Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-1827/2012

Urteil vom 1. Oktober 2012

Besetzung

Richter Michael Peterli (Vorsitz),
Richter Daniel Stufetti,
Richter Stefan Mesmer,
Richter Beat Weber,
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz,
Gerichtsschreiberin Susanne Fankhauser.

Parteien

X._____ AG,
vertreten durch lic. iur. Ulrich Keusen, Rechtsanwalt, und
lic. iur. LL.M. Kathrin Lanz, Rechtsanwältin,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Sozialversicherungen BSV,
Effingerstrasse 20, 3003 Bern,
Vorinstanz,

Ausgleichskasse B._____,
Beigeladene.

Gegenstand

AHV, Zulassung als Revisionsstelle.

Sachverhalt:

A.
Die X._____ AG (bis Januar 2012 Y._____ AG; im Folgenden: X._____) mit Sitz in A._____ bezweckt gemäss Eintrag im Handelsregister das Erbringen von Dienstleistungen in den Bereichen Wirtschaftsberatung, Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung sowie aller damit direkt oder indirekt zusammenhängenden Aufgaben und Tätigkeiten.

A.a Am 20. Mai 2011 stellte die X._____ dem Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) den Entwurf eines Zulassungsgesuchs für die Prüfung von Ausgleichskassen der Alters- und Hinterlassenenvorsorge (AHV) und die Durchführung von Arbeitgeberkontrollen zu, mit der Bitte, diesen zu prüfen und allfällige Änderungen und Korrekturen mitzuteilen. Das rechtsgültig unterzeichnete Gesuch werde dem BSV danach umgehend eingereicht (BSV-act. 1). Mit Schreiben vom 27. Juni 2011 nahm das BSV wie folgt Stellung: "Wir nehmen Kenntnis von den Vorkehrungen, welche ihre Firma getroffen hat, um diese Zulassung zu erhalten. Dazu gehört vor allem die mit der AK [Ausgleichskasse] B._____ getroffene Zusammenarbeitsvereinbarung. Wir stellen fest, dass verschiedene Personen, welche in Ihrem Gesuch erwähnt werden, aufgrund ihrer früheren Tätigkeiten (…) über die notwendigen Kenntnisse für die Ausübung eines solchen Mandates verfügen. Einen wesentlichen Punkt der Zulassungsbedingungen erfüllt Ihre Firma jedoch nicht:" Aufgrund des Art. 165 Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV, SR 831.101) "müssen sich Antragsteller über Aufträge von mindestens drei Ausgleichskassen ausweisen. Dies ist bei Ihnen nicht der Fall. Aus diesem Grund kann das BSV nicht auf Ihre Anfrage eintreten (…)".

A.b Mit Eingabe vom 18. Juli 2011 gelangte die X._____ erneut ans BSV und ersuchte um eine Besprechung. Sie machte geltend, die gleichzeitige Akquisition von drei neuen Ausgleichskassenmandaten sei aufgrund der herrschenden Marktbedingungen weder realistisch noch zumutbar. Es sollte eine für beide Seiten gangbare Lösung gefunden werden, zumal die X._____ vor rund zwei Monaten von der AK B._____ als neue Revisionsstelle ab dem Geschäftsjahr 2011 gewählt worden sei. Weiter wies sie – im Sinne einer möglichen Lösung – auf eine Zusicherung der Finma hin, wonach ihr im Bereich Privatversicherungen eine Übergangsfrist gewährt werde, um die geforderte Anzahl Revisionsmandate zu erreichen (BSV-act. 3). Das BSV teilte der X._____ mit Schrei-

ben vom 9. August 2011 mit, Art. 165 Abs. 2 Bst. b AHVV gewähre keinen Interpretationsspielraum. Die Bestimmung habe zum Zweck, die hohe Qualität der Kassenrevisionen in diesem sehr spezialisierten Umfeld durch eine Mindestanzahl an Aufträgen zu gewährleisten. Auf ein Gesuch könne nur eingetreten werden, wenn verbindliche Absichtserklärungen von mindestens drei Ausgleichskassen über die Mandatsvergabe an eine neue Revisionsfirma vorlägen (BSV-act. 4).

A.c Mit Datum vom 31. August 2011 stellte die X._____ ein Gesuch um Zulassung (befristet auf drei Jahre) als externe Revisionsstelle im Sinne von Art. 165 Abs. 2 AHVV für die Durchführung von Kassenrevisionen, wobei sie einleitend auf eine telefonische Besprechung mit dem Leiter des Geschäftsfeldes AHV des BSV vom 26. August 2011 verwies (BSV-act. 5). Dem Gesuch beigelegt waren namentlich Unterlagen zum Nachweis der Fachkompetenz sowie die Auftragsbestätigung der AK B._____.

A.d Nachdem die X._____ dem BSV den Bericht vom 21. Dezember 2011 über die Hauptrevision bei der AK B._____ eingereicht hatte (BSV-act. 6), hielt das Amt mit Schreiben vom 6. Februar 2012 fest, die X._____ verfüge nicht über eine Zulassung als Revisionsstelle von AHV-Ausgleichskassen; ihre Zulassungsgesuche seien mit Schreiben vom 27. Juni und 9. August 2011 "klar abgelehnt" worden (BSV-act. 9). In ihrer Stellungnahme vom 22. Februar 2012 machte die X._____ geltend, das (formelle) Zulassungsgesuch vom 31. August 2011 sei aufgrund eines Telefongesprächs mit dem Leiter des Geschäftsfeldes AHV des BSV eingereicht worden. Auf dieses Gesuch habe sie bis heute weder eine Empfangsbestätigung noch eine Antwort erhalten. In ihrem Zulassungsgesuch habe sie erwähnt, dass sie von der AK B._____ als Revisionsstelle für die Prüfung des Geschäftsjahres 2011 gewählt worden sei. Weil die Verordnung für eine Zulassung mindestens drei Mandate voraussetze – womit der Marktzutritt für neue Prüfungsgesellschaften praktisch verunmöglicht würde – und das Amt auf das Gesuch nicht reagiert habe, habe sie faktisch keine andere Möglichkeit gehabt, als die vertraglich vereinbarte Revision ohne entsprechende Zulassung auszuüben (BSV-act. 10).

A.e Mit uneingeschriebenem Brief vom 2. März 2012 stellte das BSV unter anderem fest, dass die X._____ Rechtsvorschriften verletzt habe, indem sie – ohne entsprechende Zulassung – die Hauptrevision 2011 der AK B._____ vorgenommen habe. Danach folgt (hervorgehoben): "Ihr

Gesuch vom 31. August 2011 um Zulassung der Firma T&R AG als Revisionsstelle für AHV-Ausgleichskassen wird somit abgelehnt." Der X._____ sei es somit untersagt, weitere Revisionshandlungen bei AHV-Ausgleichskassen vorzunehmen. Dies gelte insbesondere auch für die Abschlussrevision 2011 bei der AK B._____ (BSV-act. 13).

B.
Die X._____ liess am 4. April 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben und – in der Hauptsache – folgendes Rechtsbegehren stellen: "Die Verfügung des BSV vom 2. März 2012 sei aufzuheben und das Gesuch um Zulassung als Revisionsstelle von AHV-Ausgleichskassen sei gutzuheissen." Weiter liess sie den Erlass folgender vorsorglicher Massnahmen beantragen: Bis zum Entscheid in der Hauptsache sei der X._____ AG zu erlauben, Revisionshandlungen bei AHV-Ausgleichskassen vorzunehmen. Eventualiter sei der X._____ bis zum Entscheid in der Hauptsache zu erlauben, die Abschlussrevision 2011 sowie die Revision des Geschäftsjahres 2012 bei der AK B._____ vorzunehmen (act. 1).

Zur (materiellen) Begründung wird insbesondere geltend gemacht, Art. 165 Abs. 2 Bst. b AHVV verstosse gegen die verfassungsmässig garantierte Wirtschaftsfreiheit und das Rechtsgleichheitsgebot. Zudem sei die Bestimmung in sich widersprüchlich bzw. beruhe auf einem Zirkelschluss: Nur wer zugelassen sei, könne sich um Mandate bemühen – nur wer drei Mandate habe, werde zugelassen. Weil die übrigen Voraussetzungen ohne Zweifel erfüllt seien, hätte ihr die Vorinstanz eine (befristete) Zulassung nicht verweigern dürfen. Das Verbot, weitere Revisionshandlungen vorzunehmen sei unverhältnismässig und verstosse gegen Treu und Glauben. Im Übrigen gehe aus der angefochtenen Verfügung nicht hervor, auf welche Gesetzesbestimmungen sich ein solches Verbot stützen könnte.

C.
Mit Zwischenverfügung vom 12. April 2012 (act. 2) wurde die AK B._____ zum Verfahren beigeladen. Der mit gleicher Zwischenverfügung auf Fr. 2'000.- festgesetzte Kostenvorschuss ging am 19. April 2012 bei der Gerichtskasse ein (act. 4).

D.
Mit Eingabe vom 23. April 2012 (act. 5) nahm die Beigeladene zu den von

der Beschwerdeführerin beantragten vorsorglichen Massnahmen und zum Begehren in der Hauptsache Stellung.

E.
In ihrer Stellungnahme vom 23. April 2012 zur Frage vorsorglicher Massnahmen beantragte die Vorinstanz, das Eventualbegehren gemäss Ziff. 3 betreffend Abschlussrevision 2011 sei als gegenstandslos abzuschreiben, weil der Beschwerdeführerin – im Interesse der AK B._____ – bewilligt worden sei, die Revision 2011 zu Ende zu führen. Im Übrigen seien die Begehren betreffend vorsorgliche Massnahmen abzuweisen (act. 6).

F.
Mit Zwischenverfügung vom 30. April 2012 hiess der zuständige Instruktionsrichter das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen teilweise gut (act. 8). Die Beschwerdeführerin wurde ermächtigt, bis zum Entscheid in der Hauptsache die Abschlussrevision 2011 sowie die Revision des Geschäftsjahres 2012 bei der AK B._____ vorzunehmen.

G.
In ihrer Vernehmlassung vom 4. Juni 2012 beantragte die Vorinstanz, auf die Beschwerde sei mangels Anfechtungsobjekt nicht einzutreten. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen (act. 11). Zur Begründung des Hauptantrages führte sie im Wesentlichen aus, dem Schreiben vom 2. März 2012 fehlten nicht nur die formellen Elemente einer Verfügung, sondern auch der materielle Verfügungscharakter. In materieller Hinsicht machte sie insbesondere geltend, Art. 165 Abs. 2 Bst. b AHVV sei weder gesetz- noch verfassungswidrig.

H.
Die Beschwerdeführerin bestätigte mit Eingabe vom 19. Juni 2012 das in der Beschwerde gestellte Rechtsbegehren in der Hauptsache, ohne zu den Ausführungen der Vorinstanz Stellung zu nehmen (act. 14). Die Beigeladene verzichtet darauf, eine Replik einzureichen (act. 15).

I.
Auf die weiteren Vorbringen und die eingereichten Akten wird, soweit für die Entscheidfindung erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.1 Anfechtungsobjekt einer Beschwerde ist gemäss Art. 44 VwVG eine Verfügung.

1.1.1 Als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG gelten Anordnungen der Behörden in Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand haben. Auch die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten sowie die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren stellen eine Verfügung dar (Art. 5 Abs. 1 Bst. a-c VwVG). Nicht entscheidend ist, ob eine Verfügung als solche gekennzeichnet ist oder den gesetzlichen Formvorschriften (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG) entspricht. Massgebend ist vielmehr, ob die (materiellen) Strukturmerkmale einer Verfügung vorhanden sind (BVGE 2010/37 E. 2.2 mit Hinweis; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 28 Rz. 17 ff. und § 29 Rz. 3).

1.1.2 Das Schreiben des BSV vom 2. März 2012 wurde nicht – wie Art. 35 Abs. 1 VwVG vorschreibt – als Verfügung bezeichnet und auch nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Die Vorinstanz hat damit jedoch das Gesuch um Zulassung der Beschwerdeführerin als Revisionsstelle für Ausgleichskassen abgewiesen. Es handelt sich somit um einen individuellen, an eine Einzelne gerichteten Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Beziehung rechtsgestaltend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird. Damit liegen alle materiellen Elemente einer Verfügung vor.

1.1.3 Das Vorbringen der Vorinstanz, die Parteien hätten auch nach dem 2. März 2012 korrespondiert, weshalb das streitige Schreiben nicht als das Verfahren abschliessend bezeichnet werden könne (vgl. act. 11 S. 2), ist unbehelflich. Dass die Beschwerdeführerin zunächst das Gespräch mit

dem Amt suchte und erst kurz vor Einreichung der Beschwerde zur Überzeugung gelangte, dass es sich beim Schreiben vom 2. März 2012 um eine Verfügung handelt, ändert an dessen materiellen Verfügungscharakter nichts. Es liegt vielmehr eine mangelhafte Eröffnung der Verfügung vor, woraus den Parteien kein Nachteil erwachsen darf (vgl. Art. 38 VwVG).

1.2 Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen (Art. 48 ff. VwVG) ohne Zweifel erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.
Streitig und im vorliegenden Verfahren zu prüfen ist, ob die Vorinstanz das Zulassungsgesuch der Beschwerdeführerin zu Recht abgewiesen hat.

2.1 Gemäss Art. 68 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) sind alle Ausgleichskassen periodisch zu revidieren. Die Anforderungen an die Revisionsstellen werden in Art. 68 Abs. 3 AHVG geregelt. Demnach dürfen Revisionsstellen, die für die Durchführung der Kassenrevisionen (und Arbeitgeberkontrollen) vorgesehen sind, an der Kassenführung nicht beteiligt sein und für die Gründerverbände keine ausserhalb der Kassenrevisionen (und der Arbeitgeberkontrollen) stehenden Aufträge ausführen; sie müssen ausschliesslich der Revisionstätigkeit obliegen und in jeder Beziehung für eine einwandfreie und sachgemässe Durchführung der Revisionen und Kontrollen Gewähr bieten. Art. 68 Abs. 4 AHVG beauftragt den Bundesrat, die näheren Vorschriften über die Zulassung von Revisionsstellen sowie über die Durchführung der Kassenrevisionen und Arbeitgeberkontrollen zu erlassen.

2.2 Dem Auftrag des Gesetzgebers ist der Bundesrat mit dem Erlass der Art. 164 ff. AHVV nachgekommen. Dabei hat er zwischen externen und internen Revisionsstellen unterschieden, wobei die vorliegend nicht weiter interessierenden internen Revisionsstellen nur Zweigstellen revidieren (vgl. Art. 164 Abs. 2 AHVG). Nach Art. 166 haben externe Revisionsstellen, die zugelassen werden wollen, dem Bundesamt ein schriftliches Gesuch einzureichen und sich darüber auszuweisen, dass sie die Zulassungsbedingungen erfüllen (Abs. 1 Satz 1). Das Bundesamt entscheidet über die Zulassung von Revisionsstellen. Der Entscheid ist schriftlich zu eröffnen (Abs. 2).

Art. 165 AHVV trägt den Titel "Zulassungsbedingungen" und sieht für externe Revisionsstellen namentlich folgende Zulassungsvoraussetzungen vor:

> Die Personen, welche sich mit den Kassenrevisionen und Arbeitgeberkontrollen befassen, müssen über gründliche Kenntnisse der Revisionstechnik, der Buchhaltung und der Vorschriften des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) und des AHVG und ihrer Ausführungsbestimmungen sowie der Weisungen des Bundesamtes verfügen (Abs. 1 Bst. a).
>
> Die Personen, welche die Revisionen und Kontrollen durchzuführen haben, müssen sich hauptberuflich der Revisionstätigkeit widmen und, wenn sie in unselbständiger Stellung sind, in einem Arbeitsvertragsverhältnis zur Revisionsstelle oder in den Fällen des Art. 164 Abs. 2 zur Ausgleichskasse stehen (Abs. 1 Bst. b).
>
> Die Personen, welche die Revisionen und Kontrollen zu leiten haben, müssen im Besitze des eidgenössischen Diploms für Wirtschaftsprüfer sein (Abs. 1 Bst. c).
>
> Die Revisionsstellen müssen ordentliche Mitglieder der Treuhandkammer sein; das Bundesamt kann Ausnahmen zulassen (Abs. 2 Bst. a).
>
> Sie müssen sich für Kassenrevisionen über Aufträge von mindestens drei Ausgleichskassen oder Zweigstellen im Sinne von Art. 161 Abs. 1 (und für Arbeitgeberkontrollen über Aufträge von mindestens zehn Arbeitgebern) im Jahr ausweisen; das Bundesamt kann für bereits zugelassene Revisionsstellen eine Ausnahme machen (Abs. 2 Bst. b).
>
> Sie müssen sich verpflichten, die Geschäftszweige, die sie ausserhalb der Revisions- und Kontrolltätigkeit betreiben, dem Bundesamt bekannt zu geben und Änderungen laufend zu melden (Abs. 2 Bst. c).

2.3 Entgegen den Ausführungen in ihrem als Verfügung zu qualifizierenden Schreiben vom 2. März 2012 hat die Vorinstanz zum damaligen Zeitpunkt erstmals über ein (formelles) Zulassungsgesuch der Beschwerdeführerin entschieden. Eine hinreichende Begründung für die Abweisung enthält der streitige Entscheid nicht. Aufgrund der Akten und den Ausführungen in der Vernehmlassung ist jedoch davon auszugehen, dass das Gesuch abgewiesen wurde, weil die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen gemäss Art. 165 Abs. 2 Bst. b AHVV nicht erfüllte, d.h., weil sie sich nicht über Aufträge von mindestens drei Ausgleichskassen ausweisen konnte. Die Beschwerdeführerin macht insbesondere geltend, Art. 165 Abs. 2 Bst. b AHVV verstosse gegen die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossen-

schaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und die Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV).

2.4 Das Bundesverwaltungsgericht kann – wie das Bundesgericht – Verordnungen des Bundesrates vorfrageweise auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen (BGE 136 II 337 E. 5.1). Einer Verordnungsbestimmung, welche übergeordnetem Recht widerspricht oder in diesem keine Grundlage findet, hat das Gericht nach einer vorfrageweisen Prüfung die Anwendung zu versagen, sofern diese nicht gesetzes- oder verfassungskonform ausgelegt werden kann (vgl. BVGE 2007/43 E. 4.4.1, Urteil BVGer B-5589/2011 vom 5. März 2012 E. 3.2 mit Hinweisen). Bei unselbständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, ist zu prüfen, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit der unselbständigen Verordnung. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich; es setzt in diesem Falle bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates, sondern beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (BGE 136 II 337 E. 5.1 mit Hinweisen, vgl. auch BGE 137 III 217 E. 2.3, BGE 133 V 569 E. 5.1).

2.4.1 Die durch Art. 27 BV gewährleistete Wirtschaftsfreiheit umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. Die Verweigerung einer Berufsausübungsbewilligung stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar (BGE 136 I 1 E. 5.3.1 mit Hinweisen). Schwerwiegende Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit, die nicht gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) und das Gebot der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten verstossen (vgl. nachfolgende E. 2.4.3), sind zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage (im formellen Sinne) beruhen, durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sind und der Kerngehalt unangetastet bleibt (Art. 36 BV).

2.4.2 Das Erfordernis der Zulassung und grundlegende Anforderungen an die Revisionsstellen sind im Bundesgesetz selber – in Art. 68 AHVG – geregelt. Der Bundesrat ist ermächtigt und verpflichtet, die im Gesetz aufgeführten Grundsätze zu konkretisieren. Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz stellt die in Art. 165 Abs. 2 Bst. b AHVV statuierte Mindestzahl von Revisionsmandaten eine Konkretisierung der Anforderung, dass die Revisionsstellen Gewähr für eine einwandfreie und sachgemässe Durchführung der Revisionen bieten müssen, dar. Ob der Bundesrat aufgrund von Art. 68 Abs. 4 AHVG auch befugt wäre, weitere, im Gesetz nicht vorgesehene Zulassungsvoraussetzungen zu formulieren, ist daher nicht zu prüfen. Art. 68 AHVG ermächtigt den Verordnungsgeber jedenfalls nicht, von der Verfassung abzuweichen.

2.4.3 Die Verordnungsbestimmung muss deshalb auch mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Einklang stehen; sie darf sich insbesondere nicht gegen den Wettbewerb richten (vgl. Art. 94 Abs. 1 und 4 BV). Nach Lehre und Praxis gilt nicht jede staatliche Beeinflussung des Wettbewerbs als grundsatzwidrig. Unzulässig sind aber Massnahmen, die zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen führen (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 659). Aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ergibt sich zudem ein Anspruch der direkten Konkurrenten auf Gleichbehandlung (HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 660). Danach sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen (BGE 136 I 1 E. 5.5.2 mit Hinweisen). Die Garantie des freien Berufszugangs als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit schützt die Grundrechtsträger sowohl vor grundsatzwidrigen als auch vor grundsatzkonformen, aber unverhältnismässigen Marktzutrittsbarrieren (KLAUS A. VALLENDER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], 2. Aufl., Zürich 2008, Rz. 16 zu Art. 27; Urteil BVGer B-3024/2008 vom 1. Oktober 2008 E. 5.2 mit Hinweisen).

2.4.4 Art. 165 Abs. 2 Bst. b AHVV lässt nur bei bereits zugelassenen Revisionsstellen Ausnahmen von der im Übrigen zwingend zu erfüllenden Voraussetzung zu, wonach sich eine Revisionsstelle über mindestens drei Mandate ausweisen muss. Dass ein (vorübergehendes) Nichterreichen der Mindestanzahl nicht zwangsläufig zum Verlust der Zulassung führen soll (vgl. Vernehmlassung Vorinstanz, S. 4), entspricht dem Grund-

satz der Verhältnismässigkeit. Eine analoge Regelung fehlt aber für Revisionsstellen, die neu zugelassen werden wollen. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, dürfte es für eine Revisionsstelle sehr schwierig sein, von drei Ausgleichskassen ein Mandat zu erhalten, bevor sie über die entsprechende Zulassung verfügt. Es erscheint zwar gerechtfertigt, dass Revisionsgesellschaften grundsätzlich über eine Mindestzahl von Mandaten verfügen müssen, um das für die AHV-Ausgleichskassenrevisionen erforderliche Spezialwissen zu garantieren (vgl. Vernehmlassung Vorinstanz, S. 3). Weshalb der erforderliche Qualitätsstandard dadurch gefährdet würde, wenn bisher nicht zugelassenen Revisionsstellen, die über ausgewiesene Fachleute verfügen bzw. die übrigen Anforderungen erfüllen, eine – z.B. auf drei Jahre – befristete Zulassung erteilt würde, legt die Vorinstanz nicht nachvollziehbar dar und ist nicht ersichtlich. Art. 165 Abs. 2 Bst. b AHVV privilegiert die bereits zugelassenen AHV-Revisionsstellen gegenüber solchen, die neu in diesen Markt eintretenden wollen, in ungerechtfertigter Weise, was mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten nicht vereinbar ist. Die Regelung bewirkt eine unzulässige Marktzutrittsbarriere.

2.5 Demnach verstösst Art. 165 Abs. 2 Bst. b AHVV gegen Art. 27 BV, weshalb die Bestimmung vorliegend nicht anzuwenden ist. Die Abweisung des Zulassungsgesuchs allein mit der Begründung, die Beschwerdeführerin habe sich nicht über Aufträge von mindestens drei Ausgleichskassen ausgewiesen, erweist sich daher als bundesrechtswidrig. Die angefochtene Verfügung ist deshalb aufzuheben.

2.6 Ob die weiteren Zulassungsvoraussetzungen – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – ohne Zweifel erfüllt sind, kann aufgrund der Akten nicht abschliessend beurteilt werden. Die erstmalige Beurteilung eines Zulassungsgesuchs ist primär Aufgabe der zuständigen Verwaltungsbehörde und nicht des beschwerdeweise angerufenen Gerichts. Die Sache ist deshalb mit der verbindlichen Weisung (vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG) an die Vorinstanz zurückzuweisen, das Gesuch um eine befristete Zulassung beförderlich und im Sinne der vorstehenden Erwägungen zu prüfen und anschliessend darüber zu verfügen. Bis zum Erlass dieser Verfügung ist die Beschwerdeführerin zu ermächtigen, weiterhin Revisionshandlungen bei der AK B._____ vorzunehmen. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen.

3.

Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Par-

teientschädigung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu erneuter Abklärung praxisgemäss (BGE 132 V 215 E. 6.1) für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung als volles Obsiegen gilt, unabhängig davon, ob sie dies überhaupt beantragt, oder ob das entsprechende Begehren im Haupt- oder im Eventualantrag gestellt wird (Urteil BGer 1C_397/2009 vom 26. April 2010 E. 6, Urteil BGer 8C_78/2009 vom 31. August 2010 E. 12.1).

3.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Den Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der obsiegenden Beschwerdeführerin wird der Kostenvorschuss nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.2 Der Beschwerdeführerin ist gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen. Mangels Kostennote ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Aufwandes erscheint eine Entschädigung von Fr. 4'000.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, damit sie gemäss Erwägung 2.6 verfahre.

2.
Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. _____; Gerichtsurkunde)
– die Beigeladene (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Michael Peterli	Susanne Fankhauser

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift 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 (Art. 42 BGG).

Versand: