Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-4191/2007
flr/hia

{T 1/2}

Urteil vom 11. Juli 2008

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani,
Richter Stephan Breitenmoser;
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

BTG-Bürgschaftsgenossenschaft beider Basel,
Aeschenvorstadt 71, 4010 Basel,
vertreten durch Herrn Advokat Jürg Gutzwiller,
Steinenbachgässlein 34, 4051 Basel,
Beschwerdeführerin,

gegen

BG Mitte Bürgschaftsgenossenschaft für KMU,
Bahnhofstrasse 59D, Postfach 1104, 3401 Burgdorf,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (EVD),
Generalsekretariat, Recht, Sicherheit, Bundeshaus Ost,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Anerkennung als gewerbeorientierte Bürgschaftsorganisation.

Sachverhalt:

A.

Gestützt auf den Bundesbeschluss über die Förderung der gewerblichen Bürgschaftsgenossenschaften vom 22. Juni 1949 (AS 1949 II 1657) richtete der Bund bis anhin Beiträge an die Verluste der gewerblichen Bürgschaftsorganisationen sowie der Bürgschaftsgenossenschaft der Frauen (SAFFA) im Umfang von 50 - 60% aus. Im Zuge der Reorganisation des gewerblichen Bürgschaftswesens orientierte das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) mit Schreiben vom 19. Dezember 2006 die gewerbeorientierten Bürgschaftsorganisationen über das bevorstehende Anerkennungsverfahren. Grundlage dafür bilde das Bundesgesetz über die Finanzhilfen an gewerbeorientierte Bürschaftsorganisationen vom 6. Oktober 2006 (SR 951.25, im Folgenden: Bundesgesetz) und die Verordnung über die Finanzhilfen an gewerbeorientierte Bürgschaftsorganisationen vom 28. Februar 2007 (SR 951.251, im Folgenden: Verordnung), welche zu diesem Zeitpunkt lediglich in Entwurfform vorlag. Ein Anerkennungsgesuch könne jederzeit gestellt werden. Die Gesuchsteller hätten ein Konzept auszuarbeiten, welches insbesondere sicherstelle, dass das Bürgschaftswesen weiterhin den KMU aller Regionen der Schweiz offen stehe und dass das Bürgschaftsvolumen innert vier Jahren verdreifacht werde. Der Gesetzgeber habe zwar die Anzahl der anerkannten Organisationen im Bundesgesetz nicht fixiert, jedoch gehe aus dem Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-N) zum Bundesgesetz klar hervor, dass eine drastische Reduktion der Anzahl Bürgschaftsgenossenschaften erwünscht sei. In seiner Antwort auf die Interpellation von Frau Ständerätin Fetz vom 24. März 2006 (Geschäftsnummer 06.3173) habe der Bundesrat bereits erwähnt, dass er die Zahl der regionalen Bürgschaftsgenossenschaften auf deren drei reduzieren möchte. Alle Organisationen, welche die Bedingungen von Bundesgesetz und Verordnung erfüllen, könnten ein Anerkennungsgesuch stellen. Aufgrund der Intention des Gesetzgebers werde jedoch erwartet, dass die Anzahl der Organisationen reduziert werde und dass nur regionale Organisationen mit zukünftig grossem Bürgschaftsvolumen und mit der Möglichkeit zur intensiven Zusammenarbeit mit den Hauptbanken der bearbeiteten Regionen ein Gesuch stellen werden.

B.

Die BTG-Bürgschaftsgenossenschaft beider Basel, Basel (Beschwer-

deführerin), reichte im April 2007 (Gesuch undatiert, eingegangen am 30. April 2007) ein Gesuch um Anerkennung als Bürgschaftsorganisation im Sinne von Art. 3 und 4 des Bundesgesetzes bei der Vorinstanz ein.

C.
Mit Schreiben vom 30. April 2007 stellte die Vorinstanz fest, dass Angaben bezüglich Unabhängigkeit vom Darlehensgeber fehlten (Art. 4 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes). Ohne Gegenbericht bis zum 8. Mai 2007 gehe man davon aus, dass die Banken bereit seien, auf ihr Anteilscheinkapital zu verzichten, oder dass die Beschwerdeführerin in der Lage sei, dieses zurückzubezahlen.

In einem E-Mail an die Vorinstanz äusserte sich die Beschwerdeführerin am 3. Mai 2007 dahingehend, dass aus der Korrespondenz ihrerseits mit den anteilscheinbesitzenden Banken zum Ausdruck gekommen sei, alle würden eine regionale Lösung mit der Beschwerdeführerin anstreben. Sie gehe davon aus, dass im Falle ihrer Anerkennung die Banken auf ihr Anteilscheinkapital verzichten würden, bzw. es der Beschwerdeführerin ermöglichen würden, das Anteilscheinkapital zurückzubezahlen.

D.
Mit Verfügung vom 22. Mai 2007 lehnte die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin ab. Sie könne gestützt auf Art. 3 und Art. 4 des Bundesgesetzes nicht als gewerbeorientierte Bürgschaftsorganisation anerkannt werden. Gemäss Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes könne der Bundesrat die Anzahl der anerkannten Organisationen beschränken. Nach Art. 2 Abs. 2 der Verordnung anerkenne das Departement nur so viele Organisationen, wie für eine zweckmässige und kostengünstige Förderung des gewerbeorientierten Bürgschaftswesens nötig seien. Die Erläuterungen zur Verordnung präzisieren, dass dieses Ziel dann erreicht werde, wenn die Zahl der Organisationen auf die im Bericht der WAK-N vom 15. November 2005 (BBl 2006 2975 ff.) genannten Zielvorstellungen von drei regionalen Organisationen (Ost/Mittelland/West) sowie einer gesamtschweizerisch tätigen Organisation für gewerbetreibende Frauen reduziert werde.

Die Beschwerdeführerin sei im Vergleich mit den grossen Bürgschaftsgenossenschaften kleinräumig orientiert. Gegenwärtig gehöre sie mit einem Marktanteil von 2,5% gemessen am verwalteten Bürgschaftsvolumen zu den kleinen Bürgschaftsorganisationen; die drei grossen

Bürgschaftsorganisationen würden künftig zusammengerechnet 97,5% des gesamtschweizerischen Bürgschaftsvolumens vereinen. Die Beschwerdeführerin erfülle aufgrund ihrer kleinräumigen Orientierung sowie ihrer geringen Grösse im Vergleich mit den grossen Bürgschaftsorganisationen die Kriterien nicht, um zu den drei Bürgschaftsorganisationen zu zählen, welche eine zweckmässige und kostengünstige Förderung des gewerbeorientierten Bürgschaftswesens ermöglichen würden.

E.

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin am 19. Juni 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, die Verfügung der Vorinstanz vom 22. Mai 2007 sei aufzuheben. Die Beschwerdeführerin sei als Organisation im Sinne von Art. 3 und 4 des Bundesgesetzes anzuerkennen. Eventualiter sei die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sämtliche Voraussetzungen für eine Anerkennung seien erfüllt. Die Vorinstanz habe die Zahl der anzuerkennenden Organisationen willkürlich und ohne gesetzliche Grundlage auf drei bzw. vier beschränkt. Dem Entscheid seien Kriterien zugrunde gelegt worden (Marktanteile bzw. verwaltetes Bürgschaftsvolumen), welche keine Anerkennungskriterien im Sinne des Bundesgesetzes darstellten. Der Förderungsgrundsatz von Art. 2 Bst. a des Bundesgesetzes werde missachtet. Des Weiteren ergebe sich aus Art. 9 des Bundesgesetzes eine Pflicht zur Anerkennung derjenigen Organisationen, welche die Kriterien nach Art. 3 und 4 des Bundesgesetzes erfüllten. Der Sachverhalt sei wegen entfallener Prüfung der Anerkennungsvoraussetzungen nicht abgeklärt worden. Schliesslich sei der Entscheid der Vorinstanz unangemessen.

F.

Mit Schreiben vom 5. Juli 2007 meldete die BG Mitte, Bürgschaftsgenossenschaft für KMU (vormals Bürgschaftsgenossenschaft für das Gewerbe BG), Burgdorf (Beschwerdegegnerin), im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht Parteirechte an.

G.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 13. August 2007, die Beschwerde sei abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen. Man sei sich einig, dass die Nutzung regionaler Kontakte und die Berücksichtigung der Bedürfnisse der Landesregionen wichtig seien. Das Instrument der gewerbeorientierten Bürgschaften werde je-

doch traditionell in den Kantonen unterschiedlich stark genutzt. Der Bundesrat habe in den Erläuterungen zu Art. 2 der Verordnung festgehalten, dass die Möglichkeit bestehe, Aussenstellen einzurichten. Zudem habe die Vorinstanz im Dispositiv der Verfügung betreffend die Beschwerdegegnerin die Auflage gemacht, dass die zur Marktbearbeitung betriebswirtschaftlich notwendigen Aussenstellen einzurichten seien. Es treffe nicht zu, dass die Beschwerdeführerin sämtliche Voraussetzungen gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes erfülle. Nebst den in Art. 3 und 4 Abs. 1 genannten Voraussetzungen sei als weitere, kumulative Anerkennungsvoraussetzung vorgesehen, dass der Bundesrat die Zahl der anerkannten Organisationen beschränken könne (Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes). Der Bundesrat habe diese in Art. 2 Abs. 2 der Verordnung auf so viele beschränkt, wie für eine zweckmässige und kostengünstige Förderung des gewerbeorientierten Bürgschaftswesens nötig seien. In den Erläuterungen zur Verordnung werde präzisiert, wie der Bundesrat diese Bestimmung verstehe. Dass die Vorinstanz bei ihrem Entscheid als objektive Kriterien Marktanteile bzw. das verwaltete Bürgschaftsvolumen sowie die räumliche Orientierung der jeweiligen Gesuchsteller beigezogen habe, sei weder willkürlich noch unangemessen, sondern sachgerecht. Die Anerkennung der SAFFA stehe nicht im Widerspruch zur Abweisung des Anerkennungsgesuchs der Beschwerdeführerin. Art. 2 Bst. c des Bundesgesetzes sehe als Förderungsgrundsatz vor, dass insbesondere den Anliegen von gewerbetreibenden Frauen sowie Personen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit anstreben, entsprochen werde. Der Gesetzgeber habe gewollt, dass die SAFFA als Spezialfall (Mikrokredite für Frauen) im neuen Bürgschaftssystem erhalten bleibe.

H.
Mit Verfügung vom 22. August 2007 wurde die Beschwerdegegnerin zur Stellungnahme eingeladen, da davon ausgegangen wurde, dass ihr Parteistellung zukomme. Es wurden ihr die angefochtene Verfügung, die Beschwerde sowie die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 13. August 2007 zur Kenntnis zugestellt. Mit Schreiben vom 14. September 2007 ersuchte die Beschwerdegegnerin um vollständige Akteneinsicht.

Mit Zwischenverfügung vom 16. Oktober 2007 entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass der Businessplan nicht an die Beschwerdegegnerin herauszugeben sei. Die restlichen von der Beschwerde-

führerin und der Vorinstanz eingereichten Unterlagen wurden der Beschwerdegegnerin zur Akteneinsicht zugestellt.

I.

In ihrer Stellungnahme vom 2. November 2007 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der angefochtenen Verfügung. Sie wies darauf hin, dass die Haltung des Bundesrates bezüglich der Anzahl anerkannter Bürgschaftsgenossenschaften der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 14. Februar 2007 von der Departementsvorsteherin EVD zur Kenntnis gebracht worden sei. Die Haltung des Bundesrates komme auch in der Antwort auf die Interpellation Fetz zum Ausdruck. Es sei somit klar, dass die Vorinstanz die Vorgaben der WAK-N, des Parlamentes und des Bundesrates in die Erwägungen einbeziehen musste. Der Entscheid bedeute somit keine Überschreitung des Ermessens und sei deshalb nicht unangemessen.

Des Weiteren sei nicht erwiesen, dass nur mit jeweils lokal ausgerüsteten Organisationen bessere, sachgerechtere und kostengünstigere Entscheide möglich seien. Durch eine zentral geführte Organisation könne effizienter und professioneller gearbeitet werden. Die Beschwerdegegnerin belege dies durch die seit fast zehn Jahren im Kanton betriebene Aussenstelle: In kostengünstiger Mandatsform sei in der Vergangenheit durch eine in der Region verankerte Persönlichkeit rund 30 - 40% des Bürgschaftsvolumens zu kostengünstigen Bedingungen generiert worden. Mitte 2007 sei in Reinach BL eine regionale Aussenstelle in Mandatsform eingesetzt worden. Jede geographische Region verfüge über einen Sitz in der Verwaltung. Die Beschwerdeführerin verfüge nicht über eine bessere Organisationsstruktur als die Beschwerdegegnerin, weshalb der Entscheid der Vorinstanz nicht willkürlich sei.

Die Effizienz einer gewerbeorientierten Bürgschaftsorganisation hänge nebst der Organisationsstruktur primär von der Bürgschaftsmenge ab. Die Fixkosten der Organisation sowie die konkreten Kosten eines Bürgschaftsdossiers würden bei steigendem Volumen geringer. Die Beschwerdeführerin habe im Vergleich zur Beschwerdegegnerin bereits in der Vergangenheit eine marginale Rolle im Bürgschaftswesen gespielt. Der Entscheid der Vorinstanz sei auch in dieser Hinsicht nachvollziehbar, angemessen und nicht willkürlich.

Die "Kann-Bestimmung" von Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes sei aufgrund der Entstehungsgeschichte als "Muss-Bestimmung" zu inter-

pretieren. Ausserdem verkenne die Beschwerdeführerin, dass die entscheidkompetente Behörde über einen Ermessensspielraum verfüge. Das Wirken der Bürgschaftsorganisationen sei allein unter dem Blickwinkel der optimalen Hilfestellung an die KMU zu betrachten. Da die Beschwerdegegnerin nun, aufgrund der rechtskräftigen Verfügung, die Region Nordwestschweiz mit Bürgschaften versorge, würde die Einsetzung einer weiteren Organisation keinen Sinn machen. Ein Zusammengehen mit der örtlich zuständigen Organisation, nämlich der Beschwerdegegnerin, würde der Sache dienen.

Ein Vergleich mit der SAFFA sei untauglich, weil dieser Spezialsachverhalt eine politische Vorgabe des Parlamentes gewesen sei und entsprechend in Art. 2 Bst. c des Bundesgesetzes Niederschlag gefunden habe.

J.
Mit fakultativer Stellungnahme vom 6. Dezember 2007 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Es fehle eine gesetzliche Grundlage für die Beschränkung der Anzahl anerkannter Bürgschaftsgenossenschaften. Der Bezug zu lokalen Gegebenheiten sei ein massgebliches Kriterium für die Anerkennung. Eine zentral geführte Organisation mit Aussenstellen sei nicht eo ipso effizienter und kostengünstiger. Dass die Beschwerdegegnerin die "Kann-Vorschrift" in Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes als "Muss-Vorschrift" interpretiere, sei falsch. Die Beschwerdeführerin wehre sich nicht gegen eine Redimensionierung der Anzahl Bürgschaftsgenossenschaften. Ein Zusammengehen mit der Beschwerdegegnerin komme jedoch nicht in Frage. Der Entscheid der Vorinstanz sei unangemessen bzw. willkürlich.

Mit Schreiben vom 2. April 2008 wurde diese Stellungnahme den übrigen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gebracht.

Auf die vorstehenden und weiteren Vorbringen der Parteien wird, soweit diese rechtserheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Der Entscheid des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes vom 22. Mai 2007 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021).

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig (Art. 10 des Bundesgesetzes i.V.m. Art. 31, 32 und 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni [VGG, SR 173.32]).

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

Die Anforderungen an die Beschwerdefrist (Art. 50 Abs. 1 VwVG) sowie Form und Inhalt der Beschwerdeschrift (Art. 52 VwVG) sind erfüllt. Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.
Es stellt sich die Frage, ob der BG Mitte in diesem Verfahren Parteistellung zukommt.

2.1 Massgebend für die Parteistellung sind die Vorschriften über die Beschwerdelegitimation (BGE 124 V 393 E. 2a). Als Parteien gelten gemäss Art. 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht, d.h. Personen, die am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen haben oder keine Möglichkeit zu Teilnahme hatten (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt sind (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung haben (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Hierbei kann es sich auch um Dritte handeln, soweit diese in einer hinreichend

engen, berücksichtigungswürdigen Beziehung zum Streitgegenstand stehen (BGE 131 II 587 E. 3, BGE 127 II 323 E. 3b).

2.2 Die BG Mitte hatte im vorinstanzlichen Verfahren bereits Parteirechte angemeldet. Sie macht geltend, dass sie gemäss ihrer Anerkennungsverfügung vom 22. Mai 2007 auch in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft tätig sein wird und dadurch, dass die Beschwerdeführerin ebenfalls dort tätig sein wolle, sei sie direkt betroffen. Die Vorinstanz hat den auch das Dispositiv der angefochtenen Verfügung allen bisherigen Bürgschaftsgenossenschaften zugestellt (Ziff. 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung). Gemäss Schreiben vom 16. August 2007 ist die Beschwerdeführerin mit der Anmeldung von Parteirechten der BG Mitte einverstanden.

2.3 Die BG Mitte hat ein schutzwürdiges Interesse, sich am vorliegenden Verfahren zu beteiligen. Nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes sind die anerkannten Organisationen in der Bestimmung ihrer Organisation frei. In den Erläuterungen zur Verordnung wird ausdrücklich auf die Möglichkeit hingewiesen, regionale Aussenstellen zu errichten, welche es ermöglichen, den regionalen Bedürfnissen besser Rechnung zu tragen und den Kundenkontakt zu erleichtern (S. 1, abrufbar unter www.seco.admin.ch > Themen > Standortförderung > KMU-Politik > Gewerbliches Bürgschaftswesen). Die BG Mitte verfügt seit Mitte 2007 über eine regionale Aussenstelle in Reinach BL. Die BG Mitte und die Beschwerdeführerin würden, im Falle einer Anerkennung der Beschwerdeführerin als gewerbliche Bürgschaftsorganisation im Sinne des Bundesgesetzes, im gleichen Gebiet tätig sein. Das Tätigkeitsgebiet der BG Mitte würde im Falle einer Anerkennung der Beschwerdeführerin eingeschränkt. Daraus ergibt sich, dass die BG Mitte in einer besonders beachtenswerten Beziehungsnähe zum Streitgegenstand steht und insofern im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG durch die angefochtene Verfügung berührt ist. Somit kommt der BG Mitte im vorliegenden Verfahren Parteistellung zu.

3.

3.1 Das Bundesgesetz über die Finanzhilfen an gewerbeorientierte Bürgschaftsorganisationen ist am 15. März 2007 bzw. 15. Juli 2007 in Kraft getreten (Verordnung über die vollständige Inkraftsetzung des Bundesgesetzes über die Finanzhilfen an gewerbeorientierte Bürgschaftsorganisationen und der Verordnung über die Finanzhilfen an

gewerbeorientierte Bürgschaftsorganisationen vom 27. Juni 2007 [AS 2007 3363]). Bisher richtete der Bund gestützt auf den Bundesbeschluss vom 22. Juni 1949 über die Förderung der gewerblichen Bürgschaftsgenossenschaften Beiträge an die gewerblichen Bürgschaftsgenossenschaften aus. Durch die Immobilienkrise Anfang der neunziger Jahre gerieten zahlreiche Bürgschaftsgenossenschaften in finanzielle Schwierigkeiten und mussten saniert werden. Eine anschliessend vorgenommene gesamtschweizerische Reorganisation konnte allerdings nicht verhindern, dass das gewerbliche Bürgschaftswesen zunehmend an Bedeutung einbüsste. 1999 verlangte die Kommission für Wirtschaft und Abgaben der Nationalrates (WAK-N) mittels Postulat vom Bundesrat eine Überprüfung des gewerblichen Bürgschaftswesens. Der Bundesrat legte 2003 einen Bericht mit verschiedenen Varianten vor. Daraufhin beschloss die WAK-N, mit einer parlamentarischen Initiative der Kommission eine neue gesetzliche Grundlage für die Unterstützung des gewerblichen Bürgschaftswesens vorzuschlagen. Dieser Vorschlag basierte auf einem Konzept für die Neuausrichtung des Bürgschaftswesens, welches Vertreter von Banken und Bürgschaftsgenossenschaften erarbeitet hatten.

Das gewerbliche Bürgschaftswesen war bisher dezentral organisiert und umfasste zehn unabhängige Bürgschaftsgenossenschaften, eine Zentralstelle für das gewerbliche Bürgschaftswesen (GBZ) sowie eine Bürgschaftsgenossenschaft für Frauen (SAFFA).

3.2 Zweck des Bundesgesetzes ist gemäss Art. 1 die Erleichterung der Aufnahme von Bankdarlehen für leistungs- und entwicklungsfähige Klein- und Mittelbetriebe (KMU). Der Bund kann dazu an Organisationen des privaten Rechts, die Bürgschaften gewähren, Finanzhilfen ausrichten (Abs. 2 von Art. 1 des Bundesgesetzes). Finanzhilfen beantragen können gemäss Art. 3 des Bundesgesetzes anerkannte Organisationen, welche den KMU bei der Aufnahme von Darlehen von Banken nach dem Bankengesetz Sicherheiten in Form von Solidarbürgschaften bereitstellen. Art. 4 des Bundesgesetzes regelt die Anerkennungsvoraussetzungen. Nach Art. 9 des Bundesgesetzes anerkennt das EVD auf Gesuch hin Organisationen, welche die Voraussetzungen nach Art. 3 und 4 erfüllen. Die Anerkennung kann mit Auflagen verbunden werden.

3.3 Gestützt auf Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes erliess der Bundesrat die Verordnung über die Finanzhilfen an gewerbeorientierte

Bürgschaftsorganisationen vom 28. Februar 2007 (SR 951.251, im Folgenden: Verordnung). Das Anerkennungsverfahren ist im 1. Abschnitt der Verordnung geregelt. Gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung entscheidet das Departement über die Anerkennung einer Organisation. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung anerkennt das Departement nur so viele Organisationen, wie für eine zweckmässige und kostengünstige Förderung des gewerbeorientierten Bürgschaftswesens nötig sind.

4.
Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin zu Recht abgelehnt hat.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz hätte den rechtserheblichen Sachverhalt nicht richtig festgestellt, da diese es unterlassen habe, das Vorliegen der Anerkennungsvoraussetzungen gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes zu prüfen. In der Begründung der Verfügung werde mit keinem Wort darauf eingegangen. Die Beschwerdeführerin erfülle sämtliche Anerkennungsvoraussetzungen. Die Vorinstanz bringt dagegen vor, die Beschwerdeführerin erfülle nicht alle Anerkennungsvoraussetzungen. Die Beschwerdegegnerin äussert sich nicht zur Erfüllung der Anerkennungsvoraussetzungen.

4.1.1 Art. 3 des Bundesgesetzes legt den Kreis der begünstigten Organisationen fest. Massgeblich sind der Tätigkeitsbereich und die amtliche Anerkennung. Ersteres ist bei der Beschwerdeführerin erfüllt (vgl. Art. 2 der Statuten). Die amtliche Anerkennung ist Gegenstand der vorliegenden Beschwerde.

4.1.2 Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes lautet:

"Anerkannt werden Organisationen, die:
a. nicht gewinnorientiert betrieben werden;
b. Unternehmen aller Branchen offen stehen;
c. rechtlich und wirtschaftlich unabhängig vom Darlehensgeber sind;
d. professionell und effizient geführt werden; und
e. überkantonal tätig sind."

Bst. a und b sind bei der Beschwerdeführerin erfüllt (vgl. Art. 2 der Statuten der Beschwerdeführerin). Die rechtliche Unabhängigkeit kann als gegeben erachtet werden. Bezüglich der wirtschaftlichen Unabhängigkeit hat die Vorinstanz mit Schreiben vom 30. April 2007 die folgenden Präzisierungen verlangt: Eine Bestätigung darüber, dass die beteiligten Banken bereit sind, auf ihr Anteilscheinkapital zu verzichten, oder dass die Beschwerdeführerin im Stande ist, dieses zurück-

zubezahlen. Mit Schreiben vom 3. Mai 2007 erklärte die Beschwerdeführerin, sie gehe davon aus, dass bei einer Anerkennung ihrer Organisation beides möglich sei (Bst. c).

Die Voraussetzung in Bst. d hat wohl deshalb Eingang in das Gesetz gefunden, weil bei der Feststellung der Defizite des heutigen Systems unter anderem von den Banken moniert wurde, dass zwischen den einzelnen Bürgschaftsorganisationen bei der Bearbeitung der Bürgschaftsgesuche diesbezüglich Unterschiede bestehen (vgl. Parlamentarische Initiative, Überprüfung und Stärkung des gewerblichen Bürgschaftswesens, Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates vom 15. November 2005, BBl 2006 2975 ff., 2979, im Folgenden: Bericht WAK-N). Bei der Beurteilung der Professionalität und der Effizienz kommt der Vorinstanz zweifelsohne ein Ermessen zu. Gewisse objektive Kriterien, wie eine funktionierende Organisationsstruktur, eine funktionierende Geschäftsführung, die Erledigung der Gesuche innert angemessener Frist usw., sind vorhanden. Ob jedoch mit der Organisationsstruktur der Beschwerdegegnerin, wie diese behauptet, die Effizienz besser gewährleistet werden kann, kann offenbleiben, da die Vorinstanz diese Voraussetzung bei der Beschwerdeführerin offensichtlich als erfüllt betrachtet. Die Voraussetzung der Überkantonalität (Bst. e) ist ebenfalls erfüllt.

4.1.3 Als Zwischenergebis kann festgehalten werden, dass die Anerkennungsvoraussetzungen nach Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes soweit ersichtlich erfüllt sind. Wie aus der Stellungnahme der Vorinstanz vom 13. August 2007 hervorgeht, hat diese sich mit den Anerkennungsvoraussetzungen auseinander gesetzt (S. 2), auch wenn dies aus der Verfügung so nicht ersichtlich ist.

4.2 Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, eine weitere, zusätzliche Anerkennungsvoraussetzung bestehe darin, dass der Bundesrat von Gesetzes wegen die Anzahl der anerkannten Organisationen beschränken könne.

4.2.1 Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes lautet:

"Der Bundesrat kann die Zahl der anerkannten Organisationen beschränken. […]"

Diese Bestimmung findet sich unter der Sachüberschrift "Anerkennungsvoraussetzungen". In Art. 2 Abs. 2 der Verordnung wird konkretisiert:

"Es [das Departement] anerkennt nur so viele Organisationen, wie für eine zweckmässige und kostengünstige Förderung des gewerbeorientierten Bürgschaftswesens nötig sind."

Diese Regelung findet sich im 1. Abschnitt der Verordnung, welcher mit dem Titel "Anerkennungsverfahren" überschrieben ist. Die Sachüberschrift lautet "Entscheid des Departements". Die Möglichkeit zur Beschränkung der anerkannten Bürgschaftsgenossenschaften ist somit auf zwei Regelungsstufen normiert und im Zusammenhang zu lesen. Aus den Materialien ergibt sich eindeutig, dass das Parlament die Möglichkeit einer Reduktion der anerkannten Organisationen im Bundesgesetz festschreiben wollte, es jedoch dem Verordnungsgeber überlassen wollte, die genaue Anzahl oder eine Umschreibung der Beschränkungsmodalitäten zu regeln (Bericht WAK-N, S. 2987; Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2006 N 684 f.; Erläuterungen zur Verordnung, S. 1).

4.2.2 Die Vorinstanz führt weiter aus, die Voraussetzung von Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Verordnung sei kumulativ zu den übrigen Anerkennungsvoraussetzungen in Art. 4 des Bundesgesetzes zu verstehen. Dazu ist zu bemerken, dass wenn diese Voraussetzung nicht kumulativ zu den in Abs. 1 von Art. 4 ebenfalls kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen verstanden würde, die Reorganisation des gewerblichen Bürgschaftswesens mit der angestrebten Reduktion der Anzahl Bürgschaftsorganisationen wohl nicht wie beabsichtigt durchgeführt werden könnte.

4.2.3 Die Regelung von Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes kann insbesondere aus der Entstehungsgeschichte heraus verstanden werden (vgl. E. 3). Die Reduktion der Anzahl Bürgschaftsorganisationen war ein zentrales Anliegen der Vorlage (Bericht WAK-N, S. 2976). Wie aus dem Bericht der WAK-N hervorgeht, unterschied sich die Aktivität der bisherigen zehn Genossenschaften aufgrund verschiedener Faktoren erheblich. Der Förderungseffekt für die KMU fiel deshalb regional sehr unterschiedlich aus und war insgesamt bescheiden. Einzelne Bürgschaftsorganisationen befanden sich infolge hoher Verluste in einer finanziell schwierigen Situation. Man erhoffte sich von einer Reduktion der Anzahl Bürgschaftsgenossenschaften eine Erhöhung der

Effizienz des Systems und Kosteneinsparungen (vgl. dazu Bericht WAK-N, S. 2979 ff.).

Aus dem Bericht der WAK-N ergibt sich ebenfalls, dass die vorgängig eingesetzte Arbeitsgruppe offenliess, ob die vorgesehende Reorganisation durch Gründung dreier neuen Organisationen oder durch Fusion der bestehenden Genossenschaften erfolgen soll (Bericht WAK-N, S. 2980). Zielsetzung war, die Kapitalbasis der bisherigen zehn Genossenschaften zu erhalten oder diese für den Ausbau der drei weiterbestehenden Bürgschaftsorganisationen zu verwenden (Bericht WAK-N, S. 2982). In den parlamentarischen Beratungen wurde darauf hingewiesen, dass das bestehende Kapital der Genossenschaften erhalten bleiben soll, was den Zusammenschluss der bisherigen Genossenschaften oder die Einrichtung einer Zentrale mitsamt Einbringung ihrer freiwerdenden Mittel erfordere (AB 2006 N 679). Vor diesem Hintergrund ist Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes zu lesen.

4.2.4 Gemäss Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes kann der Bundesrat die Anzahl anerkannter Organisationen beschränken. In den parlamentarischen Beratungen war diese Bestimmung umstritten. Eine Minderheit der vorberatenden Kommission wollte die Anzahl künftig anerkannter Organisationen im Bundesgesetz festschreiben und zwar auf deren drei, exklusiv Zentralstelle für das gewerbliche Bürgschaftswesen der Schweiz, St. Gallen (GBZ) und SAFFA (AB 2006 N 684). Der Bundesrat vertrat die Auffassung, dass es darum gehe, die Anzahl der Bürgschaftsorganisationen auf drei zu beschränken, beantragte jedoch, dem Antrag der Kommissionsmehrheit auf Delegation der Bestimmung an den Verordnungsgeber zu folgen. Wenn man die Zahl drei im Gesetz verankere, dann würden Zweifel bestehen, ob der Dachverband oder die SAFFA mitgemeint seien. Man solle dem Bundesrat hier eine Marge offen halten (AB 2006 N 684). Zusammenfassend ist festzustellen, dass Einigkeit bezüglich der Zahl drei herrschte, man jedoch diese Zahl nicht im Gesetz verankern wollte.

4.2.5 In der Folge hat es der Bundesrat unterlassen, die genaue Anzahl in der Verordnung zu regeln. Gemäss Art. 2 Abs. 2 der Verordnung werden nur so viele Organisationen anerkannt, wie für eine zweckmässige und kostengünstige Förderung des gewerbeorientierten Bürgschaftswesens nötig sind. Schon gemäss Art. 7 Bst. a des Subventionsgesetzes vom 5. Oktober 1990 (SuG, SR 616.1) muss die Aufgabe, welche mit Finanzhilfen unterstützt wird, zweckmässig,

kostengünstig und mit einem minimalen administrativen Aufwand erfüllt werden können. Aus den Erläuterungen zur Verordnung (S. 1) erhellt, dass der Bundesrat bewusst auf die Fixierung der Anzahl Bürgschaftsorganisationen verzichtet hatte:

"Seiner Meinung nach gilt es nicht, Anzahl oder Namen der Finanzhilfeempfänger gesetzlich zu verankern, wohl aber den finanzpolitischen Grundsatz, dass die geförderten Tätigkeiten durch die Organisation zweckmässig und kostengünstig zu erbringen sind. Der Bundesrat hält jedoch grundsätzlich an der im Bericht der Kommission genannten Zielvorstellung von drei regionalen Organisationen (Ost/Mittelland/West) sowie einer gesamtschweizerisch tätigen Organisation für gewerbetreibende Frauen fest."

Somit ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber eindeutig die Anzahl anerkannter Organisationen auf drei plus die GBZ sowie die SAFFA reduzieren wollte.

4.2.6 Bei der Formulierung "zweckmässige und kostengünstige Förderung" handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bildet deren Auslegung und Anwendung eine Rechtsfrage, die grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist. Nach konstanter Praxis ist dabei jedoch Zurückhaltung zu üben und den Verwaltungsbehörden ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzuerkennen, wenn der Entscheid besondere Kenntnisse oder Vertrautheit mit den tatsächlichen Verhältnissen voraussetzt und die Behörde die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (zum Ganzen BGE 131 II 680 E. 2.3.2, BGE 127 II 184 E. 5a; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 446c f.), was vorliegend bejaht werden kann. Die Vorinstanz hat nachweislich alle zum Entscheid notwendigen Unterlagen ein- und nachgefordert (diesbezüglich sei auf den Sachverhalt verwiesen) sowie in der angefochtenen Verfügung ausgewiesen, dass sie die Zweckmässigkeit und Kostengünstigkeit aufgrund der geringen Grösse der Beschwerdeführerin und deren kleinräumigen Orientierung verneint. Dass die Beschwerdeführerin ihrer Ansicht nach das gewerbeorientierte Bürgschaftswesen seit Jahrzehnten zweckmässig und kostengünstig gefördert hat, ändert am Ergebnis nichts.

4.3 Die Beschwerdeführerin rügt, dem Entscheid seien Kriterien zugrunde gelegt worden (Marktanteile bzw. verwaltetes Bürgschaftsvolumen), die keine Anerkennungskriterien gemäss Bundesgesetz seien. Die Vorinstanz wertet diese Kriterien als objektive Kriterien und

ist der Ansicht, dass deren Beizug weder willkürlich noch unangemessen, sondern sachgerecht sei.

Die Beschwerdeführerin verkennt, dass es sich bei den vorgenannten Kriterien nicht um die Anerkennungsvoraussetzungen selbst handelt, sondern um Hilfskriterien, welche die Beurteilung der zweckmässigen und kostengünstigen Förderung des gewerblichen Bürgschaftswesens im Sinne von Art. 2 Abs. 2 der Verordnung erleichtern. Dabei handelt es sich nicht um sachfremde Parameter, sondern im Kontext der Reorganisation des gewerblichen Bürgschaftswesens und deren Zielsetzungen (Professionalisierung und Effizienzsteigerung des gewerblichen Bürgschaftswesens, Verdreifachung Bürgschaftsvolumen mittelfristig, rechtliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit der Bürgschaftsorganisationen vom Darlehensgeber, Reduktion der Anzahl Bürgschaftsgenossenschaften, Straffung und Vereinheitlichung der Prozesse) um durchaus nachvollziehbare Messgrössen.

4.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Begründung der angefochtenen Verfügung sei dürftig und fokussiere einzig auf die angestrebte Reduktion der Anzahl anerkannter Bürgschaftsorganisationen. Auf die Erfüllung der Anerkennungsvoraussetzungen gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes werde nicht eingegangen.

Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG sind Verfügungen zu begründen. Ein Mindestanspruch auf Begründung ergibt sich jedoch bereits aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101). Danach hält eine Begründung den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV stand, wenn der Betroffene dadurch in die Lage versetzt wird, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen. Die Behörde kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die verfügende Behörde leiten liess (BGE 129 I 232 E. 3.2, BGE 126 I 97 E. 2.; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1705 f.; Albertini Michele, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss., Bern 2000, S. 403; Kneubühler Lorenz, Die Begründungspflicht, Diss. Bern, Bern/Stuttgart/Wien 1998, S. 26; Mark Villiger, Die Pflicht zur Begründung von Verfügungen, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1989, S. 137 ff., 155)

Die Begründung für die Abweisung des Gesuchs findet sich in den Erwägungen 2-4 der angefochtenen Verfügung. In Ziff. 1 wird auf die Möglichkeit der Beschränkung der anerkannten Bürgschaftsorganisationen gemäss Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes hingewiesen und die Absicht der vorberatenden Organe erläutert (vgl. dazu die Ausführungen in E. 3). In Ziff. 3 wird festgestellt, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um eine kleine Bürgschaftsorganisation handelt (Marktanteil gemessen am verwalteten Bürgschaftsvolumen). Die eigentliche Begründung der Abweisung des Gesuchs der Beschwerdeführerin folgt in Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung. Demnach ist die Beschwerdeführerin kleinräumig orientiert und weist eine geringe Grösse auf. Deswegen könne sie nicht zu den drei Bürgschaftsorganisationen zählen, welche eine zweckmässige und kostengünstige Förderung des gewerbeorientierten Bürgschaftswesens ermöglichen.

Auch wenn die Begründung eher kurz und knapp erscheint, hält diese gleichwohl den Anforderungen von Art. 35 Abs. 1 VwVG und Art. 29 Abs. 2 BV stand. Es ist ersichtlich, von welchen Gesichtspunkten sich die Vorinstanz leiten liess. Die Beschwerdeführerin konnte die Tragweite der Entscheidung problemlos beurteilen und war in der Lage, diese in voller Kenntnis der Umstände anzufechten, was sie ja auch getan hat.

4.5 Die Beschwerdeführerin argumentiert, aus Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes ergäbe sich eine Verpflichtung zur Anerkennung der gesuchstellenden Bürgschaftsorganisation, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 3 und 4 des Bundesgesetzes erfüllt seien.

4.5.1 Die Frage nach der richtigen Auslegung, der falschen oder Nicht-Anwendung einer Norm ist als Rechtsverletzung zu qualifizieren und kann somit gemäss Art. 49 Bst. a VwVG im Beschwerdeverfahren gerügt werden (vgl. dazu ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 223).

4.5.2 Aus dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes lässt sich nicht erkennen, dass die Behörde zur Anerkennung verpflichtet ist. Die Bestimmung lautet:

"Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Departement) anerkennt auf Gesuch hin die Organisation, welche die Voraussetzungen nach den Artikeln 3 und 4 erfüllen. Die Anerkennung kann mit Auflagen verbunden werden."

4.5.3 Auch aus den Materialien ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber mit Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes eine Pflicht zur Anerkennung aller die Voraussetzungen nach Art. 3 und 4 des Bundesgesetzes erfüllenden Bürgschaftsorganisationen schaffen wollte. Weder im Bericht der WAK-N noch in der Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der WAK-N (Parlamentarische Initiative, Überprüfung und Stärkung des gewerblichen Bürgschaftswesens, Bericht vom 15. November 2005 der Kommission für Wirtschafts und Abgaben des Nationalrates, Stellungnahme des Bundesrates vom 10. März 2006, BBl 2006 3003 ff., im Folgenden: Stellungnahme des Bundesrates) findet sich ein Hinweis darauf. In der parlamentarischen Beratung gab Art. 9 zu keinen Diskussionen Anlass (AB 2006 N 687).

4.5.4 Art. 9 des Bundesgesetzes befindet sich im dritten Abschnitt des Bundesgesetzes, welcher mit dem Titel "Verfahren und Rechtsschutz" überschrieben ist. Aus der Systematik wird somit klar, dass es sich hierbei um eine Verfahrensvorschrift handelt und darin lediglich die Zuständigkeit des Departementes zum Entscheid über die Anerkennungsgesuche geregelt wird. Dies bestätigt auch die Sachüberschrift von Art. 9 "Anerkennung und Überwachung". Im zweiten und dritten Absatz dieser Bestimmung sind denn auch die weiteren Aufgaben des Departementes im Zusammenhang mit der Anerkennung von Bürgschaftsorganisationen normiert.

4.5.5 Sinn und Zweck von Art. 9 Abs. 1 führen zum gleichen Ergebnis. Ein Anspruch auf Anerkennung und damit Zugang zu den Finanzhilfen des Bundes kann daraus nicht abgeleitet werden.

4.5.6 Zu prüfen ist weiter, ob sich allenfalls aus der Rechtsnatur der Anerkennung ein Anspruch auf Anerkennung bei Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen nach Art. 3 und 4 des Bundesgesetzes ergibt. Bei den vorliegenden Bundesbeträgen handelt es sich um Subventionen in Form von Finanzhilfen. Die Anerkennung als gewerbliche Bürgschaftsorganisation im Sinne des Bundesgesetzes berechtigt zur Beantragung der Finanzhilfen (vgl. Art. 3 des Bundesgesetzes und Art. 10 Abs. 1 der Verordnung). Finanzhilfen sind geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten (Art. 3 Abs. 1 SuG; Giovanni Biaggini/Georg Müller/Paul Richli/Ulrich Zimmerli, Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 4. Aufl., Basel/Genf/München 2005, S. 17). Die Anerkennung erfolgt

mittels Verfügung (Bericht WAK-N, S. 2989). Die Anerkennung bewirkt eine Änderung in der Rechtsstellung des Gesuchstellers, indem der Gesuchsteller durch sie zum möglichen Finanzhilfenempfänger wird. Wird eine Organisation nicht anerkannt, ist sie vom Empfängerkreis ausgeschlossen. Es wird aber nicht grundsätzlich eine Tätigkeit bewilligt, d.h. der Gesuchsteller kann weiterhin Bürgschaften für KMU leisten, auch wenn er keine Finanzhilfen vom Bund erhält. Somit handelt es sich vorliegend nicht um ein Bewilligungsverhältnis. Es handelt sich um eine Vorstufe zu einem möglichen Subventionsverhältnis. Faktisch wird also mit der Anerkennung auch grundsätzlich über die Gewährung der im Bundesgesetz vorgesehenen Finanzhilfen entschieden. Somit kommt der Anerkennungsakt einem Entscheid über die Subvention gleich. Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes lautet:

"Zu diesem Zweck kann der Bund Organisationen des privaten Rechts, die Bürgschaften gewähren, Finanzhilfen ausrichten."

Bei Subventionen wird üblicherweise unterschieden zwischen Subventionen, auf welche ein Rechtsanspruch besteht und solchen, die im Ermessen der entscheidenden Behörde liegen. Ein Rechtsanspruch auf eine Subvention ist zu bejahen, wenn das Bundesrecht selber die Bedingungen umschreibt, unter welchen Leistungen zu gewähren sind, ohne dass es im Ermessen der rechtsanswendenden Behörde liegt, ob sie einen Beitrag gewähren will oder nicht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich der Anspruch aus Gesetz oder Verordnung ergibt, oder ob sich der Anspruch aus mehreren Erlassen ableitet, wobei auch bei normenhierarchischer Durchmischung ein Anspruch vorliegen kann (zum Ganzen FABIAN MÖLLER, Rechtsschutz bei Subventionen, Diss., Basel 2006, S. 43). Eine Ermessensubvention liegt demnach vor, wenn kein Anspruch auf eine Subvention besteht, insbesondere dann, wenn es der zuständigen Behörde anheimgestellt wird, die Subvention zu vergeben. Es handelt sich dabei um ein Entschliessungsermessen. Nach der Praxis liegt dann eine Ermessenssubvention vor, wenn die Voraussetzungen zur Gewährung der Subvention nicht abschliessend geregelt sind (MÖLLER, a.a.O., S. 45, mit Hinweisen). Die Formulierung von Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes lässt auf den ersten Blick zwar eine Ermessenssubvention vermuten. Gleichwohl kann es sich auch bei einer Kann-Bestimmung um eine Anspruchssubvention handeln (BGE 118 V 16 E. 3a). Das Bundesgesetz umschreibt vorliegend die Bedingungen, unter welchen die Finanzhilfen gewährt werden, nämlich bei Erfüllung der Anerkennungsvoraussetzungen von Art. 3 und 4 des Bundesgesetzes. Des Weiteren

müssen die anerkannten Organisationen die Regeln der Verbürgung nach dem 2. Abschnitt der Verordnung einhalten und Art. 17 der Verordnung über die Kontrolle beachten. Gemäss Art. 10 Abs. 1 der Verordnung schliesst das Departement nach der Anerkennung mit der Bürgschaftsorganisationen einen öffentlich-rechtlichen Vertrag über die Finanzhilfen ab. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass mit denjenigen Organisationen, welche als Bürgschaftsorganisation im Sinne des Bundesgesetzes anerkannt worden sind, auch ein Subventionsvertrag abgeschlossen wird (vgl. Erläuterungen zur Verordnung, S. 3). Ein Blick auf das Dispositiv der Anerkennungsverfügung der Beschwerdegegnerin führt zum gleichen Ergebnis. In Ziff. 2 alinea 1 ist als Auflage festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin mit der Vorinstanz einen Vertrag im Sinne von Art. 10 der Verordnung abschliesst. Diese Überlegungen lassen die Subvention eher als Anspruchssubvention erscheinen. Dass bei einzelnen Beitragsvoraussetzungen ein gewisser Spielraum besteht, beispielsweise bei Art. 4 Abs. 1 Bst. d des Bundesgesetzes, spricht nicht per se gegen eine Qualifikation als Anspruchssubvention (MÖLLER, a.a.O., S. 43). Die Beschränkungsmöglichkeit in Art. 2 Abs. 2 der Verordnung auf so viele Bürgschaftsorganisationen, wie für eine zweckmässige und kostengünstige Förderung des gewerblichen Bürgschaftswesens nötig sind, räumt dem Departement jedoch einen Beurteilungsspielraum ein, was wiederum für eine Ermessenssubvention sprechen würde. Die Frage, ob es sich vorliegend um eine Anspruchs- oder eine Ermessenssubvention handelt, kann jedoch im vorliegenden Fall offen gelassen werden, da die Qualifizierung für die Beurteilung nicht entscheidrelevant ist.

Im Hinblick auf ein allfälliges Rechtsmittel gegen diesen Entscheid kann festgehalten werden, dass der Entscheid, ob die Beschwerde an das Bundesgericht möglich ist, letztlich nicht im Kompetenzbereich des Bundesverwaltungsgerichts liegt. Es obliegt vielmehr dem Bundesgericht, im Rahmen der Eintretensvoraussetzungen die Zulässigkeit einer Beschwerde zu prüfen. Diese Überlegungen führen zur Rechtsmittelbelehrung, wie sie im Nachgang zum Entscheiddispositiv formuliert ist.

4.6 Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass für eine Reduktion auf drei bzw. vier Bürgschaftsorganisationen eine gesetzliche Grundlage fehle. Die Vorinstanz habe die Zahl der aner-

kannten Bürgschaftsorganisationen willkürlich auf drei bzw. vier festgelegt.

4.6.1 Es ist festzuhalten, dass für eine Reduktion der anerkannten Bürgschaftsorganisationen, somit der künftigen Finanzhilfenempfänger, eine gesetzliche Grundlage in Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes besteht. Darin delegiert der Gesetzgeber diese Regelung an den Verordnungsgeber, welcher in Art. 2 Abs. 2 die entsprechende Regelung geschaffen hat. Somit ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob es sich dabei um eine Bestimmung handelt, welche der Gesetzesform bedarf.

4.6.2 Gemäss Art. 164 Abs. 1 BV sind alle wichtigen rechtssetzenden Bestimmungen in Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere grundlegende Bestimmungen über die in Bst. a bis g aufgelisteten Sachbereiche. Die Normierung der Reduktion der Anzahl anerkannter Bürgschaftsorganisationen tangiert keinen der Sachbereiche von Bst. a bis g in grundlegender Weise. Die Wichtigkeit einer Bestimmung lässt sich weiter anhand gewisser Kriterien bestimmen: Die Grösse des Adressatenkreises der Norm und der Zahl der geregelten Sachverhalte; die Intensität, mit welcher die Norm in Grundrechtspositionen eingreift; die Bedeutung der Norm für das politische System, die finanzielle Auswirkung der Regelung, die Akzeptanz bei Betroffenen und im Parlament (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 398 ff.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 1821 f.; GEORG MÜLLER, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 211). Das Bundesgericht hat als weiteres Kriterium darauf abgestellt, ob ein gewichtiges Abweichen von der bisherigen Regelung vorliegt bzw. unübliche Bestimmungen geschaffen wurden (BGE 121 I 22 E. 4a, Urteil des Bundesgerichts, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2001, S. 265 ff., 268). Jedenfalls ist eine gesamthafte Abwägung in Bezug auf die Frage der Wichtigkeit vorzunehmen. Keines der Kriterien vermag vorliegend die Wichtigkeit der in Frage gestellten Regelung zu begründen. Selbst wenn ein gewichtiges Abweichen von der bisherigen Regelung (Beiträge des Bundes gestützt auf den Bundesbeschluss vom 22. Juni 1949 über die Förderung der gewerblichen Bürgschaftsgenossenschaften) vorliegt, kann gesagt werden, dass die Bürgschaftsgenossenschaften genügend Zeit zur Verfügung hatten, sich auf die neue Rechtslage einzustellen. Es konnte praktisch davon aus-

gegegangen werden, dass die grössten der bisherigen Genossenschaften die Anerkennung erhalten würden (vgl. AB 2006 S 709, Interpellation Fetz vom 24. März 2006, Schriftverkehr der Beschwerdeführerin mit Frau Bundesrätin Leuthard am 13. November 2006 bzw. 14. Februar 2007). Eine der ursprünglichen Zielsetzungen war, die Kapitalbasis aller bisherigen Genossenschaften zu erhalten und diese für den Ausbau der drei weiterbestehenden Organisationen zu verwenden (Bericht WAK-N, S. 2980, 2982). Dieses Ansinnen stiess jedoch auf Schwierigkeiten (regionale Verankerung der Anteilseigner, geforderter Kapitalverzicht der Banken, Widerstand der Genossenschaften selbst; vgl. dazu Bericht WAK-N, S. 2983). Es handelt sich demnach auch nicht um eine unübliche Regelung. Hier liegt klassisches Ausführungsrecht vor.

Auch die Diskussion im Parlament über die Verankerung der Ziffer drei im Bundesgesetz (AB 2006 N 684 ff.) spricht dafür, dass die Regelung nicht Gesetzescharakter hat, wenngleich es sich dabei um einen untergeordneten Parameter handelt (vgl. dazu MÜLLER, a.a.O., Rz. 215). Für eine Regelung auf Verordnungsstufe spricht ebenfalls die Flexibilität des Verordnungsrechts und die Eignung des Regelungsorgans, im konkreten Fall der Bundesrat respektive die damit betraute Verwaltungseinheit.

4.6.3 Mit Bezug auf die Frage, ob die Anzahl der künftig zu anerkennenden Bürgschaftsorganisationen vom Bundesrat in der Verordnung explizit hätte verankert werden müssen, ist auf den bereits erörterten Beurteilungsspielraum der Vorinstanz zu verweisen (vgl. E. 4.2.4). Art. 2 Abs. 2 der Verordnung erlaubt eine Beschränkung auf diejenigen Bürgschaftsorganisationen, welche für eine zweckmässige und kostengünstige Förderung des gewerblichen Bürgschaftswesens notwendig sind. Die Norm räumt der entscheidenden Behörde einen Beurteilungsspielraum ein, welcher pflichtgemäss und in keiner Weise willkürlich ausgeübt wurde.

4.7 Die Beschwerdeführerin rügt eine Missachtung des Förderungsgrundsatzes von Art. 2 Bst. a des Bundesgesetzes. Dieser schreibt vor, dass bei der Förderung den Bedürfnissen der Landesregionen Rechnung getragen wird. Der Förderungsgrundsatz sei dadurch verletzt worden, dass in der Wirtschaftsregion Nordwestschweiz, welche die Beschwerdeführerin abdeckt, ein Bedürfnis nach einer eigenständigen, anerkannten Bürgschaftsorganisation bestehe. Aus den

Materialien ergibt sich, dass Art. 2 Bst. a des Bundesgesetzes zu Diskussionen Anlass gab (AB 2006 N 681 ff.). Eine Minderheit beantragte, die Bestimmung ganz zu streichen, mit dem Argument, dass damit die Gefahr geschaffen werde, Regionalpolitik zu betreiben. Es genüge, dass unter Bst. b statuiert werde, dass Bürgschaften landesweit angeboten würden. Die Mehrheit entschied sich jedoch für die Beibehaltung von Bst. a im Gesetzestext. Darunter ist zu verstehen, dass bei der Vergabe von Bürgschaften die Landesregionen angemessen zu berücksichtigen sind (AB 2006 N 683). Dieser Förderungsgrundsatz wird nicht verletzt, indem keine "eigenständige" Bürgschaftsorganisation, wie die Beschwerdeführerin, in der betroffenen Region agiert, sondern eine Bürgschaftsorganisation, wie die Beschwerdegegnerin, mit Sitz in Burgdorf und regionalen Aussenstellen. Solche regionalen Aussenstellen sind in den Erläuterungen zur Verordnung ausdrücklich vorgeschlagen (S. 1) und im Dispositiv Ziff. 2 alinea 2 der Anerkennungsverfügung der Beschwerdegegnerin als Auflage verfügt.

4.8 Die Beschwerdeführerin erachtet die angefochtene Verfügung als unangemessen. Unangemessenheit liege vor, weil die SAFFA von der Vorinstanz anerkannt worden sei, obwohl diese über einen geringeren Marktanteil und ein wesentlich geringeres Bürgschaftsvolumen als die Beschwerdeführerin verfüge. Damit weist die Beschwerdeführerin sinngemäss darauf hin, dass auch kleine Bürgschaftsgenossenschaften kostengünstig arbeiten können. Es ist jedoch nicht zu thematisieren, ob die Beschwerdeführerin oder die SAFFA kostengünstig sind. Vielmehr ist alleine massgebend, ob eine zweckmässige und kostengünstige Förderung des gewerblichen Bürgschaftswesens danach verlangt, dass künftig nur noch drei Bürgschaftsgenossenschaften im Hinblick auf die Subventionierung anerkannt werden.

Ein Vergleich mit der SAFFA ist auch deshalb untauglich, weil diese unter einem speziellen Titel anerkannt wurde. Der Gesetzgeber hat im Wissen um die speziellen Unstände bei der SAFFA diese trotzdem ausdrücklich anerkennen wollen. In Art. 2 Bst. c des Bundesgesetzes wird als Förderungsgrundsatz statuiert, dass insbesondere den Anliegen von gewerbetreibenden Frauen entsprochen werden soll. Im Bericht WAK-N heisst es: "Gestützt auf diese Bestimmung ist insbesondere eine Anerkennung der Bürgschaftsgenossenschaft der Schweizer Frauen (SAFFA) möglich" (Bericht WAK-N, S. 2986). In der Detailberatung zum Bundesgesetz beantragte eine Minderheit, diesen

Förderungsgrundsatz zu streichen, da keine Personengruppen bevorzugt behandelt werden sollen. Jedoch obsiegte eine Mehrheit, die durch die Verankerung dieses Förderungsgrundsatzes explizit die Anerkennung der SAFFA sicherstellen wollte (AB 2006 N 681 ff., insbesondere 684, Votum Messmer). Der Wille des Gesetzgebers ist somit eindeutig.

5.
Zusammengefasst ergibt sich, dass das Anerkennungsgesuch der Beschwerdeführerin zu Recht abgewiesen worden ist, obwohl sie, soweit dies beurteilt werden kann, die Anerkennungsvoraussetzungen nach Art. 3 und 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes erfüllt. Der Entscheid über die Anerkennung lag im Ermessen der Vorinstanz. Dieses hat die Vorinstanz pflichtgemäss ausgeübt.

Man könnte sich in diesem Zusammenhang fragen, ob Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes den Anforderungen an die genügende Bestimmtheit als Ausfluss des Legalitätsprinzips (Art. 5 BV) standhält. Wegen fehlender Verfassungsgerichtsbarkeit kann diese Frage jedoch nicht überprüft werden. Denn gemäss Art. 190 BV sind Bundesgesetze für die Gerichte verbindlich.

6.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006 [VGKE, SR 173.320.3]). Diese werden auf Fr. 2'500.- festgesetzt und mit dem am 3. Juli 2007 geleisteten Kostenvorschuss gleicher Höhe verrechnet. Eine Parteientschädigung wird nicht gesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- Bürgschaftsgenossenschaft SAFFA, Liestal
- Bürgschaftsgenossenschaft für das Gewerbe BGG, Luzern
- Bürgschaftsgenossenschaft für das solothurnische Gewerbe BSG, Solothurn
- Coopérative de cautionnement des arts et métiers fribourgeois, Fribourg
- Coopérative Vaudoise de Cautionnement CVC, Pully
- GBZ Zentralstelle für das gewerbliche Bürgschaftswesen der Schweiz, St. Gallen
- Office genevois de cautionnement mutuel pour commerçants et artisans OGCM, Carouge GE
- Office neuchâtelois de cautionnement mutuel pour artisans et commerçants ONCM, Fontaines NE
- Ostschweizerische Bürgschaftsgenossenschaft OBTG, St. Gallen
- Office valaisan de cautionnement mutuel pour artisans et commerçants OVAC, Sion

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Ronald Flury Astrid Hirzel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern es sich um Beiträge handelt, auf die ein Anspruch besteht (Art. 83 Bst. k des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]) und die übrigen Voraussetzungen gemäss den Bestimmungen von Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweissmittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die Beschwerdeführerin in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 21. Juli 2008