitet. Damit weitete sich auch die Aufsichtstätigkeit der EBK erheblich aus, weil diese nun auch die gesellschaftsrechtlichen Formen der kollektiven Kapitalanlagen umfasste. Damit die EBK auch für die Beaufsichtigung der neuen Institute Abgaben und Gebühren verlangen konnte, wurde die Verordnung über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die EBK (EBK-GebV) entsprechend geändert (Baker & McKenzie Zürich [Hrsg.], Recht der kollektiven Kapitalanlagen, Bern 2007, S. 4 f.). Damit steht fest, dass den kollektiven Kapitalanlagen, nachdem das entsprechende Gesetz bereits am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, die internen und externen Kosten für die Vorbereitung der FINMA 2007 der EBK mittels der Aufsichtsabgabe für 2008 überwältigt wurden. Nicht anders verhält es sich im Hinblick auf die Prüfgesellschaften. Die Aufsicht war seit jeher dualistisch, d.h. die von der FINMA beaufsichtigten Institute waren bereits zuvor gehalten, eine Prüfgesellschaft zu beauftragen, welche die Einhaltung sämtlicher aufsichtsrechtlicher Bestimmungen prüfte (statt vieler: Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2. Aufl., Bern 2004, Rz 286). Diese wiederum wurden von den Vorgängerorganisationen der FINMA überwacht. Es trifft demzufolge nicht zu, dass die Überwachung der Prüfgesellschaften erst mit der Schaffung der FINMA eingeführt worden wäre und demzufolge die Prüfgesellschaften nichts zur Finanzierung der FINMA beigetragen hätten. Es kommt hinzu, dass die neue (finanzmarktrechtliche) Aufsichtsbehörde über die Revisionsstellen - also die sog. Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (RAB), die ihre Tätigkeit am 1. September 2007 in Angriff nahm - nicht in die FINMA integriert wurde, so dass nicht einzusehen ist, weshalb die Prüfgesellschaften sich an den Vorbereitungskosten für die FINMA hätten beteiligen sollen.

E. 5

Die Beschwerde ist demnach vollumfänglich abzuweisen. Stehen wie hier Vermögensinteressen auf dem Spiel, bemisst sich die Gerichtsgebühr grundsätzlich nach dem Streitwert, sowie nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 i.V.m. Art. 4 VGKE). In Bezug auf die Verfahrenskosten ist den festgestellten Verletzungen des rechtlichen Gehörs und deren Heilung im vorliegenden Verfahren (E. 3.1 - 3.4) angemessen Rechnung zu tragen (BGE 126 II 111 E. 7b; 126 I 68 nicht veröffentlichte E. 5). Eine reduzierte Gerichtsgebühr von Fr. 2'500.-- erscheint als angemessen, und dem Beschwerdeführer sind Fr. 500.-- aus der Gerichtskasse zurück zu erstatten. Der zur Hauptsache unterliegende Beschwerdeführer hat indessen keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario). Die bereits im Urteil des BVGer B-2331/2006 in E. 8.2 aufgeworfene Frage, ob eine Parteientschädigung aufgrund von Art. 9 Abs. 2 VGKE ausgeschlossen ist, weil der Anwalt des Beschwerdeführers dessen Präsident ist und zu dessen Vorstandsmitgliedern gehört, kann somit offen bleiben. Die Vorinstanz, die im vorliegenden Fall obsiegt, hat als Bundesbehörde ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.